

# Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

## PRAVO I DRUŠTVENI IMPERATIVI



29

godina kopaoničke škole  
prirodnog prava

**UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE**

**BROJ 12 • BEOGRAD • 2016 • TOM IV**

29  
godina



Izdavanje ove publikacije omogućilo je nemačko Savezno ministarstvo za privrednu saradnju i razvoj (BMZ) kroz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Program za pravnu i pravosudnu reformu u Srbiji



Sprovedeno od strane:

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

Program za pravne i pravosudne reforme

[www.pravnareforma.rs](http://www.pravnareforma.rs)



Nalazi, stavovi, mišljenja i preporuke autora izneti u ovoj publikaciji ne odražavaju nužno stavove 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 12/2016 / Godina LXV / Knjiga 590

1-684

---

**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 2016. 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 pravda:  
Međunarodno pravo - elementi inostranosti; Pravo Evropske Unije**



## O TERETU DOKAZIVANJA U ANTIDISKRIMINACIONIM PARNICAMA

1. Jednako i ravnopravno ostvarivanje zajemčenih ljudskih prava i poštovanje različitosti pojedinaca osnov je razvoja savremenog društva. Bez obzira na specifična lična svojstva i osobenosti, sva lica imaju pravo na jednako uživanje ljudskih prava i osnovnih sloboda i jednak tretman u društvenim odnosima. Tako posmatrano, moderno društvo bilo bi lišeno diskriminacije. Rezultat diskriminacije, ako se definiše kao način za pravljenje razlike između osoba ili grupa ljudi na osnovu njihovih ličnih svojstava, jeste nejednakost, podređenost ili gubitak osnovnih prava.<sup>1</sup> Iako se označava kao najznačajnija negativna društvena pojava<sup>2</sup> i osnovna povreda principa jednakosti, diskriminacija postoji u svakom društvu i svaki pojedinac može biti meta diskriminacije.

Dostupni podaci ukazuju na postojanje diskriminacije u našem društvu. U Redovnom izveštaju Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2015. godinu<sup>3</sup> na-

---

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

<sup>1</sup> Tako: Vesić-Antić, A. – Diskriminacija kao društvena pojava, u: Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije, Poverenik za zaštitu od diskriminacije i Pravosudna akademija, Beograd, 2012, str. 22.

<sup>2</sup> Petrušić, N. i dr. – Primena antidiskriminacionog zakonodavstva i krivičnopravna zaštita, Studija slučaja, praksa i preporuke, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012, str. 8.

<sup>3</sup> Redovan izveštaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2015. godinu, dostupno na: <http://www.ravnopravnost.gov.rs/rs/извештаји/извештаји>, pristup: 14. jul 2016. U daljem tekstu: Izveštaj.

vodi se da je u Republici Srbiji diskriminacija prisutna u značajnoj meri. Izneta konstatacija se potkrepljuje činjenicom da je u 2015. godini Povereniku za zaštitu ravnopravnosti upućeno 20% više pritužbi u odnosu na 2014. godinu. Međutim, naglašava se u Izveštaju, to ne znači da u našem društvu ima više diskriminacije u odnosu na prethodne godine, već da je prepoznata uloga institucije Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u suzbijanju diskriminacije i da su građani spremniji da prijave diskriminaciju i zatraže zaštitu.<sup>4</sup> U delu Izveštaja koji se odnosi na sudske postupke, označeno je da je Poverenik za zaštitu ravnopravnosti podigao ukupno 13 tužbi zbog diskriminacije, s obzirom na to da ima procesnu legitimaciju da pokrene parnični postupak za zaštitu od diskriminacije, i dat je prikaz sudskih postupaka u pojedinim predmetima.<sup>5</sup>

2. Pravila po kojima se postupa u parnicama za zaštitu od diskriminacije propisana su odredbama Zakona o zabrani diskriminacije Republike Srbije<sup>6</sup> uz shodnu primenu odredaba Zakona o parničnom postupku Republike Srbije.<sup>7</sup> Zakonom su predviđena pravila u pogledu nadležnosti suda, vrsta tužbi kojima se postupak može pokrenuti, privremenih mera, procesne legitimacije, itd. Jedno od specifičnih pravila postupka u parnicama za zaštitu od diskriminacije, kojim se odstupa od pravila opšte parnične procedure, jeste pravilo o teretu dokazivanja.

3. Stranke u parničnom postupku teže uspehu – tužilac želi da njegov tužbeni zahtev bude usvojen i bude mu pružena pravna zaštita određene sadržine a tuženi svojim procesnim ponašanjem teži ka tome da zahtev tužioca bude odbijen. U parničnom postupku, u kome raspravno načelo ima primat i prema kome su stranke odgovorne za iznošenje činjeničnog i dokaznog materijala, stranka je dužna da iznese činjenice i predloži dokaze na kojima zasniva svoj zahtev ili kojim osporava navode i dokaze protivnika.<sup>8</sup> U skladu sa ovim zakonskim pravilom, ukoliko želi da uspe u parnici, svaka stranka treba da podnese specifičan procesni teret u pogledu iznošenja procesnog materijala.<sup>9</sup> Stranka, ukoliko pretenduje na pravno dejstvo određene činjenice, njenu istinitost treba i da dokaže.<sup>10</sup> Stranke su

---

<sup>4</sup> Izveštaj, str. 5.

<sup>5</sup> Izveštaj, str. 170 – 171.

<sup>6</sup> Zakon o zabrani diskriminacije, "Službeni glasnik RS", br. 22/2009. U daljem tekstu: ZZZD.

<sup>7</sup> Zakon o parničnom postupku, "Službeni glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014. U daljem tekstu: ZPP.

<sup>8</sup> Čl. 228. ZPP.

<sup>9</sup> Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Megatrend univerzitet, Beograd, 2013, str. 434.

<sup>10</sup> Stanković, G. – Teret dokazivanja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, XLVI, 2006, str. 5.



dužne da iznesu tvrdnje o činjenicama na kojima zasnivaju svoje zahteve i predlože dokaze kojima će potkrepiti navedene činjenične tvrdnje.<sup>11</sup>

Teret dokazivanja<sup>12</sup> se sagledava u subjektivnom i objektivnom smislu. U subjektivnom smislu, teret dokazivanja je upravo pomenuta dužnost stranke da iznese činjenice na kojima zasniva svoj zahtev i predloži dokaze u vezi sa činjenicama na kojima se zahtev zasniva. U objektivnom smislu, pitanje tereta dokazivanja se postavlja u slučajevima kada sud i posle sprovedenog postupka dokazivanja ne može da utvrdi da li neka činjenica postoji i kada su ostale nedokazane sporne pravno relevantne činjenice na kojima stranka zasniva svoj zahtev.<sup>13</sup> Tada sud primenjuje pravila o teretu dokazivanja u objektivnom smislu, pa stranka koja tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava a stranka koja osporava postojanje nekog prava, snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarenje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Triva, S.–Dika, M. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 498. Autori ističu da se radi o specifičnoj obavezi koju stranka ima prema sebi a ne prema parničnom protivniku ili sudu, jer na taj način stranka ostvaruje veću mogućnost za uspeh u parnici.

<sup>12</sup> Teretu dokazivanja, ističu pojedini autori, prethodi teret tvrdnje koji se poima kao dužnost stranke da iznese pred sud tvrdnje za činjenice na kojima zasniva svoj zahtev ili kojima pobija navode parničnog protivnika (Janevski, A.–Zoroska-Kamilovska, T. – Građansko procesno pravo, knjiga prva, Parnično pravo, Pravni fakultet “Justinijan Prvi”, Skopje, 2012, str. 315. U tom smislu i: Palačković, D. – Parnično procesno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2004, str. 209). Tako, stranka koja ističe neko pravo je dužna da iznese činjenice iz kojih je pravo nastalo i činjenice kojima se dato pravo održava (Poznić, B.–Rakić-Vodinić, V. – Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1999, str. 240).

<sup>13</sup> U tom smislu: Stanković, G. - Građansko procesno pravo..., str. 435.

<sup>14</sup> Čl. 231. st. 1–3. ZPP. Pomenuta pravila o teretu dokazivanja rezultat su zakonodavnih aktivnosti krajem prošlog veka. Zakon o parničnom postupku iz 1956. godine (“Službeni list FNRJ” br. 4/57, 52/61 i “Službeni list SFRJ”, br. 12/65, 1/71, 23/72, 6/74) i Zakon o parničnom postupku iz 1977. godine (“Službeni list SFRJ” br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91 i “Službeni list SRJ” br. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 i 3/02. U daljem tekstu: ZPP 1977) u osnovnoj verziji, nisu propisivali pravila o teretu dokazivanja u slučaju da sud nije sa sigurnošću utvrdio određenu činjenicu. Kasnijim izmenama i dopunama ZPP 1977 uvedeno je pravilo da ako sud na osnovu izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu, o postojanju činjenice odlučiće primenom pravila o teretu dokazivanja (čl. 221a. ZPP 1977). Nisu bila propisana konkretna pravila o raspodeli tereta dokazivanja u ovom slučaju, osim opšte odredbe o primeni pravila o teretu dokazivanja. Zakon o parničnom postupku Republike Srbije iz 2004. godine (“Službeni glasnik RS” br. 125/2004 i 111/2009) je detaljnije obradio pomenuta pravila i u čl. 223. st. 1 – 3. propisao na kojoj je stranci i u kom slučaju teret dokazivanja (Detaljnije o istorijskom razvoju pravila o teretu dokazivanja, videti: Stanković, G. – Teret dokazivanja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, XLVI, 2006, str. 5 - 9; Keča, R. – O teretu dokazivanja u parničnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLVII 3/2013, str. 76 – 78).

4. U postupku u parnicama za zaštitu od diskriminacije pravila o teretu dokazivanja su uređena na poseban način. Prema ZZD, kao osnovnom i najvažnijem zakonu u antidiskriminacionom zakonodavstvu, ukoliko tužilac učini verovatnim da je tuženi izvršio akt diskriminacije, teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti, odnosno načela jednakih prava i obaveza snosi tuženi.<sup>15</sup> Kako je u Republici Srbiji nakon donošenja ZZD usvojen i niz drugih antidiskriminacionih zakona, i oni na sličan ili identičan način definišu pravila o teretu dokazivanja. Primera radi, Zakon o ravnopravnosti polova<sup>16</sup> u odredbi iz čl. 49. st. 2. propisuje da „ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršen akt diskriminacije po osnovu pola, teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti, odnosno načela jednakih prava i obaveza, snosi tuženi”. Na ovom mestu se vidi odstupanje od opštih pravila o teretu dokazivanja jer bi, prema tim pravilima, tužilac, kao diskriminisano lice, bio dužan i da dokaže činjenicu koju tvrdi. Tačnije, pošto tvrdi da je bio diskriminisan, bio bi dužan da sudu ponudi dokaze i sud uveri u istinitost činjenica na kojima zasniva svoj tužbeni zahtev. Međutim, u antidiskriminacionim parnicama, kao što je napred navedeno, tužilac je dužan da učini verovatnim da je tuženi izvršio akt diskriminacije a onda teret dokazivanja leži na tuženom koji treba da dokaže da usled njegovog akta nije došlo do povrede načela jednakosti.

Pravila o teretu dokazivanja u antidiskriminacionim parnicama su specifična jer dolazi do prebacivanja tereta dokazivanja sa tužioca na tuženog. U teoriji se koristi i termin „okretanje“ tereta dokazivanja<sup>17</sup> a ima i mišljenja da se radi o „podeljenom” teretu dokazivanja, jer tužilac mora dokazati samo da se prema njemu nejednako postupalo a njegov protivnik treba da dokaže da se faktički ne radi o diskriminaciji, što znači da tužilac ne mora podneti potpuni dokaz o diskriminaciji.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Čl. 45. st. 2. ZZD. Pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja u antidiskriminacionim parnicama uvedeno je i u pravne sisteme zemalja u regionu (Videti: čl. 15. st. 1. Zakona o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine, “Službeni glasnik BiH” br. 59/2009; čl. 29. st. 1. Zakona o zabrani diskriminacije Crne Gore, “Službeni list Crne Gore”, br. 46/2010; čl. 38. st. 1. Zakona za sprečavanje i zaštita od diskriminacija na Republika Makedonija, “Služben vesnik na Republika Makedonija” br. 50/2010; čl. 20. st. 1. Zakona o suzbijanju diskriminacije Republike Hrvatske, “Narodne novine”, br. 85/08, 112/12).

<sup>16</sup> Zakon o ravnopravnosti polova, “Službeni glasnik RS” br. 104/2009.

<sup>17</sup> Petrušić, N. – Teret dokazivanja, u: Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije, Poverenik za zaštitu od diskriminacije i Pravosudna akademija, Beograd, 2012, str. 267.

<sup>18</sup> Meškić, Z.–Pürner, S. – Zaštita ljudskih prava prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, IV Pitanje tereta dokazivanja u antidiskriminacijskom pravu, u: Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije, IRZ, Beograd, 2013, str. 55.

5. Razlozi za ova delikatna pravila su višestruki. Najpre, dokazivanje diskriminacije primenom opštih pravila o teretu dokazivanja je jako teško jer se diskriminacija vrši prikriveno, najčešće se pravda raznim izgovorima a vrlo je često u vezi sa drugim faktorima koji izazivaju nejednako postupanje.<sup>19</sup> Dokazivanje diskriminacije je pred sudovima, u medijima, u svakodnevnom životu i društvu u celini izazov, jer u većini slučajeva ne postoje jasni i nedvosmisleni dokazi da je do diskriminacije došlo.<sup>20</sup> Tužilac, kao lice koje se smatra diskriminisanim, najčešće nema mogućnost da pribavi dovoljno činjenica i dokaza i na taj način uveri sud o izvršenoj diskriminaciji. S druge strane, upravo lice koje je izvršilo diskriminaciju ustvari poseduje i kontroliše dokaze kojima se na nesumnjiv način može utvrditi diskriminacija. Pravilom o prebacivanju tereta dokazivanja se olakšava položaj žrtve diskriminacije jer je diskriminaciju teško dokazati do stepena izvesnosti.

Sledeći bitan razlog za uvođenje specifičnog pravila o teretu dokazivanja je implementacija standarda utvrđenih u evropskim direktivama u oblasti borbe protiv diskriminacije. Prva direktiva koja predviđa pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja je Direktiva 97/80/EZ o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije po osnovu pola,<sup>21</sup> koja predviđa da će države članice, u skladu sa svojim pravosudnim sistemima, preduzeti neophodne mere kako bi obezbedile da u slučajevima kada lica koja smatraju da im je nanescena šteta zbog povrede načela jednakog postupanja, iznesu činjenice na osnovu kojih se može pretpostaviti postojanje neposredne ili posredne diskriminacije pred sudom ili nekim drugim nadležnim telom, tuženi bude dužan da dokaže da nije bilo kršenja načela jednakog postupanja (čl. 4. st. 1). Nadalje, o teretu dokazivanja govori Direktiva 2000/43/EZ o sprovođenju načela jednakog postupanja prema osobama bez obzira na njihovo rasno ili etničko poreklo.<sup>22</sup> Pomenuta direktiva, nakon definisanja diskriminacije i propisivanja načina zaštite prava usled diskriminacije, određuje pravila o teretu dokazivanja. Prema odredbi iz čl. 8. st. 1. ove direktive „države članice donose sve potrebne mere u skladu sa svojim nacionalnim pravosudnim sistemima kako bi osigurale da, u slučajevima kada osobe koje smatraju da im je nanescena šteta zbog neprimenjivanja načela jednakog postupanja, pred sudom ili

---

<sup>19</sup> Petrušić, N. – Teret dokazivanja..., str. 266 – 267.

<sup>20</sup> Tako: Roriv, I. – Dokazivanje slučajeva diskriminacije, Uloga situacionog testiranja, Regionalni centar za manjine, Beograd, 2012, str. 9.

<sup>21</sup> Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, Official Journal L 014, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/ALL/?uri=CELEX:31997L0080>, pristup: 15. avgust 2016.

<sup>22</sup> Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal L180, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0043&from=EN>, pristup: 15. avgust 2016.

nekim drugim nadležnim telom, iznesu činjenice na osnovu kojih se može pretpostaviti postojanje neposredne ili posredne diskriminacije, teret dokazivanja da nije bilo kršenja načela jednakog postupanja leži na tuženom.<sup>23</sup> Direktivom o uspostavljanju opšteg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja<sup>24</sup> predviđa se da se države članice preduzimaju mere i obezbeđuju „da je teret dokaza da nije bilo povrede načela jednakog postupanja na strani tuženog, u slučajevima kada lica koja smatraju da im je nanesena nepravda, jer na njih nije primenjeno načelo jednakog postupanja, iznesu pred sudom ili drugim nadležnim telom, činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je došlo do neposredne ili posredne diskriminacije.” (čl. 10. st. 1). I Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta Evrope 2006/54/EZ o sprovođenju načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama po pitanju zapošljavanja i rada odredbom iz čl. 19. st. 1. propisuje pravila o teretu dokazivanja.<sup>25</sup> Na nešto drugačiji način teret dokazivanja definiše i Direktiva 2004/113/EZ o sprovođenju načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavci robe, odnosno pružanju usluga.<sup>26</sup>

I kao treće, u dostupnoj literaturi, ističu se dva glavna razloga za uvođenje pravila o prebacivanju tereta dokazivanja na tuženog u antidiskriminacionim parnicama. To su zaštita slabije strane pravnog odnosa i obezbeđenje pristupa informacijama.<sup>27</sup> Tužilac je u antidiskriminacionim parnicama slabija strana, strana nad kojom je izvršen akt diskriminacije po osnovu određenog stvarnog ili pretpo-

<sup>23</sup> U nastavku se konstatuje da države članice ovim pravilom nisu sprečene da usvoje pravila o dokazivanju koja su povoljnija za tužioca, da se ovo pravilo ne odnosi na krivične postupke, da se pravila o teretu dokazivanja primenjuju i u slučaju da sudski postupak pokreću organizacije, udruženja ili drugi pravni subjekti u ime tužioca i da države članice ne moraju da primenjuju propisana pravila o teretu dokazivanja u postupcima u kojima relevantne činjenice ispituje sud ili drugo nadležno telo (čl. 8. st. 2–5).

<sup>24</sup> Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal L 303, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0078&from=HR>, pristup: 15. avgust 2016.

<sup>25</sup> 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, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0054&from=EN>, pristup: 15. avgust 2016.

<sup>26</sup> 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, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0113&from=HR>, čl. 9. st. 1, pristup: 15. avgust 2016.

<sup>27</sup> Rodin, S. – Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Evropske unije, Opatija Inter-University Centre of Excellence, Working paper WP H 2/2009, str. 3–4. dostupno na: [http://excellence.com.hr/Opatija/w/wp-content/themes/ec/working\\_papers/Rodin\\_teret\\_dokaza.pdf](http://excellence.com.hr/Opatija/w/wp-content/themes/ec/working_papers/Rodin_teret_dokaza.pdf), pristup: 16. avgust 2016.

stavljenog ličnog svojstva. S druge strane, diskriminisanoj stranci je, po pravilu, otežan pristup informacijama od ključnog značaja kojima ona može dokazati da je njeno lično svojstvo osnov za diskriminaciju.<sup>28</sup> Kako se vrlo često radi o skrivenim motivima i osnovima za diskriminaciju, o ponašanju tuženog koje je diskriminatorsko a koje se pravda drugim razlozima, tužilac će biti u nemogućnosti da obezbedi relevantne činjenice kojima će dokazati diskriminaciju.

6. Pravilo o teretu dokazivanja u antidiskriminacionim parnicama nalaže tužiocu, diskriminisanom licu, da do stepena verovatnoće uveri sud u postojanje diskriminacije. Samo u slučaju da činjenicama i dokazima uspe u dokazivanju stepena verovatnoće diskriminacije, teret dokazivanja će preći na tuženog. Tuženi, kao stranka u postupku za koju se tvrdi da je izvršila diskriminaciju i diskriminatorskom radnjom povredila načelo jednakog postupanja, će morati da dokaže da njegova radnja nije bila diskriminatorska i da diskriminacije nema.

Razlika u dokazivanju na strani tužioca i strani tuženog je u činjenici da tužilac dokazuje svoju tvrdnju do stepena verovatnoće a tuženi, kada se primeni pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja, dokazuje da nije bilo diskriminacije i to do stepena izvesnosti.

U literaturi se stepen verovatnoće dokazivanja diskriminacije na strani tužioca vezuje za dokaz "prima facie". Termin prima facie potiče od latinske izreke koja znači "na prvi pogled". U pravu, dokaz prima facie je dokaz koji je dovoljan da dokaže nečiju tvrdnju ili činjenicu. To je dokaz uz čiju pomoć se do saznanja pravno relevantne činjenice dolazi logičkim zaključivanjem o uzročno – posledičnoj vezi na osnovu pravila životnog iskustva.<sup>29</sup> To bi značilo da dokaz prima facie ukazuje na postojanje mogućnosti da se određena činjenica ili tvrdnja smatraju postojećom, uz mogućnost dokazivanja da takva činjenica ili tvrdnja ne postoje.

Upravo u slučajevima dokazivanja diskriminacije se smatra da sam pojam verovatnoće koju tužilac dokazuje treba sagledavati u smislu dokaza prima facie. Dakle, tužilac će morati da iznese pred sud dovoljno činjenica i dokaza iz kojih će proizaći da je bio žrtva nejednakog postupanja od strane tuženog. Tada se može reći da postoji dokaz prima facie o diskriminaciji i da je tužilac dokazao diskriminaciju do stepena verovatnoće. Kada se govori o dokazu prima facie diskriminacije radi se o formiranju suda o postojanju diskriminacije na osnovu nekog tipičnog razvoja događanja koje, prema pravilima iskustva, životnog i onog pravne zajednice, upućuje na kauzalnu vezu s diskriminatorskim ponašanjem ili na odgovornost za takvo ponašanje.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Petrušić, N. – Teret dokazivanja..., str. 268.

<sup>29</sup> Stanković, G. – Građansko procesno pravo..., str. 428.

<sup>30</sup> Tako: Dika, M. - Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima, u: Crnić, I. i dr., Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2011, str. 86.

U trenutku kada teret dokazivanja bude prebačen na tuženog, lice koje je izvršilo diskriminaciju, on će morati da se brani i dokazuje da diskriminacija nije počinjena. Tuženi najpre može da osporava verovatnost učinjene diskriminacije koju je tužilac dokazao. Kako je tužilac dokazao do stepena verovatnosti da je do diskriminacije došlo i izazvao prebacivanje tereta dokazivanja na tuženog, tako tuženi može da dovede u pitanje stepen verovatnoće koji je tužilac dokazao, dokazujući da ne postoji. Tuženi će uspešnim dokazivanjem da ne postoji stepen verovatnoće da je diskriminacija izvršena otkloniti od sebe teret dokazivanja. S druge strane, tuženi će moći i da dokazuje da je verovatnije upravo suprotno, odnosno da je verovatnije da do diskriminacije nije došlo zbog određenog ličnog svojstva pojedinca ili grupe lica. U literaturi se ističe da nije prihvatljivo da tuženi dokazuje do stepena izvesnosti da do povrede pravila nije došlo samo zato što je tužilac učinio verovatnim ono što tvrdi i da tuženi treba na nivou veće verovatnoće da dokaže da diskriminacije nema.<sup>31</sup> Tuženi ustvari, ne dokazuje da postoji uzročna veza između nejednakog postupanja i ličnog svojstva, već dokazuje i uverava sud u činjenicu da njegovo postupanje ima osnov u drugim objektivnim razlozima koji nisu u vezi sa ličnim svojstvom diskriminisanog lica.<sup>32</sup>

7. Pitanje razlikovanja neposredne i posredne diskriminacije je jedno od pitanja koje je vrlo važno kada se radi o teretu dokazivanja. Prema ZZD, neposredna diskriminacija postoji ako se lice ili grupa lica, zbog njegovog odnosno njihovog ličnog svojstva u istoj ili sličnoj situaciji, bilo kojim aktom, radnjom ili propuštanjem, stavljaju ili su stavljani u nepovoljniji položaj, ili bi mogli biti stavljani u nepovoljniji položaj.<sup>33</sup> Posredna diskriminacija, s druge strane, postoji ako se lice ili grupa lica, zbog njegovog odnosno njihovog ličnog svojstva, stavlja u nepovoljniji položaj aktom, radnjom ili propuštanjem koje je prividno zasnovano na načelu jednakosti i zabrane diskriminacije, osim ako je to opravdano zakoni- tim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su primerena i nužna.<sup>34</sup>

Upravo postoji razlika u dokazivanju neposredne i posredne diskriminacije. Kada je u pitanju neposredna diskriminacija, smatra se da tuženi treba da dokaže da je njegovo sporno postupanje opravdano objektivnim faktorima koji nisu u vezi ni sa kakvom diskriminacijom koja se bazira na određenom ličnom svojstvu, niti sa dovođenjem tužioca u vezu sa takvim osnovom za diskriminaciju.<sup>35</sup> Tačni-

<sup>31</sup> Tako: Dika, M. - Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima..., str. 85 i 87.

<sup>32</sup> Petrušić, N. – Teret dokazivanja..., str. 271.

<sup>33</sup> Čl. 6. ZZD.

<sup>34</sup> Čl. 7. ZZD.

<sup>35</sup> U tom smislu: Rodin, S. – Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Evropske unije..., str. 4.

je, tužilac pred sudom treba da učini verovatnim da je tuženi nešto učinio ili pak nije učinio, što izaziva njegov teži položaj ili ga može izazvati, u poređenju sa drugim licem koje se nalazi u istoj situaciji. Za takvu situaciju se kaže da je uporediva a lice koje se može naći u uporedivoj situaciji se naziva uporednik. Kada tužilac učini verovatnim da je žrtva neposredne diskriminacije, zadatak je tuženog da dokaže suprotno – da dokaže da se diskriminisano lice, tužilac, ne nalazi u istoj situaciji sa uporednikom ili da lično svojstvo tužioca nije razlog za nepovoljniji tretman prema njemu.<sup>36</sup>

Posredna diskriminacija je diskriminacija koja je najčešće nevidljiva, skrivena, diskriminator se trudi da se njegova diskriminatorna radnja protumači kao izraz jednakog postupanja. Kod posredne diskriminacije se se ne razlikuje postupanje diskriminatora prema različitim licima ili grupi lica već se razlikuju posledice koje su nesrazmerno nepovoljnije u odnosu grupu lica ili pojedinca koji joj pripada.<sup>37</sup> Prividno jednak tretman prema licu ili grupi lica je ustvari maska za diskriminatornu nameru. U tom smislu i dokazivanje posredne diskriminacije je teže jer je ona konceptijski mnogo složenija i teža za otkrivanje jer predstavlja manifestaciju strukturalne diskriminacije koja proizlazi iz pravila, normi, stavova i ponašanja u institucijama i društvenim strukturama.<sup>38</sup>

Kod posredne diskriminacije tužilac tvrdi da određeno neutralno pravilo, praksa, njega stavlja u nesrazmerno nepovoljan položaj u odnosu na druga lica u uporedivoj situaciji. Tada tužilac treba i da dokaže postojanje takvog pravila, odnosno prakse. Nije dovoljno da tužilac dokaže da neutralno pravilo samo postoji već i da to pravilo njega stavlja u nesrazmerno nepovoljan položaj na osnovu njegovog ličnog svojstva u odnosu na druga lica koja nemaju to lično svojstvo. Kada tužilac to i dokaže, tuženi može dokazati da to neutralno pravilo ima legitiman i zakonit cilj, da su upotrebljena sredstva bila primerena i nužna kako bi se ostvarila srazmernost između cilja koji je želeo da ostvari i upotrebljenih sredstava, odnosno da nije postojalo manje restriktivno sredstvo za ostvarenje datog cilja.<sup>39</sup> Tuženi dokazuje da pravilo ili praksa nisu diskriminatorni, da postoji objektivno i razumno opravdanje za njihovo usvajanje i primenu a ono postoji ako postoji legitiman cilj i ako su upotrebljena sredstva proporcionalna tom cilju.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Petrušić, N. – Teret dokazivanja....., str. 271.

<sup>37</sup> Petrušić, N. – Upotreba statističkih podataka u antidiskriminacionim parnicama, Pravni život br. 12/2014, str. 37 – 38.

<sup>38</sup> Isto,

<sup>39</sup> Petrušić, N. – Teret dokazivanja....., str. 272.

<sup>40</sup> Topić, B. – Teret dokazivanja direktne i indirektne diskriminacije, Analitika, Centar za društvena istraživanja, str. 5 – 6, dostupno na: <http://diskriminacija.ba/sites/default/files/Teret%20dokazivanja%20-%20komentar%20-%20Analitika.pdf>, pristup: 16. avgust 2016.

8. Postoje i stanovišta šta u postupku za zaštitu od diskriminacije ne treba dokazivati. Najpre, ne treba dokazivati subjektivnu nameru diskriminacije, kao ni pravno značenje statistika.<sup>41</sup> Subjektivna namera diskriminacije je teško dokaziva te se smatra da nju i ne treba dokazivati i da se na taj način postiže lakše dokazivanje diskriminacije od strane tužioca. Sa stanovišta prava nije relevantno da li je postojala subjektivna namera diskriminacije već da je radnja diskriminacije izvršena i da je njome jedno lice stavljeno u neravnopravan položaj po osnovu određenog ličnog svojstva.<sup>42</sup> Pravno je nevažna činjenica da li je postojala namera tuženog da diskriminiše jer je diskriminaciju moguće izvršiti i postupanjem u dobroj nameri, kao što je nevažna i činjenica da li je tuženi bio motivisan predrasudama.<sup>43</sup>

9. Na koji način će tužilac dokazati diskriminaciju do stepena verovatnoće? U postupku u parnicama za zaštitu od diskriminacije su dopuštena sva dokazna sredstva. U praksi određenih evropskih zemalja u cilju utvrđivanja diskriminacije mogu se kao svedoci pojavljivati i predstavnici tela državne vlasti, veštaci, mogu se kao dokazna sredstva koristiti audiozapisi i video zapisi.<sup>44</sup> Posebno je značajno pitanje korišćenja situacionog testiranja i statističkih podataka kao dokaznih sredstava.

Situaciono testiranje predstavlja poseban eksperimentalni metod u otkrivanju diskriminacije čiji je cilj da se diskriminacija utvrdi "na licu mesta".<sup>45</sup> Situaciono testiranje treba da ukaže na praksu kojom se određeno lice zbog svojih karakteristika nepovoljnije tretira u odnosu na lice koje te karakteristike nema, u

<sup>41</sup> Meškić, Z.–Pürner, S. – Zaštita ljudskih prava prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima....., str. 56.

<sup>42</sup> U slučaju Feryn, Evropski sud pravde je upravo zauzeo stav da nije potrebno dokazivati diskriminatornu motivaciju kako bi se dobio potvrđan odgovor na pitanje da li je bilo diskriminacije. U pomenutom slučaju, poslodavac je tuženi koji je diskriminatorno postupao jer je raspisao konkurs za zaposlenje i nameravao da zaposli isključivo "svetlopute Belgijanke", uz objašnjenje da se radi o želji njegovih kupaca. Evropski sud pravde je upravo to objašnjenje smatrao nevažnim i zauzeo stav da subjektivnu nameru diskriminacije ne treba dokazivati kako bi se utvrdilo postojanje diskriminacije (Detaljnije: Meškić, Z.–Pürner, S. – Zaštita ljudskih prava prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima....., str. 56).

<sup>43</sup> Petrušić, N. – Teret dokazivanja....., str. 273.

<sup>44</sup> Iskazi predstavnika tela državne vlasti koriste se u svrhu otkrivanja nekonzistentnosti u praksi sprovođenja službenih politika države dok veštaci sa svojim stručnim znanjima imaju posebnu ulogu u oblasti jednakosti primanja (Videti detaljno: Potočnjak, Ž.–Grgurev, I.–Grgić, A. – Dokazivanje prima facie diskriminacije, u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Evrope, Zbornik radova u čast prof. dr. sc Mihajla Dike, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013, str. 342–343.

<sup>45</sup> Roriv, I. – Dokazivanje slučajeva diskriminacije....., str. 44. Različiti tehnički termini se koriste za označavanje ovog specifičnog dokaznog sredstva u antidiskriminacionim parnicama: testiranje, revizija, situacioni testovi, testiranje parova, testiranje diskriminacije.



uporedivoj situaciji. Cilj situacionog testiranja je da se diskriminacija otkrije prilikom preduzimanja diskriminatorne radnje a da diskriminator nije upućen u činjenicu da ga neko posmatra i analizira njegovo ponašanje.<sup>46</sup> Posmatrači mere ponašanje diskriminatora prema licima sa određenom karakteristikom u odnosu na lica koja tu karakteristiku nemaju<sup>47</sup> i procenjuju da li je do diskriminacije došlo.

Situaciono testiranje je jako značajno u otkrivanju direktne diskriminacije i vrlo je bitno u postupku u parnicama za zaštitu od diskriminacije. Ovim dokaznim sredstvom se ojačava položaj tužioca koji uz pomoć situacionog testiranja ukazuje na diskriminaciju i dokazuje do stepena verovatnoće diskriminatorско ponašanje tuženog. Na taj tužilac dokazuje diskriminaciju i omogućava prebacivanje tereta dokazivanja na tuženog.<sup>48</sup> Međutim, i situaciono testiranje mora da bude izvršeno na pažljiv način kako bi rezultati metoda bili relevantni. Smatra se da postoji nekoliko pitanja o kojima treba posebno voditi računa. Najpre, sličnosti između grupe koja je potencijalna žrtva diskriminacije i kontrolne grupe moraju biti velike, u svim aspektima, kako bi testiranje bilo uverljivo; ne sme da postoji emocionalna veza između grupe koja testira i grupe koja je diskriminisana; situaciono testiranje treba da bude zasnovano na reprezentativnom uzorku i mora da bude pažljivo isplanirano.<sup>49</sup>

U našem pravu uloga dobrovoljnog ispitivača diskriminacije određena je odredbama ZZD. Dobrovoljni ispitivač diskriminacije ili tester je lice koje se svesno izlaže diskriminatornom postupanju sa ciljem da neposredno proveri primenu pravila o zabrani diskriminacije u konkretnom slučaju i njegov položaj je specifičan. Dobrovoljni ispitivač diskriminacije može podići tužbu i pokrenuti postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije. On može podići bilo koju

---

<sup>46</sup> Poznat je primer situacionog testiranja koje se sprovodi uz pomoć parova koji se nalaze u nekoj od uobičajenih situacija: parovi koji traže stan, parovi koji traže posao, parovi koji odlaze u ugostiteljske objekte. Parovi se razlikuju samo na osnovu jedne karakteristike koja može biti osnov za diskriminatorско ponašanje a ta karakteristika može biti svako od međunarodno priznatih ličnih svojstava pojedinaca ili grupe lica. U slučaju da je ona osnov za nejednako ponašanje prema određenom izmišljenom paru, pa par ne bude primljen u objekat ili mu ne bude izdat stan, diskriminacija je učinjena.

<sup>47</sup> Roriv, I. – Dokazivanje slučajeva diskriminacije....., str. 44.

<sup>48</sup> Situaciono testiranje je metod koji je u Ajedinjenim Američkim Državama krajem prošlog veka znatno korišćen i to najpre u cilju utvrđivanja diskriminacije na osnovu rasnog porekla i nacionalne pripadnosti prilikom iznajmljivanja stanova ali i u drugim slučajevima diskriminacije. Sproveden je veliki broj testova, a posebno je značajno situaciono testiranje koje je vršilo Ministarstvo pravde koje je vršeno uz pomoć opreme za snimanje zvuka (Roriv, I. – Dokazivanje slučajeva diskriminacije....., str. 46).

<sup>49</sup> Roriv, I. – Dokazivanje slučajeva diskriminacije....., str. 52 – 55.

od tužbi koje su predviđene odredbama ZZD, osim tužbe za naknadu štete.<sup>50</sup> O nameri da podigne tužbu tester je dužan da obavesti Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, osim ako okolnosti to ne dozvoljavaju, i da o preduzetoj radnji Poverenika obavesti u pisanom obliku.<sup>51</sup> Tester može biti saslušan u postupku u parnicama za zaštitu od diskriminacije kao svedok u slučaju da nije podigao tužbu i sam pokrenuo postupak. Iako se u literaturi ukazuje na nepotpunost rešenja ZZD o dobrovoljnom ispitivaču diskriminacije, konstatuje se i delotvornost postojećih zakonskih odredbi o dobrovoljnom ispitivaču diskriminacije u dokazivanju ove društvene pojave.<sup>52</sup>

S druge strane, statistički podaci imaju veliki značaj u dokazivanju diskriminacije. Statistički podaci koji ukazuju da je neko lice ili određena grupa lica u većoj meri bila izložena dejstvu određene mere u odnosu na drugo lice ili grupu lica, dovoljan su pokazatelj da je do diskriminacije došlo. Statistički podaci su jako značajni u dokazivanju posredne diskriminacije, odnosno diskriminatornih efekata neutralnih pravila.<sup>53</sup> Iako nisu predviđeni kao dokazno sredstvo u antidiskriminacionim parnicama u našem pravu,<sup>54</sup> statistički podaci se mogu koristiti kao dokaz, polazeći od široko prihvaćenog pravila u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde da statistički podaci predstavljaju dokazno sredstvo.<sup>55</sup> U antidiskriminacionim parnicama kao dokaz mogu poslužiti sta-

<sup>50</sup> Čl. 46. st. 3. ZZD.

<sup>51</sup> Čl. 46. st. 4. ZZD.

<sup>52</sup> Đukić, L.–Andrejević, S. – Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije, u: Sudska građansko-pravna zaštita od diskriminacije, Poverenik za zaštitu od diskriminacije i Pravosudna akademija, Beograd, 2012, str. 263.

<sup>53</sup> Još devedestih godina prošlog veka, sudovi su se izjašnjavali o statističkim podacima kao legitimnom dokaznom sredstvu u postupku u parnicama za zaštitu od diskriminacije (Detaljno: Petrušić, N. – Uпотреba statističkih podataka u antidiskriminacionim parnicama....., str. 40–41).

<sup>54</sup> Jedino Zakon o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine, ("Službeni glasnik BiH" br. 59/2009) izričito propisuje mogućnost korišćenja statističkih podataka ili baza podataka kao dokazno sredstvo u utvrđivanju diskriminacije (čl. 15. st. 2).

<sup>55</sup> "The Court considers that where an applicant is able to show, on the basis of undisputed official statistics, the existence of a prima facie indication that a specific rule – although formulated in a neutral manner – in fact affects a clearly higher percentage of women than men, it is for the respondent Government to show that this is the result of objective factors unrelated to any discrimination on the grounds of sex", Hoogendijk V Netherlands, ECHR, 2005, dostupno na: <http://swarb.co.uk/hoogendijk-v-the-netherlands-echr-6-jan-2005/>, pristup: 20. avgust 2016; "When it comes to assessing the impact of a measure or practice on an individual or group, the use of statistics may be relevant. In particular, statistics which appear on critical examination to be reliable and significant will be sufficient to constitute prima facie evidence of indirect discrimination. The Court confirmed, however, that statistics are not a prerequisite for a finding of indirect discrimination", D. H. and Others v. the Czech Republic, 13. 11. 2007. dostupno na: <http://www.errc.org/article/dh->

tistički podaci koje prikuplja Republički zavod za statistiku ili podaci koje prikupljaju, analiziraju i čine dostupnim javnosti drugi organi javne vlasti.<sup>56</sup>

Statističkim podacima se ukazuje na to da je određena grupa ili pojedinac bio izložen delovanju neutralnog pravila ili prakse i bio stavljen u nesrazmerno teži položaj u odnosu na drugu grupu lica ili pojedinca. Da bi se dokazalo da neutralno pravilo ili praksa koji važe za sva lica, određenu grupu ili pojedinca stavlja u nesrazmerno teži položaj, u praksi Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava se traži dokaz o tome da naročito veliki udeo lica podložnih negativnom dejstvu pravila pripada određenoj "zaštićenoj grupi".<sup>57</sup> Kada se kaže u većoj ili znatnoj meri, podrazumeva se da je procentualni udeo veći od 80% a da se neznatno češća izloženost neke grupe lica određenoj meri u odnosu na neku drugu grupu lica ne smatra diskriminacijom.<sup>58</sup>

10. Pravila o teretu dokazivanja u antidiskriminacionim parnicama uobličena su shodno specifičnostima u dokazivanju diskriminacije, kako neposredne tako i posredne. Po pravilu, diskriminaciju je jako teško dokazati jer se vrši prikriveno, opravdava drugim razlozima i često je u sprezi sa drugim faktorima koji izazivaju nejednako postupanje prema licu ili grupi lica na osnovu njihovih ličnih svojstava. Pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja utkano u evropske direktive, implementirano je u domaće antidiskriminaciono zakonodavstvo i onda kada tužilac u postupku učini verovatnim da je do diskriminacije došlo, teret dokazivanja da diskriminacije nije bilo leži na tuženom. Zbog činjenice da je tužilac kao diskriminisano lice slabija strana pravnog odnosa i lice koje je u nemogućnosti da dođe do dokaza o diskriminaciji, on diskriminaciju dokazuje do stepena verovatnoće a tuženi dokazuje da diskriminacije nije bilo do stepena izvesnosti. Kao što je napred rečeno, postoje razlike u dokazivanju neposredne i posredne diskriminacije a u cilju njihovog dokazivanja moguće je upotrebiti sva dokazna sredstva. Posebno je značajna uloga situacionog testiranja kao dokaznog sredstva, čiji oblik kroz postojanje dobrovoljnog ispitivača diskriminacije (testera) postoji i u

---

and-others-v-the-czech-republic/3559, pristup: 20. avgust 2016. Detaljnije videti i: Potočnjak, Ž.–Grgurev, I.–Grgić, A. – Dokazivanje prima facie diskriminacije....., str. 329–333.

<sup>56</sup> Kao statistički podaci mogu se koristiti i podaci i baze podataka koje vode drugi organi, istraživačke organizacije, nevladine organizacije, nezavisna tela ali i podaci koje prikupljaju privatni subjekti koji imaju zakonsku dužnost da ih prikupljaju (Tako: Petrušić, N. – Upotreba statističkih podataka u antidiskriminacionim parnicama....., str. 43–44).

<sup>57</sup> Priručnik o evropskom antidiskriminacionom pravu, IRZ, Beograd, 2014, str. 37.

<sup>58</sup> Evropski sud pravde je negirao diskriminaciju u slučajevima kada je udeo žena u grupi lica koja je pogođena određenom merom bio 60%, kao i u slučaju kada je procenat muškaraca i žena koji su bili izloženi nekoj meri bio približno jednake vrednosti (Meškić, Z.–Pürner, S. – Zaštita ljudskih prava prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima..., str. 57). O tome i: Priručnik o evropskom antidiskriminacionom pravu, IRZ, Beograd, 2014, str. 128–132.

našem pravu. Upotreba statističkih podataka kao dokaznog sredstva nije propisana odredbama domaćih antidiskriminacionih zakona ali je njihov značaj apostrofiran u velikom broju sudskih odluka Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava. Uvođenje statističkih podataka kao dokaznog sredstva i izvesna korekcija pravila u pogledu dobrovoljnog ispitivača diskriminacije, mogu biti predmet izmena i dopuna postojeće zakonske regulative u cilju lakšeg dokazivanja diskriminacije.

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

## ON THE BURDEN OF PROOF IN ANTI-DISCRIMINATION LITIGATIONS

### Summary

As already known, discrimination represents one of the extremely negative social phenomena in the contemporary society and there is almost no community in which there is no discrimination based on a certain personal characteristic of an individual or a group. The available data point to the fact that discrimination is widespread in the Republic of Serbia as well, but also to the fact that citizens are readier to require protection against discrimination in the procedure with the Commissioner for Protection of Equality and the procedure in litigations for protection against discrimination.

One of the key questions in the procedure in litigations for protection against discrimination is the issue of the burden of proof. According to the standards of the European law present in the European directives taken over by the domestic anti-discrimination legislation as well, the burden of proof in anti-discrimination litigations is arranged in a specific way. The rule of transferring the burden of proof is present, so if the prosecutor makes it likely for the defendant to have performed an act of discrimination, the burden of proof is on the defendant to prove that due to this act the principle of equality, or the principle of equal rights and obligations have not been violated. Rather, if the prosecutor proves themselves to have been a victim of discrimination to the degree of probability, the burden of proof is on the defendant, the person having performed the act of discrimination, who will have to prove that their act has not violated the principle of equality to the degree of certainty.

The author in the paper points to the specific rules on the burden of proof in anti-discrimination litigations, analyzes the legal regulations which regulate those rules, notes the international sources of those rules and theoretical attitudes on transferring the burden of proof. Attention has also been devoted to the differences in proving the direct and indirect discrimination, as well as to the situation testing and statistics as special means of proof.

## DOKAZNA SNAGA NOTARSKOG ZAPISA

### POJAM I SADRŽAJ NOTARSKOG ZAPISA

Prema opštem mišljenju sačinjavanje notarskih akata predstavlja suštinsku nadležnost notara.<sup>1</sup> Zakonom o notarima Crne Gore kao notarski akti određuju se akti o pravnim poslovima, izjavama volje i činjenicama koje sastavlja notar (notarski zapis), zapisnici o pravnim radnjama i činjenicama kojima prisustvuje notar (notarski zapisnik), potvrde o činjenicama koje potvrđuje notar (notarska potvrda) i ovjere prepisa, potpisa i drugih podataka (notarska ovjera).<sup>2</sup> Dakle, notarski akti su: 1) notarski zapis, 2) notarski zapisnik, 3) notarska potvrda i 4) notarska ovjera.

Notarski zapis je svakako najznačajniji notarski akt, s obzirom na to da oni sadrži pravni posao koji na osnovu izjava volje stranaka sačinjava notar. Oni takođe mogu da sadrže razne druge izjave volje kojima se stvaraju, mijenjaju ili ukidaju pravni odnosi, kao i brojne druge činjenice koje notari, u okviru svoje nadležnosti, bilježe u notarskom zapisu. Za njihovu punovažnost zahtijeva se posebna forma i zakonom propisan postupak sačinjavanja.

Notarski zapis je najznačajniji notarski akt, najvažnija isprava koju sačinjava notar, najkreativniji izraz notarske djelatnosti. Ta vrsta notarskog akta zako-

---

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

<sup>1</sup> Umjesto svih vidi Armbrüster, C., Preuß, N., Renner, T., Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare – Kommentar, Berlin, 2009, str. 3, br. 5.

<sup>2</sup> Član 5. st. 1. Zakona o notarima ("Sl. list RCG", br. 68/05, "Sl. list CG", br. 49/08).

nom je rezervisana za pravne poslove i izjave volje koje, u okviru svoje nadležnosti, sačinjava notar. Neki pravni poslovi da bi bili punovažni, moraju, a ostali mogu, biti sastavljeni u formi notarskog zapisa. Notarski zapis sastavlja notar po kazivanju stranke odnosno stranaka prema pravilima notarskog postupka i uz poštovanje elemenata forme propisane zakonom. On zapisuje njihove izjave volja za ostvarivanje njihovih interesa.<sup>3</sup> Ali on nije samo pisar ili svjedok izjave volje, već aktivni sudionik pri oblikovanju sadržine izjave stranke odnosno stranaka o pravnom poslu.<sup>4</sup> Akcenat njegovog djelovanja je na objektivnom savjetovanju stranaka i nastojanju da se obezbijede propisani zahtjevi forme. Dosta strogi zahtjevi koji se traže od notara pri sastavljanju notarskog zapisa prvenstveno su postavljeni radi preventivne zaštite subjekata pravnih poslova. Poštovanje pravila o formi i sadržini notarskog zapisa kao i procedura sačinjavanja ovog akta pruža dobru garanciju da će pravni posao biti punovažan i da će stranke ostvariti namjeravane pravne posljedice. Doprinos pravnoj sigurnosti predstavlja i opredjeljenje zakonodavca da notarski zapis smatra javnom ispravom koja u određenim slučajevima može biti i izvršna isprava.

Notarski zapis nije opšteprihvaćeni termin u uporednom pravu. Sretaju se i drugi nazivi: *javnobilježnički zapis* (Srbija), *javnobilježnički akt* (Hrvatska), *notarski obrađena isprava* (Federacija BiH), *notarska listnina* (Slovenija), *notarski akt* (Makedonija), *notarielle Beurkundung* (Njemačka), *Notariatsakt* (Austrija), *latto notarile* (Italija), *l'acte notarié* (Francuska), *notariële akte* (Holandija).<sup>5</sup> Ali bez obzira na terminološke razlike, ova vrsta notarskog akta u sistemu latinskog notarijata ima uglavnom iste karakteristike. To je autentična i istinita isprava koja sadrži pravni posao ili drugu izjavu volje koju je, u okviru svoje nadležnosti, oblikovao notar prema kazivanju stranaka, u skladu sa propisima koji regulišu formu i postupak sastavljanja. U pravnoj teoriji izdvajaju se posebni elementi koji izražavaju karakteristike notarskog zapisa. Bitni elementi koji konstituišu definiciju notarskog zapisa su: 1) to je akt koga, u okviru svoje nadležnosti, za stranke u cjelini sačinjava notar kao lice sa javnim ovlašćenjem; 2) to je akt koji sadrži ugovor ili drugi pravni posao, odnosno izjavu volje kojom se stvaraju, mijenjaju ili ukidaju određena prava i obaveze; 3) to je akt čija je sadržina propisana zakonom; 4) to je strogo formalan akt; 5) to je akt pri čijem sastavljanju notar mora poštovati zakonom propisani postupak; 6) to je akt koji predstavlja javnu ispravu, a može biti

<sup>3</sup> Uporedi Wagner, K., Knechtel, G., *Kommentar zur Notariatsordnung*, Wien, 2006, str. 10, br. 14 za § 1.

<sup>4</sup> Rijavec, V., *Notariat – Lex est quodcumque notamus*, Pravna praksa, br. 22/1993, str. 8.

<sup>5</sup> Treba imati u vidu da naznačeni termini u romanskim pravnim sistemima (Francuska i Italija), predstavljaju genusni pojam za sve vrste akata koje notari sačinjavaju.

i izvršni naslov.<sup>6</sup> Sastavljanje notarskog zapisa sa navedenim karakteristikama garantuje punovažnost preduzetog pravnog posla, sigurnost da će stranke ostvariti namjeravane ciljeve, da će biti zaštićeni interesi trećih lica i ostvareni javni interesi. Notar kao pravni stručnjak, kao nepristrasni profesionalac poučavanjem i savjetovanjem pruža strankama uslugu sa velikom garancijom da će njihove izjave volja stvoriti pravni posao kojim će realizovati svoje interese.

Notarski zapis je isprava određenog oblika na kojem su vidljivi podaci postupajućeg notara, stranaka i drugih subjekata, sadržina pravnog posla, vrijeme i mjesto sastavljanja i potpisi svih učesnika u postupku sačinjavanja ovog akta. Sadržaj notarskog zapisa određen je zakonom. Elementi sadržaja ovog akta su obavezni, njihovo odsustvo oduzima notarskom zapisu svojstvo javne isprave. Zakonom su taksativno navedeni neophodni elementi koje treba da sadrži svaki notarski zapis. To su: 1) podaci o notaru, 2) podaci o učesnicima u postupku sačinjavanja notarskog zapisa; 3) podaci o ispravi na osnovu koje je utvrđen identitet učesnika notarskog postupka, 4) tekst pravnog posla sa oznakom eventualnih priloga, 5) podaci o mjestu i vremenu sastavljanja notarskog zapisa, 6) izjava da su učesnici razumjeli sadržinu pravnog posla i saglasili se sa notarskim zapisom, 7) potpis učesnika i potpis i pečat notara.<sup>7</sup> U teoriji se navedeni obavezni elementi notarskog zapisa dijele na tri dijela: uvodi dio, tekst pravnog posla i završni dio.<sup>8</sup>

U uvodnom dijelu notarskog zapisa unose se podaci o postupajućem notaru, strankama i drugim učesnicima, kao i o načinu utvrđivanja njihovog identiteta.<sup>9</sup> Pravilnikom o radu notara propisano je kako se označava notarski akt i šta treba da stoji u lijevom, a šta u desnom uglu akta. U gornjem lijevom uglu notarskog zapisa upisuje se naziv "Crna Gora", ime i prezime, sjedište i adresa postupajućeg notara, a u gornjem desnom uglu oznaka i broj notarskog zapisa iz upisnika o notarskim zapisima i zapisnicima („UZZ“) i kalendarska godina.<sup>10</sup> Najvažniji dio notarskog zapisa je tekst pravnog posla. Svi ostali njegovi elementi su u funkciji pravnog posla koji se preduzima. Notar sačinjava tekst pravnog posla po kazivanju stranaka, uz poštovanje propisa notarskog prava i drugih imperativnih odredaba materijalnog prava koje regulišu konkretni pravni posao *inter vivos* ili *mortis causa*. Pošto notar saznaje sadržinu izjave od prisutne stranke, odnosno

---

<sup>6</sup> Uporedi Đurđević, D., Javnobežnička delatnost, Beograd, 2014, str. 111; Bikić, E., Suljević, S., u: Bikić, E., Suljević, S., Powlakić, M., Plavšić, M., Notarsko pravo, Sarajevo, 2013, str. 110.

<sup>7</sup> Član 51. Zakona o notarima.

<sup>8</sup> Bikić, E., Suljević, S., u: Bikić, E. *et al.*, *op.cit.*, str. 113; Tako i za francusko pravo Pillebout, J.-F., Yaigre, J., Droit professionnel notarial, Paris, 2012, str. 93-102.

<sup>9</sup> Tako i Softić, V., u: Powlakić, M., Schalast, Ch., Softić, V., Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009, str. 146.

<sup>10</sup> Član 7. Pravilnika o izmjenama i dopunama Pravilnika o radu notara ("Sl. list CG", br. 36/2013).

stranaka, on će postavljanjem pitanja i savjetovanjem utvrditi pravu volju i formulirati tekst pravnog posla. Preostali elementi sadržaja notarskog zapisa svrstavaju se u njegov završni dio. To su: 1) podaci o mjestu i vremenu sačinjavanja notarskog zapisa; 2) izjave o razumijevanju sadržine pravnog posla i prihvatanju zapisa; 3) potpisi učesnika i pečat notara.

#### PRAVNI POSLOVI U OBAVEZNOJ FORMI NOTARSKOG ZAPISA

Prema Zakonu o notarima Crne Gore u obaveznoj formi notarskog zapisa sačinjavaju se: 1) bračni ugovor i ugovori o imovinskim odnosima između bračnih drugova i između lica koja žive u vanbračnoj zajednici; 2) ugovori o raspolaganju imovinom maloljetnih lica i lica koja nemaju poslovnu sposobnost, čiji predmeti su nepokretnosti ili vrednije pokretne stvari i prava; 3) ugovori o raspodjeli i ustupanju imovine za života, ugovori o doživotnom izdržavanju i nasljedničke izjave; 4) ugovori o kupovini sa zadržavanjem prava vlasništva; 5) obećanja poklona i ugovori o poklonima u slučaju smrti; 6) pravni poslovi čiji je predmet prenos ili sticanje svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima.<sup>11</sup> Kao pravni poslovi čiji je predmet prenos ili sticanje svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima pojavljuju se ugovor o kupoprodaji, razmjena, poklonu, hipoteci, fiducijarnom prenosu svojine, zasnivanju stvarne službenosti, ortakluku i poravnanju. Tu spadaju neki ugovori o statusnim promjenama u privrednom društvu kao što je, na primjer, ugovor o razdvajanju i spajanju privrednih društava koja u svojoj imovini imaju nepokretnosti. Međutim, to ne važi za ugovor o diobi stvari jer se ne prenosi svojina i ne vrši promet nepokretnosti s obzirom na to da suvlasnici već imaju svojinu.<sup>12</sup> Drukčije je ako je dioba sastavni dio bračnog ugovora ili ugovora o kupoprodaji. Ako neki od ovih pravnih poslova nije zaključen u formi notarskog zapisa on je apsolutno ništav. Pored toga, u našem pravu važi princip paralelizma formi, a to znači da punomoćje za zaključenje svakog od ovih pravnih poslova mora biti sačinjeno u formi notarskog zapisa.<sup>13</sup> Isto važi i za predugovor<sup>14</sup> i za davanje saglasnosti tećeg lica.<sup>15</sup> Prema izričitoj zakonskoj odredbi stranke imaju pravo da zahtijevaju formu notarskog zapisa i za druge pravne poslove.<sup>16</sup> Stranke mogu zahtijevati formu notarskog zapisa i za pravni posao za koji je zakonom predviđena druga vrsta forme. Sloboda izbora forme je

---

<sup>11</sup> Član 52. Zakona o notarima.

<sup>12</sup> Vidi Presudu Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 5478/97 od 24. septembra 1998. godine, Sudske odluke – građansko pravo, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1-2/2002, str. 193 i 194.

<sup>13</sup> Član 86. Zakona o obligacionim odnosima ("Sl. list CG", br. 47/08).

<sup>14</sup> Član 40. st. 2 ZOO.

<sup>15</sup> Član 22. st. 2. ZOO.

<sup>16</sup> Član 52 st. 4 Zakona o notarima.



manifestacija slobode ugovaranja.<sup>17</sup> Tako je, na primjer, za ugovor o zakupu stana Zakonom o obligacionim odnosima predviđena forma javno ovjerene (legalizovane) isprave, ali stranke mogu ugovoriti formu notarskog zapisa. Potrebno je da ugovorena forma bude strožija, da bude u hijerarhijskom odnosu sa zakonskom i da u sebi apsorbira propisanu formu.<sup>18</sup> Ugovaranjem strožije forme od one koju zakon propisuje ne povređuje se javni interes, a dodatno se štite privatni interesi stranaka.<sup>19</sup> Notarski zapis, kao strožija forma, može da zamijeni pisanu formu ili formu ovjerene isprave.<sup>20</sup>

Crnogorski zakonodavac predvidio je da se u obaveznoj formi notarskog zapisa sačinjavaju pravni poslovi čiji je predmet prenos stvarnih prava na nepokretnostima,<sup>21</sup> što nije često rješenje u uporednom zakonodavstvu. Notarsku formu *ad solemnitatem* za pravne poslove za promet nepokretnosti predviđa njemačko,<sup>22</sup> u određenoj mjeri francusko,<sup>23</sup> grčko,<sup>24</sup> švajcarsko<sup>25</sup> i bosansko-hercegovačko pravo.<sup>26</sup> Zakon o javnom beležništvu Srbije takođe je predviđao da se ugovori o raspolaganju nepokretnostima sačinjavaju u formi javnobeležničkog (notarskog) zapisa, ali je primjena ove odredbe odložena za dvije godine od stupanja Zakona na snagu.<sup>27</sup> Međutim, reformom Zakona iz 2014. godine<sup>28</sup> to rješenje

---

<sup>17</sup> Bork, R., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen, 2006, str. 393, br. 1044.

<sup>18</sup> Vuković, M., Obvezno pravo, knjiga II, Zagreb, 1964, str. 76.

<sup>19</sup> Detaljnije Karanikić Mirić, M. Ugovorena forma ugovora o otuđenju nepokretnosti, Srpska politička misao, br. 2/2015, str. 322 i dalje.

<sup>20</sup> Leipold, D., BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, Tübingen, 2008, str. 230, br. 18; Uporedi za njemačko pravo § 126 st. 4 BGB i § 129 st. 2 BGB.

<sup>21</sup> Član 52. st. 1. tač. 6 Zakona o notarima.

<sup>22</sup> §§ 311b i 925 BGB.

<sup>23</sup> Vidi čl. 1601-2 *Code civil*-a za tzv. ugovore VIC (*vente d'immeuble à construire*). Pravi lo je da notarska forma nije uslov za zaključenje ugovora o kupoprodaji nepokretnosti. Međutim, francuski zakonodavac daje ovlašćenje notarima da sačinjavaju javne isprave o pravnim poslovima kako bi one proizvodile određena dejstva prema trećim licima. Tako, svi akti koji su predmet registra stvarnih prava na nepokretnostima moraju biti sačinjeni u formi javne isprave. Ugovor o kupoprodaji nepokretnosti obavezuje ugovorne strane, ali njegova dejstva nisu vidljiva trećim licima dok se ne upišu u katastar nepokretnosti. Javna isprava o ovim pravnim poslovima nije uslov njihove punovažnosti, već uslov za upis u javne registre. Dakle, upis ovih ugovora u registar nije moguć bez angažovanja notara. Ukoliko se ovi ugovori ne upišu, ne postoji pravna mogućnost njihovog suprotavljanja trećim licima (*inopposabilité*).

<sup>24</sup> Vidi čl. 369. grčkog Građanskog zakonika.

<sup>25</sup> Član 216. Zakona o obligacijama.

<sup>26</sup> Član 73. Zakona o notarima Federacije BiH.

<sup>27</sup> Član 82. st. 1. tač 5. i čl. 182. Zakona o javnom beležništvu ("Sl. glasnik Republike Srbije", br. 31/11, 85/12, 19/13).

<sup>28</sup> "Sl. glasnik Republike Srbije", br. 121/2014.

je promijenjeno, pa je obavezna forma notarskog zapisa predviđena samo za ugovore o raspolaganju nepokretnostima koje zaključuju poslovno nesposobna lica.

Rješenje o ulozi notara u prometu nepokretnosti predstavlja praktično najznačajniju novinu u radu notarske službe. Propisivanje notarskog zapisa kao bitne forme za pravne poslove kojima se prenosi pravo svojine i druga stvarna prava na nepokretnostima ima, po našem mišljenju, puno opravdanje. Pošto se radi o stvarima veće vrijednosti i značajnom privrednom resursu regulisanom većim brojem propisa čiji je promet često predmet sudskih sporova, notarski zapis je najoptimalnija forma za ugovore kojima se prenose prava na ovim stvarima. Ovakav stav zastupa se u pravnoj teoriji nekih drugih država bivše SFRJ koje su prihvatile slično rješenje.<sup>29</sup> Ovo rješenje Zakona o notarima dopriniće pravnoj sigurnosti u ovoj oblasti, posebno kod ugovora o kupoprodaji nepokretnosti i ugovora o hipoteci. Obaveznom formom notarskog zapisa zamijenjena je ranija privatna isprava o pravnom poslu kojim se prenose prava na nepokretnostima javnom ispravom koja može biti i izvršni naslov. Otklonjena je ranija praksa da ugovore o nepokretnostima sačinjavaju same stranke na obrascima, nadripišari i agencije za posredovanje u prodaji gdje često nije poštovano pravo preče kupovine, postojanje zajedničke svojine bračnih drugova, pravni i materijalni nedostaci, što je uzrokovalo brojne parnice o poništenju ugovora.<sup>30</sup>

Pored razloga pravne sigurnosti, ažurnosti evidencije nepokretnosti i fiskalne urednosti, važan razlog za opredjeljenje crnogorskog zakonodavca da propiše obaveznu notarsku formu za pravne poslove koji za predmet imaju nepokretnost, bio je i materijalna sigurnost notara. Glavne prihode notari ostvaruju od naknada za sačinjavanje notarskih zapisa koji sadrže pravne poslove o sticanju i prenosu stvarnih prava na nepokretnim stvarima. Notari kao pravni stručnjaci, vjerovatno, ne bi imali motivaciju da se opredjele za ovu profesiju ako bi ovi poslovi bili izuzeti iz njihove nadležnosti.

### *Notarski zapis kao dokazno sredstvo*

Notarski zapis je najstrožija forma pravnih poslova. Ta forma je nekad obavezna, a nekad fakultativna. Za određene pravne poslove koji imaju posebno značenje za stranke, treća lica i društvenu zajednicu zakonodavac je propisao notarski zapis kao isključivu, konstitutivnu, *ad solemnitatem* formu. I same stranke mogu

<sup>29</sup> Đurđević, D., Javnobeležnička delatnost, str. 230-231; Živković, M., Živković, V., O uvode-nju javnog beležništva u Srbiji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2/2013, str. 440 i 441; Škaljić, M., Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini, Referat na stručnoj konferenciji – Uloga i perspektiva notarske službe u BiH, Sarajevo, 2013, str. 9 i dalje.

<sup>30</sup> Škaljić, M., *op.cit.*, str. 13.

dogovoriti formu notarskog zapisa kao uslov važnosti pravnog posla koji preduzimaju. Notarska forma pravnog posla, kako smo već rekli, pruža veću pravnu sigurnost i prevnira eventualne sporove koji mogu nastati u njihovoj realizaciji.

Dok sačinjava notarski zapis za stranke notar postupa kao lice sa javnim ovlašćenjima. On je dužan da brine o postupanju u okviru svoje nadležnosti, da na propisani način utvrdi identitet stranke odnosno stranaka, provjeri sposobnost i ovlašćenje za preduzimanje pravnog posla, da pribavi pravu volju stranaka, pruži potrebne savjete i pouke, sačini tekst pravnog posla, pročita ga strankama i nakon što ga stranke prihvate i potpišu stavi svoj potpis, pečat i štambilj. Sačinjeni notarski akt o pravnim poslovima i izjavama volje, uz poštovanje ovih pravila postupka, elemenata forme i posebnog sadržaja, stiče svojstvo javne isprave. Decidno je propisano da notarski zapis prilikom čijeg sačinjavanja su ispoštovani bitni elementi forme propisani Zakonom o notarima predstavlja javnu ispravu.<sup>31</sup>

To je glavno obilježje notarskog zapisa, ali i drugih notarskih akata. Svojstvo javne isprave ima i strani notarski zapis, pod uslovom uzajamnosti. U slučaju da su notarski zapis sačinili strani i domaći notar, on će se smatrati domaćom javnom ispravom, ako je ovjeren pečatom i štambiljem domaćeg notara.<sup>32</sup> Zakonom nije propisano koji se elementi forme smatraju bitnim, pa će se u slučaju spora u svakom konkretnom slučaju procjenjivati da li se neki nedostatak smatra razlogom za uskraćivanje notarskom zapisu svojstva javne isprave. U Zakonu o notarima izričito su navedena tri razloga zbog kojih notarski zapis gubi svojstvo javne isprave: 1) ako je postojao razlog za izuzeće notara,<sup>33</sup> 2) ako ne sadrži potpis, pečat i štambilj notara,<sup>34</sup> 3) ako otpравak i prepis ne sadrži klauzulu o ovjeri.<sup>35</sup>

Zakonodavac je notaru, kao profesionalcu od javnog povjerenja koji vrši javnu službu, priznao sačinjavanje javnih isprava za koje važi zakonska pretpostavka o istinitosti sadržaja o kome svjedoče. Isprave uopšte imaju veliki značaj za nastanak, promjenu i prestanak pravnih odnosa, za efikasno odvijanje pravnog prometa i zasnjeđočavanje sadržaja pravnih poslova. Zakon ne određuje pojam isprave, a u pravnoj teoriji se pod tim pojmom označava predmet na kome je pismeno izražena neka misao.<sup>36</sup> Po pravilu je to predmet koji sadrži misao zabi-

---

<sup>31</sup> Član 5. st. 2 Zakona o notarima.

<sup>32</sup> Član 8. Zakona o notarima.

<sup>33</sup> Član 28. st. 3. Zakona o notarima.

<sup>34</sup> Član 43. Zakona o notarima.

<sup>35</sup> Član 92. Zakona o notarima.

<sup>36</sup> Poznić, B., Komentar Zakona o parničnom postupku, Beograd, 2009, str. 599; Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, str. 511; Uporedi: "Urkunden iSd ZPO sind schriftliche Verkörperungen von Gedanken, die Tatsachen überliefern". Rechberger, W.H., Simotta, D.-A., Zivilprozessrechts, Wien, 2010, str. 449, br. 794.

lježenu slovima, bez obzira na vrstu slovnih znakova, jezik na kojem je napisana, u koju svrhu je pisana i je li potpisana. Isprava je često i značajno dokazno sredstvo u sudskim i upravnim postupcima. Njena prednost u odnosu na druga dokazna sredstva je u tome što obezbjeđuje postojanost, relativno dugo trajanje i potpunost sadržaja relevantnih činjenica iz prošlosti koje su u njoj zabilježene.

U zavisnosti od kriterijuma podjele postoji nekoliko vrsta isprava koje se međusobno razlikuju. Najznačajnija je podjela prema izdavaocu i prema sadržini. Prema izdavaocu isprave se dijele na javne i privatne, a prema sadržini na dispozitivne (konstitutivne) i dokazne (deklarativne).<sup>37</sup>

Javna isprava definisana je Zakonom o parničnom postupku kao isprava koju je u propisanom obliku i u okviru svoje nadležnosti izdao državni organ, kao i isprava koju je u takvom obliku izdala ustanova ili drugo pravno lice u obavljanju javnog ovlašćenja povjerenog zakonom.<sup>38</sup> Ovdje nije navedeno da javne isprave mogu, pored pravnih, izdavati i fizička lica koja vrše javna ovlašćenja, jer u vrijeme donošenja ovog Zakona notari nijesu bili počeli sa radom. Međutim, zakonodavac je to propustio i u kasnijim izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku.<sup>39</sup> *De lege ferenda* navedenu odredbu ZPP-a treba dopuniti u smislu da i fizička lica koja vrše javnu službu izdaju javne isprave, kao što je to učenjeno u nekim uporednim zakonodavstvima.<sup>40</sup> I javne isprave koje je izdao inostrani organ imaju, pod uslovom reciprociteta istu dokaznu snagu kao i domaće javne isprave, ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno.<sup>41</sup>

Da bi jedna isprava bila javna potrebno je da ispunjava tri uslova: 1) da ju je izdao nadležni organ, ustanova ili lice, 2) da je izdata u propisanoj formi i 3) da je izdata u granicama nadležnosti odnosno javnog ovlašćenja izdavaoca.<sup>42</sup> Isprave koje ne ispunjavaju navedene uslove smatraju se privatnim, ili kako ih neki u teoriji nazivaju, nejavnim ispravama.<sup>43</sup> Nejavne su sve isprave koje izdaju pojedinci i pravna lica koja ne vrše javna ovlašćenja, kao i isprave koje izdaju državni organi i ustanove izvan svoje nadležnosti, odnosno javnog ovlašćenja.

<sup>37</sup> Rosenberg, L., Schwab, K. H., Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, München, 2010, str. 674.

<sup>38</sup> Član 226. st. 1. Zakona o parničnom postupku ("Sl. list RCG", br.22/04, 28/05, 76/06 i "Sl. list CG", br. 73/10, 47/15, 48/15).

<sup>39</sup> Vidi Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku ("Sl. list Crne Gore", br. 48/2015).

<sup>40</sup> Vidi čl. 230 st. 1 Zakona o parničnom postupku Hrvatske. Ove opravdane dopune su učinjenje pod nesumljivim uticajem zakonodavstava zemalja sa dugom notarskom tradicijom. Vidi § 415 st. 1 njemačkog *Zivilprozessordnung*-a i § 292 st. 1 austrijskog *Zivilprozessordnung*-a.

<sup>41</sup> Član 227. Zakona o parničnom postupku.

<sup>42</sup> Vidi umjesto svih Triva, S., Dika, M., *op.cit.*, str. 513.

<sup>43</sup> Poznić, B., Komentar Zakona o parničnom postupku, str. 601.

Ako isprava sadrži pravni posao koji su stranke preduzele (ugovor, testament) ili konkretan akt državnog organa (presuda, rješenje) onda je u pitanju dispozitivna (konstitutivna) isprava.<sup>44</sup> Ovim ispravama je, u stvari, zabilježena volja kojom se stvara, mijenja ili ukida neki pravni odnos, bez obzira da li je pismena forma zakonom propisana kao uslov važnosti pravnog posla (*ad solemnitatem*) ili su formu dogovorile stranke. Za razliku od ovih, isprave kojima se ne zasnivaju niti ukidaju pravni odnosi, već samo dokazuje da je pravni odnos ranije nastao nazivaju se dokaznim ispravama (izvod iz matičnog registra, priznanica).

Javna isprava ima punu dokaznu snagu.<sup>45</sup> Za nju važi načelo legalne ocjene dokaza, a za privatnu načelo slobodne ocjene dokaza.<sup>46</sup> Zakon nalaže da sud mora uzeti kao istinito ono što se u javnoj ispravi potvrđuje ili određuje.<sup>47</sup> Sud se ne upušta u ocjenu njene vjerodostojnosti, u njenu dokaznu snagu kao što cijeni dokaznu snagu privatne isprave. Za javnu ispravu važi pretpostavka autentičnosti i pretpostavka istinitosti. To znači da je ispravu izdao subjekt koji je na njoj označen kao izdavalac<sup>48</sup> i da je sadržaj isprave istinit (tačan), tj. da ono što čini sadržinu isprave odgovara činjenicama.<sup>49</sup> Međutim, to su oborive pretpostavke (*presumptio iuris tantum*), pa se može dokazivati suprotno javnoj ispravi. Autentičnost javne isprave u slučaju sumnje provjerava sud *ex officio*. Prema odredbi stava 4 člana 226 Zakona o parničnom postupku sud može radi otklanjanja sumnje u autentičnost isprave zatražiti da se o tome izjasni subjekt od koga bi ona trebalo da potiče. Sumnju u autentičnost javne isprave, koja se može javiti zbog spoljnog izgleda, formalnog nedostatka ili sadržaja, sud može dokazivati i drugim dokaznim sredstvima.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> Uporedi Rosenberg, L., Schwab, K. H., Gottwald, P., *op.cit.*, str. 674, br. 9.

<sup>45</sup> Izgleda sa su izrazi *puna dokazna snaga* ili *pun dokaz* nastali kao prevod izraza *vollen Beweis* iz § 415 st. 1 njemačkog *Zivilprozessordnung*-a. Uporedi: "Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, *vollen Beweis* des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges". Takođe vidi § 292 st. 1 austrijskog *Zivilprozessordnung*-a. Izrazi *pleine foi* iz francuskog *Code Civil*-a (čl. 1319) i *piena prova* iz italijanskog *Codice civile*-a (čl. 2700) imaju isto značenje.

<sup>46</sup> Stanković, G. Građansko procesno pravo, Prva sveska, Parnično procesno pravo, Niš, 2007, str. 433.

<sup>47</sup> Član 226. Zakona o parničnom postupku.

<sup>48</sup> Vidi Rechberger, W.H., Simotta., D.-A., *op.cit.*, str. 450, br. 796.

<sup>49</sup> Rechberger, W.H., Simotta., D.-A., *op.cit.*, str. 452, br. 798.

<sup>50</sup> Poznić, B., *op.cit.*, str. 607.

Zakonom je takođe dopuštena mogućnost obaranja pretpostavke da je javna isprava istinita. Strankama je dozvoljeno da u parnici pred sudom dokazuju da su u javnoj ispravi neistinito utvrđene činjenice ili da je isprava nepravilno sastavljena.<sup>51</sup> Teret dokazivanja neistinitosti činjenica utvrđenih u ispravi leži na onome koji osporava njihovu istinitost. To isto važi i za dokazivanje da je isprava nepravilno sastavljena, tj. da ne potiče od subjekta koji je u njoj označen kao izdavalac ili da po sadržaju ne odgovara izvorniku ili da nije sastavljena u propisanom obliku.<sup>52</sup> Osporavanje istinitosti isprave može biti predmet posebne parnice pokrenute deklarativnom tužbom kojom tužilac, saglasno članu 188 st. 1 Zakona o parničnom postupku, traži da sud samo utvrdi istinitost, odnosno neistinitost neke isprave.

Kad se radi o osporavanju istinitosti sadržaja javne isprave u pravnoj teoriji se pravi razlika između dispozitivne (određujuće) i dokazne (potvrđujuće) isprave. Stranke u parnici mogu osporavati da činjenice ili izjave u dokaznoj ispravi ne odgovaraju stvarnom stanju, da nijesu vjerno zabilježene, ali dokazivanje neistinitosti dispozitivne isprave nije dopušteno.<sup>53</sup> Drugim riječima, u parničnom postupku se može utvrđivati da su činjenice u ispravi neistinite, ali se u parnici ne može osporavati pravilnost pravnih dispozicija sadržanih u javnoj ispravi kojom se nešto određuje.<sup>54</sup> Tako se, na primjer, može dokazivati da je neki podatak u izvodu iz određenog registra netačan, ali se ne može osporaviti sadržina određene presude, ne može biti sporno da je ona napisana u sastavu kako je napisana. Drugo je pitanje osporavanja zakonitosti presude po osnovu redovnih i vanrednih pravnih lijekova.

Imajući u vidu navedena svojstva javne isprave uopšte, i za notarski zapis kao javnu ispravu važe tri karakteristična obilježja: 1) da ga je sačinio i izdao notar vršeći javna ovlašćenja, 2) da je sastavljen u obliku propisanom zakonom i 3) da je izdat u granicama nadležnosti notara. Odsustvo jednog od ovih obilježja oduzima notarskom zapisu svojstvo javne isprave, odnosno punu dokaznu snagu. Notarski zapis sa nedostatkom u pogledu kompetencije, elemenata forme ili nadležnosti zadržava svojstvo nejavne (privatne) isprave.<sup>55</sup>

I za notarski zapis važe pretpostavke autentičnosti i istinitosti. Bez autentičnosti ne može se zamisliti puna dokazna snaga notarskog zapisa kao javne ispra-

<sup>51</sup> Član 226. st. 3. Zakona o parničnom postupku.

<sup>52</sup> Triva, S., Dika, M., *op.cit.*, str. 514.

<sup>53</sup> Poznić, B., *op.cit.*, str. 607 i 608.

<sup>54</sup> Triva, S., Dika, M., *op.cit.*, str. 514.

<sup>55</sup> Senjak, K., Notarijat i izvršnost notarskih akata, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2/2013, str. 454.

ve. Iz opšte odredbe stava 4 člana 226 ZPP-a proizlazi zaključak da sud u slučaju sumnje u autentičnost zapisa, bilo zbog toga što je to neko osporio ili je sam sud posumnjao zbog spoljnijeg izgleda ili sadržaja, može zatražiti da se o tome izjasni notar koji bi trebalo da je sačinio zapis. Autentičnost notarskog zapisa može se, razumije se, provjeriti i drugim dokaznim sredstvima ako se, na primjer, desi da izvornik i notarske knjige budu uništene. *Onus probandi* leži na onome koji osporava autentičnost. Međutim, ako izvornik ili otpravak notarskog zapisa ima neki vanjski nedostatak koji izaziva opravdanu sumnju u autentičnost teret dokazivanja leži na onome koji se poziva na konkretni zapis.<sup>56</sup> Spoljnji nedostaci na notarskom zapisu mogu različito uticati na njegovu dokaznu snagu, u zavisnosti od karaktera i obima nedostatka (oštećenje, bojenje teksta, precrtavanje, umetanje sadržaja i sl.). Zbog toga on može potpuno izgubiti dokaznu snagu javne isprave ili mu dokazna snaga može biti umanjena u određenoj mjeri ili nedostatak neće uticati na njegovu dokaznu snagu.<sup>57</sup>

Što se tiče osporavanja pretpostavke istinitosti notarskog zapisa treba naglasiti da je riječ o dispozitivnoj (konstitutivnoj, određujućoj) javnoj ispravi koja sadrži pravni posao. Najčešće je forma notarskog zapisa uslov važnosti pravnog posla. Ali bez obzira na to, notarskim zapisom se zasnivaju, mijenjaju ili ukidaju pravni odnosi, pa se ne mogu, kao što je naprijed rečeno, preispitivati pravne dispozicije sadržane u notarskom zapisu. Ne može se dovoditi u pitanje sadržina preduzetog odnosno zaključenog pravnog posla. Kao što nije dopušteno da se osporava istinitost presude, odnosno sadržaja koji je u njoj naveden, tako se ne može obesnažiti sadržaj zapisanih izjava volje u notarskom zapisu. Ne može se zamisliti osporavanje istinitosti napisanog sadržaja konstitutivne javne isprave. Ne može se dokazivati da ona nema sadržaj koji je u njoj naveden, da sadržina pravnog posla (ugovora, testamenta) nije onakva kako je napisano u notarskom zapisu. Posebno je pitanje da li je taj sadržaj zakonit ili nije. Zakonitost isprava kojima se nešto određuje može se preispitivati, ali ne i istinitost da je sadržaj takav kakav je. Kao što se zakonitost presude, kao dispozitivne javne isprave, može preispitivati u sudskom postupku po redovnim i vanrednim pravnim sredstvima, tako se u parnici može poništavati pravni posao sadržan u notarskom zapisu. To znači da se u parničnom postupku može pobijati pravni posao zbog mana u izraženoj volji, prekomjernog oštećenja, povrede pravila o zastupanju, forme i sadržine punomoćja. Pri tome se tužbeni zahtjev ne usmjerava na poništenje notarskog zapisa, već na poništenje pravnog posla koji je u njemu sadržan.<sup>58</sup> Ne može se tužbom

---

<sup>56</sup> Triva, S., Dika, M., *op.cit.*, str. 514.

<sup>57</sup> Bikić, E., Suljević, S., u: Bikić, E. *et al.*, *op.cit.*, str. 105.

<sup>58</sup> Bikić, E., Suljević, S., u: Bikić *et al.*, *op.cit.*, str. 108.

tražiti poništenje javne isprave, već samo poništenje pravnog posla čiji tekst je zapisan u toj ispravi. Stoga je deplasirano pitanje, postavljano u pravnoj teoriji, ništavosti pravnog posla (ugovora) i raskida pošto se javna isprava ne može poništiti niti raskinuti.<sup>59</sup> Pravni posao je ništav ako nije zaključen u notarskoj formi *ad solemnitatem*, ali može biti ništav i onaj pravni posao koji je zaključen u propisanoj notarskoj formi.

Davanjem izjave sadržane u javnoj ispravi daje se puni dokaz postupka sačinjavanja, a dozvoljeno je samo dokazivanje falsifikovanja ili netačnog sačinjavanja. Netačno sačinjavanje isprave postoji kada se ne poštuju propisi o formi ili ako je netačno sačinjen sadržaj isprave.<sup>60</sup> Sadržaj je netačno sačinjen ako postoji greška (zabluda) o mjestu, vremenu ili učesnicima, ako izjava nije ni data, a ni pročitana, ili kada je izjava data, ali nije sačinjena. Suprotno tome, još uvijek ne postoji netačna sačinjavanje isprave, ako je lice koje daje izjavu prečulo (ignoriralo) neku klauzulu koju je ubacio notar.<sup>61</sup>

Notarski zapis kao javna isprava sa punom dokaznom snagom služi kao dokazno sredstvo u sudskim i drugim postupcima za dokazivanje sadržaja pravnog posla (ugovora, testamenta i dr.) koji je u njemu zabilježen. Dokaznu snagu javne isprave ima ugovor ili jednostrani pravni posao u svim svojim elementima koji su konstatovani u notarskom zapisu. To važi za stranke, sadržinu i potpise.<sup>62</sup> Ranije, dok u našem pravu nije bila predviđena notarska forma *ad solemnitatem* za određene ugovore, sadržaj ugovora bio je uvijek privatna isprava, samo su potpisi stranaka na nekim ugovorima imali svojstvo javne isprave. Tako, na primjer, ugovor o kupoprodaji nepokretnosti bio je privatna isprava, a potpisi kupca i prodavca ovjereni od strane suda imali su svojstvo javne isprave.<sup>63</sup> Naredbom zakona ili voljom stranaka sada su neki ugovori od privatne pretvoreni u javnu ispravu. Ovako dejstvo ima, kao što je rečeno, samo notarski zapis pri čijem sačinjavanju su ispoštovani bitni elementi forme. Elementni forme čine, u stvari, suštinu notarskog zapisa, određuju dokaznu snagu javne isprave.<sup>64</sup> Za notarski zapis kao javnu ispravu važi i oboriva pretpostavka punovažnosti forme.

<sup>59</sup> Ćurić, S., Notarski obrađena isprava u parničnom postupku - Sudska praksa i rasterećenje sudova, u: Notarijat i pravna država (ur. E. Šarčević), Fondacija CJP, Sarajevo, 2013, str. 51.

<sup>60</sup> Rosenberg, L., Schwab, K. H., Gottwald, P., *op.cit.*, str. 675, br. 19.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Ćurić, S., *op. cit.*, str. 51

<sup>63</sup> U važećem crnogornom pravu, ova tzv. kvalifikovana pisana forma je propisana Zakonom o obligacionim odnosima za ugovor o zakupu stana (čl. 629 st. 1) i ugovor o zakupu poslovnog prostora (čl. 639 st. 1).

<sup>64</sup> Senjak, K., *op.cit.*, str. 455.



Otuda je dopušteno dokazivati, saglasno pravilima parničnog postupka, da notarski zapis nije pravilno sačinjen, da nijesu ispoštovani propisani zahtijevi forme. Teret dokaza leži na onome koji osporava notarski zapis. Ako dokaže da notar nije utvrdio identitet stranaka, da prije sastavljanja zapisa nije ispitao volju stranaka i podučio ih o posljedicama pravnog posla, da nema datuma sačinjavanja notarskog zapisa, da stranke i drugi učesnici nijesu potpisali zapis ili da zapis ne sadrži potpis, pečat i štambilj notara, notarski zapis gubi svojstvo javne isprave. To ostaje privatna isprava kao i u slučaju ako se dokaže, uz teret dokaza na strani onoga koji to zahtijeva, da zapis ne potiče od notara koji je označen kao izdavalac ili da notar nije bio nadležan za njegovo sačinjavanje.

Kod sačinjavanja notarskog zapisa notar potvrđuje (zasvjedočava) čitav postupak sačinjavanja isprave, uključujući konstatacije o ličnosti davaoca izjave kao i vremenu i mjestu davanja izjave. Isprava sastavljena o izjavi ima puni dokaz potvrđenog (zasvjedočenog) postupka.<sup>65</sup> Ona dokazuje da je izjava data u navedeno vrijeme, na navedenom mjestu pred navedenim notarom i da ništa drugačije nije dato. Pun dokaz se odnosi i na identitet lica koja daje izjavu.<sup>66</sup> Dakle, notarski zapis ustanovljava potpun dokaz tačnosti i potpunosti postupka sačinjavanja isprave,<sup>67</sup> kao i potpun dokaz da je izjava data u mjestu i vremenu, kao i u prisustvu notara koji je naznačen u zapisu.<sup>68</sup> Smatra se da su izjave volja date pred notarom potpuno i tačno su reprodukovane.<sup>69</sup>

Notarski zapis kao javna isprava sa punom dokaznom snagom o pravnom poslu, odnosno izjavi koju sadrži važi kod svih organa, ustanova i lica koja vrše

---

<sup>65</sup> Preuß, N., u: Armbrüster, C., Preuß, N., Renner, T., *op.cit.*, str. 29, br. 14 za § 1 BeurkG; Uporedi Limmer, P., u: Eylmann, H., Vaasen, H.-D. (Hrsg.), *Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz: BNotO BeurkG - Kommentar*, München, 2011, str. 1007, br. 7 za § 1 BeurkG; Jansen, P., *FGG - Kommentar*, Berlin, 1971, str. 40, br. 45 za § 1 BeurkG.

<sup>66</sup> Preuß, N., u: Armbrüster, C., Preuß, N., Renner, T., *op.cit.*, str. 29, br. 14.

<sup>67</sup> Vidi Limmer, P., u: Eylmann, H., Vaasen, H.-D., *op.cit.*, str. 1008, br. 7 za § 1 BeurkG ; Uporedi: "Gemäß § 415 ff ZPO begründen notarielle Beurkundungen vollen Beweis für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Beurkundungsvorgangs". Hübner, H., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin-New York, 1996, str. 371.

<sup>68</sup> Ahrens, H.-J., u: Wiczorek, B., Schütze, R. A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar, Zweiter Band, 3. Teilband, 2. Teil*, Berlin, 2010, str. 647, br. 28 za § 415. Uporedi: "Die ordnungsgemäß errichtete notarielle Urkunde begründet dann gemäß § 415 Abs. I ZPO als öffentliche Urkunde vollen Beweis darüber, dass die Erklärungen so, wie beurkundet, vor dem Notar abgegeben worden sind". Bork, R., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, 2006, str. 403, br. 1069.

<sup>69</sup> Ovo se ne odnosi na tzv. materijalnu dokaznu snagu isprave. Vidi Preuß, N., u: Armbrüster, C., Preuß, N., Renner, T. *op.cit.*, str. 30, br. 15 za § 1 BeurkG ; Limmer, P., u: Eylmann, H., Vaasen, H.-D., *op.cit.*, str. 1008, br. 7 za § 1 BeurkG; Jansen, P., *op.cit.*, str. 40, br. 45 za § 1 BeurkG i fn. 42.

javna ovlaštenja. On je pouzdano dokazno sredstvo u parničnom, vanparničnom, upravnom, notarskom, stečajnom postupku. Otuda, za imaoca notarskog zapisa važi opšta ediciona dužnost da tu javnu ispravu preda radi izvođenja dokaza. Procesnopravna je dužnost (teret) stranke da podnese ispravu kojom bi dokazala svoje navode.<sup>70</sup> Stranka ne može, saglasno pravilima parničnog postupka, da uskrati podnošenje isprave kad se kod nje nalazi i na koju se sama pozvala, kao ni ispravu koju je po zakonu dužna da preda ili pokaže odnosno ispravu koja svojom sadržinom pokazuje da je zajednička za obje stranke.<sup>71</sup>

Stranka prema ZPP-u može uskratiti podnošenje isprave iz istih razloga zbog kojih svjedok može uskratiti svjedočenje odnosno odgovor na pojedina pitanja. Sud može naložiti stranci da podnese ispravu i kad se na nju nije pozvala nego je sud za nju saznao od svjedoka, iz podneska ili na drugi način, ali je ne može sankcionisati ako ona to uskrati. Ako tužilac ne podnese ispravu sud neće obaciti tužbu, već će činjenicu uskraćivanja isprave cijeniti u kontekstu svih okolnosti.<sup>72</sup> Međutim, ako se isprava nalazi kod druge strane sud će pozvati tu stranku da u određenom roku podnese ispravu, ali je ne može prinuditi na izvršenje edicione dužnosti.<sup>73</sup> Ako protivna stranka uskrati podnošenje isprave sud će cijeniti sve okolnosti slučaja, po sopstvenom uvjerenju odlučiti od kakvog je značaja to što stranka nije postupila po rješenju suda.<sup>74</sup> U slučaju da treba izvesti dokaz ispravom koja se nalazi kod državnog organa ili lica koje vrši javna ovlaštenja, a stranka ne može izdejstvovati da se isprava preda, tu ispravu će pribaviti sud po

<sup>70</sup> Član 228. st. 1. Zakona o parničnom postupku.

<sup>71</sup> Član 229. st. 2. Zakona o parničnom postupku.

<sup>72</sup> Poznić, B., Komentar Zakona o parničnom postupku, str. 612.

<sup>73</sup> Ovdje se radi o procesnim radnjama, a u parničnom postupku ne postoji dužnost stranaka, u smislu materijalnog prava, da preduzimaju procesne radnje. Na to ih niko ne može prinuditi. Postoje samo tzv. procesnopravni tereti, jer preduzimanjem određenih procesnih radnji stranke dobijaju veće šanse za uspjeh. Dakle, to rade u svom interesu. Uporedi Poznić, B., Građansko procesno pravo, Beograd, 1978, str. 29-30; Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., Građansko procesno pravo, Beograd, 2010, str. 32-33; Triva, S., Dika, M., *op.cit.*, str. 128; Jakšić, A., Građansko procesno pravo, Beograd, 2013, str. 52 i 171. Ovo shvatanje je prvi izložio profesor *Goldschmidt* u jednom od važnijih djela njemačkog procesnog prava. Vidi *Goldschmidt*, J., *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, str. 107 skenirano dostupno na adresi [https://books.google.me/books?id=ZIOEBwAAQBAJ&pg=PA516&lpg=PA516&dq=Der+Prozess+als+Rechtslage&source=bl&ots=NQEpEGZUOK&sig=nAfva9-0nFuJYO4vz\\_-C9sD8Rac&hl=srME&sa=X&ved=0CDYQ6AEwBGoVChMI\\_s6QoaiIyQIVyBcsCh1D\\_gUr#v=onepage&q=Der%20Prozess%20als%20Rechtslage&f=false](https://books.google.me/books?id=ZIOEBwAAQBAJ&pg=PA516&lpg=PA516&dq=Der+Prozess+als+Rechtslage&source=bl&ots=NQEpEGZUOK&sig=nAfva9-0nFuJYO4vz_-C9sD8Rac&hl=srME&sa=X&ved=0CDYQ6AEwBGoVChMI_s6QoaiIyQIVyBcsCh1D_gUr#v=onepage&q=Der%20Prozess%20als%20Rechtslage&f=false), pristup ostvaren 13.12.2014. godine.

<sup>74</sup> Član 229. st. 5. Zakona o parničnom postupku. U njemačkom pravu u ovim situacijama smatraće se da su činjenice u ispravi na koje se stranka poziva dokazane. Vidi Jakšić, A., *op.cit.*, str. 436, fn. 91.

službenoj dužnosti.<sup>75</sup> Ovo rješenje Zakona o parničnom postupku ima poseban značaj za slučaj da notar uskraćuje izdavanje notarskog zapisa zbog obaveze čuvanja tajne ili poštovanja pravila o izdavanju izvornika, prepisa ili otpravka ovog notarskog akta.

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

## PROBATIVE FORCE OF NOTARIAL DEED

### Summary

This article deals with the probative force of notarial deed as public document. Montenegrin legislator decided that a certain number of legal transactions has to be concluded in a mandatory form of a notarial deed. This is especially refers to legal transactions whose subject is transfer or acquisition of ownership or other *in rem* rights on immovable property. A notarial deed is the most important notarial act and the most creative form of notarial activity. A notarial deed is made by a notary following the request of a parties, according to the rules of notarial procedure and by observing elements of the legally prescribed form.

Notarial deed shall be a dispositive (constitutive) public document since the document contains a legal transaction undertaken by parties hereto (e.g. contract, will). Notarial deed as public document shall have a full probative force. The Law prescribes that the court must consider what is acknowledged or determined in a public document as true. A notarial deed establishes a full evidence of accuracy and completeness of the process of compiling the document, as well as a comprehensive evidence that the statement has been given at the place and at the time and before the notary as indicated in the deed.

---

<sup>75</sup> Član 228. st. 3. Zakona o parničnom postupku.



## MERE ZA OBEZBEĐENJE ZAOSTAVŠTINE

### U V O D

Ostavinski postupak je sudski postupak koji se vodi po službenoj dužnosti-*ex officio*, U ostavinskom postupku se pruža deklarativna pravna zaštita i on ima preventivni i zaštitni karakter. Preventivni i zaštitni karakter ostavinskog postupka ispoljava se u tome što sudska odluka unosi punu izvesnost u postojeće i zasnovane odnose i predstavlja garanciju da će posle smrti ostavioca nastati one posledice koje je predvideo zakonodavac ili koje je želeo sam ostavilac. U domaćem pravu sud može poveriti ostavinski postupak javnom beležniku ili pojedine procesne radnje iz ovog postupka. Sud je zadržao isključivu nadležnost za rpravljanje zaostavštine kada je nadležan inostrani organ.

Postupak za raspravljanje zaostavštine čine sledeće faze: prethodni postupak, pripremanje ostavinske rasprave, odlučivanje donošenjem ostavinskog rešenja kojim se utvrđuju naslednopravna dejstva koja nastaju smrću jednog lica i postupak po pravnim lekovima.

### ODREĐIVANJE MERA ZA OBEZBEĐIVNJE ZAOSTAVŠTINE

Privremene mere su institut postupka obezbeđenja koji se adheziono vodi uz ostavinski postupak. Njihovo određivanje predstavlja izraz staranja suda za zaštitu interesa naslednika. Sud nije vezan stadijumom ostavinskog postupka za do-

nošenje mera obezbeđivanja zaostavštine. Privremene mere za obezbeđenje zaostavštine donose se kada postoje okolnosti zbog kojih može da dođe do oštećenja pojedinih stvari iz sastava zaostavštine. One se određuju i kada su naslednici nepoznati ili odsutni ili kada naslednik nije sposoban da upravlja zaostavštinom, a nema zakonskog zastupnika.

Mere obezbeđenja zaostavštine mogu biti različite. To su: popis i procena zaostavštine, čuvanja pokretnih stvari, pečačenje, postavljanje privremenog staratelja zaostavštine i odvajanje zaostavštine od imovine naslednika (*separatio bonorum*). Mera obezbeđenja se može sastojati i u zabrani poveriocima zaostavštine da pojedinom nasledniku predaju dugovanu stvar ili da se obezbedi novčano potraživanje. U pojedinim situacijama može se doneti više različitih mera obezbeđenja zaostavštine jer one mogu biti povezane.

Privremene mere se mogu odrediti po službenoj dužnosti ili na predlog zainteresovanih lica (naslednika, legatara, poverioca ili organa starateljstva). Aktivnu legitimaciju za pokretanje ovog postupka imaju sva ona lica koja mogu da zahtevu izdvajanje svoje imovine od zaostavštine ostavioca, bez obzira na to da li se radi o predmetima zajedničke svojine koju čine predmeti domaćinstva, doprinosu u sticanju zajedničke svojine članova porodičnog domaćinstva, poverioci ostavioca ili organ uprave.

Privremene mere za obezbeđenje zaostavštine, može da odredi sud na čijem je području ostavilac umro ili sud na čijem se području nalazi imovina ostavioca. Ovo zakonsko rešenje je logično jer meru obezbeđenja zaostavštine donosi sud upravo gde se zaostavština ostavioca nalazi. Odluku kojom određuje privremenu meru sud donosi u formi rešenja. Protiv ove odluke učesnici mogu da izjave žalbu. Žalba na rešenje ima suspenzivno dejstvo jer ne zadržava izvršenje donete mere.

### *Postupanje javnog beležnika po nalogu suda*

U domaćem i uporednom pravu,<sup>1</sup> kako je već rečeno, sud može poveriti javnom beležniku radnje iz prethodnog ostavinskog postupka kao i mere obezbeđenja zaostavštine ali i ostavinski postupak<sup>2</sup> jer se radi o postupku o kome se ne

<sup>1</sup> Član 4. Zakon o javnom beležništvu *Službeni glasnik RS*, br. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – dr. zakon, 93/14 – dr. zakon, 121/14, 6/15 i 106/15, u daljem tekstu: ZJB Srbije, član 71. Zakon o javnim beležnicima “*Sl. list*” 13/94, u daljem tekstu: ZJB Slovenije, član 67. Zakona o notarima, *Sl. glasnik R. Srpske*, br. 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, u daljem tekstu: ZN R Srpske.

<sup>2</sup> Fabbender, Grauel, Kemp, Ohmen, Peter, Roemer, *Notariatskunde*, 14. Auflage, München, 2001, str. 21: “Vanparnični postupci u kojima se ne raspravlja o spornim pravnim i činjeničnim pitanjima i u kojima nije nužno pružanje sudske zaštite u zavisnosti od svake države stavljeni su u nadležnost javnom beležniku.”

raspravlja o o spornim pravnim i činjeničnim pitanjima.<sup>3</sup> Izuzetak predstavlja postupak za raspravljanje zaostavštine kada je za nasleđivanje merodavno pravo strane države koji se ne može poveriti javnom beležniku

Sud donosi rešenje o poveravanju postupka javnom beležniku, po svojoj pravnoj prirodi,ovo rešenje predstavlja rešenje o upravljanju postupkom.<sup>4</sup> Predsednik suda određuje konkretnog beležnika,a postupajući sudija u ostavinskom postupku donosi rešenje o poveravanju postupka ili procesne radnje javnom beležniku.

Mesno nadležan za postupanje biće javni beležnik koji ima sedište na teritoriji osnovnog suda koji je nadležan prema mestu prebivališta ostavioca. Sud određuje rok u kojem beležnik treba da sprovede postupak ili da preduzme poverenu procesnu radnju Kad javni beležnik ne može da postupi u roku koji mu je odredio sud, on je dužan da o tome obavesti sud i navede razloge svog nepostupanja. Sud može da donese rešenje o oduzimanju poverene radnje jer vrši nadzor nad radom javnog beležnika. Ukoliko sud odluči da oduzme predmet javnom beležniku, on može da privremenu meru poveri drugom javnom beležniku i da sam preduzme ovu radnju ili da naloži sudijskom pomoćniku .

U pogledu pojedinih mera obezbeđenja zaostavštine predviđena je isključiva nadležnost suda. Sud je nadležan za postavljanje privremenog staratelja zaostavštine i skidanje pečata i to u situaciji kada je beležniku poverena procesna radnja iz predhodnog ostavinskog postupka. Javni beležnik ne može da odredi privremene mere obezbeđenja koje se tiču ličnosti pojedinog naslednika kao što je npr. postavljanje privremenog zakonskog zastupnika nasledniku nad kojim je odlukom suda bilo produženo roditeljsko pravo.Ukoliko je javnom beležniku povereno vođenje ostavinskog postupka, on će postupati, analogno, kao i sud.

Ovlašćenje javnog beležnika da određuje mere obezbeđenja i izriče prinudne mere predstavlja njegovo izvorno ovlašćenje koje svoj osnov ima u rešenju ostavinskog suda koji mu je poverio sastavljanje smrtovnice. U ovom slučaju došlo je do zakonskog delegiranja nadležnosti za određivanje privremenih mera obezbeđenja po odluci suda i prenošenja sudske vlasti i sudske funkcije na javnog beležnika kao lice koje vrši javna ovlašćenja i uživa javno poverenje.

Predviđena je izričito nadležnost javnog beležnika da u toku postupka sastavljanja smrtovnice određuje mere za obezbeđenje zaostavštine i da tu dužnost

---

<sup>3</sup> Trgovčević-Prokić, M., *Ovlašćenje javnog beležnika i organizacija beležništva*, Beograd, Službeni glasnik, 2012, str. 156.

<sup>4</sup> Antić, O., Uloga notara u naslednopravnim ugovorima, *Javnobeležničko pravo*, priredio Dragor Hiber, Pravni fakultet, Beograd, 2005, str. 347, Stanković G., Trgovčević Prokić M., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, Službeni glasnik, 2016, str.162. Stanković, G. Mandić LjVanparnično procesno pravo. Kosovska Mitrovica, 2014, str. 312.

ima sve dok ne preda smrtovnicu ostavinskom sudu. S toga, treba praviti razliku između ovlašćenja javnog beležnika da donese privremenu meru obezbeđenja za ostavštine u postupku sastavljanja smrtovnice i njegove dužnosti da postupi po nalogu kada je već doneta ova mera i kada on preduzima radnje kojima se obezbeđuje zaostavština.

### *Troškov*

Naknadu i nagradu za sprovedenu poverenu procesnu radnju ili postupak, određuje sam javni beležnik<sup>5</sup> svojim rešenjem i naplaćuje je od učesnika jer se izmenama procesnog zakona<sup>6</sup> nastojalo da se dosledno sprovede princip da javnog beležnika i za poverenu procesnu radnju plaća učesnik, a ne sud koji mu je poverio preduzimanje konkretne procesne radnje iz svog budžeta, kao što je ranije bilo predviđeno. Prethodnim zakonskim rešenjem bilo je predviđeno da nagradu za rad isplaćuje sud prema Javnobeležničkoj tarifi, jer se radi o pravnim stvarima koje su u isključivoj sudskoj nadležnosti, a ne o pravnim stvarima koje je sama stranka angažovala beležnika, te je ovo zakonsko rešenje stvaralo problem. Ovo zakonsko rešenje kritikovano je i u momentu donošenja predloga ZVP, a iz razloga što sud, koji nema dovoljno sredstava ni za isplatu troškova službenih odbrana i angažovanje sudija porotnika, neće imati dovoljna sredstva ni za isplatu nagrade javnim beležnicima, tako da iz tog razloga neće poveravati poslove javnim beležnicima. Ova kritika je bila opravdana jer je predsednik Vrhovnog saveta sudstva uputio dopis sudovima povodom zahteva sudova za isplate troškova na ime angažovanja javnih beležnika. U dopisu je navedeno da s obzirom na ograničena sredstva potrebna za tekući rad sudova, kao i to da je rukovodilac budžetskog korisnika odgovoran za zakonitu, namensku i ekonomičnu upotrebu budžetskih sredstava, te da je članom 94. stav 2. ZVP propisano da sud može, kada je to celishodno, sam sastaviti smrtovnicu<sup>7</sup>. Iz ovog sledi da sud ustvari ne može da poverava poslove javnom beležniku, ako nema sredstava za isplatu istih.

S druge strane, problem se usložnjava u onim situacijama kada sud beležnicima ne isplati nagradu, a prilikom podnošenja troškovnika sudu beležnici su dužni i da uplate i taksu na račun propisan za uplatu javnih prihoda u visini od 30 % od naplaćene nagrade bez PDV-a (odredba člana 134. ZJB). Javni beležnik je dužan da naplati taksu za obavljenju uslugu koja predstavlja javni prihod, a čija

<sup>5</sup> Član 140. ZJB Srbije.

<sup>6</sup> Odredba člana 30i ZVP prestala je da važi stupanjem iImena i dopuna Zakona o vanparničnom postupku *Sl. glasnik RS*, br. 25/82, 48/88 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015 u daljem tekstu: ZVP Srbije.

<sup>7</sup> Visoki savet sudstva br. 401-00-102/2015-01 od 11. marta 2015. godine.



visina je određena zakonom. U vezi toga, postavlja se pitanje da li će javnim beležnicima biti i naplaćen porez na ovu taksu, bez obzira što im sud nije isplatio nagradu u postupku u postupak utvrđivanja, naplate i kontrole javnih prihoda, naplatom poreza, a što je regulisano Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji.<sup>8</sup> Prema izmenama, javni beležnik kao poverenik određenog državnog organa sam obračunava i od stranka naplaćuje nagradu i troškove za obavljanje poverenog posla, pri čemu se uvodi njegova obaveza da u rešenju kojim odlučuje u poverenom postupku obrazloži odluku o nagradi i troškovima. Iz ovog razloga prestalo je važenje člana 30 i ZVP koja se odnosila na isplatu troškova javnom beležniku<sup>9</sup>. Smatramo da je oravdana ova izmena zakona, a u pojedinim regionalnim pravnim sistemima, kao što je Hrvatska propisano je da stranke snose troškove postupka u poverenim stvarima.

Zakonodavac je na ovaj način ne samo olakšao pitanje naknade i nagrade na ime angažovanja javnog beležnika već je rasteretio sud dužnosti da donosi odluku o troškovima poverenog postupka kao i da isplatu vrši iz svog budžeta na ime pružene usluge učesnicima u postupku, a da kasnije sprovedi postupak po propisima koji važe za sudske takse.<sup>10</sup> Oim toga, izmenama Zakona o sudskim taksama propisano je da su učesnici oslobođeni od plaćanja sudske takse za radnje i postupke koje je sud poverio javnom beležniku. Učesnik u poverenom postupku plaća javnom beležniku naknadu troškova i nagradu za rad prema javno-beležničkoj tarifi. Na ovaj način smanjuju se troškovi postupka koji idu na teret učesnika i sprečava se da oni plaćaju duple troškove, odnosno sudsku taksu za radnje koje su poverene javnom beležniku i naknadu javnom beležniku.<sup>11</sup>

### *Prigovor*

Javni beležnik je dužan da, u toku postupka privremene mere, sastavi zapisnik i da zasvedoči sve preduzete radnje.<sup>12</sup> Predviđena je sudsku zaštita učesnika

---

<sup>8</sup> Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji *Sl.glasnik* RS br. 80/02, 84/02 - ispravka, 23/03 - ispravka, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - dr.zakon, 62/06 - dr.zakon, 61/07, 20/09, 72/09 - dr.zakon, 53/10, 101/11, 2/12 - ispravka, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/15.

<sup>9</sup> Trgovčević Prokić M., Kometar Zakona o izmenama Zakona o javnom beležništvu - "Sl.glasnik RS", br. 106/2015, *Pravni instruktor*.

<sup>10</sup> Stanković G., Trgovčević Prokić M., *op. cit.*, 2016, str. 189.

<sup>11</sup> Stanković, G., Trgovčević Prokić, M., *Pravila o naknadi i nagradi za rad javnog beležnika*, zbornik radova *Usluge i uslužna pravila*, Pravni fakultet univerziteta u Kragujevcu, 2016, str. 645-649.

<sup>12</sup> Đurđević, D., *Javnobeležnička delatnost*, Beograd, 2014, str. 237: "Javnobeležnički zapisnik je dokazna isprava. Njime se potvrđuje da postoji određena činjenica nezavisno od javnobeležničkog zapisnika."

koji nisu zadovoljni izvršenom privremenom merom. O prigovoru učesnika odlučuje postupajući sudija. Sud može po prigovoru, ukoliko zaključi da je osnovan, da donese odluku procesne prirode i da naloži da se ponovi postupak, u celini ili delimično, i da poveri ovaj postupak ili drugom javnom beležniku ili sudijskom pomoćniku. Javni beležnik nema pravo žalbe na odluku po prigovoru učesnika ukoliko je prigovor učesnika sud usvojio.

Protiv rešenja suda kojim se odbija prigovor učesnika izjavljen u postupku donošenja mere obezbeđenja, učesnik koji smatra da je povređen u svojim pravima i koji ima pravni interes može izjaviti žalbu nadležnom višem sudu. U pogledu žalbe na prvostepenu odluku suda donetu po prigovoru učesnika važi opšti režim u slučaju žalbe na rešenje<sup>13</sup>.

Potrebno je podvući da je novim izmenama Zakona o javnom beležništvu<sup>14</sup> sud dobio nadležnost da odlučuje i o prigovoru stranaka prilikom odbijanja službene radnje beležnika, kada su u pitanju sastavljanje zapisa i solemnizacija. Izmenama je predviđena sudska zaštita i kada on obavlja samostalno svoju delatnost, te je Javnobeležnička komora izgubila ovu nadležnost. Javnobeležnička komora odlučuje o prigovoru stranaka, kada se radi o overi, potvrđi, čuvanju isprava, depozitu, odnosno odbijanju svake druge službene radnje koja spada u njegovu samostalnu delatnost.

Na odluku koju je doneo javni beležnik, kao poverenik suda, može se izjaviti žalba drugostepenom sudu. Rešenje koje je doneo javni beležnik u poverenom ostavinskom postupku može se napadati pravnim lekovima pod istim uslovima i po istim pravilima kao da ga je doneo sud. Ovim zakonskim rešenjem izjednačeni su u pogledu prava na pravni lek svi učesnici u vanparničnom postupku – i oni kojima je zaštitu pružao sud i oni kojima je u poverenom postupku zaštitu pružao javni beležnik. Drugačije rešenje postoji u pojedinim regionalnim pravnim sistemima Hrvatska,<sup>15</sup> Republika Srpska.<sup>16</sup> Sud koji poverava postupak vrši i proveru rada javnog beležnika odlučujući i o prigovoru na njegovo rešenje. Prema ovom rešenju, sud odbacuje neblagovremene, nepotpune ili nedopuštene pri-

<sup>13</sup> Rešenje Višeg suda u Beogradu Gžjb Gž-jb: 7/16, rešenje Drugog osnovnog suda u Beogradu R-jb br. 3/16 od 20.04.2016. godine, rešenje javnog beležnika OUP br. 238/16 od 15.04.2016. godine: "Kada se u postupku solemnizacije prodavac protivi da javni beležnik unese upozorenje u klauzulu da je u toku spor koji za predmet ima utvrđivanje prava svojine od strane trećeg lica na predmetnoj nepokretnosti, tada je dužnost javnog beležnika da odbije potvrđivanje ugovora odnosno solemnizaciju, jer kupac mora biti obavešten o postojanju spora."

<sup>14</sup> Član 53a ZJB Srbije.

<sup>15</sup> Član 187, 188. Zakona o nasljeđivanju *Narodne novine* 163/03, u daljem tekstu: ZN Hrvatske.

<sup>16</sup> Član 151, 152. Zakon o vanparničnom postupku *Sl. glasnik SRS* br. 25/82 i 48/88 i *Sl. glasnik RS*, br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakoni 85/2012, u daljem tekstu: ZVP R Srpske.

govore. Odlučujući o prigovoru na rešenje javnog beležnika, sud može u celini ili delimično održati n snazi rešenje ili ga ukinuti. Kada sud ukine rešenje, on sam postupa i odlučuje.

#### POPIS I PROCENA

Popis i procena zaostavštine je postupak u okviru prethodne faze u ostavinskom postupku da bi se zaštitili kako interesi naslednika i legatara, tako i poverilaca zaostavštine.

Popis i procena mogu, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, da budu samostalne ili povezane radnje. Popis stvari je od značaja za dalji tok postupka – da li će se nastaviti ili obustaviti postupak, dok od procene vrednosti popisanih stvari zavisi utvrđivanje vrednosti zaostavštine, što ima uticaja kod kasnije deobe zaostavštine. Osim toga, izvršeni popis je od uticaja i za eventualno izdvajanje tuđih stvari iz zaostavštine.

Sud je nadležan za popis i procenu imovine jer je ostavinski postupak u njegovoj nadležnosti. Učesnici u postupku mogu da zatraže popis i procenu zaostavštine i u tom slučaju zakonom je predviđena konkurentna nadležnost suda i javnog beležnika, s tim što je nadležnost javnog beležnika supsidijarna. Javni beležnik je dužan da odredi popis i procenu zaostavštine i na zahtev naslednih učesnika, ali je po obavljenom popisu dužan da obavesti sud jer je sud zadržao isključivu nadležnost za vođenje ostavinskog postupka. Ukoliko on sprovodi povereni ostavinski postupak, on sam, po službenoj dužnosti ili na traženje stranaka (naslednika, legatara, poverilaca) preduzima radnje popisa i procene.

Popis obuhvata sve stvari koje su bile u državi umrlog u vreme njegove smrti, stvari koje su pripadale umrlom a koje se nalaze kod drugog lica sa naznačenjem kod koga se one nalaze i po kom osnovu, kao i stvari koje je držao umrli, a za koje se tvrdi da nisu njegova svojina.

Popis i procena zaostavštine treba da obuhvati, pored potraživanja, koja spadaju u aktivu, i dugove ostavioca, koji spadaju u pasivu. U zapisnik o popisu unose se podaci koji se odnose na potraživanja i dugovi koje je ostavilac imao prema drugim licima. Ovo je neophodno jer lica koja su oglašena za naslednike prema pravilima materijalnog prava odgovaraju za dugove ostavioca u visini vrednosti nasleđene zaostavštine. Popis imovine može da se vrši prema opštim pravilima zakona kojim je uređen izvršni postupak. Kada je u pitanju procena tada javni beležnik ili sud mogu da zatraže izveštaj određene institucije ili organizacija da dostave informaciju o vrednosti pojedinih popisanih stvari ili odrede veštačenje. Javni beležnik je dužan da priloži nalaz i mišljenje veštaka uz zapisnik o popisu i proceni.

### *Svedoci*

Popis i procena zaostavštine vrši se u prisustvu dva punoletna građanina, kao dva pozvana svedoka popisa. Zakon za lica koja prisustvuju popisu zahteva samo jedan uslov, a to je da budu punoletni građani. Međutim, zakon nije precizan u pogledu uslova koji treba da budu ispunjeni. Lica koja prisustvuju radnjama popisa treba da budu poslovno sposobna i pismena, odnosno da se mogu potpisati na zapisnik koji se sastavlja prilikom popisa. Osim toga, ova lica ne mogu da budu ona lica koja nemaju ili imaju smanjenu čulnu sposobnost – koja su slepa ili slabovidna, ili su nepismena, jer ona svojim potpisom garantuju da su stvari u njihovom prisustvu u toku popisa popisane i viđene.

Smatramo da je zakonodavac propustio da odredi i lica koja su pre punoletstva stekla poslovnu sposobnost ili na osnovu odluke suda, ili stupanjem u brak u slučaju maloletstva po dozvoli suda. Stav sudske prakse je da se ova lica smatraju poslovno sposobnim, ali to nije deklarirano u zakonu.

### ČUVANJE STVARI

Privremena mera čuvanja određuju se radi zaštite same zaostavštine, jer se na taj način štite interesi i prava naslednika i drugih zainteresovanih lica do okončanja ostavinskog postupka. Da bi se sačuvale pokretne stvari i prava ostavioca koje čine zaostavštinu, zakonodavac je predvideo, kao meru obezbeđenja, njihovo čuvanje. Na čuvanje se predaju gotov novac, dragocenosti, hartije od vrednosti, štedne knjižice i druge važne isprave. Ove pokretne stvari predaju se na čuvanje u depozit. Pre predaje stvari na čuvanje čuvaru, vrši se popis stvari koje se daju na čuvanje. Mera obezbeđenja zaostavštine čuvanjem, kad se radi o nepokretnim stvarima, sastoji se u pečaćenju stana, pojedinih prostorija u stanu.

Meru čuvanja donosi ostavinski sud ili javni beležnik. Treba praviti razliku između nekoliko situacija. Javni beležnik može doneti sam ovu meru kada mu je poverena procesna radnja iz prethodnog postupka, sud može poveriti ovu meru javnom beležniku ili ga odrediti kao čuvara stvari. Javni beležnik prilikom određivanja ove mere može odrediti drugog javnog beležnika kao čuvara. Ukoliko u toku postupka potreba za čuvanjem stvari prestane, tada sud ili javni beležnik donose rešenje o razrešenju čuvara stvari. U rešenju se može naložiti čuvaru da stvari koje je čuvao preda određenom nasledniku, ili legataru, poveriocu ostavioca ili vlasniku stvari koja je čuvana.

### *Skidanje pečata*

Može da bude privremeno i trajno. Trajno skidanje pečata postoji kad se u postupku odvajanja imovine naslednika od zaostavštine utvrdi da zapečaćeni

stan pripada nasledniku ili kad su stvari iz zapečaćene prostorije predate na čuvanje čuvaru, te su stan ili prostorija ispražnjeni. Potreba za privremenim skidanjem pečata može da postoji kad je došlo do neke nepredviđene opasnosti po stan, odnosno prostoriju ili po neke druge stvari. Na primer ako je došlo do neke havarije u zapečaćenom stanu ili prostorijama, kao što je kvar na grejanju i sl., kad postoji potreba da se izvrši neka hitna popravka u zapečaćenom stanu (zamena stakla na prozorima, popravka balkonskih vrata, zamena radijatora i sl.) ili kad susednim stanovima pretil opasnost ili nastupanje štete odzapečaćenog stana (npr. pukla je vodovodna cev u zapečaćenom stanu koja plavi spratove ispod stana).

U situaciji kada je sud, pošto je ocenio da je to celishodno, poverio sprovođenje prvostepenog ostavinskog postupka javnom beležniku, javni beležnik, po pravilu, postupa po svim pravilima ostavinskog postupka koja se odnose na sudske radnje, te će on i meritorno odlučiti i o meri obezbeđenja koja se tiče pečačenja stana ili prostorija i eventualnom trajnom ili privremenom ukidanju ove mere.

#### PRIVREMENI STARATELJ ZAOSTAVŠTINE

Ostavinski sud postavlja privremenog staratelja zaostavštine u situaciji kada su naslednici nepoznati ili odsutni, ili su naslednici lica koja su poslovno nesposobna ili ako to zahtevaju poverioci zaostavštine, legatari ili korisnici naloga, ili ako to zahtevaju uopšte naslednici jer nema dogovora među njima, ili kada iz konkretnog slučaja proizlazi da neće moći da se dogovore i da će ostavinski postupak dugo trajati. Zakon izričito predviđa nadležnost suda za postavljanje privremenog staratelja. Međutim, javni beležnik može postaviti privremenog staratelja zaostavštine samo u situaciji kada mu je poveren ostavinski postupak. Ukoliko javni beležnik prilikom poverene procesne radnje iz prethodnog ostavinskog postupka utvrdi da postoji potreba da se sprovede postupak za postavljanje staratelja zaostavštine, on je dužan da o tome obavesti ostavinski sud.

Staratelj zaostavštine se postavlja po službenoj dužnosti ili po predlogu zainteresovanog učesnika. Ostavinski sud može postaviti staratelja zaostavštine, na traženje pojedinog učesnika, posle odvajanja imovine naslednika od zaostavštine.

Sud je dužan da o postavljanju staratelja zaostavštine obavesti organ starateljstva. Organ starateljstva može odrediti drugo lice za staratelja zaostavštine umesto onog koga je odredio sud.

Privremeni staratelj zaostavštine imenuje se rešenjem. Protiv ovog rešenja naslednici imaju pravo žalbe. Do pravnosnažnosti rešenja o postavljanju privremenog staratelja zaostavštine dozvolu za preduzimanje poslova upravljanja i raspolaganja stvarima iz sastava zaostavštine daje ostavinski sud koji se stara o zaostavštini i štiti interese naslednika.

### *Ovlašćenja privremenog staratelja*

Sud određuje ovlašćenja privremenog staratelja. Privremeni staratelj zaostavštine može da ima sva ili pojedina ovlašćenja u odnosu na zaostavštinu. On može da isplati dugove ostavioca, da namiri legatаре. Njegov zadatak je i da proнаđe nepoznate naslednike ili da svojim radnjama štiti prava i interese odsutnih naslednika ali nije ovlašćen da bez dozvole organa starateljstva preduzima poslove izvan kruga redovnog poslovanja koje je dužan da vrši.

Privremeni staratelj zaostavštine dužan je da podnosi izveštaje i račune i ostavinskom sudu i organu starateljstva. Nagrada i naknada koje pripadaju privremenom staratelju zaostavštine predstavljaju deo pasive u zaostavštini i isplaćuju se iz raspoloživog dela zaostavštine.

U cilju zaštite interesa naslednika, privremeni staratelj ima procesni položaj stranke u funkcionalnom smislu. On može u svoje ime, a u interesu naslednika, da tuži i može da bude tužen. Iz tog razloga on je u parničnom postupku stranka u funkcionalnom smislu ili stranka po dužnosti – on dela u parnici kao tužilac ili tuženi, ali efekti parnice ne pogađaju njega već naslednike koji će, po meritornom okončanju ostavinskog postupka, biti poznati.

U uporednom pravu, kao na primer u Nemačkoj, javni beležnik može odlukom organa starateljstva biti postavljen za staratelja poslovno nesposobnog lica ali ulogu staratelja poslovno nesposobnog lica ne obavlja kao beležnik već u svojstvu staratelja, kao dodatni posao. On ima sva prava kao staratelj a te obaveze uključuju i zastupanje ovog lica. U domaćem pravu javni beležnik nemože imati ulogu staratelja jer on nema funkciju zastupanja.

### *Upravitelj nasledničke zajednice*

Otklanjanje nastalog nesporazuma u pogledu upravljanja nasleđem sud eliminiše postavljanjem upravitelja nasledničke zajednice kao staratelja koji će se neposredno starati o upravljanju zaostavštinom u interesu svih naslednika.

Upravitelj nasledničke zajednice koga je postavio sud je specifična vrsta staratelja koji ima posebna ovlašćenja u pogledu upravljanja zaostavštinom.<sup>17</sup> Suprotno stanovište imaju pojedini autori<sup>18</sup> te smatraju da on ima položaj i jednaka prava kao i izvršitelj testamenta. Smatramo da je ovo nesumnjivo, pogrešno jer odluka o postavljanju upravitelja od strane nadležnog organa je akt državne vlasti

---

<sup>17</sup> V. detaljnije : Stanković, G. Vanparnični postupci u naslednopravnim stvarima, Zbornik radova "Novine u Zakonu o nasleđivanju", Kragujevac: Pravni fakultet, 1998.

<sup>18</sup> Đorđević, V., Svorcan, S., (1997). *Nasledno pravo*, Kraljevo, str. 304.

te sud ili javni beležnik nemogu da se nađu u ulozi vlastodavca. On nije ovlašćen da vrši bilo koje naslednopravno ovlašćenje.

Smatramo da bi sud mogao da postavi javnog beležnika kao upravitelja nasledstva jer on nije ovlašćen ni da tuži, ni da bude tužen. On ne može biti stranaka u funkcionalnom smislu jer nema takvo ovlašćenje. Upravitelj koga je postavio sud odnosno javni beležnik nije njihov punomoćnik jer osnov njegovog ovlašćenja da upravlja zaostavštinom ne leži u volji samih sanaslednika. Ovo bi bila njegova dodatna delatnost.

MILENA TRGOVCEVIĆ-PROKIĆ, LL.D.,  
Judge of the Primary Court, Belgrade

## TEMPORARY MEASURES FOR SECURING LEGACIES

### Summary

Interim measures are security institute proceedings which are adhered to the inheritance procedure. Their determination in the inheritance procedure code is an expression of how the court looks after the interests of the successor. Interim measures are: inventory and evaluation of legacy, keeping things moving, sealing, installation of a temporary guardian legacy and the legacy of separation from the inheritors (*separatio bonorum*). Interim measures may be determined by official duty or by a proposal from the participants' inheritance proceedings. They have a limited duration, according to the rules, until end of the proceedings.

In domestic and comparative law, interim measures, the court may entrust a notary public. The notary public is authorized to adopt temporary measures during the previous delegated acts referred to in inheritance proceedings- compositing a death certificate. When the notary is entrusted with procedural actions from the previous procedure, he is responsible for determining temporary measures, in addition to setting up a temporary guardian and removal of seals, because this measure is solely intended by the court jurisdiction. The court supervises the work of notaries and can maintain in force, amend or repeal the measures. The notary is empowered to determine the security measures during the implementation of the hereditary inheritance proceedings entrusted to him, and has the same authorizations as the court. The notary public's authorization to determine security measures and the imposition of coercive measures represents his basic authorizations and has its basis in the decision of the probate court which entrusted the notary public with the drawing up of death certificates.





VUKAŠIN RISTIĆ

## **PRAVNI LEKOVI I PRAVNA SREDSTVA I NJIHOVA PRIMENA U NOVOM ZAKONU O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU**

**- Kritički osvrt -**

### U V O D

Materija prinudnog izvršenja i prinudnog obezbeđenja u našem pravnom sistemu u proteklom periodu više puta je normativno, kao posebna zakonodavna oblast, uređivana. Najpre, u složenoj državi, saveznim procesnim zakonima, a zatim, nakon osamostaljenja i sticanja državne suverenosti, odgovarajućim zakonima Republike Srbije. Prethodno, u složenoj državi, dugo su se u ovoj oblasti primenjivala pravna pravila predratnog Zakona o izvršnom postupku na celoj teritoriji, sve do 1978. godine, kada je donet prvi Zakon o izvršnom postupku.

Taj zakon, sa brojnim izmenama i dopunama, primenjivao se do osamostaljenja republika članic u složenoj državi, da bi u toku 2000. godine, Savezna Republika Jugoslavija, čije su članice bile republike Srbija i Crna Gora, donela nov Zakon o izvršnom postupku, koji se primenjivao do izdvajanja Republike Crne Gore. Republika Srbija je, potom, donela veći broj zakona iz ove oblasti, i to u 2004, 2011. i 2015-oj godini, koji je u primeni, počev od 1. jula 2016. godine.

Naša tema u ovom referatu odnosi se na sistem uređivanja pravnih lekova i pravnih sredstava, kao faze u postupku izvršenja i obezbeđenja, za potpunije i delotvornije ostavarivanje osnovnih načela ovog zakona, koja se odnose na efikasno postupanje sudova i javnih izvršitelja, da bi izvršni poverioci, u razumnim rokovima, namirili svoja utvrđena potraživanja .

---

Vukašin Ristić, advokat u Beogradu.

Zakonodavac se u ovoj oblasti u značajnoj meri zalagao da se upotrebom pravnih lekova i pravnih sredstava, omogućiti izvršnim poveriocima da konačno realizuju svoja prava, a izvršnim dužnicima i drugim učesnicima u ovim postupcima, onemogućiti, u okviru zakona, njihova zloupotreba u njihovom korišćenju. Uočljiva je, u vezi sa tim, znatna razlika kod propisivanja vrste, načina korišćenja i pravnog značaja ovih pravnih sredstava u nabrojanim zakonima sa neprepoznatim posledicama. Zbog toga je važeći zakon ovaj sistem pravnih sredstava uređio na način veoma različit u odnosu na sva ranija rešenja u navedenim zakonima.

Pre nego što ukratko izložimo sadržinu i način uređenja pravnih lekova i pravnih sredstava u važećem zakonu, ukazaćemo na način uređenja ovih pitanja u svim ranijim zakonima iz ove oblasti, da bismo uočili veoma značajne razlike u tom uređivanju i mogli da kritički ocenimo i potrebe za tim novinama. Očigledno, da je zakonodavac sagledao neosporenu činjenicu, da su načini uređivanja ovih pitanja bili od značajnog uticaja na sprovođenje i trajanje ovih postupaka, kao i stvarno stanje velike neažurnosti i opterećenosti sudova u radu na rešavanju ovih predmeta. Važeći zakon je zbog toga, ova pitanja rešio na bitno detaljniji i složeniji način u odnosu na ranije zakone, u nadi da će te novine i krupne promene u svakom slučaju, u budućoj primeni, dovesti do osetnijeg poboljšanja ukupnog stanja u ovoj oblasti pravosudne delatnosti.

Izložićemo ukratko sistem pravnih lekova kako je bio uređen po ranijim zakonima.

*a. Po zakonu o izvršnom postupku iz 1978. godine*, "Sl. list SFRJ", br. 20/78, sa brojnim izmenama, bilo je propisano da su redovni pravni lekovi prigovor i žalba, o kojoj je odlučivao drugostepeni sud, dok je dužnik na rešenje o izvršenju mogao da izjavi samo prigovor, o kome je ponovo odlučivao prvostepeni sud. Na to rešenje mogla se izjaviti žalba drugostepenom sudu. Žalba i prigovor, po pravilu, nisu imali suspenzivno dejstvo. Odluka donesena po žalbi bila je pravnosnažna.

Pre odlučivanja o prigovoru dužnika, isti se dostavljao poveriocu na odgovor u roku od osam dana. Protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave dužnik je mogao da podnese /samo/ prigovor u istom roku, izuzev u meničnim i čekovnim sporovima gde je rok iznosio tri dana. Protiv odluke o prigovoru mogla se izjaviti žalba.

*b. Po zakonu o izvršnom postupku iz 2. 000. godine*, "Sl. list SRJ", br 28/00 od 30. 06. 2000. godine, žalba kao redovni pravni lek je potpuno izostavljena, a jedini pravni lek protiv rešenja donesenog u prvom stepenu bio je prigovor, "osim ako u ovom zakonu nije određeno da prigovor nije dozvoljen", (čl. 8. tog zakona).

Prigovor se mogao izjaviti u roku od tri dana od dana dostavljanja rešenja, on nije imao suspenzivno dejstvo, osim kada je istim zakonom drugačije određeno. Prigovor dužnika protiv rešenja o izvršenju dostavljao se poveriocu na odgovor u istom roku, a o prigovoru je odlučivao isti sud u zbornom sastavu od trojice sudija (IP veće), čija je odluka bila pravnosnažna. Na ovaj način, stranke i drugi

učesnici u ovim postupcima nisu imali zakonsku mogućnost da se za ostvarivanje i zaštitu svojih prava obrate pravnim sredstvom drugostepenim, odnosno višim sudovima, što se smatralo povredom ustava - da svako ima pravo na žalbu ili drugo preвно sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. Zbog tih i drugih razloga u vezi sa ovakvim načinom normativnog uređenja pravnih lekova u ovom zakonu, Republika Srbija je u prvi naredni zakon iz ove oblasti ponovo žalbu kao redovni pravni lek.

v. *Po Zakonu o izvršnom postupku iz 2004. godine*, "Sl. gl. RS", br. 125/04 od 22. 11. 2004. godine, bilo je propisano da su u postupku izvršenja i postupku obezbeđenja pravni lekovi žalba i prigovor, uz izvesna oraničenja u odnosu na shodnu primenu važećeg zakona iz oblasti parničnog postupka.

U odnosu na žalbu ista se mogla izjaviti protiv/svskog/rešenja donetog u prvom stepenu, osim ako je tim zakonom bilo propisano da žalba nije dozvoljena, a u odnosu na prigovor, on se mogao izjaviti samo protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, kao i protiv rešenja o izvršenju donetog u tzv. skraćenom postupku, novom institutu u tom zakonu.

Rok za izjavljivanje žalbe i prigovora bio je tri dana od dana prijema rešenja. Žalba, po pravilu, nije imala suspenzivno dejstvo, osim ako je tim zakonom drugačije propisano. Dužnik je rešenje o izvršenju mogao pobijati samo žalbom, o kojoj je odlučivao drugostepeni sud, izzev u slučaju iz člana 19. st. 1. tog zakona, po kome je prvostepeni sud koji je doneo rešenje o izvršenju, kao sudija pojedinaac, mogao o žalbi meritorno da odlučuje, "ako oceni da je žalba "osnovana", pod uslovima u tom članu detaljno propisanim. Na takvo rešenje prvostepenog suda mogla se izjaviti žalba drugostepenom sudu, koji je, kao što je rečeno, redovno postupao po žalbi na rešenje prvostepenog suda. Ovaj zakon je propisao da se samo žalba izvršnog dužnika, izjavljena protiv rešenja o izvršenju dostavlja izvršnom poveriocu na odgovor, u roku od tri dana, dok se žalbe stranaka koje su se odnose na ostala rešenja prvostepenog suda i prigovor izvršnog dužnika, nisu mogli podnositi na odgovor, iako to zakon nije izričito zabranjivao. Međutim, praksa je pokazala da su sudovi ponovo zapali u veliku neažurnost u rešavanju ovih predmeta, pa je zaključeno da je tome, uz ostalo, u znatnoj meri, doprinelo ponovno uvođenje žalbe, kao pravnog leka u ovim postupcima.

g. *Po zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine*, /naziv, umesto ranijeg "Zakon o izvršnom postupku"/, objavljenom u "Sl. glasniku RS", br 31/2011, sa kasnijim izmenama i dopunama, žalba, kao redovni pravni lek ponovo je iz zakona izostavljena, tako da je jedini pravni lek bio prigovor. Po ovom zakonu, koji se u nekim nedovršenim predmetima izvršenja i obezbeđenja i dalje primenjuje, određeno je da se prigovor "može izjaviti samo kada je ovim zakonom propisano da je prigovor dozvoljen"!

Bez obaveze da navodimo sve razloge o ovako neprimerenoj, protivustavnoj i protivzakonitoj odredbi, o pravu stranaka i ostalih učesnika u ovim postupcima

na upotrebu pravnog sredstva radi ostvarivanja i zaštite svojih subjektivnih prava, smatramo da se ova i ovakva odredba o, praktično, izuzetnoj primeni prigovora, kao jedinog pravnog leka, nažalost, nije mogla i nije smela, primenjivati u, relativno dužem periodu, sve do jula meseca 2016. godine, kada je otpočela primena važećeg zakona, koji je, već smo rekli, sistem pravnih lekova, pa i u odnosu na prigovor, uredio na sasvim drugačiji način. Imaćemo, tako, nejednaka prava u odnosu na mogućnost podnošenja prigovora po ovim zakonima, u istim ili sličnim slučajevima, što nije u skladu ni sa njihovim osnovnim porukama i postavljenim ciljevima!

Zakonodavac je, primenom metoda pozitivne enumeracije, odredio slučajeve u kojima se prigovor, kao jedini pravni lek protiv odluka prvostepenog suda i javnog izvršitelja, može izjaviti samo u tim, *izričito pobrojanim* slučajevima, umesto uobičajenog određivanja ovakvih i sličnih slučajeva, da je prigovor uvek dozvoljen izuzev ako je izričito drugačije propisano!

Zakonodavac se ovakvim uskraćivanjem osnovnih prava stranaka i ostalih učesnika nije zadovoljio, već je i rok za izjavljivanje prigovora i ostale rokove u vezi njegovim korišćenjem, sa ranijih i uobičajenih osam dana skratio na "pet radnih dana", uz obavezu suda/ ne i izvršitelja/, da u istom roku donese odluku o prigovoru i uz pretnju sudiji koji po prigovoru postupa, da će se nepostupanje po tim rokovima smatrati "nesavesnim radom sudije"! Ovaj zakon je izostavio i ranije pravilo da se prigovor izvršnog dužnika na rešenje o izvršenju dostavlja na odgovor, već je u članu 44. analogno članu 19. st. 1. ranijeg zakona, dao pravo sudiji prvostepenog suda da *meritorno* odlučuje o prigovoru, na koji je izvršni dužnik mogao da izjavi *novi prigovor*, veću istog suda, (IP veću) čija je odluka konačna i pravnosnažna. Uređivanje odredaba o pravnim lekovima, odnosno pravnom leku na ovakav način, razumljivo je da je iz niza objektivnih i subjektivnih razloga dovelo do još većeg pogoršanja ukupnog stanja o neažurnosti i broju nerešenih predmeta u ovoj oblasti, o čijim razlozima na ovom mestu ne možemo komentarisati. Napominjemo da je u vreme primene ovog zakona vršena tzv. reforma u pravosuđu, za koju je ustanovljeno da je bila veoma neuspešna i da je dovela, praktično, do potpunog urušavanja pravosudnog sistema u toj oblasti. To stanje posebno se odrazilo na predmete izvršenja, koji su još uvek nerešeni i čiji je ukupan broj enormno veliki. U međuvremenu, nakon donošenja ovog zakona i početka njegove primene, u toku 2012. godine, u postupak sprovođenja prinudnog izvršenja i prinudnog obezbeđenja uveden je novi pravosudni organ, sa javnim ovlašćenjima preko tzv. privatnih izvršitelja, koji su važećim zakonom preimenovani u javne izvršitelje. Tvrdi se da je, nakon početka njihovog rada, juna meseca 2012. godine, ukupno stanje u nerešenim predmetima vidno poboljšano, s obzirom da su oni preuzeli veći deo ukupnih nerešenih predmeta na sprovođenju izvršenja. Došlo se do zaključka da oni, u poređenju sa sudskim izvršiteljima, na ovim poslovima, iz brojnih razloga, postižu bolje rezultate, pa je zakonodavac i sa

tih razloga, važećim zakonom, njihovu delatnost i nadležnost, enormno povećao u odnosu na nadležnost sudova u toj fazi izvršnog postupka.

Iz tih razloga zakonodavac je i ranijim zakonom kao i sada važećim, javnim izvršiteljima dao u nadležnost sprovođenja izvršenja i obezbeđenja gotovo po svim predmetima, po kojima i dalje, osim kod predmeta iz tzv. komunalne delatnosti, sudovi odlučuju o predlozima za izvršenje i obezbeđenje, donošenjem odgovarajućih rešenja u kojim pravni lekovi pravni lekovi, izjavljeni protiv istih, po pravilu, ne zadržavaju njihovo izvršenje. Velike ukupne promene koje su važećim zakonom izvršene u cilju poboljšanja stanja u ovoj oblasti, kao što smo ranije napomenuli, izvršene su i u segmentu pravnih lekova i pravnih sredstava, te se i na taj način mogu shvatiti razlozi njihovog različitog uređivanja u odnosu na ranije zakone. Praksa će i u primeni važećeg zakona biti najbolji pokazatelj opravdanosti ovakvih i drugih novih rešenja.

### *Pravni lekovi i njihova primena*

Već smo napomenuli da je važeći zakon sistem pravnih lekova i pravnih sredstava uredio na poseban način, jer se u mnogim odredbama, koje čine srž ovih pravnih instituta, bitno razlikuje od njihovog načina uređivanja u svim ranije donetim, saveznim i republičkim zakonima. Podsećamo, da je, prelaznim i završnim odredbama važećeg zakona, predviđeno da se izvršni *postupci*, i postupci obezbeđenja, koji su počeli pre stupanja na snagu tog zakona (01. jula 2016. godine), nastavljaju prema odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine. To znači da će se i ubuduće u primeni ranijeg zakona na te slučajeve primenjivati odredbe o pravnim lekovima i pravnim sredstvima po tom zakonu.

S druge strane, u tim odredbama važećeg zakona propisana je obaveza izvršnih poverilaca da se, u roku od 1. maja 2016. do 1. jula 2016. godine, *izjasne* da li su voljni da izvršenje sprovede sud ili javni izvršitelj. Ta obaveza izvršnih poverilca odnosila se *samo* na one postupke u čiju korist je pre početka rada izvršitelja u Republici Srbiji doneto rešenje o izvršenju na osnovu izvršne ili verodostojne isprave ili rešenje o obezbeđenju i koji na dan 1. maja 2016. godine još nisu okončani. Zakon je na istom mestu predvideo stroge sankcije za izvršne poverioce koji se o navedenom roku o tome ne izjasne, u kom slučaju se ovi postupci obustavljaju /čl. 545. i 547. važećeg zakona /.

Nama, na prvi pogled izgleda da su ove odredbe važećeg zakona u izvesnoj koliziji, jer dok se na jednoj strani određuje primena ranijeg zakona na sve slučajeve kod započetih postupaka izvršenja i obezbeđenja, a koji *nisu dovršeni*, do 1. jula 2016. godine, na drugoj strani se uslovno propisuje retroaktivna nadležnost javnih izvršitelja i na slučajeve u kojima je *pre početka njihovog rada*, već doneto rešenje o izvršenju, odnosno o obezbeđenju.

Drugim rečima, ni izvršni poverioci, ni sudovi, koji su pre tog datuma doneli navedena rešenja, a vrlo verovatno, i odmakli u *njihovom sprovođenju*, nisu mogli da računaju na da bi oni bili u mogućnosti da sprovede ta izvršenja, odnosno obezbeđenja. Posebno je interesantno pitanje, da li je ova odredba o izjašnjava vanju izvršnih poverilaca uopšte u saglasnosti sa ostalim odredbama važećeg zakona, ili istu u ovakvom tekstu, ne treba ni primenjivati. Propisivati naknadno, u toku poodmaklog postupka, ovakvu obavezu izvršnih poverilaca, koji "vode" taj postupak, kako zakon kaže, nije u saglasnosti ni sa ustavnim, ni sa zakonskim propisima. Nadležni sudovi su, pre donošenja ovog zakona, po predlozima izvršnih poverilaca, doneli odgovarajuća rešenja o izvršenju, odnosno obezbeđenju i *nastavili postupak sprovođenja*, u skladu sa tada važećim zakonom, pa im je ova obaveza neopravdano nametnuta.

Jednostavno rečeno, mišljenja smo da zakonodavac za nepostupanje izvršnih poverilaca po tim odredbama nije imao ovlašćenje da to sankcioniše, čak i *obustavom tih postupaka*, umesto da to, praktično pitanje uredi na primereniji način, u skladu sa važećim propisima. U budućoj primeni ovog zakona dobiće se odgovor i na ova pitanja, uz napomenu, da su ista u pravničkoj javnosti i šire, već izazvala određene polemike. Po važećem zakonu žalba i prigovor su propisani kao redovni pravni lekovi, jer je žalba ponovo u zakon uvedena, a prigovor je zadržan iz ranijeg zakona. Opšta zajednička pitanja o žalbi i prigovoru, kao pravnim lekovima, smeštena su u prvom delu zakona, kao osnovne odredbe. Po njima žalbom se u načelu može pobijati svako rešenje prvostepenog suda, kao i javnog izvršitelja, koji po prvi put može, da u svom postupanju, donosi i rešenja, osim zaključaka.

Žalba i odgovor na žalbu podnose se u roku od osam dana od prijema rešenja, odnosno od dana prijema žalbe protivne stranke.

Žalbu mogu podneti samo stranke, izvršni poverilac i izvršni dužnik, a o istoj isključivo odlučuje drugostepeni sud, a rešenje doneto o žalbi je pravnosnažno, jer i po ovom zakonu, protiv tog rešenja nisu dozvoljeni revizija i ponavljanje postupka. Žalba je dvostrani pravni lek, dostavlja se protivnoj stranci na odgovor, koji se može podneti u roku od osam dana od dana prijema žalbe.

Zakon pravi razliku u obavezi dostave žalbe na odgovor, kada se radi o žalbi izvršnog dužnika na rešenje o izvršenju donetog po osnovu izvršne ispreve ili žalbi stranaka protiv ostalih rešenja prvostepenog suda i rešenja javnog izvršitelja.

U prvom slučaju, prvostepeni sud je dužan da žalbu izvršnog dužnika, koja je blagovremena, potpuna i dozvoljena, dostavi na odgovor izvršnom poveriocu, osim ako, zbog ovih procesnih nedostataka, novim rešenjem žalbu odbaci. U tom slučaju prvostepeni sud žalbu izvršnog dužnika sa spisima predmeta, dostavlja drugostepenom sudu na odluku, bez dostavljanja na odgovor izvršnom poveriocu. Ukoliko drugostepeni sud usvoji žalbu izvršnog dužnika protiv rešenja o odbacivanju žalbe, on, umesto prvostepenog suda, dostavlja izvršnom poveriocu žalbu na odgovor, nakon čega o istoj donosi odluku.

Prvostepeni sud odbacuje žalbu zbog procesnih nedostataka rešenjem i ostavlja rok izvršnom dužniku da na to novo rešenje, izjavi žalbu *u roku od tri dana* od dana prijema rešenja (čl. 76. st. 1). Smatramo da je ova odredba o roku za izjavljivanje žalbe protiv rešenja prvostepenog suda, *nezakonita*, jer odredbom iz člana 25. st. 1. kojom je za izjavljivanje žalbe propisan opšti rok od osam dana, nije data mogućnost da se taj rok povećava, odnosno smanjuje, kao što je u ovom članu postupljeno.

Žalba i prigovor, kao redovni pravni lekovi, nemaju suspenzivno dejstvo, a odlažu izvršenje samo kada je to ovim zakonom određeno. To je značajna razlika u odnosu na dejstvo žalbe u parničnom postupku, kada žalba na odluku o glavnoj stvari, po pravilu zadržava izvršenje odluke protiv koje je objavljena. To su slučajevi, na primer, kod žalbe izvršnog dužnika protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, izjavljene protiv rešenja veća prvostepenog suda (IP veća, čl. 86. st. 3), zatim kod žalbe izvršnog poverioca kojom pobija rešenje o protivizvršenju u celosti (čl. 117. st. 2) i dr.

U odnosu na mogućnost podnošenja žalbe, kao pravnog leka, protiv (svih) rešenja prvostepenog suda, treba, u stvari, konstatovati da je ta mogućnost uslovljena dvema odredbama koje njenu upotrebu isključuju.

Žalba je dozvoljena "ako ovim zakonom nije određeno da žalba nije dozvoljena", a zatim i ukoliko "se takvo rešenje pobija prigovorom" (čl. 24. st. 1). U ovim slučajevima, upotreba žalbe protiv određenih prvostepenih rešenja, po samom zakonu nije dozvoljena. Takav je slučaj, na primer, kod rešenja o odbijanju prigovora trećeg lica (čl. 110. st. 29 i dr. Ukoliko se, zatim, u rešenju prvostepenog suda izričito propisuje upotreba prigovora kao pravnog leka, isključena je mogućnost izjavljivanja žalbe. Takav je slučaj, na primer, kod rešenja o izricanju novčane kazne, gde je propisano da je protiv rešenja o izricanju novčane kazne dozvoljen prigovor, što znači da nije dozvoljena žalba (čl. 131. st. 6). Žalba, takođe, nije dozvoljena protiv rešenja prvostepenog suda koje je doneto po prigovoru u zbornom sastavu (IP veće), osim kod rešenja koje je doneto po prigovoru protiv rešenja na osnovu verodostojne isprave.

Proizlazi da je žalba u izvršnom postupku, bez ograničenja, dozvoljena, protiv rešenja koje je doneto po predlogu za izvršenje na osnovu izvršne isprave (čl. 73. st. 1. i 2), protiv rešenja o obustavi izvršnog postupka (čl. 129. u vezi čl. 24. st. 2), kao i protiv rešenja koje je doneto o prigovoru na rešenje o izvršenju po osnovu verodostojne isprave (č. 85. st. 3) i rešenja koje je doneto po predlogu za protivizvršenje (čl. 117). U postupku obezbeđenja žalba je dozvoljena samo protiv rešenja o predlogu za obezbeđenje i rešenja o obustavi postupka obezbeđenja (čl. 423. st. 1). U odnosu na javnog izvršitelja, žalba se može podneti samo u slučaju kada isti rešenjem obustavi postupak koji sprovodi (čl. 129).

Iz izloženog proizlazi da žalba kao redovni pravni lek po ovom zakonu ima suženo dejstvo, jer odlaže izvršenje samo kada je to ovim zakonom određeno za

razliku od žalbe u drugim procesnim zakonima, kada, po pravilu ima suspenzivno dejstvo (čl. 25. st. 3), te je njena upotreba u ovim postupcima znatno ograničena. Nesumnjivo je da postupci izvršenja i obezbeđenja, po prirodi stvari, u predmetima u kojima je dozvoljena žalba protiv rešenja prvostepenih sudova, duže traju od onih postupaka u kojima je upotreba žalbe isključena i po kojima drugostepeni sudovi ne postupaju.

Međutim, važeći zakon uveo je, po prvi put, značajnu novinu u odnosu na donošenje odluka nadležnih sudova po izjavljenim žalbama i prigovorima stranaka. Naime, članom 26. zakona, koji spada u njegove osnovne odredbe, propisano je da sud ne može da ukine prvostepeno rešenje i da predmet uputi na ponovno rešavanje tom, odnosno nadležnom prvostepenom sudu, kada odlučuje o žalbi odnosno prigovoru. To znači, da se ova odredba jednako odnosi, kako na drugostepeni sud, koji može biti viši sud, odnosno Privredni apelacioni sud, koji odlučuju o žalbi protiv rešenja osnovnog ili privrednog suda, tako i na prvostepene sudove, koji o prigovoru odlučuju u zbornom sastavu od troje sudija, tzv. IP veće.

Razlozi zakonodavca za uvođenje ovog novog rešenja kod postupanja i donošenja odluka od strane drugostepenog suda po žalbama na rešenja prvostepenog suda, kao i postupanja i odlučivanja prvostepenih sudova, kada odlučuju po prigovorima stranaka na rešenja istog suda, mogu se smatrati opravdanim.

Na ovaj način, u suštini, otklanja se mogućnost da prvostepeni sudovi više puta odlučuju o istoj stvari, među istim strankama i o istom predmetu izvršenja, nakon ukidanja njihovih rešenja po žalbama i prigovorima stranaka, ne postupajući po datim primedbama od strane drugostepenog suda, odnosno veća prvostepenog suda. Takvo postupanje sudova neminovno bi dovodilo do nepotrebnog produženja trajanja postupaka, što bi se, pored ostalog, odražavalo na štetu i suda i stranaka.

Osim toga, zabrana drugostepenim sudovima i većima prvostepenih sudova da po žalbama ukidaju rešenja prvostepenog suda i predmet vraćaju na ponovno rešavanje, opravdava se i činjenicom da su podnosioci pravnih lekova u obavezi da se strogo pridržavaju odredaba zakona o *sadržini i razlozima* za mogućnost njihovog izjavljivanja. Ovo iz razloga što zakon, za podnosiocce pravnih lekova, propisuje sankciju, da će se u protivnom, njihovi pravni lekovi odbacivati, kao nepotpuni i nedozvoljeni, bez obaveze da pribavljaju naknadno ispravke i dopune podnetih pravnih lekova.

Smatra se da su drugostepeni organi, prilikom odlučivanja o pravnim lekovima, na ovaj način, dovoljno upoznati sa činjeničnim stanjem u predmetu, te da nema potrebe da se te odluke ukidaju i predmeti vraćaju na ponovno rešavanje.

U nekim procesnim zakonima uvedeno je pravilo da drugostepeni sudovi nemaju ovlašćenja da po drugi put ukidaju odluke prvostepenih sudova, već su u obavezi da o predmetu, povodom podnetih pravnih lekova, sami meritorno odlučuju. U odnosu na postupanje i odlučivanje sudova povodom izjavljene žalbe



izvršnog dužnika protiv rešenja o izvršenju donetog na osnovu izvršne isprave, zakon je propisao slučajeve kada žalba nije blagovremena, potpuna i dozvoljena, koju prvostepeni sud odbacuje rešenjem, na koje izvršni dužnik može da izjavi novu žalbu, ali u skraćenom roku od tri dana, o kojoj odredbi zakona (čl. 76. st. 2) smo se napred izjasnili.

Takođe smo naveli na koji način u takvom slučaju postupa drugostepeni sud i odlučuje o obema žalbama izvršnog dužnika, te ukoliko usvoji njegovu žalbu protiv rešenja o odbacivanju žalbe na rešenje o izvršenju, on meritorno odlučuje o toj žalbi, nakon dostavljanja iste na odgovor izvršnom poveriocu. U slučaju da je žalba izvršnog dužnika blagovremena, potpuna i dozvoljena, prvostepeni sud je u obavezi da je dostavi na odgovor izvršnom poveriocu, koji se na istu može izjasniti u roku od osam dana od dana prijema. Nakon toga, prvostepeni sud žalbu sa spisima predmeta dostavlja na odluku drugostepenom sudu.

Zakon, zatim, sadrži određene odredbe, najpre, o k ojim pitanjima u vezi podnete uredne i potpune žalbe izvršnog dužnika, drugostepeni sud raspravlja i odlučuje, vodeći pre svega računa da prvostepeno rešenje ispituje u granicama razloga navedenih u žalbi, kao i o onim činjenicama na koje pazi i po službenoj dužnosti.

Na kraju ovog dela uređivanja pitanja od interesa za žalbu, kao pravni lek koju podnosi izvršni dužnik protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave, zakonodavac se, po našem mišljenju, nepotrebno upušta u vrste odluka koje drugostepeni sud može i treba da donese povodom izjavljene žalbe. Ovo se, posebno, odnosi na posledice u odnosu na obustavu postupka, odnosno odvijanje njegovog daljeg toka, odnosno dalji tok postupka, ukoliko se rešenjem drugostepenog suda usvoji žalba izvršnog dužnika. Pri tom, pomalo je nerazumljiva i sudvišna odredba iz člana 79. st. 3. ovog zakona u kojoj je, uz ostalo, navedeno da je taj sud *dužan* da usvoji žalbu, ako izvršni dužnik uz istu priloži javnu ispravu.. kojom dokazuje postojanje razloga koji sprečava sprovođenje izvršenja!

Koliko je poznato, ovakva odredba u zakonima uopšte, a posebno u procesnim zakonima iz građansko-pravne oblasti, nije primerena, jer se opštom zakonskom odredbom nalaže sudu *kakvu* konkretnu odluku da donese povodom izjavljene žalbe. Ovakvim, detaljnim, propisivanjem postupka i načina njegovog sprovođenja, kao i određivanjem karaktera odluka koje treba doneti, pored ostalog, taj postupak se nepotrebno usložava i sud usmerava kako u odedenim situacijama da postupa, iako se mnoga od tih pitanja mogu rešavati i shodnom primenom odgovarajućih pravila parničnog postupka. Posebno se ovim zakonom uređuje postupak u vezi sa podnetom žalbom kao pravnim lekom kada seista podnosi protiv tzv. "ostalih" rešenja prvostepenog suda i javnih izvršitelja. Tu se, uz ostalo, ponovo konstatuje da o toj žalbi odlučuje drugostepeni sud, iako je to opšte pravilo, osimkod slučaja kada prvostepeni sud rešenjem odbacuje neurednu žalbu (čl. 76. st. 1).

Interesantna je odredba iz člana 82. st. 2. ovog zakona da o žalbi protiv rešenja javnog izvršitelja odlučuje *drugostepeni sud*, koji je mesno nadležan da odlučuje o žalbi protiv rešenja o izvršenju! Smatramo da je ova odredba o nadležnosti drugostepenog suda u ovom slučaju, u koliziji sa ostalim odredbama ovog zakona, posebno o stvarnoj nadležnosti suda i javnog izvršitelja, te da je o tim žalbama primerenije bilo da odlučuje sud koji je doneo rešenje o izvršenju.

U ovom delu zakona o žalbi protiv ostalih rešenja suda i rešenja javnog izvršitelja, u članu 84. koji reguliše postupanje drugostepenog suda, *isključivo* se govori o povredama zakona od strane prvostepenog suda povodom izjavljene žalbe protiv ostalih rešenja. Ne može se ni naslutiti da se to isto odnosi i na rešenja javnih izvršitelja protiv kojih je izjavljena žalba. Pitanje je, dakle, da li povodom žalbe na rešenje javnog izvršitelja i u onim slučajevima kada je rešenje o izvršenju on doneo, može i treba da odlučuje drugostepeni sud, umesto prvostepenog, te da li takvu, *stvarnu* nadležnost može da propiše ovaj zakon:

Izlažući ovu materiju koja se odnosi na podnošenje žalbe i postupanje sudova u vezi sa njenim pravnim dejstvom i pravnim značajem na tok i ishod ovih postupaka, nismo zaobišli činjenicu da je i ovaj deo zakona *neumereno pretrpan* zakonskim rokovima, kojima se, sudovima i strankama, nalaže preduzimanje određenih radnji, da ih u tim rokovima izvrše. Stvara se utisak da se radi o prekratkim rokovima, koji se, svakako, u budućem radu sudova i javnih izvršitelja teško moći da se ispoštuju do kraja i u potpunosti. U većem broju slučajeva rokovi su gotovo astronomski, pa će se iznaći niz objektivnih razloga što po njima nije moglo da se doslovce postupa. Za utehu je, ipak, što se radi o tzv. instruktivnim rokovima, za čije se nepoštovanje ne predviđa izricanje negativnih posledica u odnosu na sudove i ostale učesnike ovih postupaka.

S druge strane, pitanje je da li tako postavljanje stvari uopšte doprinosi i u kojoj meri ukupnom boljitku nepovoljnog stanja u ovoj oblasti ili bi ono, eventualno, moglo da stvori negativne efekte, kada se shvati da se svim tim rokovima ne može udovoljiti. Praksa će u narednom periodu i u ovom slučaju, biti najbolji pokazatelj ovih i ovolikih novih rešenja, kojih ima i u drugima segmentima ovog zakona, koji ga zato čine glomaznim, nedovoljno preglednim i ne bez određenih teškoća, primenjivim. Treba se, za sada, zadovoljiti da se ovi postupci odvijaju i okončavaju na zakonit i efikasan način, makar i u tzv. razumnim rokovima, uz maksimalno otklanjanje subjektivnih slabosti i teškoća.

U nastavku, treba u bitnome nešto reći i o drugom redovnom pravnom leku – prigovoru, osim onog što je već za žalbu navedeno, u osnovnim odredbama zakona. Pri tome, ostaje naše mišljenje o normativnom uređivanju i postupanju sudova i ostalih učesnika u vezi sa njihovim korišćenjem, koje smo izneli u odnosu na žalbu, što ne znači da će takav način normiranja sistema pravnih lekova, koji je zaista nov i originalan, u budućoj primeni, ostati bez očekivanih rezultata .

Naprotiv, ukoliko se u postojećem stanju u ovoj oblasti zapaža izvestan napredak, treba očekivati u budućoj primeni bolje ukupne rezultate i vidno poboljšanje nepovoljne ažurnosti. Jedna od krupnih novina u zakonu je u činjenici da je u ovoj materiji, za sada samo u delu koji se odnosi na *sprovođenje izvršenja*, dala u relativno kratkom periodu, veoma zadovoljavajuće rezultate, prenošenjem stvarne nadležnosti, gotovo u celini na javne izvršitelje. Treba očekivati da se takva tendencija poboljšanja stanja nastavi, te da se u ovim postupcima ostvaruju zadovoljavajući što će dovesti do znatnog poboljšanja ukupne ažurnosti kod sudova i javnih izvršitelja. Prigovor se, po ovom zakonu, podnosi u tačno propisanim slučajevima, u odnosu na žalbu u kojima kada se određeno rešenje prvostepenog organa isključivo pobija prigovorom, rešenje koje se donosi o prigovoru postaje pravnosnažno. Protiv takvog rešenja nisu dozvoljeni revizija i ponavljanje postupka. Zakon određuje rok za podnošenje prigovora u trajanju od osam dana od dana dostavljanja rešenja, izuzev "prigovora" trećeg lica, koji se može podnositi sve do okončanja izvršnog postupka.

Mi smatramo da se prigovor trećeg lica iz niza razloga ne može poistovetiti sa prigovorom kao redovnim pravni lekom, ne samo zbog dužine roka u kome se u ovom slučaju može podneti. O tome će više biti reči kod izlaganja o pravnim sredstvima u sledećem poglavlju.

Prigovor, kao pravni lek, podnosi se u tačno određenim slučajevima, i to protiv rešenja donetog o predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave i protiv drugih rešenja prvostepenog suda ili javnog izvršitelja, ovim zakonom određenih. Protiv rešenja koje se može pobijati isključivo prigovorom, žalba nije dozvoljena, izuzev protiv rešenja donetog po prigovoru na rešenje o izvršenju po osnovu verodostojne isprave. Samo izuzetno, u slučajevima propisanim važećim zakonom, izjavljivanje prigovora protiv određenih rešenja, odlaže njihovo izvršenje, inače, po pravilu, kao i žalba, prigovor nema suspenzivno dejstvo. Pravilo je da izvršni dužnik može da pobija rešenje o izvršenju doneto na osnovu verodostojne isprave prigovorom, a rešenje o odbacivanju ili odbijanju prigovora po istom osnovu, izvršni poverilac. Stranke mogu da pobijaju žalbom rešenja koja su doneta o prigovoru, o kojoj odlučuje drugostepeni sud, ali ako se pobija samo deo rešenja kojim su odmereni troškovi postupka, može se podneti prigovor. Takođe, samostalna rešenja prvostepenog suda i javnog izvršitelja mogu se isključivo pobijati prigovorom stranaka, o kome odlučuje prvostepeni sud u veću (čl. 73. st. 3. 85. st. 2. 340. st. 5. 396. st. 1. 398. st. 1. i 423. st. 2).

Rešenje koje se prigovorom pobija donosi sudija pojedinac ili javni izvršitelj a o prigovoru na ta rešenja isključivo odlučuje veće prvostepenog suda, pošto je prigovor remonstrativni pravni lek.

Javni izvršitelj, koji sprovodi izvršenje, po pravilu, donosi odgovarajuća rešenja u toku sprovođenja, izuzev rešenja o izricanju novčane kazne, o zameni novčane kazne u kaznu zatvora, o zahtevu za izuzeće javnog izvršitelja, kao i reše-

nja o prigovorima na ta rešenja, koja donosi sud koji je doneo rešenje o izvršenju na osnovu izvršne ili verodostojne isprave, kao mesno nadležan sud, bez obzira na opšte odredbe zakona o mesnoj nadležnosti sudova u ovim postupcima (čl. 9).

Novo pravilo u zakonu, kojim se zabranjuje drugostepenom sudu da ukida rešenja prvostepenog suda i predmet upućuje na ponovno rešavanje, odnosi se i na veće prvostepenog suda (IP veće), kada u drugom stepenu odlučuje o prigovoru na rešenje istog suda (čl. 24–27. zakona).

U odnosu na ostale odredbe zakona u vezi sa prigovorom, kao redovnim pravnim lekom stranaka, treba konstatovati da je zakon detaljno propisao postupak podnošenja i postupanja po podnetim prigovorima od strane sudova i javnih izvršenja, kao i vrste odluka, kako od strane prvostepenog suda, tako i u slučajevima kada konačne odluke po izjavljenim žalbama donose drugostepeni sudovi. Tu, u izvesnoj meri, usložnenu proceduru u vezi sa ovim pravnim standardima, zakon je, u odredbama iz člana 85–107. detaljno uredio, posebno za sve slučajeve koji se mogu u praktičnoj primeni zakona pojaviti. Tako su, na primer, brojnim odredbama posebno uređeni slučajevi pobijanja rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave za slučajeve: kada pobijanje vrši izvršni dužnik u delu u kome je obavezan da namiri novčano potraživanje, za slučaj kada se pobijanje rešenja vrši u delu u kome su određeni sredstvo i predmet izvršenja i za slučaj kada se pobijanje rešenja vrši u celini.

Konačna i pravnosnažna rešenja sudova u vezi podnošenih prigovora i žalbi stranaka, čini se, da su mogla na jednostavniji i pregledniji način da se izlože, imajući u vidu vidljivu činjenicu, da se znatan broj članova kojim se ova pitanja uređuju, u suštini, ponovljaju, jer se *posebnim odredbama*, nepotrebno uređuju praktično slični, odnosno isti slučajevi.

Po Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine, celokupna materija o pravnim lekovima uređena je sa 10-ak članova, a po važećem zakonu taj broj je povećan za više od četiri puta, što će se odraziti i na njegovu primenu. Ovim zaključujemo naše viđenje u vezi sa pravnim lekovima u važećem zakonu, sa ne baš optimističkom nadom da će se usled ovih i ovolikih promena u oblasti pravnih lekova i pravnih sredstava, u budućem periodu postizati osetno bolji rezultati. Ipak, i ovde da kažemo, praksa će pokazati opravdanost ovakvih novih rešenja u oblasti koju smo, u okviru svojih mogućnosti, ovim radom izneli.

### *Pravna sredstva i njihova primena*

U ovom segmentu ukratko ćemo izneti svoje viđenje o uređenju pravnih sredstava i njihovoj primeni u važećem zakonu, pošto smatramo da uspešnost sprovođenja i okončanja izvršnog postupka i postupka obezbeđenja u dobroj meri zavisi i od načina tog uređivanja, kao i mogućnosti njihove dozvoljenosti i upotrebe. Važeći zakon, kao i svi raniji zakoni iz ove oblasti, na saveznom i na re-

publičkom nivou, sadržavali su odgovarajuće odredbe o shodnoj primeni zakona kojim se uređuje parnični postupak, a koji je zakon u vreme donošenja ovih zakona, bio u primeni. Ta shodna primena navedenog zakona propisana je članom 39. važećeg zakona, u okviru njegovih osnovnih odredaba.

Pravni lekovi, redovni i vanredni, jesu u širem smislu, deo pravnih sredstava, ali se sa njima ne mogu poistovetiti, ne samo po svom nastanku, sadržini, pravnom značaju i sl. već i po jezičkom i zakonskom tumačenju ovih pravnih instituta. Ovaj zakon u članu 2. kada daje “značenje pojedinih izraza”, u pojam “stranka” označava izvršnog poverioca i izvršnog dužnika, a u pojam, na primer, “treće lice” označava učesnika u postupku koji tvrdi (to lice) da na odeređenom predmetu izvršenja ima pravo koje sprečava sprovođenje izvršenja. Pošto prigovor, kao pravni lek, po važećem zakonu, može da podnese samo stranka u ovim postupcima i to u strogo određenom, prekluzivnom roku, te kako treće lice nije stranka u postupku, to se ni pravno sredstvo koje ono koristi u nekom drugom postupku, po logici stvari ne bi moglo nazvati prigovorom, u smislu značenja redovnog pravnog leka jedne od stranaka. Analogno određenim pravilima parničnog postupka, učešće trećeg lica u ovim postupcima, pre bi se moglo smatrati nekom vrstom “umešača” u određeni postupak i sa pretenzijama da ostvaruje prava koja vode sprečavanju i onemogućavanju sprovođenju tog izvršenja na određenom predmetu. Zakonodavac bi ubuduće za ova lica morao da pronade termin koji bi tom pravnom sredstvu više odgovarao.

U svom delu “*Građansko procesno pravo*, izdanje “Savremene administracije” a.d. Beograda, 2010. godine, autori Borivoje Poznić i Vesna Rakić – Vodinelić, daju definiciju pravnih lekova u parničnom postupku, kao parničnu radnju kojom stranka predlaže da sud ukine ili preinači odluku koja je za nju nepovoljna, dok u posebnom delu o opštim načelima o izvršnom postupku konstatuju da se sistem pravnih lekova u izvršnom postupku bitno razlikuje od onog u parničnom, te da bi “pravilnije bilo koristiti izraz “pravna sredstva” nego pravni lekovi. Ovo iz razloga što su, na primer, stranke u izvršnom postupku ovlašćene da podnesu sudu zahtev za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja, čime one ne pobijaju nikakve odluke, već iskazuju svoje protivljenje postupanju službenih lica. Ne dajući definiciju pravnih sredstava, na istom mestu razrađuju osnovna pitanja koja se odnose na prigovor trećeg lica, zahtev za otklanjanje nepravilnosti i vraćanje u pređašnje stanje. (B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić”, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija a.d. Beograd, 2010. g. str. 500-505).

Važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju u odnosu na položaj i ulogu pravnih sredstava detaljnije uređuje pitanja kod sledećih pravnih sredstava: izuzeće sudije, vraćanje u pređašnje stanje, prekid postupka, podnošenje tužbe u izvršnom postupku od strane izvršnog dužnika, prigovor trećeg lica, odlaganje izvršenja, otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja i osporavanje potraživanja u postupku namirenja kod prodaje nepokretnosti. Sva ova pravna sredstva, kao

što smo na početku ovog poglavlja istakli, u manjoj ili većoj meri, utiču na sprovođenje i okončanje određenih postupaka izvršenja i obezbeđenja, pa je zbog toga od posebnog značaja način njihovog uređivanja, kao i uslovi korišćenja.

a. Pravno sredstvo izuzeće sudije propisano je odredbama zakona iz člana 13. po kome se isto može zahtevati na različite načine u zavisnosti od toga da li javni izvršitelj ili sud sprovode izvršenja. Ukoliko se zahtev odbije, odnosno odbaci protiv tog rešenja može se izjaviti prigovor o kome odlučuje predednik suda u roku od pet dana po prijemu zahteva. Zahtev ne odlaže izvršenje, odnosno obezbeđenje. Ne može se zahtevati izuzeće suskog izvršitelja. Izvršni dužnik može zahtevati izuzeće javnog izvršitelja do okončanja izvršnog postupka, o čemu odlučuje prvostepeni sud koji je doneo rešenje o izvršenju. ostala izložena pravila za izuzeće sudije primenjuju se i na javne izvršitelje (čl. 68).

b. Pravno sredstvo vraćanje u pređašnje stanje uređeno je odredbama iz člana 28. važećeg zakona. Ono je dozvoljeno samo zbog propuštanja roka za prigovor ili žalbu u postupku pobijanja rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, što znači da upotreba istog nije dozvoljena zbog propuštanja ročišta ili nepreduzimanja određenih izvršnih radnji. Ukoliko se ovaj predlog odbaci kao nedozvoljen, ili odbije, kao neosnovan, protiv takvog rešenja nisu dozvoljeni ni prigovor, ni žalba. Na ovaj način, može se smatrati da se na ovo pravno sredstvo ne mogu shodno primenjivati odgovarajuće odredbe zakona o parničnom postupku, jer da je isto ovim članom u celini rešeno na drugi način.

v. Pravno sredstvo prekid postupka delimično je rešeno članom 29. važećeg zakona, ali u preostalom delu dolazi do shodne primene pravila parničnog postupka. Navodno je, odredbama ovog člana, ovaj institut rešen na potpun način u primeni kod izvršnog postupka i postupka obezbeđenja, ali se takav zaključak iz odredaba ovog člana, ne može izvesti. Naime, do prekida u parničnom postupku može doći *i po predlogu stranaka*, a ne samo po službenoj dužnosti. Zatim, nezakonita je odredba iz stava prvog da javni izvršitelj (koji sprovodi izvršenje) može da postavi stranci privremenog zastupnika, na predlog (druge) stranke ili po službenoj dužnosti i da nastavi postupak i pre nego što prestane razlog zbog koga je prekinut, ukoliko je do prekida došlo po službenoj dužnosti. zbog *smrti stranke*, jer ona više nije u životu.

Pošto do prekida parničnog postupka može doći i po predlogu stranke, koji slučaj u ovom članu nije predviđen, to se preostala pravila tog postupka i u ovim postupcima mogu shodno primenjivati.

g. Pravno sredstvo podnošenja tužbe od strane izvršnog dužnika za utvrđivanje nedozvoljenosti izvršenja u toku trajanja izvršnog postupka, bez upućivanja od strane suda, gde njeno podnošenje “ ne odlaže izvršenje” i ostala pitanja koja su članom 81. uređena, *ne spada* u izvršni postupak. Posebno, odredbe ovog člana o sadržini i pojmu spirova male vrednosti, dozvoljenosti ili nedozvoljenosti revi-

zije, bez obzira na kriterijume i uslove, propisane u matičnom zakonu za ove institute.

Koliko je poznato, ne mogu se ovim zakonom propisivati uslovi o tome šta se smatra sporom male vrednosti, odnosno i o uslovima za mogućnost podnošenja revizije, jer se ovde radi o jednoj vrsti parnične tužbe, koja ni na koji način ne utiče na postojanje i tok izvršnog postupka, osim u slučaju povoljnog ishoda tog spora za izvršnog dužnika, a postupak izvršenja do tada ne bude okončan.

d. U odnosu na pravno sredstvo, prigovor trećeg lica, koje, po prirodi stvari, nije regulisano pravilima parničnog postupka, preuzeta su neka rešenja iz ranijeg zakona.

Treće lice ovaj prigovor može da podnese do okončanja izvršnog postupka ali je dužno da u istom navede razloge za prigovor i priloži isprave kojima dokazuje postojanje svoga prava na određenom predmetu izvršenja. U protivnom prigovor se odbacuje rešenjem, kao nepotpun, bez prethodnog vraćanja na dopunu. Prigovor se dostavlja samo izvršnom poveriocu da se o istom izjasni u roku od pet dana.

U daljem postupku po prigovoru nadležni sudija, odnosno javni izvršitelj je ovlašćen da donese meritorno rešenje kojim usvaja prigovor, ako treće lice dokaže osnovanost istog pravnosnažnom odlukom ili po zakonu overenom ispravom ili se izvršni poverilac o prigovoru ne izjasni u datom roku, ili ga ne ospori. U tom slučaju, izvršni postupak se obustavlja u pogledu predmeta izvršenja i ukidaju sve sprovedene radnje, kao i rešenje o izvršenju. Prigovor je dozvoljen protiv rešenja o odbacivanju ili usvajanju prigovora o kome odlučuje prvostepeni sud u veću.

Treće lice može, u roku od 30 dana od prijema pravnosnažnog rešenja o odbijanju prigovora da pokrene parnični postupak protiv izvršnog poverioca adi utvrđivanja da je izvršenje na određenom predmetu nedozvoljeno. Pokretanje ovog postupka ne odlaže izvršenje, a izvršni dužnik koji osporava ovo pravo trećeg licamora biti obuhvaćen tužbom.

đ. Pravno sredstvo odlaganje izvršenja po ranijem zakonu iz 2011. godine, nije bilo dozvoljeno, osim ukoliko zakonom nije propisano drugačije (čl. 6. tog zakona).

U važećem zakonu odlaganje izvršenja regulisano je odredbama iz člana 120-127. i isto se može zahtevati : na predlog izvršnog poverioca, po sporazumnom predlogom stranaka, na predlog izvršnog dužnika, kao i na predlog trećeg lica. Po predlogu izvršnog poverioca odlaganje traje onoliko vremena koliko je on predložio, ukoliko izvršenje nije počelo. U protivnom, ako se tome izvršni dužnik usprotivi, a izvršenje je počelo, javni izvršitelj odbija taj predlog izvršnog poverioca. Po sporazumnom predlogu stranaka izvršenje se može odložiti na neodređeno vreme, a isto se “ ne računa u trajanje postupka u pogledu zaštite prava na suđenje u razumnom roku”.

Po predlogu izvršnog dužnika izvršenje se može jednom odložiti, ako isti učini verovatnim da bi usled izvršenja pretrpeo tešku naknadivu ili nenadoknadivu štetu, ili ako se odlaganje uslovi polaganjem određenog jemstva po predlogu izvršnog poverioca. Odlaganje po predlogu trećeg lica koje je podnelo prigovor da se izvršenje oglasi za nedozvoljeno javni izvršitelj odlaže izvršenje samo jednom u toku postupka, ako ono svoje pravo dokazuje pravnosnažnom odlukom ili javnom, odnosno po zakonu overenom ispravom.

Ostale odredbe o ovom pravnom sredstvu o dejstvu odlaganja, vremenu na koje se odlaže i nastavljanju odloženog izvršenja, ne zahtevaju posebno obrazloženje.

e. Pravno sredstvo osporavanje potraživanja koje podnosi lice koje se namiruje iz prodajne cene u postupku prodaje nepokretnosti, je vremenski ograničeno i može se tražiti do donošenja zaključka o prodaji. (čl. 202). Javni izvršitelj odlučuje rešenjem o ovom osporavanju ako među strankama nisu sporne činjenice ili se osporavanje dokazuje pravnosnažnom odlukom, javnom ispravom ili po zakonu overenom izjavom, a donosi zaključak kojim upućuje to lice da pokrene parnični postupak u roku od 15 dana, pod uslovima bliže u ovom zakonu propisanim. Sva ova pravna sredstva, kao što smo više puta naglasili, od značajnog su uticaja na sprovođenje i okončanje izvršnog postupka i postupka obezbeđenja, u kom smislu mogu da doprinesu delotvornijem pravnom dejstvu pravnih lekova u tim postupcima, ili pak, da u izvesnoj meri uspore efikasnost i trajanje tih postupaka. Zbog toga je važno da se i po ovim pravnim sredstvima postupa na dosledan i zakonit način, radi potpunijeg i efikasnijeg ostvarivanja osnovnih načela ovog zakona.

VUKAŠIN RISTIĆ  
Lawyer, Belgrade.

## LEGAL REMEDIES AND REDRESS AND THEIR APPLICATION IN THE LAW ON ENFORCEMENT AND SECURITY

### Summary

The author deals with institute of legal remedies as set by the newly adopted Law on Enforcement and Securities (in force as of July 1, 2016). The said Law has radically changed legal competences in the field of compulsory enforcement of court decisions, fully shifting the numerous authorizations to Public Enforcement Officials. According to this new legal scheme, the Court will remain competent only in regards to Family Law matters, Labor disputes etc.

At the same time, the Law prescribes very strict timeframes and deadlines for parties to the procedure, which would hopefully have impact on the enforcement proceedings as such, in terms of improvement of its efficiency.



MIRKO STOJČINOVIĆ,  
NIKOLA ALEKSIĆ,  
BORISLAV JELIČIĆ

## SUKOB NADLEŽNOSTI IZMEĐU PRAVOBRANILAŠTVA REPUBLIKE SRPSKE I SUBJEKATA KOJE ONO ZASTUPA

### U V O D

Posmatrajući značaj i ulogu pravobranilačke funkcije u ukupnom sistemu jednog društva, bitno je istaknuti da pravobranilaštvo kao državni organ u ukupnom državnom uređenju zauzima veoma značajnu ulogu i mjesto pogotovo u pogledu zaštite imovine i imovinskih interesa onog nivoa državne vlasti kojeg zastupa. Značaj i uloga pravobranilačke funkcije posebno dolazi do izražaja u vrijeme aktuelnih tranzicijskih promjena kroz koje prolazi Republika Srpska ali i sve zemlje regiona. Naime, u okviru reformi koje su prisutne na ovim prostorima u prethodnih dvadeset godina, aktuelne su i vlasničke tranzicijske reforme pogotovo u pogledu napuštanja kolektivističkog pristupa uređenja vlasničkopravnih odnosa te prihvatanja individualističkog koncepta kao načina uređenja imovinskih prava.

Kroz navedene tranzicione promjene koje su prisutne u Bosni i Hercegovini, pojedinci koristeći sa jedne strane slabosti ukupnog pravnog sistema države, te sa druge strane koristeći sva dopuštena, pa i nedopuštena pravna sredstva, nastoje

---

Doc. dr Mirko Stojčinović, zamjenik pravobranioca Republike Srpske.

Nikola Aleksić, pomoćnik pravobranioca Republike Srpske.

Borislav Jeličić, pomoćnik pravobranioca Republike Srpske.

iskoristiti sve manjkavosti i propuste kako u pogledu zakonske regulative, ustavne rascjepkanosti, prisutne podijeljene nadležnosti, a sve sa ciljem sticanja individualnih vlasničkih prava na imovini koja je nekada bila društvena a sada državna imovina ili privatna svojina. U cilju sprečavanja navedenih inkriminiranih pojava te u cilju kvalitetnije zaštite državne imovine neophodni su i kvalitetni mehanizmi koji će se moći oduprijeti takvim pojavama te na adekvatan način spriječiti iste.

Pored drugih mjera i radnji koje je potrebno poduzeti, u cilju da se kvalitetno spriječe i suzbiju ovakve inkriminirane radnje, je i kvalitetno uređenje i organizacija pravobranilaštva koja su nadležna za zaštitu državne imovine i imovinskih interesa.

*Predmet, problem, cilj i osnovna hipoteza istraživanja*

Predmet ovog rada je analiza uloge pravobranilačke funkcije u Republici Srpskoj u postojećim pravnim okvirima, a u kontekstu donošenja novog Zakona o Pravobranilaštvu Republike Srpske. Problem ovog rada je ispunjenje zadatka profesionalne i adekvatne zaštite Republike Srpske i njenih organa i Pravobranilaštvo Republike Srpske u postojećim zakonskim okvirima.

Cilj ovog rada je ukazivanje na probleme sa kojima se susreće Pravobranilaštvo Republike Srpske u svom radu, a čiji uzrok je važeći Zakon o Pravobranilaštvu Republike Srpske<sup>1</sup> (u daljem tekstu ZPRS) a posebno pogrešno tumačenje njegovih pojedinih odredbi, izolovano od konteksta cjelokupnog zakona. Osnovna hipoteza ovog rada je: prema postojećim propisima, odnosno Zakonu o Pravobranilaštvu Republike Srpske, Pravobranilaštvo Republike Srpske ne može ispuniti zadatak profesionalne i adekvatne zaštite Republike Srpske i njenih organa, jer se veoma često od strane subjekata koje zastupamo nameću pravna mišljenja Pravobranilaštvu kao samostalnom državnim organu, protivno svrsi postojanja ovog značajnog državnog organa.

PRAVOBRANILAŠTVO REPUBLIKE SRPSKE, GOSPODARI ZAŠTITE  
DRŽAVNIH INTERESA ILI SLUGE GOSPODARA

*Pojam i položaj Pravobranilaštva Republike Srpske u sistemu vlasti  
sa komparacijom zemalja u okruženju i drugih*

Pravobranilaštvo Republike Srpske je samostalan organ, koji u postupku pred sudovima i drugim nadležnim organima preduzima pravna sredstva radi za-

---

<sup>1</sup> Zakon o Pravobranilaštvu Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 16/05, 77/06, 119/08 i 78/11)

štite imovinskih prava i interesa Republike Srpske, grada, opštine i njihovih organa i organizacija, te drugih organa i organizacija koji nemaju svojstvo pravnog lica i nisu upisani u sudski registar, a finansiraju se iz budžeta Republike Srpske.<sup>2</sup>

Pravobranilaštvo vrši i druge poslove određene zakonom. Pravobranilaštvo vrši svoju funkciju na osnovu zakona i drugih propisa.<sup>3</sup> Funkciju Pravobranilaštva vrši pravobranilac, koji ima određeni broj zamjenika. Broj zamjenika na prijedlog Ministarstva pravde, utvrđuje Narodna skupština Republike Srpske.<sup>4</sup>

Pravobranioca i zamjenika pravobranioaca bira Narodna skupština Republike Srpske, na prijedlog ministra pravde.<sup>5</sup> Pravobranilačka funkcija se sastoji u ostvarivanju i zaštiti imovinskih prava i interesa Republike Srpske i nižih nivoa javne vlasti, kroz pravno zastupanje pred sudovima i drugim nadležnim organima i savjetovanje, odnosno davanje pravnih mišljenja prilikom zaključivanja ugovora koji regulišu imovinsko pravna pitanja i prilikom zaključivanja privrednih ugovora.

Zbog specifičnosti djelokruga poslova koji su u nadležnosti Pravobranilaštva Republike Srpske, i danas postoji dilema da li je ono organ uprave ili pravosudni organ? Podjela državne vlasti na zakonodavnu, izvršnu ( upravnu) i sudsku, koja je izvršena imajući u vidu ciljeve na koje su te vlasti usmjerene, razlikuje se od podjele državnih organa prema vrsti njihove djelatnosti.

Smatramo da je potrebno napraviti razliku između sudske vlasti kao jedne državne funkcije, i pravosudnih organa kao vrste državnih organa koje međusobno povezuje rad u pravosuđu, bez obzira da li su oni u pravosuđu nosioci sudske funkcije (sudovi), ili su učesnici u postupku u ime države kao stranke (pravobranilaštvo i tužilaštva).

Uloga pravobranilaštva kao državnog organa se sastoji u vršenju pravobranilačke funkcije, uz napomenu da je organizacija vršenja pravobranilačke funkcije u svijetu veoma šarolika.

U nekim državama anglosaksonskog pravnog područja, jedan isti organ pored pravobranilačke vrši i javnotužilačku funkciju i funkciju državnog organa uprave nadležnog za organizaciju pravosuđa ili još neke druge funkcije (slična situacija je i u Republici Hrvatskoj).

Državno pravobranilaštvo Republike Slovenije je zastupnik Republike Slovenije i drugih subjekata označenih u Zakonu o državnom pravobranilaštvu iz

---

<sup>2</sup> Čl. 1. st. 1. ZPRS

<sup>3</sup> Čl. 2. ZPRS

<sup>4</sup> Čl. 15. ZPRS

<sup>5</sup> Čl. 28. st. 1 ZPRS

2007. godine, pred domaćim, stranim i međunarodnim sudovima, a osim zastupničke vrši i savjetodavnu funkciju.<sup>6</sup>

U Crnoj Gori je 1993.godine, Zakonom o državnom tužilaštvu, prestala sa radom institucija Javnog pravobranilaštva, a zakonsko zastupanje Crne Gore je prešlo u nadležnost Državnog tužilaštva. Ovaj način zaštite imovinskih prava i interesa Crne Gore trajao je sve do 26. februara 2009. godine, do donošenja Zakona o državnoj imovini kojim je uspostavljen Zaštitnik imovinsko-pravnih interesa, koji, iako je samostalan organ, nije pozicioniran kao organ pravosuđa u širem smislu, iako mu značaj posla, svrha, i propisana nadležnost to mjesto opredjeljuju, a koji položaj su ranije imali zastupnici države, kako Javno pravobranilaštvo, tako i Državno tužilaštvo Crne Gore.

Zaštitnika, kako je propisano u Zakonu o državnoj imovini, imenuje i razrješava Vlada Crne Gore na prijedlog ministra finansija, kao i zamjenike Zaštitnika, na prijedlog Zaštitnika.<sup>7</sup>

U pravnom sistemu Republike Srpske, Pravobranilaštvo obavlja važnu društvenu ulogu, te njegova percepcija kao samostalnog organa, i to nezavisnog od upravne, sudske i zakonodavne vlasti i njegova uloga kao nepolitičkog tijela, ne smije biti erodirana.

Potrebno je posebno naglasiti da su osnovne nadležnosti Pravobranilaštva u pravnom sistemu Republike Srpske: zastupanje prava i interesa Republike Srpske, grada, opština i njihovih organa i organizacija, te drugih organa i organizacija koji nemaju svojstvo pravnog lica i nisu upisani u sudski registar, a finansiraju se iz budžeta Republike, pred sudovima, upravnom i zakonodavnom vlašću. Međutim Pravobranilaštvu su date nadležnosti organa uprave, pred kojim se zaključuju vansudska poravnanja<sup>8</sup>, zatim nadležnosti nadzora procesa privatizacije i to u postupanju pred nadležnim sudovima u svojstvu samostalne stranke u postupcima privatizacije državnih stanova<sup>9</sup> kao i u postupanju pred nadležnim organima uprave u svojstvu samostalne stranke u postupcima rješavanja stvarnopravnih odnosa na nekretninama privatizovanih privrednih društava<sup>10</sup>. Pravobranilaštvo Republike Srpske obavlja i obaveznu savjetodavnu funkciju putem davanja pravnih mišljenja.

<sup>6</sup> Zakon o državnom pravobranilstvu Republike Slovenije ("ZDPra - Uradni list RS št. 94/2007 in 77/ 2009- ZDPra - C).

<sup>7</sup> Izvještaj o radu Zaštitnika od 30.aprila 2010. godine do 31.12.2012.godine.

<sup>8</sup> Zakon o ostvarivanju prava na naknadu materijalne i nematerijalne štete nastale u periodu ratnih dejstava od 20. maja 1992. godine do 19. juna 1996. godine 103/05, 1/09, 49/09 i 118/09.

<sup>9</sup> Zakon o privatizaciji državnih stanova, Službeni glasnik Republike Srpske 118/11 i 67/13.

<sup>10</sup> Zakon o privatizaciji državnog kapitala u preduzećima, Službeni glasnik Republike Srpske 51/06, 1/07, 41/08, 79/11 i 28/13.

Ove oblasti su pravno raznolike i sveobuhvatne, sa tendencijom širenja i povećanja obima poslova, jer su pred Pravobranilaštvom Republike Srpske ozbiljni izazovi, između ostalog, u postupku implementacije Zakona o eksproprijaciji Republike Srpske, Zakona o stvarnim pravima, kojim je propisana obaveza nadležnog pravobranilaštva da u roku od tri godine od dana stupanja na snagu ovog zakona pokrene postupke za upis neupisanih javnih i opštih dobara u javnu evidenciju o nepokretnostima i pravima na njima i dr.

Pravobranilaštvo, ima glavnu ulogu u zaštiti javnog interesa, ali ne i monopol na njegovu zaštitu. Kao zastupnik po zakonu subjekata koje zastupa, Pravobranilaštvo je opterećeno velikim brojem predmeta.

### *Gospodari zaštite državnih interesa ili sluge gospodara*

Pitanje ovlaštenja Pravobranilaštva, tj. pravobranioca, odnosno zamjenika pravobranioca je centralis exitus svih pitanja. Naime, Zakon o Pravobranilaštvu Republike Srpske, je takoreći razbacao ovlaštenja pravobranioca, tj. zamjenika pravobranioca, pa to u praksi stvara velike nedoumice, a samim tim i probleme, kako Pravobranilaštvu, tako i subjektima koje ono zastupa. Taj problem se pokušao riješiti, ali bez očekivanih rezultata.

Članom 19. ZOPRS propisano je da u preduzimanju pravnih sredstava radi zaštite interesa iz čl. 1. ovog zakona, kao i zastupanje, Pravobranilaštvo je ovlašteno da preduzima sve radnje koje preduzima i stranka u postupku, što podrazumjeva i osnovne procesne radnje: izjavljivanje žalbe, podnošenje prigovora i zahtjev za vanredno preispitivanje odluke suda i sl.

Stavom 2. istog člana propisano je da ako Pravobranilaštvo smatra da ne treba pokrenuti postupak pred sudom ili drugim organom ili treba povući tužbu ili se odreći od tužbenog zahtjeva ili prijedloga za izvršenje, priznati zahtjev protivne stranke ili zaključiti poravnanje, zatražice saglasnost o tome od subjekta kojeg zastupa i koji se o tome pismeno izjašnjava. Ako subjekat kojeg Pravobranilaštvo zastupa ne dostavi pisano izjašnjenje u roku od 7 dana od dana prijema zahtjeva za izjašnjenje, konačnu odluku o preduzimanju pravne radnje donosi pravobranilac ili zamjenik u sjedištu, o čemu obavještava subjekta. Radi ovog člana zaboravljena su sva ostala ovlaštenja Pravobranilaštva koja ističemo.

Problem nastaje kada dođe do sukoba između mišljenja nadležnog zamjenika pravobranioca i subjekta kojeg Pravobranilaštvo zastupa, a to je najčešće mišljenje referenta zaposlenog kod subjekta kojeg Pravobranilaštvo po zakonu zastupa, i koja imaju istu i veću pravnu snagu od odredaba ovog člana. Do sukoba mišljenja najčešće je dolazilo sa Gradom Banja Luka i opštinama iz mjesne nad-

ležnosti sjedišta, dok sa Ministarstvima, Vladom Republike Srpske i ostalim republičkim organima, koje ovo sjedište po zakonu zastupa, to nije bio čest slučaj.

Dosadašnja praksa Pravobranilaštva Republike Srpske bila je da je konačna odluka o preduzimanju pravne radnje prepuštena referentu subjekta, iako u ZOPRS kao ni u bilo kojem drugu zakonu koji važi na teritoriji Republike Srpske, nije normirano da je Pravobranilaštvo Republike Srpske obavezno postupi po izjašnjenju referenta subjekta. Međutim, mora se naglasiti da se Pravobranilaštvo Republike Srpske ni ovoga nije slijepo držalo, već je na dijelu bila neka vrsta negativne selekcije u smislu da, ako subjekat kojeg Pravobranilaštvo po zakonu zastupa zahtijeva da se ne izjavi neki od redovnih i vanrednih pravnih lijekova, odnosno pravnih sredstava, a Pravobranilaštvo ipak smatra da se taj pravni lijek, odnosno pravno sredstvo, treba izjaviti, isti bi bio izjavljivan, smatrajući, bez obzira na izjašnjenje subjekta da je predmetnom odlukom povrijeđen zakon i pravni interes zastupanog subjekta.

Ovakvim postupanjem Pravobranilaštvo Republike Srpske se degradiralo na nivo izvršitelja poštanskih usluga za subjekte koje po zakonu zastupa. Pravobranilac koji nema nikakvo ovlaštenje i koji slijepo sluša „naređenja“ opštinskih referenata, čije je znanje upitno, nije ništa drugo do običan pismoša. Pogotovo je nepojmljivo da nam ta „naređenja“ izdaju osobe koje, odreda, nemaju položen pravosudni ispit i koji su u funkcionalnoj organizaciji i subordinaciji Republike Srpske daleko ispod pravobranioca, odnosno zamjenika pravobranioca.

Posao nosilaca pravobranilačke funkcije pravobranioca i zamjenika pravobranioca, pomoćnika pravobranioca, stručnih saradnika i pripravnika zaposlenih u Pravobranilaštvu je smisleni i misaoni rad, a ne rad pisara koji pošalju na raspravu da donese zapisnik, zemljišno-knjižni izvadak, posjedovni list i sl., a da pri tome nema svoje stručno mišljenje, jer za to, navodno nema ovlaštenja. Izgleda da je Zbignjev Bžežinski bio u pravu kada je rekao da ljudi sa Balkana imaju bar jedan, a pojednici i više autodestruktivnih gena, onih gena koji prorade na sopstvenu inicijativu i koji te sprečavaju da postigneš nešto više, nešto bolje, nešto uzvišenije. Nažalost, to je bio slučaj i sa Pravobranilaštvom Republike Srpske.

Pravobranilaštvo Republike Srpske je samostalan organ i kao ovakvom mu mora biti dopušteno da ima diskreciono pravo da samostalnom, bez ičijih naredbi, sugestija i pritiska, donosi odluku o preuzimanju, odnosno nepreuzimanju pravnih radnji, a sve u skladu sa Ustavom Republike Srpske, zakonom, pravilima struke, te okolnostima konkretnog slučaja. Ovo pogotovo, ako se uzme u obzir da Pravobranilaštvo ima bolji uvid u cjelokupan predmet od referenata subjekta od kojeg se traži izjašnjenje. Svi eventualni zahtjevi za izjašnjenje moraju ići u pravcu čl. 10. st. 2. ZOPRS, odnosno u pravcu dostavljanja cjelokupne raspoložive doku-

mentacije i podataka sa kojim subjekt raspolaže, a tiče se predmetnog zahtjeva, a nikako u pravcu naredbi o preuzimanju ili nepreuzimanju pravnih radnji.

Prihvatanjem, odnosno nastavljajem sa ovom podaničkom praksom, da je konačan stav subjekta zakon za Pravobranilaštvo, narušava se osnovni temelj Pravobranilaštva, a to je njegova samostalnost i potpuno derogira Zakon o Pravobranilaštvu Republike Srpske.

Neophodno je istaknuti da je Pravobranilaštvo jedini stručni pravosudno-upravni organ koji je u nadležnosti Republike Srpske, čiji su nosioci funkcije, pomoćnici pravobranilioci, te stručni saradnici osobe sa položenim pravosudnim ispitom i dugogodišnjim iskustvom u praksi. S toga je, još jednom ponavljamo, nedopustivo da jedan takav organ prima naređenje od drugih, u funkcionalnoj subordinaciji, podređenih organa. Bilo kakvo drugačije postupanje osim onog gdje Pravobranilaštvo Republike Srpske samostalno donosi odluku o preduzimanju pravnih radnji pred sudovima i drugim organima u cilju zaštite imovinskih interesa subjekata koje zastupa, trebalo bi da znači postupanje mimo izričitih zakonskih odredbi kao i svih uspostavljenih pravila tumačenja tog zakona.

Kompletna organizacija pravobranilačke funkcije mora se temeljiti na apsolutnoj samostalnosti i nezavisnosti pravobranilaca. Ta samostalnost je zastupljena u njihovom diskrecionom pravu da shodno svom raspoloživom znanju i stručnom iskustvu samostalno odlučuju o tome da li uopšte treba ući u spor, na koji način voditi spor, te koje pravne mehanizme koristiti.

Želimo Pravobranilaštvo koje će svojim znanjem, mladošću, iskustvom i energijom da doprinese da se ovo društvo pravno, politički, ekonomski i kulturno uzdigne. Želimo Pravobranilaštvo koje će biti u stanju da, putem dijaloga i odgovornosti pred javnošću, a na osnovu zakona, znanja, odlučnosti i građanske hrabrosti, te neophodne mudrosti, zaštititi interese onih koje po zakonu zastupa, a ne Pravobranilaštvo koje zbog svojih naredbodavaca, gubi sporove za koje unaprijed zna da će ih izgubiti i sprečava građane Republike Srpske da godinama ne mogu ostvarivati svoja prava na nepokretnostima, te potpuno zaustavlja investitore kojih je ionako sve manje.

Pravobranilaštvo Republike Srpske je neophodno materijalno i kadrovsko jačati, sistemski riješiti pitanje edukacije zaposlenih, a sve sa ciljem stvaranja organa koji treba da zauzme daleko značajniji položaj u sistemu vlasti Republike Srpske.

## ZAKLJUČAK

Našim kratkim istraživanjem u potpunosti smo dokazali postavljenu hipotezu da prema postojećim propisima, odnosno Zakonu o Pravobranilaštvu Republike Srpske, Pravobranilaštvo Republike Srpske ne može ispuniti zadatak profe-

sionalne i adekvatne zaštite Republike Srpske i njenih organa, te je neophodno pristupiti kvalitetnijim zakonskim rješenjima.

Kroz buduće uređenje pravobranilačke funkcije posebno do izražaja treba da dođe pravni položaj pravobranioaca. Kompletna organizacija pravobranilačke funkcije mora se temeljiti na apsolutnoj samostalnosti i nezavisnosti pravobranilaca. Samostalnost pravobranilaca bi bila zastupljena u njihovom diskrecionom pravu da shodno svom raspoloživom znanju i stručnom iskustvu samostalno odlučuju o tome da li treba uopšte ući u spor, na koji način voditi spor, te koje pravne mehanizme koristiti. Nezavisnost pravobranilaca je neophodna pogotovo u pogledu načina organizacije pravobranilačke funkcije, te isključenja mogućnosti miješanja u postupke te načine vođenja istih, od strane, bilo pojedinaca, bilo političkih skupina iz zakonodavne i izvršne vlasti.

Pravobranioci, vođeni iskustvom, u radu zapažaju da određen broj parničnih i upravnih postupaka se temelji na očigledno osnovanim tužbenim, odnosno upravnim zahtjevima. Kako se ne bi stvarali bespotrebni troškovi za državu, kako kroz troškove suda i organa uprave, tako i troškove stranaka i advokata u postupcima, potrebno je predvidjeti nadležnost pravobranioaca da odluči da li će ulaziti u spor ili će priznati tužbeni, odnosno upravni zahtjev.

Takođe je neophodno, kao što je već djelimično i rečeno, urediti materijalni položaj pravobranilaca, kako onog dijela koji se odnosi na pitanje raspolaganja finansijskim sredstvima potrebnim za organizovanje rada pravobranilaštva, tako i dijela koji se odnosi na lične dohotke koje ostvaruju pravobranioci, a koja bi trebala da predstavljaju mjerilo protivvrijednosti rada pravobranilaca. Poredeći visinu ličnih dohodataka pravobranilaca sa ličnim dohotcima lica istih stručnih kvalifikacija, kao što su sudije i tužioc, veoma se lako može doći do zaključka da je posao pravobranioaca u svakom slučaju podcijenjen do te mjere da se pokušava staviti u ravan poslova koje obavljaju državni službenici, a što je s obzirom na značaj i vrijednost pravobranilačkih poslova apsolutno neprihvatljivo i veoma štetno, kako za ugled i dignitet pravobranilačke funkcije uopšte, tako i za kvalitativnu zaštitu državne imovine i imovinskih interesa.

Iz svega navedenog proizilazi da su u potpunosti ostvarene sve pretpostavke za izradu novog Zakona o Pravobranilaštvu Republike Srpske.



MIRKO STOJČINOVIĆ, LL.D.,  
Deputy Attorney Republic of Srpska  
BORISLAV JELIČIĆ,  
Attorney Republic of Srpska  
NIKOLA ALEKSIĆ  
Attorney Republic of Srpska

CONFLICT OF JURISDICTION BETWEEN THE ATTORNEY RS  
AND ENTITIES REPRESENTING IT

Summary

Based on the current constellation of relations, the Public Attorney's Office of Republic of Srpska does not have sufficient credibility to protect property rights and interests of subject it represents. Henceforth, it is evident that all the necessary pre-requisites for the enactment of the new Attorney's Office Act of Republic of Srpska have been met.



RODOLJUB ETINSKI

## **SREDSTVA TUMAČENJA MEĐUNARODNIH UGOVORA KOJA PRIMENJUJU ICSID ARBITRAŽE**

### U V O D

Konvencijom o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država od 18. marta 1965. godine (the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) osnovan je Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (the International Centre for Settlement of Investment Disputes). Uobičajeno je da se ovaj Centar označava njegovim engleskim akronimom ICSID, a pomenuta Konvencija kao ICSID konvencija, te će se takvo označavanje koristiti i u ovom tekstu. Pod ICSID arbitražama razumemo, dakle, arbitražna veća osnovana u okviru ICSID-a. Prilikom rešavanja sporova u vezi sa investicijama arbitražna veća, koja strane u sporu, strani investitor i država, osnivaju u okviru ICSID-a, tumače uglavnom propise ICSID konvencije i propise bilateralnih ugovora o zaštiti u unapređenju investicija, za koje je uobičajeno da se obeležavaju engleskim akronimom BIT. Arbitražna veća tumače, takođe, ponekad, međunarodna običajna pravna pravila, opšta pravna načela, unutrašnje propise, kao i druge jednostrane akte država, ali to tumačenje neće biti analizirano u ovom tekstu.

Pod sredstvima tumačenja (means of interpretation) razumemo postupke koji se primenjuju radi utvrđivanja značenja propisa međunarodnih ugovora, a od kojih su najvažniji navedeni u članovima 31 – 33 Bečke konvencije o pravu među-

narodnih ugovora iz 1969. godine (dalje: Bečka konvencija). U tim članovima Bečke konvencije su navedena sva osnovna i neka dopunska sredstva tumačenja.

Izbor i način primene pojedinih sredstava tumačenja su važni jer, videćemo, od toga može da zavisi ishod tumačenja. Tumačeći jedan isti propis u tursko-turkmenistanskom BIT-u, videćemo, dva arbitražna veća su, primenjujući različita sredstva tumačenja, došla do potpuno suprotnih tumačenja.

Cilj ovog teksta jeste da ispita koja sredstva tumačenja primenjuju ICSID arbitraže. Danas, svi međunarodni sudovi ili arbitraže primenjuju članove 31 – 33 Bečke konvencije, ali to ne znači da svi oni primenjuju ista sredstva tumačenja. Oni vrše selekciju sredstava, koja varira od predmeta do predmeta. Može se, međutim, primetiti da u praksi nekih preovlađuju neka sredstva, a u praksi drugih druga. Tako, na primer, kasnija ujednačena praksa primene međunarodnog ugovora, koja reflektuje zajedničko razumevanje strana ugovornica nekog propisa, i koja je predviđena članom 31 (3, b) Bečke konvencije je sredstvo koje veoma često koristi Evropski sud za ljudska prava,<sup>1</sup> dok ga ICSID arbitraže uopšte ne koriste. Analiza primene sredstava tumačenja, koju sam sproveo, obuhvata dvadeset odluka ICSID arbitraža, donetih u poslednjih nekoliko godina, dakle od 2011. do 2016.<sup>2</sup> To je svakako mali uzorak za pouzdanije zaključivanje, ali, ograničen

<sup>1</sup> R. Etinski, Tumačenje Evropske konvencije o ljudskim pravima, *Pravni život*, 2015, No. 12, pp. 5-19; R. Etinski, Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom as a Means of its Interpretation, in *Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law : thematic collection of papers*, Novi Sad, Pravni fakultet, 2015, str. 17-36.

<sup>2</sup> *Corona Materials, LLC v. Dominican Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, Award on the Respondent's Expedited Preliminary Objections, May 31, 2016; *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, (ICSID Case No. ARB/13/33), Award, 5 May 2015; *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. v. Republic of Panama*, (ICSID Case No. ARB/13/28), Award, June 2, 2016; *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, (ICSID Case No. ARB/12/29), Award, April 30, 2015; *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/3, Award, 17 April 2015; *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, Award, 16 April 2014; *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3 November 2016; *Fraport AG Frankfurt Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, 10 December 2014; *National Gas S.A.E.v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/7, Award, 3 April 2014; *TECO Guatemala Holdings LLC v. Republic of Guatemala*, (ICSID Case No. ARB/10/23), Decision on Annulment, April 5, 2016; *Ömer Dede and Serdar Elhüseyni v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/22, Award, September 5, 2013; *Opic Karimun Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14 Award 28 May 2013; *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, March 2, 2015; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, (ICSID Case No. ARB/10/7), Decision on jurisdiction, July 2, 2013; *Metal-Tech Ltd. v.*

vremenom koje sam imao na raspolaganju, nisam mogao da analiziram veći broj arbitražnih odluka. Ole Kristian Fauchald objavio je, međutim, 2008. godine u Evropskom žurnalu za međunarodno pravo članak pod naslovom “Pravno rezonovanje ICSID tribunala – empirijska analiza”<sup>3</sup> u kome je analizirao 98 odluka ICSID arbitražnih veća, donetih u periodu od 1998. do 2006. godine. Iako se načini analize koje smo koristili ne poklapaju u potpunosti, svejedno, rezultati do kojih smo došli su uporedivi i mogu da pruže pouzdaniju informaciju o sredstvima tumačenja koje koriste ICSID arbitraže.

Jedan od osnovnih razloga kodifikacije pravila o tumačenju u Bečkoj konvenciji bio je da se poveća predvidljivost i sigurnost u međunarodnom pravu, tako što će se obezbediti tumačenje u skladu sa pravom i sprečiti proizvoljno tumačenje. Međutim, danas je prošireno mišljenje da su validna različita tumačenja istog propisa. Jedan ICSID odbor za poništaj arbitražne odluke je to eksplicitno rekao.<sup>4</sup> Videćemo u postupku za poništaj arbitražne odluke u predmetu *Kılıç*, postojanje suprotnog tumačenja istog propisa u kasnijoj arbitražnoj odluci nije razlog za poništaj ranije. Dakle, kodifikacija pojedinih sredstava tumačenja međunarodnih ugovora u članovima 31–33 Bečke konvencije jeste, verovatno, smanjila prostor proizvoljnosti u tumačenju, ali ga nije uklonila u celosti. Međunarodne sudije i arbitri su i dalje slobodni da biraju pojedina sredstva tumačenja i da ih primenjuju po svom nahođenju. Pitanje je da li bi propisi u članovima 31–33 mogli da budu dopunjeni nekim obaveznim instrukcijama o odnosu pojedinih sredstava tumačenja i o tome kako se ona primenjuju, a koja bi smanjila polje diskrecije u tumačenju i povećala predvidljivost i sigurnost u međunarodnom pravu. Da bi se došlo do takvih instrukcija, a Komisija za međunarodno pravo Generalne skupštine UN se ponovo bavi nekim pitanjima tumačenja, bitna su istraživanja odnosa između prirode materije koja se tumači, dakle prirode i karaktersitika

---

*The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013; *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award, 16 May 2014; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, 2 July 2013; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII.2 of the Turkey-Turkmenistan bilateral investment treaty, 7 May 2012; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Annulment Proceeding, July 14, 2015; *Muhammet Çap Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6 Decision on Respondent’s Objection to Jurisdiction under Article VII(2) of the Turkey-Turkmenistan bilateral investment treaty, 13 February 2015; *Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia and Electricité du Cambodge*, ICSID CASE NO. ARB/09/18, Decision on jurisdiction, 22 March 2011.

<sup>3</sup> Ole Kristian Fauchald, *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis*, *The European Journal of International Law*, 2/2008, 301-364

<sup>4</sup> ICSID Case No. ARB/10/23, para 78, 295.

međunarodnih ugovora ili njihovih pojedinih propisa i sredstava koja su korišćena za njihovo tumačenje. I ovo skromno istraživanje treba da služi tom cilju.

Izložićemo, kratko, pravila o tumačenju međunarodnih ugovora, kojima su definisana neka sredstva tumačenja kao i stav Komisije za međunarodno pravo, koja je kodifikovala ta pravila, o načinu primene tih sredstava. Pokazaćemo, zatim, kako su različita arbitražna veća na različite načine tumačila isti propis u turško-turkmenistanskom BIT-u. Analiziraćemo koja sredstva tumačenja i na koji način su korišćena u dvadeset arbitražnih odluke, donetih u poslednjih nekoliko godina, te ćemo te rezultate uprediti sa onim do kojih je došao Fauchald. Konačno, pokušaćemo da dođemo do nekih zaključaka o tome koja sredstva tumačenja koriste ICSID arbitraže.

#### KODIFIKACIJA PRAVILA O TUMAČENJU MEĐUNARODNIH UGOVORA

Pravila o tumačenju međunarodnih ugovora kodifikovana su u članovima 31–33 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora.<sup>5</sup> Prva dva člana nabrajaju sredstva tumačenja, dok je treće posvećen rešavanju razlika, koje mogu da se pojave između različitih jezičkih verzija ugovora. Član 31 pod naslovom “Opšte pravilo o tumačenju” određuje način tumačenja i sredstva tumačenja. Član 32 pod naslovom “Dopunska sredstva tumačenja” određuje kada se koriste dopunska sredstva i navodi neka od dopunskih sredstava. Član 33 pod naslovom “Tumačenje ugovora overenih na dva ili više jezika” određuje način rešavanja razlika u tekstu koje mogu da se pojave u različitim jezičkim verzijama.

Članom 31 (1) određeno je da se ugovor tumači dobronamerno, tako što će se terminima dati uobičajeno značenje u njihovom kontekstu i u svetlu predmeta i cilja ugovora. Član 31 (2) definiše kontekst, tako da ovaj pored teksta, preambule i aneksa, čini još a) svaki sporazum u vezi sa ugovorom koji postoji između članica u vreme zaključivanja ugovora i b) svaki instrument koji sačini jedna ili više stranica prilikom zaključivanja ugovora, a koji prihvate ostale članice, kao instrument koji se odnosi na ugovor. Član 31 (3) kaže da će pored konteksta voditi računa a) o svakom kasnijem sporazumu između članica u pogledu tumačenja ugovora ili primene njegovih odredbi; b) o svakoj docnijoj praksi u vezi sa primenom ugovora kojim je postignut sporazum između članica u pogledu tumačenja ugovora; i c) o svakom relevantnom pravilu međunarodnog prava koje se primenjuje u odnosima između članica. Član 31 (4) kaže da će se terminima dati posebno značenje ako se utvrdi da je to bila namera strana ugovornica.

Članom 32 određeno je da se dopunska sredstva tumačenja mogu koristiti u tri slučaja: ako primena člana 31 dovodi do a) dvosmislenog ili nejasnog znače-

<sup>5</sup> Sl. I. SFRJ, Međ. Ug. I dr. Sp. 30/1972, Tekst i u S. Đorđević, M. Kreća, R. Etinski i dr. Građa međunarodnog javnog prava, prva knjiga, Novi Sad, 1988, 13-36

nja; b) do rezultata koji su očigledno apsurdni ili nerazumni ili c) ako se želi potvrditi značenje do koga se došlo primenom člana 31. Istim članom se ne definišu sva dopunska sredstva tumačenja, već se samo navode pripremni radovi i okolnosti u kojima je ugovor bio zaključen.

Ako je tekst ugovora overen na dva ili više jezika, saglasno članu 33 (1) njegov tekst je verodostojan na tim jezicima, osim ako ugovorom nije određeno ili se ugovornice nisu dogovorile da u slučaju ne slaganja važi jedan određeni tekst. Saglasno članu 33 (2) prevod ugovora na nekom drugom jeziku, na kome ugovor nije overen, smatra se verodostojnim tekstem samo ako je to predviđeno ugovorom ili ako su se ugovornice tako dogovorile. Član 33 (3) kaže da se pretpostavlja da termini ugovora imaju isto značenje u svakom verodostojnom tekstu. Prema članu 33 (4) ako razlike u verodostojnim tekstovima nije moguće prevazići primenom članova 31 i 32, prihvata se značenje, koje vodeći računa o predmetu i cilju ugovora, najbolje miri te tekstove.

Počev od 1964. godine u Komisiji za međunarodno pravo vođena je živa i zanimljiva rasprava o kodifikaciji pravila o tumačenju međunarodnih ugovora. Razmatrano je pitanje da li je kodifikacija moguća, imajući u vidu značajnu nekoherentnost u primeni pojedinih sredstava tumačenja od strane međunarodnih sudova i arbitraža, i da li je potrebna kodifikacija ovih pravila, sa obzirom da je primena pojedinih sredstava tumačenja pre diskreciona nego obavezna. Uprkos dilemama sa kojima se suočio pri početku rada na kodifikaciji ovih pravila, specijalni izvestilac za pravo ugovora u Komisiji za međunarodno pravo, Sir H. Waldock izneo je krunski argument u koristi kodifikacije, a to je da načelo *pacta sunt servanda* zahteva kodifikaciju pravila o tumačenju kako bi se ugovori tumačili bez arbitrarnosti i u skladu sa pravom.<sup>6</sup> Ovo su prihvatili ostali članovi Komisije i u vezi sa tim su postigli početnu saglasnost. Međutim, među njima su se javile značajne razlike o mnogim drugim pitanjima. Do tada preovlađujući stav u doktrini i praksi, prema kome je zajednička namera ugovornica određivala značenje teksta, osporavan je argumentum da ugovornice ne mogu da predvide sve slučajeve na koje će se primenjivati ugovor i da o mnogim pitanjima, koja se javljaju tokom primenu ugovora, nisu imale nikakav stav tokom zaključivanja ugovora.<sup>7</sup> Ovaj argumenat može da ima težinu naročito kada su u pitanju legislativni ugovori. Značajne razlike su postojale i u pogledu značaja pojedinih sredstava tumačenja. Pokušaj Sir H. Waldock da napravi izvestan hijerarhijski poredak među njima, prema značaju koji im je pridavao, je naišao na izvestan otpor nekih članova Komisije. Države su, takođe, iznosile različite stavove o ovom pitanju u svo-

---

<sup>6</sup> The Third Report on the Law of Treaties, Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur of the International Law Commission, Doc A/CN.4/167 and Add. 1-3, *The Yearbook of the International Law Commission*, 2/1964, 54, para 8.

<sup>7</sup> *The Yearbook of the International Law Commission*, 1/1964, 289, para 93

jim komentarima i na samoj konferenciji u Beču. Na kraju je prihvaćeno jedno kompromisno rešenje kako među članovima Komisije, tako i među državama na konferenciji u Beču, a prema kome sva sredstva tumačenja, navedena u članu 31, imaju istu vrednost, te redosled njihovog navođenja ne označava veći značaj onih koja su navedena ispred drugih, već označava logičan put kojim se kreće tumač koji, polazi od uobičajenog značenja termina, dakle od teksta, konteksta, predmeta i cilja itd.<sup>8</sup> Ideja je bila da se iskoriste sva raspoloživa sredstva tumačenja čije bi sadejstvo vodilo ispravnom značenju.

Ta ideja je bila dobra radi postizanja kompromisa među članovima Komsije za međunarodno pravo i među državama na Bečkoj konferenciji, ali ona nije zaživela u međunarodnoj praksi. Međunarodni sudovi i arbitraže se pozovaju na članove 31–33 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora, ali obično primenjuju jedno, dva ili tri sredstva tumačenja navedenih u ovim članovima ali ne sva, i često ne objašnjavaju zašto su primenila ta sredstva, a ne i ostala.

Od 2008. godine Komisija za međunarodno pravo se bavi sa dva načina tumačenja iz članova 31 (3, a i b) i 32 naime kasnijim sporazumima ugovornica i praksom primene ugovora.<sup>9</sup> Pošto je istražio savremenu praksu primene članova 31 i 32 Bečke konvencije od strane različitih međunarodnih sudova u pogledu različitih međunarodnih ugovora, specijalni izvestilac Georg Nolte predložio je Komisiji u svom Prvom izveštaju zaključak da ugovor ili propis ugovora može da stavi različit značaj na različita sredstva tumačenja izložena u članovima 31 i 32 Bečke konvencije, naročito imajući u vidu tekst ugovora i njegov predmet i cilj.<sup>10</sup> Ovim se koriguje stav o jednakom značaju svih sredstava tumačenja u pogledu svih ugovora.

Svakako da je kodifikacija pravila o tumačenju u članovima 31–33 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora smanjila arbitrnost u procesu tumačenja međunarodnih ugovora, ali je nije potpuno eliminisala.<sup>11</sup> Na početku ra-

<sup>8</sup> Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, Geneva, 4 May - 19 July 1966, *The Yearbook of the International Law Commission*, 2/1966, 219, para 8.

<sup>9</sup> First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, *op. cit.*; Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties by Georg Nolte, Special Rapporteur, International Law Commission Sixty-sixth session Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2014, A/CN.4/671; Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties by Georg Nolte, Special Rapporteur, International Law Commission Sixty-seventh session Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2015, A/CN.4/683.

<sup>10</sup> First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, *op. cit.*, 13, para 28.

<sup>11</sup> Ulf Linderfalk, Is Treaty Interpretation an Art or Science? International Law and Rational Decision Making, *The European Journal of International Law*, 1/2015, 169.



sprave o kodifikaciji pravila o tumačenju međunarodnih ugovora u okviru Komisije za međunarodno pravo, Rosenne je ukazivao na opasnost da, ako se ta pravila kodifikuju, njihovo nepoštovanje od međunarodnih arbitara ili sudija bi moglo da rezultira u poništenju međunarodne presude zbog prekoračenja ovlašćenja. Ova bojazan se pokazala neosnovanom, kako ćemo videti u tekstu koji sledi.

#### DRUGAČIJE TUMAČENJE U KASNIJOJ ARBITRAŽNOJ ODLUCI NIJE RAZLOG ZA PONIŠTAJ RANIJE ARBITRAŽNE ODLUKE

Predmet tumačenja u dve arbitražne odluke je član VII, 2. iz turskog-turkmenistanskog ugovora o investicijama od 2. maja 1992. godine. Član VII<sup>12</sup> glasi:

“1. Sporovi između jedne od strana i investitora druge strane u vezi sa njegovom investicijom biće notifikovani u pisanom obliku, uključiv detaljnu informaciju, od strane investitora strani primaocu investicije. Investitor i zainteresovana strana će nastojati, koliko je moguće, da reše ove sporove konsultacijama i pregovorima u dobroj veri.

2. Ako ti sporovi ne mogu da budu rešeni na ovaj način u okviru šest meseci posle dana pisane notifikacije pomenute u stavu 1, spor može biti podnet, kako investitor izabere:

- (a) Međunarodnom centru za rešavanje investicionih sporova (ICSID)...;
- (b) ...; (c)...

pod uslovom da ako je dotični investitor podneo spor sudovima strane koja je strana u sporu i konačna presuda nije doneta u okviru jedne godine.”<sup>13</sup>

Turski investitori i Turkmenistan su se sporili oko značenja člana VII. 2. bilateralnog ugovora. Turkmenistan je smatrao da obraćanje investitora turkmenistanskim sudovima, te rok od godinu dana za donošenje konačne presude, jeste uslov za uspostavljanje nadležnosti ICSID arbitraže, dok su tužioci, turska preduzeća smatrali da je obraćanje turkmenistanskim sudovima samo jedna mogućnost, koja, ako se iskoristi, zahteva rok od godinu dana za donošenje konačne presude, ali ako se ne iskoristi, ICSID arbitraža ima nadležnost da postupa po tužbi.

---

<sup>12</sup> ICSID Case No. ARB/10/1, Award, para 6.1.4.

<sup>13</sup> Na engleskom tekst člana VII glasi: “1. Disputes between one of the Parties and one investor of the other Party, in connection with his investment, shall be notified in writing, including a [sic] detailed information, by the investor to the recipient Party of the investment. As far as possible, the investor and the concerned Party shall endeavour to settle these disputes by consultations and negotiations in good faith. 2. If these disputes [sic] cannot be settled in this way within six months following the date of the written notification mentioned in paragraph 1, the dispute can be submitted, as the investor may choose, to: (a) the International Center (sic) for Settlement of Investment Disputes (ICSID) ... (b) ... (c) ... , provided that [if] the investor concerned has brought the dispute before the courts of justice of the Party that is a party to the dispute and a final award has not been rendered within one year.”

Ovaj sporni propis tumačila su dva arbitražna veća u predmetima *Kılıç*<sup>14</sup> i *Sehil*<sup>15</sup> i došli su do suprotnih tumačenja, u predmetu *Kılıç* da se nisu stekli uslovi za uspostavljanje nadležnosti arbitražnog veća i u predmetu *Sehil* da su se stekli. U oba predmeta tužioci su se pozivali na klauzulu najpovlašćenije nacije kao i na nedelotvornost turkmenstanskih pravnih lekova, kao na dodatne argumente u prilog uspostavljanja nadležnosti, ali pošto se to neposredno ne odnosi na tumačenje člana VII.2 tursko-turkmenistanskog BIT-a, ta materija neće biti ovde izložena.

U predmetu *Kılıç* arbitražno veće je zasnovalo svoje tumačenje na konvergenciji autentičnog ruskog teksta, autentičnog turskog teksta iz tursko-kazahstanskog BIT-a u čijoj se engleskoj autentičnoj verziji nalazio tekst identičan onom u članu VII.2 tursko-turkmenistanskog BIT-a i službene turske verzije prevoda tursko-turkmenistanskog BIT-a, objavljenog u turskom službenom glasniku.<sup>16</sup> U svim tim tekstovima nalazio se samo jedan kondicional - *pod uslovom da je dotični investitor podneo spor sudovima*, a ne dva kao u autentičnoj engleskoj verziji - *pod uslovom da ako je dotični investitor podneo spor sudovima*. Ono je, dakle, kombinovalo član 31 (1), član 32 i član 33 (4) Bečke konvencije. Ruski autentični tekst je bio jasan, veće je pošlo od uobičajenog značenja termina. Međutim, engleski tekst koji je sadržao dva kondicionala bio je suprotan engleskoj sintaksi, gramatički neispravan i veće je smatralo da je dvosmislen i nejasan. Zato je primenilo dodatna sredstva tumačenja iz člana 32 Bečke konvencije, konkretno okolnosti u kojima je zaključen tursko-turkmenistanski BIT. Pošto su četiri turske republike bivšeg SSSR stekle nezavisnost, u aprilu i maju 1992. usledila je poseta turske delegacije na visokom nivou, kojom prilikom su potpisani BIT-ovi, gotovo u identičnom tekstu sa sve četiri turske republike, uključiv Turkmenstan i Kazahstan. Nacrt BIT-a je sačinjen na engleskom jeziku i turska strana ga je preko svoje ambasade prosledila vladama četiri republike. Predstavnici četiri republike su preveli nacrt sa engleskog na ruski, i prilikom posete potpisani su engleski i ruski tekst. Dan pre potpisivanja tursko-turkmenistanskog BIT-a, potpisan je tursko-kazahstanski BIT, u čijoj engleskoj verziji se nalazio propis identičan onom u engleskoj verziji člana VII.2 tursko-turkmenistanskog BIT-a. Nikakvi pregovori nisu vođeni, već su četiri turske republike prihvatile turski predlog bez izmena. To su, dakle, bile okolnosti zaključivanja ovog ugovora. Pored toga, Turska je u svom službenom glasniku objavila službeni prevod tursko-turkmenistanskog BIT-a.

<sup>14</sup> U ovom predmetu doneta je prvo odluka o tumačenju člana VII.2 tursko-turkmenistanskog BIT-a, a zatim presuda o nenadležnosti, dakle ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII.2 i ICSID Case No. ARB/10/1, Award.

<sup>15</sup> ICSID Case No. ARB/12/6, Decision on Respondent's objection to jurisdiction

<sup>16</sup> ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII.2, para 9.20 I 9.21.

U predmetu *Sehil* arbitražno veće se složilo da je englska verzija člana VII.2 tursko-turkmenistanskog BIT-a dvosmislena i nejasna, ali je smatrala da je ista ta dvosmislenost i nejasnost preneti i u rusku autentičnu verziju. Naime, arbitri u predmetu *Kılıç* nisu znali ruski jezik pa su koristili turkmenstinaski prevod ruske verzije na engleski jezik. U ruskoj verziji je stajalo - *pri islovii, esli*.<sup>17</sup> Turkmenistan je prvo poslao prevod u kome su stajala dva kondicionala, a onda je poslao korigovan prevod sa jednim kondicionalom, uz objašnjenje da dva kondicionala nisu u duhu ruskog jezika i da je zadatak prevodioca da predstavi smisao teksta, a ne da ga doslovce prevede. Korigovan prevod je izazvao protivljenje tužioca, ali on nije iskoristio mogućnost koju mu je ostavilo arbitražno veće da dostavi prevod nekog drugog prevodioca. Dakle, arbitražno veće u predmetu *Sehil* nije prihvatilo da postoji razlika između engleske i ruske verzije teksta. Pored toga, to arbitražno veće je konstatovalo da postoje značajne razlike između službenog turskog prevoda, objavljenog u službenom glasniku, i engleskog originala ne samo u pogledu člana VII.2 već i u pogledu drugih propisa. Ono je konstatovalo, takođe, da je obrazloženje koje je turska Vlada poslala Parlamentu u vezi sa ratifikacijom ovog sporazuma bilo bliže dvostrukom kondicionalu. Ono je, tako, dovelo u pitanje dve ključne stvari na kojima je arbitražno veće u predmetu *Kılıç* zasnovalo svoje tumačenje. Arbitražno veće u predmetu *Sehil* primenilo je kontekst, cilj i predmet ugovora kao sredstva tumačenja, predviđena u članu 31 (1) Bečke konvencije. Kontekst se ticao uvodne rečenice u član VII. 2 koja je ovlašćivala investitora da bira između različitih načina rešavanja sporova. Dakle, nema mogućnosti izbora, ako prvo mora da ide pred turkmenistanske sudove. Ono je ukazalo da je u preambuli ugovora izražena namera strana ugovornica da ustanove pristup ili uslove “poštenom, pravičnom” i “stabilnom okviru” za investitore druge strane. Ovo mora da znači, prema mišljenju arbitražnog veća, da kada se spor pojavi, investitor ima mogućnost da odluči gde će rešavati spor, pred lokalnim sudovima ili međunarodnom arbitražom. Zahtevati da investitor mora da ide prvo pred lokalne sudove sa troškovima i odlaganjem, koje bi to izazvalo, ne bi bilo „pošteno i pravično” niti bi značilo “stabilan okvir”.<sup>18</sup> “Imajući u vidu da je u predmetu *Sehil* arbitražno veće utvrdilo značenje člana VII.2 tursko-turkmenistanskog ugovora, koje je bilo potpuno suprotno značenju istog propisa utvrđenog u predmetu *Kılıç*, kompanija *Kılıç* je na osnovu člana 52 ICSID konvencije pokrenula postupak za poništenje arbitražne presude.<sup>19</sup> Pozivajući se na tumačenje u predmeti *Sehil*, tužilac je tvrdio da je arbitražno veće u njegovom predmetu prekoračilo ovlašćenja, što je razlog za poništaj arbitražne odluke. Međutim, odbor za poništenje

---

<sup>17</sup> ICSID Case No. ARB/12/6, para 226.

<sup>18</sup> *Ibid.*, para 243.

<sup>19</sup> *Ibid.*

je smatrao da postojanje kasnije arbitražne odluke, u kojoj je neki propis tumačen drugačije nego što je to učinjeno u ranijoj, ne znači da je arbitražno veće u ranijem slučaju prekoračilo svoja ovlašćenja.<sup>20</sup> Odbor za poništaj je našao da arbitražno veće nije eksplicitno analiziralo kontekst spornog propisa, kao i predmet i cilj ugovora, kako je to traženo članom 31 Bečke konvencije.<sup>21</sup> Dakle, arbitražno veće nije sledilo sve korake predviđene članom 31 Bečke konvencije<sup>22</sup> i nije jasno zašto to nije učinilo.<sup>23</sup> Ipak, arbitražno veće jeste uzelo u obzir relevantne propise Bečke konvencije a razmatranje konteksta, predmeta i cilja je prisutno u arbitražnoj presudi jer su u njoj navedeni stavovi tužioca i vezi sa tim, kao i izdvojeno mišljenje arbitra Parkera.<sup>24</sup> Kako nije našlo da je arbitražno veće u predmetu *Kılıç* prekoračilo svoja ovlašćenja u pogledu tumačenja, niti da postoji drugi razlog poništenja, odbor za poništenje odbio je zahtev za poništenje.

U zaključnim razmatranjima ću se osvrnuti na pitanje da li bi neka dodatna obavezujuća instrukcija u pogledu tumačenja, da je postojala u vreme ovih tumačenja, mogla da spreči pojavu dva suprotna tumačenja.

#### SREDSTVA TUMAČENJA KOJA PRIMENJUJU ICSID ARBITRAŽE

Od 20 razmatranih arbitražnih odluka u osam nalazimo opsežna razmatranja tumačenja propisa međunarodnog prava.<sup>25</sup> U trinaest odluka arbitražna veća ili odbori za poništenje upućuju na propise o tumačenju međunarodnih ugovora u Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora i primenjuju ih kao propise Bečke konvencije, ako je država u sporu ugovornica Bečke konvencije ili kao običajna pravna pravila, ako nije.<sup>26</sup> Ako se ima u vidu da je šest arbitražnih odluka posvećeno tumačenju pretežno nacionalnog prava i privatnopravnih ugovora,<sup>27</sup>

<sup>20</sup> *Ibid.*, para 98, 99.

<sup>21</sup> *Ibid.*, para 125.

<sup>22</sup> *Ibid.*, para 127.

<sup>23</sup> *Ibid.*, para 125.

<sup>24</sup> *Ibid.*, para 125.

<sup>25</sup> ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/10/14, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII.2, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, ICSID Case No. ARB/12/6, ICSID Case No. ARB/10/1, Annulment Proceeding, ICSID CASE No. ARB/09/18.

<sup>26</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/12/2, ICSID Case No. ARB/11/12, ICSID Case No. ARB/11/7, ICSID Case No. ARB/10/22, ICSID Case No. ARB/10/13, ICSID Case No. ARB/10/7, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII.2, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, ICSID Case No. ARB/12/6, ICSID Case No. ARB/10/1, Annulment Proceeding, ICSID CASE NO. ARB/09/18.

<sup>27</sup> ICSID Case No. ARB/12/3, ICSID Case No. ARB/12/2, ICSID Case No. ARB/11/33, ICSID Case No. ARB/11/12, ICSID Case No. ARB/10/14, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1.

onda se može zaključiti da je tumačenje zauzelo značajan prostor u onim odlukama koje su se odnosile na primenu međunarodnog prava. Naravno, i odluke koje su se ticale nacionalnog prava, privatnopravnih ugovora ili jednostranih izjava država nisu bile bez razmatranja pitanja tumačenja, ali tu, po prirodi stvari, nisu primenljivana pravila o tumačenju međunarodnih ugovora iz Bečke konvencije.

U odlukama su razmatrana i primenljivana različita sredstva tumačenja. Ona nisu imala jednaki značaj u nalaženju značenja pojedinih propisa, ali ako su pomenuta u odluci i uzeta u obzir od arbitražnog veća, makar da nisu mogla da doprinesu utvrđivanju značenja, ona će biti navedena u malom statističkom pregledu koji sledi.

Jedanaest odluka upućuje na uobičajeno značenje termina.<sup>28</sup> Osmam odluka ističu primat tekstualnog tumačenja, odnosno jasnog teksta, da se ne može prihvatiti zahtev koji nema osnova u tekstu,<sup>29</sup> odnosno da jasan tekst isključuje potrebu za dopunskim sredstvima tumačenja.<sup>30</sup> Dvanaest odluka upućuju na kontekst.<sup>31</sup> Predmet i cilj ugovora kao sredstvo tumačenja su navedeni u jedanaest odluka,<sup>32</sup> a predmet i cilj propisa, koji je bio predmet tumačenja, u jednoj odluci.<sup>33</sup>

Načelo dobronamernosti je navedeno u tri odluke,<sup>34</sup> načelo efektiviteta u jednoj,<sup>35</sup> a načelo *effet utile* u sedam odluka.<sup>36</sup> Ova tri načela su tesno povezana

---

<sup>28</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/12/2, ICSID Case No. ARB/11/33, ICSID Case No. ARB/11/12, ICSID Case No. ARB/10/22, ICSID Case No. ARB/10/7, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII.2, ICSID Case No. ARB/10/1, Award.

<sup>29</sup> ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/11/33, ICSID Case No. ARB/10/23, ICSID Case No. ARB/10/13, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/11/7.

<sup>30</sup> ICSID CASE NO. ARB/09/18.

<sup>31</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/11/33, ICSID Case No. ARB/11/12, ICSID Case No. ARB/10/23, ICSID Case No. ARB/10/22, ICSID Case No. ARB/10/7, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID Case No. ARB/10/1, Award. ICSID Case No. ARB/12/6, ICSID CASE NO. ARB/09/18.

<sup>32</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/11/33, ICSID Case No. ARB/11/7, ICSID Case No. ARB/10/22, ICSID Case No. ARB/10/7, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID Case No. ARB/12/6, ICSID Case No. ARB/10/1, Annulment Proceeding, ICSID CASE NO. ARB/09/18. S. Vidi kritiku ciljnog tumačenja S. Djajić, O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2015, p. 577.

<sup>33</sup> ICSID Case No. ARB/10/7.

<sup>34</sup> ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/11/12.

<sup>35</sup> ICSID Case No. ARB/10/1, Award.

<sup>36</sup> ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/12/2, ICSID Case No. ARB/11/12, ICSID Case No. ARB/10/22, ICSID Case No. ARB/10/14, ICSID Case No. ARB/10/7. ICSID CASE

i posljednja dva su sadržana u opštem načelu dobronamernosti. U svojim prvim izveštajima Ser H. Waldock, specijalni izvestilac za kodifikaciju prava međunarodnih ugovora u Komisiji za međunarodno pravo, je ta načela izložio posebno, ali je u Komisiji preovladalo mišljenje da su ona sva sadržana u načelu dobronamernosti. Ova mala statistika pokazuje da je član 31 (1) Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora imao dominantu ulogu u tumačenju od strane ICSID arbitraža. Sredstva tumačenja navedena u članu 31 (2,3 i 4) nisu mnogo korišćena. Tri odluke upućuju na preambule ugovora.<sup>37</sup> U jednoj odluci je instrument o ratifikaciji tretiran kao kontekst,<sup>38</sup> ali po zamisli Komsije za međunarodno pravo on bi pre bio instrument jedne od strana, koji je učinjen u vezi sa zaključivanjem ugovora, a koji su druge strane prihvatile kao instrument koji se odnosi na ugovor, dakle sredstvo predviđeno članom 31 (2, b). U jednom slučaju, pošto arbitražno veće nije moglo da ustanovi nameru ugovornica u vezi sa konkretnim spornim pitanjem i pošto je verovalo da u momnetu zaključenja ugovora ugovornice i nisu imale nekakv poseban stav o tom pitanju, oslonio se na stanje međunarodnog prava u vezi sa tim pitanjem u momentu zaključenja ugovora,<sup>39</sup> što bi moglo da se podvede pod 31 (3, c) Bečke konvencije. Ovome treba dodati da se u četiri odluke<sup>40</sup> upućuje na Izveštaj izvršnih direktora,<sup>41</sup> document koji je pripremljen po okončanju pregovora o ICSID konvencije i sadrži određena obrazloženja propisa i za koji se može smatrati da su strane dale pristanak na njega, pa se može tretirati kao sporazum između strana u vezi sa zaključenjem ugovora iz člana 31 (2, a) Bečke konvencije.<sup>42</sup>

Pripremni radovi<sup>43</sup> se pominju u tri arbitražne odluke i u isti toliko odluka navode se okolnosti zaključivanja odluka.<sup>44</sup> To su, dakle, dopunska sredstva tumačenja, navedena u članu 32 Bečke konvencije. Međutim, član 32 ne navodi is-

NO. ARB/09/18.

<sup>37</sup> ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/10/7, ICSID Case No. ARB/10/3.

<sup>38</sup> ICSID Case No. ARB/11/12.

<sup>39</sup> ICSID Case No. ARB/10/1, Award.

<sup>40</sup> ICSID Case No. ARB/12/2, ICSID Case No. ARB/11/7, ICSID Case No. ARB/10/14 , ICSID Case No. ARB/10/7

<sup>41</sup> Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States

<sup>42</sup> Ole Kristian Fauchald, The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis, *The European Journal of International Law*, 2/2008, 329

<sup>43</sup> ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID CASE NO. ARB/09/18

<sup>44</sup> ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII.2, ICSID Case No. ARB/12/6.

crpno sva sredstva dopunskog tumačenja, već samo primerično pomenuta dva. Dakle, član 32 je otvoren i za sva druga sredstva kojima se može utvrditi namera ugovornica izražena u ugovoru, kada je tekst ugovora dvosmislen i/ili nejasan. Tu može da dođe rasprava u parlamentu pri ratifikaciji ugovora,<sup>45</sup> čak eventualno promotivni informativni materijal na službenom web portalu.<sup>46</sup>

Pored navedenih sredstava, arbitražna veća su u analiziranim odlukama često posezala za ICSID arbitražnom praksom, doktrinom i ugovornom praksom. Šestnaest odluka upućuje na arbitražnu praksu, uglavnom ICSID arbitražnu praksu.<sup>47</sup> Naravno, ranije arbitražne odluke pravno ne vezuju kasnija arbitražna veća. Nije, dakle, sporno da se može odlučiti suprotno ranijoj arbitražnoj praksi.<sup>48</sup> Pravi se razlika između ranije konzistentne, ujednačene arbitražne prakse - *jurisprudence constant* – i nekonzistentne prakse.<sup>49</sup> Načelo pravne predvidljivosti i sigurnosti zahteva da se sledi ujednačena, ustaljena arbitražna praksa,<sup>50</sup> osim kada postoje ozbiljni razlozi da se od nje odustane. Sedam arbitražnih odluka upućuje na mišljenja istaknutih pisaca u ovoj oblasti.<sup>51</sup> Devet odluka upućuje na uporednu ugovornu praksu.<sup>52</sup> Navedena tri sredstva tumačenja, ranija arbitražna praksa, doktrina i uporedna ugovorna praksa podrivaju temeljni koncept tumačenja, koji se svodi na ustanovljavanje namere ugovornica, kako je ona izražena u tekstu ugovora. Na neki način taj koncept je potkopala i sama Komsija za međunarodno pravo prihvatajući u članu 31 (3, c) sva relevantna pravila međunarodnog prava

---

<sup>45</sup> ICSID Case No. ARB/10/7.

<sup>46</sup> ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/10/14.

<sup>47</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/13/28, ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/12/2, ICSID Case No. ARB/11/33, ICSID Case No. ARB/11/12, ICSID Case No. ARB/11/7, ICSID Case No. ARB/10/23, ICSID Case No. ARB/10/14, ICSID Case No. ARB/10/13, ICSID Case No. ARB/10/7, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, , Annulment Proceeding, ICSID CASE NO. ARB/09/18.

<sup>48</sup> ICSID Case No. ARB/10/14, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII.2, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, ICSID Case No. ARB/10/1, Annulment Proceeding, ICSID CASE NO. ARB/09/18.

<sup>49</sup> ICSID Case No. ARB/10/7.

<sup>50</sup> ICSID Case No. ARB/11/7, ICSID Case No. ARB/10/7, ICSID Case No. ARB/10/3.

<sup>51</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, ICSID Case No. ARB/11/12, ICSID Case No. ARB/11/7, ICSID Case No. ARB/10/13, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, ICSID Case No. ARB/10/1, Annulment Proceeding, ICSID CASE NO. ARB/09/18.

<sup>52</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, ICSID Case No. ARB/13/33, ICSID Case No. ARB/12/29, ICSID Case No. ARB/11/7, ICSID Case No. ARB/10/14, ICSID Case No. ARB/10/7, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID Case No., ARB/10/1, Decision on Article VII.2, ICSID Case No. ARB/10/1, Award.

primenjiva među stranama. Razlike između verodostojnih jezičkih verzija ugovora razmatrane su i rešavane u tri odluke.<sup>53</sup>

Možemo da zaključimo da su dominantnu ulogu u tumačenju u analiziranim odlukama imali član 31 (1), dakle uobičajeno značenje termina, kontekst, predmet i cilj ugovora, kao i ranija ICSID arbitražna praksa i doktrina.

Ako ovaj rezultat uporedimo sa rezultatom do koga je došao Fauchald analizirajući 98 arbitražnih odluka u periodu 1998–2006, vidimo neke promene i neke konstante. Fauchald je našao da je 35 od 98 odluka upućivalo na propise Bečke konvencije o tumačenju međunarodnih ugovora, sa tendencijom povećanja pozivanja pri kraju perioda koji je istraživao.<sup>54</sup> Izgleda da se ovaj trend nastavio, jer sam ja našao da je trinaest od dvadeset odluka upućivalo na pomenute propise Bečke konvencije. Fauchald ne navodi broj odluka koje upućuju na uobičajeno značenje termina, ali kaže da preovlađuje objektivno tumačenje, pod kojim razume verovatno tekstualno, pa to ilustruje, između ostalog, da se 12 predmeta pozivalo na rečnike.<sup>55</sup> Ipak, analiza značenja termina nije bila često zastupljena.<sup>56</sup> Relativno često je navođeno načelo *effet utile* i on navodi 18 odluka u kojima je korišćeno to načelo.<sup>57</sup> Ja sam našao da je to načelo korišćeno u sedam odluka, dakle proporcionalno znatno više nego u periodu 1998–2006. Fauchald je našao da je kontekst korišćen u 49 odluka,<sup>58</sup> a ja sam našao da je korišćen u 12 odluka, što je procentualno približno jednako. U slučaju Fauchald-ovog istraživanja predmet i cilj su korišćeni u 48 odluka, a ja sam našao da su korišćeni u 11 odluka, što je, takođe, procentualno približno jednako. Pozivanje na arbitražnu praksu Fauchald je našao u 92 odluke,<sup>59</sup> a ja u šestnaest odluka. U oba istraživanja to je sredstvo kome se pribegavalo najčešće, mada u periodu 2011–2016 procentualno nešto manje nego u periodu 1998–2006. Fauchald piše o državnoj praksi kao interpretativnom argumentu, a pod njom razume, izgleda uporednu ugovornu praksu država, kao i nacionalne akte koji se odnose na investicije. U 28 odluka<sup>60</sup> nalazi upućivanje na bilateralnu ugovore o investicijama, dok sam ja našao devet odluka, što je procentualno više. U 25 odluka nalazi upućivanje na pripremljene radove,<sup>61</sup>

<sup>53</sup> ICSID Case No. ARB/10/22, ICSID Case No. ARB/10/3, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII. 2.

<sup>54</sup> Fauchald, op. cit., 314.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 316.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*, 318.

<sup>58</sup> *Ibid.*, 321.

<sup>59</sup> *Ibid.*, 335.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 345.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 349.



dok sam ja našao 3 odluke, dakle procentualno manje. Pozivanje na doktrinu Fauchald nalazi u 73 odluke, a ja u 7. Dakle, u periodu 1998–2006. bilo je značajno češće upućivanje na doktrinu nego u periodu 2011–2016.

Ako uporedimo, dakle, ova dva perioda, videćemo izvesnu konstantu u pogledu upućivanja na kontekst, predmet i cilj ugovora, procentualni porast broja pozivanja na propise o tumačenju Bečke konvencije, pozivanja na načelo *effet utile*, pozivanje na uporednu ugovornu praksu i procentualni pad pozivanja na pripremne radove i doktrinu. Konstanta u oba perioda je, takođe, da sredstva tumačenja predviđena članom 31 (2, 3 i 4) nisu ili su vrlo malo korišćena. Treba imati u vidu da je Fauchald analizirao 98 odluka u periodu od devet godina, a ja 20 odluka u periodu 6 godina i da je između dva perioda proteklo četiri godine. Ukoliko bi se moji nalazi pokazali kao validni na većem broju odluka, mogli bi smo da kažemo da postoji trend tumačenja koji ostavlja manje mesta za proizvoljnost arbitara.

#### ZAKLJUČAK

Jedan od osnovnih razloga kodifikacije pravila o tumačenju međunarodnih ugovora bio je taj što tumačenje bez proizvoljnosti, tumačenje u skladu sa pravom služi načelu *pacta sunt servanda*, dakle savesnom izvršavanju ugovora. Važna funkcija prava je obezbeživanje pravne sigurnosti, koja uključuje pravnu predvidljivost. Ako pravni subjekti ne mogu da predvide pravne posledice svojih akata, nema pravne sigurnosti, niti vladavine prava. Do odgovora šta neko pravno pravilo nalaže u nekoj konkretnoj situaciji pravnim subjektima dolazi se tumačenjem tog pravnog pravila. Svi koji učestvuju u tumačenju prava treba da primenjuju ista pravila tumačenja i da dolaze do istih rezultata. To zahtevaju načela pravne sigurnosti i jednakosti. Ako bi svako tumačio pravo proizvoljno, na svoj način, nestalo bi sigurnosti i jednakosti u pravu.

Uprkos kodifikaciji pravila o tumačenju međunarodnih ugovora u članovima 31–33 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora i uprkos širokoj prihvaćenosti tih pravila kao ugovornih ili običajnih i dalje je prisutno mišljenje da se primenom tih pravila može doći do različitih validnih tumačenja. Videli smo da potpuno suprotna tumačenja istog propisa u kratkom periodu mogu da egzistiraju i da kasnije tumačenje suprotno ranijem nije razlog za poništaj ranije arbitražne odluke. Ako je to tako, onda cilj koji se želeo postići kodifikacijom pravila o tumačenju nije postignut, ili bar ne u potpunosti. Potrebno je, zato, dograditi pravila o tumačenju novim obavezujućim standardima, kako bi se proces tumačenja učinio manje neizvesnim poduhvatom. Da je postojala obavezna instrukcija o tome šta se smatra dvosmislenim i/ili nejasnim značenjem ili da je postojala obaveza da se pri tumačenju primene sva raspoloživa sredstva tumačenja, ishod tumačenja u predmetu *Kılıç* bi bio, verovatno, drugačiji i u saglasnosti sa onim u

predmetu *Sehil*. U predmetu *Kılıç* arbitražno veće je smatralo verodostojnu englesku verziju propisa dvosmislenom i nejasnom jer je sadržala dvostruki kondicional koji nije u skladu sa engleskom sintaksom, dakle tekst je bio gramatički neispravan i jezički rogotatan. Uprkos tome, propis je ima neko razumno značenje, bez obzira što je izraženo na lošem engleskom jeziku. Ispravna gramatika i dobar stil ne bi trebalo da budu kriteriji jasnosti teksta. Arbitražno veće nije primenilo načelo *effet utile* u tom predmetu, jer se nije uklapalo u njegovu koncepciju tumačenja. Pored toga, predmet *Kılıç* pokazuje da je važno ne samo koja sredstva tumačenja se primenjuju, odnosno da je važno da se primene sva raspoloživa sredstva, već je važno i kako se primenjuju. Arbitražno veće je zanemarilo neke informacije koje su dovodile u pitanje ispravnu primenu sredstva tumačenja, koje je primenilo to arbitražno veće.

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

#### MEANS OF INTERPRETATION OF INTERNATIONAL TREATIES APPLIED BY ICSID ARBITRAL TRIBUNALS

##### Summary

Twenty decisions of ICSID arbitral tribunals or committees for annulment, rendered in a few last years, have been explored to identify means of interpretation of international treaties applied by these bodies. Thirteen of them refer to Articles 31–33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter: the Vienna Convention). Having in mind that six of those 20 decisions are dedicated in whole or in big part to interpretation of internal law, private contracts or unilateral acts of states, it can be concluded that almost all other applied the relevant provisions of the Vienna Convention. It seems that textual interpretation had prominent role in considered decisions. Eleven decisions referred to ordinary meaning of terms, eight decisions emphasized the importance of clear text, that clear text excluded need for supplementary means of interpretation, or that a claim without basis in a text is not acceptable. The principle *effet utile*, according to which each word in a text has its role, was used in seven decisions, and this strengthens the impression on textual approach. Also, twelve decisions referred to the context. However, object and purpose of a treaty were considered in eleven decision and object and purpose of a provision in one. So, means of interpretation expressed in Article 31 (1) of the Vienna Convention played major role. Other means of interpretation, laid down in Article 31 (2, 3 and 4) were not applied at all or were used very rarely. For example, subsequent practice in application of a treaty that reflect common understanding of all parties, provided by Article 31 (3, b) of the Vienna Convention was not used at all.

Supplementary means, provided by Article 32 of the Vienna Convention - preparatory works of a treaty and circumstances of the conclusion of a treaty were considered in six decisions, each in three decisions. Article 33 of the Vienna Convention, dedicated to differences among various lin-

guistic versions of a treaty was applied in three decisions. Equally important, as means numbered in Article 31 (1), was relaying to ICSID arbitral practice, comparative treaty practice and literature. If we compare results of this exploration on small number of ICSID decisions with the results of exploration executed by Ole Kristian Fauchald on 98 decisions from period 1998–2006 published in the European Journal of International Law in 2008, no. 2, under title, *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis*, we can conclude that two explorations detected the same sorts of means of interpretations used by ICSID bodies. Some of them, like context or object and purpose participated by almost the same percents in the both samples, but percents of participation of some means, like principle *effet utile* increased in later and smaller sample. Results derived from exploration of small sample of 20 decisions cannot be very reliable, but my impression is that a trend could be detected towards selecting means of interpretation which leave less discretion to arbiters. Certainly, recently opposed interpretations of the same provision of the BIT of Turkey and Turkmenistan in cases *Kılıç* and *Sehil* showed that additional obligatory international standards of interpretation of international treaties would be in favor of legal foreseeability and security.



BOJAN MILISAVLJEVIĆ

## USPOSTAVLJANJE NAČELA MIRNOG REŠAVANJA SPOROVA I ZABRANE PRETNJE I UPOTREBE SILE U MEĐUNARODNOM PRAVU

### U V O D

Međunarodna zajednica zasnovana je na poretku Ujedinjenih nacija već duži vremenski period. Sistem Ujedinjenih nacija je, i pored svih nedostataka i manjkavosti, uspeo da očuva globalni mir, pa se zbog toga mora smatrati uspešnim. U svom trajanju Ujedinjene nacije prolazile su kroz više različitih etapa – period neposredno posle Drugog svetskog rata, Hladni rat, unipolarna era i ulazak u višepolarnu međunarodnu zajednicu. S druge strane, poredak međunarodnog prava je u stalnoj vezi sa materijalnim osnovama na kojima počiva međunarodno pravo, dakle radi se o simbiozi koja prouzrokuje stalne promene i oscilacije. Specifičnost međunarodnog prava nalazi se, kako u posebnosti pravne tehnike putem kojih nastaju norme međunarodnog prava, tako i u samim pravnim izvorima. Međutim, postoji objektivno ustrojeni deo međunarodnog prava koji ne trpi tako česte izmene, a koji predstavlja osnov čitavog međunarodnog poretka. Bez *jus cogens* normi međunarodno pravo bi bilo nezamislivo, a čitav međunarodno-pravni sistem neizgrađen. Takva pravila imaju svoj specifični značaj i pravno dejstvo.

---

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

“Principi na relativno visokom stepenu apstrakcije mogu biti nazvani osnovnim principima međunarodnog prava.”<sup>1</sup> Iz njih potom proizlaze i na njih se naslanjaju ostala pravila različite pravne snage. Da bi se utvrdilo koja od pravila međunarodnog prava imaju pomenuti značaj zahteva se zadovoljenje određenih uslova. “Principi moraju biti veoma značajni za međunarodno pravo... Iz njih moraju proizlaziti brojni propisi međunarodnog prava... To mogu biti samo pravila koja su karakteristična za međunarodno pravo.”<sup>2</sup> Ovakva pravila formiraju objektivni međunarodni poredak koji je skup osnovnih načela, svojevrsni *jus strictum*. “*Jus cogens* ... predstavljaju dominantna i obavezna pravila koja ne mogu biti zavisna od volje, ili menjana saglasnošću, bilo kog subjekta međunarodnog prava.”<sup>3</sup> Dakle radi se o skupini normi koje ne trpe nikakvo protivljenje, čija je obaveznost opšta i apsolutna.<sup>4</sup> Specifičnost obaveza koje proizlaze iz ovih pravila istaknuta je u *Barcelona Traction Case* gde je Međunarodni sud pravde zaključio da se “razlikuju obaveze države jedne prema drugoj, od obaveza prema međunarodnoj zajednici kao celini, što se zahteva *jus cogens* normama.”<sup>5</sup> Dakle, jasno je da su to pravila koja su ustanovljena *erga omnes*<sup>6</sup>. Pored toga postojanje, funkcionisanje i dejstvo kogentnih normi prihvata i Konvencija o ugovornom pravu iz 1969. godine koja je stupila na snagu 1980. godine<sup>7</sup>.

### Razvoj načela o zabrani upotrebe sile

Među normama, najvišeg stepena obaveznosti, jedno od osnovnih jeste načelo o zabrani upotrebe sile. To načelo je, ujedno, i logički preduslov ostvarenja svih ostalih načela i života uopšte u međunarodnoj zajednici. Zbog toga “u pogledu rata međunarodno pravo sadrži jedno veoma precizno i izričito kogentno

<sup>1</sup> Georg Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*, The London Institute of World Affairs, 1965, page 85.

<sup>2</sup> Pogledati bliže ibidem, page 86.

<sup>3</sup> Ibidem, page 100.

<sup>4</sup> Za detaljnu analizu pogledati Milenko Kreća, *Apsolutno obavezne norme u međunarodnom javnom pravu*, Naučna knjiga, Beograd, 1989.

<sup>5</sup> ICJ Reports (1970).

<sup>6</sup> Za detaljniju analizu pogledati: Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Fifth Edition, page 514- 517.

<sup>7</sup> Član 53. “Za svrhe ove Konvencije imperativna norma opšteg međunarodnog prava (*jus cogens*) je norma koju je prihvatila i priznala celokupna međunarodna zajednica država kao norma od koje nije dozvoljeno nikakvo odstupanje i koja može biti izmenjena samo jednom novom normom opšteg međunarodnog prava koja ima isto svojstvo.” Službeni list SFRJ, Dodatak 30/1972.

pravilo da je agresivni rat zabranjen.”<sup>8</sup> Razvoj ovog načela je bio vezan za velike napore i ideje naprednih državnika još od Društva naroda, preko Brijan-Kelogovog pakta, da bi svoju konačnu, kogentnu, formu dobio u sistemu UN-a. Veliki uticaj na formiranje organizovane međunarodne zajednice u smislu očuvanja mira i bezbednosti imao je Prvi svetski rat kada je i došlo do usvajanja mera koje su ograničavale upotrebu sile. Tako Braunli komentariše ove razloge na sledeći način: “Dramatični rezultati neuspeha održavanja mira putem stalnih saveza, geografska rasprostranjenost rata i ogromni ljudski gubici, kaos koji je usledio, sve je to imalo uticaja na stvaranje pogodne klime za novi pristup.”<sup>9</sup>

U Povelji zabrana upotrebe sile obogaćena je i zabranom pretnje silom. Smatra se da je načelo o zabrani upotrebe sile nastalo još pre Povelje, kroz činjenicu da je Brijan-Kelogovom paktu, pre Drugog svetskog rata, pristupio najveći broj država sveta. Ovo načelo je svoju operacionalizaciju doživelo tek u sistemu kolektivne bezbednosti uvedenog Poveljom Ujedinjenih nacija. Zabranu upotrebe sile, u tom kontekstu, potrebno je razmatrati kroz odnos unutar tog pravnog sistema, u korelaciji sa ostalim načelima Povelje. Ovo načelo je potvrđeno članom 2. tačkom 4. Povelje, gde se “države pozivaju da uzdrže od pretnje silom i upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti bilo koje države.” Poveljom je, takođe, zabranjena intervencija u unutrašnje poslove država, od strane Ujedinjenih nacija, član 2. tačka 7. Pored toga postoji niz akata Ujedinjenih nacija koji su potvrđivali ovakvu zabranu, a u kojima se zabranjuje intervencija država u poslove drugih država. U svojoj Deklaraciji iz 1965. godine Generalna skupština je samo podvukla već postojeće pravilo u pogledu zabrane intervencije: “Ni jedna država nema pravo da interveniše, direktno ili indirektno, iz bilo kog razloga u unutrašnje ili spoljne odnose bilo koje druge države.”<sup>10</sup> Tako je došlo do: »Revolucionarne ideje o stvaranju stalne svetske organizacije povezane sa zabranom primene sile u odnosima među državama i sa sankcijama protiv napadača, našla je izraz u Društvu naroda osnovanom 1919. godine.”<sup>11</sup>

Paralelno sa razvojem civilizacijskog načela o zabrani upotrebe sile, a kao njegova prirodna nadogradnja, razvijali su se mehanizmi mirnog rešavanja sporova i to još od Haških konvencija 1899. i 1907. godine, a zatim je i institucionalizovano kroz Društvo naroda i Ujedinjene nacije. U sistemu Povelje ono je uvedeno u red osnovnih načela član 2. tačka 3. “Sve države bi trebalo da rešavaju

---

<sup>8</sup> V.Đ. Degan, Uloga i domašaj međunarodnog prava u mirnom rešavanju sporova, JRMP 1964, br. 3, str. 391-411.

<sup>9</sup> Brownlie Ian, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, str. 51.

<sup>10</sup> Generalna skupština, Deklaracija o nedopuštenosti intervencije u unutrašnje poslove države i zaštita suverenosti i nezavisnosti, UN. Doc. A/6620.

<sup>11</sup> V. Dimitrijević, O. Račić, *Međunarodne organizacije*, 1988, str. 9.

svoje međunarodne sporove mirnim sredstvima, to jest tako da međunarodni mir i bezbednost, kao i pravda, ne budu ugroženi.” Ovo načelo je razrađeno kroz mehanizam glave VI Povelje. Međutim, pored normativnog ustrojstva međunarodnog prava možda je još važnija njegova primena, a ona je u pogledu ispunjenja osnovnih načela uvek bila problematična. Tako je i u slučaju mirnog rešavanja sporova u međunarodnom pravu приметna stalna težnja izgradnje novih i efikasnijih mehanizama za prevazilaženje sukoba i napetosti, a sve u cilju zadovoljenja osnovnog načela zabrane upotrebe sile. Tako je, između ostalog, 1982. godine od strane Generalne skupštine usvojena Deklaracija o mirnom rešavanju sporova<sup>12</sup>, koja je sabrala neka osnovna načela u ovoj oblasti, ali i ponudila niz novih rešenja i ukazala na neke od osnovnih problema. Prema njenim navodima države su pravno obavezne da u svakom slučaju “nastave da traže rešenje spora između njih drugim mirnim sredstvima”<sup>13</sup> i tako ne dozvole da spor preraste u sukob. Države se, takođe, moraju “uzdržavati od svake aktivnosti koja može pogoršati situaciju tako da ona predstavlja ugrožavanje mira i bezbednosti.”<sup>14</sup>

Zbog ukorenjenog shvatanja da se mir i bezbednost u svetu mogu očuvati samo primenom principa kolektivne bezbednosti, načelo mirnog rešavanja sporova dolazi u centar pažnje, jer je ono prirodna nadogradnja sistema kolektivne bezbednosti. Obaveza mirnog rešavanja sporova je korelativ zabrane pribegavanja sili ili pretnji silom u odnosima između država. Ova dva načela su komplementarna, pa je zbog toga “Teško, u stvari, i u krajnje apstraktnom prilazu odvojiti problem zabrane upotrebe sile od obaveze mirnog rešavanja eventualnih sporova.”<sup>15</sup> Njihovo razdvajanje u Povelji Ujedinjenih nacija na glavu VI (mirno rešavanje sporova) i na glavu VII (prinudne mere koje preduzimaju UN u cilju poštovanja zabrane upotrebe sile), samo je bilo način da se sprovođenje ovih načela funkcionalno poveže. Ipak, svaka pravna norma mora da sadrži i efikasan mehanizam za njeno sprovođenje, pa je u difuznom međunarodnom poretku obezbeđenje sprovodljivosti sankcija, oduvek predstavljalo veliki problem.

#### *Funkcionisanje sistema kolektivne bezbednosti u Ujedinjenim nacijama*

Sistem kolektivne bezbednosti u širem smislu “može biti definisan kao sistem u kome se kolektivne mere preduzimaju protiv člana zajednice koji je prekr-

<sup>12</sup> GA Res. 37/10, 1982.

<sup>13</sup> Paragraf 7 Deklaracije o mirnom rešavanju sporova, GA Res. 37/10, 1982.

<sup>14</sup> Paragraf 8 Deklaracije o mirnom rešavanju sporova GA Res. 37/10, 1982.

<sup>15</sup> Milenko Kreća, op. cit., str. 135.



šio neke osnovne, opšteprihvaćene vrednosti.”<sup>16</sup> Pošto je vrhovna vrednost očuvanje mira i bezbednosti, to je svrha ovog sistema osiguranje bezbednosti svakog člana iz ovog sistema, bez obzira koji subjekt ugrožava tu bezbednost, dakle bilo da je on iz sistema ili izvan njega. Povelja garantuje očuvanje teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti svakom svom članu. Da bi se mogle preduzimati mere protiv eventualnih prekršilaca ovog osnovnog načela potrebno je postojanje zajedničkih snaga. Jedan od osnovnih postulata kolektivne bezbednosti, uopšte, jeste postojanje efikasnog, pouzdanog, sistema represije koji se aktivira po potrebi, ali koji ima i svoje specifično odvratajuće, to jest, preventivno dejstvo. Bez obzira kako shvatimo ideju kolektivne bezbednosti, ona za konačni cilj ima održanje *status quo-a* u pogledu očuvanja teritorije svojih članica i to je zajedničko svim teorijskim shvatanjima ovog pojma, ali i funkcionisanju kolektivne bezbednosti u praksi. Države ulazeći u takav ugovorni sistem teže da osiguraju sopstvenu bezbednost, da unapred budu moćnije od svakog potencijalnog agresora. Ipak, iako je osnovni cilj kolektivne bezbednosti održanje *status quo-a* “bezbednost nikada nije bila statička kategorija.”<sup>17</sup> Zbog toga je potrebno, da bi se sistem kolektivne bezbednosti održao u relativno stabilnom stanju, postojanje međunarodnih snaga, koje bi trebalo da budu garant neprikosновенosti teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti svih država. Međutim, Povelja Ujedinjenih nacija odlazi i korak dalje. Ona u članu 2., u kome navodi neka od osnovnih načela međunarodnog prava, uvodi obavezu ove organizacije da se stara i o tome da države koje nisu članice poštuju osnovna načela Povelje. Time Ujedinjene nacije podržavaju i funkcionisanje jednog objektivnog pravnog režima gde “Cilj Povelje nije samo da zabrani unilaterarnu upotrebu sile između država prema članu 2.(4), već takođe da centralizuje kontrolu upotrebe sile od strane Saveta bezbednosti, kada on deluje prema glavi VII.”<sup>18</sup>

Koncept kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija počiva na ideji koja je podrazumevala ustanovljenje *ad hoc* međunarodnih vojnih snaga (član 43. Povelje). “Ona (Povelja) ne predviđa obrazovanje armije kojom bi raspolagala Svetska organizacija, već zaključenje ugovora kojima bi se pojedine države obavezale da stave na raspolaganje Ujedinjenim nacijama svoje vojne efektivne, u slučaju potre-

---

<sup>16</sup> Danesh Sarooshi, *The United Nations and Development of Collective Security, The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford Monographs in International Law, 1999, page 5.

<sup>17</sup> Executive Summary and Conclusions, dostupno na internet adresi [www.peacechallenges.net/pdf/sum/04ExecutiveSummaryEnglish.pdf](http://www.peacechallenges.net/pdf/sum/04ExecutiveSummaryEnglish.pdf).

<sup>18</sup> Christine Gray, *The Use of Force and the International Legal Order*, Malcolm D. Evans, International Law, Oxford University Press, 2003., page 590.

be, što uglavnom nije realizovano.”<sup>19</sup> Upravo je ovaj operativni deo koncepta kolektivne bezbednosti u praksi najteže ostvariti. To je pokazala dosadašnja evolucija kolektivne bezbednosti u okviru UN-a, budući da je državama još uvek veoma teško da usklade svoje parcijalne interese sa potrebom formiranja vojnih snaga. “Povinoavanje odluci centralnih organa, odricanje država od prava na isključivo raspolaganje i kontrolu nad svojim vojnim potencijalom, predstavlja najosetljiviju tačku celokupnog sistema, jer se sukobljava sa tradicionalnim (klasičnim) shvatanjima suvereniteta i slobode akcije na međunarodnom planu.”<sup>20</sup> Upravo na tom mestu treba tražiti osnovne prepreke koje su stajale na putu da sistem kolektivne bezbednosti UN-a funkcioniše u svom izvornom obliku. Savet bezbednosti, prema Povelji, nema mehanizme da sprovede u delo obavezu država na ustupanje sopstvenih snaga u slučaju potreba očuvanja mira.

Dugotrajne teškoće koje su postojale po ovom pitanju dovele su do razvoja alternativnih puteva funkcionisanja ovog sistema u okviru UN-a. Zbog nemogućnosti formiranja vojnih snaga UN-a, u smislu glave VII (preko ugovora sa državama članicama), prišlo se povremenom formiranju tzv. *ad hoc* međunarodnih snaga. Tako su “koalicije država zamenile plan za stalnom armijom Ujedinjenih nacija.”<sup>21</sup> To su bile, sa jedne strane povremeno i retko formirane snage za prinudne akcije (povodom sukoba u Koreji i Iraku), ali i međunarodne snage osnivane, znatno češće, prema glavi VI Povelje, koje su poznate kao mirovne misije ove organizacije. Uz retke izuzetke, ove *ad hoc* međunarodne vojne snage imale su nadležnost da pomognu u iznalaženju političkih rešenja strana koje su suprotstavljene. Njihova uloga i upotreba nije bila represivna i ograničavala se na pomoć snagama u sukobu da iznađu trajno rešenje sukoba. “Mada su Ujedinjene nacije slale mirovne trupe na različita područja i odobravale određenim državama da koriste sve neophodne mere u slučaju pretnje miru, trupe korišćene u ovakvim situacijama zavisile su od pojedinih država i zasnivane su *ad hoc*.”<sup>22</sup>

Uopšte posmatrano, koncept kolektivne bezbednosti prvobitno je zamišljen u svom operativnom obliku koji se nalazi u glavama VI i VII Povelje. U pretežnom delu funkcionisanja UN-a primenjivana je glava VI kao osnov za formiranje *ad hoc* međunarodnih vojnih snaga. Njena primena podrazumevala je angažovanje glavnih organa Ujedinjenih nacija, i to: Saveta bezbednosti, Generalne skup-

<sup>19</sup> Branko Rakić, Pristupostvo, interakcije i evolucija političkih, ekonomskih i pravnih elemenata u idejama o evropskoj integraciji do osnivanja Evropskih zajednica – u svetlosti savremenih pristupa ostvarenju mira i savremenog procesa evropskog integrisanja, doktorska disertacija, str. 37.

<sup>20</sup> Smilja Avramov, Milenko Kreća, Međunarodno javno pravo, Savremena Administracija, Beograd, 2002, str. 189.

<sup>21</sup> Christine Gray, op. cit., page 590.

<sup>22</sup> Valerie Epps, International Law, Second Edition, Carolina Academic Press, 2001, page. 290.

štine i Generalnog sekretara, ali je vremenom dolazilo do proširenja i obogaćenja uloge, nadležnosti pomenutih organa, kao i stvaranja niza pomoćnih organa koji se staraju o sprovođenju većeg broja misija. Tako je izvorna nadležnost ovih organa dobijala sadržinski drugačiju dimenziju i dolazilo je do kreacije novih ovlašćenja, što je, u krajnjoj liniji, dovelo do drugačijeg okvira kolektivne bezbednosti uopšte, od onog koji je bio zamišljen prema Povelji.

Mirovne misije UN-a "razvile su se kao delimični (svojevrсни) substitut"<sup>23</sup> stalnim međunarodnim snagama, kao *ad hoc* rešenje za sporove i sukobe koji su nastupili međunarodnoj zajednici, koje su "sastavljene od nacionalnih kontigenata na dobrovoljnoj osnovi, uz elastično tumačenje Povelje UN-a."<sup>24</sup> Ne samo da je formiranje mirovnih misija bilo povremeno, *ad hoc*, već je i sadržinski njihov mandat bio značajno uži od mera koje predviđa Povelja prema glavi VII, ali ipak širi od akcija Organizacije UN-a koje Povelja predviđa u glavi VI. Tako je koncept kolektivne bezbednosti funkcionisao kroz ograničen okvir i u znatno izmenjenom obliku od onog koji Povelja predviđa. Ovakva situacija bila je diktirana opštim političkim stanjem u međunarodnoj zajednici u toku "hladnog rata". Zbog toga je međunarodni pravni poredak trpeo praktične modifikacije i prilagođavanja pod uticajem faktučne situacije. U takvom svetlu treba posmatrati veoma značajnu ulogu i mesto koje dobijaju mirovne misije UN-a, u opštem konceptu kolektivne bezbednosti. Sistem Povelje UN-a ni u jednoj svojoj odredbi ne predviđa uspostavljanje, sprovođenje i okončanje mirovnih misija. Njihova pravna priroda samo se idejno naslanja na norme Povelje. Tako "Povelja spominje uvijek zajedno međunarodni mir i sigurnost. Time su Ujedinjenim narodima postavljene šire zadaće nego kad bi se radilo samo o održavanju mira. Unošenjem brige oko održavanja sigurnosti proširena je mogućnost delovanja Ujedinjenih naroda."<sup>25</sup> Dakle, pravni koncept Povelje dopušta tumačenje u smeru proširene nadležnosti kod mirovnih misija. "Osnovne nadležnosti i funkcije Saveta bezbednosti povezane su sa sledećim pitanjima: (a) mirno rešavanje sporova; (b) preventivne ili prinudne mere pri uspostavljanju mira i bezbednosti; (v) regionalne organizacije i sporazumi..."<sup>26</sup> Budući da mirovne misije nisu eksplicitno pomenute u Povelji, moglo bi se postaviti pitanje njihove zakonitosti, to jest da li su one u skladu sa statutom Ujedinjenih nacija? Ovde je od značaja praksa i stavovi koji su se javljali u Međunarodnom sudu pravde povodom savetodavnog mišljenja iz 1962. godine o finansiranju operacije Kongu. "Sud je zauzeo stanovište "institucionalne efektiv-

---

<sup>23</sup> Christine Gray, op. cit., page 610.

<sup>24</sup> Smilja Avramov, Milenko Kreća, op. cit., str. 194.

<sup>25</sup> Juraj Andrassy, Međunarodno pravo, II izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 1954, str. 255.

<sup>26</sup> J. G. Starke, An Introduction to International Law, Fourth Edition, Butterworth&Co. (Publishers) LTD, London, 1958, page 452.

nosti” i zaključio da kada Organizacija preduzima aktivnosti koje...su neophodne za ispunjenje nekog od osnovnih načela Ujedinjenih nacija, pretpostavka je da takve akcije nisu *ultra vires*.<sup>27</sup> Pošto je, u vezi mirovnih misija ove organizacije, jasno da one predstavljaju ostvarenje osnovnog zadatka, očuvanja mira i bezbednosti, onda je i njihova pravna priroda potpuno u duhu Povelje.

Koncept mirovnih misija, u svom sadržinskom smislu, gotovo je u potpunosti, plod razvoja aktivnosti i kreacije Saveta bezbednosti, Generalnog sekretara i Generalne skupštine. Mirovne misije su vremenom postale jedan od glavnih instrumenata politike Ujedinjenih nacija u pogledu rešavanja sukoba između država. Tako je kolektivna bezbednost u sistemu UN-a bila usavršavana i fleksibilno oblikovana u skladu sa potrebama i okolnostima. Prilagodljivost kolektivne bezbednosti, izražena preko formiranja mirovnih misija kao odgovora na sukobe u svetu, jeste jedno od njenih važnih i inherentnih obeležja. Međutim, takva aktivnost nije uspeła da spreči da “dođe do preko stotinu sukoba posle 1945. godine i da strada preko dvadeset miliona ljudi”.<sup>28</sup> Važno je bilo održati svetski mir i bezbednost, dakle ostvariti vrednost koja je univerzalno prihvaćena. Time se ujedno ostvaruje jedna od zamisli kreatora Povelje o uspostavljanju objektivnog pravnog poretka. Kod stvaranja i upotrebe mirovnih misija radi se upravo o funkcionalnm obogaćenju sistema kolektivne bezbednosti koji je omogućio preživljavanje ovog koncepta UN-a u toku “hladnog rata”. One predstavljaju minimalni kompromis stalnih članica Saveta bezbednosti pri vršenju njihove osnovne nadležnosti po Povelji, prema članu 24., koji dodeljuje primarna ovlašćenja ovom organu po pitanju mira i bezbednosti. Dakle, mirovne misije su važan deo aktivnosti UN-a u pravcu održanja objektivnog poretka međunarodne zajednice.

Međutim, ono što mirovne misije nisu uspele da ostvare, u pogledu ostvarivanja kolektivne bezbednosti uopšte, jeste nepoštovanje principa nedeljivosti mira koja je u samoj osnovi ideje kolektivne bezbednosti. Mirovne misije predstavljale su rešenja za određene sukobe u svetu, dok su mnogi od njih ostajali izvan pažnje Ujedinjenih nacija. U tom pravcu treba posmatrati ulogu i domašaj novih mirovnih misija. One sa svojim novim oblicima: izgradnjom mira i privremenom upravom nad teritorijom, pretenduju da ostvare jedinstvo, nedeljivost mira u svetu. Dakle, u idealnim uslovima, ni jedan sukob u svetu ne bi smeo da ostane izvan reakcije Ujedinjenih nacija.

Tektonske promene međunarodna zajednica doživljava sa okončanjem “hladnog rata”. Značajne promene događaju se kako na međunarodnom planu tako i unutar država, jer su mnogobrojni procesi, doveli do zadiranja u nekadašnji domen isključive nadležnosti država. Povelja Ujedinjenih nacija takvu aktivnost

<sup>27</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2003, page 700.

<sup>28</sup> Christine Gray, *op. cit.*, page 589.

dozvoljava samo ukoliko je intervencija u unutrašnju nadležnost države nužna sa stanovišta očuvanja mira i bezbednosti (član 2. tačka 7). Evidentne promene dogodile su se i u izmeni prirode sukoba u međunarodnoj zajednici, gde se ravnoteža od međudržavnih sukoba pomerila ka unutrašnjim sukobima, sa nizom posledica koje su odatle proizašle. Tako je još 1992. godine u Agendi za mir<sup>29</sup>, a zatim i u Dodatku Agendi za mir<sup>30</sup> Generalni sekretar UN-a primetio: "od 11 operacija započetih od januara 1992. godine sve osim njih dve (dakle 82%) ima posla sa sukobima unutar država".<sup>31</sup> Ove akte sačinio je Generalni sekretar Butros Gali na zahtev Saveta bezbednosti i u njima pružio pregled promena i ponudio niz praktičnih rešenja za delovanje Ujedinjenih nacija u oblasti mira i bezbednosti. Usled ovakvih promena uloga Organizacije UN-a morala je da postane drugačija. Ispunili su se uslovi da mehanizam kolektivne bezbednosti, kako je zamišljen još 1945. godine, počne da deluje, jer su otpali uzročnici upotrebe veta u Savetu bezbednosti (koji je u toku hladnog rata bio upotrebljen 279. puta). Takav trend je bio očigledan već krajem osamdesetih godina prošloga veka.

Danas je očigledno da je Savet bezbednosti aktiviran u pogledu preduzimanja represivnih mera. Pojedini autori smatraju da je "stanje u domenu mirnog rešavanja sporova u osnovnim linijama ostalo isto"<sup>32</sup>, ali ovakvo shvatanje nije u skladu sa praksom Ujedinjenih nacija. Pored aktiviranja glave VII može se zaključiti da je okvir mirnog rešavanja sporova znatno drugačiji i veoma proširen preko novih oblika mirovnih misija ove organizacije, pre svega preventivnog upućivanja snaga. To je danas jedan od delova sistema Ujedinjenih nacija koji je u najvećoj ekspanziji, budući da su u stalnom razvoju različiti mehanizmi prevencije sukoba.

Dakle, današnji sukobi su uglavnom unutrašnji, ali treba pronaći odgovor zbog čega dolazi do pretežnog izbijanja sukoba unutar država. Jedan deo odgovora leži u tome da je glavni organ za očuvanje mira i bezbednosti prema Povelji Savet bezbednosti sada postao delotvorniji, pa su države svesne da bi otpočinjanje oružanih sukoba između njih dovelo do brze i efikasne akcije UN-a. Takva akcija bi dovela do dovodenja međunarodnih trupa na teritoriju država što bi umnogome suzilo obim suvereniteta konkretnih država. Zbog toga danas aktivnost Organizacije UN-a ima odvrcajuće (preventivno) dejstvo na države, u smislu sprečavanja sukobljavanja, što je jedna od odlika kolektivne bezbednosti. Sa druge strane, efekti globalizacije imaju povratno dejstvo na slabljenje državne vlasti pa je otvoren put za stvaranje različitih centara moći unutar država koje zbog velikih

---

<sup>29</sup> Agenda za mir, Ujedinjene nacije 1945-1995. između priznanja i pokude, Beograd 1995. g.

<sup>30</sup> Dodatak Agendi za mir, Ujedinjene nacije 1945-1995. -Između priznanja i pokude, Beograd 1995. godine.

<sup>31</sup> Ibidem, op. cit., str. 95.

<sup>32</sup> Obrad Račić, UN između mirnog rešavanja sporova i nametanja mira, Jugoslovenska kriza: pouke za međunarodno pravo, Institut za međunarodnu politiku i privredu, str. 87.

ekonomskih problema nisu u stanju da se suoče sa ovakvim pojavama. Očigledno je i uplitanje najznačajnijih država, bilo direktno, a najčešće indirektno (preko nevladinih organizacija), u produbljivanju različitosti unutar država. Tako se stavljaju na stranu snage koja želi da ostvari određene promene i pružaju pomoć na razne načine čime samo podpešuju rasplamsavanje sukoba. Još jedan razlog izbijanja unutrašnjih sukoba treba tražiti u promeni društveno-ekonomskog poretka u državama istočne Evrope što je dovelo do velikih ekonomskih kriza, ali i do otvaranja niza etničkih, verskih i teritorijalnih pitanja unutar tih država, ali i pružilo šansu određenim državama da ostvaruju neke svoje interese. Bez obzira na uzroke izbijanja unutrašnjih sukoba Organizacija UN-a se aktivno uključuje u njihovo rešavanje ostvarujući na taj način svoju osnovnu ulogu. Ipak, pošto je došlo do promene prirode sukoba koji su predmet rešavanja, dolazi i do potrebe za promenom delovanja UN-a, tako da je aktivnost ove organizacije danas nešto drugačija. Osnovi za novu ulogu Organizacije UN-a bili su postavljeni u Agendi za mir Generalnog sekretara<sup>33</sup> gde se pre svega osvrće na izmenjene okolnosti u međunarodnoj zajednici "Nacionalne granice se zamagljuje zbog napretka komunikacije svetske trgovine, kao i odluka država da ustupe neke svoje suverene prerogative većim, opštim političkim udruženjima."<sup>34</sup>

#### *Osvrt na praksu Saveta bezbednosti u sistemu Ujedinjenih nacija*

Savet bezbednosti je prvobitno i formalno bio zamišljen kao centralni i operativni organ primarno zadužen za pitanja mira i bezbednosti. Kao što je u predhodnom delu rada bilo predstavljeno tokom "hladnog rata" ovaj organ je slabo funkcionisao, da bi po njegovom okončanju tek započeo da vrše nadležnosti u punom kapacitetu. Tako je Poveljom predviđeno da Savet bezbednosti ima ovlašćenja da utvrđuje da li je došlo do pretnje miru, povrede mira ili do akta agresije<sup>35</sup>, a zatim je vlastan da preduzme sve neophodne mere da bi se održao i uspostavio mir.<sup>36</sup> Dakle Savet bezbednosti ima ulogu da presudi o određenoj situaciji, ali i da sankcioniše za jednu takvu povredu.<sup>37</sup> Ono što je potrebno naglasiti jeste da iako Savet bezbednosti mora da deluje u skladu sa pravilima međunarodnog prava<sup>38</sup>, radi se o jednom političkom organu čije su odluke stvar političkog kom-

<sup>33</sup> Generalni sekretar Butros Gali sačinio je ovaj akt na zahtev Saveta bezbednosti 1992. g

<sup>34</sup> Agenda za mir, op. cit., str. 65.

<sup>35</sup> Član 39. Povelje.

<sup>36</sup> Članovi 41. i 42. Povelje.

<sup>37</sup> Wood, M., *The UN Security Council and International Law: The Security Councils Powers and their Limits*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Lecture 2, 2006, str. 4.

<sup>38</sup> Prema članu 25. Povelje predviđeno je da su države članice dužne da izvršavaju sve odluke Saveta bezbednosti koje su u skladu sa Poveljom. Iz ovakve konstrukcije se izvlači zaključak da je

promisa. S druge strane, Savet bezbednosti nije u obavezi da deluje u svakoj situaciji, to jest ne mora da donese odluku uvek kada odlučuje o nečemu.<sup>39</sup> Pored toga ne postoji ni jedan organ ni u sistemu Ujedinjenih nacija, niti van njega koji je ovlašćen da ceni zakonitost rada Saveta bezbednosti.

U novijem periodu Savet bezbednosti je sve više ukazivao na povrede međunarodnog humanitarnog prava i na masovna kršenja ljudskih prava.<sup>40</sup> Ovakve slučajeve Savet bezbednosti je tumačio kao pretnju miru. Pored njih kao pretnju miru Savet bezbednosti je prepoznavao i terorističke akte. Takav je bio slučaj u vezi eksplozije bombe u avionu iznad Lokerbija i umešanosti Libije u ovaj slučaj.<sup>41</sup> Naročito je bila zapažena serija rezolucija Saveta bezbednosti povodom napada na Svetski trgovinski centar 11. septembar 2001. godine kada je on ocenio da se radi o teškim oblicima pretnje mira koje mogu ugroziti čitavo čovečanstvo i povodom kojih je potrebno preduzeti sve potrebne mere.<sup>42</sup> Podvođenje neke situacije pod povredu mira i akt agresije Savet bezbednosti znatno ređe koristi u svojoj praksi. To se dogodilo u slučaju oružanog sukoba između Severne i Južne Koreje 1950. godine,<sup>43</sup> kao i u slučaju vezanoj za sukob Argentine i Velike Britanije iz 1982. godine,<sup>44</sup> kao i u slučaju sukoba Irana i Iraka.<sup>45</sup> Poslednji put do sada je kao povredu mira Savet bezbednosti kvalifikovao situaciju napada Iraka na Kuvajt iz 1990. godine.<sup>46</sup> Što se tiče kvalifikacije da se radi o agresiji Savet bezbednosti je bio takođe veoma suzdržan u takvim ocenama. Iako je prema Rezoluciji Generalne skupštine<sup>47</sup> jasno šta su akti agresije, kao i prema definiciji država članica Rimskog Statuta, Savet bezbednosti je takvu kvalifikaciju doneo u slučaju napada Južne Afrike na Angolu.<sup>48</sup> Pored ovog slučaja Savet bezbednosti je izneo istu kvalifikaciju i u slučaju napada Izraela na Tunis.<sup>49</sup>

## ZAKLJUČAK

---

onda Savet bezbednosti dužan da svoje odluke donosi u skladu sa Poveljom, to jest u skladu sa pravilima međunarodnog prava.

<sup>39</sup> Distein, Y, War, Aggression and Self – Defence, 2005, str. 290.

<sup>40</sup> Videti: S/Res/9178. iz 1994, S/Res/688. iz 1991, S/Res/808. iz 1993, S/Res/955. iz 1994.

<sup>41</sup> S/Res/731 iz 1992. godine.

<sup>42</sup> Videti rezolucije: S/Res/1368. iz 2001, S/Res/1373. iz 2001, S/Res/1377. iz 2001.

<sup>43</sup> Rezolucija 82. iz 1950. godine.

<sup>44</sup> Rezolucija 502. iz 1982. godine.

<sup>45</sup> Rezolucija 598. iz 1987. godine.

<sup>46</sup> Rezolucija 660. iz 1990. godine.

<sup>47</sup> Rezolucija 3314 iz 1974. godine Generalne skupštine.

<sup>48</sup> Rezolucija 387 iz 1976. godine.

<sup>49</sup> Rezolucija 573 iz 1985. godine.

Nema sumnje da je pitanje očuvanja mira i bezbednosti jedno od najvažnijih pitanja u modernoj međunarodnoj zajednici. Poredak koji je koncipiran po završetku Drugog svetskog rata daleko je od idealnog, ali je najveće dostignuće sistema Ujedinjenih nacija to što je očuvan globalni mir i bezbednost. U ovom radu je pokušano da se predstavi kako je tekao razvoj pravnih pravila o zabrani pretnje i upotrebe sile i unapređenje korelativne norme o mirnom rešavanju sporova. S druge strane, pokušano je da se ukaže na neke osnovne trendove u funkcionisanju Saveta bezbednosti koji je glavni operativni organ u smislu očuvanja mira i bezbednosti u svetu. Za faktičku sveru u ovoj oblasti svakako da je dobra činjenica što je Savet bezbednosti profunkcionisao nakon završetka "hladnog rata", ali su se pojavili novi bezbednosni rizici u obliku terorizma i oružja za masovno uništenje. Pored toga predstavljen je i značaj koji imaju mirovne misije za očuvanje mira i bezbednosti i predstavljena je njihova evolucija u kratkim crtama. Svakako da obim ovoga rada nije mogao da pokrije značajni deo ovako široke oblasti međunarodnog prava, ali je on samo ukazao na pravnu i faktičku evoluciju pravila i prakse u pogledu očuvanja mira i bezbednosti pod okriljem Organizacije Ujedinjenih nacija.

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

ESTABLISHING THE PRINCIPLE OF PEACEFUL SETTLEMENT  
OF DISPUTES AND THE PROHIBITION OF THE THREAT  
AND USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The paper deals with the evolution of the principle prohibiting the threat and use of force in the UN system. At the beginning it was pointed out the underlying reasons for the emergence of such a system of collective security, as well as the relationship with the principle of peaceful settlement of disputes. Introduction of the regulatory framework established by the United Nations Charter and shows the evolution of the collective security system establishment and improvement of UN peacekeeping missions. Processed are different stages of collective security system within the framework of the United Nations and highlighted the role played by the Security Council. At the end of the articulated review of the practice of the Security Council after the end of the cold war and provided some predictions for the future. It is estimated that the system of UN managed to preserve global peace and that it was his greatest contribution, and that there are deficiencies that can be remedied.



IVANA KRSTIĆ,  
BOJANA ČUČKOVIĆ

## PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U ODNOSU NA PRIMENU DABLIN REGULATIVE

### U V O D

Sa izbijanjem velike migrantske krize 2015. godine, koja se nastavila i tokom 2016. godine, oblast azila i izbegličkog prava postaje jednako značajna kao i neposredno nakon Drugog svetskog rata, kada je doneta Konvencija o statusu izbeglica<sup>1</sup> koja je regulisala ovu oblast. Konvencija daje definiciju izbeglice i utvrđuje obaveze države na čijoj teritoriji se zateklo lice koje traži utočište, uz jasnu zabranu da ona ne sme “na bilo koji način, proterati ili vratiti silom, izbeglicu na granice teritorije gde bi njegov život ili sloboda bili ugroženi zbog njegove rase, vere, državljanstva, pripadnosti nekoj društvenoj grupi ili njegovog političkog mišljenja.”<sup>2</sup>

Evropska unija donela je niz instrumenata kojima se uspostavlja jedinstvena politika azila, dogovorena još na sastanku Evropskog saveta u Tampereu 1999. godine.<sup>3</sup> Zajednička politika azila omogućila je ostvarenje jednog od ciljeva EU

---

Dr Ivana Krstić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Dr Bojana Čučković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao u okviru projekta *Identitetski preobražaj Srbije* čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p. 137.

<sup>2</sup> Član 33. Konvencije o statusu izbeglica.

<sup>3</sup> Na Samitu u Tampereu, koji je održan 1999, šefovi država i vlada postavili su za cilj uspostavljanje zajedničkog evropskog sistema azila, zasnovanog na potpunoj i isključivoj primeni Kon-

u vidu uspostavljanja slobode, bezbednosti i pravde za sve koji su zbog progona pronašli utočište u EU.<sup>4</sup> Član 78. Ugovora o funkcionisanju EU (nekadašnji član 63. Ugovora o EZ) predvideo je stvaranje zajedničkog sistema azila i pružio osnov za usvajanje instrumenata kojima se utvrđuju minimalni standardi u vidu kriterijuma i mehanizama za prijem tražilaca azila, kvalifikaciju lica za status izbeglice, azilnu proceduru, privremenu zaštitu i odgovornost države za ispitivanje zahteva za azil. Takođe, pravo na azil garantovano je i članom 18. Povelje o osnovnim pravima EU, čije odredbe su stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona 2009. stekle pravnu obaveznost. Među instrumentima kojima se uspostavlja zajednički sistem azila u Evropskoj uniji posebnu važnost ima Uredba Dablin, na osnovu koje se utvrđuje država članica EU koja je nadležna za odlučivanje o azilu. Ovaj rad posvećen je upravo primeni Uredbe Dablin i ispitivanju kriterijuma koje država treba da ispuni da bi se ovaj instrument mogao primeniti. Poseban značaj dat je praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP), koja je i uslovlila reformu u ovoj oblasti.

#### DABLIN SISTEM

Sa uspostavljanjem zajedničkog sistema azila u EU, bilo je potrebno utvrditi da je samo jedna država članica nadležna da odlučuje o istom zahtevu za azil, u cilju izbegavanja podnošenja zahteva za azil u više zemalja.

#### *Dablin Konvencija*

Još 1990. godine doneta je Konvencija iz Dablina,<sup>5</sup> koja je ustanovila princip da država koja je “dozvolila” (*authorized*) ulazak tražioca azila na svoju teritoriju (bilo izričito, bilo prećutno), postaje nadležna i da ispita njegov zahtev za

---

vencije o statusu izbeglica iz 1951. Zaključci iz Tampere predviđaju da u Zajednički sistem azila treba uključiti jedinstvena pravila o priznanju i značenju izbegličkog statusa. Evropska komisija je 2004. usvojila Komunikaciju o jačanju praktične saradnje država u oblasti azila, kako bi se uspostavio ujednačen sistem u okviru EU. Haški program je usvojen iste godine s ciljem da se ustanovi zajednička procedura azila i uniforman status za one koji traže azil ili supsidijarnu zaštitu. Videti: M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, 187.

<sup>4</sup> Više o ciljevima zajedničkog evropskog sistema azila videti: W. van Hövell, “The Goals of the Common European Asylum System” y F. A. N. J. Goudappel, H. S. Raulus (eds.), *The future of asylum in the European Union: Problems, proposals and human rights*, T. M. C. Asser Press, Springer, The Hague, 2011, pp. 65–71.

<sup>5</sup> Konvencija je stupila na snagu 1. septembra 1997. i važila je za Belgiju, Dansku, Francusku, Nemačku, Grčku, Irsku, Italiju, Luksemburg, Holandiju, Portugal, Španiju i Ujedinjeno Kraljevstvo, kao i za Austriju i Švedsku (od 1. oktobra 1997.) i Finsku (od 1. januara 1998).

azil.<sup>6</sup> Osnovna pretpostavka na kojoj je zasnovan ovaj sistem jeste međusobno poverenje i uzajamno priznanje svih država članica EU kao sigurnih zemalja.<sup>7</sup> Jedina razlika između ovog instituta i instituta “sigurne treće zemlje” jeste što je ona zasnovana na međunarodnoj konvenciji, a ne na jednostranoj odluci neke države i što se odnosi na države koje se nalaze u jedinstvenom sistemu azila.<sup>8</sup>

### *Dablin II*

Konvencija je 2003. godine zamenjena Uredbom Dablin o utvrđivanju kriterijuma i mehanizama za određivanje države članice koja je nadležna za odlučivanje o zahtevu za azil, koji je državljanin treće države podneo u jednoj od država članica EU. Ova Uredba, poznatija kao Dablin II, postavlja uslove na osnovu kojih se utvrđuje država nadležna za odlučivanje o zahtevu za azil, kako bi se izbeglo da se tražioci azila upućuju od jedne do druge države, kao i da bi se sprečila zloupotreba jedinstvenog sistema azila podnošenjem više zahteva.<sup>9</sup> Na taj način, sprečava se da tražilac azila izabere zemlju u kojoj će podneti zahtev za azil, jer bi najveći broj njih tražio državu u kojoj je ekonomska situacija bolja, a socijalni program za ugrožene povoljniji (tzv. *asylum shopping*).<sup>10</sup> Hijerarhija uslova za utvrđivanje nadležnosti, uspostavljena ovom Uredbom je sledeća: (1) kada je u pitanju maloletnik bez pratnje: država u kojoj je član porodice, odnosno gde je podnet zahtev; (2) država u kojoj su članovi porodice podnosioca zahteva za azil, odnosno gde se vodi postupak za članove porodice; (3) država u kojoj su izdata dokumenta koja dozvoljavaju boravak; (4) država ilegalnog prelaska granice; (5) država na čijoj teritoriji je tražilac azila ilegalno proveo najmanje 5 meseci (6) država u kojoj

---

<sup>6</sup> Ova Konvencija je zamenila poglavlje VII Konvencije o primeni Šengenskog sporazuma od 14. juna 1985. Videti Convention on the Application of the Schengen Agreement of 14th June 1985 relating to the Gradual Suppression of controls at Common Frontiers, between the Governments of States Members of Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic. Tekst Konvencije dostupan je u *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, no. 4, 1999, pp. 773-793.

<sup>7</sup> E. Brouwer, “Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof”, *Utrecht Law Review*, 2013, vol. 9, pp. 135-147.

<sup>8</sup> A. Hurwitz, “The 1990 Dublin Convention: A Comprehensive Assessment”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, no. 4, 1999, p. 647.

<sup>9</sup> Council Regulation EC no. 343/2003 of 18 February 2003, *Official Journal of the European Union*, L50-1; tekst na engleskom jeziku dostupan je na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:050:0001:0010:EN:PDF>, 19.09.2016. Uredba je važila za sve zemlje članice EU, osim Danske sa kojom je sporazum stupio na snagu tek 2006. godine.

<sup>10</sup> Više o ovom problemu u EU videti u Deutche Welle, EU Commission wants to end “Asylum Shopping”, 7 June 2007; <http://www.dw.com/en/eu-commission-wants-to-end-asylum-shopping/a-2579627>, 19.09.2016.

je podnet zahtev unutar međunarodne tranzitne zone aerodroma; i (7) prva država u kojoj je zahtev podnet.<sup>11</sup> S druge strane, Uredba sadrži i humanitarnu kladuzulu u članu 15, koja određuje da bilo koja država članica EU može odlučiti o zahtevu za azil, čak i kada za to nije nadležna, radi spajanja članova porodice, posebno u slučaju rađanja novog člana porodice, ozbiljne bolesti, invaliditeta ili starosti. Međutim, ova odredba je retko primjenjivana u praksi i već tokom 2006. godine postalo je evidentno da je države ne implementiraju na odgovarajući način, kao i da je transfer tražilaca azila na osnovu ove Uredbe doveo u mnogim slučajevima do odricanja pristupu proceduri azila u zemlji koja je odgovorna da o zahtevu odlučuje.<sup>12</sup>

Uredba Dablin II uslovila je i neravnomerni teret među državama članicama EU jer su zemlje koje se nalaze na granici na većem udaru od ostalih država. Ipak, države poput Malte, koja je previše mala, ili Grčke i Italije, čija je ekonomska situacija trenutno slaba, nisu u mogućnosti da procesuiraju veliki broj zahteva za azil.<sup>13</sup> To je dovelo i do problema u funkcionisanju i delotvornosti sistema azila u tim zemljama. Zato je već u decembru 2008. godine Evropska komisija predložila reformu ovog sistema,<sup>14</sup> koja je već tada kritikovana.<sup>15</sup> Takođe, i Sud pravde EU je konstatovao da je pretpostavka da sve zemlje članice EU poštuju standarde i principe ustanovljene u zajedničkom sistemu azila zapravo oboriva. U dva

<sup>11</sup> Članovi 5 do 14 Uredbe Dablin II.

<sup>12</sup> Više o problemima u primeni Uredbe Dablin II videti u ECRE, Summary Report on the Application of the Dublin II regulation in Europe, AD2/3/2006/EXT/MH, March 2006; [http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-ELENA-Summary-Report-on-the-Application-of-the-Dublin-II-Regulation-in-Europe\\_March-2006.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-ELENA-Summary-Report-on-the-Application-of-the-Dublin-II-Regulation-in-Europe_March-2006.pdf), 19.09.2016.

<sup>13</sup> One Europe, The Impact of the Dublin II Regulation on Greece, 18 June 2013; <http://one-europe.info/dublin-ii-regulation-and-its-impact-on-greece>, 19.09.2016. Videti i N. De Blouw, "Drowning Policies: A Proposal to Modify the Dublin Agreement and Reduce Human Rights Abuses in the Mediterranean," California Western International Law Journal, 2010, vol. 40, no. 2, pp. 335-368.

<sup>14</sup> European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person ("Dublin II") (COM(2008) 820, 3 December 2008.

<sup>15</sup> O kritikama sistema i njene reforme videti u UNHCR, Comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Dublin and Eurodac Regulations, 18 March 2009; ECRE, Comments on the European Commission Proposal to recast the Dublin Regulation, April 2009. Pirs, primera radi, tvrdi da Dablin sistem i dalje predstavlja "skupo trošenje vremena, da se u krajnjoj liniji primenjuje u odnosu na mali procenat tražilaca azila kao i da nameće dodatne troškove prilikom razmatranja svakog zahteva za azil". S. Peers, *EU Justice and Home Affairs*, Oxford University Press, 2011, p. 362. Videti takođe S. Juss, "The Post-Colonial Refugee, Dublin II, and the End of Non-Refoulement", *International Journal of Minority and Group Rights*, 2013, vol. 20, pp. 307-335.

predmeta koja su spojena u jedan, tražioci azila je trebalo da budu vraćeni u Grčku iz Ujedinjenog Kraljevstva, odnosno Irske.<sup>16</sup> U oba predmeta, nacionalni sudovi su zatražili od Suda pravde EU da odgovori na pitanje da li države članice, pre nego što pošalju tražioce azila nazad u Grčku, treba da ispitaju da li ona poštuje ljudska prava. Sud je istakao da je zajednički evropski sistem azila nastao na osnovu pretpostavke da sve države članice poštuju ljudska prava i da države mogu imati poverenja jedna u drugu.<sup>17</sup> Tako manja kršenja ne predstavljaju prepreku za vraćanje tražilaca azila, jer bi to narušilo osnovne ciljeve uspostavljanja zajedničke politike azila.<sup>18</sup> Međutim, države članice moraju da se uzdrže od vraćanja kada znaju da u određenoj zemlji postoje sistemski nedostaci u proceduri azila koji mogu dovesti do izlaganja riziku od nehumanog ili ponižavajućeg tretmana u smislu člana 4. Povelje o osnovnim pravima EU.<sup>19</sup> U toj situaciji, moraju se ispitati drugi uslovi kako bi se utvrdilo da li je neka druga država odgovorna za ispitivanje zahteva za azil.<sup>20</sup> Po oceni Suda, tada će se dodatno ispitati da li ta država može obezbediti da se takvo ispitivanje učini u razumnom roku, a kada to nije moguće, ona će sama ispitati zahtev.

### *Dablin III*

Nekoliko godina nakon što je Evropska komisija predložila reformu Dablin sistema, usvojena je tzv. Uredba Dablin III, koja se odnosi na 28 država člani-

---

<sup>16</sup> Joined Cases C-411/10 N.S. v *Secretary of State for the Home Department*, C-493/10 M.E. and *Others v Refugee Applications*, CJ, 21 December 2011.

<sup>17</sup> *Ibid.*, par. 83.

<sup>18</sup> *Ibid.*, par. 84.

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 86.

<sup>20</sup> Sumnja će postojati ako postoje izveštaji međunarodnih, vladinih i nevladinih organizacija koji dokumentuju propuste u radu državnih organa u slučaju azila. Na primer, Crveni krst Austrije je 2009. izdao opsežan izveštaj o položaju tražilaca azila koje su austrijske vlasti vratile u Grčku, gde su navedeni značajni propusti u radu grčkih vlasti. Videti B. Schneider, C. Schmidt, *The situation of Persons returned by Austria to Greece under the Dublin Regulation*, Report on a Joint Fact-Finding Mission to Greece, May 23rd-28th 2009, Austrian Redd Cross, Caritas Austria. Videti i intervenciju UNHCR-a u predmetu pred Evropskim sudom za ljudska prava o transferu tražilaca azila iz Francuske u Grčku i njihovom položaj u ovoj zemlji, kao i iz Italije u Grčku. UNHCR, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Xb v. France and Greece*, predstavka br. 44989/08; *Written Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Sharifi and Others v. Italy and Greece*, predstavka br. 16643/09. Videti i intervenciju Komesara za ljudska prava o transferu tražilaca azila iz Holandije u Grčku u 14 predmeta pred Evropskim sudom za ljudska prava, *Commissioner for Human Rights, Third Party Intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, under Article 36. par. 2 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 10 March 2010, CommDH (2010) 9.

ca EU, Island, Norvešku, Lihtenštajn i Švajcarsku.<sup>21</sup> Član 7. propisuje hijerarhiju kriterijuma za određivanje zemlje koja je nadležna da odlučuje o zahtevu za azil. Osnovni principi na kojima počiva ova Uredba jesu: pristup proceduri za ispitivanje zahteva za azil, pravo na informaciju, lični intervju, kao i posebne garancije koje se priznaju maloletnicima. Uredba i dalje počiva na principu da će odgovornost za odlučivanje zahteva za azil primarno počivati na prvoj zemlji članici EU u koju je lice ušlo. Međutim, Uredba propisuje izuzetke od ovog pravila, koji se prevashodno odnose na maloletnike bez pratnje, lica čiji članovi porodice već borave u nekoj zemlji članici EU, kao i u slučaju posebno osetljive situacije. Tako, ako je u pitanju maloletnik bez pratnje, država u kojoj se zakonito nalazi član porodice biće odgovorna za ispitivanje zahteva, pod uslovom da je to u najboljem interesu deteta.<sup>22</sup> Kada tražilac azila ima člana porodice koji uživa međunarodnu zaštitu u državi članici EU, ta država će biti odgovorna za ispitivanje zahteva za azil.<sup>23</sup> Takođe, kada tražilac azila ima člana porodice u državi članici koji je podneo zahtev za azil, ali još uvek nije doneta prvostepena odluka tim povodom, ta država će ipak biti odgovorna da ispita zahtev za azil. Član 16. Uredbe određuje osobe koje se nalaze u posebno osetljivom položaju (trudnica, tek rođeno dete, osoba koja boluje od ozbiljne bolesti ili starija osoba), a o čijem zahtevu za azil će odlučivati zemlja na čijoj teritoriji se zakonito nalazi dete, brat/sestra ili roditelj od kojeg lice zavisi. Naročito je važna nova odredba koja zabranjuje transfer tražioca azila u državu članicu EU koja je primarno odgovorna za ispitivanje zahteva, kada postoje ozbiljni razlozi za verovanje da postoje sistemski problemi u azilnoj proceduri i uslovi prijema za tražioce azila u toj zemlji, koji mogu dovesti do kršenja člana 4. Povelje o osnovnim pravima u EU.<sup>24</sup> Ovom odredbom uvedena je odgovornost države za procenu stanja u drugoj zemlji članici EU.<sup>25</sup> Konačno, član 13. Uredbe određuje da će država odgovorna za ispitivanje zahteva biti ona država u koju je lice nezakonito ušlo, ali sada ova obaveza prestaje 12 meseci od dana kada je lice nezakonito ušlo u zemlju članicu EU. U tom slučaju, odgovornost prelazi na drža-

<sup>21</sup> Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), *Official Journal of the European Union*, L 180/31, 29.06.2013; tekst je dostupan na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0031:0059:EN:PDF>, 20.09.2016.

<sup>22</sup> Član 8. Uredbe. Ako je u pitanju maloletnik u braku, to će biti država u kojoj se zakonito nalazi otac, majka ili osoba koja je za njega odgovorna.

<sup>23</sup> Pod uslovom da se o tome izjasni u pisanoj formi (član 9. Uredbe).

<sup>24</sup> Član 3. stav 2. Uredbe.

<sup>25</sup> Cecilia Wikström, *The Dublin III Regulation*, dostupno na <http://ceciliawikstrom.eu/en/politics/migration-and-asylum/the-dublin-iii-regulation/>, 21.09.2016.

vu članicu u kojoj tražilac azila boravi najmanje 5 meseci u kontinuitetu pre podnošenja zahteva za azil. Ako je lice preko 5 meseci boravilo u više zemalja članica EU, za ispitivanje zahteva za azil biva odgovorna država u kojoj je poslednjoj boravio. Na ovaj način, Uredba Dablin III prebacuje teret ispitivanja zahteva za azil i na druge države, a ne samo na one koje se nalaze na spoljnoj granici EU.

#### PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Evropski sud za ljudska prava je 2000. godine prvi put razmatrao pitanje da li je država članica EU koja primeni Uredbu Dablin II i vrati lice u drugu državu članicu EU koja je nadležna za ispitivanje zahteva za azil, odgovorna ukoliko njemu preti opasnost da bude dalje vraćen u zemlju u kojoj može biti izložen mučenju ili nekom drugom obliku zlostavljanja. U predmetu protiv Ujedinjenog Kraljevstva<sup>26</sup> postojale su dve potencijalne opasnosti: da će lice biti deportovano iz sigurne treće zemlje i da neke države članice Saveta Evrope, koje se generalno smatraju sigurnim trećim zemljama, nisu sigurne za pojedine tražiocze azila zbog nedostatka ujednačenog pristupa i konzistentnosti u pružanju proceduralnih garancija.<sup>27</sup> U ovom predmetu, podnosilac predstavke je bio državljanin Šri Lanke, koji je podneo zahtev za azil u Ujedinjenom Kraljevstvu, a ne u Nemačkoj, koja je bila nadležna za njegovo ispitivanje zahteva. Podnosilac predstavke je smatrao da u Nemačkoj postoji rizik da će biti vraćen u zemlju porekla, gde postoji realan rizik da ga snage bezbednosti izlože tretmanu suprotnom članu 3. Evropske konvencije zbog pripadnost Tamilskim tigrovima. ESLjP je smatrao da u ovom slučaju nije dokazano postojanje realne opasnosti da će lice iz Nemačke biti vraćeno u Šri Lanku.<sup>28</sup> Drugim rečima, ESLjP je pronašao da nije dokazano da je odluka o vraćanju podnosioca predstavke doneta bez adekvatnih garancija da neće doći do kršenja člana 3. Evropske konvencije. Iz ove odluke proizlazi da se Ujedinjeno Kraljevstvo ne bi oslobodilo odgovornosti, ukoliko bi lice bilo vraćeno u zemlju gde bi bilo izloženo tretmanu suprotnom članu 3. Evropske konvencije.<sup>29</sup> U jednoj svojoj rezoluciji,<sup>30</sup> Parlamentarna skupština se pozvala na ovaj predmet ukazujući na to da je ESLjP pronašao da primena koncepta sigurne treće zemlje ne

---

<sup>26</sup> *T.I. v. UK*, ESLjP, predstavka br. 43844/98, odluka od 7. marta 2000. godine.

<sup>27</sup> N. Mole, C. Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, No. 9, Council of Europe Publishing, 2010, p. 74.

<sup>28</sup> *T.I. v. UK*, ESLjP, par. 18.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Parliamentary Assembly, Resolution 1471 (2005) Accelerated asylum procedures in Council of Europe member states, 7 October 2005.

oslobađa državu obaveza koje ona ima na osnovu člana 3. Evropske konvencije, čak ni na osnovu Uredbe Dablin II.<sup>31</sup>

### *Slučajevi protiv Grčke*

Nekoliko godina nakon slučaja *T.I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, ESLJP je prvi put razmatrao da li se azilni sistem uspostavljen u Grčkoj može smatrati deotvornim. Naime, iranski državljaniin je zatražio azil u Ujedinjenom Kraljevstvu nakon prolaska kroz Grčku.<sup>32</sup> Na osnovu Uredbe Dablin II Ujedinjeno Kraljevstvo je zatražilo od Grčke da prihvati svoju odgovornost za odlučivanje o azilu u ovom slučaju. Međutim, podnosilac predstavke je tvrdio da bi njegovo vraćanje u Grčku bilo suprotno članu 3. Evropske konvencije jer postoje loši uslovi prijema za tražioce azila i neadekvatna azilna procedura. ESLJP je zauzeo stav da se u odsustvu dokaza mora pretpostaviti da Grčka ispunjava svoje obaveze prema tražiocima azila, te da svakom licu obezbeđuje prava i slobode garantovane Evropskom konvencijom, uključujući i članove 3. i 13.<sup>33</sup> Sud je smatrao da eventualno vraćanje lica u Iran može biti zaustavljeno primenom Pravila 39 i izdavanjem privremenih mera protiv Grčke, a ne Ujedinjenog Kraljevstva.<sup>34</sup> Konačno, ESLJP je smatrao da uslovi prijema u Grčkoj izazivaju određenu zabrinutost, ali ne do te mere da bi u konkretnom slučaju doveli do odgovornosti Ujedinjenog Kraljevstva.

Ipak, u sada već čuvenom predmetu *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*,<sup>35</sup> koji se tiče transfera državljanina Avganistana iz Belgije u Grčku, ESLJP je bio kritičniji prema tretmanu kroz koji prolaze tražioci azila u ovoj zemlji. Podnosilac predstavke je 2008. napustio Kabul i preko Irana i Turske ušao u Grčku. Potom je stigao do Belgije, gde je 2009. godine zatražio azil, ali je primenom Uredbe Dablin II vraćen u Grčku da tamo podnese zahtev za azil. Evropski sud je pronašao da je Grčka povredila član 3. Evropske konvencije time što je podnosioca predstavke izložila lošim uslovima pritvora i oskudnim materijalnim uslovima tokom boravka u ovoj zemlji.<sup>36</sup> S druge strane, do povrede člana 13. Evropske konvencije je došlo zbog postojanja nepravilnosti u samoj azilnoj proceduri.<sup>37</sup> ESLJP je naglasio da opterećenje sistema azila, koje je uslovljeno velikim prilivom migranata i tra-

<sup>31</sup> *Ibid.*, par. 8.3.1.

<sup>32</sup> *K.R.S. v. UK*, ESLJP, predstavka br. 32733/08, odluka od 2. decembra 2008. godine.

<sup>33</sup> *Ibid.*, par. 18.

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

<sup>35</sup> *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ESLJP, predstavka br. 30696/09, presuda od 21. januara 2011. godine.

<sup>36</sup> *Ibid.*, par. 223-234, 249-264.

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 294-320.



žilaca azila zbog spoljne granice EU, ne može Grčku da oslobodi obaveza iz člana 3. Evropske konvencije, posebno imajući u vidu apsolutni karakter ove odredbe. Kako je Belgija podnosioca predstavke izložila ovakvim uslovima pritvora i života u Grčkoj i rizicima nastalim usled propusta u azilnoj proceduri u ovoj zemlji, i ona sama je odgovorna za povredu člana 13. u vezi sa članom 3. Evropske konvencije.<sup>38</sup> Sud je zaključio da belgijske vlasti nisu smele da se zadrže na pretpostavci da će se u Grčkoj prema tražiocu azila postupati u skladu sa odgovarajućim standardima, već su morale ispitati na koji način grčke vlasti primenjuju svoje propise u oblasti azila u praksi. Sud nije mogao da prihvati da belgijskim vlastima nisu bile poznate činjenice o postojanju raznih nepravilnosti u proceduri azila u Grčkoj, a koje su identifikovane u brojnim izveštajima međunarodnih tela i organizacija.<sup>39</sup> Evropski sud se u presudi oslonio na intervenciju UNHCR-a, koji je na usmenoj raspravi pred Velikim većem u ovom predmetu naglasio da sistem azila u Grčkoj, u tadašnjem trenutku, nije štiti tražioce azila od povratka u zemlju gde im pretila opasnost od progona. Ovo mišljenje bilo je zasnovano prvenstveno na nalazima da veliki broj tražilaca azila nema pristup proceduri azila, a i kada ih ima, njihov zahtev nije pravično i delotvorno ispitan, niti se prema njima postupa kao prema licima čija situacija zahteva međunarodnu zaštitu.<sup>40</sup> Posebno je zanimljiva rasprava Suda o tome da Evropska konvencija ne sprečava državu ugovornicu da prenese svoja suverena prava na međunarodnu organizaciju u cilju ostvarenja saradnje u određenim oblastima (princip ustanovljen u slučaju *Bosforus*).<sup>41</sup> Međutim, država je odgovorna prema Evropskoj konvenciji za sve radnje ili propuste svojih organa, a preduzimanje aktivnosti u cilju ispunjavanja preuzetih obaveza mogu biti opravdane samo dok štite ljudska prava na isti način kao i Evropska konvencija. U konkretnom slučaju, ESLJP je smatrao da je postojala jednaka zaštita i po pravu EU, jer je i Uredba Dablin II ostavila mogućnost da, u određenim situacijama, država članica EU na čijoj teritoriji se nalazi tražilac azila, odustane od njegovog transfera u državu nadležnu za razmatranje slučaja i

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, par. 396.

<sup>39</sup> U te nepravilnosti, između ostalog, spadaju: izostanak potrebnih informacija o mogućnostima za ostvarivanje prava tražioca azila, nepostojanje pouzdanog sistema za komunikaciju između vlasti i tražioca azila, nepostojanje obuke za službenike odgovorne za vođenje razgovora sa tražiocima azila, nedovoljan broj prevodilaca i nepostojanje pravne pomoći, prosečno trajanje postupka oko 5 godina (pri čemu žalba nije dovoljno dostupna) i prisilno vraćanje tražioca azila u zemlje visokog rizika.

<sup>40</sup> UNHCR's oral intervention at the European Court of Human Rights hearing of the Case *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Strasbourg, September 1, 2010, 2.

<sup>41</sup> *Ibid.*, par. 338. Videti i *Bosphorus Airways v. Ireland*, ESLJP predstavka br. 45036/98, ESLJP (Veliko veće), presuda od 30. juna 2005. godine, par. 152. Više o ovom predmetu videti u P. Craig, "EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance", *Fordham International Law Journal*, vol. 36, 2013, pp. 1135–1141.

sama odluči o zahtevu.<sup>42</sup> Sud je zauzeo stav da transfer tražioca azila nije striktno potpadao pod međunarodne obaveze Belgije, zbog čega se u ovom slučaju ne primenjuje pretpostavka o jednakoj zaštiti.<sup>43</sup>

Nakon *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*, ESLjP je još jednom razmatrao transfer tražioca azila u Grčku. Naime, u *Šarifi protiv Austrije*, u oktobru 2008. godine, državljani Avganistana prebačen je iz Austrije u Grčku na osnovu Uredbe Dablin II.<sup>44</sup> Podnosilac predstave je tvrdio da je zbog transfera izložen neadekvatnim uslovima, kao i da grčke vlasti nisu na odgovarajući način posvetile pažnju njegovom predmetu. Međutim, ESLjP je smatrao da u ovom slučaju nema povrede člana 3. Evropske konvencije. Evropski sud je uporedio ova dva predmeta i ukazao na to da je u prvom slučaju utvrdio da su Belgijske vlasti znale ili mogle znati da zahtev za azil podnosioca predstave, koji je vraćen iz Belgije u Grčku 15. juna 2009. godine, neće biti ispitan na adekvatan način od strane grčkih vlasti. Time su ga belgijske vlasti izložile uslovima koji su se mogli smatrati ponižavajućim.<sup>45</sup> U drugom slučaju, iako su austrijske vlasti morale biti svesne ozbiljnih nedostataka koji postoje u azilnoj proceduri u Grčkoj, kao i lošim uslovima u prihvatnim centrima za tražioce azila, u vreme kada je došlo do transfera nisu znali da su ovi nedostaci dosegli domašaj člana 3. EKLjP. Drugim rečima, transfer se desio 2008. godine, odnosno pre nego što je postalo jasno da države treba da se uzdrže od vraćanja tražilaca azila u Grčku zbog nedostataka u azilnoj proceduri i uslovima prihvata.

### *Slučajevi protiv Mađarske*

Iako je Mađarska država članica EU koja je više puta kršila prava migranata i tražilaca azila, Evropski sud do sada nije pronašao odgovornost za kršenje Evropske konvencije transferom u ovu zemlju. Prvo se u slučaju *Mohamed protiv Austrije* sudanski državljani suočio sa transferom iz Austrije u Mađarsku.<sup>46</sup> On je tvrdio da bi u tom slučaju došlo do kršenja člana 3. Evropske konvencije. ESLjP je pronašao da je Austrija povredila član 13, uzet zajedno sa članom 3. Evropske konvencije, jer podnosilac predstave nije uživao zaštitu od prinudnog transfera

<sup>42</sup> *M.S.S. v. Belgium and Greece*, par. 339. Ovakav stav Suda naveo je pojedine autore na zaključak da princip međusobnog poverenja više ne predstavlja dovoljnu osnovu za transfere tražilaca azila unutar Unije, već da se prethodno mora proveriti na koji način data država pruža zaštitu tražiocima azila. To ne poništava u potpunosti Dablin sistem ali ozbiljno ugrožava razlog njegovog nastanka. V. Moreno-Lax, "Dismantling the Dublin System: *M.S.S. v. Belgium and Greece*", *European Journal of Migration and Law*, 2012, vol. 14, p. 29.

<sup>43</sup> *M.S.S. v. Belgium and Greece*, par. 340.

<sup>44</sup> *Sharifi v. Austria*, ESLjP, predstava br. 60104/08, presuda od 5. decembra 2013. godine.

<sup>45</sup> *Ibid.*, par. 32.

<sup>46</sup> *Mohammed v. Austria*, ESLjP, predstava br. 2283/12, presuda od 4. oktobra 2013. godine.

i pored ozbiljnih navoda da bi u tom slučaju došlo do kršenja Evropske konvencije.<sup>47</sup> Sud je posebno uzeo u obzir da je podnosilac predstavke izložen ubrzanoj proceduri (*accelerated procedure*), bez ulaženja u suštinu njegovog zahteva, iako je tvrdio da bi transferom u Mađarsku došlo do povrede člana 3. Evropske konvencije. Sud je zauzeo stav da u tom slučaju lice mora imati pristup pravnom leku sa automatskim suspenzivnim dejstvom, koji onemogućava udaljavanje sa teritorije dok se zahtev ne ispita.<sup>48</sup> Istovremeno, ESLJP je uzeo u obzir da sam transfer ne bi doveo do povrede člana 3. Evropske konvencije, imajući u vidu zakonodavne izmene sistema azila od januara 2013. godine, kojima se unapređuje položaj tražilaca azila u Mađarskoj.<sup>49</sup> Ova odluka Suda je iznenađujuća, imajući u vidu da je Sud razmatrao izveštaje UNHCR-a iz oktobra i decembra 2012. godine u kojima je navedeno da postoje ozbiljni higijenski nedostaci u objektima za prihvatanje tražilaca azila, kao i primena tretmana za smirenje i nasilno zlostavljanje od strane čuvara.<sup>50</sup> Ipak, sam Sud je naglasio da razlika između ovog predmeta i *M.S.S.* jeste i u činjenici da UNHCR u ovim izveštajima nije tražio od država članica EU da se uzdrže od vraćanja tražilaca azila u Mađarsku, kao što je to bio slučaj sa Grčkom,<sup>51</sup> čime je odgovornost u velikoj meri prebacio i na UNHCR. Takođe, u *Mohamadi protiv Austrije*,<sup>52</sup> podnosilac predstavke, avganistanski državljanin, tvrdio je da bi ga transfer iz Austrije u Mađarsku izložio riziku od zatvaranja u lošim materijalnim uslovima. ESLJP je, pak, smatrao da ovaj transfer ne bi doveo do kršenja člana 3. Evropske konvencije.<sup>53</sup> Prilikom odlučivanja, Sud je uzeo u obzir relevantne izveštaje o položaju tražilaca azila u Mađarskoj, koji nisu ukazivali na sistemske nedostatke u mađarskom sistemu azila i sistemu pritvaranja tražilaca azila. ESLJP je uzeo u obzir da rizik od proterivanja u Srbiju ne postoji jer se Mađarska u tom trenutku više nije oslanjala na koncept "sigurne treće zemlje" i uvela je odredbu o ispitivanju zahteva lica koje je vraćeno na osnovu Uredbe Dablin II.<sup>54</sup> Sud je tako zaključio da transferom u Mađarsku lice ne bi bilo u realnom, individualnom riziku, od izlaganja tretmanu koji je suprotan članu 3. Evropske konvencije. Može se zaključiti da je Evropski sud postavio standard za "obaranje" pretpostavke o po-

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, par. 81, 85.

<sup>48</sup> *Ibid.*, par. 80.

<sup>49</sup> *Ibid.*, par. 106.

<sup>50</sup> European Database of Asylum Law, ECtHR judgment in Mohammed v. Austria, 4 October 2013, dostupno na <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-judgment-mohammed-v-austria-no-228312-articles-3-and-13-echr>, 29.09.2016.

<sup>51</sup> *Mohammed v. Austria*, par. 105.

<sup>52</sup> *Mohammadi v. Austria*, ESLJP, predstavka br. 71932/12, presuda od 03. jula 2014. godine.

<sup>53</sup> *Ibid.*, par. 75.

<sup>54</sup> *Ibid.*, par. 78.

štovanju ljudskih prava države članice EU u vidu sistemskih nedostataka u sistemu azila.

### *Slučajevi protiv Italije*

Slučajevi u kojima su tražioci azila tvrdili da bi njihovo premeštanje u Italiju, u skladu sa Uredbom Dablin, dovelo do kršenja prava garantovanih Konvencijom, ukazuju na dva zaključka. Kada su u pitanju posebno ranjive kategorije tražilaca azila, Evropski sud za ljudska prava uvodi dodatna, proceduralna ograničenja u primeni Dablin sistema. Ova promena svakako predstavlja pozitivnu novinu u kontekstu standarda za obaranje pretpostavke o poštovanju ljudskih prava države članice EU jer se u slučaju nepostojanja sistemskih nedostataka u azilnoj proceduri i uslovima za prihvata, akcenat stavlja na ispitivanje individualnih prilika tražioca azila koji se nalazi u situaciji posebne ranjivosti. Ipak, Sudu se može zameriti da nije bio uvek dosledan u postupanju što je za rezultat imalo neujednačenu praksu ali i propuštanje prilike da se protumače i razjasne standardi koji bi se primenjivali na različite kategorije posebno ranjivih tražilaca azila.

Slučaj *Mohamed Husein protiv Holandije i Italije*<sup>55</sup> iz 2013. godine ticao se državljanke Somalije koja je tvrdila da bi došlo do povrede člana 3. Konvencije ukoliko bi ona i njeno dvoje maloletne dece bili vraćeni u Italiju. Sud je smatrao predstavku neprihvatljivom jer je očigledno neosnovana. Do ovog zaključka Sud je došao nakon razmatranja procedure za dobijanje međunarodne zaštite i uslova za prihvata kojima je podnositeljka predstavke bila izložena tokom prethodnog boravka u Italiji, s jedne strane, ali i, s druge strane, uslovima kojima bi bila izložena u slučaju da bude vraćena u Italiju. Iako su se njeni navodi značajno razlikovali od tvrdnji Italije kao tužene države, Sud je u obzir uzeo ne samo nedoslednosti u iskazima koje je s tim u vezi davala tokom trajanja postupka već i izveštaje UNHCR-a i Komesara za ljudska prava o sistemu azila u ovoj zemlji. Naime, povlačeći paralelu sa slučajem *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*, Sud je smatrao da se ovaj slučaj razlikuje od slučaja *M.S.S.* upravo po tome što je podnositeljka predstavke tri dana po dolasku u Italiju dobila odgovarajući smeštaj u prihvatnom centru,<sup>56</sup> kao i da joj je u roku od pet meseci dodeljena supsidijarna zaštita.<sup>57</sup> Osim toga, Sud je ispitao i da li bi došlo do povrede člana 3. Konvencije ukoliko bi ona bila vraćena u Italiju. U ovom pogledu, Sud je konstatovao da će o vraćanju podnositeljke predstavke i njene dece holandske vlasti blagovremeno obavestiti nadležne organe u Italiji, kao i da će oni uživati posebne uslove prihvata u skladu sa re-

<sup>55</sup> *Mohammed Hussein v. the Netherlands and Italy*, ESLJP, predstavka br. 27725/10, odluka od 2. aprila 2013. godine.

<sup>56</sup> *Ibid.*, par. 72.

<sup>57</sup> *Ibid.*, par. 73.

levantnim italijanskim propisima jer se radi o samohranom majci sa dvoje male dece.<sup>58</sup> Ipak, odlučujući značaj Sud je dao izveštajima različitih vladinih i nevladinih organizacija na osnovu kojih zaključuje da postoje problemi u funkcionisanju sistema azila u Italiji, ali da nisu u pitanju nedostaci sistemskog karaktera kao što je to bilo u slučaju *M.S.S.*<sup>59</sup>

Sličnu argumentaciju Sud je upotrebio u slučaju *Halimi protiv Austrije i Italije*.<sup>60</sup> U pitanju je bio državljani Avganistana koji je preko Turske i Italije došao u Austriju gde je podneo zahtev za azil. Tvrdio je da bi njegovo vraćanje u Italiju primenom Uredbe Dablin dovelo do kršenja člana 3. Konvencije. Kako Halimi nije tražio azil u Italiji, te samim tim nema iskustva sa postupanjem italijanskih organa u postupku azila, Sud nije ispitivao uslove njegovog prethodnog boravka u Italiji već se zadržao isključivo na analizi njegove situacije po povratku u Italiju u skladu sa Uredbom. S tim u vezi, Sud nalazi, kao i u prethodno analiziranom slučaju *Mohamed Husein*, da nedostaci koji postoje u funkcionisanju sistema azila u Italiji nisu u toj meri ozbiljni da bi se radilo o sistemskim nedostacima kao što je to našao u predmetu *M.S.S.*<sup>61</sup> Poseban značaj Sud je dao 'zapažanju' (*observation*) italijanskih vlasti da će podnosiocu predstavke biti omogućeno da podnese zahtev za azil po njegovom povratku u Italiju, kao i njihovom 'uveravanju' (*assurance*) da će biti uključen u projekat zaštite i smešten u skladu sa medicinskom dokumentacijom koja bude dostavljena od strane nadležnih organa Austrije.<sup>62</sup> Naime, uprkos različitim procenama lekara u pogledu psihičkog stanja podnosioca predstavke, Sud je ipak uzeo u obzir osetljive godine u kojima se on nalazio kao i zabrinjavajuće sklonosti ka suicidu, iz čega je zaključio da on pati od izvesnih psihičkih poremećaja koje svakako treba uzeti u obzir prilikom transfera i prihvata u Italiji.<sup>63</sup> S tim u vezi, Sud se zadovoljio opažanjem opšteg karaktera da "italijanski sistem za prihvata u načelu pruža pristup zdravstvenoj zaštiti, uključujući zaštitu psihički obolelih lica"<sup>64</sup> kao i da su italijanske vlasti "sada obavestene o problemima podnosioca predstavke sa mentalnim zdravljem kao i o činjenici da će mu biti potreban smeštaj i izdržavanje nakon što podnese zahtev za azil u Italiji".<sup>65</sup>

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, par. 77.

<sup>59</sup> *Ibid.*, par. 78.

<sup>60</sup> *Halimi v. Austria and Italy*, ESLJP, predstavka br. 53852/11, odluka od 18. juna 2013. godine.

<sup>61</sup> *Ibid.*, par. 68. Sud konkretno navodi da pojedinačni incidenti na koje ukazuju izveštaji relevantnih organizacija ne ukazuju na postojanje sistemskih problema.

<sup>62</sup> *Ibid.*, par. 68-69.

<sup>63</sup> *Ibid.*, par. 70.

<sup>64</sup> *Ibid.*, par. 71.

<sup>65</sup> *Ibid.*, par. 72.

Ono što odlikuje dva slučaja iz 2013. godine u vezi sa transferom tražilaca azila u Italiju jeste okolnost da se u oba slučaja radilo o osobama koje, kako u skladu sa relevantnim evropskim propisima,<sup>66</sup> tako i na osnovu nacionalnog zakonodavstva tuženih država, pripadaju kategoriji posebno ranjivih grupa u okviru kategorije tražilaca azila. U prvom slučaju u pitanju je bila samohrana majka sa dvoje male dece dok je u drugom slučaju podnosilac predstavke bilo lice sa psihičkim problemima. Međutim, u slučaju *Mohamed Husein* Sud se zadovoljio pukim postojanjem relevantnih odredaba u italijanskom zakonu koje predviđaju posebne uslove prihvata za ovu kategoriju tražilaca azila, ne ispitujući na koji način se te odredbe primenjuju u praksi niti zahtevajući odgovarajuće garancije nadležnih organa Italije, dok je u slučaju *Halimi* Sud odlučujući značaj dao činjenici da su italijanske vlasti obavestene o zdravstvenom stanju podnosioca predstavke i njihovom uveravanju da će mu pružiti adekvatan smeštaj i negu.<sup>67</sup>

Sa slučajem *Tarakhel protiv Švajcarske*<sup>68</sup> iz 2014. godine Evropski sud za ljudska prava značajno podiže standarde u pogledu primene Dablin Uredbe i uvodi nova ograničenja.<sup>69</sup> Sud je, naime, postavio proceduralnu obavezu za države koje pripadaju sistemu Dablin i to u slučaju sumnje u pogledu postojanja adekvatnih uslova za prihvata tražilaca azila kada se radi o situacijama posebne ranjivosti.<sup>70</sup> U pitanju je bila porodica iz Avganistana sa šestoro maloletne dece. Zahtev za azil su podneli u Švajcarskoj ali je pretragom u *Eurodac* bazi utvrđeno da

<sup>66</sup> Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection, *Official Journal L* 180, 29.6.2013, pp. 96–116.

<sup>67</sup> Fulerton iznosi potpuno realan i opravdan stav da je faktor ‘uveravanja’ izuzetno opasan. Naime, autorka tvrdi “da je on podstakao države da potvrdno odgovore nekolicini tražilaca azila koji su dovodili u pitanje vraćanje u skladu sa Uredbom Dablin, umesto da unaprede osnovne uslove za prihvata tražilaca azila”. M. Fullerton, “Asylum Crisis Italian Style: The Dublin Regulation Collides With European Human Rights Law”, *Harvard Human Rights Journal*, 2016, vol. 29, p. 117.

<sup>68</sup> *Tarakhel v. Switzerland*, ESLjP, predstavka br. 29217/12, presuda od 4. novembra 2014. g.

<sup>69</sup> Mada se podizanje standarda obično smatra poželjnim, u slučaju *Tarakel* viši standardi su naišli na kritiku. Rubin iznosi stav da je “Sud u slučaju *Tarakel* načinio ozbiljnu grešku time što zahteva individualne garancije od Italije, kao i da je stvorio iščašenu politiku koju buduće države u okviru Dablin sistema neće moći tako lako da primene i u skladu sa njom se ponašaju”. A. Rubin, “Shifting Standards: The Dublin Regulation and Italy”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, 2016, vol. 7, p. 148.

<sup>70</sup> Morgades-Gil smatra da je zahvaljujući presudi u slučaju *Tarakel* standard za primenu testa ‘sistemskih nedostataka’ umanjjen, ako ne i potpuno napušten, te da bi bio ispunjen ne samo onda kada čitav azilni sistem doživi krah već i u situacijama kada pojedini aspekt tog sistema ne funkcioniše u određenoj meri. S. Morgades-Gil, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clause After the Interpretations of the ECtHR and the CJEU?”, *International Journal of Refugee Law*, 2015, vol. 27, no. 3, p. 445.

su prethodno već podneli zahtev u Austriji a pre toga i u Italiji. Sud, kao i u prethodnim slučajevima, ističe da navodi o lošim uslovima za prihvatanje tražilaca azila i nedostacima u proceduri za dobijanje azila u Italiji koji svakako postoje, ne mogu sami po sebi biti razlog za zabranu vraćanja podnosilaca predstavljanja u ovu zemlju.<sup>71</sup> ESLJP, međutim, odlučujući značaj pridaje činjenici da se u okviru tražilaca azila kao posebno ranjive kategorije izdvajaju deca tražioci azila usled njihove izuzetne ranjivosti. Sud je istakao da uslovi za prihvatanje dece tražilaca azila moraju biti prilagođeni njihovim godinama, kao i da ne smeju za njih stvarati situaciju stresa i uznemirenosti, sa posebno traumatičnim posledicama, jer bi se u tom slučaju radilo o povredi člana 3. Konvencije.<sup>72</sup> Vraćajući se činjenicama konkretnog slučaja, Sud je zaključio da su švajcarski nadležni organi bili dužni da pribave odgovarajuće garancije od italijanskih vlasti da će, po njihovom dolasku u Italiju, porodica Tarakel biti smeštena u uslovima koji su prilagođeni uzrastu njihove dece, kao i da će porodica ostati zajedno.<sup>73</sup> Iz navedenog proizlazi da u posebno osetljivim situacijama država ima obavezu da, pre vraćanja tražioca azila u državu odgovornu za ispitivanje zahteva, dobije garancije koje moraju biti detaljne, pouzdane i prilagođene zahtevima koje nameće situacija posebne ranjivosti.<sup>74</sup> U datom slučaju, Sud je zaključio da u odsustvu pouzdane informacije o konkretnoj ustanovi u koju bi porodica bila smeštena, materijalnim uslovima prihvata kao i očuvanju jedinstva porodice, ne može smatrati da švajcarski organi raspoložu dovoljnim garancijama da će se, u slučaju povratka u Italiju, sa tražiocima azila postupati na način koji je primeren uzrastu njihove dece.<sup>75</sup> Drugim rečima, ESLJP nije u potpunosti zabranio vraćanje porodice Tarakel u Italiju već je povratak uslovio pružanjem dodatnih, individualnih, veoma konkretizovanih, detaljnih i pouzdanih garancija od strane Italije da će porodica biti smeštena u uslovima koji su prilagođeni za boravak dece. Ono što slučaj *Tarakel* takođe razlikuje od dva prethodna slučaja jeste okolnost da se Sud uopšte nije bavio uslovima u kojima se sama porodica Tarakel nalazila tokom svog prvog boravka u Italiji. Cimerman (*Zimmermann*) to objašnjava upravo posebnom ranjivošću podnosilaca

---

<sup>71</sup> *Tarakhel v. Switzerland*, ESLJP, par. 115.

<sup>72</sup> *Ibid.*, par. 119.

<sup>73</sup> *Ibid.*, par. 120.

<sup>74</sup> Vićini, međutim, zamera Sudu što nije postavio konkretne standarde u pogledu materijalnih i formalnih zahteva koje ovakve garancije moraju da ispune kako bi se smatrale pouzdanim. Autorka smatra zanimljivim da je Sud propustio da uputi na svoju raniju praksu u vezi sa diplomatskim garancijama, zbog čega zaključuje da je princip zabrane proterivanja u primeni Uredbe Dublin još uvek u velikoj meri prepušten diskreciji država članica. G. Vicini, "The Dublin Regulation between Strasbourg and Luxembourg: Reshaping *Non-refoulement* in the Name of Mutual Trust?", *European Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 8, p. 70.

<sup>75</sup> *Tarakhel v. Switzerland*, ESLJP, par. 121.

predstavke i smatra da ih je ta ranjivost oslobodila obaveze da dokažu da su bili izloženi mučenju ili ponižavajućem postupanju tokom prethodnog boravka u Italiji.<sup>76</sup> S druge strane, Pirs (*Peers*) jasnom porukom presude u slučaju *Tarakel* smatra to da nema jednostavne podele na slučajeve u kojima sve Dablin transfere treba zaustaviti i slučajeve u kojima transferi treba da se nastave punom brzinom. Presudu u slučaju *Tarakel* vidi kao “semafor” odnosno “srednju kategoriju slučajeva u kojima nacionalne administracije moraju da nastave sa oprezom”.<sup>77</sup>

Predstavku u slučaju *A.M.E. protiv Holandije*<sup>78</sup> iz 2015. godine ESLJP je odbacio kao očigledno neosnovanu. Ipak, odluka je značajna jer je Sud napravio distinkciju u odnosu na dve najznačajnije presude kada je u pitanju primena Uredbe Dablin – presude u slučaju *M.S.S.* i presude u slučaju *Tarakel*. Podnosilac predstavke je tražilac azila iz Somalije koji je tvrdio da bi ga povratak u Italiju izložio lošim životnim uslovima kao i da bi ga italijanske vlasti mogle direktno vratiti u Somaliju, bez odgovarajućeg ispitivanja zahteva za azil. Specifičnost njegovog položaja ogledala se u tome što je podnosilac predstavke bio maloletan tokom prvog boravka u Italiji, ali je italijanskim vlastima namerno rekao da je punoletan kako ga ne bi odvojili od ostatka grupe sa kojom je putovao. U tom smislu, Sud je našao da se nadležni organi moraju osloniti na podatke koje dobiju od samih tražilaca azila, osim u slučaju kada je očigledno da podaci nisu tačni, ili su pak na drugi način upozoreni da postoji potreba za pružanjem posebne zaštite.<sup>79</sup> Za razliku od slučaja *Tarakel*, Sud je, poput pristupa koji je upotrebio u drugim slučajevima, ispitao situaciju u kojoj se *A.M.E.* nalazio tokom prvog boravka u Italiji. U tom pogledu Sud nije našao propuste u postupanju italijanskih organa.<sup>80</sup> Pored toga, Sud je ispitao i opštu situaciju u prihvatnim aranžmanima sa Italijom i zaključio da se ona ne može porediti sa situacijom u Grčkoj u vreme donošenja presude u slučaju *M.S.S.*, te da trenutna situacija u Italiji ne može sama po sebi da se smatra razlogom za ukidanje svih povrataka tražilaca azila u ovu zemlju.<sup>81</sup> ESLJP je posebno uzeo u obzir okolnost da je, za razliku od slučaja *Tarakel*, podnosilac predstavke mlad i bez dece, te da nema razloga za poseban oprez i garantije kada je u

<sup>76</sup> N. Zimmermann, “Tarakhel v. Switzerland: Another Step in a Quiet (R)evolution?”, *Strasbourg Observers*, December 1, 2014, dostupno na <https://strasbourgobservers.com/2014/12/01/tarakhel-v-switzerland-another-step-in-a-quiet-revolution/>, 15. 09 2016.

<sup>77</sup> S. Peers, “Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?”, *EU Law Analysis*, November 5, 2014, dostupno na <http://eulawanalysis.blogspot.rs/2014/11/tarakhel-v-switzerland-another-nail-in.html>, 18.09.2016.

<sup>78</sup> *A.M.E. v. the Netherlands*, ESLJP, predstavka br. 51428/10, odluka od 13. januara 2015. g.

<sup>79</sup> *Ibid.*, par. 29.

<sup>80</sup> *Ibid.*, par. 33.

<sup>81</sup> *Ibid.*, par. 35.



pitanju njegov povratak u Italiju.<sup>82</sup> Sud se time ponovo dotakao sve kontroverznijeg pitanja 'ranjivosti', bez pokušaja da pruži bilo kakvo razjašnjenje o "odnosu između različitih oblika ranjivosti ili pak različitih nivoa posebne ranjivosti".<sup>83</sup>

Slučaj sirijskog državljanina A.S. koji je zatražio azil u Švajcarskoj nakon boravka u Italiji naročito je važan sa stanovišta zdravstvenog stanja podnosioca predstavke, upravo u kontekstu posebno ranjivih kategorija tražilaca azila.<sup>84</sup> Specifičnost ovog slučaja činila je okolnost da je A.S. patio od post traumatskog stresnog poremećaja i bolova u leđima koji su bili posledica progona u Siriji. A.S. je tvrdio da zbog svog zdravstvenog stanja pripada posebno ranjivoj grupi kojoj su neophodni specijalni uslovi zaštite, te da usled sistemskih nedostataka u pogledu uslova za prihvatanje tražilaca azila u Italiji, ne bi dobio odgovarajući smeštaj i medicinski tretman koji bi bio u skladu sa njegovim potrebama. Ispitujući navode podnosioca predstavke o povredi člana 3. Konvencije, ESLJP je razmatrao da li bi povratak u Italiju stvorio situaciju takvog stepena surovosti da bi se mogla smatrati mučenjem i nečovečnim postupanjem. Odlučujući značaj ESLJP je dao činjenici da se A.S. ne može smatrati ozbiljno bolesnim, te da nema razloga za sumnju da on povratkom u Italiju ne bi dobio odgovarajući medicinski tretman i pristup anti-depresivima koje trenutno prima u Švajcarskoj.<sup>85</sup> Sud ponovo potvrđuje svoj stav da uslovi prihvatanja ne mogu sami po sebi biti razlog za obustavu vraćanja tražilaca azila u Italiju i ističe da "mogućnost da značajan broj tražilaca azila ostane bez smeštaja ili da bude smešten u pretrpanim smeštajnim jedinicama bez ikakve privatnosti, ili čak u uslovima štetnim po zdravlje, ne može biti odbačena kao neosnovana".<sup>86</sup> Međutim, za Sud je najvažnije da se u slučaju A.S. ne radi o izuzetnim okolnostima koje su postojale u drugim slučajevima na koje se Sud poziva,<sup>87</sup> tačnije da njegovo zdravstveno stanje nije ozbiljno ugroženo. Presuda u slučaju *A.S. protiv Švajcarske* naišla je na ozbiljne kritike. Sudu se zamera stavljanje akcenta na stepen ugroženosti zdravstvenog stanja podnosioca predstavke i zaneemarivanje činjenice da se radi o tražiocu azila koji sam po sebi pripada posebno

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, par. 34.

<sup>83</sup> S. Nicolosi, "Another episode in the Strasbourg saga on the Dublin System to determine the State Responsible for Asylum Applications", *Strasbourg Observers*, February 20, 2015, dostupno na <https://strasbourgobservers.com/2015/02/20/another-episode-in-the-strasbourg-saga-on-the-dublin-system-to-determine-the-state-responsible-for-asylum-applications/#more-2771>, 12.09.2016. Vidi takođe L. Peroni, A. Timmer, "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol, 11, no. 4, pp. 1056-1085.

<sup>84</sup> *A.S. v. Switzerland*, ESLJP, predstavka br. 39350/13, presuda od 30. juna 2015. godine.

<sup>85</sup> *Ibid.*, para. 36.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *D. v. the United Kingdom*, ESLJP, predstavka br. 30240/96, presuda od 2. maja 1997. god.

osetljivoj kategoriji.<sup>88</sup> Osim toga, deluje da se Sud vratio korak nazad kako u odnosu na slučaj *Tarakel* tako i slučaj *Halimi* iz 2013. godine. Sudu se ne može zamisliti što ne zabranjuje povratak tražioca azila. Njegovo zdravstveno stanje očigledno nije bilo u toj meri ugroženo. Ipak, ostaje pitanje da li je slučaj A.S. mogao biti svrstan u takozvanu 'srednju kategoriju slučajeva' koji ne zabranjuju povratak ali ukazuju na dodatni oprez u nastavku procedure. Iako se možemo složiti sa Sudom da se situacija A.S. ne može izjednačiti sa situacijom porodice *Tarakel* u pogledu stepena ranjivosti, ostaje utisak da je Sud odstupio čak i od pristupa koji je primenio u slučaju *Halimi* u kojem je pak smatrao važnim da italijanske vlasti budu makar obaveštene o zdravstvenom stanju podnosioca predstavljanja kao i da postoji bar neki oblik uveravanja da će mu pružiti adekvatan smeštaj i psihijatrijsku negu.

### ZAKLJUČAK

Praksa Evropskog suda za ljudska prava dovela je do reforme sistema *Dublin* i značajnih promena u primeni Uredbe *Dublin* i ispitivanju kriterijuma i standarda koje je potrebno zadovoljiti prilikom donošenja odluke o državi na kojoj leži obaveza odlučivanja o zahtevu za azil. Tokom šesnaest godina koliko je prošlo od prvog slučaja u kojem je ESLJP razmatrao primenu Uredbe *Dublin*, ozbiljno su poljuljane osnovne pretpostavke na kojima je zasnovan ovaj sistem - međusobno poverenje između država članica Unije i uzajamno priznanje svih država članica kao sigurnih zemalja.

Prekretnicu u tom pogledu svakako predstavlja slučaj *M.S.S. protiv Belgije i Grčke* koji je postavio nove standarde u ovoj materiji time što je Sud zaključio da belgijske vlasti nisu smele da se zadovolje pretpostavkom da će se prema tražiocu azila u Grčkoj postupati u skladu sa relevantnim standardima, već su imale obavezu da ispituju na koji način grčke vlasti u praksi primenjuju propise u oblasti azila. Značaj ove odluke ogleda se i u njenom uticaju na praksu Suda pravde EU koji se u velikoj meri oslonio upravo na argumentaciju Evropskog suda za ljudska prava u ovom slučaju, a prilikom donošenja odluke u slučaju *N.S. i M.E.* Mada u doktrini postoje različita shvatanja o tome da li Sud pravde EU sledi istu liniju rezonovanja ili je pak njegovo tumačenje ograničenja diskrecionog faktora restriktivnije od tumačenja koje daje ESLJP,<sup>89</sup> značaj obe odluke svakako je u stavu da se nije moglo prihvatiti da nadležnim vlastima nisu bile poznate činjenice o posto-

<sup>88</sup> S. Nicolosi, R. Delbaere, "A.S. v. Switzerland: missed opportunity to explain different degrees of vulnerability in asylum cases", *Strasbourg Observers*, July 16, 2015, dostupno na <https://strasbourgobservers.com/2015/07/16/a-s-v-switzerland-missed-opportunity-to-explain-different-degrees-of-vulnerability-in-asylum-cases/>, 15.09. 2016.

<sup>89</sup> S. Morgades-Gil, p. 442. C. Costello, "Dublin – case NS/ME: Finally, an end to blind trust across the EU?", *Asiel en Migrantenrecht*, 2012, vol. 2, pp. 83-92. A. Lübke, "Systemic Flaws and Du-

janju raznih nepravilnosti u proceduri azila u Grčkoj, a koje su identifikovane u brojnim izveštajima međunarodnih tela i organizacija.

Odluke Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima vraćanja tražilaca azila u Mađarsku mogu se smatrati iznenađenjem ako se u obzir uzme okolnost da je u pitanju država članica EU koja je više puta kršila prava migranata i tražilaca azila. Naime, ESLjP do sada nije pronašao odgovornost za kršenje Evropske konvencije transferom u ovu zemlju. Slučaj *Mohamed protiv Austrije* se može ozbiljno kritikovati zbog toga što Sud nije našao povredu člana 3. Konvencije i pored razmatranja izveštaja UNHCR-a u kojima je navedeno da postoje ozbiljni nedostaci u objektima za prihvatanje tražilaca azila, kao i primena tretmana za smirenje i zlostavljanje od strane čuvara. Sud je elegantno odgovornost prebacio na UNHCR ističući da se razlika između ovog predmeta i slučaja *M.S.S.* nalazi upravo u činjenici da UNHCR u pomenutim izveštajima nije preporučio državama članicama EU da se uzdrže od vraćanja tražilaca azila u Mađarsku, što je pak učinio kada je u pitanju Grčka.

Dok su ranije odluke Evropskog suda postavile standard za "obaranje" pretpostavke o poštovanju ljudskih prava države članice EU u vidu sistemskih nedostataka u sistemu azila, novija praksa nastavlja da potvrđuje ovaj standard ali ujedno uvodi nove obaveze u okviru Dablin sistema na šta najbolje ukazuje analiza slučajeva u kojima su tražioci azila tvrdili da bi njihovim premeštanjem u Italiju došlo do kršenja prava garantovanih Konvencijom.

Slučaj *Tarakhel protiv Švajcarske* podiže standarde u pogledu primene Dablin Uredbe i uvodi nova ograničenja. Sud je utvrdio da u posebno osetljivim situacijama država ima obavezu da, pre vraćanja tražioca azila u državu odgovornu za ispitivanje zahteva, dobije garantije koje moraju biti detaljne, pouzdane i prilagođene zahtevima koje nameće situacija posebne ranjivosti. Nužno je napomenuti da ESLjP nije zabranio vraćanje porodice Tarakel sa šestoro maloletne dece u Italiju već je njihov povratak uslovio pružanjem dodatnih, individualizovanih, detaljnih i pouzdanih garantija od strane Italije da će porodica biti smeštena u uslovima koji su prilagođeni za boravak dece. Ako se u obzir uzme činjenica da je slučaj *Mohamed Husein* presuđen samo godinu dana ranije, a da su u pitanju takođe bila deca kao posebno ranjiva grupa tražilaca azila, ostaje pitanje zašto je ESLjP u tako kratkom periodu razvio novi standard u primeni Dablin Uredbe? Osim toga, ostaje da se vidi da li slučaj *Tarakel* označava prekretnicu u tretiranju predmeta koji se tiču dece tražilaca azila ili je u pitanju istup i lutanje Suda koji će se prvom prilikom vratiti konzervativnijem tumačenju zaštite dece tražilaca azila kao što je to bio slučaj sa predmetom *Mohamed Husein*. Konačno, ostaje da se vidi i na koji način će Sud postupati kada su u pitanju druge kategorije posebno ranjivih traži-

---

blin Transfer: Incompatible Tests before the CJEU and the ECtHR?", *International Journal of Refugee Law*, 2015, vol. 25, pp. 135-140.

laca azila poput bolesnih osoba. Ako je suditi po slučaju *A.S. protiv Švajcarske* de-luje da se Sud vratio korak nazad kako u odnosu na slučaj *Tarake* tako i u odnosu na slučaj *Halimi* iz 2013. godine.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava je od nesumnjive važnosti kada je u pitanju primena Uredbe Dablin. Nedostaci sistemskog karaktera u procedurama za azil i uslovima za prihvatanje tražilaca azila postali su standard za obaranje pretpostavke o poštovanju ljudskih prava države članice EU koja je u skladu sa Dablin sistemom odgovorna za ispitivanje zahteva za azil. Nedostaci sistemskog karaktera, međutim, predstavljaju samo prvi korak jer, u slučaju da ih nije moguće ustanoviti, akcent se stavlja na individualne prilike tražilaca azila koji se nalaze u situaciji posebne ranjivosti. Ipak, u praksi Suda uočene su ozbiljne nedoslednosti u postupanju što je dovelo do neujednačene prakse. Sud je propustio nekoliko važnih prilika da pruži odgovarajuća tumačenja i da razjasni standarde, prevashodno one koje treba primenjivati na različite kategorije posebno ranjivih tražilaca azila poput dece i bolesnih.

IVANA KRSTIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

BOJANA ČUČKOVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

## CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS RELATING TO THE APPLICATION OF THE DUBLIN REGULATION

### Summary

The paper analyzes the Dublin Regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection and its application in the case-law of the European Court of Human Rights. It starts by outlining the evolution of the so called Dublin system, its primary aims and most significant principles, but it also provides for an in-depth critique of the system which is at the moment facing a proposal by the European Commission for a brand new recast due to malfunctioning and various abuses. The paper argues that the application of the Dublin Regulation and interpretation of the scope of Member States' discretion in applying it became significantly dependent on and determined by the interpretations provided by the European Court of Human Rights in its 'Dublin cases'. Cases are classified and analyzed according to the State to which the asylum seeker is to be returned, thus differentiating between three countries which have proven to be most problematic from the perspective of their asylum procedures and reception conditions for asylum seekers – Greece, Hungary and Italy. Whereas the 'systemic deficiencies' test can be considered to represent a well established standard in rebutting the presumption of safety when applying the Dublin Regulation, the analysis has revealed a number of inconsistencies, especially relating to the concept of special protection of vulnerable categories of asylum seekers.

ALEKSANDAR V. GAJIĆ

**UPOTREBA ORUŽANE SILE PROTIV SR JUGOSLAVIJE 1999:  
Uloga međunarodnog prava i međunarodnih pravnika prilikom donošenja  
odluke o uopotrebi oružane sile**

ODLUKA O UPOTREBI ORUŽANE SILE:  
PRAVNO I POLITIČKO PITANJE I ULOGA MEĐUNARODNIH PRAVNIKA

Izveštaj o istrazi o Iraku (Izveštaj) koji je na zahtev Doma komuna (*House of Commons*) Parlamenta Ujedinjenog Kraljevstva (UK), posle višegodišnjeg rada, Komisija na čelu sa Ser Džon Čilkotom (*Sir John Chilcot*) objavila juna 2016. godine<sup>1</sup> pokreće brojna pitanja legalnosti upotrebe oružane sile kao i uloge međunarodnih pravnika<sup>2</sup> u procesu donošenja odluke o upotrebi oružane sile. Izveštaj ne sadrži pravnu analizu upotrebe oružane sile protiv Iraka, ali sadrži vredan nara-

---

Dr Aleksandar V. Gajić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, glavni pravni savetnik u Ministarstvu spoljnih poslova Republike Srbije. Stanovišta iznesena u ovom radu su stanovišta autora i ne moraju nužno da se poklapaju sa stanovištima Ministarstva spoljnih poslova ili Vlade Republike Srbije.

<sup>1</sup> Statement by Sir John Chilcot: 6 July 2016, The Iraq Inquiry (<http://www.iraqinquiry.org.uk/media/247010/2016-09-06-sir-john-chilcots-public-statement.pdf>). The Report of the Iraq Inquiry-Executive Summary, Report of a Committee of Privy Counsellors, 6. July 2016. [http://www.iraqinquiry.org.uk/media/247921/the-report-of-the-iraq-inquiry\\_executive-summary.pdf](http://www.iraqinquiry.org.uk/media/247921/the-report-of-the-iraq-inquiry_executive-summary.pdf). The Report of the Iraq Inquiry Volumes 1-12, 2016. (*Izveštaj*), <http://www.iraqinquiry.org.uk/the-report/>

<sup>2</sup> Pod ovim pojmom podrazumevamo osobe specijalizovane u oblasti međunarodnog prava, bilo da su oficijelni pravници (savetnici vlada ili ministarstava spoljnih poslova) ili poslenici nauke međunarodnog prava,

tiv o ulozi međunarodnog prava i oficijelnih pravnika u UK u donošenju odluke o učešću u oružanim intervencijama (ne samo u Iraku).<sup>3</sup> U njemu se, na više mesta i u različitim kontekstima, "pominje" i oružana intervencija protiv Savezne Republike Jugoslavije (SRJ) 1999.

U ovom članku nastojaćemo, na prostoru koji pruža jedan članak, da ukažemo na neka od osnovnih pitanja legalnosti upotrebe oružane sile, posebno u kontekstu oružane intervencije NATO-a (agresije) na SRJ, kao i da damo doprinos raspravi o ulozi međunarodnog prava i posebno "oficijelnih pravnika" prilikom donošenja odluke o upotrebi oružane sile.

Odluka o upotrebi oružane sile je uvek odluka političke prirode. Međutim, iako političke prirode, kako pokazuje Izveštaj, ona se, kao i mnoge druge političke odluke, ne donosi samo na osnovu političkih razmatranja, već se uzimaju u obzir i mišljenja "oficijelnih" pravnika.

Razlozi kojima se pravdala upotreba oružane sile retko su se zasnivala na strogo pravnoj argumentaciji, već prevashodno na argumentaciji kojom se nastojalo pridobijanje "javnog mnjenja" i "političko opravdanje".<sup>4</sup> U mnogim raspravama, izjavama, doktrinarnim radovima, razlika između legitimiteta ili političkog opravdanja i pranih razmatranja se zamagljuje, tako što se elementi koji bi pripadali sferi političkih interesa i spornog legitimiteta predstavljaju kao argumenti u prilog legalnosti upotrebe oružane sile.<sup>5</sup> Kako je ukazao Ser Majkl Vud (*Sir Michael Wood*):

"Legitimitet treba razlikovati od legaliteta (pravovaljanosti) koji u ovom kontekstu znači saglasnost sa međunarodnim pravom. Zamaglititi ova dva neka da se čini kao dobra politika. To nije dobro pravo. To podseća na stanovište koje su neki zagovarali za vreme akcije na Kosovu, da upotreba oružane sile može biti protivpravna ali opravdana. To se može dogoditi ali to nije stvar pravne procene. Pravnici se moraju ograničiti na pravo, ili barem učiniti jasnim kada istupaju van

<sup>3</sup> Deo 5. Izveštaja nosi naslov "Advice on the Legal Basis for Military Action, November 2002 to March 2003 i u njemu se, na oko 160 strana iznosi geneza pravnih stanovišta koja su uzeta u razmatranje prilikom donošenja odluke Vlade UK o učešću u oružanoj intervenciji protiv Iraka. (Vidi: [http://www.iraqinquiry.org.uk/media/247894/the-report-of-the-iraq-inquiry\\_section-50.pdf](http://www.iraqinquiry.org.uk/media/247894/the-report-of-the-iraq-inquiry_section-50.pdf))

<sup>4</sup> Čak su i pojedine sudije Međunarodnog suda pravde, u svojim doktrinarni radovima, poput Bruna Sime (Bruno Simma), iznosili stanovišta da "postoje teški slučajevi koji uključuju strašne dileme u kojima politički i moralni imperativi ne ostavljaju drugačiji izbor nego delovanje van prava." B. Simma, "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", *European Journal of International Law*, vol. 10:1, 1999 (pp.1-22), str. 1.

<sup>5</sup> Na ovaj način nastao je i koncept "humanitarne intervencije" o čemu će kasnije biti reči. Za ovakva i slična razmatranja po pitanju agresije na SRJ vidi: David Wipman, "Kosovo and the Limits of International Law", *Fordham International Law Journal*, vol. 25, 2001, str. 129-150

svog područja. A ne-pravnici ne treba olako da pretpostave da razumeju međunarodno pravo.<sup>6</sup>

Legalitet i legitimitet su različite kategorije. Razlozi koji se često ističu pod pojmom legitimiteta (koji često ne predstavljaju ništa drugo do opravdanje određene politike i pribavljanje podrške za njeno sprovođenje) ne mogu uticati na međunarodno-pravnu kvalifikaciju. Međutim, zaobilaženje ili kršenje normi o upotrebi oružane sile može relativizirati njihov značaj ili ulogu u međunarodnim odnosima. Kako je istakao prof. Dejvid Vipman (David Wipman) 2001. godine:

“Volja NATO-a da upotrebljava silu van okvira Povelje UN već je doprinela stvaranju političke klime u kojoj su države nevoljne da u budućnosti tumače ograničenja upotrebe oružane sile koja su postavljena Poveljom UN onoliko usko kao što su to činile u prošlosti.”<sup>7</sup>

U ovom kontekstu posebno se postavlja pitanje uloge međunarodnih pravnika, posebno “oficijelnih pravnika”, odnosno savetnika u vladama ili ministarstvima spoljnih poslova država koje su učestvovala u oružanim intervencijama, uključujući tu i oružanu intervenciju protiv SRJ. Ser Majkl Vud, u fusnoti jednog od svojih članaka posvećenim pitanju legalnosti upotrebe oružane sile zapaža: “oni koji znaju nešto o ovim pitanjima, uključujući i vladine pravnike, i svakako bivše vladine pravnike, treba delimično kriviti, budući da ... oni često održavaju diskretno ćutanje.”<sup>8</sup>

Profesor Onima Yasuaki (*Onima Yasuaki*) je izneo oštriju opasku istakavši:

“tvrdnja da izvesno pitanje nije problem prava već politike se često koristilo kao magija kojom su međunarodni pravnici želeli da se oslobode svoje profesionalne odgovornosti.”<sup>9</sup>

### *Pitanje pravnog osnova upotrebe oružane sile*

Komisija je stala na sledeće stanovište:

“Istraga ne izražava svoj stav o tome da li je vojna akcija bila pravovaljana (*legal*). To bi, naravno, bilo rezervisano samo za na odgovarajući način ustanovljen i međunarodno priznat sud. Mi smo, međutim, zaključili da su okolnosti pod

---

<sup>6</sup> Michael Wood, “International Law and the Use of Force: What happens in Practice?”, *Indian Journal of International Law*, vol. 53, 2013 (345-367), str. 350

<sup>7</sup> Wipman, str. 150.

<sup>8</sup> Wood, fn. 18, str. 350.

<sup>9</sup> Onima Yasuaki, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, *European Journal of International Law*, Vol. 14. No. 1, 2003 (105-139), str. 106

kojima je odlučeno da je postojao pravni osnov za vojnu akciju Ujedinjenog Kraljevstva bile daleko od zadovoljavajućih.”

Ključni deo izveštaja koji se neposredno odnosi na proces dobijanja pravnih mišljenja vezanih za legalnost upotrebe oružane sile protiv Iraka tiče se mišljenja Lorda Goldsmita (Lord Goldsmit) koji je obavljao dužnosti Opšteg pravobranioca (Attorneys General) i u vreme agresije na SRJ i intervencije u Iraku. Goldsmit je u poverljivom izveštaju premijeru UK istakao: “isto kao i u prethodnim slučajevima, uključujući tu i Operaciju pustinja lisica u Iraku 1998. i Kosovo 1999, snage UK učestvovala u vojnim akcijama na osnovu saveta prethodnih opštih pravobranilaca da je “legalnost akcije prema međunarodnom pravu ne više od takve da se može razumno argumentovati (reasonably arguable).”<sup>10</sup>

Goldsmit je pojasnio: “razuman slučaj” ne znači da ukoliko se to pitanje pojavi pred sudom da bi bio siguran da će se sud složiti sa ovim stanovištem.”<sup>11</sup>

Kako je istakao M. Vud: “Koliko jak pravni osnov se zahteva pre nego država pribegne upotrebi oružane sile je, u krajnjoj liniji, pre pitanje politike nego prava. Ali pravnici mogu i treba da savetuju o rizicima delovanja na osnovu “razumnog” ili “argumentovanog” ili “razumno argumentovanog” slučaja, kao što je primera radi rizik domaćeg ili međunarodnog sudskog postupka, uključujući tu i krivičnog postupka”<sup>12</sup>

Ukoliko bi, kako tvrdi Komisija, pravna kvalifikacija određenog akta bila rezervisana samo za međunarodni sud, u tom slučaju bi veći deo međunarodnog prava bio potpuno neefektivan, budući da je nadležnost međunarodnih sudova fakultativne prirode (postoji samo u meri u kojoj postoji saglasnost strana u sporu). Na ovaj način relativizuje se uloga međunarodnog prava kao regulatora međunarodnih odnosa. Međutim, sa druge strane, Izveštaj sadrži elemente na osnovu kojih se može izvući nedvosmislen zaključak o protivpravnosti vojnih intervencija protiv Iraka i SRJ (o čemu će kasnije biti više reči).

Svođenje percepcije međunarodnog prava kao skupa pravila koja postaju relevantna tek ukoliko postoji mogućnost iznošenja spora pred neki od sudova ili tribunala je razmatranje koje međunarodno pravo posmatra ne kao smernicu pri-

<sup>10</sup> Izveštaj, paragraf 462.

<sup>11</sup> Vidi stanovište Goldsmita u dokumentu: Iraq: Resolution 1441 koji je kao poverljiv upućen premijeru UK. (Izveštaj je dostupan na <http://downingstreetmemo.com/docs/goldsmithlegal.pdf>.) Goldsmit je dodao: “Mora se priznati da u prethodnim slučajevima kada je preduzimana vojna akcija na osnovu razumno argumentovanog slučaja, stepen zainteresovanosti javnosti i Parlamenta za pravna pitanja nije bio ništa veći nego što je to danas.” *Ibidem*, para. 30. Više o ovim temama vidi: Michael Wood, “The Law of Use of Force – Current Challenges”, *Singapore Yearbook of International Law and Contributors*, 2007, str. 4.

<sup>12</sup> Michael Wood, *International Law and the Use of Force: What happens in Practice?*, *Indian Journal of International Law*, vol. 53 2013, (345-367), str. 350



likom vođenja spoljne politike, već samo kao jedan od faktora koji može biti relevantan u konkretnom slučaju. U kontekstu gore navedenih činjenica teško je osporavati stanovište prof. Tomasa Frenka (Thomas M. Franck) je ukazao na jedan pristup američkih pravnika praktičara i pojedinih profesora prava koji “klasifikuju međunarodno pravo kao oruđe diplomatije za jednokratnu upotrebu (*as a disposable tool of diplomacy*), a njegov sistem pravila samo kao mnoga razmatranja koja vlade treba da uzmu u obzir... Čini se da je zajednička intuicija lidera izvršne vlasti da na međunarodno pravo gledaju kao na anomaliju, mit koji propagiraju slabe države da bi sprečile jake da maksimizuju prednosti moći (sile) kojom raspolažu.”<sup>13</sup> Iako se ovaj stav ne može generalizovati, on na adekvatan način opisuje ponašanje lidera izvršne vlasti koji su učestvovali u NATO agresiji na SRJ.

Pored toga, nije reč o “snazi pravnog osnova” za upotrebu oružane sile o čemu govori Vud, već o njegovom postojanju. Ukoliko pravni osnov postoji (samoodbrana ili autorizacija Saveta bezbednosti), upotreba oružane sile je legalna, ukoliko ne postoji, ona je protivpravna i nelegitimna. Nelegitimna jer su norme kojima se reguliše upotreba oružane sile u međunarodnim odnosima opšteprihvaćene i kogentne norme međunarodnog prava.

“Razuman slučaj”, kako ga je kvalifikovao Goldsmit, u konkretnim okolnostima (i kada je reč o intervencijama protiv SRJ i protiv Iraka) podrazumevao je odstupanje od pravnog okvira postavljenog Poveljom UN. Primarna tema je bila ne da li su akcije protivpravne, već da li postoje nadležne međunarodne sudske institucije koje mogu da daju takvu kvalifikaciju. Drugim rečima, u konkretnim okolnostima pažnja je bila usmerena na izbegavanje da relevantan pravni (sudski) autoritet upotrebu oružane sile kvalifikuje kao protivpravnu.

Budući da za oružani napad na SRJ i kasnije Irak nije postojala većina koja bi obezbedila usvajanje rezolucije Saveta bezbednosti kojom bi se autorizovala upotreba oružane sile, UK i SAD su nužna pravna razmatranja o legalnosti upotrebe sile zamenili razmatranjima vezanim za legitimitet ili navodnu “moralnost” upotrebe sile. Džek Strov (Jack Straw)<sup>14</sup>, je u svojoj izjavi Komisiji o Iraku istakao:

“Najbolji, najmanje rizičan način da se postigne moralna većina je “kosovski put (obrazac)” – to je suštinski ono što ja predlažem. Tada je ključ našeg moralnog legitimiteta bio taj da pitanje nikada nije izneseno na glasanje – a svi su znali da je tako učinjeno iz razloga što bi Rusija uložila veto.”<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Thomas M. Franck, “The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in the Age of Power Disequilibrium”, *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006 (88-106), str. 89

<sup>14</sup> Straw je bio član Kabineta za vreme vlade Tonija Blera.

<sup>15</sup> *Advice on the Legal Basis for Military Action, November 2002 to March 2003*, str. 113 [http://www.iraqinquiry.org.uk/media/246506/the-report-of-the-iraq-inquiry\\_section-50.pdf](http://www.iraqinquiry.org.uk/media/246506/the-report-of-the-iraq-inquiry_section-50.pdf)

Toni Bler, tadašnji premijer UN, je u svojoj izjavi istakao: “u vezi sa Kosovom morali smo da prihvatimo da nismo mogli da dobijemo rezoluciju UN, iako smo to želeli, zato što je Rusija učinila jasnim da bi uložila politički veto. Stoga smo mi, ne Savet bezbednosti UN, prosudili da je humanitarna katastrofa *overwhelming*. Tada je to bilo veoma sporno.”<sup>16</sup>

Eksplicitno iznošenje načina delovanja u situaciji kada nije moguće obezbediti potrebnu većinu u Savetu bezbednosti (na kome je primarna odgovornost održanja međunarodnog mira i bezbednosti), uz izričito priznanje da je čak i takozvani “moralni osnov” bio sporan, predstavlja jednu vrstu priznanja da se u konkretnim slučajevima delovalo uz svest o protivpravosti i težnji da se ključna pravna razmatranja zamene političkim.

U postupcima koji su vođeni pred Međunarodnim sudom pravde (Sud) u deset predmeta o laganosti upotrebe sile (*Legality of Use of Force cases*), tužene države učesnice agresije na Jugoslaviju su se uzdržavale od iznošenja argumentacije o legalnosti upotrebe oružane sile, i svoja istupanja pred Sudom temeljile na tezi o njegovoj nenadležnosti.

Iako se Sud nije detaljnije bavio pitanjem legalnosti upotrebe oružane sile, u naredbi kojom je iz razloga nepostojanja *prima facie* nadležnosti odbio da ukaže privremene mere, ipak istakao: “smatrao nužnim da naglasi da sve stranke koje se pojavljuju pred njim moraju delovati u skladu sa svojim obavezama prema Povelji UN i drugim pravilima međunarodnog prava, uključujući tu i humanitarno pravo”<sup>17</sup>

Na ovaj način Sud je ukazao da su obaveze država u pogledu upotrebe oružane sile one koje su definisane Poveljom UN, odnosno da se pitanje legalnosti upotrebe oružane sile ne može razmatrati van okvira koji je postavljen Poveljom UN.

*(Ne) sporna pitanja pravnog osnova upotrebe oružane sile  
protiv SRJ 1999.*

Međutim, u doktrini i međunarodnoj praksi se postavilo nekoliko pitanja vezanih za tumačenje Povelje UN, u nastojanju da se opravda upotreba oružane sile sa pravne tačke gledišta, posebno navođenjem nemogućnosti da se obezbedi donošenje željene rezolucije Saveta bezbednosti UN ili tumačenjem da je ovlašćenje *implicite* sadržano u prethodnim rezolucijama donesenim shodno Glavni VII Povelje.

<sup>16</sup> *Tony Blair's statement to the Iraq Inquiry*, <http://www.iraqinquiry.org.uk/media/229924/2011-01-14-statement-blair.pdf>, str. 9.

<sup>17</sup> *Legality of Use of Force (FR Yugoslavia v. Belgium)*, *Order of 2 June 1999*, para. 18. Sve naredbe kojima je odlučio o zahtevu za ukazivanje privremenih mera sadrže identičnu odredbu.

Shodno čl. 2 (4) Povelje UN, sve članice UN imaju obavezu “da se u međunarodnim odnosima uzdržavaju od pretnje silom ili upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti ma koje države, ili na bilo koji način koji nije u skladu sa Poveljom UN”. Prvenstvena odgovornost za održanje međunarodnog mira i bezbednosti poverena je, shodno čl. 24 Povelje UN, Savetu bezbednosti UN, i sve članice UN su se saglasile “da Savet bezbednosti deluje u njihovo ime pri vršenju svojih dužnosti na osnovu ove odgovornosti.”

Države osnivaju međunarodne organizacije i definišu njena ovlašćenja, dužnosti ali i način na koji ostvaruju svoju ulogu u njenom radu. Stvaranjem međunarodne organizacije one se obavezuju “da deluju kroz procedure te institucije, često gubeći direktnu kontrolu nad ishodom njenih odluka”.<sup>18</sup> Delovanje u skladu sa konstitutivnim aktom međunarodne organizacije, posebno Poveljom UN (koja se s punim pravom često kvalifikuje kao ustav međunarodne zajednice), podrazumeva obavezu države da deluju kroz institucije međunarodne organizacije uz puno poštovanje njenog autoriteta.

Savet bezbednosti, iako političko telo, ne može arbitrarno preduzeti, odnosno autorizovati preduzimanje mera koje se sastoje ili uključuju preduzimanje vojne intervencije. Preduslov za primenu prinudnih mera koje se sastoje u preduzimanju oružne akcije je da je Savet bezbednosti datu situaciju kvalifikovao kao pretnju miru, povredu mira ili akt agresije, kao i da je ustanovio da mere mirnog rešavanja sporova ili da su mere koje ne podrazumevaju upotrebu oružane sile *su neodgovarajuće ili nedovoljne*, te da je vojna intervencija nužna radi održanja međunarodnog mira i bezbednosti.<sup>19</sup>

U raspravama povodom upotrebe oružane sile protiv SRJ (ali i nekih drugih oružanih intervencija) špekulisalo se sa argumentacijom da ovlašćenje za upotrebu oružane sile može imati osnov u kršenju rezolucijama donetim na osnovu Glave VII Povelje kojima se određenim državama ili entitetima nameću određene obaveze, ali se ne autorizuje upotreba oružane sile. Međutim, ovakvi i slični argumenti su neprihvatljivi iz sledećih razloga.

Poveljom UN nije predviđen mehanizam naknadnog (retroaktivnog) odobrenja upotrebe oružane sile, već podrazumeva da Savet bezbednosti treba da donese odluku oružanoj intervenciji i, u skladu sa čl. 48 Povelje UN, da utvrdi koje države ili organizacije mogu preduzimati prinudne mere koje se sastoje u oruža-

---

<sup>18</sup> Allison Marston Danner, “Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court”, *The American Journal of International Law*, vol 97, 2003, 510-552., str. 513.

<sup>19</sup> Vidi čl. 42 Povelje UN.

noj intervenciji.<sup>20</sup> Stoga, autorizacija upotrebe oružane sile mora biti izričita, nedvosmislena.<sup>21</sup>

Pribegavajući oružanoj intervenciji bez odobrenja Saveta bezbednosti NATO i članice NATO-a su prekršile svoje obaveze iz čl. 53 Povelje UN kojom je predviđeno da “bez odobrenja Saveta bezbednosti, neće po regionalnim sporazumima niti preko regionalnih organizacija biti preduzeta *nijedna prinudna akcija*”. Ova norma je dovoljno jasno formulisana da samo pribegavanje oružanoj intervenciji bez autorizacije Saveta bezbednosti smatra protivpravnim, i ne daje nikakav povod za tumačenje da se vojna intervencija može preduzeti ukoliko pojedine države, a ne Savet bezbednosti, stanu na stanovište o potrebi da se pribegne upotrebi oružane sile.

U praksi UN izgrađen je mehanizam autorizacije upotrebe oružane sile u slučaju da Savet bezbednosti nije u mogućnosti da zbog nejednoglasnosti stalnih članica propusti da vrši svoju primarnu odgovornost za održanje međunarodnog mira i bezbednosti, u formi preporuke Generalne skupštine UN. Prema Rezoluciji Generalne skupštine UN “Ujedinjeni za mir” od 3. novembra 1950. godine, “ukoliko je slučaj takav da se čini da predstava pretnju miru, povredu mira ili akt agresije, Generalna skupština će odmah razmotriti stvar radi davanja odgovarajuće preporuke članicama za preduzimanje kolektivnih mera, uključujući tu i u slučaju povrede mira ili akta agresije upotrebu oružanih snaga kada je to *nužno* radi održanja ili uspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti”.

Drugim rečima, i u ovom slučaju neophodno je da Generalna skupština kvalifikuje situaciju kao ugrožavanje mira ili akt agresije i da utvrdi da li je u konkretnom slučaju *nužno* da se preduzmu mere upotrebe oružane sile.

Agresija na SRJ je izvedena bez autorizacije Saveta bezbednosti (pitanje nije izneto na glasanje), a nije učinjen ni pokušaj da se pitanje iznese pred Generalnu skupštinu u skladu sa rezolucijom “Ujedinjeni za mir”.

Iznošena su stanovišta da se rezolucije Saveta bezbednosti koje su se ticale situacije na Kosovu mogu poslužiti kao posredan osnov za intervenciju. Naime, pojedini zvaničnici SAD i UK su sugerisali da se pristanak Saveta bezbednosti na upotrebu oružane sile može izlučiti iz rezolucija 1160 i 1199, što je na neki

<sup>20</sup> Navedeno podržava i stanovište Ser Majkl Vuda (Ser Michael Wood) koji je pred Komisijom za Irak izneo stanovište da je na Savetu bezbednosti da odluči o tome da li je bilo materijalne povrede koja je dovoljno teška da opravda upotrebu oružane sile. <http://www.iraqinquiry.org.uk/media/95218/2010-01-26-Transcript-Wood-S1.pdf>, str. 22.

<sup>21</sup> *Gerry Simpson p. 13, para. 20.* <http://www.iraqinquiry.org.uk/media/184861/submission-international-law-simpson-2010-09-13.pdf>

način podržano od Francuske, Kanade i Holandije.<sup>22</sup> Ovaj argument je nekredibilan, što između ostalog, potvrđuje i činjenica da su Rusija i Kina prilikom usvajanja navedenih rezolucija dale “deklaratorne izjave” u kojima se naglašava da se ove rezolucije ne mogu tumačiti kao odobrenje za upotrebu oružane sile.<sup>23</sup> O postojanju razloga za upotrebu oružane akcije, kako smo gore detaljnije obrazložili, može odlučiti samo Savet bezbednosti, odnosno doneti zaključak o tome da li već preduzete prinudne mere *ne odgovaraju ili se pokaže da su nedovoljne* te da je zbog toga *neophodno* pribeci vojnoj intervenciji.

*Pravna kvalifikacija nato vojne intervencije protiv SRJ 1999.  
kao agresije (zločin protiv mira) i humanitarna intervencija*

Stanovište o postojanju “humanitarne katastrofe” na Kosovu koja je takve prirode da zahteva pribegavanje oružanoj intervenciji nije stanovište Saveta bezbednosti UN, niti bilo kog kredibilnog tela, već država koje su izvršile agresiju na SRJ a koje su bile svesne da njihov predlog o upotrebi oružane sile ne može da dobije zahtevanu podršku unutar UN. U raznim doktrinarnim radovima polazi se od pretpostavke da je SRJ izazvala humanitarnu katastrofu, često bez ikakve rasprave ili kritičkog preispitivanja činjeničnih zaključaka koji su poslužili kao sam osnov takve kvalifikacije.

Činjenice koje leže u osnovi kvalifikacije da je neophodna vojna intervencija su bile sporne, prilagođene potrebi spoljne politike SAD, UK i nekih drugih država, i u oštroj suprotnosti sa, primera radi, činjenicama na koje su se oslanjali nacionalni sudovi Nemačke (koja je takođe uzela učešća u agresiji na SRJ) prilikom rešavanja konkretnih predmeta.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Kako je istakao Gerry Simpson <http://www.iraqinquiry.org.uk/media/184861/submission-international-law-simpson-2010-09-13.pdf#search=kosovo> para. 3 fn. 3. “This argument sounds rhetorically plausible but, as law, it is a sleight of hand.”

<sup>23</sup> David Armstrong, Theo Farrell and Helene Lambert, *International Law and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, str.135.

<sup>24</sup> Pored toga, Nemačko ministarstvo spoljnih poslova od 12.01.1999. godine upućen Upravnom sudu u Triru ukazuje, između ostalog da “Operacije snaga bezbednosti nisu bile usmerene na kosovske Albance kao na etničku grupu, već na militantne protivnike i njihove navodne sledbenike”, dok je Upravni sud Bavorske u obrazloženju jedne presude istakao da izjave tužioca o sistematskim progonima albanskog stanovništva na Kosovu nisu potvrđene izveštajima nemačkog Ministarstva spoljnih poslova. Sud je ocenio da “Jake jugoslovenske operacije od februara 1998. predstavljaju selektivnu snažnu akciju protiv kretanja paravojnih formacija (posebno OVK) i ljudi u neposrednoj vezi sa njima u zonama dejstva... Državni program progona usmerenog protiv celokupne zajednice etničkih Albanaca niti postoji niti je postojao.” (navedeno prema Krivokapić, *NATO agresija na Jugoslaviju – Sila iznad prava*, Beograd 1999, str. 32.

\*\*\*

Iako je NATO oružana intervencija pravdana pravom na “humanitarnu intervenciju”, ono nije nastalo ni pre 1999. godine niti se razvilo u običajno pravno pravilo u kasnijem vremenskom periodu.<sup>25</sup>

Međutim, u vreme oružane intervencije protiv SRJ smelo je iznošena tvrdnja, koja je zagovarana i u delu literature o pravu na humanitarnu intervenciju u slučaju nemogućnosti Saveta bezbednosti da ostvari svoju primarnu odgovornost očuvanja mira i bezbednosti.<sup>26</sup> Lord Goldsmit je u svom savetu premijeru UK Toniju Bleru prilikom rasprave o legalnosti upotrebe oružane sile protiv Iraka, očigledno imajući u vidu “kosovski primer” izneo da je jedan od osnova upotrebe oružane sile “izuzetno, da bi se sprečila velika humanitarna katastrofa”.<sup>27</sup> Stanovišta o “humanitarnoj intervenciji” kao osnovu upotrebe oružane sile bez autorizacije Saveta bezbednosti nema svoje uporište u jurisprudenciji Suda i praksi država, bilo onoj pre ili nakon oružane intervencije protiv SR Jugoslavije. Sud je u slučaju *vojnih i paravojnih aktivnosti SAD u i protiv Nikaragve* (1986) izneo stanoviše koje je u oštroj suprotnosti sa konceptom humanitarne intervencije: “dok SAD mogu formirati sopstveno stanovište o situaciji u vezi sa poštovanjem ljudskih prava u Nikaragvi, upotreba oružane sile ne može biti odgovarajući metod nadzora ili obezbeđenja takvog poštovanja... Zaštita ljudskih prava, striktno humani cilj, ne može biti u saglasnosti sa miniranjem luka, uništenjem naftnih instalacija, ili sa obukom, naoružavanjem i opremanjem *kontra* /pobunjeničke grupe u Nikaragvi/. Sud zaključuje da argument koji proizlazi iz zaštite ljudskih prava u Nikaragvi ne može da pruži pravno opravdanje za postupanje SAD...”<sup>28</sup> Nakon 1999. godine nije bilo zvaničnog pozivanja na humanitarnu intervenciju kao opravdanje za upotrebu oružane sile, a dokumenta nastala pod okriljem UN<sup>29</sup>,

<sup>25</sup> Za raspravu o ovom pitanju vidi, primera radi, *Humanitarian Intervention – Legal and Political Aspects*, Danish Institute of International Affairs, Copenhagen, 1999.

<sup>26</sup> O ovome vidi, primera radi: Dr. Klinton W. Alexander, “NATO’s Intervention in Kosovo: The Legal Case for Violating Yugoslavia’s “National Sovereignty” in the Absence of Security Council Approval”, *Houston Journal of International Law*, vol. 23, 2000, pp. 1-41

<sup>27</sup> Goldsmit, para. 2.

<sup>28</sup> *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, ICJ Reports 1986, paragrafi 267-268.

<sup>29</sup> Primera radi, High level Pannel’s Report, Our common future iz 2004 godine kao i Izveštaj generalnog sekretara UN “In larger freedom” iz 2005 godine, ne daju podršku stanovištu o humanitarnoj intervenciji kao pravilu međunarodnog prava. Takođe ni rasprava pred Generalnom skupštinom aprila 2005 godine ne daje podršku konceptu humanitarne intervencije. Delegacije koje su dale podršku konceptu humanitarne intervencije su naglašavale da ona mora da bude izvršena uz autorizaciju Saveta bezbednosti

uključujući tu i zaključke G77 (koja broji 134 države) i Kine iz 2000<sup>30</sup> kao i zaključci šefova država i vlada UN na Svetskom samitu 2005, jasno ističu da u međunarodnom pravu ne postoji pravo na humanitarnu intervenciju.

U dokumentu *World Summit Outcome* iz 2005. godine, koji je usvojila Generalna skupština UN na sastanku na nivou šefova država i vlada, potvrđeno je “da su odredbe Povelje UN dovoljne da se bave svim pretnjama po međunarodni mir i bezbednost” kao i da je “autoritet Saveta bezbednosti da odobri prinudnu akciju radi održanja i uspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti” i “naglasili značaj delovanja u skladu sa načelima i principima Povelje UN” Njime je naglašeno da “svaka država ima odgovornosti za zaštitu sopstvenog stanovništva od genocida, ratnih zločin, etničkog čišćenja i zločina protiv čovečnosti”, da “međunarodna zajednica, kroz UN takođe ima odgovornost da koristi odgovarajuća mirna sredstva predviđena Glavama VI i VIII Povelje kako bi pomogle u zaštiti stanovništva”, i izrazili “u ovom kontekstu, mi smo spremni da preuzmemo kolektivnu akciju pravovremeno i na odlučan način, kroz Savet bezbednosti, u skladu sa Poveljom UN, uključujući Glavu VII Povelje, i da od slučaja do slučaja, u saradnji sa relevantnim regionalnim organizacijama, ukoliko je to prikladno, i ukoliko mirni načini rešavanja situacije se pokažu ko neadekvatni ili ukoliko nacionalne vlasti očigledno propuštaju da zaštite stanovništvo od genocida, ratnih zločina, etničkog čišćenja i zločina protiv čovečnosti”.<sup>31</sup>

Drugim rečima, glavni izgovor (osnov) za vojnu intervenciju protiv SRJ nema svoje utemeljenje u međunarodnom pravu.

\*\*\*

Rezolucijom Generalne skupštine 3314 (XXIX) o definiciji agresije od 14. decembra 1974. godine, agresija je definisana kao upotreba oružane sile jedne države ili grupe država “protiv suvereniteta, teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti druge države, odnosno ma na koji drugi način koji nije u skladu sa Poveljom UN, kako to proističe iz ove definicije”. Kao nesporni oblici agresije navode se, između ostalog “napad oružanih snaga jedne države na teritoriju druge države, bombardovanje teritorije neke države od strane oružanih snaga dru-

---

<sup>30</sup> “Mi odbacujemo takozvano “pravo” na humanitarnu intervenciju, koje nema pravni osnov u Povelji UN ili opštim načelima međunarodnog prava...” Group of 77 South Summit, Havana, Cuba, 10-14 April 2000 - Declaration of the South Summit, paragraf.54.

<sup>31</sup> *World Summit Outcome*, 2005, paras.138-139. Sadržina ovih zaključaka je kasnije našla svoje mesto u brojnim dokumentima UN. Primera radi General Assembly Resolution 60/1, para. 79. kao i u izjavama Generalnog sekretara UN. Vidi: *A more secure world: our shared responsibility* (A/59/565), paras. 185-203; *In larger freedom: towards development, security and human rights for all* (A/59/2005), paras. 122-126.

ge države, radnje jedne države koja svoju teritoriju stavi na raspolaganje drugoj državi da bi je ova iskoristila za izvršenje akata agresije protiv treće države. Ovakvo određenje agresije je opšteprihvaćeno. Rimskim statutom Međunarodnog krivičnog suda pojam zločina agresije se definiše na identičan način uz pozivanje na navedenu rezoluciju Generalne skupštine o definiciji agresije.<sup>32</sup>

Čl. 5 Rezolucije, koji je potvrđen i u gore navedenoj praksi Suda, je izričit u tome da “nikakav razlog ma koje prirode, bilo politički ekonomski vojni ili drugi, ne može služiti kao opravdanje agresije”. Drugim rečima, pozivanje na razloge humanitarne i druge prirode, ne može poslužiti kao opravdanje za preduzimanje oružane akcije jedne države ili grupe država protiv ma koje države. Da bi akcija bila legalna ona bi morala uslediti ili na osnovu rezolucije Saveta bezbednosti koja bi bila doneta shodno glavi VII Povelje UN ili na osnovu vršenja prava na individualnu ili kolektivnu samoodbranu u skladu sa čl. 51 Povelje UN.<sup>33</sup> Stoga, pozivanje na humanitarnu intervenciju ne predstavlja valjan osnov koji isključuje protivpravnost oružne intervencije NATO-a ili otklanja njenu kvalifikaciju ako akta agresije.

NATO i članice NATO-a su oružani napad na SR Jugoslaviju predstavljale kao “izuzetan” (*exceptional*) slučaj, odnosno izuzetak koji opravdava odstupanje od pravila. Ovaj argument nije kredibilan kako iz razloga koji su napred navedeni, tako i na osnovu same činjenice da se protivpravnost ili opravdanost nekog akta upotrebe oružane sile mora temeljiti na normama međunarodnog prava.

*Podrivanje autoriteta saveta bezbednosti: članice NATO-a i NATO su prekršili svoje obaveze iz rezolucija saveta bezbednosti UN*

Jedno od osnovnih pitanja koje se postavlja i u Izveštaju o istrazi o Iraku je podrivanje autoriteta Saveta bezbednosti UN. U slučaju agresije na SR Jugoslaviju, zaobilaženje Saveta bezbednosti i mehanizma UN je bilo (više nego) očigledno.

Rezolucije Saveta bezbednosti usvojene na osnovu Glave VII Povelje su pravno obavezujuće, odnosno stvaraju obaveze po međunarodnom pravu<sup>34</sup>. Re-

<sup>32</sup> Ona je identična i definiciji agresije iz čl. 8bis Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda.

<sup>33</sup> Prema čl. 51 Povelje UN “Ništa u ovoj Povelji ne umanjuje urođeno pravo na individualnu ili kolektivnu samoodbranu u slučaju oružanog napada protiv člana Ujedinjenih nacija, dok Savet bezbednosti ne preduzme mere potrebne za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti. O merama koje preduzmu članovi pri vršenju ovoga prava na samoodbranu biće odmah izvešten Savet bezbednosti i one neće ni na koji način da dovedu u pitanje ovlašćenja i odgovornost Saveta bezbednosti da po ovoj Povelji preduzme u svako doba takvu akciju ako je smatra nužnom radi održanja ili vaspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti.”

<sup>34</sup> Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, para. 85. Legal Consequences for States of the



zolutijama 1160, 1199 i 1203 iz 1998. godine, naglašava se primarna odgovornosti Saveta bezbednosti za održanje mira i bezbednosti, kao i da je pitanje rešavanja "kosovskog problema" na dnevnom redu Saveta bezbednosti. Podrivanjem autoriteta Saveta bezbednosti, posebno pretnjom oružanom silom, a kasnije i preduzimanjem oružanih akcija protiv SRJ, NATO i članice NATO-a delovale su suprotno navedenim rezolucijama i time prekršili svoje obaveze prema međunarodnom pravu.

Ovde ćemo navesti samo još neke od povreda navedenih rezolucija Saveta bezbednosti UN od strane NATO-a i članica NATO-a.

Članice NATO-a su, suprotno navedenim rezolucijama, načinom na koji su vođeni pregovori u Rambujeu, postupale suprotno obavezi da se vodi "smisleni dijalog o pitanjima političkog statusa" koji se zasniva na teritorijalnom integritetu SRJ i drugim standardima postavljenim Završnim aktom iz Helsinkija 1975. godine i Poveljom UN uzimajući u obzir prava kosovskih Albanaca i svih ostalih koji žive na Kosovu, te da političko rešenje uključi suštinski veći stepen samouprave i razumnu samoupravu. Obavezu vođenja *smislenog* dijaloga po ovim pitanjima je data "vlastima u Beogradu", i "kosovskim Albancima" (kao stranama u dijalogu), a time i drugim državama koje su uzele učešća u "pregovaračkom procesu."

Rezolucijama Saveta bezbednosti obavezano je rukovodstvo kosovskih Albanaca da "osudi sve terorističke akcije, i podvlači da svi elementi na zajednice kosovskih Albanaca treba da ostvaruju svoje ciljeve *isključivo mirnim sredstvima*". Tolerisanje, podržavanje i pomaganje vojnih aktivnosti OVK od strane NATO-a i članica NATO-a, predstavlja povredu gore navedenih rezolucija Saveta bezbednosti kao pravno obavezujućih akata.

Omogućavanje tzv. Oslobođilačkoj vojsci Kosova i drugim paravojsnim organizacijama da vrše oružane akcije protiv oružanih snaga SR Jugoslavije, vrše teritorijalna osvajanja, napade na civilno stanovništvo itd. predstavlja povredu navedenih rezolucija, kao i povredu suvereniteta i teritorijalnog integriteta SRJ.

NATO i države članice NATO-a su prekršile i brojne druge obaveze po međunarodnom pravu, uključujući ali ne ograničavajući se na, načelo mirnog re-

---

Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, str. 16; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, str. 15, paras. 39-41; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, str. 126-127, paras. 42-44).

šavanja međunarodnih sporova<sup>35</sup>, načelo zabrane mešanja u unutrašnje poslove drugih država<sup>36</sup>, obaveze poštovanja suvereniteta SR Jugoslavije<sup>37</sup>,

### Rezolucija 1244 (1999)

Rezolucija Saveta bezbednosti UN 1244 (1999) ne predstavlja, niti se može tumačiti kao naknadno odobrenje ili legalizacija upotrebe oružane sile protiv SR Jugoslavije, niti može promeniti pravnu kvalifikaciju intervencije NATO-a kao agresije.

Upotreba oružane sile od NATO-a se u tekstu rezolucije i ne spominje, samo se naglašava da je primarna odgovornost Saveta bezbednosti za održanje međunarodnog mira i bezbednosti, i da nije bilo potpunog saglašavanja sa zahtevima iz rezolucija 1160 (1998), 1199 (1998), 1203 (1998) i 1239 (1999).

Rezolucija se temelji (praktično implementira) opšte principe političkog rešenja kosovske krize usvojene 6. maja 1999. godine na sastanku ministara spoljnih poslova G-8 i prihvatanje od strane Jugoslavije principa iznetih u Beogradu 2. juna 1999. Tekst ovih dokumenata čini sastavni deo rezolucije 1244.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> čl. 2(3) Povelje UN kojim je predviđeno da “svi članovi rešavaju svoje sporove mirnim sredstvima tako da međunarodni mir i bezbednost kao ni pravda ne budu povređeni”.

<sup>36</sup> Sadržina i priroda ove norme utvrđena je Poveljom UN, drugih dokumentima UN, uključujući tu i Deklaraciju načela međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji između država, i potvrđena u praksi Međunarodnog suda pravde. Vidi: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, 1.C.J. Reports 1986, str. 107 para. 203). U Deklaraciji načela međunarodnog prava ističe se da “ni jedna država niti grupa država nema pravo da interveniše, direktno ili indirektno, iz bilo kog razloga, u unutrašnje ili spoljne poslove ma koje druge države. Shodno tome, oružana intervencija i svi drugi oblici intervencije ili pretnje usmerene protiv ličnosti države ili njenih političkih, ekonomskih i kulturnih elemenata, predstavljaju povredu međunarodnog prava.”

<sup>37</sup> Obaveza poštovanja suvereniteta proizlazi između ostalog iz čl. 2 (1) Povelje UN, prema kojoj UN počiva na “suverenoj jednakosti svojih članica”. Načelo suverene jednakosti je osnovno pravo svake države na kojoj se zasniva savremeno međunarodno javno pravo. Dužnost država da poštuju teritorijalni suverenitet druge države je kogentna norma međunarodnog prava. Međunarodni sud pravde je u slučaju vojnih i paravojnih aktivnosti SAD u i protiv Nikaragve istakao sledeće: “Sud smatra da u međunarodnom pravu, ukoliko jedna država, kako bi prinudila drugu državu, podržava i pomaže oružane bande u toj državi čija svrha je da obore vladu te države, predstavlja intervenciju jedne države u unutrašnje stvari druge, bez obzira da li je politički cilj države koja daje takvu podršku i pomoć jednako dalekosežan.” *Ibidem*, p. 124 para. 241.

<sup>38</sup> Više o ovome vidi: Aleksandar V. Gajić, Srbija i Ujedinjene nacije: Kosovsko pitanje i saradnja sa Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju, *Sedamdeset godina Ujedinjenih nacija – Pogledi iz Srbije (ur. Ž. Novčić i A. Đukanović)*, Institut za međunarodnu politiku i privrednu, Beograd 2015, 295-315.

## ZAKLJUČAK

Koncepcije koje nastoje da opravdaju upotrebu oružane sile van normativnog okvira postavljenog Poveljom UN (kao što je koncept humanitarne intervencije) uklapaju se u postmodernistički pristup koji, u svom najvećem delu *nastoji* da racionalizuje i pravno opravda spoljnopoličke aktivnosti pojedinih država. Međutim, one nisu našle utemeljenje u pozitivnom međunarodnom pravu i nisu preživle “test vremena.” Ovakve i slične koncepcije su samo refleks spoljnih politika pojedinih država (SAD, UK i nekih drugih) po okončanju Hladnog rata u uslovima u kojoj je jedna sila (SAD) imala predominantan položaj.

Međunarodno pravo je pravo, i nalazi se na stepenu razvoja u kome ne mora više da opravdava svoje postojanje kao sistema pravnih pravila (post-ontološka faza razvoja međunarodnog prava).<sup>39</sup> Međutim, isto kao i unutrašnje pravo, efikasnost međunarodnog prava bitno determinišu konkretne društvene okolnosti. Džek Goldsmit (Jack Goldsmith) i Erik Posner (Eric Posner) razmatrajući opšte pitanje ograničenja međunarodnog prava iznose tezu da “mogućnosti onoga što može da ostvari međunarodno pravo su ograničene konfiguracijom državnih interesa i distribucijom moći država.”<sup>40</sup>

Primena međunarodnog prava u delu koji se odnosi na upotrebu oružane sile svakako zavisi od “distribucije moći država”. Savremeni sistem “kolektivne bezbednosti” oličeni su sistemom UN koji primarnu odgovornost za održanje mira i bezbednosti poverava Savetu bezbednosti UN, u kome su ključni akteri “velike sile” koje raspolažu pravom veta. Drugim rečima, funkcionisanje ovog “nesavršenog sistema” zavisi od politike najmoćnijih država, ali je bez uticaja na pravnu kvalifikaciju upotrebe oružane sile, koja ostaje data prema pravu koje je važilo u momentu preduzimanja oružane intervencije (intertemporalno pravo).

Prof. Milan Bartoš je razmatrajući pitanje osnova međunarodnog prava ukazao da “osnov međunarodnog prava leži u ravnoteži snaga. Ako je ravnoteža pomerena u korist poštovaoca prava, onda je pravo potpuno osigurano, a ako je pomerena u korist prekršioca prava, onda se pravo može prekršiti, ali ostaje uvek mogućnost povraćaja ravnoteže, pa prema tome i kažnjavanja za povredu.”<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Vidi: Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1998, str. 6.

<sup>40</sup> Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, str. 13.

<sup>41</sup> Milan Bartoš, *Međunarodno pravo*, I knjiga, Kultura, Beograd 1954, str. 12.

ALEKSANDAR V. GAJIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law University of Belgrade,  
Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia,  
Acting Chief Legal Advisor<sup>42</sup>

THE USE OF ARMED FORCE AGAINST THE FR YUGOSLAVIA 1999:  
Role of internaional law and international lawyers in making decision concerning  
use of armed force

The Report of the Iraq Inquiry of the Commission headed by Sir John Chilcot of 6 July 2016 contains an unprecedented and very valuable narrative concerning the role of international law and official international layers in the UK in making decision on the use of force. In this article the author tends to highlight some of key issues concerning legality and legitimacy of use of force, particularly in the context of NATO armed intervention (aggression) against the FR Yugoslavia (that is also discussed in many parts of the Report), and to contribute to the discussion concerning the role of international law and official governmental lawyers in making decision to use armed force. The decision to use armed force is always of political nature that takes into account legal considerations, particularly opinions of governmental legal advisors. In that context the author tend to highlight the issue of the role of international law in foreign policy decisions (particularly in the UK) concerning use of armed force.

---

<sup>42</sup> The author is acting Principal Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia. Positions presented in this article are of the author alone and are not necessarily in line with the position of the Ministry of Foreign Affairs or the Government of the Republic of Serbia.

BORIS KRIVOKAPIĆ

## OSNOVNI PRINCIPI SAVREMENOG KONCEPTA LJUDSKIH PRAVA

PROBLEM I ZNAČAJ UTVRĐIVANJA OSNOVNIH PRINCIPA

### *Osnovni principi*

Osnovni principi ili osnovna načela su u svakoj oblasti ona najvažnija opšta pravila koja stvaraju preduslove za funkcionisanje određenog sistema, koja objašnjavaju to funkcionisanje i bitno određuju prirodu i efikasnost samog sistema.

Gledano iz drugog ugla, to su ona najopštija i najvažnija pravila koja su relativno nepromenjiva (njihovom eventualnom promenom bitno se menja čitav sistem) a koja služe kao osnov za nastanak čitavog niza drugih, izvedenih pravila.

Kada je reč o pokušaju da se identifikuju osnovni principi savremenog koncepta ljudskih prava, tu su mogući vrlo različiti pristupi koji, razume se, vode različitim rezultatima.

Pre svega, ako se ljudska prava posmatraju kao deo međunarodnog prava (međunarodna ljudska prava su jedna od grana međunarodnog javnog prava) onda nema sumnje da bi osnovni principi koji se tiču ljudskih prava morali obuhvatiti i osnovna načela čitavog međunarodnog javnog prava. Jasno je, međutim, da bi takav pristup bio preopširan i da bi samo zamaglio specifične osnovne principe u materiji ljudskih prava. Oni bi se izgubili u izlaganju, njihov značaj bio bi u

---

Dr Boris Krivokapić, profesor Fakulteta za poslovno-industrijski menadžment, Univerzitet "Union – Nikola Tesla", Beograd.

izvesnom smislu umanjen, jer bi svetlo reflektora bilo ne samo na njima, već i na nekim drugim principima. Drugim rečima, osnovna načela međunarodnog prava se podrazumevaju (uostalom, sve norme međunarodnog prava moraju biti u skladu sa njima, pa i norme iz materije ljudskih prava) ali su ona problem za sebe.<sup>1</sup> Uostalom, mnoga od njih (npr. načelo o zabrani upotrebe sile i pretnje silom u međunarodnim odnosima, načelo suverene jednakosti država, načelo o obavezni mirnog rešavanja međunarodnih sporova, načela o neutralnosti, načelo o slobodama otvorenog mora itd.) nisu u neposrednoj vezi sa problematikom ljudskih prava.

Slično bi se moglo reći i za osnovne principe pravnih poredaka pojedinih država, pa i čitavog unutrašnjeg prava, posmatranog kao nekakva apstraktna kategorija koja u izvesnom smislu stoji nasuprot međunarodnom pravu.<sup>2</sup> I tu postoje određena opšta pravna načela (ona koja su zajednička za sve ili makar većinu pravnih poredaka poznata su kao opšta pravna načela civilizovanih naroda) ali većina njih nije u vezi sa materijom ljudskih prava.<sup>3</sup>

Dakle, ovde su od prvenstvenog interesa oni osnovni principi koji su svojstveni savremenom konceptu ljudskih prava (u međunarodnim i nacionalnim okvirima) a ne pravu (međunarodnom ili unutrašnjem) kao takvom. Drugim rečima, u pitanju su određena pravna načela koja su vezana za konkretnu oblast društvenih odnosa – materiju ljudskih prava i sloboda. U tom smislu, kod pokušaja identifikovanja osnovnih principa savremenog koncepta ljudskih prava svesno moraju da se izostave određena opšta načela međunarodnog odnosno unutrašnjeg prava - ne zato što ne važe, već zato što ovde nisu od neposrednog interesa.

S druge strane, mora se staviti ograda u smislu da se radi o zaista osnovnim, a ne nekim drugim načelima. Konkretno, i pojedina zaštićena prava i slobode (npr. pravo na život; sloboda od mučenja; sloboda misli, savesti i veroispovesti; itd.) mogla bi se posmatrati kao važni principi savremenog prava ljudskih prava. Zapravo, ona to i jesu. Ipak, tu se, suštinski gledano, ne radi o osnovnim principima čitavog koncepta ljudskih prava, već o onima koji su vezani za određenu užu materiju, tačnije rečeno određena konkretna ljudska prava i slobode.

Gledano iz drugog ugla, pošto je reč o osnovnim principima koncepta ljudskih prava, a on ima i međunarodnu i unutrašnju dimenziju, ti principi moraju

<sup>1</sup> Više: Krivokapić Boris: *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2014, 134-135.

<sup>2</sup> O odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava i sa tim povezanim problemima, Krivokapić Boris: "Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava", *Strani pravni život* 2/2013, 59-103, Krivokapić Boris: "Primat međunarodnog prava", *Strani pravni život* 3/2013, 45-62.

<sup>3</sup> Više: Krivokapić Boris: *Međunarodno javno pravo*, op. cit., 133-134.

biti takvi da važe i u međunarodnom i u nacionalnom (unutrašnjem) pravu, tačnije u onim delovima tih prava koji jamče i uređuju ljudska prava i slobode.

Treba istaći i to da je ovde reč o osnovnim principima savremenog koncepta ljudskih prava. Pristup ljudskim pravima se kroz istoriju menjao, što znači da su određene promene doživljavali i osnovni principi na kojima je on počivao. U tom smislu, ovde smo prvenstveno zainteresovani za identifikovanje onih osnovnih principa koji u naše vreme obeležavaju način na koji je na međunarodnom planu i u unutrašnjem pravu modernih država uređena ova materija.

Najzad, čak i ako se ostane u napred omeđenim okvirima, jasno je da izdvajanje osnovnih principa nosi lični pečat onoga ko pokušava da to učini, te da će se konačan rezultat najverovatnije više ili manje razlikovati u zavisnosti od ličnih pogleda, iskustava i zapažanja onoga ko je do tog rezultata došao.

### *Značaj utvrđivanja osnovnih principa*

Značaj utvrđivanja osnovnih principa ima i teorijsku i praktičnu dimenziju. Po logici stvari osnovni principi u ovoj oblasti su ona opšta rešenja od kojih nisu dozvoljena odstupanja (ili su sasvim izuzetno dozvoljena, ali samo pod unapred definisanim uslovima i u strogo utvrđenim okvirima). Drugim rečima, sve ostale norme iz ove materije moraju biti u skladu sa ovim načelima, a to u krajnjoj liniji važi i za praksu.

Bliže gledajući, kada je reč o unutrašnjem pravu država osnovni principi koji se tiču materije ljudskih prava i sloboda mogu se pronaći već u samom ustavu zemlje, najčešće već u prvoj glavi. Samim tim, pošto je reč o ustavnim normama, jasno je da niže norme (zakonske, podzakonske) moraju biti u skladu sa ovim principima.

U međunarodnom pravu, ovi osnovni principi predstavljaju neka od osnovnih načela opšteg međunarodnog prava. Drugim rečima, spadaju u univerzalne međunarodne pravne običaje, i to u krug najvažnijih među njima. Ovo je važno zapaziti zato što, za razliku od međunarodnih sporazuma koji vezuju samo strane koje su ih izričito prihvatile, univerzalni međunarodnopravni običaji su obavezni za sve države i druge subjekte međunarodnog prava, pa i one koji nisu učestvovali u njihovom nastanku. Dakle, osnovni principi savremenog koncepta ljudskih prava su obavezni za sve, oni spadaju u *jus cogens*.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Razume se, može se govoriti i o savremenom konceptu ljudskih prava u nekim užim okvirima, npr. u okviru Evropske unije. Međutim, čitalac je već shvatio da nas ovde zanimaju ona opšta rešenja koja su karakteristična za univerzalno međunarodno pravo i unutrašnje pravne poretke modernih država. Postojanje eventualnih novih (dodatnih) principa u okviru članstva u nekoj me-

## KONKRETNI PRINCIPI

Mada su, razume se, mogući i drugačiji pristupi, čini se da se kao osnovni principi savremenog koncepta ljudskih prava (ujedno i međunarodnog prava ljudskih prava) mogu izdvojiti sledeći: 1. Univerzalnost osnovnih ljudskih prava - ona pripadaju svim ljudima; 2. Jednakost i zabrana diskriminacije; 3. Posebna zaštita naročito ugroženih kategorija ljudi; 4. Dosledno ostvarenje (implementacija); 5. Ograničenja ljudskih prava; 6. Ljudska prava važe i u ratu; 7. Međunarodna dimenzija; 8. Iscrpljenje unutrašnjeg pravnog puta; 9. Zabrana zloupotrebe ljudskih prava; 10. Kažnjavanje za kršenje ljudskih prava.

### *Univerzalnost osnovnih ljudskih prava*

Osnovna ljudska prava i slobode pripadaju svima, svakom ljudskom biću.

Ovo već na osnovu jedne vrste objektivnog međunarodnopravnog režima, koji mora da se primenjuje u svim delovima sveta, u pogledu svih ljudi. To u najmanju ruku važi za ona ljudska prava koja su prerasla u opšte međunarodno pravo odn. u univerzalne međunarodnopravne običaje, što znači da su obavezna za sve države.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), čija su rešenja u međuvremenu prerasla u univerzalno običajno međunarodno pravo već u čl. 1. precizira:

“Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima. Ona se obdarena razumom i svešću i treba jedni prema drugima da postupaju u duhu bratstva.”

U tom smislu može se primetiti da osnovna ljudska prava pripadaju svakome i svugde, čak i kada nisu izričito propisana domaćim zakonodavstvom. Ona, dakle, ne zavise od volje odnosne države.

### *Jednakost i zabrana diskriminacije*

U naše vreme osnovna ljudska prava, iz kojih u neku ruku proističu sva ostala, su pravo na jednakost i zabrana diskriminacije.

Istovremeno to su i osnovni principi čitavog koncepta ljudskih prava. Oni utvrđuju da su svi ljudi pravno jednaki (jednaki u pravima i obavezama) te da se među njima ne sme praviti nikakvo nepovoljno razlikovanje zasnovano na ličnim svojstvima kao što su boja kože, vera, etnička pripadnost, pol i slično.

---

đunarodnoj organizaciji ili međunarodnom sporazumu ni na koji način ne dovodi u pitanje značaj ovih osnovni načela, već samo predstavlja njihovu dopunu i razradu, mada u užim okvirima.



U izvesnom smislu jednakost i zabrana diskriminacije predstavljaju samo drugu stranu prvog principa, onog o univerzalnosti ljudskih prava. Ipak, razlike postoje. Univerzalnost znači da određena, najvažnija ljudska prava važe za sve i svugde. Međutim, postoje i neka ljudska prava koja nemaju univerzalnu, sveopštu dimenziju bilo da su vezana samo za određene kategorije ljudi (npr. posebna prava dece, žena, pripadnika etničkih manjina itd.) bilo da su predviđena samo određenim međunarodnim dokumentima koji ne vezuju sve države sveta (već npr. određenog regiona) ili su čak specifična samo za zakonodavstva pojedinih zemalja. Čak i ta prava, koja dakle, nemaju univerzalni značaj, moraju se priznavati i uživati na bazi jednakosti i zabrani diskriminacije.

Drugim rečima, univerzalnost govori da najvažnija ljudska prava pripadaju svima i svakome, s tim da nemaju sva priznata prava takav značaj. Naprotiv, jednakost i zabrana diskriminacije znače da odnosna prava (koja možda pripadaju svima, a možda su rezervisana samo za uže kategorije ljudi) moraju da se uživaju na bazi jednakosti i bez pravljenja bilo kakvog nepovoljnog razlikovanja s obzirom na lična svojstva.

#### *Posebna zaštita naročito ugroženih kategorijah ljudi*

Mada su načelno svi ljudi pravno jednaki, praksa pokazuje da su određene kategorije ljudi odnosno grupe stvarno ili potencijalno u nepovoljnijem položaju od drugih, a posebno da su ili mogu biti predmet diskriminacije, raznih oblika zlostavljanja, zapostavljanja i slično.

To izaziva potrebu da se tim grupama i njihovim pripadnicima, uz osnovna prava, koja pripadaju svakome, obezbede i neka dodatna, posebna prava. Ta prava im se daju ne da bi se oni na bilo koji način favorizovali, već naprotiv, da bi se obezbedila njihova stvarna, a ne samo pravna jednakost sa ostalima. Primer su posebna prava dece, žena, pripadnika nacionalnih manjina, invalida itd.

#### *Dosledno ostvarivanje (implementacija)*

Cilj priznavanje i jamčenja ljudskih prava je da ih njihovi korisnici zaista nesmetano i u punom obimu uživaju. Drugim rečima, da se ona ostvare, da se izvrši njihova implementacija (primena, ostvarivanje).

Za to nije dovoljno samo popisati ljudska prava i definisati ih. Potrebno je stvoriti preduslove i preduzeti sve neophodno da bi odnosne pravne norme o ljudskim pravima zaista bile primenjene.

U tom smislu, jedan od principa je da se zajamčena ljudska prava moraju i ostvarivati.

Neka od tih prava su po svojoj prirodi takva da se od država traži da ih trenutno obezbede (npr. pravo na život, sloboda od mučenja, itd.).

Postoje i prava kod kojih je nerealno očekivati da mogu odmah biti ostvarena u punom obimnu i u pogledu svih korisnika - npr. pravo na rad, pravo na obrazovanje itd. Međutim, i u vezi sa ovim pravima države su dužne da preduzimaju sve što je objektivno moguće za njihovo što brže i potpunije ostvarivanje. Pored ostalog, u svojim izveštajima međunarodnim nadzornim organima i telima, države su dužne da ukažu na činjenično stanje i preduzete korake, pri čemu se očekuje da se vidi stalni realan napredak u pogledu ostvarivanja ovih prava (npr. smanjenje broja nezaposlenih, nepismenih itd.).

### *Ograničenja ljudskih prava*

To što je sve veći krug zajamčenih ljudskih prava i što je njihova zaštita sve raznovrsnija i efikasnija, ne znači da ta ista prava nisu podvrgnuta određenim uslovima i ograničenjima.<sup>5</sup> Pre svega, neka su uslovljena po prirodi stvari – po sebi je razumljivo da aktivno i pasivno biračko pravo pripada samo domaćim državljanima, da glasati mogu samo lica koja imaju poslovnu sposobnost itd.

S druge strane, realnost života zahteva da se državama dozvoli da u određenim, tačno definisanim okolnostima privremeno suspenduju (ukinu) ili ograniče određena ljudska prava i slobode. To su izuzetne situacije. Takođe, određena ljudska prava ograničena su samim načinom na koji su definisana.

### *Ljudska prava važe i u ratu*

U načelu ljudska prava, važe i u miru i u vreme oružanog sukoba. Bliže gledajući, zapravo postoje tri osnovne situacije.

Jedna prava i slobode nastavljaju da važe kao da nema rata. To su tzv. apsolutno zaštićena ljudska prava, ona koja imaju takav značaj da se smatraju nedodirljivim, važećim i zaštićenim u svakoj prilici. Takvim da od njih ni u kakvim okolnostima i ni sa kakvim opravdanjem ne sme biti odstupanja. Čak ni rat kao jedan po mnogo čemu izuzetno dramatičan događaj koji iz korena menja i svakodnevicu i pravne i druge odnose u društvu, ne može biti izgovor za negiranje ili ograničenje ovih prava. Takvih kao što su pravo na život;<sup>6</sup> sloboda od mučenja,

---

<sup>5</sup> Više: Paunović Milan, Krivokapić Boris, Krstić Ivana: *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2016, 63-75.

<sup>6</sup> Podrazumeva se da se u ratu ubija i gine, ali ovde se ne misli na smrt koja je posledica zakonitih ratnih operacija, već na zabranu i kažnjivost arbitrarnih (samovoljnih) lišenja života.

nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja; sloboda od ropstva; sloboda misli, savesti i veroispovesti; itd.

Neka ljudska prava i slobode mogu za vreme rata na propisani način biti ograničena ili čak privremeno ukinuta (suspendovana). Ovo u skladu sa opštim principom koji dozvoljava takve korake u vanrednim okolnostima. Tako npr. u vreme dok traje ratno stanje država može na teritoriji pod svojom vlašću (nje-na državna teritorija ili tuđa teritorija koju je okupirala) ograničiti pravo na okupljanje ili ga privremeno sasvim ukinuti; zabraniti izlaske na ulice posle određenog i do određenog doba dana (policijski čas); ograničiti pravo na informisanje (uvođenjem cenzure); suspendovati pravo na udruživanje; suspendovati pravo na držanje odnosno nošenje oružja i slično. Uostalom, mobilizacija domaćih državljana ili interniranje stranaca su mere koje same po sebi pogađaju odnosno ograničavaju čitav niz ljudskih prava i sloboda. Važno je, međutim, primetiti da se odnosna ljudska prava i slobode ovim ne poništavaju odn. trajno ukidaju, već se samo privremeno ograničavaju ili stavljaju van snage, u meri u kojoj je njihovo uživanje nespojivo sa novonastalom situacijom. Kada prestane ratno stanje uvedena ograničenja i suspenzije se ukidaju.

Konačno, postoje posebna ljudska prava koja nastaju upravo kao posledica ratnog stanja. Naime, izbijanjem rata sva lica koja se nalaze pod jurisdikcijom bilo koje strane u sukobu na ovaj ili onaj način ulaze u neku od ratnim i humanitarnim pravom predviđenih kategorija. Bliže gledajući, svako od njih može biti borac, civil, ranjenik, bolesnik, brodolomnik itd. a u nekim slučajevima može pripadati istovremeno dvema ili više od ovih kategorija (npr. maloletni bolesni ranjenik koji je ratni zarobljenik). Pripadnost svakoj od ovih kategorija uz drugačiji faktički položaj podrazumeva i drugačiji pravni status, što, pored ostalog znači i zaštitu međunarodnog humanitarnog prava odn. uživanje posebnih prava. U tom smislu moglo bi se čak reći da usled izbijanja rata nastaju (tačnije, počinju da dejstvuju) neka nova prava, vezana za odgovarajuće kategorije ljudi koje se sve zajedno nazivaju žrtvama rata.

### *Međunarodna dimenzija*

U naše vreme ljudska prava imaju izraženu međunarodnu dimenziju. Ona se ogleda u tri osnovna momenta.

Pre svega, ljudska prava su danas stvar od međunarodnog značaja i to je nesumnjivo utvrđeno nizom međunarodnih dokumenata, a potvrđeno praksom. Za razliku od prošlosti, države danas ne mogu da se pozivaju na to da su ljudska prava stvar u njihovoj isključivoj nadležnosti. Druge države, međunarodne organizacije i drugi strani subjekti imaju pravo da se interesuju za stanje ljudskih prava u

svakoj zemlji, da komentarišu to stanje, nude pomoć i saradnju, a u nekim slučajevima i da pokreću određene postupke protiv države koja uporno i drastično krši ljudska prava. Pri tome se ovi koraci stranih subjekata ne mogu smatrati neprijateljskim ili nezakonitim mešanjem u unutrašnje poslove odnosne države.

Drugi važan element međunarodne dimenzije ljudskih prava svodi se na to da se neka od tih prava uživaju već na osnovu međunarodnog prava, nezavisno od unutrašnjeg prava konkretne države. Ovo u prvom redu važi za ona prava koja su prerasla u univerzalne međunarodnopravne običaje, što znači da su obavezna za sve države. Primeri su zabrana ropstva, genocida, mučenja itd. Država koja se ponaša na drugačiji način krši međunarodno pravo i može biti pozvana na odgovornost zbog toga.

Konačno, za vreme u kome živimo karakteristični su i razni oblici međunarodnog nadzora nad tim kako države poštuju svoje međunarodne obaveze u domenu ljudskih prava odnosno kako se uopšte odnose prema ljudskim pravima.

Stvar je u tome da se ostvarivanje zajamčenih ljudskih prava ne može prepuštiti u potpunosti samim državama.

Da bi napredak bio stalan i stvaran, neophodno je da stanje stvari procenjuje neki objektivni subjekt, izvan strukture same države. Takođe, to je put za sagledavanje stanja ljudskih prava u čitavom svetu ili regionu, za usklađivanje prakse država i položaja ljudi.

Tome služe razni oblici međunarodnog nadzora koji se ostvaruju posredstvom međunarodnih organa i tela – međunarodnih sudova za ljudska prava, raznih ekspertskih tela (ugovorna tela) itd. Zavisno od slučaja, ovi organi i tela ovlašćeni su i da preduzimaju konkretne korake kojima se štite ljudska prava pojedina i grupa ili se nastoji da se popravi opšte stanje ljudskih prava u datoj državi.

### *Iscrpljenje unutrašnjeg pravnog puta*

Mada je u velikoj meri vezan za međunarodni nadzor, samostalnu vrednost ima i princip o iscrpljenju unutrašnjeg pravnog puta odnosno unutrašnjih pravnih sredstava.<sup>7</sup> Svodi se na zahtev da se pre preduzimanja određenih radnji na međunarodnom planu, moraju prethodno iscrpeti sva pravna sredstva koja predviđa pravni poredak odnosne države.

Tako međunarodni dokumenti koji predviđaju pravo pojedinca da se povodom zaštite svojih prava obraća određenim međunarodnim telima, preciziraju da

---

<sup>7</sup> Više: Krivokapić Boris: *Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa*, Beograd 2010, odrednica: "Iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava", str. 365.

se takvo obraćanje neće uzeti u postupak ukoliko je preuranjeno, tj. ukoliko je izvršeno pre nego što su iscrpna sva unutrašnja pravna sredstva.

Na isti način, princip je da država može intervenirati kod druge države radi zaštite prava i interesa svog državljanina tek nakon što se on bezuspešno poslužio svim pravnim sredstvima koja predviđa pravni sistem odnosne strane države.

### *Zabrana zloupotrebe ljudskih prava*

Jedno od osnovnih načela je ono o zabrani zloupotrebe ljudskih prava. Njih na razne načine mogu zloupotrebiti razni subjekti – pojedinci, grupe, države, međunarodne organizacije itd.

Zloupotreba ljudskih prava ne sme se tolerisati. U mnogim slučajevima zloupotreba zapravo nije ništa drugo nego posebno težak oblik kršenja tih prava, manipulacija tim pravima.<sup>8</sup>

### *Kažnjavanje za kršenje ljudskih prava*

Jedan od principa je i da se za kršenje ljudskih prava odgovara. Ova odgovornost postoji već u okviru pravnih poredaka država i podrazumeva političku, građansku i krivičnu odgovornost.

Još interesantnija je međunarodna odgovornost. U naše vreme najgrublji oblici kršenja ljudskih prava definisani su kao međunarodna krivična dela, za koja se odgovara na bazi individualne krivične odgovornosti.<sup>9</sup>

Ova krivična dela (npr. genocid) preuzeta su iz međunarodnog u unutrašnja prava država i za njih se odgovara pred krivičnim sudovima država. Međutim, sve je veći broj i međunarodnih krivičnih sudova koji, u skladu sa svojom nadležnošću, imaju primat nad nacionalnim sudovima država.

## ZAKLJUČAK

Ovde je ukazano na samo neke od osnovnih principa savremenog koncepta ljudskih prava. Razume se, njihov spisak bi mogao biti i kraći, ali i neuporedivo duži.

Nije problem samo u tome što se ovi principi različito doživljavaju od strane raznih istraživača i praktičara. Reč je i o objektivnim problemima jer se neka

---

<sup>8</sup> Više o svemu: Krivokapić Boris: "O zloupotrebi ljudskih prava", *Pravni život* 12/2014, 441-457.

<sup>9</sup> O kažnjavanju na unutrašnjem i međunarodnom planu za kršenje ljudskih prava: Paunović Milan, Krivokapić Boris, Krstić Ivana: *op. cit.*, 319-351.

načela javljaju i kao posebna prava, ponegde se u okviru istog principa krije zapravo nekoliko rešenja ili se, naprotiv, razni principi međusobno prepliću i dopunjavaju. Takođe, reč je o promenljivoj kategoriji, koja je u stalnom razvoju – tako npr. pre svega nekoliko decenija neki od ovde izdvojenih principa (npr. o jednakosti i nediskriminaciji, o posebnim pravima ugroženih kategorija ljudi, o međunarodnoj dimenziji) ne samo da nisu važili, već su propisi i praksa država često bili u suprotnosti sa njima.

Postavlja se pitanje koja je svrha izdvajati osnovne principe u ovoj materiji, tim pre kada se zna da će razni izvori ponuditi više ili manje različita viđenja. Smisao je upravo u tome da se učini nesumnjivim da neka osnovna pravila imaju obaveznú snagu i ne mogu se dovoditi u pitanje odnosno da se dostignuti stepen zaštite ljudskih prava ne sme smanjivati. Sa druge strane, postojanje donekle različitih pogleda na osnovne principe savremenog koncepta ljudskih prava nije nikakva slabost. Naprotiv, ono omogućava da se svaki od principa još jednom proveri, da se poređenjem različitih pristupa i argumenata kojima se oni brane dođe do rešenja koje je i najtačnije i najprihvatljivije sa stanovišta i teorije i prakse.

BORIS KRIVOKAPIĆ, Ph.D.,  
Professor, University “Union - Nikola Tesla”, Belgrade

## FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE CONTEMPORARY CONCEPT OF HUMAN RIGHTS

### Summary

The article has three parts. The first one deals with the problem and significance of determination of the fundamental principles of contemporary concept of human rights. Here it is underlined that importance of establishing of this principles has theoretical and practical dimension. Logically, fundamental principles in this area are those general solutions of which no deviation is not allowed (or is quite exceptionally allowed, but only under pre-defined conditions and in strictly defined limits). In other words, all other norms in this matter must be in accordance with these principles, and that ultimately goes to practice as well.

In the second part ten fundamental principles of the modern concept of human rights are briefly explained: 1. Universality of fundamental human rights; 2. Equality and the prohibition of discrimination; 3. Specific protection of particularly vulnerable categories of people; 4. Consistent realization (implementation); 5. Limitations of human rights; 6. Human rights apply also in the war; 7. International dimensions; 8. Exhaustion of internal legal remedies; 9. Ban of abuse of human rights; 10. Punishment for human rights violations.

In concluding remarks, it is underlined that the paper points to only some of the fundamental principles of the modern concept of human rights, and that their list could be shorter, but also much longer. The problem is not only that these principles are perceived differently by various researchers and practitioners. There are also objective problems because some principles appear as special rights, sometimes within the same principle there are in fact few solutions or, on the contrary, various principles intertwine and complement. Also, it is a changeable category, which is in constant development. In this regard, the question is what is the purpose to allocate the fundamental principles in this matter, especially when it is known that various sources will offer more or less different views. The point is precisely to make it indisputable that some fundamental rules have mandatory force and can not be questioned and that the achieved level of protection of human rights can not be diminished.





DUŠKO DIMITRIJEVIĆ

## SPOROVI U JUŽNOM KINESKOM MORU I MEĐUNARODNO PRAVO

Geoekonomsko pozicioniranje sporova u Južnom kineskom moru

Južno kinesko more spada u red poluzatvorenih mora koje zauzima površinu od 3,5 miliona kvadratnih kilometara.<sup>1</sup> More okružuju Kina, Bruneji, Indonezija, Malezija, Filipini i Vijetnam.<sup>2</sup> Zbog nepravilnog oblika, Južno kinesko more se u priobalnim državama često naziva i “kravljim jezikom”. Prostire se od Singapura i Molučkog moreuza, do Tajvanskog moreuza, zapadne obale Filipina, severne obale Indonezije i do istočnog dela Vijetnama. Idući od severa ka jugu udaljenost iznosi oko 1800 kilometara, a od istoka ka zapadu aproksimativno 900 kilometara. **U moru se nalazi preko 250, uglavnom nenaseljenih, ostrva, ostrvaca, grebena, sprudova i stena grupisanih u četiri odvojene celine koje se u engleskom i kineskom govornom području zovu Parasel/Siša (*Paracel/Xisha Islands*), Spratli/Nanša (*Spratly/Nansha Islands*), Prata/Dungša (*Pratas/Dongsha Island*), Maklesfild/Cungša (*Macclesfield Bank/Zongsha Islands*) i Skarborou/Huang Jen (*Scarborough Shoal/Huang Yan*).** Pomenuta ostrva i morske formacije nalaze se unutar oblasti koja je u pomorskim kartama označena koordinatama od 3°57’do

---

Dr Duško Dimitrijević, naučni savetnik Instituta za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

<sup>1</sup> *China’s Ocean Development Report*, China Institute of Marine Affairs, State Oceanic Administration, 2011, p. 20.

<sup>2</sup> Hasijim Djalal, “Indonesia and the South China Sea Initiative”, *Ocean Development and International Law*, 2001, vol. 32, no. 2, pp. 97, etc.

21°N (severne geografske širine) i 109°30' do 117°50'E (istočne geografske dužine). Južno kinesko more ima izvanredan geoekonomski značaj, jer kroz njega vode važni pomorski putevi koji povezuju Indijski okean sa severoistočnom Azijom, uključujući važne luke u Kini, Japanu, Koreji i Rusiji.<sup>3</sup> Međunarodne pomorske rute prolaze preko Molučkog i Singapurskog zaliva (između Indonezije, Malezije i Singapura), Sundskog zaliva (između indonežanskih ostrva Jave i Sumatre), ukrštajući se u pravcu prema Tajvanskom moreuzu (između Kine i Tajvana) ili prema Lusonskom moreuzu (između Tajvana i Filipina). Procenjuje se da se ovim pomorskim putevima obavlja više od polovine godišnje trgovine država istočne i jugoistočne Azije.<sup>4</sup> Procena je i da se u podmorju Južnog kineskog mora nalaze bogata nalazišta nafte i gasa.<sup>5</sup> Na osnovu preliminarnih ispitivanja, u Južnom kineskom moru nalazi se i trećina svetskog morskog biodiverziteta.<sup>6</sup>

### *Istorijat sporova u Južnom kineskom moru*

Istorijski posmatrajući, većina obalnih država Južnog kineskog mora, izuzev Kine i Tajvana, sve do novijeg doba, samo je sporadično isticala zahteve za suverenost nad njegovim morskim područjima. Kina je, kao najveća sila u regionu smatrala da Južno kinesko more predstavlja "prirodnu sferu njenih uticaja".<sup>7</sup> U najranijoj kineskoj historiografiji pominje se oblast Južnog kineskog mora kao teritorija u kojoj su razne kineske dinastije ubirale tribute sve do 3. veka nove ere kada su oblast zauzeli "varvari sa južnih mora". Termin "Južno more" (*Nan Hai*), pomenuto je u knjizi "Klasična poezija" (*Shi Jing*), koja je publikovana u periodu od 475-221. godine pre nove ere.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Clive Schofield, "Dangerous Ground: A Geopolitical Overview of the South China Sea", in Sam Bateman and Ralf Emmers (eds.), *Security and International Politics in the South China Sea*, Routledge, 2009, p. 18.

<sup>4</sup> Poređenja radi, na godišnjem nivou, kroz Molučki moreuz prođe tri puta više tankera nego Sueckim kanalom, odnosno pet puta više nego Panamskim. Videti: UCLMUN 2012 – Security Council, *South China Sea Dispute*, Internet, <http://www.uclmun.co.uk/SC2.pdf>, 10/05/2016.

<sup>5</sup> Neke procene govore da u Južnom kineskom moru ima 1.1 milijarda tona nafte, dok kineski izvori tvrde da ima zaliha od 17.7 milijardi tona (poređenja radi, Kuvajt ima 13 milijardi tona). Kada je reč o rezervama prirodnog gasa, američka Agencija za energetiku (*US Energy Information Administration* – EIA) je procenila da one iznose 25 triliona kubnih metara kolike su rezerve Katara. Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Scott Neuman, "Little Islands Are Big Trouble In The South China Sea", NPR, September 07, 2012, Internet, <http://www.npr.org/2012/09/07/160745930/little-islands-are-big-trouble-in-the-south-china-sea>, 10/05/2015.

<sup>8</sup> Jianming Shen, "China's Sovereignty over the South China Sea Islands: A Historical Perspective", *Chinese Journal of International Law*, 2002, vol. 94, pp. 102-105.

U vreme dinastije Ćin i dinastije Han (od 618-1279. godine nove ere), prvi put se pominje "Pomorski put svile" kroz Južno kinesko more. Pomorski put svile bio je pandan za Put svile koji je vodio preko kineskog kopna sve do obala Mediterana. Naziv je ostao u upotrebi sve do kasnog perioda dinastije Ming i ranog perioda dinastije Ćing kada je slavna trgovačka ruta bila obustavljena (od 1474-1551. godine nove ere). Nakon izbijanja prvog Opijumskog rata između Kine i Velike Britanije 1840. godine, došlo je do obustave saobraćaja rutama Pomorskog puta svile. Početkom 20. veka, Kina je u svojim pomorskim kartama i atlasima prikazivala najveći deo Južnog mora kao deo kineske teritorije. U toku 1935. godine, Kina je u zvanično objavila graničnu liniju u Južnom kineskom moru koja je obuhvatila četiri grupe ostrva i ostrvskih formacija, i to: Parasel/Siša, Spratli/Nanša, Prata/Dungša, Maklesfild/Cungša i Skarborou/Huang Jen. Nakon Drugog svetskog rata, pozivajući se na Kairsku deklaraciju i Potsdamsku proklamaciju Savezničkih sila, Kina je povratila prava nad ostrvima Parasel/Siša i Spratli/Nanša koja su bila okupirana od strane Japana. Zanimljivo je, da ni jedna priobalna država u Južnom kineskom moru nije reagovala povodom ove japanske derilikcije, a Kina je u cilju uspostavljanja efektivne kontrole poslala pomorske kontigente koji su na Jung Singu (*Young Xing/Woody Islands*), Parasel/Siša, Taj Pingu (*Tai Ping/Itu Aba*), i na ostrvima Spratli/Nanša, postavili kamene granične markere. Tokom 1947. godine, kineska Vlada interno je distribuirala pomorski atlas u kome su ucrtane granice kineske teritorije sa jedanaest isprekidanih linija u oblasti Južnog kineskog mora. Iste godine, Ministarstvo unutrašnjih poslova Kine objavilo je listu od 172 kineska ostrva na kineskom i engleskom jeziku. U maju 1949. godine, već pomenute četiri grupe ostrva bile su stavljene pod kontrolu distrikta Henan u okviru kineske provincije Guang Dong.

Nakon dobijanja nezavisnosti 1946. godine, Filipini su počeli da pokazuju aspiracije za novom podelom vlasti u Južnom kineskom moru. Već 1949. godine, Filipini su izneli zahtev za ostrvcima iz arhipelaga Spratli/Nanša. Kina je potom reagovala izjavom u kojoj je reinterpretirana ranija tvrdnje kineskog ministra inostranih poslova Ću Enlaja (*Zhou Enlai*), iz 1951. godine, da ostrva Siša, Nanša, Dungša i Cungša predstavljaju "inherentni deo kineske teritorije" koju je Japan vratio Kini nakon bezuslovne predaje po okončanju Drugog svetskog rata. Sa otopljanjem kinesko-vijetnamskih odnosa 1953. godine, Kina je izbrisala dve od ukupno jedanaest isprekidanih graničnih linija u svojim pomorskim kartama i pomorskim atlasima. Od tog momenta, kinesko teritorijalno pozicioniranje u Južnom kineskom moru obuhvatalo je područje označeno sa "devet isprekidanih linija" (*nine-dash line*). Delimitacija sa "devet isprekidanih linija" po kineskom stanovištu ima utemeljenje u kodifikovanom međunarodnom pravu, ali i u pravilima koja su ostala van zvanične kodifikacije Konvencija o pravu mora iz 1982. godine, to jest, u običajnim pravilima koja se odnose na prava koja proizilaze iz

otkrića, okupacije i “istorijskih prava” nad teritorijom.<sup>9</sup> Radi konsolidacije svog stanovišta, Kina je 4. septembra 1958. godine, donela Deklaraciju o teritorijalnom moru kojom je jednostrano potvrdila suverenitet nad pomenutim grupama ostrva u Južnom kineskom moru. U svrhu sprovođenja odredaba Konvencije o pravu mora iz 1982. godine, Kina je deponovala instrument o ratifikaciji Ujedinjenim nacijama 7. jula 1996. godine. U instrumentu se potvrđuju suverena prava nad svim ostrvima i arhipelazima koji su obuhvaćeni kineskim Zakonom o teritorijalnom moru i spoljnjem morskom pojasu od 25. februara 1992. godine. Na pomenuti način Kina je u svoje pomorsko područje uključila *inter alia*, i ostrva Siša, Nanša, Dungša i Cungša. U svrhu afirmacije suverenih prava nad morem, podmorjem i podzemljem koje okružuje navedna ostrva, Kina je 26. juna 1998. godine, promulgovala i Zakon o isključivoj ekonomskoj zoni i epikontinentalnom pojasu, čija rešenja nisu naišla na dobar prijem ostalih priobalnih država, naročito Vijetnama koji je izdao i zvaničan protest.<sup>10</sup>

U analizi slučaja bilo bi od značaja uočiti još i da su počev od kasnih šezdesetih godina 20. veka, na području Južnog kineskog mora otkriveni veliki resurski nafte i gasa. Ta situacija doprinela je da Filipini istaknu zahtev prema ostrvima Kalajan (*Kalayaan Islands*), odnosno, nad zapadnim sektorom ostrva Spratli/Nanša. Nakon što je Južni Vijetnam okupirao grupu ostrva Parasel/Siša, zajedno sa desetak ostrvaca iz grupe ostrva Spratli/Nanša, Kina je reagovala silom, te je nakon kratkotrajnog rata 1974. godine, uspela da ostrva vrati pod svoju kontrolu.<sup>11</sup> Sporazumom od 25. decembra 2000. godine, o delimitaciji teritorijalnog mora, isključivih ekonomskih zona i epikontinentalnih pojaseva u Tonkinškom zalivu (*Bac Bo Gulf/Tonkin Gulf*), dve strane su regulisale otvorena granična pitanja i probleme u vezi prava ribarenja.<sup>12</sup>

U novijem periodu, došlo je do intenziviranja sporova između priobalnih država Južnog kineskog mora. Naime, poveden je pravi “verbalni rat” između Kine s jedne strane i ostalih priobalnih država, sa druge strane. Malezija i Vijetnam podnele su, 6. maja 2009. godine, zajednički podnesak Komisiji za utvrđi-

<sup>9</sup> Gao Zhiguo, Jia Bing Bing, “The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status, and Implications”, *American Journal of International Law*, 2013, vol. 107, no. 1, pp. 98-123; Li Jinming, Li Dexia, “The Dotted Line on the Chinese Map of the South China Sea: A Note”, *Ocean Development and International Law*, 2003, vol. 34, pp. 287-295, Internet, <http://cat.middlebury.edu/~scs/docs/Li%20and%20Li-The%20Dotted%20Line%20on%20the%20Map.pdf>, 10/07/2016.

<sup>10</sup> Nguyen Hong Thao, “China’s Maritime moves Raise Neighbors’ Hackles”, *Vietnam Law and Legal Forum*, July, 1998, p. 21.

<sup>11</sup> Do 2004. godine, Vijetnam je nasilno zauzeo 29 ostrva iz grupe ostrva Spratli/Nanša. Videti: Gao Zhiguo, “The South China Sea: From Conflict to Cooperation”, *Ocean Development and International Law*, 1994, vol. 25, pp. 345-348.

<sup>12</sup> Zou Keyuan, “The Sino-Vietnamese Agreement on Maritime Boundary Delimitation in the Gulf of Tonkin”, *Ocean Development and International Law*, 2005, vol. 36, pp. 13, etc.

vanje granica epikontinentalnog pojasa. Dan nakon toga, Kina je prilažuci pomorsku kartu Južnog kineskog mora sa graničnih "devet isprekidanih linija", oštro odreagovala verbalnom notom protiv jednostranog proširenja njihovih epikontinentalnih pojaseva do širine od 200 nautičkih milja. Kina je istakla da se ovim činom krši njen suverenitet nad ostrvima, kao i suverena prava i jurisdikcija u priobalnim vodama, uključujući i prava u podmorju i ispod površine vode. Vijetnam je potom odgovorio da ima nesporno suverenitet nad ostrvima Hoang Sa (*Hoang Sa Islands*), to jest nad ostrvima Parasel/Siša, kao i nad ostrvima Truong Sa (*Truong Sa Islands*), to jest nad ostrvima Spratli/Nanša. Malezija je takođe odgovorila na kinesku verbalnu notu tako što je 20. maja iste godine, izjavila da njen zajednički podnesak sa Vijetnamom ne prejudicira pitanje granice između epikontinentalnih pojaseva susednih država. Inače, Malezija je istakla slične teritorijalne zahteve kao i Vijetnam u pogledu delova ostrva Spratli/Nanša.

Pomenutoj polemici ubrzo su se pridružili i Filipini koji su 18. avgusta 2009. godine, zaključili da nema mesta teritorijalnim zahtevima Malezije i Vijetnama. U julu 2010. godine, Indonezija je podnela verbalnu notu Ujedinjenim nacijama u kojoj je istakla da kineska pomorska karta sa "devet isprekidanih linija" nema osnova u međunarodnom pravu. Filipini su zatim, u aprilu 2011. godine, u odgovoru na kinesku notu iz 2009. godine, otvoreno zatražili suverenitet nad ostrvima Kalajan i relevantnim morskim pojasevima u skladu sa Konvencijom UN o pravu mora iz 1982. godine. Ujedno, Filipini su osporili Kini pravo da unutar područja obuhvaćenog sa "devet isprekidanih linija" uživa suverena prava i jurisdikciju u podmorskim područjima i u podzemlju ispod površine vode. Na pomenute navode Kina je odgovorila novom verbalnom notom od 14. aprila 2011. godine, kojom je odbacila sve tvrdnje Filipina smatrajući ih totalno neprihvatljivim s aspekta istorijskih činjenica i pravnih argumenata. Kina je istakla da ni jedan ugovorni instrument kojim se uređuje pitanje granica Filipina nije predvideo da ostrva Kalajan uđu u sastav Filipina. Ta ostrva su deo ostrva Spratli/Nanša koja pripadaju Kini, a filipinska invazija i okupacija ostrva Kalajan sedamdesetih godina 20. veka, predstavlja povredu kineskog suvereniteta koji je skoro četrdeset godina pre i javno proklamovan. Početkom maja 2011. godine Vijetnam je odgovorio Kini i Filipinima verbalnom notom reafirmišući ponovo prava nad ostrvima Parasel/Siša i Spratli/Nanša.<sup>13</sup>

#### *Teritorijalni zahtevi priobalnih država u Južnom kineskom moru*

Na osnovu napred navedenih razmatranja, jasno je da pitanje sporenja u Južnom kineskom moru predstavlja dugotrajnu istorijsku praksu koja je eskalira-

---

<sup>13</sup> Gao Zhiguo, Jia Bing Bing, "The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status, and Implications", op. cit., pp. 105-108.

la razvojem međunarodnih odnosa i međunarodnog prava. U 20. veku, svet je bio zatečen dijalektikom promena koje je karakterisao trajan antagonizam individualnih i opštih interesa. Područje Južnog kineskog mora upravo održava jednu takvu stvarnost, budući da se u njemu preklapaju pojedinačni teritorijalni zahtevi obalnih država i potreba za razvojem regionalne saradnje. U kontekstu ostvarivanja državnog suvereniteta nad morskim područjem, dve obalne države, Kina i Tajvan, istakle su svoje maksimalističke zahteve za ostrvima i ostrvskim formacijama u Južnom kineskom moru, i to, u odnosu na Parasel/Siša, Spratli/Nanša, Prata/Dungša,<sup>14</sup> Maklesfild/Cungša i Skarborou/Huang Jen. Sa druge strane pak, pomenutim teritorijalnim zahtevima suprotstavljeni su teritorijalni zahtevi drugih obalnih država u Južnom kineskom moru. Tako, Vijetnam potražuje ostrva Hoang Sa (Parasel/Siša), potom ostrva Truong Sa (Spratli/Nanša) i Maklesfild/Cungša. Filipini zahtevaju suverenitet nad zapadnim sektorom ostrva Spratli/Nanša, koje nazivaju Kalajan. Malezija ima slične prohteve koji se odnose na delove Spratli/Nanša ostrva, potom na Maklesfild/Cungša i na sprud Skarborou/Huang Jen. Bruneji potražuju delove ostrva Spratli/Nanša u neposrednoj blizini svoje obale.<sup>15</sup> Navedna teritorijalna potraživanja u Južnom kineskom moru ne obuhvataju samo preklapanja teritorijalnih zahteva u odnosu na ostrva i ostrvske formacije, već i u odnosu na određene morske oblasti oko tih ostrva, kao što su isključive ekonomske zone i epikontinentalni pojasevi.

*Moguća primena međunarodnog prava u rešavanju sporova  
u Južnom kineskom moru*

Napred je već pomenuto da su teritorijalni zahtevi Kine ovičeni jednostrano povučenom granicom od "devet isprekidanih linija". Prema kineskom shvatanju, granica od "devet isprekidanih linija" ima osnov u međunarodnom pravu, pre svega u pravilima običajnog prava koja se odnose na stečena "istorijska prava".<sup>16</sup> Kina polazi od stanovišta da je pre ostalih priobalnih država **stekla istorijski naslov (*historical title*)**, u odnosu na ostrva i morska područja **Južnog kineskog mora**. Suverenitet nad ostrvima i ostrvskim područjima Kina izvodi se iz pravila klasičnog međunarodnog prava koje reguliše sticanje teritorija na osnovu otkrića, mirne okupacije i zastare (*prescription*). Ako se pođe od hipoteze da je Kina u prošlosti **prva otkrila navedena ostrva i morska područja, nije sasvim jasno da li je Kina uspela i da proširi svoju suverenost nad svim ostrvima i morskim**

<sup>14</sup> Kina potražuje suverenitet nad ostrvom Prata/Dungša koje se nalazi pod upravom Tajvana.

<sup>15</sup> Florian Dupy, Pierre-Marie Dupy, "A Legal Analysis of China's Historic Rights Claim in the South China Sea", *American Journal of International Law*, 2013, vol. 107, no. 1, p. 125.

<sup>16</sup> Jiangming Shen, "China's Sovereignty over the South China Sea Islands: A Historical Perspective", *Chinese Journal of International Law*, op.cit., pp. 94, etc.

područjima u Južnom kineskom moru koja do tada nisu pripadala ni jednoj drugoj državi (*terra nullius*)? Iako nije sporno da je Kina javno obznanila i notifikovala svoju nameru podvlašćenja ostrva i morskih prostora u Južnom kineskom moru (*animus domini*), sporno je, da li je Kina ispunila i drugi uslov koji se po međunarodnom pravu zahteva za okupaciju, a koji se odnosi na miroljubivo, kontinuirano i efektivno vršenje vlasti nad okupiranim područjem?<sup>17</sup> Ovo tim pre, jer zbog pomeranja nivoa Južnog kineskog mora (plime i oseke), te nepristupačnosti koja proizilazi iz konfiguracije obale, mogućnost ostvarivanja bilo čije efektivne vlasti nad nekim ostrvima i ostrvskim formacijama nije faktički moguće ostvariti nego li, kroz simbolične državne akte.

U vezi sa navedenim ostaje otvorenim i pitanje isticanja postojanja suvereniteta (*à titre de souverain*), nad ostrvima na osnovu zastare (*prescription*). Faktičko stanje uspostavljeno zastarom ili održajem bilo bi moguće konsolidovati samo ako se utvrdi da je Kina vršila miroljubivu i efektivnu vlast tokom vremena koja nije izričito osporavana ili ometana od strane drugih priobalnih država.<sup>18</sup> Dokaz o prećutnom ili implicitnom prepuštanju vršenja efektivne vlasti nad ostrvima i ostrvskim formacijama odnosno nad morskim prostorima (*acquiescence*), kao i priznanje jednostrano proklamovanog suvereniteta na osnovu otkrića, okupacije ili zastare (*recognition*), značilo bi za Kinu dokaz o konvalidaciji njenih teritorijalnih zahteva u Južnom kineskom moru. Međutim, za sada, to nije slučaj.

Kineski teritorijalni zahtevi na osnovu otkrića, okupacije ili zastare, odnosno na osnovu stečenih "istorijskih prava", otud se ne mogu uklopiti u primenu kodifikovanih pravila iz Konvencije UN o pravu mora (UNCLOS).<sup>19</sup> Ovaj zaključak međutim ne znači da se Kina odrekla njihove primene, već naprotiv, da pra-

---

<sup>17</sup> Povodom spora oko ostrva Palmas između Sjedinjenih Američkih Država i Holandije 1928. godine, čuveni sudija Max Huber istakao je da: "(...) Pravni naslov sticanja teritorije u međunarodnom pravu zasniva se na shvatanju o efektivnosti, čija srž leži u trajnoj i mirno uspostavljenoj vlasti. Efektivnost je ujedno i sastavni element teritorijalnog suvereniteta i uslov formiranja nezavisne države. Pre uspostavljanja međunarodnog prava, granice su bile utvrđivane na osnovu vršenja teritorijalne vlasti. Nakon uspostavljanja međunarodnog prava fakt miroljubivog i stalnog iskazivanja teritorijalnog suvereniteta bio je, i još uvek jeste, jedan od razloga utvrđivanja međunarodnih granica. Videti: "Island of Palmas Case", *American Journal of International Law*, 1928, vol. 32, p. 867. Međunarodni sud pravde potvrdio je značaj efektiviteta u više slučajeva. Primera radi, u francusko-britanskom sporu oko utvrđivanja pripadnosti kanalskih ostrva *Minquiers-Ecrehos*, Međunarodni sud je našao da britanski efektivitet predstavlja osnov posedovanja još od srednjovekovnog perioda. Videti: "Minquiers and Ecrehos Case", *Judgement, International Court of Justice Reports*, 1953, pp. 47-72.

<sup>18</sup> "Land, Island and Maritime Frontier Case", (El Salvador v. Honduras), *International Court of Justice Reports*, 1992, p. 351.

<sup>19</sup> "Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index, Final act of the Third UN Conference on the Law of the Sea", *UN Treaty Series* vol. 1833, pp. 3. etc. Za analizu Konvencije videti: Davorin Rudolf, *Međunarodno pravo mora*, Zagreb, Jugoslovenska Akademija znanosti i umjetnosti, 1985.

vila iz Konvencije važe uporedo sa običajnim pravilima u međunarodnoj pravnoj praksi. Za Kinu “devet isprekidanih linija” znači potvrđivanje postojanja njenog “istorijskog naslova” u pogledu ostvarenja njenih suverenih prava ribarenja, plovidbe, istraživanja i eksploatacije prirodnih bogatstava, čime Kina u stvari ne pre-judicira konačno razgraničenje u Južnom kineskom moru.<sup>20</sup> Pomenuti pristup doveo je do konfuzije i međusobnih sporenja, a neretko, i do incidentnih i bezbednosno opasnih situacija.

Većina zahteva koje su postavile ostale obalne države Južnog kineskog mora zasniiva se na odredabama Konvencije UN o pravu mora. Prema odredbi iz člana 2. Konvencije, suverenost države se preko kopnenog dela teritorije proteže se još i na unutrašnje morske vode, teritorijalno more uz obalu, a potom i na vazdušni prostor iznad njega, kao i na dno i podzemlje mora.<sup>21</sup> Usvojenim rešenjem, potvrđuje se da suverenost nad morskim prostorima zavisi od suverenosti nad kopnom po kojem osnovu, more predstavlja njegov pripadak ili akcesorijum (*mare est ejus, cujus est terra*). Ujedno, suverenost nad kopnom je i međunarodnopravni osnov od kojeg polaze svi zahtevi pomorskih država za utvrđivanjem državnih granica na moru.

Budući da ni jedna od zainteresovanih strana u sporu koja je postavila teritorijalne zahteve, nije precizirala koje morske formacije u Južnom kineskom moru smatra za ostrva, odnosno za prirodne delove svoga kopna u smislu odredbe iz člana 121. Konvencije, a koje za ostale vrste morskih oblička (npr. stena, hridi, grebena ili uzvišenja koje ostaju suva za vreme niskih voda, i dr.), granice njihovih morskih pojaseva ostaju i dalje nejasno limitirane. Ovo tim pre, jer stene i druge morske formacije na kojima nije moguć boravak ljudi ili ekonomski život prema Konvenciji, ne povlače pravo na isključivu ekonomsku zonu ili epikontinentalni pojas. Utvrđivanje suvereniteta nad ostrvima predstavlja stoga prethodno pravno pitanje kod delimitacije u Južnom kineskom moru.<sup>22</sup>

U vezi sa pomenutim važno je još uočiti i da prema Konvenciji o pravu mora postoje posebna pravila koja regulišu prava arhipelaških država. Naime, nji-

<sup>20</sup> Gao Zhiguo, Jia Bing Bing, “The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status, and Implications”, op. cit., p. 124.

<sup>21</sup> Suverenitet nad teritorijalnim morem ipak je ograničen pravilom o neškodljivom prolasku brodova. Po međunarodnom pravu kodifikovanom u Konvenciji UN o pravu mora iz 1982. godine, sve države, pomorske ili kontinentalne, imaju pravo na plovidbu morem radi presecanja, ulaska, izlaska iz unutrašnjih voda, pristajanja, a izuzetno i zaustavljanja i sidrenja. Prolazak ostaje neškodljiv ako ne dira u sigurnost ili red i mir obalne države. Pravni režim teritorijalnog mora biti u saglasnosti sa odredbama ove Konvencije i tzv. pravom neškodljivog prolaza.

<sup>22</sup> Robert Beckman, “The UN Convention on the Law of the Sea and the Maritime Disputes in the South China Sea”, *American Journal of International Law*, 2013, vol. 107, no. 1, pp. 150, etc; Robert W. Smith, “Maritime Delimitation in the South China Sea: Potentiality and Challenges”, *Ocean Development and International Law*, 2010, vol. 41, p. 227.



hovim tumačenjem dolazi se do zaključka da za arhipelaške države iz regiona Južnog kineskog mora (Tajvan, Filipini, Indonezija), ne bi važno opšte pravilo kodifikovanog prava mora, da se vlast obalnih država sukcesivno smanjuju u svakom narednom pojasu idući od kopna ka pučini. Suverenitet arhipelaških država nad morskim područjem koja se prema Konvenciji naziva "arhipelaškim morem", zajedno sa suverenitetom nad kopnom, čini teritoriju arhipelaške države.<sup>23</sup> Institut "arhipelaške države" koji je inkorporisan u odredbe Glave IV Konvencije UN o pravu mora, nastao je kao rezultat progresivnog razvoja međunarodnog prava u 20. veku, a uključuje države sastavljene u celini od jednog ili više arhipelaga i drugih ostrva, pri čemu "arhipelag" predstavljaju grupe ili delovi ostrva, zatim vode koje ih spajaju, kao i druge prirodne elemente koji su sa njima tesno povezani tako da čine geografsku, ekonomsku i političku celinu, odnosno celinu koja se iz istorijskih razloga smatra takvima.

Kolizija teritorijalnih zahteva Kine (i Tajvana) s jedne strane i ostalih obalnih država s druge strane, ukazuje da Konvencija UN o pravu mora kao osnov međunarodnog prava može biti dobar okvir za regulisanje otvorenih teritorijalnih pitanja u Južnom kineskom moru. Međutim, konkretni način njihovog rešavanja zavisice od dogovora zainteresovanih strana koji ne isključuje mogućnost primene pravila opšteg međunarodnog prava sadržanih i u drugim izvorima van pomenute Konvencije, a koji su generalno navedeni u članu 38. Statuta Međunarodnog suda pravde u Hagu.<sup>24</sup> Do momenta postizanja konkretnog dogovora, strane u sporu imaju mogućnost da u duhu razumevanja i saradnje ulože dodatne napore radi postizanja privremenih aranžmana koji bi imali praktičnu prirodu i koji bi podrazumevali tzv. zajedničke razvojne aranžmane (*joint development arrangements*).<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Suverenost u arhipelaškom moru znatnije je ograničena nego suverenost u teritorijalnom moru. Ovde postoji pravo neškodljivog prolaska koje se proširuje i na ratne brodove stranih država, potom mogućnost određivanja plovnih puteva (kao i vazdušnih), te mogućnost uspostavljanja posebnih sistema odvojenog prometa (uz saglasnost Međunarodne pomorske organizacije) u kojima važe analogna pravila o tranzitnom prolasku kroz međunarodne moreuze, kao i određena prava susjednih država.

<sup>24</sup> Shigeru Oda, "International Law of the Resources of the Sea", *Recueil des Cours Académie de Droit International*, 1969, vol. 127, tome II, pp. 373-401.

<sup>25</sup> Prema Konvenciji UN o pravu mora iz 1982. godine, za razgraničenje epikontinentalnih pojaseva i isključivih ekonomskih zona, paralelno se propisuju obaveze susednim državama da u okviru razumnog roka postignu konkretan sporazum ili barem privremen praktičan dogovor, a bez štete po konačno utvrđivanje granica na moru. Videti: Tara Devenport, "Joint Development in Asia: Lessons for Sustainable Peace in the South China Sea", presentation at the 8th Asian, Law Institute Conference, 26 and 27 May, Kyushu, Japan, 2011, pp. 7, etc.

*Unilateralni pokušaj rešavanja spora u Južnom kineskom moru:  
Arbitraža Filipini vs. Kina*

Filipini su pokrenuli arbitražni postupak protiv Kine 22. januara 2013. godine formulišući zahtev kao potraživanje “u vezi sa sporom oko unutrašnje pomorski nadležnosti Filipina u Zapadnom filipinskom moru”. Kina je 19. februara 2013. godine, odgovorila Filipinima usmenom notom (*Note Verbale*) u kojem je opisala svoj položaj u odnosu na pitanja Južnog kineskog mora ujedno odbijajući navedene tvrdnje (*Notification*). Nakon toga, 21. juna 2013. godine, formiran je Arbitražni sud u skladu sa Aneksom VII Konvencije UN o pravu mora (UNCLOS).<sup>26</sup> Filipini obrazložili tužbeni zahtev dostavljanjem petnaest objedinjenih pismenih podneska (*Memorial*), 30. marta 2014. godine, kojim se osporava kineski pravni naslov zasnovan na istorijski pravima povezanim sa jednostrano proklamovanom granicom od “devet isprekidanih linija”, potom kojim se osporavaju određene definicije granica teritorijalnog mora i morskih pojaseva s obzirom na pravni status određenih morskih područja (ostrva, stena, hridi, grebena i uzvišenja koja ostaju suva za vreme niskih voda), te konačno, kojima se osporavaju i neke aktivnosti vezane za izgradnju veštačkih ostrva i instalacija, kao i ribarenje koje je Kina preduzela, a kojima se ometa sloboda plovidbe, odnosno kojima se ugrožavaju suverena prava korišćenja isključive ekonomske zone i epikontinentalnog pojasa od strane Filipina, što sve zajedno narušava životnu sredinu Južnog kineskog mora. Arbitražni sud pozvao je Kinu da podnese protiv-podne-sak sa pismenim obrazloženjem odgovora na tužbu (*Counter-Memorial*) do 15. decembra 2014. godine, a što Kina nije učinila. Svoju poziciju kineska Vlada objavila je nešto pre ostavljenog roka u diplomatskim notama, zvaničnim izjavama i pismima upućenim Arbitražnom sudu, kao i u dokumentu javno promulgovanom 7. decembra 2014. godine (*Position Paper*).<sup>27</sup> U navedenom dokumentu Vlada je istakla da spor između Kine i Filipina ne spada u domen obavezne sudske nadležnosti prema Konvenciji UN o pravu mora. Kina stoga “niti prihvata niti će učestvovati” u jednostrano iniciranom arbitražnom postupku. Arbitražni sud nema nadležnost, zato što se predmet potraživanja Filipina suštinski tiče teritorijalnog suvereniteta nad ostvrskim područjem u Južnom kineskom moru, a što je u kontradiktornosti sa postavljenim filipinskim zahtevom.

<sup>26</sup> Arbitražni sud formiran je u skladu sa čl. 287. stav 1. tačka c, Konvencije UN o pravu mora. Sud je bio sastavljen od pet sudija, i to: Thomas A. Mensah iz Gane, Jean-Pierre Cot iz Francuske, Stanislaw Pawlak iz Poljske, Alfred H.A. Soons iz Holandije i Rüdiger Wolfrum iz Nemačke. Stalni arbitražni sud u Hagu u predmetnom slučaju, prema Pravilniku o proceduri imao je funkciju registra.

<sup>27</sup> “Position Paper of the Government of the People’s Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines”, 7 December 2014, Internet: [http://www.fmprc.gov.cn/mfa\\_eng/zxxx\\_662805/t1217147.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml) 29/7/2016.

S obzirom da kineski suverenitet nad spornim područjem nije prethodno utvrđen od strane nekog kompetentnog međunarodnog tela, ni Arbitražni sud nema nadležnost da ispituje taj suverenitet niti da donosi odluku oko obima kineskog pomorskog prava. Pored navedenog, istaknuto je i da su dve države postigle dogovor da teritorijalne probleme rešavaju isključivo bilateralnim pregovorima.<sup>28</sup> U prilog navedenoj tvrdnji, navedena je Deklaracija od 25. avgusta 2006. godine, usvojena u okviru odredbe člana 298. kojom se izuzimaju svi sporovi koji bi mogli proizaći iz primene odeljka 2. Poglavlja XV Konvencije UN o pravu mora, uključujući dakle i spor kojeg su Filipini izneli, a koji je sastavni deo spora oko razgraničenja između dve države, kao i odluke koja bi se mogla smatrati za faktičko razgraničenje. Nakon što je Arbitražni sud tražio dodatno pismeno izjašnjenje povodom sporne situacije od strane Filipina, u julu 2015. godine, održano je pripremno ročište. Nakon što je odbacio kinesku argumentaciju iznetu u *Position Paper*, Arbitražni sud je doneo je odluku 29. oktobra 2015. godine, kojom se proglasio nadležnim u sporu. Arbitražni sud je odluci utvrdio da su strane u sporu istovremeno i članice Konvencije UN o pravu mora, i da ga kinesko neprihvatanje učešća u postupku prema članu 9. Aneksa VII ne onemogućava da donese odluku o svojoj nadležnosti bez obzira na činjenicu da je postupak unilateralno iniciran od strane Filipina.<sup>29</sup>

Kina se izričito usprotivila ovakvom pristupu. Kao glavni argument Kina je istakla da su Filipini ignorisali činjenicu da su bilateralni pregovori dogovoreni kao način rešavanja teritorijalnih sporova u Južnom kineskom moru. Takođe, prema kineskom shvatanju, Filipini su zanemarili niz bilateralno usvojenih instrumenata, kao i Deklaraciju iz 2002. godine, postignutu između zemalja ASEAN i Kine o ponašanju strana u Južnom kineskom moru (*ASEAN-China Declaration of Conduct of Parties in the South China Sea*) kojom je prekludirana primena odeljka 2. Poglavlja XV Konvencije UN o pravu mora unutar odredbe člana 281.

Filipini su odbacili takve tvrdnje smatrajući da pregovori kao način rešavanja spora nisu obavezujući, kao ni politički instrumenti poput navedene Deklaracije koji su prethodno zaključeni i doneti. U raspravi pred Arbitražnim sudom, filipinski sekretar spoljnih poslova *Albert del Rosario* potvrdio je činjenicu da Sud ne može presuđivati o pitanju teritorijalnog suvereniteta nad ostrvima, ali da može doneti odluku kojom se odbacuje kineski teritorijani titulus razgraničenja zasnovan na "devet isprekidanih linija" i istorijskim pravima. On je naglasio kako u prošlosti bilateralni pregovori Kine i Filipina nisu uspeli dovesti ro rešenja, pa Filipini nisu imali drugog izbora nego da pokrenu arbitražni postupak. Činjenica je, da je Kina nepovratno oštetila regionalno pomorsko područje uništa-

---

<sup>28</sup> Sienho Yee, "The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections", *Chinese Journal of International Law*, 2014, vol. 13, pp. 663–739.

<sup>29</sup> Internet: <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/1506>, 18/08/2016.

vanjem koralnih grebena i opasnom i hazardnom ribolovnom praksom, čime je prekršila Konvenciju UN o pravu mora.<sup>30</sup> Navedena argumentacija za Kinu pak, nije bila pravno prihvatljiva. Kina je ostala dosledna u stavu da su Filipini preuzeli obavezu rešavanja sporova u Južnom kineskom moru putem bilateralnih pregovora.

U konačnoj presudi donetoj 12 jula 2016. godine, Arbitražni sud je dao za pravo tužbenom zahtevu Filipina. U svetlu ograničenja o prinudnom rešavanju sporova u skladu sa Konvencijom UN o pravu mora, Arbitražni sud je zaključio da, iako se u predmetnom slučaju ne odlučuje o bilo kom pitanju suvereniteta nad kopnenim područjem kao i o delimitaciji između strana u sporu, ne postoji pravni osnov po kojem bi Kina mogla zahtevati istorijska prava na izvorima obuhvaćenim granicom od "devet isprekidanih linija". Naime, Kina ne polaže istorijska prava na izvorima izvan granica na koje je ovlašćena prema Konvenciji UN o pravu mora.<sup>31</sup> Kina međutim, iz ranije navedenih razloga nije prihvatila izvršenje ovakve presude Arbitražnog suda, što je dodatno usložilo već ionako pravno i bezbednosno komplikovanu situaciju u Južnom kineskom moru.<sup>32</sup>

### *Geopolitika Južnog kineskog mora i međunarodni mir i bezbednost*

Postojanje teritorijalnih sporova u Južnom kineskom moru vezano je sa borbom za prirodne resurse i pomorske puteve. Postojeća politička previranja samo su neizbežna posledica "azijske industrijske revolucije". Prema podacima

<sup>30</sup> "Arbitration on the South China Sea: Rulings from The Hague", Internet: <https://amti.csis.org/ArbitrationTL/index.html> 17/08/2016.

<sup>31</sup> Ispitujući dokaze u predmetnom slučaju, Arbitražni sud se pozabavio kineskim istorijskim pravima na suvereno korišćenje prostora Južnog kineskog mora pre stupanja na snagu Konvencije UN o pravu mora. Sud je utvrdio da postoje dokazi da su kineski moreplovci i ribari, kao i oni iz drugih država, istorijski posmatrajući koristili ostrva u ovom području, ali da pitanje utvrđivanja suvereniteta nad ostvima ne spada u njegovu nadležnost. Sud je primetio i da su u periodu pre Konvencije UN o pravu mora, vode Južnog kineskog mora bile izvan teritorijalnog mora, odnosno da su bile tretirane kao deo otvorenog mora. S tim u vezi Sud je zaključio da, ostvarivanje prava plovidbe i ribolova predstavlja u stvari ostvarivanje sloboda koje proizilaze i pravnog statusa otvorenog mora, a ne iz istorijskih prava Kine, budući da Kina nije pružila dokaze da je nad vodama Južnog kineskog mora imala istorijski posmatrajući, isključivu kontrolu, odnosno da je sprečavala druge države u korišćenju njegovih resursa. Internet: <http://www.pcacases.com/web/view/7,18/08/2016>.

<sup>32</sup> Kina je javno odbila zahtev da *bona fide* prihvati i izvrši navedenu presudu Arbitražnog suda. Štaviše, Kina je odgovorila protivmerom pojačavajući prisustvo svojih pomorskih i vazdušnih snaga u spornim područjima. Videti: "China's air force conducts combat air patrol in South China Sea", Xinhua, Internet: [http://news.xinhuanet.com/english/2016-07/18/c\\_135522288.htm](http://news.xinhuanet.com/english/2016-07/18/c_135522288.htm), 18/07/2016; Za međunarodnopravno protivljenje navedenoj presudi videti: Sienho Yee, "The South China Sea Arbitration: The Clinical Isolation and/or One-sided Tendencies in the Philippines' Oral Arguments", *Chinese Journal of International Law*, 2015, pp. 423-435.

Svetske banke, u Južnom kineskom moru nalazi se najmanje 7 milijardi barela nafte i oko 900 triliona kubnih stopa prirodnog gasa.<sup>33</sup> S druge strane pak, prema izveštaju Ministarstva odbrane SAD, vrednost robnog prometa u 2016. godini kroz Južno kinesko more iznosila je 5,3 triliona dolara što je oko 30 odsto vrednosti ukupne svetske pomorske trgovine. Sve ovo ukazuje da Južno kinesko more sa svojim resursima i putevima otvara neslućene mogućnosti za ekonomski rast i razvoj priobalnih država i da sasvim sigurno obezbeđuje Kini, kao najvećoj regionalnoj sili izvesnu stratešku budućnost. Eksploatacije brojnih resursa pristunih u Južnom kineskom moru, kao i konzumiranje otvorenih trgovinskih ruta otuda nije mogla zaobići ni zainteresovanost i drugih svetskih i regionalnih sila.<sup>34</sup> Zbog navedene činjenice, njihovo učešće u rešavanju teritorijalnih sporova u Južnom kineskom moru nameće se kao "prirodna nužnost", iako na prvi pogled ove države, i nemaju neki direktni interes jer nisu strane u sporu. Međutim, da je to tako govori i činjenica da su Sjedinjene Američke Države svojom protektorskom ulogom i angažmanom u odbrambenim savezima obrazovanim nakon Drugog svet-skog rata sa nekim državama uključenim u teritorijalne sporove, rešile da izgrade sasvim novu mrežu vojnih partnerstava radi odvracanja Kine čiji joj sve izraženiji uticaj na svetskom planu ne sviđa, budući da smeta ostvarivanju njenih strateških interesa.<sup>35</sup>

Politiku u odnosu na postojeće sporove u Južnom kineskom moru, Sjedinjene Američke Države definisale su sredinom devedesetih godina 20. veka.<sup>36</sup> Okosnicu ove politike činilo je rešavanje sporova mirnim putem, poštovanje međunarodnog prava, obezbeđenje slobode plovidbe, neutralnosti, kao i mira i stabilnosti. Tokom 2010. godine. Sjedinjene Američke Države su, kao odgovor na sve češće sukobe strana u sporu (na primer, sukob između Vijetnama i Kine zbog eksploatacije nafte i gasa, potom konflikt oko ribolova u vodama Parasel/Siša, spor oko jednostranog povlačenja granice od "devet isprekidanih linija",

---

<sup>33</sup> Prema proceni Informativne agencije SAD (*Energy Information Agency*), u području Južnog kineskog mora postoji 11 milijardi barela nafte i 190 biliona kubnih metara prirodnog gasa što je više nego što su rezerven nekih od najrazvijenijih svetskih izvoznica energije. Uz navedeno, i potencijal u ribarenju je dosta veliki i izosi 10 odsto od globalnih potencijala.

<sup>34</sup> David Rosenberg, "Governing the South China Sea: From Freedom of the Seas to Ocean Enclosure movements", *Harvard Asia Quarterly*, 2010, vol. 12, no. 3, 4, pp. 1-12, Internet, [http://www.southchinasea.org/files/2013/02/Governing\\_The\\_South\\_China\\_Sea.pdf](http://www.southchinasea.org/files/2013/02/Governing_The_South_China_Sea.pdf), 10/05/2015.

<sup>35</sup> Sjedinjene Američke države zaljučile su 1951. godine, Ugovor o zajedničkoj odbrani sa Japantom, Južnom Korejom i sa Filipinima (*Mutual Defense Treaty*). Videti: Thomas Lum, "The Republic of the Philippines and U.S. Interests, Congressional Research Service", April 5, 2012, Internet, <http://www.fas.org/sgp/crs/row/RL33233.pdf>, 10/075/2016.

<sup>36</sup> Scott Neuman, "Little Islands Are Big Trouble In The South China Sea", NPR, September 07, 2012, Internet, <http://www.npr.org/2012/09/07/160745930/little-islands-are-big-trouble-in-the-south-china-sea>, 14/05/2016.

i dr.), najavile sprovođenje nove, unapređene politike u istočnoj Aziji.<sup>37</sup> Uporedo sa novim spoljnopolitičkim pristupom, Sjedinjene Američke Države ojačale su i svoje vojno prisustvo u regionu jačanjem postojećih savezničkih veza sa Filipinima i Vijetnamom čime su ohrabrile ove zemlje u ostvarivanju njihovih teritorijalnih pretenzija. Formulirajući svoje interese u regionu kroz pružanje pomoći saveznicima i kroz kontrolu najvažnijih i najfrekventnijih pomorskih puteva, Sjedinjene Američke Države jasno su stavile do znanja da kineska spoljna politika podriiva američki uticaj u regionu (na primer, u slučaju Vijetnama), te da one ne gledaju blagonaklono na izrazito pragmatičnu kinesku spoljnu politiku koja na bilateralnim osnovama pokušava da reši sva otvorena teritorijalna pitanja.<sup>38</sup>

Za Kinu spoljnopolitički uticaj Sjedinjenih Američkih Država u regionu Južnog kineskog mora predstavlja faktor nestabilnosti. Američko vojno prisustvo i jačanje odbrambenih saveza sa državama regiona (sa Filipinima i Vijetnamom), prema kineskom stanovištu predstavlja kontinuitet ranije politike "obuzdavanja" Kine. Pomenutim pristupom Sjedinjene Američke Države teže da ograniče dalji ekonomski prosperitet Kine vršeći direktan politički uticaj i mešajući se u njene unutrašnje stvari, znatno utičući na ekonomsku razmenu sa zemljama regiona, pritom, zanemarujući činjenicu da Kina predstavlja regionalnu silu u usponu čija se "meka moć" svakim danom pretvara sve više u "tvrdu moć". U pomenutim okolnostima ne može se očekivati da Kina ostane ravnodušna u zaštiti svojih vitalnih interesa u koje svakako spada i zaštita suvereniteta nad ostrvskim područjima u Južnom kineskom moru. Kina svoju politiku pariranja Sjedinjenim Američkim Državama u ovom regionu zasniva na spoznaji da Sjedinjene Američke Države ne zanemaruju činjenicu da Kina ima značajan uticaj u svetskim ekonomskim kretanjima i da njen politički uticaj stalno raste u međunarodnim odnosima. Demonstriranje kineske moći ogleda se u uspešnom spoljnopolitičkom delovanju u kojem Kina jasno odvajava ekonomska od političkih pitanja. Takođe, uticaj Kine

<sup>37</sup> Učestvujući na regionalnom forumu država članica ASEAN, državna sekretarka, Hilari Klinton (*Hillary Clinton*), najavila je da će se Sjedinjene Američke Države u narednom periodu više fokusirati sa Bliskog istoka ka Dalekom istoku, te da će se nepristrasno zalagati da se postojeći sporovi reše mirnim putem, bez prinude, pod okriljem multilateralnih foruma. Videti: Ernest Bower, *Hillary Clinton—A Secretary of State Fluent in ASEAN*, in: *Southeast Asia from the Corner of 18th & K Streets*, Center for Strategic and International Studies, Southeast Asia Program, Volume I, Issue No. 22, July 20, 2010, Internet, [http://csis.org/files/publication/072010\\_seasia\\_newsletter.pdf](http://csis.org/files/publication/072010_seasia_newsletter.pdf), 6/05/2016.

<sup>38</sup> Vijetnam i Kina su 2011. godine potpisali Sporazum o osnovnim principima rešavanja sporova na moru (*The 1993 Agreement on Basic Principles for the Settlement of Border Territory Issues between the Socialist Republic of Vietnam and the People's Republic of China*), Internet, <http://en.vietnamplus.vn/Home/VNChina-basic-principles-on-settlement-of-sea-issues/201110/21524.vnplus>, 15/04/2014.

u najznačajnijim međunarodnim organizacijama i regionalnim forumima nije zanemarljiv, pa se čini, da ovaj kineski uticaj naročito dovodi u pitanje američke sfere interesa uspostavljene nakon Drugog svetskog rata i to posebno u okolnostima kada Sjedinjene Američke Države nemaju ekonomskih potencijala za dugoročnije i snažnije vojno angažovanje u regionu. Kina poseduje najmnogobrojniju vojsku na svetu i kontinuirao ulaže u razvoj svemirskog programa.<sup>39</sup> Rezultati to ulaganja odražavaju se u primeni najnovijih tehnologija u vojnoj i odbrambenoj industriji.<sup>40</sup> Svoj uticaj u regionu, ali i u svetu, Kina jača na veoma suptilan način - kroz različite vidove pomoći i podrške koji nisu paravan politici uslovljavanja. Možda u tom smislu najbolju ilustraciju predstavlja izjava Sji Đinpinga (*Xi Jinping*), u vreme dok još nije obavljao funkciju predsednika KP Kine. Tokom posete Meksiku 2009. godine, Sji Đinping se osvrnuo na rastuću zabrinutost zbog jačanja kineske moći, rekavši da: "Za razliku od nekih drugih, Kina ne izvozi revolucije, ne izvozi glad i siromaštvo i ne meša se ni u čije poslove".<sup>41</sup> **Širenjem mreže država** koje hoće da sarađuju, potom pridobijanjem njihove podrške u svrhu rešavanja otvorenih pitanja, **učvršćivanjem saradnje sa rukovodstvom Tajvana oko rešavanja teritorijalnih sporova**, stalnim insistiranjem na primeni i poštovanju principa međunarodnog prava, kineska pozicija u svetu progresivno jača.

Iako je Kina **mного toga pretrpela od svojih političkih oponenta, koji smatraju da je nakon dugog vremena "nasmešene diplomatije" (*smile diplomacy*)**, ona počela da koristi svoju superiornu vojnu i ekonomsku moć za ostvarivanje strateških ciljeva, Kina ostaje opredeljena da nastavi put mira, razvoja i saradnje koji nisu samo u njenom interesu, već i u interesu država regiona, čime se njen pristup suštinski razlikuje od pristupa drugih velikih sila. Kinesko zadiranje u isključive ekonomske zone i epikontinentalne pojaseve susednih država koje podriva kohezivnost deset država članica Organizacije zemalja jugoistočne Azije (ASEAN), moglo bi se posmatrati i kroz ubrzano pozicioniranje Kine kao vodeće sile na prostoru Azije.<sup>42</sup> Tim pre, jer i Kina sebe smatra dominantnom regionalnom

---

<sup>39</sup> Po podacima SIPRI-ja, vojni budžet Kine je 2000. godine iznosio 30 milijardi dolara, a 2012. 160 milijardi. Videti: *China's military rise - The dragon's new teeth*, Economist, April 7th, 2012, Beijing, Internet, <http://www.economist.com/node/21552193>, 23/09/2014.

<sup>40</sup> Primera radi navodimo da Kina poseduje rakete Dong Feng 21D, popularno nazvane "ubicama nosača aviona". Videti: *Annual Report to Congress, Military and Security Developments Involving the People's Republic of China 2012*, May 2012, Office of the Secretary of Defense, Internet, [http://www.defense.gov/pubs/pdfs/2012\\_CMPR\\_Final.pdf](http://www.defense.gov/pubs/pdfs/2012_CMPR_Final.pdf), 10/07/2016.

<sup>41</sup> "Xi to open new pages of diplomacy", *China Daily*, Internet, [http://www.chinadaily.com.cn/cndy/2012-11/29/content\\_15969805.htm](http://www.chinadaily.com.cn/cndy/2012-11/29/content_15969805.htm).

<sup>42</sup> Kina kao regionalna sila koja ima neposredne teritorijalna potraživanja prema državama kojima Sjedinjene Američke Države pružaju podršku, ulaže velike napore kako bi pokazala da se zalaže za postizanje rešenja koje bi bilo u skladu sa međunarodnim pravom i koje bi značajno doprinelo miru i bezbednosti u Aziji. Kina pritom demonstrira svoju naraslu moć i u rutinskim ope-

silom istočne hemisfere pa u tom smislu, umnogome podseća na Sjedinjene Američke Države koje su još za vremena američkog predsednika Džemsa Monroa (*James Monroe*) i njegove čuvene spoljnopolitičke doktrine iz 1823. godine, proklamovale sebe za vodeću silu zapadne hemisfere. Kineska želja za ostvarenjem geopolitičke dominacije u regionu Južnog kineskog mora temelji se prevashodno na ekonomskim razlozima. S obzirom na ekspanziju kineske ekonomije koju prati i sve veća potrošnja energenata, politički je razumljivo nastojanje Kine da ostvari svoje teritorijalne pretenzije. **Konačno, i pored činjenice da su Sjedinjene Američke Države ostale najača svetska sila okončanjem hladnoratovskog perioda, Kina je svakako postala njen najveći politički takmac, ali i poverilac na planu globalnih finansija.**<sup>43</sup>

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ, Ph.D.,  
Research Fellow, Institute of International Politics  
and Economics, Belgrade

## DISPUTES IN THE SOUTH CHINA SEA AND INTERNATIONAL LAW

### Summary

In recent years, the South China Sea area has been increasingly struck by the territorial disputes between China and Taiwan on one side, and Brunei, Malaysia, Philippines and Vietnam, on the other side. These disputes are the causes of the turbulences that jeopardize peace and security in South-East Asia. The territories over which the states mentioned above dispute against each other are the islands of Spartly, Paracel and Pratas and Macclesfield Bank. Although the specific conditions are different concerning the territorial disputes, all the states see a chance to ensure their economic interests in the global competition for natural resources above all, in the field of energy supply and fishing. As the territorial disputes concern sovereignty, no party to the dispute is willing to make any concession to the other party. This shows that the dispute could not be settled so easily and overcome by peaceful means without the interference of foreign factors. In the study that follows the author does an international legal analysis of the disputes in the South China Sea (with special reference to arbitration between the Philippines and China), explaining their impact on the regional security.

---

racijama ograničava slobodu plovidbe ratnih brodova država i slobodu preleta njihovih izviđačkih aviona u spornim oblastima. Videti na primer: Richard Cronin, Zachary Dubel, "Maritime Security in East Asia: Boundary Disputes, Resources, and the Future of Regional Stability", Stimson, 2013, p.6. Internet, [http://www.stimson.org/images/uploads/research-pdfs/maritime\\_territorial\\_disputes\\_and\\_east\\_asia\\_2.pdf](http://www.stimson.org/images/uploads/research-pdfs/maritime_territorial_disputes_and_east_asia_2.pdf)

<sup>43</sup> Kina ima najveće finansijske rezerve na svetu, a većinu tih rezervi predstavljaju američke hartije od vrednosti. Videti: Alex VanNess, *China and U.S. Debt*, American Thinker, April 08, 2013, Internet, [http://www.americanthinker.com/2013/03/china\\_and\\_us\\_debt.html](http://www.americanthinker.com/2013/03/china_and_us_debt.html), 10/05/2013.



## NEKE MEĐUNARODNOPRAVNE SPECIFIČNOSTI DRŽAVA BEZ MORSKE OBALE

U Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine usvojen je naziv "država koja nema morske obale". Taj naziv postaje gotovo opšte prihvaćen u međunarodnoj zajednici. Ali to ne znači da se s vremena na vrijeme ne pojavlju drugi termini koji po prilici najčešće izazivaju nespornosti i različita neprihvatljiva tumačenja. Npr., država okružena tuđim kopnom, neobalna država, kontinentalna država, država bez morske obale i drugi nazivi manje prihvaćeni mogu po raznim osnovama izazvati pogrešne postavke i dovesti do neistinitih zaključaka i terminoloških netačnosti.<sup>1</sup>

Brojni razlozi uticali su da se o popravljaju položaja neobalnih država postavi na mnogim međunarodnim skupovima nakon Prvog svjetskog rata. Na tom putu značajan doprinos imale su 14 tačka iznijetih u govoru predsjednika SAD V. Vilsona pred Kongresom 18.01.1918. godine.

U odjeljku II stoji da će se obezbijediti "Apsolutna sloboda polovidbe na moru izvan teritorijalnih voda za vrijeme rata i mira." To je bio istinski ali ipak nedovoljni pomak u popravljaju nepovoljnog položaja država čiju teritoriju ne zapljuskuje more. Postepeno se u korpus međunarodnog prava uvršćuju njihova prava u pogledu trgovine slobode polovidbe morima i okeanima i ribolova.<sup>2</sup>

---

Dr Filip Turčinović, profesor Međunarodnog javnog prava na Državnom univerzitetu u Banjoj Luci i Fakultetu za poslovno industrijski menadžment u Beogradu.

<sup>1</sup> Uporedi, Ibler V., Rječnik međunarodnog javnog prava, str. 67, 1987. god.

<sup>2</sup> Vidjeti: Arthur S. Link et al., eds., The Papers of Woodrow Wilson, vol. 45 (1984), 536.

Tvorci Pakta društva naroda su u njegov tekst uvrstili član 23 u kome u najopštijem smislu spomenut promet država okruženih tuđim kopnom. Na više međunarodnih konferencija nije uslijedila konkretizacija toga prava niti sadržajno obogaćenje. Stoga postignuti rezultati nijesu bili zadovoljavajući.

Vjerovatno iz razloga što je na početku ipak trebalo prevladati teškoće koje su nastupale u definisanju karaktera pravnog odnosa sa tranzitnim državama odnosno državama čija teritorija odvaja njihovu teritoriju od mora.

Značajna faza u rešavanju ovih i drugih problema nastupila je nakon donošenja Barselonske konvencije iz 1921 godine. Na ovoj konvenciji raspravljalo se o mnogim pitanjima među kojima je posebnu važnost imao problem kako zaštititi interese tranzitnih države. Kada je riječ o državama okruženim tuđim kopnom odnosno preciziranja njihovog pravnog položaja posebno se ističe donošenje Barselonske deklaracije o priznanju prava na brodsku zastavu. Slijedeći odredbe člana 273 mirovnog ugovora u Versaju ova deklaracija promovise princip "da se svi mogu služiti morem i iskorišćavati njegova prirodna bogatstva".

Deklaracija je bila jedini dokument koji je donijet na Barselonskoj Konvenciji.<sup>3</sup> Takođe je i Konvencija o tranzitnoj trgovini država okruženih tuđim kopnom potpisana u Njujorku 1965. godine veoma doprinijela da se u pozitivnom pravcu poboljša njihov položaj.

U ovom dokumentu se prvi put pojavila odredba koja je priznala objektivno nepovoljan položaj država okruženih tuđim kopnom. Definisani su pojmovi i pravni status učesnika u ovoj vrsti pravnih poslova koje je kasnije u pretežnom dijelu preuzela Konvencija o pravu mora iz 1982. godine.<sup>4</sup>

Konvencija o tranzitnoj trgovini sa državama bez morske obale obuhvata pravo na transport robe do i iz luka tranzitnih država.

Ova konvencija je istina prvi međunarodnopravni dokument koji je potvrdio da egzistira nepovoljni položaj država bez morske obale i sadrži odredbe koje popravljaju donekle takav do tada nepovoljni međunarodnopravni položaj.

Predviđeno je da promet u tranzitu bude oslobođen svih carina, taksa i drugih dažbina. U praksi sprovođenje ove odredbe je nailazilo na ozbiljne prepreke sudarajući se nastojanjem tranzitnih država da suvereno odlučuju u ovoj oblasti.<sup>5</sup>

Nešto više svijetla na ove probleme bacile su tzv. Ženevske konvencije iz 1958. godine i to: 1) Konvencija o teritorijalnom moru i spoljnom pojasu; 2) Kon-

---

<sup>3</sup> Barselonska Konvencija se bavi pitanjima režima plovni puteva. Nema veliki broj ratifikacija i stoga se smatra kao partikularno međunarodno pravo. Vidi. REC.T.7. Citirano prema Andrassy J. Međunarodno pravo, 1987, str. 190.

<sup>4</sup> Konvencija je potpisana 8. jula 1965. godine. Stupila je na snagu juna 1967. godine.

<sup>5</sup> Vidjeti potpunije Uperety K., The Transit Regime for landlocked states International law and development Perspectives, 2006, p. 66-75.

vencija o otvorenom moru iz 1958; 3) Konvencija o ribolovu i o čuvanju bioloških bogatstava otvorenog mora, i 4) Konvencija o epikontinentalnom pojasu.<sup>6</sup>

Značajno je napomenuti da je pored ovih Konvencija usvojen Zapisnik o potpisivanju u predmetu obaveznog rešavanja sporova po kojemu je ustanovljena nadležnost Međunarodnog suda pravde za rešavanje sporova koji nastanu u njihovom tumačenju i primjeni.

U Konvenciji o otvorenom moru se ističe da "slobodu otvorenog mora uživaju kako pribrežene tako nepribrežne države" (čl. 2 Konvencije). Međutim i pored toga što se otvoreno more smatralo kao *res communis omnium* i obuhvatalo je i države okružene tuđim kopnom. Međutim, pravilima opšteg međunarodnog prava mora nijesu bila obuhvaćena dopunska pravila koja bi praktično omogućila nesmetano uživanje tih prava.<sup>7</sup>

*Pravo pristupa država okruženih tuđim kopnom moru i od mora kao i sloboda tranzita naslovljen kao DIO X u Konvenciji o pravu mora iz 1982.*

Potpunije regulisanje međunarodnopravnog položaja država okruženih tuđim kopnom nastupilo je nakon usvajanja Konvencije Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine.

Dio X Konvencije posvećen je pravu pristupa moru država okruženih tuđim kopnom. Osim toga tretira se problem odnosa između ovih država i tranzitnih država koje ih odvajaju svojim kopnom od mora.

U tim pravilima ima izvjesne nedorečenosti. Usljed toga se nameće potreba da se potpunije utvrde prava i obaveze i jednih i drugih država.

Propisana je obaveza tranzitne države ugovornice da dozvoli transport roba iz njenih luka prema državama okruženih tuđim kopnom. Te države su dužne da obezbijede plaćanje ugovorene cijene i omogućće kontrolu robe koja se transportuje iz luka tranzitne države.

Takođe je navedeno da pojedine države okružene tuđim kopnom mogu biti tranzitne ukoliko se prevoz robe obavlja iz države sa morskom obalom preko njihove teritorije do druge države takođe okružene tuđim kopnom.<sup>8</sup>

U članu 124 Konvencije konvencije o pravu mora 1982 stoje terminološke odrednice kako slijedi:

1) land locked state znači država koja nema morsku obalu;

---

<sup>6</sup> Ženevske konvencije iz 1958. godine objavljene su u Službenom listu br. Br. 4 1965. god.

<sup>7</sup> Vidjeti potpunije: Kreća M, Međunarodno javno pravo 2016, str 356-358.

<sup>8</sup> Vidjeti potpunije: [eu.wikipedia.org/wiki/Convention\\_on\\_Transit-Trade\\_of\\_Land\\_Locked-States](http://eu.wikipedia.org/wiki/Convention_on_Transit-Trade_of_Land_Locked-States).

2) tranzitna država znači državu sa ili bez morske obale koja se nalazi između države okružene tuđim kopnom i mora, a kroz čiju teritoriju se obavlja saobraćaj i promet.

Transport u tranzitu znači: prevoz putnika, prtljaga, robe kroz teritoriju jedne ili više tranzitnih država, kada prelazi kroz takvu teritoriju, sa ili bez pretovara, skladištenja nezavisno od promjene veličine tereta, načina transporta, da li je riječ o dijelu ili potpunom putovanju, koje počinje ili se završava unutar teritorije država bez morske obale.

3) transport se odnosi: a) na prevoz željeznicom pružnim i šinskim vozilima; b) avionima, morskim, jezerskim i rečnim brodovljem; c) kamionima i riječju svim prevoznim sredstvima; b) kada lokalni uslovi gdje lokalni običaji zahtijevaju pratnju i posebno pakovanje za žive životinje.<sup>9</sup>

#### *Prava država koje nemaju morskou obalu*

Predviđeno je jasno u članu 125 Konvencije o pravu mora pravo pristupa do i od mora za države okružene tuđim kopnom kao i pravo tranzita. To očigledno prizilazi iz formulacije naprijed citiranog člana u Konvenciji UN o pravu mora UN iz 1982. godine. Osim toga veoma važno je naglasiti da ipak to pravo ne zavisi apsolutno od država njihovih susjeda u pogledu pristupa moru. Prihvatljivije je reći da države okružene tuđim kopnom imaju određne odnose sa tranzitnim državama, jer samo preko njih mogu doći do morske obale .

Ta prava se odnose na: 1) na prolaz lica; 2) robe; 3) prtljaga preko teritorije tranzitne države; 4) upotrebu puteva; 5) podizanje i upotrebu objekata uključujući lučke uređaje; 6) visinu nadoknade za učinjene usluge; 7) postupke službenih organa. Dakle, one uživaju pristup moru preko uglavnom susjednih država sa kojima se graniče. Da bi se to postiglo obično se podrazumijeva kako smo naprijed naveli postojanje sporazuma. Ovi sporazumi uključuju i šeme putnih koridora.

Položaj država okruženim tuđim kopnom podrazumijeva gore opisano pravo sa većim brojem ograničenja sa kojima se ono sučeljava. Međutim njegova legalnost se ne može osporavati. Ali uživanje toga prava ne može ni u kom slučaju dovesti u pitanje suverenitet tranzitnih država. On se niti jednim aktom ne može ugroziti. Odnosno tranzitna država ima pravo da štiti ta svoja neotuđiva prava u potpunosti odgovarajućim legalnim mjerama.

Pravo na tranzit država okruženih tuđim kopnom mora se posmatrati u vezi i sa drugim pravima koje ove države imaju u ostalim morskim pojasevima.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Vidjeti: član 124 Konvencije o pravu mora iz 1982 godine.

<sup>10</sup> O specifičnostima nekih država bez morske obale vidi: [https://en.wikipedia.org/wiki/Land-locked\\_country](https://en.wikipedia.org/wiki/Land-locked_country).

Ove države uživaju određena prava koja ćemo opisati kako bi se mogla steći cjelovita slika o njihovim ukupnim pravima u svim morskim pojasevima. To nalaže razlog funkcionalne povezanosti plovidbe u svim morskim prostorima.

### *Teritorijalno more*

U zoni teritorijalnog mora svi brodovi svih država imaju pravo neškodljivog prolaza i pravo neprekinute plovidbe .

To pravo uključuje zabranu plovidbe ukoliko bi to bila prijetnja miru, bezbjednosti obalne države i dobrim poslovnim običajima koji o tome vladaju u tom pojasu.<sup>11</sup>

### *Ekskluzivna ekonomska zona*

Ekskluzivna ekonomska zona prostire se u pojasu od 200 nautičkih milja od polaznih linija. Prema Konvenciji o pravu mora iz 1982. godine u ekskluzivnoj ekonomskoj zoni sve države uključujući i države okružene tuđim kopnom uživaju: 1) pravo plovidbe; 2) preleta; 3) postavljanja podmorskih kablova; 4) cjevovoda i drugih postorojenja dozvoljenjim propisima u skladu sa navedenim slobodama; 5) postavljanje uređaja neophodnih za funkcionisanje plovidbe brodova i letova aviona; 6) zatim podmorskih kablova i cjevovoda, vještačkih ostrva, kao i drugog što je kompatibilno sa odgovarajućim propisima iz Konvencije; 7) naučno istraživanje.<sup>12</sup>

### *Otvoreno more*

Prema definiciji iz Konvencije o pravu mora iz 1982. godine Otvoreno more obuhvata sve djelove mora koji ne uključuju ekskluzivnu ekonomsku zonu, teritorijalno more, unutrašnje i arhipelaške vode.<sup>13</sup>

Kao i u drugim gore navedenim morskim pojasevima države okružene tuđim kopnom uživaju značajna prava što je dijelom posljedica pravila da se otvoreno more ne nalazi pod jurisdikcijom niti jedne države. Stoga niti jedna država ne može polagati pravo na taj pojas. Sve države kako one sa morskom obalom tako i bez morske obale uživaju sljedeća prava u njemu: 1) slobodu plovidbe; 2) pravo postavljanja podmorskih kablova i cjevovoda; 3) slobodu izgradnje vještačkih

---

<sup>11</sup> Gore navedeno u vezi teritorijalnog mora je predviđeno u članovima 3,17 i 38 Konvencije o pravu mora iz 1982.

<sup>12</sup> Vidjeti članove 58, 69, 87 Konvencije o pravu mora iz 1982.

<sup>13</sup> Rudolf D., Terminologija Međunarodnog prava mora 1980.

ostrva i drugih instalacija dozvoljenih međunarodnim pravom; 4) slobodu ribolova; 5) i slobodu naučnog istraživanja. Prema ovom prikazu očigledno da države okružene tuđim kopnom uživaju u pojasu otvorenog mora ista prava kao i države sa morskom obalom.

Njihovim brodovima tj. brodovima koji viju njihovu zastavu dozvoljena je plovidba u istom obimu kao i brodovima obalnih država.<sup>14</sup>

### *Pojas morskog dna*

Pojas morskog dna sa svojim resursima je zajednička baština čovječanstva. Niti jedna država ne može imati suverenitet nad njim.

U pogledu prava država bez morske obale Konvencija o pravu mora iz 1982. godine ide korak dalje utvrđujući pravo država okruženih tuđim kopnom na efektivnu participaciju u aktivnostima u Zoni.

Član 141 kaže da je Zona pristupačna svim državama i da se djelatnosti u njoj obavljaju na dobrobit cijelog čovječanstva.

U Konvenciji iz 1982. godine naglašava se potreba uvažavanja interesa država okruženih tuđim kopnom i onih u nepovoljnom geografskom položaju kako bi se popravila takva njihova objektivno nepovoljna situacija. Da bi se dodatno ojačala njihova pozicija utvrđeno je i njihovo posebno predstavljanje u Savjetu Međunarodne vlasti u Zoni.<sup>15</sup>

### *Pravo na eksploataciju viškova živih resursa u ekonomskoj zoni*

U Konvenciji je takođe predviđeno da države koja nema morsku obalu ima pravo da učestvuju na pravičnim osnovama u eksploataciji viška živih resursa u ekskluzivnoj ekonomskoj zoni obalnih država.

Konkretizacija ostvarivanja ovoga prava nije baš najpreciznije određena što stvara potencijalno mogućnost veće slobode ugovornih strana da određuju njegovu sadržinu. Na drugoj strani postoji mogućnost volontarističkog pristupa koji bi mogao u svojim krajnjim konsekvencama dovesti do povrede principa pravednosti u raspodjli viškova.

Posebnu pogodnost predstavlja fakat da se istim članom u ovoj oblasti predviđa mogućnost da se ovi odnosi mogu urediti bilaterano, subregionalno i regionalno.

---

<sup>14</sup> Vidjeti odredbe Konvencije o pravu mora 87, 89, 90.

<sup>15</sup> Vidjeti član 137 i 148 Konvencije o pravu mora. Vidjeti član 137 i 148 Konvencije o pravu mora.

Međutim, tu je riječ o uopštenom pristupu koji nažalost ne otklanja glavni problem, a to je nedostatak preciznih i sveobuhvatnih pravnih pravila u opštem međunarodnom pravu. Dopunska pravila bi makar djelimično otklonila taj nedostatak i omogućavali povoljniji položaj državama okruženim tuđim kopnom za šta je ta pravno precizna i transparentna regulativa neizostavan uslov da bi te države imale odgovarajući i pravedan položaj u međunarodnoj zajednici.<sup>16</sup>

#### SPORAZUMI SA TRANZITNIM DRŽAVAMA

Da bi se ostvarilo pravo pristupa moru potrebno je da postoji sporazum između države okružene tuđim kopnom i tranzitne države. Moglo bi se zaključiti da pravo pristupa moru pripada državama bez morske obale. Pri tom, valja uzeti u obzir mišljenja koja plediraju da to pravo pripada subjektima državama okruženim tuđim kopnom. Legitimno je pravo tih država da zahtijevaju pravo tranzita preko područja tranzitne države ukoliko to ne šteti njenim krucijalnim interesima. Usljed toga, tranzitna država bi trebala u dobroj vjeri da pristupa pregovorima radi zaključivanja Sporazuma o tranzitu. Međutim, pokaže se vrlo često da to zavisi od kvaliteta međusobnih odnosa država strana ugovornica sporazuma o tranzitu. Ukoliko odnosi među njima nijesu na zadovoljavajućem nivou moglo bi doći do ozbiljnih problema u njihovim ukupnim odnosima pa i u onim o tranzitu. Na drugoj strani, u duhu dokumenata Ujedinjenih nacija svim državama pa i ovim pretpostavljenim dvema naprijed označenim za slučaj spora stoje na raspolaganju instrumenti mirnog rešavanja sporova. Riječ je o sporovima koji se rešavaju po pravilima predviđenim u Konvenciji iz 1982. godine.

Osim toga, pravne osobjenosti morskih pojaseva neminovno utiču na složenu strukturu ovoga prava. U toj kontaroverzi sadržano je vrlo rasprostranjeno shvatanje da je ipak riječ o pravu koje nema apsolutni karakter ali mu se ne može odreći ogroman značaj za razvoj odnosa u međunarodnoj zajednici posebno kada je riječ o položaju država bez morske obale i država sa kojima se one graniče.<sup>17</sup>

More je fizička cjelina. Međutim na njemu vladaju različiti pravni režimi. Prava obalnih država su veća što je pojas mora bliži obali. To prirodno i proističe iz težnje tih država da što potpunije kontrolišu pojas koji je bliži njenim unutrašnjim vodama. Nesumnjivo taj fakt ima značajne bezbjedonosne i odbrambene implikacije po nju. Osim toga značaj mora je u sadrašnjem stupnju tehnološkog

---

<sup>16</sup> Vidjeti član članu 69 Konevencije o pravu mora iz 1982 godine.

<sup>17</sup> Bayeh E. The Rights of Land-Locked States in the International Law: The Role of Bilateral/ Multilateral Agreements, Social Sciences. Vol. 4 No. 2, 2015, p. 27-30.

razvoja povećan posebno razvojem telekomunikacija, saobraćaja i iskorišćavanju neistraženih bogatstava u rudnom blagu i raznovrsnim izvorima hrane.

Za uspostavljanje pogodnog ambijenta za ostvarivanje prava država oruženih tuđim kopnom neophodno je sa tranzitnim državama zaključiti sporazum kako to previđa član 125 Konvencije o pravu mora. U tom članu predviđeno je da vršenje prava slobode tranzita mora počiva na saglasnosti države okruženih tuđim kopnom i države tranzita. To se postiže zaključivanjem, bilateralnih, subregionalnih ili regionalnih sporazuma kako je predviđeno u članu 125 Konvencije o pravu mora. Zaključivanjem ovih sporazuma stvara se pravna osnova za ostvarivanje ukupnih prava koje države bez morske obale u cjelini uživaju prema međunarodnom pravu

Izloženo naprijed osim toga pokazuje da se poštuju prava tranzitnih država, jer citirani član 125 Konvencije iz 1982. godine priznaje puni suverenitet tranzitnoj državi. Odnosno tranzitna država u vršenju svog punog suvereniteta ima pravo da preduzme potrebne mjere da bi otklonila sve njegove potencijalne i stvarne povrede. Pri tome tranzitna država ne može da postavlja namjerno ili nenamjerno prepreke koje suštinski onemogućavaju ostvarivanje prava tranzita. Naravno riječ o mjerama koje po svojoj prirodi ne pripadaju legitimnoj odbrani njihovog suverenog prava vladanja na svojoj teritoriji.

Međutim, u tekstu Konvencije ipak nije dovoljno jasno istaknuto na kakav način države okružene tuđim kopnom mogu zaštititi svoja prava za slučaj kada bi tranzitna država proglasila da su njena suverena prava povrijeđena ili recimo da potpuno zabrani tranzit preko svoje teritorije. U takvim prilikama sve zavisi od uspjeha pregovora između dvije strane ali i vrlo često i od blagonaklonosti i dobre volje države tranzita. To proizilazi iz činjenice da "odgovarajući sporazum nije pravni osnov samoga prava već akt koji samo utvrđuje uslove i modalitete prava pristupa moru".<sup>18</sup>

U bilateralnoj sferi ukazujemo na poseban značaj tranzitnog sporazuma između Etiopije i Djibutija. On je dobio na važnosti zbog specifičnog položaja Etiopije nastalog odvajanjem Eritreje. Ovaj slučaj kao i brojni drugi potvrđuju zavisnost država okruženih tuđim kopnom od tranzitne države u svim aspektima tranzita. Često pokazatelji razvoja ukazuju na tu vrstu zavisnosti kao ograničavajući faktor njihovog razvoja uopšte. Takođe se u velikom broju slučajeva pokazuje i sistemska politička zavisnost ovih država od obalnih država. Pri tome se, naravno, ne isključuju odnosi međuzavisnosti i uzajamnosti.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Kreća, op. cit., str. 357.

<sup>19</sup> Vidjeti potpunije Bayeh E. The right of Land Locked States Under the International Law: The Role of Bilateral /Multilateral Agreement, Social Science 2015 nom 4(2).



Uprkos odnosima uzajamnosti ipak je neizostavan fakat da države okružene tuđim kopnom veoma mnogo zavise od tranzitne države, pogotovo za transport onih roba i drugih potrebitina koje se jedino transportuju pomorskim putem. Osim toga to je najjeftiniji transport i te robe su daleko konkurentnije u odnosu na one koje dolaze sa drugih tržišta kopnenim i vazдушnim putem.

Normativna ravan pokazuje obavezu tranzitnih država da omoguće vršenje prava tranzita preko svoje državne teritorije. U tekstu smo ukazali na brojne praktične probleme koji realno mogu biti smetnja za ostvarivanje toga prava.

Usljed toga se o ovom problemu među većim brojem država javljala potreba za čvršćim garancijama koje bi omogućile nesmetano vršenje prava tranzita. U tom pravcu poznati su predlozi da se pitanje ovih sporazuma izmjesti iz bilateralne ravni u subregionalnu i regionalnu ravan. Prema njihovom mišljenju u tom slučaju moglo bi biti riječi o sinergiji više subjekta- država usljed čega postoji mogućnost njihovog snažnijeg uticaja za ostvarivanje povoljnijih uslova tranzita.

Primjera radi, ukazujemo na inicijativu vlade Mongolije koja pledira da se sporazumno sa vladama tranzitnih država utvrde koridori za tranzit u obostrano prihvatljivoj formi na kojima bi se dale veće garancije za države okružene tuđim kopnom.<sup>20</sup>

#### ZAKLJUČAK

Land – locked states je engleski naziv za države okružene tuđim kopnom. Riječ je o državama čije kopno ne izlazi na more.

U novije vrijeme upotrebljava se za naziv kontinentalne države, države bez morske obale ili pak neobalne države. Na prvi pogled moglo bi se pomisliti da su u pitanju sinonimi. Međutim, po prilično rasprostranjenom mišljenju u međunarodnopravnoj teoriji to nije tačno iz razloga što se njihovom neselektivnom upotrebom mogu izazvati različita tumačenja pa i nepotrebne zabune.

Vremenom je međunarodno pravni položaj država bez morske obale postao predmetom ozbiljne pažnje pa i plodotvorne djelatnosti odlučilaca u međunarodnoj zajednici. Usljed toga vidljivo je popravljanje njihovog položaja u pogledu korišćenja pojedinih prava koja su do tada bila uglavnom u domenu država sa morskom obalom.

U objektivnom smislu, korišćenje tih prava vezano je sa rešavanjem poteškoća koje nerijetko nastaju u odnosima sa tranzitnim državama.

Države okružene tuđim kopnom kao što smo istakli ranije u mnogom zavise od susjednih država. Stoga se nameće zaključak da djelatna matrica njihovih

---

<sup>20</sup> Bayeh E. op. cit., p. 29.

ukupnih odnosa mora sadržavati nastojanje da se oni permanentno unapređuju posebno u političkoj i privrednoj sferi.

Pravo na tranzit i komunikacije omogućava državama okruženim tuđim kopnom saradnju na raznim poljima u međunarodnoj zajednici što bi trebalo da rezultira povećanjem njihove privredne stabilnosti i životnog standarda stanovništva nezavisno od karaktera njihovog političkog, privrednog ili društvenog uređenja. Značaj dobrosusjedskih odnosa između država okruženih tuđim kopnom i obalnih država bio je jasno izražen na brojnim međunarodnim konferencijama, a posebno na onim o pravu mora.

Međunarodno pravo mora je mnogo uticalo da se pitanje položaja država okruženih tuđim kopnom poboljša odnosno da one imaju relativno slobodan pristup moru.

FILIP TURČINOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

## INTERNATIONAL LEGAL SPECIFICS OF A COUNTRY WITHOUT SEASHORE

### Summary

Land – locked states is an English term referring to states surrounded by foreign mainland. These are the states whose mainland does not border sea shores.

The term *continental state* has been used recently, in addition to terms *state without sea shores*, or *non-seashore state*. At the first glance these terms could seem synonymous. However, according to the opinion fairly prevalent in international law theory, that observation is not correct since any non-selective use of them could result in various interpretations and even unnecessary misunderstandings. In the length of time, the international judicial position of the states without sea shores has turned to be a subject of serious consideration, and even of fruitful activity of international community decision makers. Owing to that, there is a visible improvement of their positions concerning utilization of particular rights that were previously utilized mostly in the maritime states' domains. Objectively speaking, utilization of these rights has been in conjunction with solutions of problems often emerging in their relations with transit states.

As stated above, the land-locked states considerably depend on adjoining states. Therefore, the conclusion imposed is that the operative matrix of their overall relations must comprise efforts made for the purpose of their permanent advancement, especially in both political and economic domains. Rights of transit and communication enable the land-locked states to cooperate with international community in various fields, which is the fact that should result in improvement of both their economic stability and standard of living of their population, irrespective of their political, economic or social systems. The importance of good relations between the land-locked coun-

tries and adjoining maritime states has been clearly stated at numerous international conventions, especially at conventions on maritime rights. The international maritime law has considerably influenced improvement of positions of the land-locked states in the way enabling them relatively free access to the sea routes.



*JELENA Đ. LOPIČIĆ-JANČIĆ*

## **REPARACIJA U PRVOM SVETSKOM RATU 1914–1918. GODINE I MEĐUNARODNO JAVNO PRAVO**

### U V O D

U vremenu obeležavanja stogodišnjice izbijanja Prvog svetskog rata 1914–1918. godine u čitavom svetu kao i kod nas pored raznih međunarodnih konferencija, simpozijuma, sastanaka, okruglih stolova, izložbi dokumenta i fotografija obeleženo je i izdavanjem raznih knjiga, monografija, sistematskih dela, zbornika radova, članaka, rasprava, komentara, feljtona, prikaza i osvrtu. Navedni radovi su obrađivali Prvi svetski rat sa raznih aspekata, počev od uzroka izbijanja, samog rata, pa sve do završetka i Versajskog mirovnog ugovora 1919. godine. Nije nam namera da komentarišemo navedena obeležavanja ali imamo utisak da jedna značajna i važna tema vezana za Prvi svetski rat nije dovoljno razmatrana i obrađena, a to je problematika međunarodno pravnog aspekta reparacija.

Problematika reparacija je bila veoma aktuelna neposredno posle završetka Prvog svetskog rata i o njoj se raspravljalo na velikom broju međunarodnih konferencija i sastanaka sve do kraja tridesetih godina. Jer, ratna šteta nastala posle završetka Prvog svetskog rata je bila do tada najveća u istoriji čovečanstva, u kome je učestvovalo 36 država sa jednom milijardom i pet stotina miliona stanovnika. Mobilizovano je 73 miliona vojnika, na strani Antante 48 miliona, a na strani Centralnih sila 25 miliona vojnika. Posledice ovog rata su bile katastrofalne i

---

Dr Jelena Đ. Lopičić-Jančić, profesor Fakulteta za poslovno industrijski menadžment i pravo, Univerzitet "Union – Nikola Tesla", Beograd.

do tada neviđene. Ljudski gubici su iznosili preko 15 miliona mrtvih, od toga najviše civilnog stanovništva, ranjenih više od 20 miliona lica. Od raznih bolesti, iscrpljenosti i gladi umrlo je preko 10 miliona ljudi.<sup>1</sup> Tačan broj ratnih zarobljenika nikada nije utvrđen, ali se smatra da ih je bilo preko 10 miliona, od kojih je bilo 2 miliona civila koji ni po kojoj međunarodnoj konvenciji o ratnom pravu ili po međunarodnom običajnom ratnom pravu nisu mogli da budu tretirani kao ratni zarobljenici, jer nisu bili vojna lica, niti su učestvovali u ratu i vojnim operacijama bilo koje vrste.<sup>2</sup>

Međunarodno ratno pravo je bilo još od polovine XIX veka regulisano čitavim nizom međunarodnih multilateralnih konvencija o pravilima ratovanja, zaštite lica u ratu, zabranama i ograničenjima sredstava ratovanja, zaštitama objekata kao i odgovornosti za kršenje navedenih konvencija.<sup>3</sup> Centralne sile - Austrougarska, Nemačka, Bugarska i Turska koje su izvršile najveći broj ratnih zločina bile su potpisnici navedenih međunarodnih multilateralnih konvencija o ratnom pravu.

Problem reparacija tada nije bio rešen do kraja, već samo delimično. Zatim, dolazi 1939.godina kada je izbio Drugi svetski rat, tako da je međunarodna zajednica bila angažovana u tom do tada neviđenom ratu, a reparacije iz Prvog svet-skog rata iz objektivnih ratnih okolnosti nisu više ni raspravljane.

#### POJAM REPARACIJE I KONTRIBUCIJE

Pojam reparacije je nastao od latinskog naziva *reparatio* - opravka, popravka, naknada, plaćanje štete, naknada štete prčinjena ratom, ratna odšteta.<sup>4</sup> Reparacija ili ratna odšteta je kada pobednička strana ima pravo da zahteva od poražene strane naknadu za svu štetu i gubitke koje je imala zbog rata. Reparacija je poseban oblik plaćanja ratne štete koji se po pravilu utvrđuje na osnovu ugovora o miru, na osnovu koga je poražena strana dužna da isplati pobedničkoj strani naknadu u novcu. Navedena naknada moguća je i u drugim oblicima u naturi, industrijskim proizvodima, fabrikama, brodovima, mašinama, poljoprivrednim

<sup>1</sup> Politička enciklopedija, Beograd, 1975, "Savremena administracija", str. 853-854; Krivokapić Prof. dr Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd, 2010, Službeni glasnik Beograd, str. 884.

<sup>2</sup> Podatak prema Međunarodnom Crvenom krstu iz Ženeve.

<sup>3</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979, Zavod za općenarodnu obranu i društvenu samozaštitu SRH, Zbirku sastavio Boško Petković; Izvori međunarodnog humanitarnog prava, drugo, dopunjeno i prerađeno izdanje, Beograd, 2007, Fakultet političkih nauka Beograd, Crveni krst Srbije, Međunarodni komitet Crvenog krsta Ženeva.

<sup>4</sup> Vujaklija Milan: Leksikon stranih reči i izraza, u redakciji Dr Svetomira Ristića i Dr Radomira Aleksića, Beograd, 1961, Prosveta, str. 824.

proizvodima, rudnom blagu, uglju, drvetu i drugo. Često je pobednička strana zahtevala reparacije koje su bile mnogo veće od nanete štete pa čak kada je i pobednička strana započela rat.<sup>5</sup>

Od pojma reparacije treba razlikovati i pojam *ratna kontribucija*, koje imaju određene sličnosti pa se ponekad mešaju, iako se radi o različitim institutima međunarodnog prava. Pojam ratna kontribucija dolazi od latinske reči *contributio* -zajednički prinos, porez, ratni namet koji se uzima u novcu u okupiranom delu neprijateljske države.<sup>6</sup>

Praktično kontribucija predstavlja kaznu za poraženu stranu, a za pobednika materijalnu dobit koju sam proizvoljno određuje bez obzira na nastalu štetu ili izazvane troškove. U literaturi se često kao primer kontribucije navodi da je Nemačka kao pobeđena strana posle francusko-pruskog rata 1871. godine mirom u Frankfurtu na Majni nametnula Francuskoj kontribuciju u iznosu od pet milijardi zlatnih franaka, što je u ono vreme predstavljalo ogromnu svotu novca. Mirovna konferencija u Parizu 1919-1920. godine nije primenila institut kontribucije koja je predstavljala novčanu sankciju poraženoj strani, nego je prihvatila jednu mnogo pravičniju instituciju, a to je institucija reparacije.<sup>7</sup>

Plaćanje ratne štete je postojalo u međunarodnom običajnom pravu još u starom i srednjem veku i zadržalo se sve do današnjih dana u izmenjenom obliku. U literaturi se navodi i primer ratne otštete koju je Kartagina platila Rimu 202. godine p.n.e. za vreme Punskih ratova u visini od deset hiljada talenata sa rokom otplate od pedeset godina (1 talent — oko 40 kilograma zlata), predajom brodova, predajom slonova, davanjem talaca, itd.<sup>8</sup> U starom veku gde je vladao robovlasnički sistem i gde su ratovi i oružani sukobi bili veoma česti iz razloga osvajanja tuđih teritorija, naplata ratne odštete je bila na razne načine. Svakako da je pored prisvajanja teritorije bilo i to što se tada dobijao ogroman broj robova kao besplatne radne snage. Broj robova je bio određivan po proizvoljnoj oceni pobedničke strane. Slična situacija se nastavila i u srednjem veku, u feudalnom sistemu, gde je pobednik proizvoljno diktirao ratnu štetu.

Od sredine XIX veka pa do početka XX veka izvršena je kodifikacija međunarodnog ratnog prava koja se odnosi na pravila ratovanja, zaštitu lica u ratu, za-

---

<sup>5</sup> Krivokapić Prof. dr Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd, 2010, "Službeni glasnik", str. 932-933.

<sup>6</sup> Vujaklija Milan: Leksikon stranih reči i izraza, u redakciji Dr Svetomira Ristića i Dr Radomira Aleksića, Beograd, 1961, Prosveta, str. 467.

<sup>7</sup> Bartoš Dr Milan: Nemačke reparacije posle Drugog svetskog rata, Beograd, 1948., Politička biblioteka br. 39., str. 1.

<sup>8</sup> Nikolajević Dr Borko: Reparacije, Razvoj posleratnih odnosa između država povodom reparacija, s posebnim osvrtom na vreme posle Prvog i Drugog svetskog rata, Sarajevo, 1956, "Veselin Masleša", str. 17.

brane i ograničenja sredstava ratovanja, zaštitu objekata kao i odgovornost za povrede međunarodnog ratnog prava.

Institut kontribucije je predviđen u Konvenciji o zakonima i običajima rata na kopnu (IV. Haška konvencija iz 1907. godine) i Pravilnikom o zakonima i običajima rata na kopnu. Kontribucija je mera koju okupator primenjuje za vreme trajanja rata na okupiranoj teritoriji radi obezbeđenja potreba okupatorske vojske. Kontribucija kao mera može da ima više vidova i mera. Počev od novčanih iznosa, pa do raznih materijalnih dobara, od hrane, industrijskih proizvoda, raznih industrijskih objekata, prevoznih sredstava, uglja, nafte, gasa i svega ostalog što može da posluži okupatorskoj vojsci.

Prema navedenom Pravilniku o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine u članu 48. predviđena je kontribucija:

“Ako okupator na okupiranom području ubira poreze, dažbine i naknade ustanovljene u korist države, on će to učiniti koliko god je moguće, prema pravilima i poreskoj osnovici i razrezu koji su na snazi i za njega će se iz toga proisticati obaveza da snosi troškove uprave okupiranog područja u meri u kojoj je zakonita vlada to bila dužna”.

Zatim, u članu 49. se predviđa: “Ako osim poreza nabrojanih u predhodnom članu, okupator ubira na okupiranoj teritoriji i druge kontribucije u novcu, to može biti samo za potrebe vojske ili uprave te teritorije.”

Član 50. predviđa: “Nikakva kolektivna kazna, novčana ili druga kazna, ne može se izreći protiv stanovništva zbog dela pojedinaca za koje ono može biti smatrano solidarno odgovornim”.

Član 51. predviđa: “Nikakva kontribucija ne može biti ubirana, osim na osnovu pisane naredbe i pod odgovornošću jednog komandujućeg generala. To ubiranje se mora objaviti, koliko god je to moguće, samo u skladu sa pravilima o poreskoj osnovici i razrezu poreza. Za svaku kontribuciju oporezovanima se izdaje priznanica.”

Član 52. predviđa: “Rekvizicije u naturi i usluge mogu biti tražene od opština i stanovnika samo za potrebe okupacione vojske. One moraju biti u skladu sa mogućnostima zemlje i takve prirode da ne obavezuju stanovništvo za učestvovanje u ratnim operacijama protiv njegove otadžbine. Te rekvizicije i usluge mogu da budu tražene samo sa ovlašćenjem komandanta u okupiranom mestu. Davanja u naturi biće, koliko je to moguće, plaćena u gotovom; ako ne, za njih se mora dati priznanica i plaćanje iznosa će se obaviti što je moguće pre.”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Izvori međunarodnog humanitarnog prava, drugo, dopunjeno i prerađeno izdanje, Fakultet političkih nauka Beograd, Crveni krst Srbije, Međunarodni Crveni krst Ženeva, Beograd, 2007.; str. 314-315.; Radojković M. Dr Miloš: Rat i međunarodno pravo, Izdanje Odbora za udžbenike stručnog udruženja studenata prava, Beograd, 1947, str. 97-98.



Zatim u članu 46. je predviđeno da se privatna svojina mora poštovati. Jer je privatna imovina neprikosnovenjena. Međutim Međunarodno ugovorno pravo može je pod određenim uslovima i okolnostima ograničiti kada je u pitanju kontribucija i rekvizicija i to za vreme rata, oružanog sukoba i okupacije.”<sup>10</sup>

A u članu 47. predviđeno je: “Pljačka je izričito zbranjena.” Međutim, državna imovina bilo da je pokretna ili nepokretna može biti predmet konfiskacije ili eksploatacije.

Kao što se vidi iz citiranih odredaba Pravilnika o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine gde je vrlo precizno predviđeno šta je ratna rekvizicija, vojske Austrougarske, Nemačke i Bugarske za vreme Prvog svetskog rata 1914–1918. godine kada su okupirali teritoriju Srbije i teritoriju Crne Gore nisu se pridržavali navedenog Pravilnika iz 1907. godine, iako su bili potpisnici tog Pravilnika, nego su ga bezbroj puta i masovno kršili od prvih do poslednjih dana okupacije. To su bili masovni ratni zločini, progoni i masovne pljačke, otimanje privatne i državne pokretne i nepokretne imovine koje su vršile vojne i civilne okupatorske vlasti, počev od najviših pa sve do najnižih oficira i lokalnih funkcionera.<sup>11</sup> Sve ove navedene pljačkaške “rekvizicije” i “kontribucije” koje je sprovođila okupatorska vojna i civilna vlast dovele su ne samo do osiromašenja Srbije i Crne Gore nego i do velikog izgladnjivanja stanovništva i pojava velikog broja raznih bolesti i epidemija usled čega je civilno stanovništvo bilo desetkovano. Srbija je u Prvom svetskom ratu 1914–1918. godine izgubila 1.247.435 ljudi, što je bila jedna trećina stanovništva, od toga je 845.000 bilo civilno stanovništvo.<sup>12</sup>

## PRVI SVETSKI RAT I REPARACIJE

Pravo na rat i vođenje ratova bilo pravo svake države tokom istorije čovečanstva. Na osnovu tog pravila, pobeđnička strana je imala pravo da poraženoj strani silom nametne obavezu da pobeđniku nadoknadi svu nastalu štetu koja je

---

<sup>10</sup> Radojković M. Dr Miloš: Rat i međunarodno pravo, Izdanje Odbora za udžbenike stručnog udruženja studenata prava, Beograd, 1947, str. 97.

<sup>11</sup> Rajs Arčibald: Zločini nad Srbima u Velikom Rat, Priredio Dr Miloje Pršić, Svet knjige, Beograd, 2014, str. 301-312.; Rodolf Arčibald Rajs o zločinima Austrougara-Bugara-Nemaca u Srbiji 1914-1918-Izabrani radovi, Priređivači Dr Miloje Pršić, Slađana Bojković, “Stručna knjiga” Beograd, 1997, str. 133-178.

<sup>12</sup> Stojančević dr Vladimir: Gubici civilnog stanovništva Srbije i Beograda pod Austro-ugarском okupacijom za vreme Svetskog rata 1914-1918. godine, Beograd, 1974, Godišnjak grada Beograda knjiga XXI, str. 61.; Rajs Arčibald: Zločini nad Srbima u Velikom ratu, Priredio Dr Miloje Pršić, Svet knjige, Beograd, 2014, str. 32-33.

proizišla iz tog rata kao i troškove za vođenje rata. Navedena obaveza poražene strane protekom vremena nazvana je reparacijom.<sup>13</sup>

Institut reparacija je promenjen posle završetka Prvog svetskog rata 1919. godine i to na osnovu Ugovora o miru između Savezničkih i udruženih sila i Nemačke koji je potpisan u Versaju 28. juna 1919. godine. U okviru Versajskog mirovnog sistema spadaju i sledeći sporazumi koji su zaključeni sa poraženim državama: Austrijom u palati Sen Žermen (kod Pariza) 10. septembra 1919, Bugarskom u predgrađu Pariza Nej sur Sen 27. novembra 1919, Mađarskom u palati Trijanon 4. juna 1920. i sa Otomanski carstvom (Turskom) u Sevru 10. avgusta 1920. godine.

Versajskim ugovorom o miru iz 1919. godine u Osmom delu pod nazivom "Naknada štete", u članovima 231 do 244, predviđeno je pitanje reparacije.

Naime, član 231 je poznat kao klauzula o krivici koji predviđa sledeće: "Vlade savezničke i udružene izjavljuju a Nemačka priznaje da su Nemačka i njeni saveznici odgovorni jer su ih pričinili, za sve gubitke i štete koje su pretrpeli Vlade savezničke i udružene i njihovi pripadnici usled rata, koji im je nametnut napadom Nemačke i njenih saveznika."<sup>14</sup>

Prva dva stava člana 232 predviđaju sledeće: "Vlade savezničke i udružene priznaju da su izvori Nemačke nedovoljni, vodeći računa o stalnom smanjivanju ovih izvora, što je posledica drugih odredaba ovog ugovora, -da obezbede potpunu naknadu svih ovih gubitaka i svih ovih šteta.

Vlade savezničke i udružene pri svem tom zahtevaju a Nemačka se obavezuje, da će biti nadoknađene sve štete pričinjene građanskom stanovništvu svake od Sila savezničkih i udruženih i njihovim dobrima, za vreme dok je ta sila bila u ratnom stanju sa Nemačkom, rečenim napadom na suhu, na moru ili u vazduhu, i, u opšte, sve štete, kako su određene u priloženom Dodatku I..."<sup>15</sup>

Član 233 predviđa da će iznose ratnih šteta utvrditi jedna međusaveznička komisija, pod nazivom Komisija za naknadu štete – Reparaciona komisija, čije će sedište biti u Parizu, koja će utvrditi i pregled plaćanja, predviđajući rokove i načine isplate, s tim da se Nemačka oslobodi svog celokupnog duga u roku od trideset godina, a početkom od 1. maja 1921. godine.

Zatim, u članu 234. je predviđeno da Komisija za naknadu štete – Reparaciona komisija ima ovlašćenje da produži rokove i izmeni načine plaćanja, ali neće moći oprostiti ni jedan deo duga bez naročite dozvole raznih Vlada predstavljениh u Komisiji. Komisiju su sačinjavali delegati: SAD, Velike Britanije, Francuske, Italije, Japana, Belgije i Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca. Dodatak II. paragrah

<sup>13</sup> Dimitrijević Vojin: Ratna šteta u međunarodnom pravu, Beograd, 1992, Pravni život broj 11-12, Knjiga 401, II. tom, str. 1827.

<sup>14</sup> Službene Novine Kraljevine SHS, br.119/a, Beograd 1920.

<sup>15</sup> Službene Novine Kraljevine SHS, br.119/a, Beograd 1920.

2. Delegati Belgije, Japana i Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca nemaju pravo da uzimaju učešće u raspravama Komisije i da glasaju, sem kada se budu proučavala pitanja koja se odnose na njihove države. Tako da bi delegat Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca imao to pravo prilikom raspravljanja pitanja ratne štete koje se odnose na poražene Austriju, Madjarsku i Bugarsku.

Kao što se vidi, iako su Belgija i Srbija bile savezničke države, koje su podnele velike ljudske i materijalne žrtve, one su u ovoj Komisiji za naknadu štete tretirane kao drugorazredne države.

Potraživanja na ime ratne štete prema Nemačkoj iznosila su 20 milijardi zlatnih maraka kako je navedeno u članu 235. Pored navedenog u članu 238. se predviđa: “...Nemačka će izvršiti povraćaj u kovanom novcu oduzetog, uzapćenog ili sekvestriranog kovanog novca, kao i povraćaj stoke, predmeta svih vrsta i vrednost oduzetih, uzapćenih ili sekvestriranih, u slučaju kada je moguće indentifikovati ih na teritoriji Nemačke ili njenih saveznika...”<sup>16</sup>

Saveznici su smatrali da će naplata ratne šteta od strane Nemačke biti bez problema, jer je postojao međunarodnopravni osnov, a to je bio Versajski ugovor o miru, gde se u članu 231. navodi da su Nemačka i njeni saveznici odgovorni za sve gubitke i štete koje su pretrpele Savezničke vlade kao i njihovi pripadnici.

Međutim, pitanje navedenih reparacija je postalo jedno od najsloženiji pitanja Versajskog ugovora o miru, koje će se provlačiti sledećih petastak i više godina i neće biti od kraja rešeno. Naime, Nemačka je od prvih dana potpisivanja Versajskog ugovora o miru bila nezadovoljna i nastojala je da reparacionu sumu što više smanji i bilo kakve isplate odloži na što duži rok.

Kao jedno od predhodnih i ključnih pitanja na Konferenciji mira u Versaju bilo je vezano za ratnu odštetu i koje kategorije imaju pravo na nju, a zatim šta se sve smatra i ubraja u reparacije. Savezničke države su i ovog puta kao i kasnije često bile nejedinstvene. SAD je smatrala da se u reparacije ne može smatrati šteta koja je pričinjena civilnom stanovništvu, dok su Francuska i Velika Britanija smatrala da se šteta koja je naneta civilnom stanovništvu smatra reparacijama. Usvojen je stav da se pod reparacijom smatra šteta koja je ratom naneta pravnim i fizičkim licima, ali da se ona ne može predstavljati kao ratni dug.<sup>17</sup> Naime, ratni dug se smatralo davanje kredita od strane SAD, Velike Britanije i Francuske Savezničkim državama tokom rata za potrebe naoružanja, ishrane i slično.

Savezničke države prilikom zahteva za naknadu ratne štete nisu bile jedinstvene. Naime, prva grupa država u kojoj je bila Francuska, Belgija i Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca zahtevala je da se isplata izvrši što pre. Razlozi su bili sa-

---

<sup>16</sup> Službene Novine Kraljevine SHS, br. 119/a, Beograd 1920.

<sup>17</sup> Guč P. Dž-Jovanović M.J.: Diplomatska istorija moderne Evrope 1878-1919, Geca Kon, str. 577-578; Kršev dr Boris: Finansijska politika Jugoslavije 1918-1941, Prometej, Novi Sad, 2007, str. 156-157.

svim jasni, jer navedene države su na svojoj teritoriji pretrpele najveća ratna razaranja gradova, naseljenih mesta, sela, privrede i infrastrukture. Pored toga, imali su i najveće ljudske gubitke, naročito civilnog stanovništva. Ovu grupu država predvodila je Francuska, koja je na svojoj teritoriji imala i najviše ratne štete i koja je potraživala preko polovine od celokupne utvrđene ratne štete. Francuska je pristajala na neke manje ustupke Nemačkoj- da se produži rok, kao i neke izmene u načinu plaćanja. Radi obezbeđenja svojih potraživanja Francuska je tražila stvarnu zalogu. Pošto je došlo do nesaglasnosti sa Velikom Britanijom i SAD po ovim zahtevima Francuske, francuska vojska je okupirala celu Rursku oblast. Francuska vojska je zauzela gradove Esen, Bohum i Dortmund. Praktično, zauzela je rudnike uglja, železare i metalnu industriju, kao glavnu električnu centralu u Nemačkoj. Francuska je zapretila da ako Nemačka ne bude plaćala ratne reparacije oni imaju plan za vojni ulazak čak u Berlin kao i cilj definitivne granice na reci Rajni.<sup>18</sup>

Druga grupa država u kojoj su bili SAD i Velika Britanija imala je sasvim drugu koncepciju i metodologiju naplate ratne štete. Rat se nije vodio na teritorijama SAD i Velike Britanije, tako da je njihova ratna šteta bila sasvim druge vrste i daleko manja od država na čijim teritorijama se vodio rat. Njihova ratna šteta ogleдалa se u poginulim i ranjenim vojnicima, kao i u potopljenim trgovačkim i ratnim brodovima. Nemačka je vrlo brzo videla neslaganje među Saveznicima i na toj osnovi se organizovala u sledećih deset-petnaest godina, da se što više pregovori produžavaju i odlažu i da se stalno snižava reparaciona suma koju je trebalo isplatiti. Pored navedenog, osnovni cilj Nemačke je bio da se usled protoka vremena kao i izmene političke situacije u Evropi izbegne plaćanje ratne štete.

Hronološki vezano za početak naplate ratne štete, Saveznici su već na prvom sastanku koji je održan u Bulonju 20. juna 1920.godine odredili iznos od 279 milijardi zlatnih maraka koje je Nemčka trebalo da isplati u roku od 42 godine. Nemačka je protestovala i nije se saglasila sa navedenom sumom, navodeći da je ona "fantastična i da se nikada ne može isplatiti". U julu 1920.godine u belgijskoj banji Spa nastavljani su pregovori u kojima su učestvovali i nemački predstavnici. Saveznici su naterali Nemačku da nastavi sa isplatom prvih 20 milijardi zlatnih maraka i dali mogućnost da se ove isplate mogu vršiti i u isporukama uglja. Na ovoj konferenciji u banji Spa Saveznici su odredili deobu nemačkih reparacija, u procentima: Francuska 52%, Velika Britanija 22%, Italija 10%, Belgija 8%, Grčka,

<sup>18</sup> Inostrani je pseudonim koji se služio Jovan M. Jovanović-Pižon (1869-1939), pravnik, karijerni diplomata, političar, objavljujući radove u Srpskom Književnom Glasniku. Jovan M. Jovanović je jedan od naših najplodnijih pisaca i najboljih poznavalaca i stručnjaka za diplomatsku istoriju i međunarodne odnose. Detaljnije videti: Srpski biografski rečnik 4, I-KA, Matica Srpska, Novi Sad 2009, str. 523; Nenad P. Gabić: Jovan Jovanović Pižon i Evropska diplomatija Srbije 1913-1918, Beograd, 2011, Inostrani: Francuska za naknadu štete-Madžarska politika, Beograd, 1923, Srpski Književni Glasnik Knj. VII, Br. 3, str. 229.

Rumunija i Jugoslavija zajedno 6,5% i Japan i Portugalija po 0,75%. O ukupnom iznosu reparacione sume Saveznici nisu uspeli da se dogovore.<sup>19</sup>

Na konferenciji u Parizu januara 1921. godine, reparaciona suma je snižena na 226 milijardi zlatnih maraka. Nemačka je i ovaj predlog odbila, videvši popustljivost Saveznika kao i nejedinstven stav, pa je iznela svoj predlog da na ime reparacija plati iznos od 53 milijarde zlatnih maraka.<sup>20</sup>

Kao rezultat dugih i dosta teških pregovora koji su održani u Londonu od 5. maja 1921.godine, odlučeno je da se Nemačka duži za iznos od 132 milijarde zlatnih maraka na ime ratne štete. Međutim, Nemačka je donela odluku da plaćanje reparacija za izvesno vreme obustavi, sa tendencijom da se pitanje ratne štete i njene isplate skine sa dnevnog reda.<sup>21</sup>

Francuska i Belgija su bile ogorčene ovom nemačkom odlukom, pa su preduzele mere da bi osigurale svoja reparaciona potraživanja. Tako su Francuska i Belgija kao zalogu za obezbeđenje plaćanja ratne štete sa vojskom obezbeđivale Rursku oblast sa namerom da je zadrže sve do konačne isplate ratne štete. Ova odluka Francuske i Belgije je naišla na protivljenje SAD i Velike Britanije. Poznato je da SAD i Velika Britanije nisu imali ni približno pričinjenu ratnu štetu kako po obimu tako i po novčanoj proceni od strane Nemačke i njenih saveznika, jer na njihovoj teritoriji nije vođen rat niti su bila ratna razaranja. Već tada SAD preuzimaju vodeću ulogu u rešavanju pitanja reparacije.

SAD su posle završetka Prvog svetskog rata postale najveći poverilac svim pobedničkim državama, jer su im za svo vreme rata odobravale ratne kredite za kupovinu oružja, municije, brodova, vozila, hrane, sirovina, raznih metala, nafte, benzina, raznih industrijskih proizvoda, mašina i svih drugih proizvoda koje su u savezničkim državama nedostajale i nisu mogle da se proizvode usled rata. SAD su na ime tih ratnih kredita imale potraživanja od Savezničkih država od nekoliko desetina milijardi američkih dolara. Prvenstveni zadatak SAD bio da se, koliko je moguće, što pre naplate dugovanja po ratnim kreditima. Naplata tih ratnih kredita je išla veoma teško, jer su sve te savezničke države bile opustošene, opljačkane i razrušene tako da nisu imale realne ekonomske i finansijske mogućnosti za vraćanjem tih kredita. Posle pregovora sa savezničkim državama koje su bile dužnici po ratnim kreditima SAD, utvrđen je ukupan dug u iznosu od 22 milijarde dola-

---

<sup>19</sup> Popov Čedomir: *Od Versaja do Dancinga*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2015, str. 197.; Milojević Đ. Dr Milan: *Iz oblasti naše spoljne politike I, Reparacije*, Izdanje "Života i rada", Beograd, str. 197; Kršev Dr Boris: *Ratne reparacije i njihova sudbina nakon Prvog svetskog rata-slučaj Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Civitas časopis za društvena pitanja broj 1, Novi Sad, MXXI, str.11.

<sup>20</sup> Milojević Đ. dr Milan: *Iz oblasti naše spoljne politike I, Reparacije*, Izdanje "Života i rada", Beograd, 1932, str. 197-198.

<sup>21</sup> Milojević Đ. dr Milan: *Iz oblasti naše spoljne politike I, Reparacije*, Izdanje "Života i rada", str. 198.

ra. Velika Britanija i Francuska koje su takođe davale ratne kredite pojedinim državama postigle su sporazum da se se ti dugovi vraćaju.<sup>22</sup>

Kraljevina Srbija je 1918. godine dobila od SAD ratni zajam u iznosu od jednog miliona američkih dolara, zahvaljujući umešnosti srpskog kapetana, lekara Dr Davida Albale, koji je bio član Ratne delegacije Kraljevine Srbije koju je predvodio Dr Milenko Vesnić i koja je bila u poseti SAD. Taj ratni zajam, koji je kasnije preuzela Kraljevina Srba Hrvata i Slovenica, a posle i Kraljevina Jugoslavija nije bio vraćen sve do početka Drugog svetskog rata 1941. godine.<sup>23</sup>

SAD su imale u Nemačkoj i svoja preduzeća, fabrike kao i uložena finansijska sredstva u akcionarska društva i sa Nemačkom su imali razvijenu privrednu saradnju i trgovinu. Pored navedenog, SAD su imale i nenaplaćena dugovanja vezana za trgovinu. Pošto je nemačka privreda bila uništena, SAD i Velika Britanija su smatrale da bi nemačku privredu trebalo obnoviti, time bi se ona razvila i tako platila svoje dugove na ime ratne štete.

Nemačka je i dalje koristila razlaz Saveznika Francuske i Belgije s jedne strane i SAD i Velike Britanije s druge strane pa je zvaničnom notom obavestila 1921. godine Savezničke sile da nije u stanju da plati utvrđene sume reparacija za koje se obavezala da će platiti 15. januara i 15. februara 1922. godine i to umesto 600 miliona zlatnih maraka je u mogućnosti da plati samo sumu između 150 i 200 miliona zlatnih maraka. Saveznici su odgovorili na ovu nemačku notu da je Komisija za naknadu štete posle istraživanja nemačke privrede utvrdila da Nemačka može da u potpunosti izvrši svoju obavezu plaćanja utvrđene ratne štete.<sup>24</sup>

Nemačka je ponovo 1923. godine uputila Saveznicima predlog za rešenje reparacija, tako što bi celokupan iznos ratne štete u novcu i u naturi bio trideset milijardi zlatnih maraka, s tim da bi se ta suma dobila u vidu jednog međunarodnog zajma. Pored toga, Nemačka je postavljala i sledeće uslove u realizaciji navedenog međunarodnog zajma: da se nemačka marka stabilizuje, da Francuska i Belgija odmah napuste Rajnsku oblast, u pogledu granica da se zaključi jedan poseban ugovor i da u slučaju spora sva pitanja koja se ne mogu rešiti diplomatskim putem, budu rešavana pred Međunarodnim arbitražnim sudom. Francuska i Belgija su odmah odbacile nemački predlog bez dogovora sa Velikom Britanijom, SAD i Italijom. Tražile su da Nemačka ispuni ugovornu obavezu za isplatu repa-

<sup>22</sup> Inostrani: Ratni dugovi i odštete-Kelogov pakt, Beograd, 1929, Srpski Književni Glasnik, Knj. XXVI, Br. 3. str. 226-227.

<sup>23</sup> Dr David Albala specijalni delegat pri Jugoslovenskom Kraljevskom poslanstvu u Vašingtonu 1913-1942, Priredio Dr Đorđe N. Lopičić, TEOVID, Beograd, 2010, str. 18.

<sup>24</sup> Inostrani: Kakva je naša spoljna politika? – Vašingtonska konvencija-Ratna odšteta, Beograd, 1922, Srpski Književni Glasnik Knj. V, Br. 1, str. 71.

racija, kao i da Francuska neće smanjivati svoj zahtev, a koji je postavljen rešenjem Komisije za reparaciju u iznosu od 132 milijarde zlatnih maraka.<sup>25</sup>

Okupacija Rajnske i Rurske oblasti od strane Francuske i Belgije koje su nastojale da osiguraju isplatu ratne štete predstavljala je i opasnost za mir u Evropi. Jer, stanovništvo u Rajnskoj i Rurskoj oblasti je podnosilo velike teškoće i patnje naročito ekonomske prirode, a koje su karakteristične kod svake okupacije. Pogotovo što je bilo neizvesno koliko će ta okupacija trajati. Velika Britanija, koja je imala potpuno različiti stav i koncepciju u pogledu realizacije ratne štete od Francuske i Belgije je smatrala da navedena okupacija Rajnske i Rurske oblasti ne može biti rešenje za naplatu ratne štete. Zatim, Velika Britanija je smatrala da ovakvo stanje, ukoliko potraje, može dovesti do ekonomskog pa i političkog haosa Nemačke, što se može odraziti na ekonomsku i društvenu propast čitave Evrope.<sup>26</sup>

Stavovi Savezničkih država iako su bili po pojedinim pitanjima nejedinstveni i nesaglasni, ipak su imali sledeći zajednički stav: obnova ratom razorene Nemačke uz bilo kakve međunarodne zajmove ne može se postići bez prioriternog pitanja isplate ratne štete. Razume se da je bilo i veoma važno pitanje uspostavljanja trajnog mira u Evropi, da se ne ponovi Prvi svetski rat, jer je situacija u čitavoj tadašnjoj Evropi bila dosta politički i ekonomski nestabilna, a bila je posledica Prvog svetskog rata. Naročito je bila zabrinjavajuća uništena privreda, velika nezaposlenost, velika inflacija i drugo.

Da bi se reparaciono pitanje rešilo, SAD su 1923. godine izradile novi reparacioni plan koji je donet pod predsedništvom američkog generala Doza i koji je stupio na snagu 1. septembra 1924. godine. Prema ovom Dozovom planu bilo je predviđeno plaćanje Nemačke u iznosu od 2,5 milijardi zlatnih nemačkih maraka godišnje. Međutim, ovaj Dozov plan nije predviđao ni koliki je ukupan iznos reparacija, niti rok trajanja godišnjih isplata. Razume se da je ovakav plan naišao na žestoku kritiku zbog navedenih osnovnih manjkavosti u pogledu ukupne sume kao i vremenskog roka vraćanja.

U Ženevi se 16. septembra 1928. godine osnovao novi komitet u sastavu SAD, Velika Britanija, Francuska, Italija, Belgija, Japan i Nemačka kojim je predsedavao Amerikanac Jang. Prema planu ove komisije određena je reparaciona suma od 38 milijardi zlatnih maraka koju bi Nemačka isplaćivala u vremenskom roku od 59 godina. Navedeni plan je usvojen na međunarodnoj konferenciji u Hagu 31. avgusta 1929. godine. Neverovatno je koliko su Saveznici postali popustljiviji prema Nemačkoj kada se ima u vidu da je prvobitna utvrđena reparaciona suma bila u iznosu od 279 milijardi zlatnih nemačkih maraka (u Bulonju,

---

<sup>25</sup> Inostrani: Nemački predlog za reperaturacije. Bugarska ratna naknada-Riječka luka, Beograd, 1923, Srpski Književni Glasnik Knj. IX, Br. 1, str. 151-153.

<sup>26</sup> Inostrani: Reparacioni problem, Beograd, 1923, Srpski Književni glasnik Knj. IX, Br. 7, str. 550-551.

20.juna 1920. godine), a u roku od 8 godina je snižena prema Jangovom planu (u Ženevi, 16.septembra 1928. godine) na svega 38 milijardi zlatnih nemačkih maraka. Bilo je predviđeno da navedena otpлата reparacija traje 59 godina, a ona je posle nepune dve godine 30.juna 1931.godine prestala, jer je predsednik SAD Huver proglasio jednogodišnji moratorijum svih nemačkih ratnih reparacija.<sup>27</sup> Posle ovog moratorijuma održan je još čitav niz pregovora Saveznika sa predstavnicima Nemačke o realizaciji isplate ratne štete. Međutim, ni na jednom od tih sastanaka nije doneto konačno rešenje, sem delimičnih i Nemačka je isplaćivala povremeno umanjene iznose. Nemačka je uzimala od drugih država kredite i na osnovu njih obnavljala svoju privredu. Dolaskom Hitlera na vlast 1933. godine praktično dolazi do potpunog poništenja Versajskog ugovora o miru od strane Nemačke.

#### RATNA ŠTETA KRALJEVINE SRBIJE, ODNOSNO KRALJEVINE SHS I REPARACIJE

Kraljevina Srbija u Prvom svetskom ratu 1914-1918. godine pretrpela je ogromnu ratnu štetu od strane Austrougarske, Nemačke i Bugarske, o čemu će kasnije biti reči.

Na Konferenciji mira u Versaju 1919-1920. godine bilo je dvadeset šest delegacija koje su učesovale u 58 raznih komiteta i održano je 1646 raznih sastanaka i konferencija. Kraljevina Srbija i Kraljevina Crna Gora su već bile ušle u sastav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca<sup>28</sup> koja je imala brojnu delegaciju od 110 članova. Politička delegacija Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca bila je u sledećem sastavu i rangu: Nikola Pašić, dr Ante Trumbić, dr Milenko Vesnić, dr Ivan Žogler, Mateja Bošković, dr Josip Smodlaka i Dr Otokar Ribarž.<sup>29</sup> Pored navedene političke delegacije, na Konferenciji je postojalo i nekoliko pomoćnih tela koje su se zvale sekcije i koje su pomagale u radu političkoj delegaciji po svim pitanjima koje su bile na dnevnom redu. U navedenim sekcijama su bili najistaknutiji naučnici iz čitave Jugoslavije počev od Jovana Cvijića, Aleksandra Belića, Slobodana Jovanovića, Ferda Šišića, Luja Vojnovića, Tihomira Đorđevića i dr.

Kao što je poznato, na Konferenciji mira u Versaju 1919-1920. godine raspravljalo se o mnogim veoma važnim i značajnim pitanjima, počev od mirovnih ugovora sa poraženim državama Nemačkom, Austrijom, Mađarskom, Bugarskom i Turskom, zatim pitanjima granica novonastalih država: Čehoslovačke,

<sup>27</sup> Milojević Đ. dr Milan: Reparacije, Beograd, 1932, Iz oblasti naše spoljne politike I, Izdanje "Života i rada", str. 197-200.

<sup>28</sup> Kraljevina Srba Hrvata i Slovenaca je proglašena 1.decembra 1918. godine, a 3. oktobra 1929. godine je promenjen naziv u Kraljevinu Jugoslaviju.

<sup>29</sup> Mitrović Andrej: Jugoslavija na Konferenciji mira 1919-1920, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Jugoslavije, Beograd, 1969, str. 6-15.



Poljske, Kraljevine Srba Hrvata i Slovenaca, Rumunije, Austrije i Mađarske, kao i čitavog niza drugih pitanja uključujući i pitanja ratne štete i reparacija.

Status Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca kada je u pitanju utvrđivanje ratne štete i reparacija svakako je bio nepovoljniji nego da su Kraljevina Srbija i Kraljevina Crna Gora ostale kao posebne nezavisne države. Naime, prilikom utvrđivanja ratne štete i reparacija raspravljalo se i o prisjedinjenim oblastima Slovenije, Hrvatske, Bosne, Hercegovine i Vojvodine, koje su pre Prvog svetskog rata bile u sastavu Austrougarske. Navedene prisjedinjene oblasti su imale određene finansijske obaveze i dugovanja prema drugim državama, a koje su preuzele države kojima su one bile pripojene. Razume se da je to bilo dodatno finansijsko opterećenje Srbiji pri utvrđivanju ratne štete i reparacija.

Na Konferenciji mira u Versaju 1919–1920. godine za sva pitanja vezana za utvrđivanje ratne štete i reparacija nadležna je bila Komisija za naknadu štete-Reparaciona komisija kako je predviđeno u članovima 233, 234, 238, 240. Versajskog ugovora o miru od 28.juna 1919. godine.<sup>30</sup> Kao što je napred navedeno, članovi navedene Komisije za naknadu štete bili su predstavnici SAD, Velike Britanije, Francuske, Italije, Japana, Belgije i Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Rusija koja je bila učesnik Prvog svetskog rata i kojoj su nanete velike ljudske žrtve, masovni ratni zločini i velike ratne štete nije bila učesnik ove Konferencije mira, niti se o njenoj ratnoj šteti raspravljalo. Američki Predsednik Vudro Vilson je pored njegovih “Četrnaest tačaka” proklamovao i princip koji bi trebalo da se primenjuje na ovoj Konferenciji mira - “Princip apsolutne ravnopravnosti Velikih i Malih”. Međutim, vrlo brzo glavnu delatnost i odluke donosio je Vrhovni savet, koji je bio sastavljen od “Velike četvorke”: SAD, Velike Britanije, Francuske i Italije. Ostale savezničke države koje su pretrpele ogromne gubitke i kojima je naneta ogromna ratna šteta nisu bile zastupljene u ovim raspravama, nego su im se predložili i odluke naknadno saopštavali pismenim putem.<sup>31</sup>

Delegat Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca u Komisiji za naknadu ratne štete, Dr Velizar S. Janković je dao ostavku na članstvo u navedenoj Komisiji 1920. godine, jer je uvideo da je sam postupak prema predstavnicima malih država od strane Velikih sila bio diskriminatorski, počev od nepozivanja na sastanke, ili samo usmenog saopštavanja šta je urađeno. Zatim, traženi su često usmeni odgovori na određena pitanja. Naša delegacija je davala uvek brze i pismene odgovore u obliku nota, predloga i protivpredloga o svakom pitanju koje je delegaciji usmeno saopštavano. Komisija je svoje definitivne tekstove predavala neprijatelj-

---

<sup>30</sup> Roberts M. Džon: *Evropa 1880-1945*, Clio, Beograd, 2002, str. 384-390.

<sup>31</sup> Janković S. Dr Velizar: *Ugovor o Miru i naša ošteta* (Konferencija održana u Klubu Beogradskih Radikala 12.X.1919), Geca Kon, Beograd, str. 5-10.

skim stranama i predstavnicima Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca u isto vreme, ili u razmaku od svega dan-dva.<sup>32</sup>

Najstrašniji i nenadoknadivi gubici Srbije u Prvom svetskom ratu bili su ljudski gubici. Srbija je u Prvom svetskom ratu izgubila 1.247.435 lica što je činilo 28% od tadašnjeg ukupnog broja stanovništva prema popisu koji je izvršen 1914. godine. Civilni gubici su bili 845.000 lica, a vojni 402.435 lica. Navedna lica su bila ubijena za vreme Austrougarske invazije 1914. godine, umrli od epidemije pegavog tifusa koje su doneli austrougarski ratni zarobljenici u Srbiju 1914. i 1915. godine, ubijeni i umrli u zarobljeničkim logorima, umrli od gladi, ubijeni ili umrli za vreme deportacije u koncentracionim logorima ili na prinudnom radu u neprijateljskim zemljama, umrli ranjenici i bolesnici pod okupatorskom vlašću.<sup>33</sup> Pored navedenih ljudskih gubitaka, u ovom ratu Srbija je imala 264.000 ratnih invalida - i to 114.000 vojnih i 150.000 civilnih invalida.<sup>34</sup>

Među srpskim žrtvama treba navesti i srpske ratne zarobljenike koje je Austrougarska 1917. godine iz svojih koncentracionih logora isporučila svojoj saveznicu Turskoj. U Austrougarskoj je 1917. godine bila dosta teška situacija u pogledu ishrane stanovništva usled nedostatka poljoprivrednih proizvoda. Saveznički ratni zarobljenici i internirci kojih je bilo nekoliko stotina hiljada predstavljali su dodatni problem u ishrani. Da bi makar delimično ublažila navedeni problem, Austrougarska je tajnim sporazumom i u najvećoj tajnosti isporučila Turskoj oko 5000 srpskih ratnih zarobljenika. Železničkim kompozicijama isporučeni su Turskoj, a tamo su radili na najtežim poslovima, u rudnicima, kamenolomima, na izgradnji železničkih pruga i puteva i seči šuma. Zbog veoma loših smeštajnih uslova, slabe ishrane, nedostatka higijene i medicinske pomoći, teških klimatskih uslova, bolesti i epidemija, polovina od 5000 isporučenih srpskih ratnih zarobljenika je umrla.<sup>35</sup> Na ovaj način Austrougarska i Turska su flagrantno prekršili postojeće međunarodno ratno pravo i Konvenciju o zakonima i običajima rata na

<sup>32</sup> Janković S. dr Velizar (1880-1966) ekonomski stručnjak, autor više zapaženih knjiga i drugih radova i naš predstavnik u Komisiji za naknadu štete. Napisao i značajnu knjigu *Serbia and the peace with Bulgaria*, Paris, 1919.; Janković S. Dr Velizar: Ugovor o Miru i naša ošteta (Konferencija u Klubu Beogradskih radikala 12.X.1919.), Geca Kon, Beograd, 1920, str. 6-9.

<sup>33</sup> Navedni podaci su navedeni prema Vladimir Stojančević: Gubici u stanovništvu Srbije i Beograda pod austrougarskom okupacijom za vreme Svetskog rata 1914-1918. godine, Beograd, 1974, Godišnjak grada Beograda Knjiga XXI, str. 63-66; Vrućinić Mr Dušan: Demografski gubici Srbije prouzrokovani ratovima u XX. veku, Muzej žrtava genocida Beograd, Beograd, 2007, str. 88-90.

<sup>34</sup> Janković S. dr Velizar: Ugovor o Miru i naša ošteta (Konferencija održana u Klubu Beogradskih Radikala 12. X.1919.), Geca Kon, Beograd, 1920, str. 14.

<sup>35</sup> Ćuković Isidor: Srpski ratni zarobljenici u Turskoj 1917-1918, godine, Beograd, 2001, Vojnoistorijski glasnik broj 1-2, str. 80-82.

kopnu (IV. Haška konvencija iz 1907. godine) i Pravilnik o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine.

Materijalna šteta koju je Srbija pretrpela u Prvom svetskom ratu je bila ogromna. Srbija je bila mala siromašna zemlja, uglavnom poljoprivredna, sa slabom industrijom i sa nekoliko rudnika. Uoči Prvog svetskog rata, Srbija je bila učesnik dva Balkanska rata 1912. i 1913. godine koji su je materijalno, finansijski i vojnički iscrpili, tako da ona nije uopšte ni pomišljala da 1914. godine vodi bilo kakav rat iz napred navedenih objektivnih razloga. Tako da je bila Austrougarska izmišljotina da se Srbija spremala da napadne Austrougarsku. Naprotiv, Austrougarska je imala spremljen plan napada na Srbiju još 1906. godine i samo je čekala pogodan momenat da izvrši agresiju.<sup>36</sup>

Austougarski i bugarski okupatori su Srbiji, kao što smo napred naveli, naneli ogromnu materijalnu štetu. Industrija koja je bila skoncentrisana uglavnom u Beogradu, Smederevu, Šapcu, Kragujevcu, Nišu, Valjevu, Kraljevu, Leskovcu i još u nekoliko mesta bila je najvećim delom uništena, a pri povlačenju okupatorske vojske i opljačkana. Železnički saobraćaj, takođe je u najvećoj meri bio uništen. Glavne železničke pruge Beograd–Niš–Carigrad i Beograd–Solun na više mesta su bile razorene i uništeni su bili mostovi, tuneli i železničke stanice. Ovo se odnosilo i na sve sporedne železničke pruge. Drumovi i mostovi su bili u najvećem broju oštećeni. Električne centrale i električna mreža je u najvećem delu bila oštećena ili uništena. Rečni brodovi i šlepovi su bili ili uništeni ili zaplenjeni. Najveća privredna grana tadašnje Srbije bila je poljoprivreda, koja je takođe bila opljačkana i uglavnom uništena. Naročito stočni fond, kao jedan od glavnih privrednih i izvoznih grana Srbije je bio skoro 90% opljačkan. Svi postojeći rudnici su bili opljačkani, a neki čak i uništeni. Banke i ostale finansijske ustanove su bile opljačkane. Opljačkane ili oštećene su bile bolnice i druge zdravstvene ustanove, crkve, manastiri, crkvena imanja, škole, naučni instituti, biblioteke i fakulteti.

Veliku materijalnu štetu su Austrougarska i Bugarska nanele privatnoj imovini kako po gradovima tako i po selima i drugim naseljenim mestima u Srbiji. Pljačka austrougarske i bugarske vojske bila je uobičajena i masovna čim bi zauzeli neki grad, naseljeno mesto ili selo. Pljačkali su sve pokretne stvari koje su im se svidеле, a naročito po selima stoku, hranu, brašno, pšenicu, kukuruz, voće, drva, ugalj i dr. Uz navedene pljačke po selima često su vršili i paljevine kuća i drugih pomoćnih zgrada, ambara, štala i drugo.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Ćorović Vladimir: Odnosi između Srbije i Austro-Ugarske u XX. veku, Beograd, 1992; Mitrović Andrej: Prodor na Balkan: Srbija u Planovima Austro-Ugarske i Nemačke 1908-1918, Zbornik za udžbenike, Beograd, 2011, str. 106-130.

<sup>37</sup> Starčević Milan: Austrougarski zločini u Srbiji 1914-1918. Rodolf Arčibald Rajs, Geopolitika, Beograd, 2007, str. 233-248.

Još jedna velika ratna šteta je bila neprijateljski papirni novac u okupiranoj Srbiji. Okupator je izvršio tzv. depresijaciju srpskog novca-dinara. Okupator je odredio prinudni kurs koji je bio manji za 50% od normalnog kursa. Dva dinara su vredela jednu krunu. Na ovaj način Srbija je izgubila najmanje milijardu dinara.<sup>38</sup>

Pored navedenog, Austrougarska je u okupiranoj Srbiji nasilno sprovodila nekoliko nezakonitih finansijskih delatnosti. Vršili su naplatu austro-nemačkih dugova od srpskog stanovništva, koje nije imalo nikakve veze sa tim dugovima. Zatim, austrougarski okupator je enormno povećao poreze koji su bili veći tri do pet puta od onih koji su postojali pre okupacije. Austrougarska je nasilno primoravala srpsko stanovništvo da upisuje ratni zajam pod pretnjom interniranja u koncentracione logore. Pored navedenog, Austrougarska je krajem rata falsifikovala sopstvenu novčanicu od 20 kruna. Razlog za falsifikovanje sopstvenih novčanica je bio taj što su uvideli da će vrlo brzo morati da budu proterani iz Srbije i da će posle rata morati da izvrše zamenu svojih novčanica koje se budu zatekle u Srbiji, pa će odbiti da zamene falsifikovane novčanice. Verovatno da je Austrougarska bila spremna da falsifikuje i ostale novčanice veće vrednosti, ali u tome ih je sprečio veoma brz proboj Solunskog fronta i brzo nadiranje srpske oslobodilačke vojske na šta nisu računali. Sve ovo je utvrdio i pismenim putem saopštio Vladi Srbije Dr Arčibald Rajs.<sup>39</sup>

Pored navedene ratne štete koju je okupator u Srbiji stalno vršio treba spomenuti još jednu ratnu štetu o kojoj se relativno malo pisalo. To su bile organizovane pljačke muzeja, biblioteka, katastarsa, zemljišnih knjiga, crkava, manastira, sudskih i opštinskih arhiva i arhivalija.

Na osnovu Ugovora o miru sa Austrijom (Sen Žermenski ugovor) od 10. maja 1920. godine u članu 169. predviđeno je: "Austrijska Vlada obavezuje se da bez odlaganja vrati, čim ovaj ugovor stupi u važnost, sve predmete koji su bili svojina pripadnika Sila savezničkih ili udruženih a koje su zadržale austrijske vlasti." Zatim, još preciznije u članu 191. predviđeno je sledeće: "Primenom odredaba člana 184. Austrija se obavezuje da vrati ponaosob svakoj od Sila savezničkih i udruženih sva akta, dokumente, starine i umetničke predmete, a i sav naučni i bibliografski materijal odnesen sa pokorenih teritorija, bilo da pripadaju državi ili oblasnim, opštinskim, bolničkim ili sveštenečkim upravama ili drugim javnim ili privatnim ustanovama."<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Janković S. dr Velizar: Ugovor o Miru i naša ošteta (Konferencija održana u Klubu Beogradskih Radikala 12.X.1919), Geca Kon, Beograd, 1920, str. 39-40.

<sup>39</sup> Arčibald Rajs: Zločini nad Srbima u Velikom ratu, Priredio Dr Miloje Pršić, Svet knjige Beograd, 2014, str. 304-323.

<sup>40</sup> Ugovor o miru sa Austrijom (Sen Žermenski ugovor), Geca Kon, Beograd, 1927, str. 95. i str. 121.

Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca je 1923. godine zaključila sa Austrijom Sporazum o vraćanju arhivskog materijala koji je opljačkana za vreme Austrougarske okupacije Srbije 1915–1918. godine. Na osnovu ovog Ugovora vraćen je jedan deo opljačkane arhivske građe. Međutim, u Drugom svetskom ratu je iz Srbije, od jula 1941. pa do septembra 1942. godine, iz istih mesta kao u Prvom svetskom ratu ponovo opljačkana ista arhivska građa. Ogroman broj sanduka opljačkane arhivske građe, koja se merila na 255 tona ili 23 železnička teretna vagona je upućeno u Beč.<sup>41</sup>

Pregovori o vraćanju arhivske građe obnovljeni su tek 1959. godine, a završeni 1991. godine kada je izvršena primopredaja arhivske građe. Iz dnevne štampe se ponekad saznaje da se opljačkane knjige i drugi muzejski predmeti iz Srbije još uvek nalaze u austrijskim i nemačkim bibliotekama, naučnim institucijama i u muzejima.<sup>42</sup>

### ZAKLJUČAK

U vezi međunarodnopravnog aspekta reparacija u Prvom svetskom ratu 1914–1918. godine postavlja se pitanje kakva je bila implementacija u odnosu na Kraljevinu Srbiju. Kao što smo ranije naveli, Kraljevina Srbija je pretrpela ogromnu ratnu štetu kako u ljudstvu tako i materijalnu štetu. Međutim, nekoliko nepredviđenih okolnosti uticali su da se ratna šteta Srbiji umanjuje u odnosu na stvarnu koja je pričinjena. Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca je posle prikupljenih podataka od pravnih i fizičkih lica o visini pričinjene ratne štete utvrdila da je ratna šteta iznosila preko 13 milijardi francuskih zlatnih franaka i to je bio naš odštetni zahtev koji je naša delegacija na čelu sa Miloradom Draškovićem podnela u januaru 1920. godine na Konferenciji mira u Parizu.<sup>43</sup>

Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca je podnela na Konferenciji mira u Versaju uredno dokumentovan i obrazložen zahtev za utvrđivanje ratne štete kao i za reparacije. Zahteve za utvrđivanje ratne štete je na osnovu člana 233. Ugovora o miru utvrđivala Komisija za naknadu štete. Činjenica je da Komisija za naknadu štete nije bila objektivna prema Srbiji u pogledu utvrđivanja nastale ratne štete, pogotovo kada uporedimo stavove i odluke za iste slučajeve u odnosu na Belgiju i Poljsku. Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca nije imala isti tretman kao ostale

---

<sup>41</sup> Detaljnije videti u knjizi dr Vojislav M. Jovanović-Marambo: Potraga za ukradenom istorijom, Izveštaj o pljački istorijskih dokumenata u Drugom svetskom ratu i nastojanja da se vrate Srbiji, Za štampu priredio Vladimir Davidović, Izdavačka knjižara JUGOISTOK doo, Beograd, 2010.

<sup>42</sup> Nedavno je list POLITIKA objavio da je iz jedne nemačke biblioteke vraćeno nekoliko stotina knjiga koje su nemački okupatori opljačkali iz knjižare Geca Kona u Beogradu.

<sup>43</sup> Kršev dr Boris: Ratne reparacije i njihova sudbina nakon Prvog svetskog rata-slučaj Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Civitas časopis za društvena pitanja broj 1, Novi Sad, MMXI, str. 11; Opojević Hofman Lidija: Delegacija Kraljevine Jugoslavije pri Komisiji za reparaciju u Parizu (1919-1930), Arhiv časopis Arhiva Jugoslavije broj 1-2, Beograd, 2012, str. 30.

države na Konferenciji i bila je potpuno usamljena, te nije imala podršku ni Francuske ni SAD u svojim političkim zahtevima počev od pitanja granica pa sve do pitanja utvrđivanja ratne štete i reparacija. Često se navodi da je Francuska bila glavni saveznik i zaštitnik Srbije. Međutim, to je netačno i sada nije tema da to dalje elaboriramo. No, činjenica je da je u Komisiji za naknadu štete Srbija ostala potpuno usamljena i Francuska joj nije uopšte pomogla iako je mogla, kao što je pomogla Belgiji, jer je bila jedna od glavnih članova navedene Komisije za naknadu štete. Razume se, Francuska je gledala svoje interese što je normalno u politici i nije se upuštala da pomogne Srbiji.

Reparacije koje je Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, kasnije Kraljevina Jugoslavija dobila od poraženih Centralnih država su podeljene u dva dela. Prvo su reparacije dobijene od strane Nemačke, a zatim reparacije od Austrije, Mađarske i Bugarske.

Reparacije koje su dobijene od strane Nemačke mogu se podeliti u tri vremenska perioda.

Prvi vremenski period je bio od 1921. do 1924. godine, kada su reparacije bile u najvećem delu u naturi, a neznatan deo u novcu. Tada je primljeno u naturi vrednost zlatnih maraka 250,404.220 i u gotovini 1,025.518 zlatnih maraka što je ukupno iznosilo 251,429.738 zlatnih maraka. U naturi su dobijene razne mašine za poljoprivredu, železnički materijal, železničke lokomotive i vagoni, građevinski materijal i drugo.<sup>44</sup>

Drugi vremenski period je bio od 1. septembra 1924. do 31. avgusta 1929. godine po Doz-ovom planu, u naturi, u gotovini i za izdržavanje servisa koji je bio u Berlinu. U naturi je primljeno u vrednosti zlatnih maraka 228,731.359.75. Za izdržavanje servisa u Berlinu 1,292.766.71 zlatnih maraka. U gotovini 33,484.574.42 zlatnih maraka. Ukupno 263,508.700.88 zlatnih maraka.<sup>45</sup>

Treći vremenski period je bio po Jang-ovom planu od 1929. i trebao je da traje do 1988. godine, koji je predviđao konačno rešenje plaćanja nemačkih reparacija, a koji je bio usvojen na Konferenciji u Hagu januara 1930. godine. Prema Jang-ovom planu bilo je predviđeno da se Kraljevini Jugoslaviji isplaćuju reparacije u dva vremenska perioda u 59 anuiteta. Prvi period predviđao je plaćanje 37 anuiteta, a u drugom 22 anuiteta, počev od 1929. pa sve do 1988. godine. Prvi anuitet u iznosu od 72,100.000 zlatnih maraka je uredno isplaćen. Prosečni anuitet u prvom periodu iznosio je prosečno 84,000.000 zlatnih maraka, a u drugom periodu 22,600.000 zlatnih maraka godišnje.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Uzelac N. Dušan: Devizna politika Kraljevine Jugoslavije (1919-1929.), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1931, str. 65-66.

<sup>45</sup> Uzelac N. Dušan: Devizna politika Kraljevine Jugoslavije (1919-1929.), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1931, str. 66.

<sup>46</sup> Uzelac N. Dušan: Devizna politika Kraljevine Jugoslavije (1919-1929.), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1931, str. 66-67.

Prema Sen-Žermenskom ugovoru o miru poražena Austrija je imala obavezu da isplati na ime reparacije određenu sumu u naturi i u novcu. U naturi se isplata sastojala u određenoj količini građevinskog materijala i pribora kao i u isporuci određene količine stoke.<sup>47</sup> Pošto je Austrija bila u teškom ekonomskom, finansijskom i materijalnom stanju saveznici su bili prinuđeni da se privremeno odreknu reparacija, kao i da zajedno sa neutralnim državama pomognu sanaciji njenog finansijskog i ekonomskog stanja. Druga Haška konferencija donela je jednoglasnu odluku da se Austrija ubuduće oslobodi daljih reparacionih plaćanja.<sup>48</sup> Ova odluka Haške konferencije je bila zaista neverovatna i sa aspekta međunarodnog prava. Jer, Austrija je bila izazivač, agresor i okupator koji je izvršio nevidene i masovne ratne zločine i uništivo privredu i ekonomiju Srbije, a koja se oslobađa plaćanja ratne štete i reparacije. Tako je Srbija praktično bila uskraćena za reparacije od Austrije. Saveznici su mogli da Austriji odobre više zajmova od kojih bi se makar jedan deo isplatio Srbiji na ime reparacija.

Po Trijanonskom mirovnom ugovoru Mađarska je takođe imala obavezu da isplaćuje reparacije. Navedene reparacije su bile određene u godišnjim anuitetima od 10 miliona zlatnih kruna sa rokom sve do 1943. godine. Pored navedenog, Mađarska je imala obavezu da jedan deo reparacija isplati i u naturi. Mađarska je do sredine 1923. godine Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca u naturi isporučila određene količine uglja i stoke<sup>49</sup> kao i železnički materijal i drugo. Zatim, Mađarska je potraživala od naslednih država prema članu 63. i 250. Trijanonskog ugovora a koja se odnose na tzv. optantska pitanja. To su bila potraživanja fizičkih lica koja su se iselila iz Mađarske, ali su ostavili svoju nepokretnu imovinu u Mađarskoj i koja je trebala da ih obešteti, pa su bila predmet sporova pred arbitražnim sudovima. Na Drugoj Haškoj konferenciji je odlučeno da Mađarska svoje reparacione obaveze u godišnjim anuitetima od 10 miliona zlatnih kruna plaća do 1943. godine, a od 1943. do 1966. godine u iznosu od 13,500.000 zlatnih kruna.<sup>50</sup>

Prema Nejskom mirovnom ugovoru Bugarska je imala obavezu da na ime reparacija isplati Kraljevini SHS iznos od 2.250 miliona zlatnih franaka. Navedeni reparacioni dug je na osnovu posebnih Protokola iz marta i jula 1923. godine podeljen na dva dela. Deo "A" je utvrdio sumu od 550 miliona zlatnih franaka sa 5% kamate i šestomesečnim rokovima isplate za sledećih 60 godina počev od 1. oktobra 1923. godine. Navedeni plan je predviđao plaćenje u 37 rata po 33 miliona zlatnih franaka godišnje. Prema delu "B" predviđena je bila isplata u iznosu od

---

<sup>47</sup> 3000 goveda, 25 bikova, 2000 konja i 2000 ovaca.

<sup>48</sup> Uzelac N. Dušan: *Devizna politika Kraljevine Jugoslavije (1919-1929.)*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1931, str. 67-68.

<sup>49</sup> 417. 354. tone uglja, 2999. konja, 1285. goveda i 5000. ovaca.

<sup>50</sup> Uzelac N. Dušan: *Devizna politika Kraljevine Jugoslavije (1919-1929.)*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1931, str. 68-69.

1.700 miliona zlatnih franaka kao ostatak duga bez kamate i njegova isplata bi se odložila do aprila 1953. godine. Pored navedenog, Bugarska je Kraljevini SHS do sredine 1923. godine u naturi isporučila određenu količinu stoke.<sup>51</sup> Na Drugoj Haškoj konferenciji odlučeno je da Bugarska ima da plaća godišnje anuitete od 1. aprila 1930. pa sve do 31. marta 1966. godine. Procenat u bugarskim reparacijama je utvrđen na 5% i da Kraljevina SHS (Kraljevina Jugoslavija) neće trebati da plati Bugarskoj za ustupljenu teritoriju i ustupljenim državnim dobrima i imanjima.<sup>52</sup>

Od navedenih reparacija Srbija nije imala neke veće koristi niti se na osnovu reparacija mogla sanirati i obnoviti uništena i opljačkana privreda. Na primer, putem reparacija austrougarska pomorska ratna i trgovačka flota koja se nalazila u Jadranskom moru praktično je pripala Hrvatskoj gde su se nalazile morske luke. Od tih brodova Srbija nije imala nikakve koristi. Nekoliko rečnih brodova, šleпова i barži pripalo je Srbiji, ali to su bili dosta stari i oštećeni brodovi. Zatim, Srbija je dobila nekoliko fabrika koje su prenesene u Srbiju. To su bile stare fabrike sa zastarelom tehnikom koje kasnije nisu mogle da budu konkurencija modernijim fabrikama. Praktično, Nemačka i Austrija su se na ovaj način rešile zastarelih industrijskih postrojenja, a zatim uzimale kredite od SAD i Velike Britanije i kupovale moderne i savremene mašine. Sličan slučaj je i sa saobraćajnim sredstvima počev od železnice pa sve do kamiona i drugih prevoznih sredstava.

Nemačka je još od prvih dana Konferencije mira u Versaju bila nezadovoljna Ugovorom o miru i stalno je nastojala da se izvrši revizija tog Ugovora. Intenzitet tog pritiska na reviziju pojačavao se kada je Nemačka uvidela da postoji razlaz i nesaglasnost između jedne strane Fransuske, Belgije, Kraljevine Srba Hrvata i Slovenaca i s druge strane SAD i Velike Britanije. Dolaskom Adolfa Hitlera na vlast 1933. godine Nemačka počinje da se ponaša kao da je ona bila pobednička a ne poražena država. Počela je da se naoružava, ušla u Rajnsku oblast i praktično je stavila van snage Versajski ugovor o miru uključujući i reparacije. Nemačka je 1929. godine proglasila moratorijum za plaćanje reparacija, kao i to da se najzad reparacije izbrišu. Rezultat ovog moratorijuma je bio taj da je u Nemačku putem kredita Saveznika unet kapital, kojim je obnovljena i modernizovana industrija, koji će poslužiti Trećem Rajhu da se na očigled Saveznika otvoreno priprema za rat koji će Nemačka započeti 1. septembra 1939. godine agresijom na Poljsku i koje će prerasti u Drugi svetski rat 1939-1945. godine, a koji je po svim merilima bio najstrašniji do sada u istoriji čovečanstva.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Bugarska je isporučila 12.000 ovaca, 5.000 konja, 4.400 volova, 6.000 krava i 500 bikova.

<sup>52</sup> Uzelac N. Dušan: Devizna politika Kraljevine Jugoslavije (1919-1929.), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1931, str. 69.

<sup>53</sup> Bartoš Dr Milan: Nemačke reparacije posle Drugog svetskog rata, Politička biblioteka br. 39., Beograd, 1948., str. 3.-4



Obeležavanjem stogodišnjice Prvog svetskog rata 1914-1918. godine, poražene države Nemačka, Austrija, Mađarska i Bugarska počele su široku akciju revizije Versajskog ugovora o miru iz 1919. godine, tvrdeći da su za izbijanje Prvog svetskog rata odgovorni Rusija i Srbija. Naime, u proteklih sto godina promenila se globalna politička situacija, tako da su tadašnje agresorske države postale u Evropskoj uniji glavni politički i ekonomski faktori. U navedenu reviziju angažovana su velika finansijska sredstva kao i veliki propagandni marketing širom sveta.

Nažalost i pojedini naučnici, istoričari, publicisti i novinari iz savezničkih država SAD, Velike Britanije i Francuske su im dali podršku. Srbija je na dostojanstven i argumentovan način odgovorila čitavim nizom međunarodnih konferencija, simpozijumima, sastancima, okruglim stolovima, knjigama, monografijama, člancima, raspravama, komentarima, feljtonima, prikazima i osvrtima.<sup>54</sup> Sasvim je izvesno da navedena pokušana revizija istorije Prvog svetskog rata nije uspeła.

JELENA Đ. LOPIČIĆ-JANČIĆ, Ph.D.,  
Professor, Faculty for Industrial Management  
and Law University “Union – Nikola Tesla” in Belgrade

## REPARATION IN THE FIRST WORLD WAR 1914–1918 AND INTERNATIONAL PUBLIC LAW

### Summary

This paper discusses from the international legal aspect reparation in the First World War, as well as issue of contribution and the differences between these two institutes. The issue of contribution is regulated in Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its

---

<sup>54</sup> Navodimo samo nekoliko knjiga: Radojević Mira, Dimić Ljubodrag: Srbija u Velikom ratu: Kratka istorija, Srpska književna zadruga, Beogradski forum za svet ravnopravnih Beograd, 2014; Bjelajac Mile: 1914-2014: Zašto revizija? Stare i nove kontraverze o uzrocima Prvog svetskog rata, Medija centar “Obrana” Beograd, 2014.; Sto godina od Prvog svetskog rata istorijske i pravne studije, Urednici Jovan Ćirić, Miroslav Đorđević, Institut za uporedno pravo, Intermeks, Zavod za udžbenike, Beograd-Andrićgrad, 2014.; Bojković Slađana, dr Pršić Miloje: Izveštaji o velikom zločinu Dokumenti o austrougarskim zločinima uoči i posle Cerske bitke, Muzej žrtava genocida, Beograd, 2014; Đurić Đorđe: Srbija u Prvom svetskom ratu ilustrovana hronologija, Prometej Novi Sad, Radio-televizija Srbije Beograd, 2014; Prvi svetski rat, Srbija, Balkan i velike sile, Urednici Srđan Rudić, Miljan Milkić, Beograd, 2015; Kazimirović Miloš, Hautman Hans: Krvavi trag zločini Austrougarske i njenih saveznika 1914-1918. u svetlu austrijskih dokumenata, Prometej Novi Sad, Radio-televizija Srbije Beograd, 2015.

annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land 1907. The central place in this paper is the question of reparation, which is dealt from the earliest times until the end of First World War (1914-1918), i.e. according to the Treaty of Versailles that was signed on June 28, 1919 that ended war between Germany and Allied powers. The issue of reparations is presented chronologically that was raised at many meetings and conferences that were between the Allies and the defeated Germany starting from 1921 up to 1930s. War damages that Kingdom of Serbia i.e. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes) suffered by Austria, Hungary, Germany, Bulgaria and Turkey is particularly discussed. Also this paper deals with procedure that was conducted on the Peace Conference in Versailles in general, as well as in relation to the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. Also we would like to state that Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was not satisfied with established amount of war damage as well as amount of reparations.

## IMUNITET MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA - Između nedodirljivosti i legitimiteta -

### U V O D

Slučajevi tužbi udruženja Majke Srebrenice protiv Ujedinjenih nacija i Holandije, tužbi za izazivanje kolere na Haitiju i tužbi povodom trovanja olovom na Kosovu su sve slučajevi u kojima su Ujedinjene nacije (u daljem tekstu: UN) optužene za nanošenje ozbiljne štete pojedincima svojim aktima nepažnje preduzetim u okvirima mirovnih operacija. Pojedinci su zahtevali forum pred koji bi izneli svoje optužbe i koji bi doneo odluku odn. dosudio naknadu štete. Sva tri slučaja su završena bez naknade štete za žrtve i bez pristupa nacionalnim sudovima, kao posledica širokih imuniteta UN-a, ograničene nadležnosti *ratione personae* nacionalnih i međunarodnih sudova nad međunarodnim organizacijama, ali i nerazvijenosti internog sistema rešavanja takvih sporova u okviru UN-a.

Uticaj događaja u Srebrenici, na Kosovu i na Haitiju se ogleda u tome da se na međunarodne organizacije, tipa UN odn. svih koje se danas upuštaju u mirovne operacije i postkonfliktne administracije, više ne gleda kao na isključivo dobročinitelje, već kao na subjekte koji mogu svojim delovanjem negativno uticati na uživanje ljudskih prava<sup>1</sup>. Upravo takav diskurs je dao na značaju pitanji-

---

Dr Jelena Stojšić-Dabetić, docent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, Univerzitet Privredna akademija.

<sup>1</sup> Na primer, za UN, nakon mirovnih misija u Ruandi i u BiH, misije su prestale da budu samo pasivne trupe postavljene između suprotstavljenih strana, već su osnažene mandatom da štite civile, uz jačanje partnerstva sa regionalnim organizacijama i državama slanja trupa, Report of the

ma imuniteta međunarodnih organizacija pred nacionalnim sudovima i dostupnih mehanizama rešavanja sporova kojima bi se obezbedila pravda za žrtve. To postavlja pitanje da li je Haiti po pitanju imuniteta međunarodnih organizacija “nova Srebrenica” tj. ono što je slučaj Srebrenice bio za pitanje genocida i individualne krivične odgovornosti?

Razmatranjima u okviru ovog rada, autorka će pokušati da odgovori na ovo pitanje, najpre ukazaviši na sadašnji normativni okvir sistema imuniteta međunarodnih organizacija, izgrađen na osnovu imuniteta Ujedinjenih nacija. Zatim će se ukazati na osnovna pitanja i probleme u izgradnji efikasnog sistema sudskih imuniteta međunarodnih organizacija, a koji obuhvataju koncept apsolutnosti imuniteta, odnosa principa imuniteta i prava na pristup sudu, aktuelno stanje važećeg normativnog okvira i pitanja osnova važenja imuniteta. Cilj je identifikovati moguće pravce normativnog regulisanja imuniteta međunarodnih organizacija u međunarodnom pravu, imajući u vidu položaj i značajnu ulogu ovih subjekata u savremenim međunarodnim odnosima.

#### IMUNITET MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA – OPŠTE NAZNAKE

Imunitet se može definisati kao pravo pravnog ili fizičkog lica da zbog svog specijalnog svojstva ili položaja bude izuzeto od jurisdikcije u građanskom, krivičnom, upravnom ili drugom međunarodnom postupku. Imunitet međunarodnih subjekata u međunarodnom pravu, ovako shvaćen, ne menja standarde pravne odgovornosti, već ima za posledicu umanjenje ili poništavanje posledica odgovornosti u postupcima pred nacionalnim sudovima. U teoriji međunarodnog prava razlikuju se dve vrste imuniteta: imunitet *ratione personae* tj. kada se svi akti koje subjekt preduzme smatraju javnim i zaštićenim imunitetom, i imunitet *ratione materiae* koji je zasnovan na funkcionalizmu tj. razlikuje se subjekt i ponašanje koje preduzima, odn. imunitet ne štiti celokupno delovanje subjekta, već samo ono što spada u “javnu sferu” odn. vršenje javne vlasti. Tri su osnovne kategorije imuniteta u međunarodnom pravu<sup>2</sup>: – imunitet država - koji proističe

Panel on United Nations Peace Operations (Brahimi Report), A/55/305, S/2000/809, 2000, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/55/305](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/55/305). Danas, mirovne misije UN-a imaju ovlašćenje da koriste “smrtonosnu silu” u cilju zaštite civila, dakle ne samo u samoodbrani, ali i dalje retko koriste ovo ovlašćenje. Osim toga, u skoroj praksi UN su optuživane za različite oblike povreda, uključujući eksploataciju ugroženih lica, krivična dela i kršenje ljudskih prava- trafficking, zloupotreba dece, silovanje, UN Documents for Central African Republic, <http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/central-african-republic/>.

<sup>2</sup> Detaljnije o imunitetima u međunarodnom pravu u M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Javno preduzeće “Službeni glasnik”, 2008, Beograd, 194-

iz suverene jednakosti država<sup>3</sup>, obaveze nemešanja u unutrašnje stvari jedne države, i obaveze neizvršavanja odluka nacionalnih sudova u odnosu na drugu državu. Ovaj imunitet se označava kao suveren.

– imunitet diplomatskih predstavnika - koji proističe iz suverenog imuniteta država, ali je funkcionalnije prirode od imuniteta država.

– imunitet međunarodnih organizacija - koji proističe iz principa funkcionalizma međunarodnih organizacija. Ovaj imunitet se označava kao institucionalni.

Funkcionalna priroda međunarodnih organizacija<sup>4</sup> dovodi do funkcionalnih imuniteta tj. priznanje imuniteta međunarodnih organizacija se zasniva na funkcionalnim osnovama i neophodno je za efikasno izvršenje funkcija međunarodne organizacije i njenu nezavisnost, posebno u odnosu na državu sedišta odn. državu delovanja<sup>5</sup>. Priznanje imuniteta međunarodnim organizacijama osigurava da država domaćin ne može ostvariti uticaj ili kontrolu nad organizacijom, i time štiti princip suverene jednakosti država. Imunitet štiti međunarodne organizacije od uticaja države u kojima deluju odn. u kojima imaju sedište, ali se na pravila o imunitetu danas organizacije pozivaju i u kontekstu kada organizacija vrši vlast nad teritorijom, kao što su mirovne operacije UN ali i drugih, regionalnih, organizacija<sup>6</sup>. U tom kontekstu je bivši Ombudsman za Kosovo postavio sledeće pitanje- ako je imunitet stvoren da zaštiti organizaciju od uticaja države, a kad organizacija preuzme celokupno upravljanje teritorijom ona deluje kao surogat-država, te se problematizuje opravdanje imuniteta jer nema države od koje bi se organizacija štitila<sup>7</sup>.

---

197; R. Etinski, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 2007, Novi Sad, 102-106.

<sup>3</sup> *Par in parem non habet imperium.*

<sup>4</sup> Test funkcionalnosti je suština međunarodnog subjektiviteta međunarodnih organizacija tj. Međunarodni sud pravde je definisao međunarodne organizacije kao entitete koji raspolažu određenom autonomijom, kojima članovi poveravaju ostvarivanje određenih zajedničkih ciljeva. U tom smislu se međunarodne organizacije ne smatraju samo stalnim udruženjima država, sa sopstvenim organima i ciljevima, već decentralizovanim telima sa ovlašćenjima da izvršavaju zajedničke ciljeve, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory opinion, I.C.J. Reports, 1996,173.

<sup>5</sup> N. Blokker, *The independence of international organizations from their host states: from theory to practice*, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?>.

<sup>6</sup> Danas mnoge međunarodne organizacije preuzimaju funkcije održanja mira, kao što je Evropska unija i NATO, iako su ograničenijeg obima od UN-a.

<sup>7</sup> Ombudsperson Institution in Kosovo, Special Report No. 1 on the compatibility with recognized international standards of UNMIK Regulation No. 2000/47 on the Status, Privileges and

Međunarodne organizacije, budući da nemaju sopstvenu teritoriju, deluju na teritoriji određene države, najčešće članice, i s tim u vezi su prvobitno imuniteti, i privilegije, bili odobreni službenicima i predstavnicima međunarodnih organizacija, upodobljavajući ih diplomatskom osoblju. Sa rastom broja međunarodnih organizacija, kao i opsegom njihovih ovlašćenja i aktivnosti, prevladala je nova doktrina tj. priznata je nova kategorija imuniteta za međunarodne organizacije, odvojena od imuniteta država. Danas međunarodne organizacije uživaju privilegije i imunitete *proprio motu*, u svojstvu subjekata međunarodnog prava. To znači da međunarodnoj organizaciji ne može suditi ni jedan sud sem ako se nije odrekla imuniteta, a i u slučaju odricanja od imuniteta, to ne važi za izvršenje eventualne presude.

Sistem imuniteta međunarodnih organizacija se zasniva na pretpostavci da je zaštita organizacije putem imuniteta od postupaka unutrašnjeg prava država jedini način da se obezbedi efikasno, i nezavisno, funkcionisanje organizacije. Uglavnom, mogu se identifikovati tri *raison d'être* imuniteta međunarodnih organizacija: očuvanje funkcionalne nezavisnosti međunarodnih organizacija, sprečavanje nacionalnih sudova da razmatraju zahteve protiv međunarodnih organizacija i održavanje suverene jednakosti država<sup>8</sup>.

Dva su osnovna tipa spora koja se mogu povesti protiv međunarodne organizacije: spor protiv organizacije od strane (bivšeg) zaposlenog, i spor protiv organizacije od strane trećeg subjekta. U kontekstu imuniteta, u sporovima koji se tiču organizacije i (bivšeg) zaposlenog, delovanje organizacije se ne smatra u pravom smislu kao delovanje "javne vlasti", dok se u sporovima sa trećim stranama smatra da organizacija deluje u sferi "javne vlasti". Takvo razlikovanje povlači posledice i u pogledu imuniteta međunarodnih organizacija, što će se u nastavku rada videti na primeru Ujedinjenih nacija.

#### SISTEM SUDSKIH IMUNITETA UJEDINJENIH NACIJA

Imunitet Ujedinjenih nacija od nadležnosti sudova članica, od samog osnivanja, shvaćen je kao neophodnost za ostvarenje ugovorenih ciljeva same Organi-

Immunities of KFOR and UNMIK and Their Personnel in Kosovo (18 August 2000) and on the implementation of the above Regulation, 26 April 2001, 8, par. 23, <http://www.ombudspersonkosovo.org/>.

<sup>8</sup> "U cilju garantovanja autonomije, nezavisnosti i funkcionalne efikasnosti međunarodnih organizacija i zaštite od zloupotrebe, kao i zato što nacionalni sudovi nisu odgovarajući forum za rešavanje sporova gde međunarodne organizacije mogu biti strane, određen stepen imuniteta od nacionalnog postupka je potreban u pogledu operativnih aktivnosti međunarodnih organizacija", *Status, privileges and immunities of international organizations, their officials, experts, etc.*, Fourth report on relations between States and international organizations (second part of the topic), by Mr. Leonardo Díaz-González, Special Rapporteur, A/CN.4/424, 1989.

zacije. Regulisan čl. 105 Povelje: "Organizacija će uživati na teritorijama svake članice privilegije i imunitete potrebne za ostvarivanje svojih ciljeva", i Konvencijom o privilegijama i imunitetima UN-a<sup>9</sup> koja imunitete predviđa za prostorije, imovinu, arhivu, prepisku i različite kategorije lica u vezi sa aktivnostima UN-a - službenike i eksperte na misijama<sup>10</sup>. Povelja predviđa ograničen imunitet, u skladu sa doktrinom funkcionalne naophodnosti<sup>11</sup>, oslanjajući se na teoriju funkcionalizma u pravu međunarodnih organizacija (međunarodnom institucionalnom pravu) - UN su organizacija stvorena da sačuva buduće generacije užasa rata osiguravajući međunarodni mir i bezbednost, te su imuniteti UN-a vezani za njihov mandat i ograničeni na one koji su neophodni za ispunjenje funkcija. U vreme stvaranja Konvencije o privilegijama i imunitetima primarni cilj je bilo osiguranje da članice ne mogu da kontrolišu UN, a ne izbegavanje po svaku cenu potencijalnih tužbi za naknadu štete protiv Organizacije. Takođe, u vreme osnivanja UN-a, pravila o privilegijama i imunitetima međunarodnih organizacija su bila u začetku. S druge strane, član 2 Konvencije o privilegijama i imunitetima UN-a predviđa spoljni imunitet u odnosu na bilo koju formu pravnog postupka izuzev u slučaju da se Organizacija izričito odrekne imuniteta<sup>12</sup>. Upravo na osnovu Konvencije, nacionalni sudovi priznaju UN-u apsolutni imunitet, iako bi u odnosu Konvencije i Povelje Povelja imala prednost, a ona predviđa ograničen imunitet funkcionalno ne-

---

<sup>9</sup> *Convention On The Privileges And Immunities Of The United Nations*, adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 February 1946.

<sup>10</sup> Konvencija predstavlja primenu čl. 105 Povelje, koji je ovlastio Generalnu skupštinu da bliže odredi i definiše imunitete UN-a i službenika, kao i da harmonizuje primenu u članicama. Prema Konvenciji, UN, imovina i sredstva, gde god da se nalaze, uživaju imunitet od svakog oblika pravnog postupka, sem u slučaju izričitog odricanja od imuniteta - na osnovu ove odredbe nacionalni sudovi priznaju imunitet UN-a kao apsolutan. Takođe, treba istaći da sama UN nije ugovornica ove Konvencije, ali Međunarodni sud pravde smatra da Konvencija stvara prava i obaveze između ugovornice i organizacije, *Reparation for Injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory opinion, 11 April, 1949, I.C.J. Reports 1949. Procesni imunitet uživaju službenici i eksperti na misijama, visoki službenici (Generalni sekretar, pomoćnik, sa supružnicima i maloletnom decom) uživaju diplomatske imunitete. Službenici uživaju imunitet od postupka u vezi sa izgovorenim ili napisanim u službenom svojstvu, a u službenike spada i UN civilno osoblje u mirovnim misijama. Prema tome, dela koja spadaju u uobičajenu krivičnu nadležnost državnih sudova nisu obuhvaćena imunitetom. Da li je neki akt službeni ili ne, to odlučuje nadležni organ UN-a, a Generalni sekretar ima ovlašćenje da povuče imunitet službenika. Eksperti na misijama uživaju imunitet za službene akte tokom trajanja misije, uključujući putovanja u vezi sa misijom. Vojno osoblje nacionalnih trupa ne spada u obuhvat Konvencije.

<sup>11</sup> Za moderan stav o teoriji funkcionalizma u kontekstu međunarodnih organizacija vidi J. Klabbbers, *The Transformation of International Organizations Law*, 26 *European Journal of International Law* 9, 11 (2015).

<sup>12</sup> Odricanje od imuniteta je u praksi ograničeno na krivične i građanske tužbe protiv osoblja Organizacije.

ophodnim<sup>13</sup>. Takođe, upitno je da li takav stav nacionalnih sudova stvara praksu koja danas ne odgovara aktuelnim zahtevima koji se postavljaju pred međunarodno pravo u kontekstu odgovornosti i vladavine prava, položaja pojedinca u međunarodnom pravu, pa i ekonomičnosti, prema nekim autorima<sup>14</sup>.

Tri su moguća konteksta u kojima se pojavljuje imunitet UN-a:

1. Sporovi u vezi s zaposlenjem i ugovorima - sporovi u vezi sa ugovorima se najčešće završavaju pred arbitražama<sup>15</sup>, a u vezi sa zaposlenjem pred internim administrativnim tribunalima. Organi članica mogu, po zahtevu organa UN-a, sprovesti istragu i/ili postupak u vezi sa krivičnim delom člana osoblja ili službenika Organizacije, i tada se UN mogu odreći imuniteta radi pomoći organima članica u postupku (saslušanje, pristup dokumentima), zadržavajući pravo da se pozovu na imunitet ukoliko se nastoji da se uključe u sam postupak pred sudom od strane tužioca<sup>16</sup>.

2. Sporovi u vezi sa privatnim tužbama trećih lica za naknadu štete koja ne prelazi iznos od 50.000 dolara - tzv. *simple torts case*, a koji se rešavaju pred komisijama obrazovanim u okvirima svake misije. Treća lica nisu predstavljena od strane države, već postupaju kao pojedinci. Odgovornost UN u ovim slučajevima se posmatra kao deo njenog subjektiviteta<sup>17</sup>, a članice su postavile granice odgo-

<sup>13</sup> Procesni imuniteti UN-a su široki ali funkcionalni, te podležu ograničenjima, iako nacionalni sudovi imunitet UN-a zasnivaju na *ratione personae* osnovi, zato što se radi o UN-u kao jedinstvenoj organizaciji. S druge strane, postavlja se pitanje koliko je imunitet UN-a, a time i drugih međunarodnih organizacija, zaista u praksi i ograničen, imajući u vidu da se organizacije konstitutivnim instrumentima ovlašćuju da preduzimaju samo akte usmerene na ostvarenje ciljeva, te mali obim delovanja može biti zaista *ultra vires*, tj. izvan imuniteta, detaljnije u B. C. Rashkow, *Immunity of the United Nations, Practice and Challenges*, *International Organizations Law Review* 10 (2013), 332-348.

<sup>14</sup> K. Boon, *The United Nations as Good Samaritan: Immunity and Responsibility*, *Chicago Journal of International Law*, Winter 2016, Vol. 16, No. 2, 341-385, fn. 3.

<sup>15</sup> Arbitraže su kao način rešavanja sporova pogodnije za pravna lica.

<sup>16</sup> *Administration of justice at the United Nations*, Report of the Secretary-General, A/67/265, 7 August 2012, [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/67/265](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/265), to je tzv. dvostepeni postupak odricanja od imuniteta.

<sup>17</sup> Report of the International Law Commission, April 26–June 3, July 4–Aug. 12, 2011, U.N. Doc. A/CN.4/637/Add.1, 63d Session; U.N. Secretary-General, *Financing of the United Nations Protection Force, the United Nations Confidence Restoration Operation in Croatia, the United Nations Preventive Deployment Force and the United Nations Peace Forces Headquarters: Administrative and Budgetary Aspects of the Financing of the United Nations Peacekeeping Operation—Financing of the United Nations Peacekeeping Operations: Rep. of the Secretary-General*, ¶ 22, U.N. Doc. A/51/389 (Sept. 20, 1996), 16-25.



vornosti UN-a<sup>18</sup> ne osporavajući pretpostavku da UN ima obavezu prema trećim stranama da nadoknadi štetu koja je posledica mirovnih operacija.

3. Sporovi u vezi sa tužbama za naknadu velikih šteta tzv. *large torts claims* koje pokreću najčešće grupe pojedinaca koje ne zastupa država - upravo u ovom kontekstu se javljaju praznine kao posledice imuniteta, jer interni mehanizam naknade štete podržava imunitet UN-a u odnosu na zahteve zasnovane na javnom pravu odn. koje se tiču same politike UN-a.

Konvencija istovremeno uspostavlja eksterni imunitet od postupaka pred nacionalnim sudovima i ograničen sistem internog imuniteta UN-a, koji, prema čl. 29, razlikuje privatne i javne zahteve tj. u okvirima sopstvenog internog sistema UN uživaju imunitet od javnopravnih zahteva<sup>19</sup>. Praksa je bliže odredila razlikovanje ova dva oblika zahteva. Tako se javnopravnim zahtevima smatraju oni koji se odnose na operativno funkcionisanje UN-a, zatim oni koji su zasnovani na političkim ili neslaganjima u vezi sa određenim politikama UN-a, kao što su odluke Saveta bezbednosti ili Generalne skupštine. Privatnopravni zahtevi, s druge strane, definisani su 1995. godine od strane Generalnog sekretara<sup>20</sup> kao oni koji se tiču komercijalnih ugovora koje su UN zaključile i zahteva trećih strana u vezi sa povredom, smrću ili gubitkom ili oštećenjem imovine izazvanih aktima mirovnih misija UN-a, osim povreda koje su rezultat operativnih aktivnosti.

Praksom UN-a, privatnopravne tužbe se tiču situacija gde se UN tretiraju kao privatno lice. Javnopravne tužbe, koje su izvan okvira čl.29 Konvencije, podrazumevaju odnose gde je pojedinac ili grupa s jedne i javna vlast, kao država, s druge strane<sup>21</sup>. Aktuelni stav UN-a, da tužbe za naknade ozbiljnih šteta nisu prihvatljive jer nisu privatnopravne prirode budući da uključuju pitanja same politike UN-a, nehotice navodi nacionalne sudove da se upuste u dekonstrukciju doktrine o imunitetu međunarodnih organizacija. Upravo takva situacija se desila u pogledu tri slučaja - Haiti<sup>22</sup>,

---

<sup>18</sup> G.A. Res. 52/247, ¶ 9 U.N. Doc. A/RES/52/247 (Jul. 17, 1998).

<sup>19</sup> "UN će omogućiti odgovarajuće oblike rašavanja sporova proisteklih iz ugovora ili drugih spornih situacija privatnopravnog karaktera u kojima je strana UN". Dakle, spoljni imunitet UN-a se zasniva na funkcionalizmu, dok se interni zasniva na razlikovanju između javnih i privatnih sporova.

<sup>20</sup> U.N. Secretary-General, *Financing of the United Nations Protection Force, the United Nations Confidence Restoration Operation in Croatia, the United Nations Preventive Deployment Force and the United Nations Peace Forces Headquarters: Administrative and Budgetary Aspects of the Financing of the United Nations Peacekeeping Operation—Financing of the United Nations Peacekeeping Operations: Rep. of the Secretary-General*, ¶ 22, U.N. Doc. A/51/389 (Sept. 20, 1996), 15-16.

<sup>21</sup>

<sup>22</sup> *Georges v. United Nations*, 84 F. Supp. 3d 246 (S.D.N.Y. 2015); Nakon zemljotresa 2010. godine, Haiti je zahvatila epidemija kolere koja je odnela preko 7500 života. Izveštaji su navodili da epidemiološki i mikrobiološki dokazi ukazuju da su za izbijanje kolere odgovorni pripadnici mirov-

Kosovo<sup>23</sup> i Majke Srebrenice<sup>24</sup> - pojedinci su tražili odštetu od UN-a za povrede

nih trupa UN-a iz Nepala koji su iz svog kampa zatrovali reku neispravnim sanitarnim sistemom (komunalni otpad je direktno izbacivan u reku, koja je jedan od glavnih izvora vode na Haitiju, te se otrov proširio na pijaću vodu i zalihe hrane). 2012. godine grupa bostonskih advokata Instituta za pravdu i demokratiju u Haitiju je podnela tužbu protiv UN-a u ime preko 5000 tužilaca, sa zahtevom za naknadu štete žrtvama, unapređenje sanitarnog sistema i javno prihvatanje odgovornosti. UN su odbile zahtev kao nedopušten po osnovu čl. 29 Konvencije o privilegijama i imunitetima, budući da zadire u pitanja politike UN-a. 2013. godine tužbe su upućene američkim sudovima (*Georges v. United Nations*, No. 13-CV-7146 (JPO), (S.D.N.Y. filed Mar. 7, 2014, Statement of Interest for the U.S. Government) pred kojima je utvrđen apsolutni imunitet UN-a, u skladu sa čl. 2 Konvencije, da bi konačno 2015. godine postupak završen odbacivanjem tužbe pozivom na apsolutni imunitet UN-a. Februara 2015. godine Generalni sekretar je 2015. godine u pismu upućenom Kongresu SAD pokušao da opravda odbacivanje tužbi, definišući da su tužbe u pitanju istakle pitanja politike koja se odnosi na samo funkcionisanje UN-a kao međunarodne organizacije, te se ne mogu smatrati privatnopravnim tužbama kao one proistekle iz ugovornih odnosa, korišćenja privatne imovine ili saobraćajnih nezgoda u vezi sa mirovnim misijama. Detaljnije u M. Pillinger, I. Hurd and M.N. Barnett, *How to Get Away with Colera: The UN, Haiti and International Law*, American Political Science Association, vol. 14, no. 1, March 2016, 71-83.

<sup>23</sup> Tri privremena kampa za smeštaj provremeno raseljenih Roma nakon NATO intervencije 1999. godine, smeštenih u blizini kompleksa rudnika Trepča, označena su kao područja sa nedozvoljeno visokom koncentracijom olova u vazduhu, zemlji i vodi, ali su i pored takvih nalaza Svetske zdravstvene organizacije radila preko pet godina, iako su UN najavljivale njihovo zatvaranje. Stanovnici kampa su podneli tužbu UN-u, po proceduri predviđenoj za privatnopravne tužbe sa zahtevima do iznosa 50.000 dolara (G.A. Res. 52/247, ¶ 9 U.N. Doc. A/RES/52/247 (Jul. 17, 1998)), a 25. jula 2011. UN su odbacile tužbu obrazloženjem da tužbe nemaju privatnopravni karakter i da se, suštinski, odnose na samo izvršenje UNMIK-ovog mandata (a UNMIK samostalno određuje načine implementacije svog mandata kao administracije, *Letter from Pedro Medrano, Assistant U.N. Secretary-General, Senior Coordinator for Cholera Response, to Ms. Farha, Mr. Gallon, Mr. Pura and Ms. de Albuquerque* ¶ 91 (Nov. 25, 2014), navedeno prema K. Boon, *The United Nations as Good Samaritan: Immunity and Responsibility*, Chicago Journal of International Law, Winter 2016, Vol. 16. No. 2, 341-385, fn. 71. ), te su kao takve nedopuštene. Pitanja koja su bila obuhvaćena tužbama odnosila su se na javno zdravlje i javna dobra, koja su u uobičajenim okolnostima u nadležnosti suvereniteta država, a suverena ovlašćenja je u vremenu obuhvaćenom tužbama vršio UNMIK, odn. UN. Obrazovanje kampova se, svakako, prema K. Boon, može smatrati operativnom neophodnošću i sastavnim delom same politike UNMIK-a kao administracije na terenu, ali nije opravdano tako ga tertirati u situaciji kada se 5 godina čeka na izmeštenje uz svakodnevna upozorenja o štetnosti same lokacije, K. Boon, supra note 14. Treba napomenuti da je još 1996. godine Vlada Ruande postavila zahtev da se obrazuje komisija za žalbe koja bi razmatrala tužbe četrnaest državljana Ruande proistekle iz navodnog propusta UN da spreči genocid koji se desio u Ruandi. UN su takav zahtev odbile smatrajući da zahtevi u pitanju nisu privatnopravne prirode.

<sup>24</sup> *Mothers of Srebrenica v. Netherlands* (Admissibility), App. No. 65542/12, 57 Eur. Ct. H.R. 114 (2013), [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-122255#{"item id":\["001-122255"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-122255#{). 1995. UN su ustanovile šest sigurnih zona, a UNPROFOR u Srebrenici su činile holandske trupe. Jula 1995. godine srpske snage su napale zonu, holandske trupe su se evakuisale i ostavile civile Bošnjake, nakon čega se dogodio genocid.

odn. štetu koju su pretrpeli tokom sprovođenja mirovnih operacija pod okriljem UN-a. Sva tri slučaja su se završila bez naknade štete od strane UN-a i bez efikasnog pristupa nacionalnim sudovima, kao alternativni, sa obrazloženjem da zahtevi nisu privatnopravne prirode. Prema skoro identičnim shvatanjima sudova, vojne operacije koje spadaju u Poglavlje VII Povelje, ako bi se stavile u nadležnost nacionalnih sudova, to bi omogućilo državama da se mešaju u ključne misije UN-a. Prema tome, civilne tužbe ne mogu biti jače od principa imuniteta međunarodnih organizacija, čak i kada su zasnovane na ozbiljnim kršenjima međunarodnog prava, a u nedostatku alternativnih pravnih sredstava na nivou organizacije nacionalni sudovi nemaju obavezu da deluju<sup>25</sup>.

Kada se radi o operativnim aktivnostima supsidijernih organa UN-a na terenu, često se dešava da su osnovi imuniteta UN-a definisani ugovorima sa državama beneficijarima, u kojima se one odriču zahteva za odgovornosću UN-a, odn. u kojima se predviđa da se formiraju posebne interne komisije za razmatranje zahteva, kao što je slučaj sa sporazumima o statusu snaga (SOFA), iako ni jedna interna komisija do sada nije formirana u ovu svrhu. Sa razvojem mirovnih operacija stvoren je poseban režim za tužbe iz ugovora i za štetu u vezi sa misijama - neki osnovi za tužbe su isključeni u odnosu na UN, ustanovljena su finansijska i vremenska ograničenja, a odgovornost države domaćina za sve preko tih granica. Dakle, UN snose odgovornost smo za ono što ne spada u "operativnu neophodnost" a što je uzrokovalo povredu, bolest, smrt ili oštećenje imovine<sup>26</sup>. Ovakav interni mehanizam odgovornosti ograničava odgovornost UN-a, kao sredstvo alokacije rizika mirovnih operacija između UN-a i države domaćina, smatra se opravdanim jer država domaćin ima korist od misije, i sa aspekta da sredstava UN-a za eventualnu naknadu štete potiču od članica<sup>27</sup>.

Na kraju, treba istaći da su UN usvojile praksu zaključenja ugovora o osiguranju, posebno za slučajeve automobilskih i avio nezgoda, čime se omogućava žrt-

---

<sup>25</sup> Još je Međunarodni sud pravde u savetodavnom mišljenju *Difference relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory opinion, I.C.J. Reports (1999) istakao da bi države trebalo da se udreže od mešanja u službene dužnosti službenika UN-a.

<sup>26</sup> Povrede se smatraju očekivanom posledicom mirovne misije i zahteve u vezi sa njima ne bi ih trebalo kategorisati kao privatne ili javne samo zato što mogu dovesti do eventualne odgovornosti UN-a, *The United Nations Peacekeeping Operations: Report Of The Secretary-General* — A/51/903. 21 Jan 1997.

<sup>27</sup> Članice UN-a imaju korist od funkcije UN-a u održavanju međunarodnog mira i bezbednosti i sve bi trebalo da podele teret naknade štete u slučaju nepažnje Organizacije. Ovakav oblik kolektivne odgovornosti je posebno poželjan u slučajevima društvenih rizika (kao što je kole-ra), jer da je teret na žrtvama to bi bilo suprotno principu distributivne pravde, Sec General Report A/C.5/49/63, 1995.

tvama direktno pravo na naknadu štete. Da bi ovi ugovori bili efikasni, UN ima obavezu da se pri njihovom zaključenju odrekne imuniteta.

#### OSNOVNI PROBLEMI U IZGRADNJI SISTEMA IMUNITETA MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA

Imajući u vidu sistem imuniteta izgrađen u normativi i praksi UN-a, a koji je i danas uzor za praksu prema ostalim međunarodnim organizacijama, mogu se izdvojiti osnove sistema imuniteta međunarodnih organizacija. Sistem imuniteta međunarodnih organizacija se zasniva na funkcionalnoj neophodnosti, imunitet međunarodnih organizacija je apsolutan i bezuslovan, i odnosi se na svaku formu pravnog postupka, službenici organizacije uživaju imunitet za sopstvene službene akte<sup>28</sup>, ne i akte preduzete u privatnom svojstvu, ali najviši službenici organizacije često uživaju i diplomatske privilegije i imunitete te su zaštićeni i u pogledu privatnih akata, organizacija se može odreći imuniteta, kao što se i službenik može lišiti imuniteta odlukom nadležnog organa organizacije.

Ipak, praksa je još uvek neujednačena, često i neizvesna, te se mogu identifikovati određene problematične tačke, koje su analizirane u nastavku.

##### *Apsolutni imunitet i pitanje kompetentnosti nacionalnih sudova*

Apsolutni imunitet međunarodne organizacije proističe iz njihovog funkcionalnog subjektiviteta tj. organizacija preduzima samo ono što je u funkciji ostvarenja ciljeva, te najčešće i ne preduzima akte koji su van subjektiviteta- *ultra vires*, koji i nisu obuhvaćeni imunitetom. U tom smislu, funkcionalizam se često poistovećuje sa apsolutnim imunitetom, jer su, praktično, svi akti međunarodne organizacije "službeni" jer služe ostvarenju ciljeva organizacije<sup>29</sup>.

Imajući u vidu sistem imuniteta UN-a<sup>30</sup>, može se zaključiti da je apsolutni imunitet standard u praksi nacionalnih sudova, ali ne i u doktrini. Ipak, mogu se naći argumenti za i protiv. Ističe se da apsolutni imunitet urušava princip da su međunarodne organizacije odgovorne za štetu koja je posledica nepažnje i odvaja ga od principa da žrtve imaju pravo na pravno sredstvo. S druge strane, apsolutni imunitet služi očuvanju nezavisnosti i jedinstva funkcija organizacije poput UN-

---

<sup>28</sup> Službenici organizacije uživaju imunitet i u odnosu na državu domaćina i u odnosu na državu državljanstva.

<sup>29</sup> U tom smislu, na međunarodne organizacije nije primenjivo razlikovanje između akata *jure imperii* i *jure gestionis*, kao u odnosu na države.

<sup>30</sup> *De facto* apsolutni imunitet UN-a se smatra opravdan činjenicom da Organizacija sprovi postupke za rešavanje ugovornih i drugih sporova privatno-pravnog karaktera, kao i onih koji uključuju službenike Organizacije. Ali, stalne komisije predviđene SOFA sporazumima nikad nisu formirane.

a, i sprečava mogućnost da nacionalni sudovi donose različite odluke o međunarodnoj diplomatiji i politici<sup>31</sup>.

U slučaju Majke Srebrenice, pred Okružnim sudom u Hagu<sup>32</sup>, Sud je našao da se akti i propusti UN-a u pitanju odnose na funkcionalni okvir delovanja UN-a, budući da su se desili u okviru sprovođenja mirovne misije formirane na osnovu rezolucije Saveta bezbednosti donete na osnovu Glave VII Povelje, a Sud smatra da je imunitet upravo uspostavljen za takve situacije. Sud je imunitet UN-a odredio kao apsolutan, prema Konvenciji tj. apsolutno funkcionalan. Takođe, Sud je našao da nacionalni sud ne može odlučiti o neophodnosti koja je propisana čl. 105 Povelje, a takođe, ukoliko ne postoji alternativno sredstvo za namirenje žrtve, to ne opravdava nepoštovanje čl. 105 Povelje. Vrhovni sud Holandije je takođe podržao imunitet UN-a kao apsolutan, uz stav da nije uslovljen neuspostavljanjem alternativnih mehanizama prema čl. 29 Konvencije<sup>33</sup>. Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) je juna 2013. godine odbacio predstavku ovog udruženja kao neprihvatljivu pozivajući se na to da su operacije UN-a uspostavljene na osnovu Glave VII suštinske za održanje međunarodnog mira i bezbednosti te ne mogu biti predmet ocene nacionalnog suda.

Ipak, sve veće obraćanje nacionalnim sudovima u ovakvim situacijama koje uključuju delovanja međunarodnih organizacija (kao što je bio i slučaj kolere na Haitiju) stvara put formulisanju izuzetaka od teorije apsolutnog imuniteta međunarodnih organizacija<sup>34</sup>. Nacionalni sudovi su u poslednje vreme pokazali kritičnost prema ideju apsolutnog imuniteta međunarodnih organizacija.

---

<sup>31</sup> Na primer, belgijski sud je u slučaju *Manderlier* (Cour d'appel de Bruxelles (2ème Ch), 15 septembre 1969, *Manderlier c. O.N.U. et Etat belge, min. des Affaires étrangères, Pasicrisie* (1969), II, p. 24§ ; 69 *International Law Reports* 169 (1969)) zauzeo stav da Povelja predviđa samo imunitete strogo neophodne za ostvarenje ciljeva UN-a, a da su oni prošireni Konvencijom o privilegijama i imunitetima, dok je holandski sud u slučaju *Mothers of Srebrenica* (*Mothers of Srebrenica v Netherlands and UN, judgment 10 July 2008*) našao da Konvencija nije proširila domašaj Povelje. Takođe, holandski Apelacioni sud je opravdao imunitet UN-a na osnovu njegove usklađenosti sa drugim normama međunarodnog prava, našavši da nacionalni sud ne može ceniti da li je imunitet neophodan za funkcionisanje organizacije. Belgijski sudovi ne razlikuju imunitet od sudjenja od imuniteta od izvršenja, u kontekstu sporova organizacije i treće strane. Detaljnije u G. Den Dekker, *Immunity of the United Nations before the Dutch courts*, 04 Jun 2010, The Hague Justice Portal, <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=11748>, E. de Brabandere, *Belgian Courts and the Immunity of International Organizations*, 10 *International Organizations Law Review*, 2014, 464-504.

<sup>32</sup> *Mothers of Srebrenica v Netherlands and UN* (2008), supra note 29.

<sup>33</sup> Detaljnije u B.E. Brockman- Hawe, *Questioning the UN's Immunity in the Dutch Courts: Unresolved Issues in the Mothers of Srebrenica Litigation*, *Washington University Global Studies Law Review*, volume 10, Issue 4, 2011, 727-748.

<sup>34</sup> Ukoliko imunitet nije apsolutan, ništa ne može sprečiti nacionalni sud da testira granice imuniteta.

*Odnos principa imuniteta, prava na pristup sudu i obaveze  
ustupavljanja alternativnih mehanizama rešavanja spora*

Odnos imuniteta međunarodnih organizacija i prava na pristup sudu<sup>35</sup> bio je aktuelan u slučajevima Majke Srebrenice<sup>36</sup> kao i u nekoliko slučajeva pred ESLJP<sup>37</sup>. Postavljeno je pitanje da li odluka o priznanju imuniteta međunarodnoj organizaciji, kojom se sprečava nadležnost nacionalnog suda, krši pravo na pravično suđenje pojedinca, u smislu pristupa sudu. Prema tumačenju ESLJP, pravo na pristup sudu nije apsolutno pravo, nacionalne vlasti mogu postaviti granice kojima se ne dira sama suština ovog prava, a istovremeno se postiže legitiman cilj i ograničenja su proporcionalna postavljenom cilju. Dakle, pravo na pristup sudu i priznanje imuniteta međunarodnih organizacija se *de facto* nalaze u direktnoj opoziciji, ali je ESLJP nastojao u svojoj praksi da izbegne priznanje postojanja pravnog konflikta između ova dva principa, već je zauzeo stav da je imunitet, bio on suveren ili institucionalni, prihvatljivo ograničenje prava na pristup sudu<sup>38</sup>. Nepostojanje alternativnog načina rešavanja spora koji bi tužilac mogao da pokrene nije, za ESLJP, ništa više do jednog od elemenata u proceni proporcionalnosti primene imuniteta međunarodnih organizacija, ali ne i preduslov za priznanje imuniteta u određenom postupku.

Obaveza ustupavljanja alternativnih mehanizama rešenja spora, u slučaju poštovanja imuniteta međunarodne organizacije, kao naličje apsolutnog imuniteta, predviđena je i međunarodnim ugovorima<sup>39</sup>, ali obavezu ne postavljaju kao uslov za priznanje imuniteta. Takođe, važno je istaći da najčešće same međunarodne organizacije nisu ugovornice tih sporazuma<sup>40</sup>. Nacionalni sudovi, s druge strane, često uslovljavaju priznanje imuniteta međunarodne organizacije dostupnošću alternativnih načina rešenja spora, posebno u slučajevima koji uključuju

<sup>35</sup> U smislu čl. 6 Evropske konvencije.

<sup>36</sup> ESLJP nije podržao stav da u odsustvu alternativnog pravnog sredstva priznanje imuniteta međunarodne organizacije čini *ipso facto* kršenje prava na pristup sudu. Prema shvatanju Suda, Holandija nema obavezu da obezbedi pravno sredstvo u svom sistemu koje bi se moglo koristiti za zahteve protiv UN-a.

<sup>37</sup> *Waite and Kennedy v Germany*, Application no. 26083/94, Judgment 18 February 1999, *Beer and Regan v Germany*, Application no. 28934/95, Judgment 18 February 1999.

<sup>38</sup> Potvrdio i u *Chapman v. Belgium*, Application no. 39619/06, Judgment 5 March 2013: imunitet NATO-a nije disproportionalan i ne lišava aplikanta suštine prava na pristup sudu.

<sup>39</sup> Npr. čl. 29 Konvencije o privilegijama i imunitetima UN-a.

<sup>40</sup> Tako ni UN nisu ugovornica Konvencije o privilegijama i imunitetima UN-a.

službenike organizacije, iako se osnov za takvo postupanje ne može naći ni u ugovornom ni u običajnom međunarodnom pravu<sup>41</sup>.

Žalbeni sud u Hagu je 2015. godine postavio presedan u slučaju kolektivnog radnog spora protiv Evropske patentne organizacije (EPO)<sup>42</sup>. Sud je našao da EPO ne uživa imunitet u postupku pokrenutom po tužbi dva sindikata, uprkos ugovoru o sedištu između EPO i Holandije, jer sindikati nemaju mogućnost da spor iznesu pred arbitražu, te je našao da su ograničenja koja je EPO propisao kršenja osnovnih kolektivnih prava radnika. Za Sud, nepostojanje alternativnog pravnog postupka, u kombinaciji sa priznavanjem imuniteta, ne dovodi do kršenja čl. 6 Evropske konvencije, kršenje postoji u slučaju dodatnih okolnosti koje se ogledaju u sistematskom i ozbiljnom kršenju osnovnih principa demokratske države i vladavine prava, budući da sama EPO nije omogućila proces koji garantuje kolektivna radna prava (postupak pred internim telom EPO je rezervisan samo za individualne zaposlene). U ovom slučaju, zarazliku od rezonovanja u slučaju Majke Srebrenice, osnovni principi radnog prava su opravdali nepriznavanje imuniteta međunarodnoj organizaciji. S druge strane, nacionalni sudovi još uvek priznaju apsolutni imunitet UN-a čak i u slučajevima tužbi koje se odnose na navodna kršenja osnovnih ljudskih prava ili kogentnih normi.

#### *Osnov važenja imuniteta*

Imunitet međunarodnih organizacija se garantuje konstitutivnim ugovorima<sup>43</sup> koji obično sadrže opštu odredbu, zatim multilateralim ugovorima o privilegijama i imunitetima, kao i posebnim bilateralnim ugovorima o sedištu organizacije.

Doktrina je podeljena u vezi sa postojanjem običajnog pravnog pravila o imunitetu međunarodnih organizacija, jedan deo smatra da ne postoji dovoljno usklađene prakse ili *opinio juris* kao elemenata običajnog pravila, dok drugi deo doktrine smatra da praksa u vezi sa Konvencijom o privilegijama i imunitetima UN čini sama pravila Konvencije običajnim pravom. Nacionalna praksa je takođe veoma neusklađena.

---

<sup>41</sup> Detaljnije u E. de Brabandere, *Immunity of International Organizations in Post-conflict International Administrations*, *International Organizations Law Review*, 7 (1), 2010, 79-119.

<sup>42</sup> Court of Appeal in The Hague, 17 February 2015, R. Schestowitz, *When the European Patent Office Lost in Court and Refused to Obey the Law: An Analysis*, 6 September 2015, <http://techrights.org/2015/06/09/suepo-v-epo-analysis/>.

<sup>43</sup> U slučaju NATO-a, na primer, imuniteti nisu bili predviđeni konstitutivnim ugovorom, ali je sistem privilegija i imuniteta ugovoren posebnim sporazumom organizacije i članica.

Danas prevladava mišljenje da imunitet međunarodnih organizacija nema običajnopravnu prirodu, budući da se odredbe o imunitetu najčešće nalaze u međunarodnim ugovorima<sup>44</sup>.

*Izgradnja normativnog sistema imuniteta  
međunarodnih organizacija*

Specijalni izvestilac Komisije za međunarodno pravo na temu odnosa država i međunarodnih organizacija A. El-Erian je još 1977. godine nagovestio da je izvesno formiranje običajnog pravila o imunitetu međunarodnih organizacija. 1992. godine Komisija za međunarodno pravo je odustala od teme običajnog pravila o imunitetu međunarodnih organizacija, budući da je pitanje pokriveno u velikoj meri postojećim ugovorima<sup>45</sup>. 2006. godine specijalni izvestilac Komisije G. Gaja je sačinio silabus nove teme koja se predlagala Komisiji- procesni imuniteti međunarodnih organizacija, i ona je uključena u dugoročan plan rada Komisije<sup>46</sup>. Prema Specijalnom izvestiocu Komisije za međunarodno pravo, Gaji, Komisija bi trebalo da oceni da li će se baviti temom sudskih imuniteta međunarodnih organizacija. U prilog potvrdnom odgovoru ističe da bi to dovelo do veće pravne sigurnosti oko pravila o imunitetima međunarodnih organizacija, da bi predstavljalo progresivan razvoj međunarodnog prava, kao i paralelnu primenu sa Konvencijom o imunitetu država<sup>47</sup>. Komisija još uvek nije preduzela rad na ovoj temi.

ZAKLJUČAK

Ono što je danas nesporno jeste da rast aktivnosti međunarodnih organizacija ne prati i evolucija sistema imuniteta<sup>48</sup>. Široki imuniteti međunarodnih organizacija, ograničena nadležnost *ratione personae* nacionalnih i drugih sudova nad

<sup>44</sup> Detaljnije u M. Wood, *Do International Organizations Enjoy Immunity Under Customary International Law*, *International Organizations Law Review* 10 (2013), 287-318.

<sup>45</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1992, vol. II (Part Two), 53, par. 362.

<sup>46</sup> Annex II to Report on the work of the 58th session, 2006, A/61/10, 201-202.

<sup>47</sup> United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, December 2, 2004.

<sup>48</sup> 1945. godine bilo je planirano da glavni beneficijari aktivnosti UN-a budu države, dok savremeno stanje pokazuje da aktivnosti UN-a utiču pre svega na pojedince. Doktrina imuniteta međunarodnih organizacija se zasnova na, još uvek, aktuelnom gledištu na međunarodne organizacije kao dobročinitice, J. Klabbers, *Unity, Diversity, Accountability: The Ambivalent Concept of International Organisation*, 14 MELB. J. INT'L L. 149, 153 (2013), anvedeno prema K. Boon, *The United Nations as Good Samaritan: Immunity and Responsibility*, *Chicago Journal of International Law*, Winter 2016, Vol. 16. No. 2, 341-385, fn. 12.



međunarodnim orgaizacijama, nerazvijenost internih institucionalnih mehanizama rešavanja sporova previđa trenutnu veličinu i uticaj većine međunarodnih organizacija. Danas, za razliku od pola veka pre, međunarodne organizacije ne raspolažu samo malim novčanim sredstvima, imaju jake pozicije u međunarodnoj zajednici i raspolažu političkim sredstvima da se zaštite od uticaja članica. Osnovne zamerke koje se upućuju sistemu imuniteta međunarodnih organizacija jesu da imunitet međunarodnih organizacija prenosi teret na žrtve, a ne distribuira ga jednako između onih koji imaju korist od delovanja organizacije. Takođe, pojedini autori smatraju da imunitet ne ohrabruje pažljivije ponašanje u međunarodnim odnosima. Stvara se slika neodgovornosti i nedodirljivosti međunarodnih organizacija za povrede međunarodnog prava u kontekstu primene imuniteta međunarodnih organizacija<sup>49</sup>.

Ako je svrha imuniteta da štiti organizaciju od nacionalnih sudova, kome onda tužiti organizaciju, budući da same organizacije najčešće nemaju sopstvene sudove. A i zašto za organizacije ne bi važilo ono što važi za države? Često se tvrdi da je imunitet međunarodnih organizacija ostao apsolutan, a da se sistem imuniteta država razvijao i ograničavao. Ukoliko imunitet štiti od nacionalnog suda, ne bi trebalo da štiti od odgovornosti. Upravo je slučaj EPO značajan za proces institucionalizacije odgovornosti međunarodnih organizacija, iako se ne može zemeriti njegov ograničen domašaj, budući da je ministar pravde Holandije naredio obustavu postupka izvršenja, upravo pozivajući se na poštovanje imuniteta međunarodnih organizacija.

Pravilo odštetnog prava *ubi jus, ibi remedium*<sup>50</sup> podrazumeva da se šteta ima nadoknaditi čak i kada je posledica dobre namere. Doktrina imuniteta međunarodnih organizacija narušava ovaj princip, u smislu da poništava potencijalne posledice odgovornost štetnika pred nacionalnim sudovima. To ne odgovara opšteprihvaćenoj težnji da se uspostavi sistem odgovornosti javnih vlasti. Upravo bolja implementacija postojećih pravila sistema imuniteta međunarodnih organizacija, sadržanih u konstitutivnim instrumentima, međunarodnim ugovorima i ugovorima o sedištu odn. određenoj misiji, značila bi veći legitimitet međunarodnih organizacija. U tom smislu je i u doktrini zastupljen trend da se zagovara razvijanje efikasnih alternativnih načina rešavanja sporova, pre nego da se revidira ili ukida sistem imuniteta međunarodnih organizacija.

---

<sup>49</sup> N. Blokker, *International Organizations: the Untouchables*, *International Organizations Law Review* 10 (2013), 259-275.

<sup>50</sup> Gde postoji pravo, postoji i sredstvo.

JELENA STOJŠIĆ-DABETIĆ, Ph.D.,  
Faculty of Law and Commerce in Novi Sad,  
University Business Academy

IMMUNITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS  
- Between legitimacy and touchability -

Summary

International organizations are no longer seen as benefactors, but as entities whose activities have a significant impact on the human rights of individuals. The current practice (Kosovo, the Mothers of Srebrenica, Haiti) refers to a review of their immunity from national courts and development of internal mechanisms for resolving disputes. Paper includes the display of the normative framework of the immunity of international organizations, built on the basis of the immunity of the United Nations, as well as the basic issues and problems in the construction of an efficient system of judicial immunity of international organizations, which include the concept of absolute immunity, relationship between principles of immunity and the right to access to justice, the current state of the applicable normative framework and questions of legal basis of immunity. The aim is to identify possible directions of normative regulation of immunity of international organizations in international law, bearing in mind the situation and the important role of these subjects in contemporary international relations.

KATERINA KRSTEVSKA

## PARISKI PRINCIPI I NACIONALNE INSTITUCIJE ZA LJUDSKA PRAVA

### U V O D

Ideja o osnivanju nacionalnih institucija za ljudska prava (NILJP), prvi put je predstavljena u periodu nakon Drugog svetskog rata. Ekonomski i socijalni savet Ujedinjenih nacija 1946. godine razmatrao je pitanje nacionalnih institucija, dve godine pre nego što Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima postane “zajednički standard koji treba da postignu svi narodi i sve nacije”, pri čemu je pozvao države-članice da razmotre uspostavljanje informativne grupe ili lokalne komisije o ljudskim pravima koji će sarađivati u unapređenju rada Komisije o ljudskim pravima.<sup>1</sup> Komisija o ljudskim pravima u 1978. godine organizovala je seminar, koji je rezultirao sa nacrt-smernicama o strukturi i funkcionisanju institucija, a nakon toga zajedno sa Generalnom skupštinom Ujedinjenih nacija dali su podršku ovim smernicama. Generalna skupština pozvala je države da preduzmu odgovarajuće korake za uspostavljanje ovih institucija, tamo gde one ne postoje, i zatražila je od Generalnog sekretara da dostavi detaljniji izveštaj o NILJP-a.<sup>2</sup>

---

Dr Katerina Krstevska, profesor Fakulteta bezbednosti, Skoplje, Univerzitet “Sv. Kliment Ohridski” – Bitolj, Republika Makedonija.

<sup>1</sup> Inicijativa je data u para. 5 Rezolucije E/RES/9(II), usvojene 21.06.1946 od strane Ekonomskog i socijalnog saveta.

<sup>2</sup> Videti: Rezolucija A/RES/34/49 Generalne skupštine (23.11.1979).

Prva međunarodna radionica o nacionalnim institucijama za promociju i zaštitu ljudskih prava održana je 1991. godine u Parizu, a njen glavni proizvod su Pariski principi koji se odnose na status nacionalnih institucija.<sup>3</sup> Počevši od Svet-ske konferencije u Beču 1993. godine, Pariski principi su široko prihvaćeni kao test legitimiteta i kredibiliteta institucije. Značaj uspostavljanja i jačanja nezavi-snih i pluralističkih nacionalnih institucija za ljudska prava u skladu sa Pariskim principima, u različitim rezolucijama je potvrđen sa strane Generalne skupštine i Saveta za ljudska prava.

### PARISKI PRINCIPI

Pariski principi definišu međunarodne standarde,<sup>4</sup> na osnovu čega NILjP-e mogu biti akreditovane sa strane Međunarodnog koordinacionog komiteta nacionalnih institucija za ljudska prava (MKK).<sup>5</sup> U suštini, principi iz 1993. godi-ne zahtevaju NILjP-e, sa jedne strane, da štite ljudska prava, uključujući dobijanje, istraživanje i rešavanje žalbi, posredovanje u sukobima i praćenje aktivnosti, a sa druge strane, da promovise ljudska prava preko edukacije, terenskim radom, me-dije, publikacije, obuke i izgradnje kapaciteta, kao i savetovanje i pomoć Vlade.

<sup>3</sup> Pariski principi (Principles relating to the status and functioning of national institutions for protection and promotion of human rights - Paris Principles), usvojeni su od strane Komisije o ljudskim pravima sa Rezolucijom 1992/54 (Aneks) od 03.03.1992, a odobrene su od strane Generalne skupštine sa Rezolucijom A/RES/48/134 od 20.12.1993. Za istorijskog razvoja NILjP-a, videti internet adresu: <http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/HistoriNHRI.aspx~HEAD=doj>. Za istorijskog razvoja Pariskih principa, videti: K. Meuwissen: *The Paris Principles And National Human Rights Institutions: Lost In Translation? - Working Paper No. 163 - September 2015*, Leuven Centre for Global Governance Studies and Institute for International Law, KU Leuven, 2015, str. 2-9. Autor naglašava da je izvorni naslov Pariskih principa bio "Principi koji se odnose na status komisi-ja i njihove savetodavne uloge", koji je kasnije preimenovan u "Principi koji se odnose na status nacionalnih institucija". Analiza Pariskih principa i razvoja nacionalne institucije, videti u: R. Carver: A New Answer to an Old Question: National Human Rights Institutions and the Domestication of International Law, *Human Rights Law Review*, Volume 10, Number 1 - 2010, Nottingham, 2010, str. 1-32.

<sup>4</sup> Relevantni dokumenti o ljudskim pravima govore o Pariskih principa (na primer, Beč-ka deklaracija i Akcioni program UN Doc. A/CONF.157/23 - usvojeni 23.06.1993 od strane Svetske konferencije o ljudskim pravima; Opcioni protokol uz Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka i kazni - usvojen 18.12.2002 sa Rezolucijom Generalne skup-štine A/RES/57/199; Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom - usvojen 13.12.2006 sa Rezoluci-jom Generalne skupštine A/RES/61/106.

<sup>5</sup> Engleski prevod Međunarodnog koordinacionog komiteta nacionalnih institucija za ljud-ska prava (MKK), glasi International Coordinating Committee of National Human Rights Instituti-ons (ICC).

Šest glavnih kriterija koji proizlaze iz Pariskih principa, a koje NILjP-e treba da ispune, su sledeća: 1. dat i ovlašćenja: širok mandat, na osnovu univerzalne norme i standarde o ljudskim pravima; 2. onomija od Vlade; 3. avisnost koja je garantovana zakonom ili Ustavom; 4. alizam; 5. kvatne resurse; 6. vatna ovlašćenja istrage.

Tipično, NILjP-e su definisane kao državni organi sa ustavnim i / ili zakonskim mandatom za zaštitu i promociju ljudska prava. One su deo državnog aparata i finansirani su od strane države.<sup>6</sup> Otuda, proizlazi da NILjP-e trebaju imati ovlašćenje za promociju i zaštitu ljudskih prava. Osim toga, institucijama treba dati što je moguće širi mandat, koji će biti jasno uspostavljen u ustavnom ili zakonskom tekstu, precizirajući njihov sastav i nadležnost. Nacionalnoj instituciji treba se dodeliti nekoliko *ovlašćenja*, kao što su:

A. da se obrati Vladi, Skupštini i bilo kojem drugom nadležnom organu, na savetodavnoj osnovi ili na zahtev relevantnih vlastima ili preko realizacije svojih ovlašćenja, o bilo kojem pitanju u vezi sa promocijom i zaštitom ljudskih prava;<sup>7</sup>

B. da promovise i osigura usklađenost nacionalnog zakonodavstva i prakse sa međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima u kojima je država-članica, i njihovu efikasnu implementaciju;

C. da podstiče ratifikaciju navedenih instrumenata ili pristupanje tim instrumentima, i da osigura njihovu implementaciju;

D. da doprinese izveštajima koje su države obavezne da dostave organima i komitetima Ujedinjenih nacija i regionalnih institucija, u skladu njihovim ugovornih obaveza, i kada je to potrebno, da daje mišljenje o konkretnom pitanju poštujući pritom njihovu nezavisnost;

---

<sup>6</sup> Tako: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: *National Human Rights Institutions - History, Principles, Roles and Responsibilities, Professional Training Series No. 4 (Rev. 1)*, New York and Geneva, 2010, str. 13.

<sup>7</sup> NILjP-a može odlučiti da objavi takva mišljenja, preporuke, predloge i izveštaje, kao i bilo koji prerogativ, pri čemu oni će se odnositi na nekoliko oblasti. Prvo, ovlašćenja u odnosu svim zakonskim i administrativnim odredbama, kako i odredbama u vezi pravosudne organizacije, sa namjerom da očuvaju i prošire zaštitu ljudskih prava. U vezi s tim, NILjP-e ispitati će zakonodavne i administrativne odredbe koji su na snazi, kao i zapise i predloge, i dati će preporuke koje smatra odgovarajućim kako bi se osiguralo da ove odredbe budu u skladu sa osnovnim principima ljudskih prava. Ako je potrebno, preporučiti će usvajanje nove legislative, promjenu legislative koja je na snazi, kako i usvajanje ili izmenu administrativnih mera. Drugo, ovlašćenja u odnosu na svakoj situaciji kršenja ljudskih prava. Treće, priprema izveštaja o nacionalnoj situaciji u vezi ljudskih prava uopšte, kao i o specifičih pitanja, i četvrto, ovlašćenje da skreće pažnju Vlade na situacije u bilo kom delu zemlje gde se krše ljudska prava, i da da sugestije o tome kako staviti kraj takvim situacijama i, gde je to potrebno, da da svoje mišljenje o stavovima i reakcija Vlade.

E. a saraduje sa Ujedinjenim nacijama i drugim organizacijama u sistemu Ujedinjenih nacija, regionalnim institucijama i nacionalnim institucijama drugih zemalja koje su nadležne u oblasti promocije i zaštite ljudskih prava;

F. da pomaže u formulisanju programa učenja i istraživanja o ljudskim pravima, i da učestvuje u njihovoj realizaciji u školama, univerzitetima i profesionalnim krugovima;

G. da promoviše ljudska prava i napore u borbi protiv svih oblika diskriminacije, naročito rasne diskriminacije, preko povećanje javne svesti, naročito preko informisanje, obrazovanje i upotrebe svih vrsta medija.

Pariski principi obraćaju posebnu pažnju na *sastav i garancije nezavisnosti i pluralizma*. Sastav NILjP-e i imenovanje njenih članova, putem izbora ili na drugi način, mora biti u skladu sa procedurom koja sadrži sve neophodne garancije kako bi se osigurala pluralistička zastupljenost društvenih snaga (civilnog društva), koji su uključeni u promociju i zaštitu ljudskih prava, naročito putem ovlašćenja koja će omogućiti da se uspostavi efektivna saradnja sa relevantnim akterima.<sup>8</sup>

NILjP-e treba da imaju infrastrukturu koja omogućava nesmetano obavljanje njihovih aktivnosti, posebno preko adekvatnog *finansiranja*. Finansiranje NILjP-e treba da bude na način koji će omogućiti instituciji da ima svoj kadar i istorije, da bude nezavisna od Vlade i da ne bude objekat finansijske kontrole koja bi mogla uticati na njenu nezavisnost.

Da bi se obezbedio stabilan mandat za članove NILjP-e, bez kojeg ne može biti stvarne nezavisnosti, njihovo *imenovanje* treba da bude uređeno zvaničnim aktom, koji će odrediti i trajanje mandata. Mandat može biti ponovljen, ukoliko se obezbedi pluralizam članstva institucije.

*Metode rada*, iz kojih NILjP-a će se rukovoditi,<sup>9</sup> trebalo bi da omogućće instituciji: Slobodno da razmatra sva pitanja iz svoje nadležnosti, bez obzira dali su dostavljena od strane Vlade, ili su preuzeta od strane same institucije bez upućivanja na višoj instanci, na predlog svojih članova ili bilo kojeg predlagača;

<sup>8</sup> Grupa relevantnih aktera obuhvata predstavnike nevladinih organizacija odgovornih za ljudska prava i borbe protiv rasne diskriminacije, sindikate, zainteresovanih društvenih i profesionalnih organizacija (na primer, udruženja advokata, lekara, novinara i uglednih naučnika); trendove u filozofske i vjerske misli; univerziteti i kvalifikovanih stručnjaka; Skupština i Vladine institucije (ako su uključeni, njihovi predstavnici treba da učestvuju u raspravama samo u svojstvu savetnika).

<sup>9</sup> Prema S. Cardenas: *National Rights Institutions and State Compliance*, vo R. Goodman & T. Pogram: *Human Rights, State Compliance, and Social Change - Assessing National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, 2012, str. 51, u većini slučajeva, preteško je utvrditi uzročnu vezu između NILjP-e i menjanje nivoa zloupotrebe ljudskih prava u okviru zemlje. Efikasnost NILjP-e je najvidljivija u aktivnostima koje preduzima. NILjP-e koji izazivaju državu i mobilišu građansko društvo u ime ljudskih prava potencijalno mogu najviše doprineti u državnoj usaglašenosti.

da sasluša sva lica i dobija bilo kakve informacije i dokumente neophodne za procjenu situacije koje su u okviru njene nadležnosti; da se obrati javnosti, direktno ili preko bilo koji medij, naročito da javno obelodani svoja mišljenja i preporuke; da se sastaje redovno, i kad god je to potrebno, u prisustvu svih njenih članova, nakon što su oni bili uredno pozvani; prema potrebi, da osniva radne grupe iz reda njenih članova, i da uspostavi lokalne ili regionalne sekcije koje pomažu u obavljanju njenih funkcija; da održava konsultacije sa drugih tijela koja su odgovorna za promociju i zaštitu ljudskih prava (naročito ombudsmana, medijatora i sličnih institucija); s obzirom na fundamentalne uloge nevladinih organizacija u širenju rada NILJP-e, da razvija odnose sa nevladinim organizacijama posvećenih promociji i zaštiti ljudskih prava, ekonomskom i društvenom razvoju, borbi protiv rasizma, zaštiti posebno ranjivih grupa (naročito deca, radnici - migranti, izbeglice, osobe sa fizičkim i mentalnim invaliditetom) ili u specijalizovanim oblastima.

Pariski principi u sebi inkorporiraju *dodatne principe koje se odnose na status komisijama sa kvazi-sudskih nadležnosti*,<sup>10</sup> prema kojima NILJP-a može biti ovlašćena da sasluša i razmotri pritužbe i peticije u vezi sa određenim pojedinačnim slučajevima. O takvim slučajevima, NILJP-a može biti obavještena od strane pojedinaca, njihovih predstavnika, trećih lica, nevladinih organizacija, udruženja sindikata ili bilo koje druge reprezentativne organizacije. U takvim okolnostima, a ne dovodeći u pitanje gore pomenute principe u odnosu na druge nadležnosti komisije, funkcije koje su joj poverene mogu se zasnivati na sledećih principa: Da traži vansudsko poravnanje putem pomirenja ili, u granicama propisanim zakonom, putem obavezujućih odluka ili, gde je to potrebno, na osnovu poverljivosti; Da informira stranku koja je podnela peticiju za njenja prava, a naročito za lekove koje su joj dostupne, kao i promovisanje pristupa do njih; Da sasluša pritužbe ili peticije, ili da ih prosledi drugom nadležnom organu u granicama propisanim zakonom; Da da preporuke nadležnih organa, predloživši izmene i dopune ili reforme zakona, propisa i administrativne prakse, naročito ako oni uzrokuju poteškoće za osobe koje podnose peticije kako bi odbranili svoja prava.

*Međunarodni koordinacioni komitet nacionalnih institucija za promociju  
i zaštitu ljudskih prava*

U cilju sprovođenja Pariskih principa, u 1993. godine formiran je Međunarodni koordinacioni komitet nacionalnih institucija za promociju i zaštitu ljud-

---

<sup>10</sup> Pariske principe koriste termin "quasi-jurisdictional competence". K. Meuwissen, *op. cit.* str. 5, naglašava da je MKK potvrdio da se termin "quasi-jurisdictional competence" zasniva na grešku u prevodu, odnosno da se mislilo na "quasi-judicial" (kvazi-sudske) nadležnosti.

skih prava (MKK). Kao međunarodna asocijacija NILjP-a iz svih krajeva sveta,<sup>11</sup> MKK radi na osnovu Statuta koji je u skladu Švajcarskog građanskog zakonika.<sup>12</sup> U vršenju svojih nadležnosti, MKK promoviše i jača nacionalne institucije u skladu sa Pariskim principima, i obezbeđuje ključnu ulogu u promociji i zaštiti ljudskih prava. U osnovi, MKK olakšava i podržava angažmane NILjP-a u Save-tu za ljudska prava i u drugim organima; podstiče saradnju i razmenu informaci-ja između NILjP-a, uključujući i putem godišnjeg sastanka i bienale-konferencije; sprovodi akreditaciju NILjP-a u skladu sa Pariskim principima; promoviše ulogu NILjP-a u okviru Ujedinjenih nacija, sa državama i drugim međunarodnim agen-cijama; omogućava izgradnju kapaciteta u saradnji sa Kancelarijom Visokog komesara za ljudska prava; pomaže NILjP-e koje su pod pretnjom; može pomoći Vladi da uspostavi NILjP-u, ako to bude traženo od njega.<sup>13</sup>

Funkcije MKK-a svrstavaju se u tri dela, i to: da koordinira na međunarodnom nivou aktivnosti NILjP-e uspostavljene u skladu sa Pariskim principima (interakcija i saradnja sa Ujedinjenim nacijama i njihovih tijela, kao i sa drugim međunarodnim organizacijama; saradnja i koordinacija između NILjP-e i regionalnih grupama i regionalnih koordinacionih komiteta; komunikacija između članova i zainteresovanih strana, uključujući, gde je to potrebno, i opšte javnosti; razvoj znanja; menadžment znanja; razvoj smernica, politike, izjava; implementacija inicijativa; organizacija konferencija), da promoviše uspostavljanje i jačanje NILjP-e u skladu sa Pariskim principima (akreditacija novih članova; periodično obnavljanje akreditacije; vanredno preispitivanje akreditacije; pomoć NILjP-a koje su pod pretnjom; podstiče obezbjeđivanje tehničke pomoći; podstiče i promoviše mogućnosti za obrazovanje i obuku radi razvijanje i jačanje kapaciteta NILjP-a), kao i druge funkcije koje su mu dodjelili njegovi članovi sa pravom glasa.

U obavljanju gorenavedenih funkcija, MKK se rukovodi od nekoliko principa, kao što su fer, transparentan i kredibilan proces akreditacije; pravovremeno informisanje i navođenje NILjP-e u saradnji sa Svetom za ljudska prava, njegovih mehanizama, i tijela za ljudska prava Ujedinjenih nacija; mandatno predstavljanje NILjP-e; čvrste veze sa Kancelarijom Visokog komesara za ljudska prava i regionalnih koordinacionih komiteta; fleksibilnost, transparentnost i aktivno učešće u svim procesima; inkluzivnost u procese odlučivanja na osnovu konsenzusa u najvećoj mogućoj meri; održavanje nezavisnosti i finansijske autonomije.

<sup>11</sup> Prema M. Ssenyonjo: *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, Routledge, 2016, str. 307, NILjP-e su među sobom formirali veliki broj grupa, pri čemu neki od njih su postali veoma važni i uticajni. Na nivo Ujedinjenih nacija, NILjP-e sastaju se u okviru MKK-a, forum koji predstavlja njihove interese.

<sup>12</sup> Videti: Statut MKK, para. 2 i 4.

<sup>13</sup> Videti: <http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/History.aspx>.



### *Akreditacija i reakreditacija nacionalnih institucija*

U osnovi, NILjP-e su državni organi sa ustavnog i / ili zakonskog mandata za zaštitu i promociju ljudskih prava. Iako su deo državnog aparata i finansirane su od strane države, rade i funkcioniraju nezavisno od Vlade. I pored toga što njihov specifični mandat može da varira, opšta uloga ovih institucija je rešavanje problema diskriminacije u svim njegovim formama, kao i da promovišu zaštitu građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava. Njihove glavne funkcije uključuju postupanje po pritužbama, obrazovanje o ljudskim pravima i davanje preporuka o reformi zakona. Takođe, kao efikasne institucije predstavljaju važnu sponu između Vlade i civilnog društva, jer pomažu da se premosti "jaz zaštite" između prava pojedinca i obaveza države. U svim regionima sveta danas postoje šest modela NILjP-a, i to: Komisije za ljudska prava, Ombudsman - institucije za ljudska prava, Hibridne institucije, Konsultativne i savetodavne organe, Instituti i centri i više institucija.<sup>14</sup>

Svaka NILjP-a koja želi biti akreditovana u skladu sa Pariskim principima, mora podnijeti prijavu do predsednika MKK-a, koja je podržana sa odgovarajućom dokumentacijom.<sup>15</sup> Za sve aplikacije odlučuje se pod pokroviteljstvom, a u saradnji sa Kancelarijom Visokog komesara za ljudska prava, sa strane Biroa MKK-a nakon razmatranja izveštaja koji je pripremio Podkomitet za akreditaciju na osnovu podnesenih pisanih dokaza.

Ukoliko Podkomitet za akreditaciju izda preporuku za akreditaciju, onda će je proslediti do Biroa MKK-a, čija je odluka konačna. Sa druge strane, ako Biro MKK-a odbije zahtev za akreditaciju, jer NILjP-a nije u skladu sa Pariskim principima, tada Biro ili njegov delegat može da se konsultuje sa tom institucijom o pi-

---

<sup>14</sup> Videti: <http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/RolesTypesNHRIs.aspx>. Više o modelu NILjP-a, videti: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: *National Human Rights Institutions - History, Principles, Roles and Responsibilities, Professional Training Series No. 4 (Rev. 1)*, New York and Geneva, 2010, str. 15-19. Sveobuhvatno istraživanje o funkcionisanju NILjP-a, videti: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: *Survey On National Human Rights Institutions - Report on the findings and recommendations of a questionnaire addressed to NHRIs worldwide*, Geneva, 2009. Ovaj izveštaj posvećen je nalazima i preporukama istraživanja, na osnovu odgovora upitnika dostavljen do 61 NILjP-e širom sveta. Cilj istraživanja je bio da se pregleda trenutno stanje NILjP-a, kako bi povećali svoje funkcionalne sposobnosti na individualnom i kolektivnom nivou.

<sup>15</sup> Preko Sekretarijata MKK-a, NILjP-a kao dodatak njene aplikacije treba dostaviti: kopiju legislative ili drugog instrumenta kojem je osnovana i ovlašćena u službenom ili objavljenom formatu; skicu njene organizacione strukture, uključujući osoblje i godišnji budžet; kopiju najnovijeg godišnjeg izveštaja ili ekvivalentni dokument u službenom ili objavljenom formatu; detalni izveštaj koji pokazuje da ispunjava Pariske principe, aspekte koje ne ispunjava, kao i predloge da bi se obezbedila usklađenost.

tanjima za prevazilaženje neusklađenosti. Svaka NILjP-a čiji zahtev za akreditaciju je odbijen, može u svakom trenutku da podnese novi zahtev za akreditaciju, pri čemu takav zahtev može se razmatrati na narednom sastanku Podkomiteta za akreditaciju.

U suštini, akreditacija daje međunarodno priznanje i zaštitu NILjP-e i njene usaglašenosti sa Pariskim principima. Takođe, omogućava učešće u rad i odlučivanje u MKK-a, kako i u radu Saveta za ljudska prava i drugih mehanizama Ujedinjenih nacija. NILjP-a može biti akreditovana na sledeći način:

- status "A" ili član sa pravom glasa, zato što institucija je u potpunosti usklađena sa Pariskim principima,
- status "B" ili posmatrač, zato što institucija nije u potpunosti usklađena sa Pariskim principima ili zato što još nije dostavila potrebnu dokumentaciju da se uradi takvo opredijeljenje,
- status "C" ili nije član, zato što institucija nije usklađena sa Pariskim principima.

Prva grupa institucija su one koje su dobili status "A", koji im omogućava da u potpunosti učestvuju u međunarodnom i regionalnom radu i na sastancima nacionalnih institucija, a kao članovi sa pravom glasa mogu dobiti funkcije u Birou MKK-a ili u bilo kojeg podkomiteta uspostavljen od strane Biroa. Ove institucije mogu učestvovati na sednicama Saveta za ljudska prava i da uzmu reč pod bilo kojom tačkom dnevnog reda, da podnesu dokumentaciju, i sl. Druga grupa institucija su oni koji imaju status "B", koji im omogućava da učestvuju kao posmatrači u međunarodnom i regionalnom radu i na sastancima nacionalnih institucija. Ali, oni ne mogu glasati ili držati funkciju u Birou ili njegovih podkomiteta. Takođe, ne mogu dobiti značke NILjP-a, niti mogu uzeti reč po tačkama dnevnog reda, niti dostaviti dokumentaciju Savetu za ljudska prava. Poslednja ili treća grupa institucija sa statusom "C", ne mogu imati bilo kakva prava ili privilegija u MKK-a ili u forumima Ujedinjenih nacija o pravima. Međutim, po ocjenu predsjedavajućeg Biroa, mogu prisustvovati sastancima MKK-a.

Sve NILjP-e koje su dobili status "A", su predmet reakreditacije na cikličnih osnova svakih pet godina, pri čemu primjenjuju se ista pravila kao i pri prvoj akreditaciji. Ako je došlo do promene kod neke NILjP-e, a ti novi okolnosti mogu uticati na njenu usklađenost sa Pariskim principima, onda NILjP-a treba da obavesti predsednika MKK-a. Predsednik je obavezan da obavesti Podkomiteta za akreditaciju, kako bi se razmotrio status akreditacije te NILjP-e. Pored ovog načina za revizije, ukoliko predsednik MKK-a ili član Podkomiteta za akreditaciju, smatra da okolnosti kod neke NILjP-e akreditovane sa statusom "A" prema

bivšem Statusa možda su se promenile na način koji utiče na njenu usklađenost sa Pariskim principima, onda mogu inicirati reviziju statusa.<sup>16</sup>

Iz navedenog proizilazi da klasifikacija akreditacije može biti promenjena. Svaka odluka u cilju oduzimanja akreditovanog "A" statusa, može biti doneta nakon što je NILjP-a obaveštena o ovoj nameri, s time da će NILjP-e biti omogućeno, u roku od 1 godine od dana prijema obaveštenja, da dostavi dokaze u pisanom obliku, koji će potvrditi njenu kontinuiranu usklađenost sa Pariskim principima. Ali, kada postoje izuzetne okolnosti, akreditacija može biti odmah suspendovana. Ako po mišljenju predsednika MKK-a, postoji ovakva izuzetna okolnost koja zahteva momentalni prekid akreditovanog "A" statusa, Biro MKK-a može odmah da odluči da suspenduje klasifikaciju akreditacije te NILjP-e i da pokrene posebnu reviziju.<sup>17</sup>

Potvrda da dodeljeni status nije na trajnoj osnovi, odnosno može se menjati, je i Lista koju priprema Globalna alijansa nacionalnih institucija za ljudska prava.<sup>18</sup> Prema Listi, zaključno sa 08.05.2016. akreditovani su ukupno 117 NILjP-e, pri čemu 75 institucije imaju status "A", 32 institucije imaju status "B" i 10 institucije imaju status "C". Sa Liste, koja daje detalni pregled NILjP-a i njihov proces akreditacije, mogu se uočiti institucije koje su imale rastući trend u akreditaciji (iz statusa "C" prešli su u status "B", iz statusa "B" prešli su u status "A"),<sup>19</sup> ali i institucije koje su imale opadajući trend (iz statusa "A" prešli su u status "B", iz sta-

---

<sup>16</sup> Svaka revizija klasifikacije akreditacije, mora biti završena u roku od 18 meseca.

<sup>17</sup> Videti više: Statut MKK-a, Sekcija 5. Pariske principe za akreditaciju. Izuzetna okolnost odnosi se na iznenadne i drastične promene u unutrašnjem političkom poretku jedne zemlje, kao što je kršenje ustavnog i demokratskog poretka, ili proglašeno vanredno stanje, ili grubih povreda ljudskih prava. Pored toga, ova okolnost treba da bude praćena promenom propisa za NILjP-e ili bilo kojeg drugog zakona, koja nije u skladu sa Pariskim principima; ili promenom sastava NILjP-e, a da to nije urađeno u skladu sa uspostavljenom izboru i / ili procesom imenovanja; ili NILjP-a de-luje na način koji ozbiljno ugrožava njenu usklađenost sa Pariskim principima.

<sup>18</sup> Videti više: <http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/ICCAccreditation/Pages/default.aspx>. Detalni pregled statusa NILjP-a, videti u: GANHRI - Global Alliance of National Human Rights Institutions: *Chart of the status of national institutions - Accreditation status as of 5 August 2016* (<http://www.ohchr.org/Documents/Countries/NHRI/ChartStatusNHRI.pdf>).

<sup>19</sup> Na primer, Nacionalni centar za ljudska prava iz Slovačke prvobitno bio je akreditovan statusom "C", a od marta 2014. godine akreditovan je statusom "B". Nacionalna komisija za ljudska prava Nigerije od statusa "A" prešla je u status "B", a od 2011. godine ponovo je akreditovana statusom "A".

tusa "B" prešli su u status "C").<sup>20</sup> Takođe, posebno su izdvojene institucije koje su suspendovane,<sup>21</sup> čija akreditacija je istekla,<sup>22</sup> i koje više ne postoje.<sup>23</sup>

### ZAKLJUČAK

Pariski principi kao što su utvrđeni u Aneksu-Rezoluciji Generalne skupštine, nisu obavezujući u međunarodnom pravu. Ali, uprkos tome, ovi principi su od značaja za praksu međunarodnog prava. Oni obezbeđuju važnu tačku orijentacije za zemlje koje žele da uspostave NILjP-e ili da ojačaju postojeću strukturu kako bi se omogućilo instituciji da postane NILjP-a. Istovremeno, oni služe kao merilo za određene kritike. Osim toga, oni postavljaju standarde koja nacionalna institucija može se smatrati za NILjP-u.<sup>24</sup>

Preko procesa akreditacije i reakreditacije, nacionalnim institucijama omogućava se da ostvare i/ili održe standarde utvrđene u Pariskim principima. Bez obzira na nacionalne specifičnosti, jedino preko sprovođenja Pariskih principa u praksi, ove institucije mogu postići svrhu zbog koje su osnovane, odnosno da promovišu i da zaštite ljudska prava na nacionalnom, regionalnom i međunarodnom nivou.

---

<sup>20</sup> Na primer, Norveški centar za ljudska prava u početku bio je akreditovan statusom "A", da u oktobru 2011. godine bude preporučano da dobije akreditaciju statusom "B", pri čemu data mu je jedna godina da se uskladi sa Pariskim principima. Ali, u novembru 2012. godine bio je akreditovan statusom "B". Slični primer je Švajcarska savezna komisija za borbu protiv rasizma, koja je od statusa "B" prešla u status "C".

<sup>21</sup> Suspendovane su tri institucije: Komisija za ljudska prava - Fidži, Nacionalna komisija za ljudska prava i osnovnih sloboda - Niger, i Narodni pravobranilac - Paragvaj.

<sup>22</sup> Samo jedna institucija ulazi u tu kategoriju, odnosno Nacionalna komisija za ljudska prava - Burkina Faso.

<sup>23</sup> Belgijski centar za jednake mogućnosti i suprotstavljanje rasizma više ne postoji, jer je u decembru 2014. godine transformisan u dve odvojene institucije (Interfederalni centar za jednake mogućnosti i suprotstavljanje diskriminacije i rasizma i Savezni centar za analizu kretanja migracije).

<sup>24</sup> Videti: V. Aichele: *National Human Rights Institutions - An Introduction*, German Institute for Human Rights, Berlin, 2010, str. 9.

KATERINA KRSTEVSKA, Ph.D.,  
Associate Professor, Faculty of Security - Skopje,  
University "Ss. Kliment Ohridski", Bitola,  
Republic of Macedonia

## PARIS PRINCIPLES AND NATIONAL INSTITUTIONS OF HUMAN RIGHTS

### Summary:

The Principles relating to the status of national institutions (Paris Principles), define international standards under which the national institutions can be accredited by the International Coordinating Committee for National Human Rights Institutions.

Despite the fact that six models of national institutions exist today (Human rights commissions, Human rights ombudsman institutions, Hybrid institutions, Consultative and advisory bodies, Institutes and centres and multiple institutions), all of them should meet the main criteria set out by the Paris Principles, i.e. a broad mandate, based on universal human rights norms and standards; autonomy from Government; independence guaranteed by statute or Constitution; pluralism; adequate resources; and adequate powers of investigation.

Although the national institution can be accredited by the International Coordinating Committee with status "A" (voting member), status "B" (observer member) and status "C" (non-member), it should be pointed out that the given accreditation status can be changed. Therefore, by the accreditation and reaccreditation processes, the national institutions are enabled to achieve and / or maintain the standards established by the Paris Principles, i.e. to protect and promote human rights at national, regional and international level.



MARKO K. AĆIĆ

## IREGULARNI OBLICI DIPLOMATSKOG PREDSTAVLJANJA - Sa osvrtom na rad predstavništava Republike Srpske -

### POJAM I VRSTE DIPLOMATIJE

U dosadašnjem razvoju pravne nauke, posebno međunarodnog javnog (a u okviru njega i diplomatsko-konzularnog) prava, brojni autori davali surazličite definicije diplomatije, kao i njenih različitih pojava oblika. U svom najjednostavnijem značenju diplomatija sadrži sva sredstva kojima države uspostavljaju ili održavaju zajedničke odnose, komuniciraju jedne sa drugima ili sprovode političke ili pravne transakcije, u svakom slučaju preko svojih ovlašćenih posrednika.<sup>1</sup> Diplomacija kao način komunikacije između različitih faktora, uključujući i pregovore između priznatih partnera, predstavlja dugovjekovnu instituciju, a međunarodne pravne regulative koje regulišu njeno postojanje rezultat su državne prakse kroz vjekove.<sup>2</sup> Pored toga, diplomatija je i vještina čiji je osnovni cilj da sprovede spoljnu politiku na miran način.<sup>3</sup>

---

Marko K. Aćić, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Generalni sekretar Narodne skupštine Republike Srpske.

<sup>1</sup> I. Brownlie, *Principles of public international law, fourth edition*, Clarendon press, Oxford, 1990, p. 346.

<sup>2</sup> M. Shaw, *International Public law*, sixth edition, Cambridge University press, 2008, pp. 750-752.

<sup>3</sup> M. Kreća, *Međunarodno pravo predavljanja (Diplomatsko i konzularno pravo)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2012, str. 14.

Zavisno od toga koje najvažnije kriterijume uzimamo za analizu<sup>4</sup>, diplomatiju prema tim definicijama možemo podijeliti na nekoliko vrsta: u odnosu na broj učesnika u diplomatskoj aktivnosti: bilateralnu i multilateralnu<sup>5</sup> diplomatiju; u odnosu na vremenski period u kojem se obavljaju diplomatske aktivnosti razlikujemo: stalnu i *ad hoc* diplomatiju; u odnosu na kriterijume da li se diplomatija odvija između subjekata međunarodnog prava ili drugih “jedinki” koje poznaje međunarodno pravo razlikujemo i specifičnu podjelu, koju ćemo za potrebe ovog rada podijeliti na: regularne i iregularne oblike diplomatskog opštenja, itd. Kada god je u istoriji postojala grupa nezavisnih država koje su koegzistirale razvili su se posebni običaji po pitanju odnosa prema ambasadorima i drugim specijalnim predstavnicima.<sup>6</sup> Zbog specifičnosti teme ovog rada, posebnu pažnju posvetićemo posljednjoj podjeli vrsta diplomatije, na regularne i iregularne oblike.

#### REGULARNI OBLICI DIPLOMATSKOG PREDSTAVLJANJA

Sistem organa za međunarodno predstavljanje, opštenje i održavanje međunarodnih odnosa,<sup>7</sup> od prvih začetaka diplomatskih odnosa pa do danas, neprestano se razvijao i dograđivao. Uzimajući u obzir kriterijum često citiran u literaturi, sve regularne oblike diplomatskog opštenja možemo podijeliti na četiri grupe: unutrašnji organi država, u kojeju najširem slislu ubrajamo šefa države, predsjednika vlade, ministra inostranih poslova, druge ministre i parlament; spoljne organe za predstavljanje u koje spadaju diplomatska predstavništva i specijalne misije i tri oblika multilateralne diplomatije i to: stalne misije država pri međunarodnim organizacijama, delegacije država na međunarodnim konferencijama i djelovanje međunarodnih službenika.<sup>8</sup>

#### IREGULARNI OBLICI DIPLOMATSKOG PREDSTAVLJANJA

Normalni diplomatski odnosi podrazumijevaju odnos u kojem dvije države međusobno opšte preko svojih ministarstava spoljnih poslova sa stalnim misi-

<sup>4</sup> N. Avramović, *Diplomatsko i konzularno pravo*, MCOPS Centar, Novi Sad, 2012, str. 15

<sup>5</sup> M. Kreča, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2012, str. 315.

<sup>6</sup> M. Shaw, *International Public law*, sixth edition, Cambridge University press, 2008. op. cit., p. 774.

<sup>7</sup> M. Mitić, S. Đorđević, *Diplomatsko i konzularno pravo*, Centar za publikacije pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, JU Službeni list SRJ, Beograd, 2007, str. 27.

<sup>8</sup> koji generalno ne predstavljaju države već međunarodne organizacije.



jama u objema prestonicama<sup>9</sup>, ali su često nemogući iz određenih razloga. Poznati su slučajevi u kojima nepostojanje takve saglasnosti može biti uslovljeno ratnim neprijateljstvima, teško narušenim političkim odnosima, odbijanjem priznavanja određene vlade kao legitimne i sl.

U tom smislu je poznat primjer nepriznavanja komunističke Vlade Narodne Republike Kine od strane Sjedinjenih Američkih Država (SAD) pa i organizacije Ujedinjenih nacija (UN) što potvrđuje navedeno. Naime, u periodu od 1949-1979. godine, Vlada SAD nije imala otvorenu ambasadu u Pekingu<sup>10</sup>, već u Tajpeju na Tajvanu koga je smatrala za legitimnog predstavnika Kine, i koji je kao takav i djelovao u OUN. Danas, slični razlozi onemogućavaju uspostavljanje diplomatskih odnosa između Južne Osetije i Abhazije koji su unilateralno priznati samo od strane Ruske Federacije ili Turske Republike Sjeverni Kipar koja je priznata samo od Turske. Ovi slučajevi ukazuju na praksu iregularnog diplomatskog opštenja. Pored nevedenog, veliki broj evropskih regija ili federalnih jedinica u ovom vijeku pa i ranije, imao je uspostavljene iregularne oblike diplomatskog opštenja<sup>11</sup>. Ovakvu praksu prihvatila je i Republika Srpska o čemu će više riječi biti nešto kasnije.

Postoji više klasifikacija iregularnih diplomatskih kanala. Profesor Bartoš navodi sljedeće primjere<sup>12</sup>: ako država imenovanja otvori stalnu diplomatsku misiju u jednoj zemlji, a šef misije sa sjedištem u toj istoj bude akreditovan u više drugih zemalja; ako su obje zemlje saglasne da imaju uspostavljene diplomatske odnose, a nemaju otvorene ambasade već diplomatske odnose održavaju preko drugih utvrđenih diplomatskih kanala; ako je ratno stanje formalno još na snazi iako je mirnodopski period davno uspostavljen, pa se u skladu sa tim odvijaju diplomatski odnosi putem političkih predstavništava; ako su između dvije zemlje uspostavljeni diplomatski odnosi ali nema otvorenih ambasada već se isti održavaju samo preko jednog ili više otvorenih konzulata u obje zemlje; u slučaju da jedna zemlja priznaje drugu *de facto* ali je ne priznaje *de iure*; u slučaju da obje zemlje ne priznaju jedna drugu *de iure*, ali ipak održavaju međusobne diplomatske odnose koje ustanove, a koje ni jedna ni druga ne smatraju za redovne diplomatske misije i sl.

---

<sup>9</sup> M. Bartoš, *Međunarodno javno pravo*, Knjiga II, JIP Kultura, Beograd, 1956, str. 526.

<sup>10</sup> G. Booth, D. Pakenham, *Satow's guide to diplomatic practice*, fifth edition Longman, London-New York, 1979, p. 151-156.

<sup>11</sup> Takvom praksom žele zaštititi svoje prije svega ekonomske interese, prvenstveno kroz pojačanu prezentaciju svojih prednosti u oblastima, kao što su poljoprivreda, turizam, industrija, trgovina i sl.

<sup>12</sup> M. Bartoš, *Međunarodno javno pravo*, Knjiga II, op.cit, str. 527-530.

U ovom radu analiziraćemo četiri najznačajnije vrste iregularnog diplomatskog opšenja, i to: silu zaštitnicu u diplomatskom pravu, sekciju za zaštitu interesa kao specifičan oblik djelovanja sile zaštitnice, konzularne misije i predstavništva.

Pored toga, ukazaćemo i na ulogu koju imaju pseudodiplomatske (paradiplomatske) aktivnosti, kao i na njihove sličnosti i razlike sa iregularnim i regularnim diplomatskim oblicima

### POJAM SILE ZAŠTITNICE

Definisanje sile zaštitnice nalazimo, kako u međunarodnom ratnom i humanitarnom tako i u diplomatsko-konzularnom pravu. U međunarodnom humanitarnom i ratnom pravu ovaj pojam obuhvata širi obim poslova od uloge sile zaštitnice u diplomatskom pravu. Sistem sile zaštitnice postao je integralan i obavezan dio implementacije ženevskih konvencija. Njen status je određen samom suštinom ovih konvencija za čije je sprovođenje zadužena sama sila zaštitnica.<sup>13</sup>

### SILA ZAŠTITNICA U MEĐUNARODNOM HUMANITARNOM I RATNOM PRAVU

Interesantno pojašnjenje ovog pojma u međunarodnom humanitarnom pravu dato je i članu 8. I Ženevske konvencije<sup>14</sup> kojom je utvrđeno da će se odredbe konvencija primjenjivati u sudjelovanju pod nadzorom sile zaštitnice čija je dužnost da štite interese strana u sukobu. U tom cilju sile zaštitnice će moći, pored svog diplomatskog ili konzularnog osoblja, da imenuju delegate među svojim sopstvenim državljanima ili među državljanima drugih neutralnih sila. Za te delegate se mora dobiti odobrenje Sile kod koje oni obavljaju svoju misiju.

Dakle, za razliku od ovog pojma u diplomatskom pravu<sup>15</sup>, ovdje je težište i na drugim pitanjima. Ta pitanja prevenstveno obuhvataju: organizovanje pregovora između zaraćenih strana, rad na uspostavljanju prekinutih diplomatskih

---

<sup>13</sup> F.Kalshoven, Y. Sandoz, P.MacAlister-Smith, B.Zimmerman, *Implementation of international humanitarian Law, research papers I*, [<sup>14</sup> I ženevska konvencija o položaju ranjenika i bolesnika u oružanim sukobima u ratu, od 12. avgusta 1949. godine "Službeni list FNRJ" br.24/50.](https://books.google.ba/books?id=dM07Glkc7_IC&pg=PA386&lpg=PA386&dq=Protecting+power+%2B+humanitarian+law&source=bl&ots=DKuMap3d9Z&sig=7cgeVINfADlyhbdM3RIYKJPK1Qs&hl=sr&sa=X&ei=qIUeVceKDMuzUfPtg5gC&ved=0CBsQ6AEwADgK#v=onepage&q=Protecting%20power%20%2B%20humanitarian%20law&f=falsep.09.04.2015.p1.</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>15</sup> Koji se koristi da označi npr. preuzimanje vršenja diplomatskih poslova od strane treće države između dvije države koje nemaju uspostavljene diplomatske odnose.

odnosa, brigu za poštovanje pravila međunarodnog humanitarnog i ratnog prava kao i konkretni rad na obezbjeđivanju zaštitnih objekata definisanih ovim i drugim ženevskim konvencijama. Da bi se ovi poslovi mogli nesmetano obavljati, država koja preuzima ovu obavezu mora biti statusno neutralna. Pod tim se podrazumijeva da se te države ponašaju sasvim nepristrasno u odnosu na zaraćene strane što znači da ni na koji način ne smiju da pomažu ratni napor jedne učesnice u sukobu a da iste usluge odriču drugoj učesnici.<sup>16</sup>

Komparativna iskustva pokazuju da najdužu tradiciju obavljanja poslova sile zaštitnice ima Švajcarska. U odnosu na njeno djelovanje može se zaključiti da su tradicionalne dobre usluge (kako se nazivaju mandati u svojstvu sile zaštitnice), arbitraže, dobre usluge u užem smislu, brojčano smanjene da im je umanjen značaj od 1945. godine, dok su u isto vrijeme međunarodni mandati i novi pristupi međunarodnim konfliktima postali mnogo relevantniji. Uloga Švajcarske danas kao aktivnog činioca u multilateralnim misijama i posredovanju postala je moguća samo u slučaju reinterpretacije neutralnosti koja uključuje aktivnu politiku održavanja mira.<sup>17</sup>

Švajcarska ima dugu istoriju radeći kao sila zaštitnica u mnogim konfliktima, iako su se ovog statusa prihvatale i druge zemlje kao što je Španija<sup>18</sup>. Tako je za vrijeme Francusko-pruskog rata 1870-1871. godine Španija predstavljala interese Kraljevine Bavarske i Velikog Vojvodstva Baden u Francuskoj<sup>19</sup>. Tokom istorije bilo je i slučajeva u kojima je jedna ista zemlja zastupala obje zaraćene strane kao što je to činila SAD u ime Kine i Japana za vrijeme rata između ove dvije zemlje od 1894. do 1895. godine<sup>20</sup>. Iako je u toku Prvog svjetskog rata bilo slučajeva u kojima su na ovim zadacima angažovane i druge evropske zemlje kao što su Španija, Holandijai SAD, početkom Drugog svjetskog rata situacija se ponovo mijenjala.

---

<sup>16</sup> V. Dimitrijević, O. Račić, V. Đerić, T. Popić, V. Petrović, S. Obradović, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beograd, 2007, str. 342.

<sup>17</sup> T. Fisher, *A Switzerland's good offices: a changing concept 1945-2002*, <http://e-collection.library.ethz.ch/eserv/eth:25944/eth-25944-01.pdf>, 08.04.2015. p. 4.

<sup>18</sup> U toku Prvog svjetskog rata Španija je preuzela mnogo veće obaveze u svojstvu sile zaštitnice od Švajcarske. U toku Drugog svjetskog rata, situacija se mijenja. Španija koja je bila oslonjena na sile Osovine i Holandijakuju su okupirali nacisti, nisu bile sposobne da budu sile zaštitnice i umjesto njih Švajcarska.

<sup>19</sup> Sjevernonjemačka konfederacija koristila SAD kao silu zaštitnicu u toku ovog perioda.

<sup>20</sup> Army lawyer s lifo, Provides varied work, Cornel Law forum, American journal of international law, No. 374. 1961. at. 2., *Prisoners of war and the protecting power*, <https://www.usnwc.edu/getattachment/3264c3d1-de9f-4e0f-b634-cc2adbc88692/Prisoners-of-War-and-the-Protecting-Power.aspx>. 09.04.2015. p. 1.

Tako je Švajcarska preuzela ulogu predstavnika mnogih okupiranih zemalja. U tom vremenu Švajcarska<sup>21</sup> je predstavljala 35 okupiranih zemalja u glavnim gradovima neprijateljskih zemalja uključujući, istovremeno, i glavne gradove sila Osovine i Saveznika.<sup>22</sup> Od završetka Drugog svjetskog rata Švajcarskoj je dodijeljena uloga sile zaštitnice 67 puta u kriznim situacijama.

U okviru postojećih mandata Švajcarska u novije vrijeme ona je to činila u šest slučajeva, i to: štitila interese Kube i SAD djelovanjem svojih predstavništava u Vašingtonu i Havani (dok nije došlo do uspostavljanja redovnih diplomatskih odnosa ove godine), zatim je štitila interese SAD u Iranu, predstavljala Iran u Egiptu i Rusiju i Gruziju u svojim predstavništvima u Moskvi i Tbilisiju<sup>23</sup>. Pored Švajcarske i druge zemlje kao i organizacije, kao što je Međunarodni komitet Crvenog Krsta, sporadično su preuzimale ulogu sile zaštitnice u slučaju prekida ili neuspostavljanja diplomatskih odnosa između dvije ili više zemalja<sup>24</sup>.

Na osnovu prethodne analize, moguće je zaključiti da su sile zaštitnice opšeprihvaćena institucija međunarodnog prava. One su dakle subjekat međunarodnih sporazuma čije su potpisnice većina zemalja.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Švajcarci su uspijevali da pokrivaju različite oblasti između suprotstavljenih zemalja, uključujući razmjenu ratnih zatvorenika, staranje o Rudolfu Hesu nakon njegovog dolaska u Škotsku i prihvatanje bezuslovne kapitulacije Japana.

<sup>22</sup> D.Trachsler. *Representing foreign interest, rebirth of Swiss tradition* ?<http://www.css.ethz.ch/publications/pdfs/CSS-Analysis-108-EN.pdf>, 08.04.2015. pp. 1-3.

<sup>23</sup> M. Kreća, *Međunarodno pravo predstavljanja (Diplomatsko i konzularno pravo)*, op. cit., str. 141.

<sup>24</sup> Druge zemlje su takođe obavljale ulogu sile zaštitnica, i to: Turska u ime SAD u Libiji tokom vojne intervencije 2011. godine, Švedska u ime SAD, Kanade i drugih Zapadnih zemalja u Sjevernoj Koreji u oblasti konzularnih poslova, Švedska u ime Velike Britanije u Iranu za vrijeme prekida diplomatskih odnosa, a kao uzrok sprovedene Islamske revolucije, Pakistan u ime Irana u SAD, Holandija u ime Portugala u Indoneziji, dok je Tajland štitio interese Indonezije Portugalu za vrijeme prekida diplomatskih odnosa 1999. godine, za vrijeme Indonezijske okupacije Istočnog Timora 1975. godine, Portugal je štitio interese Indonezije, 2006. Belgija je štitila interese SAD u Libiji za vrijeme prekida diplomatskih odnosa, tokom 1973. godine, Kanada je bila sila zaštitnica Izraelskih interesa na Kubi, Italija je štitila interese Velike Britaniji u Libiji 1974. godine, Saudijska Arabija je u istom periodu štitila interese Libije u Velikoj Britaniji, za vrijeme Zalivskog rata Jordan je štitio interese Iraku u Velikoj Britaniji, a Poljska interese SAD u Iraku itd.

<sup>25</sup> . *Army lawyer s lifo, Provides varied work, Cornel Law forum, American journal of international law*, No.374. 1961. at.2., *Prisoners of war and the protecting power*, <https://www.usnwc.edu/getattachment/3264c3d1-de9f-4e0f-b634-cc2adbc88692/Prisoners-of-War-and-the-Protecting-Power.aspx>. 09.04.2015. p. 52.

## SILA ZAŠTITNICA U DIPLOMATSKOM PRAVU

Prve pojavne oblike sile zaštitnice kao načina iregularnog diplomatskog opštenja nalazimo u ispoljenoj brizi francuskih kraljeva i ruskih careva za hrišćane u Otomanskom carstvu počevši od XVI, a posebno u XVIII vijeku. U XIX vijeku je potreba za diplomatskom zaštitom sa jedne strane bila povećana prvenstveno usled velikog razvoja trgovine i saobraćaja (putovanja) i, s druge strane, rastuće tendencije protjerivanja konzula iz neprijateljskih zemalja u slučaju izbijanja rata.<sup>26</sup> U odnosu na šire definisanje pojma i uloge sile zaštitnice u humanitarnom pravu, u diplomatskom pravu postoji preciznije određenje njene uloge. Kako smo i ranije istakli, prekid diplomatskih odnosa samo je jedan od pojavnih oblika iregularne diplomatije oličene u sili zaštitnici te nije bitno određenje samog pojma kao što je to u najvećem broju slučajeva sa djelovanjem sile zaštitnice u humanitarnom pravu.

Potrebno je istaći da silu zaštitnicu definišu mnogi autori oslanjajući se posebno na karakter poslova koji se obavljaju. Kao osnovnu argumentaciju profesor Kreća ističe da je sila zaštitnica u diplomatskom pravu ona država koja zastupa interese druge države (država A) i njenih državljana u trećoj državi (državi B). Pri tom prof. Kreća navodi da sila zaštitnica vrši, u stvari, diplomatske funkcije u državi B u ime i za račun države A a ponekad se i same aktivnosti sile zaštitnice nazivaju i davanjem "dobrih usluga" (*good offices*).<sup>27</sup> Tome u prilog navodimo stav naveden u čl. 45 i 46. Bečkomkonvencijom o diplomatskim odnosima<sup>28</sup> utvrđen je pravni osnov za djelovanje sile zaštitnice u oblasti diplomatsko – konzularnih poslova. U slučaju prekida diplomatskih odnosa između dvije države, ili ako je neka misija konačno ili privremeno opozvana: država kod koje se akredituje dužna je, čak i u slučaju oružanog sukoba, poštovati i štititi prostorije misije, kao i njenu imovinu i arhivu; država koja akredituje može povjeriti na čuvanje prostorije misije sa imovinom koja se u njima nalazi, kao i arhivu, nekoj trećoj državi koju prihvata i država prijema; država koja akredituje može povjeriti zaštitu svojih interesa i interesa svojih državljana nekoj trećoj državi koju prihvata i država kod koje se akredituje.

Ukazujemo na poseban značaj odredbe člana 46. ove konvencije i to da država- sila zaštitnica može preuzeti privremenu zaštitu interesa treće države i nje-

---

<sup>26</sup> I. Perić, *Nekonvencionalana diplomatija- sekcija za zaštitu interesa*, seminarski rad, Akademija za politiku i bezbjednost, Beograd, 2009, str. 3.

<sup>27</sup> M. Kreća, *Međunarodno pravo predstavljanja (Diplomatsko i konzularno pravo)*, op. cit., str. 139-142.

<sup>28</sup> "Službeni list SFRJ", br. 2/64

nih državljana samo uz prethodno pribavljenu saglasnost države prijema. Zbog složenosti odvijanja diplomatskih odnosa, kao i potrebe prilagođavanja situacijama, u praksi od druge polovine XX vijeka nailazimo na novi specifičan organizacioni oblik sile zaštitnice, a to je sekcija za zaštitu interesa.

#### SEKCIJA ZA ZAŠTITU INTERESA

Istorijske korijene sekcije za zaštitu interesa mogu se pratiti od tridesetih godina XIX vijeka kada je britanski ambasador Kaning nakon bitke kod Navarina 1827. godine, zaštitu britanskih interesa u Carigradu povjerio Holandiji. Kasnije sekcije za zaštitu interesa mogu se pratiti kroz trajanje krize u različitim dijelovima svijeta, kao i činjenicu da je, u ne malom broju slučajeva, dolazilo do prekida diplomatskih odnosa bilo kao rezultat prethodno pomenutih kriza ili kao rezultat političkih suprotstavljanja.

Tako je Egipat nakon prekida diplomatskih odnosa sa Zapadnim zemljama u drugoj polovini XX vijekapovodom uspostavljanja diplomatskih odnosa sa Izraelom uspostavio više sekcija za zaštitu interesa u ovim zemljama. Italija je štitila interese Kanade u Iranu u 2012. za vrijeme suspenzije diplomatskih odnosa između ove dvije zemlje. Sekciju za zaštitu interesa je potrebno razlikovati od prethodno obrađene sile zaštitnice.

Nekoliko relevantnih razlika postoji između ove prakse i standardne ustavne sile zaštitnice. Profesor Kreća ističe da se te razlike mogu ogledati u sljedećem: zaštita interesa državljana druge države ograničena je vrstom poslova, država na čijoj se teritoriji štite interesi državljana druge države ne mora dati svoj pristanak na ovakvu vrstu zaštite i nepostojanje diplomatskih i konzularnih odnosa između dvije države nije uslov za ustanovljenje ovakvog oblika zaštite<sup>29</sup>.

Sekciju za zaštitu interesa možemo definisati kao grupu diplomata državeodašiljanja čiji se interesi štite, koji deluju pod pravnim okriljem sile zaštitnicei to u okviru njenog diplomatskog predstavništva ili u svojim sopstvenim"diplomatskim prostorijama".Ono što je bitno naglasiti kao dodatak ovoj definicijisu i činjenice:da se radi o prekidu diplomatskih odnosa između države odašiljanja i države prijema i da se zahtijeva postojanje trilateralnog sporazum između navedenih država i države na čijoj se teritoriji nalazi ambasada države prijema, da se mora tražiti agreman za svakog člana sekcije za zaštitu interesa ukoliko nastavljaju da djeluju u svojoj ambasadi.

Sekcije za zaštitu interesa nazivaju se još i "male ambasade"i u dosadašnjoj diplomatskoj praksi najčešće su korišćene ili u slučaju uspostavljanja prvih kora-

---

<sup>29</sup> M. Kreća, *Međunarodno pravo predstavljanja (Diplomatsko i konzularno pravo)*, op. cit., str. 141.

ka u diplomatskim odnosima između dvije zemlje nakon njihovih prekida ili u suprotnom pravcu kada se odnosi dvije zemlje narušavaju pa se smanjuje i njihov obim redovnih diplomatskih odnosa. Njihovo funkcionisanje i pored pozitivne uloge koju imaju i kroz minimum održavanja diplomatskih veza između dvije države, ipak nije lišen i nedostataka. Naime, iako imaju kao diplomatski agenti isti stepen privilegija i imuniteta u mnogo češćem slučaju, imajući na umu prilike u kojima djeluju, oni se proglašavaju se za *personae non gratae*.

Bez obzira na sve navedeno, a u odnosu na institut sile zaštitnice, iako u smanjenom broju, u sekciji za zaštitu interesa diplomatepredstavljaju ipak svoju državu i njihov stepen požrtvovanosti i motivacije ne može se porediti sa silom zaštitnicom koja nerijetko za iste poslove traži određenu vrstu ustupaka za svoju državu ili svoje građane. Sekcije za zaštitu interesa, iako nisu ambasade u pravom smislu riječi, ostaju najkorisnije sredstvo za očuvanje ili iniciranje bilateralnih diplomatskih aktivnosti u okolnostima kada između relevantnih zemalja ne postoje diplomatski odnosi<sup>30</sup>.

#### KONZULARNE MISIJE

Konzularne misije kao specifičan oblik iregularnog diplomatskog opštenja mogu u određenoj mjeri da nadomjeste nedostatak postojanja ambasada. Praksa njihovog otvranja prisutna je u odnosima između zemalja koje se ne priznaju istovremeno ili u situacijama u kojima jedna zemlja ne priznaje drugu kao nezavisnu državu. Takvi slučajevi u praksi bili su prisutni za vrijeme diktature u Španiji kada određene zemlje nisu priznavale vladu generala Franka, ali su održavale konzularne odnose sa njom, u slučajevima specifičnih odnosa sa Palestinskom samoupravom, u slučajevimavezanim za Čile za vrijeme diktaure Pinočea ili za vrijeme trajanje vijetnamskog rata i različite prakse održavanja odnosa sa Sjevernim i Južnim Vijetnamom.

Mogućnost uspješnijeg rada konzularne misije u odnosu na djelovanje sile zaštitnice ili sekcije za zaštitu interesa možemo posmatarti kroz dva faktora:

- da su službenici konzularne misije državni službenici države imenovanja i na taj način svakako motivisaniji da u što većoj mjeri zaštite interese svoje države,
- da je u jednoj ličnosti moguća kumulacija diplomatskih i konzularnih funkcija što svakako olakšava obavljanje povjerenih poslova, kao što su zaštita interesa fizičkih i pravnih lica svoje države u državi imenovanja.

---

<sup>30</sup> I. Perić, *Nekonvencionalana diplomatija- sekcija za zaštitu interesa*, seminarski rad, Akademija za politiku i bezbjednost, Beograd, 2009, str. 7.

Ipak, niži stepen posjedovanja privilegija i imuniteta konzularnih funkcionera značajno opterećuje njihov rad. Razlog za ovakvu činjenicu treba tražiti u pravnom osnovu privilegija i imuniteta konzularnih predstavnika<sup>31</sup> koji se odnose samo za poslove obavljene za vrijeme funkcije na koju su imenovani, što je znatno ograničenje u odnosu na privilegije i imunitete koji posjeduju lica na najvišim funkcijama u drugim diplomatskim predstavništvima. S toga, položaj i imunitete, kako navodi prof. Zurek, moguće je ojačati unošenjem klauzule najpovlašćenije nacije<sup>32</sup> u konzularne konvencije, kao i nastavkom prakse otvaranja konzularnih odjeljenja pri diplomatskim predstavništvima, kumulirajući na taj način u radu jednog diplomate i diplomatske i konzularne poslove.

#### PSEUDODIPLOMATIJA (PARADIPLOMATIJA)

Pored iregularnih oblika diplomatskog opštenja u ovoj oblasti diplomatskog prava veoma često se pominju pseudodiplomatski oblici. Pojedni autori nazivaju ih i paradiplomatskim aktivnostima (Mitić-Đorđević). Većina teoretičara zastupa stanovište da pseudodiplomatske aktivnosti predstavljaju u suštini olakšanje za rad na diplomatskom polju i saradnji koja se odvija između određenih država.

Ove aktivnosti, kao dopunske (pored redovne diplomatije), odvijaju se najčešće u slučaju poremećenih, zaoštrenih odnosa između dvije države. Sve to uslovljava da one značajno modifikuju svoj način djelovanja i formu svog angažovanja u tim državama prijema. Postoji više primjera u dosadašnjoj diplomatskoj praksi koji govore o ovakvom djelovanju. Jedan od najmarkantnijih primjera je situacija kada je intenzitet odnosa između Španije i Jugoslavije dostigao takav nivo i obim da se njihovo odvijanje nije moglo zamisliti bez neke vrste institucionalizacije, a zbog političkih prilika to nije bilo moguće putem redovnih diplomatskih odnosa.

Profesor Bartoš sistematizuje ove specifične ustanove koje vrše pseudodiplomatske aktivnosti u nekoliko grupa: saobraćajni, carinski i policijski organi granične države na graničnim željezničkim stanicama, dopisnici zvaničnih agencija, turistički biro, saobraćajne agencije, kulturni instituti, inostrane trgovinske komore i njihova predstavništva.

#### PREDSTAVNIŠTVA

Prakse otvaranja neformalnih diplomatskih misija, kako se često nazivaju drugačijim imenom predstavništva, dugo su prisutne u diplomatiji. Ovom načinu

<sup>31</sup> J. Andrašić, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1971. str. 275-284.

<sup>32</sup> Vidi: J. Zourek, *Consular inter course and immunities*, YILC, 1957. II, pp. 97-98.



diplomatske aktivnosti najčešće su pribjegavale nepriznate države ili regioni i entiteti koji su u okviru postojećih složenih država bili nezadovoljni radom organa za održavanje međunarodnih odnosa u smislu djelovanja na promociji njihovih političkih stavova te ekonomskih i komparativnih prednosti. U praksi veliki broj ekonomski jakih regiona se odlučuje za ovakv vid diplomatskog opštenja jer smatraju da od strane centralnih organa vlasti nisu ili ne mogu biti dovoljno predstavljeni njihovi ekonomski i drugi potencijali.

U prilog tome govori i praksa da su predstavništava otvorili: Tajvan u 108 zemalja<sup>33</sup>, Turska Republika Sjeverni Kipar u 23 zemlje<sup>34</sup>, Katalonija u 7 zemalja<sup>35</sup>, Republika Srpska u 8 zemalja. Od generalnih karakteristika u radu predstavništva mogu se navesti da: imaju veći stepen formalnosti, agresivniji nastup u promociji interesa svojih republika, kao i to da lica koja su angažovana u njima imaju po pravilu određeni stepen privilegija i imununiteta, kao i to da nisu prihvaćeni za članove diplomatskog kora.

#### PREDSTAVNIŠTVA REPUBLIKE SRPSKE

Predstavništva u Republici Srpskoj osniva Vlada Republike Srpske na osnovu Zakona o Vladi ("Službeni glasnik Republike Srpske" br. 118/08) i Uredbe o uslovima za formiranje i rad predstavništava Republike Srpske u inostranstvu ("Službeni glasnik Republike Srpske" br. 45/08 i 68/10).

Uredbom je precizirano da su predstavništva Republike Srpske neprofitne organizacije koje osniva Vlada Republike Srpske radi obavljanja poslova od interesa za Republiku Srpsku. Osnivanje predstavništava potrebno je posmatrati u kontekstu činjenice da je na osnovu Ustava BiH spoljna politika u nadležnosti institucija BiH, imajuću u vidu i to i da se ona kao takva godinama ne odvija u interesu i za potrebe promocije i interesa Republike Srpske. S toga je opravdana potreba promocije interesa Republike Srpske putem osnivanja ovih predstavništava sa sljedeći zadacima: razvoj i unapređenje saradnje sa privrednim subjektima zemlje prijema, promocija privrednih potencijala Republike Srpske i podsticanje ulaganja u njenu privredu, prezentacija kulturne baštine i savremenog kulturnog stvaralaštva Republike Srpske i sl.

Zavisno od postavljenih zadataka kao mogućnosti realizacije istih u državi prijema određuje se i broj osoblja predstavništva. Pored navedenog njihov stalni zadatak, u mjeri u kojoj je to moguće, je i saradnja sa diplomatskim i konzular-

---

<sup>33</sup> <http://www.taiwanembassy.org/dept.asp?mp=1&codemeta=locationIDE>, 9.4.2015.

<sup>34</sup> <http://mfa.gov.ct.tr/consular-info/missions-abroad/>, 9.4.2015.

<sup>35</sup> [http://afersexteriors.gencat.cat/en/representacioa\\_lexterior/index.html](http://afersexteriors.gencat.cat/en/representacioa_lexterior/index.html), 9.4.2015.

nim predstavništvima BiH, o čemu se posebno stara šef predstavništva. Njega na osnovu člana 80. Ustava Republike Srpske postavlja predsjednik Republike Srpske na period od četiri godine, a na prijedlog Vlade Republike Srpske.

Koordinacionu ulogu u radu predstavništava Republike Srpske ima Ministarstvo za ekonomske odnose i regionalnu saradnju Vlade Republike Srpske. Šef predstavništva za svoj rad, kao i rad predstavništva, odgovara ministru za ekonomske odnose i regionalnu saradnju, Vladi i predsjedniku Republike Srpske. Godišnjim izvještajem o aktivnostima Republike Srpske u oblasti regionalne i institucionalne saradnje Ministarstvo za ekonomske odnose i regionalnu saradnju analizira rad i opravdanost postojanja predstavništava Republike Srpske.

#### AKTIVNOSTI PREDSTAVNIŠTAVA NA UNAPREĐENJU MEĐUNARODNE SARADNJE REPUBLIKE SRPSKE

Na osnovu Informacije o aktivnostima Republike Srpske u oblasti regionalne i institucionalne saradnje u 2015. godini, koju je Vlada Republike Srpske uputila Narodnoj skupštini Republike Srpske na usvajanje, mogu se uočiti aktivnosti u oblasti međunarodnih odnosa na kojima su direktno bili angažovana unutrašnji organi kao i predstavništva Republike Srpske.

Svih osam predstavništava Republike Srpske u: Republici Srbiji, Ruskoj Federaciji, Kraljevini Belgiji, SR Njemačkoj, Republici Austriji, Izraelu, Republici Grčkoj i Sjedinjenim Američkim Državama, u okviru utvrđenih nadležnosti, maksimalno su angažovala svoje kapacitete u funkciji što boljeg predstavljanja i pozicioniranja Republike Srpske u državama njihovog sjedišta kroz promovisanje njenih privrednih potencijala, podsticanje ulaganja u njenu privredu, te preduzimanjem velikog broja aktivnosti u cilju jačanja drugih vidova saradnje od interesa za Republiku Srpsku.

Pored redovnih aktivnosti vidljiv je bio angažman predstavništava i među regionalnim inicijativama u kojima je BiH članica, od kojih se posebno mogu navesti: Centralnoevropska inicijativa (CEI), Proces saradnje u Jugoistočnoj Evropi, Savjet za regionalnu saradnju (RCC), Centar za provođenje zakona u Jugoistočnoj Evropi (SELEC), Inicijativa za pripravnost i prevenciju katastrofa (DPPI), Jadransko-jonska inicijativa, Regionalna inicijativa o migracijama, azilu i povratku izbjeglica, Inicijativa za saradnju u Jugoistočnoj Evropi, Unija za Mediteran, Međunarodna komisija za sliv rijeke Save i Strategija EU za region Dunava.

Posebno tokom protekle dvije godine, nastavljene su i aktivnosti usmjerene na razvoj saradnje sa ambasadama i institucijama drugih država. Jedan od vidova te saradnje, ogleda se kroz učešće predstavnika Republike Srpske na međunarodnim obukama i seminarima u inostranstvu, koje se realizuje u saradnji sa

Agencijom za međunarodnu razvojnu saradnju pri Ministarstvu inostranih poslova Izraela (MASHAV), Ambasdom NR Kine u BiH i drugima, a u cilju jačanja kapaciteta organa uprave Republike Srpske.

Pored navedenih aktivnosti, vrijedno pomena je da je u 2014. godini, nastavljeno jačanje regionalne saradnje, u okviru članstva Republike Srpske u Skupštini evropskih regija (AER – Assembly of European Regions), kao nezavisne asocijacije regija i najveće međuregionalne mreže saradnje u Evropi.<sup>36</sup>

Posebno je značajan rad predstavništva Republike Srpske u Beogradu koje je u skladu sa Sporazumom o uspostavljanju specijalnih paralelnih odnosa između Republike Srpske i Srbije<sup>37</sup>, posebno tokom 2014. i 2015. godine, nastavilo aktivnosti na jačanju institucionalne saradnje između Srpske i Srbije i to: kroz održavanje zajedničke sjednice dvije vlade, redovnih sastanaka predstavnika resornih ministarstava, republičkih uprava i republičkih upravnih organizacija, parlamentarnih odbora, radnih grupa i drugih tijela te saradnje na ostvarivanju zajedničkih prekograničnih i regionalnih projekata, kao i jačanja veza sa dijasporom.

Aktivnošću predstavništava Republike Srpske došlo je i do uključivanja drugih republičkih organa uprave u međunarodnu promociju Republike Srpske. Od navedenih najznačajnije aktivnosti su: Republika Srpska je postala članica Stalne radne grupe za regionalni ruralni razvoj (SWG RRD)<sup>38</sup> koja je osnovana na Forumu poljoprivredne politike održanom u Makedoniji i Srbiji 2005. godine.

Na osnovu toga Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede Republike Srpske je zastupljeno sa dva člana u Skupštini SWG, te je uključeno u aktivnosti koje se kontinuirano provode.

Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske je postalo ravnopravan član Asocijacije šefova policija jugoistočne Evrope (SEPCA), gdje je posebno u proteklom periodu nastavilo aktivnosti vezane za proces izrade Strategije SEPCA 2014 – 2017. godine.

---

<sup>36</sup> Kroz članstvo u Skupštini, njeni članovi mogu da razvijaju međusobnu saradnju, ojačaju solidarnost između regija širom Evrope i stupaju u zajedničke projekte. AER ima značajnu ulogu u promociji političkih, ekonomskih i kulturnih interesa regija u Evropi i zastupa svoje članove u procesu kreiranja evropskih politika, obezbjeđujući time da evropski zakoni odražavaju stvarne potrebe regija.

<sup>37</sup> Definisano članom 4. Ustava Republike Srpske.

<sup>38</sup> Stalna radna grupa za regionalni razvoj predstavlja platformu za umrežavanje i regionalnu saradnju zemalja Jugoistočne Evrope usmjerenu na evropske integracije, jačanje partnerstva radi definisanja Programa ruralnog razvoja i implementaciju mjera ruralnog razvoja u prepristupnom periodu, kao i jačanje održivog razvoja ruralnih područja u cilju smanjenja siromaštva, povećanja prihoda i poboljšanja kvaliteta života. U Stalnu radnu grupu su uključene institucije koje se bave ruralnim razvojem u zemljama Jugoistočne Evrope i to su, pored Republike Srpske, BiH i Srbija, Albanija, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, Rumunija, Kosovo\* i Slovenija.

Republički zavod za geološka istraživanja je na 36. sjednici Generalne skupštine evropskih geoloških zavoda (EuroGeo Surveys - EGS), u martu 2014. u Briselu, postao pridruženi član ovog udruženja.

Republička uprava za geodetske i imovinsko-pravne poslove je postala punopravna članica Evropske asocijacije geodetskih uprava (EUROGEOGRAPHICS), gdje je nastavila i u proteklom periodu posebnu pažnju usmjerila na praćenje i implementaciju međunarodnih standarda i dostignuća u ovoj oblasti.

Poreska uprava Republike Srpske je postala punopravna članica Intraevropske organizacije poreskih uprava (IOTA) uz zapažen rad u aktivnostima ove organizacije kroz predstavljanje novih autorskih rješenja u oblasti prikupljanja poreza.

Agencija za bezbjednost saobraćaja Republike Srpske postala je članica međunarodne organizacije za prevenciju saobraćajnih nezgoda "La Prévention Routière Internationale" (PRI).

Republički zavod za geološka istraživanja je na 36. sjednici Generalne skupštine evropskih geoloških zavoda EuroGeo Surveys (EGS), u martu 2014. u Briselu, postao pridruženi član ovog udruženja,

Agencija za državnu upravu Republike Srpske vrši koordinaciju sa Regionalnom školom za javnu upravu (ReSPA), čiji je cilj unapređenje regionalne saradnje zemalja Zapadnog Balkana na polju javne uprave, jačanja administrativnih kapaciteta i razvoja ljudskih resursa, u skladu sa principima Evropskog administrativnog prostora.

Sve navedene aktivnosti svakako ukazuju opravdanost postojanja predstavništava kao iregularnog oblika diplomatskog predstavljanja pogotovo u državama koje centralizacijom nastoje da umanje značaj ili sabotiraju promociju interesa svojih federalnih jedinica. U sličnoj situaciji se našla Republika Srpska koja u okviru BiH kao sui generis složene države, nije bila u mogućnosti da obezbijedi promociju svojih političkih stavova, privrednih potencijala i razvojnih mogućnosti kroz postojeću diplomatsko-konzularnu mrežu BiH.

MARKO K. AČIĆ  
PhD Candidate, Faculty of Law  
University of Belgrade

#### ATYPICAL FORMS OF DIPLOMATIC ACTIVITY

##### Summary

In relation to normal diplomatic relations we observe that nowadays in the world develop some atypical forms of diplomatic activity. The reasons for these diplomatic form phenomena

should look for in an increased degree of political disagreement, misunderstanding in priorities of central and non-central authorities, as well as political and other problems. An example of Switzerland shows that its status as a neutral country managed in the best way so far to present the performance of irregular functioning of diplomatic relations. Action by the irregular forms of diplomatic representation of a large number of regions, provinces, federal units or entities such as is the case with the Republic of Srpska fully justified expectations. In the case of the Republic of Srpska the reason to move forward with opening them was a reflection of the impossibility to define priorities in BiH foreign policy, which should provide promotion of its political, economic, cultural and other comparative advantages. For the above reasons the Republic of Srpska used comparative advantages by opening its representative offices and thereby considerably contributed to the inclusion in bilateral and multilateral activities.



## ZLOČINI IZ MRŽNJE I SISTEM ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

– Sa osvrtom na Savet Evrope i praksu Evropskog suda za ljudska prava

### U V O D

Nasilje počinjeno zbog nečije “različitosti” staro je koliko i ljudski rod. U savremenom svetu ovi se incidenti u većini zemalja dešavaju svakodnevno, s tim da imaju potencijal da prerastu u nasilje većeg obima ili poprimaju osobine širih sukoba u zajednici<sup>1</sup>. Pogrešno bi bilo tvrditi da se ova dela nisu kažnjavala i ranije kroz odredbe nacionalnih krivičnih zakonodavstava, posebno u zemljama gde su predstavljali širu bezbedonosnu opasnost.

Međutim, tek u poslednjih 30ak godina počinje da se izdvaja i u teoriji i u praksi pojam zločina iz mržnje (*hate crime*) odnosno nasilja uzrokovanog diskriminacijom (*bias crime*) kao “podgrupe” nasilja, što predstavlja rezultat kako pravnog tako i šireg društvenog interesa za ovu vrstu kriminaliteta. Osim pravnog, raste i kriminološko-sociološki interes za ova krivičnih dela, koji nastoji da rasvetli druge aspekte, sem pravnih, a koji se odnose na uzroke, učinoce ili žrtve kao i uopšte na potrebu izdvajanja ovih krivičnih dela iz korpusa krivičnih dela. Kod poslednjeg su prisutni oprečni stavovi. Naime, dok jedna grupa vidi zločine

---

Jelena Jokanović, savetnica na programu u Misiji OEBS u Srbiji. Stav izrečen u članku pripada autorki i ne predstavlja nužno zvaničan stav Misije OEBS u Srbiji.

<sup>1</sup> Navedeno u preambuli Odluke no 09-09 Decision No. 09/09 Tolerance and Non-Discrimination, <http://www.osce.org/cio/40695?download=true> (25.09.2016).

iz mržnje kao neophodni odgovor na dela sa pojačanom društvenom opasnošću<sup>2</sup>, dotle drugi vide opasnostu u uspostavljanju "hijerarhije u krivičnom pravu" kao i da samo raščlanjivanje jedinstvenog sistema kao što je krivično pravo može imati bumerang efekat i doprineti fragmentaciji društva.<sup>3</sup> Teorijski razvoj ovog koncepta pratio je i razvoj međunarodnog i nacionalnog pravnog regulatornog okvira kao i praksa međunarodnih ugovornih tela, a posebno je od značaja praksa Evropskog suda za ljudska prava koji je u svojim presudama uspostavio određene standarde i smernice za postupanje u ovakvim slučajevima. Na posletku razvijaju se dodatni mehanizmi u okvirima međunarodnih organizacija koji nastoje da se ova krivična dela posebno obeležavaju i kao takva evidentiraju i prate tokom čitavog postupka, ne bi li to doprinelo razumevanju trendova te stvaranju adekvatnih mehanizama za suzbijanje istih. Posebno je značajan sistem razvijen unutar Organizacije za evropu bezbednost i saradnju (OEBS) kojim se 57 zemalja učesnica obavezalo da dostavlja svake godine podatke o prijavljenim, istraženim i sankcionisanim delima koja se publikuju u okviru Godišnjeg izveštaja o zločinima iz mržnje (Annual Hate Crime Report).<sup>4</sup>

U ovom članku predstavimo osnovne elemente pojma zločina iz mržnje odnosno nasilja uzrokovanog diskriminacijom i međunarodno pravni okvir koji se odnosi na regulisanje krivičnih dela iz mržnje. Ovde ćemo se ograničiti na rešenja koja se odnose na zločine iz mržnje razvijena u okviru Saveta Evrope, kao najstarije i vodeće organizacije za zaštitu ljudskih prava u Evropi. U okviru istog posebno ćemo se osvrnuti na praksu Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa predstavkama koje se odnose na nasilje zasovano na diskriminaciji i kršenjem člana 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

#### DEFINISANJE ZLOČINA IZ MRŽNJE

Kada se govori o pojmu zločina iz mržnje, treba naglasiti da ne postoji opšte obavezujuća definicija zločina iz mržnje. Naime, pojam zločina iz mržnje nije sadržan ni u jednom međunarodnom instrumentu, a na definiciju se relativno retko nailazi i u nacionalnim zakonodavstvima.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Jeanine C. Cogan, Hate crime as a Crime Worth of Policy Attention, *American Behavioral Scientist*, 2002, 46:173, crp. 177.

<sup>3</sup> James. B. Jacobs and Kimberly Potter, *Hate Crimes Criminal Law & Identity Politics*, Oxford University Press, New York, 1998.

<sup>4</sup> Za više podataka o samom izveštaju na vebstranici [www.hatecrime.osce.org](http://www.hatecrime.osce.org) (24.09.2016).

<sup>5</sup> Zakonodavstvo Republike Hrvatske sadrži ovakvu definiciju. Naime, član 87 Kaznenog zakonika (*Narodne novine*, 125-11, 144-12, 56-15, 61-15) koji se odosi na značenje izraza u ovom zakonu, u stavu 21 definiše pojam zločina iz mržnje kao krivično delo učinjeno zbog rasne pripa-



Zločin iz mržnje je pojam koji obuhvata veliki broj krivičnih dela. Ono što ga izdvaja u odnosu na druga krivična dela jeste činjenica da je učinjen iz motiva predrasude, odnosno mržnje prema nekom ličnom svojstvu pojedinca koje je uglavnom deo grupnog identiteta. Definicija, koju je sadržana u jednom OEBS-ovom priručniku, definiše krivična dela učinjena iz mržnje kao krivična dela koja su učinjena uz motiv pristrasnosti<sup>6</sup>. Prema toj definiciji, zločini iz mržnje sadrže dva osnovna međusobno povezana elementa. Postojanje krivičnog dela, prema odredbama nacionalnog krivičnog prava, predstavlja nužan element koji mora postojati da bi postojalo i krivično delo učinjeno iz mržnje. Drugi element jeste razlog/motiv koji je naveo učinioaca na izvršenje dela. Motiv krivičnog dela iz mržnje jeste diskriminatoran; to je "pristrasnost" i to je ono što ova dela čini različitim u odnosu na druga dela. Naime, pristrasnost predstavlja razlog, jedini ili pretežni, zbog čega je učinilac učinio ovo krivično delo. Diskriminatorni motiv, odnosno mržnja, odnosi se na neku od zaštićenih individualnih osobina lica, pri čemu meta krivičnog dela može biti jedna ili više osoba ili imovina, koja je vezi sa grupom koja ima određenu zajedničku karakteristiku.<sup>7</sup>

Gore pomenuta definicija ne navodi koje će od mnogobrojnih individualnih karakteristika, odnosno ličnih svojstava, bili dodatno zaštićeno krivičnopравnom zaštitom. Međutim, uporednopravni prikaz pokazuje da se najčešće radi o znatno manjem broju ličnih svojstava nego što je to sadržano u recimo zakonima koji se odnose na zabranu diskriminacije.<sup>8</sup>

Bez obzira na to što žrtve ovih dela mogu biti svi, odnosno ne štiti se ni jedna grupa *per se* nego određena karakteristika, u praksi su najčešće pripadnici pojedinih grupa žrtve krivičnih dela iz mržnje. Koje će karakteristike biti zaštićene i koje će se grupe uglavnom naći u položaju žrtve zavisi od različitih pravnih, društvenih i istorijskih okolnosti u pojedinim državama.

---

snost, boje kože, veroispovest, nacionalnog ili etničkog porekla, invaliditet, pola, seksualno određena ili rodnog identiteta druge osobe. Takvo ponašanje uzeće se kao otežavajuća okolnost ukoliko Kaznenim zakonom nije izričito propisano teže kažnjavanje.

<sup>6</sup> Zakoni o krivičnim delima počinjenima iz mržnje: praktični vodič, Misija OSCE U BiH, Sarajevo, 2009, str. 12.

<sup>7</sup> Isto.

<sup>8</sup> U Srbiji je članom 54a Krivičnog zakonika propisano da "ako je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, tu okolnost sud će ceniti kao otežavajuću okolnost, osim ako ona nije propisana kao obeležje krivičnog dela."dok Zakon o zabrani diskriminacije taksativno navodi 25 ličnih svojstvo koje može biti osnov za diskriminaciju a zakonodavac tu listu ostavlja i otvorenu.

*Karakteristike zaštićene pojmom*

Svi zakoni koji se odnose na zločine iz mržnje apostrofiraju određene individualne karakteristike zajedničke za grupu. Rasa, etničko poreklo i veroispovest se nalaze u svim zakonima koji regulišu zločine iz mržnje, s tim što se pod veroispovešću obično smatra i ateizam.<sup>9</sup> Druge karakteristike koje su češće zastupljene su pol, uzrast, invaliditet i seksualna orijentacija.<sup>10</sup> Ređe su zastupljene individualne karakteristike poput obrazovanja, profesije, političke pripadnosti ili neke socijalne karakteristike kao što su pripadanje socijalnim ili podkulturnim grupama.<sup>11</sup> U svojim preporukama koje se odnose na izradu zakona koji se odnose na krivična dela iz mržnje ODIHR sugerise da prilikom pravnog regulisanja pitanja zločina iz mržnje osobine, koje su zaštićene definicijom zločina iz mržnje, treba određivati prema nekim kriterijumima.<sup>12</sup> Prvi kriterijum koji se preporuča se odnosi na stalnost, odnosno nepromenjivost ovih osobina. Trebalo bi da su u pitanju nepromenjive, odnosno temeljne karakteristike, koje su obeležje grupnog identiteta, pri čemu se izraz nepromenljiv ne može shvatiti bukvalno.

Naime, gotovo sve ove karakteristike su uslovno promenjive, ali se one ipak univerzalno prepoznaju kao postojana obeležja grupnog identiteta<sup>13</sup>. Sledeće, one treba da odražavaju trenutni i prošli društveni kontekst. Naime, potrebno je sagledati koje su to grupe u opasnosti i čiji su pripadnici i pripadnice češće nego drugi žrtve zločina iz mržnje. Prilikom odlučivanja, je neophodno je uzeti u obzir mišljenje stručne javnosti, kao i mišljenja udruženja i organizacija koje zastupaju prava ovih grupa. Karakteristika koji bi trebalo uključiti svakako su one koje ukazuju na postojanje jaza u društvu; one koje se tiču podela koje su duboko ukorenjene u istoriji i kulturi društva.<sup>14</sup>

Konačno, ne mogu se prenebregnuti praktične posledice inkriminisanja krivičnih dela iz mržnje, te se prilikom odabira uzimaju karakteristike koje su vid-

<sup>9</sup> Zakoni o krivičnim delima počinjenima iz mržnje:praktični vodič, Misija OSCE U BiH, Sarajevo, 2009, str. 12.

<sup>10</sup> 11 zemalja članica OEBSa imaju zakone o krivičnim delima počinjenima iz mržnje koji definišu seksualnu orijentaciju, 7 ima zakone koji se odnose na invaliditet i šest ima zakone koji se odnose na pol, "Zakoni o krivičnim delima počinjenima iz mržnje: praktični vodič" prevod pripremila i objavila Misija OSCE u BiH, 2009, str. 38.

<sup>11</sup> Zakon Floride koji reguliše zločine iz mržnje na primer prepoznaje beskućništvo kao karakteristiku koja je zaštićena.

<sup>12</sup> "Zakoni o krivičnim delima počinjenima iz mržnje: praktični vodič", *Op. cit.*, str. 40.

<sup>13</sup> Isto.

<sup>14</sup> Isto.

ljive odnosno prepoznatljive, jer bi “nevidljive” karakteristike teško bilo dokazati kao motiv krivičnog dela<sup>15</sup>.

Osim definicije koju daje ODIHR, zanimljiv je i koncept definisanja krivičnih dela iz mržnje koji je ponudio David Braks.<sup>16</sup> On, naime, smatra da se zločin iz mržnje može objasniti imajući u vidu sledeće elemente: motiv, nameru, diskriminaciju, simbolizam i efekat koji ovaj zločin izaziva. U tom smislu, zločin iz mržnje će biti krivično delo učinjeno zbog negativnog stava učinioca prema grupi sa kojom povezuje žrtvu. Sledeći element koji objašnjava zločin iz mržnje je namera, koja daje odgovor na pitanje šta je time htelo da se postigne; da se na primer stvori atmosfera straha među članovima grupe. Nadalje, ukoliko bismo zločine iz mržnje sagledali kroz koncept diskriminacije, oni bi se zapravo mogli svesti na diskriminaciju. Naime, više ne bi bilo važno zašto i sa kojom namerom se ova krivična dela čine, nego samo činjenica da je žrtva odabrana zbog njene pripadnosti nekoj grupi. Prema elementu simbolizma, krivična dela iz mržnje bi bila ona koja su ne samo uzrokovana mržnjom, nego koja tu mržnju i aktivno izražavaju. U tom smislu bi ova krivična dela bila usko povezana sa govorom mržnje (*hate speech*) i na kraju bi se krivična dela iz mržnje mogla definisati prema efektu koji imaju. On u svakom slučaju prevazilazi samo direktnu žrtvu i širi se na grupu kojoj žrtva pripada i na kraju, na samo društvo kroz slabljenje društvene kohezije.<sup>17</sup>

U praksi, najčešći motiv za izvršenje zločina iz mržnje jeste nacionalna, etnička ili rasna pripadnost ili kombinacija istih, verska pripadnost, seksualna orijentacija i rodni identitet. U svom pojavnom obliku, to su uglavnom krivična dela protiv života i tela; ubistvo, lake i teške telesne povrede i ugrožavanje bezbednosti. Kao što ćemo kasnije prikazati, praksa Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) ukazuje da je u ovakvim slučajevima najčešće motiv bio rasno odnosno etničko poreklo, pošto se najveći broj presuda koje se odnose na nasilje zasnovano na diskriminaciji odnosi na nasilje prema predstavnicima romske nacionalne manjine u različitim evropskim državama.

U tom smislu, postoji više presuda u vezi sa nasiljem nad Romima u državama istočne i jugoistočne Evrope. Pored predstavki koje se odnose na romsku nacionalnu manjinu, pred ESLJP se u poslednje vreme nalaze i slučajevi nasilja zasnovanog na seksualnoj orijentaciji<sup>18</sup>, dok je utvrđena odgovornost Republike

---

<sup>15</sup> Isto.

<sup>16</sup> David Brax “Hate crime concepts and their moral foundations” u “Jennifer Scheppe and Mark Walters” (ur.) *The Globalization of Hate Internationalizing Hate Crime?*, Oxford, 2016, pp. 49’64.

<sup>17</sup> Isto, str. 56.

<sup>18</sup> U slučajevima *Identoba and others v Georgia* (predstavka br 73235/12, presuda od 12/05/2015) i nedavnom slučaju *M.C. and A.C. v Rumunije* (predstavka br 12060-1, presuda od

Srbije za neistraživanje motiva u slučaju versko zasnovanog nasilja u slučaju *Milanović protiv Srbije*.<sup>19</sup>

## MEĐUNARODNO PRAVNI OKVIR SUZBIJANJA ZLOČINA IZ MRŽNJE

### *Pravni okvir ustanovljen u UN*

Među međunarodnim ugovorima iz oblasti ljudskih prava, ne postoji ni jedan koji za subjekt ima regulisanje zločina iz mržnje same. po sebi niti koji zločine iz mržnje pominje kao takve. Međutim, sve ove konvencije u sebi sadrže opštu klauzulu koja se odnosi na zabranu diskriminacije, a dve od njih predstavljaju specijalizovane ugovore iz oblasti diskriminacije.<sup>20</sup> Osim ove opšte antidiskriminacione klauzule, Konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije (KERD) posebno reguliše obavezu država da inkriminiše određene radnje, a koje su vezane za borbu protiv diskriminacije zasnovane na rasi. Pri tome je narelevantniji za kažnjavanje zločina iz mržnje član 4. KERD-a koji nameće obaveze državama da preduzmu trenutne i pozitivne mere. Nadalje ,stav a) zahteva da se inkriminiše "širenje ideja koje su zasnovane na rasnoj superiornosti ili mržnji, širenje rasne i diskriminacije kao i svi akti nasilja ili pozivanje na nasilje protiv neke rase ili grupe koja pripada drugoj rasi ili etničkog porekla."<sup>21</sup>

Komitet za eliminaciju rasne diskriminacije se u određenom broju svojih opštih preporuka, poziva na doslednu primenu člana 4.<sup>22</sup> Među njima je posebno relevantna za zločine iz mržnje opšta preporuka broj 31 koja se odnosi na funkcionisanje krivičnogpravnog sistema u sprečavanju rasne diskriminacije.<sup>23</sup> Ova preporuka u odeljku koji se odnosi na pravosudne indikatore, ohrabruje države da u

12/04/2016). gde je u oba slučaja nađeno kršenje člana 14, nasilje je bilo motivisano manjinskom seksualnom orijentacijom podnosioca predstavke.

<sup>19</sup> Case of *Milanović v. Serbia*, Application no 44614-07; na tekst presude dostupan na [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102252#{"itemid":\["001-102252"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102252#{) (25.09.2016).

<sup>20</sup> Ivana Krstić *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Pravosudna akademija, Beograd, 2012, str. 60.

<sup>21</sup> Što se tiče zemalja učesnica OEBSa od 57 njih 10 je dalo rezervu na ovaj član koje se odnose na govor s ciljem zaštite slobode izražavanja.

<sup>22</sup> CERD General Recommendation VII Relating to Implementaiton of the Article 4 Legisaltion to Eradicate Racial Discrimination, CERD General Recommendation No. 15 on Article 4 of the Convention, <http://tbinternet.ohchr.org> (25.09.2016).

<sup>23</sup> General Recommendation No. 31 on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system, [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7503&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7503&Lang=en) (25.09.2016)

svoja krivična zakonodavstva uvrste odredbu prema kojoj će rasni motiv u vršenju krivičnih dela predstavljati otežavajuću okolnost.<sup>24</sup>

### *Standardi uspostavljeni u Savetu Evrope*

Za borbu protiv zločina iz mržnje u okviru Saveta Evrope posebne su važne mere donete od strane Evropske komisije protiv rasizma i netolerancije (EKRI). EKRI je specijalizovano telo Saveta Evrope za nagledanje rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije u Evropi iz perspektive zaštite ljudskih prava<sup>25</sup>. Prema statutu, EKRI se bavi posmatranjem situacija u zemljama članicama, daje opšte preporuke za politike i vrši aktivnosti i razmenu informacija sa organizacijama civilnog društva.<sup>26</sup> U generalnim preporukama, EKRI preporučuje svim zemljama članicama i daje smernice kreatorima politika da ih koriste u stvaranju nacionalnih politika u različitim oblastima<sup>27</sup>. Kao posebno značajne u borbi protiv zločina iz mržnje možemo izdvojiti preporuke broj 7 i 11.

Preporuka br. 7 se odnosi na nacionalno zakonodavstvo za borbu protiv rasizma i rasne diskriminacije. Osim što ova preporuka traži od država da u svoja krivična zakonodavstva inkriminiše umišljajna krivična dela javnog pozivanja na nasilje, mržnju i diskriminacije, javne uvrede i klevete ili ugrožavanje bezbednosti lica ili grupe lica na osnovu njihove rase, boje, jezika, veroispovesti, nacionalnosti, nacionalnog ili etničkog porekla, ona traži i da za sva krivična dela rasistički motiv treba da predstavlja otežavajuću okolnost.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> General recommendation No.31 on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system, [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7503&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7503&Lang=en) (25.09.2016).

<sup>25</sup> Članovi EKRI su nezavisni i služe u ličnom kapacitetu, a imenovani na osnovu njihovog širokog poznavanja načina borbe protiv rasizma i netolerancije vidi [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/About/Res\(2002\)8%20amended%20-%20Statute%20ECRI%20-%20revised%20February%202014.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/About/Res(2002)8%20amended%20-%20Statute%20ECRI%20-%20revised%20February%202014.pdf) (25.09.2016).

<sup>26</sup> Isto.

<sup>27</sup> Do danas EKRI je usvojio 16 opštih preporuka koje se odnose na značajne oblasti nacionalnih zakonodavstava u borbi protiv rasizma i rasne diskriminacije, stvaranja nacionalnih specijalizovanih tela za borbu protiv rasizma i rasne diskriminacije, sprečavanju rasizma protiv Roma, borbi protiv islamofobije, borbi protiv rasizma na internetu, borbi protiv rasizma u okviru borbe protiv terorizma borbe protiv antisemitizma, rasizma i rasne diskriminacije kroz formalno obrazovanje, borbi protiv rasizma i rasne diskriminacije u okviru vršenja policijske službe, sporta i u oblasti zapošljavanja. Poslednje dve se odnose na govor mržnje i neregularne migrante U oblasti borbe protiv zločina iz mržnje posebne odredbe sadrže opšte preporuke br 1,2,3,5,6,7,8 i 9,11,13 i 15.

<sup>28</sup> General policy recommendation no 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination (2002). [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation\\_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf) (25.09.2016).

Preporuka br 11 se odnosi na borbu protiv rasizma i rasne diskriminacije u vršenju policijske službe.<sup>29</sup> Ova preporuka sadrži odredbe koje se odnose na različite aspekte vršenja policijske službe. U poglavlje koje se odnosi na ulogu policije u borbi protiv rasističkih prekršaja i nadgledanja rasnih incidenata preporučuje se policiji da detaljno istraži rasističke prekršaje, te da uzme u obzir rasističke motive kod običnih krivičnih dela.<sup>30</sup> U preporuci se traži i da se uspostavi sistem beleženja i nadgledanja rasističkih incidenata i broj ovih dela koji je od strane tužilaštava definisan kao rasistička krivična dela.<sup>31</sup> Preporuka isto tako govori o neophodnosti mera kojima bi se ohrabrile žrtve i svedoci rasističkih incidenata da iste prijave. Na posletku policija za svoje potrebe treba da usvoji široku definiciju rasističkog incidenta koji se za svrhu ove preporuke definiše kao "bilo koji incident koji se smatra za rasistički od strane žrtve ili neke druge osobe"<sup>32</sup>.

Značajna je veza između govora mržnje i zločina iz mržnje koju uspostavlja nedavno usvojena Preporuka broj 15.<sup>33</sup> Naime u ovoj se preporuci prepoznaje da korišćenje govora mržnje može biti usmereno da izazove, ili se može razumno očekivati da će imati takav efekat, koji će izazvati druge da čine akte nasilja, zastrašivanja, neprijateljstva ili diskriminacije prema onima na koje se taj govor odnosi i da je ovo posebno ozbiljan oblik takvog govora.<sup>34</sup>

Pored opštih preporuka vezano za zločine iz mržnje, posebno je važno izvodjiti preporuke koje EKRI daje pojedinim državama. Tako se, na primer, u svom drugom periodičnom izveštaju za Srbiju<sup>35</sup> navodi da je praksa sudova u vezi sa rasističkim zločinima problematična pošto ne postoje statistike i da je samo malo dela procesuirano, a i kada su procesirana kazne su uglavnom male koje se sastoje od veoma malih novčanih iznosa.<sup>36</sup> U istom izveštaju EKRI se osvrnuo na činjenicu da Krivični zakonik Srbije ne dozvoljava eksplicitno da rasistički motiv bude uzet od strane suda kao otežavajuća okolnost, mada je EKRI bio infor-

<sup>29</sup> ECRI General Policy Recommendation no11: Combating racism and racial discrimination in policing (2007), [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N11/e-RPG%2011%20-%20A4.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N11/e-RPG%2011%20-%20A4.pdf) (01.10.2016).

<sup>30</sup> Isto, odeljak III para.11.

<sup>31</sup> Isto

<sup>32</sup> Isto, odeljak III para. 14.

<sup>33</sup> General policy recommendation no 15 on combating hate speech (2015) [www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N15/REC-15-2016-015-ENG.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N15/REC-15-2016-015-ENG.pdf) (25.09.2016).

<sup>34</sup> Isto , str. 3.

<sup>35</sup> Izveštaj je usvojen 23. a objavljenog 31. marta 2011. godine, ceo izveštaj videti na <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Serbia/SRB-CbC-IV-2011-021-ENG.pdf> (25.09.2016).

<sup>36</sup> ECRI Report on Serbia (fourth monitoring cycle), CRI (2011)21 str. 8.

misan da sudovi sve više taj motiv uzimaju u obzir<sup>37</sup>. Ovo je docnijom izmenom Krivičnog zakonika iz 2012. godine i uvođenjem člana 54a u krivično zakonodavstvo otklonjeno. Nadalje, izveštaj navodi da je primena zakona selektivna, kako je navedeno u primeru antisemitskih incidenata gde su podnete krivične prijave, ali slučajevi nisu procesuirani.<sup>38</sup> U ovom izveštaju je EKRI dao tri preporuke za predstojeći period od kojih se jedna odnosila na pojačanu obuku za predstavnike pravosuđa o pitanjima rasizma i rasne diskriminacije, kako bi se obezbedila bolja praksa kažnjavanja ovakvih krivičnih dela.<sup>39</sup> U Izveštaju o zaključcima o sprovođenju preporuka koje se odnose na Srbiju, a koji su predmet izveštavanja o preduzetim merama, konstatuje se da bez obzira na preduzete obuke u saradnji sa međunarodnim organizacijama nije u potpunosti ispunjen specifični cilj koji se odnosi na poboljšanje prakse u vezi sa kažnjavanjem rasističkih dela.<sup>40</sup>

#### PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Kako je ranije navedeno, ESLJP je više puta imao prilike da odlučuje u slučajevima diskriminatornog nasilja, ali praksa je u ovoj oblasti neujednačena. Uopšteno gledano, podnosioci predstavke koji su se pozivali na kršenje člana 14, nalazili su da je do kršenja prava iz konvencije (najčešće članova 2 i 3) dolazilo zbog diskriminatornog osnova. To kršenje se manifestovalo na način da su državne vlasti zbog ličnih karakteristika žrtve propustile da adekvatno istraže slučaj, da su i sami predstavnici državih organa pokazali diskriminatorno ponašanje ili da su na kraju državne vlasti propustile da pruže zaštitu su slučajevima nasilja motivisanog ličnim karakteristikama.<sup>41</sup> U početku je ESLJP propuštao da nađe kršenje člana 14 koji zabranjuje diskriminaciju po bilo kom osnovu.

Jedan od slučajeva koji se našao pred ESLJP je slučaj *Anguelova protiv Bugarske*.<sup>42</sup> Ovde je podositeljka predstavke majka osobe koja je preminula u policijskoj stanici, noć nakon što je privedena. Medicinski nalaz je pokazao da je on

---

<sup>37</sup> ECRI Report on Serbia (fourth monitoring cycle), CRI (2011)21 str. 13. para 17.

<sup>38</sup> ECRI Report on Serbia (fourth monitoring cycle), CRI (2011)21 str. 23 para 77.

<sup>39</sup> ECRI Report on Serbia (fourth monitoring cycle), CRI (2011)21 str. 41.

<sup>40</sup> ECRI Conclusions on the Implementations of the Recommendations in respect of Serbia subject to interim follow up, uvojen 19. marta 2014. godine. Ceo izveštaj videti na <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Serbia/SER-IFU-IV-2014-024-ENG.pdf> (25.09.2016).

<sup>41</sup> Jasmina Mačkić "The European Court of Human Rights and Discriminatory Violence Complaints", u "Jennifer Scheppe and Mark Walters (ur.) *The Globalization of Hate Internationalizing Hate Crime?*, Oxford, 2016, pp. 232-246.

<sup>42</sup> *Anguelova v. Bulgaria*, predstavka br. 38361/97, presuda od 13/06/2002, teks presude dostupan na <http://www.errc.org/cms/upload/media/00/B9/m000000B9.doc>

umro zbog brojnih povreda glave, a majka je verovala da je smrt njenog sina i izostanak prave istrage rezultat rasne mržnje koja se manifestovala između ostalog i činjenicom da je u službenim izjavama on apostrofirao kao "Ciganin".<sup>43</sup>

U svojoj predstavi, Anguelova je ukazivala na kršenje člana 14 u vezi sa članom 2, ali ESLJP u svojoj presudi nije našao kršenje člana 14, navodeći da nije bio u mogućnosti da "donese zaključak kojim se dokazuje izvan razumne sumnje" da je nasilje bilo zasnovano na rasnoj osnovi.<sup>44</sup> Sudija Bonelo se nije složio sa nalazom suda da u ovom slučaju nije došlo do kršenja člana 14. On je naveo kao posebno uznemirujuće činjenice da u dotadašnjoj praksi dužoj od 50 godina Sud nije niti u jednom slučaju našao da je kršenje člana 2 (pravo na život) ili člana 3 (zabrana mučenja i nečovečnog ponašanja ili kažnjavanja) uzrokovano rasom, bojom ili mestom rođenja žrtve.<sup>45</sup> Sudija je ukazao da bi se "neupućenom čitaocu" presuda ELJSP moglo učiniti kao da je u poslednjih 50 godina demokratska Evropa izuzeta od bilo kakve sumnje da tu postoji rasizam, predrasuda kao i da i je ovaj slučaj dao dodatnu energiju ovakvoj lažnoj slici"<sup>46</sup>

U som izdvojenom mišljenju, sudija Boneli se bavio problemima procesnog aspekta standarda "dokaza izvan razumne sumnje" i obavezi žrtve da ubedi sud da je smrt ili nečovečno postupanje bilo uzrokovano etničkom predrasudom, ali se ujedno osvrnuo i na alarmantnu situaciju u Bugarskoj potkrepljenu izveštajima Amnesti Internešnal koja je izrazio zabrinutost zbog policijske nedodirljivosti i činjenice da bugarske vlasti konzistentno propuštaju da propisno istraže ovakve incidente, što predstavlja još veći rizik od rasističkog nasilja za najranjiviju etničku zajednicu u Bugarskoj".

Verujemo da je ovo delimično doprinelo promeni stava unutar ESLJP koji je tri godine kasnije doneo presudu u slučaju koja se smatra prekretnicom u odlučivanju u slučajevima rasno (diskriminatorno) zasnovanog nasilja.<sup>47</sup> U pitanju je slučaj *Náčova i ostali protiv Bugarske*<sup>48</sup> u kome je po prvi put sud konstatovao kršenje člana 14 kod nasilja zasnovanog na diskriminatornom motivu. Slučaj *Náčova* odnosio se na ubistvo dvojice Roma tokom služenja obaveznog vojnog roka od strane službenika države. Naime, ovde se radilo o dvojici mladića koji su slu-

<sup>43</sup> *Anguelova v. Bulgaria*, vidi para.165.

<sup>44</sup> *Anguelova v. Bulgaria*, vidi para. 68.

<sup>45</sup> Vidi delimično izdvojeno mišljenje sudije Bonela u slučaju *Anguelov protiv Bugarska*.

<sup>46</sup> Isto.

<sup>47</sup> Dr Dimitrina Petrova "Nachova and the Syncretic Stage in Interpreting Discrimination in Strasbourg Jurisprudence", teks dostupan na [www.erce.org/article/nachova-and-the-syncretic-stage-in-interpreting-discrimination-in-strasbourg-jurisprudence/2657](http://www.erce.org/article/nachova-and-the-syncretic-stage-in-interpreting-discrimination-in-strasbourg-jurisprudence/2657) (26.09.2016).

<sup>48</sup> Case of *Náčova and others v Bulgaria*, application nos.43577-98 and 43579-98; tekst presude dostupan na [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630#{"itemid":\["001-69630"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630#{) (26.09.2016).



žili vojni rok i zbog neovlaštenog odsustvovanja su zatvoreni. Nakon što su pobegli iz zatvora krili su se u kući svojih rođaka. Nakon što su pokušali nenaoružani da pobegnu, ubijeni su od strane vojnog policajca rafalom iz automatske puške. U ovom slučaju, sud je odlučio da kršenje člana 2 u vezi sa članom 14 sagledava sa dva aspekta, odnosno da ga raščlani na njegov supstantivni (*substantive aspect*) i procesni aspekt (*procedural aspect*). Naime, sud je našao da je u odnosu na lišavanje života ovih lica došlo do kršenja člana 2 Konvencije, ali da nije došlo do kršenja člana 14.<sup>49</sup> U odnosu na procesni deo člana 2 koji se tiče sprovođenja efikasne istrage, sud je našao da je došlo do kršenja člana 2 u vezi sa članom 14.<sup>50</sup> U ovom slučaju je sud odlučio da se teret dokazivanja prebaci na Bugarsku zbog toga što vlast nije bila u mogućnosti da sprovede efikasnu istragu u odnosu na navodni rasni motiv ubistva. Nemogućnost države da dokaže da događaji koji su navedeni u predstavi nisu bili rasno motivisani rezultirali su u tome što je ELJSP pronašao kršenje člana 14 u vezi sa članom 2. Evropske konvencije<sup>51</sup>

U ovom slučaju, ELJSP je konstatovao da “kada istražuje nasilne incidente, a posebno incidente sa smrtnim ishodom koje su učinili službenici države, vlasti imaju dodatnu obavezu da poduzmu sve razumne korake da demaskiraju bilo koji rasistički motiv i istraže da li je u ovakvim slučajevima etnička mržnja ili predrasuda mogla imati uticaj.”<sup>52</sup> Propuštanje da se to desi i tretiranje slučajeva rasističkog nasilja na jednak način kao i slučajeva gde ovakav motiv ne postoji značilo bi preneбреgavanje posebne prirode ovakvih slučajeva koji su posebno destruktivni za osnovna prava.”<sup>53</sup> Na sličan način je sud odlučivao, u smislu razdvajanja člana 14 na substantivan odnosno proceduralan deo, a u vezi sa kršenjem člana 3, u slučaju *Bekos i Kountropoulos v. Greece*<sup>54</sup> koji se odnosi na nasilje prema Romima u Grčkoj.<sup>55</sup> Sledeći slučaj koji se odnosi na zločine iz mržnje odnosno rasno zasnovano nasilje je slučaj *Šečić protiv Hrvatske*,<sup>56</sup> gde je Roma u centru Zagreba

---

<sup>49</sup> Odluke presude para. 4.

<sup>50</sup> Odluke presude para 5.

<sup>51</sup> Presude para. 156.

<sup>52</sup> Stav presude para 160.

<sup>53</sup> Isto.

<sup>54</sup> Case of Bekos and Kountropoulos v. Greece, application no 15250/02, tekst presde dostupan na <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-71594&filename=011-71594.pdf> (26.09.2016).

<sup>55</sup> U ovom slučaju su dvojica mladića bila uhapšena zbog nevodnog pokušaja pljačkanja kioska. Odvedeni su u policijsku stanicu i tokom ispitivanja teško pretučeni. Izveštaj je govorio da su bili tretirani sa posebnom okrutnošću. Trojica službenika policije koji su učestvovali u ovom delu nisu kažnjeni.

<sup>56</sup> Case of Secic v. Croatia, application no 40116/02, tekst presude dostupan na [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80711#{"itemid":\["001-80711"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80711#{) (25.09.2016).

prebela grupa skinheda. Bez obzira na brojne indicije, ovaj postupak se nakon tri godine od incidenta nalazio u predkrivičnoj fazi. Jednako kao u slučaju *Načova i ostali protiv Bugarske*, ESLJP je i u ovom slučaju našao da prilikom istrage nasilnih incidenata državne vlasti imaju dodatnu obavezu da preduzmu sve razumne korake da bi demaskirale rasističke motive i ustanovile da li su mržnja ili predrasuda na etničkoj osnovi imale ulogu u ovim događajima, s tim da je u ovom slučaju Sud ovu obavezu propisao nezavisno od toga da li su učinci službena lica ili ne<sup>57</sup>. Sa sličnim je obrazloženjem Sud odlučio u slučaju *Milanović protiv Srbije*<sup>58</sup>. Ovaj slučaj se odnosi se na tužbu Živote Milanovića, vođu Vaishnava Hindu religiozne zajednice (Hare Krišna) koji je od 2001. godine više puta napadnut u Jagodini. Prilikom jednog od napada, učinioci su ga posekli po po glavi i grudima i odsekli mu kosu. Policija je ispitivala članove lokalne skin hed grupe i sve direktore lokalnih škola kako bi dobila informacije o ekstremističkim grupama, ali nije dobila "nikakve korisne informacije". Novi napad se desio 2005. godine kada su Životu Milanovića napali i uboli u stomak. Prilikom uzimanja izveštaja Milanović je između ostalog naveo i da je napad bio verski motivisan. Policija je preduzela radnje, ali nije identifikovala napadače. Sledeće godine Milanović je napadnut ponovo ispred kuće svog rođaka. a ni taj put napadači nisu niti identifikovani niti uhapšeni. Milanović je ponovo napadnut 2007.godine pri čemu je je zadobio povrede trupa, ruku i nogu.

U ovom slučaju je sud našao da je prekršen čl 3 u vezi sa članom 14, te da kad istražuju incidente povezane sa nasiljem državni organi imaju dodatnu obavezu da preduzmu sve razumne korake da bi demaskirali bilo koji verski motiv i ustanovili da li je mržnja ili predrasuda zasnovana na verskoj osnovi imala uticaja u ovim događajima. U vezi sa nasiljem zasnovanim na predrasudama značajan je i relevantan slučaj *Đorđević protiv Hrvatske*<sup>59</sup>. U ovom slučaju su podnosioci predstavke majka i sin koji žive u Zagrebu, a koji su pripadnici srpske nacionalne manjine u Hrvatskoj, pri čemu je sin osoba sa smetnjama u razvoju. Prema navodima podnosioca predstavke, sin je u periodu od 2008. do 2011. godine trpeo nasilje. Zanimljivo je da je u ovom slučaju sud našao kršenje člana 3, člana 8 i člana 13, a predstavku je proglasio neprihvatljivom u odnosu na član 14 i to s obrazloženjem da u ovom slučaju podnosioci predstavke nisu iscrpili sve dostupne pravne lekove.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Secic.v.Crotia,stav 67.

<sup>58</sup> Case of Milanovic v. Serbia, Application no 44614-07; tekst presude dostupan na [\(25.09.2016\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102252#{).

<sup>59</sup> Case of Đorđević v. Croatia, Application no 41526/10; tekst presude dostupan na [\(25.09.2016\)](https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2010-041526.pdf).

<sup>60</sup> Presuda Đorđević v. Croatia para. 166.

U poslednje dve godine, ESLJP je više puta odlučivao o slučajevima zločina iz mržnje, odnosno nasilja zasnovanog na predrasudi, s tim da je u slučaju *Identoba protiv Gruzije*<sup>61</sup> po prvi put našao da takvo postupanje može biti zasnovano na seksualnoj orijentaciji. U ovom slučaju se radilo o tome da je grupa LGBTI aktivista iz Gruzije prilikom organizovanog okupljanja sa ciljem da se skrene pažnja na položaj LGBTI osoba bila suočena sa kontrademonstracijama i nasiljem, gde su propadnici vlasti propustili da zaštite podnosiocima predstavke, te je sud našao da su prekršeni član 3 i član 11, a u vezi sa članom 14.<sup>62</sup> Na sličan način je ESLJP odlučio i u skorašnjem slučaju zločina iz mržnje prema LGBTI aktivistima u Rumuniji. Naime u slučaju *M.C i A.C. protiv Rumunije*<sup>63</sup> radilo se o napadu na podnositelje predstavke koji su se vraćali sa skupa posvećenom LGBTI pravima. Njih je u metrou napala grupa od šest mladića i devojaka uz homofobične povike “Vi pederi idite u Holandiju”, a čitav incident je snimio i fotograf koji se nalazio u metrou.<sup>64</sup> Sud je našao da je ovaj postupak verovatno bio usmeren na to da se podnosioci predstavke zastraše i da odustanu od izražavanja podrške LGBTI zajednici, te da je ovakav postupak morao uzrokovati strah, uznemiravanje i nesigurnost.<sup>65</sup> Kao takav, ovaj napad je protivan pravu na poštovanje ljudskog dostojanstva i dostigao je prag koji zahteva član 3, a u vezi sa članom 14.

## ZAKLJUČAK

Zločini iz mržnje ne predstavljaju novi fenomen kako u Evropi, tako ni u Srbiji, ali o samom konceptu zločina iz mržnje postoje duboko podeljeni teorijski stavovi. Oni idu od toga da ih sa jedne strane ne treba tretirati drugačije u odnosu na druga krivična dela, do toga da su neophodni preduslov za zaštitu diskriminiranih grupa i grupa koje češće druge trpe nasilje u određenim društvima. Prikazom dela prakse ESLJP koja se odnosi na krivična dela motivisana predrasudom, možemo se zaključiti da je ESLJP zauzeo stanovište da zločini iz mržnje predstavljaju posebno opasan oblik nasilja. Štaviše, Sud je u više slučajeva potvrdio stav da tretiranje slučajeva rasističkog nasilja na jednak način kao i slučajeva gde ovakav motiv ne postoji značilo bi prenebregavanje posebne prirode ovakvih slučajeva, koji su posebno destruktivni za osnovna prava.

---

<sup>61</sup> Case of *Identoba and others v Georgia*, Application no 73235/12 teks presude dostupan na [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154400#{"itemid":\["001-154400"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154400#{) (25.09.2016).

<sup>62</sup> Presuda *Identoba and others v Georgia*, para. 110.

<sup>63</sup> Case of *M.C. and A.C. v Romania*, Application no 12060/12, tekst presude dostupan na [www.sexualorientationlaw.eu](http://www.sexualorientationlaw.eu) (26.09.2016).

<sup>64</sup> Presuda *M.C. and A.C. v Romania* para. 9 i 12.

<sup>65</sup> Presuda, para. 117.

Međutim, ne možemo a da ne primetimo da je ovakva praksa relativno skorašnja. Naime, o prekretnici u stavu Suda povodom ovog pitanja došlo je pre svega desetak godina. Takva praksa je, prema nekim autorima, pokazatelj da ESLJP nevoljno odlučuje da se odredi prema nasilju zasnovanom na predrasudama, a pogotovo da se upušta u odlučivanje da li je došlo do kršenja člana 14 u substantivnom delu (da li je samo nasilje bilo diskriminatorno).<sup>66</sup> U odnosu na ovako kratak period, teško je davati konačne ocene. Ipak, može se zaključiti da se praksa suda, bez obzira na nedoslednu primenu člana 14 razvija prvo u pravcu da se u slučajevima diskriminatornog nasilja češće nego ranije nailazi na kršenje člana 14. Drugo, ti diskriminatorni razlozi se šire u odnosu na lično svojstvo, odnosno osnov diskriminacije sa rasnog odnosno nacionalnog porekla na versku pripadnost, i u skorijim presudama seksualno orijentaciju. Razlozi za pojačan interes ESLJP za zločine iz mržnje, odnosno nasilje zasnovano na predrasudama, korrespondiraju sa rastućom brigom za nediskriminatorne politike i unutar Saveta Evrope. Tome su doprinela dva duštevna momenta koja uključuju talas nasilnih konflikata koji su sa raspadom Istočnog bloka zahvatili Evropu sa jedne strane, kao i sami događaji koji su doveli do širenja Saveta Evrope i primene Evropske konvencije u zemljama jugoistočne Evrope.<sup>67</sup>

JELENA JOKANOVIĆ  
Adviser, OEBS of the Serbia

## HATE CRIMES AND THE HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEM

### Summary

In the last thirty years hate crimes started to differentiate as bias motivated crime, both in theory and practice as a subgroup of violence. In addition to the legal aspect there is a growing criminological-sociological interest for these criminal acts that aim to clarify different aspects and in general a need for differentiate these crimes from other criminal acts. Theoretical development of this concept was followed by the development of the international legal framework, where the Council of Europe activities and in particular the jurisprudence of the European Court for Human Rights have set the standards and guidelines to act in hate crimes cases. In this article we shall present the basic elements of the hate crime concept and the international legal framework governing hate crimes with a focus on the Council of Europe standards as the leading organisation in the human rights protection field. In this regard we shall present the ECHR case law regarding hate crimes and breaches of the article 14 of the European Convention of Human Rights.

---

<sup>66</sup> J. Mačkić op. cit., strana 235.

<sup>67</sup> Isto.

RADOVAN D. VUKADINOVIĆ,  
VITOMIR G. POPOVIĆ

**O SUKOBU PRAVA EU I INVESTICIONOG PRAVA  
ILI O KAZNI ZBOG USAGLAŠAVANJA UNUTRAŠNJEG PRAVA  
SA PRAVOM EU**

**- Predmet Micula -**

U V O D

Nakon što je stupanjem na snagu Lisabonskog sporazuma, Evropska unija (EU) stekla isključivu nadležnost da u okviru zajedničke trgovinske politike vodi i politiku stranih investicija, aktuelizovano je pitanje odnosa prava EU i izvora međunarodnog investicionog prava. Problem je nastao zbog toga što su do tada strani investitori iz država članica već zaključili preko 1300 bilateralnih sporazuma o zaštiti stranih investicija (BIT), od kojih je dobar deo bio i sa državama koje su kasnije, nakon njihovog potpisivanja i stupanja na snagu, postale države članice EU (tzv. intrakomunitarni BITovi). Takvi intrakomunitarni BITovi su istovremeno tretirani kao međunarodni i kao intrakomunitarni ugovori, na koje se moglo primeniti i međunarodno pravo i pravo EU.

S obzirom da je i ranije, u raznim prilikama konstatovano da između rešenja koja postoje u izvorima međunarodnog (i investicionog prava) i rešenja u na-

Akademik prof. dr Radovan D. Vukadinović, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu i Banja Luci.

Akademik prof. dr Vitomir G. Popović, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci. Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu: "Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije" koji se finansira iz sredstava Fakulteta.

cionalnim i regionalnim izvorima i u pravu EU, postoje određene nejasnoće, preklapanja pa čak i konflikti, EU je nakon sticanja isključivih nadležnosti postala odgovorna da reši ove dileme i otvorena pitanja. Različita tumačenja su se odnosa, pre svega, na tzv. intrakomunitarne BITove, tj. bilateralne sporazume između država članica i trećih država koje su nakon toga postale država članica EU. Najveći broj ovakvih sporazuma države članice su zaključile sa državama tzv. "istočnog" bloka pre njihovog prijema u EU: 2004, 2007 i 2013. godine. Kad je došlo do njihove povrede, nezadovoljni investitori su u skladu sa odgovarajućim odredbama bilateralnih sporazuma pokrenuli arbitražne postupke pred arbitražnim tribunalima pod okriljem Međunarodnog centra za rešavanje investicinskih sporova (IKSID). U jednom od takvih slučajeva (Mikula), arbitražni tribunal je obavezao državu Rumuniju da stranim investitorima nadoknadi štetu koja je nastala zbog ukidanja podsticaja koji su važili do prijema Rumunije u EU. Evropska komisija je, međutim, smatrala da je ukidanja podsticaja bilo osnovano i opravdano prilagodavanjem prava Rumunije komunitarnim tekovinama u toku sprovođenja Evropskog sporazuma. Zbog toga je izdala nalog kojim je zabranila Rumuniji da izvrši donetu arbitražnu odluku, inače će isplaćenu naknadu smatrati novom nedozvoljenom državnom pomoći. Kako ovo nije bio jedini spor, Komisija je u julu 2010. godine, objavila Saopštenje "Prema sveobuhvatnoj evropskoj međunarodnoj investicionoj politici"<sup>1</sup> u kome je iznela svoje viđenje zajedničke međunarodne investicione politike i načine prenošenja nadležnosti za njihovo rešavanje sa država članica na EU. Kasnije je Savet, na predlog Evropske komisije, usvojio i posebnu Uredbu o uspostavljanju prelaznih aranžmana za bilateralne sporazume o ulaganjima između država članica i trećih država.<sup>2</sup>

Međutim, bez obzira na Uredbu i "non-papers" pojedinih država članica,<sup>3</sup> kao otvoreno je ostalo pitanje odnosa prava EU i prava stranih investicija, kao dela međunarodnog prava. Stoga je cilj ovog rada da nakon uvodnih razmatranja u kojima su navedeni izvori prava stranih investicija i relevantni propisi u EU, na primeru arbitražne odluke donete u predmetu Mikula analizira razloge konflikta i moguće način rešavanja.

<sup>1</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Towards a comprehensive European international investment policy", COM(2010)343.

<sup>2</sup> Regulation (EU) No 1219/ 2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, OJ L 351/40. O Uredbi u domaćoj teoriji vid. A. Ćirić i P. Cvetković, Karakteristike pravnog režima stranih direktnih investicija u pravu EU, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 68(2014), 679.

<sup>3</sup> Vid Intra-EU Investment Treaties, Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands, dostupno na: <http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2016/05/The-AFFGN-non-paper-160515.pdf>

## OPŠTI POJAM INVESTICIJA

U pravnoj teoriji i u relevantnim izvorima investicionog prava ne postoji jedinstveni pojam stranih investicija.<sup>4</sup> U ranijim izvorima prava, nekim bilateralnim ugovorima i u međunarodnom običajnom pravu, investicije se čak i ne pominju pod ovim nazivom, već su označene kao “strana imovina.”<sup>5</sup> I u Opštem sporazumu o carinama i trgovini (GATT) nije napravljena razlika između investicija i drugih oblika svojine i ekonomskih aktivnosti.<sup>6</sup> Čak ni u Konvenciji o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država<sup>7</sup>, u kojoj predstavlja centralni institut<sup>8</sup>, pojam investicija nije definisan. To se objašnjava uverenjem da se investicije mogu različito posmatrati, zavisno od predmeta i svrhe<sup>9</sup> ili “istorijskog konteksta”,<sup>10</sup> pa je državama ugovornicama trebalo ostaviti slo-

---

<sup>4</sup> Vid. Dolzer-Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1995, str. 25-31; Sacerdoti, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1997*, Tome 269, str. 305-310.

<sup>5</sup> *Isto*, str. 9. U etimološkom smislu, izraz “investicija” je izveden iz latinskog jezika od reči *investire*, i znači *obući se ili odenuti*. Investitor se nalazi u poziciji onoga koji “oblači” preduzeće kapitalom u procesu investiranja. Vid. J. W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, OUP Oxford, 2013, str. 3. Iako postoji uverenje da strane investicije predstavljaju savremeni oblik prekograničnog kretanja kapitala, pojedini autori navode da bi njihove korene trebalo tražiti u vremenu Vizantijskih careva Bazila i Konstantina iz 991. godine, kad su venecijanskim trgovcima dali pravo trgovanja u lukama i u drugim mestima u Vizantijskom carstvu bez plaćanja carina kao i pravo boravka u kvartu Konstantinopolja, poznato kao *embolium*. *Isto*, str. 13; P. Fischer, *Some Recent Trends and Developments in the Law of Foreign Investments*, u: K. H. Boeckstiegel et al., (eds), *Voelkerrecht, Recht der internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht: Festschrift fuer Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1988, str. 97. Sticanje i razvijanje takvih trgovačkih i boravišnih kvartova u Konstantinopolju smatrano je oblikom stranih direktnih investicija.

<sup>6</sup> Vid. Chester Brown and Kate Miles (eds), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, CUP 2011, str. 44.

<sup>7</sup> Vid. Zakon o ratifikaciji objavljen u Sl. l. SCG, Međunarodni ugovori, br. 2/06. Za Srbiju je stupila na snagu 8. juna 2007. godine

<sup>8</sup> Vid. Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, drugo izdanje, Cambridge University Press, 2009, marg. br. 113. str. 114; Voss, Jan Ole, *The impact of investment treaties on contracts between host states and foreign investors*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2011, str. 116.

<sup>9</sup> Vid. Chester Brown and Kate Miles (eds), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, CUP, 2011; D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique* (3e édition, Dalloz, Paris, 2007), 403.

<sup>10</sup> UNCTAD “Scope and Definition”, UNCTAD Series on issues in international investment agreements (1999) UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. II). str. 7. Dostupno i na <http://unctad.org/en/Docs/psiteitd11v2.en.pdf> Poslednja poseta 01.04. 2016. Vid. i Chester Brown and Kate Miles (eds), *n. delo*, str. 43-45.

bodu da svojim pristankom da spor bude rešen pred Centrom, praktično same odrede ono što smatraju stranom investicijom.<sup>11</sup>

Prema shvatanju koje preovladava u teoriji, pod stranim investicijama se podrazumeva “transfer sredstava ili materijala iz jedne zemlje (zemlja izvoznica kapitala) u drugu zemlju (zemlja domaćina) u zamenu za direktno ili indirektno učešće u prihodima tog preduzeća.”<sup>12</sup> Osim kretanja *novčanog kapitala*, međunarodno ili prekogranično kretanja investicija uključuje transfer *pokretne ili nepokretne imovine* iz jedne u drugu državu u cilju da u toj državi bude iskorišćen radi stvaranja bogatstva pod potpunom ili delimičnom kontrolom investitora.<sup>13</sup> Otu- da pojam stranih investicija obuhvata i transfer fizičke svojine, kao što su: oprema, plantaže ili postrojenja.

*Osnovna podela.* S obzirom na prirodu i svrhu, međunarodno kretanje kapitala se obično deli na direktne investicije ili direktna ulaganja, portfolio investicije i mešovite oblike ili zajedničke poslovne poduhvate ugovornog karaktera. Kriterijum razlikovanja direktnih stranih investicija od portfolio je ostvarivanje trajnijih poslovnih interesa i učešće u upravljanju preduzećem u koje se ulaže.<sup>14</sup>

Direktno investicije ili strana ulaganja postoje kada rezident iz jedne zemlje (država izvoznica, domaća država, *the home country*) investira u entitet rezidenta u drugoj zemlji (država domaćina, receptivna država ili država prijema, *the host country*) sa namerom da obezbedi trajni interes u tom preduzeću (preduzeće u koje se investira, investirano preduzeće, *direct investment enterprise*).<sup>15</sup> Bitne karakteristike direktnih investicija su postojanje trajnog interesa i određenog stepena kontrole nad preduzećem u koje se investira.

*Trajni interes* podrazumeva postojanje dugoročnih odnosa između direktnog investitora i preduzeća, dok se pod *kontrolom* podrazumeva “značajan” ste-

<sup>11</sup> U ovom smislu C. H. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch and A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, CUP, 2009, upućuju na raspravu u: History, Vol. II, pp. 491, 826, 831, 936, 956/7), koja je vođena prilikom usvajanja Konvencije, str. 82, marg. br. 5. Vid. Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (18 March 1965), reproduced in ICSID, ICSID Convention, Regulation and Rules (ICSID/15/Rev.1, January 2003), 35, tač. 27.

<sup>12</sup> *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam; New York: North-Holland Pub. Co. ; New York, Vol. 8, str. 246.

<sup>13</sup> M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Second ed., Cambridge, 2004, str. 7.

<sup>14</sup> J. Perović, Pravni aspekti stranih ulaganja, *Pravo i privreda*, 1-4/2002, str. 121. Prema M. Trifković, *Međunarodno poslovno pravo*, Sarajevo, 2001, str. 115. prekogranično kretanje kapitala se odvija preko četiri osnovna vida: komercijalnih transakcija, finansijskih transakcija kreditnog tipa, portfolio investicija i direktnih stranih ulaganja.

<sup>15</sup> Vid. *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 3 ed. 1999, tač. 2.1.5. str. 7-8.



pen uticaja na upravljanje. Direktne investicije uključuju kako početne transakcije između dva entiteta, tako i sve kasnije kapitalne transakcije između njih i između afiliranih preduzeća, bez obzira da li su pravno samostalna ili su zavisna od matičnog društva.<sup>16</sup> Smatra se da investitor stiče mogućnost kontrole ako raspolaže sa ili preko 10% akcija u osnovnom kapitalu osnovanog društva, ili raspolaže sa 10% ili više glasačkih prava u društvu koje treba osnovati kod novih ili tzv. zelenih investicija.<sup>17</sup> Pošto strani investitor ima i svojinu i kontrolu nad preduzećem u koje ulaže on, zapravo, upravlja takvim preduzećem. Otuda direktne investicije karakteriše i preduzetništvo, što podrazumeva obavezu na strani investitora da reši i pitanje upravljanja ili menadžmenta u preduzeću u koja ulaže sredstva.

Direktne investicije se mogu realizovati na tri načina: kao tzv. *greenfield* ili nove investicije, putem sticanja i preuzimanja (*mergers and acquisitions*) i preko zajedničkih poduhvata.<sup>18</sup> Kako njihovom realizacijom može doći do osnivanja novog privrednog subjekta, ili samo do uspostavljanja ugovornih odnosa, to se navedeni načini mogu posmatrati i kao statusne ili institucionalne i ugovorne forme.<sup>19</sup>

#### POJAM INVESTICIJA U BILATERALNIM INVESTICIONIM SPORAZUMIMA I DOMAĆIM IZVORIMA INVESTICIONOG PRAVA

Kod definisanja stranih investicija u izvorima prava mogu se razlikovati dva pristupa: kapitalno orijentisan i zaštitno orijentisan. Prema kapitalno orijentisanom pristupu (engl. *capital oriented*), investicije karakteriše prekogranično kretanje kapitala i sredstava, bez obzira da li se kretanje vrši sa ciljem ostvarivanja kontrole ili je u pitanju slobodno kretanje kapitala. Ovakav pristup karakteriše široko shvatanje predmeta ili onoga u čemu se može sastojati "investicija", tako da obuvati svaku vrstu vrednosti, pri čemu svrha kretanja nije od presudnog značaja. Svrha kretanja (investiranja) opredeljuje vrstu investicija, kao direktne ili portfolio, ali i jedne i druge ulaze u pojam investicija.<sup>20</sup>

Zaštitno orijentisan pristup (engl. *protection-oriented*) ističe zaštitu stranih investicija kao osnovnu karakteristiku, pa se investicije definišu na širok i obuhvatan način tako da obuhvataju ne samo kretanje kapitala (novčanih sredstava),

---

<sup>16</sup> Balance of Payments Manual, IMF, XVIII, tač. 359, str. 86. <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/BOPman.pdf>

<sup>17</sup> *Isto*, str. 86.

<sup>18</sup> J. Perović, *n. delo*, str. 121. A. Ćirić i R. Đurović, *Međunarodno trgovinsko pravo, posebni deo*, Niš, 2005, str. 320.

<sup>19</sup> M. Trifković, *n. delo*, str. 120.

<sup>20</sup> Vid. aneks A OECD Kodeksa o liberalizaciji kretanja kapitala.

već i druge brojne oblike imovine preduzeća, kao što su svojina i svojinska prava, zajmovi, pa čak i ugovorna prava i prava na osnovu administrativnih mera i akcija, kao što su licence i druge vrste dozvola.

Široko shvatanje pojma investicija je prihvaćeno i nekim nacionalnim i regionalnim izvorima investicionog prava.<sup>21</sup> Tako, prema nacrtu tipskog Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja Republike Srbije,<sup>22</sup> izraz „ulaganje” označava

1. svaku vrstu imovine koju ulagač jedne Strane Ugovornice stiće ulaganjem sredstava na teritoriji druge Strane Ugovornice, u skladu sa njenim zakonima i propisima i obuhvata posebno, mada ne i isključivo sledeće oblike imovine:

(a) pravo svojine na pokretnim stvarima i nepokretnostima i druga stvarna prava, kao što su hipoteka, zaloga, jemstvo, plodouživanje i slična prava;

(b) akcije, obveznice, kao i druge vrste hartija od vrednosti sa pravom učesća;

(v) novčana potraživanja po osnovu ugovora o kreditu koji je dat privrednom društvu sa rokom dospeća od pet ili više godina, ukoliko imaju prirodu podređenih potraživanja, osim kredita datom privrednom društvu u državnoj svojini;

(g) prava intelektualne svojine, (kao što su autorska prava i ostala srodna prava, patenti, industrijski dizajn ili modeli, trgovački znaci), kao i pravo na *goodwill*, tehničke procese i know how;

(d) koncesije stečene u skladu sa zakonima i propisima Strane Ugovornice na čijoj teritoriji se vrši ulaganje, uključujući koncesije za istraživanje, vađenje i korišćenje prirodnih bogatstava.

Pojam direktnih investicija je određen i u Zakonu o deviznom poslovanju<sup>23</sup> i Zakonu o ulaganjima.<sup>24</sup>

#### IZVORI PRAVA

Izvori prava o stranim investicijama se mogu posmatrati i klasifikovati prema različitim kriterijumima. Prema uobičajenoj podeli, koja polazi od teritoriji na

---

<sup>21</sup> Vid. ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments, article 1(3), UNCTAD, 1996, volume II, str. 294.

<sup>22</sup> <http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>

<sup>23</sup> Sl. gl. RS, br. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014.

<sup>24</sup> Vid. član 2. Zakona. S obzirom da je Zakon donet posle Zakona o deviznom poslovanju, logično je bilo očekivati da će svojim odredbama ili regulisati ona pitanja koja nisu regulisana postojećim propisima ili pojasniti ono što je u njima nejasno. Čini se da Zakon nije ispunio ni jedno ni drugo očekivanje. Umesto toga, u Zakonu su definisani isti pojmovi koji su već bili određeni u Zakonu o deviznom poslovanju, ali ne na jednostavniji, već na komplikovaniji i zbunjujući način.

kojoj se primenjuju, izvori se dele na međunarodne i unutrašnje ili nacionalne i običajna pravila međunarodnog prava. Prema prirodi normi koje sadrže i broju subjekata na koje se odnose, razlikuju se: opšti, regionalni i bilateralni izvori. Prema predmetu pravne zaštite, razlikuju se izvori koji regulišu materijalno pravna pitanja zaštite i pravila o garancijama i osiguranju stranih investicija i izvore koji regulišu postupak ostvarivanja zaštite prava stranih investitora i njihovih investicija. Prema formi, izvori mogu biti u obliku međudržavnih sporazuma ili ugovora, u formi tzv. mekog prava (*soft law*), kao međunarodno običajno pravo i u formi tzv. dijagonalnih sporazuma, odnosno ugovora između domaće države i stranih investitora. Za ova razmatranja su od posebnog značaja međudržavni bilateralni ugovori o zaštiti stranih investicija (BIT), ali će biti reči i o ostalim izvorima.

### *Nacionalni izvori*

U unutrašnjim propisima odredbe kojima su regulisane strane investicije obično su sadržane u posebnim "investicionim zakonima ili kodeksima" i podzakonskim aktima. Prema predmetu regulisanja, to mogu biti ili opšti zakoni kojima su regulisani svi oblici stranih investicija, ili posebni, kojima su regulisani samo pojedini oblici stranih investicija, kao što su na primer koncesije. Prema prirodi normi, najčešće su u pitanju odredbe administrativnog karaktera čija je primena obavezna i u tom smislu ovi propisi čine javno pravni okvir stranih ulaganja i deo opšte regulative za nastupanje i poslovanje stranih firmi na domaćem tržištu (tržištu zemlje domaćina).

Sadržina nacionalnih propisa je određena ciljevima koje od njihove primene očekuju domaća država i domaći privredni subjekti. Države domaćini (receptivne države) nastoje da propisima o stranim investicijama ostvare tri cilja: 1) da poboljšaju lokalnu produktivnost i tehnološki razvoj; 2) da aktiviraju i podstaknu učešće lokalne privrede i pratećih delatnosti, i 3) da minimiziraju stranu konkurenciju u privrednim oblastima koje drži lokalni biznis.<sup>25</sup>

Sadržinom i načinom tumačenja investicionih propisa domaće države nastoje da privuku strane investitore, ali i da zaštite domaća preduzeća i potrošače od mogućih štetnih posledica aktivnosti stranih investitora, posebno multinacionalnih kompanija. Privlačenje stranih investicija se u opštem smislu postiže liberalizacijom investicione klime, na primer pojednostavljenjem i ubrzanjem postupka ulaganja, kao i konkretnim podsticajima i pogodnostima koje se odobravaju stranim investitorima u toku poslovanja, kao što su državne subvencije, razna oslobađanja i finansijske i poreske olakšice.

---

<sup>25</sup> R. August, *n. delo*, str. 243.

Ostvarivanje ovih ciljeva podrazumeva uspostavljanje i poštovanje načela za zasnivanje i sprovođenje politike nadgledanja i regulisanja stranih investicija. To se može postići na tri načina: politikom pravnog regulisanja samo najnužnijih pitanja (politika minimalne pravne regulative),<sup>26</sup> politikom podsticaja stranih investicija uz učešće lokalnih kvota<sup>27</sup> i politikom lokalnog nadzora.<sup>28</sup>

### *Međunarodni izvori*

Međunarodna pravila za regulisanje stranih investicija se, prema vrsti, mogu podeliti na konvencije i ostale izvore tzv. tvrdog prava i na ostale izvore koji se označavaju kao fleksibilni izvori ili "meko pravo" (*soft law*). Prema domašaju primene, izvori se mogu podeliti na univerzalne, regionalne i bilateralne.

*Međunarodni univerzalnog značaja.* – Međunarodni izvori univerzalnog ili globalnog značaja su oni čija primena nije ograničena na pojedine države ili regione i koji se primenjuju u čitavom svetu. Prema pravnoj prirodi to mogu biti konvencije, međunarodno običajno pravo i akti mekog prava. Od konvencija, u ove izvore se mogu ubrojati samo dve: Konvencije o osnivanju Multilateralne agencije za garantovanje investicija - MIGA i Konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država. U okviru aktivnosti GATT-a, STO, UNCTADA i OECD čine se napori da se usvoji jedinstvena konvencija o stranim investicijama, ali su dosadašnji napori rezultirali samo u formulisanju nacrti i predloga odgovarajućih konvencija i sporazuma, ili u usvajanju akata mekog prava.

U okviru STO na ministarskom sastanku u Singapuru 1996. godine, osnovana je posebna radna grupa sa zadatkom da ispita odnos između trgovine i investicija. Radna grupa je predložila da se u budućnosti u okviru STO pripremi poseban sporazum o zaštiti stranih investicija, ili da se stvori multilateralni okvir za regulisanje ovog pitanja.<sup>29</sup> Gotovo istovremeno, u okviru OECD je u periodu između 1995. i 1998. godine posebna ekspertska grupa radila na formulisanju teksta predloga Multilateralnog sporazuma o investicijama (*Multilateral Agreement on Investments* - u daljem tekstu OECD-MAI).<sup>30</sup> Sporazumom je trebalo ustanoviti jedinstven sistem pravila o pristupu stranih investitora domaćem tržištu i

<sup>26</sup> Ovakvu politiku sprovode države Sub-Saharske Afrike i Dalekog Istoka.

<sup>27</sup> Praktikuju države Srednjeg Istoka i Severne Afrike.

<sup>28</sup> Koriste je države Latinske Amerike.

<sup>29</sup> Vid. International Agreement on Investment, <http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/Compendium//en>.

<sup>30</sup> Vid. [www.preamble.org/mai/interweb.html](http://www.preamble.org/mai/interweb.html).

stvoriti jedinstveni okvir pravne sigurnosti na svetskom nivou.<sup>31</sup> Međutim, rad na već ispregovaranom finalnom tekstu ovog Sporazuma je zbog snažnih kritika, maja 1998. godine obustavljen na neodređeno vreme.

### *Izvori mekog prava*

Ova kategorija izvora obuhvata pravno neobavezujuće akte međunarodnih organizacija koji su u najvećem broju doneti u formi rezolucija, preporuka, vodiča, dobre prakse i slično. Njihov značaj je u tome što sadrže praktična uputstva ili preporuke koje zainteresovane strane prihvataju kao racionalna rešenja, a ne zbog straha od propisanih sankcija u slučaju njihovog nepoštovanja. Na njihovom formulisanju je posebno aktivna bila Svetska banka, OUN, UNCTAD, MTK iz Pariza i OECD. U okviru Svetske banke su usvojeni Vodiči o tretmanu stranih direktnih investicija, iz 1991. godine, u kojima je dat pregled pravnih okvira i osnovnih pravnih principa za promovisanje stranih direktnih investicija. U pogledu pravne prirode, Vodiči ne predstavljaju kodifikaciju običajnog međunarodnog prava o tretmanu stranih investicija, već formulišu opšte prihvatljive međunarodne standarde koji podstiču strane investicije.<sup>32</sup> U okviru OUN je počev od 1962. godine u sklopu mera za uspostavljanje novog međunarodnog poretka usvojeno više rezolucija koje su od značaja za strane investicije, posebno one koje se odnose na suvereno pravo država na sopstvene izvore ili o ekonomskim pravima i obavezama država, kao i model konvencije o dvostrukom oporezivanju između razvijenih i zemalja u razvoju.<sup>33</sup> Iz aktivnosti UNCTAD-a od značaja su akti posvećeni radu transnacionalnih korporacija, kao i o pitanjima transfera tehnologije.<sup>34</sup> Jedan broj vodiča koji se odnose na najmanje razvijene zemlje doneli su zajedno MTK i UNCTAD.<sup>35</sup> U okviru OECD su od posebnog značaja Vodiči za multinacionalna preduzeća, koji sadrže principe i standarde odgovornog poslovnog ponašanja u različitim oblastima uključujući zapošljavanje, industrijske odnose,

---

<sup>31</sup> R. August, *International Business Law*, Prentice-Hall, 2000, str. 242.

<sup>32</sup> WTO, Annual Report 1996, Vol. 1, Special Topic: Trade and Foreign Direct Investment u: **Background: discussion in GATT/WTO on trade and investment, Ch. 22, str. 8.** <http://www.intracen.org/worldtradenet/docs/information/referencemat/chap22.pdf>, i WT/ WGTI /W/1, 30 May 1997, (97-2280).

<sup>33</sup> Osim navedenih, od značaja su i rezolucija o uspostavljanju novog međunarodnog ekonomskog poretka i o programu mera i akcija za uspostavljanje novog međunarodnog ekonomskog poretka. Popis ostalih rezolucija i drugih akata vid. Trade and foreign investment, WTO News: 1996, Press/57, tabela 4, [http://www.wto.org/english/news\\_e/pres96\\_e/pr057\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/pr057_e.htm)

<sup>34</sup> Na primer: Set multilateralno usaglašenih pravičnih principa i pravila za kontrolu restriktivne poslovne prakse, ili Nacrt međunarodnog kodeksa o transferu tehnologije.

<sup>35</sup> Vid. [http://www.iccwbo.org/home/menu\\_icc\\_unctad.asp](http://www.iccwbo.org/home/menu_icc_unctad.asp)

ljudska prava, okolinu, interese potrošača, otkrivanje informacija, borbu protiv korupcije, konkurenciju i poreze.

### *Regionalni i bilateralni sporazumi*

Kako osim Konvencije o osnivanju Multilateralne agencije za garantovanje investicija - MIGA, za sada ne postoji univerzalna međunarodna konvencije o zaštiti stranih investicija,<sup>36</sup> to je zaštita stranih investicija praktično regulisana unutrašnjim propisima konkretnih država, bilateralnim investicionim sporazumima (najčešće o zaštiti stranih investicija na domaćoj teritoriji) i regionalnim sporazumima. Već je rečeno da je pokušaj da se u okviru OECD isprgovara multilateralni sporazum o investicijama (MAI) definitivno napušten 1998. godine.<sup>37</sup> Bezuspešan je bio i pokušaj da se u okviru Doha runde pregovora u okviru STO 2003. godine formuliše slični jedinstveni instrument. Tako su bilateralni sporazumi, pored međunarodnog običajnog prava, postali praktično osnovni izvor prava stranih investicija.

Bilateralne sporazume najčešće zaključuju razvijene zemlje sa zemljama u razvoju, mada postoje i između zemalja u razvoju. Po broju učenika, mogu biti bilateralni i multilateralni sporazumi. S obzirom da drugu vrstu sporazuma zaključuju države određenog regiona, ovi sporazumi se označavaju kao regionalni.

Po sadržini i strukturi, *bilateralni sporazumi* su slični i, po pravilu, sadrže materijalno pravne i procesne odredbe o zaštiti stranih investitora i investicija.<sup>38</sup> Od velikog broja bilateralnih sporazuma<sup>39</sup> svakako je najznačajniji model ili prototip koji su 1994. godine ponudile SAD - (*The 1994 U. S. Prototype Bilateral Investment Treaty* - u daljem tekstu SAD-BIT).<sup>40</sup>

*Regionalne sporazume* zaključuju države određenog regiona bez obzira da li su istovremeno i članice neke ekonomske ili političke integracije, ili nisu. Od ve-

<sup>36</sup> Ovdje se ne misli na ICSID konvenciju koja reguliše način rešavanja investicionih sporova i kojoj je ranije bilo reči.

<sup>37</sup> Vid. UNCTAD, *Lessons from the MAI*, U.N. Doc. No. UNCTAD/ITE/ITT/Misc.22 (1999).

<sup>38</sup> Vid. Carrie E. Anderer, *Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty*, 35 *Brook. J. Int'l L.* (2010). Dostupno na <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol35/iss3/9> str. 857.

<sup>39</sup> Prema podacima UNCTAD-a, broja ovih ugovora je porastao sa 385, koliko ih je bilo u 1989. godini na 2.265 u 2003. godini, u koje je uključeno 176 država.

<sup>40</sup> Vid. internet adresu: [www.ita.doc.gov/legal/modelbit.html](http://www.ita.doc.gov/legal/modelbit.html). I većina ostalih razvijenih država imaju svoje modele ili prototipove ovih sporazuma: Engleska, Francuska, Nemačka, Kanada, ali i Kina i Čile. Vid. *International Investment Instruments: A Compendium*, Vol. XIV. UNCTAD/DITE/4(Vol. XIV), str. 15, [http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxiv\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxiv_en.pdf)

likog broja regionalnih sporazuma najpoznatiji su oni u okviru institucionalizovanih regionalnih ekonomskih integracija: Severno američke zone slobodne trgovine (NAFTA) i Evropske unije (EU).<sup>41</sup> Za države članice EU od značaja su i odredbe Ugovora o osnivanju o slobodi kretanja kapitala, slobodi nastanjivanja i pravila konkurencije koja se odnose na fuzije i koncentracije preduzeća. I pojedine vrste sporazuma koje EZ zaključuje sa trećim državama, kao što su Evropski sporazumi o pridruživanju i sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju, nameću obavezu trećim državama da se pridržavaju određenih standarda u pogledu tretmana i zaštite stranih investicija.<sup>42</sup>

U Sporazumu o osnivanju NAFTA, odredbe dela 11 su posvećene pitanjima definisanja stranih investicija, opštim standardima tretmana, uključujući nacionalni tretman, tretman najpovlašćenije nacije i tretman u skladu sa međunarodnim pravom, posebne standarde kod naknade štete u slučaju eksproprijacije i gubitaka zbog ratnih i civilnih sukoba, pitanje transfera i rešavanja sporova. U ovu kategoriju se može svrstati i Sporazum o saradnji u oblasti investicione delatnosti u Zajednici nezavisnih država iz 1993. godine.

Ostale sporazume su zaključile države koje između sebe nisu uspostavile posebne integracione oblike.<sup>43</sup> U ovu kategoriju se može svrstati i sektorski sporazum o investicijama u oblasti energije: Povelja o energiji.<sup>44</sup> Povelja sa protokolima, aneksima, odlukama i izjavama je usvojena u Lisabonu 1994. godine, a stupila je na snagu 1998. godine.<sup>45</sup> Povelja sadrži pravila međunarodnog prava za regulisanje multilateralne saradnje u oblasti energije sa ciljem da olakša investicije u ovoj oblasti i da smanji nekomercijalne rizike. Poveljom je garantovana zaštita stranih investitora na principu nediskriminacije, a države su preuzele obavezu da primenu principa nacionalnog tretmana i najpovlašćenije nacije prošire i na strane investitore u sektoru energije. Iako je prema predmetu sektorskog karaktera, veliki broj država je uključen u Povelju što je čini jedinstvenom kategorijom u

---

<sup>41</sup> Ostale sporazume vid. u: *International Investment Instruments: A Compendium*, Vol. XIV. UNCTAD/DITE/4(Vol. XIV), [http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxiv\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxiv_en.pdf), str. 14.

<sup>42</sup> Pravila o stranim investicijama su sadržana u osnivačkim aktima ovih organizacija. Odredbe o tretmanu stranih investicija i investitora sadrže i sporazumi o osnivanju Karijske zajednice iz 1973. godine i Ugovor o osnivanju ekonomske zajednice centralno-afričkih država iz 1983. i drugi.

<sup>43</sup> Vid. na primer: Jedinstveni sporazum o investiranju arapskog kapitala u arapske države, iz 1980. godine.

<sup>44</sup> Energy Charter Treaty. Tekst je dostupan na internet adresi: <http://www.encharter.org/index.jsp?psk=02&ptp=tDetail.jsp&pci=265&pti=12>

<sup>45</sup> Izmenjena 24. aprila 1998. godine.

grupi obavezujućih međunarodnih sporazuma koji sadrže materijalne standarde za tretman investicija.<sup>46</sup>

Značajan uticaj imaju OECD-ov Multilateralni sporazuma i američki model bilateralnog sporazuma. Prvi, jer njegova rešenja odražavaju interese i investitora i država primalaca investicija iz razvijenih članica OECD-a, budući da su eksperti iz ovih zemalja učestvovali u njegovom formulisanju. Iako se rešenja drugog samo "preporučuju", ona su praktično obavezna u poslovima sa američkim investitorima jer se nameću ekonomskom snagom i političkim uticajem SAD kao jednog od najvećih investitora i najuticajnijeg člana u brojnim međunarodnim finansijskim organizacijama, posebno u svetskoj banci. O ovom uticaju najbolje svedoči broj zaključenih sporazuma sa SAD.<sup>47</sup>

#### *Izvori investicionog prava u EU*

U početku, nakon osnivanja EEZ 1957. godine, kretanje investicija u okviru tadašnjih šest država članica bilo je regulisano normama u okviru načela slobode kretanja kapitala i pravilima o pravu nastanjivanja (osnivanja preduzeća). Investiranje u treće države (izvan EU) bilo je regulisano bilateralnim sporazumima o zaštiti stranih investicija koje su države članice zaključivale sa trećim zainteresovanim državama. Činjenica da su nadležnosti za regulisanje stranih investicija zadržale države članice, osim onih koje su bile obuhvaćene slobodom kretanja kapitala i dinamikom njenog ostvarivanja, imala je za rezultat dva režima stranih investicija. Jedan, koji je važio između država članica EEZ, kasnije EZ i EU, i drugi, između država članica i trećih država. Svar je donekle izmenjena nakon što je EZ/EU kasnijim izmenama i dopunama Ugovora o osnivanju prvo stekla podeljenu nadležnost, a nakon stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma (2009. godine) i isključivu nadležnost. Što se tiče intrakomunitarnih investicija, države članice su se Rimskim sporazumom obavezale da u toku prelaznog perioda postepeno ukinu sva međusobna ograničenja prometa kapitala koji pripada licima nastanjenim u državama članicama i sve diskriminacije koje se zasnivaju na državljanstvu ili

<sup>46</sup> Vid. Trade and foreign direct investment, WTO News: 1996. Press/57, [http://www.wto.org/english/news\\_e/pres96\\_e/pr057\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/pr057_e.htm)

<sup>47</sup> Od aprila 1997. godine ovaj sporazum su sa SAD ratifikovale sledeće države: Argentina, Bangladeš, Bugarska, Kamerun, Kongo Češka, Egipat, Estonija, Grenada, Jamajka, **Jermenija**, Kazahstan, Kirgistan, Litvanija, Moldavija, Maroko, Panama, Poljska, Rumunija, Senegal, Slovačka, Šri Lanka, Trinidad i Tobago, Tunis, Turska, Ukrajina i Zair. U toku je postupak ratifikacije sa sledećim državama: Albanijom, Belorusijom, Hrvatskom, Ekvadorom, Gruzijom, Haitijem, Hondurasom, Nikaragvom, Rusijom i Uzbekistanom. Vid. <http://www.usis.it/wireless/wf970416/97041620.htm>.



mestu borvaka ili mestu gde je kapital investiran.<sup>48</sup> Ukidanje pomenutih ograničenja trebalo je da dovede do slobodnog kretanja kapitala i realizacije slobode nastanjanja. U spoljnim odnosima, države članice su, zavisno od svojih interesa i potreba, zaključivale individualne ugovore o zaštiti svojih investicija, u skladu sa međunarodnim pravom i nacionalnim propisima. EZ/EU je mogla jedino da reguliše ona pitanja iz kretanja kapitala koja su smatrana delom zajedničke trgovinske politike iz obdašnjeg člana 113. Ugovora o osnivanju.

#### IZVORI PREPLITANJA I NESPORAZUMA – PREDMET MICULA

Nakon stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma, u kome su strane direktne investicije tretirane kao deo zajedničke trgovinske politike i kojim su države članice svoje nadležnosti za zaključivanje ugovora o direktnim stranim investicijama prenele na EU, nastali su problemi kako tretirati ranije zaključene ugovore. U Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), pitanje stranih direktnih investicija je regulisano u članovima 206. i 207. u okviru zajedničke trgovinske politike, kao i odredbama člana 351. UFEU. Prenošenjem nadležnosti na EU je izvršeno sa namerom da se umesto ranijeg “iskidanog” prava<sup>49</sup> stranih investicija sastavljenog od bilateralnih sporazuma o zaštiti stranih investicija, uspostavi jedinstveni pravni okvir na nivou EU i da Unija na osnovu isključive nadležnosti realizuje jedinstvenu EU politiku stranih investicija.

Države članice su, međutim, do stupanja na snagu Sporazuma iz Lisabona, već bile zaključile preko 1300 BITova sa trećim državama. Neke od ovih, u početku trećih država, su kasnije primljene u EU, druge su zaključile posebne vrste sporazuma o saradnji ili pridruživanju ili stabilizaciji i pridruživanju sa EU. Samo neke od njih su ostale i dalje “klasične treće države.” U takvoj situaciji se kao sporno pojavilo pitanje kakav je pravni status ranije zaključenih ugovora, posebno tzv. intrakomunitarnih: da li i dalje ostaju u režimu ugovora međunarodnog prava ili je njihovo dejstvo regulisano pravom EU. O ovim i sa njim povezanim pitanjima, Sud pravde je raspravljao u nizu odluka. Najpre je u predmetima Komisija protiv Austrije<sup>50</sup>, Švedske<sup>51</sup> i Finske<sup>52</sup> zauzeo stav da su tužene države povredile obaveze iz prava EU (iz člana 351. UFEU), jer su zadržale bilateralne ugovore koji sadrže odredbe koje mogu biti u koliziji sa pravom EU i ovlašćenjem EU da namet-

---

<sup>48</sup> Čl. 67. Rimskog ugovora.

<sup>49</sup> A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, OUP 2011, str. 19.

<sup>50</sup> Case-205/06, *Commission v. Austria* [2009];

<sup>51</sup> Case -249/06, *Commission v. Sweden* [2009]

<sup>52</sup> Case -118/07, *Commission v. Finland*, of 19 November 2009, ECLI:EU:C:2009:715

ne ograničenja kretanja kapitala između država članica i trećih država. Takav stav Suda je doveo u pitanje izvršenje arbitražnih odluka donetih na osnovu takvih neusklađenih BIT sporazuma, kao što se desilo u predmetu *Micula* (Mikula).<sup>53</sup>

U pitanju je bila investicija koja su braća Mikula (Jon i Viorel), švedski državljani rumunskog porekla izvršila 1998. godine preko odgovarajućih firmi. Radi podsticanja stranih investicija u nedovoljno razvijena područja Vlada Rumunije je u to vreme stranim investitorima odobrila niz pogodnosti, kao što su državne subvencije, poreske i carinske olakšice i oslobođenja.<sup>54</sup> Februara 2000. godine, Rumunija je počela pristupne pregovore u sklopu kojih je 2005. godine povukla navedene olakšice i podsticaje stranim investitorima na osnovu odluke odgovarajućih konkurencijskih vlasti koje su našle da su nekim podsticajima povređena pravila o zaštiti konkurencije, tj. da predstavljaju nedozvoljenu državnu pomoć.

Smatrajući da su povlačenjem ovih podsticaja oštećeni, braća Mikula su 28. jula 2005. godine pokrenula arbitražni postupak protiv države Rumunije zbog navodne povrede bilateralnog sporazuma o zaštiti stranih investicija između Švedske i Rumunije i tražili naknadu tako nastale štete. U zahtevu za pokretanje postupka tužioci su, između ostalog,<sup>55</sup> naveli i da je Rumunija povredila načelo legitimnih očekivanja investitora. IKSID arbitražni tribunal je usvojio tužbeni zahtev i doneo odluku o naknadi štete u iznosu od 82 miliona evra. U postupku pred arbitražnim tribunalom Evropska komisija je kao *amicus curiae* upozorila tribunal da bi odluka kojom se od Rumunije traži da vrati ranije podsticaje bila u koliziji sa EU pravilima o državnoj pomoći. U tom smislu je arbitrima preporučila da BIT tumače u skladu sa pravom EU i da u skladu sa odredbama člana 30(3) Bečke konvencije o ugovornom pravu na sporna pitanja primeni EU pravo o državnoj pomoći, umesto odredbi BIT koje su u koliziji sa pravom EU.<sup>56</sup> Arbitražni tribunal je, međutim, drugačije rezonovao pa je usvojio tužbeni zahtev i

<sup>53</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multi-pack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20

<sup>54</sup> Vid. The Emergence Government Ordinance 24/1998 (EGO 24).

<sup>55</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. STarmill S.R.L. claimants v. Romania Respondent*, ICSID Case No. ARB/05/20. Dostupno na <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf> Poslednji pristup 30. 09. 2016.

<sup>56</sup> Tač. 317. I u kasnijim predmetima Evropska komisija je bila izričita da u slučaju kolizije između Ugovora o osnivanju EZ/EU i odredbi BIT, primat ima pravo EU bez obzira da li je sadržano u priamnim ili sekundarnim izvorima. Vid. *Eastern Sugar v Czech Republic, Partial Award*, 27. March 2007. *AES v Hungary and Electrabel v. Hungary*, Anjard, 23 Septemeber 2010. *Isti stav Komisija je ponovila i na konferenciji posvećenoj odnosu investicionog prava i prava EU, koja je održana u Parizu aprila 2009. godine.*

obavezao Rumuniju da naknadi pomenutu štetu. Nakon bezuspešnog pokušaja da spreči donošenje arbitražne odluke, Evropska komisija je otvorila istragu i naložila Vladi Rumunije da suspenduje svaku akciju izvršenja ili delimičnog sporovođenja takve arbitražne odluke, navodeći da bi izvršenje arbitražne odluke predstavljalo novu nedozvoljenu državnu pomoć.<sup>57</sup>

U takvoj situaciji braća Mikula su pred Osnovnim sudom EU (*General Court*) pokrenula postupak za poništaj odluke Komisije. Između ostalog, tužiocu su naveli da odluka Komisije ne vodi računa o tome da je prema pravilima međunarodnog prava Rumunija obavezna da izvrši IKSID arbitražnu odluku bez odlaganja i da međunarodne obaveze Rumunije imaju veću pravnu snagu od prava EU. Tužiocu su naveli i da je svojom odlukom Komisija povredila odredbe člana 351(1) UFEU i član 4(3) UEU kojima su priznate i zaštićene obaveze Rumunije po osnovu BIT sa Švedskom. U generalnom smislu, tužiocu su tužbu formulisali kao sukob prava EU i međunarodnog prava sadržanog u pravu stranih investicija,<sup>58</sup> pri čemu su smatrali da međunarodno pravo ima primat u odnosu na pravo EU. Komisije je, pak, smatrala da postupak treba da zastane kako bi se Sud pravde EU o tome izjasnio i dodala da IKSID Konvencija ne obavezuje EU, jer nije bila ugovorna strana, niti to može biti, te kao takva Konvencija ne čini deo EU pravnog poretka.

Ovo nije prvi put da je od Suda pravde očekivano da se izjasni o ovom pitanju. Isto tako, ni razloge za njegovo postavljanje ne bi trebalo tražiti u konkretnom slučaju. Pitanje je kao latentno postojalo još od osnivanja Evropskih zajednica,<sup>59</sup> ali je potiskivano, a rešenje traženo u formulisanju novih načela kojima bi se premostio otvoreni sukob, kao što su načelo direktnog dejstva. Pravi koreni sukoba se nalaze u nedefinisanom položaju Evropske unije u odnosu na države članice i druge međunarodne organizacije,<sup>60</sup> pa samim tim i u nedefinisa-

---

<sup>57</sup> Tač. 330. i dalje.

<sup>58</sup> A. Delgado Casteleiro, *Four cases for 2015(III): Case T-646/14, Micula v Commission - State aids and International Dispute Settlement Systems*, na Deli Blog, <https://delilawblog.wordpress.com/2015/02/06/andres-delgado-casteleiro-four-cases-for-2015-iii-case-t-64614-micula-v-commission-state-aids-and-international-dispute-settlement-systems/>

<sup>59</sup> O odnosu između komunitarnog prava i međunarodnog prava Sud pravde se izjasnio već u odlukama donetim u vodećim predmetima *Van Gend i Costa v ENEL*. Ali, i kasnije u nizu predmeta.

<sup>60</sup> O tome vid. R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo EU*, Kragujevac, 2012, str. 145. i dalje, posebno 173 -179.

nom odnosu između prava EU i međunarodnog prava i njegovih “fragmenitisa-nih” delova.<sup>61</sup>

U postupku pokrenutim pred Osnovnim sudom, Osnovni sud je potvrdio da IKSID arbitražna odluka ima snagu presude nacionalnog suda, ali to ne znači da ima veću pravnu snagu od prava EU. Naprotiv, prema prihvaćenom načelu primata ili superiornosti prava EU u odnosu na nacionalna prava država članica, nesprovođenjem odluke Komisije, Rumunija bi povredila pravo EU. To praktično znači da je Rumuniji zabranjeno da naknadi štetu koja je arbitražnom odlukom dosuđena tužiocima (investirima).

Tužiocima su smatrali da prema odredbama člana 351(1) UFEU, Ugovori o EU ne mogu uticati na prava i obaveze koje proizilaze iz sporazuma zaključenih pre 1.1. 1958, a u odnosu na države koje su naknadno pristupile, na sporazume koji su zaključeni pre datuma njihovog pristupanja, između jedne ili više država članica, na jednoj strani, ili sa jednom ili više trećih država, na drugoj strani. Smatrali su i da se načelo primata ne može primeniti na pomenuti BIT, jer nije u pitanju sporazum između država članica.

Ostavljajući po strani brojne argumente koje su stranke u postupku iznosile u odbranu svojih stavova, u odluci na preko 300 stranica arbitražni tribunal nije našao da postoji sukob između BIT i EU prava. Naprotiv, tribunal je zauzeo stav da je Evropski sporazum koji je obavezivao Rumuniju u procesu pridruživanja stupio na snagu 1.2. 1995. godine, da je proces pridruživanja okončan 1.04. 2005. godine i da je proces prijema u EU okončan 1.02.2007. godine. Stoga je smatrao da u periodu od stupanja na snagu Evropskog sporazuma i prijema Rumunije u EU, pravo EU nije obavezivalo Rumuniju, da nije bilo direktno primenjivo i da na postoji otvoreni sukob ugovora. Osim toga, tribunal je zauzeo stav i da prijemom Rumunije u EU nije izmenjen ranije zaključeni BIT, niti je suspendovano njegovo dejstvo.

Osnovni sud je, pak, suštinu spora video kao sukob obaveza iz prava EU i iz međunarodnog prava, odnosno u promenjenom pravnom statusu BIT pre prijema Rumunije u EU i nakon toga.

---

<sup>61</sup> M. Koskeniemi and P. Leino, *Fragmentation of International Law ? postmodern Anxieties*, *Leiden Journal of International Law*, Vol, 15(2002)3, 553-579; G. De Burca, *The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*. *Harvard International Law Journal*, Vol. 1, No. 51, 2009; *Fordham Law Legal Studies Research Paper* No. 1321313. Dostupno na: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1321313>; Ziegler, Katja S., *The Relationship between EU Law and International Law* (January 22, 2015). D. Patterson, A. Soderston (eds.), *A Companion to EU and International Law* (Wiley-Blackwell, 2016) 42-61; University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-04. Dostupno na: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2554069>

Tužioci i arbitražni tribunal su ovo pitanje smatrali pitanjem međunarodnog prava i tumačili ga u skladu sa Bečkom konvencijom o ugovornom pravu i u njoj prihvaćenim principom *lex posterior*. Evropska komisija je, pak, smatrala da ovaj sukob treba rešiti u skladu sa načelima koja važe u pravu EU, pre svega sa načelom primata EU prava koje važi ne samo za BITove zaključene nakon prijema odnosne države u EU, već i na one pre toga. Osim toga, Komisija je smatrala i da bi postojanje dva paralelna sistema suđenja i nadležnosti sudova EU i arbitražnih tribunala pri IKSIDu moglo da dovede do novog sukoba.<sup>62</sup>

Osim u predmetu Mikula, IKSID arbitraža je o nadležnosti Suda pravde i o hijerarhiji raspravljala i u nizu drugih investicionih sporova. Tako je u odluci donetoj u predmetu *Electrabel S.A. v the Republic of Hungary*<sup>63</sup> tribunal odbio prigovor Evropske komisije o isključivoj nadležnosti SPEU za tumačenje EU prava i Energetske povelje. Kao merodavno tribunal je, u skladu sa odredbama člana 26 Energetske povelje i članom 42. IKSID konvencije, smatrao pravo Energetske povelje i principe međunarodnog prava, kao i da ovi izvori obuhvataju i pravo EU. Međutim, osim što je smatrao da pravo Energetske povelje i pravo EU treba tumačiti na usklađeni način, nije direktno odgovorio na pitanje o hijerarhiji između međunarodnog prava i prava EU. Što se tiče odnosa između ugovora država nečlanica i država koje su kasnije (nakon zaključenog ugovora) postale članice EU, Sud je prednost dao ugovorima zaključenim pre stupanja na snagu sporazuma o prijemu. Kod ugovora zaključenih između država članica pre nego što je jedna od njih primljena u EU, odredbe kasnijeg ugovora (Ugovora o EZ/EU) imaju prednost u skladu sa načelom *pacta sunt servanda*.

Primat prava EU u odnosu na BIT sporazume kod tzv. internih sporazuma nisu priznali ni arbitri u postupcima koji su pokrenuti prema UNCITRAL pravilima. Tako su arbitri u predmetu *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*<sup>64</sup> odbili kao neosnovan prigovor tuženih i Komisije da paralelna primena EU prava i BIT nije moguća zbog načela primata i direktnog dejstva prava EU.<sup>65</sup> U skladu sa ovim načelima, svaka odredba nacionalnog prava koja nije u skladu sa pravom EU mora biti ukinuta i ne sme se primenjivati<sup>66</sup> i da konflikt između BIT i EU prava mora biti rešen u skladu sa pravom EU.

---

<sup>62</sup> Vid. Opinion 1/09.

<sup>63</sup> ICSID Case No. Arb/07/19).

<sup>64</sup> *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, PCA Case No. 2008-13, Oct. 26, 2010.

<sup>65</sup> Tač. 135.

<sup>66</sup> Vid. R. Vukadinović, Many faces of the principle of direct effect of EC law, *Private Law Reform in South East Europe, Liber Amicorum Christa Jessel Holst*, Belgrade, 2010, str. 114.

## ZAKLJUČAK

Pitanje odnosa bilateralnih sporazuma o zaštiti stranih investicija i prava EU je, pre svega, od značaja za ugovorne strane, a kod intra komunitarnih BITova, za države članice EU. Dosadašnja arbitražna praksa pokazuje da se stavovi arbitražnih tribunala organizovanih i u okviru IKSID i u okviru UNCITRAL pravila, i stavovi država prijemnica kapitala i Evropske komisije nepomirljivo razlikuju. Dok Evropska komisija smatra da u slučaju sukoba između odredbi intra-komunitarnih BITova i prava EU, primat treba dati pravu EU, arbitražni tribunali obaveze iz BITova smatraju međunarodnim obavezama za čije tumačenje i izvršenje važe pravila međunarodnog (javnog) prava. Budući da nije na izričit način regulisano u Ugovorima o osnivanju, i ovom pitanju, kao i u brojnim drugim, poslednju reč će dati Sud pravde EU. Zahtev za odlučivanje o prethodnom pitanju je već postavio Savezni sud Nemačke (Bundesgerichtshof, BGH), u postupku zahteva za poništaj arbitražne odluke u predmetu *Eureka*, pa odgovor treba sačekati.

Značaj pitanja koje je pokrenuto u radu, međutim, prevazilazi samo teorijska razmatranja pravne prirode prava EU i njenih država članica. Ono se prostire i na treće pridružene države kao što je Srbija. S obzirom da je i Srbija zaključila niz BITova i sa državama članicama EU, a imajući u vidu proces prihvatnja komunitarnih tekovina i, makar i jednostranu, želju Srbije za što bržim prijemom, potrebno je već sad otvoriti pitanje kompatibilnosti pogodnosti, posebno državnih subvencija koje su u euforiji privlačenja stranih investitora, olako dodeljivane pojedinim investitorima, kao što su "Gorenje" ili "Fijat".

Academician RADOVAN VUKADNOVIĆ, Ph.D.,  
Faculty of Law Kargujevac and Banja Luka

Academician VITOMIR POPOVIĆ, Ph.D.,  
Faculty of Law Banja Luka

## ON COFLICT BETWEEN EU LAW AND INVESTMENT LAW - CASA MICULA

### Summary

The question of the relationship of the bilateral agreement on the protection of foreign investments and EU law is concern primarily of the parties. In intra community (EU) BITs is for EU Member States. The current arbitration practice shows that attitudes arbitral tribunals organized under the ICSID and UNCITRAL, and the state capital recipients and the European Commission

irreconcilably different. While the European Commission considers that in case of conflict between the provisions of intra-EU BIT and EU law should be given primacy of EU law. Arbitration tribunals obligations from BITs considered international obligations whose interpretation and enforcement is matter of international (public) law. Since that issue is not in an explicit manner set out in the EU Treaties, as in many others, the last word will be given by the Court of Justice of the EU. Request for decision on a preliminary ruling has already laid the Federal Court of Germany (*Bundesgerichtshof*, BGH), in earlier commenced procedure required for setting aside the arbitral decision in the case of Eureka, the answer must be awaited.

The importance of the issues raised in the paper, however, goes far beyond the theoretical consideration of the legal nature of EU and its member states. It extends to the third and associate countries such as Serbia. Given that Serbia and concluded a series of BITs and with EU Member States, and bearing in mind the process of accepting *acquis communautaire* and even unilateral, Serbia's desire for faster accession in EU, it is already open the question of compatibility incentives, particularly state subsidies that are in euphoria for attracting foreign investors, lightly granted to individual investors, such as "Gorenje" and "Fiat".





ZORAN RADIVOJEVIĆ

## OBLICI SUDSKE KONTROLE POŠTOVANJA OBAVEZA DRŽAVA ČLANICA EVROPSKE UNIJE

### U V O D

Kontrola poštovanja obaveza država članica Evropske unije (dalje: EU) predstavlja jednu od glavnih osobenosti pravnog sistema ove međunarodne organizacije. Za razliku od drugih savremenih organizacija, politički nadzor nad ispunjavanjem članskih obaveza nije jedini niti najvažniji oblik kontrole koji ovo pravo poznaje. Ono što ga čini izuzetnim i što omogućava pravu EU da dopre do svih sfera pravnog poretka država članica ogleda se u postojanju sistema sudske kontrole poštovanja obaveza koje iz njega proizilaze. U njegovom središtu nalazi se Sud pravde EU koji je u pogledu nadležnosti i načina vršenja kontrole sasvim specifičan organ bez presedana u drugim međunarodnim organizacijama<sup>1</sup>.

Postupci u kojima Sud pravde kontroliše poštovanje obaveza od strane država članica mogu se svrstati u dva osnovna oblika. Prvi čine postupci po direktnim tužbama zbog navodnog kršenja prava EU ili takozvana direktna kontrola poštovanja obaveza. Drugi oblik obuhvata postupak pribavljanja odluke o pret-

---

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.

<sup>1</sup> V. Knežević-Predić, Z.Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Beograd, 2009, str. 159.

hodnom pitanju koji se još naziva i indirektnom kontrolom poštovanja obaveza iz prava EU<sup>2</sup>.

Uobičajeno je da se prilikom opisivanja razlike između ova dva oblika sudske kontrole naglasi da postupci direktne kontrole poštovanja obaveza iz osnivačkih ugovora od strane država članica započinju tužbom koja je podneta Sudu pravde i završavaju se njegovom presudom. Uz to, aktivnu legitimaciju (*locus standi*) u ovom postupku imaju samo institucije Unije, tačnije Komisija ili države članice, ali ne i individualni subjekti iz zemalja članica. Nasuprot tome, postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju predstavlja samo poseban stadijum ili međufazu u postupku koji otpočinje i završava se pred nacionalnim sudom države članice. U ovom slučaju radi se o postupku koji se u celosti odvija pred nacionalnim sudom, a na osnovu inicijative privatnopravnih subjekata, odnosno fizičkih i pravnih lica nacionalnog prava. Pošto je Sud pravde ovlašćen da na zahtev nacionalnog suda donese samo odluku o prethodnom pitanju koje je vezano za primenu ili tumačenje prava EU, ali ne i da presudi spor kao takav, radi se o tzv. indirektnoj kontroli poštovanja obaveza država članica koje iz tog prava proističu.

#### DIREKTNA KONTROLA POŠTOVANJA OBAVEZA

Povod za pokretanje direktne sudske kontrole je nepoštovanje obaveze iz prava EU od strane države članice. Postupak se pokreće sa ciljem da Sud pravde utvrdi postojanje propusta države u ispunjavanju obaveze i da se ona obaveže da prekine sa neizvršenjem<sup>3</sup>. Pravo na podnošenje tužbe zbog nepoštovanja obaveze imaju Komisija i druge države članice<sup>4</sup>. U praksi se kao tužilac skoro uvek pojavljuje Komisija u skladu sa svojom ulogom "čuvara ugovora". Naprotiv, države članice su u inače veoma bogatoj jurisprudenciji Sud retko podnosile tužbe jedna protiv druge. Iz toga se može zaključiti da su one sklone da neprijatnu ulogu tužioca prepuste Komisiji, a da za eventualne međusobne sporove oko nepoštovanja obaveza potraže druga, politička rešenja<sup>5</sup>. Kao tužena strana u postupku direktne

<sup>2</sup> Ponekad se u literaturi prvi oblik kontrole još naziva i "javnim" mehanizmom za obezbeđenje izvršenja obaveza država članica, dok se za drugi koristi naziv "privatni" mehanizam kontrole izvršenja obaveza. Više o tome: Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *Pravosudna kontrola izvršenja obaveza država članica u Evropskoj uniji, Godišnjak udruženja za međunarodno pravo*, 2007, Beograd, 2008, str. 16-17.

<sup>3</sup> J. Steiner, L. Woods, *Textbook on the European Community Law*, Oxford, 2003, pp. 578-579.

<sup>4</sup> Čl. 258 (raniji čl. 226 Ugovora o Evropskoj zajednici – dalje: UEZ) i čl. 259 (raniji čl. 227 UEZ) Ugovora o funkcionisanju EU – dalje: UFEU. Istovetnu odredbu sadržali su čl. 141 i čl. 142 Ugovora o EVROATOM-u.

<sup>5</sup> U inače izuzetno obimnoj jurisprudenciji Suda sporovi tipa država protiv države zastupljeni su u izuzetno skromnom broju. Verovatni razlozi za to su solidarnost među državama člani-

sudske kontrole pojavljuje se država članica koja navodno nije ispunila neku obavezu iz prava EU, pri čemu pojam tužene države obuhvata sve nacionalne organe iz zakonodavne, sudske i izvršne grane vlasti.

Obaveze zbog čijeg se nepoštovanja pokreće postupak direktne kontrole mogu da potiču iz različitih formalnih izvora prava EU. Prvenstveno su u pitanju obaveze koje proističu iz osnivačkih ugovora i ugovora koji ih menjaju i dopunjavaju. Nesporno je, takođe, da u ovaj krug ulazi i sekundarna legislativa, tj. obavezujući pravni akti koje donose institucije EU na osnovu ovih ugovora. Isti je slučaj sa ugovornim obavezama proisteklim iz sporazuma koje Unija zaključuje sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama.

Nepoštovanje obaveza država članica predstavlja zapravo njihovu povredu<sup>6</sup>. Država članica svoje obaveze može povrediti kako delovanjem, tako i propuštanjem da se deluje. U prvom slučaju kršenje obaveze može se sastojati u usvajanju aktata koji su direktno suprotni pravu EU ili, pak, donošenju mera kojima se samo delimično ili na neodgovarajući način izvršavaju obaveze koje iz njega proizilaze. Analiza jurisprudencije Suda pravde ukazuje na neke tipične oblike nepoštovanja obaveza država članica<sup>7</sup>.

Pre svega, to je povreda obaveze lojalne saradnje predviđene čl. 4, stav 3 Ugovora o EU (dalje: UEU) koji obavezuje članice da preduzimaju "sve opšte i posebne mere potrebne kako bi obezbedile ispunjenje obaveza koje proizilaze iz ovog ugovora ili iz delatnosti organa Unije". Iako ova široka formulacija ostavlja prilično veliku slobodu ocene ponašanja države, Sud je stao na stanovište da se Komisija kao aktivno legitimisani pokretač postupka ne može osloniti na pretpostavku da postoji kršenje ukoliko država članica nije obezbedila dokaze o poštovanju prava<sup>8</sup>.

Država članica krši pravo EU i ako ne obezbeđuje njegovo odgovarajuće dejstvo u svom nacionalnom pravnom sistemu. Sud je, naime, smatrao da članica ne poštuje svoje obaveze iz navedenog člana UEU ukoliko na isti način ne sankcioniše i povrede nacionalnog i povrede prava EU. Nepoštovanje obaveze može da predstavlja i samo zadržavanje na snazi ili sprovođenje u život postojećih zakonskih i podzakonskih akata koji su nespojivi sa pravom EU. U tom pogledu postoji

---

cama naspram Komisije i bojazan države tužioca da suprotna strana kasnije ne uzvrat istom merom.

<sup>6</sup> Više o tome: R. Vukadinović, *Evropska ekonomska zajednica – institucije*, Beograd, 1991, str. 98-99.

<sup>7</sup> Za dalju analizu videti: P. Craig, De Burca, *European Union Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003, pp. 418-424.

<sup>8</sup> Slučaj 267-9/81, *Commission v. Nedherlands*, European Court Reports (dalje: ECR), 1983, p. 1791.

obaveza država članica da iz svog nacionalnog prava ukloni sve norme koje nisu u skladu sa propisima EU, čak i onda kada se više ne primenjuju<sup>9</sup>.

Povreda obaveze nedelovanjem postoji kada država članica propusti da preduzme mere na koje je obavezna ili ne donese određeni pravni akt. Do toga najčešće dolazi u slučaju nesprovođenja direktive s obzirom na činjenicu da ona državama ostavlja slobodu u pogledu metoda i sredstava njene implementacije. Uprkos tome, obaveza je svake države članice kojoj je direktiva upućena da je sprovede u celini, posebno ako je reč o direktivi koja ne proizvodi direktno dejstvo. Kršenje obaveze postoji i ako država direktivu ne sprovede u propisanom roku, budući da svako kašnjenje sa njenom implementacijom ima za posledicu ugrožavanje jedinstvene primene prava EU<sup>10</sup>.

Direktna sudska kontrola osobena je po tome što njenom pokretanju pretihodi postupak administrativne prirode koji je samo u osnovnim crtama propisan osnivačkim ugovorom, dok je najvećim delom rezultat prakse koju je Komisija razvila. On se vodi u okviru ili pred Komisijom i sastoji iz formalnog i neformalnog dela. U prvoj fazi Komisija i država članica vode neformalne pregovore sa ciljem da postignu saglasnost o navodnom nepoštovanju obaveze i merama za njegovo otklanjanje. Ukoliko pregovori ne dovedu do uspeha, Komisija zvanično obaveštava državu o navodnoj povredi obaveze koja joj se pripisuje i poziva je da se u roku, koji je po pravilu dva meseca, a samo u hitnim slučajevima može biti i kraći, izjasni o tim navodima<sup>11</sup>.

Kada pregovori ni u ovoj fazi ne dovedu do zadovoljavajućeg rezultata Komisija usvaja obrazloženo mišljenje koje obavezuje državu. U njemu se mora tačno navesti osnov na kome navodi o povredi zasnivaju i utvrditi datum do koga teče rok državi da prekršaj otkloni<sup>12</sup>. Tek ako država ne postupi u skladu sa obrazloženim mišljenjem u roku koji je određen, Komisija može pokrenuti sudski po-

<sup>9</sup> Slučaj 67/73, *Commission v. France*, ECR, 1974, p. 359.

<sup>10</sup> Slučaj 39/72, *Commission v. Italy*, ECR, 1973, p. 101.

<sup>11</sup> Ovo obaveštenje ne mora biti obrazloženo, ali se u njemu moraju navesti sve optužbe koje se stavljaju na teret državi. Sud je odbijao da uzme u razmatranje optužbe koje su po prvi put iznete na usmenom ročištu (slučaj 31/69, *Commission v. Italy*, ECR, 1970, p. 25).

<sup>12</sup> Izostanak odgovarajućeg obrazloženja jedan je od čestih razloga na kojima države članice zasnivaju svoj kasniji zahtev da se tužba oglasi neprihvatljivom. Dosadašnja praksa pokazuje da Sud nije bio sklon da ovaj zahtev koji Ugovor postavlja Komisiji tumači strogo, kao što je to slučaj sa obaveznim obrazloženjem komunitarnog akta. Međutim, Sud nije bio sklon ni da ga potpuno zanemari, smatrajući da mišljenje na koje upućuje ovaj član Ugovora treba da sadrži koherentnu izjavu o razlozima koji su naveli Komisiju da veruje da država o kojoj je reč nije poštovala svoje obaveze iz ugovora (slučaj 7/61, *Commission v. Italy*, ECR, 1961, p. 327). Sud je pokazao oprez i izvesna oklevanja i kada je reč o roku koji je ostavljen državi da otkloni navodni prekršaj. Videti slučajeve 74/82 (*Commission v. Ireland*, ECR, 1984, p. 317) i 293/85, (*Commission v. Belgium*, ECR, 1988, p. 305).

stupak kontrole. Ona, dakle, nije obavezna da to učini, već joj je ostavljeno diskreciono pravo da odluči da li će postupak kontrole okončati u administrativnoj fazi ili će pribеći sudskom obliku direktne kontrole. Pravom EU nije propisan poseban rok za pokretanje postupka pred Sudom. U svakom slučaju Komisija mora da sačeka istek roka koji je utvrđen obrazloženim mišljenjem i koji se ne može izmeniti odlukom Suda. Ipak, vreme između pokretanja administrativnog postupka i podizanja tužbe ne sme biti predugo, jer bi to moglo otežati zainteresovanoj državi da pobije argumente Komisije i time ugrozilo njeno pravo na odbranu.<sup>13</sup>

Veoma sličan postupak predviđen je u slučaju kada država članica smatra da druga država ne poštuje neku obavezu nametnutu pravom EU. Pre nego što pokrene postupak pred Sudom pravde ona je dužna da se obrati Komisiji koja prvo poziva državu da iznese svoje viđenje slučaja. Pošto je tako dala priliku zainteresovanoj strani da se izjasni, Komisija donosi obrazloženo mišljenje, pa ukoliko država u pitanju ne postupi u skladu sa njim, država koja je pokrenula administrativni postupak, stiče pravo da podnese tužbu Sudu pravde. Međutim, izostanak obrazloženog mišljenja Komisije ne predstavlja smetnju za pokretanje postupka direktne sudske kontrole. Zainteresovana država, naime, ima pravo na tužbu i bez obrazloženog mišljenja pošto istekne rok od tri meseca od dana podnošenja odgovarajućeg predmeta Komisiji. Pravo na podizanje tužbe ona bi imala i ukoliko je nezadovoljna mišljenjem, uključujući i slučaj kada Komisija utvrdi da nema nepoštovanja ugovorne obaveze<sup>14</sup>.

Povodom tužbe Komisije ili države članice podnete zbog nepoštovanja obaveze Sud sprovodi postupak u kome na osnovu raspoloživih dokaza i primenjujući pravo EU utvrđuje da li je tužena država članica prekršila neku svoju obavezu koja iz tog prava proističe. Tom prilikom ovlašćen je da razmotri sva relevantna pitanja i nije vezan stanovištem iz obrazloženog mišljenja Komisije. Sud je, ipak, ograničen povredama koje je Komisija navela u svom mišljenju i nije nadležan da razmatra navode koji su po prvi put izneti u sudskom postupku. Sud, takođe, nije ovlašćen da revidira mišljenje Komisije, niti ga može zameniti svojom odlukom, ali je u određenim slučajevima nadležan da svojom presudom poništi odluku Komisije.

U toku postupka pred Sudom tužene države isnose različite argumente u svoju odbranu kako bi osporile dopuštenost ili osnovanost tužbe. Svrha isticanja ovih prigovora je da se dokaže kako postoje razlozi koji opravdavaju nepoštovanje obaveze. U jurisprudenciji Suda izdvojilo se nekoliko najčešćih argumenata odbrane država. Jedan od njih je da odgovornost države ne postoji u slučajevima

---

<sup>13</sup> Slučaj C-96/89, *Commission v. Netherlands*, ECR, 1991, p. 2461.

<sup>14</sup> U ovom smislu: V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, *op. cit.*, str. 165.

kada su preduzete sve raspoložive mere u cilju poštovanja obaveza, ali do njihovog izvršenja nije došlo zbog delovanja ili nedelovanja zakonodavnih ili sudskih organa. Sud pravde nije, po pravilu, prihvatao ovu argumentaciju uz obrazloženje da “obaveze koje proističu iz ugovora počivaju na državi kao takvoj i odgovornost...nastupa bez obzira na to koji je organ države čije je delovanje ili nedelovanje prouzrokovalo neispunjenje njenih obaveza, čak i u slučaju da se radi o ustavno nezavisnoj instituciji”<sup>15</sup>.

Stanovište je Suda da odredbe nacionalnog zakonodavstva, uključujući i ustavne odredbe, ne izvinjavaju državu članicu u slučaju nepoštovanja obaveza. Po rečima samog Suda “država članica se ne može pozivati na odredbe, praksu i okolnosti koje postoje u unutrašnjem pravnom sistemu da bi opravdala nepoštovanje obaveza i rokova koji su postavljeni direktivom”<sup>16</sup>. Isto tako, ni odgovornost savezne države ne isključuje činjenica da je povredu obaveze iz prava EU izvršio organ vlasti neke njene federalne jedinice<sup>17</sup>.

Jurisprudencija poznaje i slučajeve pozivanja države članice na protivpravnost mere koja nije sprovedena, ali Sud nije bio sklon da prihvati ni tu liniju argumentacije odbrane uz obrazloženje da se “država članica, ako ne postoji odredba Ugovora koja joj to izričito dopušta, ne može pozivati na nezakonitost odluke koja joj je upućena”<sup>18</sup>. On je, takođe, odbio da kao valjano opravdanje za nepoštovanje obaveza država članica prihvati pozivanje na višu silu<sup>19</sup>, unutrašnje političke prilike, ekonomsku ili socijalnu situaciju ili okolnost da povreda obaveze nije prouzrokovala nikakvu štetu<sup>20</sup>. Konačno, praksa pokazuje nespremnost Suda da države članice koje su tužene za nepoštovanje obaveza oslobodi odgovornosti zato što su na isti način postupile druge države ili institucije Unije<sup>21</sup>.

Posle sprovedenog postupka Sud svojom presudom utvrđuje da li postoji nepoštovanje obaveze od strane države članice. Reč je o presudi deklarativne prirode kojom se samo konstatuje da je tužena država propustila da ispuni svoje

<sup>15</sup> Slučajevi 77/69 (*Commission v. Belgium*, ECR, 1970, p.237) i 8/70 (*Commission v. Italy*, ECR, 1970, p. 961).

<sup>16</sup> Slučajevi 280/83 i 100/77 (*Commission v. Italy*, ECR, 1984, p. 2361; *Ibid*, 1978, p. 879).

<sup>17</sup> Slučaj 9/77 (*Casagrande v. Munich*, ECR, 1974, p. 773). Iako se ovde radilo o odluci o prethodnom pitanju po čl. 177 (kasniji čl. 234) UEZ, Sud je jasno istakao da je komunitarno pravo obavezujuće za sve nivoe vlasti.

<sup>18</sup> Slučaj 223/87, *Commission v. Greece*, ECR, 1988, p. 3611.

<sup>19</sup> Slučaj 101/84, *Commission v. Italy*, ECR, 1985, p. 2629.

<sup>20</sup> Slučajevi C-265/95 (*Commission v. France*, ECR I, 1996, p. 6959) i 95/77 (*Commission v. Netherlands*, ECR, 1978, p. 863).

<sup>21</sup> Slučajevi 52/78 (*Commission v. Italy*, ECR, 1976, p. 284) i 90-91/63 (*Commission v. Luxembourg and Belgium*, ECR, 1964, p. 625).

obaveze iz prava EU. U toj presudi se može bliže odrediti u čemu se povreda obaveze sastoji, ali Sud nije ovlašćen da državi naredi da nešto učini ili ne učini. Isto tako, Sud nije nadležan da poništava nacionalne propise kojima se krše obaveze nametnute pravom EU, niti da dosuđuje naknadu štete koju su individualni subjekti pretrpeli zbog povrede.

Presuda Suda nije, ipak, bez ikakvog dejstva u pogledu fizičkih i pravnih lica iz država članica. U skladu sa načelima integracije i primata prava EU oni se pred nacionalnim sudovima mogu punovažno pozvati na presudu kojom je utvrđeno da postoji nepoštovanje obaveze od strane države članice. Od tih sudova oni mogu tražiti da ne primene nezakonitu nacionalnu meru ili zahtevati da dobiju naknadu štete od države zbog nepoštovanja njene obaveze<sup>22</sup>.

Država članica za koju se utvrdi da nije poštovala neku svoju obavezu dužna je da preduzme sve potrebne mere kojima će izvršiti presudu. Neizvršenje presude smatra se povredom obaveze i predstavlja osnov za pokretanje novog sudskog postupka od strane Komisije. U tom se slučaju od Suda može tražiti da državi koja nije izvršila presudu naložiti plaćanje paušalnog iznosa ili novčane kazne<sup>23</sup>.

#### INDIREKTNA KONTROLA POŠTOVANJA OBAVEZA

Za razliku od postupka direktne kontrole, kod odlučivanja o prethodnim pitanjima Sud se pojavljuje u naizgled ograničenoj ulozi, budući da nije nadležan da neposredno kontroliše poštovanje obaveza država članica koje proističu iz prava EU. Taj zadatak imaju nacionalni sudovi koji, rešavajući sporove iznete od strane fizičkih i pravnih lica, svakodnevno sprovode ovo pravo u okviru nacionalnih pravnih sistema čime i sami postaju deo sudskog sistema Unije<sup>24</sup>. Sud pravde, dakle, nije ovlašćen da razmatra konkretan spor i da na njega primeni pravo EU. Međutim, on je jedini i u krajnjoj liniji isključivo nadležan da utvrdi i presudi šta jeste pravo Unije.

Kod indirektne kontrole poštovanja obaveza putem pribavljanja odluke o prethodnom pitanju nacionalni sud zastaje sa postupkom i pitanje vezano za primenu i tumačenje prava EU, neophodno radi donošenja presude u sporu koji rešava, upućuje Sudu pravde. Tumačenje Suda, koje se daje u formi sudske odluke,

---

<sup>22</sup> Slučaj 48/71, *Commission v. Italy*, ECR, 1971, p. 529.

<sup>23</sup> Čl. 260, stav 2 (raniji čl. 228 UEZ) UFEU. U Memorandumu o primeni ovog člana (*Official Journal*, 1996, C 242/6) Komisija je kao osnovne kriterijume prilikom predlaganja novčane kazne navela ozbiljnost povrede, dužinu trajanja potrebe da se osigura da sama kazna ima odvratajuće dejstvo i očekivanje da se povreda neće ponavljati.

<sup>24</sup> Više o tome: Ph.Manin, *L'Union européenne: institutions – ordre juridique – contentieux*, Paris, 2005, p. 454; Z. Meškić, D. Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, Sarajevo, 2012, str. 445.

zatim se vraća nacionalnom sudu koji, primenjujući kako svoje nacionalno tako i pravo EU na konkretne okolnosti slučaja, donosi presudu. Odluka Suda o prethodnom pitanju je konačna i obavezujuća za nacionalni sud. Protiv nje ne postoji pravo žalbe niti bilo koje drugo pravno sredstvo. Na taj način Sudu je obezbeđena uloga vrhovnog tumača i kontrolora poštovanja prava EU.

Kroz postupak indirektno kontrole, tj. pribavljanja odluke o prethodnom pitanju, uspostavlja se direktni i stalno otvoreni kanal komunikacije i saradnje između pravosudnih organa država članica i Suda pravde. U toj komunikaciji pravo EU i njegovom vrhovnom tumaču obezbeđen je primat u odnosu na nacionalno pravo država članica i njihove pravosudne organe. Bez obzira što formalno između njih ne postoji odnos nadređenosti i podređenosti, donošenje odluke o prethodnom pitanju faktički stavlja Sud u položaj meritornog odlučioca kada je o poštovanju prava EU reč.

U odnosima saradnje postoji jasna podela nadležnosti u okviru koje svaki sud daje svoj doprinos poštovanju obaveza koje proističu iz prava EU<sup>25</sup>. Sudovi država članica nadležni su da primenjuju to pravo u okviru svojih pravnih poredaka. Tačnije rečeno, oni su ovlašćeni da, nakon što utvrde činjenično stanje vezano za konkretan slučaj i relevantne odredbe svog prava, primenom nacionalnog i prava EU presude u tom predmetu. Sud pravde, pak, nije apelacioni sud kome se mogu upućivati žalbe na presude nacionalnih sudova, već je njegov zadatak da odlukama o prethodnim pitanjima tumači pravo EU. U toj podeli uloga nacionalni sudovi primenjuju, a Sud pravde tumači pravo EU.

Iz toga proizilazi da je Sud pravde kod postupka indirektno kontrole poštovanja obaveza nadležan da odlučuje o pravnim, a ne o činjeničnim pitanjima<sup>26</sup>. Od njega se može tražiti da kaže šta jeste pravo EU i kako ga treba shvatiti i razumeti, ali ne i da ga primeni na činjenice u konkretnom slučaju. Ovakvo objašnjenje uloge Suda moguće je samo ukoliko je jasna razlika između tumačenja i primene prava EU. Međutim, prilikom tumačenja Sud mora da u određenoj meri uzme u obzir kako pravnu, tako i činjeničnu pozadinu spora pred nacionalnim sudom kako bi mu mogao dati odgovor na prethodno pitanje. Ujedno je to i jedini način da odgovor upućen nacionalnom sudu bude koristan za rešenje glavnog spora<sup>27</sup>.

Često dešava da odgovor sadržan u odluci o prethodnom pitanju ne ostavlja nacionalnom sudu mnogo prostora da samostalno odluči o primeni prava EU. Takva situacija postoji kada Sud u svojoj odluci o prethodnom pitanju utvrdi da

<sup>25</sup> Slučajevi C-221/88 (*Busseni*, ECR I, 1990, p. 495), 16/65 (*Schwarze*, ECR, 1965, p. 877) i C-454/98 (*Schmeink & Cofreth and Strobel*, ECR I, 2000, p.6973.).

<sup>26</sup> Slučaj 5/77, *Tedeshi/Denkavit*, ECR, 1977, p. 1555.

<sup>27</sup> Videti: T.Čapeta, S.Rodin, *Osnove prava Evropske unije*, Zagreb, 2011, str. 125.



određena norma prava EU ne dozvoljava regulisanje nekog odnosa na način kako ga je uredio neki nacionalni propis. Nacionalnom sudu se time šalje jasna poruka da je pravo države članice suprotno pravu EU što će imati za konkretnu posledicu nemogućnost njegove primene u datom slučaju. U praksi se nacionalni sudovi često obraćaju Sudu pravde upravo zato da bi pozivom na odluku o prethodnom pitanju mogli odbiti primenu nacionalnog prava koje je suprotno pravu EU<sup>28</sup>.

Postupak indirektno kontrole poštovanja prava EU od strane država članica treba da omogući ostvarenje još nekih opštih i pojedinačnih interesa. Prvi od njih je da se obezbedi jednoobraznost u primeni i tumačenju prava EU. Po rečima samog Suda, "postupak prethodnog odlučivanja je od suštinskog značaja za očuvanje uniformnog karaktera prava Zajednica i ima za cilj da obezbedi da to pravo bude uvek isto u svim državama članicama"<sup>29</sup> Taj se cilj može ostvariti samo ako se pravo EU na jedinstveni način tumači i primenjuje od strane nacionalnih sudova svih država članica.

Pored toga, poseban interes može biti da se olakša primena prava EU u nacionalnim pravnim sistemima država članica, s obzirom da se od njihovih sudova očekuje da primenjuju pravo koje dovoljno ne poznaju<sup>30</sup>. Svojim uputstvima u formi odluke o prethodnim pitanjima, Sud pravde im pomaže da reše eventualne nedoumice u vezi sa sadržinom i načinom primene tog prava<sup>31</sup>. "Usklađenost pravosudnog sistema EU", kako kaže jedan autor, "ne može da počiva samo na sudovima Unije, već na isprepletanom sistemu nadležnosti pravosudnih organa Unije i nacionalnih sudova... Svaka država članica sopstvenim pravosudnim sistemom doprinosi cilju delotvorne primene i sprovođenja prava Unije što je u skladu sa dubljom filozofijom jedinstva i različitosti na kojoj se sama Unija zasniva"<sup>32</sup>.

U postupku pribavljanja odluke o prethodnom pitanju može se, istina posrednim putem, kontrolisati poštovanje obaveza država članica kroz osporavanje zakonitosti njihovih internih propisa donetih suprotno pravu EU. Sudeći samo po slovu osnivačkih ugovora Sud pravde ovlašćen je da odlučuje isključivo o pitanjima tumačenja i valjanosti prava EU. Sud, pak, nije nadležan da tumači nacionalno pravo niti da ocenjuje njegovu saglasnost sa pravom EU<sup>33</sup>. Uprkos tom

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, str. 126.

<sup>29</sup> Slučaj 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, ECR, 1974, p. 33.

<sup>30</sup> M. Stanivuković, *Pojedinak pred Sudom evropskih zajednica*, Beograd, 2007, str. 80.

<sup>31</sup> H.G. Schermers, D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, London, New York, 2001, p. 228.

<sup>32</sup> K.Lenaerts, *The Rule of Law and Coherence of the Judicial System of the European Union*, *Common Market Law Review*, 2007, Vol. 44, p. 1659.

<sup>33</sup> Videti slučaj 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, ECR, 1978, p. 629.

ograničenju, Sud je u dosadašnjoj praksi odgovarao na pitanja koja su se, strogo posmatrano, odnosila na tumačenje odredaba nacionalnog prava, pod uslovom da su odredbe u pitanju zasnovane na pravu EU ili se pozivaju na to pravo<sup>34</sup>. Tako, recimo, nacionalni sud može apstraktno postaviti pitanje tumačenja vezujući ga za činjenično stanje slučaja o kome odlučuje i ime dobiti relativno jasan odgovor o usklađenosti nacionalnog propisa sa pravom EU. Dopuštajući takva pitanja, Sud pravde odbacio je shvatanje po kome direktna tužba zbog neispunjenja obaveze predstavlja isključivi način kontrole poštovanja obaveza država članica i kao drugi njegov oblik prihvatio sistem indirektno sudske kontrole sprovođenja i primene prava EU<sup>35</sup>.

Pravo da pokrenu mehanizam indirektno kontrole poštovanja obaveza imaju samo sudovi država članica<sup>36</sup>. Prema tome, aktivnu legitimaciju u ovom postupku nemaju upravni, izvršni i zakonodavni organi država članica. Prethodno pitanje Sudu ne mogu neposredno postavljati ni institucije niti drugi organi Unije. Stranke u postupku koji se vodi pred nacionalnim sudom, takođe, nemaju pravo da direktno upućuju Sudu predlog za odlučivanje o prethodnom pitanju. One mogu samo zahtevati od nacionalnog suda da se obrati Sudu, ali ga njihova inicijativa na obavezuje da to učini. U tom pogledu Sud pravde zauzeo je jasan stav da ovdje nije reč o pravnom sredstvu koje stoji na raspolaganju privatnim strankama<sup>37</sup>.

S druge strane, nacionalni sud može pokrenuti postupak indirektno kontrole upućivanjem prethodnog pitanja ne čekajući na zahtev stranaka. To znači da iza obraćanja Sudu pravde ne mora stojati privatna inicijativa. Stranke se čak mogu sporazumeti da ne zahtevaju upućivanje pitanja, ali ni to ne sprečava nacionalni sud da se obrati Sudu pravde. Stanovište je Suda da nacionalni sud može uvek kada smatra opravdanim i potrebnim uputiti zahtev za odluku o prethodnom pitanju na sopstvenu inicijativu<sup>38</sup>.

Pojam nacionalnog suda koji je u smislu osnivačkih ugovora ovlašćen da inicira postupak indirektno kontrole Sud pravde je smatrao autonomnim konceptom koji zavisi od prava EU, a ne od nacionalnog prava država članica. Tom prilikom nije prihvatao određenja sadržana u nacionalnim zakonodavstvima, već je sudovima smatrao sve organe koji u najširem smislu vrše funkciju rešavanja

<sup>34</sup> U ovom slučaju Sud je nadležan da daje tumačenje odredaba prava EU koje pomaže nacionalnom sudu da dođe do odgovarajućeg tumačenja nacionalnog prava. Videti slučajeve 31/74 (*Galli*, ECR, 1975, p. 47) i 111/75 (*Mazzali*, ECR, 1976, p. 657).

<sup>35</sup> F.Mancini, D.Keeling, Democracy and European Court of Justice, *Modern Law Review*, 1994, no 2, p. 183.

<sup>36</sup> Čl. 267 (raniji stav 2 čl. 234 UEZ) UFEU.

<sup>37</sup> Slučaj 283/81, *CILFIT*, ECR, 1982, p. 3415.

<sup>38</sup> Slučajevi 166/73 (*Rheinmühlen*, ECR, 1974, p. 33) i 126/80 (*Salonia*, ECR, 1981, p. 1563).

sporova, pod uslovom da uživaju izvestan stepen priznanja javne vlasti, odnosno da budu uključeni u državnu strukturu. Time nije dovedena u pitanje postojeća struktura nacionalnih sudova država članica<sup>39</sup>.

Pokretanje postupka indirektno kontrole upućivanjem zahteva za odluku o prethodnom pitanju predviđeno je i kao pravo i kao obaveza suda države članice. Osnivački ugovori daju pravo svakom sudu da se obrati Sudu pravde sa predlogom za odlučivanje o prethodnom pitanju<sup>40</sup>. U tom pogledu nacionalni sudovi uživaju pravo na diskrecionu ocenu, pa će iniciranje ovog postupka kontrole zavisi od njihove procene da li im je takva odluka Suda pravde neophodna za donošenje presude.

Nasuprot tome, obaveza pokretanja postupka propisana je za nacionalne sudove protiv čijih odluka nema pravnog leka prema unutrašnjem pravu<sup>41</sup>. Iako jezičko tumačenje ove odredbe osnivačkog ugovora sugerise da se ovde mislilo na odluke najvišeg suda (tzv. apstraktna teorija), u praksi je prihvaćeno gledište (tzv. konkretna teorija) da pojam suda poslednje instance ne mora nužno podrazumevati vrhovni sud, već to može biti bilo koji drugi sud protiv čije odluke nije moguć redovni pravni lek<sup>42</sup>. Prema mišljenju Suda pravde, svrha ove odredbe je da se spreči nastanak sudske prakse u nekoj državi članici koja ne bi bila u skladu sa pravom EU. Ovaj se cilj može ostvariti samo ako najviši sud u državi, kao i svaki drugi nacionalni sud protiv čije odluke ne postoji pravni lek po unutrašnjem pravu, ima obavezu da upućivanjem prethodnog pitanja pokrene postupak pred Sudom pravde<sup>43</sup>.

Odluka Suda pravde doneta o prethodnom pitanju sadrži odgovor koji je u načelu uopšten, budući da kazuje šta jeste pravo EU, ali istovremeno i koristan

---

<sup>39</sup> Više o tome: L. Brown, N.Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 2000, pp. 223-225; Ph. Manin, *op. cit.*, pp. 467-468; Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *op. cit.*, str. 187-188.

<sup>40</sup> Čl. 267, stav 2 (raniji stav 2 čl. 234 UEZ) UFEU.

<sup>41</sup> Stav 3 čl. 267 (raniji stav 3 čl. 234 UEZ) UFEU. Ovo, na prvi pogled, paradoksalno rešenje kojim se nižim sudovima daje pravo da tumače odredbe prava EU radi rešenja spora, a to pravo uskraćuje sudovima poslednje instance, objašnjava se time da je u slučaju pogrešne odluke nižeg suda zajemčeno pravo na žalbu višem sudu, koji je, pak, dužan da se obrati Sudu pravde. Videti: D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, 1997, p. 465.

<sup>42</sup> Za širu analizu ovih svatanja: P.Craig, De Burca, *op. cit.*, p. 466; H.G. Schermers, D.F. Wa-  
elbroeck, *op. cit.*, pp. 267-268; D.Chalmers, *European Union Law – Texts and Materials*, Cambridge, 2010, p. 298.

<sup>43</sup> Slučajevi 107/76 (*Hoffmann-La Roche AG v. Cenrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, ECR, 1977, p. 957) i C-99/00 (*Criminal proceedings against Kenny Roland Lyckeskog*, ECR I, 2002, p. 4839). Videti i mišljenje opšteg pravobranioca J.Colomera u slučaju C-14/08 (*Roda Golf & Beach Resort SL*, ECR I, 2009, p. 5439).

za rešenje glavnog spora. Tom prilikom mora se naći balans između zahteva teorijske i praktične prirode. Suviše apstraktan odgovor ne bi bio od pomoći nacionalnom sudu, a mogao bi da ugrozi jednoobraznost u primeni prava EU. S druge strane, ako je odgovor previše detaljan i konkretan, sudovima država članica ne preostaje ništa drugo nego da prepisu odluku Suda pravde, čime bi se dovela u pitanje njihova nadležnost za rešavanje glavnog spora<sup>44</sup>.

Pošto donese odluku, Sud pravde je upućuje nacionalnom sudu koji nastavlja postupak u onom stadijumu u kome je bio prekinut. Sud pravde, dakle, ne presuđuje glavni spor, već odluku donosi nacionalni sud primenjujući pravo EU na konkretne okolnosti slučaja. Nacionalni sud može glavni spor rešiti i primenom drugog korpusa prava, ali ako ga presuđuje prema pravu EU odluka Suda pravde je za njega obavezna<sup>45</sup>.

Dejstva odluke o prethodnom pitanju, kada je reč o tumačenju prava EU, nisu izričito regulisana osnivačkim ugovorima. U praksi je opšteprihvaćeno da odluke o tumačenju obavezuju nacionalni sud koji je uputio pitanje, te da interpretativni stav Suda pravde deluje kao pravnosnažno rešenje prethodnog pitanja. Nacionalni sud dužan je da u konačnom presuđivanju uzme u obzir tumačenje Suda i u skladu sa njim reši spor, jer u suprotnom nije ni trebalo da zahteva tumačenje<sup>46</sup>.

Tumačenje koje je dao Sud pravde u svojoj odluci obavezuje i sve više sudove koji bi mogli odlučivati po pravnim lekovima u istoj stvari, uključujući i sudove poslednje instance<sup>47</sup>. Iako Sud nije nikada izričito naveo takvo dejstvo svoje odluke, ono se može izvesti iz njegovog stava da autoritet tumačenja koje je već dao u kontekstu postupka upućivanja prethodnog pitanja oslobađa sudove zadnje instance dužnosti da pokrenu postupak prethodnog odlučivanja<sup>48</sup>. Ukoliko, pak, sud poslednje instance ne želi da sledi dato tumačenje, njegova je obaveza da uputi novo prethodno pitanje, budući da ne može ignorisati prethodnu odluku Suda pravde.

Iako odluke o tumačenju formalno ne vezuju nacionalne sudove u drugim sličnim slučajevima, smatra se da one imaju šire dejstvo. Argumenti u prilog nji-

<sup>44</sup> R. Vukadinović, *op. cit.*, str. 135.

<sup>45</sup> T. Hartley, *Osnovi prava Evropske zajednice* (prevod), Beograd, 1998, str. 276.

<sup>46</sup> Više o tome: I. Goldner Lang, Učinci presuda Evropskog suda u prethodnom postupku, *Prethodni postupak u pravu Evropske unije – suradnja nacionalnih sudova s Evropskim sudom*, Zagreb, 2011, str. 94.

<sup>47</sup> K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, London, 2006, pp. 196-197.

<sup>48</sup> Spojeni slučajevi 28-30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v. Netherlands Inland Revenue Administration*, ECR, 1963, p. 31.

hovog dejstva *erga omnes* su, s jedne strane, da postupak prethodnog odlučivanja ima ulogu vodiča za pravo EU, kao i načelo procesne ekonomije koje nalaže da nacionalni sudovi pred kojima se u budućnosti pojavi isto pitanje tumačenja na koje je Sud pravde već dao odgovor, slede njegovu prethodnu odluku ili upute novo pitanje. U praksi sudovi država članica po pravilu uzimaju u obzir tumačenja Suda pravde i u kasnijim slučajevima koji imaju isti ili sličan pravni osnov. Tako se tumačenje Suda pravde posrednim putem nameće svim nacionalnim sudovima i postaje sastavni deo principa prava EU.

Prilikom tumačenja prava EU Sud pravde formalno ne ulazi u pitanje ocene uslađenosti nacionalnog prava države članice sa tim pravom. Iako u svojoj odluci Sud ne može izričito utvrditi da je neki nacionalni propis protivan pravu EU, takav stav može posredno i *de facto* da proizađe iz njegovog tumačenja. Ukoliko je posledica tumačenja Suda da se odredba nacionalnog prava nalazi u suprotnosti sa pravom EU, nacionalni sud biće dužan da izuzme iz primene sporni domaći propis<sup>49</sup>. Na to ga obavezuje načelo nadređenosti prava EU koje nalaže da se odbije primena suprotne nacionalne norme. Praktično to znači da će posle odluke Suda pravde o tumačenju nacionalno pravo koje je u neskladu sa pravom EU ostati neprimenjivo<sup>50</sup>.

Međutim, odredbe nacionalnog prava protivne pravu EU ne mogu se primeniti samo u konkretnom slučaju. Nacionalni sud nakon dobijanja presude o prethodnom pitanju donosi svoju odluku o neprimeni nacionalne norme bez obzira na prirodu njenog formalnog izvora i vreme kada je usvojena i umesto nje primenjuje odgovarajuću odredbu prava EU i to onakvu kakvu je protumačio Sud pravde. Od nacionalnog pravnog poretka nadalje zavisi kakve će pravne posledice tumačenje Suda pravde imati po valjanost sporne odredbe izvan konkretnog predmeta. Prema tome, ostaje da se o formalnom ukidanju ili poništenju propisa za koji je utvrđeno da je suprotan pravu EU odluči po proceduri koja je predviđena unutrašnjima pravom<sup>51</sup>. Kad su u pitanju zakonodavni organi, od njih je u najmanju ruku očekuje da izmene ili stave van snage sporni propis, kao i da ubuduće ne donose propise koji nisu usklađeni sa pravom EU<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> M. Mataija, Prethodni postupak pred Europskim sudom: opći pregled, *Prethodni postupak u pravu Evropske unije – suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom*, Zagreb, 2011, str. 25.

<sup>50</sup> Slučaj 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, ECR, 1978, p. 383.

<sup>51</sup> Više o tome: Z.Radivojević, *Odlike pravnog sistema Evropske unije*, *Pravni život*, 2012, br. 12, str. 422-423.

<sup>52</sup> M. Mataija, *op. cit.*, str. 25.

## ZAKLJUČAK

Iako se i danas smatra glavnim i najvažnijim, direktan oblik sudske kontrole poštovanja obaveza država članica, pokazao je u praksi određene nedostatke i slabosti. Pored tradicionalne nespremnosti država da posegnu za podnošenjem tužbe zbog nepoštovanja obaveza i njihove sklonosti da međusobne sporove rešavaju političkim i vanpravnim sredstvima, drugi nedostatak koji je inače svojstven celokupnom sistemu sudske kontrole, jeste činjenica da Komisija kao najčešći tužilac ne raspolaže odgovarajućim potencijalima koji bi joj omogućili sistematsko i sveobuhvatno pribavljanje podataka o tome da li države članice poštuju svoje obaveze iz prava EU. Osnivački ugovori ne daju odgovor na pitanje šta sam Sud može da uradi ako država kojoj je zbog nepoštovanja obaveza izrečena sankcija u vidu plaćanja paušalnog iznosa ili novčane kazne odbije da se povinuje izrečenoj presudi. Sud je jasno konstatovao da on nije ovlašćen da naloži državi da preduzme određene mere u ostavljenom roku<sup>53</sup>, već je u tom pogledu uvek vezan za inicijativu Komisije.

Otuda se nameće zaključak da je indirektni oblik kontrole nekada mnogo efikasniji, jer se kod njega kao "kontrolor" ili možda tačnije rečeno "inicijator" nadzora nad poštovanjem obaveza država članica pojavljuju individualni subjekti, fizička i pravna lica, koja su najviše zainteresovana, a objektivno posmatrano i u najboljoj prilici, da uoče nepoštovanje prava EU od strane država članica. Naravno, pod pretpostavkom da to nepoštovanje obaveza država članica utiče na njihova subjektivna prava koja im pravo EU garantuje.

Poverenje u efikasnost indirektno kontrole koju iniciraju individualni subjekti i kroz koju se preko nacionalnog suda obezbeđuje postovanje prava EU posredstvom tumačenja Suda pravde postepeno je jačalo i raslo na račun postupka po direktnim tužbama zbog neispunjenja obaveza država članica. Zato nimalo ne iznenađuje podatak da se najveći broj predmeta koje Sud pravde svake godine rešava odnosi na predloge za odlučivanje o predhodim pitanjima. Još jedan važan pokazatelj efikasnosti ovog vida pravosudne kontrole je činjenica da broj postupaka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju predstavlja gotovo polovinu od ukupnog broja predmeta pred Sudom pravde<sup>54</sup>. Otuda se u praksi postupak pret-

<sup>53</sup> Slučaj C-473/93, *Commission v. Luxemburg*, ECR I, 1996, p. 3207. Istina, u slučaju C-291/93 (*Commission v. Italy*, ECR I, 1994, p. 856) Sud je zazuzeo stav da interes da se komunitarno pravo primeni bez odlaganja i uniformno zahteva da se presuda izvrši izvršiti što je moguće pre.

<sup>54</sup> U prvoj deceniji XXI veka oni su činili nešto manje od polovine pokrenutih postupaka pred Sudom, ali uz konstantan rast njihovog broja. Takva tendencija nastavljena je i u toku druge decenije ovog veka. Videti: *Annual Report*, 2015, Tables and statistics, Completes cases, pp. 88 and seq.

hodnog odlučivanja pokazao kao najpropulsivniji vid sudske kontrole poštovanja obaveza država članica EU.

ZORAN RADIVOJEVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law University of Niš.

## TYPES OF JUDICIAL CONTROL CONCERNING COMPLIANCE WITH OBLIGATIONS ASSUMED BY EU MEMBER STATES

### Summary

In general, there are two types of procedures by means of which the EU Court of Justice controls whether the EU Member States comply with the obligations arising from the EU founding treaties. The first type of procedure is the so-called direct judicial control of compliance with the assumed obligations, which includes direct action proceedings for alleged breaches of EU law. The second type is the preliminary ruling procedure, which is also called indirect judicial control of compliance with the obligations assumed under EU law.

The direct control of the Member States' compliance with the obligations arising from the founding treaties is initiated by filing an action with the Court of Justice and terminated when the Court renders the judgment. Notably, only the Commission and Member States have the legal standing (*locus standi*) in this procedure. In contrast, the preliminary ruling procedure is only an intermediate phase or stage in the process which begins and ends before the national court of a Member State. Upon a prior request of the national court, the Court of Justice is only authorized to decide on a preliminary issue pertaining to the application or interpretation of EU law, but not to adjudicate the dispute as such. Hence, this is the so-called indirect control of the Member States' compliance with the obligations stemming from EU law.

Although it is still considered as the main and most important procedure, the direct judicial control of the Member States' compliance with the assumed obligations has proved to include a number of shortcomings and weaknesses in practice. Apart from the traditional reluctance of Member States to resort to filing an action for non-compliance, another drawback is the fact that the Commission (being the claimant in most cases) does not have the adequate resources which would facilitate a systematic collection of data on whether the Member States comply with their obligations assumed under EU law. Consequently, it may give rise to the conclusion that the indirect judicial control is much more effective in some cases.

Namely, in indirect judicial control, the role of the "controller" or "initiator" is vested in natural and legal persons who are most interested and in the best position to detect a Member State's non-compliance with EU law. Trust in the efficiency of indirect control has gradually increased and has been restored at the expense of the direct action procedure. Hence, in practice, the preliminary ruling procedure has proven to be the most common form of judicial control concerning the EU Member States' observance of the obligations arising from the founding treaties.





JELENA ČERANIĆ,  
MIRJANA GLINTIĆ

## VLADAVINA PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI – Preispitivanje koncepta u kontekstu proširenja EU –

### U V O D

Društva “blagoslovena” vladavinom prava slobodna su od tri vrste tiranije: tiranije straha – država nikome ne sme proizvoljno da sudi, da ga kažnjava ili zatvara ; tiranije manjine – nijedan kralj, ministar ili mafijaš nije iznad zakona; i tiranija većine – nijedna manjinska grupa ne može biti progonjena nekažnjeno. Tokom vekova borbe i osporavanja, evropske zemlje su uspele da dosegnu ove društvene ideale i, kako one veruju, “izvezu” ih u druge delove sveta. Kao rezultat, smatra se da je vladavina prava osnovni stub Evropske unije i implicitno osnovni uslov za pristupanje zemalja kandidata Uniji. Zapravo šta je Evropska unija ako ne zajednica prava? Svaki pravnik u EU reći će da vladavina prava nije samo osnovna vrednost EU, već jedan od osnovnih principa pravnih sistema država članica, deo onoga što Evropski sud pravde naziva “evropskim ustavnim nasleđem”.<sup>1</sup>

Ukoliko se koncept vladavine prava sagleda kroz prizmu samog pojma vladanja, može se odrediti kao odnos između vladaoaca i onoga nad kojim se vlada.

---

Dr Jelena Čeranić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci, Viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

Mirjana Glintić, master, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

<sup>1</sup> K. Nicolaidis, R. Kleinfeld, *Rethinking Europe’s ‘Rule of Law’ and Enlargement Agenda: the Fundamental Dilemma*, SIGMA paper No. 49, OECD publishing, 2012.

Vladari raspoložu određenim ovlašćenjima, a oni kojima vladaju očekuju od njih da ta ovlašćenja koriste na određeni način i podležu određenim ograničenjima.

Ni statut Saveta Evrope ni Evropska konvencija o ljudskim pravima ne sadrže definiciju vladavine prava, a lista principa, standarda i vrednosti koje proističu iz vladavine prava razlikuje se na nacionalnim nivoima. Venecijanska komisija se, u Izveštaju objavljenom 2011. godine poziva na vladavinu prava kao “osnovni i zajednički evropski standard za vršenje i ograničenje demokratske vlasti” i kao “inherentni deo demokratskog društva” koje “zahteva da se donosioci odluka prema svakome odnose s poštovanjem, jednakošću i razumom i u skladu sa pravom, i da svako ima mogućnost da zahteva preispitivanje tih odluka pred nezavisnim i nepristrasnim sudovima”.<sup>2</sup>

Kako bi se ojačala vladavina prava u Evropskoj uniji, Evropska komisija je iznela novi okvir EU u martu 2014.<sup>3</sup> Cilj je da se efikasnije reši svaka situacija gde “postoji sistematska pretnja vladavini prava” u državama članicama. Okvir je zamišljen tako da upotpuni postojeća sredstva za zaštitu vladavine prava u EU. To uključuje pokretanje postupaka zbog povrede (ograničeno je na povredu specifičnih odredbi prava EU) protiv zemalja EU, i preventivne i kaznene mehanizme predviđene članom 7 Ugovora o Evropskoj uniji. Cilj ovog okvira je da omogući Komisiji da nađe rešenje sa dotičnom zemljom EU, kao i da spreči pojavu sistematske pretnje po vladavinu prava. Primenjuje se na isti način na sve države članice EU i u skladu sa istim standardima.

Kada je reč o pristupanju Evropskoj uniji, jedna od osnovnih ideja koja prožima proces pripreme država za članstvo u EU jeste da se pod izgradnjom države podrazumeva ne samo da te “nove” države prihvate zajedničke vrednosti, već i da sprovode zajedničku praksu. Dakle, cilj je da se izgrade države sposobne i da donose i da primenjuju zakone EU i harmonizovane nacionalne zakone kako bi se sprečilo podrivanje slobodnog kretanja roba, usluga i ljudi u okviru jedinstvenog tržišta.<sup>4</sup> Preduslovi za dalji ekonomski razvoj EU su pravna sigurnost transnacionalnih ekonomskih transakcija, sposobnost da se sprovode ugovori, štiti intelektualno vlasništvo i presude u privredi donose na osnovu poznatih pravila koja se regularno primenjuju.

Evropska unija je to prepoznala i isticali u svojim dokumentima koji potiču još iz perioda proširenja EU na zemlje Centralne i Istočne Evrope. Uprkos tome,

<sup>2</sup> Report of the Venice Commission of 4 April 2011, Study No. 512/2009, CDL-AD(2011)003rev.

<sup>3</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A new EU Framework to strengthen the Rule of Law, COM/2014/0158 final, 11 March 2014.

<sup>4</sup> O jedinstvenom tržištu Vid. R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Udruženje za evropsko pravo – Centar za pravo EU, Kragujevac 2012, 169-191.

čini se da danas koncept vladavine prava ne preovlađuje unutar same Evropske unije. Često se može čuti da to važi naročito za tzv. starije države članice, čime je smanjena njihova sposobnost da promovišu vladavinu prava bez da budu optužene za hipokriziju. Ipak, čini se da je to uočljivije u tzv. novijim državama članicama Istočnog Balkana i Istočne Evrope.

Evropska komisija i drugi međunarodni akteri najčešće tumače koncept vladavine prava na veoma uzak način, ograničavajući ga na funkcionisanje pravosudnog sistema, posebno krivičnog suda i još uže na slučajeve u vezi sa korupcijom. Takvo tumačenje ostavlja izvan okvira vladavine prava šire shvatanje koncepta, prema kome bi vladavina prava trebalo takođe da obuhvati aktivnosti i odluke svih onih koji vrše vlast, kako u javnom tako i u privatnom sektoru, uključujući vlade i javnu upravu, i njihovu kontrolu od strane upravnog i ustavnog suda. Šire posmatrano, može se konstatovati da vladavina prava nije u vezi sa pravom *per se*, već zapravo sa voljom da se pravo i zakoni poštuju. Inače, uzak pristup previđa možda najvažniju funkciju vladavine prava, a to je njena društvena uloga kao uobičajenog mehanizma za rešavanje socijalnih i političkih konflikata, koja je od naročitog značaja u društvima koja su i dalje opterećena nasleđem dubokih etničkih i socijalnih podela.<sup>5</sup>

Prilikom nastojanja da se valjano postavi problem, trebalo bi ukazati na neke od nedostataka koji su karakteristični za proces proširenja EU uopšte, o kojoj god zemlji da je reč: nedoslednost između pristupanja, ocene ispunjenosti kriterijuma i pomoći koju pruža EU; nejasne konceptualne granice između demokratije, ljudskih prava i vladavine prava kao političkog kriterijuma itd. Uzimajući u obzir ove nedostatke, može se reći da je vreme za preispitivanje kriterijuma vladavine prava u kontekstu proširenja EU.<sup>6</sup>

Na ove probleme već dugi niz godina ukazuju analitičari i pravnici širom sveta, pa i neki institucionalni akteri, kao što su Savet Evrope, Evropski parlament, Svetska banka, itd. Svi oni saglasni su sa time da je vreme da EU pristupi reformi koncepta vladavine prava u pravcu njegovog upodobljavanja definicijama tzv. druge generacije.

Dakle, Evropska unija bi u bliskoj budućnosti morala preciznije da odredi šta se podrazumeva pod političkim kriterijumom vladavina prava. Drugim rečima, Evropska unija bi morala da usvoji širu definiciju, zasnovanu željenim ciljevima pre nego lako merljivim sredstvima. Takav pristup je poznat kao definicije druge generacije i njihov fokus je na održivim reformama. Zalaganje za pristup koji je usmeren na ciljeve, a ne na sredstava, deluje prilično komplikovano u kon-

---

<sup>5</sup> K. Nicolaidis, R. Kleinfeld.

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

tekstu proširenja Unije. U okviru organizacije država kakva je Evropska unija danas, tako ambiciozan pristup povlači pitanja, kao što su: Na koji način pristup zasnovan na ciljevima utiče na proširenje, koje je naposljetku predlog "sve ili ništa"? Ne postoji li rizik da takav pristup može da se posluži kao izgovor da se stopira, zaustavi proširenje? I ovde dolazimo do pitanja o ulozi vladavine prava u kontekstu proširenja EU. Dakle, postoji potreba da se pomire dva kontradiktorna, suprotstavljena aspekta, ukoliko se opredeli za pristup koji počiva, tj. koji je zasnovan na ciljevima. Evropska unija bi trebalo da se suoči sa onim što se podrazumeva pod tzv. dilemom vladavina prava/ proširenje. Ova dilema se odnosi na istovremenu potrebu da se probudi definicija vladavine prava, a da se izbegne bilo kakva nedoslednost u uspostavljanju evropskih standarda.<sup>7</sup>

S jedne strane, dugoročno, održiv pristup vladavine prava odnosi se na vezu između države i društva. Stoga ne može biti u vezi sa tradicionalnim sudskim institucijama. Ova ideja je veoma ambiciozna i podrazumeva pristup zasnovan na ciljevima prilikom ocene ostvarenosti vladavine prava. Stoga je reč o invazivnijem pristupu Evropske unije.

S druge strane, ukoliko pristup zasnovan na ciljevima treba da bude održiv kroz vreme, dakle da vladavina prava nastavi da postoji i nakon pristupanja zemlje Evropskoj uniji, on mora da bude postojan sa šta god takvi ciljevi mogu biti u kontekstu EU. Dakle, ocena bi trebalo da se vrši stalno. Naravno, takav ambiciozniji pristup prilikom ocene vladavine prava ne bi smeo da se koristi kako bi se zaustavilo proširenje Unije. Stoga se zahteva veća uzdržanost od strane Evropske unije.

#### PRISTUP ZASNOVANIM NA CILJEVIMA PRILIKOM OCENE OSTVARENOSTI VLADAVINE PRAVA

Ocena da li je u nekoj zemlji ostvarena vladavina prava mora da obuhvati ne samo tekuće, formalne reforme, već i ponašanje građana, pa čak i neočekivane promene u toj zemlji. Cilj je da se povрати poverenje građana u državu kao mehanizam za rešavanje konflikata i problema.

Kako bi se ostvarila ova misija, država mora da bude ograničena i u očima građana viđena kao ograničena vladavinom prava. Stoga su ključna pitanja u vezi sa konceptom vladavine prava sociološke i političke, više nego pravne prirode. Prilikom ocene ostvarenosti vladavine prava, trebalo bi ispitati četiri relevantne oblasti, polazeći od prava iz knjiga, preko institucija prava, struktura moći i procesa, pa sve do društveno – kulturnih realnosti.

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

*Od prava u knjigama...*

Osnovna pretpostavka je da su dobri zakoni ono što je pre svega potrebno zemlji da bi se uspostavila vladavina prava. Smatra se da su zakoni ti koji, na neki način, oblikuju podsticaje za društvo, i oblikujući ih, oni zapravo utiču na ponašanje građana, poslovno okruženje i članove vlade.<sup>8</sup>

Primenjujući ovu filozofiju, Evropska unija bila je katalizator masivnih zakonskih reformi širom Evrope. Neki od ovih novih zakona ključni su za funkcionisanje modernih država. Ipak, ti zakoni često se menjaju i dopunjuju zbog nedostataka, tj. propusta u inicijalnoj fazi, u fazi izrade.

O tome kako će se neki zakon primenjivati veoma se često prvi put razmišlja tek kada kada je zakon usvojen. Državni službenici svu svoju energiju usmeravaju na to da zakon bude usvojen, zanemarujući drugi, mnogo važniji aspekt, a to je da se osigura ispravna i uspešna primena zakonodavstva. Štaviše, i tamo gde se zakoni primenjuju, njihov uticaj ostaje ograničen, pošto se moderni principi javne uprave i tržišne ekonomije sprovode preko mahom zastreljih struktura javne uprave.

Uzroke nedostatka efikasne primene propisa treba tražiti i u prirodi pravnih sistema zemalja kandidata, koji najčešće spadaju u takozvane "transferne pravne kulture", u kojima se propisi velikim delom ne donose kao odgovori na uočene društvene potrebe, već se u blokovima preuzimaju iz drugih država kao već gotovi pravni proizvodi. Ti se pravni instrumenti u određenoj meri prilagođavaju nacionalnim prilikama, ali njihova stvarna primena zavisi od toga u kojoj meri u državi iz koje se propisi preuzimaju postoje istovetne prilike kao u zemlji u kojoj se preuzimaju.<sup>9</sup>

Opasnosti od ovakvih transfera izučavaju se pre svega u oblasti političkih nauka, a mnogo manje u pravnim naukama što samo doprinosi komplikovanju postojećih problema primene propisa. Naime, u političkim naukama razlikuju se tri vrste faktora koji dovode do neuspešnih transfera javne politike: nedovoljno informacija o javnoj politici i institucijama koje se prenose u nacionalni kontekst (neinformisan transfer); ako je i došlo do transfera jasne javne politike, ključni elementi koji su doveli do uspeha određene javne politike ili institucionalne strukture nisu preneti, što dovodi do neuspeha transfera (nekompletni transfer); i najзад, nedovoljna pažnja se posvećuje ekonomskom, političkom i ideološkom

---

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

<sup>9</sup> A. Rabrenović, J. Čeranić, *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU – prioriteti, problemi, perspektive*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, 310-311.

kontekstu države iz koje se instituti prenose (neodgovarajući transfer).<sup>10</sup> Čini se da prilikom pripreme propisa koji se usaglašavaju sa pravnim tekovinama EU u zemljama kandidatima vrlo često dolazi do sve tri vrste neuspešnih transfera, što dovodi do neodgovarajuće primene i funkcionisanja preuzetih rešenja u praksi.

I sama priroda evropskog proširenja, koja se zasniva na integraciji putem prava, doprinosi jednim delom pravnoj nesigurnosti. Procesom evropskih integracija vrši se veliki pritisak na povećanje zakonodavne aktivnosti u zemljama koje se nalaze u procesu pridruživanja i pristupanja EU, što rezultira velikim brojem usvojenih zakona i uspostavljanjem institucionalnih struktura bez prethodne detaljne provere kvaliteta usvojenih javnih politika i njihove prilagođenosti lokalnom kontekstu. Propisi se često donose po hitnom postupku i bez javne rasprave, neretko i samo pod izgovorom važnosti za evropske integracije. I sama Evropska komisija je ponekad indirektno ohrabivala ovakav pristup, koristeći metodu tzv. "čekiranja" pri oceni napretka, koja se zasniva na oceni broja donetih zakona i formalno uspostavljenih institucija. Konačno, veliki broj zakona koji se donose kako bi pratili tempo evropskih integracija često se menja zbog nedostataka koji se uočavaju tek kada se krene u njihovu implementaciju, što dovodi do pravne nesigurnosti kako u ekonomskom sektoru, tako i u svim drugim porama društva.<sup>11</sup>

Najzad, ako se prisetimo ideja Montesjkjea koji je rekao : "Kada idem u jednu zemlju, ja ne gledam da li ona ima dobre zakone, nego da li se oni primenjuju, jer svugde ima dobrih zakona",<sup>12</sup> čini se da ni on ne bi bio impresioniran ovakvim pristupom Evropske komisije, tačnije Evropske unije.<sup>13</sup>

### *...preko institucija prava...*

Suočeni sa ovim ograničenjima, reformatori se uglavnom okreću ka institucijama prava, uključujući: pravosuđe, policijske snage, pravne škole itd. U mnogim zemljama su ove institucije u takvom stanju da realizacija vladavine prava zahteva najpre institucionalne reforme. Pretpostavlja se da će institucije funkcionisati na mnogo kompetentniji način kada budu reformisane.

Međutim, najveći problem leži u tome što se često događa da čak i kada se institucije uspešno reformišu, one ne funkcionišu onako kako bi trebalo. Ukoli-

<sup>10</sup> V. D. Dolowitz, D. Marsh, "Who Learn What from Whom: a Review of Policy Transfer Literature", *Political Studies*, 44/2006, 343-357.

<sup>11</sup> J. Ceranic, "Serbia on the Path towards the European Union – History, Problems, Priorities and Perspectives", *EU Neighbourhood Policy – Survey and Perspectives*, 5<sup>th</sup> Network Europe Conference, Jerusalem, 20<sup>th</sup> – 23<sup>th</sup> October 2013, Europa Institute, Zurich 2014, 308-309.

<sup>12</sup> Montesquieu, *Notes sur l'Angleterre*, Œuvres Complètes, Editions du Seuil, 331-332.

<sup>13</sup> A. Rabrenović, J. Čeranić, 310-311.

ko je moguće da se institucije reformišu, a da to i dalje nema uticaja na vladavinu prava, onda je sasvim izvesno da one nisu te koje je najpre trebalo menjati.

Stoga se nameće pitanje zašto su institucije takve i čijim interesima služi održavanje institucija koje loše rade. Primarne prepreke reformi u pravcu uspostavljanja vladavine prava nisu tehničke ili finansijske, već političke i ljudske. Reforma može da uspe samo ukoliko dopre do osnovnog problema, a najčešće su to lideri koji odbijaju da se podvrgnu pravu, tj. zakonima.<sup>14</sup>

Ukoliko je vladavina prava u suštini ograničenje vršenja vlasti, a vlast vrše institucije, onda bi trebalo da se ispitaju formalne institucije, u stvari da se proverri sama ravnoteža vlasti.

*...preko struktura vlasti i procesa...*

Sprovođenje zakona zavisi u velikoj meri ne samo institucionalnih kapaciteta zemlje, već od šire mreže odnosa koji postoje između različitih neformalnih centara moći. Ova pojava dovodi do dobro poznatog fenomena zarobljene države, u kojoj društveni centri moći formiraju dominantne koalicije i vrše uticaj kako na donošenje zakona, tako i na njegovo sprovođenje. Da bi se ostvarila puna primena propisa, posebna pažnja mora da se obrati na složenost tih pretežno neformalnih odnosa, kao i na korišćenje i zloupotrebu formalnih struktura vlasti.<sup>15</sup>

U većini zemalja vladavina prava nije ostvarena zato što vladajuće snage ne žele da ona postoji. Tek kada moćnici prihvate ograničenje svoje moći i podvrgnu se jednakosti pred zakonom, vladavina prava može da se ostvari.

Prepoznavanje tih centara moći mora da bude osnovni cilj reforme u pravcu uspostavljanja vladavine prava u tim državama.

*...do društveno – kulturnih realnosti*

Potreba za podrškom vladavini prava među širim građanstvom povezana je sa četvrtom relevantnom oblašću u oceni ostvarenja vladavine prava, a to je društveno–kulturna dimenzija. Zakoni i institucije mogu da urade malo u vezi sa problemima koji su zapravo društveni ili kulturni i stoga duboko ukorenjeni.

Postoji potreba da se uzmu u razmtranje načini na koji istorijsko nasleđe može predstavljati strukturalne prepreke vladavini prava u zemljama u tranziciji, bilo da su one nasleđe komunizma, građanskog rata ili autoritarizma. Drugim rečima, od ključnog je značaja identifikovati razloge diskrepancije između kvalitetnog normativnog okvira i niskog nivoa njegove primene.

---

<sup>14</sup> K. Nicolaidis, R. Kleinfeld.

<sup>15</sup> A. Rabrenović, J. Čeranić, 304.

Ni najbolji zakoni ni najsavremenije institucije ne mogu promeniti određene predrasude koje su duboko uvrežene u svesti građana.<sup>16</sup> Dakle, neslaganje između preovlađujućeg kulturnog modela i vladavine prava otežava, čak i onda kada su strukture vlasti voljne, primenu normi koje su u skladu sa konceptom vladavine prava.

Dakle, uspostavljanje vladavine prava zahteva preusmerenje pažnje sa pozitivnog prava zemlje (“pravo iz knjiga”), na to kako se ono primenjuje u praksi (“pravo na delu”). Visok stepen podudarnosti između pozitivnog prava i zvaničnih aktivnosti predstavlja ključni element u ostvarivanju vladavine prava.<sup>17</sup>

#### VLADAVINA PRAVA KAO TEŽNJA, A NE KRAJNJI CILJ

Potreba za širim pristupom konceptu vladavini prava i ocena njegove ostvarenosti, povlači sledeća pitanja : kako definisati ciljeve da bi se ostvarile održive promene u procesu proširenja? Pri tome, kako sprečiti veću proizvoljnost u slučaju kada proširenje zavisi od ostvarenosti cilja, koji može biti toliko ambiciozan da se nikada ne može dostići ? Ili možda pitanje treba da se postavi drugačije : s obzirom na to da je apsolutni cilj, u smisli društva u kome se zaista i stalno poštuje vladavine prava, nedostižan, do kog nivoa bi država trebalo da mu se približi da bi se mogla okvalifikovati kao *bona fide* član EU?

I ovde dolazimo do polazne tačke, a to je doslednost. Put zahteva doslednost, a takva doslednost ne može biti lako dostignuta poređenjem razvoja u zemljama kandidatima sa veoma različitim okolnostima. Dakle, postoji potreba za zajedničkim referentnim okvirom i krajnjom doslednošću, koja ne može biti ništa drugo do doslednost sa samom EU. Ovde se nameće pitanje šta se podrazumeva pod doslednošću sa “samom EU”?

Doslednost sa “samom EU” podrazumeva doslednost između vladavine prava *unutar* EU, i vladavine prava *kao projektovane*, izvan EU.<sup>18</sup> Dakle, potrebno je da Evropska unija bude uzdržana u definisanju i oceni vladavine prava. Ta-

<sup>16</sup> Interesantno je pomenuti, na primer, studiju o korupciji koja je sprovedena u Albaniji. Dve trećine ispitanih Albanaca smatra da student koji profesoru da poklon u nadi da će dobiti bolju ocenu ili nije korumpiran ili je to opravdano, dok isti broj osuđuje kao korumpiranog prodavca cveća koji podigne cene tokom praznika – i skoro polovina njih misli da takav prodavac cveća zaslužuje kaznu. Pod takvim okolnostima, sud koji radi u skladu sa principima i standardima EU možda neće presuditi ono što prosečan albanac doživljava kao “pravdu” (Vid. Seligson, M.A. and S. Baviskar (2006), *Corruption in Albania: Report of Comparisons between 2004 and 2005 Surveys*, USAID, Casals and Associates, Arlington, 73, 76).

<sup>17</sup> K. Nicolaidis, R. Kleinfeld.

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



kav pristup mora biti utemeljen na određenom broju premisa, a to su: osporavanje, raznovrsnost, autonomija, definicije kao okviri, definicije kao težnje.

### *Osporavanje*

Sporna tumačenja u vezi sa konceptom vladavine prava može se reći da su u samom srcu vladavine prava. S tim u vezi, Evropska unija bi trebalo da se drži po strani od konceptualnih definicija vladavine prava. Definisane vladavine prava je opasno, a moglo bi se reći čak i besciljno. “Mi je prepoznamo, kada je vidimo”, čini se da je najrasprostanjeniji odgovor na izazov da se definiše vladavina prava.<sup>19</sup> Koncept vladavine prava može se analizirati iz različitih tačaka gledišta, filozofske, sociološke, političke, ili pravne. U stvari, definicije u velikoj meri variraju u zavisnosti od cilja koji želi da postigne onaj ko ih daje, kao i od tradicije i doba u kome nastaju.

### *Raznovrsnost*

U zajednici država kao što je Evropska unija, poimanja o vladavini prava razlikuju se u zavisnosti od različitih nacionalnih tradicija. Iako pojedini smatraju da se “Rechtsstaat”, “Etat de Droit” i “Rule of Law” odnose na iste osnovne principe (npr. podela vlasti, ne-retroaktivnost zakona itd.), svaki od njih potiče iz posebnog istorijskog konteksta, i svaki se iznova tumači kako bi se zadovoljile potrebe određenog vremena.<sup>20</sup>

U suštini, kada je reč o vladavini prava jedan broj ne odgovara svima, ne samo zato što se zemlje razlikuju između sebe, već zbog različitosti samih referentnih okvira. Naime, čak su i standardi jedinstvenog tržišta EU predmet uzajamnog priznanja. Kako onda možemo odrediti “evropski standard” kada je reč o vladavini prava ?

### *Autonomija*

Iako su neki liberalni demokratski principi, kao što su poštene izbore, jednak pristup pravdi, poštovanje socijalnih i političkih manjina itd., slični kako na nivou EU tako i na nivou država članica, odnos između evropskog i nacionalnih

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> U XIX veku koncept pravne države i vladavine prava se smatrao antipodom policijskoj državi. U XX veku, u modelu države blagostanja koncept dobija vrednosnu konotaciju, a katalog prava građana se proširuje sa ekonomsko-socijalnim pravima. Zahtev za potčinjavanjem države zakonu napušta diskurs prava – pravna država se shvata kao osnov demokratije, s tim što se prepoznaje da demokratske institucije nisu dovoljno jemstvo strane demokratije (Vid. N. Bobio, *Budućnost demokratije*, Filip Višnjić, Beograd 1990).

tumačenja vladavine prava ostaje složen. Nešto što je ‘normalno’ za postojeće države članice EU ne smatra se uvek ‘normalnim’ i ‘prikladnim’ za zemlje koje su u postupku pristupanja EU, posebno u post-konfliktim društvima.

Stoga pristup EU zasnovan na ciljevima mora počivati na principima za koje Evropska unija smatra svoje države odgovornim, i prema tome na osnovu kojih će zemlje kandidati nastaviti da budu ocenjivane kada postanu članovi. Drugim rečima, mora da se utvrdi autonomni koncept EU o vladavini prava.<sup>21</sup>

### *Definicije kao okviri*

Uzimajući u obzir sve navedeno, postavlja se pitanje kako se EU može složiti u vezi sa definicijom vladavine prava zasnovanom na ciljevima koja bi se primenjivala prilikom ocene ispunjenosti kriterijuma vladavine prava od strane neke države koja je u procesu pristupanja EU ?

Kao što je već pomenuto, postoji čitava paleta pristupa kada jer reč o definisanju vladavine prava. S obzirom na tu raznovrsnost i osporavanja, prilikom pokušaja da se da jedna i precizna definicija vladavine prava, može se citirati poznati američki sudija koji je na pitanje u vezi sa tvrdom pornografijom izjavio: “Ja danas neću dalje pokušavati da je definišem... ; i verovatno nikada ne bih uspeo da to učinim. Ali znam kad je vidim...”<sup>22</sup>

Umesto toga, institucije EU bi trebalo da utvrde alternativne definicije, kao široke okvire za razgovore, čija je svrha promocija vladavine prava, i koji mogu postojati dokle god su kompatibilni. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li je uopšte poželjno i moguće da se utvrdi jedan eklektički pristup prilikom definisanja vladavine prava.<sup>23</sup>

Težnja EU ka ostvarenju vladavine prava povezana je sa velikim brojem osnovnih ciljeva koji mogu služiti kao polazne tačke. Iako ima bezbroj načina da se formulišu ovi različiti ciljevi, oni moraju biti uopšteni, kao i kompatibilni sa različitim pravnim tradicijama. Uspostavljanje vladavine prava je cilj, a ciljevi su po definiciji dinamični i stoga se moraju često iznova definisati i prilagođavati datim okolnostima. Dok Evropljani mogu i treba da pokušavaju da definišu zajedničko jezgro, oni ne smeju i ne bi trebalo da nameću bilo koju pojedinačnu definiciju vladavine prava.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> K. Nicolaidis, R. Kleinfeld.

<sup>22</sup> Justice Potter Stewart, Saglasno mišljenje u predmetu *Jacobellis v. Ohio* br. 378 U.S. 184 (1964).

<sup>23</sup> K. Nicolaidis, R. Kleinfeld.

<sup>24</sup> *Ibid.*

### Definicije kao težnje

Postoji jasna potreba za doslednošću između unutrašnjeg i spoljnog dome-  
na delovanja Evropske unije. Reč je o jednostavnom pravilu da EU može da se  
zalaže spolja, izvan granica EU, samo i jedino za ono što radi kod kuće, unutar  
granica EU. Takvoj potrebi može se suprotstaviti potreba za prilagođavanjem, u  
smislu da evropski standardi i norme moraju da se prilagode različitim konteksti-  
ma u kojima se sprovode. Dakle, šta doslednost zapravo znači? Da li je ovde argu-  
ment da doslednost sa normama EU mora da bude uravnotežena sa specifično-  
stima lokalnog konteksta? Ili da je sama prilagodljivost “bitan sastojak” onoga što  
doslednost sa “samom EU” zapravo znači? Doslednost, u skladu sa evropskim du-  
hom subsidijarnosti, zahteva adaptaciju u skladu sa specifičnim okolnostima.

Ukoliko promocija održivosti vladavine prava počiva na legitimitetu aktiv-  
nosti EU, kako bi onda EU mogla da promovira nešto što se zove vladavina prava,  
a što podrazumeva nešto različito u različitim državama članicama, i što istovre-  
meno nije, ili bar nije jasno, deo nadležnosti same EU? Doslednost sa različitim  
varijantama vladavine prava koje postoje u samoj u EU zahteva kontekstualnu  
osetljivost – ukoliko vladavina prava podrazumeva blago različite stvari u razli-  
čitim državama članicama, ona može i trebalo bi još više da podrazumeva različi-  
te stvari u državama koje teže da postanu članice EU. Pravilo je da Evropska unija  
ne sme nametati mnogo drugačije zahteve izvan svojih granica ili prema zemlja-  
ma koje teže da postanu članice, od onih koje zahteva od postojećih država čla-  
nica. Ovo pravilo je najjednostavniji izraz doslednosti. Ali naravno, situacija nije  
tako jednostavna jer je vladavina prava postala eksplicitan kriterijum za članstvo  
1993. godine (Kriterijumi iz Kopenhagena),<sup>25</sup> a da nikada nije primenjena kao  
obavezujući kriterijum za one države koje su to tada već postale članice EU.<sup>26</sup>

Shodno tome, ukoliko standardi treba da budu ispunjeni u procesu pri-  
stupanja i kasnije, oni se ne mogu smatrati odvojenom kategorijom za kandida-  
te i države članice, već zajedničkim ciljevima koje dele članice i nečlanice danas, i  
koje će nastaviti da dele sve članice sutra.

Ovde je potrebno da se u potpunosti uzme u obzir shvatanje da je obavezi-  
vanje duštva na vladavinu prava aspiraciono (kao težnja), cilj ili ideal koji inspi-  
riše političare, kao i građane, a ne krajnji cilj koji se može smatrati ostvarenim.  
Dakle, navedeni ciljevi vladavine prava se smatraju kao zajedničke težnje koje će

---

<sup>25</sup> Kriterijumi iz Kopenhagena, koji su definisani 1993. godine, odnose se na pravne, eko-  
nomske i političke preduslove, a 1995. godine pridodat im je i tzv. “administrativni kriterijum” koji  
se tiče usvajanja pravnih tekovina Evropske unije (*acquis communautaire*) i njihove primene od  
strane administrativnih i sudskih organa.

<sup>26</sup> K. Nicolaidis, R. Kleinfeld.

nastaviti da budu zajedničke i posle proširenja – a ne merljivi ciljevi koji mogu da se ostvare jednom i zauvek.<sup>27</sup>

### ZAKLJUČAK

Predlog da se preispita uloga i primena političkog kriterijuma vladavine prava koji se preko dve decenije koristi u pregovorima o pristupanju EU nije jednostavan. Prema novom pristupu vladavine prava, zemlje koje su u procesu pridruživanja i pristupanja EU svakako bi trebalo da obrate veću pažnju na vladavinu prava, s jedne strane, a, u isto vreme, novi pristup ne bi trebalo da služi kao razlog ili izgovor za neopravdana odlaganja daljih proširenja EU, s druge strane. Naprotiv, ukoliko bi bio pravilno sproveden, verovatno bi pristupanje država kandidata Evropskoj uniji bilo i olakšano.

Međutim, da li će jedna zemlja postati članica EU zavisi ne samo od kriterijuma vladavine prava, već od velikog broja faktora, pre svega kapaciteta same Evropske unije da prevaziđe ekonomske i političke teškoće sa kojima se trenutno suočava, a koji prete da ugroze osnovne vrednosti koje je ova zajednica ostvarila, a to su, pre svega mir i stabilnost na prostoru Evropskih zajednica/ Evropske unije u poslednjih skoro šezdeset godina.<sup>28</sup> Međutim, nezavisno od članstva u EU, vladavina prava predstavlja vrednost, evropsku civilizacijsku tekovinu kojoj bi trebalo težiti.

Na kraju, kako se može prepoznati da se društvo promenilo u smislu da je ostvarena vladavina prava? Na ovo se može odgovoriti jednostavnim pitanjem: da li se gramatika društvenog delovanja u zemlji promenila od “ko” na “šta”? U prvobitnom, delovanje je određeno sa “ko”: Ko je on? Ko je na vlasti? Ko kontroliše rezultate? Koga podmititi i koga se plašiti? U potonjem, pitanja koja se postavlja su: Šta je po sredi? Koja su moja prava i obaveze? Koje su kazne, i koji su odgovarajući zakoni i institucije? U društvu gde je “šta” zamenilo “ko” kao ključnu odrednicu, može se reći da je vladavina prava dobro.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> A. Rabrenović, J. Čeranić, 301.

<sup>29</sup> K. Nicolaidis, R. Kleinfeld.

JELENA ČERANIĆ, Ph.D.,  
Assistant professor at the Faculty of Law  
University of Banja Luka, Research fellow  
at the Institute of Comparative Law in Belgrade

MIRJANA GLINTIĆ, M.A.,  
Research associate, Institute of Comparative  
Law in Belgrade

RULE OF LAW IN EUROPE  
– Rethinking the concept in the context of EU enlargement

Summary

The paper analyzes the need for rethinking the concept of the “Rule of Law in Europe” in the context of EU enlargement. After short introductory notes on reasons for rethinking this concept, in the following two parts the authors try to shed light to so-called Rule of Law/ Enlargement Dilemma which is about the simultaneous need to deepen the definition of the “Rule of Law”, while avoiding inconsistency in laying out “EU standards”. In the long run, sustainable approach of the “Rule of Law” is about the relationship between the State and society. Therefore it cannot be about traditional justice institutions. This idea is very ambitious. It calls for an ends-based approach to assessing the “Rule of Law” and therefore a more *intrusive* assessment on the part of the EU (Dilemma 1). If an ends-based approach is to be sustained over time and beyond enlargement, it needs to be consistent with whatever such “ends” may be in the EU context. So, an assessment should be internally contested and in constant flux. But, it would be unfair, to use a more ambitious approach to “Rule of Law” assessment in order to block enlargement. This calls for greater *restraint* and tentative on the part of EU (Dilemma 2).



LJUBICA ĐORĐEVIĆ

## “OKVIR” KOMISIJE I ZAŠTITA VLADAVINE PRAVA U DRŽAVAMA ČLANICAMA EVROPSKE UNIJE

### U V O D

Evropska komisija (Komisija) je marta 2014. godine usvojila dokument “Okvir EU za jačanje vladavine prava”<sup>1</sup> (“Okvir”) kojim je uspostavila poseban instrument za pokretanje dijaloga sa državom članicom u kojoj postoji sistem-ska opasnost po vladavinu prava. Usvajanjem “Okvira” Komisija je pokušala da reaguje na paradoksalnu pojavu da je u nekim državama članicama nivo poštovanja demokratskih vrednosti opao nakon prijema u članstvo EU. U tom smislu, “Okvir” je odgovor Komisije na brojne zahteve da EU (konačno) prestane da ignoriše negativne tendencije u nekim državama članicama, ali i njen pokušaj da prevaziđe problem suženog izbora instrumenata koje EU stoje na raspoloaganju da zaštiti svoje vrednosti u državama članicama. “Okvir” se oslanja na instrumente propisane u čl. 7 Ugovora o EU (UEU) i koncipiran je kao prevencija da problem u državi članici eskalira do nivoa koji opravdava aktiviranje čl. 7 UEU. Nakon pažnje koju je privukao u trenutku usvajanja, “Okvir” je ušao u žižu interesovanja javnosti početkom 2016. godine kada je prvi, i za sada jedini, put aktiviran u slučaju Poljske.

---

Dr Ljubica Đorđević, profesor Fakulteta za evropske pravno-političke studije, Univerzitet Edukons, Novi Sad. Rad je rezultat istraživanja sprovedenog u okviru naučnog projekta br. 47024 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

<sup>1</sup> European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A new EU Framework to strengthen the Rule of Law”; 19. 03.2014, COM(2014) 158 final/2.

KOOPERATIVNA USTAVNOST I DOMET PRAVA EVROPSKE UNIJE  
DA ŠTITI I PROMOVIŠE SVOJE VREDNOSTI

Specifični odnos između EU i država članica, kao i uloga država članica u funkcionisanju EU i naročito u primeni njenog prava, iziskuju određeni stepen homogenosti između poredaka država članica, koji se formira oko temeljnih principa bez kojih (ideja) EU ne bi bila ostvariva. Koncipiranje EU i kao političke zajednice ima za posledicu da set principa obuhvata i prihvatanje određenih standarda koji se vezuju za (liberalno) demokratski poredak koji se temelji na vladavini prava i poštovanju ljudskih prava. Međutim, prihvatanje određenih standarda ne podrazumeva stvaranje jedinstvenog ustavnog modela za sve države članice. EU ne zadire u “ustavnu autonomiju” država članica i one zadržavaju suvereno pravo da urede svoj ustavni poredak.<sup>2</sup> Zbog toga se može slobodno reći da među državama članicama postoji svojevrstni “ustavni pluralizam”<sup>3</sup> koji proizilazi iz raznovrsnosti njihovih ustavnih rešenja. Ovakva vrsta pluralizma uklapa se u koncept EU kao zajednice koja neguje različitost i pluralizam, ali odgovara i ideji da se srž državnosti država članica ostavi izvan uticaja EU integracija. Međutim, ovaj ustavni pluralizam nije apsolutan jer se pretpostavlja da se ustavni aranžmani svih država članica kreću u okvirima standarda koji se vezuju za liberalno-demokratski koncept ustavnosti. Štaviše, EU je koncipirana kao svojevrstan klub demokratskih država u koji mogu biti primljene samo one države koje poštuju “demokratska pravila igre”.

Očekivanje da ustavni poredak država članica bude u skladu sa liberalno-demokratskim standardima utemeljeno je u čl. 2 Ugovora o EU (UEU), u kome su proklamovane vrednosti koje čine okosnicu moderne ustavnosti (poštovanje ljudskog dostojanstva, sloboda, demokratija, jednakost, vladavina prava/pravna država i poštovanje ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina). Prema čl. 2 UEU ove vrednosti nisu samo temeljne za EU, već su i zajedničke svim državama članicama. Vrednosti iz čl. 2 UEU stoga imaju dvostruko dejstvo: kao temelj EU one su uslov i osnov za njeno postojanje,<sup>4</sup> dok u odnosu prema državama članicama predstavljaju svojevrstan zahtev za homogenošću između ustavno-

<sup>2</sup> L. Besselink, M. Claes, S. Imamovic, J. H. Reestman, *National Constitutional Avenues for further EU Integration*, Brussels: European Parliament, 2014, 16. Dostupno na [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493046/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493046\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493046/IPOL-JURI_ET(2014)493046_EN.pdf) (pristupljeno 15.08.2016).

<sup>3</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, “Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”, *Common Market Law Review*, 48, 2011, 10.

<sup>4</sup> C. Callies, “Art. 2 EUV”, u: C. Callies, M. Ruffert (ur.), *EUV/AEUV. Kommentar*, München: C. H. Beck, 2011, 32.



pravnih principa EU i ustava država članica.<sup>5</sup> Homogenost, međutim, ne podrazumeva stvaranje uniformisanih ustavnih aranžmana u državama članicama, već uspostavljanje minimuma standarda koji su zajednički imenitelj njihovim inače potencijalno raznovrsnim ustavnim pravilima. Način na koji se vrednosti iz čl. 2 UEU konkretizuju i ostvaruju u državama članicama ostaje izvan dometa prava EU i zavisi prevashodno od ustavnih rešenja, ali i od političkog sistema i političke tradicije i kulture svake države ponaosob. Čl. 2 UEU ne dodeljuje posebne nadležnosti EU i on ne može biti osnov za zakonodavnu aktivnost EU.<sup>6</sup> Organi EU ne mogu donositi pravne akte kojima državama članicama nameću određena ustavna rešenja, a u svrhu konkretizacije neke od vrednosti iz čl. 2 UEU. Uprkos tome, odredba čl. 2 UEU nije lišena pravnog karaktera i kao sastavni deo primarnog prava EU nesporno ima obavezujuće dejstvo.<sup>7</sup> Ovo naročito dolazi do izražaja kada se odredba čl. 2 UEU dovede u vezu sa čl. 3 st. 1 UEU (koji propisuje da je jedan od ciljeva EU da promoviše svoje vrednosti) i sa čl. 13 st. 1 UEU (prema kome je jedna od svrha institucionalnog okvira EU da ostvari vrednosti EU). Primarni adresat obaveze (da štiti i promoviše vrednosti EU) su EU i njeni organi, ali se preko čl. 4 st. 3 UEU ova obaveza proširuje i na države članice, koje na osnovu principa lojalne saradnje treba da pomognu EU u ostvarivanju njenih zadataka.<sup>8</sup> Obaveza na lojalnu saradnju obuhvata kako obavezu država da u svom ustavnom poretku uvažavaju vrednosti iz čl. 2 UEU, tako i obavezu da pomognu EU u promociji tih vrednosti.<sup>9</sup> Funkcionisanje EU kao vrednosne zajednice moguće je jedino ako se njene vrednosti ostvaruju kako na nadnacionalnom, tako i na nacionalnom nivou. EU ne može biti vrednosna zajednica (određenog kvaliteta) ukoliko države članice (jedna ili više njih) ignorišu (krše) vrednosti proklamovane u čl. 2 UEU. Formulacija u čl. 2 UEU ukazuje da je reč o temeljnim vrednosti-

---

<sup>5</sup> Ibid., 31 i 32.

<sup>6</sup> P. Bárd et al., "An EU mechanism on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights", *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, No. 91, 2016, 69. Dostupno na <https://www.ceps.eu/system/files/LSE%20No%2091%20EU%20Mechanism%20for%20Democracy.pdf> (pristupljeno 15.08.2016).

<sup>7</sup> Ibid.; D. Kochenov, L. Pech, "Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction", *European issues* No. 356, 2015, 3. Dostupno na <http://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-356-en.pdf> (pristupljeno 15.08.2016.)

<sup>8</sup> C. Hillion, "Overseeing the rule of law in the European Union. Legal mandate and means", *European Policy Analysis*, 2016, 3. Dostupno na [http://www.sieps.se/sites/default/files/2016\\_1\\_epa\\_eng.pdf](http://www.sieps.se/sites/default/files/2016_1_epa_eng.pdf) (pristupljeno 15.08.2016). C. Closa, D. Kochenov, J.H.H. Weiler, "Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union", *EUI Working Paper RSCAS 2014/25*, 10. Dostupno na [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/30117/RSCAS\\_2014\\_25\\_FINAL.pdf?sequence=3](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/30117/RSCAS_2014_25_FINAL.pdf?sequence=3) (pristupljeno 15.08.2016.)

<sup>9</sup> C. Hillion, *op. cit.*, 3.

ma koje čine srž “ustavnog” identiteta EU i čije kršenje, kako od strane organa EU tako i od država članica (jedne ili više njih), bi ugrozilo samu ideju evropskih integracija i suštinu EU.<sup>10</sup>

Kroz proklamovanje vrednosti koje čine okosnicu liberalno-demokratskog poimanja ustavnosti u primarnom pravu EU, karakter ustavnog poretka država članica učinjen je relevantnim za EU. U određenoj meri, ustavni aranžmani država članica prestaju da budu njihova “unutrašnja stvar” i kao deo šire (EU) strukture moraju uvažavati određene principe koji su na nadnacionalnom nivou utvrđeni kao zajednički. Usaglašenost nacionalnih ustavnih aranžmana sa vrednostima EU obezbeđuje se kroz (dug i mukotrpan) proces pristupanja države EU, dok se prijem u članstvo EU percipira kao potvrda da je nacionalni poredak u skladu sa “evropskim standardima”. Formulacijom u čl. 2 UEU u pravu EU uspostavljena je pravna pretpostavka da su države članice privržene temeljnim vrednostima EU. Uzimajući u obzir uslovljenost prijema države u članstvo EU (čl. 49 UEU), država ne može postati članica EU ako nije demokratska (u širem smislu te reči). Prijemom u članstvo EU, država na nekin način postaje “emancipovana” i pitanje njenog ustavnog uređenja (pošto su “evropski standardi” dostignuti) izlazi iz fokusa EU i uzima se kao datost. Međutim, problem nastaje kada država članica počne da odstupa od vrednosti proklamovanih u čl. 2 UEU, i to na način da odstupanja postanu relevantna za EU. U određenoj meri, odstupanje od vrednosti EU je prihvatljivo jer su u svakoj državi prisutne diskrepance između propisanih pravila i njihove primene u praksi. Ipak, ono što se očekuje od svake države članice je da raspolože efikasnim sistemom pravne zaštite i instrumentima kojima se pojedinačna kršenja vrednosti EU mogu sankcionisati i pravno neutralisati. Slučajevi kršenja vrednosti EU u državi članici prestaju da budu njena “unutrašnja stvar” i postaju relevantni za EU onda kada nadržstu pojedinačne slučajeve i postanu sistemski problem i kada u nacionalnom pravnom okviru nema adekvatnih instrumenata (bilo zato što uopšte nisu uspostavljeni ili zato što oni uspostavljeni nisu efikasni) da se problem prevaziđe. Diskutabilno je, međutim, da li ovakvo kršenje vrednosti iz čl. 2 UEU u državi članici može biti relevantno za EU samo ukoliko se može dovesti u vezu sa pitanjima regulisanim pravom EU (*acquis*). S obzirom na strukturu EU koja počiva na specifičnoj međuzavisnosti sa državama članicama, kao i na principu “obostranog poverenja” između država članica, nesumnjivo je da je za funkcionisanje EU bitno da države članice poštuju vrednosti iz čl. 2 UEU i o onim sferama koje su izvan uticaja EU integracija. Pravni poreci EU i država članica su u takvoj meri isprepletani, da kršenje vrednosti u sferama koje su u isključivoj nadležnosti država članica mora na neki (manje ili više posredan) način da se reflektuje i na one oblasti koje su pod *acquis*-jem. Ovakvo stanovište potvrđuje i mehanizam uspostavljen u čl. 7 UEU, koji ovlašćuje EU da

<sup>10</sup> Vidi P. Bárd et al., *op. cit.*, 50 i 65.

reaguje u slučaju da država članica potencijalno ili stvarno krši vrednosti iz čl. 2 UEU, bez obzira da li se kršenje vrednosti može dovesti u vezu sa *acquis*-jem. Stoga na osnovu čl. 7 UEU, EU može intervenirati i u slučajevima koji su u isključivoj nadležnosti država članica. Nasuprot tome, mogućnost EU da aktivira neke druge instrumente (pre svega, da pokrene postupak pred Sudom EU na osnovu čl. 258 UFEU) sa ciljem da zaštiti svoje vrednosti u državama članicama ograničena je uslovljenošću da se kršenje vrednosti dovede u vezu sa povredom konkretnog prava iz *acquis*-ja.

Treba imati na umu da intervencija EU u slučaju da država članica krši vrednosti iz čl. 2 UEU ne obuhvata pravo EU da aktivno interveniše u nacionalni pravni poredak i državi članici nameće pravna pravila koja ova ima da implementira. Čak i najinanzivnija procedura iz čl. 7 UEU kao krajnju meru intervencije EU propisuje sankcije za državu članicu i oduzimanje prava iz članstva. I u ovom krajnjem slučaju, domet intervencije je u izolaciji države članice, u svojevrstnom "moralnom karantinu",<sup>11</sup> koji treba da utiče na državu da se vrati u okvire vrednosnog sistema EU.

#### PRAVNI OSNOV ZA DELOVANJE KOMISIJE KROZ "OKVIR" I ODNOS PREMA DRUGIM RASPOLOŽIVIM INSTRUMENTIMA

Za zaštitu vrednosti iz čl. 2 UEU uspostavljen je poseban mehanizam regulisan u čl. 7 UEU. Mehanizam je koncipiran kroz dve (samostalne) faze, jedne preventivne, u kojoj Savet EU može utvrditi da u državi članici postoji nedvosmisleni rizik od ozbiljnog kršenja vrednosti iz čl. 2 UEU (čl. 7 st. 1 UEU), i druge "reaktivne", u kojoj Evropski savet može utvrditi da je u državi članici došlo do ozbiljnog i upornog kršenja tih vrednosti, na osnovu čega Savet državi članici može suspendovati prava iz članstva (uključujući i pravo glasa u Savetu) (čl. 7 st. 2 i st. 3 UEU).<sup>12</sup> Mehanizam iz čl. 7 UEU karakterišu komplikovana procedura i veoma stroga pravila o većini potrebnoj za donošenje odluka, što njegovu primenu čini gotovo nemogućom. Pored toga, mehanizam ima izraženu političku dimenziju: aktiviranje mehanizma i njegov ishod prevashodno zavise od političkog uverenja (i odnosa političkih snaga) aktera koji su uključeni u postupak, a odluke koje se u njemu donose su po svom karakteru političke odluke. Na ovo ukazuje i činjenica da je sudska kontrola odluka koje se donose u postupcima iz čl. 7 UEU ograničena na ispitivanje njihove proceduralne ispravnosti. Sud pravde ne

---

<sup>11</sup> J-W. Müller, "Should the EU protect Democracy and Rule of Law inside Member States?", *European Law Journal*, 2/2015, 144.

<sup>12</sup> Detaljnije u: Lj. Đorđević, "Zaštita vrednosti Evropske unije u državama članicama kroz mehanizam sankcija: domet i dejstva člana 7 Ugovora o Evropskoj uniji", *Revija za evropsko pravo*, 2-3/2014, 5-21.

može ulaziti u domen političke odluke Saveta, odnosno Evropskog saveta, i ispiti-vati njihovu procenu da u državi članici postoji nedvosmisleni rizik od ozbiljnog kršenja demokratskih vrednosti ili ozbiljno i uporno kršenje tih vrednosti. Zbog svega ovoga mehanizam iz čl. 7 UEU je stekao imidž “nuklearne opcije”,<sup>13</sup> koja, sa jedne strane, samim svojim postojanjem ostvaruje svrhu (pa nema ni potrebe da bude aktivirana), ali bi, sa druge strane, njeno eventualno aktiviranje izazvalo nepredvidive i potencijalno nesagledive posledice. S obzirom na ovakav karakter mehanizma iz čl. 7 UEU otvara se pitanje da li u pravu EU postoji neki drugi instrument kojim bi moglo da se tretira kršenje vrednosti iz čl. 2 UEU. Primarni odgovor je da se čl. 2 i čl. 7 UEU nalaze u specifičnoj vezi, da je čl. 7 UEU na neki način *lex specialis* za zaštitu čl. 2 UEU i da se stoga u slučaju kršenja vrednosti iz čl. 2 jedino može aktivirati mehanizam propisan u čl. 7 UEU.<sup>14</sup> Ovakav stav ima za posledicu da se čl. 2 UEU izuzima iz dejstva čl. 258 UFEU na osnovu koga Komisija može pokrenuti postupak protiv države članice u slučaju da kršenja obaveze iz Ugovora. Prema dominantnom stanovištu, kršenje vrednosti iz čl. 2 UEU ne može biti osnov za pokretanje postupka prema čl. 258 UFEU. Vrednosti iz čl. 2 UEU su toliko široko postavljene, da se na njima samima po sebi ne može temeljiti tvrdnja da je došlo do povrede obaveze iz Ugovora. Sledstveno, postupak iz čl. 258 UEU može samo posredno doprineti zaštiti vrednosti iz čl. 2 UEU, kroz procesuiranje kršenja određenog prava iz *acquis*-ja, koje je relevantno i za očuvanje neke vrednosti iz čl. 2 UEU. Međutim, domet ovakve posredne zaštite vrednosti kroz preko čl. 258 UFEU je veoma ograničen, jer se svodi na ispravljanje pojedinačnih slučajeva, bez mogućnosti da targetira sistemski karakter kršenja vrednosti. Vredi napomenuti da ima i mišljenja da čl. 258 UFEU ne treba odbacivati kao rešenje za kršenje vrednosti iz čl. 2 UEU. Stavljanje u jedan kontekst čl. 2 UEU, čl. 7 UEU i čl. 258 UFEU ne pruža osnova da se na osnovu teksta Ugovora nedvosmisleno zaključi da je mehanizam iz čl. 7 UEU uspostavljen kao isključivi način da se pravno adresira kršenje vrednosti u državi članici. Prema slovu samih Ugovora može se zaključiti da bi se i čl. 258 UFEU mogao aktivirati, ali uz drugačije tumačenje normi. Prvi ključni uslov je da se kršenje vrednosti iz čl. 2 UEU tumači kao kršenje obeveza iz Ugovora koje propisuje čl. 258 UFEU. Za ovakvo tumačenje ne treba mnogo pravničke “vratolomije”, jer je nesporno da je čl. 2 UEU sastavni deo Ugovora, da ima pravni karakter i da se poštovanje u njemu proklamovanih vrednosti može tumačiti kao implicitna obaveza (ovo poslednje je međutim sporno). Drugi uslov je da se nađe način na koji bi se u postupku po čl. 258

<sup>13</sup> Predsednik Komisije Barozo u obraćanju Evropskom parlamentu 12. septembra 2012, “*State of the Union 2012 Address*”, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-596\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_en.htm) (pristupljeno 15.08.2016).

<sup>14</sup> D. Kochenov, L. Pech, “Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality”, *European Constitutional Law Review* 3/2015, 520.

UFEU moglo dokazivati sistemsko kršenje vrednosti iz čl. 2 UEU. U teoriji je dosta pažnje i pozitivnih reakcija privukla ideja da se problem prevaziđe sistemskim pristupom i spajanjem više pojedinačnih tužbenih zahteva koji se tiču povrede konkretnih odredaba prava EU u jedinstven tužbeni zahtev koji se odnosi na povredu čl. 2 UEU. Pojedinačni tužbeni zahtevi treba da obezbede utemeljenje tužbe u čl. 258 UFEU, ali istovremeno da pokažu da kršenje konkretnih odredaba prava EU nadilazi okvire "pojedinačnog slučaja" i da u svojoj ukupnosti predstavlja sistemsko kršenje vrednosti iz čl. 2 UEU.<sup>15</sup> Aktiviranje čl. 258 UFEU kao instrumenta za zaštitu vrednosti iz čl. 2 UEU omogućilo bi da EU interveniše u ranijoj fazi, pre nego kršenje vrednosti postane ozbiljno i uporno, a time i mnogo štetnije po pravni poredak EU.<sup>16</sup>

Usvajanje "Okvira" predstavlja reakciju Komisije na negativne tendencije u nekim državama članicama, njen odgovor na učestale zahteve da EU reaguje na kršenja svojih vrednosti i pokušaj da prevaziđe problem suženog izbora instrumenata koje joj u tu svrhu stoje na raspolaganju. "Okvir" nije koncipiran kao poseban mehanizam, već se oslanja na čl. 7 UEU. Kako se ističe, "Okvir" je "prethodnica" i dopuna mehanizma iz čl. 7 UEU.<sup>17</sup> Svoje pravo da dela kroz "Okvir" Komisija crpe iz ovlašćenja da pokrene postupak na osnovu čl. 7 st. 1 i st. 2 UEU.<sup>18</sup> Ovakva argumentacija je logična, jer da bi mogla predložiti pokretanje postupaka na osnovu čl. 7 UEU, Komisija mora najpre analizirati situaciju u dotičnoj državi članici i utvrditi da li zaista ima osnova za pokretanje postupka. Međutim, iz dva razloga ovakva argumentacija nije u potpunosti dosledno izvedena. Prvi razlog je taj što "Okvir" koncipira delovanje Komisije kao svojevrсно preventivno delovanje. S obzirom da je čl. 7 st. 1 UEU već koncipiran kao prevencija da opasnost od kršenja vrednosti preraste u njihovo kršenje, delovanje Komisije kroz "Okvir" može biti nepotrebana komplikacija već ionako složene procedure iz čl. 7 UEU. Kako navodi Komisija, svrha "Okvira" je da omogući Komisiji da sa dotičnom državom članicom nađe rešenje kojim će sprečiti nastupanje sistemske opasnosti po vladavinu prava koja može da se razvije u "nedvosmisleni rizik od ozbiljnog kršenja vrednosti iz čl. 2 UEU", koji bi onda iziskivao aktiviranje mehanizma iz čl. 7 st. 1 UEU.<sup>19</sup> Tako koncipiran, "Okvir" predstavlja svojevrstan "pre-

---

<sup>15</sup> K. L. Scheppele, "What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systematic Infringement Actions", 2013, 1. Dostupno na [http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice\\_2013/files/contributions/45.princeton-universityscheppelesystemicinfringementactionbrusselsversion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice_2013/files/contributions/45.princeton-universityscheppelesystemicinfringementactionbrusselsversion_en.pdf). (pristupljeno 15.08.2016).

<sup>16</sup> C.Hillion, *op. cit.*, 9.

<sup>17</sup> European Commission, 3.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 5.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 6.

preventivni”<sup>20</sup> mehanizam, uprkos tome što Komisija odbija da ga nazove posebnim mehanizmom i stavlja ga u okvir delovanja na osnovu čl. 7 UEU. Dodatni izazov za doslednost argumentacije Komisije predstavlja ostavljena mogućnost da se mehanizam iz čl. 7 UEU i neposredno aktivira, bez sprovedenog dijaloga na osnovu “Okvira”. Uslov za to je da “iznenadno pogoršanje u državi članici iziskuje jaču reakciju EU”.<sup>21</sup> Iako se može opravdati težnjom da se ne “zaglibi” u javlov dijalog sa državom članicom, ovakav pristup zamagljuje situaciju jer Komisiji daje previše diskrecione vlasti da odluči da li će delati kroz “Okvir” ili će aktivirati čl. 7 UEU. Na ovaj način Komisija sebi otežava neposredno aktiviranje mehanizma iz čl. 7 UEU, jer mora temeljno obrazložiti zbog čega se opredelila za tu opciju umesto da vodi dijalog kroz “Okvir”. Sa druge strane, može se očekivati da države članice protiv kojih se eventualno namerava aktivirati čl. 7 UEU vrše pritisak na Komisiju da sprovede dijalog kroz “Okvir”. Stvar se može dodatno iskomplikovati ukoliko je više država “u fokusu” Komisije, u kom slučaju je teško ostvarivo da se jedna država “tretira” kroz “Okvir”, a da se u slučaju druge države aktivira čl. 7 UEU.

Za razliku od specifičnog i donekle komplikovanog odnosa prema mehanizmu iz čl. 7 UEU, “Okvir” je jasno razgraničen prema proceduri iz čl. 258 UFEU. “Okvir” je usmeren na rešavanje sistemskih problema, dok se postupak iz čl. 258 UFEU pokreće zbog pojedinačnog kršenja prava EU. Kako navodi Komisija, “Okvir” ne utiče na ovlašćenja Komisije da na specifične situacije koje potpadaju pod pravo EU reaguje primenom instrumenata propisanim u čl. 258 UEU.<sup>22</sup>

Iako je stručna javnost u načelu pozitivno ocenila inicijativu Komisije i njen pokušaj da kroz “Okvir” reaguje na kršenje principa vladavine prava u državama članicama, Pravna služba Saveta EU je osporila pravnu utemeljenost delovanja Komisije kroz “Okvir”. Temeljni stav Pravne službe Saveta je da “Okvir” nije u skladu sa principom dodeljenih nadležnosti koji je odlučujući za utvrđivanje nadležnosti organa Unije.<sup>23</sup> Glavni argument za ovakav stav je da čl. 7 UEU ne pruža osnovu za dalju razradu ili modifikaciju procedure koja je njime uspostavljena.<sup>24</sup> Pravna služba naročito osporava pravo Komisije da delajući kroz “Okvir” državi članici uputi preporuku, jer je mišljenja da se za ovakve preporuke ne može naći utemeljenje u pravu EU.<sup>25</sup> Centralni zaključak Pravne službe je da Ugovori ne sadrže pravni osnov za ovlašćenje organa EU da uspostave novi (u odnosu na čl. 7

<sup>20</sup> C.Hillion, *op. cit.*, 12.

<sup>21</sup> European Commission, 7.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>23</sup> Council of the European Union, *Opinion of the Legal Service*, 27.05.2014, 10296/14, t. 28.

<sup>24</sup> *Ibid.*, t. 18.

<sup>25</sup> *Ibid.*, t. 19-23.

UEU dodatni) mehanizam za kontrolu poštovanja principa vladavine prava u državama članicama ili da dopunjuju ili menjaju mehanizam utvrđen u čl. 7 UEU.<sup>26</sup>

Argumentacija Pravne službe je naišla na kritiku stručne javnosti, koja je smatra nelogičnom i neutemeljenom.<sup>27</sup> Osnovni kontra-argument je da Komisija, kao ovlašćeni predlagač pokretanja postupka iz čl. 7 UEU, ima pravo da utvrdi smernice za sopstveno delovanje u kontekstu ovog ovlašćenja.<sup>28</sup> Komisija ne može niizčega pokrenuti postupak na osnovu čl. 7 UEU, već mora ispitati da li je u državi članici došlo do potencijalnog ili stvarnog kršenja vrednosti koje po svom karakteru odgovara uslovima postavljenim u čl. 7 UEU. Ovakvom mišljenju se nema šta prigovoriti, ali je problem što delovanje Komisije kroz "Okvir" potencijalno prevazilazi granice pukog ispitivanja osnovanosti aktiviranja mehanizma iz čl. 7 UEU. Navedeno mišljenje bi moglo opravdati delovanje Komisije kroz "Okvir" kada bi Komisija na osnovu sprovedene analize o kršenju principa vladavine prava u dotičnoj državi odlučila da pokrene postupak iz čl. 7 UEU ili da takav postupak ne pokrene jer za to nema osnova. Problem je u tome što "Okvir" nije koncipiran na ovaj način, već predviđa da Komisija uđe u specifičan dijalog sa državom članicom, u cilju da se izbegne potencijalno aktiviranje čl. 7 UEU. U tom smislu, delovanje "Komisije" nije usmereno na prosto utvrđivanje činjeničnog stanja koje treba da opredeli njenu odluku da li da pokrene postupak po čl. 7 UEU, već ima za cilj da utiče na državu članicu da eventualno kršenje principa vladavine prava otkloni i bez aktiviranja čl. 7 UEU. Dodatan problem predstavlja i rešenje u "Okviru" prema kome negativan ishod sprovedenog dijaloga ne dovodi automatski do toga da Komisija pokrene postupak iz čl. 7 UEU, već je Komisiji ostavljeno da proceni i odluči da li će takav postupak i pokrenuti. Na ovaj način se dodatno slabi uzročno-posledična veza između "Okvira" i mehanizma iz čl. 7 UEU.

Motiv da se delovanje Komisije kroz "Okvir" pravno veže za njeno ovlašćenje za pokretanje postupka iz čl. 7 UEU je razumljiv, jer Ugovori i ne ostavljaju drugu mogućnost. Međutim, uspostavljanje specifičnog dijaloga između Komisije i države članice koji je u suviše labavoj vezi sa aktiviranjem čl. 7 UEU navodi na zaključak da se delovanje Komisije kroz "Okvir" nalazi u svojevrsnoj "sivoj" zoni i da zbog načina na koji je koncipirano može lako da sklizne u delovanje "ultra vires".

---

<sup>26</sup> Ibid., t. 24.

<sup>27</sup> Vidi npr. P. Bárd et al., *op. cit.*, 40 ili A. von Bogdandy et al., "Protecting EU Values - Reverse Solange and the Rule of Law Framework", *MPIL Research Paper Series*, 2016-04, 14. Dostupno na <http://www.mpil.de/en/pub/publications/mpil-research-paper-series.cfm> (pristupljeno 20.08.2016).

<sup>28</sup> P. Bárd et al., *op. cit.*, 40-41.

## TEMELJNI PRINCIPI I STRUKTURA “OKVIRA”

Kao što mu i samo ime kaže, “Okvir” nije usmeren na zaštitu svih vrednosti proklamovanih u čl. 2 UEU, već samo na vladavinu prava. Vladavina prava je izdvojena kao specifična vrednost jer je ona ne samo preduslov za zaštitu ostalih vrednosti iz čl. 2 UEU, već je i uslov za poštovanje svih prava i obaveza koji prozi-laze iz Ugovora i međunarodnog prava.<sup>29</sup> Kroz fokus na vladavini prava, Komisija je na najlakši način mogla da veže svoje delovanje kroz “Okvir” za potrebu da se EU očuva kao “pravna unija” i da ublaži eventualne kritike da se meša u unutraš-nje stvari država članica. Princip vladavine prava je najpogodniji da se kroz njega sagleda međuzavisnost poretka EU i nacionalnih pravnih poredaka, usled koje se zainteresovanost EU za kvalitet nacionalnih pravnih poredaka i njena eventualna intervencija u tom pravcu čine opravdanim i pravno dopuštenim. S obzirom da je poštovanje vladavine prava u državama članicama nužno za očuvanje pravnog poretka EU, ograničenje delovanja Komisije kroz “Okvir” na zaštitu ovog principa ima za cilj da intervenciju EU zadrži u okvirima pravnog rezonovanja i izbegne politizaciju i arbitrarnost. Ovo, međutim, nije jednostavno, jer princip vladavine prava predstavlja višeslojan princip (“umbrella principle”) iz koga se može izve-sti čitav niz pojedinačnih principa kojima se obezbeđuje podređenost vlasti prav-nim pravilima i zaštita pojedinca od samovoljnog i protivpravnog vršenja vlasti.<sup>30</sup> Složenosti principa vladavine prava dodatno doprinosi i zahtev da se on ostvaru-je i formalno i materijalno (suštinski), koji podrazumeva da ne samo da delovanje vlasti mora biti utemeljeno u pravu, već i da pravo mora biti određenog (vredno-snog) karaktera. U tom smislu, princip vladavine prava je tesno vezan za princip demokratije i princip ljudskih prava, sa kojima čini konceptualnu celinu. Problem “rastegljivosti” principa vladavine prava Komisija pokušava da prevaziđe kroz utvrđivanje pojedinačnih principa koje smatra relevantnim za procenu ostvaren-ja vladavine prava u državi članici. Ti principi su legalnost, pravna sigurnost, za-brana samovoljnog vršenja vlasti, nezavisno i nepristrasno sudstvo, efikasna sud-ska zaštita uključujući poštovanje osnovnih prava i jednakost pred zakonom.<sup>31</sup> S obzirom da su i ovi principi prilično uopšteni, Komisija u posebnom aneksu defi-niše njihov sadržaj, oslanjajući se na praksu Suda pravde EU.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> European Commission, 4.

<sup>30</sup> L. Pech, “A Union Founded on the Rule of Law”: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law”, *European Constitutional Law Review* 3/2010, 369 i 373.

<sup>31</sup> European Commission, 4.

<sup>32</sup> Vidi “Annexes to the Communication from the Commission to the European Parlia-ment and the Council. A new EU Framework to strengthen the Rule of Law”. COM(2014) 158 final; Annexes 1 to 2.



Koncept delovanja Komisije kroz "Okvir" prati generalnu ideju EU treba da interveniše i štiti svoje vrednosti u državama članicama onda kada je njihovo kršenje ozbiljno i kada u nacionalnom okviru postoje (pravne ili političke) prepreke da se problem otkloni. Kako navodi Komisija, osnovna svrha "Okvira" je da se bavi opasnostima po vladavinu prava koje su sistemske prirode.<sup>33</sup> Namera Komisije je da "Okvir" aktivira u situacijama u kojima vlasti države članice preduzimaju mere ili tolerišu situacije koje su pogodne da sistemski i negativno utiču na integritet, stabilnost ili valjano funkcionisanje institucija i zaštitnih mehanizama uspostavljenih na nacionalnom nivou u svrhu zaštite vladavine prava.<sup>34</sup> Nasuprot tome, "Okvir" ne može biti aktiviran zbog pojedinačnih povreda ljudskih (osnovnih) prava ili grešaka u pojedinačnim presudama, koji slučajevi mogu i treba da se rešavaju u okvirima nacionalnog pravosudnog sistema, odnosno kroz kontrolne mehanizme uspostavljene Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda.<sup>35</sup> Ovakav pristup Komisije je ispravan, s tim što se postavlja pitanje kada je situacija u dotičnoj državi takvog karaktera da predstavlja sistemski problem za funkcionisanje vladavine prava. Iako Komisija daje naznaku kada se problem može smatrati sistemskim, ona ne utvrđuje konkretna merila na osnovu kojih to procenjuje. Komisija je potpuno slobodna da procenjuje stanje vladavine prava u državi članici i određene nedostatke kvalifikuje kao sistemski problem koji opravdava aktiviranje "Okvira". Odsustvo jasnih merila za kvalifikaciju problema kao sistemske opasnosti po vladavinu prava može ne samo otežati Komisiji da obrazloži aktiviranje "Okvira", već može provocirati države članice da se eventualno žale na nejednak tretman.

Osnovne smernice za svoje delovanje kroz "Okvir" Komisija utvrđuje kroz definisanje principa i toka procesa. Delovanje Komisije opredeljuju četiri principa. Prvi princip je dijalog i podrazumeva da je težište procesa na pronalaženju rešenja kroz dijalog sa dotičnom državom članicom. Drugi princip je objektivna i detaljna analiza situacije zbog koje je "Okvir" aktiviran. Treći princip je jednak tretman država članica, dok je četvrti princip ukazivanje na brze i konkretne mere kojima se može tretirati sistemska opasnost i izbeći aktiviranje čl. 7 UEU.<sup>36</sup> Pored principa definisan je i osnovni tok postupka delovanja Komisije kroz "Okvir", koji je koncipiran kao postupak u tri faze. Prva faza je procena Komisije (*Commission's assessment*). U ovoj fazi Komisija prikuplja i ispituje sve raspoložive podatke i procenjuje da li u dotičnoj državi postoje jasni pokazatelji sistemske opasnosti po vladavinu prava. Ukoliko na osnovu ove preliminarne procene

---

<sup>33</sup> European Commission, 7.

<sup>34</sup> Ibid., 6.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid., 7.

Komisija smatra da ovakvi pokazatelji zaista postoje, pokrenuće dijalog sa tom državom tako što će joj poslati “Mišljenje o vladavini prava” (“*rule of law opinion*”) u kome će obrazložiti svoju zabrinutost i državi dati mogućnost da odgovori.<sup>37</sup> U ovoj fazi postupka, Komisija obaveštava javnost da je počela sa procenom vladavine prava u dotičnoj državi i da joj je uputila Mišljenje, ali sadržina Mišljenja i komunikacije sa državom članicom ostaju nedostupni javnosti, sa obrazloženjem da je to u svrhu postizanja brzog rešenja problema.<sup>38</sup> Drugu fazu karakteriše preporuka Komisije (*Commission’s recommendation*). Ukoliko problem nije rešen u prvoj fazi postupka, a Komisija smatra da postoji objektivni dokaz sistemske opasnosti i da vlasti u državi članici ne preduzimaju adekvatne mere da opasnost otklone, Komisija izdaje “Preporuku o vladavini prava” (“*rule of law recommendation*”).<sup>39</sup> U Preporuci Komisija jasno navodi razloge za svoju zabrinutost i preporučuje da država članica reši utvrđene probleme u datom vremenskom roku i da obavesti Komisiju o preduzetim koracima. Komisija može u Preporuci ukazati na načine i mere pogodne za rešenje problema. Ova faza je nešto transparentnija jer je pored informacije da je državi upućena preporuka javnosti dostupna i njena osnovna sadržina. U trećoj fazi Komisija nadgleda postupanje države članice po Preporuci (*Follow-up to the Commission’s recommendation*). U tom smislu Komisija može da prati da li se ponavljaju određene radnje koje su izazivale zabrinutost ili kako država članica sprovodi obaveze koje je u međuvremenu preuzela kako bi rešila problem.<sup>40</sup> Ključna posledica ove faze je mogućnost da se aktivira čl. 7 UEU. Ukoliko država članica u datom vremenskom roku ne postupi po Preporuci na zadovoljavajući način, Komisija će razmotriti mogućnost da aktivira jedan od mehanizama iz čl. 7 UEU.<sup>41</sup> Kao što je već napomenuto, nezadovoljavajući ishod delovanja kroz “Okvir” ne dovodi obavezno do aktiviranja čl. 7 UEU, već Komisija ima slobodu procene i odluke da li će iskoristiti svoje pravo na pokretanje postupka.

Najveće zamerke koje se upućuju konceptu delovanja Komisije kroz “Okvir” tiču se efikasnosti i preširoke slobode procene koja je data Komisiji. Osnovna sumnja u efikasnost “Okvira” temelji se na sumnji u uspeh dijaloga sa državom članicom koja se oglašuje o vladavinu prava.<sup>42</sup> Delovanje Komisije zasniva se na pozitivnom pristupu koji podrazumeva da se problem reši tako što država članica prihvati da problem postoji, uvaži primedbe i preporuke Komisije i otkloni ne-

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid., 8.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> D. Kochenov, L. Pech, *op. cit.*, 9.

dostatke, na koji način u punom obimu uspostavi vladavinu prava. Ima mišljenja da je ovaj pristup suviše idealističan i da je u praksi teško ostvariv. Nije realno očekivati da vlasti u državi članici koje sistemski razgrađuju vladavinu prava sa dobrim namerama uđu u dijalog i pristanu na primenu mera koje treba da u punom kapacitetu uspostave koncept ograničene vlasti.<sup>43</sup> Sa druge strane, ima i mišljenja da koncipiranje intervencije Komisije kroz dijalog sa državom članicom nije jalovo i da može dati željene rezultate. Sa jedne strane, delovanje Komisije kroz "Okvir" može da mobilise evropsko javno mnjenje i da usmeri javni diskurs na stanje vrednosti u EU.<sup>44</sup> Što je još važnije, nijedna vlast ne može da ignoriše uključivanje države u fazni dijalog, tako da on neizostavno utiče na domaće prilike i proizvodi multiplikovane efekte.<sup>45</sup> Komisija ne može državi članici direktno nametnuti određeno postupanje, ali ne treba zanemariti njenu "meku moć" dodatno ojačanu ovlašćenjem da aktivira mehanizme iz čl. 7 UEU. Međutim, široka sloboda procene koju Komisija uživa može potkopati njenu faktičku moć i umanjiti efikasnost dijaloga kroz "Okvir". Komisija slobodno procenjuje da li je problem u državi članici sistemske prirode, da li je država članica otklonila nedostatke koji su doveli do aktiviranja "Okvira" i, što je najvažnije, da li će pokrenuti postupak iz čl. 7 UEU, ako problem nije rešen kroz dijalog. Na ovaj način ostavljena je mogućnost da Komisija kalkuliše i da svoje delovanje opredeljuje trenutnim odnosom snaga i okolnostima u EU i državama članicama. Ovo potencijalno ozbiljno dovodi u pitanje nepristrasnost Komisije i narušava njen autoritet, koji su ključni za uspeh njenog delovanja kroz "Okvir".

#### AKTIVIRANJE "OKVIRA" U SLUČAJU POLJSKE

Komisija je prvi, i za sada jedini, put aktivirala "Okvir" januara 2016, otvarajući dijalog sa Poljskom. Iako je Mađarska već više godina na meti kritika zbog odstupanja od liberalno-demokratskih vrednosti i uspostavljanja svojevrstne "ne-liberalne demokratije", interesantno je da prvi slučaj aktiviranja "Okvira" nije bio usmeren na nju, već na Poljsku. Tri su osnovna razloga kojima se može objasniti ovaj donekle iznenađujući potez Komisije. Prvi je taj da je vlast u Mađarskoj većinu kontraverznih reformi sprovela do 2012. godine i da je 2014. kada je usvojen "Okvir" proces razgradnje vladavine prava već bio prilično odmakao. U ovim okolnostima bi aktiviranje "Okvira" bilo zakasnelo i pitanje je da li bi dalo željene rezultate. Ipak, treba imati na umu da je Komisija u slučaju Mađarske mogla aktivirati čl. 7 UEU (što su mnogi predlagali i očekivali), ali ona to nije učinila. U okolnostima brojnih problema sa kojima se EU suočavala (i još se suočava),

---

<sup>43</sup> P. Bárd et al., *op. cit.*, 41.

<sup>44</sup> A. von Bogdandy et al., *op. cit.*, 15.

<sup>45</sup> *Ibid.*

Komisija očigledno nije želela da otvara još jednu "Pandorinu kutiju". Situacija sa vladavinom prava u Mađarskoj se nije poboljšala, ali se stiče utisak da Komisija problem na neki način apstrahuje i kalkuliše sa pristupom njegovom rešavanju. Na ovu kalkulaciju utiču i odnosi političkih snaga, što je drugi razlog kojim se objašnjava prvo aktiviranje "Okvira" u slučaju Poljske, a ne Mađarske. Vladajuća partija u Mađarskoj, Fides, članica je Evropskih Narodnih Partija, koja ne samo da obuhvata veoma uticajne nacionalne partije, već je i najjača poslanička grupa u Evropskom parlamentu, pa se osnovano pretpostavlja da je odsustvo jačih reakcija na situaciju u Mađarskoj posledica i partijskog lobiranja. Nasuprot tome, vladajuća partija u Poljskoj, Pravo i pravda, članica je Evropskih Konzervativaca i Reformista, grupe znatno manjeg uticaja, koja nije bila naročito zainteresovana da štiti svoje partijske kolege u Poljskoj.<sup>46</sup> Konačno, odluka Komisije da aktivira "Okvir" u slučaju Poljske može se objasniti i taktičkim razlozima. S obzirom da EU generalno uživa značajnu podršku građana Poljske, Komisija je verovatno očekivala da aktiviranje "Okvira" neće izazvati negativne reakcije javnosti. Moguća taktika Komisije je da aktiviranjem "Okvira" javnost na neki način stavi pred izbor između EU i domaće (Pravo i pravda) vlasti, koji izbor bi imao za posledicu da opadne podrška domaćoj vlasti. U krajnjem cilju, strah vlasti od gubitka podrške uticao bi na nju da se vrati u okvir vladavine prava.<sup>47</sup> U tom slučaju delovanja Komisije kroz "Okvir" bi se moglo smatrati uspešnim, što je od velike važnosti za autoritet Komisije i eventualno pokretanje dijaloga sa nekim drugim državama članicama. Situacija u praksi, međutim, nije tako jednostavna.

Komisija je počela da prati situaciju u Poljskoj od novembra 2015. pre svega zbog problematičnog izbora pet sudija Ustavnog suda i skraćenja mandata predsedniku i potpredsedniku ovog suda, ali i zbog usvajanja "malog medijskog zakona" kojim su upravni i nadzorni odbori javnog televizijskog sevisa i javnog radijskog servisa stavljeni pod političku kontrolu. Na osnovu procene stanja, Komisija je 13. januara 2016. pokrenula dijalog sa Poljskom, u čijem fokusu se nalazi položaj Ustavnog suda. Pokretanje dijaloga je iniciralo intenzivnu komunikaciju između Komisije i poljskih vlasti, ali ona nije rezultirala rešavanjem problema. Zbog toga je Komisija 1. juna 2016. usvojila "Mišljenje o vladavini prava" o situaciji u Poljskoj. Mišljenje se temelji na osnovnom stavu Komisije da je nužno da se Ustavnom sudu Poljske omogući da u potpunosti osigura efektivnu ustavnosudsku kontrolu zakonodavnih akata. Zamerke Komisije odnose se na imenovanje sudija Ustavnog suda i sprovođenje njegovih odluka (donetih decembra 2015.) koje se tiču ovog pitanja, na izmene Zakona o Ustavnom sudu i odluke Ustav-

<sup>46</sup> Vidi P. Bárd et al., *op. cit.*, 45.

<sup>47</sup> A. Gostyńska-Jakubowska, "Poland: Europe's new enfant terrible?", *CER Bulletin* 106/2016. Dostupno na <http://www.cer.org.uk/publications/archive/bulletin-article/2016/poland-europes-new-enfant-terrible> (pristupljeno 20.08.2016).

nog suda o tim izmenama, kao i poštovanje odluka Ustavnog suda donetih posle 9. marta 2016. i, konačno, na efikasnost ustavnosudske kontrole zakona usvojenih 2016.<sup>48</sup> Kao reakciju na Mišljenje, poljski parlament je usvojio novi Zakon o ustavnom sudu, ali time nije otklonio razloge za zabrinutost Komisije za vladavinu prava u Poljskoj.<sup>49</sup> Zbog toga je Komisija 27. jula 2016. Poljskoj uputila "Preporuku o vladavini prava". Njome Komisija preporučuje Poljskoj da poštuje i u potpunosti sprovede odluke Ustavnog suda koje se tiču izbora troje sudija Ustavnog suda; da objavi i u potpunosti sprovede odluku Ustavnog suda od 9. marta 2016, kao i sve sledeće odluke i obezbedi da se buduće odluke objavljuju automatski, a ne na osnovu posebne odluke zakonodavne ili izvršne vlasti; da obezbedi da bilo koja reforma Zakona o Ustavnom sudu poštuje odluke Ustavnog suda i u potpunosti uvažava Mišljenje Venecijanske komisije, kao i da obezbedi da efikasnost Ustavnog suda nije podrivena novim zahtevima i, konačno, da obezbedi da Ustavni sud može da kontroliše ustavnost novog Zakona o Ustavnom sudu pre njegovog stupanja na snagu i da objavi i u potpunosti sprovede tu odluku.<sup>50</sup> Rešavanje ovih pitanja Komisija posmatra kao hitnost, pri čemu je vlastima Poljske ostavljen rok od tri meseca da Komisiju obaveste o preduzetim merama. Uz napomenu da je voljna da sa Vladom Poljske nastavi konstruktivni dijalog, Komisija ukazuje da odsustvo zadovoljavajućeg postupanja po Preporuci u datom vremenskom roku može rezultirati pokretanjem postupka iz čl. 7 UEU.<sup>51</sup>

Ostaje da se vidi šta će se desiti istekom roka od tri meseca i koja će biti dalja strategija Komisije. Dosadašnji tok dijaloga pokazuje da su se vlasti Poljske prevashodno oslanjale na tezu o suverenosti i neovlašćenom uplitanju Komisije u njene unutrašnje stvari i da nisu pokazale konstruktivnost koju je Komisija pretpostavljala koncipirajući "Okvir". Primetno je da su problemi koji su identifikovani prilikom pokretanja dijaloga prisutni i u trenutku upućivanja Preporuke i da dijalog nije bio preterano uspešan. Posebno je interesantno šta će se desiti ako vlasti Poljske ne reaguju zadovoljavajuće na Preporuku i ostanu pri svome i da li će Komisija smoci snage da aktivira čl. 7 UEU. Pritom treba imati na umu da su joj mogućnosti sužene na aktiviranje preventivnog mehanizma iz čl. 7 st. 1 UEU, jer je u sadašnjem odnosu snaga, a prevashodno imajući na umu poziciju Mađarske, nemoguće postići jednoglasnost Evropskog saveta nužnu za aktiviranje mehanizma sankcija iz čl. 7 st. 2 i st. 3 UEU.

---

<sup>48</sup> Vidi "Commission adopts Rule of Law Opinion on the situation in Poland", [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2015\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2015_en.htm) (pristupljeno 20.08.2016).

<sup>49</sup> Vidi "Rule of Law: Commission issues recommendation to Poland", [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2643\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2643_en.htm) (pristupljeno 20.08.2016).

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

## ZAKLJUČAK

Usvajanjem "Okvira" Komisija je potvrdila stav da je poštovanje vrednosti EU u državama članicama važno za funkcionisanje EU i artikulsala svoju nameru da reaguje na sistemske probleme u ostvarivanju vladavine prava u državi članici. Na taj način ona je učinila važan korak ka suočavanju sa erozijom demokratskih vrednosti koja nesumnjivo postoji u nekim državama članicama. Pored toga, Komisija je kroz "Okvir" pokušala da umanja neravnotežu koja postoji između (snažnog) uticaja koje EU vrši na države kandidate i njene nemoći (ali i nezainteresovanosti) da utiče na države članice, usled koje neravnoteže je moguće da kvalitet ostvarivanja demokratskih vrednosti u državi članici opadne nakon prijema u članstvo EU. Kroz mogućnost da sa državom članicom pokrene dijalog u cilju prevazilaženja sistemskih opasnosti po vladavinu prava, Komisija je sebi otvorila put da interveniše i pokuša da državu članicu vrati u vrednosni okvir uspostavljen u čl. 2 UEU. Međutim, koncept "Okvira" dovodi u sumnju efikasnost dijaloga i moć Komisije da izazove željenu promenu u državi članici. Volja država članica da uđu u iskren dijalog sa Komisijom i naročito da prihvate njene sugestije i eventualne preporuke je diskutabilna, na šta ukazuje i dosadašnji tok dijaloga sa vlastima u Poljskoj. Ovome doprinosi i nedosledno postavljena veza između neuspelog dijaloga i aktiviranja čl. 7 UEU, usled čega je (ubeđivačka) moć Komisije nepotrebno oslabljena. Praktične efekte "Okvira" je još uvek rano procenjivati (imajući na umu da je Komisija aktivirala samo jedan dijalog, koji još uvek nije okončan), ali se stiče utisak da države članice još uvek nisu spremne za intervenciju EU u ovoj sferi. Bez takve volje "Okvir" sigurno ne može dati željene rezultate.

LJUBICA ĐORĐEVIĆ, LL.D.,  
Professor, Educons University, Faculty of European Legal  
and Political Studies, Novi Sad.

THE "FRAMEWORK" OF THE COMMISSION AND THE PROTECTION  
OF RULE OF LAW IN THE EU MEMBER STATES

Summary

In March 2014 the European Commission adopted the "Framework to Strengthen the Rule of Law", and established the possibility to enter into a dialogue with a Member state in order to prevent the escalation of the systemic threats to the rule of law. By adopting the "Framework" the Commission reaffirmed the concept of the EU as a Union of values and signaled its determination to intervene if a member state deviates from the rule of law. The Commission deals with the systemic threats to the rule of law in a member state with the main aim to solve the problem before it develops into "a clear risk of a serious breach" as formulated in Article 7 (1) TEU. The main purpose of the dialogue is thus to prevent the activation of mechanisms set out in Article 7 TUE. However, the negative outcome of the dialogue does not necessarily provoke the Commission to activate Article 7 TUE. This is one of the main challenges for the effectiveness of the "Framework", bearing in mind that the presumption that the breaching member state will cooperate and comply may turn out to be too optimistic (as the Polish case shows).

ZORAN MILADINOVIĆ,  
SINIŠA VARGA

## POJAM OZBILJNE UPOTREBE ŽIGA U PRAVU EVROPSKE UNIJE

### U V O D

Žig je apsolutno subjektivno pravo na robni i uslužni znak. Sticanjem žiga, titular prava dobija ovlašćenje da, na teritoriji za koju je žig priznat, spreči svako drugo lice da zaštićeni robni i uslužni znak koristi za obeležavanje roba i usluga za čije obeležavanje je žig registrovan. Onemogućavajući svim drugim privrednim subjektima da koriste zaštićeni robni i uslužni znak, titular prava na tom znaku, u odnosu na prijavljene robe i usluge, stiče pravni monopol. Tako ostvarena konkurentna prednost ne može se iskorišćavati jedino tako što će se drugi pravnim putem sprečavati da koriste pravno zaštićeni znak. To bi bila zloupotreba prava. Subjektivno pravo, tj. žig, priznato je da bi se neometanim korišćenjem zaštićene oznake pospešila prodaja roba i usluga. Zbog toga pravni monopol na registrovanom robnom i uslužnom znaku titular prava može zadržati ukoliko žig upotrebljava stavljajući pravno zaštićenim znakom obeležene robe i usluge u pro-

---

Dr Zoran Miladinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Dr Siniša Varga, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije*.

met. Otuda je u većini zemalja sveta upotreba žiga propisana i kao obaveza titulara prava.<sup>1</sup>

I u pravu Evropske unije upotreba žiga je, iz aspekta održanja prava, bitan pravni institut. Tako je u tački 10 Preambule Regulative o žigu Evropske unije iz 2009. sa izmenama iz 2015. godine,<sup>2</sup> navedeno kako je opravdana zaštita samo onog žiga koji se stvarno koristi.<sup>3</sup> Prema tački 31 Direktive o usklađivanju zakonodavstva država članica u oblasti prava žiga iz 2015. godine<sup>4</sup> smisao propisivanja ove obaveze je redukcija registrovanih žigova<sup>5</sup> pa samim tim i konflikata među njima. U Regulativi o žigu Evropske unije ozbiljna upotreba (*genuine use*) žiga pominje se u čl. 15, čl. 42(2), čl. 51(1)a, čl. 57(2), čl. 99(3), čl. 112(2)a i čl. 160. Međutim, ni u jednoj od ovih odredaba nije definisano šta se pod ozbiljnom upotrebom žiga podrazumeva. Zato je to, počev od slučaja *Ansul* pa nadalje, urađeno u sudskoj praksi. U tom smislu ćemo u radu obraditi definisanje i odlučne činjenice za utvrđenje ozbiljne upotrebe žiga Evropske unije. Zbog ograničenja po osnovu dozvoljenog obima rada: subjekti, forma i predmet upotrebe žiga kao i opravdani razlozi za nekorišćenje žiga biće samo pomenuti.

### Određenje ozbiljne upotrebe žiga u sudskoj praksi Evropske unije

Terminološki gledano za ozbiljnu upotrebu žiga u nemačkoj verziji Regulative koristi se izraz *ernsthafte Benutzung*, u francuskoj *usage serieux*, italijanskoj *seriamente utilizzata*, portugalskoj *utilização seria*, što sve odgovara engleskom terminu: *genuine use*. S druge strane, u španskoj verziji se koristi termin *uso efec-*

<sup>1</sup> Izuzetak su: Čile, Kostarika, Izrael, Monako, Moldavija, Južnoafrička Republika i Zambija (*Summary of replies to the questionnaire on trademark law and practice* (SCT/11/6), WIPO Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial designs and Geographical indications, WIPO/STrad/INF/1 Rev.1, Geneva, January 25, 2010, str. 144–146).

<sup>2</sup> *Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark* (OJ L 78, 24.3.2009, p. 1) *amendend with Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015* OJ L 341, 24.12.2015, p. 21).

<sup>3</sup> Ako se žig ne upotrebljava, njegova informativna funkcija na tržištu se ne ostvaruje, pa za njegovom zaštitom ne postoji potreba (Slobodan Marković, *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Beograd 2014, str. 207).

<sup>4</sup> *Directive (EU) 2015/2436 of the European parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks* (OJ L 336, 23.12.2015, p. 1).

<sup>5</sup> “To je lek kojim se sprečava da trgovačke arterije budu blokirane holesterolom nekorišćenih žigova” (HectorMacQueen, Charlotte Waelde, Graeme Laurie, *Contemporary Intellectual Property, Law and Policy*, Oxford 2008, str. 607)



tivo čemu je približniji prevod: stvarna upotreba; dok se u holandskoj verziji koristi izraz *normaal gebruik*.<sup>6</sup>

Osnovne principe bitne upotrebe žiga Sud pravde Evropske unije (dalje u tekstu: ECJ) odredio je u slučaju *Ansul*.<sup>7</sup> Tako je po ovoj odluci ozbiljna upotreba žiga, pre svega, stvarna upotreba žiga<sup>8</sup> od strane titulara prava ili uz njegovu saglasnost.<sup>9</sup> To je uvek činjenje odnosno neka aktivnost. Prema tome, pod ozbiljnom upotrebom žiga ne podrazumeva se pretpostavljena, verovatna ili mogućna,<sup>10</sup> već efektivna, konzistentna i stabilna upotreba žiga.<sup>11</sup> Samo namera da se žig stvarno koristi, nije dovoljna.<sup>12</sup> Ali nije ni svaka stvarna upotreba žiga ozbiljna. Ozbiljnom se smatra samo ona upotreba žiga kojom se ostvaruje njegova osnovna privredna funkcija – ukazivanje na izvor odakle potiče obeležena roba ili usluga, kako bi potrošač ili drugi kupac mogao bez zabune razlikovati robu i usluge različitog komercijalnog porekla.<sup>13</sup> Pošto se ova privredna funkcija žiga ostvaruje u onom ekonomskom prostoru u kojem se ponuda sučeljava sa potražnjom, pod ozbiljnom upotrebom žiga podrazumeva se stvarna upotreba žiga u prometu odnosno na tržištu.<sup>14</sup>

Ako ozbiljnu upotrebu žiga definišemo kao stvarnu upotrebu žiga na tržištu, prvo pitanje koje se postavlja jeste pitanje pravnog režima obeležavanja roba i usluga. S jedne strane, obeležavanje roba i usluga je jedno od isključivih ovlašćenja titulara prava, u širem smislu je obuhvaćeno pojmom upotrebe žiga i predstavlja preduslov za ostvarenje osnovne funkcije žiga – ukazivanje na poreklo robe; bez prethodnog obeležavanja, takvo ukazivanje bi bilo bespredmetno. S druge strane obeležavanje se, po pravilu, ne vrši na tržištu, već interno u pogonima titulara prava ili drugog lica, kancelarijama, štamparijama i sl. Prema presudi u slučaju *HIWATT*, postojanje robe obeležene žigom nije, samo za sebe, dovoljno

---

<sup>6</sup> T-174/01 *Silk Cocoon*, [2003] ECR II-00789, tač. 36. U Danskoj verziji Regulative koristi se izraz *reel* (pravi, stvarni), a u švedskoj *verklighet* (fer).

<sup>7</sup> C-40/01 *Ansul v. Ajax Brandbeveiliging*, [2003] ECR I-02439.

<sup>8</sup> *Isto*, tač. 35.

<sup>9</sup> Korišćenje žiga Evropske unije uz saglasnost titulara prava smatra se korišćenjem žiga od strane titulara prava (Regulativa o žigu Evropske unije, čl. 15(2)).

<sup>10</sup> T-39/01 *HIWATT*, [2002] ECR II-05233, tač. 47.

<sup>11</sup> C-234/06 P *Bainbridge*, [2007] ECR I-07333, tač. 74.

<sup>12</sup> *HIWATT*, tač. 45.

<sup>13</sup> *Ansul*, tač. 36.

<sup>14</sup> *Ibidem*, tač. 37.

za utvrđenje da je žig ozbiljno korišćen.<sup>15</sup> Obeležavanju robe, dakle, mora da sledi upotreba žiga na tržištu.

Drugo pitanje koje se postavlja jeste: šta se konkretno podrazumeva pod upotrebom žiga na tržištu? Nešto preciznije rečeno: da li se stvarna upotreba žiga na tržištu upodobljava prodaji ili je dovoljno da je roba obeležena žigom ponuđena na prodaju? S jedne strane ozbiljnu upotrebu žiga je lakše dokazati ako je roba obeležena žigom prodana.<sup>16</sup> S druge strane, zadatak nadležnih organa vlasti prilikom ispitivanja da li je žig bio ozbiljno korišćen nije da ocenjuju komercijalni uspeh titulara prava niti njegovu poslovnu strategiju.<sup>17</sup> Žig mora biti stvarno upotrebljen na tržištu, a on to jeste već onda kada ga je moguće opaziti na robi ponuđenoj na prodaju. U pravnoj literaturi je zauzet stav da se ozbiljna upotreba žiga može dokazati i onda kad se nije desila prodaja robe.<sup>18</sup> Doduše ne uvek, već ako je na tržištu "žig tako korišćen da privlači pažnju potencijalnih kupaca ka robi ili uslugama efektivno ponuđenih pod tim znakom,"<sup>19</sup> po razumnim tržišnim uslovima, a da se ne radi o jeftinoj potrošnoj robi za svakodnevnu upotrebu.

Generalno se prilikom ocene da li je upotreba žiga bila ozbiljna uzimaju u obzir sve pravno relevantne okolnosti konkretnog slučaja. Tako je u nekim slučajevima moguće govoriti o ozbiljnoj upotrebi žiga i onda kada roba nije bila ni ponuđena na prodaju, ako jer titular prava izvršio ozbiljnu pripremu za poslovanje, uključujući i reklamnu kampanju. Ovo otuda što je razumno očekivati da od registracije znaka za obeležavanje robe kojom titular prava nije do tada trgovao, pa do njenog stavljanja u promet, protekne vremenski period čija dužina zavisi od privredne grane u kojoj se obavlja privredna delatnost, karakteristika relevantnog tržišta drugih pravno relevantnih okolnosti.

Međutim, ne smatra se svaka stvarna upotreba robnog i uslužnog znaka na tržištu ozbiljnom upotrebom žiga. Tako se ozbiljnom upotrebom žiga ne smatraju: simulovana (simbolična) upotreba žiga, deskriptivna upotreba žiga, te upotreba žiga kao poslovnog imena. Ozbiljnom upotrebom žiga ne smatra se ni interna upotreba žiga.

<sup>15</sup> Tač. 42.

<sup>16</sup> "Efektivna prodaja, čak i kad nije značajna, konstituise upotrebu..." (T-418/03 *La Mer Technology* [2007] ECR II-00125, tač. 90).

<sup>17</sup> T-334/01 *HIPOVITON* [2004] ECR II-02787, tač. 32.

<sup>18</sup> David Bainbridge, *Intellectual Property*, Harlow 2007, str. 649; Emily Bolton, *Defining Genuine Use Requirements of Community Trade Marks in Light of an Expanding European Union*, Connecticut Journal of International Law, Vol. 27/2012, str. 381; William Cornish & David Llewelyn, *Intellectual Property, Patents, Copyright, Trademarks and allied rights*, London 2003, str. 692; Jennifer Davis, *Intellectual Property Law*, Oxford 2008, str. 231.

<sup>19</sup> *Silk Cocoon*, tač. 20 i 41.

### *Simulovana (simbolična) upotreba žiga*

Simulovana (simbolična) upotreba žiga, odnosno *token use*, takođe je stvarna, realna upotreba žiga na tržištu. Ono što je suštinski razlikuje od ozbiljne upotrebe žiga je namera titulara prava. Tako ozbiljnu upotrebu žiga čini ona upotreba kojom titular prava želi steći ili očuvati komercijalnu poziciju odnosno udeo na relevantnom tržištu proizvoda obeleženih registrovanim robnim i uslužnim znakom,<sup>20</sup> dok je simbolična upotreba žiga ona koja je isključivo (*solely*) usmerena na održanje registracije pravno zaštićenog robnog i uslužnog znaka.<sup>21</sup> Namera titulara prava procenjuje se prema tome da li se tržišno ponašanje titulara prava po pitanju sticanja ili očuvanja tržišta za svoju robu i usluge može smatrati prihvatljivim sa aspekta privredne grane u kojoj titular prava obavlja privrednu delatnost.<sup>22</sup> Pri tome se u obzir uzimaju sve pravno relevantne okolnosti, a naročito: vrsta roba i usluga, karakteristike tržišta, te obim i učestalost upotrebe žiga.<sup>23</sup>

Iako se u tački 39 presude ECJ u slučaju *Ansul* izričito navodi da korišćenje žiga ne mora uvek biti kvantitativno značajno da bi se smatralo ozbiljnim, u sudskoj praksi se svaki slučaj simulovane upotrebe žiga karakterisao nedovoljnom upotrebom žiga u kvantitativnom smislu.<sup>24</sup> Tako je kao simulovana upotreba žiga okarakterisana upotreba žiga kojom je ostvaren promet od 432 evra za 85 artikala ženskog donjeg rublja,<sup>25</sup> 800 evra za 15552 flaše bezalkoholnog pića<sup>26</sup> i 1551 (valuta nije sa sigurnošću utvrđena jer nije specifikovana u fakturama; u nižestepenim odlukama se smatralo da se radi o dolarima) za 94 bočice parfema.<sup>27</sup> U svakom od ovih slučajeva se radilo o jeftinoj robi namenjenoj za svakodnevnu upotrebu. To znači da se nominalni iznos prometa ne uzima u obzir u apsolutnom smislu, već se njegov značaj ceni u odnosu na: vrstu robe i strukturu tržišta. U obzir se uzimaju i druge pravno relevantne okolnosti kao što su: obim ukupnog poslovanja, proizvodni i prodajni kapaciteti i stepen diversifikacije roba i uslu-

---

<sup>20</sup> *Ansul*, tač. 37.

<sup>21</sup> *Ibidem*, tač. 36.

<sup>22</sup> *Ibidem*, tač. 38.

<sup>23</sup> *Ibidem*, tač. 39.

<sup>24</sup> Isto važi i za američku sudsku praksu u kojoj su se simulovanim korišćenjem žiga smatrale: 600 dolara prometa ostvarenog tokom dvadeset godina prodajom 89 bočica parfema u slučaju robnog žiga SNOB, kao i petnaest transakcija za 13 godina i ostvarenim prometom od 89,52 dolara u slučaju Lever Brothers (Robert W. Sacoff, *The Trademark Use Requirement in Trademark Registration, Opposition and Cancellation Proceedings*, Trademark Reporter Vol. 76/1986, str. 132-133).

<sup>25</sup> T-131/06 *Sonia Rykiel* [2008] ECR II-00067.

<sup>26</sup> T-250/13 *Smart Water* od 18. marta 2015. godine, potvrđena odlukom ECJ C-252/15 od 17. marta 2016.

<sup>27</sup> R 1459/2014-4 od 3. septembra 2015. godine (*Golden Marks v. Faberge*).

ga za čije je obeležavanje žig registrovan.<sup>28</sup> Zbog toga se ne može svaki slučaj niske vrednosti prometa smatrati pokazateljem simulovane upotrebe žiga. Tako je u slučaju VITAFRUIT<sup>29</sup> prodaja u vrednosti od 4800 evra za 293 kutije sa po dvanaest artikala u svakoj, bilo dovoljno za utvrđenje da je upotreba žiga ozbiljna. Prema tome, ozbiljna upotreba žiga nije rezervisana samo za komercijalno korišćenje žiga velikih razmera.<sup>30</sup> “Međutim, što je komercijalni obim korišćenja žiga manji, to je veća potreba da se podnesu dodatni dokazi kojima bi se otklonila sumnja u ozbiljnost njegove upotrebe.”<sup>31</sup> Tako će u slučajevima niske vrednosti prometa robom i uslugama za čije obeležavanje je žig registrovan nalaz o ozbiljnoj upotrebi žiga biti podržan okolnostima učestalosti, redovnosti i trajanja upotrebe žiga, ulaganjima u reklamiranje i tome slično. Na taj način se dokazuje da mali obim prodaje nije pokazatelj simulovane upotrebe žiga, već pre komercijalnog neuspaha titulara prava.<sup>32</sup>

### *Deskriptivna upotreba žiga*

Deskriptivna upotreba žiga je upotreba žiga u svrhu upućivanja na: vrstu, kvalitet, geografsko poreklo, vreme proizvodnje, količinu i druge opšte tržišne informacije. Tako je u slučaju LAMBRETTA<sup>33</sup> odbijena žalba titulara prava i potvrđena prvostepena odluka o ukidanju žiga zbog nekorišćenja jer je iz okolnosti slučaja proizlazilo da je žig LAMBRETTA korišćen za ukazivanje da ponuđeni rezervni delovi odgovaraju LAMBRETTA skuterima što bi bio oblik deskriptivne upotrebe žiga. Nije dokazano da je rezervne delove za LAMBRETTA skutere u promet stavio titular prava, pa je ostalo nejasno da li su to novi ili polovni rezervni delovi (u kom slučaju je žig iscrpljen) ili pak tuđe kopije starih modela rezervnih delova koji se mogu koristiti prilikom popravke LAMBRETTA skutera.

### *Korišćenje žiga kao poslovnog (ili trgovačkog) imena*

U načelu, ne može se korišćenje žiga kao poslovnog imena smatrati upotrebom žiga kao robnog i uslužnog znaka.<sup>34</sup> Generalno gledano, svrha poslovnog i

<sup>28</sup> *Sonia Rykiel*, tač. 56.

<sup>29</sup> *C-416/04 Sunrider v. OHIM (VITAFRUIT)* [2006] ECR I-04237.

<sup>30</sup> *HIPOVITON*, tač. 32.

<sup>31</sup> *Ibidem*, tač. 37.

<sup>32</sup> *C-259/02 La Mer Technology*, [2004] ECR I-01159, tač. 11. “Ozbiljnu upotrebu ne treba poistovećivati sa komercijalnim uspehom” (R 2445/2014-5 od 22. septembra 2015. godine (THER-AFORM), tač. 16).

<sup>33</sup> R 351/2015-1 od 23. septembra 2015. godine.

<sup>34</sup> *T-39/01 HIWATT*, [2002] ECR II-05233, tač. 44.

trgovačkog imena su identifikacija privrednog subjekta i delatnosti kojom se bavi, dok je svrha robnog i uslužnog znaka ukazivanje na poreklo zaštićenim znakom obeležene robe ili usluge. Prema tome, kada je korišćenje poslovnog ili trgovačkog imena ograničeno na identifikaciju privrednopravnog subjekta ili privredne delatnosti, onda se takvo korišćenje ne može smatrati korišćenjem u odnosu na robu ili usluge.<sup>35</sup> Međutim, poslovno i trgovačko ime mogu se istovremeno koristiti i kao žig.<sup>36</sup> Smatra se da se poslovno ili trgovačko ime koriste i kao žig onda kada su registrovani kao žig i kao takvi korišćeni za obeležavanje robe ili usluge, pre svega stavljanjem na robu ili sredstvo za pružanje usluga. Ali čak i onda kada se poslovno ili trgovačko ime ne nalaze na robi, ambalaži i tome slično, može se govoriti o ozbiljnoj upotrebi žiga ako se poslovno ili trgovačko ime u prometu upotrebljavaju na taj način da se time uspostavlja veza između poslovnog i trgovačkog imena i roba i usluga titulara prava.<sup>37</sup> U slučaju *Alder Capital* Sud opšte nadležnosti EU (*General court* – dalje u tekstu: GC) utvrdio je da su neregistrovana poslovna imena investicionog fonda *Halder* i *Halder Investments*, registrovana kao žigovi, istovremeno korišćena kako za identifikaciju privrednog društva, tako i za obeležavanje finansijskih usluga.<sup>38</sup>

Interesantan je u ovom smislu slučaj žiga *L'Éclairer* registrovanog za obeležavanje robe iz klasa 3, 4, 9, 14, 18, 20 i 25 Ničanske klasifikacije.<sup>39</sup> Prvostepenom odlukom utvrđeno je da je žig *L'Éclairer* (karakteristični) deo poslovnog imena titulara prava i naziv lanca koncept prodavnica<sup>40</sup> za prodaju elitne robe visoke mode. Imajući u vidu da je u katalogima i modnim časopisima žigu *L'Éclairer* uvek prethodilo ime dizajnera odeće ili obuće (npr. *Sylvia Toledano chez L'Éclairer*, *Sara Weinstock chez L'Éclairer*, *Rosa Maria chez L'Éclairer*, *Ma-*

---

<sup>35</sup> T-209/09 *Alder Capital* [2011] ECR II-99, tač. 45.

<sup>36</sup> Ako se žig koristi i kao poslovno ime, to samo po sebi ne isključuje korišćenje poslovnog imena kao žiga (T-418/03 *La Mer Technology* [2007] ECR II-00125, tač. 74).

<sup>37</sup> *Ibidem*, tač. 46.

<sup>38</sup> *Ibidem*, tač. 56. Reč "halder" je korišćena bez oznake organizacionog oblika privrednog društva ili matičnog broja investicionog fonda (tač. 52), dok su rimski brojevi kao delovi poslovnog imena, imajući u vidu kratkoću i sporednu poziciju, slabog distinktivnog karaktera (tač. 58). I uopšte kad su u pitanju usluge, promet je već naviknut da je korišćenje poslovnog imena u vezi sa uslugom "ukazivanje na usluge koje potiču iz odnosnog preduzeća" (Sonja Spasojević, *Prestanak žiga zbog nekorišćenja*, Zbornik radova: "Pravna misao u srcu Šumadije" (B. Vlašković – ur.), Kragujevac 2012, str. 554).

<sup>39</sup> R 2266/2014-1 od 3. septembra 2015. godine (*LECLAIREUR INTERNATIONAL v. Les Eclaires*).

<sup>40</sup> "Koncept se svodi na privlačenje precizno određene potkulturne grupe i njenu identifikaciju sa filozofijom koju prodavnica nudi" (<http://citymagazine.rs/clanak/concept-stores>, jun 2016).

ria Rudman chez L'Eclaireur i sl.) prvostepenom odlukom je žig ukinut zbog toga što se nije koristio za obeležavanje roba i usluga titulara prava, već prodajnog mesta (dakle kao *shop name*), gde poznati dizajneri nude svoje modne kolekcije. Žalbeno veće je međutim, održalo žig za odeću i obuću navodeći da se u obzir moraju uzeti specifične karakteristike tržišta skupih luksuznih proizvoda na kojem kupci oba saradnika doživljavaju kao izvor robe, jer je na tom relevantnom tržištu uobičajeno da prodavci ponude kolekciju obuće ili odeće koja je dizajnirana specijalno za njih.<sup>41</sup>

Analogno upotrebi poslovnog ili trgovačkog imena, korišćenje žiga kao naziva internet domena primarno je u funkciji identifikacije web sajta kao takvog i bez nuđenja roba i usluga realno dostupnih preko sajta i/ili drugih aktivnosti usmerenih na postizanje komercijalnog efekta u vezi sa robom i uslugama za čije obeležavanje je žig prikazan na web sajtu registrovan, ne smatra se ozbiljnom upotrebom žiga (na Internetu).

#### *Interna upotreba žiga*

Korišćenje žiga u privatne svrhe, kao i samo unutar privrednog društva ili među povezanim privrednim društvima, ne smatra se ozbiljnom upotrebom žiga.<sup>42</sup> Upotreba žiga mora biti otvorena i javna, pa se prodaja i isporuka sopstvenim odeljenjima, podružnicama, ispostavama, zaposlenima ili trgovačkim predstavnicima ne može kvalifikovati kao *bona fide* upotreba žiga podesna za svrhu (održanja) registracije robnog i uslužnog znaka.<sup>43</sup> Robni i uslužni znak mora biti korišćen javno radi prodaje roba i pružanja usluga, za čije obeležavanje je registrovan, tzv. spoljnim tržišnim učesnicima.<sup>44</sup> Ono što je ovde bitno uočiti, to je da se za utvrđenje ozbiljne upotrebe žiga ne zahteva da roba tzv. spoljnom tržišnom učesniku bude direktno prodana od strane titulara žiga. Važno je da roba bude puštena u promet i na kraju kupljena od strane kupca koji sa titularom žiga nije pravno ili ekonomski povezan. Primera radi, u povezanim privrednim društvima u kojima je izvršena specijalizacija poslovanja, nije neuobičajeno da se titular žiga bavi proizvodnjom robe, a sa njim povezano privredno društvo distribuci-

<sup>41</sup> *L'Eclaireur*, tač. 19.

<sup>42</sup> *Guidelines for Examination of European Union Trade Marks*, European Union Intellectual Property Office, Part C - Opposition, Section 6 - Proof of Use, version 1.0 od 23. marta 2016, str. 13.

<sup>43</sup> Robert W. Sacoff, *Op. cit.*, str. 107.

<sup>44</sup> T-174/01 *Silk Cocoon*, [2003] ECR II-00789, tač. 39.

jom.<sup>45</sup> Prodaja robe drugom privrednom društvu unutar grupe privrednih društava neće se smatrati internom ako to drugo privredno društvo, kupac, preprodaje robu, obeleženu robnim znakom titulara prava, na tržištu, kupcima koji nisu pravno i ekonomski povezani ni sa preprodavcem, ni titularom prava.

Takođe je u kontekstu razmatranja da li je upotreba žiga bila interna ili eksterna bitno napomenuti da tzv. spoljni tržišni učesnik ne mora biti potrošač odnosno krajnji kupac. To kao u slučajevima *La Mer Technology*<sup>46</sup> i *CAMPING*<sup>47</sup> može biti i posrednik u trgovini.

Jedno od značajnijih pitanja u vezi sa internom upotrebom žiga jeste pitanje ozbiljne pripreme za stvarnu upotrebu žiga na tržištu. Ozbiljna priprema za stvarnu upotrebu žiga u prometu je pravno relevantna činjenica za ocenu ozbiljne upotrebe žiga. I dok je uslov javne i eksterne upotrebe žiga ispunjen u pogledu reklamiranja i prikazivanja žiga na sajmovima, web sajtu, časopisima i drugim publikacijama i tome slično, dotle su neke od pripremnih aktivnosti za stvarnu upotrebu žiga na tržištu poput proizvodnje, obeležavanja, zaključivanja ugovora o distribuciji, zakupu poslovnih prostorija ili isporuci materijala, poluproizvoda i energenata neophodnih za proizvodnju, pribavljanje administrativnih dozvola itd. nesporno internog karaktera. Dakle kakav je pravni režim pripremnih aktivnosti internog karaktera? Smatramo da preduzimanje samo internih pripremnih aktivnosti za upotrebu žiga nije dovoljno za prevazilaženje internog karaktera preduzetih radnji. Prvo, brojne interne pripreme aktivnosti za upotrebu žiga uopšte ne predstavljaju aktivnosti upotrebe žiga (makar interne). Drugo, ako prodaja povezanom privrednom društvu nije dovoljna da se prevaziđe prigovor interne upotrebe, onda za to nije kvalifikovana ni aktivnost koja ne podrazumeva ni prodaju robe obeležene pravno zaštićenom oznakom. I treće, pripreme aktivnosti za upotrebu žiga su generalno okolnosti kojima se dokazuje da je kvantitativno mala ili zakasnela upotreba žiga ozbiljna, no što su okolnosti koje same za sebe, bez realne upotrebe žiga na robama i uslugama na tržištu, mogu predstavljati osnov za zaključak o ozbiljnoj upotrebi žiga.

---

<sup>45</sup> "Distribucija je opšte prihvaćen metod komercijalnog organizovanja uobičajen u prometu i ne predstavlja internu upotrebu žiga" (R 2445/2014-5 od 22. septembra 2015. godine (*THERA-FORM*), tač. 52). U ovom slučaju titular prava *Theraform S.A.R.L.* prodaje robu obeleženu pravno zaštićenim žigom privrednom društvu *Theraform Innovation* (oba privredna društva su zavisna privredna društva finansijski i personalno povezana putem kontrolnog privrednog društva *Financiere DWS*). Do ovog momenta to je interna upotreba žiga. Međutim, *Theraform Innovation* distribuira predmetnu robu sticacima franšize, dakle poslovnim partnerima, što upotrebu žiga čini eksternom.

<sup>46</sup> C-259/02 [2004] ECR I-01159, tač. 11.

<sup>47</sup> R 2623/2014-1 od 3. septembra 2015. godine, tač. 23.

## Odlučne činjenice za dokazivanje ozbiljne upotrebe žiga Evropske unije

Prema pravilu 22(3) implementirajuće Regulative<sup>48</sup> dokazi o upotrebi žiga moraju sadržati podatke o: prirodi, mestu, vremenu i obimu korišćenja žiga. Pri tome je sasvim razumljivo da se ne zahteva da svaki dokaz sadrži podatke o svim pravno relevantnim okolnostima.

### *Priroda korišćenja žiga*

Da bi se upotreba žiga smatrala ozbiljnom, robni i uslužni znak mora biti korišćen: u prometu (dakle ne interno) kao žig (tj. indikator porekla obeležene robe) u formi kojom se ne menja distinktivni karakter žiga kakav je registrovan,<sup>49</sup> za obeležavanje roba i usluga za čije obeležavanje je žig registrovan.<sup>50</sup> Korišćenje žiga u prometu znači korišćenje žiga na tržištu roba i usluga u komercijalne svrhe. Korišćenje žiga u komercijalne svrhe ne mora uvek biti korišćenje radi sticanja profita. Žig može biti priznat i neprofitnim društvenim organizacijama. U tom slučaju, "...činjenica da su roba ili usluge ponuđene na neprofitnoj osnovi nije odlučujuća<sup>51</sup>... sve dok predmetno udruženje koristi žig čiji je titular radi identifikacije i promocije roba ili usluga za koje je registrovano",<sup>52</sup> pod uslovom da to nije interna upotreba žiga (tokom ceremonija i drugih privatnih događanja),<sup>53</sup> već

<sup>48</sup> *Commission Regulation (EC) No. 2868/95 of 13th December 1995 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark* (OJ L 303, 15<sup>th</sup> December 1995, p. 1).

<sup>49</sup> Amanda Michaels with Andrew Norris, *TradeMark Law*, Oxford 2010, str. 107/108. Korišćenje oznake koja nije istovetna registrovanoj, ali se od registrovane ne razlikuje u bitnim karakteristikama, računa se kao korišćenje registrovane oznake (Paul Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford 2008, str. 428). Izmena izgleda robne oznake dozvoljava se radi prilagođavanja marketinškim i promotivnim uslovima nacionalnog tržišta na kojem titular žiga namerava da stekne tržišni udeo, a koje tržište se, po pravilu, razlikuje od nacionalnog tržišta imaoća prava (T-215/13 od 15. jula 2015. godine (not yet published), tač. 27; R 2445/2014-5 od 22. septembra 2015. godine (THERAFORM), tač. 22).

<sup>50</sup> "Korišćenje žiga za obeležavanje robe za čije obeležavanje nije registrovan, ne smatra se ozbiljnom upotrebom žiga (Catherine Colston & Jonathan Galloway, *Modern Intellectual Property law*, Abingdon 2010, str. 692), pa makar se radilo i o sličnim robama i uslugama (Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford 2004, str. 892). Međutim, titular prava žig može da registruje za širok asortiman roba i usluga, a da ga ozbiljno koristi za obeležavanje samo nekih od njih. U tom slučaju će žig prestati u odnosu na samo one robe i usluge za čije obeležavanje registrovani žig nije ozbiljno korišćen (čl. 51(2) Regulative o žigu Evropske unije).

<sup>51</sup> C-442/07 *Radetzky* [2008] ECR I-09223, tač. 16.

<sup>52</sup> *Ibidem*, tač. 20.

<sup>53</sup> *Ibidem*, tač. 22.



javna promocija svojih roba i usluga,<sup>54</sup> pa se ozbiljnom upotrebom žiga smatra kada neprofitno udruženje koristi pravno zaštićeni robni ili uslužni znak u odnosima s javnošću, u obaveštenjima o predstojećim događajima, na poslovnoj dokumentaciji i reklamnom materijalu, kao i onda kada članovi udruženja nose bedževe na kojima je prikazan registrovani žig prilikom prikupljanja ili distribucije donacija.<sup>55</sup>

### *Mesto korišćenja žiga*

S obzirom na teritorijalni karakter prava žiga, potpuno je razumljivo zašto je mesto korišćenja robnog i uslužnog znaka odlučna činjenica u postupku utvrđenja ozbiljne upotrebe žiga. U vezi sa mestom odnosno geografskim područjem na kojem se žig mora koristiti da bi se upotreba žiga Evropske unije smatrala ozbiljnom, nesporno je da je korišćenja žiga izvan Evropske unije pravno irelevantno, osim ako se ne radi o izvozu<sup>56</sup> u kojem slučaju žig Evropske unije ne mora ni da bude upotrebljen na teritoriji EU da bi se smatralo da je ozbiljno korišćen.<sup>57</sup>

S druge strane, ne zahteva se ni da žig Evropske unije, radi održanja prava, bude upotrebljen u svih 28 država članica EU.<sup>58</sup> Ali zato ni samo lokalna upotreba žiga Evropske unije dovoljna za održanje prava. "Priznanjem žiga njihovi titulari stižu monopol. Ako bi takav monopol bio proširen na celu Evropsku uniju po osnovu lokalne upotrebe žiga, rezultat bi bio neopravdana prepreka slobodnom prometu roba i usluga na unutrašnjem tržištu."<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, tač. 23.

<sup>55</sup> *Ibidem*, tač. 24.

<sup>56</sup> Kao u slučaju žiga ALBUSTAN za koji je u presudi GC T-454/11 od 19. aprila 2013. godine utvrđeno da je korišćen za obeležavanje pakovanja u kojima je pasirani paradajz (*tomato paste*) izvožen u arapske zemlje (tač. 15). I u slučaju R 52/2015-1 od 11. januara 2015 (Pi) utvrđen je kao pravno relevantan u smislu ozbiljne upotrebe žiga (u) EU: izvoz softvera u Koreju, Indiju i Maleziju (tač. 51).

<sup>57</sup> "Korišćenje znaka na robu namenjenoj izvozu smatra se ozbiljnom upotrebom žiga" (William Cornish & David Llewelyn, *Op. cit.*, str. 691).

<sup>58</sup> Tara M. Aaron & Axel Norderman, *The Concepts of Use of a Trademark under European Union and United States Trademark Law*, Trademark Reporter Vol. 104/2014, str. 1209.

<sup>59</sup> Emily Bolton, *Op. cit.*, str. 386. Vidi u tom smislu i čl. 8(4) Regulative o žigu Evropske unije prema kojem prigovor titulara prava na robni i uslužni znak lokalnog značaja ne može biti osnov za odbijanje zahteva za priznanje žiga Evropske unije. Tako u slučaju *Waltzertraum* (R 623/2008-4 od 9. jula 2009. godine) postojanje ranijeg nacionalnog žiga korišćenog za obeležavanje ručno pravljenih pralina koje su u promet stavljane u poslastičarnici titulara prava u *Bad Reichenhallu*, malom gradiću u bavarskim Alpima, nije bila prepreka registraciji komunitarnog žiga *Walzer Traum*.

U stvari, kad je reč o teritorijalnom aspektu korišćenja žiga Evropske unije, najznačajnije pitanje je da li je korišćenje žiga Evropske unije u samo jednoj državi članici dovoljno za održanje prava. Dugo vremena je OHIM (*Office for Harmonization of Internal Market* – sada EU IPO – *European Union Intellectual Property Office*) zastupao stav da je ozbiljna upotreba komunitarnog žiga u okviru jedne države članice dovoljna za održanje prava. Takav stav se zasnivao na Zajedničkoj izjavi Saveta i Komisije Evropske zajednice iz 1995. godine.<sup>60</sup> U pravnoj teoriji se, međutim, zastupao stav da je za održanje komunitarnog žiga potrebno da je žig upotrebljen u više nego u jednoj državi članici.<sup>61</sup> Kritika se zasnivala na tvrdnji da su komunitarni žigovi namenjeni trgovini između država članica, a pošto je u Evropskoj uniji zadržan nacionalni sistem prava žiga, to je logično da je za održanje prava na evropskom nivou neophodno ostvariti viši nivo upotrebe žiga nego što se zahteva za održanje prava na nacionalnom nivou. Uostalom, stavom da je korišćenje žiga u jednoj državi članici dovoljno za održanje prava na komunitarnom nivou obesmišljavale su se odredbe Regulative o komunitarnom žigu (sada čl. 112 Regulative o žigu Evropske unije) kojima se regulisala konverzija prijave ili priznatog komunitarnog žiga u nacionalnu prijavu žiga. Dilema je razrešena u odluci ECJ povodom žiga ONEL.<sup>62</sup>

Tuženi je 27. jula 2009. godine Uredu za intelektualnu svojinu zemalja Beneluksa (*Benelux Office for Intellectual Property* – u daljem tekstu: BOIP) podneo prijavu žiga OMEL za obeležavanje usluga iz klasa 35 (reklamiranje i odnosi sa javnošću, poslovna administracija, birotehnika, poslovni menadžment, marketing), 41 (obrazovanje, organizovanje kurseva, obuke, seminara i sajмова) i 45 (pravne usluge) Ničanske klasifikacije. Tužilac je podneo prigovor pošto je od 19. marta 2002, dakle više od sedam godina, titular prava na komunitarnom žigu ONEL za obeležavanje usluga iz klasa 35, 41 i 42 Ničanske klasifikacije. Tuženi/podnosilac prijave je od tužioca/titulara prava/opponenta zatražio da dokaže ozbiljnu upotrebu žiga. Tužilac/titular prava/opponent je dokazao ozbiljnu upotrebu žiga u Holandiji. BOIP je odlukom od 15. Januara 2010. godine prigovor odbio s obrazloženjem da je monopol koji se proteže daleko izvan teritorije na kojoj se žig koristi nepobitno suprotan jednom od osnovnih principa Rimskih ugovora – slobodi prometa roba i usluga,<sup>63</sup> te da je korišćenje komunitarnog žiga u samo jednoj od država članica EU nedovoljno za konstituisanje ozbiljne upotrebe žiga

<sup>60</sup> *Joint Statement by the Council and the Commission* of 20<sup>th</sup> October 1995, No. B. 10, OJ OHIM 1996, 615.

<sup>61</sup> William Cornish & David Llewelyn, *Op. cit.*, str. 692/693.

<sup>62</sup> C-149/11 od 19. decembra 2012. godine (*Leno Merken v. Hagelkruis Beheer*).

<sup>63</sup> Navedeno prema: Emily Bolton, *Op. cit.*, str. 378.

u Zajednici.<sup>64</sup> Protiv ove odluke BOIP-a tužilac/titular prava/ponent je podneo žalbu regionalnom apelacionom sudu u Holandiji (*Gerechthof Gravenhage*). U ovom sudskom predmetu bio je sporan samo teritorijalni aspekt upotrebe komunitarnog žiga. Holandski sud je odlučio da zastane sa postupkom i uputi zahtev ECJ za rešavanje po prethodnom pitanju. U svom odgovoru ECJ priznaje da stanište prema kojem bi komunitarni žig, pošto uživa znatno širu teritorijalnu zaštitu nego nacionalni, trebalo da se koristi na teritoriji više od jedne države članice, nije u potpunosti neosnovano. Ipak i pored toga je, (kao što ćemo kasnije videti) analogno obimu korišćenja, nemoguće unapred apstraktno odrediti teritorijalni opseg ozbiljne upotrebe komunitarnog žiga pošto nije [uvek – prim. aut.] neophodno koristiti žig Evropske unije na širem geografskom području da bi se upotreba tog žiga smatrala ozbiljnom, jer takva kvalifikacija zavisi od: vrste roba i usluga, karakteristika relevantnog tržišta, obima, frekventnosti i redovnosti upotrebe žiga.

Posledica sudske odluke u slučaju ONEL je da, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, korišćenje žiga Evropske unije u granicama samo jedne države članice može biti nedovoljno za održanje prava.<sup>65</sup> Ipak to ne znači da je za ozbiljnu upotrebu žiga Evropske unije uvek neophodno korišćenje žiga u barem dve države članice. U nekim slučajevima korišćenje žiga Evropske unije u samo jednoj državi članici može biti dovoljno za kvalifikaciju korišćenja tog žiga kao ozbiljnog. Tako je u slučaju *Now Wireless v. OHIM*, korišćenje komunitarnog žiga u dolini reke Temze, uključujući i London kao najveće urbano područje u EU, bilo dovoljno za kvalifikaciju korišćenja žiga kao ozbiljnog.<sup>66</sup>

### *Vreme korišćenja žiga*

Dokazivanje ozbiljne upotrebe žiga vrši se u dve osnovne pravne situacije: u postupku po prigovoru imaoca ranije registrovanog žiga i u postupku po zahtevu za prestanak žiga zbog nekorišćenja. U prvom slučaju, kada titular ranije registrovanog žige podnese prigovor na objavljenu prijavu navodno istog ili sličnog

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, str. 377. Autorka navodi da je ovo bila jedna od prvih odluka kojom je rešeno suprotno dotadašnjoj praksi OHIM-a. Ubrzo je (11. februara 2010. godine) usledila odluka mađarskog Patentnog ureda kojom je odbijen prigovor britanskog titulara prava na komunitarni žig CITY INN za usluge hotelskog smeštaja podnet protiv podnosioca nacionalne prijave žiga C CITY HOTEL, pošto je utvrđeno da se komunitarni žig koristio samo u V. Britaniji.

<sup>65</sup> Iako se prilikom ocene ozbiljne upotrebe žiga granice država članice ne uzimaju u obzir, to ne znači da je upotreba u granicama jedne države uvek dovoljna za zaključak da je komunitarni žig ozbiljno upotrebljen na tržištu EU ((R 813/2014-2 od 8. septembra 2015. godine, str. 10).

<sup>66</sup> T-278/13 od 30. januara 2015. godine, tač. 49.

robnog znaka namenjenog obeležavanju iste ili slične robe i usluge, podnosioc prijave može zahtevati od podnosioca prigovora da dokaže ili da je raniji žig bio ozbiljno korišćen u prethodnih pet godina računajući od dana koji je priznat kao datum podnošenja osporene prijave robnog ili uslužnog znaka ili da su za nekorisćenje žiga postojali opravdani razlozi. U drugom slučaju od titulara prava zahteva se da dokaže ili da je ozbiljno koristio žig u prethodnih pet godina računajući od dana podnošenja zahteva za prestanak žiga ili da to nije činio iz opravdanih razloga.<sup>67</sup>

U oba slučaja, pod uslovom da je od registracije<sup>68</sup> (ranijeg) žiga do podnošenja prigovora odnosno zahteva za prestanak žiga proteklo barem pet godina.<sup>69</sup> Prema tome, kada se govori o vremenu, kao bitnom faktoru ozbiljne upotrebe žiga Evropske unije, misli se na petogodišnji period koji se računa unazad ili od priznatog datuma podnošenja (kasnije) prijave robnog i uslužnog znaka ili od podnošenja zahteva za prestanak žiga. Pri tome, pravo prestaje ako se dokaže da zaštićeni robni znak nijednom nije bio ozbiljno upotrebljen u tom petogodišnjem periodu, osim ako su za to postojali opravdani razlozi.

Pri svemu tome, za održanje prava ne zahteva se kontinuirana upotreba tokom relevantnog petogodišnjeg perioda.<sup>70</sup> Dovoljno je da tok petogodišnjeg perioda, relevantnog za prestanak žiga zbog nekorisćenja, bude prekinut ozbiljnom upotrebom žiga.<sup>71</sup>

Međutim, pravo neće prestati iako žig nije bio ozbiljno upotrebljavan pet godina neprekidno, ako je ozbiljna upotreba žiga nastavljena ili započeta (ovo drugo, ako žig nikad nije bio korišćen), po isteku relevantnog petogodišnjeg perioda. Ovo pod uslovom da titular prava nije nastavio ili započeo upotrebu žiga pošto je postao svestan da se priprema podnošenje zahteva za prestanak njegovog

<sup>67</sup> Kao što vidimo, teret dokazivanja ozbiljne upotrebe žiga je u svakom slučaju na titularu prava (Pierre-André Dubois, *Trademark Law Evolves in Europe's Highest Courts*, IP Europe, An American Lawyer Media Publication, April 2003, str. 5).

<sup>68</sup> "If within a period of five years following registration..." (Čl. 15(1) Regulative o žigu Evropske unije).

<sup>69</sup> Što je u skladu sa čl. 5C(1) Pariske konvencije prema kojem država članica koja svojim pravom predvidi obaveznu korišćenja žiga, istovremeno mora predvideti da je prestanak žiga zbog nekorisćenja moguć jedino po proteku perioda razumnog trajanja. Kao što vidimo, u pravu žiga Evropske unije taj razumni rok je pet godina. U uporednom pravu pak, evropskom petogodišnjem roku u Australiji, Indoneziji, Kini, Japanu i brojnim drugim zemljama "konkuriše" trogodišnji rok u kojem žig mora biti ozbiljno upotrebljen da bi pravo bilo održano (WIPO *Summary of replies to the questionnaire on trademark law and practice* (SCT/11/6)... str. 144-146).

<sup>70</sup> C-234/06 P *Bainbridge*, [2007] ECR I-07333, tač. 74.

<sup>71</sup> "Dovoljno je da je žig ozbiljno korišćen u delu relevantnog perioda kako bi se izbegle ove sankcije" (T-334/01 [2004] II-02787 (HIPOVITON), tač. 40). Dakle, žig prestaje ako nije ozbiljno upotrebljavan neprekidno u toku relevantnog petogodišnjeg perioda.

žiga. Ukoliko je upotreba žiga nastavljena ili započeta, nakon neprekinutog petogodišnjeg nekorišćenja, ali tri meseca pre podnošenja zahteva za prestanak žiga, konstituiše se oboriva pravna pretpostavka da je titular prava znao da će protiv njega biti podnet zahtev za prestanak žiga zbog nekorišćenja i da je to bio osnovni motiv da nastavi ili započne upotrebu žiga, pa mu se u tom slučaju, ukoliko ne bude dokazano da je nastavak ili početak ozbiljne upotrebe žiga posledica ozbiljne pripreme za korišćenje žiga,<sup>72</sup> ne pruža pravna zaštita.

Ako je žig uspešno korišćen pre relevantnog petogodišnjeg perioda, činjenica da sećanje na žig i kvalitet robe još uvek postoji u svesti relevantnog dela javnosti, "ne spašava" pravo na znak koji u relevantnom petogodišnjem periodu nije bio u ozbiljnoj upotrebi.<sup>73</sup> Tako je u slučaju AC automobila<sup>74</sup> žig AC ukinut zbog nekorišćenja u relevantnom periodu (24. januar 2007–23. januar 2012) iako je dokazano da je reč o čuvenom žigu za obeležavanje sportskih automobila s čijom se upotrebom započelo još 1911. godine. Sve to naravno ne znači da je upotreba žiga izvan relevantnog perioda u potpunosti pravno irelevantna. U tom smislu su fakture o prodaji izvan relevantnog perioda, uz fakture koje "pokrivaju" petogodišnji period, ubedljiv indirektan dokaz da je žig bio ozbiljno korišćen tokom relevantnog perioda;<sup>75</sup> što je očigledno povezano sa utvrđivanjem obima upotrebe žiga.

### *Obim upotrebe žiga*

Obim upotrebe žiga uglavnom asocira na novčanu vrednost prometa roba i usluga obeleženih predmetnim žigom. Međutim, ovaj uslov ozbiljne upotrebe žiga je kompleksniji. Obim upotrebe žiga utvrđuje se prema komercijalnom volumenu svih radnji upotrebe žiga s jedne, te trajanju i frekvenciji upotrebe žiga s druge strane,<sup>76</sup> uz razumevanje o međuzavisnosti navedenih faktora. Tako to što

---

<sup>72</sup> Tako se ozbiljnom upotrebom žiga smatra upotreba koja je započela posle isteka relevantnog petogodišnjeg perioda, kao posledica pripremnih aktivnosti preduzetih u toku relevantnog perioda (R 813/2014-2 od 8. septembra 2015. godine, str. 9).

<sup>73</sup> *Guidelines for Examination of European Union Trade Marks*,...str. 23.

<sup>74</sup> R 813/2014-2 od 8. septembra 2015. godine. Prvostepena odluka o prestanku žiga ukinuta je zbog novih dokaza podnešenih u žalbenom postupku, ali procesnopravna materija nije predmet ovog istraživanja, pa ovaj rad ne sadrži diskusiju na temu procesnopravnog značaja dokaza podnešenih nakon roka određenog za tu procesnu radnju.

<sup>75</sup> R 2623/2014-1 od 3. septembra 2015. godine (CAMPING), tač. 17.

<sup>76</sup> T-334/01 [2004] II-02787 (HIPOVITON), tač. 35.

promet ostvaren upotrebom žiga nije visok, može biti nadoknađeno time što je upotreba žiga bila ekstenzivna ili redovna<sup>77</sup> i obrnuto.<sup>78</sup>

Pri svemu tome se utvrđeni obim upotrebe žiga ne procenjuje sam za sebe, takav kakav je, već se procenjuje u odnosu na: obim poslovanja, proizvodne i prodajne kapacitete, stepen diversifikacije roba i usluga koje nudi titular žiga i karakteristike roba i usluga na relevantnom tržištu.<sup>79</sup> Iz ovoga proizlaze tri bitne posledice. Prvo, mali obim upotrebe žiga ne mora da znači da upotreba žiga nije bila ozbiljna ako se radi o skupoj, luksuznoj, slabo traženoj ili robi namenjenoj usko specijalizovanim kupcima.<sup>80</sup> To znači da i mali promet može biti dovoljan za zaključak o ozbiljnoj upotrebi žiga.<sup>81</sup> Drugo, zbog neophodnosti ukupne ocene dokaza u vezi sa obimom upotrebe žiga, u različitim slučajevima u kojima je utvrđena približna visina prometa, zaključak o ozbiljnoj upotrebi žiga može da bude različit.<sup>82</sup> I treće, zbog potrebe da se u obzir uzmu i druge okolnosti, nije moguće unapred, apstraktno odrediti minimalan obim ozbiljne upotrebe žiga,<sup>83</sup> već se dovoljnost upotrebe žiga, s obzirom na utvrđeni obim upotrebe, mora procenjivati u svakom konkretnom slučaju.

Obim upotrebe se pre svega dokazuje fakturama. Često je nemoguće u pravnom postupku dostaviti sve fakture izdate u pravno relevantnom petogodišnjem periodu. U tom slučaju je bitno naglasiti da se fakture dostavljaju samo kao ilustracija prirode, mesta, vremena i obima upotrebe.

## ZAKLJUČAK

Ozbiljna upotreba žiga je pravni institut čiji je pojam izgrađen u praksi Suda pravde Evropske unije u presudama *Ansul*, *Hipoviton*, *Vitafruit*, *La Mer Tehno-*

<sup>77</sup> Kao u slučaju žiga Eltimid (R 453/2015-1 od 8. oktobra 2015. godine) u kojem mala vrednost prodaje (4172 evra) nije bila smetnja održanju prava zbog korišćenja žiga u brojnim državama Evropske unije (str. 9).

<sup>78</sup> T-418/03 *La Mer Technology* [2007] ECR II-00125, tač. 57.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Suprotno tome, mali obim korišćenja žiga registrovanog za obeležavanje jeftine (i) robe široke potrošnje pokazatelj je simbolične i time upotrebe žiga koja je nedovoljna za održanje prava. Tako u slučaju R 1459/2014-4 od 3. septembra 2015. godine (*Golden Marks v. Faberge*) prodaja 94 bočice parferma po cenama u rasponu 10,50 do 34,50 (USD, GBP, EUR – nebitno) nije dovoljan obim prometa za tu robu.

<sup>81</sup> Doduše rekli bismo više izuzetno odn. samo u "nekim slučajevima" (C-259/02 *La Mer Technology*, [2004] ECR I-01159, tač. 21).

<sup>82</sup> C-416/04 *Sunrider v. OHIM (VITAFRUIT)* [2006] ECR I-04237, tač. 77.

<sup>83</sup> Nikakvo *de minimis rule* usled kojeg nacionalni sudovi ne bi morali pristupiti utvrđivanju i oceni svih bitnih okolnosti slučaja, ne može stoga biti ustanovljeno (C-259/02 *La Mer Technology*, [2004] ECR I-01159, tač. 25).

logy, Hiwatt, Silk Cocoon, Bainbridge, Onel, Radetzky i dr. Imajući u vidu ove sudске odluke, pod ozbiljnom upotrebom žiga u Evropskoj uniji podrazumeva se realna upotreba žiga kojom se identifikuje poreklo žigom obeleženih roba i usluga u prometu, preduzeta radi sticanja ili očuvanja tržišta za robe i usluge koje je titular prava već stavlja u promet ili za čije stavljanje u promet su izvršene ozbiljne pripreme, a ne samo u nameri očuvanja prava (što bi bila simbolična, simulovana upotreba žiga – *token use*).

U kojoj nameri je titular prava koristio žig utvrđuje se prema tome da li je sticanje ili očuvanje tržišnog udela izvršeno na način koji je u privrednoj grani u kojoj se privredna delatnost obavlja prihvatljiv za ostvarenje tog cilja. Pri tome se u obzir uzimaju: vrsta robe, karakteristike tržišta, te obim i frekvencija korišćenja znaka.

Odlučne činjenice za utvrđivanje ozbiljne upotrebe žiga su: priroda, mesto, vreme i obim upotrebe. Obim korišćenja znaka se procenjuje prema obimu prodaje, trajanju i učestalosti korišćenja znaka, pri čemu se ima u vidu međuzavisnost ovih faktora, pa se manji obim prodaje može nadoknaditi ekstenzivnijom ili redovnijom upotrebom žiga. Pri svemu ovome obim prometa u vidu nominalnog novčanog iznosa ne procenjuje se u apsolutnom smislu, sam za sebe, već u kontekstu: karakteristika roba i usluga na relevantnom tržištu, veličine preduzeća, proizvodnih i prodajnih kapaciteta, te diversifikacije roba i usluga koje nudi titular prava. Zbog svega toga i manji obim korišćenja znaka može biti dovoljan za održanje prava. Ali koji je to minimum korišćenja žiga dovoljan za održanje prava nije i ne može biti unapred određeno jer minimalni obim korišćenja žiga ne može biti isti za sve vrste roba i usluga, sve privredne grane i sektore i sva preduzeća bez obzira na veličinu i druge bitne organizacione i finansijske karakteristike privrednopравnih subjekata. U svakom slučaju utvrđivanje ozbiljne upotrebe žiga ne podrazumeva ocenu komercijalnog uspeha titulara prava niti njegove ekonomske strategije.

ZORAN MILADINOVIĆ, Ph.D.,  
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac  
SINIŠA VARGA, Ph.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law, University in Kragujevac.

THE NOTION OF GENUINE USE OF TRADEMARK  
IN EUROPEAN UNION LAW

summary

European Union (ex Community) trademark must be genuinely used in order to maintain registration. But EU trademark Regulation does not define the notion of genuine use of a trademark. The main features of genuine use of EU trademark are established in cases such as: *Ansul*, *La Mer Technology*, *Hiwatt*, *Silk Cocoon*, *Hipoviton*, *Vitafruit*, *Bainbridge*, *Onel*, *Radetzky*. Towards them: trademark is used genuinely where it is used in accordance with its essential function, which is to guarantee the identity of the origin of the goods or services for which it is registered, in order to create or preserve an outlet for those goods or services.

As can be seen, genuine use of trademark is a real use of trademark on market. Consequently, genuine use of a trademark can not be proved by means of probabilities or suppositions and must be public and outwardly. But not all real usages of trademarks on market are genuine. Genuine use does not include token use for the sole purpose of preserving the rights conferred by the trademark as well as descriptive use of sign and use of mark as a business or trade name.



## DRŽAVNA POMOĆ I PORESKA MIŠLJENJA U PRAVU EVROPSKE UNIJE

### U V O D

Dodela državne pomoći načelno je nedopuštena na osnovu odredbi Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu: UFEU). Tako, članom 107(1) Ugovora o funkcionisanju EU ističe se da, osim ako je Ugovorima drugačije predviđeno, svaka pomoć koju dodeli država članica ili koja se dodeljuje državnim sredstvima u bilo kojem obliku kojim se narušava ili preti da će se narušiti konkurencija stavljanjem određenih preduzeća ili proizvodnje određene robe u povoljniji položaj, inkompatibilna je sa unutrašnjim tržištem u meri u kojoj utiče na trgovinu među državama članicama. Dakle, bez obzira na generalnu zabranu dodele državne pomoći, ostavljena je mogućnost da se ona odobri, pod određenim uslovima.

Praksa je pokazala da se državna pomoć dodeljuje u praktično svim sektorima privrede, i u različitim oblicima. Neki od oblika državne pomoći su subvencije, poreska oslobođenja i olakšice, oslobođenja od različitih taksi, povlašćene kamatne stope, davanje zajmova ili garancija za zajmove pod povlašćenim uslovima,

---

Dr Siniša Domazet, naučni saradnik Univerziteta Edukons, Sremska Kamenica. Ovaj rad je deo istraživačkog projekta pod šifrom 47009 (Evropske integracije i društveno-ekonomske promene privrede Srbije na putu ka EU), finansiranog od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

prodaju roba ili pružanje usluga pod povlašćenim uslovima, pokrivanje poslovnih gubitaka, pomoći za istraživanja i razvoj, zaštitu životne sredine i slično.

S obzirom na raznovrsne oblike državne pomoći, postupak kontrole njihove dodele je prilično složen i iziskuje značajan napor u pogledu pravno-ekonomske analize svake pojedinačno dodeljene državne pomoći. U tom pogledu, države članice su još od kraja 50-ih godina prošlog veka u obavezi da informišu Evropsku komisiju (u daljem tekstu: Komisija) o nameri dodele državne pomoći, da bi Komisija nakon toga sprovela odgovarajuću proceduru u pogledu utvrđivanja njene kompatibilnosti sa unutrašnjim tržištem.

U ovom radu će se analizirati veza državne pomoći sa različitim oblicima poreskih mišljenja. Pri tom, treba uzeti u obzir činjenicu da fiskalna autonomija koju uživaju države članice ne isključuje obavezu notifikacije pomoći u toj oblasti. Dakle, bilo koja fiskalna mera usvojena od strane država članica mora biti kompatibilna sa unutrašnjim tržištem, odnosno mora biti u skladu sa odredbama UFEU o državnoj pomoći. Takav stav su institucije Unije zauzele još u davnom slučaju *Italy v. Commission*<sup>1</sup>, gde je, pored ostalog, istaknuto da Komisija ima kompetencije na polju kontrole državne pomoći u pogledu direktnog poslovnog oporezivanja. S druge strane, ukoliko se radi o fiskalnoj meri koja ima generalni, a ne selektivni karakter, takva mera potpada pod fiskalnu autonomiju država članica i ne konstituiše državnu pomoć. Obratno, fiskalne mere koje prave diskriminaciju između poreskih obveznika u sličnoj faktičkoj i pravnoj situaciji, generalno uzevši, konstituišu državnu pomoć<sup>2</sup>. Pored analize pozitivno-pravne regulative Unije, značajna pažnja biće posvećena praksi institucija Unije, pre svega Komisije, u ovoj oblasti.

### *Posebna pravila o državnoj pomoći u pogledu poreskih mišljenja*

U pogledu pozitivno-pravne regulative u pogledu poreskih mišljenja Komisija je još 1998. godine usvojila Obaveštenje o primeni pravila o državnoj pomoći na mere koje se odnose na direktno poslovno oporezivanje<sup>3</sup>, koje je prestalo da važi i zamenjeno je *Obaveštenjem Komisije o pojmu državne pomoći iz člana*

<sup>1</sup> Case 173/73 *Italy v. Commission* EU:C:1974:71.

<sup>2</sup> Case C-6/12 P *Oy* EU:C:2013:525.

<sup>3</sup> *Notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation*, OJ 1998 C384. Pomenuto Obaveštenje nije obavezujuće za Komisiju, niti ima uticaj na donošenje odluka u nekim budućim slučajevima.

107(1) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije<sup>4</sup> (u daljem tekstu: Obaveštenje), u kome se odgovarajuće odredbe odnose na navedenu problematiku.

Treba istaći da je Komisija od 2001. godine sprovela čitavu seriju istraga fiskalnih šema država članica za koje se sumnjalo da donose korist samo određenim kompanijama, što je rezultiralo velikim brojem negativnih odluka. Pomenu-te odluke su se odnosile na nacionalne šeme koje su prihvatale cenovnu politiku multinacionalnih kompanija koja se primenjivala na unutar-grupne transakcije na način koji nije odražavao uslove koji se primenjuju između nezavisnih kompanija po principu “dohvata ruke” (*arm's length*)<sup>5</sup>. Potom, 2006. godine Sud pravde je odobrio primenu navedenog principa za određivanje da li poreska mera koja propisuje metod za integrisanu grupu kompanija za određivanje njihovog oporezivog profita dovodi do selektivne prednosti u smislu člana 107(1) UFEU. U skladu s tim, fiskalna mera koja odobrava metod za određivanje oporezivog profita integrisanih kompanija na način koji ne rezultira u pouzdanoj približnoj oceni tržišno zasnovanog ishoda u skladu sa principom “dohvata ruke” može dati selektivnu prednost njenom primaocu, što će biti slučaj ukoliko fiskalna mera rezultira u smanjenom oporezivom profitu, čime se reducira poreska obaveza po osnovu korporativnog prihoda<sup>6</sup>.

Do kraja 2014. godine Komisija je tražila od država članica da dostave informacije u pogledu prakse u vezi sa njihovim poreskim mišljenjima i odgovarajućem pravnom okviru, kao i listu poreskih mišljenja izdatim u periodu od 2010-2012. godine, što je predstavljalo osnovu za traženje pojedinih, specifičnih poreskih mišljenja. U tom periodu, Komisija je proučila preko 1000 različiti-

---

<sup>4</sup> *Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) TFEU*, 2016, OJC 262/01.

<sup>5</sup> O ovome videti: *DG Competition Working paper on state aid and tax rulings*- 3 June 2016., pp. 1. Takve odluke donete su, na primer, u slučajevima *Commission Decision of 22 August 2002 in Case C 48/2001 (ex NN 43/2000) on the aid scheme implemented by Spain in favour of coordination centres in Vizcaya*, OJ L31, 6.2.2003, p.26; *Commission Decision of 5 September 2002 on the aid scheme implemented by Germany for control and coordination centres*, OJ L 177, 16.7.2003, p. 17; *Commission decision of 16 October 2002 on the State aid scheme C 49/2001 (ex NN 46/2000) -Coordination Centres -implemented by Luxembourg*, OJ L 170, 9.7.2003, p.20, paragraph53;and *Commission Decision of 17 February 2003 on the aid scheme implemented by Belgium for coordination centres established in Belgium*, OJ L 282, 30.10.2003, p. 25. Postavka principa “dohvata ruke” može se naći u članu 9, stav 1. Model-konvencije OECD-a. Prema pomenutom članu, kada se, utvrđeni ili nametnuti, uslovi između dva povezana preduzeća razlikuju u njihovim komercijalnim ili finansijskim odnosima od onih koji bi bili ostvareni između nezavisnih preduzeća, onda će bilokoja dobit koju bi ostvarilo jedno od preduzeća, a to se ne desi zbog pomenutih različitih uslova, biti uračunata u dobit tog preduzeća i oporezovana na odgovarajući način.

<sup>6</sup> *DG Competition Working paper on state aid and tax rulings*, t. 4.

tih poreskih mišljenja, što je rezultiralo otvaranjem nekoliko istraga protiv država članica, kao na primer Irske (za *Apple*), Luksemburga (za *Fijat*) i Holandije (za *Starbucks*)<sup>7</sup>, dok su dalje istrage otvorene protiv Luksemburga (za *Amazoni McDonald's*) i Belgije (za *Excess Profit scheme*)<sup>8</sup>. Do kraja 2015. godine i početka 2016. godine Komisija je usvojila tri negativne odluke kojima se tražio povraćaj pomoći u pogledu poreskog mišljenja datog od Holandije kompaniji *Starbucks*, poreskog mišljenja datog od strane Luksemburga *Fijatu* kao i *Excess Profit Scheme* Belgiji, što je predstavljalo svojevrsni vodič o tome na koji način Komisija primenjuje pravila o državnoj pomoći na ovom polju<sup>9</sup>.

Takođe, Komisija je utvrdila da se u praksi poreska mišljenja razlikuju između država članica u veoma značajnom obimu, s obzirom da su neke države članice izdale na hiljade mišljenja ekonomskim operatorima svake godine, međukojima su se mnoga odnosila na mišljenja o transfernim cenama, dok je par država članica informisalo Komisiju da nisu izdale nijedno mišljenje povodom transfernih cena za vreme perioda koji je bio pod istragom (Bugarska, Hrvatska, Letonija, Grčka i Slovenija). Takođe, Komisija je utvrdila da su države članice u najvećem broju blisko sledile proceduralni vodič obezbeđen od strane Komisije i OECD-a za izdavanje mišljenja povodom transfernih cena<sup>10</sup>.

Dalje, Komisija je utvrdila da se značajan broj mišljenja odnosi na aranžmane transfernih cena za koje se čini da odražavaju pouzdanu približnu ocenu tržišno-zasnovanog ishoda u skladu sa principom "dohvata ruke". Uopšteno uzevši,

<sup>7</sup> Commission Decision of 11 June 2014, Case SA.38373 Alleged aid to Apple, dostupna na: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38373](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38373); Commission Decision of 11 June 2014, Case SA.38375 Alleged aid to FFT, Decision of 11 June 2014 dostupna na: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38375](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38375); Commission Decision of 11 June 2014, Case SA.38374 Alleged aid to Starbucks, Decision of 11 June 2014 dostupna na: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38374](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38374), videti: *DG Competition Working paper on state aid and tax rulings*, t. 6-8.

<sup>8</sup> Commission Decision of 7 October 2014, Case SA.38944 Alleged aid to Amazon, dostupna na: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38944](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38944); Commission Decision of 3 December 2015, Case SA.38945 Alleged aid to McDonald's, not yet published, see IP/15/6221 dostupna na: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6221\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6221_en.htm), videti: *DG Competition Working paper on state aid and tax rulings*, t. 8.

<sup>9</sup> Commission Decision of 21 October 2015, Case SA.38374 Aid to Starbucks, not yet published. Commission Decision of 21 October 2015, Case SA.38375 Aid to Fiat, not yet published. Commission Decision of 11 January 2016, Case SA.37667 Excess profit tax ruling system in Belgium, dostupna na: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_37667](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_37667), videti: *DG Competition Working paper on state aid and tax rulings*, t. 8.

<sup>10</sup> *Commission Communication on Advance Pricing Agreements (COM (2007) 71 final)*, which in its Annex specifies the required documents for transfer pricing rulings. Videti: *DG Competition Working paper on state aid and tax rulings*, t. 11-12.

za mišljenja koja pokrivaju unutar-grupne transakcije između dve različite države članice, gde obe kompanije vrše istinske ekonomske aktivnosti na kojima su oporezovane, je utvrđeno da su neproblematična<sup>11</sup>. Ipak, u određenim slučajevima Komsija je utvrdila da nisu u skladu sa principom "dohvata ruke". To se, pre svega, odnosilo na poreska mišljenja koja su se odnosila na naknade finansijskim kompanijama koje su deo grupe kompanija, čija je jedina delatnost prenošenje sredstava od prava intelektualne svojine od jedne grupe kompanija na drugu, kao i na mišljenja koja su odobravala poreske olakšice za isplate ili naknade između grupe kompanija, čak i kada takve isplate nisu stvarno izvršene<sup>12</sup>.

U pogledu odabira najpogodnijeg metoda transfernih cena, Smernice OECD-a za primenu pravila o transfernim cenama za multinacionalna preduzeća i poreske uprave<sup>13</sup> opisuju pet takvih metoda za približnu ocenu cena po principu "dohvata ruke" između kompanija iste korporativne grupe: 1) uporedivi nekontrolisani cenovni metod (*the comparable uncontrolled price method*), 2) metod dodatka na troškove (*the cost plus method*), 3) metod preprodajne cene (*the resale minus method*), 4) metod transakcione neto marže (*the transactional net margin method*) i 5) metod podele transakcione dobiti (*the transactional profit split method*), pri čemu OECD stavlja naglasak na prva tri (tradicionalna) metoda.

Komisija je, takođe, utvrdila, da su neka poreska mišljenja bila zasnovana na dvostranom pristupu (*two-sided approach*), odnosno obe kompanije u unutar-grupnoj transakciji su analizirane, čime je ostavljeno malo prostora za odstupanje od tržišnog ishoda. S druge strane, neka mišljenja su se zasnivala na jednostranom pristupu (*one-side approach*), koji determiniše naknadu samo jedne strane u unutar-grupnoj transakciji. U obaveštenju je zauzet stav da aproksimativna priroda principa "dohvata ruke" ne može biti korišćena da opravda analizu transfernih cena koja je ili metodološki nekonzistentna ili je zasnovana na neadekvatnoj uporedivoj selekciji. Postoje slučajevi gde utvrđivanje tržišnog ishoda nije ispravno i zahteva upotrebu približne ocene. To ne izaziva zabrinutost, samo po sebi, sve dok je aproksimacija precizna onoliko koliko je to moguće pod datim okolnostima. Dakle, fokus institucija Unije će biti na slučajevima u kojima postoji jasno kršenje principa "dohvata ruke"<sup>14</sup>.

Dakle, funkcija poreskog mišljenja je da se njime unapred utvrdi primena redovnog poreskog sistema na određeni predmet, s obzirom na njegove specifične činjenice i okolnosti. Radi pravne sigurnosti brojna nacionalna poreska tela

---

<sup>11</sup> DG Competition Working paper on state aid and tax rulings, t. 13.

<sup>12</sup> DG Competition Working paper on state aid and tax rulings, t. 15-16.

<sup>13</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010.

<sup>14</sup> DG Competition Working paper on state aid and tax rulings, t. 20-21, 23.

donose prethodna upravna mišljenja o tome kako će se određene transakcije fiskalno tretirati. To se može učinitikako bi se unapred utvrdilo kako će se odredbe bilateralnog poreskog sporazuma ili nacionalne fiskalne odredbe primeniti na određeni predmet ili kako će se utvrđivati dobit pod tržišnimuslovima za povezane transakcije stranaka u kojima je donošenje prethodnog mišljenja opravdano nesigurnošću, kako bi se utvrdilo određuje li se cena određenih transakcija unutar grupe po tržišnim uslovima. Država članice mogu svojim poreskim obveznicima pružiti pravnu sigurnost i predvidljivost u pogledu primene opštih poreskih propisa, a oni se najbolje obezbeđuju ako je praksa donošenja mišljenja transparentna i ako se mišljenja objavljuju<sup>15</sup>.

Ipak, davanje poreskog mišljenja mora biti u skladu sa pravilima o državnoj pomoći. Kada se poreskim mišljenjem podržava rezultat koji ne odražava na pouzdan način rezultat koji bi se dobio uobičajenom primenom redovnog poreskog sistema, tim se mišljenjem može primaocu dati selektivna prednost, utoliko da je rezultat selektivnog tretmana smanjenje poreske odgovornosti tog primaoca u toj državi članici u poređenju sa preduzećima koja se nalaze u sličnoj činjeničnoj i pravnoj situaciji<sup>16</sup>.

Sud je utvrdio da se umanjnjem oporezive osnovice preduzeća koje je rezultat poreske mere kojom se poreskom obvezniku omogućava upotreba transfernih cena u transakcijama unutar grupe koje ne odgovaraju cenama koje bi se naplaćivale u uslovima slobodne konkurencije između nezavisnih preduzeća koja pregovaraju u uporedivim okolnostima pod tržišnim uslovima tom poreskom obvezniku omogućava selektivnu prednost na osnovu činjenice da je njegova poreska odgovornost u okviru redovnog poreskog sistema smanjena u poređenju sa nezavisnim preduzećima koja se oslanjaju na svoju stvarno zabeleženu dobiti za određivanje svoje oporezive osnovice. U skladu s tim, poreskim mišljenjem kojim se podržava metodologija transfernih cena za utvrđivanje oporezive dobiti subjekta grupe preduzeća kojoj rezultat nije pouzdana procena tržišnih rezultata u skladu sa načelom transakcije pod tržišnim uslovima primaocu se omogućava selektivna prednost. Potraga za pouzdanom procenom tržišnih rezultata znači da sva odstupanja od najbolje procene tržišnih rezultata moraju biti ograničena i proporcionalna nesigurnosti koja je deo odabranog metoda određivanja transfernih cena ili statističkih alata koji se koriste pri toj proceni<sup>17</sup>.

To načelo transakcije po tržišnim uslovima nužno je deo Komisijine procene poreskih mera koje se daju grupi preduzeća u skladu sa članom 107(1) UFEU,

<sup>15</sup> *Obaveštenje*, t. 169.

<sup>16</sup> *Obaveštenje*, t. 170.

<sup>17</sup> *Obaveštenje*, t. 171.

nezavisno od toga da li je država članica to načelo ugradila u svoj nacionalni pravni sistem i u kom obliku. Upotrebljava se kako bi se ustanovilo da li je oporeziva dobit grupe preduzeća u svrhu poreza na dobit utvrđena na osnovu metodologije kojom se dobija pouzdana procena tržišnih rezultata. Poreskim mišljenjem kojim se podržava takva metodologija obezbeđuje se da se prema tom preduzeću ne postupa povoljno u okviru redovnih propisa o oporezivanju poslovne dobiti u predmetnim državama članicama u poređenju sa samostalnim preduzećima koja se oporezuju prema njihovoj računovodstvenoj dobiti, koja odražava cene utvrđene na tržištu koje su ispregovarane po tržišnim uslovima. Načelo transakcije pod tržišnim uslovima koje Komisija primenjuje pri proceni mišljenja o određivanju transfernih cena u skladu sa pravilima o državnoj pomoći dovodi do primene člana 107(1) UFEU, kojim se zabranjuje nejednak poreski tretman preduzeća u sličnoj činjeničnoj i pravnoj situaciji. To načelo je obavezujuće za države članice i nacionalni poreski propisi nisu isključeni iz područja njegove primene<sup>18</sup>.

Prilikom ispitivanja da li je mišljenje o određivanju transfernih cena u skladu sa načelom transakcije po tržišnim uslovima sadržanim u članu 107(1) UFEU, Komisija može obratiti pažnju na pomenute Smernice OECD-ao transfernim cenama za multinacionalne kompanije i poreske uprave, u kojima je sadržan međunarodni konsenzus o transfernim cenama, a njima se daju korisne smernice poreskim upravama i multinacionalnim kompanijama kako da obezbede da se metodologijom određivanja transfernih cena dobijaju rezultati u skladu sa tržišnim uslovima. U skladu sa tim, ako je dogovor o određivanju transfernih cena u skladu sa smernicama iz Smernica OECD-a o transfernim cenama, uključujući smernice za izbor najprikladnijeg metoda, što dovodi do pouzdane procene tržišnog rezultata, nije verovatno da će poresko mišljenje kojim se podržava takav dogovor prouzrokovati državnu pomoć<sup>19</sup>.

Prema stavu Komisije, poreskim mišljenjima posebno se daje selektivna prednost njihovim primaocima u slučaju kada se mišljenjem pogrešno primenjuje nacionalno poresko zakonodavstvo, tako da je rezultat manji iznos poreza, u slučaju kada mišljenja nisu dostupna preduzećima u sličnoj pravnoj ili činjeničnoj situaciji, kao i kada uprava primenjuje povoljniji poreski tretman u poređenju sa ostalim poreskim obveznicima u sličnoj činjeničnoj i pravnoj situaciji. To bi bio slučaj ako poreska uprava prihvati dogovor o određivanju transfernih cena koji nije po tržišnim uslovima jer se metodologijom koju podržava to mišljenje dobija rezultat koji odstupa od pouzdane procene tržišnih rezultata. Isto to se odnosi i na situaciju kada se mišljenjem primaocu omogućava upotreba alternativnih,

---

<sup>18</sup> *Obaveštenje*, t. 172.

<sup>19</sup> *Obaveštenje*, t. 173.

nedirektnih metoda za izračunavanje oporezive dobiti, na primer, upotreba fiksnih marži za metod dodatka na troškove (*cost-plus method*) ili metod preprodajne cene (*resale-minus method*) za utvrđivanje odgovarajućih transfernih cena, iako su dostupne i direktnije metode<sup>20</sup>.

### *Procesno-pravna kontrola državne pomoći*

Procesno-pravna kontrola državne pomoći u vezi sa poreskim mišljenjima bliže je regulisana *Uredbom Saveta 1589/2015 o utvrđivanju detaljnih pravila primene člana 108. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (kodifikovani tekst)*<sup>21</sup>. U skladu sa pomenutom Uredbom, države članice imaju obavezu da svaku meru pomoći u vezi sa poreskim mišljenjima notifikuje Komisiji. Procedura kontrole državne pomoći u Uniji je relativno složena i sastoji se iz dve faze. Prva faza podrazumeva prethodno ispitivanje mere državne pomoći koju je država članica notifikovala (prijavila) Komisiji. Suština prve faze postupka sastoji se u tome da Komisija stekne uvid u notifikovanu meru pomoći, kako bi formirala stav o njenoj kompatibilnosti sa unutrašnjim tržištem. Druga faza postupka se naziva službeni istražni postupak, koji će se pokrenuti ukoliko Komisija nakon sprovođenja prve faze bude imala sumnje u kompatibilnost notifikovane mere pomoći sa unutrašnjim tržištem. Ova faza postupka podrazumeva detaljan uvid u celokupan slučaj.

Kadadržavačlanicanotifikujepomoć (u vezi sa poreskim mišljenjem), Komisija će ispitati predmetnu notifikaciju što je pre moguće (ako je prijava potpuna, u suprotnom tražiće dostavljanje dodatnih informacija), a odluka mora biti doneta u roku od dva meseca od dana nakon što je notifikacija primljena<sup>22</sup>. Nakon što ispita notifikovanu meru pomoći, Komisija može zaključiti da se u datom slučaju uopšte ne radi o državnoj pomoći, može zaključiti da je predmet namera kompatibilna (spojiva) sa unutrašnjim tržištem, ili može zauzeti stav da postoje sumnje u pogledu kompatibilnosti prijavljene mere pomoći sa unutrašnjim tržištem. U potonjem slučaju, Komisija će doneti odluku o pokretanju službenog istražnog postupka.<sup>23</sup>

Za prvu fazu postupka je karakteristično da se ona odvija samo između Komisije i države članice, a dokaz tome su i povremene konsultacije neformalnog karaktera, koje se sprovode u cilju razjašnjenja određenih nedoumica koje su se

<sup>20</sup> Obaveštenje, t. 174.

<sup>21</sup> *Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ L 248, 24.9.2015, p. 9.

<sup>22</sup> Uredba, čl. 4.

<sup>23</sup> Uredba, čl. 7.



pojave u vezi sa merom pomoći koju država članica namerava da kasnije notifikuje Komisiji. Dakle, ovi pregovori sa Komisijom nemaju obavezujući karakter, o čemu svedoči činjenica da oni nisu kao takvi uređeni nijednim pozitivno-pravnim propisom Unije. Ipak, oni se često sprovode, s obzirom da na taj način država članica može unapred da sazna stav Komisije o određenim pitanjima. Na taj način, država članica ima mogućnost da izbegne eventualne sporove sa Komisijom u budućnosti, što bi za sobom vuklo velike novčane izdatke, ali i ozbiljan gubitak vremena.

Komisija će nakon završetka službenog istražnog postupka doneti odgovarajuću odluku o notifikovanoj meri pomoći u vezi sa poreskim mišljenjem, pri čemu su moguće različite situacije. Prvo, u slučaju kada Komisija ustanovi da, gde je to primereno nakon izmene od strane dotične države članice, notifikovana mera ne predstavlja pomoć, Komisija takav nalaz beleži u obliku odluke. Drugo, ako Komisija ustanovi da, gde je to primereno u skladu sa izmenom od strane dotične države članice, su sumnje u pogledu kompatibilnosti notifikovane mere sa načelima unutrašnjeg tržišta otklonjene, Komisija donosi odluku kojom se utvrđuje da je predmetna pomoć u skladu sa načelima unutrašnjeg tržišta (pozitivna odluka). U toj odluci će se navesti koji je izuzetak iz UFEU primenjen. Treće, Komisija pozitivnoj odluci može priložiti uslove pod kojima se pomoć može smatrati kompatibilnom sa načelima unutrašnjeg tržišta te može utvrditi obaveze kako bi omogućila praćenje poštovanja donete odluke. Na kraju, u slučaju kada Komisija ustanovi da notifikovana pomoć nije kompatibilna sa unutrašnjim tržištem, donosi odluku o neprimenjivanju predmetne pomoći (negativna odluka)<sup>24</sup>.

Ukoliko Komisija dođe do podataka o *nezakonitoj državnoj pomoći* u vezi sa poreskim mišljenjem, ispitaće dobijene podatke, a može zahtevati podatke i od dotične države članice. Nakon pokretanja službenog istražnog postupka Komisija može zahtevati podatke i od neke druge države članice, preduzeća, ili udruženja preduzeća, a ako ih ne dobije, onda može doneti obavezujući nalog za dostavljanje podataka sa rokom u kome se traže neinformacije moraju dostaviti. Nakon što dotičnoj državi članici pruži priliku za podnošenje svojih primedbi, Komisija može usvojiti odluku kojom se od države članice traži suspenzija svake nezakonite pomoći sve dok Komisija ne donese odluku o njenoj kompatibilnosti, ili odluku kojom se od države članice zahteva privremeni povraćaj sredstava pomoći sve dok Komisija ne donese odluku o kompatibilnosti predmetne pomoći sa načelima unutrašnjeg tržišta. Ukoliko Komisija donese negativnu odluku u slučaju nezako-

---

<sup>24</sup> Uredba, čl. 9.

nite pomoći, tada će se od države članice tražiti da preduzme sve mere za povraćaj sredstava pomoći od korisnika, a iznos koji se treba vratiti uključuje i kamatu. Povraćaj pomoći se mora izvršiti bez odlaganja i u skladu sa postupcima predviđenim nacionalnim pravom date države članice.<sup>25</sup>

Nesumnjivo je da je povraćaj nezakonite državne pomoći najkomplicovaniji za države članice, posebno u slučaju ukoliko su dodeljena sredstva već utrošena od strane korisnika. Komisija je otpočela praksu povraćaja nezakonito dodeljene državne pomoći od njenih korisnika davne 1983. godine<sup>26</sup>. Naročito je posao Komisiji bio olakšan kada je omogućeno konkurentskim kompanijama da dostave informacije o korisnicima državne pomoći<sup>27</sup>. Države članice su, anticipirajući kontrolu pomoći od strane Komisije, u praksi nastojale da vlastite mere pomoći stave u okvire koje je odredila Komisija<sup>28</sup>.

Stoga, ne treba da čudi činjenica da je postupak povraćaja pomoći često povezan sa velikim otporom od strane država članica i da ga prate brojne teškoće, kao što su nedostatak preciznosti u odlukama o povraćaju, dugotrajne procedure povraćaja pomoći<sup>29</sup>, odredbe nacionalnog zakonodavstvakoje su često prepreka za realizaciju odluke o povraćaju pomoći<sup>30</sup>, loše ekonomske prilike korisnika pomoći<sup>31</sup>, administrativno-tehničke teškoće<sup>32</sup>, strah od nerešivih teškoća interne prirode<sup>33</sup>, i tome slično. Razlog tome je i činjenica da nacionalne procedure ne daju visok prioritet povraćaju nezakonite državne pomoći, naročito kada se korisnik pomoći nalazi u finansijskim teškoćama<sup>34</sup>. Komisija je odbijala ovakve navo-

<sup>25</sup> Uredba, čl. 12-13.

<sup>26</sup> Smith, M.P., *Integration in Small Steps: The European Commission and the Development of State Aid Policy*, Journal of Common Market Studies 36/1998, str. 64.

<sup>27</sup> Smith, M.P., *How Adaptable is the European Commission? The Case of State Aid Regulation*, Journal of Public Policy, 2001, str. 219-238.

<sup>28</sup> Dylla, B., *op. cit.*, str. 12. Videti takođe: Köster, T., *Recovery of Unlawful State Aid*, u: Rydelski, M.S., *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, 2006, str. 653-671; Jones, A., Sufrin, B., *EC Competition Law*, 2009, str. 127.

<sup>29</sup> Mariñas, N., *Enforcement of State aid recovery decisions*, Competition Policy Newsletter, 2/2005, str. 18-19.

<sup>30</sup> Case C-303/88 *Italy v. Commission* [1991] ECR I-1433.

<sup>31</sup> Case C-52/84 *Commission v. Belgium* [1986] ECR 89.

<sup>32</sup> Case C-280/95 *Commission v Italy* [1998] ECR I-259.

<sup>33</sup> Case C-6/97 *Italy v. Commission* [1999] ECR I-2981.

<sup>34</sup> Monti, M., *New Developments in State Aid Policy*, Brussels, 1 December, 2003. <http://ec.europa.eu>.

de država članica, smatrajući ih neopravdanim, i u slučaju *Commission v. Spain*<sup>35</sup> stala na stanovište da jedini slučaj kada države članice mogu da odstupe od svoje obaveze da izvrše odluku o povraćaju nezakonite državne pomoći predstavlja situacija kada postoje izuzetne okolnosti, koje povraćaj pomoći čine apsolutno nemogućim<sup>36</sup>.

Praksa institucija Unije u pogledu poreskih mera nije naročito bogata, ako se uzme u obzir da je Obaveštenje doneto tek 2016. godine. Ipak, konačne odluke donete su u četiri slučaja, za razliku od perioda kada su važili raniji propisi<sup>37</sup>.

Tako, u slučaju *Netherlands v. Commission*<sup>38</sup>, Komisija je zauzela stav da cenovni aranžaman sa kompanijom *Starbucks Manufacturing EMEA B.V.*, kojim je omogućeno potonjoj kompaniji da odredi svoju dobit preduzeća za potrebe određivanja poreske osnovice u Holandiji na godišnjoj osnovi na period od deset godina, predstavlja nezakonitu državnu pomoć koja je inkompatibilna sa unutrašnjim tržištem, u skladu sa članom 108(3) UFEU. Pritom, Komisija je naložila Holandiji da izvrši povraćaj nezakonite državne pomoći. Slična odluka (gde je takođe naložen povraćaj nezakonite državne pomoćidodeljene kompaniji Fijat) za-

---

<sup>35</sup> Case C-404/00 *Commission v. Spain* [2003] ECR I-6695.

<sup>36</sup> Domazet, S., *Pravno regulisanje državne pomoći u pravu konkurencije Evropske unije* (doktorska disertacija), 2012, str. 333-334.

<sup>37</sup> U proteklom periodu zabeležene su odluke u sledećim slučajevima: Aid C 55/01 - Aland Island Captive Insurance Companies, Finland (Harmful Measure: C 008) - OJ L 329/2002; Aid C 48/01 - Vizcaya Coordination Centres, Spain (Harmful Measure: A 004) - OJ L 31/2003; Aid C 47/01 - Control and Coordination Centres, Germany (Harmful Measure: AAM 019) - OJ L 177/2003; Aid C 50/01 - Finance Companies, Luxembourg (Harmful Measure: B 003) - OJ L 153/2003; Aid C 49/01 - Coordination Centres, Luxembourg (Harmful Measure: A 007) - OJ L 170/2003; Aid C 16/02 - Trieste Financial Services and Insurance Centre, Italy (Harmful Measure: B 002) - OJ L 91/2003; C 46/01 - Central Corporate Treasury Companies, France (Measure not considered harmful by the Group) - OJ L 330/2003; C 51/01 - International Financing Activities, The Netherlands (Harmful Measure: B 004) - OJ L 180/2003; Aid C 15/02 - Coordination Centres, Belgium (Harmful Measure: A 001) - OJ L 282/2003; Aid C 54/01 - Companies with Foreign Income, Ireland (Harmful Measure: E 007) - OJ L 204/2003; Aid C 45/01 - Headquarters and Logistic Centres, France (Harmful Measure: A 006) - OJ L 23/2004; Aid C 53/01 - Gibraltar Qualifying Companies, UK (Harmful Measure: B 013) - OJ L 29/2005; Aid C 30/02 - Tax Ruling for US Foreign Sales Corporations, Belgium (Harmful Measure: Z 001) - OJ L 23/2004; Aid C 66/02 - Gibraltar Corporate Tax Reform, UK (Measure not examined by the Group but replacing the Exempt and Qualifying Companies schemes) - OJ L 85/2005; Aid C 3/06 - Exempt Holdings and Billionaire Holdings, Luxembourg (Harmful Measure: A 013) - OJ L 366/2006;

<sup>38</sup> *Commission decision of 21.10.2015 on state aid SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) implemented by the Netherlands to Starbucks*, Brussels, 21.10.2015 C(2015) 7143 final.

beležena je i u slučaju *Luxembourg v. Commission*<sup>39</sup>, kao i u slučaju *Belgium v. Commission*<sup>40</sup>. S druge strane, već je pomenuto da su otvoreni službeni istražni postupci protiv Irske u slučaju navodne pomoći kompaniji *Apple*<sup>41</sup>, zatim protiv Luksemburga u pogledu navodne pomoći kompaniji *Amazon*<sup>42</sup>, odnosno pomoći kompaniji *McDonald's*<sup>43</sup>.

### ZAKLJUČAK

Na osnovu rečenog, može se zaključiti da Komisija detaljno kontroliše sve mere koje joj notifikuju države članice. Ovaj vid državne pomoći dodatno dobija na značaju ako se uzme u obzir da se tu, uglavnom, radi o multinacionalnim kompanijama, koje ostvaruju ogromne profite i svaki oblik državne pomoći dodatno jača njihovu snagu u odnosu na (obično) veoma slabu konkurenciju na tržištu. Stoga, ne treba da čudi značajan broj negativnih odluka kojima se nalaže povraćaj nezakonito dodeljene državne pomoći. Razume se, države članice će na sve moguće načine nastojati da izbegnu povraćaj nezakonite državne pomoći, ali i tražiti nove načine da zaobiđu primenu odredaba UFEU o državnoj pomoći. Stoga, može se očekivati da će i u budućem periodu stalno postojati latentni sukob država članica, koje će prevashodno gledati vlastite nacionalne interese sa jedne strane, i Komisije, koja će voditi računa o nesmetanom funkcionisanju unutrašnjeg tržišta, sa druge strane. Čini se da rešenje ovog problema leži u neformalnim konsultacijama između Komisije i zainteresovane države članice, pre nego što se odgovarajuća mera notifikuje u redovnom postupku Komisiji. Na ovaj način bi se svakako izbegli mogući sporovi u budućnosti. Najzad, praksa institucija Unije će biti od velike koristi domaćim institucijama, kao i telima nadležnim za zaštitu konkurencije, odnosno kontrolu državne pomoći, posebno u svetlu pretpripravnih pregovora Republike Srbije sa Unijom o priključenju, s obzirom na poglavlje 8, koje će biti jedno od najtežih za implementaciju.

<sup>39</sup> *Commission decision of 21.10.2015 on state aid SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) which Luxembourg granted to Fiat*, Brussels, 21.10.2015 C(2015) 7152 final.

<sup>40</sup> *Commission decision of 11.1.2016 on the excess profit exemption aid scheme SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Belgium*, Brussels, 11.1.2016 C(2015) 9837 final

<sup>41</sup> *State aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) –Ireland Alleged aid to Apple*, Brussels, 11.06.2014 C(2014) 3606 final.

<sup>42</sup> *State aid SA.38944 (2014/C) –Luxembourg Alleged aid to Amazon by way of a tax ruling*, Brussels, 07.10.2014 C(2014) 7156 final.

<sup>43</sup> *State aid SA. 38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Luxembourg Alleged aid to McDonald's*, Brussels, 03.12.2015 C(2015) 8343 final.

SINIŠA DOMAZET, Ph.D.,  
Research fellow, Educons University,  
Sremska Kamenica, Serbia

STATE AID AND TAX RULINGS IN THE LAW  
OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The granting of state aid is generally prohibited in the European Union, in accordance with Article 107 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union. The paper analyzes the rules on state aid for tax rulings. Also, the practice of Union institutions was analyzed, notably the practice of the Commission in this area. It turned out that the Commission has brought more negative decisions on notified aid. At the same time, it was found that the Commission required the recovery of unlawfully granted state aid. In order to avoid potential disputes between Member States and the Commission, it is necessary to conduct informal consultations to determine the position of the Commission on state aid, in advance. The study used a normative method and logical method of induction and deduction.



## POLOŽAJ EVROPSKE KOMISIJE U INSTITUCIONALNOM SISTEMU EVROPSKE UNIJE

### U V O D

Preteča Evropske komisije je Visoka vlast, organ Evropske zajednice za ugaj i čelik koji je ustanovljen Pariskim ugovorom. Istorijskom pretečom Evropske Komisije mogu se smatrati i komisije Evropske ekonomske zajednice i Evropske zajednice za atomsku energiju, formirane Rimskim ugovorima 1958. godine, kojima je bila prvenstveno povjerena nadležnost zakonodavne inicijative.<sup>1</sup>

Komisija u svojoj nadležnosti ima postupke iz domena, zakonodavne, izvršne vlasti i kvazisudsku funkciju. Prema članu 17 UEU Evropska komisija “Podstiče opšti interes Unije i u tu svrhu preduzima odgovarajuće inicijative. Komisija se stara o primjeni ugovora i mjera koje su u skladu sa ugovorima utvrdile institucije”. Zbog prostiranja na sva tri oblika vlasti i nepostojanja ekvivalenta u državama članicama, Komisija se može smatrati jedinstvenom ustanovom u demokratskom svijetu, budući da narušava demokratsko načelo podjele vlasti, pa je neki autori nazivaju ustanovom sui generis i hibridnim tijelom.<sup>2</sup>

Evropska komisija je stručno tijelo koje podsjeća na nacionalne vlade. Ugovorom iz Maastrichta nadležnost Komisije je proširena na oblast zajedničke spoljne

---

Dr Bojana Lakićević-Đuranović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

<sup>1</sup> Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *Institucije Evropske Unije*, Sven, Niš, 2008, 108.

<sup>2</sup> M. Prokopijević, *Evropska unija :uvod*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 62.

i bezbjednosne politike i na saradnju u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova, pa je budući da je postojeći naziv postao preuzak, Komisija 1993. godine preimenovana u Evropsku Komisiju.

Pojedini predsjednici igrali su značajnu ulogu u politici Evropske unije, kao Valter Halštajn, prvi predsjednik Komisije i evropski federalista, čiji su se napori na višeslojnom ujedinjenju Evrope, zasnivali na donošenju mjera za omogućavanje stvaranja Jedinstvenog evropskog tržišta. Žak Delor ekonomista i političar dva puta je obavljao funkciju predsjednika Evropske komisije i bio predlagач dalekosežnih promjena u ekonomskom i finansijskom sektoru, koji su doveli do donošenja Kokfildovog Bijelog papira o kompletiranju jedinstvenog tržišta, od kojih su neke od 279 mjera bile posebno kontroverzne i kao posljedica kojih je donesen Jedinstveni evropski akt 1986.godine.<sup>3</sup>

Evropska komisija je u današnjoj međunarodnoj zajednici od primarne važnosti i neophodan je organ za funkcionisanje pravnog sistema Evropske unije. U organizacionom smislu Komisija je sastavljena od komesara. Unutrašnja struktura Komisije odgovara strukturama nacionalnih vlada koje su podijeljene na resore. Komesari imaju svoje portfelje i u obavljanju povjerenih poslova ne smiju da primaju instrukcije svojih nacionalnih država kao ni drugih institucija, i to pravilo su i članice morale da poštuju.<sup>4</sup> Komisija radi preko generalnih direktorata, koji su podijeljeni na one koji se odnose na politike i one iz oblasti spoljnih odnosa.<sup>5</sup>

Dakle, Komisija donosi svoje akte na sedmičnim sastancima prostom većinom glasova svojih članova. Postoji nekoliko procedura u radu Komisije .Svaki komesar ima tim od pet ili šest ličnih pomoćnika koji čine njegov kabinet. Položaj kabineta u Komisiji je snažan. Oni saraduju sa generalnim direkcijama , predstavljaju vezu između komesara i službenih lica u tim direkcijama. U današnje vrijeme najveći značaj Komisije ogleda se u tome što je ona jedini glavni organ Evropske unije gdje predstavnici istupaju isključivo kao eksperti za pojedine oblasti i djeluju samo prema pravilima svoje struke u cilju dobrobiti svih država članica, bez obzira čiji su oni državljani.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> B. P. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, CID:Podgorica, 2014, 38.

<sup>4</sup> G. Đurović, *Evropska unije i Crna Gora, Politika proširenja*, Univerzitet Crne Gore, Podgorica, 2012, 223.

<sup>5</sup> R. D. Vukadinović , *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 93.

<sup>6</sup> B. Košutić, B. Rakić, B. Milisavljević, *Uvod u pravo evropskih integracija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd , 2013, 163.



## ZAKONODAVNA FUNKCIJA KOMISIJE

Opšte obavezujuće akte komunitarnog prava u Evropskoj uniji u redovnom zakonodavnom postupku donosi Savjet, uz neodvojivu ulogu Komisije i Parlamenta. Komisija raspolaže opštim pravom legislativne inicijative, i kada su u pitanju zakonodavni akti, oni mogu biti usvojeni samo na njen predlog.<sup>7</sup>

Komisija je glavni predlagač, inicijator komunitarne politike. Savjet usvaja predloge budući da je pozicija Komisije aktivni stvaralac prava i usmjerivač prilika u Evropskoj uniji, kao organa koji djeluje imajući u vidu ciljeve Evropske unije, koji su u skladu sa osnivačkim Ugovorima. Savjet donosi opštevažne odluke, na kolektivnom nivou, zavisno od izjašnjenja ministara u kojoj mjeri su predlozi Komisije povoljni za države članice. Savjet mogu činiti i šefovi država ili vlada država članica ako se raspravlja o "visoko političkim pitanjima".<sup>8</sup> U dugom vremenskom periodu u istoriji Evropske unije bilo je neslaganja i sukoba oko načina odlučivanja u Savjetu ministara. Zavisno od pitanja o kome se raspravlja odluke može donositi jednoglasno, kvalifikovanom i prostom većinom.<sup>9</sup>

Položaj Komisije kao predlagača pravnih akata je toliko jak, da je neki autori nazivaju "gospodarem predloga", a od 314 članova osnivačkih ugovora, čak 80 se odnosi na predlagačku ulogu Komisije, u zakonodavnom i političkom domenu.<sup>10</sup> Savjet može zatražiti, po osnovu odluke koja je donijeta prostom većinom, da Komisija izvrši istraživanja potrebna za dostizanje zajedničkih ciljeva i da shodno tome donese legislativni predlog (član 152 UEU). Iako je ovo ovlašćenje moćno sredstvo ograničenja inicijatorske uloge Komisije, ona i u ovom slučaju ima diskreciono pravo da odluči o podnošenju odgovarajućeg predloga.<sup>11</sup> Komisija daje mišljenje na amandmane Evropskog savjeta. Savjet može usvojiti u skladu sa amandmanima, definisani tekst pravnog akta, o čemu donosi odluku kvalifikovanom većinom, a ako je mišljenje negativno, odluku o usvajanju donosi jednoglasno.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 93.

<sup>8</sup> J. Steiner and L. Woods, *Textbook on EC Law*, Oxford, 2003, 25.

<sup>9</sup> R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 91.

<sup>10</sup> M. Prokopijević, *Evropska unija : uvod*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 70.

<sup>11</sup> G. Gasmi, *Pravo i osnovi prava EU*, Signidunum, Beograd, 2010, 214.

<sup>12</sup> M. Baletić, *Pravo Evropske unije*, FDES, Podgorica, 2013, 94.

Postupak razmatranja i usvajanja pravnog akta predviđa i mogućnost usaglašavanja mišljenja između Parlamenta i Savjeta putem formiranja zajedničkog radnog tijela sastavljenog od predstavnika ova dva organa, čiji se usaglašeni tekst dostavlja na usvajanje Parlamentu i Savjetu. U slučaju nemogućnosti usaglašavanja, postupak za usvajanje predloženog pravnog akta se obustavlja. Rimskim ugovorom uloga Parlamenta prema Komisiji bila je savjetodavna. Ona je predlagala legislativne akte, a Savjet ih je usvajao. Komisijina aktivnost predlagača posebno je izražena u nekadašnjem prvom stubu Evropske unije. Iz tog razloga, u nedležnosti Komisije je faktički odlučivanje o izmjenama osnivačkih ugovora. U nekadašnjem II, odnosno III stubu, Komisija dijeli svoje pravo predlagača. U II stubu sa državama članicama dok u III stubu sa Evropskom centralnom bankom. U legislativna ovlaštenja u širem smislu spada i pravo Komisije da donosi preporuke i daje mišljenja o pitanjima koje uređuje Ugovor o osnivanju.<sup>13</sup>

Komisija takođe ima značajnu ulogu u zakonodavnoj proceduri jer ima pravo inicijative politika Unije. Male inicijative se odnose na predloge akata EU obaveznog karaktera gdje se, po pravilu, kao inicijator javlja Komisija. Velike inicijative Komisije podrazumijevaju prijedloge daljeg razvoja politike Unije i na širenje polja aktivnosti Unije.<sup>14</sup>

#### IZVRŠNA FUNKCIJA KOMISIJE

Evropska komisija ima široka izvršna ovlaštenja izvedena iz Osnivačkih ugovora da bi se osiguralo dostizanje ciljeva postavljenih Ugovorima. Komisija na osnovu izvedenih izvršnih ovlaštenja predlaže budžet, neposredno se stara o sprovođenju prava konkurencije, vodi pregovore o spoljnjim odnosima Unije i izvršava zaštitne klauzule iz međunarodnih ugovora i sekundarnog zakonodavstva.<sup>15</sup> Izvršna funkcija Komisije zasnovana je na praksi Savjeta da svojim odlukama prenese na Komisiju ovlaštenja vezana za sprovođenje propisa koje donosi Savjet. Procedura usvajanja budžeta se sastoji od pet faza.

U prvoj fazi Komisija priprema nacrt budžeta, na osnovu procjene rashoda koje dostavljaju svaka institucija zajednice do prvog jula tekuće godine.<sup>16</sup> Proce-

<sup>13</sup> R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Kragujevac, Udruženje za evropsko pravo, 2014, 94.

<sup>14</sup> G. Đurović, *Evropska unije i Crna Gora, Politika proširenja*, Univerzitet Crne Gore, Podgorica, 2012, 231.

<sup>15</sup> R.D.Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo EU,III izdanje sa promenama iz Lisabonskog ugovora*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2010, 101.

<sup>16</sup> D. Đurić, *Koheziona politika i pretpristupna podrška Evropske unije*, Foundation Open Society Institute, Podgorica, 2009, 41.

dura usvajanja budžeta EU propisana je članom 314 UFEU. Parlament ima ovlaštenje da vrši preraspodjelu sredstava iz dva budžetska fonda, dok Komisija ima pravo da ograniči te preraspodjele po osnovu kretanja bruto društvenog proizvoda u zemljama članicama. Komisija nema pravo da liši Parlament vršenja svog prava, niti da odlučuje da li će doći do preraspodjele sredstava u fondovima.<sup>17</sup> Parlament, takođe, ima pravo da razmatra izvještaj Komisije o izvršenju budžeta, te ona ima obavezu dostavljanja jednogodišnjeg izvještaja o izvršenju budžeta Parlamentu i Savjetu, koji ove dvije institucije mogu prihvatiti sa ili bez primjedbi ili tražiti dodatna razjašnjenja i davati predloge za njegove izmjene.<sup>18</sup>

Predsjednik Komisije Žak Delor je na početku svog mandata ponudio ministrima država da odaberu budući kurs razvoja Evropske zajednice. Savjet ministara je od mogućih šest oblasti, izabrao stvaranje jedinstvenog unutrašnjeg tržišta. Tako je sedamdesetih godina proklamovana politika ekonomske integracije i carinske unije koja se ostvarivala na dva načina: metodom pozitivne integracije, utvrđivanjem zajedničkih politika u predviđenim okolnostima; i metodom negativne integracije, uklanjanjem prepreka za svaki oblik diskriminacije na osnovu nacionalnosti, posebno za ostvarivanje četiri velike slobode.<sup>19</sup>

Pravni osnov za harmonizaciju unutrašnjih propisa država članica je dat u odredbama člana 3 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, kojim je Zajednici postavljen zadatak da usklađuje nacionalna prava u mjeri neophodnoj za djelovanje zajedničkog tržišta. Zadatak je konkretizovan kao obaveza i ovlaštenje organa Zajednice da preduzimaju neophodne mjere.<sup>20</sup> Savjet je formirao komitete radi kontrole rada Komisije u situacijama kada se na nju delegiraju ovlaštenja. Komiteti su sastavljeni od predstavnika država članica i oni svojim nadzorom ograničavaju nadležnost Komisije. Takav način rada nazvan je komitologijom.<sup>21</sup>

Komisija u postupku komitologije, na osnovu zakonodavne vlasti delegirane od strane Savjeta, donosi akte sekundarnog zakonodavstva. Prema članu 290 UFEU "Zakonodavnim aktom na Komisiju se može prenijeti ovlaštenje da donosi nezakonodavna akta opšte primjene, kojima se vrši dopuna ili izmjena određenih manje bitnih elemenata zakonodavnog akta". U situacijama kada je za im-

---

<sup>17</sup> M. Prokopijević, *Evropska unija: uvod*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 447.

<sup>18</sup> R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 87.

<sup>19</sup> B.P. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, CID, Podgorica, 2014, 26.

<sup>20</sup> R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 187.

<sup>21</sup> C. F. Bergstrom, *Comitology*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 198-200.

plementaciju propisa EU potrebno upotpuniti jedinstvene uslove za sve države članice, određena ovlašćenja za sprovođenje propisa EU mogu se dati Komisiji.

### KONTROLNA FUNKCIJA KOMISIJE

Evropska Komisija je čuvar Ugovora i zadužena je za nadgledanje primjene prava Unije pod kontrolom Suda pravde EU. To je njeno izvorno ovlašćenje, koje se pominje u sva tri Osnivačka ugovora. Predmeti kontrolnog postupka Komisije su poštovanje odredbi Osnivačkih ugovora, izvršenja obaveza država članica, izvršenja odluka Evropskog suda pravde i kontrola primjene Zakona o konkurenciji. Komisija u vršenju svog izvornog ovlašćenja ima obavezu kontrolisanja pravilne primjene odredbi Ugovora i pravilnog i ispravnog primjenjivanja komunitarnih propisa.

Ugovor iz Mastrihta je proširio kontrolna ovlašćenja Komisije. Tako je, od tada, u njenoj nadležnosti praćenje sprovođenja odluka Suda pravde u državama članicama. Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije predviđeno je da Komisija prati mjere koje država preduzima radi sprovođenja sudske odluke, tj. da li donosi presude kojima se treba sprovesti odluka Suda pravde, za što je državi ostavljen određeni rok. Ukoliko utvrdi da do toga nije došlo, Komisija ima pravo podnošenja tužbe Evropskom sudu pravde, kojem predlaže novčanu kaznu državi, o čijoj osnovanosti odlučuje Evropski sud pravde.<sup>22</sup> Pri kontroli organa Zajednice, Komisija ima ovlašćenje da kontroliše donijete akte (postupak ocjene zakonitosti, pri čemu se donijeti akti mogu djelimično ili u cjelosti poništiti), ili da organu naloži da traženi akt donese (postupak povodom nečinjenja ili propuštanja).<sup>23</sup> Komisija ispituje slučajeve za koje postoji sumnja da je došlo do kršenja načela pravičnosti. Ona u ovom postupku donosi administrativne odluke, koje se razlikuju s obzirom na učinjenu povredu i njima se može zabraniti restriktivni sporazum ili namjeravana koncentracija, a odluke mogu biti i deklaratorne-njima se može konstatovati da postoji zloupotreba monopolskog položaja ili da dodijeljena državna pomoć nije u skladu sa pravilima konkurencije. Navedene odluke mogu pratiti i odgovarajuće mjere zabrane ili novčane kazne.<sup>24</sup>

Takođe jedna od uloga Komisije je inicijatora suspenzije prava države članice, kada postoji jasan rizik povrede vrijednosti Evropske unije od strane njenih članica.

<sup>22</sup> M. Prokopijević, *Evropska unija: uvod*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 70.

<sup>23</sup> Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *Institucije Evropske Unije*, Sven, Niš, 2008, 116.

<sup>24</sup> R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 399.

## ULOGA KOMISIJE U PROCESU PROŠIRENJA EVROPSKE UNIJE

Evropska unija svake godine usvaja Paket proširenja, odnosno set dokumenata koji se odnose na politiku evropskog proširenja. Paket sadrži Izvještaj kojim Komisija ocjenjuje šta je svaka država kandidat ili država potencijalni kandidat postigla tokom godine i uspostavlja smjernice o prioritetu reformi. Politika proširenja predviđa stabilnu primjenu principa vladavine prava. Pored rada na realizaciji evropskih idejnih osnova u državnom, političkom i institucionalnom sistemu, fokus u procesu saradnje treba da bude ekonomski razvoj. Ekonomska stabilnost, razvoj i funkcionisanje državnog sistema na vrijednostima Evropske unije se smatraju od izuzetnog značaja. Radi ostvarenja ciljeva ekonomskog razvoja, Evropska komisija donosi niz programa u tu svrhu. Od 2007. godine Instrument za predpristupnu pomoć Evropskoj uniji (IPA) zamjenjuje ove programe. Važno je ukazati da je cilj Evropske komisije postepeno prenošenje odgovornosti za upravljanje sredstvima pomoći na države korisnice, paralelno sa jačanjem institucija u njima, što znači da je u trenutku sticanja statusa kandidata, upravljanje sredstvima IPA-e, po pravilu, u značajnoj mjeri decentralizovano, tj. prenešeno na državu korisnicu podrške.<sup>25</sup>

Postupak prijema određene države u članstvo se odvija u dvije faze: fazu prilagođavanja uslovima funkcionisanja Evropske unije i fazu prijema u članstvo.<sup>26</sup> Ovaj proces karakterišu bilateralni pregovori između Komisije i država članica. Država članica mora prilagoditi svoje pravo evropskom pravu u 35 poglavlja. Svako poglavlje sadrži smjernice koje vode kandidata ostvarenju ciljeva. Ispunjenje ciljeva predviđenih poglavljima vodi zaključivanju ugovora o pristupanju Uniji, čiji su potpisnici država kandidat i sve države članice i koji mora biti prihvaćen od strane Evropskog parlamenta, Savjeta i Komisije. Evropska unija je usvojila još jednu spoljnopolitičku inicijativu usmjerenu ka zemljama jugoistočne Evrope, Pakt o stabilnosti, čiji je osnovni instrument Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, kojim su države članice preuzele obavezu sprovođenja trajnih demokratskih i privrednih reformi. Evropska unija je Paktom definisala načela, mehanizme i instrumente kojima će se rukovoditi pri regulisanju spoljnopolitičkih i ekonomskih odnosa sa državama Jugoistočne Evrope.<sup>27</sup> Prije eventualnog prijema

---

<sup>25</sup> D. Đurić, *Koheziona politika i pretpristupna podrška Evropske unije*, Foundation Open Society Institute Podgorica, 2009, 119.

<sup>26</sup> M. Prokopijević, *Evropska unija: uvod*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 208.

<sup>27</sup> R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 487

u članstvo, državama aplikantima predstoji izvršenje niza obaveza, koje slijede u tri faze, u kojima aplikant ima status potencijalnog kandidata, kandidata za članstvo i države pristupnice.

Komisija u daljem procesu prilagođavanja daje mišljenje u vidu izvještaja o ispunjavanju uslova za otpočinjanje pristupnih pregovora. Na osnovu njenog izvještaja Savjet donosi odluku o otpočinjanju pristupnih pregovora, nakon čega se zaključuje ugovor o pristupanju.

#### ULOGA KOMISIJE U IZMJENI OSNIVAČKIH UGOVORA

Ugovorima o osnivanju je određena sadržina, teritorijalni i vremenski do- mašaj primjene komunitarnog prava i prava Evropske unije. U pogledu pravne prirode, ovi Ugovori se smatraju "okvirnim sporazumima" i konstitucionalnim aktima sa kompleksnom prirodom, iako su po načinu nastanka međunarodno- pravne prirode.<sup>28</sup>

Članom 48.UFEU u njegovim prelaznim i završnim odredbama, predviđena je procedura izmjene Osnivačkih ugovora.U skladu sa svojom predlagačkom ulogom, Evropska komisija može biti inicijator izmjene. Predlozima se mogu proširiti ili umanjiti nadležnosti povjerene Uniji. Temeljna pitanja Unije dospijevaju u rad Evropskog savjeta koji je nadležan za rješavanje zastoja u procesu ratifikacije.

Evropski Savjet ima odlučujuću ulogu u izmjeni Ugovora po skraćenoj reviziji, kojim se mijenjaju odredbe III dijela Ugovora o funkcionisanju Evropske unije o unutrašnjoj politici i akcijama Unije. Odluka o reviziji u Savjetu ministra se donosi jednoglasno, bez sazivanja Evropskog parlamenta, ali uz obavezno obavještanje nacionalnih parlamenata o svakoj pokrenutoj inicijativi izmjene Ugovora, čija je saglasnost neophodna za njihovo usvajanje. Kao i u redovnom revizionom postupku, i ove amandmane je potrebno ratifikovati, u skladu sa odgovarajućim ustavnim postupkom država članica.<sup>29</sup>

#### ULOGA KOMISIJE U SPOLJNOJ POLITICI

Poslije stupanja na snagu Sporazuma iz Lisabona pitanja koja obuhvataju zajedničku spoljnu i bezbjednosnu politiku regulisana su UEU i u UFEU. Član 21.

---

<sup>28</sup> Ibid., 107.

<sup>29</sup> R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Uduženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 108.

UEU predviđa da “Unija svoje aktivnosti na međunarodnoj sceni zasniva na principima koji su inspirisali njen nastanak, razvoj i proširenje i koji imaju za cilj da u ostalom dijelu svijeta unaprijede: demokratiju, vladavinu prava, univerzalnost i neprikosnovenost ljudskih prava i osnovnih sloboda, poštovanje ljudskog dostojanstva, jednakosti i solidarnosti i poštovanje principa Povelje UN i međunarodnog prava”. Političke odnose Evropska unija, nakon Mastrihta, vodi u okvirima zajedničke spoljne i bezbjednosne politike i politike saradnje u pravosuđu i krivičnim stvarima.<sup>30</sup>

Pod spoljnim aktivnostima se podrazumijeva aktivnost Unije na međunarodnoj sceni, koju realizuje zaključivanjem različitih vrsta međunarodnih ugovora ili preduzimanjem jedinstvenih akcija koje proizvode dejstvo izvan država članica.<sup>31</sup> Dugo vremena Komisija je predstavljala Uniju u inostranstvu i bila inicijator predloga akata u okviru spoljne i bezbjednosne politike. Evropske delegacije predstavljaju Evropsku uniju u zemljama domaćinima i u međunarodnim organizacijama. Njihov rad podrazumijeva održavanje političkog dijaloga, razvijanje trgovinskih odnosa, uspostavljanje i osnaživanje kulturnih veza kao i upućivanje pomoći za razvijanje zemlje kandidata.

Zajednička spoljna i bezbjednosna politika se sprovodi od strane Visokog predstavnika Unije za spoljne poslove i bezbjednosnu politiku i država članica, u skladu sa Ugovorima.<sup>32</sup> Prema članu 30 UEU svaka država članica i Visoki predstavnik EU za spoljnu politiku i bezbjednost, sam ili uz podršku Komisije, može bilo koje pitanje koje se tiče zajedničke spoljne i bezbjednosne politike uputiti Savjetu, kao i podnijeti prijedloge i pokrenuti inicijative. Komisija daje podsticaj za razmatranje i raspravu važnih pitanja za razvoj Unije.<sup>33</sup> U obavljanju funkcije Visokom predstavniku pomaže Evropska služba za spoljne poslove koja radi u saradnji sa diplomatskim službama država članica. Uloga Evropske komisije na međunarodnom planu je istaknuta u procesu zaključivanja trgovinskih sporazuma.

Komisija svojim predlozima vezanim za ostvarenje trgovinske politike, kao i svojom ulogom “rođenog pregovarača” u zaključivanju trgovinskih i drugih međunarodnih ugovora Unije sa trećim državama i međunarodnim organizacija ostvaruje značajan udio u spoljnopolitičkoj aktivnosti Evropske unije.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Ibid., 471.

<sup>31</sup> Ibid., 247.

<sup>32</sup> B. P. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, CID, Podgorica, 2014, 159.

<sup>33</sup> D. Chalmers and A. Tomkins, *European Union Public Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 96.

<sup>34</sup> B. P. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, CID, Podgorica, 2014, 174.

## ZAKLJUČAK

Evropska komisija je temeljna institucija Evropske unije čije aktivnosti prožimaju sve značajne evropske procese. Njena funkcija predlagača pravnih akata je ključna u legislativnoj proceduri Unije, kojom ne samo što reguliše aktuelne događaje, nego i proaktivno i dalekosežno djeluje na razvoj i politiku Unije, promovišući i trasirajući put evropskih reformi, uz neodvojivu ulogu Savjeta, kao glavnog donosioca legislativnih akata, i Parlamenta, čija je saglasnost za usvajanje akta ključna, i koji može podnositi amandmane na predloženi akt. Evropska komisija je, takođe, čuvar Osnivačkih ugovora i poretka Unije, kontrolišući poštovanje Ugovora, izvršenje obaveza i ispunjenje odluka Suda pravde. Vršeci svoju kontrolnu funkciju, Komisija je institucionalno povezana sa Evropskim sudom pravde, kada vrši kvazisudsku funkciju; odnosno sa Savjetom, u postupku predlaganja suspenzije prava države članice, zbog jasne opasnosti od ozbiljne povrede evropskih vrijednosti. Na unutrašnjem planu, Komisija radi na donošenju budžeta, u proceduri blisko povezanoj sa Parlamentom, kada Komisija i Parlament pregovaraju o preraspodjeli sredstava između fondova, za obavezne i neobavezne izdatke, daljem ujedinjenju evropskog tržišta, harmonizaciji unutrašnjih pravnih sistema sa pravom Unije, što ima za cilj, osim učvršćivanja poretka, efikasnost evropskih procedura i ojačavanje evropske ekonomije.

U oblasti spoljne politike, Komisija je akter u procesima održavanja mira i posredovanja u mirovnim pregovorima, nadgledanju izbornih procesa, da bi se preduprijedile ili efikasno razriješile konfliktne situacije, a zatim i poboljšao cjelokupan institucionalni okvir, zasnovan na principima demokratije, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, budući da je u interesu Evropske unije održavanje diplomatskih odnosa sa stabilnim političkim sistemima. Komisija je takođe pregovarač na strani Evropske unije, u postupku zaključenja međunarodnih trgovinskih sporazuma, uz konsultacije sa građanskim pokretima. Aktivnosti Komisije na međunarodnom planu uključuju regionalne aktivnosti, odnosno održavanje prijateljskih odnosa sa državama u okruženju i u procesima pristupanja, odnosno stabilizacije i pridruživanja Evropskoj uniji, u kojima Komisija ima značajnu ulogu u procesu skrininga i harmonizacije pravnih poredaka kandidata sa poretkom Unije.



BOJANA LAKIĆEVIĆ-ĐURANOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
University of Montenegro

THE POSITION OF THE EUROPEAN COMMISSION  
IN THE INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The European Commission is the fundamental institution of the EU whose activities permeate all major European processes. As a proposer of legislation, it is crucial to the EU legislative; apart from regulating current events, it also has proactive and far-reaching effects on the EU development and policies promoting and paving the way to the European reforms, jointly with the Council, whose role is essential in issuing legislative acts, and the Parliament, whose consent is crucial for the adoption of the acts and which may make amendments to the proposed acts. The Commission is also the guardian of the Treaties and the order of the Union, controlling the observance of the Treaty, implementation of the obligations and fulfillment of the decisions of the Court of Justice. In exercising its controlling function, the Commission is institutionally linked to the ECJ, when performing a quasi-judicial function. Internally, the Commission is concerned with the adoption of the budget in a procedure which requires close cooperation with the Parliament. In order to achieve the policy objectives, the Commission adopts acts of secondary legislation on the basis of the legislative power delegated by the Council.



ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA PRAVNU  
DRŽAVU**



SAŠA B. BOVAN

## IMPERATIVNOST PRAVA U SVETLU JEDNE ANTROPOLOŠKE VIZIJE PRAVNOG FENOMENA

### U V O D

Suštinska ideja ovog rada podrazumeva problematizaciju imperativnosti kao strukturalnog elementa pravnog fenomena (pojma prava) polazeći od jednog antropološkog stanovišta. U tom pravcu sledi pokušaj da se pokaže kako zauzimanje antropološke perspektive ne doprinosi relativizaciji imperativne (normativne) dimenzije pravne pojave, već sasvim suprotno, na jedan novi način ukazuje na njen značaj za pravilno razumevanje suštine i funkcija prava.

U svakom slučaju, jedan takav pristup podrazumeva osvrt na postojeće teorija o pojmu prava, koje su, inače, najrazvijeniji i najobimniji deo pravne teorije.<sup>1</sup> Naravno, tema i ciljevi ovog rada determinišu u najvećoj meri ovaj naum, tako da će postojeća shvatanja o pojmu prava biti obrađeni polazeći od toga kakvo mesto unutar njih zauzima problem imperativnosti (normativnosti). U tom pravcu, kreće se od jedne podele teorija o pojmu prava koja se oslanja na postojeće sistematizacije, ali je u neku ruku svedenija kako bi se problem imperativnosti obradio

---

Dr Saša B. Bovan, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Sistematizacija teorija o pojmu prava se može vršiti po raznim kriterijumima. jednu od složenijih pronalazimo kod N. Viskovića, koji u svojoj sistematizaciji polazi od ukrštanja različitih kriterijuma podele (sadržaj pojma i kriterijumi pravnosti): Nikola Visković, *Pojam prava*, Split 1981, 23-35.

na odgovarajući način, tj. imajući u vidu osnovne ciljeve ovog rada. Ovome će bit posvećen poseban (treći) odeljak rada.

Naravno, posmatranje imperativnosti unutar jedne antropološke teorije o pojmu prava podrazumeva obavezu da se, makar u najkraćem, izlože osnovne ideje pravno - teorijskog antropologizma. Ovo tim pre što su takvi pokušaji usamljeni, pogotovo da se pojam prava obrađuje polazeći od biološkog a ne kulturološkog antropologizma. O ovome će biti reči u poslednjem (četvrtom) odeljku rada. U okviru ovog odeljka biće izloženi i odgovarajući zaključci polazeći od osnovne hipoteze rada gde se kaže da zauzimanje antropološke perspektive u posmatanju suštine prava ne umanjuje već povećava značaj imperativnosti kao strukturalnog elementa pravnog fenomena.

Pre toga, u odeljku koji sledi, potrebno je nešto reći o tome kako se problem imperativnosti u pravu posmatra samo po sebi, nezavisno od postojećih teorija o pojmu prava.

#### POJAM ZAPOVESTI

Kada god se suočimo sa pitanjem o definiciji (pojmu) prava nezaobilazno se nameće, gotovo sudbinski za ovu oblast, problem normativnosti (imperativnosti) u pravu.. Možda su ponajbolji primer u tom smislu sociologističke teorije o pojmu prava (pravni realizam) koje pravo svode na faktičko ponašanje (najčešće na ponašanje i odlučivanje sudova) kada se njihova epistemološka vrednost meri, između ostalog, i polazeći od toga kakav stav zauzimaju prema fenomenu imperativnosti, koju, konačno, ipak ne mogu potpuno isključiti iz pojma prava.<sup>2</sup> Stoga se slobodno i bez ikakvih ograda može reći je normativnost početni i bazični kriterijum definisanja prava, odnosno da se praktično svaki pokušaj određenja pojma prava temelji na zauzimanju odnosa prema problemu normativnosti (imperativnosti).

Inače, veliki značaj problematike normativnosti (imperativnosti) u teoriji o pojmu prava nikako ne predstavlja iznenađenje. Postoje mnogi, a najvažnije, ideološki, praktični i epistemološki razlozi koji potvrđuju "teorijsku težinu" fenomena imperativnosti. Kada se radi o ideološkim razlozima, oni su belodano izraženi u fenomenologiji zakonskog pozitivizma gde se sudijska delatnost posmatra polazeći od toposa mehaničke jurisprudencije, tj., kada se sve diskusije i dileme vezane za pravničku profesiju i pravo (pa i one teorijske) usmeravaju na logičko -

<sup>2</sup> Tako na primer K. Levelin kaže da ponašanje sudija predstavlja ključni kriterijum pravnosti: Karl Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago 1962, 16. Međutim, on ipak "priznaje" da suštinu prava ne možemo dosegnuti polazeći samo od kategorije ponašanja, već imajući u vidu i pravila shvaćena kao zapovesti o ponašanju: *Ibid.*, 23.

tehnička pitanja, a to konačno znači na problem imperativnosti (na ravni teorije prava to znači da se pod pravom podrazumevaju zapovesti koje izdaje suverna vlast, na ravni stvaranja prava da ne postoji neko drugo pravo osim državnog prava sankcionisanog prinudom od strane suverena, a na ravni primene prava da se tumačenje prava ispoljava kao traganje za voljom zakonodavca).<sup>3</sup> Praktični razlozi koji favorizuju problematiku imperativnosti vezani su za oblast primene prava jer je imperativnost, sva je prilika, *condicio sine qua non* efikasnosti prava (i kada se radi o autonomnoj i kada se radi o heteronomnoj primeni prava).<sup>4</sup> Što se tiče epistemoloških razloga koji daju na težini problematici imperativnosti u teoriji prava, dovoljno je reći da njen značaj proističe iz činjenice da normativni aspekt prava, sublimiran u imperativnosti, više nego transparentno izražava moment dijalektičkog jedinstva svih aspekata pravnog iskustva, tj. onog aksiološkog (vrednosno-teleološkog), kao i socijalnog (materijalno-interesnog).<sup>5</sup>

U svakom slučaju, a za potrebe daljih izlaganja, potrebno je i na ravni pitanja o pojmu zapovesti nešto reći o tome da li se može staviti znak jednakosti između prava i imperativnosti, odnosno da li je pravna norma uvek zapovest o ponašanju. Ovde se misli na takve pokušaje unutar logičko-jezičke analize, a u sledećem odeljku će biti reći o takvim pokušajima na sadržinsko-teorijskom planu (postpozitivizam, počev od H. Harta).

Posmatrano na nivou leksičkog (onog u rečnicima) određenja imperativnosti, čiji je sinonim zapovest, pod ovim pojmom treba podrazumevati ono što se kaže (usmeno ili pismeno), s ciljem da se obavezno izvrši (naredba, naređenje).<sup>6</sup> Pošto je suština imperativa (zapovesti) u obaveznosti, može se reći preciznije (i lingvistički ispravnije) da je zapovest govorni akt usmeren na ljudsko ponašanje čija je suština (smisao) u njegovoj obaveznosti, tj. u nužnosti izvršenja tog govornog akta.

---

<sup>3</sup> Posmatrano iz sociološkopravnog ugla, može se reći da zakonski pozitivizam predstavlja pobedu države nad pravnom naukom (pravnim pozitivizmom), a to konačno znači pobedu (u tom trenutku) imperativne teorije prava koja pravo posmatra kao zapovesti suverene vlasti: Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München 1953, 261-262. Isti zaključak izvodi i J. Habermas, polazeći od marksističke perspektive kada kaže da zakonski pozitivizam predstavlja nastojanje da se anonimizira klasna funkcija prava, a to se između ostalog radi tako što se pažnja stručne javnosti i teorije prava usmerava na tehničko-organizaciona pitanja pravnog poretka, a između ostalog na pitanje imperativnosti, a ne na aksiološko-socijalnu sadržinu prava: Jürgen Habermas, *Problemi legitimacije u kasnom kapitalizmu*, Zagreb 1982, 32-33.

<sup>4</sup> Naime, i autonomna primena prava podrazumeva u sebi određen (makar i podsvestan) stav i odnos prema imperativnosti. Videti: Dragan Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd 2011, 299.

<sup>5</sup> N. Visković, 165-166.

<sup>6</sup> *Rečnik srpskohrvatskog književnog jezika*, knj.2., Novi Sad-Zagreb 1967, 192.

Polazeći od izloženog odmah treba reći da se pitanje značenjskog odnosa pravne norme i zapovesti (imperativa) mora rešavati sa pozivom na lingvističku nauku. Posmatrano iz tog ugla, nesporno je da pravna norma predstavlja osnovnu kategoriju jezika prava. U strogo logičkom smislu pravna norma je dvostruko - hipotetički sud u jednom disjunktivnom.<sup>7</sup> Ovaj logički oblik determiniše na ravni sintaksičke strukture, idealno posmatrano, pogodbenu rečenicu "ako - treba". To znači da na ravni gramatičkih kategorija pravna norma spada u one glagolskog tipa, a u okviru toga u kategorije kojima se izražava način, i to zapovedni način (imperativ).<sup>8</sup> Posmatrano na ravni sintakse, i to rečenice kao najviše jedinice sintakse,<sup>9</sup> a imajući u vidu funkcije rečenice (izjavne, upitne, uzvične, zapovedne), pravna norme je primer zapovedne rečenične strukture. Posmatrano u okviru lingvističke pragmatike, a kada su u pitanju govorni činovi, pravna norma bi spadala u direktivni način govora. Konačno, s obzirom na upotrebu jezika u pravnoj komunikaciji (funkciju jezičkih radnji), pravna norma je primer preskriptivnih iskaza kojima se utiče na ponašanje ljudi, a polazeći od toga da je glagol "trebati" temeljna kategorija pravnog jezika i logičko - jezičke strukture pravne norme.

Određenu zabunu u pogledu logičko - jezičke strukture pravne norme i upotrebe pravnog jezika unosi činjenica da postoje najmanje dve vrste preskriptivnih iskaza, tj. traženja koje su zahtev, gde spadaju pravne, običajne i moralne norme, i traženja koja nisu zahtev, gde spadaju molbe, preporuke, saveti, itd.<sup>10</sup>

Dalje, do problema u pravno teoriji dolazi i stoga što se u jeziku zakonodavca vrlo često normativne preskripcije (govor sa glagolom "treba") prikrivaju indikativom prezenta ili futura, ili infinitivom.<sup>11</sup> Osim toga, pravne norme podrazumevaju vrlo često fragmentiranje njihovog sadržaja kroz pravne odredbe, pa se na prvi pogled ne vidi njena hipotetička (pogodbena) sintaksička struktura.<sup>12</sup>

Najzad, kada se ponovo vratimo na teren lingvističke pragmatike, vidimo da kontekstualni karakter jezika (delovanje vanjezičkih faktora na značenje reči i rečenica) dovodi do toga da jedna rečenica bude po sintaksičkoj formi izjavna, po semantičkoj strukturi tvrđenje, a da se na pragmatičkoj ravni ispoljava kao preskripcija (zapovest). Takva je na primer jednostavna rečenica koju izriče nastavnik u učionici a glasi: "Vrata su otvorena", koja s obzirom na kontekst može biti

<sup>7</sup> Nikola Visković, *Jezik prava*, Zagreb 1989, 51.

<sup>8</sup> Ranko Bugarski, *Uvod u opštu lingvistiku*, Beograd 2009, 150-152.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 178.

<sup>10</sup> N. Visković, 121.

<sup>11</sup> Georges Kalinowski, «Imperatif», *Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit*, Paris 1993, 289. N. Visković, 118.

<sup>12</sup> N. Visković, 89.



obaveštenje ali i naredba nekom učeniku da napustu čas.<sup>13</sup> Kontekstualni karakter jezika, na čemu insistira sociolingvistika, može doći do izražaja i u pravnom jeziku, kada usled ove kontekstualizacije dolazi do modifikovanja njegove sintaksičko-semantičko-pragmatičke strukture, čime se zapravo zamagljuje preskriptivna priroda pravnog jezika i imperativna priroda prava.

Sve izloženo artikulisalo se u pravnoj logici i teoriji o pojmu prava kroz dilemu da li je pravna norma isključivo zapovest (imperativ), ili može imati i neimperativnu prirodu. Posmatrano na sadržinskom planu, nesporno je da pravna norma (pravo) ima imperativnu prirodu, tj. da predstavlja skup zapovesti o ponašanju. Drugim rečima, imperativna formulacija pravne norme najbolje izražava njenu suštinu, tj. da su pravne norme zapovesti o ponašanju. Posmatrano na formalnom (lingvističkom) planu nesporno je takođe da se pravne norme najčešće izlažu u neimperativnoj formulaciji. Međutim, time se ne dovodi u pitanje njihova imperativna priroda. Može se, opet strogo na formalnom planu, praviti razlika, kao kod Kalinovskog, između prividnih imperativa i imperativa u užem smislu te reči.<sup>14</sup>

Međutim, ovde se diskusija vodi o univerzalnosti, tj. dometima zapovednog načina izražavanja a ne o zapovednoj prirodi pravne norme. U svakom slučaju, ovaj ugao razmatranja prirode pravne norme ne može biti osnov da se na jedan drugi način ospori imperativnost pravne norme (i prava). Naime, pronašli smo u našoj literaturi jedan usamljen, a nadasve bizaran i površan pokušaj gde se imperativna priroda pravne norme osporava arguentom da se pod takvu prirodu ne mogu podvrsti neki drugi normativni fenomeni, poput ovlašćenja, ljudskih prava i sloboda, nadležnosti, subjektivnih prava, itd.<sup>15</sup> U odnosu na takve pokušaje dovoljno je reći da obaveznost kao suština i sadržina pojma zapovesti u pravnom poretku ima dvostruko značenje: (1) to je pre svega obaveza da se postupa po normama, koja podrazumeva i (2) obavezu da se poštuju prava i slobode drugih ljudi. Ovim dvostrukim značenjem zapovesti u sferi pravnog jezika, a s obzirom na funkcije prava i strukturu pravne norme, pokrivaju se jednostavno, bez konfuznih, protivrečnih i jalovih razmatranja, svi normativni fenomeni pravnog poretka.

---

<sup>13</sup> R. Bugarski, 223.

<sup>14</sup> G. Kalinowski, 292.

<sup>15</sup> U pitanju je pristup J. Hasanbegović koja u većini svojih radova pribegava bizarnim temama i perspektivama, gde potom raznoraznim intelektualnim egzibicijama pokušava da prikrije nedostatak ideja i kompetentnosti za ovu oblast. U odnosu na problematiku o kojoj je reč kao primer: Jasminka Hasanbegović, *Zablude o pravnoj normi 2: Pravna norma nije zapovest?*, Beograd 2006, 241-243, 247.

PROBLEM IMPERATIVNOSTI U OKVIRU POSTOJEĆIH  
TEORIJA O POJMU PRAVA

Unutar pravne teorije, posmatrano u najširem smislu, ubrajajući u njene okvire između ostalog (i najvažnije) - tekovine sociologije i filozofije prava, posebnu oblast čine teorije o pojmu prava. Složenost ove problematike je izuzetna, a pre svega imajući u vidu kompleksnu strukturu i specifičnu prirodu i funkcije pravnog fenomena. Međutim, nije ni prilika ni mesto da se detaljnije upuštamo u klasifikacije teorija o pojmu prava. Polazeći od N. Viskovića, u nekim ranijim radovima izložili smo klasifikaciju teorija o pojmu prava koja je imala pre svega jednu pedagošku dimenziju (pokušaj da se studenti najbezbolnije uvedu u ovu oblast), a koja upravo polazi od jednog normativnog kriterijuma, a naime imajući u vidu odnos pojedinih teorije prema fenomenu imperativnosti.<sup>16</sup> Podela o kojoj je reč pravi razliku između (a) filozofskih, (b) normativnih (imperativnih, prav-nopozitivističkih) i (c) socioloških teorija o pojmu prava.

(a) Unutar filozofskih teorija, a polazeći od načina na koji se tematizuje kategorija imperativnosti, pravi se razlika između prirodnopravnih i modernih filozofskopravnih teorija.<sup>17</sup> Međutim, nezavisno od svih razlika između njih, imperativnost dolazi do izražaja u svim ovim teorijama na sledeći način: (1) unutar prirodnopravnih teorija stoga što univerzalnost i nepromenljivost prirodnog poretka podrazumeva i njegovu obaveznost (*dictamina rectae rationis*); (2) dalje, opet unutar prirodnopravnih teorija, jer se pozitivnopravni poredak izjednačava sa zapovestima suverene vlasti; (3) unutar modernih filozofskopravnih teorijama značaj i primat imperativnosti u sagledavanju suštine i pojma prava posledica je metodskog dualizma. Naime, oštro podvajanje sveta bivstva i sveta trebanja, pri čemu pravo pripada ovom drugom svetu,<sup>18</sup> samo po sebi podrazumeva da je imperativnost ključna osobina pravnog fenomena s obzirom na njegovu logičko - jezičku prirodu. Ne ulazeći u dublja i detaljnija razmatranja o tome zašto zalaganje za metodski dualizam podrazumeva imperativnu teoriju prava, izlažemo samo Radbruhovu argumentaciju u tom smislu koji kaže da upravo zbog tog dualizma "pravna nauka sa metodološkom nužnošću shvata pravnu sadržinu kao nešto što važi, nešto što treba, nešto što obavezuje".<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Saša B. Bovan, *Osnovi sociologije i sociologije prava*, Beograd 2008, 172-176.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 172-173.

<sup>18</sup> Tipično, a polazeći od Kanta i Zimla, kod: Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Beograd 1980, 11-19.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 101-102.

(b) Što se tiče normativnih (imperativnih) teorija o pojmu prava, njih smo podelili na normativističke i legalističke. Sama terminologija koju koristimo, a koja čini se najbolje izražava njihovu suštinu, ukazuje na značaj koji se unutar njih pridaje fenomenu imperativnosti. Imperativnu prirodu pravne norme i prava unutar legalističkih koncepcija o pojmu prava ne treba posebno dokazivati jer one imaju dugu i neprekinutu tradiciju još od antičkih dana, s tim što su počev od XIX veka teorijski definitivno i sveobuhvatno artikulisane, pre svega u radovima Dž. Ostina i Dž. Bentama. U suštini, a za potrebe ovog rada, bitno je ukazati da se u svim imperativnim teorijama (i legalističkim i normativističkim) pravo posmatra kao sistem zapovesti o ponašanju. Ključna razlika između njih uspostavlja se u odnosu na pitanje o prirodi zapovesti (u sadržinskom smislu). U Ostinovom imperativizmu (legalizmu) zapovest ima voljno - psihološku prirodu (pravna norma je izraz volje zakonodavca),<sup>20</sup> dok kod Kelzena (normativizam) pravna norma predstavlja depsiologizovanu zapovest.<sup>21</sup>

Kada se radi o normativističkim teorijama, naravno, nezaobilazno je poći od H. Kelzena koji se oslanja na Ostinovu analitičku jurisprudenciju, ali kaže da je njegova *Čista teorija prava* pokušaj da ovaj pristup primeni doslednije nego Ostin.<sup>22</sup> Kod Kelzena se ta doslednost ispoljava tako što analitička jurisprudencija dobija izgled metodskog dualizma.<sup>23</sup> Unutar jednog takvog pokušaja, pojam prava se "čisti" od svih socijalnih i psiholoških elemenata, tako da kategorija normativnosti (imperativnosti) sama po sebi iskrsava kao jedini element strukture prava. To se vidi u Kelenovovoj definiciji prava kada kaže da je pravo tehnika prisilnog regulisanja društvenih odnosa.<sup>24</sup> Međutim, pored toga, kod Kelzena je imperativnost i glavno sredstvo (metodološki instrument) pomoću kojeg se to "čišćenje" odvija. Suština tog postupka je jednostavna, a ogleda se u pozivanju na metodski dualizam koji kaže da imperativna priroda pravnih normi ne "trpi" heterogenu strukturu pravnog fenomena pa stoga iz pojma prava moraju biti isključeni svi elementi koji ne korespondiraju sa imperativnom (logičko-jezičkom) prirodom prava.

(c) Najzad, u klasifikaciji koja se ovde predlaže, sociološke teorije o pojmu prava se dele na sociologističke i integralne. Osnovna odlika sociologističkih teorija jeste radikalno negiranje ili potcenjivanje imperativne dimenzije prava. U

---

<sup>20</sup> John Austin, *Lecture on Jurisprudence*, London 1911, 88, 89, 92, 96, itd. Takođe i Jeremy Bentham, *The limits off jurisprudence defined*, New York 1945, 88.

<sup>21</sup> Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd 1951, 43-46, 48.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>23</sup> Hans Kelzen, *O granicama između pravničke i sociološke metode*; Beograd 1927, 11--12.

<sup>24</sup> Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, 17, 19, 33., itd.

tom kontekstu, imperativnost se i unutar ovih teorija visoko kotira, a naime tako što kritika ove kategorije služi kao polazna pretpostavka za izlaganje drugačijeg stanovišta gde faktički aspekti prava iskrsavaju kao ključnu element njegove strukture.<sup>25</sup> Međutim, kao što smo videli, čak i predstavnici ovih koncepcija moraju na neki način da uključe imperativnost u pojam prava. Tako je kod predstavnika pravnog realizma (pomenuti K. Levelin), a naročito kod zagovornika sociološke jurisprudencije. Na primer, tako postupa R. Paund kada kaže da se pojam prava ne može zamisliti bez njegovog aksiološkog sastojka i autoritativnih tradicionalnih pravila.<sup>26</sup>

Ono što karakteriše integralne teoije prava jeste jedan izbalansiran pristup gde se pravo tretira kao jedinstvo određenih društvenih odnosa, normi kojima se ti odnosi regulišu i vrednosti koje se na taj način promovšu i štite.<sup>27</sup> Značaj integralnih teorija prava nije samo u jednom sintetičkom (holističkom) pristupu pravnom fenomenu, već, posmatrano iz ugla ovog rada, upravo u tome što se pridaje veliki značaj normativnom aspektu prava, gde se pravo takođe ispostavlja kao sistem zapovesti, ali kada se pravna norma posmatra i kao momenat i manifestacija dijalektičkog jedinstva svih aspekata pravnog iskustva (logičko-semantička struktura pravne norme utemeljena je na odgovarajućem poretku društvenih odnosa i temeljnih vrednosti jedne zajednice).<sup>28</sup>

Na samom kraju ovog odeljka neophodno je pomenuti i postpozitivizam, nastao recepcijom i razvijanjem teorije prava H. Harta. Kada se radi o samom Hartu, začetniku novog pravnog pozitivizma, koncepcije koja danas superiorno vlada pravnom teorijom zahvaljujući kulturološkoj ekspanziji anglosaksonskog

<sup>25</sup> Pravni realisti pod faktičkim aspektim prava podrazumevaju ponašanje sudija, državnih organa ili svih učesnika u pravnom poretku: K. Llewellyn, *Jurisprudence*, 41, Karl Llewellyn, *The Brumble Bush*, The New York 1930, 3. Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New York 1930, 46. Za predstavnike skandinavskog pravnog realizma faktička suština prava izvire iz pristupa gde se kaže da pravo nisu nomen zaštićene silom, već sila regulisana normama: Alf Ross, *On Law and Justice*, London 1958, 34, 53. Karl Oliwecrona, *Law as Fact*, London 1959, 134. Zagovornici integralne teorije prava pod faktičkim aspektom pravne pojave podrazumevaju određen tip društvenih odnosa koji zahtevaju prinudno regulisanje (konfliktni - ekonomski i politički odnosi): N. Visković, 81-82,

<sup>26</sup> Rosco Pound, *A Comparison of Ideals of Law*, Paris 1954, 200-201, 202.

<sup>27</sup> N. Visković, 46-47, 49, 55., itd. Georges Gurvitch, *Dialectique et sociologie*, Paris 1962, 189-239.

<sup>28</sup> N. Visković, 165, 180-185. U našoj pravnoj ovaj pristup možemo pripisati R. Lukiću. Naime, iako se ovaj autor, inače jedan od najznamenitijih predstavnika naše teorije prava, svrstava u zastupnike legalističke teorije prava, sa izvesnim vezama i u odnosu na one normativističke, može se reći da svojim shvatanjem o spoljnjem i unutrašnjem elementu prava Lukić zapravo izlaže jedno integralno shvatanje prava gde je na odgovarajući način "sačuvao" normativnu (imperativnu) dimenziju pravnog fenomena: Radomir D. Lukić, *Teorija države i prava knj. 2.*, Beograd 1958, 31-53.

civilizacijskog kruga, dovoljno je ukazati da čitav njegov intelektualni napor predstavlja pokušaj, suprotno Ostinu i Kelzenu, da se relativizuje imperativni karakter prava. Njegov model primarnih i sekundarnih normi i pravilo priznanja služe tome cilju.<sup>29</sup> Najnovije tendencije unutar pravnog pozitivizma (postpozitivizam), iako sa nekim izmenama i revidiranjima (pre svega kada se radi o odnosu prava i morala), dosledno nastavljaju rad na dekonstrukciji i destrukciji imperativne prirode prava. Evo tek nekoliko tipičnih definicija prava u tom smislu. Jedna od poznatijih je ona Dž. Raza koji kaže da je pravo “skup pravnih standarda koji zahtevaju od svih onih na koje se odnose da priznaju njihov autoritet”.<sup>30</sup> Dž. Coleman je još otvoreniji u negiranju značaja imperativnosti za razumevanje suštine i funkcija prava jer pod pravom podrazumeva jednu konvencionalnu društvenu praksu.<sup>31</sup>

Najzad, evo stavova autora čiji su radovi iz teorije prava danas na glasu. Radi se o N. Mek Kormiku, koji na jedan sveobuhvatan način pokušava da se obračuna sa imperativizmom u teoriji prava. To se prvo vidi na primerima koje koristi jer mahom pribegava onima (čekanje u redu za ulazak u autobus, procedure kupovine karata i ulaska u avion ili voz) koji podrazumevaju situacije gde nema konflikata interesa, pogotovo velikih, kao kada se radi o klasnim, etničkim, rasnim, rodnim odnosima.<sup>32</sup> Druga važna epistemološka koordinata kod ovog autora jeste pozivanje na Harta i pristup gde se pravo posmatra pre svega sa gledišta korisnika a ne stvaraoaca normi.<sup>33</sup> Upućujemo i na Mek Kormikovu definicija prava koja kaže da je pravo institucionalni normativni poredak,<sup>34</sup> u kojoj ni u naznakama nema mesta za imperativnost. Osim toga, čitav terminološki aparat koji koristi ovaj autor sračunat je da se napravi otklon u odnosu na imperativnu teoriju prava. On neprestano govori o konsensusu, poštovanju ljudskih prava, zaštiti ustava, uređenosti ljudskih odnosa koja se temelji na prirodi čoveka a ne na zapovestima, itd.<sup>35</sup> Bez daljeg zadiranja u ovu koncepciju – koja možda ponajbolje prikazuje nesnošljiv i fatalan upliv ideologije u današnju pravnu teoriju, što je na žalost, najvažnija i porazna tekovina postpozitivizma, - uzmimo samo kao primer ovih tendencija još jednu Mek Kormikovu izjavu koji sagledava suštinu prava tako što kaže: “Normativna priroda pravnog sistema počiva na konvencionalnoj

---

<sup>29</sup> Herbert Hart, *Pojam prava*, Podgorica 1994, 109-131.

<sup>30</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, 33.

<sup>31</sup> Jules Coleman, “Positive and Negative Positivism”, *Journal of Legal Studies* 9/1982, 149.

<sup>32</sup> Neil MacKormick, *Institucije prava: ogled iz teorije prava*, Zagreb 2014, 35-39.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 95.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 17.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 33-35.

normi prema kojoj sve osobe koje zauzimaju javni položaj moraju poštovati i štiti-  
titi ustav i na temelju njega valjano donesene zakone”.<sup>36</sup> Najzad, posmatrano i na  
nivou jedne kvantitativne analize sadržaja, a bili smo pažljivi pri čitanju njegovog  
ključnog rada iz teorije prava, prilikom razmatranja o pojmu prava, praktično se  
nigde ne koriste reči “zapovest” i “imperativ”. Pametnome dovoljno da vidi koliko  
je u postpozitivizmu pravna nauka ustuknula pred ideologijom.

#### MESTO IMPERATIVNOSTI UNUTAR JEDNE ANTROPOLOŠKE TEORIJE PRAVA

Antropološko shvatanje prava koje smo formulisali u nekim ranijim radovi-  
ma kao osnovu ima integralnu teoriju prava. Zapravo, ovde je u pitanju odgova-  
rajuća varijanta integralne teorije prava, ali sa jednim “antropološkim dodatkom”.  
Naravno, bez želje da uzdizemo ovu koncepciju, ali i bez namere lažne skromno-  
sti, odmah naglašavamo da taj “antropološki dodatak” koji stavljamo u službu  
pravno - teorijskog integralizma nije tek neki teorijski ukras, samo jedna poseb-  
na interpretacija ili produbljivanje pojedinih, više ili manje značajnih aspekata in-  
tegralne teorije prava. Naime, verzija pravnog integralizma na kojoj smo preda-  
no radili godinama, povezana je sa antropologizmom, a sve to kako bi se učvrstila  
sintetička (holistička) epistemološka platforma na kojoj inače počiva integralna  
teorija prava (u našim radovima ova teorijska platforma se temelji na principu je-  
dinstva čovekove biološke, socijalne i psihološke strane).

U tom pravcu neophodno je napomenuti da antropologizam o kome je reč  
nije kulturološki antropologizam, kada se pravo povezuje sa socijalnim osobina-  
ma roda *Homo* (čovek kao društveno, svesno i stvaralačko biće),<sup>37</sup> niti je onaj psi-  
hoanalitički, kada se uspostavlja relacija između prava i nagonke strukture čo-  
veka.<sup>38</sup> Osim toga, pristup koji negujemo nije “incidentni antropologizam”, što  
podrazumeva izvesne antropološke primese u pravnoj teoriji, ali koje su spora-  
dične i nerazrađene, kao na primer kod Kelzena koji, kada govori o pravnoj sank-  
ciji, kaže da u pravu sila (sankcija) služi za suzbijanje sile,<sup>39</sup> ili na primer u neo-  
pozitivizmu gde se, kao kod Mek Kormika, govori o normativnim fenomenima  
(institucionalnim činjenicama) koji imaju svojstvo “pravnosti” (izražavaju težnju  
ka poretku) iako nisu utemeljeni na sankciji.<sup>40</sup> Incidentni antropologizam je pri-

<sup>36</sup> *Ibid.*, 92-93.

<sup>37</sup> Jedan takav pokušaj u našoj literaturi, doduše krajnje površan i neoriginalan, kod Mi-  
odrag A. Jovanović *Antropološki koreni prava* (magistarski rad), Beograd 1996.

<sup>38</sup> Primer iz naše literature: Andrija Gams, *Nagon i norme*, Beograd 1995.

<sup>39</sup> H. Kelzen, 34.

<sup>40</sup> Neil MacCormick, 29, 30-42.

sutan najšire, a polazeći od primera Mek Kormika, kod autora koji govore o fenomenu “društvenog reda”, nezavisno od toga da li se te diskusije odvijaju u filozofiji, sociologiji ili pravnoj teoriji.

Najzad, pristup koji se ovde zastupa ne može se poistovetiti ni sa glavnim tokovima pravne antropologije kao etablirane pravne discipline koja zahvata antropološku oblast. Naime, i unutar ove discipline pravo se dovodi u odnos pre svega sa društvenom a ne sa biološkom osnovom čoveka.<sup>41</sup> To znači da ona pre svega istražuje oblike i karakteristike pravnosti (polazeći pre svega od običaja), u različitim kulturnim tradicijama, sa naglaskom na arhaičnim društvima.<sup>42</sup> Doduše, pitanje o biološkim osnovama prava je počelo da se postavlja i unutar moderne pravne antropologije, ali, čini se da je jedan takav razvoj upitan (još uvek se ostalo na ravni pitanja).<sup>43</sup>

U svakom slučaju, antropološka teorija prava o kojoj je ovde reč predstavlja pokušaj da se u određeni odnos dovedu teorija evolucije i teorija prava, a konačno, ona se ispoljava kao jedna biološka teorija prava. Polazeći od naslova i ciljeva ovog rada, preostaje nam najvažniji zadatak, a to je da izvedemo zaključke o imperativnoj prirodi prava polazeći od jedne takve koncepcije. Pre toga, potrebno je reći u čemu je suština ove, antropološke teorije prava.

Ključna kategorija koja omogućava povezivanje teorije evolucije i teorije prava jeste ona koja nam dolazi iz evolucione biologije, a označava se kao “otvoreni programi ponašanja kao evolucionim mehanizam”, gde se govori o tome pod kojim uslovima fenotipsko istraživanje okruženja (okoline) može da postane deo genetičkog programa životinja. Ovde se ne misli na kategoriju “učenja”, koja počev od Boldvina (1896. god.) nosi sa sobom spor oko mogućnosti nasleđivanja stečenih karakteristika. Otvoreni programi ponašanja podrazumevaju biološka ponašanja koja dolaze do izražaja kada ne postoje pouzdane i trajne relacije između spoljašnjih stimulusa i odgovora organizma (neke žive jedinice) i kada nema dovoljno biološkog vremena da organizmi i vrste evoluiraju putem selekcije i mutacija.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> U tom smislu teško je razlikovati pravnu antropologiju od pravne sociologije kao bazične posebne naučne discipline o pravu. Tesnu vezu između ove dve discipline Ž. Karbonije izražava rečima gde kaže da je pravna antropologija zapravo “sociologija dubokih slojeva juridizacije”: Žan Karbonije, *Pravna sociologija*, Novi Sad 1992, 42. O sociološkim korenima pravne antropologije i kod: Norbert Rouland *Legal Anthropology*, Stanford 1994, 2.

<sup>42</sup> N. Rouland, 104.

<sup>43</sup> Gordana Vukadinović, Radomir Stepanov, “Osvrt na pravnu antropologiju”, *Teorija, filozofija i sociologija prava u svetu* (ur. O. Blagojević), Beograd 1998, 38. Doduše, s obzirom da smo se ovom oblašću bavili do pre desetak godina, možda u pravnoj antropologiji ima pomaka u pravcu objašnjenja prava s pozivom na biološku osnovu čoveka. U tom pravcu, pre svega mislimo na ubrzan razvoj jedne granične discipline koja se zove biološka antropologija.

<sup>44</sup> Nikola Tucić, *Evolucija, čovek i društvo*, Beograd 1999, 97.

Drugim rečima, otvorenim programima ponašanja pribegavaju jedinke i vrste u slučaju egzistencijalne nužnosti kao posledice najtežih evolutivnih pritisaka.

Rod *Homo* je primer jedne takve vrste koja pribegava otvorenim programima ponašanja,<sup>45</sup> pri čemu se ovaj evolucionni mehanizam kod naših predaka manifestovao putem odgovarajućih biološka ponašanja, međutim, bioloških ponašanja koja su u sebi imala normativnu strukturu. U pitanju je bio čvrst solidarizam unutar ljudskog čopora koji je bio nužan za opstanak vrste s obzirom na biološke hendikepe roda *Homo* koji su ugrožavali opstanak ljudske vrste. Posebno naglašavamo da taj solidarizam, ta "pradrushvenost", nije bila utemeljena na gregarnom insinktu (na primer, kao kod mrava i pčela), nego na otvorenim programima ponašanja. Ovaj iznuđeni solidarizam se ogledao u snažnoj upućenosti i usmerenosti članova ljudske prazajednice jednih na druge, na kvalitativno drugačiji način nego kod ostalih primata. Taj solidarizam je u suštini imao objektivnu normativnu strukturu (bez svesti o značaju takvih ponašanja), čiji je inicijalni oblik bila prirodna podela rada (prema polu i uzrastu). Pirodna podela rada i dalje podrazumeva biološka ponašanja, ali biološka ponašanja koja karakteriše izvesna standardizacija postupaka čime je njihova normativna struktura dobijala na čvrstini. Ponovo napominjemo, i dalje se radi o biološkim ponašanjima, ali gde je ovo učvršćivanje njihove normativne strukture predstavljalo unošenje klice socijalizacije u ta biološka ponašanja. Najzad, osnovna hipoteza u tom pravcu, koju u velikoj meri potvrđuju temeljne pretpostavke neodarvinizma, glasi da je normativizacija bioloških ponašanja po izloženom modelu zapalila iskrnu moždane vatre i omogućila razvoj mozga i ljudske svesti kakvu danas imamo.<sup>46</sup>

Prema tome, objektivna korisnost solidarističkih bioloških ponašanja za opstanak naše vrste, a posmatrano u dugom periodu (oko 3. miliona godina) dovela je do razvoja svesti o toj korisnosti, a to znači i razvoja svesti o njihovom značaju, odnosno da razvoja ljudske svesti kao takve. To znači da je normativna svest bila prvobitni oblik ljudske svesti. To dalje znači da je taj korak od biološkog ka socijalnom napravljen posredstvom jednog normativnog mehanizma. U tom smislu, izložena teorija govori u isto vreme kako o poreklu čoveka, tako i o poreklu ljud-

<sup>45</sup> O značaju ponašanja kao evolutivnog mehanizma kod najznačajnijih predstavnika neodarvinizma: Ernst Mayr, *Population, Species and Evolutions*, Cambridge 1970, 401-402, 427. Žak Mono, *Slučajnost i nužnost*, Beograd 1983, 155-158. Jean Piaget, *Le comportement, moteur de l' evolution*, Paris 1976.

<sup>46</sup> O tome u kojoj je meri normativizacija bioloških ponašanja ugrađena u proces encefalizacije, ali i razvoja jezika, detaljnije kod: Žan Pijaže, *Poreklo saznanja*, Beograd 1983, 55. Žan Pijaže, *Psihologija inteligencije*, Beograd 1968, 124-186. Andre Burginjon, *Prirodna istorija čoveka*, Beograd 1996, 311.



ske normativnosti, tj. ona govori o biološkom poreklu normativnosti i normativnom poreklu čoveka.

Konačno, a za potrebe ovog rada, izložena teorija o poreklu prava podrazumeva sledeće zaključke: a) normativna svest je prvobitni i bazični oblik ljudske svesti, zapravo ono prvobitno i specifično ljudsko i socijalno; b) normativna svest je, generalno posmatrano, najvažniji oblik ljudske svesti jer omogućava dalji razvoj mozga, a potom i jezika; c) normativna svest je najviši izraz čovekove samosvesti i stvaralaštva (čovekova sposobnost da stvara norme i da se ponaša po normama je duhovni poduhvat prve i najviše vrste, mnogo veći nego svi drugi oblici ljudskog stvaralaštva; d) normativnost kao izraz normativne svesti generička je osobina čoveka (čovek kao *homo iuridicus*) i po gore izloženoj logici osobina čoveka koja je osnov ostalih rodnih osobina ljudske vrste (pre svega stvaralaštva i društvenosti).

Drugim rečima i kraće rečeno, normativizacija ljudskih ponašanja po izloženom modelu, tj. normativnost kao generička osobina čoveka bila je uslov opstanka čoveka kao vrste i uslov nastanka čoveka kao bića posebne vrste, a zatim, uslov nastanka ljudske zajednice kakvu poznajemo i uslov njenog uspešnog funkcionisanja (norme uopšte i pravo kao sredstvo društvene kohezije, tj. kao sredstvo regulisanja sukoba i usklađivanja interesa).

Ovu, antropološko – biološku teoriju o poreklu ljudske normativnosti i prava razvili smo pre izvesnog vremena u monografiji *Paradigmatski koreni sociologije prava: osnovi biološke teorije prava*.<sup>47</sup> Nekoliko godina kasnije proširili smo zaključke ove teorije na pitanja pojma prava, i još važnije na problematiku funkcija prava. Kada se radi o pojmu prava izvedena je jedna antropološka definicija prava utemeljena na najboljim tradicijama pravnog integralizma. Osim tog “antropološkog dodatka”, ovaj pristup je pokušaj da se “isprave” i neki nedostaci klasičnog pravnog integralizma: zanemarivanje psihičke dimenzije i dinamičkog aspekta prava.<sup>48</sup> Jedna ovakva, socio-antropološka i biološka definicija prava glasi: *pravo je proces samorealizacije i samopotvrđivanja čoveka kao bića posebne vrste, kada se, putem stvaranja i primene prava, uz pretnju državnom prinudom, uređuju određeni društveni odnosi i ostvaruju izvesne društvene vrednosti*.<sup>49</sup> Ova definicija, osim što pretenduje na suštinsku potpunost, empirijsku zasnovanost i teorijsku superiornost, pogotovo u odnosu na demagoški pristup ovom problemu unutar postpozitivizma, može da posluži i kao jedan pozitivan i koristan civilizacijski standard

---

<sup>47</sup> Saša Bovan, *Paradigmatski koreni sociologije prava: osnovi biološke teorije prava*, Beograd 2004, 71-91.

<sup>48</sup> Saša B. Bovan, *Osnovi sociologije i sociologije prava*, Beograd 2008, 176.

<sup>49</sup> *Ibid.*, 177.

u eri sveopšte erozije pravne i normativne svesti uopšte, sa porukom: poštovanje normi je mera naše čovečnosti, tj. onoliko smo ljudi koliko smo sposobni da stvaramo norme i koliko smo spremni da se istih pridržavamo.

Najzad, potrebno je nešto reći i o funkcijama prava prema izloženoj teoriji, čime se približavamo konačnim zaključcima u odnosu na problem imperativnosti prava. Prema ovoj koncepciji, pored standardne podele na funkcije prava koje proističu iz prirode društva (klasna i opše društvena funkcija prava), i onih koje proističu iz prirode prava kao tehnike regulisanja društvenih odnosa (zaštitna, kontrolna, promotivna i distributivna funkcija prava),<sup>50</sup> nužno je pravo posmatrati i kroz optiku njegovih antropoloških funkcija. U pomenutim radovima antropološke funkcije su artikulisane kao formativna i socijalizatorska funkcija. Prema onome što je rečeno, formativna funkcija je konstitutivna za nastanak i razvoj čoveka i društva po izloženom modelu tako da nema potrebe ponavljati ta izlaganja.

Ostaje nam da obrazložimo socijalizatorsku funkciju prava kada će se videti da imperativnost prava korespondira u najvećoj meri sa izloženom, antropološkom teorijom prava, odnosno da je imperativnost nezaobilazni sastojak strukture pravnog fenomena.

Socijalizatorska funkcija prava, prema izloženom, takođe proističe iz ljudske prirode, tj. iz bioloških osobina ljudskog roda. Naime, posmatran u svom prirodnom okruženju, u dalekoj prošlosti roda *Homo*, čovek je predstavljao vrstu sa silnim anatomsko-fiziološkim hendikepima, i sa relativno slabom nagonском strukturom.<sup>51</sup> Sažeto rečeno, čovek je biološki izrazito ograničeno biće. Normativizacijom bioloških ponašanja na izloženi način čovek se pretvara u svesno i stvaralačko biće. Njegova biološka evolucija od tada gotovo staje i pretvara se u kulturološku evoluciju. Čovek je iskoračio iz nagonskog sveta i kultura postaje njegova prirodna sredina koja mu omogućava opstanak. U takvom egzistencijalnom okviru razvoj ljudske svesti koji pokazuje neslućene razmere i domete, pretvara čoveka od biološki ograničenog u kulturološki neograničeno biće. Neograničenost čoveka shvaćena kao nesputanost, kulturološki apsolutna i biološka relativna, is-

<sup>50</sup> *Ibid.*, 180-181.

<sup>51</sup> U svojoj filozofskoj sintezi antropoloških, bioloških i socijalnih aspekata ljudske egzistencije, A. Gelen, savim opravdano za čoveka kaže da je "ne-ustanovljeno" biće: Arnold Gehlen, *Čovjek, njegova priroda i njegov položaj u svijetu*, Sarajevo 1974, 31, 369. O čoveku kao biću određenom nedostacima i posledicama takve biološke konstitucije u procesu evolucije čoveka takođe kod: Sergej Moscovici, *La societe contra nature*, Paris 1972. Adolf Portman, *Biologie und Geist*, Zurich 1956. Louis Bolk, *Das Problem der Menschwerdung*, Jena 1926. Maks Šeler, *Položaj čoveka u kosmosu*, Sarajevo 1960.

poljava se u tendenciji maksimalističkog zadovoljavanja potreba.<sup>52</sup> Ova tendencija (osobina) postoji i na nivou pojedinca i na nivou vrste. Njene osnovne posledice su: (1) na ravni čitave ljudske zajednice, nepremostivi konflikt u društvu koji nastaje stoga što se maksimalizam pojedinaca i grupa suočava sa istim takvim maksimalizmom drugih, a sve u uslovima ograničenih prirodnih i socijalnih resursa (pod socijalnim resursima podrazumevamo društvenu moć); (2) na ravni pojedinca, neumerenost, neobuzdanost, izopačenost, proizvoljnost, neprincipijelnost, duboka iracionalnost, i najzad, destruktivnost i autodestruktivnost.<sup>53</sup>

Ovde ne zaboravljamo činjenicu da se čovekova neograničenost može ispoljavati i u pozitivnom smislu, naročito putem raznih oblika duhovnog stvaralaštva i izvesnog altruizma. Međutim, zadžavamo se na negativnim aspektima čovekove neograničenosti stoga što ona presudno determiniše, odnosno ugrožava normalno funkcionisanje društva, pa i opstanak čoveka kao vrste.

U svakom slučaju, neograničenost i nesputanost roda *Homo*, s obzirom na nedostatak bioloških mehanizama kojima se određuje granica njegovog delanja, zahteva ljudsku intervenciju, pre svega putem prava, sa osnovnim zadatkom da se ograniči čovekova kulturološka neograničenost. Kako vidimo, ova, socijalizatorska funkcija prava (i ostalih normativnih sistema – običaji, moral) utemeljena je na jednoj egzistencijalnoj činjenici i proističe konačno iz biološke osnove čoveka te nesporno ima antropološku prirodu.<sup>54</sup>

Jedna ovako formulisana i obrazložena funkcija prava baca posebno svetlo i na njegovu strukturu (suštinu). Naime, poraznost ljudske prirode, čovekova fatalna nesavršenost i nedostatnost koja ide do granice samouništenja, čini da pravo ne možemo zamisliti – na ravni njegovih funkcija, a potom i na ravni pojma prava - bez pozivanja na imperativnost koja izražava dijalektičko jedinstvo svih ostalih sastojaka prava i koja izražava, mnogo važnije, jednu sumornu egzistencijalnu činjenicu vezanu za prirodu čoveka: strah, kada to već ne mogu stid i savest, opstaje, sva je prilika i nažalost, kao konačna mera naše ljudskosti u eri sve-

---

<sup>52</sup> A. Gelen ovaj fenomen označava terminom “zakon hroničnosti”: A. Gehlen, 366.

<sup>53</sup> Arnold Gehlen, *Antropološka istraživanja*, Rowohlt 1972, 24, 38. S. Bovan, 179.

<sup>54</sup> A. Gelen naročito insistira na značaju institucija u ograničavanju čovekove neograničenosti: A. Gehlen, 38-39. Inače, zaključci o prirodi čoveka koje ovde izlažemo zasniavaju se u najvećoj meri na stavovima A. Gelena. Ovaj autor zastupa jednu antirusoovsku filozofiju čoveka i društva kada kaže da nije kultura već ljudska priroda uzrok čovekovog civilizacijskog defekta, njegove izopačenosti i “kvarljivosti”. Njegov autoritet za ovu oblast izvire iz činjenice, po nama bitne, da se radi o ličnosti enciklopedijskog znanja i vaspitanja, koji je suštinski specijalizovan i edukovan za različite oblasti (evolucionarna genetika, biološka antropologija, lingvistika, filozofija, sociologija), i koji ima snažan sintetički i holistički pristup. Da ne govorimo o tome da je Gelen i inače veliki autoritet u oblasti filozofske antropologije.

kolike oneljđenosti čoveka. Ali bolje je priznati i stati iza ove istine (nužnosti da se pravo posmatra kao imperativni poredak) nego zavaravati se nekim nemuštim i nesuvislim idejama o pravu koje nudi postpozitivizam. Sagledavati suštinu prava preko Harta koji svoju teoriju nije testirao niti na jednom primeru iz prakse (svi njegovi primeri su hipotetički), ili preko Mek Kormika koji problem pojma prava pokušava da reši polazeći od čekanja u redu za gradski autobus. Bizarno, zar ne?

SAŠA B. BOVAN, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

#### IMPEARTIVENESS OF LAW IN THE LIGHT OF AN ANTHROPOLOGICAL VISION OF THE LEGAL PHENOMENON

##### Summary

The essential idea of this work involves problematization of the imperativeness as a structural element of the legal phenomenon (concept of law) starting from an anthropological standpoint. In this regard, it is pointed out that taking an anthropological perspective does not contribute to the relativisation of the imperative (normative) dimensions of the legal phenomena, but quite the opposite, in a different way indicates its importance for a proper understanding of the essence and function of law.

The paper pays special attention to the so-called anthropological function of law (formative and socializing function rights) whose elaboration allows for reaching key arguments in favor of the thesis that we can not consider the essence of the legal phenomenon without reference to its imperative dimension. Finally, here we expose a critical stance on the post positivist conception of imperativeness where this dimension of the legal phenomenon is largely relativized and banalized, as of H. Hart.

VLADO KAMBOVSKI

## DEMOKRATIZACIJA DRUŠTVA, SLOBODA POLITIČKOG UDRUŽIVANJA I VLADAVINA PRAVA

### U V O D

Društvena zajednica je zasnovana na pravu kao kvintesencije normativnog sistema koji uređuje odnose među njenim članovima i položaj pojedinca u odnosu na državu i političke, ekonomske i druge institucije društva. Teza da je imperativ prava i pravnosti osnovni imperativ savremenog društva ima apodiktički značaj i podupire se na jednostavnom argumentu da bilo koja država, nezavisno od njenog karaktera- demokratska ili totalitarna, republika ili monarhija itd., ne može da zameni pravno uređenje društvenih odnosa sa drugim regulativnim instrumentima ili sa običnim nasiljem. Pravo, koje ima konzervativnu prirodu i kome nije svojstvena projekтивna uloga u odnosu na razvoj društva, ima funkciju garantovanja slobode stvaranja i zaštite prirodnih sloboda i prava pojedinca kao izvornih i neprikosnovenih elemenata ljudskog dostojanstva. Na polju slobode stvaralaštva- kulturnog, ekonomskog, političkog, pravnog, itd., rađaju se stalno novi zahtevi uređivanja društvenih odnosa i razvojnih perspektiva, koji se racionalnim postupkom oblikovanja i ostvarivanja bazičnog društvenog ugovora formulišu kao društveni imperativi. Njihov sadržaj, širina i implikacije nisu i ne mogu da budu ograničeni nikakvim zabranama, osim postulatima i zabranama koji proizlaze iz poštovanja ljudskog dostojanstva i apsolutnih ljudskih sloboda i prava.

---

Akademik, prof. dr Vlado Kambovski, predsednik Akademije nauka i umetnosti Republike Makedonije.

Demokratizacija društva je nesumnjivo jedan od prvorazrednih imperativa u razvojnom i istorijskom smislu- cela istorija razvoja društva je u stvari uzlazni put osvajanja od strane pojedinca sve širih prostora za slobodu i prava da, upravljanjem države, upravlja procesima oslobađanja. Naša društva se nalaze u fazi tranzicije, u kojoj je njihova demokratizacija osnovni uslov za postizanje ciljeva preobražaja u moderna društva, zasnovanih na načelima demokratske pravne države, ljudskih sloboda i prava i vladavine prava.

Izražavajući konsenzualno opredeljenje građana, sve države iz našeg regiona su izabrale put integracije u EU. Lisabonski (Reformski) ugovor o EU od 2007. godine određuje kriterijume koje mora da ispuni svaka država da bi postala članica Unije. Na samitima EU u Kopenhagenu od 1993. godine i u Madridu 1995. godine definisani su sledeći kriterijumi: stabilnost institucija koje garantuju demokratiju, vladavinu prava, poštovanje ljudskih prava i zaštitu manjina; funkcionalna tržišna ekonomija i prilagođavanje pritiscima konkurencije i tržišta u okviru EU; i sposobnost za preuzimanja obaveza iz članstva, uključivši kapacitet efektivnog primenjivanja pravila, standarda i politika koje čine pravo EU, kao i prihvatanje političke, ekonomske i monetarne unije.

Za započinjanje pregovora o članstvu je neohodno ispunjavanje prvog uslova, koji u stvari daje legitimitet samom procesu pregovaranja. Ne slučajno sadržaj tog kriterijuma je definisan kao komplementarni odnos institucija, demokratije, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava. To znači da nema demokratizacije društva bez vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, i da je upravo tako shvaćena demokratizacija potpuna i odgovara imperativnom (od strane građana) zahtevu evrointegracije društva.

Tema ovog diskursa je upravo položaj i uloga političkih stranaka, kao glavnih protagonista demokratskih promena sa aspekta pravnosti, vladavine prava i poštovanje ljudskih prava.

### *Politika i pravo: da li je moguća umna zajednica?*

1. Pravo je orijentisano na pravdu i na istinu, kao i na osnovne vrednosti- sloboda, ljudska prava, pravna sigurnost itd. "Moram da istaknem, što se tiče mojih principa- principa od kojih neću odustati do mog zadnjeg daha- da moja ideja o slobodama nije nepovezana sa čašću i pravdom". To su reči iz govora *Edmonda Burkea* (1729–1798), člana engleskog Parlamenta, političkog teoretičara i filozofa, održanog 1780 godine. "Vreme je da odredimo ciljeve revolucije koje hoćemo da postignemo...Koji su ti ciljevi? Mirno uživanje slobode i jednakosti; vladanje one večite pravde, čiji su zakoni zapisani ne na mermeru ili kamenu, već u srcima svih ljudi, čak i roba koji ih je zaboravio i tiranina koji ih je odbacio. Demokratija je država u kojoj suvereni građani, vođeni zakonima koje su sami usvojili, čine za sebe sve što je dobro, a preko njihovih predstavnika sve što oni ne mogu da na-

prave sebi". Tako govori Maximilien Robespierre u svom *Izveštaju o načelima javnog morala, podnet francuskom Parlamentu 1794. godine*. To je bilo vreme prve umne zajednice između politike, filozofije i prava. Vreme američke Deklaracije za nezavisnost od 1776. godine i francuske Deklaracije o pravima čoveka i građanina od 1789. godine, kao i revolucionalnih promena u zapadnom društvu sa kojim homo faber, "politička životinja" (Aristotelov "zoon politikon") stupa na javnoj sceni kao stvaralac sopstvene istorije, a politika kao res publica postaje glavno područje ostvarivanja njegove novostečene slobode. U tom duhu, Deklaracija o pravima čoveka i građanina (čl. 2) određuje cilj svakog političkog udruživanja kao "zaštita prirodnih i neprikosnovanih prava čoveka- sloboda, svojina, sigurnost i otpor ugnjetavanju". Politički cilj ulazi u kategorijski sistem ljudske slobode i prirodnih prava!

Promenama, sa kojim su položeni temelji savremenog društva, je otvoreno pitanje mogućeg približavanja između politike i prava: da li razum, koji diktira načela i pravila prirodnog prava, može da bude delotvoran i u sferi političkog delovanja, odnosno da li filozofsko-pravno učenje može da postane osnova pravne stvarnosti. Kant, na kategoričkom imperativu moralne autonomije pojedinca, koji je osnov njegove slobode, definiše načela stvaranja javnog poredka kao prirodna načela koja proizlaze iz razuma (v. Kant, (2000), 113). Polazni princip je uspostavljanje mira kao temelja političke sfere putem donošenja republikanskog ustava koji sublimira ideju izvornog društvenog ugovora i zasniva se na postulatima priznavanja ljudskih sloboda i prava od strane zakonodavnog tela. Njegova politička filozofija ("Teorija prava", 1797, prvi deo "Metafizike morala") utemeljuje i učenje o pravnoj državi (Rechtsstaat), prema kome vlast mora da bude ograničena da bi građani bili zaštićeni od njene arbitrarnosti.

Liberatorno učenje Kanta i sledbenika idealističke i racionalističke filozofsko-pravne misli izvršice početkom XIX veka snažan uticaj na definisanje racionalnih načela i novih pravila igre na širokom prostoru politike. Osnovopoložnici liberalne političke filozofije (Constant, Tocqueville, Mill) razvijaju osnove Moderne na modelu sloboda u otvorenom kapitalističkom društvu, povlačeći granicu između "slobode Antike", koja podrazumeva neposrednu demokratiju i moralnu dužnost da se učestvuje u odlučivanju polisa, i "slobode Moderne", koja se u novim društvenim uslovima mobilnosti fokusira na predstavničku demokratiju zasnovane na građanske slobode, vladavinu prava i ograničavanja prekomerne državne intervencije u privatnoj sferi (v. Constant, (2003), 8). Alexis de Tocqueville (u delu "Demokratija u Americi", 1840, koja se smatra najboljom knjigom o demokratiji i o Americi), definiše demokratiju kao novi politički okvir modernosti i režim koji se legitimise ne oficijalnim aktivnostima izbora ili predstavljanja, već kao novi socijalni aranžman zasnovan na "jednakosti uslova" koji utiču na svaki aspekt ljudskog života i od kojeg proizilaze sve demokratske vrednosti. Stranke, u koje se udružuju pojedinci, su inherentno zlo u slobodnoj vladavini, ali one ne-

maju uvek takav karakter; dolaze vremena kada se narodi osećaju izmučenim od velikih zala, što ih vodi ka ideji radikalnih promena političkih ustava, a to je vreme velikih revolucija i velikih stranaka (de Tocqueville, (2010), 280).

Ovi filozofsko-pravni i filozofsko-politički pogledi sa početka XIX veka, na kojima je stvoren novi svet prava i politike, imaju pred sobom sliku vlasnika svojih prava kao slike građanina koji ulazi u političku zajednicu, određujući karakter vlasti, prava i politike ugovorom sa drugim njenim članovima. Posle prvobitnog revolucionarnog zanosa, gruba društvena realnost tu predstavu preoblikuje u sliku vlasnika materijalnih dobara ili gole radne snage, a politički sistem u sistem koji je izveden ne iz racionalnih načela, već iz odnosa političkih snaga grupisanih oko ekonomskih i drugih interesa u borbi za moć koja se ostvaruje instrumentima države i prava. Ponovo se pravo i pravda udaljavaju od politike u gruboj društvenoj realnosti, u kojoj zavlada *Hobessovo* načelo bespoštedne "bellum omnium contra omnes".

2. Produbljavaње razlika između prava i politike i njihovih ciljeva i nemogućnost uspostavljanja umne zajednice između njih proizlazi i iz ontoloških razlika ovih grana ljudske delatnosti. Pravo koje proizlazi iz ideje prirodnog prava i apsolutnih vrednosti (sloboda, pravda ili ljudska prava), je u osnovi duboko demokratsko, ali istovremeno i nedemokratsko, jer ne može da prihvati osporavanje bazičnih apsolutnih ideja ili sudova koje smatra apodiktičkim (da pozitivno pravo mora da bude ispravno, t.j.pravedno, da je njegova vrednost istina, itd.), nezavisno od toga što te apsolutne ideje, vrednosti i načela, kao zakoni razuma, nemaju empirijsku osnovu. Nasuprot takve "matematičke" dimenzije prava, stoji politika koja polazi od ideje o "neograničenim mogućnostima" i pluraliteta i relativnosti mišljenja, kao emanacija ideje individualne slobode. Ako je za pravo pravda apsolutna istina koja ima svojstva jednakosti i univerzalnosti, za politiku apsolutna pravda kao cilj znači likvidacija slobode, jer pravedan zakon implicira prinudu i nužnost prihvatanja jednakosti nejednakih (sumum ius summa iniuria).

Osnovna protivrečnost proizlazi, dakle, iz različitog pristupa pojmu slobode sa političkog aspekta i pojma istine sa pravnog. Ako postoji politička istina, onda ona mora da bude obavezujuća za svako racionalno mišljenje, što znači da je sloboda apsolutno ograničena, a ako nema nikakve ograničenosti, nema nikakve političke istine. Politika ne trpi nikakve zakone, pravila, ograničavanja, zato što kao neograničena sloboda delovanja u javnoj sferi sama sebi određuje i svoj cilj i puteve njegovog ostvarivanja.

3. Ova koncepcija, koja je danas postala ideja-vodilja za političare u državama u tranziciji, obrazložena prelaznim stanjem društva koje podrazumeva apsolutnu političku slobodu radi najcelishodnijeg definisanja polaznih osnova i principa novog društva, je danas predmet velikih mistifikacija, odbacivanja svake pravnosti i utilitarističke justifikacije delovanja političkih stranaka i njihovih lidera. Misli slobodno, postupaj saglasno samo svojim opredeljenjima u "polju neo-



graničenih mogućnosti”, bez nikakvog obzira na pravo i pravdu- to je parola koja se zloupotrebljava da bi se opravdala sva zastranjivanja od temeljnih pravnih načela i vrednosti, kao što je načelo ustavnosti i zakonitosti. Nasuprot ideje pravde kao vodećeg načela prava, kome je podređena i demokratizacija društva, politika ističe načelo svrshodnosti, utemeljenog na političkoj slobodi. Današnje stanje u svim državama u tranziciji je zato veoma paradoksalno: osvajajući političke slobode da izgubimo pravo i pravdu i druge pravne vrednosti ili (prema prof. *Bavconu*), “tražeći demokratiju da dobijemo samo pravnu državu”!

Apsolutizirajući slobodu političkog delovanja kao vrhunskog načela, politika krajnjeg utilitarizma, koja je postala dominantna politička filozofija u našem regionu, latentno ili otvoreno negira značaj prava i pravnih vrednosti, u istom smislu u kome škola pravnog realizma smatra da je pravo samo produžena ruka politike. Njena polazna osnova se u osnovi ne razlikuje od marksističke pravne filozofije i učenja o pravo kao “u zakon pretvorene volje vladajuće klase” ili o “revolucionarnom pravu” (v. *Kambovski*, (2010), 127). Ono zapostavlja nespornu činjenicu da su već stvorena univerzalna civilizacijska pravila i standardi koji čine veoma opipljivim kriterijum približavanja pravne stvarnosti (pozitivnog prava i njegove primene) apsolutnim idejama, vrednostima i načelima prava. Nije takav slučaj sa politikom, koja u ime slobode političkog delovanja kao vrhunskog načela odbacuje bilo kakve unutrašnje zakone ili vrednosti. Iz tih razloga, uspostavljanje koherentnog diskursa između prava i politike putem kojeg bi bila ustanovljena zajednička osnova (*logos* ili *nomos*) jedne umne zajednice, predstavlja jedno od ključnih pitanja prelaska tranzicijskih društava u višoj post-tranzicijskoj fazi.

#### *Tranzicija, političke stranke i pravo*

4. Moderno društvo je suočeno sa svim negativnim konsekvencijama otvorenog sukoba između razuma i moći, u kome je *Sokratova* maksima “znanje je vrlina” transformisana u “znanje je moć”. Taj sukob, potaknut odbacivanjem modernog logocentrizma i ubeđenjem da živimo u svetu neograničenih mogućnosti, u kome je moć odnela pobjedu nad umom, odražava se u još drastičnijim oblicima na šanse demokratskog razvoja država u tranziciji. Posle prvih, ranih dana tranzicije, u koja su princip političkog pluralizma i uvođenje višestranačkog parlamentarnog sistema bili ispravljani pred važnim istorijskim zadatkom da bace na “bunjište istorije” sistem realnog socijalizma, nastupila je regresija kojom je u stvari ponovljeno istorijsko iskustvo posle Francuske buržoaske revolucije. Nesporno je da je istorijski iskorak učinjen upravo zahvaljujući svesnom političkom angažmanu građana, civilnog društva i, naročito političkih stranaka. Ali umesto upornog probijanja demokratskih vrednosti, jačanja položaja ljudskih sloboda i prava, konstituisanja demokratske pravne države i stvaranju ispravnog prava, političke stranke kao glavni protagonisti pluralizma su prigrlile filozofiju ekstremnog utilitarizma

i korišćenja pojedinca kao sredstvo za ostvarivanje "viših" državnih, nacionalnih, političkih i drugih ciljeva. Duh promašenosti, apatije, pad svih vrednosti i populistički svet fikcija (formalna demokratija, fiktivna pravnost itd.), sistemska kriminalizacija, organizovani kriminal i korupcija, čiji su neposredni izvor ničim kontrolisane političke stranke, kruži nad tranzicijskom društvom i drobi njegovu unutrašnju harmoniju i vrednosno tkivo, suočavajući političkog čoveka sa pesimističkim saznanjem da ne može da vlada ni sa svojim sopstvenim životom.

Glavni razlog za devijantnu transformaciju uloge političkih stranaka, koje treba da budu glavni promotori demokratskih vrednosti i principa, je posmatranje njihovog postojanja i funkcija kao nešto što je zadato samo po sebi i čiji se *raison d'être* sastoji u samom postojanju. Zaboravlja se, pre svega, da su političke stranke tek novije otkriće sa početka XIX veka i da je njihova pojava vezana za afirmaciju ljudskih sloboda i prava, građanskog suvereniteta i slobodu izbora i predstavničke demokratije (Hejvud, (2009), 287). Ima i mišljenja da su se savremene političke stranke pojavile tek krajem XIX veka, jer je pre toga teorija predstavničke demokratije počivala na postulatu apsolutne slobode poslanika u parlamentu, koji ne sme da bude pod pritiskom kod donošenja odluka (v. Antoneti, (2011), 2016).

Društva iz našeg regiona su ušla u proces tranzicije nedovoljno pripremljena za politički pluralizam i višestranački sistem, glorifikujući političke stranke i zanemarujući prave izvore političkog pluralizma- postulate ljudskih sloboda i prava i demokratije kao sredstva za etabliranje demokratskog individualizma. Nesporno je da stabilnost političkog sistema i demokracičnost političkih procesa i odlučivanja u prvom redu zavisi od visoke demokratske svesti građana (koja se svim silama sputava!), ali i od unutrašnje demokratske organizacije samih stranaka i njihovo funkcionisanje saglasno demokratskim načelima (poštovanje slobode izražavanja njihovih članova, unutrastranački dijalog, tajni unutrastranački izbori itd.). Nije takav slučaj sa strankama u našem regionu, za koje su karakteristične stroga pravila stranačke hijerarhije, neprikosnoveni položaj lidera, sprečavanje frakcionerstva, netransparentnost odlučivanja i finansiranja itd. (v. posebno za partije u BiH, *Arnautović i dr.*, (2015), 110). Posle četvrtine veka tranzicije rezultati nisu previše ohrabrujući: na delu je netolerantni nivo partizacije država, vladavina organizovanog kriminala i mafija koje su povezane sa strukturama vlasti ili su u samoj vlasti, ekstremni popululizam i jačanje nacionalističke ideologije, kontinuirane političke krize izazvane bespoštednom borbom za vlast i, naročito-sveprisutna erozija načela ustavnosti i zakonitosti, zamenjenog praksom beskrupulozne političke arbitrnosti i političkog nasilja (gušenje slobode informisanja, primena "spoil-sistema" u regrutovanju svih javnih službi, itd.). "Zarobljena država" i ekstremna instrumentalizacija prava su dve osnovne karakteristike našeg tranzicionog društvenog stanja.

5. Pored takvih pozitivnih i negativnih iskustava sa funkcionisanjem političkih stranaka, treba da se istakne da su ona formirana pod uticajem saznanja da kao i druge političke institucije, i političke stranke danas prolaze kroz duboku krizu. Zajednički koreni te krize su faktori koji utiču na produbljanje jaza između univerzalnog koncepta o osnovnim ljudskim pravima, uključivši pravo na demokratsku pravnu državu, sa jedne strane, i sa druge strane opstojanja ekonomskih, političkih i drugih konstanti savremenog kapitalizma i njegovih sveprisutnih odlika korporativizma (od ekonomije do politike). Korporativizam je sistem ekonomskih i političkih odnosa i institucija koji odbacuje autonomni status pojedinca i njegovih interesa, a demokratsko odlučivanje u društvu zamenjuje dogovaranjem političkih i biznis elita. Nova ekonomija nudi surogat za demokratska načela razvijajući potrošački i podanički suverenitet građana, na taj način stvarajući hibridni spoj *homo politicus* i *homo oeconomicus* koji uvek "glasa za svoj novčanik". Rastakanje odnosa između kapitalizma i demokratije, koja je kao ideja bila njegova osnova, dovodi do sužavanje prostora za demokratiju i bacanje na sporedni kolosek pitanja o demokratskom karakteru vlasti, pravde i vladavine prava.

Pojam krize je danas u svestranoj upotrebi: kriza demokratije, države, institucija, stranaka, prava itd., i obuhvata i krizu koja implicira zahteve za presipitivanje osnovnog organizacionog principa društva. To je "kriza sa potencijalitetom transformacije društva", koja zadire u suštinu njegovog političkog uređenja (Held, (2008), 248). Kriza višestranačkog sistema i političkih stranaka je u središtu pojma "postdemokratije", koji je uveden u naučnom diskursu u novije vreme (engleski sociolog Crouch u njegovoj knjizi "Postdemokratija", 2003, prihvaćenog od Wollina, Rancièrea, Rortya i dr.), kojim se označava sistem demokratije u vremenu postmodernizma. Njegova osnovna karakteristika je potiskivanje građana od strane političke oligarhije koja koristi demokratsku naraciju, i njihovo usmeravanje na druge sfere života u konsumerističkom društvu (v. Kursar/Vukojević, (2012), 25). U našim uslovima ovom pojmu odgovara fenomen part(it)okratije, kao potpuno zarobljavanje državnih i javnih institucija, pa čak i autonomne sfere društva (obrazovanje, kultura itd.) od strane političkih stranaka na vlasti.

Naučna analiza tendencije udaljavanja političkih stranaka od ideala demokratije, koji se prema čuvenoj definiciji američkog predsednika *Linkolna* svodi na "vlast naroda, iz naroda i za narod", implicirajući osnovne zahteve koji se odnose na ciljeve politike- sloboda, pravda i solidarnost, utiče na sve šire mišljenje da su političke stranke prelazni fenomen koji gubi svoj uticaj na demokratske promene društva, ustupajući mesto drugim oblicima političkog delovanja i institucijama koje preuzimaju njihove funkcije (alternativni građanski pokreti, građanske inicijative, interesne grupe itd., v. Ganter i dr., (2009), 59). Glavna primedba je da prerastajući u oligarhiski strukturisane mehanizme moći, koje teže kriminalnom bogaćenju radi stvaranja snažne ekonomske osnove za svoju političku domi-

naciju i deluju kao ekstremno birokratizovana tela (saglasno *Michelsonovom* zakonu “gvozdena oligarhije”), političke stranke ne samo da ne podstiču, već guše svojim propagandnim aktivnostima i manipulacijom medijuma slobodu misli, savesti i opredeljenja i svojih članova i svih građana. Njihov pad je rezultat, s jedne strane, usložnjavanja upravljanja u javnoj sferi i problema ostvarivanja obećanja o pravnoj i socijalnoj državi, a sa druge strane slabljenja njihove funkcije posredovanja između zahteva i interesa građana i odlučivanja u državnim institucijama.

6. Ipak, opšte nepoverenje prema političkim strankama nije dostiglo najniži nivo, na kojem bi bilo sasvim potisnuto ubeđenje da je savremena predstavnička demokratija nezamisliva bez političkih stranaka, i da one ne treba da budu glavni izvor za regrutovanje političkih elita (*Hofmeister/Grabow*, (2011), 7). Nesporno je da političke stranke zauzimaju i dalje centralno mesto u savremenim predstavničkim demokratijama i utiču na karakter političkog sistema. Višestranački sistem sačinjavaju ne samo stranke, već i ustavna, pravna i druga pravila koja uređuju njihovu organizaciju, delovanje i međustranačke odnose u borbi za politički uticaj i osvajanje vlasti na slobodnim izborima, ili (*Sartori*, (2005), 39), “sistemsku interakciju koja nastaje u međustranačkom takmičenju”.

Kritička misao o fenomenu političkih stranaka i njihovog delovanja u procesu tranzicije dolazi do gotovo konsenzualnog mišljenja da osvajanje političkih sloboda, gubeći pravdu i druge humane vrednosti prava, svodi demokratiju na postupak koji vodi ka fragmentarizaciji društva i njegovom rascepu, raslojavanju i socijalnim konfliktima koji obično rezultiraju ili tiranijom političkih moćnika ili društvenom anomijom. Ona dopire do glavnog problema društava u tranziciji što kao ugrađeni nedostatak opterećuje i današnje stanje produženih političkih kriza, a to je nepripremljenost da se proces tranzicije ostvaruje kroz duboke i istinske promene osnovnih postulata i principa političkog, ekonomskog i pravnog sistema, kao i kroz stalno jačanje kulture demokratije, poštovanja osnovnih ljudskih sloboda i prava i stvaranje autonomnih demokratskih institucija. Kao posledica toga, političke stranke se formiraju prema boljševičkom modelu, tako da ne mogu da odgovore zahtevima za stvaranje demokratskih, nezavisnih i stabilnih institucija državne uprave, sudstva i drugih institucija u javnoj sferi. Iz tog saznanja proizašla neophodnost demistifikacije uloge političkih stranaka, predstavničke demokratije i majoritarnog načela, je osnov za potragu za novom političkom i pravnom paradigmatom spoja ideje slobode i demokratije kao sredstva za njeno proširivanje, u jedinstvenom i usaglašenom pravnom i političkom konceptu.

#### *Prirodno-pravni osnov političkog pluralizma*

7. Unapređivanje i zaštita univerzalnih, urođenih i prirodnih ljudskih sloboda i prava, promovisanih kao temelj savremene države Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima UN od 1948. godine i drugim međunarodnim kon-

vencijama o ljudskim pravima, je bazična ideološka platforma današnjeg društva koja implicira posmatranje ljudskog dostojanstva kao glavnog izvora savremenog pluralizma i ideje demokratije. Te dve vodeće društvene paradigme- pluralizam i demokratija, u suštini izražavaju skup različitih potraga po odgovoru na pitanje- kako da se proširi prostor individualnih sloboda i prava u slobodnom i solidarnom društvu. Nasuprot svođenja ideje demokratije na vlast većine i njeno predstavništvo, njena suština podrazumeva demokratski individualizam. Taj bazični postulat je eksplicitno sadržan u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima UN (čl. 28): "svaki čovek ima pravo na društveni i međunarodni poredak, u kome prava i slobode navedene ovom Deklaracijom mogu da budu ostvarene". Ovom odredbim je statuirano pravo pojedinca na demokratiju i na demokratsku pravnu državu. Kao najviši cilj svakog savremenog društva to pravo je obavezujući osnov za svaku racionalnu društvenu delatnost, uključivši delatnost političkih stranaka. Njegovo potiskivanje vodi ka kolektivizmu i stvaranju oktroisanog političkog sistema, u kome se pojedinac koristi kao sredstvo za ostvarivanje njemu tuđih ili suprotstavljenih ciljeva. Ovi elementi prava na demokratiju transformišu taj pojam, određen kao "grupa ljudi koja se bori za osvajanje vlasti", u normativni pojam koji je povezan sa jasno određenom osnovom vrednosnog ocenjivanja. U razvijenim demokratijama ta normativna polazna tačka je formirana kroz dvo-vekovno probijanje ideje slobode u teškim političkim sukobima sa različitim oblicima njenog sputavanja i zabrana, a njegovo čvrsto uporište i stalni podsticaj su apsolutne vrednosti i ideje pravde, istine i moraliteta. Otuda, svi ustavotvorni akti nove ere- od Američke deklaracije za nezavisnost i Francuske deklaracije o pravima čoveka i građanina, do savremenih ustava liberalnih demokratija, su utemeljeni na ideji koherencije između prirodnih sloboda i prava pojedinca i demokratski postavljenih društvenih ciljeva u okviru države, kao i na saglasnosti da načela stvaranja javnog poredka predstavljaju prirodna načela razuma.

Posle najtežih pretnji za opstanak čovečanstva u XX veku- svetski ratovi, regionalni konflikti, nuklearno oružje, vojne diktature, ugožavanje životne sredine- dolazi vreme za otrežnjenje i postavljanje pitanja - da li politički pluralizam može da bude fundiran na antropocentričnim osnovama, suprotno njegovom utilitarističkom shvatanju inspirisanog voljom za vlast i uskim stranačkim interesima, umesto velikom idejom slobode i prirodnih prava.

8. Koncept univerzalnih i prirodnih sloboda i prava, proglašen međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima, predstavlja osnov savremene politike i prava, koji je nametnut potrebom za održivi razvoj društva (v. *Potuček i dr.*(2005), 57). Društvo može da se održi i razvija samo pod uslovom da volja i sloboda pojedinca budu dovedeni u saglasnosti sa voljom i slobodom drugih, prihvatanjem zajedničkih vrednosti i racionalnih pravila ponašanja. Zahtev da politički koncepti moraju da imaju racionalnu osnovu i da budu ispunjeni sadržajem koji polazi od prioriteta individualnih sloboda i prava, je nametnut i savremenim

konceptom demokratske pravne države, prema kome politička moć i odlučiva-  
nje moraju da budu podređeni pravu i ograničeni načelom vladavine prava. Pod  
uslovom, naravno, da se radi o pravu koje je ispravno i koje izvire iz ideje slobode,  
pravde i prirodnih prava. Pravo, koje je izraz i garantuje individualnu slobodu,  
ne može da bude smetnja za političke slobode, ali isto tako politička sloboda  
ne može da ide ispod univerzalnih pravnih načela, standarda i vrednosti (*Hajek*,  
(2002), 399: “sloboda je omogućena postupnom evolucijom discipline civilizacije,  
koja je istovremeno disciplina slobode”!).

Pored prava na demokratsku pravnu državu, i drugi postulati koji su derivat  
prirodnih ljudskih sloboda i prava oblikuju sadržaj zahteva za traženje novog  
pristupa političkoj filozofiji, politici i prirodi političkih stranaka. Takvi su: primena  
univerzalnih standarda o “dobroj vladavini”, predviđenih konvencijama koje se  
odnose na zloupotrebu vlasti, kriminala i korupcije; ispunjavanje političkih kriterijuma  
od strane države (“Kopenhaški kriterijumi” u procesi evrointegracije); i suočavanje sa  
postojanjem međunarodnih sankcija za povredu međunarodnih standarda prihvatljive  
politike, dobrog vladanja i zaštite ljudskih prava.

Jasan indikator da se nova paradigma demokratskog individualizma kao  
izvor višestranačkog pluralizma gradi na liniji povezivanja koncepta političkog  
pluralizma sa univerzalnim standardima o ljudskim slobodama i pravima i načelima  
demokratske pravne države, je pojava zadnjih dekada nove i sve minucioznije  
ustavne i pravne regulative statusa i uloge političkih stranaka, njihovog finansiranja  
i zakonskih ograničenja njihovih delatnosti. Ta nova tendencija njihovog uvođenja  
pod okriljem načela demokratske pravne države i vladavine prava je podržana i  
usvajanjem međunarodnih normi i garancija za političke slobode i prava, zajedno sa  
međunarodnim zabranama koje se odnose na ekstremističke političke pokrete i sa  
novom međunarodno-pravnom (Evropski sud za ljudska prava) i nacionalnom  
ustavno-pravnom praksom. Usvajanje međunarodnih zabrana koje se odnose na  
politički ekstremizam i zloupotrebe slobode političkog delovanja radi restauracije  
mračnih ideologija fašizma, verskog fanatizma, ksenofobije, diskriminacije itd. je  
potvrda stajališta da postulati političke slobode nisu u suštinskoj suprotnosti sa  
načelom vladavine prava (tako Dopunski protokol uz Evropsku konvenciju o suzbijanju  
kompjuterskog kriminala Saveta Evropa od 2003. godine, kojim su inkriminirani akti  
rasizma i ksenofobije, kao i Okvirna odluka Saveta ministara EU od 2008. godine o  
sprečavanju određenih formi izražavanja rasizma i ksenofobije sredstvima kaznenog  
prava). Ove međunarodne zabrane su implementirane u nacionalna kaznena  
zakonodavstva inkriminiranjem širenja rasizma, ksenofobije i podstrekavanja na  
mržnju i diskriminaciju (tako makedonski KZ u čl. 394-g); inkriminacija se odnosi i  
na delovanje političkih stranaka koje šire rasiističku ili ksenofobičnu ideologiju i  
isključuje bilo kakvo ekskulpiranje pozivanjem na slobodu misli, opredeljenja ili  
političkog udruživanja, a ograničava i slobodu

naučnog stvaralaštva tako da niko ne može da razvija političko učenje ili teorije koje promovišu mržnju, diskriminaciju ili nasilje.

9. Tendencija usvajanja minuciozne ustavne i pravne regulacije delovanja političkih stranaka je prisutna u sve većem broju evropskih država, kao i u državama iz našeg regiona. Tako, na primer, francuski, nemački i talijanski ustav sadrže izričite odredbe o političkim stranakama, polazeći od stava da one nisu obična udruženja građana jer učestvuju na izborima i kao javna tela moraju da ispune određene zakonske uslove (v. *Hofmeister/Grabow*, (2011), 14). Tako, na primer, francuski ustav od 1958. godine (po prvi put u ustavnoj istoriji Francuske) definiše (čl. 4) ulogu stranaka i političkih grupa i određuje da one vrše slobodno svoje aktivnosti i moraju da poštuju načela nacionalnog suvereniteta i demokratije. Sličnu formulaciju koristi talijanski ustav od 1948. godine (čl. 49): građani imaju pravo na slobodno udruživanje u političke stranke sa ciljem da učestvuju demokratskim metodama u određivanju nacionalne politike. Nemački ustav od 1949. godine sadrži još eksplicitniju odredbu (čl. 21): osnivanje političkih stranaka je slobodno; njihov unutrašnji poredak mora da odgovara demokratskim načelima; stranke moraju da polažu javne račune o njihovim prihodima i o izvorima i korišćenju njihovih fondova; stranke koje svojim programima ili ponašanjem njihovih članova teže da podriju slobodni demokratski poredak su protivustavne (odluku o tome donosi ustavni sud).

U našem regionu posebne odredbe o slobodi političkog udruživanja predviđaju ustavi Bugarske, Srbije i Hrvatske (ne i Makedonije). U njima je uglavnom interpolirana liberalna koncepcija o njihovom neophodnom demokratskom karakteru i postavljena su ustavna ograničenja u odnosu na njihove ciljeve i način delovanja. Tako, Ustav Bugarske predviđa (čl. 11) da se politički život u državi zasniva na načelu političkog pluralizma i da ni jedna politička stranka ili ideologija ne može da se proglašava ili utvrđuje kao državna; zabranjeno je osnivanje stranaka na etničkoj, rasnoj ili verskoj osnovi, kao i partija koje imaju za cilj nasilno preuzimanje državne vlasti. U odredbi o političkim strankama (čl. 5) Ustav Srbije garantuje i priznaje njihovu ulogu u demokratskom oblikovanju političke volje građana izričito naglašavajući da političke stranke ne mogu neposredno da vrše vlast niti da je potčine sebi i zabranjujući delovanje usmereno ka nasilnom rušenju ustavnog poredka, kršenju garantovanih ljudskih ili manjinskih prava i izazivanju rasne, nacionalne ili verske mržnje. Ustav Hrvatske (čl. 6) proklamira slobodu osnivanja političkih stranaka i određuje da njihovo unutrašnje ustrojstvo mora da bude u saglasnosti sa temeljnim ustavnim demokratskim načelima i da moraju javno da polažu račun o poreklu svojih sredstava i imovine; protivustavne su stranke koje svojim programom ili nasilnim delovanjem teže ka podriivanju slobodnog demokratskog poredka ili ugrožavanju postojanja Republike Hrvatske.

U svojoj studiji o političkim strankama u 40 evropskih država od 1999. godine, Venecijanska komisija konstatuje da postoji veliki diverzitet njihovog prav-

nog uređenja, tako da je teško definisanje uniformnih standarda, ali postoje i određene zajedničke karakteristike: stranačke aktivnosti su u svim pravnim sistemima garantovane zaštitom slobode udruživanja; pravna ograničenja, koja su na različite načine propisane u pojedinim sistemima nisu od suštinskog značaja za bolje funkcionisanje demokratije (*Venice Commission, Guidelines* (1999), 21). Raznolikost ustavnog i zakonskog uređenja ima za posledicu da se kriterijum "funkcionalna demokratija" kao deo "Kopenhaških političkih kriterijuma" određuje kao opšte političko i pravno načelo, koje se sastoji u zahtevu da svi građani mogu da participiraju na jednakoj osnovi u političkom odlučivanju u svim stepenima vlasti, ograničene ustavom i zakonima.

*Sloboda političkog udruživanja u optici Evropske konvencije o ljudskim pravima i praksi Evropskog suda za ljudska prava*

10. Postulat dosledne primene načela demokratije, vladavine prava i zaštite ljudskih prava kao polazna osnova svake rasprave o političkim strankama, implicira apodiktički stav da je njihova glavna uloga u demokratskom društvu u funkciji ostvarivanja slobode misli, opredeljenja i političkog udruživanja, garantovanih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima (EKLP). Konvencija proglašava slobodu političkog udruživanja kao osnovno ljudsko pravo (čl. 11 - sloboda okupljanja i udruživanja), a Evropski sud o ljudskim pravima (ESLP) u svojim odlukama koje imaju značaj sudskih presedana povezuje ovu slobodu sa slobodom izražavanja (čl. 10 EKLP). U razmatranju odnosa između ovih sloboda, ESLP u više presuda (tako *The case of the Socialist Party and others against Turkey* (1998)) polazi od stava da čl. 11 treba da se posmatra u svetlu čl.10, zato što sloboda misli i izražavanja je jedna od ciljeva slobode održavanja. U prilog ovog stava ide i čl. 17 EKLP, prema kome ništa u Konvenciji ne može da se tumači kao da daje pravo državi, grupi lica ili pojedincu da preduzima aktivnosti ili delo usmereno ka povredi prava i sloboda predviđenih u njoj, ili ka ograničenjima u većem obimu od predviđenih.

Polazeći od toga da je sloboda političkog udruživanja u funkciji ostvarivanja ne samo slobode izražavanja, već i svih drugih osnovnih sloboda i prava (slobode vere, privatnog života, imovine, slobodnih izbora, itd.), kao i političkih, socijalnih, kulturnih i drugih interesa pojedinaca, njen smisao i domašaj ne može da se objasni kroz njeno posmatranje kao samociljna sloboda: ne postoji političko udruživanje radi udruživanja, već radi ostvarenja ciljeva koji su determinisani ukupnošću individualnih sloboda i prava i konkretnih interesa. Iz toga proizlazi da ona nije samostalna i izvorna institucija, već je izvedena iz drugih sloboda, što znači da je politička stranka derivat izvorne slobode misli, izražavanja i drugih sloboda i prava. Ovo pravno načelo određuje odnos između stranke kao kolektiviteta i slobode i prava njenih članova: ona ne može da bude iznad njih sa svo-



jim posebnim ciljevima i interesima, suprotstavljenih njihovim interesima. Sledeći postulat, izveden iz njene derivativne prirode, sastoji se u zahtevu da politička stranka kroz svoje programe i delovanje, ne samo deklarativno, manifestuje poštovanje jednakih sloboda izražavanja i drugih sloboda i prava svih pojedinaca koji nisu njeni članovi i koji imaju različite političke poglede. To dalje implicira zaključak da sadržaj slobode političkog udruživanja ispunjava jedino zahtev za postojanje demokratskog karaktera stranke, njenog programa i delovanja, kao i za njenu republikansku prirodu i isticanje javnog i opšteg interesa kao njen jedini legitimni cilj. Stranka koja ima uske partijske, lične leaderske, kriminalne ili slične ciljeve ili deluje suprotno javnom i opštem interesu, po definiciji ne može da se smatra političkom strankom, ili barem ne demokratskom strankom.

11. Sadržaj prava na političko udruživanje prema "case law" ESLP obuhvata nekoliko bitnih odrednica (v. *Haris i dr.* (2009), 525): politička stranka je kolektivni entitet koji predstavlja njene članove; kao pravno lice ona ima prava koje moraju da budu zaštićene od strane države; stranka ima prava i dužnosti prema svojim članovima; pravo na udruživanje ne podrazumeva pravo pojedinca da postane član određene stranke koje povlači dužnost stranke da ga začlani. Iako nije izričito istaknuto, sloboda političkog udruživanja podrazumeva i "negativnu slobodu": niko ne može da bude prisiljen da postane član neke stranke ili da trpi posledice zbog odbijanja (takva odredba je sadržana u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima, čl. 20 st. 2), ali veliko je pitanje da li se ova negativna sloboda poštuje u našim uslovima potpune partizacije institucija, u koje imaju pristup samo članovi vladajuće stranke.

EKLP jasno definiše i odnos između slobode udruživanja i države i njenih zakona, putem ograničenja koje država može legitimno da postavi saglasno načelima legaliteta, neophodnosti i proporcionalnosti (čl. 11 st. 2): ostvarivanje ovog prava može da bude ograničeno samo zakonskim merama koje su u jednom demokratskom društvu neophodne za nacionalnu ili javnu sigurnost, zaštitu reda ili sprečavanje zločina, zaštitu zdravlja ili morala ili zaštitu prava i sloboda drugih; ovom odredbom se ne zabranjuje nametanje zakonskih ograničenja za pripadnike oružanih snaga, policije ili državne administracije (identičnu odredbu predviđa i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima UN, čl.22). Legitimna ograničenja osnivanja i delovanja političkih stranaka proizilaze i iz same neapsolutne prirode slobode političkog udruživanja, ograničene jednakim slobodama i pravima drugih, što implicira načelo političkog pluralizma, mogućeg samo pri postojanju drugih stranaka, jednakih u svojim pravima. Prema ESLP, "sloboda izražavanja je nezamisliva bez učešća brojnih političkih stranaka koje predstavljaju različita mišljenja..." (v. *Haris i dr.*(2009), 527). Ova ograničenja impliciraju niz političkih i pravnih postulata demokratske pravne države: jednaki pristup svih stranaka vlasti na slobodnim i pravednim izborima, stalni dijalog među strankama, postojanje parlamentarne opozicije i uvažavanje od strane većine njenih

predloga i stavova itd. Posebno važna konsekvencija je afirmacija načela odvojenosti stranke od države, koja izvire iz jasnih odredbi EKLP o legitimnim ograničenjima koje može da postavlja država (pod uslovom da nije spojena sa strankom!), “neophodnih u demokratskom društvu.”

Prema praksi ESLP, ograničenja moraju da budu krajnje restriktivno “propisane zakonom” radi zaštite ciljeva određenih u čl. 11 st. 2 EKLP i “neophodnih u demokratskom društvu”. Prvi uslov određuje formalni, dok drugi materijalni aspekt mogućih ograničenja, koji je i najvažniji za njihovu justifikaciju. To znači da zakonom ne mogu da budu propisana ograničenja koja nisu neophodna u demokratskom društvu (*ultima ratio*); i obrnuto, samo demokratsko društvo može da propisuje legitimna zakonska ograničenja slobode udruživanja, jer *a contrario* svako ograničenje slobode udruživanja u totalitarnom društvu je nelegitimno.

“Neophodnost u demokratskom društvu” izrasta ne samo kao politički, već i kao pravni standard, čiji je sadržaj određen u više sudskih presedana ESLP; on polazi od stava da je suština demokratije da budu ponuđeni i debatirani različiti politički programi, čak i takvi koji dovode u pitanje samu organizaciju države i vlasti, pod uslovom da ne podstiču na nasilje i da ne ugrožavaju demokratiju i osnovne slobode (v. *Case of Sideropoulos and others v. Greece* (57/1997/841/1047). Standard “demokratskog društva” prema ESLP ima dve osnovne karakteristike: tolerancija i liberalnost (v. *Sidr i dr.*, (2013), 662). Primena ovog standarda predpostavlja (prema ESLP) ispitivanje određenih pretpostavki za primenu zabrana i drugih ograničenja: izdržani dokazi da postoji neposredna opasnost za demokratiju; ocenjivanje da li postupci lidera ili članova stranke mogu da se pripišu stranci u celini; i ocenjivanje da li nastupi ili radnje pripisane stranci predstavljaju celinu koja daje jasnu sliku modela društva koju ona zastupa i koja je nekompatibilna sa konceptom “demokratskog društva” (*Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania* (2005)). Pri tome, na državi pada teret dokazivanja i obrazlaganja zakonskih ograničenja opravdanih “potrebama demokratskog društva”.

Polazeći od načela demokratije kao esencije i cilj slobode udruživanja, ESLP ističe supremaciju Konvencije u odnosu na nacionalne pravne sisteme. Neposredna implikacija takvog stava je zaključak da politička stranka ne može da bude izuzeta od zaštite garantovane Konvencijom samo zato što se njene aktivnosti smatraju neustavnim ili nezakonitim prema nacionalnom zakonodavstvu. To znači da je ocena o dozvoljenim restrikcijama podignuta na supranacionalnom ravništu, tako da država ne raspolaže širokim prostorom za određivanje njihovih osnova (*margin of appreciation*) i rizikuje da bude tužena pred ESLP za neprimenjivanje Konvencije i povredu slobode političkog udruživanja ako odredi restrikcije koje u kvantitativnom ili kvalitativnom smislu inkliniraju od sudske prakse ESLP.

Komplementarno sa slobodom političkog udruživanja je pravo na slobodne izbore statuirano Prvim protokolom ka EKLP kao individualno pravo koje obave-

zuje državu da predvidi niz ustavnih i pravnih garancija (aktivno i pasivno biračko pravo, zaštita biračkog prava, itd.). Ono ima nezamenljivi značaj za konstituiranje demokratske pravne države i za stvaranje "efektivne političke demokratije". Njegova zaštita ne obuhvata izbor antidemokratske, totalitarne vlasti, jer je prema EKLP jedinstveni politički model utkan u njoj i kompatibilan sa njom model demokratije (*Haris i dr.*, (2009), 712). Samo slobodno i demokratski konstituirane institucije države su garanti političkog pluralizma i zaštite jednakih sloboda i prava građana i jednakog pristupa svih građana na javnim funkcijama. Za razliku od drugih političkih sloboda, za pravo na slobodne izbore EKLP ne predviđa nikakva legitimna ograničenja od strane države, ali polazi od toga da se na njega odnose isti standardi, posebno standard "neophodnosti u demokratskom društvu" u odnosu na moguće restrikcije. Pravo na slobodne izbore implicira i slobodno stvaranje izbornog modela koji odgovara društvenim, političkim, pravnim i drugim posebnostima i ustavnim tradicijama svake države, koje teško mogu da se obuhvate jedinstvenom i opšteprihvaćenom izbornom doktrinom (v. *Galager/Mičel*, (2009), 55). Kako obaveza stvaranja odgovarajućeg izbornog modela pada na državu, ceo izborni proces i njegova regulacija treba da predstavlja spoj interesa svih građana, političkih stranaka i drugih društvenih grupa, ali i države kao predstavnika javnog interesa i čuvara ustavnih tradicija. To nalaže usvajanje zakonskih garancija za ostvarivanje biračkog prava i za zaštitu građana od svakog nasilja, korupcije, manipulacija itd. preko državnih institucija (stranački nezavisno izborna telo, izborna administracija, kažnjavanje izbornih zloupotreba itd.).

12. Makar i površna komparativna analiza ustavnog uređenja političkih stranaka u našem regionu i njihovog uspoređivanja sa odredbama EKLP i sudskom praksom ESLP potvrđuje postojanje velike diskrepance u određivanju sadržaja slobode političkog udruživanja i njenih legitimnih ograničenja u "interesu demokratskog društva". Opšta karaktersitika vladajućeg ustavnog pristupa je naslanjanje na pozitivističku, legalističku koncepciju, koja ne omogućava stvarni prodor u postulate političkog pluralizma i u debati oko njegovog shvatanja kao emanacije slobode izbora, tolerancije i političkog dijaloga. U tom smislu, i ustavna ograničenja (u makedonskom, srpskom i drugim ustavima), vezana za nasilno rušenje ustavnog poredka, podstrekavanje na vojnu agresiju ili podsticanje nacionalne, rasne ili verske mržnje, kao i zabrana paramilitarnih formacija, ni iz daleka nisu iscrpni i usaglašeni sa ograničenjima predviđenih u EKLP i "neophodnih u demokratskom društvu".

Isto tako, nije u konzistentnom obliku izveden ni postulat konstitucionalizacije osnovnih političkih sloboda i prava i ustavnih mehanizama za njihovu zaštitu, kao brana pred partizacijom države i povrede načela demokratije i vladavine prava. Konstitucionalizam unosi značajne promene u shvatanju demokratije i slobode udruživanja i političkog delovanja, postavljajući granice za zakonodavnu vlast- prirodne, neprikosnovene i neoktroirane slobode i prava, od kojih osnovne

imaju dejstvo *prima facie* i ne mogu da budu ograničene zakonom. Konstitucionalna demokratija afirmiše načelo jednakosti sloboda i prava i relativizira apsolutni značaj majoritarnog principa vladavine, koji garantuje samo formalnu, legalnu, ali ne i legitimnu stranu demokratske vlasti koja se sastoji u zahtevu za uvažavanje jednakih prava manjine (v. *Ferrajoli*, (2012), 15). Ona se suprotstavlja dogmi o apsolutnoj vlasti većine (na kojoj se pozivaju sve populističke stranke iz našeg regiona), definišući demokratiju i većinski princip kao “sinteza ideje slobode i ideje jednakosti” (*Kelsen*).

### *Zakonsko uređenje materije o političkim strankama*

13. Uporedna zakonska regulativa je koncentrisana uglavnom na zakone o političkim partijama, o njihovom finansiranju i o izbornim pravilima i učešću stranačkih kandidata na izborima. Kako političke stranke ulaze u polje primene načela vladavine prava i ostvarivanja međunarodnih standarda o zaštiti osnovnih ljudskih sloboda i pravo, tako se proširuje obim i sadržaj te regulative. Menja ju se i tradicionalna gledišta oko potrebe zakonskog uređenja ove materije uopšte. Tako, na primer, do Ustava od 1958. godine francusko zakonodavstvo nije poznavalo poseban zakonski tretman političkih stranaka (pored zakona o udruženjima građana od 1901. godine). Posle brojnih skandala, uglavnom povezanih sa finansijskim zloupotrebama, usvojena je cela serija zakona: o transparentnosti finansiranja i o finansijskoj kontroli (1990. godine), o prevenciji korupcije i transparentnosti ekonomskih aktivnosti i javnih nabavki (1993) i o finansiranju političkih aktivnosti (1995. godine; ovaj zakon zabranjuje finansiranje od strane pravnih lica i predviđa formiranje posebne nacionalne komisije za kontrolu finansiranja i izbornih kampanja). Nemački zakon o političkim strankama od 1967. godina razrađuje ustavne odredbe kroz kompleksnu regulativu koja obuhvata i unutrašnju organizaciju stranaka i demokratski postupak nominiranja kandidata za izbore, transparentnost i finansiranje itd. (finansiranje kontroliše nezavisno državno telo, a godišnje finansijske izveštaje stranaka verifikuje predsednik nemačkog parlamenta!). Nasuprot ovakve minuciozne regulative, Velika Britanija je 2000. godine usvojila poseban zakon o političkim strankama, izborima i referendumu, u kome su predviđene obaveze za transparentnost finansiranja i izbornih kampanji, ali bez detaljnih pravila o registraciji, unutrašnjoj organizaciji ili zabranama aktivnosti stranaka. Takav liberalni koncept sigurno dobro funkcioniše pri postojanju vekovne tradicije demokratskih izbora, etabliranih standarda “dobre vladavine” i utvrđenih pravila o odgovornosti javnih funkcionera.

U našem regionu ova materija je uređena posebnim zakonima o političkim strankama i o njihovom finansiranju. Komparativni pregled njihovih rešenja ukazuje na niz slabosti i odstupanja od standarda koji su razvijeni u zapadnim zemljama (nepostojanje odredbi o unutrašnjem demokratskom ustrojstvu, nedo-

voljno precizni kriterijumi za finansiranje njihovih aktivnosti od strane države, pojedinaca i pravnih lica, nedovoljne garancije za samostalnost i nezavisnost državnih tela koji treba da vrše finansijsku kontrolu nad prihodima, imovinom i finansiranje kampanja itd.). Nisu razrađeni ni osnovi i instrumenti za ocenjivanje protivustavnih ili nezakonitih aktivnosti stranaka, usaglašeni sa standardima predviđenih u EKLP i u sudskim presedanima ESLP.

Uređivanje odnosa između slobode političkog udruživanja i njenih legitimnih ograničenja od strane države je izuzetno nepogodno za zakonsku regulaciju, jer ulazi u samu srž demokratskog uređivanja društva i suočava se sa problemom ambivalentne istine: braneći slobodu udruživanja da guši osnovna ljudska prava, što je posledica i restriktivnog pristupa u odnosu na tu slobodu. To je razlog zašto postoji velika raznolikost uopšte u zakonskom fiksiranju statusa, organizacije, delovanja i mogućih zakonskih restrikcija. Tako na primer, u pojedinim državama (Švedska, Danska, Holandija), nisu zakonski propisani posebni uslovi za registraciju stranke, osim pri kandidovanju za izbore, za razliku od drugih (Latvija, Poljska, Rusija), čiji zakoni predviđaju više formalnosti. Ili, u Kanadi ime stranke ne sme da sadrži reč "nezavisna", dok u Portugalu ne sme da se upotrebljava ime koje upućuje na vezu sa određenom religijom; u Sloveniji ime stranke ne sme da uključuje ime strane države, stranke ili fizičkog ili pravnog lica. U nekim zakonima su predviđene posebne represivne mere za povredu propisa o finansijskom poslovanju i kontroli: prema albanskom i ukrajinskom zakonodavstvu, stranka može da bude zabranjena ako ne prijavi finansijske izvore ili ne dopušta inspektiranje, dok u Argentini stranka može da bude kažnjena do dvostrukog iznosa od nezakonite kontribucije; prema španskom, azerbejdžanskom ili ruskom zakonodavstvu, stranka može da bude zabranjena ako se transformiše u zločinačko udruženje prema odredbama kaznenog prava ili u terorističku ili oružanu organizaciju koja se bavi kriminalnim aktivnostima. U Turciji je propisana zabrana za stranke koje manipulišu biračima radi dovođenja diktatora na vlasti, u Italiji su zabranjene fašističke stranke, u Poljskoj nacističke, fašističke i komunističke itd. Podstrekavanje na diskriminaciju, mržnju ili nasilja su zakonski osnovi za zabrane u više zakonodavstva (Francuska, Španija, Ukrajina, Bugarska, itd.; v. *Guidellines*, (2000), 18).

Broj propisanih zabrana i drugih restriktivnih mera u komparativnom zakonodavstvu je u obratno proporcionalnom odnosom sa slučajevima njihove primene. Glavni razlog njihove retke primene je nedostatak regulative o nadležnosti i postupku sudova ili drugih organa koji treba da primenjuju te mere (u Nemačkoj nije izrečena zabrana od 1956, u Danskoj od 1953. godine). Time se potvrđuje s jedne strane složenost pravnog uređenja slobode političkog udruživanja i njenih granica i zloupotreba, i sa druge strane problem obezbeđivanja proporcionalnosti restriktivnih mera i značaja slobode političkog udruživanja.

14. Rasprava o pravnom statusu političkih stranaka kao pravnih lica je danas fokusirana na pitanje uvođenja njihove kaznene odgovornosti za brojne oblike kriminala koji mogu da budu izvršeni u stranačkim aktivnostima (izborne zloupotrebe, finansijske mahinacije, povreda jednakosti prava građana, falsifikovanje isprava itd.). Pod uticajem promena stava francuskog zakonodavca prema kaznenoj odgovornosti pravnih lica u novom francuskom *Code pénal* od 1994 godine, u evropska kaznena zakonodavstva naširoko prodira koncepcija “societas delinquere potest”. Prema CP (čl. 121-2), pravna lica, sa izuzetkom države, odgovoraju za kaznena dela učinjena za njihov račun od njihovih organa ili predstavnika; pri tome, pored ostalih pravnih lica privatnog prava koje odgovaraju za kaznena dela, zakonik izričito navodi i političke stranke. Kaznena odgovornost pravnih lica obuhvata sve vrste kaznenih dela, osim ako zakonom nije isključena njihova odgovornost za pojedina dela. Političke stranke su izuzete od primene kazni zabrana obavljanja delatnosti i prestanka pravnog lica (čl. 131-38 CP).

Koncepcija kaznene odgovornosti pravnih lica je prihvaćena i u našem regionu, unošenjem posebnih odredbi u KZ ili usvajanjem posebnih zakona o njihovoj kaznenoj odgovornosti. Prema makdonskom KZ (čl. 28-a), u slučajevima određenih zakonom, pravno lice je odgovorno za kazneno delo učinjeno od odgovornog lica u pravnom licu, za račun ili u korist pravnog lica; pravno lice je odgovorno i za kazneno delo učinjeno od zaposlenog u pravnom licu ili njegovom zastupniku, ako je ostvarena znatna umovinska korist ili izazvana znatna šteta, pod uslovom da izvršenje zaključka, naredbe ili odluke ili odobrenja organa upravljanja, rukovođenja ili nadzora predstavlja kazneno delo, ili je do izvršenja dela došlo radi propuštanja dužnog nadzora od tih organa, ili ti organi nisu sprečili kazneno delo ili su ga prikrili ili nisu prijavili delo pre pokretanja kaznenog postupka protiv učinioca. U posebnom delu KZ je u više odredbi propisana odgovornost pravnog lica (tako, na primer, u čl. 162 - podmićivanje kod izbora i glasanja, u čl. 165-a, zloupotreba sredstava za finansiranje izborne kampanje i druge inkriminacije). Od kazni propisanih za pravna lica (čl. 96-a i 96-b), politička stranka je izuzeta samo od primene kazni privremene ili trajne zabrane za vršenje određenih delatnosti i prestanak pravnog lica (takvo rešenje predviđa i hrvatski Zakon o odgovornosti pravnih lica za izvršena kaznena dela, čl. 16, v. *Maršavelski*, (2016), 19; v. ovde i o prvom u našem regionu slučaju osude jedne političke stranke u Hrvatskoj 2014. godine, zajedno sa njenim liderom, za zloupotrebu službenog položaja). U dosadašnjoj praksi primene KZ od strane makedonskih sudova, nije kažnjena ni jedna politička stranka, iako je bilo i kaznenih postupaka, pravosilno završenih, protiv pojedinih stranačkih lidera.

Srpski Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela od 2008 godine kao model uređivanja njihove kaznene odgovornosti (posebnim zakonom, ali sa pozivanjem na više odredbi srpskog KZ), ne isključuje političke stranke iz kruga

kaznene odgovornosti za sva kazena dela predviđena u posebnom delu KZ (čl. 2). Politička stranka, kao i druga pravna lica, odgovora za kazneno delo koje u okviru svojih poslova, odnosno ovlašćenja učini odgovorno lice u nameri da za pravno lice ostvari korist, ili ako je zbog nepostojanja nadzora ili kontrole od strane odgovornog lica omogućeno izvršenje dela u korist pravnog lica (čl. 6). Političke stranke kao pravna lica nisu izuzeta od primene predviđenih kaznenih sankcija u ovom zakonu (čl. 12).

Primena koncepta kaznene odgovornosti stranaka nailazi na niz teškoća izazvanih postojećim razlikama između njih i drugih pravnih lica: položaj odgovornih lica (stranačkih rukovodilaca) je drugačiji od položaja odgovornih lica u preduzećima, ustanovama i drugim pravnim entitetima; isto tako, članovi stranke, koji preduzimaju političke aktivnosti, nisu zaposleni u stranci (ona može da ima određeni broj zaposlenih), tako da se na sve njih teško mogu primeniti odredbe o uslovima za kaznenu odgovornost. Specifični su i oblici kriminala za koje treba da odgovaraju političke stranke (izborne inkriminacije, dela mržnje, međunarodni zločini, itd.). Postavlja se, na primer, pitanje, da li i kada stranka može da odgovara za radnje njenih članova koje su izvršene u njeno ime, da li je za kažnjavanje stranke dovoljno da pojedinac ili grupa ili velika skupina njih preduzme neku kriminalnu radnju, kada neko kazneno delo može da se pripiše stranci, da li kriminalna aktivnost šefa stranke, koju je on preduzeo u svoju ličnu korist, ide na teret stranke itd. Ne treba zanemarivati probleme koje se odnose na primenu zakonske regulative, uključivši zabrane ili kazneno-pravnu odgovornost i osude za učinjena kaznena dela. Sistem odgovornosti političkih stranaka može da funkcioniše ako zakone primenjuju nezavisni sudovi i druge institucije kaznene pravde i ako se efektivno primenjuju preventivne mere predviđene zakonima (o registraciji, finansijskoj kontroli, moguće uticaje na institucije, koruptivne aktivnosti itd.). Ako su institucije pravde partizovane (kao što je većinom slučaj sa državama u tranziciji), ako su organi gonjenja kao deo izvršne vlasti zarobljeni od strane vladajućih stranaka, onda je nerealno da se očekuje efikasno gonjenje i presuđivanje i za najteža kaznena dela. Opstrukcija pravde je uvek povezana sa organizovanim kriminalom i korupcijom pod zaštitom vlasti, odnosno strankama koje su zaposele državne institucije.

Iz ovih teškoća bi moglo lako da se izade, ako se problem postavljanja efikasnog sistema kaznene odgovornosti političkih stranaka kao pravnih lica ne suokobljava sa aporijom u koju zapada razrešenje pitanja: da li treba dati prednost interesima slobode političkog udruživanja i demokratije, ili interesima pravde i načela vladavine prava (v. *Maršavelski*, (2016), 22). Paradoksalnost stanja neodgovornosti, koja je tim veća što je veća moć političkih stranaka na vlasti prakticiranoj na apsolutni način ("svaka vlast korumpira, apsolutna vlast apsolutno korumpira"), je upravo u tome što se pojavljuje kao sindrom erozije demokratskog

karaktera društva. Demokratskom društvu nije ni potrebno kazneno pravo da bi moglo da rešava probleme političke devijantnosti, ili kriminalnih i drugih nezakonitih postupaka stranaka!

### ZAKLJUČAK

Naša društva prolaze fazu etabliranja novih političkih i pravnih vrednosti i nove kulture demokratije, prava i tolerancije na načelima političkog pluralizma, poštovanja prirodnih i jednakih sloboda i prava i demokratske pravne države, uz sve kontinuirane političke krize i snažnih tendencija partizacije države i društva. Posebnu ulogu u tom procesu imaju političke stranke, koje podsticanjem svih oblika delovanja neposredne ili predstavničke demokratije (građanske inicijative, alternativni pokreti, interesne grupe, sve institucije civilnog društva), daju pokretačku snagu za promovisanje i usvajanje novog sistema organizacije društva. One mogu da ostvare takvu ulogu ako na polju politike, koje je područje njihovog delovanja, a potom i u vlasti, koju konstituiraju njihovi predstavnici na slobodnim, demokratskim i pravednim izborima, osiguraju pomirenje i spoj između politike i vladavine prava, dajući politici racionalne osnove povezanih sa prirodno-pravnom prirodom individualne slobode izražavanja i političkog udruživanja (demokratski individualizam), a pravu zasnovanost na ideji slobode i pravde i legitimnost koja se podupire na izražavanju opšte volje svih ili većine članova društva (legitimitet ispravnog prava). Kao prvorazredni imperativ, demokratizacija društva je osnovni uslov za postizanje ciljeva demokratsko-pravnog preobražaja države, koja najviši imperativ prava i pravnosti savremenog društva dovodi u direktnoj vezi sa apsolutnim idejama i vrednostima prava: sloboda, pravda, prirodna prava i druge pravne vrednosti.

Nesporan zahtev da se pojava i delovanje političkih stranaka kao glavnih protagonista političkog pluralizma i demokratskih (ili retrogradnih) političkih procesa poveže sa načelima demokratske pravne države i vladavine prava, implicira iznalaženje zajedničke polazne tačke posmatranja. Ovaj diskurs, koji ne isključuje druge moguće, je fokusiran na individualne slobode misli, opredeljenja, političkog udruživanja i prava na slobodne izbore, garantovane Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Isti vrednosni pristup određuje i domašaj njihovih mogućih legitimnih ograničenja od strane države, kao i podvođenje političkih stranaka koje su derivat individualnih sloboda i prava pod načelom vladavine prava putem konstitucionalizacije i racionalne zakonske regulacije. Cilj njihovog posebnog ustavnog i zakonskog uređenja je obezbeđivanje garancija za slobodu udruživanja i za demokratiju kao sredstva za unapređivanje ideje slobode kao najvišeg političkog i pravnog cilja.



Academian VLADO KAMBOVSKI,  
President of the Academy of Sciences and Arts  
of Macedonia

DEMOCRATIZATION OF SOCIETY, FREEDOM  
OF POLITICAL ASSOCIATION AND THE RULE OF LAW

Summary

Our societies are going through the phase of establishing new political and legal values and a new culture of democracy, law and tolerance based on the principles of political pluralism, respect for the natural and equal rights and freedoms and democratic rule of law, along with all the continuing political crisis and strong tendencies of partitioning of the state and society. A special role in this process have political parties, encouraging all forms of action whether direct or representative democracy (citizens' initiatives, alternative movements, interest groups, all the institutions of civil society) provide a driving force for the promotion and adoption of a new system of organization of modern society. They can achieve such a role if on the political field ensure reconciliation and merge between politics and the rule of law, giving politics a rational basis associated with the naturally-legal nature of individual freedom of expression and political association (democratic individualism), and law basing on the idea of freedom and justice and legitimacy that lean on on the expression of the general will of all or a majority of the members of society (the legitimacy of the proper law). As prime imperative, democratization of society is a basic requirement for achieving the objectives of democratic and legal transformation of the state that the highest imperative of law and legality of modern society brings in a direct link to the ideas and values of absolute rights: freedom, justice, natural law and other legal values.

Indisputable requirement that the appearance and operation of political parties as the main protagonists of political pluralism and democratic (or retrograde) political processes connect with the tenets of the democratic legal state and the rule of law implies finding a common starting points of observation. This discourse, which does not exclude other possible, is focused on the individual freedom of thought, determination, political association and the right to free elections, enshrined in the European Convention of Human Rights, their possible legitimate restrictions by the government. Pandering political parties that are derivative of individual freedoms and rights under the principle of the rule of law is possible through the constitutionalization of political rights and rational legal regulation, which guarantees freedom of association and democracy as a means of supporting the idea of freedom as the highest political and legal objective.



SANJA ĐURĐIĆ

## OZBILJNO SHVATANJE INDIVIDUALNIH PRAVA – CENTRALNI IMPERATIV PRAVNE TEORIJE I PRAKSE

### U V O D

Nezadovoljan vladajućom liberalnom tradicijom, kojom dominiraju pravni pozitivizam i utilitarizam, Ronald Dworkin nastoji formulisati sopstvenu teoriju prava i politike, kao alternativu koja bi bila prihvatljivija od vladajuće teorije. Dworkina sa sigurnošću možemo oceniti kao najoriginalnijeg i najprovokativnijeg filozofa Sjedinjenih Američkih Država XX veka<sup>1</sup>. Njegova filozofija prava i politike je nastala kao posledica i reakcija na okolnosti koje su joj prethodile. Dominantna politička teorija modernog doba uopšte, samim tim i u Sjedinjenim Američkim Državama, bio je liberalizam. Dworkin nastoji da obnovi ideje liberalizma kao specifične ideologije slobode i pravne jednakosti i univerzalne vizije “ljudskog blagostanja i dostojanstva koja velikom broju političkih ideala, koji se često smatraju odvojenima, daje značenje, jasnoću i ujedinjuje ih”<sup>2</sup>. Njegovom osnovom kao ujedinjavajuće vizije smatra etiku, a ne od nje nezavisnu politiku. Shvatanje liberalizma za koje se zalaže ne slaže se sa ugovornom idejom po kojoj

---

Dr Sanja Đurđić, profesor Fakulteta za pravne i poslovne studije “dr Lazar Vrkatić”, Univerzitet Union u Beogradu.

<sup>1</sup> Za sličnu ocenu vidi, Gaffney, P.: *Ronald Dworkin on Law as Integrity: Rights as Principles of Adjudication*, Edwin Melen Press, 1996, 1-8.

<sup>2</sup> Dworkin, R.: *Sloboda, jednakost i zajedništvo*, u Kiš, J.: *Savremena politička filozofija*, Novi Sad, 1998, 274.

političkoj pravdi nije mesto u buhvatnim etičkim teorijama<sup>3</sup>. Liberalizam, kako ga on shvata, podrazumeva etički individualizam ili humanizam, koji se ogleda u stavu da pojedinačni ljudski životi imaju prioritet i da se ničemu ne smeju žrtvovati<sup>4</sup>. Osnovnim obeležjem liberalizma smatra stav da ljudski životi imaju unutrašnju političku vrednost i da njihova uspešnost predstavlja “imperativni kolektivni politički cilj”<sup>5</sup>. To znači da liberalizam kao glavni cilj svake političke zajednice određuje unapređenje života svojih građana.

Dvorkinova filozofija prava je kritički nastrojena prema vlastitoj tradiciji – klasičnoj liberalnoj teoriji prava. Po njegovoj oceni, reč je o pseudo-liberalnoj teoriji, koja se ogleda u jedinstvu pravnog pozitivizma i utilitarizma i koja potiče iz filozofije Džeremi Bentama. Bentam je bio žestok kritičar filozofske preambule *Deklaracije nezavisnosti*, zastupanja prirodne jednakosti ljudi i njihovih neotuđivih prava<sup>6</sup>. Kritiku je usmerio na pokazivanje apsurdnosti povezivanja teze da postoje neotuđiva prava čoveka sa tezom da je vlast nužna i legitimna radi njihove zaštite. Jedino opravdanje državne vlasti i njenih granica video je u principu korisnosti, pri čemu je osporavao alternativno opravdanje koje je nudilo učenje o neotuđivim pravima čoveka<sup>7</sup>. Njih je smatrao ne samo inkompatibilnim sa vlašću, već i osuđenim na stalni međusobni konflikt. Isticao je da ukoliko se ovo učenje bukvalno shvati, tako da pruža neograničenu zaštitu izvesnih sloboda, ono po svojoj suštini mora biti anarhijsko<sup>8</sup>. Polazeći od stava da nijedan politički princip koji ima strogost učenja o neotuđivim individualnim pravima ne može imati nikakvu primenu u stvarnosti, već svaki od njih pripada utopiji, Bentam učenje o neotuđivim pravima ocenjuje kao proizvod koji ne potiče od razuma, već od puke imaginacije<sup>9</sup>.

Dvorkinov cilj je revizija vladajuće liberalne teorije prava prvenstveno u delu u kome ona zadržava Bentamovu kritiku ideje neotuđivih ljudskih prava koja je on smatrao “besmislicama na štulama” (*nonsense upon stilts*) i samopro-

<sup>3</sup> Podrobnija rasprava o ovom metodološkom pitanju izložena je u, Dworkin, R.: *The Foundations of Liberal Equality*, u Tanner Lectures, *On Human Values*, ed. Grethe Peterson, Salt Lake City, 1990.

<sup>4</sup> Sličnu kritiku utilitarizma i stanovište o nepravедnosti žrtvovanja individualnih dobara za ostvarivanje društvenih interesa i ciljeva nalazimo i kod Rolsa, vidi, Rols, Dž.: *Teorija pravde*, Beograd, 1998, 42.

<sup>5</sup> Dvorkin, R.: *Sloboda, jednakost i zajedništvo*, 275.

<sup>6</sup> Lind, J., Bentham, J.: *An Answer to the Declaration of the American Congress*, London, 1776, 120-122.

<sup>7</sup> Isto.

<sup>8</sup> Bentham, J.: *Anarchical Fallacies*, u Bentham, J.: *Works*, vol. 2, 1843, 491-534.

<sup>9</sup> Bentham, J.: *Plan of Parliamentary Reform*, u Bentham, J.: *Works*, vol. 3, 467.

tivrečnim pojmom. Ideju individualnih ljudskih prava, koja je takođe deo liberalne tradicije, ali ipak ne nalazi svoje mesto niti u pravnom pozitivizmu niti u utilitarizmu, teži načiniti fundamentalnom idejom vladajuće liberalne teorije prava.

Osnovna zamerka vladajućoj teoriji je nedovoljno uvažavanje pojedinca, koje smatra posledicom utilitarističkog odbacivanja ideje prirodnih prava pojedinaca. Za razliku od utilitarizma po kome "pravo i njegove ustanove treba da služe opštoj dobrobiti i ničemu drugom"<sup>10</sup>, Dvorkin vladajuću teoriju nastoji korigovati i revidirati na način da ideja individualnih ljudskih prava u njoj dobije centralno mesto.<sup>11</sup> Vladajuću teoriju smatra manjkavom "zato što odbacuje ideju da pojedinci mogu imati prava spram države koja su veća od izričitih zakonskih prava"<sup>12</sup>. Pravni pozitivizam se protivi ideji da zakonom zagarantovana prava mogu pretihoditi bilo kom obliku zakonodavstva, dok utilitarizam odbacuje ideju da politička prava mogu postojati pre zakonskih, odnosno, da se građani mogu opravdano protiviti zakonodavnoj odluci po bilo kom osnovu, osim kad odluka nije u službi opšte dobrobiti. Ovo ocenjuje kao posledicu negativnog nasleđa koje potiče od Bentama po kome prirodna prava predstavljaju ontološki luksuz i stoga "nemaju mesta u empirijskoj metafizici dostojnoj poštovanja"<sup>13</sup>.

Uzimajući kao polazište stav da se teorije prirodnih prava oslanjaju na sablasna bića kao što su kolektivna volja, nacionalni duh, ili druge sumnjive entitete, vladajuća teorija odbacuje ideju prirodnih prava pojedinaca<sup>14</sup>. Ideja individualnih prava koju Dvorkin zastupa ne podrazumeva i ne predstavlja "pozivanje ni na kakve sablasne forme; u stvari, ta ideja nije različitog metafizičkog karaktera u odnosu na glavne ideje same vladajuće teorije. Ona, naime, parazitira na dominantnoj ideji utilitarizma, a to je ideja kolektivnog cilja zajednice kao celine"<sup>15</sup>. Stoga, individualna prava smatra "političkim adutima" koje pojedinci smeju koristiti protiv kolektivnih ciljeva društva ili zajednice kao celine<sup>16</sup>. Dvorkin tvrdi da fundamentalna svrha prava nije obezbeđenje konsenzusa ili efikasnog ostvarenja društvenih ciljeva, već da ono bude etičko, odnosno, da realizuje zahtev da politička zajednica deluje na koherentan i principijelan način prema svim svojim pripadnicima. Pri tome, zauzima stanovište da je temeljno i aksiomatsko pravo

---

<sup>10</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, Beograd, 2001, 7.

<sup>11</sup> Za uticajnu kritiku Dvorkinove teorije individualnih prava vidi, Raz, J.: Professor Dworckin's Theory of Rights, *Political Studies* 26, 1978.

<sup>12</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 11.

<sup>13</sup> Isto, 12.

<sup>14</sup> Isto.

<sup>15</sup> Isto.

<sup>16</sup> Dworkin, R.: *Rights as Trumps*, u Waldron, J. (ed.): *Theories of Rights*, Oxford, 1984.

pojedinaца pravo na jednakost tj. pravo na jednaku brigu i poštovanje koje svim ljudskim bićima pripada, ne na osnovu rođenja, prirode, zasluge, ili izvrsnosti, već na osnovu sposobnosti da planiraju i budu pravedni. Stav da je pravo na jednakost tj. jednaku brigu i poštovanje temeljno pravo iz koga proizilaze i kolektivni ciljevi i sva ostala individualna prava, Dvorkinovu koncepciju čini liberalno-egalitarskičkom.

### *“Ozbiljno” shvatanje individualnih prava*

Usled njenog izraženog skepticizma prema individualnim pravima osnovna Dvorkinova primedba vladajućoj teoriji prava bila je da ne uzima prava “ozbiljno”<sup>17</sup>. Ovaj skepticizam je posledica Bentamovog uticajnog stanovišta po kome ne postoje prava bez zakona, niti ona koja su suprotna zakonu niti koja prethode zakonu, te da su prava isključivo plodovi zakona i eksplicitnog zakonodavstva. Pravni pozitivizam je tako protiv ideje da zakonom zagarantovana prava mogu postojati pre bilo kog oblika zakonodavstva. Drugim rečima, njime se odbacuje ideja da pojedinci ili grupe mogu imati prava pri presuđivanju koja se razlikuju od onih predviđenih u zbirci izričitih pravila koja čine celinu prava zajednice. Utilitarizmom se, pak, odbacuje ideja da politička prava mogu postojati pre zakonskih tj. da građani mogu opravdano protestovati protiv zakonodavne odluke po bilo kom osnovu osim onom da odluka u stvari ne služi opštoj dobrobiti<sup>18</sup>. Pravni pozitivizam predstavlja teoriju “prema kojoj pojedinci poseduju zakonska prava samo ukoliko su ona nastala izričitom političkom odlukom ili na osnovu određene društvene prakse”<sup>19</sup>. Utilitarizam Dvorkin smatra skeptičkom zamisli o pravu, jer odbacuje izvorna nestrateska zakonska prava tj. “poriče da ljudi uopšte imaju zakonska prava”<sup>20</sup>. Stanovište da je ukupno poboljšanje dobrobiti u društvu dovoljno opravdanje za kršenje individualnih prava, pokazuje da utilitarizam ne shvata ozbiljno individualna prava. Pozitivističko ne prihvatanje ideje da postoje neka moralna prava koja prethode, u moralnom smislu, zakonu, neka pred-zakonska prava, kao i utilitarističko ne prihvatanje individualnih prava u celosti, osim ukoliko ona doprinose ukupnoj prosečnoj društvenoj dobrobiti, navode Dvorkina na zaključak da ove teorije a time i vladajuća teorija usled skepticizma prema individualnim pravima, ne shvataju prava ozbiljno.

<sup>17</sup> Dvorkin, R.: *Carstvo prava*, Beograd, 2003, 174.

<sup>18</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 12.

<sup>19</sup> Isto, 13.

<sup>20</sup> Dvorkin, R.: *Carstvo prava*, 166.

To smatra ozbiljnim nedostatkom, budući da se individualna prava u pravnoj teoriji i praksi moraju uzimati, shvatati i zastupati ozbiljno. Dvorkinova teorija je utemeljena na ideji da ozbiljno shvaćena i zastupana individualna prava čine centralno mesto pravne teorije i “tvrđi da je celo pravo zapravo sačinjeno od pitanja o pravima i dužnostima pojedinaca”<sup>21</sup>. Kao neskeptička teorija o zakonskim pravima koja drži da individualna prava ne proizilaze iz slova zakona već da “ljudi kao zakonska prava imaju sva prava koja jemče oni principi koji pružaju najbolje opravdanje prakse kao celine”<sup>22</sup>, Dvorkinova teorija, za razliku od vladajuće, individualna prava shvata ozbiljno. Pod ozbiljnim shvatanjem individualnih prava on podrazumeva pridržavanje jedne koherentne teorije o tome koja su to prava, odustajanje od načela da građani nikad nemaju pravo da prekrše zakon, kao i definisanje individualnih prava građana tako da se ona ne mogu oduzeti na osnovu pretpostavke o opštem dobru. Zakon će biti vredan poštovanja samo ukoliko ozbiljno uzima, garantuje i štiti individualna prava, u protivnom pravo se neće razlikovati od uređene brutalnosti. To Dvorkina navodi na zaključak da ukoliko se individualna prava ne shvate ozbiljno, onda se “neće ozbiljno shvatiti ni pravo”<sup>23</sup>. Ovo govori o značaju koji on pridaje ozbiljnom shvatanju individualnih prava. Stoga, ova ideja predstavlja centralno mesto u Dvorkinovoj teoriji.

### *Prava kao aduti*

Individualna prava ili prava pojedinaca Dvorkin shvata kao “adute protiv nekog pozadinskog opravdanja političkih odluka koje zajednici kao celini određuje cilj”<sup>24</sup>. Ona su “politički aduti u rukama pojedinaca” koje oni smeju koristiti protiv kolektivnih ciljeva društva ili zajednice kao celine<sup>25</sup>. Koriste se onda kada kolektivni cilj ne pruža dovoljno opravdanje za poricanje ili ograničavanje onoga što pojedinci čine ili za nanošenje gubitka ili štete pojedincu. Individualna prava zasnivaju se na principijelnim argumentima, za razliku od kolektivnih ciljeva koji su utemeljeni na političkim argumentima. Političko pravo Dvorkin određuje kao individualizovani politički cilj. To objašnjava na sledeći način: “Pojedinac ima pravo na ostvarenje neke mogućnosti, na resurs ili slobodu ukoliko to ide u prilog političke odluke za koju je verovatno da će unaprediti ili zaštititi stanje stvari u kome takav pojedinac uživa pravo, čak i ako to ne služi ni jednom drugom

---

<sup>21</sup> Đurković, M.: *Poredak, moral i ljudska prava*, Beograd, 2001, 78.

<sup>22</sup> Dvorkin, R.: *Carstvo prava*, 166.

<sup>23</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 255.

<sup>24</sup> Dvorkin, R.: *Prava kao aduti*, u Matulović, M.: *Ljudska prava*, Rijeka, 1992, 93.

<sup>25</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 12.

političkom cilju i ako šteti nekim drugim političkim ciljevima; on to pravo ima i ako je ono upereno protiv te odluke, ukoliko će to unazaditi ili ugroziti to stanje stvari, čak i ako bi se time poslužilo nekom drugom političkom cilju<sup>26</sup>. Prava su aduti koje pojedinac ima na raspolaganju u cilju zaštite svojih legitimnih interesa kako oni ne bi bili potčinjeni ili prevladani kolektivnim ciljevima.

Ideju individualnih prava opravdava pomoću konstruktivističkog modela moralnosti<sup>27</sup> koji preuzima od Džona Rolsa<sup>28</sup>. Individualna prava u Dvorkinovoј teoriji su prirodna prava u smislu da ona nisu proizvod nekog zakonodavstva, konvencije ili hipotetičkog ugovora. On izbegava izraz “prirodna prava” budući da “on za mnoge ljude ima omalovažavajući prizvuk. Takvi misle da su prirodna prava sablasni atributi za koje se pretpostavlja da ih nose primitivni ljudi kao amajlije, koje unose u civilizaciju da bi se zaštitili od tiranije<sup>29</sup>. Stoga se opredelio za konstruktivni model<sup>30</sup>, pošto njegova teza o prirodnim pravima nije metafizički ambiciozna tj. nije utemeljena na pretpostavci o posebnoj metafizičkoj prirodi tih prava. Ideja prirodnih prava pojedinaca “ne zahteva više od hipoteze da je najbolji politički program, u okvirima ovog modela, onaj koji zaštitu određenih izbora pojedinca uzima kao primarnu, a ne kao prikladno podređenu nekom cilju, dužnosti ili njihovoj kombinaciji ... Razume se da se svakom teorijom zasnovanom na konkretnim pravima mora govoriti o pravima koja nisu proizvod promišljenog zakonodavnog rada ili izričitog društvenog običaja, već nezavisan osnov za prosuđivanje i zakonodavstva i običaja<sup>31</sup>.”

Politička prava shvata kao pretenzije pojedinca koje su nadmoćne u odnosu na neko uobičajeno kolektivno opravdanje. Priznanje prioriteta individualnom političkom pravu u odnosu na kolektivno opravdanje posledica je Dvorkinovoг shvatanja individualnih prava. Naime, da bi individualno pravo uopšte to bilo neophodno je, po njemu, da bude “bar neznatno jače od opšteg kolektivnog opravdanja<sup>32</sup>”. Političko pravo se pojedincu priznaje samo ukoliko su razlozi da

<sup>26</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 125.

<sup>27</sup> Konstruktivistički model moralnosti ljudska prava smatra objektivnim činjenicama usled toga što subjekti veruju u ljudska prava i članovi su zajednice čija većina pripadnika veruje u ta prava.

<sup>28</sup> Vidi, Rawls, J.: Kantian Constructivism in Moral Theory, *The Journal of Philosophy* 87 (9), 1980, 515-572; Rols, Dž.: *Teorija pravde*, 52.

<sup>29</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 222.

<sup>30</sup> Za prihvatanje konstruktivizma u teoriji ljudskih prava, vidi Dworkin, R.: *Suština individualnih prava*, 193-229; Martin, R.: *Rawls and Rights*, Lawrence, 1985, 25-26, 187-189; Nielsen, K.: *Equality and Liberty. A Defense of Radical Egalitarianism*, Totowa, 1985, 13-42; Nino, C.S.: *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991.

<sup>31</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 223.

<sup>32</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 447.



mu se dodeli ono što zahteva dominantniji od uobičajenog opravdanja koje se poziva na kolektivnu dobrobit.

Iako prava nisu apsolutno bezuslovna ona, po njemu, moraju biti tretirana kao bezuslovna što znači da u normalnim situacijama ona ne mogu biti prevladana bilo kojim kolektivnim ciljem, niti ukinuta pozivanjem na bilo koji uobičajeni rutinski cilj političke administracije, dok je narušavanje ili suspendovanje individualnih prava moguće samo izuzetno, u urgentnim situacijama. Međutim, karakter političkog cilja, odnosno, njegovo svojstvo političkog prava ili svrhe zavisi prvenstveno od njegovog mesta i funkcije u pojedinačnoj političkoj teoriji. "Istom frazom se može opisati i pravo u okviru jedne teorije i cilj u okviru druge, što važi i za pravo koje je apsolutno ili čvrsto u jednoj teoriji, ali srazmerno slabo u drugoj. Ako se javni službenik u svojoj praksi, bar intuitivno, drži bilo kakve koherentne političke teorije, da bi opravdao pojedinačne odluke koje donosi, onda se ovom teorijom priznaje širok raspon različitih tipova prava uređenih na način kojim se okvirno pripisuje relativna vrednost ovakvim pojedinačnim pravima"<sup>33</sup>.

Tako Dvorkin pravi razliku između pozadinskih, osnovnih i institucionalnih prava. Pozadinskim pravima obezbeđuje se opravdanje za političke odluke koje donosi apstraktno društvo i njih individua ima prema društvu ili zajednici kao celini. Institucionalnim pravima "obezbeđuje se opravdanje odluka koje donosi neka posebna i specifična politička institucija"<sup>34</sup> i njih individua ima prema nekoj društvenoj instituciji. Osnovna ili primarna prava individue imaju u odnosu na odluke koje donosi zajednica ili društvo kao celina, dok su institucionalna prava koja se koriste protiv odluka posebnih društvenih ustanova. Zakonska prava smatra posebnom vrstom institucionalnih prava koja individua ima prema sudu, kao društvenoj ustanovi da izdejstvuje sudsku odluku u svoju korist. U komplikovanim slučajevima sudija potvrđuje ili poriče konkretna, institucionalna i zakonska prava. Dvorkin tvrdi da sudije priznaju i štite zakonska prava pojedinaca i da im je to obaveza, te stoga svoje odluke zasnivaju za principijelnim a ne političkim argumentima. Prema Dvorkinovoj tezi o pravima, sudska presuda predstavlja osnaženje postojećih političkih prava. On razlikuje i apstraktna i konkretna individualna prava i samim tim apstraktne i konkretne principe, jer individualna prava ne proizilaze iz slova zakona, već iz principa. Apstraktno pravo se odnosi "na opšti politički cilj čijom se formulacijom ne naznačuje kako bi se ovaj opšti cilj vrednovao ili izgubio vrednost u odnosu na ostale političke ciljeve u posebnim okolnostima"<sup>35</sup>. Konkretno pravo predstavlja "političke ciljeve koji su

---

<sup>33</sup> Isto, 127.

<sup>34</sup> Isto.

<sup>35</sup> Dvorkin, R.: *Sušтина individualnih prava*, 127-128.

mного preciznije određeni kako bi izrazili težinu koju imaju u poređenju sa drugim političkim ciljevima u određenim okolnostima<sup>36</sup>. Kod Dvorkina se mogu uočiti još dve značajne distinkcije kada je reč o pravima. Tako razlikuje prava prema državi i prava prema sugrađanima. Pod pravom prema državi podrazumeva pravo koje “opravdava političke odluke koje zahtevaju delovanje nekog vladinog organa”, dok pravo prema sugrađanima “opravdava odluke kojima se prisiljavaju određeni pojedinci<sup>37</sup>. Prava deli i na univerzalna i posebna. Univerzalna prava su ona koja politička teorija predviđa za sve pojedince u zajednici, dok su posebna prava data samo jednom delu zajednice ili samo jednom njenom pripadniku. Pretpostavlja da su sva politička prava univerzalna tj. da pripadaju svim članovima zajednice. Uočava se partikularistička univerzalnost<sup>38</sup> što znači da univerzalnost prava Dvorkin ograničava i stavlja u okvir određene političke zajednice. Navedene vrste individualnih prava smatra političkim adutima koji individuama stoje na raspolaganju i koje mogu upotrebiti protiv odluka različitih društvenih institucija, kolektivnih ciljeva<sup>39</sup> društva i zajednice kao celine. To znači da pojedinac “raspoláže dominantnim elementom kad je reč o odlukama koje se opravdavaju kolektivno<sup>40</sup>”.

### *Moralna prava prema državi*

Za razliku od pravnog pozitivizma koji pojedincima priznaje samo zakonska prava koja su nastala izričitom političkom odlukom ili društvenom praksom, Dvorkin im priznaje i specifična zakonodavna prava koja su pretežnija u odnosu na njihova zakonska prava. Polazeći od ideje da pojedinci mogu imati prava prema državi koja su “veća od izričitih zakonskih prava<sup>41</sup>”, on zastupa umevenu teoriju o moralnim pravima u odnosu na državu. Prema ovoj teoriji, čovek ima moralna prava prema državi ukoliko bi država “grešila postupajući sa njim

<sup>36</sup> Isto, 128.

<sup>37</sup> Isto.

<sup>38</sup> Za sličnu ocenu vidi, Đurković, M.: *Poredak, moral i ljudska prava*, 119.

<sup>39</sup> Dvorkinovo stanovište po kome sudija ne sme dozvoliti da politika prevlada nad individualnim pravima usled toga što su prava zasnovana na principima kritikuje Pozner iz razloga što Dvorkin politiku definiše kao kolektivne ciljeve. Pozner smatra da mnogi kolektivni ciljevi, kao što su nacionalni opstanak, javni poredak, prosperitet i socijalna sigurnost, ništa manje ne pripadaju političkoj moralnosti od principa da sa jednakim treba jednako postupati ili da se ne sme sticati korist nedozvoljenim postupcima. Stoga Dvorkinovo razlikovanje politike i principa ocenjuje kao arbitrarno. Opširnije o tome vidi, Posner, R.: *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, 1990, 239.

<sup>40</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 446-447.

<sup>41</sup> Isto, 11.

na određeni način, čak i ako bi bilo u opštem interesu da to čini<sup>42</sup>. Nasuprot velikom broju pravnikâ koji je skeptičan prema moralnim pravima zbog toga što "pretpostavljaju da su prava, ako uopšte postoje, sablasna vrsta stvari koje ljudi poseduju"<sup>43</sup>, Dworkin insistira da građani, bar u Sjedinjenim Američkim Državama imaju neka osnovna prava prema državi, određena moralna prava koja su pomoću Ustava načinjena zakonskim (ustavnim) pravima. Ovakvim shvatanjem moralnih prava ne uvode se "ontološke sablasti", već se "jednostavno ukazuje na pretenziju prava da bude posebna i ograničena vrsta procene o tome šta je ispravno ili pogrešno da država čini"<sup>44</sup>.

Kršenje individualnih prava ne može se opravdati ni opštim interesom, budući da individualno pravo da bi uopšte to bilo mora biti bar neznatno nadmoćnije od opšteg kolektivnog opravdanja<sup>45</sup>. To znači da se snaga teze o pravima sastoji u tome "da pojedinac ima pravo na zaštitu od većine, čak i na teret opšteg interesa"<sup>46</sup>. Uveren je da ustavni sistem Sjedinjenih Američkih Država počiva na posebnoj moralnoj teoriji prema kojoj pojedinci imaju prava u odnosu na državu. Smatra da u ustavnom pravu ne može biti istinskog napretka ukoliko se ne poveže sa odgovarajućom moralnom teorijom o individualnim (moralnim) pravima prema državi<sup>47</sup>. Stoga se Dworkin, nasuprot pravnicima koji se užasavaju "zagađenja" ustavnog prava moralnom filozofijom i koji u pojmu individualnih prava nalaze sablasni prizvuk koji ih opominje na groblje razuma, zalaže za sjedinjavanje ustavnog prava i moralne teorije<sup>48</sup>. Naglašava da nisu sva zakonska, ni ustavna prava, moralna prava prema državi. Samo su ona ustavna prava koja su osnovna tj. temeljna, kao što je pravo na slobodu govora, u smislu da je pogrešno ograničavati ih od strane vlasti, čak i kada bi njihovo ograničenje bilo u opštem interesu, predstavljaju moralna prava prema državi. Naravno, to ne znači da nikada nije opravdano da država pređe preko moralnih prava građana tj. da ih ograniči. Moralno pravo građana prema državi može se ukinuti ili ograničiti od strane države samo izuzetno, ukoliko je to nužno za zaštitu prava drugih, ili da bi se sprečila neka katastrofa. Država ne može pogaziti ova prava na osnovu nekih minimalnih razloga, niti zbog opšteg interesa ili sveukupne dobiti za zajednicu. Osnov ogra-

---

<sup>42</sup> Isto, 180.

<sup>43</sup> Isto.

<sup>44</sup> Isto.

<sup>45</sup> Isto, 447.

<sup>46</sup> Isto, 189.

<sup>47</sup> Opširnije o tome vidi, Dworkin, R.: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, 1996.

<sup>48</sup> Dworkin, R.: *Suština individualnih prava*, 192.

ničenja ili ukidanja prava ne može biti opšte dobro. Opravdan osnov za sužavanje prava jeste kolizija individualnih prava<sup>49</sup>, odnosno, situacija kada su individualna prava suprotstavljena – tako da jedno pravo ugrožava drugo. Individualno pravo ne može se redukovati zbog toga što je u koliziji sa moralnim pravom demokratske većine da radi šta hoće. Moralno pravo prema državi mora biti “pravo da se nešto čini čak i kad većina misli da bi to bilo pogrešno, i čak i kad bi većini bilo lošije zato što je to učinjeno”<sup>50</sup>. Usled toga, prava većine ne mogu biti opravdan razlog suženja ili ukidanja moralnih prava pojedinaca prema državi. Ovo objašnjava na sledeći način: “Ako sad kažemo da društvo ima pravo da čini sve što je za opštu korist ili da ima pravo da sačuva svaku vrstu okruženja u kojoj većina želi da živi, i mislimo da su to vrste razloga koje pružaju opravdanje za ukidanje bilo kojih prava suprotstavljenih vlasti, onda smo ta prava poništili”<sup>51</sup>. Prava većine kao takve ne mogu se prihvatiti kao razlog ograničenja i ukidanja individualnih prava, već samo lična individualna prava pripadnika većine.

Dvorkin ukazuje da su Sjedinjene Američke Države usvojile konstitucionalizam tj. ustavnu teoriju po kojoj većina mora biti ograničena da bi se zaštitila individualna prava pojedinaca. Glavnom karakteristikom liberalnog shvatanja istinskog političkog zajedništva smatra stav da je “demokratiju moguće unaprediti ograničenjem volje većine, i da su u tu svrhu potrebna neka ograničenja koja štite slobodu i jednakost brige za građane”<sup>52</sup>. Kada čovek ima neko posebno moralno pravo u odnosu na državu, onda se podrazumeva da to “pravo opstaje uprkos zakonodavstvu i sudstvu koji mu protivreče”<sup>53</sup>. Ovo stoga što moralna prava individua prema državi predstavljaju njena specifična principijelna prava koja ne mogu biti uključena u opšte kalkulisanje<sup>54</sup> i što predstavljaju njene adute koje može upotrebiti protiv utilitarističke kalkulacije<sup>55</sup>. Možemo zaključiti da nepovredivost individualnih prava proizilazi iz njihove utemeljenosti na principima.

<sup>49</sup> Slično stanovište zastupa Rols po kome osnovne slobode imaju apsolutnu vrednost u odnosu na javna dobra i perfekcionističke vrednosti, koja se ogleda u tome da se zbog njih osnovne slobode nikada ne mogu ograničiti niti uskratiti. Osnovne slobode mogu biti ograničene jedino u slučaju kolizije sa drugim osnovnim slobodama. U ovome se ogleda prioritet slobode. Iscrpnije o tome vidi, Rols, Dž.: *Teorija pravde*, 71 i dalje.

<sup>50</sup> Dvorkin, R.: *Sušтина individualnih prava*, 242.

<sup>51</sup> Isto.

<sup>52</sup> Dvorkin, R.: *Sloboda, jednakost i zajedništvo*, 294.

<sup>53</sup> Isto, 245.

<sup>54</sup> Slično shvatanje da osnovne slobode ne mogu biti predmet pogađanja ili kalkulacije društvenih interesa zastupa i najpoznatiji kritičar utilitarizma Rols. Upoređi, Rols, Dž.: *Teorija pravde*, 42-47.

<sup>55</sup> Đurković, M.: *Poredak, moral i ljudska prava*, 150.

Iako prava predstavljaju funkcije kolektivnog cilja ona moralno prethode kolektivnim ciljevima i zato im ne mogu biti podređena niti njima prevladana. Zato, instituciju individualnih (moralnih) prava prema državi Dvorkin određuje kao složenu i problematičnu praksu koja “vladin posao ostvarenja opšte koristi čini težim i skupljim i koja bi bila površna i pogrešna ukoliko ne služi nekom cilju”<sup>56</sup>. Ozbiljno shvatanje individualnih prava, kao i ideja o moralnim pravima individua prema državi podrazumeva, po njemu, prihvatanje dve ideje. To su ideja ljudskog dostojanstva i političke jednakosti. Prema tome, koncepcija moralnih prava pojedinaca prema državi ima za cilj ostvarenje ljudskog dostojanstva i političke jednakosti građana. Stoga, ustanovu individualnih prava Dvorkin smatra ključnom, budući da “predstavlja obećanje većine manjinama da će njihovo dostojanstvo i jednakost biti poštovani”<sup>57</sup>.

*Pravo na jednaku brigu i poštovanje kao fundamentalno  
i aksiomatsko pravo*

Polazeći od stava da se političke odluke mogu opravdati na osnovu ciljeva (dobara), dužnosti ili prava, Dvorkin klasifikuje političke teorije na: ciljno zasnovane, dužnosno zasnovane i političke teorije zasnovane na pravima<sup>58</sup>. Za razliku od ciljno zasnovanih teorija koje se bave blagostanjem pojedinca samo ukoliko to doprinosi nekom stanju stvari koje je postavljeno kao dobro, potpuno nezavisno od njegovog izbora tog stanja stvari, u teorijama zasnovanim na pravu i dužnosno zasnovanim teorijama pojedinac ima centralno mesto, te se njegovom ponašanju ili odlukama pridaje temeljni značaj. Dok ciljno zasnovane teorije prednost daju opštem interesu zajednice kao celine, teorije zasnovane na pravima i dužnosno zasnovane prednost daju interesima pojedinca. Međutim, položaj pojedinca je bitno različit u dužnosno zasnovanim teorijama i onim zasnovanim na pravima. Naime, dužnosno zasnovane teorije pojedincu nameću određeni kodeks ponašanja kao suštinu kome se on mora pokoravati ili biti sankcionisan. Nasuprot njima, teorije zasnovane na pravima<sup>59</sup> određeni kodeks ponašanja tretiraju kao sredstva nužna za zaštitu prava drugih, one “pretpostavljaju i štite vrednost indi-

---

<sup>56</sup> Dvorkin, R.: *Sušтина individualnih prava*, 247.

<sup>57</sup> Isto, 255.

<sup>58</sup> Dvorkin, R.: *Sušтина individualnih prava*, 217.

<sup>59</sup> Za zanimljivu analizu pitanja da li moralna teorija može biti utemeljena na pravu i stanovište da je to moguće tj. da je moralnost utemeljena na pravu vidi, Mackie, J.L.: Can There be a Right-Based Moral Theory?, *Midwest Studies in Philosophy*, 3, 1978, 350.

vidualnog mišljenja i izbora”<sup>60</sup>. Usled toga, Dvorkin se opredelio za teoriju zasnovanu na pravima<sup>61</sup>, budući da je njena osnovna ideja da pojedinci imaju interes da budu ovlašćeni da štite svoja prava ukoliko to žele. Teorija zasnovana na konkretnim pravima mora shvatati prava ne kao proizvod promišljenog zakonodavnog rada ili izričitog društvenog običaja, već kao nezavisan osnov za prosuđivanje i zakonodavstva i običaja. Ona mora biti utemeljena na jednom osnovnom i temeljnom pravu, apstraktnom pravu. Dvorkinova teorija individualnih prava zasnovana je na pravu na jednakost tj. pravu na jednaku brigu i poštovanje. Ovo pravo je temeljno i aksiomatsko pravo, “apstraktnije nego standardno shvatanje jednakosti, osobeno za pojedine političke teorije”<sup>62</sup>. Činjenica da Dvorkin osnovnim i temeljnim pravom smatra pravo na jednakost tj. pravo na jednaku brigu i poštovanje, a ne pravo na slobodu koje je tradicionalna politička filozofija liberalizma tretirala kao osnovno, njegovu koncepciju čini liberalno-egalitarski. Dvorkinov egalitarizam najviše dolazi do izražaja u stavu da u bilo kom užem značenju izraza pravo, koje bi bilo kompetitivno sa pravom na jednakost, ne postoji bilo kakvo opšte pravo na slobodu kao takvu<sup>63</sup>.

U Dvorkinovoj teoriji individualnih prava osnovno i temeljno pravo jeste pravo na jednakost tj. pravo na jednaku brigu i poštovanje. Iz njega kao osnovnog prava izvode se ostala individualna prava i kolektivni ciljevi. Autoritet kolektivnih ciljeva i individualnih prava proizilazi iz apstraktnog prava na jednaku brigu i poštovanje. Ono je toliko fundamentalno “da se ne uklapa u opštu karakterizaciju individualnih prava shvaćenih kao prednost u odnosu na kolektivne ciljeve, osim u graničnim slučajevima, jer je ono izvor i opšteg autoriteta kolektivnih ciljeva i posebnih ograničenja tog autoriteta kojima se opravdavaju pojedinačna prava”<sup>64</sup>. Pravo na jednaku brigu i poštovanje pripada svim ljudima kao ljudskim bićima sposobnim da prave planove i deluju pravedno. Uveren je da je glavni razlog udruživanja ljudi u političku zajednicu upravo njihov osećaj da jedni prema drugima treba da postupaju pravedno<sup>65</sup>.

Za Dvorkina osnovno pravo i vrhovna vrednost jeste jednakost brige i poštovanja, a ne sloboda. Kritikuje apstraktno pravo na slobodu ističući da opšte,

<sup>60</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 218.

<sup>61</sup> Za suprotno shvatanje da moralnost nije utemeljena na pravu i gledište o pluralističkom shvatanju moralnosti vidi, Raz, J.: *Right-Based Moralities*, u Waldron, J. (ed.): *Theories of Rights*, 1985, 182-200.

<sup>62</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 227.

<sup>63</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 331.

<sup>64</sup> Isto, 16.

<sup>65</sup> Dvorkin, R.: *Sloboda, jednakost i zajedništvo*, 287.

generalno ili rezidualno pravo na slobodu, zapravo, ne postoji<sup>66</sup>. Ideju o opštem, generalnom pravu na slobodu, kako su je zastupali mnogi liberalni mislioci, uključujući i Tomasa Džefersona<sup>67</sup>, ocenjuje kao apsurdnu<sup>68</sup>. Negira postojanje opšteg prava na slobodu koja je u sukobu sa ostalim vrednostima (pravima), prvenstveno sa jednakošću. Smatra očiglednim da ne postoji opšte pravo na slobodu kao takvu. Priznaje političko pravo na slobodu samo u slabo izraženom smislu tog prava, tako da se tzv. pravo na slobodu uopšte ne može nadmetati sa jačim pravima, kakvo je pravo na jednakost<sup>69</sup>. Zbog toga zaključuje da “u nekom izražnijem smislu prava koje se, pak, može nadmetati sa pravom na jednakost, generalno pravo na slobodu uopšte ne postoji”<sup>70</sup>. Pravi razliku između opšteg prava na slobodu i prava na posebne, osnovne slobode. Razlika među njima je razlika u karakteru, a ne u stepenu.

Kada se razlika između osnovnih i ostalih sloboda shvati na ovaj način, onda se pojam generalnog prava na slobodu kao takvu u potpunosti odbacuje. To objašnjava na sledeći način: “Ako pravo na osnovne slobode imamo ne zato što je reč o tome da je roba slobode na neki način posebno u opasnosti, već zato što nas napad na osnovne slobode vređa i ponižava na jedan način koji ne utiče na slobodu; u tom slučaju ono na šta imamo pravo nije uopšte sloboda, već se odnosi na vrednosti, interese ili ugled koji to posebno ograničenje poništava”<sup>71</sup>. Negira postojanje opšteg prava na slobodu, ali priznaje prava na specifične, posebne slobode, kao što su sloboda govora<sup>72</sup>, veroispovesti, udruživanja i sl. Pri tome se ove posebne slobode, po mišljenju Dworkina, ne izvode iz apstraktnijeg opšteg prava

---

<sup>66</sup> Dworkin, R.: *Suština individualnih prava*, 328.

<sup>67</sup> Tomas Džeferson bio je autor većeg dela *Deklaracije o pravima Virdžinije* usvojene juna 1776. godine, a potom i jedan od glavnih tvoraca američke *Deklaracije nezavisnosti* donete 04. jula iste godine, koja proglašava očiglednim istinama da su svi ljudi stvoreni jednaki i da ih je njihov Tvorac obdario neotuđivim pravima u koja spadaju: život, sloboda i traženje sreće. Vidi, *Deklaracija nezavisnosti*, u Dženkins, F.: *Istorija SAD*, Beograd, 2002, 245-247.

<sup>68</sup> Dworkin, R.: *Suština individualnih prava*, 328.

<sup>69</sup> Iscrpnije o Dworkinovom shvatanju jednakosti kao vrhovne vrednosti i aksiomatskog prava i odnosu sa slobodom vidi, Dworkin, R.: *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard, 2000.

<sup>70</sup> Dworkin, R.: *Suština individualnih prava*, 331.

<sup>71</sup> Isto, 333.

<sup>72</sup> O značaju koji Dworkin pridaje pravu na slobodu govora vidi, Dworkin, R.: *Free Speech and its Limits*, *The New York Review of Books*, 1992; Dworkin, R.: *Why Must Speech Be Free*, u Dworkin, R.: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard, 1996; Dworkin, R.: *Free Speech, Politics and the Dimensions of Democracy*, u Dworkin, R.: *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*.

na slobodu kao takvu, već iz samog prava na jednakost tj. prava na jednaku brigu i poštovanje. Budući da ne postoji opšte pravo na slobodu i da su posebne slobode izvedene iz prava na jednakost, ne postoji ni opšti sukob između slobode i jednakosti. Iz ovoga proizilazi da Dvorkin individualna prava, posebne slobode, kao i kolektivne ciljeve utemeljuje i izvodi iz osnovnog i temeljnog prava na jednaku brigu i poštovanje. To se može zaključiti iz njegovog stava da "ideja da prava pojedinca mogu voditi sveopštoj koristi, može i ne mora biti istinita, ali je to bez značaja za odbranu prava kao takvih, jer kad kažemo da neko ima pravo da slobodno iznosi svoje mišljenje, podrazumevamo da on ima pravo da to čini iako to ne bi bilo u opštem interesu"<sup>73</sup>. Dakle, individualna prava on ne izvodi iz teze o korisnosti, već iz apstraktnog prava na jednaku brigu i poštovanje, kao temeljnog i aksiomatskog prava.

Ovo apstraktno pravo na jednaku brigu i poštovanje obuhvata dva različita prava. Prvo je pravo na jednako postupanje pod kojim se podrazumeva pravo na jednaku raspodelu neke mogućnosti, resursa ili opterećenja. Ovo je distributivna jednakost. Drugo je pravo na postupanje kao sa jednakim, pod kojim se ne podrazumeva pravo na jednaku raspodelu dobara i mogućnosti, već pravo na jednaku brigu i uvažavanje pri donošenju političkih odluka o tome kako da se ta dobra i mogućnosti raspodele. Ovde je reč o motivacionoj jednakosti<sup>74</sup>. Iz ovoga proizilazi da Dvorkinovo pravo na jednaku brigu i poštovanje obuhvata i obezbeđuje oba vida jednakosti: distributivnu i motivacionu jednakost. Pravo na postupanje kao sa jednakim smatra osnovnim, dok je pravo na jednako postupanje izvedeno i ono važi samo u posebnim okolnostima u kojima ono proizilazi iz nekog osnovnijeg prava. Pravo na postupanje kao sa jednakim ne podrazumeva uvek i jednakost postupaka tj. jednak tretman<sup>75</sup>. Budući da je pravo na postupanje kao sa jednakim osnovno, ostala individualna prava, kao i prava pojedinaca na posebne slobode priznaće se samo ukoliko ovo osnovno pravo zahteva njihovo poštovanje.

Iako mu je intencija bila da razvije shvatanje liberalizma ukorenjenog u etički individualizam, koji ujedinjuje slobodu, jednakost i zajedništvo<sup>76</sup> na način da se ove vrednosti uzajamno učvršćuju, Dvorkin je formulisao liberalnu pravnu teoriju utemeljenu na doktrini jednakosti i egalitarne moralnosti. Za razliku od liberalizma zasnovanog na neutralnosti, za koji je vrhovna liberalna vrednost sloboda i koji kao fundamentalni princip uzima moralnu neutralnost te podržava samo one egalitarističke mere koje su rezultat ovog principa, liberalizam uteme-

<sup>73</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 333.

<sup>74</sup> Dvorkin, R.: *Sloboda, jednakost i zajedništvo*, 277.

<sup>75</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 282.

<sup>76</sup> Dvorkin, R.: *Sloboda, jednakost i zajedništvo*, 276.



ljen na jednakosti kao fundamentalni princip uzima jednakost građana i insistira na moralnoj neutralnosti samo do onog stepena koji jednakost zahteva.

Budući da Dvorkinova koncepcija liberalnog egalitarizma počiva na pravu na jednaku brigu i poštovanje kao osnovnom i aksiomatskom pravu, iz koga ne proizilaze samo individualna prava, već i kolektivni ciljevi zajednice kao celine, jednakost ima prioritet u odnosu na slobodu i moralnu neutralnost. Usled toga, smatra da država, da bi bila pravedna, mora na određene načine biti intervencionistička<sup>77</sup> tj. mora tretirati ljude kao jednake u smislu poštovanja njihovog osećaja jednake vrednosti. Zauzima stanovište po kome država ne može nametnuti žrtvovanje ili ograničenje bilo kom građaninu koje on ne bi mogao prihvatiti bez napuštanja svog osećaja jednake vrednosti<sup>78</sup>. Naime, "država mora postupati sa onima nad kojima vlada brižljivo to jest, kao sa ljudskim bićima koja mogu da pate i da budu uskraćena u svojim htenjima a takođe i sa uvažavanjem to jest, kao sa ljudskim bićima sposobnim da stvore i sprovedu u delo racionalnu zamisao o tome kako treba da žive svoj život. Država mora postupati sa ljudima ne samo brižljivo i sa uvažavanjem, nego i sa jednakom brigom i uvažavanjem"<sup>79</sup>.

Jednakost smatra tradicionalnom liberalnom vrednošću koja je fundamentalna, dok je sloboda derivativna, izvedena vrednost<sup>80</sup>. Prvenstvo daje jednakosti kao vrhovnoj liberalnoj vrednosti. Pri tome, jednakost je shvaćena kao pravo svakog pojedinca na jednako dostojanstvo, brigu i uvažavanje, jednak pristup društvenim resursima, jednak osećaj samopoštovanja i vrednosti. Država mora tretirati građane kao jednake, sa jednakom brigom, jednakim mogućnostima da ostvare svoju sreću i jednakim šansama za uspeh, jer samo na taj način, po Dvorkinu, pojedinci mogu imati osećaj posvećenosti i participacije u svom društvu. Stoga i pravo mora karakterisati moralna neutralnost, ali samo u meri u kojoj se ispunjava zahtev jednakosti.

---

<sup>77</sup> Nielsen, K.: *Equality and Liberty: A Defense of Radical Egalitarianism*, New Jersey, 1985, 293.

<sup>78</sup> Dworkin, R.: Why Liberals Should Believe in Equality, *The New York Law Review*, Vol. 30, No. 1, 1983.

<sup>79</sup> Dvorkin, R.: *Suština individualnih prava*, 335.

<sup>80</sup> Za iscrpniju kritičku analizu Dvorkinovog shvatanja odnosa slobode i jednakosti vidi, Ripstein, A.: *Liberty and Equality*, u Ripstein, A. (ed.): *Ronald Dworkin*, Cambridge, 2007, 82-108.

SANJA ĐURĐIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Legal and Business studies  
Novi Sad, University UNION, Belgrade

TAKING INDIVIDUAL RIGHTS SERIOUSLY  
– The central imperative of legal theory and practice

Summary

This paper analyzes Ronald Dworkin's theory of individual rights, one of the most important contemporary philosophers of law. The task that Dworkin sets himself is the definition and exposition of a truly liberal theory of law, as opposed to the pseudo-liberal theory which he sees in the union of legal positivism and utilitarianism. The fundamental concept in Dworkin's theory is that of a "right," and he bases his criticism of the pseudo-liberal theory on its rejection of the notion that individuals can have rights against the state that are prior to rights created by explicit legislation. According to him, individual rights are political trumps held by individuals. Dworkin discusses the relationship between liberalism and that other great ideal of modern democratic theory, equality. He offers us the particular species of modern liberalism he favours, namely liberalism based on equality.

## KORENI IDEJE DRUŠTVENOG UGOVORA

### U V O D

Teorija društvenog ugovora je danas aktuelna gotovo isto kao i u vreme njenog nastanka. Tome u najvećoj meri doprinose promenjene društvene okolnosti koje zahvataju čitave zajednice, pa neizbežno i sve aspekte života pojedinca. Zapravo, kontinuitet promena i sama suština društvenog ugovora obezbeđuju tom pravno-političkom konceptu novi život. Iako je teorija nastala u 18. veku, pisci su neretko tražili korene u najstarijim periodima ljudske civilizacije, pomno ispitujući antičke izvore i pokušavajući da u pronađenim fragmentima prepoznaju začetke društvenog ugovora. Takva delatnost povezana je sa nekoliko poteškoća. Najpre, oskudnost sačuvanih izvora, pa npr. za većinu grčkih sofista izvor predstavljaju Platonova i Aristotelova dela. Oni su, međutim, imali prilično drugačiji stav od sofista i postavlja se pitanje autentičnosti misli koje se pripisuju pojedinim sofistima, odnosno, da li su to njihove reči ili su jednostavno one tako interpretirane kako bi najslavniji grčki filozofi osnažili svoju argumentaciju.

Drugi problem koji se pojavljuje je različitost epoha: antičkog sveta, onog u vreme nastanka teorije (18. vek) i današnjeg. Kao što društvene promene nameću stalno preispitivanje tradicionalnih konceptata, tako je velika dilema da li se teorija društvenog ugovora u pravom smislu te reči može pronaći u antici. Sam izraz “teorija društvenog ugovora” ne može se sresti u izvorima, već se uglavnom govo-

ri o “ugovornoj teoriji”. Zapravo, najčešće se samo izvode skromni zaključci da je neki autor mislio o ugovornoj teoriji nastanka društva ili države, na osnovu određenih njegovih reči, za koje se ne zna sa sigurnošću da li su njegove, vrlo često su prenesene od strane nekog drugog autora, pa se samim tim postavlja pitanje da li se zaista može neka istina iz svega toga iznedriti.

Analiza autentičnosti antičkih izvora o društvenom ugovoru je pitanje koje nije predmet ovog istraživanja. Glavni zadatak je da se utvrdi da li se, spram literature koja je dostupna, kod antičkih naroda može govoriti o društvenom ugovoru, ili bar o nekom smislu tog pojma. Pre sofista, čini se da ne može. Istočnjački narodi starog veka su imali shvatanje da je čovek deo zajednice, zajednica je deo prirode, prirodu je stvorio bog i sve u prirodi i zajednici unapred je dato i ne menja se. Na taj način, oni nisu razmišljali kritički već su samo tražili načina da opravdaju već postojeći poredak stvari u prirodi i ljudskoj zajednici. Zbog toga ispitivanje o idejama društvenog ugovora može da započne tek od najznačajnijih grčkih sofista.<sup>1</sup>

#### SOFISTI O IDEJI DRUŠTVENOG UGOVORA

U Platonovoj verziji Protagorinog mita o nastanku države i zajednice ljudi, bogovi su postojali kada smrtni rodovi još nisu.<sup>2</sup> Kada je došlo vreme da postoje, bogovi su ih napravili i zapovedili Prometeju i Epimeteju da svakome dodele ve-

<sup>1</sup> Iako antiteza *fizis* – *nomos* (*φύσις* – *νόμος*) predstavlja prethodno pitanje kako bi se razmatrala sofistička misao, obim rada ne omogućava detaljnije bavljenje tom temom. Grčki filozofi koji su bili pristalice zakona, kreirali su različite antropološke teorije razvitka čovečanstva. Po njima, ljudske nedaće (hladnoća, bolest, glad, napadi divljih zveri i sl.) su nametnule potrebu za udruživanjem radi bezbednosti, obrađivanja zemlje itd. To su, zapravo, prvi koraci civilizovanog života u zajednicama, početak priznavanja prava drugih i uspostavljanja nekakvog zakona i reda. Tvorcima ovih istorijskih teorija su očigledno bili na strani *nomosa*, odbijajući bilo kakvu ideju da su zakoni deo ljudske prirode ili božanstva. Suprotno tome, filozofija koja je u prvi plan isticala *fizis*, razvijala se u dva pravca. Predstavnicima prvog pravca (npr. Kalikle, Trazimah) u istoriji su videli dokaz da je u ljudskoj prirodi da se čovek ponaša sebično i tiranski (ako ima priliku) i da je to ne samo prirodno i neizbežno već i ispravno. Drugi pravac činili su “humanitaristi” (Hipija, Antifont), koji su govorili o idejama jednakosti, kosmopolitizma i jedinstva čitavog čovečanstva. Nakon njenog učvršćivanja, antiteza su preuzeli mnogi grčki filozofi i razvijali je u različitim varijantama. O antitezi *fizis* – *nomos* više kod Guthrie, W. K. C., *The Sophists*, London 1977, 57-129; Vukadinović, G., *Žan Žak Ruso i prirodno pravo*, Novi Sad 2005, 16-18; Hollander, H. W., Holleman, J., “The Relationship of Death, Sin, and Law in 1 Cor 15:56”, *Novum Testamentum*, Vol. 35, Fasc. 3, 1993, 280-284.

<sup>2</sup> Imajući u vidu da je dokumentovan Protagorin agnosticizam, autentičnost ovog mita je sporna. Prvobitno se verovalo da je mit plod Platonovog razmišljanja kako bi najbolje pobio argumente Protagore; neka kasnija istraživanja ukazuju da se zasniva na izgubljenom Protagorinom spisu o počecima ljudske kulture. Više o tome Đurić, M., *Ideja prirodnog prava kod grčkih sofista*, Beograd

štinu kakva mu sleduje. Tako su neki dobili snagu, drugi brzinu; svako je dobio određenu sposobnost za spasenje kako se ne bi koji rod uništio. Čovek je bio na-graden znanjem sa vatrom i tako je stekao mudrost za život.

Međutim, on je bio slabiji od zveri i nije mogao sam da se odbrani, pa se s toga kod svih ljudi, koji su prvobitno živeli rasuto, pojavila potreba da se okupe i čuvaju u gradovima. Ali tada bi činili nepravde jedni drugima jer nisu imali političke veštine (*politike techne*). Zevs se uplašio da će ceo rod propasti pa ljudima radi opstanka posla Hermiju (Hermesa), glasnika bogova, sa darovima stidom i pravdom (*aidos* i *dike*), kao prisnu vezu prijateljstva i to svima podjednako. Tako je nastala državna zajednica. U vezi sa ovim mitom odvija se čitav dijalog jer Protagora tvrdi da se vrline, koje se pojavljuju sa vrednoćom i vežbanjem, mogu naučiti i negovati, što Platon negira. Protagora svoje stavove pokušava da dokaže pozivanjem na činjenicu sankcionisanja nepoželjnog ponašanja: ako neko nema neimarsku ili neku drugu sposobnost, onda će on biti predmet opomena, prekora i kažnjavanja, jer svako se na svakoga ljuti kada nema vrline koje se mogu učenjem steći. Dodatni argument je da se kažnjavanje dešava kako se krivica u budućnosti ne bi ponovila, što dalje govori u prilog da se vrlina može naučiti.<sup>3</sup>

Protagora, dakle, izlaže da su se ljudi okupili u državnu zajednicu sa ciljem da obezbede svoj opstanak.<sup>4</sup> Udruživanje se zasniva na darovima Zevsa, pravdi i stidu. Odvajanje ta dva nije moguće, jer da jeste, darovi ne bi bili potrebni. Tako, čini se, Đurić lepo primećuje da nije dovoljno opravdano Protagorino učenje o nastanku države označiti kao ekstremno individualističko, kako to čine pojedini autori.<sup>5</sup> Razlog tom, kako Đurić vidi, pogrešnom zaključivanju leži u rečenici koja se uobičajeno u literaturi pripisuje Protagori: “Čovek je mera svih stvari.” Prevedeno na moralnu sferu, ova misao ukazuje da svaki čovek sâm odlučuje šta je ispravno, a šta nije.<sup>6</sup> Međutim, baš kao Đurić, i Barker tvrdi da je ovakvo gledište na Protagorinu filozofiju neodrživo. Tačno je da mogu postojati dva pojma o istoj stvari, suprotstavljeni jedan drugome, a da su oba istinita za pojedince čiji su. Ali Protagora je držao da će jedan od ta dva biti “jači” i to zbog određenih ar-

---

1958, 59.; Mulgan, R. G., “Lycophron and Greek Theories of Social Contract”, *Journal of the History of Ideas*, University of Pennsylvania Press, Vol. 40, No. 1, 1979, 124; Guthrie, nav. delo, 234-235.

<sup>3</sup> Barker smatra da je Protagorina argumentacija putem kažnjavanja valjani dokaz da se politička veština može preneti i naučiti. Barker, E., *The Political Thought of Plato and Aristotle*, London 1906, 73.

<sup>4</sup> Ovo shvatanje ima dodirnih tačaka sa kasnijim teorijama Hobsa i Loka.

<sup>5</sup> Đurić, nav. delo, 58-60.

<sup>6</sup> Na ovaj način napravljen je iskorak od objektivne ka subjektivnoj pravnoj misli, a time i ka vrednosno-teorijskom relativizmu. Više kod Vukadinović, G., Stepanov, R., *Uvod u filozofiju prava*, Novi Sad 2004, 16-17.

gumenata. "Jači" pojam je očigledno ispravan, jer iako svaki čovek ima svoje merilo o stvarima, njegov stav mora da bude u skladu sa zajedničkim standardom zdravog razuma. Iz ovoga proizlazi da Protagora nije bio čist individualista koji je smatrao da svaki čovek treba da predstavi svoj pogled na stvari kao jedini mogućí, već empirista koji je držao da zdrav razum treba da dokaže da je nešto ispravno jer se čini da je u skladu sa normalnim rasuđivanjem.<sup>7</sup> I u tom smislu, čini se kao verovatnije da je njegov mit o nastanku države od strane bogova samo jedna stilska figura, a da je povezivanje ljudi zapravo rezultat njihovog razuma i želje da na osnovu nekih osnovnih pravila (stid i pravda) žive udruženo radi zajedničkog cilja: opstanka. Ako se prihvati Protagorin agnosticizam i pominjanje bogova iz čisto literarnih razloga, onda nastanak pravde, kako ističe Mulgan, mora biti rezultat ljudske volje.<sup>8</sup>

Barker iznosi stav da Protagora nije verovao u društveni ugovor, navodeći da su gradovi počivali na nečemu mnogo dubljem od ugovora i da su države, nastale iz tih gradova, nešto mnogo šire od proste ugovorne garancije prava jednih prema drugima. Protagora nije anticipirao Likofrona u postavljanju osnova društvenog ugovora, već Platona i njegovu doktrinu obrazovanja utemeljenu na božanskoj pravdi i svakako je zasnovao državu kao naredbu boga, kao postojeću *iure divino*, a ne kao kreaciju čoveka, postojeću *ex contractu*.<sup>9</sup>

Takođe, Barker navodi da se u činjenici da je Zevs morao da pošalje darove krije duboka istina: prosto sakupljanje ljudi ne formira državu. Ugovor izdat u veštačkoj zajednici, održavan od strane veštačkih zakona, brzo će biti prekršen. Ono što je potrebno je da se postigne svest o stvarima neophodnim za dobar život. U suprotnom, to je samo jedan Frankenštajn osuđen na propast.<sup>10</sup> Načelno, sa ovime se slaže Gatri, ali ne i sa zaključkom u vezi Protagorine "vere" u društveni ugovor. Po njegovom mišljenju, moralne osobenosti koje su omogućile zajednički život bile su neophodni preduslov utemeljenja polisa, a pošto Protagora nije držao da su zakoni rezultat prirode ili bogova, onda mora da je verovao da su rezultat konsenzusa građana koji su za ubuduće smatrali da su njime obavezani.<sup>11</sup>

Pored Protagore, još jedan sofist u čijem se mišljenju mogu pronaći neki elementi razmatranja ugovorne teorije je Kalikle. "Priroda i zakon se najčešće

<sup>7</sup> Barker, E., *Greek Political Theory*, London 1960, 70.

<sup>8</sup> Mulgan, nav. delo, 124.

<sup>9</sup> Barker, E., *Greek Political Theory*, 72. Sličan stav ima i Gof, ističući da je Protagorin zaključak da ljudi nisu sastavili konvencionalna pravila zasnovana na ugovoru, već na pravdi i moralnom osećaju koji su božanskog porekla. Gough, J. W., *The Social Contract*, London 1957, 11.

<sup>10</sup> Barker, E., *The Political Thought of Plato and Aristotle*, 73.

<sup>11</sup> Guthrie, nav. delo, 137.

protive jedna drugom.”<sup>12</sup> Kritikujući Sokrata da je demagog u svojim izlaganjima, Kalikle ističe da je po prirodi ružnije sve što je istovremeno i gore - nepravdu podnositi, a po zakonu je ružnije nepravdu činiti. Trpeti nepravdu u stvari čoveku i ne priliči; to odgovara robu, za koga je smrt bolja od života, jer ako mu neko nanese nepravdu, on ne može da se odbrani. Zakon, naprotiv, stvaraju slabi i gomi-la i to samo radi sebe i svoje koristi: da bi zaplašili jake koji su sposobni da steknu imanje, oni govore da je ružno i nepravedno imati više od drugih i da se neprav-da sastoji baš u tome što neko želi da ima više od svog suseda. Oni sâmi su (sla-bi, nesposobni, prim. I. J.) zadovoljni i sa jednakim, zato što ništa ne vrede. Kali-kle svoje izlaganje završava (pre nego što je naposljetku posavetovao Sokrata da se okane filozofije) rečima da sâma priroda otkriva kako je pravedno ako bolji ima više od goreg, a jači više od slabijeg; pravedno je i ako jači vlada nad slabijim, pa je tako i Kserks krenuo protiv Helade po prirodnom zakonu, a ne po zakonima koje ljudi stvaraju i koji su, po njegovim rečima, “protivprirodni”.<sup>13</sup>

Po Kalikovom shvatanju, demokratska država nije ništa drugo nego organi-zovan savez bezvredne gomile slabića koji ovima jemči zaštitu od svakog nasilja. S obzirom na to da je država ovde očigledno zamišljena kao jedno konvencional-no stanje uspostavljeno svesnim naporom volje i da se zakoni nazivaju “protivpri-rodnim ugovorima ljudi”, pojedini autori postavljaju pitanje da li se Kalikle može smatrati začetnikom teorije društvenog ugovora?<sup>14</sup>

Da bi odgovorio, Đurić povlači paralelu između gore navedenog Protagori-nog i Kaliklovog učenja, ustanovljavajući da postoje bitne razlike. Protagorina po-litička filozofija vezana je za njegovo razmišljanje o nastanku i razvitku kulture, tako da se pitanje o stvaranju države javlja samo u istorijskom kontekstu, bez ispi-tivanja osnova državne vlasti. Kalikle, suprotno, ne istražuje istorijsko poreklo de-mokratije, već samo njene etičke osnove. On bi se stoga sa mnogo više prava mo-gao smatrati začetnikom teorije društvenog ugovora nego Protagora, iako istinski ni obrisi njegove teorije nemaju ničeg zajedničkog sa modernim shvatanjima o toj temi. Štaviše, za Kalikla je društveni ugovor jedan protivpravan akt, jer je njime ustanovljen društveni poredak koji je bitno protivan prirodnoj hijerarhiji. Takav zaključak dolazi kao logička posledica njegovog učenja o prirodnoj nejednakosti ljudi i načelnoj suprotnosti između prirode i konvencije.<sup>15</sup>

U istoj ravni sa Kalikovim shvatanjima nalazi se i Glaukonov stav u Dru-goj knjizi Platonove *Države*. Oslanjajući se na Trazimahove reči, Glaukon pokuša-

---

<sup>12</sup> Platon, *Gorgija*, prevod Mirjana Drašković i Albin Vilhar, Beograd 1968, 129.

<sup>13</sup> Isto, 129-130.

<sup>14</sup> Đurić, nav. delo, 58. Maxey, C. C., *Political Philosophies*, New York 1938, 203-206.

<sup>15</sup> Đurić, nav. delo, 60-61.

va da rasvetli šta je pravičnost i otkuda ona dolazi.<sup>16</sup> On ukazuje da svi ljudi koji postupaju pravično čine to protiv svoje volje, kao da je takvo ponašanje nužno, a ne dobro. Takav osećaj se javlja s pravom, jer je život nepravičnog čoveka mnogo bolji i prijatniji nego život pravičnog. Iako sâm ne želi da razmišlja na takav način (čime donekle zauzima blaži stav od Trazimaha), nalazi se u neprilici jer nikada još nije čuo da se u prilog pravičnosti govori u skladu sa njegovim željama.

Svoje izlaganje Glaukon započinje rečima kako je uobičajeno govoriti da je po prirodi dobro činiti nepravdu, a zlo trpeti nepravdu. Međutim, pošto se iskusi- lo i jedno i drugo, oni koji nisu mogli drugome nepravdu da nanose, niti od dru- gih da je trpe, shvatili su da će najbolje biti ako se dogovore da ubuduće neprav- du ne čine i ne trpe. "Iz toga su onda proizišli zakoni i ugovori, pa je ono što su ti zakoni i ugovori propisivali nazvano pravičnim."<sup>17</sup> U toj sredini između najve- ćeg dobra (da se nepravda nekažnjeno čini) i najvećeg zla (da se na nepravdu ne može odgovoriti osvetom), nalazi se poreklo i suština pravičnosti. Ljudi se prikla- njaju takvoj pravdi ne zato što je ona neko dobro po sebi, već zato što nepravdu ne mogu ni da čine, ni da podnose. "Jer onaj ko nepravdu može činiti i ko je oličenje muškosti, nikada ne bi primao na sebe ugovornu obavezu da nepravdu neće ni či- niti ni trpeti je; primanje takve obaveze bilo bi za njega ludost."<sup>18</sup>

Slično razmišljanje, kako tvrdi Miontonova, ima i Antifont u sačuvanim tek- stovima filozofske rasprave pod nazivom *On Truth*.<sup>19</sup> Pravda podrazumeva da se ne krše zakoni, tj. pojedinac treba da se drži pravde i zakona ako postoje svedo- ci njegovom postupanju; u suprotnom, treba da se ponaša u skladu sa prirodom. Običaji i zakoni su sporedni i dolaze kao rezultat dogovora, sporazuma, ne pri- rodnog razvoja, dok je zakon prirode neizbežan. Ako neko prekrši zakon i pro- đe neopaženo, onda će on izbeći kaznu, a ako bude viđen, neće. Ali ako postupa suprotno prirodnom zakonu, zlo neće biti veće jer su ga svi videli, niti manje jer ga niko nije video.<sup>20</sup> Na osnovu sačuvanih fragmenata nije baš najjasnije koja su to pravila prirode, ali jeste cilj argumentacije: da se diskredituje obaveza poštova-

<sup>16</sup> Halkedonjanin Trazimah je imao slična razmišljanja kao Kalikle i Glaukon. On je tvrdio da pravedno nije ništa drugo nego ono što koristi jačem. Pravda je od koristi onome ko je jači i ko vlada, a šteta onome ko je potčinjen i pokorava se. Više o tome Platon, *Država*, prevod Albin Vilhar i Branko Pavlović, Beograd 2002, 16-22.

<sup>17</sup> Platon, *Država*, 38.

<sup>18</sup> Isto.

<sup>19</sup> O problemu razlikovanja političara i sofista Antifonta videti Đurić, nav. delo, 69-74.

<sup>20</sup> Moulton, C., "Antiphon the Sophist, on Truth", *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 1972, 331. Isto i Gough, nav. delo, 11. Zanimljivo je da Moulton, u svom prevodu sačuvanih fragmenata, kod razmatranja kršenja ljudskih zakona koristi izraz "contractors" ("...and passes unnoticed by its contractors...").



nja zakona i da se obezbedi prednost materijalističkom individualizmu koji smatra da su političke institucije arbitrarne i da predstavljaju smetnju prirodnoj ograničenosti pojedinca.<sup>21</sup>

Antifont, govoreći o već pomenutoj antitezi, zakone naziva rezultatom dogovora, što po njemu opravdava njihovo nepoštovanje u korist prirodnih zapovedi.<sup>22</sup> Po Đuriću, postoji više pravaca u kojima se kreće njegova kritika pozitivnih zakona: prvo, Antifont slikovito navodi pojedine čovečje organe čije nesmetane funkcije zakonske odredbe sputavaju; zatim nalazi da je pozitivno pravo u sebi protivrečno osnovnim moralnim načelima i najzad, utvrđuje da su koristi koje zakoni pružaju onima koji ih poštuju neznatne. Zakoni su "veštački" i "dogovorom ustanovljeni", jer prekršilac zakonskih propisa ostaje nekažnjen za slučaj da ne bude otkriven. To znači da je mehanizam zakonskih sankcija nesavršen, jer reakcija na povredu zakona nastupa samo ako je utvrđeno ko je delikvent. "Antifont je hteo da kaže samo to da je nesavršenost sankcija pozitivnog prava uslovljena upravo time što su one spoljašnjeg karaktera, a to će reći da predstavljaju kompleks izvesnih posledica i okolnosti koji je veštački vezan za norme čije je vršenje naređeno."<sup>23</sup>

Dakle, Antifont je samo, želeći da razdvoji prirodno i pozitivno pravo, došao do zaključka da je pozitivno pravo veštačka ljudska tvorevina i da je za njegovu primenu, odnosno za kažnjavanje neprimene, potrebna sila. Nasuprot tome, u sferi prirodnog prava nema mesta prinudi. Time je Antifont učinio izvanredan napredak na polju prirodnopravne i moralne filozofije i na utvrđivanju suštine prirodnopravne ideje.

Pomenuti cilj Antifontove argumentacije može se pronaći i kod drugih sofista. Razmatrajući reči Aristotela koje se odnose na Likofrona, Gatri piše da bi se ovaj filozof složio sa Dž. S. Milom da se zakon može pravično sprovesti protiv člana zajednice jedino u svrhu sprečavanja povreda drugog. Iako Aristotel Likofronu stavlja u usta samo reči "jamči očuvanje međusobnih prava", dok reč "ugovor" ne spominje, Gatri zaključuje da bez sumnje ugovorna forma prati Likofronovu misao i da iz toga proističe ograničenje prava na negativnu ulogu zaštite građana jednih od drugih.<sup>24</sup> Sâm Aristotel se u *Politici* suprotstavlja Likofronu, čije objašnjenje ignoriše stvarnu svrhu političkog društva: da se osigura ne samo život, već dobar život. Generalno, o Likofronu se jako malo zna i osim nekoliko izolova-

---

<sup>21</sup> Gough, nav. delo, 11-12.

<sup>22</sup> Guthrie, nav. delo, 138.

<sup>23</sup> Đurić, nav. delo, 75-77, 79.

<sup>24</sup> Guthrie, nav. delo, 139-140. Slično mišljenje o Likofronovom stavu o ovom pitanju ima i Gof: "Zakon je jednostavno ugovor i sredstvo očuvanja uzajamne pravde." Gough, nav. delo, 12.

nih fragmenata, njegovo shvatanje o društvenom ugovoru nalazi se u pomenu-tom Aristotelovom delu: "Tada zakon postaje ugovor, koji, kako je rekao sofist Likofron, jamči očuvanje međusobnih prava."<sup>25</sup> Aristotel na tom mestu pokušava da dokaže da se ljudi nisu ujedinili ni zbog savezništva kako im neko ne bi učinio nepravdu, ni zbog razmene dobara, ni zbog potreba jednih za drugima; drugim rečima, ljudi se nisu ujedinili samo radi života, već radi srećnog života, inače bi se svi oni koji su povezani međusobnim ugovorima smatrali građanima jedne države. "Prema tome, jasno je da država koja se s pravom tako zove, a ne samo po imenu, treba da vodi računa o vrlini, inače će državna zajednica postati vojni savez." "Tada zakon postaje ugovor, koji, kako je rekao sofist Likofron, jamči očuvanje međusobnih prava, ali nije u stanju da građane čini dobrim i pravедnim."<sup>26</sup>

Mulgan ističe da se u prvi mah čini kako Aristotel ovde jasno ukazuje da se Likofron držao liberalnog pogleda na zakon kao "*treaty or contract of limited scope*" Međutim, ovaj autor pokušava da ospori takav zaključak, kao i paralelu koju je između Likofrona i Mila izveo Gatri. On tvrdi da je Aristotel možda pogrešno shvatio ili interpretirao ugovornu teoriju, jer pokušava da dokaže (pri čemu smatra da je uspeo) da uopšteno grčke ugovorne teorije nisu ciljale da postave granice području zakona. Zatim, u prilog svom zaključku navodi da Aristotelova glavna tema u Trećoj knjizi nije ugovorna teorija, već insistiranje da je osnovni cilj države dobar život, pa mu je zbog toga i odgovaralo da postavi alternativu koja će biti istovremeno oštro različita i naizgled neprihvatljiva.

Najzad, Mulgan ističe da, kada se razmatra Aristotel kao izvor podataka o nekom drugom filozofu, mora pažljivo da se razlikuje stav filozofa u pitanju i Aristotelovo mišljenje kakve su implikacije takvog stava. Mulgan zaključuje da teorije društvenog ugovora u antici nisu liberalnog tipa, jer liberalizam prosto nije karakteristika grčke misli ili grčkog društvenog života. Demokratska Atina jeste postavila neke standarde tolerancije, ali individualna sloboda delanja nije došla od zabrinutosti za pojedinačna prava i slobode. Štaviše, kada bi postojao konflikt između tvrdnji pojedinca i države, Atinjani su prednost davali državi, na način koji ne bi bio prihvatljiv u liberalnom društvu.<sup>27</sup> U svom odgovoru, Gatri kaže da je jednostavno pitanje da li neko veruje Aristotelovim rečima ili ne. Imajući u vidu koliko se malo informacija poseduje o sofistu Likofronu, on je na stanovištu da je Aristotel sigurno znao više od nas. Po Gatriju, Mulgan ne može da dokaže suprotno, već samo nudi špekulacije da oni, za koje se misli da su nešto rekli, možda to i nisu mislili; zatim, da je Aristotel možda pogrešno protumačio njihove

<sup>25</sup> Aristotel, *Politika*, prevod Ljiljana Crepajac, Beograd 2003, 73.

<sup>26</sup> Isto, 72-73.

<sup>27</sup> Mulgan, nav. delo, 126-128.

reči, pa ostavlja čitaocima da sami procene između jedinog dokaza koji je dostupan i pisanja na osnovu pretpostavki.<sup>28</sup>

Najzad, kao jedan od najboljih primera postojanja ideje o društvenom ugovoru u antici, u literaturi se najčešće navodi dijalog između Sokrata i Kritona, i to onaj momenat kada Sokrat slikovito pokušava da objasni kako bi zakoni odgovorili na Kritonovu želju da protivpravno oslobodi Sokrata iz atinske tamnice u kojoj je ovaj čekao izvršenje smrtne kazne. Bežanje je ogrešenje o zakone i takvim postupkom upropašćava se cela država. Zakoni su omogućili da se Sokratov otac oženi Sokratovom majkom i da njemu život podare. Svaki Atinjanin, koji je rođen pod atinskim zakonima, othranjen i vaspitavan, kada postane punoletan i kada vidi prilike u državi, ako mu se ne sviđa, može prosto da uzme ono što mu pripada i ode kuda želi. Ali ko ostane, za njega stoji tvrdnja da se delom složio sa zakonima i da će vršiti sve što oni naređuju. Onaj koji se ne pokorava čini trostruku nepravdu: odriče poslušnost zakonima kao svojim roditeljima, kao svojim othraniteljima, i kao samim zakonima; jer mada je pristao na poslušnost, on niti je iskazuje, niti čini bilo šta da popravi zakone ako smatra da oni nisu dobri. Ova argumentacija je pojačana rečima da Sokrat nikada nije putovao kao ostali ljudi, da ga nikada nije obuzela želja da upozna drugu državu i druge zakone, jer su mu postojeći bili dovoljni; "tako si nas odlučno poštovao, pa si pristajao da vršiš građanske dužnosti u saglasnosti sa nama". A ukoliko bi pobegao, "preduzimaš da bežiš protiv pogodaba i obećanja svojih, prema kojima si se pogodio s nama da vršiš građanske dužnosti."

Najzad, zakoni kažu da je Sokrat svojim činjenjem, a ne samo rečima, obećao da će vršiti građanske dužnosti u saglasnosti sa zakonima: na sudu mu je bilo omogućeno da za sebe predloži kaznu progonstva, a on je izjavio kako se ne ljuti sve i da mora umreti. "Zar nije istina da ti kršiš svoje pogodbe s nama i prekiđaš obećanja, mada ih nisi dao od nevolje, ni prevaren, ni primoran da se odlučiš na to u kratko vreme, nego sedamdeset godina leži za tobom, a za to vreme bilo ti je prosto odlaziti ako ti nismo bili po volji i ako ti se činilo da uslovi nisu pravedni? Ali ti nisi prigrlio ni Lakedemon ni Kretu, za koje baš svakom prilikom kažeš da imaju dobre zakone, niti ikoju drugu helensku ili varvarsku državu, nego si iz naše države manje izlazio nego li hromi, i slepi, i ostali kljasti: tako su se tebi, očevidno, i naša država i naši zakoni sviđali više nego ostalim Atinjanima; jer kome bi se sviđala država bez zakona? A sada, eto, nećeš da ostaneš veran onome što si obećao?" "A ako pobegneš tako sramotno i vratiš nepravdu za nepravdu, i zlo za zlo, i prekršiš svoje pogodbe i ugovore koje si s nama uglavio, i zlo učiniš onima kojima bi najmanje smeo, i sebi, i prijateljima, i otadžbini, i nama, mi ćemo se na

---

<sup>28</sup> Isto, 128.

tebe ljutiti dok si god živ, a tamošnja naša braća, zakoni u Hadu, neće te ljubazno dočekati, znajući da si, koliko do tebe stoji, pokušao da i nas upropastiš.”<sup>29</sup>

Dakle, Sokrat zapravo objašnjava da je neophodno da se zakoni poštuju kako bi država opstala, a to proizlazi iz saglasnosti sa njihovom sadržinom. Ako nekome takvi kakvi su zakoni nisu po volji, on može da napusti državu i da nađe onu u kojoj mu zakoni više odgovaraju. Ono što još treba napomenuti jeste da, kako navodi Barker, iako se govori o dogovoru između zakona i građanina, Platon zapravo ne zasniva državu na nekakvom ugovoru između pojedinca i države, između saugovarača, već je odnos između države i pojedinca poput odnosa između oca i sina.<sup>30</sup>

#### ARISTOTEL I POSTARISTOTELOVSKA MISAO O UGOVORNOJ TEORIJI

Za razliku od sofista koji uopšteno zauzimaju stav da je suprotno prirodi da čovek živi u zajednici, Aristotel objašnjava da država nastaje po prirodi i da je čovek po prirodi *zoon politikon*, biće koje teži stvaranju države. “Stoga je jasno da je čovek biće sposobno da živi u društvu više no svaka pčela i svaka životinja koja živi u stadu.”<sup>31</sup> Dakle, država nastaje po prirodi, a ne ugovorom. Aristotel je protivnik ugovorne teorije o postojanju države, navodeći nekoliko vrsta ugovora: između država, o izvozu, o nečinjenju nepravde i o savezništvu. Ali te države nemaju zajedničku vlast, već svaka svoju i svaka ponaosob mora da vodi računa o vrlini. Tako se Aristotel svrstava u protivnike teze da su se građani okupili u jednoj državi na osnovu ugovora, kojim se jemči da jedni drugima neće činiti nepravdu. Uvek je neophodno da se vodi računa o vrlini, što je u skladu sa njegovim učenjem da nije bitan samo život, već dobar život.<sup>32</sup>

Ipak, Gof ukazuje na jedno mesto u Aristotelovoj *Nikomahovoj etici*: objašnjavajući različite vrste prijateljstava, Aristotel navodi da “u svakom čoveku, smatra se, postoji izvestan princip pravednosti, pravednost prema svakom biću koje je u stanju da učestvuje u zakonima i ugovorima.”<sup>33</sup>

Međutim, Gof smatra da ta jedna, gotovo usputna rečenica, teško može da se suprotstavi čitavoj filozofiji izloženoj u *Politici*.<sup>34</sup> Takođe, ističe se i jedan mo-

<sup>29</sup> Platon, *Kriton*, prevod Miloš N. Đurić, Beograd 1985, 82-87.

<sup>30</sup> Barker, E., *Greek Political Theory*, 142.

<sup>31</sup> Aristotel, *Politika*, 5.

<sup>32</sup> Isto, 72-73.

<sup>33</sup> Aristotel, *Nikomahova etika*, prevod Radmila Šalabalić, Beograd 1958, 216.

<sup>34</sup> Gough, nav. delo, 14.

menat u *Retorici*: "...i, uopšte, tvrditi da je i sam zakon određena vrsta ugovora..."<sup>35</sup> Opet, pogrešno je tumačiti ove reči izvan konteksta i zaključivati da je Aristotel smatrao kako je zakon ugovor. On je ovde nastojao da objasni obaveznost poštovanja ugovora zasnovanog na zakonu, te ko krši ugovor, krši i sâm zakon: "Kad su strane uverene u postojanje ugovora i ako nam on ide u prilog, valja nastojati da mu se uveća značaj, tvrdeći da je ugovor poseban i delimičan zakon, da nisu ugovori ti koji zakone čine valjanim, već su zakoni ti koji ugovore zasnovane na zakonu čine valjanim, i, uopšte, tvrditi da je i sam zakon određena vrsta ugovora pa, prema tome, ko nema poverenja u neki ugovor ili ga, štaviše, obezvređuje, taj i sam zakon obezvređuje."<sup>36</sup>

U helenističkoj epohi, pored stoicizma koji se nije preterano bavio političkim pitanjima već više nekim etičkim razmatranjima, u drugom filozofskom pravcu koji je predvodio Epikur može se pronaći revitalizacija ugovorne teorije u staroj sofističkoj formi.<sup>37</sup> Po epikurejskoj filozofiji, ljudi prirodno imaju sposobnost da žive ispunjenim životima. Za epikurejce konkretno, to znači živeti slobodno od iracionalnih strahova i požuda, tako da ljudi mogu bezbedno da uživaju prirodna zadovoljstva i slobodu. Ipak, vođeni strahom i neistinama oni svugde napuštaju sigurnost i za takvo kvarenje ljudske prirode krivica nije pripisivana nekim delovima čovekove prirodne psihologije, npr. osećajima ili strastima, već je izvor negde u razvoju ljudske kulture.<sup>38</sup>

U načelu, epikurejska filozofija je bila suprotstavljena Platonovom načinu razmišljanja. Kao što je definisao figure u geometriji, Platon je nastojao da definiše pravdu i druge vrline. To predstavlja rezonovanje putem analogije, što je, kako smatra Ventvort, jedna od najtanjih logičkih procedura. Vrline i trouglovi nisu isto; ako se geometrijske figure mogu precizno definisati, to ne znači da se sa pravdom može postupati na isti način. Potraga za definicijom podrazumeva da stvar postoji da bi se definisala. Ako se pravda može definisati, onda to znači da ona postoji baš kao i trougao. Kako to nije slučaj, Platon je morao da pribegne teoriji o idejama. Reč *ideja* znači oblik, ili forma i Platon je držao da apstraktni pojmovi imaju nezavisno postojanje baš kao i geometrijske figure, što je pogrešna analogija.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Aristotel, *Retorika*, prevod Marko Višić, Beograd 2000, 105.

<sup>36</sup> Isto.

<sup>37</sup> O epikurejskoj i stoicističkoj školi više kod Long, A. A., *From Epicurus to Epictetus*, Oxford 2006, 157-282.

<sup>38</sup> Konstan, D., *A Life Worthy of the Gods: The Materialist Psychology of Epicurus*, Las Vegas 2008, 82.

<sup>39</sup> Wentworth DeWitt, N., *Epicurus and his Philosophy*, Minneapolis 1964, 16-17.

Teorija ideja je bila odbačena od Epikura kao apsurdna, jer je on bio materijalista i negirao je postojanje bilo čega osim atoma i kosmosa. Epikur je vero-  
vao da se napredak sastoji od prelaska sa teološkog i metafizičkog na pozitivno.  
Prema njegovom mišljenju, kriterijum pravde su osećaji. Nepravda povređuje, a  
pravda donosi sreću. To su činjenice, a osećaji su ti koji registruju te činjenice. Da  
bi živeli srećnim životom, ljudska bića stvaraju sporazum jedni sa drugima da ne  
povređuju i da ne budu povređeni. Pravda je upravo taj sporazum, nešto prirod-  
no, jednostavno stvar opservacije i nikakvo dijalektičko zaključivanje nije potreb-  
no da se otkrije taj fakt. Pravičnost prirode je ugovor kojim se obezbeđuje prei-  
mućstvo da se ne povređuje i da se ne bude povređen. Za sva živa stvorenja koja  
nisu bila u mogućnosti da stvore takav sporazum ništa nije pravedno ili neprave-  
dno; to se jednako odnosi i na sva ljudska bića koja nisu mogla ili nisu želela  
da stvore dogovor o tome da ne povređuju i da ne budu povređeni. Pri tom, ose-  
ćaj pravde je urođen, to je intuicija, predosećaj koji postoji pre iskustva i anticipi-  
ra iskustvo. Čak ga i neke životinje poseduju, poput bikova koji ne povređuju jed-  
ni druge već stražare krdom kako bi zaštitili jedni druge od spoljne opasnosti. Ta  
unutrašnja sposobnost da se razlikuje pravedno od nepravednog, ista je anticipa-  
cija iskustva kao i npr. unutrašnja sposobnost da se razlikuju boje. Razlika je što je  
osećaj za boje deo pojedinčevog preduslova za život u njegovom fizičkom okruže-  
nju i nastaje još u ranom detinjstvu, dok je osećaj za pravdu jedan od preduslova  
za život u društvenom okruženju i nastaje kasnije.<sup>40</sup>

Epikur je napravio oštar i snažan raskid kako sa tradicijom tako i sa “platonizmom”. U tradicionalnom shvatanju, ideja pravde je bila blisko povezana sa zakonom i religijom. Divljenje zakonodavcima potiče od pravila koja su stvorili npr. Likurg ili Solon, i zakoni su smatrani ne samo zaštitničkim, već su imali i ulogu tvoraca građanskih vrlina. Sa njima je u neraskidivoj vezi bila i sreća građana i državna religija. Ovu usku povezanost zakona, zakonodavca, religije, građanske vrline i sreće pojedinca, Epikur nije priznavao. Nemoguće je živeti srećno (zadovoljno) ako se ne živi u skladu sa razumom (mudrost, promišljenost), čašću i pravičnošću. Kako ne bi došlo do pogrešnog razumevanja, Epikur daje i neko određenje srećnog i zadovoljnog života; to nije bludni, raskošni ili rasipnički život, već odsustvo bola u telu i duši. Promišljenost je čak dragocenije od bilo kakve filozofije, jer se rasprostire na sve druge vrline, uči da se ne može voditi srećan život koji nije u skladu sa razumom, čašću i pravičnošću, niti ima života koji jeste u skladu sa tim vrlinama, a nije srećan.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Isto, 17, 23, 142-143, 184, 295.

<sup>41</sup> Laertije, D., *Životi i mišljenja istaknutih filozofa*, prevod Albin Vilhar, Beograd 1979, 372-373. O Epikurovoj filozofiji više kod Strozier, R. M., *Epicurus and Hellenistic Philosophy*, University Press of America, Lanham 1985.

## ZAKLJUČAK

Shvatanja o društvenom ugovoru u antici različita su od onih u vreme nastanka zaokružene teorije. U 18. veku, pretpostavka je bila da ljudi već od prirode imaju neka urođena prava i da je država stvorena zato što ta prava, u nedostatku organizovane vlasti, u prirodnom stanju nisu bila dovoljno zaštićena. Tačno je da su postojali sofisti koji su imali slična razmišljanja. Na primer, Protagora je smatrao da su se ljudi udružili u državnu zajednicu da bi obezbedili svoj opstanak. Ali, konkretno, taj zaključak zavisi od toga da li se mit o nastanku države može njemu pripisati doslovno ili ne, pa postoje tumačenja da je Protagora društvenu zajednicu zasnivao na nečemu božanskom i ona suprotna, da je u pitanju bio dogovor ljudi.

Nije isti ni odnos teorije društvenog ugovora i teorije prirodnih prava, iako je njihova povezanost očigledna u obe epohe. Za razliku od vremena u kojem su prirodna prava, društveni ugovor zasnovan na tim prirodnim pravima i zakoni zasnovani na društvenom ugovoru svi komplementarni, kod sofista su postojale dve varijante odnosa između fizisa i nomosa (iako su obe suprotstavljale prirodu i ljudske propise): radikalnija i ona ublažena. U zavisnosti od toga, imamo dva načina posmatranja odnosa ljudi prema zakonima, pa je suprotstavljanje između prirode i konvencije kod nekih sofista dovelo do izrazito radikalnog individualizma. Ideja prirodnog stanja u kojem se svako ponaša u skladu sa svojim sopstvenim potrebama suprotno je društvenoj zajednici, u kojoj je prirodna sloboda pojedinca ograničena zakonima. To prirodno stanje, međutim, nije se pokazalo kao trajno (autori daju različite razloge, ali najčešće je to sukob svakog sa svakim, kao što je kasnije Hobs formulisao) i ljudi su napravili nekakav dogovor, ugovor kojim se obavezuju da neće drugome nanositi štetu, a da zauzvrat neće štetu od drugoga trpeti. Na osnovu tog dogovora stvarani su kasnije zakoni, uz poštovanje ideje pravde i razlikovanja između ispravnog i pogrešnog.

Ovakav stav sofista u pogledu pozitivnog prava često je imao svoju inspiraciju u istorijskim okolnostima. Vladajuće mišljenje je bilo da su mnogi gradovi nastali u prošlosti nekog tačno određenog datuma, a Grci su često mogli da vide i svojim očima osnivanje kolonija, vojnih ili trgovačkih stanica, gradova i modeliranje zakona specijalno prema konkretnim potrebama. To je učvršćivalo osećaj da su zakoni čovekovih ruku delo, da su sporazumni, tj. da je dogovor društveni imperativ *par excellence* za njihov nastanak i da sve što čovek stvori može i da ukloni.

Najzad, čini se da kod sofista nema ni govora o društvenom ugovoru. Sofisti nisu bili zainteresovani da izlože ugovornu teoriju u potpunosti, već je njihov glavni cilj bila logička analiza države i ukazivanje na slabosti njenog aparata prav-

nih pravila i kazni, tako da je njihova ugovorna teorija samo skicirana površno i slučajno. Izraz "društveni ugovor" se u antici može uslovno koristiti, kako bi se istraživalo poreklo nekih elemenata koji su kasnije postojali u okviru zrelog koncepta. Tako se Likofronovo shvatanje najčešće smatra začetkom teorije društvenog ugovora, što po Đuriću nije ispravno, jer ono samo koncizno izražava jedno shvatanje koje je krajem 5. veka p. n. e. u Atini bilo vrlo rasprostranjeno: da je pozitivno pravo konvencionalno po svom poreklu i klasno po svojoj suštini.

U izvesnoj meri se može tvrditi da je neki vid društvenog ugovora postojao kod onih filozofa koji su pokušavali da objasne nastanak država i ljudskih zajednica putem nekakvog ugovora, kako bi se zaštitili od opasnosti koje su vrebale. Ali o onom drugom aspektu ugovora, koji se odnosi na vršenje vlasti i služi kao ograničenje vršiocima vlasti, malo je pomena. Naravno da se primeri začetaka razlikovanja između dobrog monarha koji vlada u interesu naroda i onog koji u vidu ima samo svoje sopstvene interese (razlikovanje apsolutne i ograničene monarhije) mogu pronaći u delima Platona ili Ksenofonta, ali takva ugovorna teorija nije bila centralna tema grčkog filozofiranja.

Nasuprot tome, teorija društvenog ugovora u 18. veku nastala je ne toliko da bi se objasnilo poreklo društvene zajednice, već da bi se uredili odnosi u vršenju vlasti, tj. da bi se ograničila apsolutna vlast vladara na izmaku srednjeg veka. Prema tome, slična razmišljanja o ideji društvenog ugovora koja su se javila u antici nastala su iz sasvim drugačijih izvora, u drugačijim istorijskim, društvenim okolnostima i sva je prilika da nema razloga da se pretpostavi postojanje bilo kakve povezanosti teorije sa početka novog veka i ovih ranijih obrisa sličnog načina razmišljanja.

ILIJA JOVANOV  
Assistant, Faculty of Law  
University of Novi Sad

## THE ROOTS OF THE IDEA OF SOCIAL CONTRACT

### Summary

Today theory of social contract is almost as current as it was in time of its creation in 18<sup>th</sup> century. Nevertheless, writers often used to search for its roots in ancient times, investigating ancient texts and trying to find origins of social contract in preserved fragments. This quest has several problems. Before all, scarcity of preserved original texts, so Plato and Aristotle are the main source of information about pre-Socrates philosophers. But the most famous ancient philosophers had different opinions about most of the issues and it raises the question about the authenticity of



words attributed to philosophers before Socrates. Secondly, there is a big difference in social circumstances between the ancient world and the world in time of full development of social contract theory. These questions, although very interesting and important, are not the subjects of this research. The main task is to determine, according to the literature which is accessible to, whether is it possible to talk about social contract or some of its forms in ancient times.



ZORAN I. JELIĆ

## SEMANTIČKA ANALIZA KAO METOD INTEGRALNE PRAVNE NAUKE

- Efikasno ostvarivanje ideje vladavine prava primenom semantičkih procedura -  
društveni imperativ današnjice -

### U V O D

(1) *Semantika (teorija značenja)*, čiji je rodonačelnik Mišel Breal (Michel Bréal, 1832-1915), najčešće se definiše kao nauka o značenjima, promenama značenja i uzrocima tih promena<sup>1</sup>, ali uprkos gotovo nepreglednoj količini radova o njenim problemima, ona još uvek nije uspela da konačno afirmiše svoj status u okviru matičnog korpusa lingvističko-logikih disciplina. Tako npr. Džon Lajons tvrdi da niko još nije prikazao, pa čak ni skicirao zadovoljavajuću semantičku teoriju i da to treba u svakoj prilici isticati kad se pristupa izlaganju semantike.<sup>2</sup> Skandinavski lingvista Bertil Malmberg daje manje-više istu ocenu, naglašavajući da se semantika nalazi u periodu detinjstva i da je jedva “malo uznapredovala do utvrđivanja određenog broja problema”, s tim što, objektivnosti radi, ovde treba navesti da uporedo egzistiraju i suprotna shvatanja<sup>3</sup> koja ukazuju na bogatstvo teorijskih vidika semantike i njenu sve usavršeniju metodologiju.

---

Dr Zoran I. Jelić, konsultant, Beograd.

<sup>1</sup> Up. Michel Bréal, “Essai de sémantique: science des significations”, Hachete, Paris, 1897.

<sup>2</sup> Up. Linguistique générale, par John Lyons, Librairie Larousse, Paris, 1970, str. 309.

<sup>3</sup> Bertil Malmberg, “Moderna lingvistika”, Slovo ljubve, Beograd, 1979, str. 154. Oprečno stanovište zastupa Milka Ivić u svom znamenitom delu “Pravci u lingvistici”, Slovograf, Beograd, 1994, str. 168.

Razume se po sebi, da na račun semantike, odnosno njene praktične primene – semantičke analize, postoje primedbe koje su nesumnjivo osnovane; npr. svakako je neophodno što pre jasno razgraničiti sadašnje preplitanje nadležnosti između semantike i semiotike, pošto se obe smatraju pozvanim da izučavaju prirodu verbalnih znakova. U tom smislu Rolan Bart (Roland Barthes, 1915-1980), pod uticajem francusko-litvanskog naučnika Algirdasa J. Greimas (Algirdas Julien Greimas, 1917-1992), sugerise da se atribut “semantički” upotrebljava kad je u pitanju ono što se odnosi na sadržinu, a “semiotički” – ono što se tiče izraza, pri čemu bi, po nama, sintaksa mogla da sa se bez ostatka uključi u semiotiku, a pragmatika spoji sa semantikom, imajući u vidu da je ona, zapravo, semantika komunikacije. Na taj način, semantika bi u punom i pravom smislu postala sadržinska disciplina koja bi se, osim raznih vrsta značenja, bavila i planom sadržaja verbalnih simbola, dok bi semiotika svoj domen omeđila isključivim usredsređivanjem na plan izraza jezičkih znakova, tj. na čistu formu kao u matematici.

(2) Eminentni engleski lingvist Džefri Lič (Geoffrey Leech, 1936-2014) svojevremeno je postavio pitanje “Zašto izučavati semantiku?” (“Why study semantics?”)<sup>4</sup> i istovremeno naveo dva ključna argumenta u prilog neophodnosti njenog sistematskog proučavanja. Naime, prema njegovom tumačenju, semantika je, kao nauka o značenju od centralnog značaja za istraživanje komunikacije, koja sve više postaje suštinski činilac u društvenoj organizaciji, pa je potreba da se ona razume sve neodložnija. S druge strane, semantika se takođe nalazi u središtu proučavanja ljudske svesti: misaoni procesi, saznanje, konceptualizacija – sve je to neraskidivo povezano sa načinom na koji klasifikujemo i saopštavamo iskustvo o svetu pomoću jezika.

Ličevo viđenje semantike, odnosno semantičke analize ukazuje na njenu interdisciplinarnost kao metodološkog pristupa koji se, po nama, ogleda u tome što ona obuhvata četiri neraskidivo povezane dimenzije – jezičku, logičku, komunikacionu (sociološku) i, najzad, kritičku ili filozofsku ukoliko smo saglasni sa stavom L. Vitgenštajna da se sva filozofija svodi na kritiku jezika.<sup>5</sup> Bliže rečeno, Ludwig Wittgenstein, koji se inače bavio problemom logički savršenog jezika i isticao da tradicionalni način postavljanja filozofskih problema počiva na nerazumevanju logike našeg jezika, smatrao je da je nauka traganje za istinom (“pursuit of truth”) a filozofija “traganje za značenjem” (“pursuit of meaning”).

<sup>4</sup> Up. Geoffrey Leech, *Semantics – the Study of Meaning*, London, Penguin, 1981, čije je prvo izdanje objavljeno 1974 (p. XII + 386; vidi p.IX).

<sup>5</sup> Up. *Tractatus logico – philosophicus*, 4.0031: “Alle Philosophie ist Sprachkritik” (Wien, 1918).

U skladu s tim, ovde moramo naglasiti da je logika prirodnog ljudskog jezika, u stvari, semantika, koja, po učenju istaknutog domaćeg filozofa Mihaila Markovića (1923-2010), pod nazivom "teorija značenja", čini uvodni deo dijalektičke logike ili nauke o uslovima saznanja objektivne istine, dok se samo značenje po tom učenju shvata kao kompleks relacija. Ako, pak, usvojimo gledište Lava Vygotskog (1896-1934), jednog od osnivača sovjetske psihologije da smisao, tj. značenje podjednako pripada govoru i mišljenju, onda jezički i logički aspekt semantike čini jedinstvenu i neraskidivu celinu, dve strane jedne te iste pojave koja se u pravu poistovećuje sa normativnim fenomenom i predstavlja, najčešće, zasebno područje izučavanja u jurisprudenciji. S druge strane takva metodološka orijentacija se često jednostrano izjednačava sa formalističkim i redukcionističkim metodološkim pristupom, nekom vrstom larpurlartizma u oblasti prava i povezuje sa semantičkim pozitivizmom koji uzroke svih smetnji i drugih nedostataka u normativnom komuniciranju kao fundamentalnom pravnom i društvenom procesu, isključivo traži u sferi mišljenja i jezika, a ne u postojećim društvenim suprotnostima, antagonističkim sukobima interesa i sl.<sup>6</sup> No, ma koliko semantički pozitivizam zaslužuje najoštriju kritiku, ne bi se ipak smela zanemariti činjenica da je pravna norma značenje akta volje, odnosno semantički fenomen *sui generis*, a pravo, između ostalog, umeće jezika (*linguistical art*), što posebno dolazi do izražaja u teoriji jurističkog tumačenja gde jezik prava postaje glavni predmet analitičkih razlaganja i ispitivanja.<sup>7</sup>

U tom kontekstu valja naglasiti da semantika, odnosno semantička analiza, uspešno prevazilazi sve ograničenosti i mane semantičkog pozitivizma putem semantičkog operacionalizma, tj. svođenjem pojmovno-jezičkih značenja na praktične operacije. Time semantika bitno zalazi u domen sociologije i istovremeno prerasta u učenje o jezičkoj delatnosti utemeljno u radovima Ostina i Serla.<sup>8</sup> Naime, posmatran u smislu delatnosti, jezik predstavlja skup iskaza kojima se u procesu primene prava izvode razne socijalne radnje ili govorni činovi radi izvršavanja pravnih normi, čime se one pretvaraju u ljudsko ponašanje, a obična stvarnost transformiše u pravnu realnost.

---

<sup>6</sup> Up. Mr Zoran Jelić: "Semantička analiza kao metod proučavanja i unapređivanja saveznog zakonodavstva", Pravni fakultet u Beogradu, str. 240, Beograd, 1982, (doktorska teza).

<sup>7</sup> Up. Prof. Dr Kosta Čavoški – prof. dr Radmila Vasić: "Uvod u pravo", Pravni fakultet univerziteta u Beogradu – JP "Službeni glasnik", Beograd, 2006, str. 277 i 472.

<sup>8</sup> Up. Džon L.Ostin: "Kako delovati rečima", Matica srpska, Novi Sad, 1994. i Džon Serl: "Govorni činovi", Nolit, Beograd, 1991.

## METODOLOŠKE PROCEDURE SEMANTIČKE ANALIZE

*Opšti pristup*

(1) Nema sumnje da je tradicionalna pravna nauka pravila mnoge previde u interpretaciji svog predmeta, ali ako je nesporno da većina njenih predstavnika normu smatra, pre svega, jezičko-logičkom tvorevinom, onda je sasvim prihvatljivo gledište američkog profesora Dejvida Melinkofa (David Mellinkoff, 1915-1999), po kojem je pravo “profesija reči”, pri čemu su reči zakona, ustvari, zakon, s tim što se ni na jednom drugom području znanja ne pridaje toliki značaj nijansa ma jezičkog značenja kao u oblasti prava. U sudskom procesu se npr. sve odvija u sferi jezika, a rešenje spora u potpunosti zavisi od jezičkog umeća lica koja u njemu učestvuju, ističe Melinkof u svojoj knjizi “The Language of the Law” (1963), koja je inicirala pokret za jednostavnost i jasnoću pravnog pisanja.<sup>9</sup> Pravo je, dakle, u suštinskom smislu jezik, ali se određenim specifičnim svojstvima neophodnim za njegovo delotvorno funkcionisanje u praktičnoj primeni.

Generalno uzevši, semantika se uvek zalagala za konstituisanje logičkog, jednostavnog, jasnog, konciznog, preciznog i egzaktnog jezika po uzoru na matematiku, čiji je model za područje prava koncipirao Italijan Norberto Bobio (1909-2004); osobenost, pak, ovog jezika ogleda se u tome što su u njemu sve reči definisane, a upotreba tih reči nije u kontradikciji sa pravilima pomoću kojih su definisane, tj. navedeni jezik obuhvata skup pravila i skup postupaka u skladu sa tim pravilima.<sup>10</sup>

Ovakav jezik čini bitnu pretpostavku za efikasno semantičko oblikovanje ideje vladavine prava kao suprematije prava nad politikom i glavnog garanta pravne sigurnosti i ostvarivanja i zaštite ljudskih prava i sloboda, ali i najznačajnijeg sredstva društvene kontrole u sprečavanju i suzbijanju raznih vidova zloupotrebe političke i ekonomske moći i njihovih destruktivnih efekata, kao i u sputavanju i onemogućavanju mnogobrojnih devijantnih društvenih pojava i procesa, uključujući tu i semantičku konfuziju, čiji je jedan od glavnih izvora svesno izbegavanje da se stvari nazovu pravim imenom.<sup>11</sup> Preciznije izraženo, nije neobično što je Stjuart Čejz u svojoj poznatoj knjizi “The Tyranny of Words”<sup>12</sup> spas od tiranije reči našao u semantici, polazeći od stava da našim jezikom vladaju dva uko-

<sup>9</sup> Up. Dejvid Kristal: “Kembrička enciklopedija jezika”, Nolit, Beograd, 1996, str. 386-387.

<sup>10</sup> Up. časopis “Dometi”, br. 6/1979, str. 15.

<sup>11</sup> Demokratija, sloboda medija, ljudska prava i sl., po našem uglednom piscu M. Danojliću, samo su nesrećne reči, prinuđene da izražavaju ono što ne sadrže i u šta oni koji ih izgovaraju sami ne veruju. U politici, posebno, reči često znače ono što stvarno ne znače (ZJ).

<sup>12</sup> Up. Stuart Chase, “The Tyranny of Words”, New York, Harcourt, Brace and CO. 1938.

renjena poroka koji dovode do pomenute konfuzije – prvi je identifikacija reči sa stvarima, a drugi zloupotreba apstraktnih reči. Slično mišljenje iznosi i znameniti engleski pisac i veliki vizionar Džordž Orvel u čuvenom eseju “Politika i engleski jezik”.<sup>13</sup> Mada kritički nastojen prema Čejzovim shvatanjima, on veli da svaka od reči, kao što su “demokratija”, “socijalizam”, “sloboda”, “pravda” i dr. ima po nekoliko različitih značenja koja su među sobom nepomirljiva. Primera radi, u slučaju reči “demokratija” ne samo što ne postoji njena opštepriznata definicija nego sam pokušaj da se ona utvrdi izaziva otpor sa svih strana. Politički govor i pisanje u velikoj meri predstavljaju odbranu neodbranljivog, a veliki neprijatelj jasnog jezika je neiskrenost, ali ako misao kvari jezik, jezik takođe može da pokvari misao. Ono što je pak, pre svega potrebno, napominje Orvel jeste da se dopusti da značenje bira reči, a ne obrnuto.

Sve navedene opaske Orvela, odnose se i na apstraktni izraz “ideja vladavine prava” koji je zbog svoje nedovoljne određenosti podložan vrlo različitim, pa i direktno oprečnim interpretacijama. Tako reč “ideja” u navedenom izrazu, uzeta u hegelovskom smislu, označava jedinstvo pojma i realnosti, a termin “vladavina prava” posmatran po sebi i za sebe – prevlast prava nad politikom, politički ideal i poredak slobode i odgovornosti, pri čemu reč “sloboda” obuhvata niz raznih značenja, zavisno od toga li se radi o “slobodi za” ili “slobodi od” ili, pak, o mogućnosti da se čini sve što se želi, s tim da se ne škodi drugom i sl. Ukratko, izneti primeri upućuju na zaključak da je prevashodni zadatak semantičke analize, naročito u oblasti prava, konstituisanje takvog jasnog, koherentnog, konciznog i preciznog jezika kakav je bio npr. latinitet koji je brižljivo negovala rimska klasična jurisprudencija, a koji je, istorijski gledano, bitno doprineo razvijanju logičnosti i umešnosti u pravnom rasuđivanju i izražavanju.

(2) Mada predstavlja preduslov svakog empirijskog istraživanja, pojmovno-terminološka obrada kao vid semantičke analize u jurisprudenciji je, nažalost, na krajnje nezadovoljavajućem nivou, imajući na umu da pravna nauka još uvek traži definiciju za svoj pojam prava (Kant), a bez nje je, po Petražickom, nemoguće rešavati razna pitanja koja spadaju u njen domen – šta je to pravo, kakva je njegova priroda, koje pojave i po kojim obeležjima treba uvrstiti u pravo, a koje ne itd. U vezi s tim, npr. opsežna diskusija o pojmu prava održana 1963. godine na Pravnom fakultetu u Beogradu, nije dala apsolutno nikakve opipljive rezultate, ali je ukazala na mnoge proizvoljnosti u tumačenju pravnog fenomena i na odsustvo minimuma zajedničkih stavova nastavnog osoblja o osnovnim problemima države i prava neophodnih za kvalitetnu obuku studenata u obrazovnom proce-

---

<sup>13</sup> Up. George Orwell, “Politics and the English Language”, 1946. (<http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/orwell46.htm>).

su.<sup>14</sup> Po svemu sudeći, ako je sa logičke tačke gledišta nemoguće dati racionalan odgovor na pitanje kako uspešno predavati pravo, a istovremeno ne znati šta je to pravo, onda takvo stanje stvari zahteva kao lek sveobuhvatnu semantičku pravnu analizu, koja koristi tri metodološke procedure od značaja za adekvatno oblikovanje i delotvorno ostvarivanje ideje vladavine prava – operacionalizaciju, standardizaciju i sistematizaciju, čiju ćemo suštinu detaljno razjasniti u daljem tekstu ovog rada.

### *Operacionalizacija*

(1) Osnovni zadatak operacionalizacije sastoji se u pretvaranju sirovog pravnog materijala u obliku propisa i opštih akata u pojmove i njihove jezičke izraze (termine) pomoću kojih se izražava stvarnost koju treba uspostaviti u raznim oblastima privrede i društva. Naime, kako veli Kelzen, zadatak pravnog poretka je da reguliše životne odnose, a jurisprudencije da stvara pravne pojmove,<sup>15</sup> jer tek pojmovna obrada pozitivnog prava (po Lukiću) omogućuje jasan i neprotivrečan pogled na ceo pravni poredak i njegovu primenu, pa otuda Jering takvu delatnost svrstava u višu jurisprudenciju, dok pravnu nauku koja se isključivo bavi tumačenjem prava klasifikuje kao jurisprudenciju nižeg stupnja.

Ipak, ključni zadatak pojmovne analize Persi V. Bridžman (Percy Williams Bridgman (1882-1961) tvorac operacionalizma <sup>16</sup> vidi u svođenju pojmova na praktične operacije a upravo u tome se, po nama, ogleda prevazilaženje semantičkog pozitivizma, tj. njegova transformacija u semantički operacionalizam, što se na području prava manifestuje kao efikasno sprovođenje propisa u život i njihovo dosledno poštovanje.

Poslednji po redosledu, ali ne i po značaju, zadatak operacionalizacije kao metodološkog postupka jeste preciziranje smisla reči i izraza, radi razgraničenja smisla od besmisla i otklanjanje drugih nedostataka, u vidu nedorečenosti, neodređenosti, protivrečnosti, nejasnoća, nepreciznosti i sl.

U vezi s tim, Bridžman je insistirao u pojmovnoj analizi na strogom razlikovanju iskustvenog od hipotetičnog i pojave od tumačenja; ispravno, adekvatno

---

<sup>14</sup> Up. "Metodologija društvenih nauka", Savremena administracija, Beograd, 1982, priredio dr Miroslav Pečujlić, str. 358-360; Todor Podgorac: "Pravna politika L. Petražickog", "Svetozar Marković", Beograd, 1983, str. 255. i "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", jul-decembar 1963, br. 3-4, str. 445-529.

<sup>15</sup> H.Kelzen: "Glavni problemi teorije državnog prava", JP "Službeni list SRJ", Beograd – CID Podgorica, 2001, str. 99.

<sup>16</sup> Percy Williams Bridgman, *The Logic of Modern Physics* (1927), publ. Mac Millan (New York) Edition, 1927.



značenje nekog termina treba naći posmatranjem šta čovek s njim čini, a ne šta o njemu kaže. Čim je neki pojam, odnosno termin irelevantan za našu praksu, znači da je metafizičkog karaktera i treba ga, kao izmišljenog, izostaviti iz upotrebe.

(2) Suština pojmovno-jezičke obrade, odnosno semantičke analize, tj. specifikacije značenja u jurisprudenciji čine, po nama, definicija i kontekst. Najpre, naime, moramo tačno utvrditi značenje jednog pojma (termina), tj. onog kojeg ćemo se pridržavati striktno u naučnoj analizi ili zakonskom tekstu, a zatim kontekstima potvrditi ispravnost njegove upotrebe u praktičnoj primeni. U pozitivnom zakonodavstvu valjanost odabrane definicije određenog pojma (termina) najčešće se proverava u okviru teksta jednog zakona, drugog propisa ili opšteg akta. Ako potvrda takve valjanosti izostane, i to makar samo u jednom slučaju, onda se primenjuje Poperova procedura falsifikacije i data definicija se mora revidirati. Ilustracije radi, primer loše operacionalne definicije, odnosno neprikladnog konteksta, predstavlja određenje upravne stvari u članu 5. postojećeg Zakona o upravnim sporovima (ZUS-a), koje u integralnom tekstu glasi:

“Upravna stvar, u smislu ovog zakona, jeste pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizilazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi.”

U vezi sa navedenom definicijom neizbežno se postavlja pitanje njene smislenosti, jer nije jasno o čemu bi trebalo raspravljati u upravnom sporu ako se radi o nespornoj situaciji i za koga je ona nesporna, tj. zbog čega je potrebno voditi taj spor ako između stranaka nema spornih pitanja.<sup>17</sup>

Pomenuta zakonska definicija, doduše, bila bi smisljena u drugačijem kontekstu, tj. ako bi se unela npr. u Zakon o opštem upravnom postupku, što naravno ne znači da je ne bi trebalo ujedno i temeljno korigovati saglasno koncepciji državne uprave, pre svega, kao servisa građana,<sup>18</sup> a tek potom kao instrumenta vlasti, čime bi se sprečilo da uprava nastupa sa jačom voljom u odnosu na stranke i kad za to nema potrebe.

### *Standardizacija*

(1) Standardizacija, u prvom redu, predstavlja proces uprošćavanja, pojednostavljivanja koji se odvija nasuprot stalno rastućoj složenosti društvenog i privrednog života i pozitivnog zakonodavstva. Uprošćavanje je prvi i najvažniji cilj

---

<sup>17</sup> U vezi sa navedenom definicijom datom u članu 5. ZUS-a vidi primedbe iznete u “Praktikum za upravni spor”, Intermex, Beograd, str. 174-175, čiji je autor Ljubomir Pljakić.

<sup>18</sup> Up. Prof. S. Lilić: “Res administrativa”, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 111. Vidi i član 2. novog ZUP-a (“Službeni glasnik RS”, br.18/2016).

standardizacije, prvenstveno iz razloga navedenih u knjizi Čarlsa Morisa “Osnove teorije o znacima” u kojoj se tvrdi da se čovek – uključujući tu i naučnika – mora osloboditi mreže reči koji je ispleo i da je jeziku neophodno čišćenje, pojednostavljanje i sistematizacija.<sup>19</sup> U uobičajenom smislu pak, standardizovati znači utvrditi izvesne jednake delove ili elemente (sastojke) u nekoj celini, kako tvrdi E Pusić, eminentni hrvatski teoretičar javne uprave,<sup>20</sup> koji ističe da standardizacija izražavanja predstavlja rezultat profesionalizacije, tj, unifikacije jezika, pa otuda u pojedinim oblastima društvenog života dolazi do sukoba između dva, naizgled, protivrečna, a zapravo međusobno komplementarna zahteva – s jedne strane u opštenju organa i stranaka, insistira se na upotrebi što preciznijeg, stručnog, strogo tehničkog jezika, a sa druge, na korišćenju što jednostavnijeg i pristupačnijeg izražavanja, utemeljenog na jednostavnom rečniku. Stoga neophodno objediniti oba navedena zahteva koja su manje-više podjednako opravdana, s tim što valja imati u vidu da na području verbalnog izražavanja, osnovnu i opštu vrstu standarda čine standardi koji služe za definisanje naziva stvari, budući da oni nisu samo od značaja za jedinstveno označavanje (imenovanje) i klasifikovanje objekata, već i za njihovo bivstvovanje. U skladu s tim Hajdeger naglašava da “nijedna stvar nije tamo gde nedostaje ime, tj. reč, jer tek reč daje stvari bivstvovanje” ili preciznije iskazano, bivstvovanje svega što jeste stanuje u reči ( kao skrivenom uopštavanju- -L.Vigotski ), te je stoga tačan stav da je jezik kuća bivstvovanja,<sup>21</sup> što će reći da bezimene stvari, praktično ne postoje; one su nešto nepoznato, ne-transparentno što nije moguće podvesti pod pojam neke klase, odnosno klasifikovati i odrediti njihovo pojmovno značenje, tj. mesto u postojećem sistemu pojmovna.

No, ako su bezimene stvari samo skup neidentifikovanih ili nedovoljno identifikovanih objekata, ništa nije bolja situacija ukoliko postoji više naziva za istu stvar, jer ta okolnost najčešće postaje izvor pojmovne konfuzije, pa se u stvaranju i primeni prava mora obezbediti najveće moguće jedinstvo, tj. jednoznačnost kao konačan ishod jasne koherentne i precizne upotrebe verbalnih simbola i njihovih mentalnih sadržaja namenjenih efektivnom pravnom komuniciranju.

U pravu se u tu svrhu uglavnom koriste tri oblika standardizacije izražavanja normativnih zapovesti, odnosno imperativno-atributivnih poruka – termino-

<sup>19</sup> Up. Čarls Moris: “Osnove teorije o znacima”, BIGZ, Beograd, 1975. god. str. 19.

<sup>20</sup> Up. E. Pusić: “Nauka o upravi”, Školska knjiga, Zagreb, 1973, str. 305, u vezi str. 292.

<sup>21</sup> Up. M. Hajdeger, “Na putu k jeziku”, Fedon, Beograd, 2007, str. 162. Zbog specifičnosti Hajdegerovog jezika treba konsultovati i originalni tekst: Martin Heidegger, *Unterwegs zur Sprache*, Verlag Güther Neske, Pfullingen, 1975.

logija, frazeologija i obrasci ili modeli obaveznog, odnosno instruktivnog karaktera.

Terminologija je opšta oznaka za skup termina – jezičkih izraza pojmova, kojima se obezbeđuje maksimalna preciznost njihovog smisaonog sadržaja i tačno omeđuje podruje njihove primene, s tim što se od ostalih jedinica leksičkog fonda razlikuju po tome što zadržavaju istovetno značenje pri svim mogućim tekstualnim transformacijama. Drugim rečima, njihovo značenje je konstanto i stabilno i ne zavisi od jezičkog ili stvarnog konteksta pravnih normi i akata.<sup>22</sup>

Za razliku od terminologije, frazeologija je osobeni način verbalnog iskazivanja značenjskih elemenata pozitivnog zakonodavstva, pomoću ustaljenih jezičkih izraza i formulacija, rečeničnih obrta i konstrukcija, kojima se uspostavljaju sintaksički odnosi među rečima i sintagmama, tipični za duh jednog jezika (galicizmi u francuskom, germanizmi u nemačkom, anglicizmi u engleskom itd.). U frazeološkim izrazima, često neposredno neprevodljivim na druge jezike, zapaža se veći ili manji stepen desemantizacije pojedinih reči i drugih verbalnih elemenata, tako da se njihov smisao ne može izvesti iz izolovano posmatranih sastavnih delova datog frazeologizma. U zakonskim tekstovima, pak, redovno se nailazi na razne jezičke formule,<sup>23</sup> tačnije na ustaljene i depersonalizovane načine izražavanja u kojima je primaran pojmovni nivo iskaza, pa je svaka ranije stvorena formulacija, ako je prihvaćena kao adekvatna, dobrodošla da bi se povećala efikasnost saopštavanja pravnih poruka.

(2) Posebnu ulogu u savremenom pravu imaju obrasci, odnosno modeli, koji slično terminologiji i frazeologiji treba da osiguraju jednostavnost, jednobraznost i konciznost u sastavljanju raznih podnesaka i formulisanju pravnih akata i drugih konstitutivnih jedinica i delova pravnog poretka. U najširem smislu, oni se mogu definisati kao pravnotehničke konstrukcije sastavljene, s jedne strane, od tekstualnog zapisa konstantnih, opštih ili formalnih elemenata, dobijenih na osnovu analize važećih pravnih instituta i rešenja, a s druge strane, od rubrika za unošenje varijabilnih, konkretnih ili sadržinskih elemenata. Time se neosporno znatno doprinosi pojednostavljenju i ubrzanju procedura i odlučivanja o pravima i pravnim interesima fizičkih i pravnih lica, odnosno njihovom ostvarivanju i zaštiti u razumnim rokovima, što je jedan od posebnih imperativa predviđenih članom 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

---

<sup>22</sup> Npr. klasični pravni termini su stručni izrazi, kao što su “fizičko lice”, “pravno lice”, “pravnosnažnost”, “izvršnost” itd.

<sup>23</sup> Up. npr. ustaljenu frazu: “Ovaj zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u “Službenom glasniku Republike Srbije”. Ili: “Danom stupanja na snagu ovog zakona, prestaje da važi...” itd. Inače, o frazeologiji i terminologiji može se konsultovati knjiga “Osnovi normativne tehnike”, Ekonomika, Beograd, 1986, str. 125-131, čiji je autor pisac ovih redova.

Nasuprot ovoj opštoj i tradicionalnoj funkciji obrazaca ili savremenom terminologijom rečeno – modela, moderno poimanje tih pravnotehničkih sredstava sve više sledi Paundovu koncepciju prava, poznatu pod imenom “socijalni inženjering”, čiji je cilj da se predstavnici pravne nauke, u prvom redu, usmere na izgradnju modela pojedinih zakonskih rešenja, pa i zakona u celini, koji bi postali pouzdan putokaz za zakonodavca u njegovom stvaralačkom radu.

(3) U sklopu modernog poimanja mesta i uloge obrazaca (modela) u ostvarivanju pravnog poretka, valja posebno pomenuti i aktivnosti u pravnoj nauci na izradi teorijskih modela pojedinih pravnih instituta, pa čak i pravnih grana, ma koliko one bile razučene, kompleksne, fleksibilne i dinamične i, na prvi pogled, krajnje nepodesne za naučnu obradu kao što je npr. slučaj sa materijom koja čini predmet upravnog prava.<sup>24</sup>

Jedan takav poduhvat učinio je 1927. godine A.J. Merkl, koji je na bazi Kelzenove čiste teorije prava i najšire primene komparativnog metoda, konstruisao model opšteg upravnog prava kao sistema teorijskih apstrakcija iz realnosti pozitivnog upravnog prava; taj naučni rad je doživeo nekoliko izdanja na nemačkom i određenim stranim jezicima i, štaviše, postao standardni udžbenik upravnog prava u zemljama španskog govornog područja. U domaćoj literaturi sličan, doduše fragmentaran, pokušaj učinio je prof. Stevan Lilić u svom udžbeniku “Upravno pravo – Upravno procesno pravo”, (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009) u kojem je sprovedeno jasno razgraničenje između teorijskog modela i praktičnih aplikacija i na taj način omogućena konstruktivna komparacija, s jedne strane teorijskog modela sa praktičnim aplikacijama, a s druge, kritička komparacija praktičnih rešenja sa odgovarajućim teorijskim konstrukcijama.

Jednom rečju, izradom uzornih modela pravnih rešenja i institucija, sistemskih zakona i drugih relevantnih propisa, pa čak i pojedinih pravnih grana, pozitivnopravne discipline najzad bi stekle potrebnu naučnu utemeljenost i preobrazile se iz intelektualnih veština u odgovarajuće kreativne naučne discipline u strogom smislu tog izraza.<sup>25</sup>

#### 4. Sistematizacija

(1) Sistematizacija je semantička procedura razlaganja pravnog poretka na izvore prava i njihovo sređivanje i objedinjavanje u hirerarhijski uređenu celinu međuzavisnih pravnih pravila saglasno teoriji stupnjevitosti, tj. naučnom modelu koji je formulisao već pomenuti ugledni predstavnik Bečke pravne škole Ado-

<sup>24</sup> Up. “Allgemeines Verwaltungsrecht” von Dr. Adolf Merkl, Wien und Berlin, Verlag von Julius Springer, 1927.

<sup>25</sup> Up. Žorž Gurvič: (“Sociologija prava”, CID Podgorica, 1997, str. 26) tvrdi da je jurisprudencija (pravna nauka) samo veština i ništa više.

If J. Merkl (1890-1970) kao prvu svesnu primenu sistemskog načina mišljenja na svet pravnih pojava.<sup>26</sup>

Po stanovištu američkog autora Stenlija Polsona (Stanley L. Paulson, St. Louis – Missouri),<sup>27</sup> teorija stupnjevitosti pravnog poretka je najdalekosežniji i najoštromniji odgovor koji je dosad dat na tradicionalno učenje o pravnim izvorima. U svojstvu modela, pak, posmatrana, navedena teorija ima metodološko obeležje i predstavlja sredstvo za grupisanje pravnih normi, odnosno akata i za njihovo usklađivanje i povezivanje u uređeni skup elemenata, odnosno u takvu pravnu celinu u kojoj delovi međusobno stoje u eksplicitno utvrđenim relacijama..

Naime, prema teoriji stupnjevitosti pravo predstavlja sistem hijerarhijski sređenih pravila, odnosno sistem uslovljavajućih i uslovljenih normi, odnosno akata, pri čemu se kao uslovljavajuće norme pojavljuju one koje sadrže uslove za stvaranje drugih normi, odnosno akata. Ova hijerarhijska tvorevina koja se manifestuje u obliku hoda od pravnog stepena višeg ranga ka pravnom stepenu nižeg ranga, uvek je proces konkretizacije i individualizacije, a označava se kao stepenasta struktura pravnog poretka.

U tom kontekstu valja dodati da je moguće uspostaviti opisanu strukturu ne samo prema pravnoj uslovljenosti, već i prema derogativnoj snazi pravnih formi u kojima se propisi pojavljuju; npr. pravila u formi ustava redovno mogu derogirati pravila u formi zakona, ali ne i obrnuto.<sup>28</sup> Takođe, može se govoriti i o uzajamnom odnosu sistema stupnjeva, ali i o manevarskim prostorima na svim stupnjevima koji se daju nadležnim organima prilikom odlučivanja.

Opisane karakteristike teorije stupnjevitosti, *mutatis mutandis*, predstavljaju putokaz integralnoj pravnoj nauci u stvaranju sistematizacije pravnih pojmova, a po analogiji sa sistematizacijom pravnih normi, odnosno pravnih akata. Drugim rečima, Merkllov teorijski model je shema jedne filigranski izgrađene, elegantne i promišljene procedure koje se valja striktno pridržavati i pri pretvara-

---

<sup>26</sup> Up. Dr A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1923, str. 293. Prilikom raščlanjavanja pravnog poretka na izvore prava obavlja se njihova pojmovna i jezička (terminološka) obrada, odstranjuju se eventualne protivrečnosti, te popunjavaju pravne praznine i uzima u obzir generalizovano iskustvo u stvaranju i primeni prava, s obzirom na činjenicu da nijedan pravni pojam, odnosno pravni termin nema potpuno sigurno značenje dok se on i njegova ograničenja ne provere u svekolikoj pravnoj praksi reprezentativnog karaktera. Pravni sistem je, zapravo, uređeni pravni poredak, tj. uređeni skup efikasnih normi u kojem se one međusobno pretpostavljaju i uzajamno uslovljavaju i dopunjuju.

<sup>27</sup> Up. Adolf Julius Merkl, *Werk und Wirksamkeit*, Wien, 1990, Manzsche Verlags – und Uni-versitätsbuchhandlung, herausgegeben von Robert Walter, str. 93.

<sup>28</sup> Robert Valter: *Teorija prava Hansa Kelzena*, Dosije, Beograd, 1999, str. 27-28.

nju propisa u pojmove, odnosno pri transponovanju pravnog materijala iz normativne sfere ili sfere trebanja u logičku sferu, odnosno oblast bivstvovanja gde je jedino moguće pristupiti njegovom sažimanju i pojmovnoj obradi na bazi principa dvovalentne logike aristotelovskog (tradicionalnog) tipa. Primera radi, tipični oblik pravnog mišljenja je pravni ili sudski silogizam koji je, po Robertu Valteru, temeljna figura pravnonaučnog rasuđivanja. Međutim, taj silogizam u sferi trebanja je neupotrebljiv, pa se u jurisprudenciji otuda gornja premisa i zaključak navedenog silogizma ne smatraju normama (opštom, odnosno pojedinačnom normom), nego se interpretiraju kao iskazi o normama dostupni logičkom zaključivanju. Bliže rečeno, gornja premisa se smatra iskazom o opštoj normi, mala premisa – bivstvenim stavom (tačnim iskazom o utvrđenom činjeničnom stanju, tj. njegovom postojanju), dok zaključak ne predstavlja pojedinačnu normu, nego samo stav, iskaz, tvrđenje ili sud u logičkom smislu.

Pošto je razlikovanje između treba i jeste osnovno polazište u opisivanju i analizi pravnog fenomena, bitno je jasno i precizno razgraničiti materiju propisa od pojmova koji su njima sadržani, odnosno norme od iskaza o normama, kao i pravna pravila od stavova pravne nauke, na čijem se poistovećivanju, inače na onaj ili ovaj način, oduvek temeljilo prirodno pravo<sup>29</sup>, pokazujući stalnu opasnu sklonost da pravo identifikuje sa naukom o pravu, a trebanje sa bivstvovanjem.

Naredna etapa u pojmovnoj obradi prava jeste analiza pojmovnih značenja radi identifikovanja i otklanjanja eventualnih protivrečnosti između istih pojmova u propisima različite pravne snage, primenom principa jednakosti obima pojmova, koji je svojevremeno formulisao sovjetski pravnik Gavrilov. Naime, isti pojmovi u propisima različitog pravnog ranga moraju imati isti obim, ali ne i sadržinu, budući da su pojmovi koji potiču iz propisa lociranih na nižem mestu u stepenastoj strukturi pravnog poretka, po pravilu, sadržinski bogatiji, raznovrsniji i razuđeniji od onih na višem stepenu hijerarhije. Preciznije rečeno, mada, dakle, sadržinski različiti isti pojmovi, nezavisno od toga što pripadaju propisima različitog hijerarhijskog nivoa, moraju imati isti obim koji se ne sme narušavati bilo proširivanjem, bilo sužavanjem, bilo pomeranjem, jer to postaje izvor raznih protivrečnosti, ali i drugih nedostataka, a pre svega nezakonitosti.

(2) Procedura sistematizacije u formi smisaone obrade pozitivnopravnog materijala, kao skupa iskaza o normama, odnosno pravnim aktima ili propisima, predstavlja dinamički aspekt svog finalnog proizvoda – pravnog sistema, s obzirom na činjenicu da njegovo izgrađivanje nikada ne može biti potpuno dovršeno zbog neprekidnog usklađivanja prava sa potrebama društvenog života i zahtevi-

---

<sup>29</sup> Up Hans Kelzen: "Opšta teorija prava i države", Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1998, str. 222-223.

ma koje nameće praksa.<sup>30</sup> U tom smislu sistematizacija počiva na istim osnovnim principima na kojima se zasniva i njen krajnji proizvod – sistem, a to su:

1) načelo neprotivrečnosti, po kojem ne mogu postojati dva pojma jednakog ranga, a suprotnog sadržaja, ako izražavaju istu društvenu stvarnost. Razume se po sebi da se protivrečnost između pravnih pojmova otklanja logičkim sredstvima, a sukob pravnih normi pozitivnopravnim pravilima, kao što je npr. pravilo – *lex posteriori derogat priori* koje, po stanovištu Bečke pravne škole, nije logičkopravni aksiom, već izričito ili bar prećutno pravilo pozitivnog prava;<sup>31</sup>

2) načelo potpunosti iz kojeg proističe da su u valjano uređenim pravnim sistemima pravne praznine obična fikcija, jer se iz osnovnih pravnih principa mogu dedukcijom izvesti, po potrebi, pravila za uređivanje svih pitanja koja nisu regulisana odgovarajućom opštom normom, odnosno opštim aktom;

3) načelo određenosti zahteva da se u ovlašćenjima za donošenje bližih propisa uvek jasno i precizno odrede pitanja koja u njima treba regulisati kako se derivativno normiranje ne bi pretvorilo u orginerno uređivanje društvenih odnosa i time poremetila utvrđena hijerarhija između normi višeg i nižeg ranga.

Na ovom mestu, treba naglasiti da je sistem kao naučna i logička kategorija najviša forma izlaganja koja predstavlja izgrađivanje razumevanja, a ne puku obradu, puki prikaz postojećeg pravnog materijala.<sup>32</sup> Drugačije rečeno, izlaganje nije samo prikazivanje onog što je već poznato, nego oblik koji omogućuje da se odredi ono nepoznato, tj. da dođe do novih saznanja ili otkrivanja veza između ranije nepovezanih činjenica i pojava. Pri tome, valja podvući da predmet naučne obrade, tj. konkretno (određeno) pozitivno zakonodavstvo mora da dostigne punu zrelost da bi se moglo predstaviti u formi sistema kao uređene celine međuzavisnih delova.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> U pozitivnopravnom poretku kontinentalnog tipa jedini, po pravilu, konačni, definitivni i nepromenljivi akti su pravnosnažni pravni akti, npr. sudske presude i upravni akti. U anglosaksonskom pravnom sistemu svojstvo nepromenljivosti imaju predsedani. To drugim rečima znači da ukupan predmet jurisprudencije nije ekstremno promenljiv i kao takav nepodoban za naučno istraživanje kako je tvrdio Kirhman, proglašivši jurisprudenciju zbog izuzetne promenljivosti njenog predmeta, za bezvrednu nauku. Kirhman je očigledno bio u zabludi kada je nauku poistovetio sa njenim predmetom.

<sup>31</sup> Zasluga za ovo otkriće, po Kelzenu pripada A.J. Merkleu ("Allgemeine Theorie der Normen", Wien 1979, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, str. 267), pri čemu Kelzen upućuje na Merkleovo glavno delo "Allgemeines Verwaltungsrecht", 1927, str. 211 (Wien und Berlin, Verlag von Julius Springer, 1927).

<sup>32</sup> Up. Jovan Arandelović: "Povesno mišljenje", BIGZ, Beograd, 1989, str. 128.

<sup>33</sup> U kraljici svih nauka, tj. matematici, izgrađivanje pojmova i uspostavljanje hijerarhijskih, asocijativnih i ekvivalentnih veza među njima, predstavlja polovinu matematičkog obrazovanja, a u pravu suštinu naučne delatnosti.

## ZAKLJUČAK

Među skupom uzajamno komplementarnih metoda integralne pravne nauke<sup>34</sup> (od studije slučaja i tekstualne lingvistike do hermeneutike i semiotike), dominantna uloga svakako pripada teoriji značenja, tj. semantici, odnosno njenoj praktičnoj primeni – semantičkoj analizi, kao najprimerenijem instrumentu istraživanja prirode pravnog fenomena.

Generalno posmatrano, semantička analiza obuhvata tri međusobno povezane metodološke procedure – operacionalizaciju, standardizaciju i sistematizaciju, kojima se sirovi pravni materijal pretvara u pregledan i neprotivrečan sistem pravnih pojmova i kategorija, direktno ili indirektno, svodljivih na praktične operacije.

Poseban značaj semantičke analize dolazi do izražaja u oblikovanju ideje vladavine prava čije efikasno ostvarivanje predstavlja društveni imperativ današnjice, jer je ova ideja, kao spoj normativnog i stvarnog, najdelotvornije sredstvo društvene kontrole usmereno na obuzdavanje procesa i odnosa nesputane i razorne ekonomske i političke moći, inspirisane neoliberalnom ideologijom, koja sada suvereno vlada u svim oblastima tržišne privrede i tržišnog društva na nacionalnom i međunarodnom planu.

ZORAN JELIĆ, LL.D.,  
Belgrade

## SEMANTIC ANALYSIS AS A METHOD OF INTEGRAL LEGAL SCIENCE

### Summary

1. Semantics has the dominant role in the group of mutually complementary methods of integral legal science (case studies, and textual linguistics to hermeneutics and semiotics) that is its practical application – semantic analysis as the most appropriate instrument of studying legal nature of legal phenomena.

2. Generally, legal semantics encompasses three mutually connected methodological procedures – operationalization, standardization and systematization, which convert the raw legal mate-

---

<sup>34</sup> Up. Zoran Jelić: “Teorijski model sociolingvističke jurisprudencije”, “Pravni život”, br. 12/2015, Beograd, str. 427-440. Pod integralnom pravnom naukom ovde se podrazumeva sociolingvistička jurisprudencija, koja se zalaže za afirmaciju principa svestranosti u istraživanju pravnog fenomena, polazeći od njegove „u osnovi, jezičke suštine, te zahteva da pravna nauka, u skladu s tim, najpre temeljno osposobi samu sebe da bi mogla delotvorno obrađivati probleme radi čijeg izučavanja i postoji.



rial into well laid-out and non controversial system of legal notions and categories, directly or indirectly, reduced to practical operations.

3. Special significance of legal semantics comes to the fore in the form of shaping the idea of the rule of law, the efficient realization of which represent the social imperative of today, because this idea, as a link between the normative and the existential, it the most efficient means of social control aiming at harnessing processes and relations of unlimited and destructive economic and social power inspired by neoliberal ideology, prevailing in all the areas of modern market economy and market society.



## KULTURA SOCIJALNOSTI PRAVA

### I

Pravo, u činu kulture života, predstavlja uput ponašanja u obezbeđenju skladnog zajedničkog života i prinudu u delanju iz međusobnosti odnosa ljudi, primereno socijalnoj prirodi čoveka. Sledstveno tome ono je produkt društvenih zbivanja, usmereno na oblikovanje civilizovane organizovanosti datog ljudskog skupa. Ustaljeni društveni odnosi, kao preovladajući način delanja unutar date zajednice, predstavlja osnovni materijal od kojeg pravo gradi svoj sistem normiranog ponašanja. Dakle, oblikovanje društvenosti odnosa u tesnoj je vezi sa načinom socijalnosti opštenja ljudi, posmatrano sa aspekta nivoa vladavine svesti o uslovljenosti zajedničkog života, u smislu opstanka svakog pojedinca posebno i svih zajedno. Sve ovo i stim u vezi, skup svih drugih odnosa iz realnosti istorijskih činjenica, čine kamen temeljac izgradnji pravnih regulacija u duhu doslednog funkcionisanja prihvaćenih društvenosti života. Dakle, pravo je nadgradnja ustaljene društvene norme ponašanja, uslovljene sa nephodnosti međusobnih kontakata ljudi iz njihovih zajedničkih života. Ratio, pravo nije pasivni posmatrač, koji će registrovati zbivanja iz životnih kontakata ljudi, nego aktivni činilac u poboljšanju datih društvenih odnosa.

Socijalni uput o određivanju sadržine normiranog ponašanja ne može se svoditi na društveni imperativ iz šematizovanog jedinstva namećenog modela života. Pravo, kao izraz i odraz zaštite slabe strane, zasniva se na zaštitu svakog člana društvene zajednice, bazirano na individualnom pravu svakog čoveka i

svih zajedno, u smislu ostvarivanja prirodnog prava, primereno savremenoj civilizaciji. Neizbežni društveni imperativ, u ponašanju pojedinca, mora se svoditi na minimim ograničenja slobode u izrazu individualnosti ostalih članova sa kojima deli zajednički život. Dimenzija ličnosti podrazumeva opšte prihvaćeni standard društvenog ponašanja, primereno prirodi čoveka.<sup>1</sup> Drugim rečima, ono predstavlja skup karakteristične individualnosti, u sklopu opšte i zajedničke odlike ljudskosti, ispoljena kroz kulturnosti zajedničkog života.

No, na malom prostoru delanja čoveka u okviru velikog sveta, natezanju između individualnosti pojedinca i društvene opštosti date zajednice, nikad nije stavljena tačka pomirenosti. Ova istorijska činjenica nastavlja kroz težnju ostvarivanja ljudskih prava, u izrazu afirmacije ličnosti čoveka, izražena u zajedničkim odlikama ljudi, primereno zadovoljavanju opšte društvenosti života. Na putu utvrđivanja zajedničke niti, veza između pojedinca i ljudskog skupa, stoji čvor u spoju posebnih i opštih interesa, kao produkt realnosti života. Sintetička analiza odnosa pojedinca i društva - posmatrano sa aspekta neizbežnosti zajedničkog života sa jedne strane i skup individualnosti u izrazu parametra društvenosti ljudi - upućuje na izgradnju zajednice, sastavljeno od pojedinaca. Naime, individualno svojstva ne zatvara čoveka u samoću, nego podstiče na dokazivanje svoje sopstvenosti, koja se može izraziti samo u socijalitetu sa drugima, a na društvenu zajednicu je da spreči sebičnost pojedinca radi omogućavanja svim članovima da izraze svoje individualnosti. Društveni imperativ, u kreiranju zajedničkog života, treba shvatiti kao uslov jednakosti ljudi u ispoljavanju svoje sopstvenosti.

Prema iznetoj konstataciji, pravo predstavlja društvenu kategoriju zaštite individualnosti čoveka iz njegove društvenosti života. Kategorija društvenosti života nije imaginarna zajednica koja izdaje nalog ponašanja kroz pravne norme, ne mareći za ljude koji su se družili u datu skupinu. Društvena veza je izraz skupa pojedinaca sa mnoštvo karakterističnih ljudi, koja se svodi na minimum socijalne opštosti, od značaja za obezbeđenja zajedničkog života, na koje pravo treba da reaguje.<sup>2</sup> Prevlast društva, kao imperativ zajedničkog života, karakteriše jednakost ljudi u prirodnosti života, na čijem postulatu pravo gradi svoje norme ponašanja. Simbioza individualnih sloboda i nužnost društvenosti delanja, predstavlja paradigma socijalnog opštenja ljudi na koje pravo vodi računa. Pri tome ne sme se izgubiti iz vida da postoje institucionalna i neinstitucionalna pravila ponašanja, posmatrano sa aspekta dijalektičke nužnosti međusobnih dopunjavanja. Na-

<sup>1</sup> Usvajajući Hegelovu postavku, poznati Nemački hermenautčki predstavnik Wilhelm Dilthey, polazi od viđenja bezgranične sposobnosti čoveka u zadovoljavanju sebe putem samorazumevanja. Zastupajući tezu samorefleksije delanja pojedinca, on ne osporava činjenicu da u toj samostalnosti delovanja prepoznaju se sve društveno - istorijske objektivnosti. (Detaljnije o ovoj temi, Enver Arpa, *Ibn Teymiyye'nin Kur an Anlayışı*, Ankara, 2016; Josip Oslić, "Filozofija i duhovne znanosti" s posebnim osvrtom na djelo W. Diltheya /2014/)

<sup>2</sup> Na zadatku prava da se usmeri na ljudsku kulturnost, Ciceron je upozorio rečima: "Mi treba da objasnimo narav prava, a nju valja tražiti u čovekovo naravi."

ime, postoji opšte dobro u tretmanu generične vrednosti, kao opšte prihvatljivo, koje živi van društvenih institucija i pisane pravne regulacije, i onih relativnog karaktera koje karakteriše mnoštvim osobenostima. Primenom logičkih načela univerzalnosti, konzistentno ponašanja dobijaju svoj prirodni tok, bez društvene i pravne intervencije, te kao kolektivna generalizacija postaje lična obaveza svakog čoveka i svih ljudi. Razume se, društvo, kao organizovana zajednica, nije indiferentna prema ponašanju svojih članova, iz delanja koji ne podležu institucionalnosti stvorenih odnosa; pravo u svom prirodnom svojstvu takođe prati sva zbivanja iz međosobnih odnosa ljudi, nezavisno od pisanog oblika uputa na određeno ponašanje.<sup>3</sup> Na ovo treba dodati, da određeni odnosi koji su u jednom vremenu funkcionisali normalno tj. bez društvene intervencije, u drugom periodu mogu imati potrebe za društvenom intervencijom, a sledstveno tome i sa pravnom regulacijom datih odnosa, i suprotno. Evolucija društvenog kretanja je živi proces razvoja zbivanja sa kojim su ljudi u međusobnim odnosima stalno suočeni.

## II

Upućenost čoveka na društvenost života u zajednici bazira se na zakonima prirode, primereno socijalnosti njegovog bića. Ova činjenica je dovoljan osnov za buđenje svesti ljudi o potrebi organizovanja grupnog života. Iz ovog proizilazi da je pravo neizbežni pratilac u regulaciji organizovanog oblika iz socijalnosti života. Pojam društva, u sadržini mnoštva posebnosti sa određenim zajedničkim odlikama iz grupnosti života, koja karakteriše datu zajednicu, predstavlja prirodni tok zbivanja skopčano sa socijabilitetom života, na čijem postulatu se gradi regulacija upućenosti ljudi iz međusobnih odnosa. Na ovom sledu logičkog posmatranja veze društva i norme, oba faktora bi trebali da imaju zajedničku matricu u prirodnosti zakona. Organizovanje zajedničkog života na društvenim osnovama proizilazi iz prirodnih odnosa u međusobnim opštenjima ljudi, na koje bi moglo da odgovara samo prirodno pravo.

Prilaz stvari sa aspekta veza društvo i pravo, posmatrano sa iznetog ugla nam ukazuje na činjenicu da društvo prethodi pravu samo korak ispred, u pripremi terena za normiranje postavljenog socijalnog života.<sup>4</sup> No, to ne znači da je društvena zajednica puki nalogodavac izgradnje pravnog sistema, bez obzira na

---

<sup>3</sup> Sam život u zajednici, koja se odvija kroz interakciju ponašanja članova, oblikuje određene odnose saobrazeći u datu opštost, koje postaje pravila za sve, sa premisom standardizacije društvenog života. Suštinsko posmatranje ove dimenzije uniformnosti, dobija karakter normiranog ponašanja, koja se od drugih traži neprinudnim "propisom," naterajući na ustaljeno ponašanje metodom dobrog, koristeći pritisak sa rečima "bilo bi dobro," "ne bi trebalo," "to bi bilo ispravno," "ovo je već pogrešno" i slično.

<sup>4</sup> Eugen Ehrlich (u delu "Temeljni principi sociologije prava) kaže da centar gravitacije pravnog razloga ne leži u zakonodavstvu, niti u pravnoj nauci, niti u sudskoj odluci, nego u samom društvu.

njegov primarni karakter u obezbeđenju pravde. Posebno valja istaći da prirodno pravo, koja je niklo iz svojstvenosti čoveka, u smislu zajedničkih crta ljudi, ne može prihvatiti takav hijerarhijski odnos, na čijem čelu bi se nalazilo "društvo," kome ljudi treba da se pokoravaju pod pretnjom pravnih diktata. Prirodno pravo, zasnovano na zdravom umu racionalnog smera, nikada nije prestalo da bude moto za ostvarivanje osnovnih prava ljudi, na čijem temelju je čovečanstvo izgradilo svoju civilizaciju. I danas ta ideja nije zastarela, pored činjenice da je teško ostvarljiva u stvarnosti. U toj simbiozi odnosa, ideja ostvarivanja pravde stoji na čvrstoj nozi da poboljša postojeće stanje, prkoseći svim vrstama protivljenja iz različitih motiva i mnoštva otvorenih i nevidljivih otpora.

Današnje proučavanje osnovnih načela prirodnog prava valja usredsrediti na društveni aspekt iz realnog sveta, od uticaja na zbivanja koji se svode na zloupotrebu ljudskih prava, ne zanemarujući drugu stranu medalje vezano sa vremenom ozbiljnog suprostavljanja formalizmu i dogmatskom legalizmu u prođukovanju pozitivističke pravne norme, nezavisno od uticaja prirodnih zakona na odnose ljude. Interdisciplinarni kontakt između prava i sociologije postala je predmet i pravnih studija (u tome se ističe američki pravnik Roscoe Pound) na koje upućuju mnogi razlozi. Uostalom, zajednički život iz društvenosti odnosa predstavlja žarište svih događaja od kojih nastaju i situacije na koje pravo treba da odgovori. Stoga, bez proučavanje društvenih problema, iz kojih proizilaze devijantna ponašanja, pravo ne može uspeti u zadatku koja mu je postavljeno.<sup>5</sup> Pravo, iz sebe i po sebi, ne može da iskoreni devijantna ponašanja bez upuštanja na njihovo poreklo i izvore iz kojih potiču. Razume se i klasična sociologija je zainteresovana za društveni uticaj prava (u tome valja pomenuti Max Weber-a), od značaja za eliminisanja neželjenih događaja, skopčano sa činjenicom o neizbežnosti zajedničkog života. Društveni aspekt prava i pravni aspekt društva je produkt realnosti, posmatrano sa prozora prirodnosti života, koja će odgovarati svim nedostacima pravnog pozitivizma, svakom obliku despotskog društvenog režima i svih vrsta zloupotrebe ljudskih prava pod raznim izgovorima.

Društvo je "krov" zajednice preko kojeg nijedan pojedinac ne može se uzdići, zamišljeno radi sprećavanja različitih hijerarhije između ljudi, koja je prati la čitava istorija ljudskog razvoja iz društvenosti života. U operativnom smislu, ova tema predstavlja široku lepezu odnosa između pojedinca i društva, a sledstveno tome i odnosa prava i društvene imperativnosti, posmatrano u konceptu sintetičkih analiza istorijskih događaja, praćeno u konceptu poboljšanja stanja zajedničkog života. Tradicionalni koncept prirodnog prava je utemeljeno na zaštiti čoveka, čija ostvarljivost je tesno povezana sa podrškom šire društvene zajednice, u poštovanju ljudskih individualnih svojstava svakog pojedinca. Istorijski tok razvoja ovog koncepta, u *prihvatljivosti kao ideja*, stalno je bio u žiži interesova-

<sup>5</sup> Podrobnije o ovoj problematici može se preporučiti knjiga Eugena Pušića, štampana 1989.

nja čovečanstva, te kao produkt opravdane misli, uspeo je da prkosi svim konkurentskim teorijama, političkim i drugim pritisicima, koja je krunisana svetskim priznanjem preko mnogih nadnacionalnih akata. Zajednička odlika ovih pravnih akata karakteriše: čovek je briga društva u zaštiti njegovih posebnih interesa iz ljudskosti inividualnih ponašanja. Pređeni put, u prodoru nametanja ideje poštovanja ljudskih svojstava čoveka, predstavlja veliko priznanje, jer u najmanju ruku stvorio je osnovu u istrajnosti za implementaciju proklamovanog dobra. Proklamovana prava u neostvarenom vidu, ulivaju nadu budućnosti iz kojeg čovečanstvo ne sme odustati. Zloupotreba ljudskih prava ne umanjuju osnovanost borbe u sticanju pripadajućeg dobra, naprotiv daju snagu osnovanosti borbe u ostvarivanju zahteva.

Ljudski skup u društvenosti odnosa predstavlja organizacioni oblik ispunjavanja socijalne funkcije života, kao model distribucije opštih dobara, zasnovana na pravdi i pravici. Poštovanja individualnosti čoveka je *sine qua non* za stabilnost pluralističkih mozaika socijalnosti života.<sup>6</sup> Na pravo je da uspostavi balans mnoštva posebnosti u izrazu opštosti interesa. Privatna veza ljudi iz individualnih pobuda je društveni čin delanja u ispunjavanju sopstvenih potreba, svojstveno socijalnim odnosima međusobne opštosti. Sledstveno tome svaki pojedinac, u svakodnevnom životu, u neizbežnom je dodiru sa društvom i sa pravom. Dakle, svaki član date ljudske grupacije je relevantan društveni i pravni subjekt. Uostalom, prva adresa u inauguraciji života čoveka je (malo) društva (porodica), a potom, ali istovremeno, i pravo, počev od upis u knjigu rođenih, kojim prilikom stiče pravni subjektivitet ličnosti.

Izneta prava čoveka *ipso facto* karaktera - po rođenju na osnovu prirodnih zakona, u smislu tretmana pravnog subjektiviteta i sticanja građanskog prava po osnovu članstva u datoj društvenoj zajednici - dugo nisu priznate i od strane zemalja koji su sebe upisale u listu civilizovanih država. Društvenost prava i pravno društvo, u interaktivnom odnosu na posledice po život zajednice, zavisi od njihovih pogleda na prirodu delanja ljudi. Drugim rečima, koliko je biološko ili prirodno stanje čoveka podružljivo, zavisi od toga koliko je društvo i pravo oprirođeno.<sup>7</sup> Istorijski posmatrano, tema *pravo i društveni imperativ*, u kontekstu međusobnog uticaja, u zavisnosti od događaja u vremenu i prostoru, ukazuje na različite uloge u uticaju jedno na drugo. Bilo je vremena kada je pravo postavljana kao imperativ u kreiranju društvenih odnosa. Ovu pojavu su karai-

---

<sup>6</sup> George Herbert Mead, u svom delu, "Mind, Self and Society" u prevodu na albanskom pod naslovom "Mendja, Qenia dhe Shoqeria" (preveden od strane Dritan Themollari, Priština, 2001) podseća na davnu konstataciju da *ljudske zajednice su nastale od pojedinaca, što znači da pojedinci nisu produkt društvenosti života*.

<sup>7</sup> U *Bekstvo od slobode* Erih From tvrdi da čovek živi u uverenju da zna šta želi, u stvari on želi ono što se od njega očekuje. Društveni karakter u Fromovoj interpretaciji predstavlja tipičano ponašanje ljudi u određenom društvenom sistemu, u skladu sa prihvaćenim vrednostima i zahtevima kulture iz prirodnosti života.

terisale uglavnom veliki poduhvati promena odnosa društvanog stanja, skopćano sa revolucionarnim događajima, u pokušaju naglih promena stanja ustalenog socijalnog života, radi uspostavljanja režima uz pomoć proizvodnje pravnih propisa. Pored iznetog i nezavisno od toga, bilo je i pokušaja stvaranje idealizovanog društvenog poretka, putem pravne regulacije zasnovano na stvaranje željenih propisa nezavisno od standartizovanog odnosa u opštenjima ljudi. Međutim, ovaj pokušaj pravno idealizovanja društvenog života, nazivisno od motiva pristupa u iznetom smislu, naišao je na otpor ljudi, koji su kreirali svoja ponašanja prema prilikama datog vremena i prostora, vezano sa kulturnosti odnosa i realne mogućnosti implementacije željenog. Prirodnost njihovog bića i kulturnost stvorene civilizacije, koja se gradila vekovima, nisu dozvoljili voljnim normama prava u pretenziji da potezom pera menja oblikovane odnose među ljudima. Na drugoj strani, pravu je ostalo zadatak da reaguje na nametanje života u ime društva, iza kojih, obično, stoji uski interes grupa ljudi koji pretenduju da u sebi koncentrišu vlast moći, radi realizacije svoje volje.

Drugo, bliskoj prošlosti nije strano zloupotreba prirodnih razlika ljudi po rođenju. Takav filozofski pogled na svet, koji ne korespondira sa delovanjem prirodnih zakona, zasnovan na zloupotrebi društvenosti života i predstavlja crnu tačku u razvoju ljudske civilizacije, čija mrlja ni danas nije otklonjena. Gluvi junaci na poziv prirode i slepi moćnici vremena na činjenice iz normalnih događaja, okomili su se na omalovažavanje ljudi, pored toga što se ne razlikuju od njih. Naime, nije sporno da zajednički život je uslovljen sa *neizbežnosti* razlike ljudi, koji čini društveni segment opštosti, radi ostvarivanja svoje posebnosti. Počev od elementarne razlike ljudi u polu, bez kojeg ne bi opstalo čovečanstvo, pa sve do različite sklonosti ljudi za pojedina zanimanja i tako po redu bez kraja, ne bi se moglo obezbediti mnoštvo potrebe čoveka. Prirodnost mozaičnog kolaža ljudi u svojim razlikama, predstavlja kamen temeljac funkcionisanja prirodnosti delanja iz sacijabiliteta života. Stoga, određivanje društvenog položaja pojedinaca bez svoje krivice u prirodnom dolasku na ovaj svet, ne može se ničim opravdati.<sup>8</sup>

Koliko se odlazi u prošlost istorije formiranja socijalnog oblikovanja života, toliko se sužava opštost u tretmanu društvenog delanja čoveka, sve do njegovog tretiranja objektom date zajednice. Ova činjenica ne bi bila toliko žalosna, kada bi ova prošlost bila ukopana u stranice istorije. Da nije tako i da tako neće biti, nas je

<sup>8</sup> Mnogih godina posle donošenja Velike povelje slobode (Magna Carta Libertatum) iz 1215, Engleski zakoni i posle šest stoleća (1832) pravo glasa priznavali samo onim *muškarcima* koji se imali imovinu u najmanjoj vrednosti od 10 funti, što u ondašnjim prilikama životnog standarda ovog evropskog ostrva predstavljao izuzetak, te stoga navedeni uslov iz pomenutog zakona nije ispunjavala ni 4% stanovništva Velike Britanije. Ni u Francuskoj; koja je imala svoj Declaration des Droits de l'Homme, koja se inače hvalila sa humanošću, uz pretenziju da bude uzor drugim zemljama sveta; situacija nije bila bolja pri činjenici da polovinu svojih državljana, tačnije koji su se rodili u ženskom polu, nisu bile priznate nikakve društvene aktivnosti, jer predviđena prava iz navedene deklaracije iz 1789 bila su garantovana samo za muškarce.



upozorio veliki um prošlog veka (Valtazar Bogišić) uz konstataciju činjenice izrečene u poznatoj rečenici: “*što se grbo rodi ni vreme ne ispravlja.*” Ova konstatacija pokazuje svoju nesmrtnu tačnost u svim segmentima života. Sve kritike na davnu prošlost i sve osude događaja iz prošlosti, nisu pamagale i ne pomažu sprečavanju prodora zla iz istorije u sadašnjost, razume se pod novim nazivima i oblicima, a sve tu u pokušaju prikrivanja njihove suštine.

Od početka formiranja zajedničkog života do organizovanog oblika socijalnosti ponašanja iz međusobnih odnosa, u smislu jedinstvenog deolovanja datog skupa, u svrhu postizanja zajedničkog cilja, prati čitav niz događaja, mešano sa mnoštvo istorijskih činjanica datog vremena i prostora. Na prvom koraku istorije u izgradnji zajedništva iz međusobne upućenosti, pojavile su se porođajne muke, u samom začetku socijalnosti života,<sup>9</sup> praćeno kroz čitav razvoj ljudske društvenosti. Od stupanje čoveka na tlu ove zemlje pa do danas, nisu prestala nadmetanja ljudi kroz isticanja svoje ličnosti u zajednici i pobude drugih na ime društvene imperativnosti ponašanja. Ova natezanja su zabeležena na različit način. Nekada, prema jednim, pojedinac je tretiran kao glavni akter u ulozi organizovanja ljudi u društveni život.<sup>10</sup> U drugim prilikama ili prema drugima, društvo je to koje

---

<sup>9</sup> Poznati (Finski) dramski pisac Johannes Linnonkoski, u svom delu “Ikuynen Taystelu” (Neprestana borba - slobodan prevod - RT) opisujući različiti karakter braće Kaina i Avelja od istog oca i majke (Adama i Eve), koji nisu imali drugi izbor osim da se žene sa svojim sestrama, pri izboru koji je pripadao samo muškoj strani, nisu našli zajednički jezik, zbog koga je došlo do krvoprolića. Navedeni Finski pisac dramatično prikazuje smrt Avelja iz ruke svog rođenog brata, ali, pored tog čina, Kaina prikazuje u liku društvene aktivnosti, koji će danima nositi na svojim leđima mrtvog brata, u naznanju šta da radi sa mrtvnim telom, sve dok nije video kako jedna ptica svojim noktima iskopava zemlju da bi sahranio svoju žrtvu. Ovaj čin, lik ubice je stavio u zagradu, istučući stvaranje kulture poštovanja ličnosti čoveka *u post mortem* stanju. Ovaj prirodni čin iz neprirodnog ponašanja nije usamljen slučaj jer prateći tok istorijskih događaja, nezavisno od toga da li je ova tradicija nastavljena po uzoru prethodnog ili po samoj prirodnosti bića čoveka. Ista je slika iz priče Sofoklesa pod naslovom “Antigona” koja se prikazuje kao junak u sahrani svoga brata Polyneikesa odupirajući se odluci kralja Kreona.

<sup>10</sup> Poznati Škotski istoričar, pisac i kritičar Thomas Carlyle, u svom čuvenom delu “On Heroes, Hero - Worship and The Heroie in History, (u prevedon na Turskom pod kratkim nazivom “Kahramanlar” od pera Behzat Tanč-a, Istanbul, 2004) ističe da politički i kulturni tok istorije određuju izuzetne ličnosti, zastupajući tezu da jedino ljudi takvog karaktera mogu da izvrše korenite promene postojećeg stanja, koji će se oblikovati u život društvene zajednice. Kod njega “Junaci” nisu samo vojskovođe i državni lideri, nego, po njemu, pravac istorije određuju “Veliki Ljudi” od uticaja na masu, bez obzira na način i metode, koji oni koriste i čime se služi. Ovu tvrdnju, u pomenutom delu, navedeni pisac, ilustruje sledećim primerima. On Islamskog Proroka Muhammed-a naziva “Proročki Junak,” za Dante-a i Shakespeare- a kaže da su “Pesnički Junaci,” za Jonson-a i Burns-a ističe da su “Junaci Književnosti” dok Cromwell i Napoleon (po njemu) su “Junaci Vlasti.” Ljudski skup, ovaj pisac, ilustruje sa gomilom mulja, odnosno gline, koji bi ostali da čame na mesto bez ikakvog značaja, kada ne bi se pajavio neki *vajar* (Veliki čovek) koji će njih oblikovati po svojoj želji. U nastavku ističe da su: Sezar, Napoleon, Veliki Petar, Sokrat, Muhammed i slični su oni Veliki ljudi koji su prema svojim viđenjem oblikovali društvo, kao što vajar radi skulpturu.

proizvodi lidere.<sup>11</sup> Nezavisno od različitih pogleda na ovu temu ali u vezi sa tim, imajući u vidu istorijske prilike datog vremena i prostora valja konstatovati činjenicu, ne kao prihvatljivi uzor nego kao realnost koju je istorija zabeležila da, određene ličnosti su bile snaga u oblikovanju zajedničkog života, te sledstveno tome i u stvaranju prava u izrazu zakona, koji su nazivani imenima čelnika društva, koju su inače predstavljali (Hamurabijev Zakonik, Justijanov Kodeks, Zakonik Cara Dušana, Napoleonov Code Civile itd).

### III

Pod pritiskom stvarnosti života, u težnji ostvarivanja istorijske ideje stvaranja ljudskog skupa primereno čoveku, svaka zajednica je pravnoj nauci i sudskoj praksi postavila zadatak u traganju za poboljšanjem društvenog položaja čoveka, primereno opštoj sreći celog skupa. Na temelju ove misli, pravo je sebi odredilo određene ciljeve, vodeći računa o stvarnosti života iz ponašanja ljudi, koji inače reflektuje sadržinu njihovih pogleda na događaje i zbivanja datog okruženja, skopčano sa zadatkom poboljšanja postojećeg stanja. U toj složenoj operaciji spoja ideje i stvarnosti, valja znati da moralno čitanje prava se materijalizuje kroz odnose ljudi u oceni vrednosti, praćeno sa idejom opšteg dobra na putu saznanja suštine. Međutim, ovako postavljeni ciljevi, gledano sa ugla usavršavanja prava, od značaja za ispunjenja svog društvenog zadatka, često su skrenute sa pravog puta iz različitih razloga i mnoštva neprihvatljivih obrazloženja. Ostavljajući po strani mnoge istorijske događaje iz daleke prošlosti, naveli bi smo talas *receptiju* zapadnog prava iz 19. i 20. veka, čija nedavna prošlost se u sadašnjost prodire pod plaštom univerzalizacije. Kada bi se ovaj proces pokušalo da se okarakterise sa današnjeg aspekta usavršavanja prava, moglo bi se svoditi na narodnu izreku: "tuđa ruka svrab ne češa," u označenju da je takav pristup bilo unapred osuđen na neuspjeh. Stoga izneti neuspjeli pokušaji i te kako bi moglo služiti u vidu poruke, posmatrano u vidu odnosa društvene imperativnosti i prava. Međutim, gledano sa aspekta težnje u kreiranju uslova obezbeđenja slobode u opštenju ljudi iz njihovih socijabiliteta međusobnih opštenja i afirmacije prirodnog prava u izrazu ostvarivanja ljudskih prava, ne može se pohvaliti sa dosadašnjim dostignućima. Izgleda da izneta biska prošlost nije nas dovoljno rasvetlila na putu harmonizacije prava, koja u suštini predstavlja prepis zapadne škole prava, pod hegemonističkom prismotrom moćnika sveta, od čijih pritisaka se zaslepila stvarnost. Jednom rečju,

<sup>11</sup> Čuveni Ruski pisac Lav Tolstij, dijametralno suprotno od navedenog Škotskog pisca tvrdi da, događajima, zbivanjima i dešavanjima iz socijabilitata zajedničkog života, koji inače pokreću društvena kretanja evolutivnih promena stanja odnosa ljudi, duh daju masa ljudi a ne pojedinci ili nekakve famozne ličnosti.

savremeni pristup univerzalizacije prava, pod senkom izgradnje novog svetskog pravnog poretka, predstavlja *napuštanje brige čoveka da bude kovač svoje sreće.*"<sup>12</sup>

Ceo istorijski proces normativnog usavršavanja društveno - pravnog poretka, nezavisno od opravdavanja različitim nazivima pristupa ovom poslu (receptija, univerzalizacija, harmonizacija i sl.), čija zajednička crta se sažima u nedostatku *bratstva* pisane regulacije i shvatanja vrednosti iz društvenosti života date zajednice, nije dala obećane rezultate, a iskreno rečeno nije se ni moglo očekivati bolji ishod, koji bi dao plodove obećanog očekivanja. Ovo stoga što, pravila tumačenja pravnih normi je složen proces i kao takvo ne može svoditi na mehaničku primenu pojedinih propisa. Jer, proces razumevanja prava zahteva izuzetnu intelektualnu aktivnost, shvaćenu u kontekstu pravično propisane norme na konkretnu situaciju. Ovaj proces zahteva čitavu elaboraciju situacije datog događaja, u sklopu prilike koji su uticale na date odnose, sa posledicama dejstva na zajednicu iz društvenosti života. Pravni silogizam nisu samo pisane reči iz norme, već i životni događaji koji upućuju na propis ponašanja. Sud o stvari određenog predmeta se opravdava rezultatom društvene svrhe i postizanjem pravde, kao krajnjeg cilja prava. Razume se, bez čitanje života iz društvene realnosti odnosa, na koje pravo treba da reaguje, nema ostvarivanja postavljenog cilj, primereno datom zadatku.<sup>13</sup> Na iznetu konstataciju iz ideje opšteg htenja, kao putokaz krajnjem cilju valja dodati i to da, pravo teško nađe validni oblik suda u smislu obezbeđenja legaliteta, kome, u osnovi, polaže račun opravdanosti svog postupka, posmatrano sa aspekta neprestanih promena odnosa ljudi koji se razvijaju kroz evoluciju za-

---

<sup>12</sup> Na iznetu činjenicu, Charles- Louis de Secondat Montesquieu (*O duhu zakona*) je upozorio pre nego što će postati moda receptije tuđeg prava, u kratkoj i jasnoj rečenici sledeće sadržine: "Pravo treba biti prikladno za ljude za koje je stvoreno i bilo bi veoma neverovatno da zakoni jedne nacije mogu pristajati drugoj."

<sup>13</sup> Case law, koji je stvorio Evropski sud (u kontekstu harmonizacije civile law i common law sistema u procesu homogenizacije prava) zasnovan je na činjenici da normativno načelo o jednakosti ljudi, proklamovano u zemljama pod jurisdikcijom ovog nadnacionalnog suda, pokazalo se nedovlnim osnovom u implementaciji ljudskih prava, pri činjenici šarolikosti sudskih odluka kod istih ili sličnih slučajeva. Naime, Evropski sud je u mnogim odlukama iz velikog broj predmeta i drugim vrstama nastupanja, ponovio da je namera Evropske konvencije da jamči praktična i delotvorna prava a ne teorijska i iluziorna prava. (Vidi, Veliko veće od 03.10.2006, par. 46 Me Kay v. the United Kingdom /pred. br. 543/03. Posmatrano u korelaciji prava I društvene imperativnosti, Evropski sud je dao veliki značaj različitosti pogleda na istu stvar, gledano sa aspekta šarolikosti kulture na čijim osnovama su izgrađeni osobeni pravni sistemi zemalja članice, bez čije autonomije ne može se ostvarivati krajni cilj, kome teži pravo starog kontinenta. U tom kontekstu interesantan je stav A, B, C P. u vezi sa odnosom nacionalnog prava Irske, po pitanju abortusa. Naime, navedeni Evropski sud pravde, primećuje da je zabrana abortusa u ovoj zemlji zasnovana na dubokim moralnim uverenjima naroda ove države, u pogledu prirode života i prava na život nerođenog deteta, te ona čini suprotni evropski konsensus irelevantnim za Irsku (vidi: A, B and C, para 241) koja se opravdava sa stanovišta artikulacije ljudskih prava iz interakcije pojedinca, nacionalne i međunarodne zajednice, koji opravdavaju poziciju (moralnu, politički, istorijski) ugovornice koji su suprotni evropskom konsensusu.

jedničkog života, jer tradicionalni čisti pristup pozitivizmu ne nudi adekvatno rešenje u zadovoljavanju pravde. Ovo ukazuje na potrebu dalje afirmacije vladavine prirodnog prava, koji će biti kadar da odgovara dinamici života industrijalizovanog sveta. Društvene potrebe savremenog života ne trpe striktnu primenu statične pravne norme - formacionih pravnih akata. Ostvarivanje pravde, kome teži pravo, ne može se svoditi na puku formalnost, zasnovano na pozitivnoj regulativi. Životne potrebe za mirnim i dostojnim zajedničkim životom uživaju društvenu opravdanost za primenom određenih regula, po osnovu njihovog legitimnosti, bez čekanja na pravno osnaženje putem legaliteta.<sup>14</sup>

Osnovno svojstvo prava je da obezbeđuje pravdu, iz pletenog sistema pravnih normi, u kojima treba da figurira *homo faber*, a ne porobljeni *homo sacer*.<sup>15</sup> Simbioza prava i društvene uslovljenosti uređenja zajednice, iz skupnosti života, dopire u sve elemente esencijalnosti i egzistijalnosti ljudi, primorani na trajne veze iz socijaliteta života. U toj niti veza, valja istaći nedostatak praktičnog poimanja društva iz realnosti delanja i *implentacioni* pojmovi prava, pretočene u odluke, u smislu refleksa na život ljudi. Jer, ni društvo ni pravo ne karakterišu definicioni pojmovi, nego njihovi odgovori na zbivanja iz mnoštva različitih odnosa, kao produkt bogatog života koji je inače u stalnom pokretu. Naime, životni događaji nemaju jednoznačajnu kopiju u svetu činjenica, koje bi se moglo izraziti pojmovno u vidu definicije. Iskazi prava, kroz pisanu pravnu normu i proklamirani poredak društvene pravilnosti, svoj ispit polažu na terenu stvarnosti. Prolaznu ocenu na ovom ispitu daju ljudi, na koje pravo se odnosi, a ne pravne i državne institucije koji proglašavaju legalitet normi niti odluke sudova koji odlučuju o sudbini ljudi. Društvene institucije, kao organizacioni oblik uređenja zajedničkog života, odgovorni su ljudima koji su se udružili u dati skup. Pravne reči potrošene

<sup>14</sup> Istorijski razvoj revolucionarnog prava tzv. Nove Jugoslavije beleži činjenicu: Skica za zakonik o obligacijama i odgovorima prof. Mihajlo Konstatinovića primenjivaće se kao važeći zakon više od tri decenije, u vidu pravnih pravila, bez ikakvog umanjivanja značaj u doslednoj regulaciji obligacionih odnosa u pogledu poštavanja pravila i njihovog dejstvo na život, skopčano sa nedostatkom čina legaliteta, koja će dobiti tek 1978. (Sl. list SFRJ, br. 29/78) godine. Da li je Evropski sud za ljudska prava imao u vidu iznetu činjenicu neznam ali u svakom slučaju je opravdan stav ovog visokog suda u isticanju: "(Ponekad, ne tako često, kada se radi o razlozima promene date regulacije koji dugo traju a veoma su osnovani za životni događaj) da će se (ovaj sud) pozivati na *prilipne radove* - na materijal za izradu pravnih akata, prilikom donošenja meritorne odluke, rukovodeći se sa pravdom, ka legitimnim pravom čoveka, koja će se prethoditi očekivanom legalitetu.

<sup>15</sup> Giorgio Agamben, u svom delu "Homo sacer: Suvremena moć i goli život" (u prevođu Mario Kapića) pozivajući se na figuru čoveka iz rimskog prava (koji nije imao ni građanska ni božanska prava, stoji sa svojim golim životom, van svake društvene i pravne zaštite), savremenička stavlja pod lupu analize svoje filozofije iz kojeg zaključuje da: celu istoriju zapadnog političkog ustrojstva, polazeći od kulminacije sudbine pojedinca u društvu fašističkih koncentracionih logora pa sve do povrede ličnosti putem dirigovane demokratije i drugih metoda današnjih moćnika sveta, ljudi nisu doživeli svoja prirodna prava.

u norme kroz pojmove<sup>16</sup> i političke proklamacije u sadržini obećanja van stvarnosti u realnom životu, nije interes ljudi zbog kojeg bi se povinovali pravu i zbog kojih bi se udružili u određenu zajednicu.<sup>17</sup>

#### IV

Od začetka humanizacije do danas, prevaljeni put ideje izgradnje organizovanja ljudske društvenosti, na osnovama vladavine prava, nije dao očekivane rezultate, primereno postavljenom istorijskom cilju, koji se zasniva na obavezu zajednice da svojim članovima obezbedi individualne potrebe i socijalnu sreću. Sve teoretske misli i sva opravdanja objektivnošću prilika i sličnih razloga karakterističnih za prebacivanja krivice na drugog ili iznalaženje drugih vrsta mana, koje se uglavnom izražavaju rečima: *neizbežnost*, *nemogućnost* i sličnih pojmova, skopčano sa odnosom na nepopravljivo stanje, usmereno na oslobođenje od subjektivne odgovornosti, nisu položili ispit ljudskosti. Organizatori oblikovanja društvenog života, rukovođeni ostvarivanjem sopstvenih interesa i drugih niskih pobuda, često su bili glavni akteri u formiranju zajedničkog života ljudi, koju činjenicu je pratila skoro cela istorija razvoja čovečanstva sve do danas. Prema tome, kod tog stanja stvari, ne mogu se očekivati poboljšanja stvarnog stanja, iz stalnih promena ideje zasnovano na teoretskim ubeđenjima, te primamljivo za verovanje i stvaranje nade budućnosti.

Ljudska prava, kao najmlađi termin iz istorije prirodne subjektivizacije čoveka, iskazano u vidu individualne osobenosti svakog pojedinca iz skupa date grupacije, ostalo je na margini društvene brige obezbeđenja vrednosti. Pojam društvene zajednice je ostao u tretmanu državne organizacije, koji sve više gubi nezavisnost u slobodnom funkcionisanju pod smotrom svetskih moćnika. Tradicionalno posmatranje horizontalnog i vertikalnog dejstva norme na ljude iz društvenosti života, na čijem temelju je izvršena i podela prava na *privatno* i *javno*, gledano sa prizme primata države u kontroli društvenih odnosa, kopane su prve

---

<sup>16</sup> U vezi sa izloženim uzaludan je pokušaj definisanja prava koja bi izrazila sva njegova svojstva iz bogatog života. Stim u vezi vidite knjigu profesora jurisprudencije Herberta Harta pod naslovom "The Concept of Law," u prevodu Dušan Vranjanca i Goran Dajovića, pod nazivom "Pojam Prava" Beograd, 2013.

<sup>17</sup> U svom delu "Zapisi iz podzemlja" Fjodor Dostojevski govori o samom dnu života iz sukoba čoveka sa svojim svetom u pokušaju uklapanja svoje individualnosti u društvenu zajednicu, iz kojeg potiče i kojoj je upućen. Neprevaziđeni um u pretočenju događaja u pisanu reč, najviše poznat po bavljenju sa suštinom ljudske ekzistencije, skoro u svim svojim delima ima zajednički stav da čoveka prati "društvena briga" za potrebom ograničenja slobode, pravom na nasilje zarad viših ciljeva i to po ceni ljudskog života. Prema njemu, moderno društvo, koje se puca u racionalizmu i planirani život, u meri povećanja birokratije doprineće rastu *Podzemnih ljudi*. Drugi pisac iz centralne evrope, koji je imao drugo uverenje o društvu i pravu, u početku procesa svoje knjige "Proces" reči će da *živimo u državi u kome vlada pravo*, govoreći mislima svojem srcu, da bi u daljem postupku praećenja događaja koja su se odvijala pod nazivom zakona, zaključiti: "Od laži se gradi poredak sveta."

jame spoja potpune integracije pojedinca u društvo, radi ostvarivanja svojih prirodnih prava,<sup>18</sup> jer subjektivitet je bio pretvoren u podanika poslušnog građanina putem namećene obaveze preko etatičke pravne norme, koja će se produbiti podelom prava na univerzalno i nacionalno, koja se izražava kao veća disproporciju u čijoj dubini tone veći broj ljudi. Preko integracije u proces globalizacije, praćen sa gubitkom slobode u projektovanju sopstvenog prava, primereno ljudima na koje se odnosi iz kulturnosti datog oblika života društvene zajednice u vidu određene ljudske skupine, u zamenu za univerzalno pravo, oduzima ljudima svoje viđenje vrednosti za koje su zainteresovani. I više od toga, kliše "ljudskih prava" u smislu određenja od strane svetskih moćnika, predstavljaju najveću savremenu pretnju u najopasnijoj dimenziji za opstanak ljudi u svom životu, što čini svojevrsnu degradaciju osnovnog i elementarnog sistema prirodnog prava.

Žalosna je činjenica, koja se teško može osporavati da, ljudi u današnjem svetu žive u strahu od "stvarnosti" ljudskih prava. Mnoga prava su dovedena u pitanju, kao rezultat svetske brige u ostvarivanju individualnih prava čoveka. Međutim, mora se reći da, od zaslepljenih sa univezalnim pravom teško se može razaznati pravo koji štiti osnovne odnose iz prirodnosti života.<sup>19</sup> Tekstualni sadržaj propisa o *pravnoj državi*, skoro na ultimativan način poistovejuće sa vladavinom ljudskih prava. Pravници mnogo više govore o zakonskim proklamacijama prava, nego o odlukama nadležnih organa koji se tiču života čoveka. Čovek sve više postaje predmet teze teoretskih rasprava u globalnoj areni komunikacije pravnih misli, svoden na ispražnjenu ličnost u torbi *neoindividua*. Uz to valja konstatovati da unutar procesa globalizacije ljudskih prava ima svega osim čoveka. To je proces koja se može opisati sledećim rečima: čoveka čoveku i ljude stvarnosti sveta, čini stranim.

Ovo nas vraća na čas istorije iz dešavanja pre više od dva milenijuma, koji se odnosi na govor Platon svojim Atinjanima u vezi sa zadacima države. Uveren u svoju priču o državi, on će svoju odeju o kultivisanju organizovanja zajedničkog života pretočiti u knjigu, koju će imenovati pod nazivom "Država." Međutim, ono što će posle toga naterati ovog grčkog filozofa da se iseli na Italijansko ostrvo, odnosi se na veliki jaz između stvorene ideje o teoriji države i stvarnosti koji su odvijali mimo filozofskog objašnjenja i opravdavanje njenog oblika. Ova činjenica

<sup>18</sup> Na iznete argumente možda bi najbolje odgovorio Slovenački akademik Alojzij Finžger, sa svojim delom "Osebnost pravice," Ljubljana 1985; Ali valja konstatovati da mnogo godine pre pomenotog akademika, vidno potresen sazivom Generalnog staleža u Francuskoj, u svom delu "Esaj o reprezentaciji" Jeremy Bentham izraziće najoštrij skeptizam u ostvarivanju prava ljudi, pri činjenici da u njegovoj zemlji žene nemaju ni pravo glasa.

<sup>19</sup> Poznati zastupnik ekzistencijalizma Jean Paul I- Sartre, svoje viđenje svetskih zbivanja u 20-tom veku, posmatrano u kontekstu opšteg trenda dešavanja, okarakterise kao veliki paradoks dešavanja, koja se, prema njemu, prepliću u univezalnosti i individualnosti, na koju činjenicu odgovara sa potrebom čoveka da zadrži ustaljeno članstvo određene društvene zajednice, jer ne postoji univerzalni moral koji bi usmeravao ličnost na ljudsko ponašanje.

je pisac navedenog dela duboka razočarati. Navedeni starogrčki filozof nije mogao da se pomiri sa nefukcionisanjem zamišljenog oblika države u matične države, koju je on zamišljao kao idealnu tvorevinu, za koju je bio više nego ubeđen da je to opšte dobro za sve sugrađane i više od toga, za sve ljude. Pošto u svojoj zemlji nisu realizovane postavljene ideje iz navedenog dela, ovaj umni filozof će pokušati da svoju ideju idealne države realizuje u Sirakuzu, misleći da je ovo ostrvo dovoljno izolovano od loših "svetskih" navika, te lakše će primiti opšte dobro iz zamišljene organizovanosti. O rezultatima ovog upornog pokušaja ovde neće biti reči, zadovoljavajući se činjeničnim posledicama, koja bi služila kao naravoučenija: od tada nije se ništa menjalo u zaključku da, ideje u mislima bez implementacije u život ne dobija društvenu potporu za opravdavanje te ideje. Sledstveno tome, iz ovog bi se moglo izvući sledeći zaključak: ako se određene misli, koje uspevaju da prerastu u ideju ali ne uspevaju da preobrazu u život, onda treba napuštati takve misli i ukidati vladavinu takvih ideja u zamenu za druge teorije koji bi mogle da pretaknu u stvarnost.

Danas, proces globalizacije nije ostavio prazan prostor za delovanje ljudi iz sopstvenosti života, niti slobodu u izgradnji prava osobenih ponašanja iz prirodnosti konkretnog zajedničkog života. Vladavine ideje modernizacije univerzalnosti radi stvaranja jednolikog čoveka, svodi se na vladavinu kapitala u materijalno - finansijskom smislu, skopčano sa sticanjem društvene vlasti. Kapital nije samo novac već i raspolaganje moći kontrole društvenih kretanja; monopol informacije od uticaja na socijalnu formaciju odnosa; sticanje vlasti usmerenja tržišta sa uticajem na ekonomske i politička zbivanja; snaga na stvaranje i promene kulture života, i slično. Proces univerzalizacije, sa težnjom stvaranja *novog svetskog poretka*, oduzima slobodu mnogih naroda sveta u institalizaciji osnovnih prava ljudi, primereno toj zajednici. Mobilisanje države u harmonizaciji prava, po ugledu zapadne kulture života, predstavlja imperativ svetskih moćnika u promenu pravnog stanja zemalja, koji ne dele njihovu kulturu života. Ustaljeni principi u određivanju vrednosti konkretne zajednice, prestaje biti imperativ u izradi i primeni prava, pri činjenici neposredne primene univerzalnog prava.

Ako treba izvući neku pouku od navedenog dela Platona i njegovog ponašanja povodom pisanja o državi, onda bi se to odnosilo na istrajnost u iznalaženju rešenja o implementaciji osnovnih prava ljudi, zasnovano na dokumentima sa reputacijom univerzalne vrednosti, te poput ovog drevnog grčkog filozofa, to valja pokušati izolovano i nezavisno od permanentnog pritiske moćnika vremena.

## V

Ako se sadašnjost posmatra nezavisno od prošlosti i na mareći njegovo dejstvo na budućnost, odluke vremena u kome se živi i deluje biće pogrešne. Prošlost se ne prekida iznenadnim revolucionarnim aktima, voljom suverena, naredbama nosioca vlasti vremena, obično kloni da promene svet (narodski rečeno) "preko

noći”, niti idejama naučnika, bez obzira na opravdanost njihove misli o opštem dobru. Evolutivni proces društvenog razvoja, usmereno na poboljšanje pravnog stanja stvari, predstavlja “prokuvavanje stvari,” u spremanju za budućnost. Čovek teško menja svoje misli i navike, bez obzira na ubeđenja o novoj ideji, jer pretvaranje svoje svesti u trajne misli i odvikavanje od delanja iz instiktinog postupka ponašanja u proces usavršavanje svoje ličnosti, odvija se u trajnosti, kako bi rekli englezi *stape by stape*<sup>20</sup>

Ideja o stradegiji organizovanja ljudi u društveni oblik zajednice i filozofija života iz socijalnih veza; u nedostatku znanja iz događaja iz prošlosti i iskustvo o ponašanju njihovih prethodnika zbog nepostojanja pisane istorije; započeo je sa određenim pretpostavkama izmišljenih događaja, dajući njima određena društvena svojstva radi pripremanja zdravih društvenih odnosa za buduće generacije. Dakle, prvi korak organizovanja socijalnog odnosa na zdravim ljudskim odnosima je zabeležena u vidu bajki i drugih poučnih misli, posvećeno umnom razmišljanju za kreiranje budućnosti. Tako, starogrčki umovi svoja dela posvećena *tragediji* nisu pisali motivacijom događaja iz dešavanja datog vremena u kome su živeli ili slučajevima iz prošlosti prenesenih od svojih predaka, već su rukovođeni filozofijom stvaranje izmišljene ideje mogućih slučajeva, radi blagovremene pripreme odgovora na eventualnu stvarnost, koja bi se zasnivala na uređenju društva zajedničkog života. Na jednom naučnom skupu sa pravom je podvučeno da je istorijizacija grčke tragedije predstavljala glavne korene iz kojih je niklo pravo.<sup>21</sup> Stim u vezi valja reći i to da pametni starogrci, izvršioce dela iz ovih tragedija nisu olako proglasili krivcem da bi ih kaznili ili na drugi način osvetili, već slu-

<sup>20</sup> Još Hamurabijev, u svom Zakoniku, mislio je da podarujući pravo svom narodu, unapredi blagostanja ljudima, istrebljivanjem pokvarene i nevaljane, te sprečavanjem moćnika da ugnjetavaju slabe, sve to i mnoge druge norme su stvorene da bi se obasjala zemlja (Babiloniju). Pored iznetog, interesantno je da žene u ovom zakoniku imaju tretman ljudi, što se vidi iz sadržine mnoštva normi iz braka i odnosa roditelja prema deci. Naime, žena i čerka su u Vavilonu mogle dobiti od muža ili oca nepokretnost, što u ruralnom delu Srbije XXI veka je i dalje ne čest slučaj kažu Dragica Vujađinović i Vojislav Stanimirović u radu pod naslovom “Pravni okvir za skicu patrijarhalne porodice u Mesopotamiji, objavljen u mesečnom časopisu “Proavni život” br. 3-4/ 2014, str. 32..

<sup>21</sup> Simpozijum na temu “Filozofija kniževnosti” održano 29-30. aprila 2015. u Turskom gradu Van, koji radovi su objavljeni u vidu knjige (gore izneto može se videti na str. 206) može se čitati analiza dela “Princip nove znanosti - Principi di Scienza Nuova” (nastala 1725). Naime, autor analize navedenog dela ističe: *pišući o rekonstrukciji istorijskog ljudskog roda koja se odvija u kontinuiranom ritmu razvoja mišljenja, duha i ideje*, autor Giambattista Vico, kaže: *prva nauka je mitologija*. Uz svu zahvalnost ovog analitičara za ovo podsećanja valja reći da i mnogi drugi (pisci) su mišljenja da mitovi nisu anahrične priče bez određenog smisla. Naime, *Hermes*, u grčkoj mitologiji predstavlja lik koji je prenosio vesti mrtvacima *na jeziku koji bi oni razumeli*, a koje je on dobijao od bogova, posebno od Zeusa. Današnji izraz u smislu razumevanja i u značaju tumačenja unutrašnjeg bića stvari i drugih izraza u pojmu *hermonautizam*, koja potiče od Grčke reči “hermeneuin,” potiče iz navedene grčke mitologije. Danas, hermenautika predstavlja čitavu nauku filzofije, sociologije, psihologije i drugih oblasti, koji proučavaju duštvenost bića čoveka. Mitologija, kaže Yuval Noah Harari (Sapiens A Brief of Humanjind, str. 113) mnogo više i mnogo jače od bilo kakve fantazije bilo ko-



čaj su tretirali kao javnu brigu zajednice na koje bi organizavano društvo trebalo da traži najbolja rešenja.

Sa žaljenjem valja konstatovati da pisanu istoriju evolucija razvoj društvenosti nije pratila briga o doslednosti razvoja odnosa ljudi iz njihovih međosobnosti odnosa, kako je bilo pre pisane istorije u iznetom slučaju kod starih grka,<sup>22</sup> pored činjenice da je bilo više mogućnosti i većih razloga za posvećivanja boljoj organizovanosti zajedničkog života. Istorijska građa o mnoštvu događaja iz bogatih situacija različitosti je pružila daleko bolje prilike, nego što su stari grci imali prilike za ideju *demokratije* i za izgradnju *nomosa*, ali ovo pogodovanje nije dalo svoje plodove. Na ovu nerazumnu činjenicu nisu dali ubedljivi odgovori, jer konstatacije datog stanja ne predstavlja nikakvo objašnjenje. Ali, okrenuto prema budućnosti, ovo ne bi trebalo značiti da iz registrovanih događaja sa različitim istorijskim posledicama po život ljudi ne može uzvući potrebne pouke u iznalaženju mogućnosti uzdizanja digniteta ljudi za bolji zajednički život.

Budućnost ne bi trebalo da trpi prošlost, kako je bilo u pojedinim vremenskim intervalima, koji su dugo stajali na areni društvenosti opštenja, a koju karakterišu indiferentnost vladavini stihije, inače u istoriju zabeleženo kao *mračno doba*, uz naznačenje da ni danas navedeno stanje nije u potpunosti obeleno. Naime, znano je da, do nedavne prošlosti ljudi su stradali zbog svog pola, koju nisu mogli da izaberu; zbog boje kože, koji nisu mogli da menjaju i sličnih razloga, na kojima se ne može staviti nikakva krivica. No, veća je žalost što ovi tragovi prošlosti nisu iščezli ni danas. Takva izopačena shvatanja su potresala sve prirodne zakone sa posledicama gužvanja ljudi u tesnac neizbežnosti zajedničkog života. Na ovim postulatima su izgrađene iluzorne regulacije ljudskih odnosa, a za danas bi se moglo reći da prečutno prevazilazi preko ovih neprihvatljivih događaja. Pored toga ali stim u vezi, istorija čovečanstva beleži skoro neprekidne sukobe i ratove, koji su se vodili među različitim zajednicama, iz različitih pobuda, ali nikad dobrih protiv loših. Na kraju ove žalosne istorijske činjenice, najžalosnije je to što i danas nisu prestali sukobi i ratovi među ljudima, podeljeni na nacije, vere, jezičke, kulturne i druge posebnosti, nastali u okviru velike ljudske zajednice. Dakle ni današnji nivo razvoja ljudske civilizacije nije uspeo da ujedini dobre ljude u borbi protiv zla.

Teško je objasniti istorijske činjenice da su u razvoju čovečanstva mnoge visoke civilizacije nestale, mnoge kulture su doživele krah u svom razvoju i usavršavanju, mnoga pravna zdanja su zakopana u prošlost. Sve ovo nije ostalo bez posledice na sadašnjost, sa kojom se susreću generacije, koje nisu prisustvovala

---

jeg pojedinca. Mitovi su oni koji su stvorili velike bogove, te priče, od značaja u stvaranje veze među ljudima, koji su vodili u zajednički život društvenosti.

<sup>22</sup> U iznetom kontestu valja istaći da, kako kaže Yuval Noah Harari (Hayvanlardan Tanrılarıra SAIENS- Sapiens A Brief of Humankind, preveden na turskom od Ertugrul Genç, Istanbul, 2015, str. 17), *ljudi su postojali mnogo pre (pisane- RT) istorije.*

le događajima iz prošlosti, a koje danas u raznim vidovima dopiru do njihovog dnevnog života. Istorijski tok razvoja se ne može zaustaviti ali ne može se dozvoliti surovosti iz prošlosti. Ratio, prošlost samo po sebi, u svim njegovim proizvodima, i u celosti, ne može se osuditi, naprotiv iz njegove istorije moderno doba ima mnogo šta da uči.

Imajući u vidu izneto, sva znanja iz vremena koje je ostalo iza nas, valja analizirati u kontekstu sadašnjosti, vodeći računa na posledice za budućnost. Na tom putu valja raditi na ostvarivanju vekovnog sna, koji bi se mogao ukratko izraziti u sledećem: nadvladavanje dobrih nad lošima je osnovni cilj postizanja svrhe društvene organizovanosti zajedničkog života, a sledstveno tome i vladavinu prava na osnovama prirodnih zakona. Suprotno iznetom nas upozoravaju činjenice, koje se mogu prepoznati kroz dešavanja stvarnosti, koji nisu bili strani ni u prošlosti. Naime, ako se oblik zajednice društvenosti ne podudara sa prirodnosti ljudskog bića iz socijalnog delanja, onda se može konstatovati: takva organizacija iz međusobne upućenosti predstavlja produkt pojedinih ili grupa ljudi, rukovođenih svojim interesima koji nemaju svoju legitimnost, te prema tome ne mogu biti usmerivači za izgradnju pravnog sistema, po osnovu legaliteta njegovog organa. Takav skup, sa aspekta ljudskog interesa, karakteriše sa dirigovanom društvenošću, koji nema svoju budućnost, na koje pravo treba blagovremeno da reaguje.

Društvo, usmereno na zaštitu režima, ne može predstavljati imperativ za izradu prava, posmatrano u tretmanu civilizovanog čina iz društvene kulturnosti života. Osnovno svojstvo prava je da štiti ljude iz njihovih pravilnih postupaka, a ne režimskih naloga sa pozicije pritiska vlasti preko sopstvene regulacije pozitivističke pravne norme. Uostalom, u iznetoj devijaciji odnosa prava i društva, nema legitimnog usmeravanja društva na oblikovanje pravnog poretka, jer kod tog stanja stvari, zajednica se polarizuje na zaštitu poretka datog režima i na zaštitu tekovine društvenog života date kulturne civilizacije,<sup>23</sup> te stoga, kod tog stanja stvari nema kompaktnosti zajednice od značaja za postavljanja društvene imperativnosti pravnom sistemu u regulaciji datih odnosa. U slučajevima disproporcije u iznetom smislu, nema celine društvenosti koje bi određivala karakter prava.

<sup>23</sup> Profesor na katedri za istoriju, specijalizovan za Orjentalnu školu i Afričke Studije, pri Londonskom univerzitetu, Benjamin Fortna, u svom članku "Education and Autobiography at the End of the Ottoman Empire;" koji je objavljen u časopisu "Die Welt des Islams, New Series, V, 41, Issue 1, March, 2001, str. 1-31, koji je u ediciji Mustafa Gunduz, štampana u knjizi grupa autora pod nazivom "Osmanli Egetim Mirasi," na Turskom preveden od strane A. Yildiz i M. Gunduz; ističe da izgradnja nove zajednice posle pada Otomanske imperije na nacionalnoj osnovi, u cilju obezbeđenja homogenog društva, praćeno sa reformom prosvete i prelazak sa arapskog na latinsko pismo nije obezbedilo uniju ljudi u delanju iz socijalnosti života. U jednom drugom članku, štampan u navedenoj knjizi, u prevodu Y. Dogan, str. 271, podvukavši paralelu između dešavanja u Osmanlijske države i Kine kaže, nakon poraza ove zemlje od strane Japana, izvršena je reforma školstva po uzoru na Evropu i Japan, ali je u potpunosti sadržan klasični moral Konfučija i njegovih klasika, što nije bio slučaj sa Mladom Turskom Republikom.

VI

Za pravilno funkcionisanje pravnog sistema mora postojati određeni nivo društvene konvencije, koja bi se u sažetom smislu odnosila na *red, mir i sigurnost*; generalno rečeno za ostvarivanje zajedničke vrednosti, od značaja omogućavanju *sapostojanja* ljudi u društvu. Mora se imati u vidu da zakoni samo utooliko proizvode pravo, koliko ima osnova iz realnosti života, koji se tiču oblasti regulacije međuljudskih odnosa.<sup>24</sup> Pravnom saznanju nisu dovoljna tumačenja sociologa i njihovi pogledi na društvene prilike zasnovane na idejama naučne ili kvazi naučne sistematizovane metode, nego na njemu da proučava stvarna dešavanja iz društvenih odnosa sa kojima se suočava stvarnost života. Ovo stoga što, iz beskrajne raznolikosti iz bogate svakodnevnice, sociolozi najčešće uzimaju samo jedan segment iz stvarnosti dešavanja, čija objektivnost se obično ograničava vrednosnim idejama, svodeći na unapred pripremljene kliše društvenosti, koja dominira epohom. Takav pristup idealizovanog posmatranja društvenih zbivanja neće biti od pomoći pravu u tretmanu odgovara svom zadatku koji mu je postavljen, naprotiv. Valja imati na umu da, pravo nije odvojeno od specifičnosti komunikacije stvarnog sadržaja iz vladajućih odnosa društvene opštosti ljudi.<sup>25</sup>

Pravo je nadgradnja umno stvorenih društvenih prilika sa zadatkom zaštite datih odnosa i radi sprečavanja poremećaja usklađenog zajedničkog života.<sup>26</sup> Komunikacija ljudi, koja se odvija po osnovu društvenog regula, u suštini predstavlja individualni gest prerašćen na nivou društvenog simbola ponašanja. Na zajednički život upućuje biološka, fiziološka i psihološka svojstva ljudi, te sve ove prirodne karakteristike predstavljaju imperativ oblikovanja društvenog poretka. Zajednička individualna svojstva ljudi čine osnovu ponašanja iz međusobnih socijalnih opštenja, što čini osnovu prepoznavanja društvenog odnosa iz zajedničkog života. Ovo obezbeđuje čoveka da bude odgovoran za celinu ljudske grupacije, kao što u sebi nosi individualni instikt sopstvene odgovornosti. Koliko misli za

---

<sup>24</sup> Prema jednom piscu, u brojnim mestima Južne Amerike, rasne i druge diskriminacije više su prisutne u XX veku nego što je bilo slučaj u XIX, ilustrujući primerom jednog slučaja iz 1958. godine koji se desi u Missisipiju. Naime, student, po imenu Clennon King, silom je priveden u ludnicu i zadržan u bolnici za mentalne bolesnike samo zbog toga što je bio čovek crne kože. Ovoj postupak će sudsko veće proglasiti zakonitim, bez da nađe potrebe za izvođenje bilo kakvih dokaza o utvrđivanju njegovog psihičkog stanja, uz obrazloženje da je on, *po samoj činjenici što se usudio da pokuša upis na univerzitet Missisipi potvrdio da je lud.*

<sup>25</sup> Veliki stvaralac pravne misli i znalac pretočenja socijalnosti života u zakonske norme, nosilac projekta izrade Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru, u odredbi člana 1014 zapisao: "Ni u pravu ne tjeraj mak na konac." Poštujući društvenu regulaciju u *čojstvu* ljudi iz tradicionalnih odnosa ljudi ove zemlje, u kome je duh poštenja bila iznad uskih individualnih interesa, Valtazar Bogišić nije dozvoljio da krutost normi koja je bila krunisana modom pozitivnosti prava poremeti vladajuće društvene odnose.

<sup>26</sup> Prema Benjamin Cordozu (u svom delu "Razvoj prava") pravo predstavlja ujedinjeni razum određenog ljudskog skupa na izrazu uverenja o opštem dobru normiranog dejstva.

svoj individualni razvoj, toliko treba da vodi računa i za opšti društveni razvoj.<sup>27</sup> Ova maksima važi za svakog čoveka i za sve ljude.

Ratio, izneto predstavlja konstataciju civilizovanog pogleda na društvenost života iz prirodnosti bića ljudi, uz dodatak da je čovek razapet između svog egoističkog instikta i moralnih odnosa prema drugima, svojstveno ljudskim osobinama. Od početka nastanka čoveka u životu zajednice pa sve do današnjih dana, čovečanstvo se permanento - bez prestanka bavilo kultivisanjem pojedinca u socijalni život kroz borbu u razvoj umnosti shvatanja sopstvenosti u datim društvenim prilikama.<sup>28</sup> Sledstveno tome, društvo i pravo se prepliću u međusobnoj upućenosti na obezbeđenju zajedničkog života bez kojeg ne bi bilo opstanka čovečanstva, iskazano u međosobnoj dopunjenosti.

Socijalnost bića čoveka u karakteru odnosa prema drugim ljudima, skopčano sa aktivnim delanjem u izrazu opštosti, predstavlja svojevrsni doprinos evolutivnosti društvenog napretka, praćeno sa razvojem ekonomskih, političkih i svih drugih značajnih atributa iz zajedničkog života. Sledstveno tome, na osnovama novih pogleda na nastale prilike u procesu evolutivnog razvoja iz potrebnosti života, sledi transformacija tradicionalnih društvenih struktura u izrazu novih oblika društvenosti odnosa.<sup>29</sup> Međutim, uz ovaj prirodni i razumni tok razvoja

<sup>27</sup> Poznati nemački pisac Johan Wolfgang von Goethe, jednom prilikom će reći: “Ko ne čini ništa za druge, ne čini ništa ni za sebe.”

<sup>28</sup> Y. N. Harari, u navedenom delu, kaže: kada bi smo posetili Istočnu Afriku pre dva miliona godine mogli bi smo videti decu koji igraju u blato, stari ljudi koji čeznu za mirom i *mlade koji se prkose svakom društvenom pravilu*, (str. 18). I posle takve duge prošlosti, savremeni svet je suočen sa činjenicom sklonosti ljudi u suprotavljanju postavljenim društvenim pravilama života.

<sup>29</sup> Kada je u Fransuskoj izgrađen prvi (pravi) automobil još 1896 (raniji datumi se odnose više na pokušaj, koji se karakteriše nesavršenim) njegov vlasnik Armand Peugeot je tražio da zaštitni znak ovog izuma bude *na dve noge stojeći lav*, u izrazu simbola *Stadelskog Lava*, radi asocijacije na Stadelsku jamu, koja je bila 300 km od sela Valentigney, gde je inače bila prva radionica ove porodice, koja je počela sa radom angažovanjem najuže rodbine, zemišljeno prevoshodno radi obezbeđenja potrepštine porodice, radeći u početku na proizvodnji testera, bicikle i sličnih sprava. iz kojeg je će kasnije (1915) prerasti i veliki gigant. Ovo (preuzeto od navedenog dela pisca Y. N. Harari, str. 41 i 43) ističemo radi utvrđivanja procesa preobražaja ličnog rada, zasnovano angažovanjem sopstvenog tela i uma, u firmu, kao asocijacija privrede od posebnog i opšteg društvenog značaja. Naime, pre toga, za svoj rad i delatnost ljudi su odgovarali ličnom imovinom i svojom kožom i kostima. Prerastanjem navedenog ateleja u preduzeće, kupac svoje primedbe na automobil uputiće firmi, zbog nedostatka automobila pod amblemom “Peugeot,” te eventualno tužiti firmu “Peugeot,” a ne Armand Peugeot. Ne samo to i ne samo toliko, vlasnik ove firme je umro ali firma “Peugeot” postoji i danas. Firma, dakle kojoj je dao svoje ime, deluje i privređuje nezavisno od njega, u kome su (prema nekim podacima) zaposleni preko 200 hiljada radnika, koji nisu u nikakvom srodstvu sa tvorcem ove firme niti sa njegovim naslednicama, te zapošljeni se i ne poznaju međusobno, ali su u nekoj međosobnoj društvenoj vezi preko ovog preduzeća, koji spaja određeni odnos iz rada i u vezi sa radom na istoj firmi. Zaposleni u ovom preduzeću, koji se u ogromnoj većini međosobno i ne poznaju, a pri tome su u takvoj vezi međusobne upućenosti da, zajedničkim radom u različitim sektorima, iz nevidene veze proizvode preko milion automobila godišnje, od kojih se ostvaruje milijardi eura, za koji su svi zainteresovani. Dakle, izneti primer najbolje ukazuje na transformaciju grupnos-

društvenih odnosa pojavljuju se razne smetnje i stranputice, kao istorijski pratilac novih dešavanja i zbivanja, na areni preobražaja zajedničkog života u određene oblike socijalizacije. Tako da istorijski razvoj društvenih odnosa, u smislu poboljšanja opšteg stanja života, nije proteklo tako glatko, na ravnom terenu, koja bi podrazumevala pravolinijsko uzvišenje na putu postizanja krajnjeg cilja, nego opšti razvoj je praćen sa mnoštvo problema, peripetije, smetnji i iskušenja. Dakle, oblikovanja zajedničkog života, usmereno na mirno ispunjenje društvene delatnosti, predstavlja složen proces istorijske aktivnosti ljudi. Svi strani elementi, mešani u evoluciji razvoja društva, donekle su nesvesno igrali korektivnu ulogu u prizemljenju ideje na stvarnost iz realnosti života.

Neosporive vrednosti koje prepoznaje priroda života ljudi, glavni je moto u ulozi pokretačke snage za izgradnju i usavršavanja odnosa ljudi iz međusobne upućenosti na zajednički život. Pravo na slobodu, skopčano sa emancipacijom ličnosti, kao osobiti atribut prirodnog prava, krčio je put usavršavanju društvenosti odnosa ljudi iz neizbežnosti zajedničkog života. U osnovi, pravo je strukturisano na temelju karakterističnih odnosa ljudi koji prizilaze iz međusobnih veza. U toj korelaciji odnosa, pojam vladavine prava sve više se iskazuje preko vladajućih parametara društvenog shvatanja stvorenih odnosa. Na tom putu, normirano pravo, upućeno na ostvarivanja pravde, svoju krajnju svrhu ostvaruje kroz širi društveni značaj datih odnosa.

Na ogromnom prostoru (ilustracije radi valja napomenuti da se prostirao na teritoriji današnjeg Irana, Sirije i Iraka, obuhvatajući i dela nekadašnje Mesopotamije) sa velikim brojem stanovništva (prema nekim podacima preko milion ljudi) Babilonska Imperija je nastala zahvaljujući čvrstoj vezi među ljudima datog prostora u to vreme. Na tim odnosima društvenih veza nastao je čuveni zakonik nazvan imenom kralja ove države. Iz zaglavja navedenog zakonika (prema tekstu koji je pronađen 1901. godine u Iranskom gradu Suzi) se može čitati da je Hamurabijev izabran saglasnošću najpoznatijih bogova Mesopotamije, *uz obevezu da obezbedi pravde na celoj teritoriji svoje vladavine, da otkloni sve što je loše, da spreći potlačivanja slabih od strane jačih*. Na ovim osnovama (po nalogu najvećih bogova) Hamurabijev je ugradio 300 pravila u svoj Zakonik, koja datira od 1776. godine p. n. e. Iste godine (1776) ali posle naše ere, Južni Amerikanci, zbog nepravednog ponašanja Engleskog kralja prema njima, ujedinili su u borbi za nezavisnost, na čijim temeljima je nastala Američka deklaracija o nezavisnosti. Izneto

---

ti života, koja je započela pod zemlju, na primeru Stadelske jame, do izgradnje nebodera u kojima će živeti stotinama i hiljadama ljudi; na autostradama kretati hiljadama ljudi, na kojima će u znaku "Stadelski Lava" Francuski automobil sa natpisom "Peugeot" razvijati brzinu do 200 km na čas. Od koračanje stopama do putovanja automobilom i drugim saobraćajnim sredstvima, društveni život je svoj evolutivni put razvoja prolazio kroz različite oblike socijalizacije. Na kraju ove priče, pridržavajući se duha sa naslova ovog rada, valja reći i to da, bez pravno iznalaženih rešenja, izum u proizvodnji automobila bi ostala u rukama porodice Peugeot, bez epiteta označene unutar *znaka navoda*.

ukazuje na činjenice trajnosti veza prava i društvene imperativnosti na putu istorijskog razvoja ljudskih odnosa, te da i najdublje nijanse ne menjaju suštinu kulture socijalnosti prava.

REFKI TAČ  
Lawear, Prizren

## KULTURE OF THE SOCIALITY OF RIGHTS

### Summary

The right is upgrading the established social norms of behavior, conditioned by the inevitability of common life. As an organized community, society is not indifferent to the behavior of its members, of importance for securing the relationship of mutual insights of people. Consequently, each group of people organized in societal life, is taking care of the creation of certain rules of conduct. Sociological approach to reviewing the rules of conduct, in the context of the above, remind us of the fact that the principles of natural justice are based on the reality of mutual relation of people from their sociality life, appropriate normal behavior.

The social aspect of the right in legal aspect of society is the product of then reality of behavior designed with the matter nature. Human group is an organized form of the fulfillment of the social function of life, linked with the basic character of being a human on whose foundations are built legal norms of behavior. Consequently, without reading the life from the reality of social relation, which are taking place in the fulfillment of the conditions of normal life, do not have the expected legal regulation for expression of human relationships of common living.

The right is a noble social category in production of civilization and general human value. This right does not regulate life, but set rules which are providing harmony of sociability action, important for ensuring a peaceful and dignified life in the community. Legitimacy is based on the application for all and its legality is obtained according to the dominant form of the establishment of mutual relation. A common feature of the various concept is in the social need for the right, and the various forms of common living makes its collection. The right is here to provide to every member of society the social space of fulfilling life of worthy man.

*ADRIAN EUGEN HOLLAENDER*

**THE RIGHT TO SELF-DEFENSE IN THE LIGHT OF LAW  
AND SOCIAL IMPERATIVES**

The right to self-defense is one of the oldest rights in protection of the integrity of life and property. It is part of almost all legislations, although with different strength and accents. To view it in the light of law and social imperatives, means to recognize in right to self-defense a social imperative in the sense of an inner obligation to take adequate measures to protect one's life and property in default of the state doing so. To be more precise, it is a counterpoint to the state's general prerogative of the application of (legitimate) violence, the so-called monopoly of violence. Only in cases in which the state does not exert this power, for whatever reason, to guard and protect the rights of individuals, those are given a part of that power to be applied directly by themselves in order to protect their (and in some legislations, directly or indirectly, also their family's) rights against intruders and aggressors. To convey that power by the legal system of a state to its citizens, is an obligation of the state and a social imperative, namely the imperative to have justice prevail.

The right to self-defense is, considered from that point of view, not only a right but a necessity to obtain justice. In some legislations this goes so far as allowing vengeance in form of a retaliation. In other legislations, the right to self-defense is strictly limited to the adequate means to defend oneself against an

---

Dr. Adrian Eugen Hollaender, attorney at law, Vienna, Austria.

immediate, or imminent, aggression. Yet, in both cases - the broad concept of self-defense or the narrow one - it is a means not only of protection but also of justice. Therefore, it is called "legitimate self-defense" (at least when it is judged justified by the law, or to be more precise: by general legislation and concrete jurisdiction).

The basic idea, viewing the right to self-defense a social imperative is that in a state, law and justice must be assured. If the state assures them, it is perfect. If the state does not or cannot assure them, then the single citizen is empowered, yet only for the current situation and only in defense of his integrity and property, to assure law and justice instead of the organs of the state. That is when the right to self-defense becomes not only a right, but also the exertion of a social imperative, namely - to repeat it - to make justice prevail. That is of course a social imperative, not a legal one, as nobody is obliged to exert self-defense. But from the social standpoint, he or she should, in order to pay honor to law and justice and contribute to its victory. That is when the legal right to self-defense carries in it aspects of a social imperative.

The approach to the right to self-defense makes not only a theoretical but also a considerable practical difference. Some ideologies tend to restrict the right to self-defense as much as possible, as they see in it an alien body in the system of the monopoly of violence. Whereas others, follow, consciously or not, rather the described concept of the right to self-defense as a social imperative to make justice prevail also in default of the power of the state. This difference is also reflected, for example, in the legal justification and the philosophical background in the contrarious positions whether carrying a gun for self-protection is a citizen's fundamental right or not.

E.g. in the USA, there is a long line of state court authority recognizing a right to self-defense and a right to defend property under state constitutions. Twenty-one state constitutions expressly secure such rights, stating that all men have certain inalienable rights among which are those of enjoying and defending life and liberty, and acquiring, possessing and protecting property. In its instructive decision of December 18, 2014, in the case *State v. Hull* the Washington Court of Appeal for example concluded that the right to self-defense should also be understood as protected by substantive due process. Though the federal precedent on that question is mixed, the court read the cases as on balance cutting in favor of recognizing such a right, and as the Washington Constitution expressly secures a "right of the individual citizen to bear arms in defense of himself, or the state", the court concluded that this provision and the Second Amendment "are most reasonably read not as creating a right of self-defense but as lend-



ing support to the existence of an unenumerated right to self-defense retained by the people or fundamental to due process,” though the court also noted that some other courts “have read constitutional guarantees of a right to bear arms as implicitly guaranteeing a right to self-defense.” Many courts, and also the Washington court, have recognized such a right in the context of defending property. One possible textual justification for this right, is e.g. the Washington Constitution’s provision that “the enumeration in this Constitution of certain rights shall not be construed to deny others retained by the people”, which is even considered an analog to the federal Ninth Amendment of the US Constitution.

In a philosophical approach to the matter, also *Hobbes’* theory of the contract of society is of significance in that context. The so-called social contract theory by Thomas Hobbes, author of the famous “*Leviathan*” (here quoted according to the edition by C.B Macpherson, London, published by Penguin Books, and to the *Encyclopedia of Philosophy*), holds the view that the actions of individuals depend upon a contract or agreement among them to form the society in which they live. The social contract theory was given its first full exposition and defense by Thomas Hobbes and is a key to modern moral and political theory. After Hobbes, John Locke and Jean-Jacques Rousseau were the best known proponents of this enormously influential theory, which has been one of the most dominant theories within moral and political theory throughout the history of the modern West. One main aspect of the essence of the social contract theory, put in simple words, is that the citizens renounced to violence and imparted the right to exert it to the state in order to be protected by the state in a legal and fair way rather than be ruled by the law of the more powerful individual. But that contract of society is not unilateral. In change of having the monopoly of violence, the state must protect its citizens. If the state fails to do so, then the citizens re-gain their original rights to exert violence, and if only in the amount that is necessary to exert legitimate self-defense. That is the deeper philosophical legal background of the right to self-defense and allows it to be recognised as a social imperative in the pursuit of the efficiency of justice in our society!

### Summary

This article illustrates the right to self-defense as one of the oldest rights in protection of the integrity of life and property. It points out its specific relevance as a fundament of the right to justice and the right to a state ruled by law, and underlines its particular significance in the light of social imperatives.



MILOŠ GALIĆ

## RUSOOV KONCEPT SUVERENOSTI

– Ontološka dimenzija –

### U V O D

Ukoliko se vrednost teorije meri na osnovu dejstava koja je proizvela onda Rusoova političko-pravna teorija narodne suverenosti predstavlja jednu od najznačajnijih paradigmi moderne civilizacije i pravne države. Ruso nije bio tako dubok mislilac kao Aristotel ili Hegel, ali vrednost njegove teorije u praktičnom dejstvu nadmašila je misaone apstrakcije bilo kog drugog pravnog filozofa, i doprinela razvoju savremene demokratije i pluralističkog društva. Nijedan pojam u ustavnopravnoj teoriji i filozofiji prava nije izazvao više kontroverzija od pojma suverenosti. U ovom radu ćemo analizirati ontološku dimenziju Rusoovog koncepta suverenosti, odnosno njeno samo biće koje čine njena unutrašnja svojstva i spoljašnja forma, odnosno sadržaj i obeležja. Sam predmet rada prouzrokuje korišćenje specifičnih metoda koji su podobni za analizu koncepta suverenosti. U ovom radu ćemo primeniti deskriptivni metod kako bismo opisali nastanak samog društva<sup>1</sup>, odnosno okolnosti koje su prouzrokovale zaključivanje društvenog

---

Miloš Galić, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Rusoova teorija narodne suverenosti je po svoj prilici fikcija, jer su najnovija istraživanja pokazala da se razvoj društva nije odigrao na način kako izlaže Ruso u *Društvenom ugovoru* i da čovek nikada nije živeo kao usamljeni pojedinac. Ali bez obzira na to, njen uticaj u istoriji je bio ogroman, što je pre svega povezano sa *narativnom funkcijom* prava, koja govori o tome kako pravo kad se priča utiče na sudbine ljudi i na odigravanje istorijskih događaja. Smatramo da izučavanje Ruso-

ugovora<sup>2</sup>. Sociološki metod je istakao vrednost izučavanja društvenih činjenica da bi se ispravno spoznalo pravo i država<sup>3</sup>, a pošto je pojam suverenosti pravno-politički pojam, odnosno u Rusoovom shvatanju proističe iz društva, bez ovog metoda, jedan aspekt samog koncepta suverenosti ostao bi neosvetljen. Logičko-analitički metod je osnovni metod ovog rada iz razloga što će nam omogućiti da shvatimo značenje pojedinih aspekata i razvoj samog bića suverenosti. U skladu sa metodima<sup>4</sup>, koje ćemo koristiti u ovom radu, iznosićemo i pojedina poglavlja uz kritički osvrt na odgovarajućim mestima. Tako ćemo nakon uvodnih razmatranja analizirati društveni ugovor i okolnosti koje su dovele do njegovog zaključenja, opštu volju i volju svih kao imanentne delove koncepta suverenosti i njena spoljašnja obeležja po kojima se prepoznaje.

### O DRUŠTVENOM UGOVORU

Po Rusoovom shvatanju, ljudi dok su živeli kao usamljeni pojedinci u prirodnom stanju, bili su srećni jer su živeli u skladu sa njihovim osnovnim prirodnim pravima, jednakošću i slobodom. Stvorivši društvo, čovek je za sebe stvorio okov na koji nije navikao i u koji se upleo svojom lakomislenošću i povodljivošću. Čovek je brzo shvatio sve nedostatke života u zajednici, ali je za to bilo kasno. Strah i nepoverenje od drugih ljudi već je bilo uzelo maha, i nijedan pojedinac nije se usuđivao da se vrati u prirodno stanje i da živi samostalno. Nepoverenje je upravo ono što je društvo držalo na okupu. Čovek se našao u situaciji kada njegova individualna odluka ne bi značila ništa. Mogao je lako postati plen drugih članova zajednice koji bi kao grupa bili u mogućnosti da zloupotrebe čin nekog od

ovog dela nije izgubilo na značaju upravo zbog uticaja koji je njegova teorija imala na odigravanje istorije, i čiji se uticaj i danas oseća. *Vidi*, J. J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, *Društveni ugovor*, Zagreb 1978, preveo Dalibor Foretić, str. 27.

<sup>2</sup> Ruso polazi od prirodnog stanja u kome čovek živi kao slobodan i jednak sa drugim ljudima, i u kom su ljudi srećni. Usled povećanja broja ljudi resursi postaju ograničeni i čovek biva prinuđen da se snalazi i razvija razum kako bi preživeo. Čovek je u jednom trenutku rešio da stvori zajednicu u kojoj se javila privatna svojina i višak vrednosti što je dovelo do nejednakosti u društvu, koja je u suprotnosti sa čovekovom prirodom. Da bi rešio ovaj problem, Ruso izlaže koncept suverenosti, koji predstavlja rešenje, kako da ljudi u društvu povrate svoja iz prirodnog stanja izgubljena prava. O prirodnom stanju i nastanku društva *Vidi*, J.J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, *Društveni ugovor*, Zagreb 1978, preveo Dalibor Foretić, str. 46-74.

<sup>3</sup> B. Perić, *Uloga dijalektike u spoznaji prava*, Međunarodni simpozijum o metodologiji prava, Beograd 1973, str. 10.

<sup>4</sup> Analiza i sinteza su opšti metodi naučne spoznaje koji su imanentni logičkom mišljenju i imaju svoju primenu kako u društvenim tako i u prirodnim naukama. Analizu i sintezu ćemo kao opšte metode primeniti u celom radu.

hrabrih pojedinaca, i oduzmu mu vrednosti koje je posedovao, u vidu imovine, ili su ga mogli porobiti i uzeti mu slobodu. Čovek se odlučio za “manje zlo” i rešio da ostane u zajednici ali da je reguliše na taj način tako da njegova neotuđiva prirodna prava budu zaštićena, a zaloga toga biće onemogućavanje svih članova zajednice da ugroze prava bilo kog drugog člana. Čovek je na jedan nesvestan način sklopio društveni ugovor<sup>5</sup> čija je funkcija bila da osigura bezbednost članova zajednice. Pretnja anarhijom i arbitrarnošću postala je razlog nastanka institucija koje su garantovale pravnu sigurnost, a ovaj razlog se zadržao do danas. *Društveni ugovor koji je prvobitno bio instrument za stvaranje društva sada je postao instrument za otuđenje dela slobode svakog pojedinca od koje se formirao suveren.* Pre društvenog ugovora zajednica uopšte nije postojala, već je postojalo samo prirodno stanje. Čovek se nije društvenim ugovorom trajno odrekao svoje slobode, već ju je samo poverio. Čovekova sloboda postaje sloboda *za* a ne sloboda *od*. Sila ne stvara pravo, i obavezni smo da se pokorimo samo zakonitim vlastima<sup>6</sup>. Rusoova teorija je teorija slobode. Postavlja se pitanje, odakle u čoveku od njegovog nastanka toliki poriv za slobodom, koja je postala koncept koji opterećuje ljudski rod vekovima.

Rusoovski odgovor na ovo pitanje bi bio da je čovek opterećen slobodom jer mu je oduzeta prelaskom iz prirodnog stanja u društveno i da on konstantno teži da se vrati u prirodno stanje i povrati izgublenu slobodu. Ali pošto mu je to nemoguće u zajednici, on nastoje da popravi zajednicu kako bi bila podobna za ostvarenje njegovih prirodnih težnji. Ruso zagovara opštu i potpunu slobodu pojedinca bez ikakve mogućnosti da se pojedinac zauvek odrekne slobode. Postavlja se pitanje da li se ovakvo shvatanje slobode protivi samoj prirodi slobode? “Potrebno je znati, da li se pod izgovorom slobode sme ubiti sama sloboda”<sup>7</sup>. Društveni ugovor kojim se prvobitno stvorilo društvo, treba da ostane nepromenjen i u modernim državama, samo treba da promeni funkciju. Društveni ugovor treba da bude kohezivno sredstvo za izdvajanje suverene volje pojedinaca. “Pronaći takav oblik udruživanja što brani i zaštićuje svim zajedničkim snagama osobu i

---

<sup>5</sup> Ovo se dešava na drugom stupnju prirodnog stanja, koje Ruso smatra “najsrećnijim i najtrajnijim” za čoveka. Na ovom stupnju društva, smatramo, postojao je suveren koji je omogućavao ostvarivanje slobode i jednakosti u društvu. Tada još nije postojala podela rada i privatna svojina koje su uslovile propast drugog stupnja prirodnog stanja i nastanak građanskog društva. Ovakav tip suverena bio je Rusou uzor za koncept suverenosti koji će omogućiti ponovno obezbeđenje slobode i jednakosti u budućem društvu a koji on izlaže u *Društvenom ugovoru*. Vidi, G. Vukadinović, *Žan Žak Ruso i prirodno pravo*, Novi Sad 2005, str. 48–50.

<sup>6</sup> J. J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Društveni ugovor, Zagreb 1978, preveo Dalibor Foretić, str. 97.

<sup>7</sup> A. Matjez, *Francuska revolucija*, Beograd 1948, preveo Živojin Ristić, str. 342.

imanje svakog udruženog, i u kojem se svako ujedinjavajući se sa svima, pokorava ipak samo sebi i ostaje isto slobodan kao i pre. To je osnovni problem koji rešava društveni ugovor”<sup>8</sup>. Činom sklapanja društvenog ugovora stvara se jedinstvena zajednica koja postaje posebno telo sa svojom posebnom voljom. Zapravo nastaje političko društvo. “Svako od nas ujedinjuje svoju ličnost i svu svoju moć pod vrhovnom upravom opšte volje i primamo u društvo svakog člana kao neodvojivi deo celine”<sup>9</sup>. Iz ovog stava proizlazi da je sama priroda društvenog ugovora javnopravnog karaktera. To nije ugovor koji jedan pojedinac sklapa sa drugima, već ugovor koji nastaje tek pošto mu pristupe svi članovi zajednice, jer pri nastanku prvobitnih zajednica, postoje samo dva stanja, prirodno stanje i novostvoreno društveno stanje koja su bitno različitog kvalitativnog karaktera. Usamljeni pojedinac kada pristupa zajednici, on sklapa ugovor sa zajednicom, dakle jedan ugovor, a ne sa svakim pripadnikom zajednice ponaosob. Pošto se činom sklapanja ugovorna volja pojedinca, automatski usaglašava sa voljom zajednice, pojedinac biva postavljen u dva odnosa: u odnos prema zajednici, i u odnos prema samom sebi.

Društveni ugovor je *samorefleksivan*<sup>10</sup> i za shvatanje njegovog karaktera potrebno je razumeti pojam *istovremenosti* sklapanja ugovora i njegovog samog nastanka<sup>11</sup>. Činom sklapanja ugovora nastaje sama zajednica kao i sam ugovor. Ukoliko neki novi član želi da pristupi zajednici, on to može, ali samo pod istim uslovima pod kojim su i prvobitni članovi sklopili ugovor. On dakle samim pristupom zaključuje ugovor i sa zajednicom i sa samim sobom jer zajednica za njega ne postoji pre njegovog sklapanja ugovora. On stupa u odnos i sa drugim članovima zajednice, ali on je u tom odnosu kao član suverena, a ne u nekom odnosu privatnopravnog karaktera. Iz ovoga proističe da na isti način ugovor sklapaju i sve buduće generacije. Društveni ugovor je *jednoglasan* po svojoj prirodi, jer niko ne može postati član zajednice a da se protivi samom ugovoru. Zajednica koja počiva na ovakvoj vrsti ugovora, zapravo nema nikog iznad sebe ko bi mogao da razreši eventualni spor u vezi sa ugovorom<sup>12</sup>. Suveren je najviša vlast u zajednici i ne može postojati neka druga vlast koja bi ga ograničila jer bi to bilo u

<sup>8</sup> J. J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima, Društveni ugovor*, Zagreb 1978, preveo Dalibor Foretić, str. 101.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Vidi*, I. Milenković, Opšta volja kao teorijsko politička fikcija : Ruso i pojam suverenosti, Beograd 2012, u časopisu *Filozofija i društvo*, str. 140. i 144.

<sup>11</sup> Jer istovremeno sa sklapanjem ugovora, deo volje pojedinca već se nalazi u političkoj zajednici, jer sama zajednica ne postoji kao takva pre ugovora.

<sup>12</sup> I. Milenković, *nav. delo*. str. 139.

suprotnosti sa njegovom prirodom. Nemoguće je da neko ograniči vlast koja je neograničena jer u suprotnom bi ta vlast bila ograničena, a neograničena vlast bi bila onoga ko je ograničava, a u tom slučaju bi taj bio suveren. Odnosi samih građana kao članova suverena počivaju na načelu pravednosti. Iz ovih premisa mogli bismo izvesti definiciju suverena koja bi po svojoj sadržini bila ista, ali bi se razlikovala po formi na osnovu toga koji kriterijum za definisanje izaberemo. Ukoliko bismo dali organsku definiciju suverenosti, *suveren bi bio jedinstveno telo koje se sastoji od opšte volje građana (članova suverena) i koje nosi obeležja vlasti koja iz njega samog proističe*. Ukoliko bismo dali funkcionalnu definiciju, *suverenost<sup>13</sup> bi predstavljala najvišu vlast čiji je nosilac narod, a koja predstavlja sredstvo za zaštitu i vaspostavljanje iz prirodnog stanja izbugljene slobode, vladavinom zakona koje donosi narod kao izraz opšte volje i kojom se ostvaruje opšte dobro<sup>14</sup>*. Formalna definicija suverenosti po Rusoovoj teoriji je da je to *najviša vlast koju vrši zajednica građana donošenjem zakona koji predstavljaju izraz opšte volje*. Ono što je zajedničko Rusoovoj definiciji bez obzira iz kog aspekta posmatramo ovu pojavu je to da je titular suverenosti narod koji poseduje opštu volju. "Međutim nespoznajemo opštoj volji započinje time što se pojam slobode ne sme uzeti u smislu svačije slučajne samovolje nego u smislu umne volje, volje po sebi"<sup>15</sup>.

#### OPŠTA VOLJA I VOLJA SVIH

Sušтина suverenosti po Rusoovoj teoriji izražava se u opštoj volji. Čovek kao biće poseduje volju po samoj prirodi, koja mu je urođena i koje se ne može odreći. Čovek ima jednu volju koja je individualna i pojedinačna u odnosu na druge građane. Ta pojedinačna volja svakog građanina sastoji se od dva dela: *opšte volje (volonté générale)* i *posebne volje (volonté particulière)*, koja u se u množini izražava kao *volja svih (volonté de tous)*. Opšta volja kao izraz suverenosti inherentna je ljudskom biću i ona predstavlja garant njegove slobode i prirodnih prava. Ovde se javlja problem kako razgraničiti opštu (volju usmerenu na ostvarenje opšteg interesa u korist svih članova zajednice) od posebne volje (sopstvene volje usmere-

---

<sup>13</sup> Suverenost je obeležje koje nosi suveren i njegova sušta imanentna priroda, odnosno on sam. Usled različitog definisanja koristimo različite termine (suveren ili suverenost) koji u suštini predstavljaju istu i jedinstvenu pojavu, a korišćenje termina suveren (telo) ili suverenost (obeležje) zavisi samo iz kog aspekta posmatramo pojavu. Ovo je neophodno razgraničiti kako bismo izbegli u definisanju *circulus vitiosus*, a da u isto vreme ne izgubimo preciznost u definisanju jer se radi o jednom apstraktnom pojmu.

<sup>14</sup> R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd 2008, str. 155.

<sup>15</sup> G. W. F. Hegel, Jean - Jacques Rousseau, *Politička misao* 184/185 1979, preveli Nadežda i Žarko Puhovski, str. 2.

ne na ostvarenje pojedinačnog privatnog interesa, u sopstvenu korist) i zatim šta je garant da se čovek kao član suverena neće voditi samo svojim sopstvenim interesima ili čak zloupotrebiti suverenost kako bi ostvario pojedinačni interes. Opšta volja je volja građanina a ne "čoveka kao takvog", opšta volja je pojedinačni doprinos bez naknade, odnosno tačka ukrštanja posebne volje i posebnih interesa sa društvenom voljom i društvenim interesom<sup>16</sup>. Volja pojedinca je dakle sačinjena od dve vrste volje, opšte i posebne, koje imaju različita usmerenja i karakter. Ali ne treba zanemariti da je opšta volja u isto vreme i u korist pojedinca, jer javni interes države nije samo u korist nje kao takve, već svakako i u korist njenih građana.

Opšta volja je *jedinstvena*<sup>17</sup> i istog kvalitativnog karaktera, dok volja svih predstavlja prost zbir volja koje mogu biti različite jedna od druge jer su nepovezane. Volja svih predstavlja prost kvantitativni zbir volja, dok opšta volja u društvu može biti samo jedna, i jedinstvene, iste prirode. Pošto je kvalitativno ista, izraz opšte volje je zakon koji je iste prirode kao opšta volja iz koje proizlazi. Do saznanja koja su svojstva opšte volje možemo doći analizom njenog direktnog proizvoda, zakona. Karakteristika zakonskih normi je da su te norme *opšte*, što znači da su upućene neodređenom broju adresata. One važe *erga omnes*, što predstavlja njihovu subjektivnu opštost i tiču se neodređenog broja slučajeva što predstavlja njihovu opštost u objektivnom smislu. Zakonske norme su apstraktne, one obavezuju stalno i primenjuju se na neodređen broj slučajeva. Takođe zakonske norme su novostvorene, one unose u pravni sistem jednu novu regulativu. Kao i zakon, opšta volja ne može da se odnosi na posebno jer je posebno drukčije prirode od nje. Kada bi se opšta volja odnosila na posebno, došlo bi do uništenja posebnog<sup>18</sup>, jer bi se ono utopilo u opštoj prirodi same volenté générale. Jedna priroda bi zapravo uništila drugu, a pošto je opšta volja suverena, odnosno ima svojstvo najviše vlasti, posebna volja bi bila poništena. Iz navedenih premisa, dolazimo do zaključka da je opšta volja *slivena i nepromenljiva*. Ono što je promenljivo je interes kojim se vodi opšta volja, što se ogleda u novostvorenosti zakonskih normi, koje se menjaju na osnovu interesa koji štite u datom momentu, i nose karakteristike izvora iz kog su proizašle (opšte volje). Opšta volja dakle

<sup>16</sup> G. Vukadinović, R. Stepanov, *Uvod u filozofiju prava*, Novi Sad, 2004, str. 44.

<sup>17</sup> Iako se sastoji od volja više pojedinaca, opšta volja je jedna, jer je izražena preko jednog suverenog tela.

<sup>18</sup> Na primer, po samom poretku stvari bilo bi nemoguće da donesemo konkretan pravni akt, recimo rešenje u upravnom postupku ili presudu u formi opšteg pravnog akta (zakona). Nemoguće je da se opšta volja odnosi na posebno, jer bi to posebno važilo onda u opštem smislu, što se protivi samom poretku stvari. Zamislimo koliki bi apsurd bio da rešenje u upravnom postupku ima opšte dejstvo kao zakon.



ima dva nepromenljiva svojstva, a to su *apstraktnost* i *opštost*, i jedno promenljivo svojstvo, a to je *novostvorenost*, ali ovo poslednje svojstvo na određeni način i nije deo opšte volje već njena posledica u vidu zakona. Zakona je mnoštvo a opšta volja je jedna, jer je opšta volja pojedinom zakonu poverila regulisanje jedne oblasti, drugom zakonu regulisanje druge oblasti, snabdevši ih svojom sopstvenom prirodnom (opštom i apstraktnom). *Zakon je zapravo opšta volja u pojedinačnom izdanju*. Možemo postaviti logično pitanje, da li je opšta volja nepromenljiva konstantno, dakle od momenta sklapanja društvenog ugovora, ili se ona menja u skladu sa prilikama i različitim epohama? Kao što znamo, volja čoveka je jedna, ona se sastoji od dva elementa, volje za dobrobit svih ljudi i volje za sopstvenu dobrobit. Čovek svoju političku volju izražava putem izbora na kojima glasa o nekom zakonu ili bira predstavnike za zakonodavnu skupštinu<sup>19</sup>. U trenutku izbora, *volonté générale* se učvršćuje, i ona ostaje nepromenljiva do sledećih izbora, odnosno do trenutka kada će suveren možda promeniti svoju odluku. Za razliku od *volonté générale*, *volonté de tous* se može menjati u svakom trenutku u zavisnosti od trenutnih prohteva pojedinca.

Ukoliko bismo postavili hipotetičku situaciju da se opšta volja i volja svih u jednom trenutku poklope, odnosno postanu iste (da se pojedinačni interes u potpunosti poklopi sa opštim), postavlja se pitanje, po čemu bi se te dve volje onda razlikovale? Upravo po kvalitativnoj slivenosti koja opštoj volji daje svojstvo neotudivosti i nepogrešivosti. Za razliku od opšte volje, volja svih, nema ta svojstva usled mogućnosti promene njenih delova koji su se *ad hoc* poklopili. Dakle opšta volja ima karakter *stalnosti i stabilnosti*, ali ne u smislu da je opšti interes kojim se ona vodi uvek isti, već da je opšta volja ista po svojoj suštastvenoj prirodi, a da se ona upravlja prema opštem interesu u zavisnosti koji je opšti interes zajednice u datom momentu. Posebna volja (volja svih) zavodi opštu volju, pošto se i opšta i posebna volja nalaze u čoveku kao individui a da on to i ne primeti. Posebna volja je zavodljiva jer je konkretna i lako vidljiva, odnosno lako se može saznati čulima, dok je opšta volja apstraktna i udaljena, i pojedinac je samo umom može saznati. Ovo ne treba shvatiti kao mogućnost da opšta volja može biti zavedena, jer je opšta volja nepogrešiva. Ovde je reč samo o svojstvu i sklonosti posebne volje da zavodi opštu. "Mi uvek sebi želimo dobro, ali ga uvek ne vidimo. Narod se nikad ne može potkupiti, ali se često vara, i samo onda se čini da on želi što je zlo"<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ruso zagovra neposrednu demokratiju, ali pošto je suverena vlast neograničena, ovo ne mora da znači da se nekada neće ukazati potreba da suveren odluči da svoju volju privremeno izražava putem predstavničkog tela. Naravno, on uvek ima mogućnost da promeni ovu odluku. Ali dok ne donese suprotnu odluku, prethodna je čvrsta i stabilna.

<sup>20</sup> J.J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Društveni ugovor, Zagreb 1978, preveo Dalibor Foretić, str. 109.

Opšta volja se zapravo sastoji u samoj želji za opštim dobrom, ali da li će posledica biti dobra ukoliko je opšta volja zavedena Rusoova teorija na ovo ne daje odgovor, što je na određeni način slabost njegovog rešenja. Opšta i posebna volja su u čoveku (pojedincu) *algebarski izražene*, što nam govori da opšta volja ima pored svojih kvalitativnih svojstava i kvantitativni izraz. Opšta volja je suverena. Posebna volja može kvantitativno nadvladati opštu u količini, ali je nikako ne može uništiti niti prevladati njome usled imperativnog karaktera opšte volje. Ukoliko bismo uzeli primer jedne države koja ima određeni broj stanovnika koji svi poseduju u sebi opštu i posebnu volju jednake srazmere. Dakle, u ukupnom zbiru po jedinaca opšta i posebna volja su jednake i iznose po 0,5. Opšta volja je 0,5, posebna volja je 0,5 što daje zbir pojedinačne volje 1. Postavlja se pitanje koja volja bi prevladala, jer u obe učestvuju svi stanovnici, i obe volje su jednake količine ali suprotnih usmerenja.

Prevladala bi svakako opšta volja usled njene imperativne prirode i svojstva suverena odnosno najviše vlasti u državi. Možemo ići i dalje i pretpostaviti da opšta volja padne u kvantitativnom smislu ispod posebne, pa opšta volja bude na primer, 0,3 a posebna 0,7, opšta će opet imati primat jer je imperativna, i ujedinjene posebne volje će morati da joj se pokore. Donja kvantitativna granica opšte volje je sam pristanak na dati poredak, ispod koga ona nestaje, odnosno biva jednaka nuli. Dok je donja kvalitativna granica sama opštost, koja je po svom dejstvu šira i proizvodi veće pravne posledice od kvantitativnog elementa, jer ona pozajmljuje svoju prirodu pravnom poretku koji iz nje proizlazi. Šta daje legitimitet opštoj volji da vlada na ovakav način, odnosno da kao manja nameće sebe posebnoj volji veće količine? Legitimitet joj daje opšti interes na koji je usmerena i većina stanovnika koji u njoj učestvuju, što Rusoova teorija narodne suverenosti i neposredne demokratije apsolutno propoveda.

Dakle, dva su uslova da bi opšta volja imala svojstva suverenosti, i samim tim i bila opšta, a to su da je poseduje *većina stanovnika* jednog društva i da je usmerena na ostvarenje *opšteg interesa*. Dakle opšta volja je većinska i demokratska u smislu broja pojedinaca koji je poseduju, a u kvantitativnom smislu ona može biti i manjinska. Nasuprot toga posebna volja iako većinska u kvantitativnom smislu, ona mora da se pokori jer je usmerena posebnom interesu. Međutim, šta bi se desilo ukoliko bi se broj ljudi koji poseduju opštu volju sveo na manjinu, odnosno opšta volja izgubila i u broju pojedinaca koji je poseduju a samim tim u isto vreme i u kvantitativnom smislu? Odgovor je jasan i nedvosmislen. Društveni ugovor bi se raskinuo jer bi se izgubila volja koju on zahteva i društvo bi se vratilo u prirodno stanje. Dakle trenutak raskida društvenog ugovora je kada opšta volja postane manjinska *u kvantitativnom smislu i u smislu broja građana koji je poseduju*. Da li bi ta manjina pojedinaca koji i dalje poseduju manjin-

sku opštu volju mogla da stvori neko novo društvo, ili novu državu, i da li je ovo momenat kada jedan narod dobija pravo na samoopredeljenje u smislu međunarodnog javnog prava ostavljamo stručnjacima koji se bave tom oblašću da istraže mogućnosti primene Rusoove teorije na tu granu prava<sup>21</sup>. Opšta volja može da bude i kvantitativno veća od volje svih, ona će izgubiti svojstva opšte volje ukoliko izgubi broj stanovnika koji je poseduju, odnosno stanovnici koji poseduju opštu volju postanu manjina, jer u tom slučaju, ona gubi svoj cilj u vidu opšteg interesa, a samim tim i svoj kvalitet koji joj garantuje superiorna svojstva. Kada kažemo da opšta volja mora da bude prisutna u većini stanovnika, tu mislimo na stanovnike koji su članovi suverena i čija je osnovna delatnost zakonodavna. Može postojati određen broj stanovnika koji poseduju opštu volju ali koji nemaju želju da je iskažu. Opšta volja može biti i manjinska u pogledu broja građana a da se ipak ne raskine društveni ugovor. Jer, samo članovi društva koji aktivno učestvuju u zakonodavnom radu suverena su nosioci opšte volje u pravom smislu reči, jer je ona sama po sebi *aktivna*.

Pasivnim nosiocima opšte volje ne možemo negirati pravo da je poseduju, jer je oni mogu aktivirati u svakom momentu, ali niko ne može da ih natera da je aktiviraju ukoliko oni ne žele. Ovo bismo mogli uporediti sa glasačkim pravom u modernim građanskim državama, gde na referendumima mogu da budu izglasani zakoni ili na izborima stranke koje formiraju vladu a da je za njih glasala manjina građana, jer se broje glasovi samo izašlih birača. Na isti način funkcioniše i opšta volja, jer se u obzir uzimaju delovi opšte volje aktivnih građana. Građani koji nisu članovi suverena sopstvenom voljom ne mogu se ni smatrati nosiocima opšte volje usled njene aktivne zakonodavne prirode, ali oni imaju potencijal da postanu članovi u zavisnosti od sopstvenih želja. Građanin predstavlja suverena kad je aktivan odnosno zakonodavac a podanika kada je pasivan<sup>22</sup>.

Na sreću ili nesreću teorijske konstrukcije koje smo izneli a koje govore o raskidu društvenog ugovora se u stvarnosti ne dešavaju<sup>23</sup> ili se jako retko dešava-

---

<sup>21</sup> Na primer, da li je jevrejski narod imao pravo na otcpljenje od Nemačke za vreme Drugog svetskog rata, kada je opšta volja spala na manjinu, odnosno na pripadnike jevrejskog naroda koji su zagovarali mir koji je bio opšti interes, a većina stanovnika Nemačke je bila za Hitlera i za rat, što je bilo u posebnom, egoističkom interesu i na štetu društva i države? Da je mir bio opšti interes i da su pripadnici jevrejskog naroda i drugi pripadnici koji su zagovarali iste vrednosti bili u pravu, pokazala je istorija kroz ogromno stradanje Nemačke na kraju Drugog svetskog rata.

<sup>22</sup> J. J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima, Društveni ugovor*, Zagreb 1978, preveo Dalibor Foretić, str. 102.

<sup>23</sup> Što ne znači da se neće desiti. Po Rusoovoj teoriji prvobitno prirodno stanje je dobro stanje, ali povratak u prirodno stanje kakvo je bilo prvobitno je nemoguće usled iskvarenosti ljudi u građanskom društvu. Dakle nemoguće je ostvariti izgubljeno prvobitno prirodno stanje, a poništa-

ju. Rusoova teorija predstavlja povratak antičkim shvatanjima o jedinstvu morala i politike, i propovedanje moralnog postupanja u politici (u skladu sa voljom naroda), iako bi ona ponekad mogla biti štetna. Iz svega sledi da je opšta volja slobodna i razumska<sup>24</sup>, a sloboda i razum su upravo ono kvalitativno kod čoveka. Rusoova teorija zapravo propoveda suverenost razuma<sup>25</sup>. Razum uvek daje racionalna i pametna rešenja. Ali šta biva kada taj razum bude zaveden strastima? Ovo je svakako jedan nedostatak, ali samo teorijske prirode. Teško da će se ikada desiti da se pojedinačne volje svih članova društva ujedine, i da taj interes bude istovremeno jedinstven i u suprotnosti sa opštim interesom<sup>26</sup>. Što je veći broj članova društva, mogućnost za poklapanjem opšte i posebne volje različitih usmerenja je sve teži. Dobro je da država ima što više stanovnika kako bi se pojedinačne volje oslabile i razjedinile, i tako država stabilizovala. Svaki građanin čija je volja opšta, poništava pojedinačnu volju drugog građanina. Zbir građana čija je volja opšta, biće u praksi uvek veći nego što je to broj građana čija je volja posebna, a ako iz tih volja izlučite višak ili manjak onih što se međusobno poništavaju, kao zbir razlika ostaje opšta volja<sup>27</sup>. Ovakva rešenja daju Rusoovoj teoriji jedan praktičan i primenljiv karakter koji pokazuje prednosti u stvarnom životu.

#### OBELEŽJA SUVERENOSTI

Pošto smo izložili svojstva opšte volje (suverenosti), odnosno njen sadržaj, smatramo za neophodno da objasnimo i njena obeležja, odnosno spoljašnju for-

vanje društvenog ugovora u modernim državama bi vodilo rasulu. Vrednosti iz prirodnog stanja u modernim državama mogu se ostvariti samo preko pravednih zakona koji štite vrednosti iz prirodnog stanja, jednakost i slobodu. Prirodno stanje koje Ruso izlaže je opisano samo da objasni poreklo suverenosti. Ruso shvata da je povratak u prirodno stanje nemoguće jer su ljudi već iskvareni u društvu i da bi usled ovih iskvarenih ljudi nastao rat usled straha jednih od drugih koji su stekli. Samo društvenim ugovorom i suverenom opštom voljom može doći do ostvarenja slobode i jednakosti ljudi u budućem društvu.

<sup>24</sup> G. W. F. Hegel, *Ibid.*

<sup>25</sup> C.E. Mariam, JR. *History of Sovereignty Since Rousseau*, Kitchener 2001, p. 38.

<sup>26</sup> To jest da opšta volja postane manjinska, ili da je uopšte nema i da društvo padne u jedno stanje anarhije, jer u krajnjem slučaju postojanje ili nepostojanje opšte volje zavisi od pojedinačne volje koju poseduje svaki građanin, kod koga usled dejstva strasti ili drugih nagona, opšta volja može u potpunosti iščeznuti. Dakle iako nepogrešiva, ništa nam ne garantuje da će ona postojati kod jednog pojedinca. Smatramo da je opšta volja kod kriminalaca nepostojeća ili je ima u neznatnoj meri. Ovo su ljudi koji su jednostrano raskinuli društveni ugovor i usled toga su sankcionisani i izopšteni iz društva. Ruso ne negira mogućnost jednostranog raskida društvenog ugovora, ali to naravno podleže sankciji.

<sup>27</sup> J. J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima, Društveni ugovor*, Zagreb 1978, preveo Dalibor Foretić, str. 109.

mu po kojoj se ona prepoznaje. Ruso smatra da su pored tradicionalnih obeležja suverenosti, *neograničenosti, svetosti i nepovredivnosti*<sup>28</sup>, obeležja po kojima se ona prepoznaje *jedinstvo i nedeljivost, neotuđivost, i nezastarivost*<sup>29</sup>. Primetićemo da se jedinstvo javlja i kao svojstvo i kao obeležje suverenosti. Kao svojstvo, jedinstvo se izražava kroz slivenost opšte volje dok kao obeležje, ono se izražava kroz spoljašnju emanaciju opšte volje u vidu vlasti. Vlast je jedna i nedeljiva. Vlast može biti poverena na vršenje različitim organima u smislu funkcionalne podele nadležnosti ali sama vlast nikada ne može biti podeljena. Pošto je opšta volja jedna, njen direktni izraz je zakon. Izjavljena volja je čin suverenosti i stvara zakon<sup>30</sup>. Izraz opšte volje preko pojedinca je zapravo čin magistrature u smislu funkcionalnog poveravanja izvršenja zakona<sup>31</sup>. Suverenost se dakle može poveriti ali ne i podeliti. U unutrašnjem smislu slivena, u spoljašnjem smislu suverenost ne može ništa drugo biti do nedeljiva.

Suverenost je neotuđiva od njenih nosilaca – građana. Vlast<sup>32</sup> se može prenositi, ali ne i volja<sup>33</sup>. Narod u svakom času može da promeni vlast, jer u suprotnom ne može biti slobodan. Narod nikada ne može postati podanik vlasti, već je uvek suveren. Ruso u svom delu *Rasprava o političkoj ekonomiji* se sa pravom pita: “Kojom to neshvatljivom umetnošću neki ljudi zagovaraju da čovek postaje slobodan ukoliko se učini podanikom”<sup>34</sup> ? Narod može da prenese vlast (izvršnu) i na vladaoca, ali zadržava sebi pravo da je od vladaoca uzme natrag, kad je njegovim radom nezadovoljan<sup>35</sup>. Iz nemogućnosti otuđenja opšte volje proizlazi i njena nezastarivost. Posledice obeležja narodne suverenosti su teorija biračkog prava koja logički vodi do opšteg i jednakog prava glasa. Suveren narod može ili sam neposredno vršiti suverenu vlast ili je preneti na predstavnike, ne otuđujući je pri tom od sebe<sup>36</sup>. Doslovna uputstva *Društvenog ugovora* je zavođenje referenduma i imperativnog mandata<sup>37</sup>. Ukoliko se narod odluči da vrši suverenu vlast pu-

---

<sup>28</sup> G. Vukadinović, *Žan Žak Ruso i prordno pravo*, Novi Sad 2005, str. 91.

<sup>29</sup> R. Marković, *nav. delo*, str. 155.

<sup>30</sup> J. J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima, Društveni ugovor*, Zagreb 1978, preveo Dalibor Foretić, str. 107.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Iako se i suverena vlast i izvršna opisuju istom imenicom (vlast), treba shvatiti da kada se pomene pojam vlast u ovom radu se misli na izvršnu vlast, kako ne bi došlo do zabune.

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

<sup>34</sup> J. J. Rousseau, *Discours sur l'économie politique*, Saguenay, Chicoutimi, Québec 2002, p. 12.

<sup>35</sup> S. Jovanović, *Ustavobranitelji i njihova vlada*, Beograd 1933, str. 409.

<sup>36</sup> R. Marković, *nav. delo*, str. 155.

<sup>37</sup> A. Matjez, *nav. delo*, str. 202.

tem predstavničkog tela, on poslanicima dodeljuje imperativni mandat, odnosno mandat koji obavezuje poslanika da glasa po uputstvima birača, i ukoliko se ogluši o njihove želje, u svakom momentu narod može da opozove mandat. U modernim državama, posledice Rusoove teorije suverenosti su vidljive u izbornim sistemima u kojima postoje vezane izborne liste i većinski izborni sistem gde uloga biračkog tela u potpunosti potiskuje stranačku oligarhiju i nameće se kao neprikosnoveni.

Međutim, Ruso u svojim delima izričito negira mogućnost prenošenja zakonodavne vlasti na narodne predstavnike, a ipak ukoliko se suverenost shvata kao neograničena vlast, postavlja se pitanje šta to suverena ograničava da privremeno poveri vršenje zakonodavne vlasti na neko telo uz mogućnost da u svakom momentu povрати svoje pravo? Da li je opšta volja neograničena ukoliko je ograničava sama njena priroda i neophodnost neposrednog donošenja zakona od strane naroda? Da bismo dobili odgovor na ovo pitanje moramo shvatiti vreme u kome je Ruso stvarao. Parlamenti kao skupštine narodnih predstavnika kakvi postoje u savremenim državama u Francuskoj 18. veka su bili nezamislivi. Ruso je znao samo za skupštine iz antičkih grčkih država u kojima se neposredno odlučivalo<sup>38</sup> i skupštine notabla koje su okupljale najviše predstavnike plemstva i sveštenstva, a u kojima je narod bio potpuno izostavljen. Iz ovoga je jasno zašto je Ruso protiv narodnog predstavnništva i protiv kakvog oblika predstavnništva. Logično je da je Ruso bio protiv teorije o narodnom predstavništvu ukoliko je pred sobom imao činjenicu da su upravo skupštine notabla bile odgovorne za feudalni poredak protiv koga se borio. Ali da li je Rusoova teorija zaista u suprotnosti sa modernim shvatanjem narodnog predstavnništva i posredne demokratije? Ne treba smetnuti sa uma da se model narodnog predstavnništva kakav postoji u savremenim državama, gde svi građani biraju narodne predstavnike, opštim i neposrednim pravom glasa, uz ustavnu odredbu da mogu da opozovu te predstavnike svakog trenutka, u potpunosti slaže sa Rusoovom teorijom, šta više iz nje same proističe. Ruso u XV poglavlju *Društvenog ugovora* govori o zastupnicima ili predstavnicima i o tome kako se suverenost ne može preneti na njih. On ostavlja mogućnost da eventualni predstavnici budu samo savetodavci narodu, odnosno da prave nacрте zakona koje će narod na referendumu potvrđivati ili odbijati.

Međutim, ukoliko predstavnici prave nacrt zakona, a narodu ostaje puka mogućnost da odbije ili potvrdi ono što su izabrani predstavnici već sačinili, po-

---

<sup>38</sup> Odatle u Rusoovoj teoriji stav da države treba da budu male i da građani u tim državama neposredno donose zakone kako bi mogao da se ostvari princip neposredne demokratije, a opet kontradikcija sa stavom da države treba da imaju što veći broj stanovnika kako bi se smanjila opasnost od prevladavanja posebnih volja.

stavlja se pitanje da li je veća uloga samih predstavnika ili naroda? Nemoguće je da čitav narod učestvuje u zakonodavnom postupku. Šta su predstavnici onda ako ne zakonodavci ukoliko oni "kroje" zakone. Ni sva Rusoova intelektualna gimnastika nije uspjela da prevaziđe predstavnički model, iako u njegovoj teoriji on ima određene specifičnosti. Narod uvek može da opozove predstavnike i da sam donese zakon koji smatra za potreban narodnom inicijativom i referendumom, ali narod ne može zauvek da bude okupljen u skupštine, pa čak i kada bi se radilo o malim državama. Jasno je da teorija narodne suverenosti teži ka modelu neposredne demokratije, ali ona samo delimično uspeva da prevaziđe predstavničku demokratiju dajući narodu ulogu kontrolora.

Iako se Rusoova teorija uglavnom predstavlja kao teorija narodne suverenosti, ona na određeni način ima sličnosti sa teorijom nacionalne suverenosti<sup>39</sup>. Nacija za razliku od naroda predstavlja nedeljivu, apstraktnu celinu, različitu od pojedinaca koji je sačinjavaju. Nacija je suveren i građani ne mogu vršiti suverenost već samo mogu predstavljati suverenu volju nacije<sup>40</sup>. Volja nacije je jedna i slivena. Nosilac suverenosti nije građanin sam po sebi, već je nosilac nacija. Ova teorija pravi strogu distinkciju između građana i nacije, koju ne čine samo građani, već i vrednosti i ideali određenog naroda. Ruso se u *Društvenom ugovoru*, u poglavlju gde raspravlja o zakonu<sup>41</sup>, toliko približava teoriji nacionalne suverenosti i predstavničke demokratije, da možemo dovesti u pitanje sve njegove prethodne stavove. On tvrdi da opšta volja ne može biti zavedena i da je nepogrešiva, ali da svi građani mogu biti zavedeni. "Kako će slepa svetina, koja često ne zna šta hoće, jer retko zna šta je za nju dboro, izvesti sama od sebe tako velik i težak poduhvat kao što je zakonodavni sistem? Svima su im podjednako potrebni vodiči<sup>42</sup>. Ti vodiči su mudraci i intelektualci koji će upravit narod da postupa po opštoj volji kada on bude zaveden. Ovde možemo videti koliko je pojam opšte volje apstraktan i koliko je Ruso ponekad nedosledan svojoj teoriji narodne suverenosti. Opšta volja je izraz trajnih interesa društvenog tela, odnosno njegove volje da preživi<sup>43</sup>.

Volja nacije je slična Rusoovoj opštoj volji, samo što za razliku od Rusoove neposredne demokratije, ona zahteva strogu predstavničku demokratiju, jer gra-

---

<sup>39</sup> O shvatanju Rusoove teorije, kao teorije nacionalne suverenosti, a samim tim i modelu predstavničke demokratije *Vidi*, R. C. de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, r. 428. Paris 1922. (navedeno prema G. Vukadinović, *Žan Žak Ruso i prirodno pravo*, Novi Sad, 2005, str. 93).

<sup>40</sup> R. Marković, *nav. delo*, str. 156.

<sup>41</sup> *Vidi*, J. J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima, Društveni ugovor*, Zagreb 1978, preveo Dalibor Foretić, str. 116.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

đanin nije nosilac suverenosti, već samo može biti njen predstavnik. S druge strane, i kod Rusoa postoji mogućnost da suveren odluči da poveri predstavničkom telu vršenje zakonodavne vlasti<sup>44</sup>, što bi značilo da se u ovom slučaju, on približava teoriji nacionalne suverenosti. Svakako Rusoova teorija se razlikuje usled mogućnosti da građani suverenost vrate sebi u svakom momentu, odnosno ukinu predstavništvo i postanu neposredni zakonodavac, ali istorija je pokazala da se neposredna demokratija pokazala kao retka, i da se građani skoro uvek odlučuju za ovu drugu mogućnost, odnosno da povere vlast na vršenje predstavničkom telu, sa mogućnošću da u svakom trenutku povrate suverenost. Da li to znači da teorija narodne suverenosti, koja je šira po mogućnostima ostaje mrtvo slovo na papiru, i da se građani uvek odlučuju da suverenost povere na vršenje? Istorija i iskustvo su nam pokazali da je tako.

#### ZAKLJUČAK

Rusoov koncept suverenosti predstavlja polaznu osnovu za analizu principa demokratije kao osnovnog oblika političkog režima u modernim pravnim državama. Iako fikcija, ova teorija je imala ogromnu ulogu pri odigravanju istorijskih događaja, prvenstveno kroz svoj uticaj na Revoluciju iz 1789. godine, a kasnije i na ustavno uređenje država koje su bile pod uticajem Francuske. Upravo je faktički uticaj bio aksiološko polazište kojim smo se vodili u ovom radu. Ruso iznosi shvatanje po kome su ljudi da bi opstali, odlučili da se udruže putem ugovora koji će regulisati njihov odnos u jednoj trajnoj zajednici koju mi danas nazivamo društvo. To društvo nije se ograničavalo samo na taj prvobitni ugovor koji je bio i ostao njegov temelj, već je zahtevalo dalju regulaciju odnosa kako se civilizacija razvijala. Ta dalja regulacija odnosa, treba da bude u nadležnosti suverena kojeg Ruso predstavlja kao posebno biće koje čine svi pripadnici jednog društva. Biće suverenosti se sastoji od opšte volje nastale kroz samorefleksivni društveni ugovor, koji predstavlja njeno počelo. Sadržaj i obeležja tog bića su opštost, neograničenost, jedinstvo, nedeljivost, neotuđivost, nezastarivost, slivenost i aktivnost. Smisao postojanja ovog suverena je da obezbedi izgubljene vrednosti iz prirodnog stanja a to su jednakost i sloboda.

Ruso u svojim delima ne kaže jasno da li je suveren kakvim ga on opisuje postojao u prošlosti. Čak i ukoliko je postojao jedan određen period, vrlo brzo

<sup>44</sup> U smislu narodnog predstavnštva koje postoji u savremenim državama i koje bi podrazumevalo imperativni mandat i vezane liste, odnosno mogućnost građana da svakog trenutka opozovu predstavnike, nikako u smislu predstavnštva (skupštine notabla) koje je postojalo u doba Rusoa.



je bio uništen izopačenostima civilizacije i države su postale despotije, apsolutne monarhije, počeli su da se vode ratovi itd. Koncept suverena on pravi za buduća demokratska društva koja su nastala posle Francuske revolucije a čiji razvoj ka ostvarivanju vrednosti jednakosti i slobode traje i danas. Povratak izučavanju Žan-Žak Rusoovih dela u savremenoj teoriji govori o pozitivnoj oceni njegovih rešenja, koja će kako smatramo, tek u budućnosti dobiti svoj puni sjaj i potvrdu.

MILOŠ GALIĆ, LL.M.,  
Student of Ph.D. studies, Faculty of Law  
University of Novi Sad

ROUSSEAU'S CONCEPT OF SOVEREIGNTY  
– Ontological dimension –

Summary

The author of this paper deals with the ontological dimension of Rousseau's concept of sovereignty. Rousseau created the theory of sovereignty which was based on the fictitious teaching that in a natural state people live according with two basic values, equality and justice. When the people formed themselves into a society, they destroyed the natural state and its values. In this theory, Rousseau exposed the concept of sovereignty which provided for the modern legal state and a society based on equality and justice as the unalienable rights of man. In his analysis the author discusses about the being and the essence of the concept of sovereignty and its influence on historical events which contributed to the creation of modern democracy. He begins with the social contract theory which basic characteristic is self-reflection. He concluded that the being of sovereignty made through the social contract is the general will which are consisted in its internal and external features. The internal features of the general will are generality, abstraction, unity, immutability, stability and constancy. The external features of the general will which make its empiric identity are limitlessness, indivisibility, inalienability, permanence and legislative activity.



VLADAN PETROV

## USTAVNA NAČELA UOPŠTE I U REPUBLICI SRBIJI

– Teorijski pogled –

### U V O D

Savremenu ustavnost, ako pod njom podrazumevamo period druge polovine dvadesetog i pocetak dvadeset prvog veka, odlikuju pojava i evolucija dva procesa koja se uzajamno prožimaju. Reč je o internacionalizaciji ustavnog prava i konstitucionalizaciji međunarodnog prava. Ne ulazeći ovom prilikom u definisanje tih procesa, treba istaći da su oni, u najvećoj meri, doveli do potrebe redefinisanja klasičnih načela ustavnosti, njihovog preispitivanja, pa i zahteva za napuštanjem onih koja su decenijama smatrana vladajućim i nespornim. Tako je, primera radi, načelo suprematije ustava, koje je u tradicionalnim evropskim demokratijama u drugoj polovini dvadesetog nadvladalo načelo suprematije parlamenta, dovedeno u pitanje u procesu evropskih integracija.

Pored toga, s evolucijom ustavnog sudstva, u više talasa u Evropi i šire,<sup>1</sup> postalo je jasno da pored takozvanog pisanog ustavnog prava – onog sadržanog u normama ustavnog teksta – postoji i nepisano ustavno pravo – ne samo u smislu ustavnih običaja ili konvencija, nego u smislu načela čija se sadržina i značaj razlikuju u zavisnosti od autoriteta tumača, pravne i političke kulture, kao i društveno-političkih prilika. Svaki pokušaj definisanja ovih načela mora imati

---

Dr Vladan Petrov, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj rad je prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom "Identiteski preobražaj Srbije".

<sup>1</sup> Darko Simović, Vladan Petrov, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 414–416.

u vidu njihovu *sadržinsku neodređenost i evolutivnost*.<sup>2</sup> Jedno je sasvim izvesno. "Tumačenje pravnih akata određuju fundamentalna načela, jer ona ustanovljavaju objektivnu svrhu svakog pravnog akta".<sup>3</sup> Otuda i tolika zainteresovanost moderne ustavnopravne nauke za definisanje ovih načela.

#### DA LI SU USTAVNA NAČELA PRAVNA

*Ustavna načela su pravna, ali su i politička.* Kakav je odnos između pravnog i političkog u jednom ustavnom načelu zavisi od usvojene koncepcije ustava, – da li je autoritarna ili demokratska –, i od subjekta koji tumači načelo – da li je u pitanju sud, ustavni sud ili politički organ. Tako, ako je ustav proklamovao načelo demokratije, ali su ustavne odredbe skrojene da onemogućće njeno ostvarivanje, to je načelo gotovo u potpunosti političko, a nije pravno. Na primer, načelo predstavnništva putem kojeg se nužno ostvaruje demokratija danas, ostaje samo političko načelo bez realne sadržine ako nema ustavne odredbe koja predviđa ustavnu zaštitu izbornog prava.

Kad jedno načelo, uzmimo za primer opet načelo demokratije, tumači Narodna skupština, ona ga svodi u praksi na primenu načela većine i načela efikasnosti, najčešće nauštrb zaštite prava parlamentarne manjine i slobodne rasprave. Drugim rečima, demokratija podrazumeva da odluku donosi većina bez mogućnosti da manjina suštinski utiče na sadržinu odluke. Odluka je demokratska, ali ne mora uvek biti i zakonita. Kad načelo demokratije tumači ustavni sud, pod uslovom da nije pod jakim uticajem politike, onda ga nužno dovodi u vezu sa zaštitom ljudskih prava i sloboda, kao i sa suprematijom ustava. Drugim rečima, ustavni sud demokratsko načelo definiše u okvirima pravne države, dajući na taj način pravnom supstratu prednost u odnosu na politički. Za ustavni sud relevantna je samo ustavna demokratija. Tako, recimo, kad odlučuje o zabrani političke stranke koja svojim aktivnostima povređuje ljudska prava i slobode, ustavni sud demokratiju štiti i od nje same, odnosno nju vidi kao demokratiju putem prava, a ne demokratiju kao poredak neograničene političke slobode i političke jednakosti.

Najviša, fundamentalna pravna načela uvek su i ustavna, ali u vezi s tim treba voditi računa o dve stvari. Prvo, neka od tih načela su ustavna, ali prevazilaze domen ustavnog prava. Na primer, načelo jednakosti građana pred zakonom

<sup>2</sup> Vid. Vladan Petrov, Savo Manojlović, "Ustavna načela u praksi Ustavnog suda Srbije", *Centar za javno pravo*, Sarajevo 2014, 73–74.

<sup>3</sup> Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* (2006), 57. Navedeno prema: Garry Jeffrey Jacobsohn, "Constitutional values and principles", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, 779.

je opšte pravno načelo koje se primenjuje u svim pravnim postupcima, a ne samo u onim koji se tiču neposredne primene ustava. Drugo, najviša, odnosno fundamentalna pravna načela su ustavna, čak i kad ih ustav ne proklamuje. Prema objektu i cilju na koji se odnose, postoje načela koja se jednostavno pretpostavljaju (na primer, načelo odgovornosti).

Najzad, ustavna načela ne moraju uvek korespondirati sa fundamentalnim pravnim načelima. Recimo, ustavno načelo je i načelo laiciteta u sudjenju (to jest, načelo porote), ali ono nije fundamentalno, jer se načelo nezavisnosti sudstva kao fundamentalno može ostvarivati i da ustav ne proklamuje načelo porote.

S druge strane, *prava ustavna načela su samo ona koja se tiču temelja ustavnog poretka*. Kao takva, ona i korespondiraju sa fundamentalnim pravnim načelima.

#### PRILOG KLASIFIKACIJI USTAVNIH NAČELA

*Prema tome da li su navedena u ustavu ili nisu*, ustavna načela se mogu podeliti na ona u užem i u širem smislu. Prva su proklamovana u ustavu (na primer, vladavina prava, podela vlasti, nezavisnost sudstva, itd.), dok druga nisu (načelo odgovornosti nosilaca javnih funkcija, autonomija parlamenta, itd.).

Načela koja ustav proklamuje mogu biti samo navedena ili mogu biti, manje ili više, precizno definisana. Primer je načelo nezavisnosti sudstva. U nekim ustavima, ono se samo proklamuje, uz ili nezavisno od načela podele vlasti. U Ustavu Srbije od 2006. nezavisnost sudstva se najpre smešta u okvir vladavine prava (član 3), potom definiše uz načelo podele vlasti, u delu pod naslovom "Načela Ustava" (član 4), najzad i kao realna ("Sudovi su samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora – član 142. stav 2) i personalna nezavisnost sudske vlasti (sudije su "potčinjene samo Ustavu i zakonu", a "svaki uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije je zabranjen" – član 149).

*Kad je reč o načelima koja nisu proklamovana u ustavu, u osnovi, postoje dve vrste. Prva su načela koja se izvode iz više ustavnih normi*. Na primer, načelo slobodnog (predstavničkog) mandata, premda se predstavnička demokratija u pravom smislu bez njega ne može zamisliti, nije uvek proklamovano niti definisano u samom ustavu (Ustav Srbije od 1990. nije sadržao odredbu o slobodnom mandatu, ali se ovaj mogao izvesti iz celine ustavnih normi, naročito člana 2 – građanska suverenost i člana 76 – "narodni poslanik predstavlja građane izborne jedinice u kojoj je izabran"). *Druga su načela koja, u najvećoj meri, primenom takozvanog sudskog aktivizma, "pronalazi" ustavni sud, oslanjajući se na merila kao*

što su “celina ustava”, “duh ustava”, “kontinuitet ustavnopravnog poretka” i sl. Možeće je, recimo, da ustavni sud, definišući značenje ustavom proklamovanog načela, “identifikuje” drugo ustavno (pravno) načelo, koje izvlači iz prvog. Drugim rečima, tumačenjem jednog ustavnog načela, sud definiše načelo koje važeće pravo ne proklamuje, ali pretpostavlja ili koje važeće pravo uopšte ne poznaje. Ustavni sud Srbije je, tako, precizirajući načelo podele vlasti, izveo načelo funkcionalne nepromenljivosti ili je, određujući sadržinu načela jedinstva pravnog poretka, došao do načela nadmoći sistemskih u odnosu na posebne zakone.<sup>4</sup>

Prema tome da li se ovim načelima ostvaruju i štite fundamentalni ciljevi ustavnog poretka ili neki drugi – koji se odnose na ustavne ciljeve i vrednosti, ali one koji nisu temeljni –, postoje prava i nepravna ustavna načela. Prava ustavna načela su ona čijom bi promenom došlo i do izmene ustavnog identiteta države (na primer, federalno načelo naspram unitarnog, parlamentarno naspram predsedničkog, podela vlasti naspram jedinstva vlasti itd.). Nepravna ustavna načela, premda važna za funkcionisanje pravnog poretka, ne diraju u ustavni identitet ili bar ne u njegove osnove tako da njihovim izostavljanjem ili izmenom dođe do suštinske promene ustavnog poretka (na primer, načelo neposrednosti, odnosno posrednosti izbora, načelo ustavnosudske zaštite ljudskih prava i sloboda, načelo nadmoći sistemskih nad posebnim zakonima itd.). Da ovo razlikovanje nema samo doktrinarnu dimenziju, vidi se i po tome što je ono, u najvećoj meri, poslužilo za razvoj koncepcije o ustavnim normama različite pravne snage i dovelo do razmatranja mogućnosti – koja je u nekim državama postala realnost – da ustavni sudovi proglašavaju neustavnim ustavne amandmane, odnosno izmene ustava koje nisu u skladu sa fundamentalnim, pravim ustavnim načelima. Ova koncepcija o nadustavnosti pojedinih ustavnih normi uzorito je razvijena u jurisprudenciji Saveznog ustavnog suda Nemačke. U jednom poznatom sporu (*Southwest Case*), Savezni ustavni sud je konstatovao da “svako ustavno načelo mora biti tumačeno tako da bude kompatibilno sa fundamentalnim načelima Ustava kao celine”.<sup>5</sup> Ova fundamentalna načela nisu puke apstrakcije. Reč je o saveznom uređenju, učesću zemalja (federalnih jedinica) u saveznom zakonodavstvu i osnovnim pravima, proklamovanim u članu 1–20. Osnovnog zakona Nemačke od 1949. Ta načela tretiraju se i kao “objektivni poredak vrednosti” koji je skup merila na osnovu kojih se tumače sve ustavne norme pojedinačno i u celini. Stoga, “posmatran kao jedinstvo, ustav izražava određena sveobuhvatna načela i fundamentalne odluke kojima su pojedinačne odredbe podređene”.<sup>6</sup> To stanovište Saveznog ustav-

<sup>4</sup> Vid. V. Petrov, S. Manojlović, 80–94.

<sup>5</sup> *The Sothwest Case*, 1. BverfGE14 (1951). Navedeno prema: G. J. Jacobsohn, 783.

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

nog suda u praksi je stvorilo osnov za ukidanje ustavnih odredaba koje nisu u saglasnosti sa “objektivnim poretom vrednosti”, odnosno koje ga ugrožavaju. “Da ustavna odredba može po sebi biti ništavna i bez snage, nije konceptijski nemoguće samo zbog toga što je ona deo ustava. Postoje ustavne odredbe koje su tako fundamentalne i tako izraz zakona koji prethodi samom ustavu da one obavezuju i ustavotvorca, a postoje i druge koje se ne rangiraju tako visoko i mogu biti ukinute, jer nisu u saglasnosti sa tim načelima”.<sup>7</sup>

*Prema nivou opštosti*, što se nužno ne poklapa sa prethodnom podelom, *ustavna načela mogu biti opšta i posebna*. Opšta načela se odnose na celokupni ustavni poredak ili na najveći njegov deo, a posebna se odnose na pojedine delove.<sup>8</sup> Na primer, opšte je načelo vladavine prava, ali i sva ona koja vladavinu prava čine (podela vlasti, nezavisnost sudstva, ustavnost i zakonitost itd.) Posebna načela su, recimo, ustavna načela o sudskoj vlasti, izuzev nezavisnosti sudstva, kao što su javnost suđenja, zbornost suđenja, stalnost sudijske funkcije itd.

U međusobnom odnosu, ustavna načela se odnose jedno prema drugom kao opšta prema posebnim. Na primer, načelo (predstavničke) demokratije je opštije od načela izbornosti ili većinskog načela. Ova podela je relativna u tom smislu što, ako izuzmemo ona najopštija, koja su, u izvesnom smislu, izraz univerzalnih vrednosti (sloboda, jednakost, pravda itd.), opšte načelo se u odnosu prema nekom drugom može smatrati posebnim. Na primer, načelo predstavničke demokratije, odnosno predstavljanja je posebno u odnosu na načelo demokratije kao takvo; načelo većine je posebno u odnosu na načelo demokratije, ako se shvati kao način odlučivanja u predstavničkom telu, ali je opšte u odnosu na većinsko načelo koje se primenjuje kao način raspodele poslaničkih mandata. Postoje i načela koja su sastavni deo opštijih i apstraktnijih načela, ali imaju i samostalnu egzistenciju. Uzorit primer je podela vlasti, koja je i samostalno načelo, ali i segment složenijeg načela, vladavine prava. Isto tako, nezavisnost sudstva je samostalno načelo, ali njegova uloga u ustavnom sistemu, u velikoj meri, zavisi od toga kako je ono definisano u okviru načela podele vlasti. S druge strane, načelo funkcionalne nepromenljivosti, kako ga je u svojoj praksi definisao Ustavni sud Srbije, sastavni je deo podele vlasti i ne može se tretirati kao samostalno načelo. Pojedina načela izvode se iz drugih. Kao što smo već pomenuli, Ustavni sud Srbije je iz načela jedinstva pravnog poretka “izvukao” načelo nadmoći sistemskih u odnosu na posebne zakone.

---

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

<sup>8</sup> O podeli na opšta i posebna pravna načela u novijoj literaturi, vid. Jadranko Jug, “Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske”, *Pravni principi (ured. E. Šarčević)*, Sarajevo 2014, 45–56.

Prema tome da li se odnose na ostvarivanje i zaštitu univerzalnih vrednosti ili onih koji su užeg obuhvata (teritorijalnog, lokalnog, društveno-istorijskog, itd.), načela su univerzalna ili praksi prilagodljiva.<sup>9</sup> Kao i svaka, i ova podela je relativnog karaktera. Da li je ustavno načelo univerzalno posmatra se uvek iz odgovarajućeg društveno-političkog i istorijskog okvira. Čini se da je vladavina prava jedno takvo univerzalno načelo. Svakako, samo pod uslovom da se usmeri ka prirodnom pravu. U suprotnom, ona je samo pravni okvir u koji se može smestiti različit ideološko-politički sadržaj. S druge strane, mnoga ustavna načela dobijaju snažan pečat "lokalnih" navika i potreba. Da li će načelo podele vlasti biti definisano "čvršće" (predsednički sistem), mekše (parlamentarizam) ili tako da gravitira ka jedinstvu vlasti (prezidencijalizam, odnosno polupredsednički sistem) ponajviše je određeno ovim navikama i potrebama.

Prethodno navedene podele nisu sveobuhvatne ni teorijski "zakovane". Kao što je već rečeno, vrlo su relativne i treba da posluže samo jednoj svrsi: bližem definisanju ustavnih načela kao tvorevina koje su dinamičke i interaktivne kategorije. Vrlo je značajno istaći interaktivnost ustavnih načela, jer to nisu ustavne zapovesti u svakom konkretnom slučaju pouzdane sadržine, niti je njihov odnos pravolinijski, to jest odnos hijerarhije u strogom smislu. Ma koliko opšta i apstraktna, univerzalna po svojim ciljevima, ustavna načela su kategorije čije se značenje kontinuirano otkriva, a sadržina preispituje i menja. Svaki drugi pristup ovim načelima, bio bi nenaučan ili, u najboljem slučaju, čisto doktrinaran. Odnos između ustavnih načela pravilno se može se shvatiti jedino kao dinamički proces u okvirima jedinstva ustava u širem smislu. Da ovo ne bi izgledalo suviše apstraktno, vratimo se još jednom na koncepciju koju je razvio u svojoj praksi Savezni ustavni sud Nemačke. Iako postoje ustavna načela koja su fundamentalna, ona to upravo jesu, jer izražavaju i štite jedinstvo ustava kao takvog. Stoga se ova načela moraju neprestano "harmonizovati", odnosno dovoditi u sklad, tako da se nijedno ne ostvaruje na račun drugog. To je suština načela "praktičnog usaglašavanja", koje jedinstvo celine stavlja uvek u prvi plan u odnosu na posebnost delova, ma koliko da su oni značajni, pa čak i fundamentalni.

#### RAZLIKOVANJE USTAVNIH NAČELA I SLIČNIH KATEGORIJA

U ustavnoj teoriji, često se spominje *razlikovanje između ustavnih načela i ustavnih vrednosti*. Prema jednom shvatanju, ustavna načela su više opšteg i univerzalnog karaktera, dok su ustavne vrednosti određene kulturom jednog druš-

<sup>9</sup> G. J. Jacobsohn, 779–780.



tva, odnosno one nalaze “ustavno značenje u lokalnim navikama”.<sup>10</sup> Dakle, kad tumači ustavne vrednosti sudija “mora voditi računa o društvenim vrednostima koje su ukorenjene u dugotrajnoj nacionalnoj tradiciji”.<sup>11</sup> Prema drugom shvatanju, razlikovanje između načela i vrednosti u praksi nije izvodljivo. Reč je o kategorijama koje se neretko preklapaju ili su čak sinonimi. U Nemačkoj se izraz “objektivni poredak vrednosti”, kao što smo već napomenuli, koristi u smislu načela koja su fundamentalna i u koja posebne ustavne norme ne mogu zadirati.

Da je teško napraviti jasniju liniju razgraničenja između ustavnih načela i ustavnih vrednosti, pokazuje i Ustav Hrvatske. U ovom ustavu (član 3) govori se o “najvišim vrednostima ustavnog poretka Republike Hrvatske” – pritom, prvi deo Ustava nosi naslov “temeljne odredbe”.<sup>12</sup> Prema hrvatskom ustavotvorcu, ove vrednosti su “temelj za tumačenje Ustava”. Član 3. Ustava Hrvatske samo doprinosi pojmovnoj konfuziji. Da li su ustavna načela i ustavne vrednosti sinonimi ili nisu? Da li se ustavne vrednosti sastoje od ustavnih načela ili su bar pojedine ustavne vrednosti i ustavna načela (na primer, vladavina prava)? Ako bi se uzeo u obzir član 4. Ustava koji definiše podelu vlasti, dilema bi samo bila produbljena. U ovom članu podela vlasti se određuje kao načelo. Ako se ima u vidu da nema vladavine prava bez podele vlasti, odnosno da je podela vlasti jedno od načela vladavine prava, na osnovu ovakvih ustavnih rešenja, moglo bi se zaključiti: a) u odnosu na vladavinu prava, podela vlasti je podnačelo; b) ako je vladavina prava vrednost, a ne načelo, izlazi da je vladavina prava cilj ustavnog poretka i merilo njegovog vrednovanja, dok je podela vlasti normativni iskaz o načinu organizovanja najviših državnih vlasti da bi cilj bio ostvaren; v) Ustav podelu vlasti definiše, a vladavinu prava samo proklamuje, te se postavlja pitanje da li to znači da je sadržina podele vlasti “zakovana” Ustavom, odnosno da se njeno značenje ne može razvijati i proširivati, a da je sadržina vladavine prava neodređena i da je, kao “temelj tumačenja Ustava”, u izvesnom smislu, nadustavna kategorija, koja je u Ustavu samo spomenuta.

Analiza člana 3. Ustava Hrvatske ukazuje i na to da su kao ustavne vrednosti navedeni pojmovi različitog nivoa opštosti i apstraktnosti. Na primer, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost polova su vrednosti nižeg nivoa opštosti i apstraktnosti od jednakosti i slobode. Pod jednakost, pogotovo shvaćenu kao pravnu jednakost, podvode se i nacionalna, kao i svi drugi vidovi ravnopravnosti.

---

<sup>10</sup> G. J. Jacobsohn, 785.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> To su: sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštovanje prava čoveka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovekove okoline, vladavina prava i demokratski višestranački sistem.

S druge strane, očuvanje prirode i čovekove sredine, koje se navodi kao ustavna vrednost, pre bi se moglo tretirati kao ustavno jemstvo ili garantija prava na zdravu životnu sredinu. U tom smislu, ono je samo "izvučeno" iz druge ustavne vrednosti, poštovanja prava čoveka.

Najzad, Hrvatski ustav ostavlja još jedno pitanje otvorenim. Da li su ustavne vrednosti iz člana 3. navedene iscrpno ili ih ima još bilo da su spomenute na drugom mestu u Ustavu ili da nigde nisu spomenute? Sama formulacija ovog člana, ipak, čini se, nedvosmisleno ukazuje na to da je ustavotvorac odredio ustavne vrednosti kao *numerus clausus*.

U stvari, pitanja koja nameću odredbe Ustava Hrvatske samo su potvrda da nije moguće jasno razlikovanje između dve kategorije niti su one po svojim bitnim obeležjima suprotstavljene jedna drugoj. Dzekobson, smatramo ispravno, zaključuje: "Načela se mogu razlikovati po njihovom univerzalnom obuhvatu, ali će njihov uspeh ili neuspeh u konkretnoj primeni zavisiti od toga kako su prilagođena vrednostima okoline i okviru datog vremena i mesta. Takvo prilagođavanje podrazumeva apsorbovanje i integrisanje vrednosti iz vladajuće tradicije društva, koje dobija izraz u modifikacijama obima i dubine ustavnih načela, ali tako da ona ne budu izmenjena a da se ne uzmu u obzir njihovi suštastveni i fundamentalni zahtevi".<sup>13</sup>

U ustavnoj teoriji, ali i u uporednom pravu, pravi se *razlika između ustavnih (pravni) načela i ciljeva*. Ustavna načela su "normativni stavovi o pravima i obavezama države i njenih građana: oni obavezuju i jedne i druge i nude orijentire u primeni prava".<sup>14</sup> Ustavni (državni) ciljevi su najčešće deo ustavne preambule ili normativnog dela o ljudskim pravima i slobodama i predstavljaju "programske stavove koji ne podrazumevaju normativno izdiferencirane obaveze ili subjektivna prava".<sup>15</sup>

U teoriji se nailazi i na *razlikovanje principa (načela) i pravila*. Ne ulazeći u detaljno objašnjenje ovog razlikovanja, koje je angloameričkog porekla, treba podsetiti da je na njemu naročito insistirao poznati pravni filozof Ronald Dworkin, tvrdeći da kolizija principa vodi drukčijem rezultatu od kolizije pravila. Kolizija pravila podrazumeva da samo jedno ostaje na snazi (princip "ili ...ili"), dok se kod kolizije principa rezultat dobija uzajamnim vrednovanjem u konkretnom slučaju, što znači da ona ne vodi uvek jednom rezultatu.<sup>16</sup> Relativizacija ovog ra-

<sup>13</sup> G. J. Jacobsohn, 786.

<sup>14</sup> Edin Šarčević, "Integralni i sumativni pristup pravnim principima: jedan metodološki problem?", *Pravni principi* (ured. E. Šarčević), Sarajevo 2014, 11.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> E. Šarčević, 12.

zlikovanja posebno je vidljiva u oblasti ustavnih garantija ljudskih prava i sloboda. Kako ističe Šarčević, “njihov (misli na ustavne garantije ljudskih prava, V. P.) pravni karakter je dvostruk: s jedne strane ljudska prava pozitiviziraju pravne principe, s druge, u opisu različitih činjeničnih stanja i ograničenjima područja primene fungiraju kao pravna pravila”.<sup>17</sup>

Najzad, u svrhu valjanog definisanja ustavnih načela potrebno ih je razlikovati u odnosu na *ustavne zapovesti i ustavna jemstva*. *Ustavna načela* su “ustavnopravni stavovi kojima su postavljene smernice za uobličavanje i organizaciju države ili kao direktive koje propisuju način vršenja državne vlasti ili ponašanje države”.<sup>18</sup> To su “najvažnije (noseće) ustavne odluke, odnosno strukturni principi”.<sup>19</sup> *Ustavne zapovesti* su ustavne norme koje u konkretnijoj formi zahtevaju delovanje države (na primer, takve su odredbe o obavezi konstituisanja određenog državnog organa ili institucije i sl.). *Ustavna jemstva* su ustavne norme kojima se obezbeđuje postojanje pravnih institucija neophodnih državi ili kojima se jemče ljudska prava i slobode. Pritom, bitno je naglasiti da razlikovanje tri kategorije ne podrazumeva odnos hijerarhije ili međusobnog isključivanja. Reč je o normativnim iskazima koji egzistiraju i obezbeđuju jedinstvo ustava. Šarčević, kao uzorit primer, navodi pravnu državu koja se u apstraktnoj formi pojavljuje kao načelo (princip), u svojim konkretizacijama kao zapovest (npr. zakonitost uprave, nezavisnost sudstva) i kao jemstvo (odredbe o ljudskim pravima).<sup>20</sup>

#### DOKTRINARNI POGLED NA USTAVNA NAČELA U SRBIJI

U srpskoj ustavnopravnoj nauci, definiciji ustavnih načela, njihovom poretku, prirodi, smislu, kao i razlikovanju u odnosu na donekle slične kategorije, nije posvećena dovoljna pažnja. Autori se uglavnom slažu u pogledu definicije ustavnih načela, a klasifikacije načela, uz izvesne razlike, zasnivaju se na doslovnoj interpretaciji prvog dela Ustava koji nosi naslov “Načela Ustava” (član 1–17).

Ratko Marković ovako piše o ustavnim načelima: “U njemu se (misli na Ustav – V. P) uređuju (...) i načela koja prožimaju odnose između države i njenih građana, s jedne, i države i drugih država u međunarodnoj zajednici, s druge strane. Obično se ta načela izlažu na udarnom mestu ustava, na samom njegovom početku, u odeljku koji nosi naziv ili ‘uvodni deo’, ili ‘osnovne odredbe’, ili ‘osnovna (opšta) načela’, ili ‘osnovni članovi ustava’, ili, jednostavno, ustavni naziv

---

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> E. Šarčević, 14.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Vid. E. Šarčević, 16–17.

države. Te odredbe (...) imaju drukčiju pravnu prirodu od ostalih pravnih normi ustava, jer se one, po pravilu, ne mogu neposredno primenjivati. Njihov smisao je da posluže kao oslonac pri tumačenju neodređenih i nejasnih normi u ustavu ili popunjavanju eventualnih pravnih praznina u ustavu”.<sup>21</sup> Marković, dakle, ukazuje na šta se odnose ustavna načela, u čemu se ogleda osobenost njihove prirode u odnosu na ostale ustavne norme i šta je njihov smisao. On, na taj način, definiše sve relevantne elemente ustavnih načela. Jedino što se u toj definiciji može smatrati irelevantnim je njihovo smeštanje isključivo u prvi deo Ustava, jer niti su ustavna načela jedino tu, niti su u tom delu sve norme ustavna načela (npr. načelo neposredne primenjivosti ljudskih i manjinskih prava ne nalazi se u ovom normativnom delu, dok odredbe o glavnom gradu ili jeziku i pismu nisu ustavna načela), niti je bitno za njihovu definiciju gde se, odnosno da li se uopšte nalaze u formalnom ustavu ili izvan njega (nepisano ustavno pravo).

Marković ustavna načela grupiše prema šest osnovnih tema: (1) definicija države; (2) odnosi između državnih vlasti i granice državnih vlasti; (3) teritorijalno uređenje države; (3) obeležja identiteta države (zastava, grb, himna, teritorija, jezik u službenoj upotrebi i glavni grad); (4) odnos države, pojedinca i institucija društva; (5) spoljna politika države i odnos međunarodnog i ustavnog prava. Dakle, on ne problematizuje pitanje onih načela koja Ustav ne proklamuje, ne spominje ulogu Ustavnog suda u tumačenju, razvijanju, ali i ustanovljavanju načela, a njegova podela ustavnih načela vezuje se strogo za važeći ustavni tekst – pri čemu se postavlja pitanje da li se sve odredbe koje Ustav podvodi pod “Načela Ustava” suštinski mogu kvalifikovati kao takva.

Dragan Stojanović ustavna načela naziva “osnovnim principima ustavnog uređenje”. “Vodeći ili osnovni principi na kojima je zasnovano samoodređenje države Srbije utvrđeni su njenim Ustavom. Ti principi koji prožimaju Ustav u celini, dajući odlučujuće impulse državnopravnom životu, izdvojeni su, zbog svog značaja, u posebna ustavna načela. Prema tome, iz ustavnih načela proizlaze suštinska obeležja i atributi Republike Srbije kao države. Ukupnost tih osnovnih ili vodećih principa obrazuje ustavnopravni osnovni poredak koji zauzima najviši stepen u celovitoj izgradnji državnopravnog poretka. Promena ili ukidanje jednog od osnovnih principa uvek bi značila suštinsku, odnosno celovitu promenu državnog bića Republike Srbije”.<sup>22</sup> Stojanovićevo određenje ustavnih načela očigledno je inspirisano nemačkom pravnom doktrinom i praksom Saveznog ustavnog suda, koji su razvili koncepciju o ustavnim načelima koja čine “jedinstvo ustava”.

<sup>21</sup> Ratko Marković, *Ustavno pravo – priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd 2013, 29.

<sup>22</sup> Dragan Stojanović, *Ustavno pravo*, Niš 2013, 218.

On dodatno osnažuje ideju o fundamentalnom karakteru tih načela isticanjem da bi promena ili ukidanje jednog od njih vodilo suštinskoj promeni ustavnog identiteta. Stojanović, na taj način, podvlači značaj njihovog međusobnog odnosa i uzajamne zavisnosti u obezbeđivanju “jedinstva ustava” ili onog što on naziva “državnim bićem”.

Stojanović deli načela u dve grupe. U prvoj su vodeća načela: (1) princip teritorijalnog integriteta; (2) princip nacionalne i građanske države; (3) republički princip; (4) demokratski princip; (5) princip vladavine prava; (6) princip podelje vlasti; (7) princip primata međunarodnog prava. U drugoj grupi su tzv. “ostali principi i ustavne garancije”: (1) princip svetovne države; (2) princip ravnopravnosti polova; (3) institucionalna garancija političkih partija; (4) princip zabrane sukoba interesa; (5) garancija zaštite nacionalnih manjina; (6) institucionalna garancija autonomije i samouprave; (7) garancija zaštite državljana i Srba u inostranstvu; (8) garancija položaja stranaca. On se, premda unosi nove elemente u definiciju ustavnih načela u odnosu na Markovića i daje klasifikaciju koja se unekoliko razlikuje od Markovićeve, zadržava na “sigurnom terenu” pozitivnog prava, - ako se izuzme princip demokratije, jer se ovaj izričito ne spominje u Ustavu. Osim principa demokratije, Stojanović ustavna načela smešta u formalni ustav. On se ne izjašnjava o tome da li su moguća ustavna načela izvan formalnog ustava i kakav je njihov pravni status. On ne govori ni o ulozi Ustavnog suda u definisanju i “pronalaženju” ustavnih načela u nepisanom ustavnom pravu.

U klasifikacijama ustavnih načela koje daju Marković i Stojanović prisutno je i razlikovanje u razumevanju sadržine pojedinih načela onako kako ih Ustav određuje. Dok Marković govori o načelu ekvipariranosti (ravnopravnosti) međunarodnog i ustavnog prava, isključujući mogućnost da Ustav daje prednost međunarodnom pravu, Stojanović iz člana 16. i člana 194 (hijerarhija opštih pravnih akata) izvlači princip primata međunarodnog prava. Ovo razmimoilaženje dva profesora ustavnog prava ukazuje na jedan aspekt složenosti ustavnih (i pravnih) načela. Čak i kad ih Ustav donekle definiše, on to čini na način koji, po pravilu, omogućava, značajnu slobodu tumačenja. Tim pre, ako, kao u slučaju članova 16. i 194, postoje odredbe koje su nejasne u značenju i nedosledne u izrazu.

#### ZAKLJUČAK

U ovom radu pokušali smo da otpočnemo put definisanja ustavnih načela, i to smo učinili samo iz jednog, teorijskog ili doktrinarnog ugla. Bar još tri ugla nedostaju da bi se iznedrila sveobuhvatna i potpuna definicija ustavnih načela – uporednopravni, pozitivnopravni i ustavnosudski (u jednom drugom radu,

na koji se ovaj naslanja, dali smo selektivni pregled aktivnosti Ustavnog suda Srbije u tumačenju, pa i “kreiranju” ustavnih načela).<sup>23</sup>

Ustanovili smo da je za *definisanje ustavnih načela iz teorijskog ugla* potrebno odgovoriti na sledeća pitanja: a) šta im je *predmet*; 2) kakva im je *priroda* – što podrazumeva i po čemu se i da li se uopšte suštinski razlikuju od kategorija poput vrednosti, ciljeva, ustavnih garantija itd.; 3) i premda se to, donekle, poklapa sa prethodnim elementom, kakav im je *smisao, odnosno uloga*.

Otuda nam se čini da bi teorijska definicija, koju treba dalje razvijati i preispitivati, glasila: *Ustavna načela su, po pravilu, norme fundamentalnog karaktera, bilo da se nalaze u formalno ustavu bilo u nepisanom ustavnom pravu, koje čine temelj pravnog poretka, - dakle, osnov državnog i društvenog uređenja -, iz kojih se, s jedne strane izvlače ostale, posebne ustavne norme, dok s druge, služe upravo za njihovo tumačenje radi obezbeđivanja jedinstva ustavnog poretka. Zajedno s ustavnim vrednostima, koje je istina teško jasno razlučiti od samih načela, čine ustavni identitet države.*

VLADAN PETROV, Ph.D.,  
Full Professor, Law Faculty  
University of Belgrade

## CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN GENERAL AND IN THE REPUBLIC OF SERBIA

– A theoretical view –

### Summary

In this article, the author determines the essential elements of the theoretical definition of constitutional principles. Those elements are: 1) object; 2) nature - which is *differentia specifica* compared to other categories such as constitutional values and goals, constitutional guarantee etc.; 3) meaning, i. e. role. A theoretical view is a necessary, but not a sufficient condition for a comprehensive definition of constitutional principles which should result from the analyzing of comparative and positive law as well as the practice of constitutional courts. The author concludes that constitutional principles with constitutional values in unity form the constitutional identity of the state.

---

<sup>23</sup> Vid. V. Petrov, S. Manojlović, 73–102.

DARKO SIMOVIĆ

## SMANJENJE PENZIJA U REPUBLICI SRBIJI – U svetlosti jurisprudencije evropskih ustavnih sudova –

### U V O D

Socijalno-ekonomska prava, sa ustavnopravnog stanovišta, još uvek nisu potpuno izjednačena sa ljudskim pravima prve generacije, ličnim i političkim pravima. Ono što razlikuje ove dve grupacije ljudskih prava je utuživost, odnosno mogućnost sudske zaštite. Ukoliko izuzmemo klasična ekonomska prava, o drugoj generaciji ljudskih prava se prvenstveno govori kao o nesankcionisanim programskim obavezama države da svojim aktivnostima teži stvaranju društva socijalne pravde. Dakle, konstitucionalizovanje ovih prava je podrazumevalo nametanje obaveza državi u ekonomsko-socijalnoj sferi, a ne ustanovljavanje individualnih utuživih subjektivnih prava.<sup>1</sup> Međutim, i na tom polju dolazi do postepenih, i to nepovratnih, promena. Prema pojedinim istraživanjima, bar jedno sudske utuživo socijalno-ekonomsko pravo postoji u 100 od 146 analiziranih ustava (69%).<sup>2</sup> Južnoafrički sudija Ustavnog suda Albi Saš (Albie Sachs) predviđa

---

Dr Darko Simović, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd. Rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta koje finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045).

<sup>1</sup> Ingrid Leijten, "The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection", *German Law Journal*, Vol. 16, No. 01, 2015, 23.

<sup>2</sup> *Malcolm Langford*, "Judicial Review in National Courts: Recognition and Responsiveness", Eibe Riedel, Gilles Giacca, and Christophe Golay (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 423.

da će se “jurisprudencija XXI veka značajnije fokusirati na socijalno-ekonomska prava”<sup>3</sup>. Ova grupacija prava, sa normativnog stanovišta sagledano, posebno je razvijena u postkomunističkim ustavima. Nakon komunističkog perioda u kome su ekonomska i socijalna prava imala primat u odnosu na prvu generaciju ljudskih prava, bilo je nezamislivo da ova kategorija prava ne dobije poseban značaj i u novodonetim ustavima liberalno-demokratske orijentacije. Ipak, dosadašnje iskustvo ukazuje na to da socijalna politika države ne zavisi preterano od obima ustavnopravnog normiranja socijalnih prava. Uporednopravno posmatrano, razvijenu socijalnu politiku imaju upravo one države koje ustavom ne jemče socijalna prava: skandinavske države, Australija, Novi Zeland.<sup>4</sup> Pojedini teoretičari, poput Projsa (Ulrich Preuss), ističu obrnutu srazmeru između brojnosti socijalno-ekonomskih prava u ustavu i delotvornog sistema socijalne zaštite.<sup>5</sup>

Silom prilika, usled globalne ekonomske krize na početku XXI veka, mnoge dileme koje su vezivane za prirodu socijalno-ekonomskih prava pronalazile su odgovore u praksi. Prevažodno je trebalo odgovoriti na pitanje u kojoj meri država može da ograniči i menja već dostignuti nivo ustavom zajemčenih prava socijalne zaštite.

Kada je reč o pravu na penziju treba pojasniti da ono nije tipično socijalno pravo. Budući da nastaje obaveznim ili dobrovoljnim uplatama u penzioni fond, pravo na penziju dobija snažnu ekonomsku dimenziju i postaje segment prava na mirno uživanje imovine. Otuda, svaka restriktivna mera usmerena na pravo na penziju mora istovremeno da zadovolji i standarde zaštite ljudskih prava koji postoje na polju ograničenja prava na imovinu.

Smanjenje penzija u Republici Srbiji, Zakonom o privremenom uređivanju načina isplate penzija,<sup>6</sup> otvorilo je brojne dileme o ustavnosti takve zakonske mere, odnosno o granicama slobode države da u periodima ekonomske krize ograničava prava iz sfere socijalnog osiguranja. Ustavni sud Srbije je odbacio inicijativu za kontrolu ustavnosti ovog zakona, iako u srpskoj pravnoj nauci dominira mišljenje da su preduzete zakonske mere neustavne. Nesumnjivo, ispravnost stanovišta Ustavnog suda Srbije može se adekvatnije sagledati ukoliko se upoznamo i sa jurisprudencijom evropskih ustavnih sudova u sličnim predmetima.

<sup>3</sup> *Ibidem*, 419.

<sup>4</sup> Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts – A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, AA Dordrecht 2005, 174.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 116/2014.



Pravo na egzistencijalni minimum u jurisprudenciji  
Saveznog Ustavnog suda Nemačke

Premda Osnovni zakon Nemačke nije predvideo pravo na socijalnu sigurnost ili, uopšteno govoreći, kategoriju socijalno-ekonomskih prava, Savezni ustavni sud je ustanovio doktrinu ustavom zajemčenog egzistencijalnog minimuma (*Existenzminimum*), koji podrazumeva obavezu države da obezbeđuje sredstva za život neophodna za očuvanje ljudskog dostojanstva. Reč je o utuživom individualnom pravu koje omogućava svakom pojedincu da pokrene postupak pred Ustavnim sudom o tome da li je zakonska mera povredila ustavnu obavezu države na obezbeđivanje egzistencijalnog minimuma.<sup>7</sup> Obaveza obezbeđivanja egzistencijalnog minimuma zasnovana je na ustavnoj proklamaciji da je "Savezna Republika Nemačka demokratska i savezna socijalna država" (član 20).

Princip socijalne države je autentičan pravni princip, a ne samo politička proklamacija programskog karaktera.<sup>8</sup> Ovaj princip ovlašćuje i obavezuje državu na određene socijalne aktivnosti koje treba da obezbede pravedan socijalan poredak. Kombinujući socijalni karakter države i ustavno jemstvo o poštovanju ljudskog dostojanstva (član 1), Savezni ustavni sud je početkom 90-ih godina prošlog veka, u vezi sa porezom na prihod, utvrdio da poreski obveznik mora da ima neoporezivi dohodak koji mu obezbeđuje egzistenciju dostojnu čoveka.<sup>9</sup> Pri tome, pravo na egzistencijalni minimum se ne primenjuje retroaktivno. U suprotnom, retroaktivno dejstvo odluke bi imalo neopravdani fiskalni teret za državu.

Svoje konačno uobličenje ovaj princip je dobio u predmetu *Hartz IV*<sup>10</sup> iz 2010. godine u kome je Savezni ustavni sud zaključio da član 1 Osnovnog zakona (ljudsko dostojanstvo), u kombinaciji sa članom 20 (princip socijalne države), ustanovljavaju individualno pravo na dostojanstveni egzistencijalni minimum. Reč je o predmetu koji se odnosio na savezno socijalno zakonodavstvo iz 2005. godine i na tvrdnju da se njime ne obezbeđuje adekvatna socijalna zaštita nezaposlenih. Naime, koalicija socijaldemokrata i zelenih, predvođena kancelarom Gerhardom Šrederom (Gerhard Schröder), je smanjivanje socijalnih davanja nezaposlenima eufemistički obrazložila podsticanjem samoinicijativnosti u traženju posla.<sup>11</sup> Ustavni sud je 9. februara 2010. godine proglasio neustavnim zakon-

---

<sup>7</sup> Ingrid Leijten, 27.

<sup>8</sup> Hans Michael Heinig, "The Political and the Basic Law's *Sozialstaat* Principle - Perspectives from Constitutional Law and Theory", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 2011, 1889.

<sup>9</sup> Ingrid Leijten, 29.

<sup>10</sup> BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010 – 1 BvL 1/09 – Rn. (1-220).

<sup>11</sup> Dietmar Henning, *Germany: Hartz IV welfare legislation ruled unconstitutional*. Internet: <https://www.wsws.org/en/articles/2010/02/hart-f18.html> (15.07.2016).

ske mere zbog nedostatka transparentnosti pri obračunavanju socijalnih davanja nezaposlenima i naložio reviziju sistema do kraja godine. Zakonodavac je svoje rešenje zasnovao na paušalnom proračunu, primenjujući ista merila na odrasle i decu, umesto da je restriktivne mere zasnovao na detaljnim analizama. Potrebe dece zakonodavac je odredio kao konkretan procenat potreba odraslih, a Ustavni sud je to prokomentarisao rečima da “deca nisu umanjeni odrasli ljudi” i da njihove potrebe treba obračunati drukčijim metodom. Upotrebljena metoda obračuna mora biti konzistentna i transparentna.

Prema tumačenju Ustavnog suda Nemačke egzistencijalni minimum: “pokriva isključivo ona sredstva koja su nužna za obezbeđivanje egzistencije dostojne čoveka. Egzistencijalni minimum se jamči jednoobraznom garantijom osnovnog prava koje istovremeno obuhvata fizičku egzistenciju pojedinca, koja podrazumeva hranu, odeću, pokućstvo, stan, grejanje, higijenu i zdravlje (...), i obezbeđuje mogućnost održavanja međuljudskih odnosa i minimum participacije u društvenom, kulturnom i političkom životu”. Ustavni sud je naglasio da egzistencijalni minimum mora biti zajemčen zakonom, budući da građani ne smeju da zavise od arbitrarnosti javnih servisa. Egzistencijalni minimum mora biti adekvatan i realan. Ustavni sud je ustanovio četiri kriterijuma kojih zakonodavac treba da se pridržava prilikom određivanja egzistencijalnog minimuma: prvo, neophodno je da istraži i utvrdi meru objektivnosti obezbeđivanja egzistencije u skladu sa članovima 1 i 20 Osnovnog zakona; drugo, potrebno je da, u okviru svog polja slobodne procene, odabere proceduru obračuna za određivanje adekvatnog egzistencijalnog minimuma; treće, sve neophodne činjenice moraju biti utvrđene kompletno i korektno; i četvrto, u svim fazama utvrđivanja egzistencijalnog minimuma neophodno je ostati u okviru granica njegove opravdanosti i strukturalnih principa izabranog metoda obračuna.

Kako se naglašava u nemačkoj pravnoj književnosti, odlukom *Hartz IV* ustavna garantija ljudskog dostojanstva transformisana je u socijalno-ekonomsko pravo koje obavezu države iz sfere moralne filozofije i programskih principa prenosi u sferu tvrdog, individualno utuživog ustavnog prava i na polje statističke evaluacije i proceduralnih zahteva.<sup>12</sup> Ustanovljena obaveza za državu da obezbedi neophodna sredstva za život, saglasno ljudskom dostojanstvu, prihvaćena je u pravnoj zajednici ne samo kao deo ustavnog prava, već i kao segment političkog i društvenog konsenzusa u Nemačkoj.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Claudia Bittner, “Casenote – Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 2011, 1958-1959.

<sup>13</sup> *Ibidem*, 1944.

U skladu sa takvim trendom treba tumačiti i odluku Ustavnog suda iz 2012. godine u kojoj je utvrđeno da se egzistencijalni minimum odnosi na sve ljude podjednako, bez obzira na njihov rezidencijalni status.<sup>14</sup> Predmet kontrole ustavnosti bio je Zakon o pomoći tražiocima azila iz 1993. godine koji je kao *lex specialis* predviđao posebna pravila za socijalnu pomoć tražiocima azila. Naime, pomoć koja se dodjeljivala ovoj kategoriji ljudi bila je znatnije manja od socijalne pomoći nezaposlenim građanima i nije menjanja od vremena donošenja zakona. Ukoliko zakonodavac pri zaštiti egzistencijalnog minimuma koristi različite metode obračuna za različite kategorije ljudi, to mora biti objektivno opravdano. U ovom slučaju, utvrđeno je da je zakonom predviđena socijalna pomoć "očigledno nedovoljna" tražiocima azila i da ustavno pravno na egzistencijalni minimum nije zajemčeno ovoj kategoriji ljudi. Budući da je pravo na egzistencijalni minimum vezano za ljudsko dostojanstvo, ono je apsolutnog karaktera i ne trpi izuzetke. "Kao ljudsko pravo, ovo osnovno pravo je zajemčeno Nemačima, kao i strancima koji imaju prebivalište na njenoj teritoriji".<sup>15</sup> Reč je o preciznoj nederogirajućoj ustavnoj garantiji.<sup>16</sup> Otuda, Ustavni sud pri donošenju odluke nije primenjivao test proporcionalnosti, već je neposredno utvrdio povredu Ustava, jer su, bez opravdanog razloga, tražioci azila različito tretirani u odnosu na građane Nemačke.

Doktrina egzistencijalnog minimuma se u nemačkoj teoriji sagledava i iz kritičkog ugla. Ističe se da je ovo pravo preširoko formulisano,<sup>17</sup> a ujedno se iznosi primedba da je reč o apstraktnom pravu koje se teško objektivizuje, jer Ustavni sud nije pružio precizna merila njegovog obračunavanja. Kritičari iznose tvrdnju da ovako koncipirana apstraktna garancija ne vodi delotvornijoj zaštiti ljudskog dostojanstva.<sup>18</sup> Nesumnjivo, ljudsko dostojanstvo predstavlja polaznu osnovu za konstituisanje pravnog jemstva u pogledu minimalnih socijalnih potreba. Međutim, koncept ljudskog dostojanstva ne bi trebalo preterano rastegljivo i ekstenzivno tumačiti, jer bi u tom slučaju on u potpunosti izgubio smisao usled trivijalizacije.<sup>19</sup> No, bez obzira na delimičnu osnovanost ovih primedbi, ne može se osporiti postignuće Saveznog ustavnog suda Nemačke u razvijanju i preobražavanju apstraktnih ustavnih principa u realna subjektivna utuživa prava u socijalnoj sferi.

---

<sup>14</sup> BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2012 – 1 BvL 10/10 – Rn. (1-140).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Ingrid Leijten, 39.

<sup>17</sup> Stefanie Egidy, "Casenote – The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 2011, 1971.

<sup>18</sup> Ingrid Leijten, 40.

<sup>19</sup> Claudia Bittner, 1957.

*Pravo na penziju u jurisprudenciji evropskih ustavnih sudova*

Premda je prethodio periodu velike ekonomske krize, pokušaj ukidanja penzija određenih kategorija korisnika od strane nove levičarske vlade Bugarske, u cilju konsolidovanja javnih finansija, dobio je svoj konačan epilog na Ustavnom sudu 1997. godine. Naime, Ustavni sud Bugarske se izjašnjavao o ustavnosti zakona koji je predvideo ukidanje penzija onim korisnicima koji istovremeno imaju i zaradu po osnovu rada.<sup>20</sup> Ustavni sud je utvrdio da je ovakvo rešenje suprotno pravu na socijalnu sigurnost (član 51 stav 1 Ustava), jer ograničenja ovog prava mogu da uslede samo ukoliko su usklađena sa Ustavom, a najviši pravni akt nije predvideo takvu mogućnost. Nesumnjivo, ovakvoj meri je nedostajao legitimitet, jer je pravo na penziju drukčije prirode od prava na rad i ovo prvo ne može da zavisi od toga da li se ova dva prava uporedo ostvaruju.

Budući da ova odluka Ustavnog suda Bugarske nije doneta jednoglasno, od značaja je navesti i logiku pravnog prosuđivanja njegovih sudija.<sup>21</sup> Prema većinskom stavu, država ima obavezu da isplati penziju svim onim licima koja su svojim prethodnim radom uplaćivala penzijsko osiguranje i doprinosila uvećanju budžetskih prihoda. S druge strane, budući da se sredstva za isplatu penzija ne akumuliraju, već se isplaćuju od doprinosa trenutno zaposlenih lica, bilo je sudija koji su smatrali da isplata penzija usled promene finansijskih okolnosti ne zavisi od prethodno uplaćivanih sredstava, već od sposobnosti društva da ta sredstva obezbedi. Prevagnulo je prvo gledište, jer je većina sudija izrazila bojazan da bi prihvatanje drugog stanovišta državi dalo široku diskrecionu slobodu da svojevremeno menja i ukida pravo na penziju. Naime, svaka potonja vlada bi svoje restriktivne mere uvek mogla da opravdava uopštenim i proizvoljnim frazama o nepovoljnosti finansijskih okolnosti.

Kada je reč o mogućnosti ograničenja prava na penziju u periodu ekonomske krize najdetaljniju doktrinu ustanovio je Ustavni sud Litvanije. Premda se, počev od 2002. godine, u više navrata izjašnjavao o ustavnosti zakonskih mera ograničenja prava socijalnog karaktera, svoju zaokruženu doktrinu o granicama zakonodavnoj vlasti pri ograničavanju prava iz oblasti socijalne zaštite u periodu ekonomske krize, Ustavni sud Litvanije pružio je u odluci od 20. aprila 2010. godine.<sup>22</sup> Tom prilikom formulisani su jasni principi kojih zakonodavac mora da se pridržava. Prvo, u uslovima ekonomske krize smanjenje zarada i penzija je dopušteno najduže jednu budžetsku godinu, a po isteku tog perioda neophodno je

<sup>20</sup> Wojciech Sadurski, 183-184.

<sup>21</sup> *Ibidem*, 184.

<sup>22</sup> Toma Birmontiene, „Izazovi pred Ustavnim sudom Litvanije za vreme globalne ekonomske krize“, *Položaj i perspektiva ustavnog sudstva*, Beograd, 2013, 170-179.

iznova procenjivati ekonomsku situaciju i nužnost preduzimanja takvih ili sličnih restriktivnih mera. Drugo, ograničenje zajemčenih prava iz oblasti socijalne zaštite mora biti usaglašeno sa ustavnim imperativima pravne države, jednakosti, pravde, proporcionalnosti, zaštite legitimnih očekivanja, pravne sigurnosti, pravne izvesnosti i socijalne solidarnosti. Treće, prava iz oblasti socijalne zaštite je dopušteno smanjiti samo kao poslednju meru i to ukoliko prethodno iskorišćene mogućnosti nisu ostvarile očekivan cilj, pri čemu nije moguće akumulirati fondove neophodne za ispunjenje obaveza koje je država preuzela u ovoj oblasti. Četvrto, smanjenje penzija može uslediti samo u slučaju izuzetno teške ekonomske situacije, koja mora biti potvrđena zvaničnim saopštenjem, i zbog koje država ne može da ispunjava obaveze koje je zakonom na sebe preuzela. Peto, predviđene restriktivne mere moraju biti privremene i njime se ne sme remetiti srazmernost između penzija i zarada koja je postojala pre krize. Šesto, principi jednakosti, proporcionalnosti i pravičnosti neće biti povređeni ukoliko se zakonom ustanovi minimalni iznos koji ne podleže smanjivanju ni u situaciji ekonomske krize. Sedmo, zakonska mera smanjivanja penzija mora biti praćena planom koji će predvideti način na koji će se, nakon okončanja ekonomske krize, oštećenim licima pravedno i u razumnom roku nadoknadi gubitak.<sup>23</sup>

Ustavni sud Letonije nije razvio tako kompleksnu doktrinu na ovom polju, ali je ustanovio jasna pravila kojih se zakonodavac u takvim situacijama mora pridržavati. Da bi obezbedila ekonomsku pomoć, Letonija je udovoljila zahtevima Međunarodnog monetarnog fonda i Evropske unije usvajajući restriktivne zakonske mere u socijalnoj sferi. U svojoj odluci od 21. decembra 2009. godine, Ustavni sud je utvrdio neustavnost pojedinih rešenja Zakona o državnim penzijama i isplati državne pomoći u periodu od 2009. do 2012. godine. Prema stanovištu Ustavnog suda, predviđene zakonske mere su povredile princip vladavine prava i individualno pravo na socijalnu sigurnost. Naime, Ustavni sud nije osporio mogućnost ograničenja prava iz sfere socijalne zaštite, ali je zaključio da je zakonodavac prebrzo usvojio paket mera, a da pre toga nije brižljivo razmotrio mogućnost preduzimanja alternativnih mera.<sup>24</sup> Osim toga, smanjenje penzija može biti preduzeto jedino ukoliko se istovremeno predvidi i način o kasnijoj poštenoj nadoknadi novca. Saglasno opštim društvenim interesima država mora definisati grupe penzionera koje će biti izuzete od ovog smanjenja ili na koje će se prilikom smanjenja primeniti drugačiji kriterijum.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Navedeno prema: *Ibidem*, 175-176.

<sup>24</sup> *Malcolm Langford*, 439.

<sup>25</sup> *Toma Birmontiene*, 180.

Odlučujući o pojedinim odredbama Zakona o državnom budžetu za 2011. godinu, Ustavni sud Ukrajine je takođe bio u prilici da se izjasni o mogućnosti ograničenja socijalnih prava u periodu velike ekonomske krize. U svojoj odluci od 26. decembra 2011. godine, Ustavni sud je pozivajući se na jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava, ali i na obezbeđivanje ekonomske sigurnosti kao jedne od najvažnijih ustavom proklamovanih funkcija države (član 17 Ustava), zaključio da socijalna prava nisu apsolutnog karaktera i da “ostvarivanja ovih prava država može promeniti, naročito kada nije u mogućnosti da ih finansira, kroz srazmernu preraspodelu fondova, kako bi se održala ravnoteža interesa čitavog društva”<sup>26</sup>. Međutim, zakonska mera smanjenja penzija ili drugih socijalnih davanja ne sme da ugrozi ustavom zajemčen minimalni životni standard (član 46, stav 3) radi očuvanja ljudskog dostojanstva (član 21).

Ustavni sud Portugalije je, takođe, imao priliku da se bavi pitanjem ustavnosti smanjenja zajemčenih prava iz oblasti socijalne zaštite u uslovima globalne ekonomske krize. Međutim, u više odluka koje je doneo Ustavni sud nije utvrdio povredu socijalnih prava, već povredu bazičnih ustavnih principa, kao što su jednakost, pravna izvesnost i zaštita legitimnih očekivanja.<sup>27</sup> Kao ilustracija može biti navedeno stanovište Ustavnog suda Portugalije povodom odlučivanja o ustavnosti Zakona o državnom budžetu iz 2012. godine koji je za zaposlene u javnom sektoru, ali i za penzionere, predvideo delimično i potpuno suspendovanje predviđenih božićnih i novogodišnjih isplata, tzv. trinaeste plate. U svojoj odluci od 5. jula 2012. godine, Ustavni sud je apostrofirao da “sloboda zakonodavca u smanjenju penzija (...) radi postizanja budžetske ravnoteže (balansa), čak i u kontekstu ozbiljne ekonomske i finansijske krize, očigledno ne može da bude neograničen. Razlika u stepenu žrtve onih koji su pogođeni ovom merom i onih koji nisu, mora biti predmet ograničenja. Ako od većine drugih građana koji imaju prihode iz drugih izvora, nije tražen ekvivalentan napor, tada će se po oceni Suda kršiti princip jednakosti distribucije javnog opterećenja”<sup>28</sup>. Dakle, premda je u periodima ekonomske krize moguće ograničiti prava socijalnog karaktera, prema stanovištu Ustavnog suda takve mere moraju biti zasnovane na principu jednakosti svih građana i ravnomerne raspodele nametnutog ekonomskog tereta.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 181.

<sup>27</sup> Mariana Canotilho, Teresa Violante, Rui Linceiro, “Weak rights, strong principles: Social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis”, *World Congress of Constitutional Law 2014 – Constitutional Challenges: Global and Local*, p. 7. Internet: <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-canotilho,%20violante%20&%20lanceiro.pdf> (14.08.2016)

<sup>28</sup> Odluka Ustavnog suda Portugalije, br. 353/2012, od 5. jula 2012. godine. Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html> (25.05.2016.)

Na osnovu mera za konsolidovanje italijanskih finansija, Montijeva (Mario Monti) vlada je 2011. godine predvidela ograničenja penzija, ali samo onih korisnika čije su penzije tri puta veće od zajemčenog minimalnog iznosa. To ograničenje je podrazumevalo suspendovanje usklađivanja visine takvih penzija sa povećanjem troškova života u naredne dve godine. U stručnoj javnosti je isticano da ta zakonska mera nije u skladu sa socijalno-ekonomskim pravima predviđenim u članovima 36(1) i 38(2) Ustava.<sup>29</sup> Naime, Ustav Italije predviđa da radnici imaju pravo na zaradu srazmernu količini i kvalitetu svog rada i u svakom slučaju dovoljnu da njima i njihovim porodicama obezbedi slobodnu i dostojanstvenu egzistenciju (član 36, stav 1). Istovremeno, radnicima se jamči pravo da budu obezbeđeni adekvatnim sredstvima za život, što podrazumeva i starnosnu penziju (član 38, stav 2). Ustavni sud Italije je prihvatio mogućnost ograničenja socijalnih prava u periodima ekonomske krize, uz ustanovljavanje određenih uslova za zakonodavca. Osim toga što najsiromašnijima ne sme da bude ograničena penzija, za ostale kategorije penzionera restriktivne mere moraju biti zasnovane na principima: 1) legitimnosti; 2) proporcionalnosti; i 3) jednakosti. Pri usvajanju restriktivnih mera teret dokazivanja je na državi koja treba uverljivo da opravda ekonomsku nužnost preduzetih mera. U ovom konkretnom slučaju, Ustavni sud je utvrdio neustavnost zakonskih mera i istakao da predočeni dokumenti nisu dovoljni da opravdaju preduzete mere, tako da sudije nisu mogle sa sigurnošću da zaključe da li je preduzeta mera smanjenja penzija proporcionalna i opravdana.

#### *Pravo na penziju prema shvatanju Ustavnog suda Srbije*

Zakon o privremenom uređivanju načina isplate penzija, od 25. oktobra 2014. godine, u cilju očuvanja finansijske održivosti penzionog sistema u Republici Srbiji (član 1), predvideo je smanjivanje penzija, počev od meseca novembra 2014. godine. Korisnicima penzija čija je visina penzije veća od 25.000 dinara, a manja od 40.000 dinara, penzije će se isplaćivati u iznosu koji se dobija tako što se od ukupne visine penzije odbija iznos koji se dobija množenjem koeficijenta od 0,22 sa razlikom između ukupne visine penzije i 25.000 dinara (član 2), dok korisnicima penzija čija je visina penzije veća od 40.000 dinara, penzije će se isplaćivati u iznosu koji se dobija tako što se od ukupne visine penzije odbija zbir iznosa koji se dobija množenjem koeficijenta od 0,22 sa 15.000 dinara i iznosa koji se dobija množenjem koeficijenta od 0,25 sa razlikom između ukupne visine penzije i 40.000 dinara (član 3). Penzije isplaćene u skladu sa ovim zakonom smatraju se konačnim (član 4).

---

<sup>29</sup> Chiara Bergonzini, "The Italian Constitutional Court and Balancing the Budget", *European Constitutional Law Review*, Vol. 12, Iss. 01, May 2016, 177–191.

U inicijativi za pokretanje postupka kontrole ustavnosti osporena je privremenost zakona, zbog čega je dovođen u pitanje princip srazmernosti preduzete mere smanjenja penzija. Pored povrede ustavnog principa da se dostignuti nivo ljudskih prava ne može smanjivati, apostrofirana je i povreda zabrane diskriminacije, jer veći ekonomski teret podnose penzioneri u odnosu na zaposlene u javnom sektoru, čije su zarade preko 25.000 linearno umanjene za 10%. Zakonodavac nije predvideo pravni mehanizam zaštite prava na penziju, što je tumačeno kao povreda ustavnog jemstva na pravno sredstvo. Najzad, restriktivnim merama smanjenja penzija došlo je do povrede obaveze države da se stara o ekonomskoj sigurnosti penzionera. Bezmalobolno godinu dana od donošenja zakona, 23. septembra 2015. godine, Ustavni sud je doneo Rešenje o odbacivanju inicijative za pokretanje postupka kontrole ustavnosti i istovremeno odbacio zahtev za obustavu izvršenja pojedinačnih akata donetih na osnovu tog zakona.<sup>30</sup> Ipak, bez obzira na takvo stanovište, Ustavni sud je detaljno obrazložio svoju odluku.

Ustav Srbije od 2006. godine predviđa da se penzijsko osiguranje uređuje zakonom i da se Republika Srbija stara o ekonomskoj sigurnosti penzionera (član 70). Ovakva formulacija ustavne odredbe navela je Ustavni sud na sledeće gledište: "To znači da Ustav građanima garantuje penzijsko osiguranje, kao vid socijalnog osiguranja, ali da konkretna prava iz penzijskog osiguranja nisu Ustavom zajemčena prava, već je reč o pravima koja se ustanovljavaju zakonom. Izuzimajući načelo staranja o ekonomskoj sigurnosti penzionera, Ustav pred zakonodavca ne postavlja nikakve konkretne zahteve u odnosu na uređivanje pitanja iz oblasti penzijskog osiguranja, već njihovo uređivanje prepušta zakonodavcu"<sup>31</sup>. Neposredna posledica ovakvog stanovišta je neograničeno ustavno ovlašćenje zakonodavne vlasti da menja postojeći zakonodavni okvir penzijskog osiguranja, pri čemu je jedino ograničena ustavnom obavezom da se stara o ekonomskoj sigurnosti penzionera. Dakle, Ustavni sud je razdvojio pravo na penzijsko osiguranje i pravo na penziju. Stoga, budući da Ustav ne jamči, niti utvrđuje vrste penzija, kao ni uslove za njeno sticanje, izvesno je da najviši pravni akt ne jamči ni pravo na penziju u određenom iznosu, "odnosno ustavne norme koje se odnose na penzijsko osiguranje ne daju osnova za tvrdnju da je jednom utvrđeni iznos penzije nepodložan zakonskoj promeni u celokupnom vremenu uživanja penzionog prava"<sup>32</sup>.

Pravno rezonovanje Ustavnog suda kritikovano je zbog nedoslednosti, jer se isprva prihvata gledište da je pravo na penzijsko osiguranje Ustavom zajemče-

<sup>30</sup> Rešenje Ustavnog suda Srbije IUz-531/2014, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2015, sa ispravkom u *Službenom glasniku RS*, br. 90/2015.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*.



no pravo, da bi se potom pravo na penziju proglasilo pravom koje se ustanovljava zakonom. U svom izdvojenom mišljenju, sudija Dragan Stojanović ističe da je penzijsko osiguranje institucionalna garancija Ustava u čijem jezgru se nalazi subjektivno pravo na penziju, imovinu stečenu pređašnjim radom. Ukoliko individualno pravo na penziju ne bi predstavljalo sastavni deo ove institucionalne garancije, pravo na penzijsko osiguranje bi ostala gola ljuštura, *nudum ius*. “Kao da penzijsko osiguranje može da postoji nezavisno od penzije koja pripada korisniku tog osiguranja! (...) Umesto da se između prava na penzijsko osiguranje i prava na penziju uspostavi pojmovna identičnost ili odnos paralelizma, pravo na penziju se objašnjava jednom neobičnom, krajnje sumnjivom konstrukcijom”<sup>33</sup>. Dakle, pravo na penziju neminovno “pripada krugu Ustavom zajemčenih prava koja su posredovana zakonom ili su odobrena uz pridržaj zakona”<sup>34</sup>. Osim toga, Dragan Stojanović smatra netačnom tvrdnju iz obrazloženja Rešenja da Ustav ne garantuje pravo na penziju u određenom iznosu, tj. u određenoj visini. Naime, bez obzira na to što ne postoji izričita ustavna norma o tome, visina penzije je bitan element ovog subjektivnog prava i ukoliko dođe do njenog pogrešnog obračuna jamči se sudska zaštita. U suprotnom, pravo na penziju postaje golo pravo ako rešenjem o njenom priznanju nije utvrđena i njena visina.

Izuzev u samom nazivu, Zakon o privremenom uređivanju načina isplate penzija ne sadrži odredbu koja bi upućivala na njegovo privremeno važenje. Svoje obrazloženje Ustavni sud je zasnovao na odredbama Zakona o budžetskom sistemu i stanovištu da se penzije neće povećavati sve dok njihovo učešće u BDP ne bude manje od 11%. Premda deluje da je reč o privremenoj meri, treba pojasniti da je reč o uslovnom važenju ovog zakonskog rešenja. “Uslovnost znači da će mera važiti sve dok ne nastupi buduća neizvesna okolnost, raskidni uslov, onda kada penzije učestvuju u BDP sa manje od graničnih 11 procenata, što znači da uslovno važenje praktično može da znači (dugo)trajni, vremenski potpuno neodređeni, čak višegodišnji period važenja jednog navodno temporalnog zakona. Ne zna se da li i kada će uslov biti ostvaren. Uslovna mera je vremenski neodređena mera”<sup>35</sup>.

Na dilemu da li su korisnici penzija diskriminirani u odnosu na zaposlene u javnom sektoru čije su zarade veće od 25.000 dinara linearno umanjene za 10%, Ustavni sud je konstatovao da “korisnici penzija i zaposleni nisu u istom pravnom statusu, niti je ista pravna priroda primanja po osnovu penzije i primanja po osnovu zarade, odnosno plate, te se zato ni zakonske mere koje se preduzimaju prema ovim različitim subjektima ne mogu dovoditi u međusobnu vezu, bez

---

<sup>33</sup> Dragan Stojanović, *Izdvojeno mišljenje u predmetu IUz-531/2014*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

obzira na to što im je cilj (fiskalna konsolidacija javnih finansija) isti". Nije sporno da su korisnici penzija i zaposleni u javnom sektoru različitog pravnog statusa, ali je nesumnjivo da su penzioneri stavljeni u nepovoljniji položaj, jer snose veći ekonomski teret u odnosu na zaposlene. Otuda, preduzete restriktivne mere nisu zasnovane na principu srazmernosti i ravnomerne raspodele ekonomskog tereta.

Imajući u vidu da Ustav Srbije jamči ekonomsku sigurnost penzionera (član 70, stav 2), Ustavni sud je trebalo da odgovori i na pitanje da li se preduzetim zakonskim merama smanjenja penzija narušava ova ustavna garantija. Ustavni sud je načelo ekonomske sigurnosti penzionera tumačio u kontekstu Evropske konvencije i jemstva da niko ne sme biti podvrgnut mučenju, ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju (član 3). "U tom smislu, Ustavni sud primećuje da već sama činjenica da su osporenim Zakonom od umanjjenja prilikom isplate izuzeti svi penzioneri kojima je utvrđena visina penzije do 25.000 dinara, a što predstavlja gotovo dvostruki iznos trenutno najniže penzije u Republici, (...), kao i da je Zakonom predviđeno da se penzionerima čija je visina penzije utvrđena u iznosu većem od 25.000 dinara isplaćuje iznos od 25.000 dinara iako bi primena propisanog procenta umanjjenja dovela do nižeg iznosa, upućuje na zaključak da se osporeni Zakon ne bi mogao dovesti u vezu sa kršenjem člana 70. stav 2. Ustava, a vezano za garancije sadržane u članu 3. Evropske konvencije"<sup>36</sup>. Ustavni sud je utoliko pre ostao na ovom stanovištu, jer je zaključio da pretežniji broj penzionera u Republici Srbiji, njih 752.346, ostalo izvan domašaja predviđene zakonske mere. Osim toga, konstatovano je da se prilikom isplate umanjjenja licima čija je utvrđena penzija između 25.000 i 40.000 dinara, saglasno osporenim zakonskim odredbama, kreće se u rasponu od 0 do 3.300 dinara.

Ovakav način rezonovanja navodi na zaključak da je Ustavni sud ostao na nivou spekulisanja ne pružajući na činjenicama zasnovan odgovor na pitanje da li preduzete mere ugrožavaju ekonomsku sigurnost penzionera. Ostaje dilema na koji način je Ustavni sud utvrdio da predviđeno smanjenje penzija neće ugroziti mentalno zdravlje, fizički integritet ili ljudsko dostojanstvo pojedinih korisnika penzija. Izostanak donošenja pojedinačnih akata o umanjjenju penzija, Ustavni sud nije video kao povredu ustavnog jemstva na pravno sredstvo, jer se osporenim zakonom ne uređuju neka nova ili druga prava iz penzijskog osiguranja, budući da su ona već utvrđena rešenjem nadležnog Fonda protiv koga se može izjaviti žalba, ali i voditi upravni spor. Opštost predviđenih zakonskih rešenja zanemaruje različitost socijalnih situacija u kojima se nalaze korisnici penzija, tako da u pojedinim konkretnim slučajevima zakonske mere smanjenja penzija mogu predstavljati ozbiljnu povredu ekonomske sigurnosti penzionera. Nepostojanje

<sup>36</sup> Rešenje Ustavnog suda Srbije IUz-531/2014.

individualnog mehanizma zaštite prava na penzijsko osiguranje onemogućava korigovanje pojedinačnih povreda prava na ekonomsku sigurnost penzionera.

### ZAKLJUČAK

Jurisprudencija evropskih ustavih sudova ukazuje na to da se kategorija socijalno-ekonomskih prava iz sfere programskih ciljeva države postepeno preobražava u utuživa prava sa sudskom zaštitom. Utoliko i pravo na penziju dobija ustavnosudsku zaštitu i to ne samo kao segment prava na mirno uživanje imovine, već i kao samostalno utuživo ljudsko pravo čije ograničenje mora biti sprovedeno u skladu sa bazičnim ustavnim principima. Preduzete restriktivne mere umanjenja penzija su legitimne samo ukoliko su usaglašene sa ustavnim principima savremene pravne države kao što su načela: jednakosti, pravednosti, pravne sigurnosti ili socijalne solidarnosti. Naime, ustanovljavanje restriktivnih mera mora biti zasnovano na načelu jednakosti svih građana i na ravnomernoj i pravednoj raspodeli nametnutog ekonomskog tereta. Premda može biti legitimno da, ukoliko bi to ugrozilo njihovu ekonomsku sigurnost, pojedine kategorije penzionera budu izuzete od primene mere smanjenja penzije, zaposleni u javnom sektoru ne mogu biti privilegovana kategorija građana. Osim toga, uslov srazmernosti podrazumeva i to da restriktivne mere na adekvatan način obuhvate i privatni sektor, da bi se ekonomska kriza prevalila na sve građane ravnomerno.

Svaka ustanovljena mera ograničenja prava na penziju mora biti propraćena uverljivim i transparentnim dokazima o nužnosti njenog preduzimanja i to samo kao poslednja u nizu već predviđenih restriktivnih mera radi konsolidovanja državnog budžeta u periodima veće ekonomske krize. Preduzeta zakonska mera ograničenja prava na penziju treba da bude vremenski limitirana na jednu budžetsku godinu. To znači da se prilikom usvajanja novog državnog budžeta iznova preispituje nužnost preduzimanja restriktivnih zakonskih mera. U suprotnom, vlada, odnosno parlamentarna većina koju ona predvodi, bi imala punu slobodu da zloupotrebljava mogućnost smanjivanja socijalno-ekonomskih prava i svojevolejno produžava restriktivnu politiku bez želje i volje da pronalazi alternativne mere koje bi mogle da daju iste ili približno slične rezultate.

Pravo na penziju, kao i druga ljudska prava sa izraženom socijalnom dimenzijom, se mora posmatrati kroz prizmu ljudskog dostojanstva. Smanjenje penzija ne sme da ugrozi ljudsko dostojanstvo, tako da korisnicima penzija mora da bude zajemčeno i pravo na pravno sredstvo. Socijalni aspekt ljudskih prava ne može biti prepoznat ukoliko ne postoji realno merilo njihove procene.

Suprotno ovakvom trendu u evropskom konstitucionalizmu, Ustavni sud Srbije je postupio potpuno drugačije, pa se umesto odgovora na pitanje da li je osporeni zakon neustavan, bavio prevashodno pitanjem celishodnosti preduzete

mere. Oslanjajući se isključivo na argumente donosioca zakona Ustavni sud za pravo i nije raspolagao svim relevantnim činjenicama koje bi ga uverile da je preduzeta mera smanjenja penzija nužna i da njeni efekti nisu mogli da se ostvare nekom drugom alternativnom merom. Na taj način, umesto kontrolora, Ustavni sud se, kao više puta u svojoj prošlosti, preobratio u apologetu trenutne političke vlasti.<sup>37</sup>

Smanjenje penzija u Republici Srbiji bila je prilika, koju Ustavni sud nije iskoristio, da se ustanovi doktrina ograničenja prava iz socijalne zaštite u periodima ekonomske krize i da se tako razvija objektivno ustavno pravo. Umesto da se ustanove određeni principi i ograničenja kojih bi trebalo da se pridržava pri uvođenju restriktivnih mera u sferi socijalne zaštite, zakonodavnoj vlasti je praktično ostavljena potpuna sloboda da, u periodu ekonomske krize, arbitrarno smanjuje pravo na penziju. Ovaj zaključak je neposredna posledica stanovišta Ustavnog suda koji je pravo na penziju razdvojio od prava na penzijsko osiguranje i devalvirao ga na rang zakonskog prava.

DARKO SIMOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Academy of Criminalistic  
and Police Studies, Belgrade

#### DECREASE IN PENSIONS IN THE REPUBLIC OF SERBIA IN LIGHT OF THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL JUDICIARY

##### Summary

From the aspect of comparative law, the category of socio-economic rights is gradually transforming from state program goals to enforceable individual rights. Due to such trends in comparative law, the decrease in pension in the Republic of Serbia in 2014 had initiated a doctrinal debate on the constitutionality of the undertaken legal measure, but also on the limitations of the state to undertake such measures at times of significant economic crisis. The Constitutional Court of Serbia has thrown out the initiative on the constitutional control of the disputed law, with the rationale in which the right to pension has devalued to a legal right, which has, as a consequence, unlimited freedom for the legislative body to change and decrease this arbitrary right. Perceived from the vision of European constitutionalism, constitutional courts had provided protection to the right to pension. The right to pension is not understood as an absolute protected right, but the need of its limitation at a time of economic crisis does not give the legislator full freedom in introducing restrictive measures. A decrease in pensions is considered justified only if it is a necessary measure which is the last in a series of already implemented ones for the purpose of consolidating the state budget. The limitation of the right to pension must be founded on the principle of equality and equal distribution of the imposed economic burden. These premises were not observed by the legislative power of Serbia at the time of the pension decrease.

---

<sup>37</sup> Darko Simović, „Problem politizacije i sastav ustavnog suda“, Bosa Nenadić (pr.), *Okrugli sto – Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Beograd, 2013, 242-258.

MARKO STANKOVIĆ

## NAČELO FEDERALNE PARTICIPACIJE PROTIV NAČELA DEMOKRATIJE

– Kroz prizmu slučaja sejdić i finci protiv BiH –

U V O D

USTAVNO UREĐENJE BOSNE I HERCEGOVINE

Stvaranje ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine kakvo danas postoji započelo je početkom devedesetih godina prošlog veka, u vreme kada su se federalne jedinice bivše SFR Jugoslavije nasilnim putem otcepile od te federacije. Na referendumima za jednostrano otcepljenje od SFRJ u bivšim jugoslovenskim republikama nisu se izjašnjavali narodi, kao istinski nosioci prava na samoopredeljenje, već građani, po principu “jedan čovek – jedan glas”, što je samo jedan u nizu argumenata u prilog tvrdnji da je tako izvršeno otcepljenje četiri federalne jedinice bilo protivustavno.<sup>1</sup> Posebnim problemima je bilo opterećeno otcepljenje Bosne i Hercegovine, višenacionalnoj federalnoj jedinici, čije su tri nacije (Srbi, Hrvati i Muslimani) imale različite težnje u pogledu formiranja države, a nijedna nije imala apsolutnu većinu da bi svoje ideje i realizovala. Nepostojanje apsolutne većine dovelo je do toga da srpski narod ne učestvuje na republičkom referendumu čiji je cilj bio otcepljenje BiH od Jugoslavije 1992. i formiranje “nezavisne i suverene države”, budući da bi bez sumnje bio preglasan od strane Mu-

---

Dr Marko Stanković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 141-142.

slimana (kasnije “Bošnjaka”) i Hrvata. Taj referendum je dobar primer povrede prava naroda na samoopredeljenje. Odgovor na njegovo održavanje bilo je formiranje Republike Srpske Ustavom od 1992, a kasnije i stvaranje Federacije BiH Vašingtonskim sporazumom (1994).<sup>2</sup> Tako su stvoreni entiteti današnje Bosne i Hercegovine i njihovi ustavni poreci, koji su, dakle, “stariji” od ustavnog poretka same Bosne i Hercegovine.<sup>3</sup>

Donošenju Ustava Bosne i Hercegovine, koji je sastavni deo Dejtonskog mirovnog sporazuma, prethodilo je, septembra 1995, potpisivanje dva akta koji su predstavljali njegovu bazu – Ženevskog i Njujorškog sporazuma.<sup>4</sup> Veliki značaj ovih sporazuma bio je u tome što su to prvi akti koje su prihvatili svi konstitutivni narodi u Bosni i Hercegovini. Ženevski sporazum je, između ostalog, predvideo “kontinuitet državnosti” Bosne i Hercegovine kao međunarodnog subjekta, dvoentitetski sastav (Republika Srpska i Federacija BiH), teritorijalnu podelu između entiteta u odnosu 51% za Federaciju i 49% za Republiku Srpsku, pravo na uspostavljanje specijalnih i paralelnih odnosa entiteta sa susednim državama (bivšom SR Jugoslavijom i Hrvatskom), entitetsko prihvatanje obaveze usvajanja međunarodnih standarda u oblasti ljudskih prava i osnivanje komisija za ljudska prava i za povratak izbeglica. Njujorški sporazum je, s druge strane, posebnu pažnju posvetio organima buduće državne zajednice – parlamentu (sastavu i načinu odlučivanja kvalifikovanom većinom uz mogućnost entitetskog veta), predsedništvu (tročlani sastav, većinsko odlučivanje uz mogućnost stavljanja veta zbog ugroženosti vitalnog nacionalnog interesa), vladi i ustavnom sudu, a predviđeno je i da će posebna pažnja biti posvećena vladavini prava.

Akt zvaničnog naziva Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, poznatiji kao Dejtonski sporazum, kojim je zvanično prekinut rat u Bosni i Hercegovini, parafiran je u vazduhoplovnoj bazi Rajt-Paterson, u blizini grada Dejtona, u američkoj državi Ohajo, 21. novembra 1995, a potpisan 15. decembra 1995.

<sup>2</sup> Pogledati: Đuzepe de Vergotini, *Uporedno ustavno pravo*, Beograd 2015, 258.

<sup>3</sup> “Komparativnom analizom može se zaključiti da entiteti imaju dva različita politička, pravna i ekonomska sistema, unutrašnji suverenitet, liniju razgraničenja, ustavotvornu, zakonodavnu, izvršnu, upravnu i sudsku vlast, državna obilježja i sve ono što država ima na unutrašnjem planu, imajući i značajnu nadležnost na međunarodnom planu.” (Mile Dmičić, “Dejtonska rješenja – za bosanskohercegovačku državu i društvo – biti ili ne biti, pitanje je sad”, *Pravna riječ*, 42/2015, Banja Luka 2015, 40)

<sup>4</sup> Aktuelno ustavno uređenje Bosne i Hercegovine nije proizvod samo dvadesetodnevnog Mirovne konferencije u Dejtonu, već je građeno skoro četiri godine, dok je trajao nesrećni sukob u Bosni i Hercegovini, raznim mirovnim planovima, od početnog Lisabonskog, preko Oven–Stoltenbergovog, Vens–Ovenovog, plana Kontakt grupe, Londonskog, Ženevskog, Njujorškog, pa do Dejtonskog.

u Parizu. Kao dodatak ovom sporazumu zaključeno je i 11 aneksa, koji obuhvataju različite oblasti uređenja BiH, a koji imaju ustavnu snagu. Aneks IV predstavlja Ustav Bosne i Hercegovine, koji se sastoji od 12 članova i dva aneksa. S obzirom na to da je deo mirovnog sporazuma, Ustav BiH je izrađen i usvojen bez učešća građana Bosne i Hercegovine ili njihovog predstavnštva, što dovodi u pitanje njegov legitimitet. Prema rečima Dmičića, “gotovo da i nema primjera u međunarodnom pravu i međunarodnim ugovorima i sporazumima da se kao dio, odnosno prilog sporazuma, stranama potpisnicama obezbijedi ustav.”<sup>5</sup> Taj ustav svakako nije izraz narodne suverenosti, već je po načinu donošenja najbliži grupi oktroi-sanih, podarenih ustava (ustavnih povelja).<sup>6</sup> Kako navodi Kuzmanović, “njega su oktroisale velike sile na međunarodnoj konferenciji u Dejtonu, novembra 1995. godine, kao Aneks IV Okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.”<sup>7</sup> Uz to, Ustav BiH je unikatan primer ustava koji nije objavljen na domaćem jeziku, već, imajući u vidu okolnosti pod kojim je nastao, na engleskom.

Ustavom su pravno sankcionisane odredbe ranijih sporazuma, pa je Bosna i Hercegovina ustrojena kao labava federalna zajednica, pri čemu federalizam počiva na dva temelja – dva entiteta i tri konstitutivna naroda. “Entiteti su *de facto* priznati kao države koje se udružuju u novu državu i time gube veliki dio međunarodnog suvereniteta, pa time, u osnovi, postaju sa unutrašnjim suverenitetom i ograničenim međunarodnim suverenitetom.”<sup>8</sup> Kako navodi Seizović, “Bosna i Hercegovina, pravno-politički i et(n)ički pocijepana, podvrgnuta je artificijelnoj državno-pravnoj i političkoj reanimaciji pod patronatom međunarodne zajednice, čime je, samo prividno, ponovo integrirana, ali ovoga puta u oblik bizarne državne tvorevine – jedna država, dva entiteta, tri naroda, koju čine jedna ‘republika’ i jedna ‘federacija.’”<sup>9</sup> Ona funkcioniše kao specifičan vojni, civilni i politički međunarodni protektorat, pod zaštitom i vrhovnim nadzorom međunarodne zajednice, koji još bitno utiče na konstituisanje i ostvarivanje političke vlasti u svakoj od ovih državno-pravnih jedinica, kao i na razvoj političkih odnosa.

Državno uređenje dejtonske Bosne i Hercegovine se po svojim obeležjima može smestiti “negde između” dva oblika federalizma – federacije i konfедера-

---

<sup>5</sup> M. Dmičić, 39.

<sup>6</sup> R. Marković, 51; Miodrag Jovičić, *O ustavu – teorijsko-komparativna studija*, Beograd 1977, 52-53.

<sup>7</sup> Rajko Kuzmanović, “Dejtonski sporazum, aneks IV – mijenjati ili primjenjivati”, *Pravna riječ*, 42/2015, Banja Luka 2015, 13.

<sup>8</sup> M. Dmičić, 41.

<sup>9</sup> Zarije Seizović “Pravno-politički uzroci etno-mobilizacije”, u *Politička participacija u Bosni i Hercegovini* (ur. A. Aganović i S. Gavrić), Sarajevo 2012, 30.

cije – mada se, zbog većeg broja osobina karakterističnih za prvi oblik federalizma, obično smatra “federacijom sa izraženim konfederalnim elementima”.<sup>10</sup> Ustav je dao sasvim mala ovlašćenja Bosni i Hercegovini, a većina poslova, naročito u početku, bila je prepuštena entitetima, koji su morali da usklade svoje ustave sa Ustavom BiH u roku od tri meseca.<sup>11</sup> Prema rečima Roberta Hejdena, “zadatak Dejtona bio da stvori fikciju jedinstvene države, koja bi smirila Bošnjake, a da istovremeno nema nikakvu moć upravljanja. Federacija BiH je formirana u martu 1994, na sličnim principima, kao fiktivna tvorevina koja zapravo neće imati ovlašćenje da vlada bilo gde, jer su Hrvati jedino to bili spremni da prihvate.”<sup>12</sup>

Budući da su u istom rangu norme Ustava BiH i norme sadržane u ostalim aneksima, ceo Mirovni sporazum (sa svim aneksima) se u širem kontekstu može posmatrati kao Ustav Bosne i Hercegovine. U slučaju mogućih spornih situacija u pogledu tumačenja odredaba na relaciji Aneks IV – ostali aneksi, ne može doći do abrogacije neke norme, već se do rešenja dolazi putem “usklađujuće” interpretacije.<sup>13</sup>

Pokušavajući da sumira osobine Ustava Bosne i Hercegovine, Vergotini navodi da “ustav sledi principe liberalnog konstitucionalizma, predviđa podelu vlasti, svojevrstan ustavni sud čiji su članovi strane sudije izabrane na međunarodnom nivou, režim garancija”, ali i da je sve navedeno propisano “u odsustvu volje naroda ili ne pridajući značaj toj volji i pod međunarodnim protektoratom”.<sup>14</sup>

### *Ljudska prava u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine i zabrana diskriminacije*

Ustav Bosne i Hercegovine je po mnogo čemu specifičan, a jedna od njegovih specifičnosti je i način na koji jemči ljudska prava, koja, kako je govorio Moris Oriju, predstavljaju “društveni ustav”, jer uređuju položaj građana (za razliku

<sup>10</sup> “Sporazum je svojim Aneksom IV utvrdio model složenog državnog uređenja, koje je federalno-konfederalnog tipa i jedino moguće rješenje za BiH.” (R. Kuzmanović, 13).

<sup>11</sup> U konceptualnom pogledu, entitetski ustavi su umnogome različiti, budući da je Republika Srpska zamišljena kao jedinstven entitet sa većinskim srpskim stanovništvom, a Federacija BiH kao decentralizovana federacija u kojoj su ovlašćenja podeljena između Hrvata i Bošnjaka.

<sup>12</sup> <http://www.politika.rs/rubrike/Komentari/Za-Bosnu-belgijski-model.sr.html>, 15.8.2015.

<sup>13</sup> “Sistem Dejtonskog sporazuma je karakterističan po tome što njegovo ostvarivanje istovremeno znači i njegovo ukidanje. U procesu primjene Sporazuma svih deset aneksa treba da se ugrade u četvrti aneks (Ustav), pa ‘kompresijom’ jedanaest dijelova nastaje samo jedan dio pod nazivom Ustav Bosne i Hercegovine.” (Radomir Nešković, *Nedovršena država – Politički sistem Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2013, str. 182)

<sup>14</sup> Đ. de Vergotini, 229.



od “političkog ustava”, koji uređuje položaj vlasti). “Prihvatajući tekovine civilizovanog svijeta, katalog i standarde ljudskih prava i sloboda i mehanizme njihove zaštite, Bosna i Hercegovina svoj institucionalni okvir zasniva na principima sadržanim u međunarodnim, regionalnim i domaćim pravnim i političkim aktima i dokumentima.”<sup>15</sup> Ustav, naime, predviđa neposrednu primenu međunarodnih akata iz oblasti ljudskih prava u Bosni i Hercegovini. Tako član II/2. Ustava BiH predviđa da se prava i slobode predviđene Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima direktno primenjuju u Bosni i Hercegovini, kao i da ti akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima. Evropska konvencija ima nadzakonsku, ustavnu snagu, a primenjivala u Bosni i Hercegovini i pre nego što je postala članica Saveta Evrope (2002).

Preduslov za uživanje svih ljudskih prava zajemčenih u jednom ustavnom sistemu, pored državljanstva odgovarajuće države, predstavlja zabrana diskriminacije.<sup>16</sup> Ustav Bosne i Hercegovine (član II/4) propisuje da je uživanje prava i sloboda obezbeđeno “svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što su pol, rasa, boja, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno i socijalno poreklo ili povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.” Međutim, ovako zajemčena ravnopravnost građana je praktično neostvarljiva u praksi kada se dovede u vezu sa konceptom “konstitutivnih naroda”, koji predstavlja jedan od dva stuba federalizma u Bosni i Hercegovini. To je jedna od najvećih kontradiktornosti i ujedno najslabijih tačaka ustavnog koncepta Bosne i Hercegovine.

*“Konstitutivni narodi” kao osnov federalne participacije  
u Bosni i Hercegovini*

Ustav Bosne i Hercegovine već u preambuli navodi da su Bošnjaci, Srbi i Hrvati konstitutivni narodi, što je glavni mehanizam zaštite nacionalnih interesa strana koje su bile u sukobu. “Konstitutivnim” se naziva onaj koji čini sadržaj, sastav nečega, u ovom slučaju države. Pošto ta tri naroda čine “sadržaj” državne tvorvine koja se zove Bosna i Hercegovina, oni se smatraju državotvornim narodima, narodima od kojih je država sačinjena. Stoga se u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine pravi razlika između kolektivnog identiteta konstitutivnih naroda i individualnih identiteta građana Bosne i Hercegovine. Ustav BiH razlikuje konstitutivne narode i “ostale”, koji podrazumevaju sve one koji se ne deklarišu kao pri-

---

<sup>15</sup> M. Dmičić, 54.

<sup>16</sup> R. Marković, 468.

padnici jednog od tri konstitutivna naroda, što se u osnovi može posmatrati kao vid diskriminacije.<sup>17</sup> Ustav temeljno razrađuje institucije koje čine konstitutivni narodi, gde se čak ni formalno ne pominju "ostali". Na taj način, izdvojeni konstitutivni narodi bivaju zaštićeni na bazi njihove pripadnosti nacionalnoj skupini (kolektivitetu). Takva selekcija isključuje sve one koji, ili nisu pripadnici konstitutivnih naroda ili se kao takvi ne izjašnjavaju po nekome drugom osnovu, što ne izlazi iz okvira njihovih legitimnih zahteva.

Drugim rečima, Ustav Bosne i Hercegovine načelno garantuje jednakost svih građana i zaštitu ljudskih prava za sva lica na teritoriji BiH, ali su iz te garancije izuzeta politička prava. Svi građani koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda su očigledno oštećeni, budući da im je onemogućeno pasivno biračko pravo kada su u pitanju pojedine institucije Bosne i Hercegovine. Reč je o izboru na osnovu etničke pripadnosti, a ne građanske, pa tako "ostali" ne mogu biti birani za člana Predsedništva i Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH, gde su predstavljeni samo konstitutivni narodi, a u cilju zaštite nacionalnih interesa.

Ustav BiH (član IV) utvrđuje da Parlamentarnu skupštinu BiH čine dva doma: Dom naroda i Predstavnički dom. Predstavnički dom čine 42 člana, od kojih se dve trećine biraju sa teritorije Federacije BiH, a jedna trećina sa teritorije Republike Srpske. Članovi se biraju neposredno u skladu sa entitetskim izbornim zakonima, koje je usvojila Parlamentarna skupština. Prema Ustavu (član IV/1), "Dom naroda se sastoji od 15 delegata, od kojih su dve trećine iz Federacije (pet Hrvata i pet Bošnjaka) i jedna trećina iz Republike Srpske (pet Srba)". Hrvatske i bošnjačke delegate iz Federacije biraju hrvatski, odnosno bošnjački delegati u Domu naroda Federacije, a delegate iz Republike Srpske bira Narodna skupština Republike Srpske.

Ustav BiH (član V) predviđa da se članovi Predsedništva biraju neposredno u skladu sa entitetskim izbornim zakonima, koje je usvojila Parlamentarna skupština, kao i da se odluke donose konsenzusom. Prema Ustavu (član V/1), "Predsedništvo Bosne i Hercegovine se sastoji od tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, a svaki od njih se neposredno bira sa teritorije Federacije, i jednog Srbina, koji se neposredno bira sa teritorije Republike Srpske."

Ovako ustanovljen model, sa posebno naglašenim konstitutivnim narodima i u skladu s tim podelom vlasti, predstavljao je osnovu i jedini tada održiv koncept ustavnog sistema Bosne i Hercegovine. Ali na ovaj način istovremeno biva narušena politička sloboda, budući da je okrnjeno pasivno biračko pravo građana koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda, što predstavlja evidentnu dis-

<sup>17</sup> Pri tom, podela konstitutivnih naroda u osnovi podrazumeva religijsko identifikovanje, pa tako Srbi jesu pravoslavci, Bošnjaci – muslimani, a Hrvati – katolici.

kriminaciju, pa je dovelo do odluke Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*.

Pri tom, diskriminacija nije jedina slabost koncepta konstitutivnih naroda kao temelja federalne participacije, već je taj koncept doveo do još nekih anomalija u ustavnom životu Bosne i Hercegovine. Naime, u poslednjih nekoliko izbornih ciklusa pojavio se problem zloupotrebe prava na iskazivanje nacionalne pripadnosti, pa su izvesni pripadnici jednog konstitutivnog naroda (konkretno, muslimanskog – bošnjačkog) namenski “promenili” nacionalnu pripadnost i izjasnili se kao pripadnici drugog konstitutivnog naroda (srpskog), kako bi im pripala predstavnička mesta namenjena pripadnicima srpskog naroda. Jednostavno nije rečeno, nije redak slučaj da se neko ko se u prošlosti izjašnjavao kao Musliman (kasnije Bošnjak) izjasni kao Srbin, a sve zarad osvajanja odgovarajućih političkih privilegija. Ovaj problem je naročito izražen na lokalnom nivou i još uvek se traga za efikasnim mehanizmom za njegovo rešavanje.

*Odluka Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Sejdić i Finci  
protiv Bosne i Hercegovine*

U dve odvojene žalbe, podnesene 3. jula i 18. avgusta 2006, Evropskom sudu za ljudska prava obratila su se dva državljanina Bosne i Hercegovine – Dervo Sejdić i Jakob Finci, koji su izrazili nezadovoljstvo zbog nemogućnosti kandidovanja na izborima za člana Predsedništva i Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine (članovi IV i V Ustava BiH), a zbog svoga romskog odnosno jevrejskog porekla. Oni su se pozvali na član 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, zatim član 3. Protokola br. 1 i član 1. Protokola br. 12. Tim odredbama Konvencije i protokola propisana je zabrana diskriminacije po bilo kom osnovu (“kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovinsko stanje, rođenje ili drugi status”), kao i obaveza održavanja neposrednih i slobodnih izbora s tajnim glasanjem, “pod uslovima koji obezbeđuju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnih tela”. Nakon što je utvrdilo da su ispunjene procesne pretpostavke za podnošenje žalbi i nakon obaveštavanja organa vlasti Bosne i Hercegovine o njihovom podnošenju, Veće četvrtog odeljenja Suda je uputilo predmet Velikom veću, kao instanci Suda koja se bavi tumačenjem Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenih protokola.

Kao odgovor na navode podnosilaca žalbi, zastupnici Bosne i Hercegovine su se pozvali na slučaj *Ždanoka protiv Letonije* ([GC], 58278/00, ECHR 2006-IV) “u kojem je Sud ponovo potvrdio da zemlje ugovornice uživaju znatnu širinu

u uspostavljanju pravila unutar svog ustavnog poretka koja regulišu parlamentarne izbore i sastav parlamenta, a da se relevantni kriterijumi mogu menjati u skladu sa istorijskim i političkim faktorima koji su svojstveni svakoj državi.” U svome podnesku, zastupnici BiH su tvrdili da sporne ustavne odredbe treba procenjivati na osnovu istorijske pozadine i da još nije vreme za politički sistem koji bi bio samo odraz vladavine većine.

Nakon što je spojio postupak po navedenim žalbama i sproveo ga do kraja, Evropski sud za ljudska prava u Strazburu, na sednici Velikog veća održanoj 25. novembra 2009, doneo je odluku u slučaju *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*, u kojoj je utvrdio da su žalbe podnosilaca osnovane. Odluku je doneo većinski: u pogledu nemogućnosti kandidovanja na izborima za Dom naroda Bosne i Hercegovine – 14 “za” i tri “protiv”, a u pogledu kandidovanja za člana člana Predsedništava Bosne i Hercegovine – 16 “za” i jedan “protiv”.

U odluci, Veliko veće je ustanovilo da je došlo do povrede člana 14. Konvencije u vezi sa primenom člana 3. Protokola br. 1. u odnosu na ustavne odredbe o Domu naroda i kršenja člana 1. Protokola br. 12. u odnosu na ustavne odredbe o Predsedništvu Bosne i Hercegovine. Obrazlažući povredu člana 14. Konvencije u vezi sa članom 3. Protokola br. 1, Sud je istakao da Dom naroda ima veliku nadležnost u zakonodavstvu, a da “diskriminacija znači različito tretiranje lica koja se nalaze u sličnoj situaciji bez objektivnog i razumnog opravdanja”, kao i da “nepostojanje objektivnog i razumnog opravdanja znači da sporna razlika ne sledi legitiman cilj ili da nema razumnog odnosa proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se želi postići”. U obrazloženju povrede člana 1. Protokola br. 12. u odnosu na ustavne odredbe o Predsedništvu Bosne i Hercegovine, Sud je utvrdio da ne postoji bitna razlika između Doma naroda i Predsedništva BiH, sa aspekta diskriminatornih ustavnopravnih rešenja. Sud je takođe istakao da “nijedna vrsta različitog postupanja koja se isključivo ili u kritičnom obimu zasniva na etničkom poreklu pojedinca ne može objektivno opravdati u savremenom demokratskom društvu.”<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Uz odluku su priložena izdvojena mišljenja sudije Mijović, kojem se pridružio sudija Hajiev, i izdvojeno mišljenje sudije Bonelo. U svom izdvojenom mišljenju, sudija Mijović je inter alia navela: da je Veliko veće podbacilo u analizi istorijske pozadine i činjenica u pogledu nastanka Ustava Bosne i Hercegovine; da su glavne političke institucije BiH stvorene sa ciljem da se postigne nacionalni balans između konstitutivnih naroda, a da “druge etničke grupe nisu predstavljale deo tih rešenja, s obzirom na to da nisu imale status strane u sukobu”; da postoje određene bitne razlike između Predsedništva BiH i Doma naroda Parlamentarne skupštine u pogledu povrede člana 1. Protokola br. 12; da nije saglasna sa tim što je Veliko veće, u pogledu primenljivosti člana 3. Protokola br. 1, prilikom odlučivanja kao odlučujući faktor uzelo obim zakonodavnih nadležnosti Doma naroda. S druge strane, sudija Bonelo je u svom izdvojenom mišljenju objasnio svoju rezervisanost u pogledu dopustivosti same tužbe i izneo stav da u ovom slučaju ne postoji povreda Konvencije.

Kao što je poznato, odluke Evropskog suda za ljudska prava su je obavezujućeg karaktera za države članice Saveta Evrope. Ovakva odluka vodi ka obavezi Bosne i Hercegovine da usvoji amandmane na Ustav, kojim bi izmenila gore navedene odredbe, usklađujući ih sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, uklanjajući na taj način diskriminatorne elemente Ustava. primena odluke u slučaju *Sejdić i Finci protiv bosne i hercegovine*

Osetljivost slučaja *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* u najvećoj meri dolazi do izražaja na polju primene donesene odluke. Činjenica je da, iako su uloženi određeni naponi od strane političkih aktera u BiH od momenta donošenja odluke, pre svega u pogledu idejnih rešenja ovog problema, ni nakon šest godina nema konkretnih rezultata. Treba spomenuti i da odluka ne zahteva potpuno napuštanje Ustavom uspostavljenog modela vertikalne podele vlasti, što je i sam Sud istakao.

U cilju sprovođenja presude, 2011. je osnovana Privremena zajednička komisija za sprovođenje odluke Evropskog suda za ljudska prava oba doma Parlamentarne skupštine (sačinjena od 13 članova), čiji su zadaci bili priprema predloga amandmana na Ustav Bosne i Hercegovine i Zakona o izmenama i dopunama Izbornog zakona BiH. U dodatnom zaključku, koji je prilikom formiranja komisije usvojio Predstavnički dom Parlamentarne skupštine, Privremenoj komisiji je sugerisano da na svoje sednice poziva i predstavnike Saveta nacionalnih manjina Bosne i Hercegovine, koje su uzele aktivno učešće na deset održanih sednica ove komisije.

U pogledu rešenja za koje su se zalagali predstavnici Republike Srpske, prevladajuća je bila ideja o fokusiranju na samo izvršenje odluke Evropskog suda, čemu su se oštro protivili predstavnici iz Federacije BiH, a rešenje videli u korenitim promenama Ustava BiH i uvođenju posrednog izbora članova Predsedništva BiH u Parlamentarnoj skupštini. U radu komisije nisu pronađena nikakva zajednička rešenja po pitanju predloga amandmana na Ustav BiH, pa je odluka o tome ponovo vraćena na politički nivo. S obzirom na to da nije postignut konsenzus o sprovođenju odluke, prvenstveno što su tražene šire i radikalne ustavne promene, neophodan je međustranački politički konsenzus.

Ni rešenja na političkom nivou, zamišljena kao dogovor vladajućih političkih partija u BiH, nisu pronađena. Dok se stavovi političara iz Republike Srpske svode na prosto brisanje nacionalnih obeležja određenog kandidata, tj. određenih kandidata, gde bi se u budućnosti birao jedan član Predsedništva i pet delegata u Dom naroda Parlamentarne skupštine iz Republike Srpske, na drugoj strani, u Federaciji Bosne i Hercegovine ne postoji saglasnost o zajedničkom predlogu. Najizvesnije rešenje bilo je podela FBiH na dve izborne jedinice, odakle bi se birao po jedan član Predsedništva, bez obzira na nacionalnu pripadnost. Ovakvim

pristupom otvoreno je i tzv. "hrvatsko pitanje", imajući u vidu tvrdnje hrvatskih političkih struja u FBiH da hrvatske predstavnike biraju Bošnjaci, čime su Hrvati kao konstitutivni narod majorizovani. Ovakav predlog je onemogućio dalja razmatranja izbornog modela za FBiH, jer se otvorilo pitanje da li će hrvatski konstitutivni narod paradoksalno postati nacionalna manjina u svom entitetu. Na kraju, treba istaći da je bilo više pokušaja ustavnih reformi, koje izlaze iz okvira odluke, koji su samo produbljivali političku krizu u državi, pogotovo imajući u vidu politički karakter tih pokušaja.

### ZAKLJUČCI

U Bosni i Hercegovini postoji paradoksalna situacija u kojoj su načelo federalizma i načelo poštovanja ljudskih prava (a samim tim i demokratije) u koliziji, iako je opštepoznato da je demokratija nužan preduslov za funkcionisanje federalnog uređenja. Zbog toga je ovo upravo još jedan dokaz da Bosna i Hercegovina ima izraženu konfederalnu prirodu.

Priroda sukoba, koji se odigrao na području Bosne i Hercegovine početkom devedesetih godina XX veka, nametnula je ideju konstitutivnih naroda, kao neophodan mehanizam kojim bi se osigurao mir i ravnoteža u BiH. Ako se uzme u obzir da je mir uspostavljen uz presudnu ulogu međunarodne zajednice, gde su rešenja, kojima nije bila zadovoljna nijedna strana, kreirana spolja i implementirana u osnove funkcionisanja jedne države, onda današnja situacija izgleda kao sasvim opravdana uzročno-posledična reakcija. Dejtonski sporazum je u suštini napravio od Bosne "hologram" – vidljivu tvorevinu, ali bez stvarne suštine, jer nikada do sada nije imala stvarnu moć upravljanja. Zbog toga i danas, nakon dvadeset godina od uspostavljanja trenutnog ustrojstva Bosne i Hercegovine, njeni konstitutivni narodi i dalje žive u strahu od majorizacije od preostala dva. Stoga je nerealan očekivati da pitanje nacionalnih manjina ima ravnopravan tretman kao stalne međusobne razmirice između konstitutivnih naroda.

Potreba za ustavnim reformom nije sporna, naročito ako se uzme u obzir obaveza primene odluke u slučaju *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*. Ona je neophodna kako sa aspekta međunarodnog prava, imajući u vidu obaveznost odluke suda, pri čemu ta odluka povlači i značajne političke posledice, tako i sa aspekta unutrašnje državne organizacije, budući da ustanovljeni sistem stalnog etničkog balansa u vidu duboke decentralizovanosti koja ulazi u skoro sve državne institucije, isključuje bilo kakvu mogućnost efikasnog upravljanja državom. Ali, od ustavne reforme ne treba mnogo očekivati, jer, kako navodi Hejden, "Dejtonski sporazum odražava odvojene nacionalizme, koji su mu prethodili i koji će tra-

jati čak i ako Dejton iznenada zameni neka navodno sjajna ustavna struktura.”<sup>19</sup> Prema rečima Dmičića, ustavna reforma je poželjna, prvenstveno “zbog toga što je do sada mijenjanje ustava vršeno na neustavan način – putem odluka visokog predstavnika, odlukama o donošenju zakona, odlukama zakonodavnih i izvršnih organa entiteta, ustavnosudskih odluka, prenošenjem nadležnosti sa entiteta na zajedničke institucije”.<sup>20</sup> Deluje da je vrlo realan i ispravan stav Venecijanske komisije u vezi sa ustavnim promenama, iznesen još u dokumentu od 11. marta 2005. godine, gde se konstatuje da se mora preurediti kantonalno uređenje u Federaciji i da bi u nekom budućem vremenu u Bosni i Hercegovini trebalo doneti novi ustav konsenzusom Bošnjaka, Srba i Hrvata, ali da taj trenutak još nije došao. Dotad se postojeći ustav mora primenjivati, jer on ima dosta prostora za uspešno funkcionisanje dvoentitetske države.<sup>21</sup>

Prema rečima poslednjeg američkog ambasadora u SR Jugoslaviji, Vilijama Montgomerija, “Zapad neće puno mariti ako BiH ostane drugorazredna, zaostala i ekonomski nerazvijena zemlja čiji najbolji, najpametniji mladi ljudi beže u inostranstvo i čiji je životni standard pre bliži afričkom nego evropskom. Bošnjački odgovor tome bio bi da su krvlju platili za svoju viziju ujedinjene BiH sa jakom centralnom vlašću i da su voljni i spremni suprotstaviti se bilo kakvoj značajnijoj pretnji tom konceptu. Srbi vrebaju priliku da odu iz BiH i da dobiju šansu da uspostave vlastitu državu (od čega već, praktično, imaju, barem 80 odsto, kroz Republiku Srpsku). Hrvati je napuštaju, pogleda uperenog ka Hrvatskoj, dok istovremeno sve više postaju manjina sa sve manjim uticajem u Federaciji.”<sup>22</sup> U takvim okvirima, primetan je i nedostatak političke volje i međusobnog poverenja između vodećih političkih stranaka, u vezi bilo kakvim ustavnim reformama. Time se i dalje akcent sklanja sa suštinskog problema i prenosi na polje večite političke neusaglašenosti stavova. Iako su političke stranke saglasne da diskriminatorne odredbe moraju biti uklonjene, glavno pitanje jeste kako sačuvati prava konstitutivnih naroda Bosne i Hercegovine. Očigledno je da diskriminatorni odnos prema “ostalima” ne jenjava, niti dolazi do afirmacije građanskog na račun nacionalnog.

Vrlo je verovatno da primena sudske odluke u slučaju *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* neće ugledati svetlost dana u dogledno vreme. Razlog za to jeste kako nedostatak političke volje i imunost političkih aktera na međunarodne

---

<sup>19</sup> <http://www.politika.rs/rubrike/Komentari/Za-Bosnu-belgijski-model.sr.html>, 15.8.2015.

<sup>20</sup> M. Dmičić, 42-43.

<sup>21</sup> R. Kuzmanović, 16.

<sup>22</sup> <http://www.politika.rs/rubrike/Komentari/Podele-u-BiH-vece-su-nego-pre-rata.sr.html>, 13.08.2015.

pritiske, tako i osetljivost ovim slučajem otvorenog pitanja. Kao nedovršena država, gde su nacionalne manjine, nažalost, samo jedan u nizu problema koje ovakav poredak pogađa, upravo kroz ovaj slučaj vidljiva je neefikasnost političkog vrha zemlje, koji ne samo da ne rešava problem, već je i sam deo problema, pa čak i pritisci međunarodne zajednice teško probijaju štitove političke nezainteresovanosti i manjka volje.

Konačno, činjenica jeste da ovaj slučaj ponovo otvara određena pitanja, koja su rešena Dejtonskim sporazumom, kao i da zalaženje u ta pitanja može biti vrlo opasno, ako ne u vidu ponovnih sukoba, onda svakako u vidu nepromišljenih poteza koji mogu utreti put ka raspadu države. Jasno je da brza rešenja ne postoje i da se set amandmana ne može tako jednostavno doneti, ali to nije razlog da se ovo pitanje zanemari. Naprotiv, iznalazjenje rešenja je od neprocenjive važnosti, jer konstitutivni narodi moraju naći način da obezbede prava i onim građanima BiH koji nisu njihovi pripadnici. Zbog toga je i već pomenuti ambasador Montgomeri, zaključujući svoju analizu, napisao: "Jedino nisam siguran koga da proglasim pobednikom. Možda osoblje Kancelarije visokog predstavnika koje, i 20 godina posle završetka rata, i dalje svakog meseca prima pozamašne plate a da istovremeno bukvalno ne radi ništa."<sup>23</sup>

MARKO STANKOVIĆ, LL.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law  
University of Belgrade

PRINCIPLE OF FEDERAL PARTICIPATION AGAINST PRINCIPLES  
OF DEMOCRACY THROUGH THE PRISM OF THE CASE SEJDIC  
AND FINCI V. BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

This paper analyzes federal organization as an instrument for solving problems in multinational society in the case of Bosnia and Herzegovina. The constitutional "creation" called Bosnia and Herzegovina is based on the equity of two entities (Republic of Srpska and Federation of BiH) and three constituent peoples (Serbs, Bosniaks-Muslims and Croats). Belonging to one of those constituent peoples is a prerequisite of federal participation. In practice, it is proved as a highly controversial constitutional model, which threatens democracy and leads to discrimination, particularly after the European Court of Human Rights ruled in well-known case *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*. Therefore, special attention is paid to the analysis of the decision in that case.

---

<sup>23</sup> <http://www.politika.rs/rubrike/Komentari/Podele-u-BiH-vece-su-nego-pre-rata.sr.html>, 13.08.2015.



DRAGUTIN AVRAMOVIĆ,  
SRETEN JUGOVIĆ

## OGRANIČENJA SLOBODE VEROISPOVESTI U “RATU PROTIV TERORIZMA”

### U V O D

U poslednje vreme sve je vidljivija i postojanija veza koja nastaje između religije s jedne strane, i terorizma, s druge. Terorizam je doskora bio uglavnom politički, ekonomski, etnički ili nacionalno motivisan i podržavan. Međutim, sve češće se svet suočava sa slučajevima ljudi koji su spremni da ubijaju i da daju svoj život u ime Boga. Proučavanje veza između terorizma i religije postaje predmet naročitog naučnog interesovanja nakon terorističkih napada na SAD 11. septembra 2001. godine, a i danas je itekako značajno i aktuelno zbog sve učestalijih terorističkih aktivnosti širom sveta. U sveprisutnijem “ratu protiv terorizma”, koji se pretvara u jedan vid permanentnog vanrednog stanja, u vreme otežanog balansiranja između ljudskih prava i nacionalne bezbednosti, neka osnovna ljudska prava, a posebno sloboda veroispovesti, dolaze pod udar država.<sup>1</sup> Zbog toga je nužno

---

Dr Dragutin Avramović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Dr Sreten Jugović, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd. Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta koje finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045).

<sup>1</sup> Videti dobru politikološku studiju o važnosti slobode veroispovesti za nacionalnu bezbednost u Americi: T. Farr, *World of Faith and Freedom – Why International Religious Liberty is Vital to American National Security*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Videti i: D. Avramović, *Uvođenje vanrednog stanja*, Novi Sad, 2009 (magistarska teza).

preispitati mogućnost derogacije u vanrednom stanju, kao i ograničenja koja se u međunarodnim dokumentima i u unutrašnjem zakonodavstvu država stavljaju pred slobodu veroispovesti, kao i njihove moguće osnove.<sup>2</sup> Vanredne okolnosti u kojima se može pristupiti derogaciji ovog prava (npr. vid javne opasnosti koji prethodi opstanku nacije) u mnogome liče na osnove mogućeg ograničenja slobode veroispovesti (kao što je javna bezbednost, ili kao što bi mogla, a i trebalo biti nacionalna bezbednost).

Međutim, odstupanja (derogacija) i ograničenja ljudskih prava se razlikuju prvenstveno po karakteru i obimu, ali i prema okolnostima u kojima im se može pristupiti. Dok derogacija podrazumeva privremeno odstupanje od ljudskih prava u vanrednim okolnostima, ograničenja ljudskih prava su permanentnog, trajnog karaktera i odnose se na redovno funkcionisanje pravnog sistema.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Videti: D. Simović, S. Jugović, D. Avramović, "Ograničenja ostvarivanja slobode veroispovesti u cilju zaštite javne bezbednosti", *Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalu i terorizmu*, Knjiga 8, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2015, str. 205–221. Još se 1985. godine na međunarodnom planu javila potreba za stvaranjem jasnog razgraničenja između dva pojma i osnova ograničavanja ljudskih prava (između ostalog i slobode veroispovesti) koji na prvi pogled liče, ali se u osnovi razlikuju. U pitanju su termini javna bezbednost (*public safety*) i nacionalna bezbednost (*national security*). Prevod ovih termina na srpski jezik ili na hrvatski jezik (javna sigurnost i nacionalna sigurnost) samo dodatno otežava njihovo razlikovanje i često dovodi do njihovog sinonimskog razumevanja. U Sirakuškim principima ograničenja i derogacije određaba Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima su ustanovljeni interpretativni principi koji se odnose na specifične osnove ograničavanja ljudskih prava čime su otklonjene ne samo pojmovne, već prevashodno suštinske, smisaone nedoumice. "29. Na nacionalnu bezbednost se može pozivati da bi se opravdale mere koje ograničavaju određena prava samo onda kada se preduzimaju da bi se zaštitilo postojanje nacije ili njenog teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti od sile ili pretnje silom. 30. Na nacionalnu bezbednost se ne može pozivati kao na razlog za uvođenje ograničenja da bi se sprečile samo lokalne ili relativno izolovane pretnje pravu i poretku. 31. Nacionalna bezbednost se ne može koristiti kao izgovor za nametanje nejasnih ili arbitrarnih ograničenja i na nju se može pozivati samo kada postoje adekvatne garancije i efikasna sredstva protiv zloupotrebe. 32. Sistematsko kršenje ljudskih prava podriiva istinsku nacionalnu bezbednost i može ugrožavati međunarodni mir i bezbednost. Država odgovorna za takvo kršenje ne može se pozivati na nacionalnu bezbednost kao opravdanje za mere usmerene na suzbijanje otpora takvom kršenju ili preduzimanju represivnih mera protiv stanovništva. 33. Javna bezbednost označava zaštitu od opasnosti za bezbednost lica, njihovog života ili fizičkog integriteta ili ozbiljne štete za njihovu imovinu. 34. Potreba da se zaštiti javna bezbednost može opravdati ograničenja predviđena pravom. Ona se ne može koristiti za nametanje nejasnih ili arbitrarnih ograničenja i na nju se može pozivati samo kada postoje adekvatne garancije i efikasna sredstva protiv zloupotrebe", *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985), para. 29–34.

<sup>3</sup> Videti: D. Simović, D. Avramović, R. Zekavica, *Ljudska prava*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2013, str. 98.

*Odstupanja od slobode veroispovesti u vanrednom stanju  
– međunarodna regulativa*

U vanrednom stanju, u kome se može naći svaka država, i koje je nužno privremenog karaktera, odnosno vremenski ograničenog trajanja, od nekih ljudskih prava je moguće odstupiti. Nakon terorističkih napada pojedine države uvođe ovaj izuzetni, vanredni režim funkcionisanja ustavnog poretka, a neke države, kako bi izbegle vremenska ograničenja trajanja vanrednog stanja, formalno ga ne proglašavaju, već pod velom "rata protiv terorizma" održavaju državu u permanentnom vanrednom stanju i utiru put ustavnoj diktaturi.<sup>4</sup> U svetlosti aktuelnih svetskih dešavanja, kada je borba država protiv terorizma u jeku, a ljudska prava na vetrometini, čini se da je korisno ponovo ispitati, možda i revidirati, krug tzv. apsolutno zaštićenih prava u međunarodnim konvencijama, naročito imajući u vidu pravo na izražavanje vere odnosno *forum externum* slobode veroispovesti.

Član 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine predviđa odstupanja od pojedinih ljudskih prava u vanrednim prilikama:

"1. U slučaju da izuzetna opšta opasnost ugrozi opstanak nacije i da je to objavljeno službenim aktom, države članice ovog pakta mogu da preduzmu, u onom strogom obimu u kojem to stanje zahteva, mere koje odstupaju od obaveza predviđenih ovim paktom, pod uslovom da te mere ne budu u nesaglasnosti sa ostalim obavezama koje im nameće međunarodno pravo i da nemaju za posledicu diskriminaciju zasnovanu samo na rasi, boji, polu, jeziku, veri ili socijalnom poretku.

2. Prethodna odredba ne dopušta nikakvo odstupanje od čl. 6, 7, 8 (tač. 1. i 2), 11, 15, 16. i 18. ovog pakta.

3. Države članice ovog pakta koje se koriste pravom odstupanja moraju odmah da preko generalnog sekretara Ujedinjenih nacija, saopšte ostalim državama članicama odredbe od kojih su odstupile, kao i razloge ovog odstupanja. One će istim putem ponovo obavestiti o tome kada budu prestale sa ovim odstupanjima."

Kao što se može videti iz st. 2 citiranog člana, sloboda misli, savesti i veroispoveti koja je zagantovana čl. 18 navedenog akta<sup>5</sup> ne podleže bilo kakvim od-

---

<sup>4</sup> Tako je na primer Francuska uvela vanredno stanje nakon terorističkog napada u Parizu u novembru 2015. godine, koje je, doduše iz opravdanih razloga (ponovljenih napada), produženo do danas. S druge strane, SAD mogu predstavljati primer permanentnog vanrednog stanja. Videti više: D. Avramović, "Kad vanredno stanje postaje redovno: Amerika posle 11. septembra 2001. kao paradigma", *Pravni život*, 14/2008.

<sup>5</sup> 1. Svako lice ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti. Ovo pravo podrazumeva slobodu ispovedanja i primanja vere ili ubeđenja po svom nahođenju, kao i slobodu da tu veru ili ubeđenje ispoljava pojedinačno ili zajedno sa drugima, kako javno tako i privatno, kroz kult, vrše-

stupanjima, te ulazi u kategoriju ljudskih prava koja se ne mogu derogirati (*non-derogable rights*). U komentaru broj 29 iz 2001. godine Komitet za ljudska prava UN upozorava da: "Načelno, kvalifikacija 'pravo koje se ne može derogirati' iz odredbe Konvencije ne znači da nikakva ograničenja ili restrikcije uopšte nikada ne mogu biti opravdana. Pozivanje u čl. 4, st. 2 na čl. 18, član koji uključuje posebnu odredbu o ograničenjima u njegovom st. 3, pokazuje da je dozvoljenost ograničenja nezavisna od pitanja derogiranja. I u vremenima najozbiljnijih javnih opasnosti, države koje se mešaju u slobodu ispoljavanja vere ili uverenja moraju da opravdaju njihove aktivnosti pozivajući se na zahteve propisane u čl. 18, st. 3".<sup>6</sup> Takođe, Komitet je istakao da je očigledno da su neke odredbe Konvencije uključene u spisak odredbi koje se ne mogu derogirati samo zbog toga što nikada ne može biti neophodno da se ta prava derogiraju za vreme vanrednog stanja i kao primer navodi upravo slobodu misli, savesti i veroispovesti.<sup>7</sup> Međutim, imajući u vidu da je ovaj komentar pisan u julu, a usvojen u avgustu 2001. godine, dakle pre napada na SAD i pre proglašavanja "rata protiv terorizma", on nije obuhvatio situaciju kada "vanredno stanje" izazvano terorističkim napadima traje predugo i pretvara se u "permanentno" vanredno stanje ili kada se kao takvo, kako podvlače pojedini autori, takvo stanje "normalizuje".<sup>8</sup>

Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950. godine, kao značajni regionalni akt, nešto pažljivije i opreznije pristupa ovom pitanju. Naime, u čl. 15 koji se odnosi na odstupanja od ljudskih prava u vanrednim prilikama, pisci Konvencije među krug prava koja se ne mogu derogirati nisu uključili i slobodu veroispovesti.<sup>9</sup> Krug tzv. *non-derogable rights* uključuje samo pravo na život (osim u

---

nja verskih i ritualnih obreda i veronauku. 2. Niko ne može biti predmet prinude kojom bi se kršila sloboda njegovog ispovedanja ili primanja vere ili ubeđenja po njegovom nahodanju. 3. Sloboda ispoljavanja vere ili ubeđenja može biti predmet samo onih ograničenja koja predviđa zakon a koja su nužna radi zaštite javne bezbednosti, reda, zdravlja ili morala, ili pak osnovnih prava i sloboda drugih lica. 4. Države članice ovog pakta obavezuju se da poštuju slobodu roditelja, a u datom slučaju zakonitih staratelja, da obezbede svojoj deci ono versko i moralno obrazovanje koje je u skladu sa njihovim sopstvenim ubeđenjima.

<sup>6</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, *General Comment No. 29*, para. 7.

<sup>7</sup> *Ibid.*, para. 11.

<sup>8</sup> S. Joseph, "Human Rights Comitee: General Comment 29", *Human Rights Law Review*, Vol. 2, 1/2002, p. 82.

<sup>9</sup> Odstupanje u vanrednim okolnostima. 1 U doba rata ili druge javne opasnosti koja prethodi opstanku nacije, svaka Visoka strana ugovornica može da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza po ovoj Konvenciji, i to u najnužnijoj meri koju iziskuje hitnost situacije, s tim da takve mere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu. 2 Prethodna odredba ne dopušta odstupanja od člana 2, osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, ili člana 3, 4. (stav 1.) i 7. 3 Svaka Visoka strana ugovornica koja koristi svoje pravo da

pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima), zabranu mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja, zabranu ropstva i prinudnog rada, princip *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Činjenica da sloboda veroispovesti nije pronašla svoje mesto kao pravo koje se ne može derogirati se često objašnjava vremenom donošenja Evropske konvencije, koja je šesnaest godina prethodila Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima.<sup>10</sup>

Na osnovu analize najznačajnijih međunarodnih dokumenata kojima je regulisano pitanje odstupanja od slobode veroispovesti u vanrednom stanju, dolazi se do zaključka da jedino Evropska konvencija dopušta suspenziju ovog ljudskog prava u vanrednim prilikama.<sup>11</sup> To se u literaturi često pravda činjenicom za-

---

odstupi od odredbi Konvencije obaveštava u potpunosti generalnog sekretara Saveta Evrope o merama koje preduzima i razlozima za njih. Ona takođe obaveštava generalnog sekretara Saveta Evrope kada takve mere prestanu da deluju i kada odredbe Konvencije ponovo počnu da se primenjuju u potpunosti.

<sup>10</sup> H. Bielefeldt, N. Ghanea, M. Wiener, *Freedom of Religion or Belief – An International Law Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 545. Tu tvrdnju dodatno potkrepljuje i činjenica da Američka konvencija o ljudskim pravima doneta tri godine nakon Međunarodnog pakta o političkim i građanskim pravima u čl. 27, st. 2, prati ideju Pakta, pa slobodu veroispovesti (čl. 12) svrstava među prava koja nije moguće suspendovati ni u vanrednim prilikama.

<sup>11</sup> Praksa Evropskog suda za ljudska prava je napravila jasnu razliku između unutrašnjih (*forum internum*) aspekata i spoljnih (*forum externum*) aspekata slobode veroispovesti. Prvi aspekt se odnosi na pravo na odabir vere i na pravo promene vere, odnosno unutrašnji, lični odnos prema veri, dok drugi podrazumeva slobodno ispovedanje vere i ubeđenja. Unutrašnja dimenzija je po pravilu apsolutna, dok je spoljašnja po svojoj prirodi relativna. Dok je, o čemu će biti reči, Evropska konvencija potpuno jasna u pogledu toga da su ograničenja slobode veroispovesti vezana isključivo za *forum externum* (čl. 9, st. 2), pitanje širine zadiranja u različite aspekte ovog prava u vanrednim prilikama ostaje donekle sporno. Zbog toga Havijer Martinez-Toron veoma oprezno ističe: "Sloboda verovanja, naprotiv, ne može biti ograničena, *verovatno* (podvukli autori) ni u izuzetnim okolnostima koje, prema čl. 15, dozvoljavaju državama da derogiraju neke od svojih obaveza iz Evropske konvencije o ljudskim pravima"; J. Martínez-Torrón, "Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Emory International Law Review*, Vol. 19, 2/2005, p. 590. Međutim, ima i tvrdih mišljenja da je *forum internum* slobode veroispovesti apsolutno pravo, M. Nowak, T. Vospernik, "Permissible Restrictions on Freedom of Religion or Belief", *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (ed. T. Lindholm, W. C. Durham, B. G. Tahzib-Lie), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p. 148. S druge strane, postoje autori koji veoma smelo, pritom s pogrešnim premisama, pristupaju ovom delikatnom pitanju: "However in both human rights documents the freedom of belief is listed as non-derogable right, therefore derogation clauses are exempted for the scope of the Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights and relevant provisions in the European Convention of Human Rights", D. Vitkauskaitė-Meurice, "The Scope and Limits of the Freedom of Religion in International Human Rights Law", *Jurisprudence*, Vol. 18, 3/2011, p. 847. Pogrešna tvrdnja ove autorke da se sloboda veroispovesti ubraja u međunarodnim konvencijama (između ostalog i u Evropskoj konvenciji) među prava koja uopšte ne podležu derogaciji se ponavlja i na str. 855.

starelosti, a samim tim i neusaglašenosti ovog regionalnog dokumenta sa ostalim međunarodnim konvencijama. Međutim, sasvim je moguće da rešenje Evropske konvencije, mada dosta kritikovano, danas ili sutra postane glavna slamka spasa evropskim državama i mogućnost da adekvatno i u legalnim okvirima reaguju u kriznim situacijama izazvanim verskim fundamentalizmom. Inače, u literaturi je zastupljena i tvrdo pravnička argumentacija koja povodom ovog pitanja potpuno izbacuje iz igre rešenje Evropske konvencije, a deluje veoma uverljivo. Naime, jedan broj autora tvrdi da ovo pitanje uopšte nema poseban praktičan značaj, s obzirom na to da su potpisnice Evropske konvencije istovremeno i potpisnice Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Kako je Međunarodni pakt donet šesnaest godina kasnije, sve potpisnice oba dokumenta su obavezne da poštuju odredbe kasnije ratifikovane konvencije, uključujući odredbe o derogaciji ljudskih prava u vanrednim prilikama, po principu *lex posterior derogat legi priori*.<sup>12</sup> U skladu s takvim viđenjem sloboda veroispovesti bi se mogla tretirati kao pravo koje na međunarodnom nivou ne podleže derogaciji.

#### *Ograničenja slobode veroispovesti – međunarodna regulativa*

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, kao krunski dokument koji garantuje slobodu misli, savesti i veroispovesti,<sup>13</sup> postavlja i određena ograničenja u čl. 29. Važno je imati na umu da se ograničenja slobode veroispovesti propisana Deklaracijom odnose samo na *forum externum* odnosno na područje vršenja prava. Kako se ističe u čl. 29, st. 2: “U vršenju svojih prava i sloboda svako se može podvrgnuti samo onim ograničenjima koja su predviđena zakonom isključivo u cilju obezbeđenja potrebnog priznanja i poštovanja prava i sloboda drugih, kao i zadovoljenja pravičnih zahteva morala, javnog poretka i opšteg blagostanja u demokratskom društvu”. Pri tome, prava i slobode se ne mogu ni u kom slučaju ostvarivati protivno ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija (čl. 29, st.3).

Kao što je već bilo reči, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima u čl. 18, st. 3, mada ne dozvoljava odstupanja od slobode veroispovesti u vanrednom stanju, dopušta određena ograničenja ove slobode: “Sloboda ispoljavanja vere ili ubeđenja može biti predmet samo onih ograničenja koja predviđa zakon a koja su nužna radi zaštite javne bezbednosti, reda, zdravlja ili morala, ili pak osnovnih prava i sloboda drugih lica”. To znači, da obična, dozvoljena ograničenja slobode veroispovesti, ostavljaju državama dovoljno prostora da se nose sa svim

<sup>12</sup> Videti: M. Nowak, T. Vospernik, *op. cit.*, p. 148.

<sup>13</sup> Član 18. Svako ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti; ovo pravo uključuje slobodu promene veroispovesti ili uverenja i slobodu da čovek sam ili u zajednici s drugima, javno ili privatno, manifestuje svoju veru ili uverenje podučavanjem, običajima, molitvom i obredom.

izuzetnim situacijama. Valja primetiti da su dozvoljena ograničenja slobode veroispovesti, odnosno *forum externum*-a slobode veroispovesti, skoro (*podvukli autori*) potpuno ista (javna bezbednost, javni red, zdravlje, moral, osnovna prava i slobode drugih lica) kao i kod slobode kretanja (čl. 12), slobode izražavanja (čl. 19), prava mirnog okupljanja (čl. 21), slobode udruživanja (čl. 22).

Prvo, otvara se pitanje zbog čega je sloboda misli, savesti i veroispovesti (čl. 18) izdvojena kao sloboda od koje se ne može odstupiti u vanrednom stanju? Razlog tome je, kako pojašnjava i Komitet u Opštem komentaru br. 29, a o čemu je bilo reči, to što su sloboda misli, savesti, kao i pripadnost religiji i izbor religije pasivne radnje, lični i unutrašnji čin, koje ne mogu predstavljati ozbiljnu pretnju ni u vanrednom stanju (niti ih je moguće objektivno utvrđivati). Međutim, pravo ispoljavanja vere i ubeđenja iz čl. 18, st. 3, podrazumeva aktivno činjenje koje može biti dobro ili rđavo, i koje se javno manifestuje, zbog čega ono podleže određenim ograničenjima. Drugo, da li je ovo ograničenje slobode veroispovesti dovoljno “u ratu protiv terorizma”? Treće, zbog čega je samo prilikom definisanja ograničenja u čl. 18 ispuštena nacionalna bezbednost kao potencijalni osnov za ograničenje ove slobode. Da nije u pitanju previd pisca Konvencije jasno je već prostim uvidom u propisana ograničenja koja su skoro preslikana u čl. 12, čl. 19, čl. 21 i čl. 22, a u kojima je dodata i nacionalna bezbednost. Četvrto, da li je nužno i da li je moguće uvesti i interes nacionalne bezbednosti kao potencijalni osnov za ograničenje slobode veroispovesti u “ratu protiv terorizma”?

Komitet za ljudska prava je već uglavnom dao odgovore na postavljena pitanja. Naime, još u Opštem komentaru broj 22 iz 1993. godine Komitet je izričit: “Komitet napominje da se stav 3 člana 18 ima usko tumačiti: ograničenja nisu dovoljna po osnovima koji nisu u njemu navedeni, čak i ako su dozvoljena kao ograničenja drugih prava zaštićenih Konvencijom, kao što je nacionalna bezbednost”.<sup>14</sup>

Takođe, ni Evropska konvencija o ljudskim pravima ne uključuje nacionalnu bezbednost kao potencijalni osnov za ograničenje slobode veroispovesti. Kao što se može videti iz čl. 9, st. 2, mogući osnovi ograničenja (javna bezbednost, zaštita javnog reda, zdravlja ili morala, zaštita prava i sloboda drugih) se odnose i u ovoj konvenciji isključivo na *forum externum* slobode veroispovesti.<sup>15</sup> Interesan-

---

<sup>14</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22, para. 8.

<sup>15</sup> 1. Svako ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti; ovo pravo uključuje slobodu promene vere ili uverenja i slobodu čoveka da, bilo sam ili zajedno s drugima, javno ili privatno, ispoljava veru ili uverenje molitvom, propovedi, običajima i obredom. 2. Sloboda ispovedanja vere ili ubeđenja može biti podvrgnuta samo onim ograničenjima koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu u interesu javne bezbednosti, radi zaštite javnog reda, zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

tno je i to što je kod nekih drugih prava zaštićenih ovom konvencijom dozvoljeno njihovo ograničavanje i u interesu nacionalne bezbednosti kao npr. prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8, st. 2), slobode izražavanja (čl. 10, st. 2), slobode okupljanja i udruživanja (čl. 11, st. 2). Evropski sud za ljudska prava je u slučaju *Nolan and K. v. Russia* iz 2009. godine stao na stanovište da se osnovni ograničenja slobode veroispovesti iz čl. 9, st. 2 moraju usko tumačiti, tako da je njihov broj enumeracijom iscrpljen, a njihova definicija nužno restriktivna. U presudi se naglašava da nije u pitanju slučajna omaška ili previd pisaca Konvencije razlog zbog koga se nacionalna bezbednost nije našla kao mogući osnov ograničenja i slobode veroispovesti, već činjenica da primarni značaj ima verski pluralizam kao jedan od temelja demokratskog društva, kao i činjenica da država ne može nikome da nameće veru ili primora nekoga da promeni svoju veroispovest.<sup>16</sup> U slučaju Evropske konvencije takvo rešenje nije previše problematično, zato što, kao što je već rečeno, ostaje otvorena mogućnost odstupanja od slobode veroispovesti u vanrednim prilikama.

Kao što se može zaključiti iz prethodne analize nijedan od značajnijih međunarodnih dokumenata ne dozvoljava ograničavanje slobode veroispovesti u interesu *nacionalne bezbednosti*.<sup>17</sup> Moguće je da su pisci pomenutih konvencija smatrali da je dovoljno predvideti nacionalnu bezbednost kao osnov ograničenja slobode udruživanja jer je ona najčešće tesno povezana sa slobodom veroispovesti. Međutim, čini se da sloboda veroispovesti ima mnogo više aspekata, zbog čega je važno dopustiti njeno ograničenje i u cilju zaštite nacionalne bezbednosti.

#### *Ograničavanje slobode veroispovesti unutrašnjim propisima u "ratu protiv terorizma"*

Već je bilo reči o tome da države donošenjem novih propisa kojima se dodatno štiti nacionalna bezbednost u "ratu protiv terorizma" često ograničavaju

<sup>16</sup> *Nolan and K. v. Russia*, No. 2512/04, 12 february 2009, para. 73. U ovom slučaju interes nacionalne sigurnosti nije mogao niti smeo da bude korišćen kao razlog za preduzimanje mera od strane vlasti u Rusiji protiv podnosioca zahteva. Slučaj se ticao odbijanja ulaska na teritoriju Rusije stranca koji je bio aktivni član Munove Unifikatorske crkve (*Unification Church*).

<sup>17</sup> Tako ni Američka konvencija o ljudskim pravima ne dozvoljava ograničenja slobode veroispovesti u interesu nacionalne bezbednosti, već samo ona koja su propisana zakonom i neophodna za zaštitu javne bezbednosti, reda, zdravlja, morala, ili prava i sloboda drugih. Međutim, i Američka konvencija poznaje interes nacionalne bezbednosti kao osnov za ograničavanje nekih drugih prava, kao npr. slobode okupljanja (čl. 15), slobode udruživanja (čl.16), slobode kretanja (čl. 22). *D. Vitkauskaitė-Meurice* ponovo pravi grešku tvrdnjom da je nacionalna bezbednost mogući osnov za ograničavanje slobode veroispovesti u međunarodnim konvencijama, *D. Vitkauskaitė-Meurice, op. cit.*, p. 855.



slobodu veroispovesti protivno međunarodnim propisima. I ne samo to. One često antiterorističkim zakonodavstvom dolaze u koliziju i sa sopstvenim najvišim pravnim aktima. Naime, u veoma malom broju ustava evropskih država je nacionalna bezbednost određena kao potencijalni osnov ograničenja slobode veroispovesti. Izuzetke predstavljaju jedino Poljska i Bugarska.<sup>18</sup>

Kao primere ograničavanja slobode veroispovesti u “ratu protiv terorizma” Silvio Ferari ističe otežavanje misionarskih aktivnosti i prava na širenje religijskog uverenja u stranim državama usled strogih zakonskih odredaba oko dobijanja vize, otežanog prebacivanja novca preko granice, registrovanja stranih organizacija, itd.<sup>19</sup> Ferari skreće pažnju naročito na Zakon o terorizmu koji je u Ujedinjenom Kraljevstvu donet 2000. godine (*U.K. Terrorism Act*). U njemu se prilikom definisanja terorizma kao velika novina ubraja i religija kao mogući motiv za terorizam. Takva definicija terorizma, kako primećuje Ferari, koja je prihvaćena i u Australiji, Kanadi i na Novom Zelandu, podrazumeva da stvaraoci zakona znaju da terorizam može biti inspirisan religijom, tako da više ne važi pretpostavka nevinosti za verske organizacije.<sup>20</sup> Takođe, shodno tom zakonu, državni sekretar ima diskreciono ovlašćenje da zabrani rad svake organizacije koja je uključena u terorizam i to bez sudske odluke. Ferari upozorava da zabrana verske organizacije koja je povezana s terorističkim aktivnostima može narušavati slobodno ispoljavanje vere članova koji nisu krivi.<sup>21</sup>

Predmet široke rasprave i kritike da se njime ograničava sloboda veroispovesti je bio i francuski zakon iz 2001. godine koji je bio prvenstveno usmeren protiv sekta, a koji je stvorio jedno novo, široko postavljeno krivično delo mentalne manipulacije. Zakon je inkriminisao sva učenja koja mogu rezultirati “psihološkom zavisnosti” čak i ukoliko ih pripadnici slobodno izaberu, ako drugi smatraju da je to učenje štetno za one koji veruju. Ovo rešenje je bilo kritikovano i u samoj

---

<sup>18</sup> Videti čl. 53, st. 5 Ustava Poljske, kao i čl. 37, st. 2 Ustava Bugarske.

<sup>19</sup> S. Ferrari, “Individual Religious Freedom and National Security in Europe After September 11”, *Brigham Young University Law Review*, Vol. 357, 2/2004, p. 362.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 365. Ta činjenica danas više uopšte nije sporna. Naime, prostim pristupom na sajt nemačkog ministarstva unutrašnjih poslova, može se videti otvorena tvrdnja da je religijski, i to kako je specifikovano, islamski motivisani međunarodni terorizam jeste i ostaće u doglednoj budućnosti najveća pretnja bezbednosti Nemačke i Zapada, dostupno na: [http://www.bmi.bund.de/EN/Topics/Security/Counter-terrorism/counter-terrorism\\_node.html](http://www.bmi.bund.de/EN/Topics/Security/Counter-terrorism/counter-terrorism_node.html), pristupljeno: 12. avgusta 2016.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 367. Takođe, Ferari navodi i primer antiterorističkog zakonodavstva u Rusiji i Nemačkoj koje zabranjuje ekstremističke verske organizacije i skreće pažnju da borba sa religijskim ekstremizmom nije isto što i borba s religijskim terorizmom. Dok je terorizam zasnovan na delovanju i činjenicama, ekstremizam počiva na idejama i učenjima, koje mogu biti opasne i prerasti u terorizam. Zbog pripadnosti “carstvu ideja” ekstremizmu se mora pristupati oprezno, *ibid.*, p. 368.

Francuskoj od strane katoličkih i protestanskih sveštenika, kao i od strane Saveta Evrope, koji je zauzeo stav da su postojeći krivični zakoni dovoljni da bi se nosilo sa krivičnim delima počinjenim u ime vere.<sup>22</sup>

Takođe, u naučnoj javnosti je posebnu bojazan izazvao nemački zakon protiv terorizma iz 2002. godine (*Terrorismusbekämpfungsgesetz*)<sup>23</sup> kojim su se menjali delovi mnogih važećih zakona i kojim se u određenim aspektima ograničavala sloboda veroispovesti. Prva namera antiterorističkog zakonodavstva bila je da se spreče teroristi da žive i zarađuju u Nemačkoj. Opozvane su specijalne privilegije prethodno date verskim grupama koje su podrazumevale njihovo izuzimanje od istrage ili nadzora od strane državne vlasti.<sup>24</sup> Ovim zakonom je dozvoljeno ukidanje verskog udruženja i oduzimanje njihove imovine ukoliko se “protive ustavnom poretku” ili ukoliko se “protive međunarodnom razumevanju”. Na taj način, kako ističe Smit, širom su otvorena vrata da vlada određuje ciljeve verskih organizacija. Takođe, kako naglašava ovaj autor, Zakon potencijalo može da porekne grupi vernika slobodu bogoslužjenja ne zbog toga što su uključeni u neku nezakonitu aktivnost, već samo zato što veruju u neku religiju.<sup>25</sup>

#### ZAKLJUČAK

Čini se da je danas nužno preispitati potencijalne osnove propisane u međunarodnim dokumentima kojima se ograničava sloboda veroispovesti kao i propise koji se tiču derogacije slobode veroispovesti u vanrednom stanju.

Uključivanje nacionalne bezbednosti kao potencijalnog osnova za ograničavanje slobode veroispovesti bi umanjilo sveprisutni problem kolizije i direktnog odstupanja normi unutrašnjeg zakonodavstva koje se tiču borbe protiv terorizma od međunarodnih propisa kojima su regulisana ljudska prava.

S druge strane, nužno je uvideti da rešenje koje nudi Evropska konvencija koje predviđa kao dopušteno odstupanje od slobode veroispovesti u vanrednim prilikama nije loše i “zastarelo” rešenje. Naprotiv, takvo rešenje bi trebalo slediti i u drugim međunarodnim konvencijama jer ono u velikoj meri može odgovoriti

<sup>22</sup> G. Smith, “Religious Freedom and the Challenge of Terrorism”, *Brigham Young University Law Review*, Vol. 205, 2/2002, p. 209. Videti detaljnije: M. Božić, *Laička republika – Preobražaji francuskog modela crkve i države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 428 i dalje.

<sup>23</sup> Ovaj zakon je izmenjen i dopunjen 2007. godine. Veliku debatu o ustavnosti i ugroženosti ljudskih prava je izazvao i najnoviji zakon protiv terorizma u Nemačkoj iz 2015. godine.

<sup>24</sup> K. Murphy, *State Security Regimes and the Right to Freedom of Religion and Belief – Changes in Europe since 2001*, Routledge, London–New York, 2013, p. 153.

<sup>25</sup> G. Smith, *op. cit.*, p. 213.

riti savremenim izazovima u eri raširenih terorističkih napada. Navedeno rešenje doprinosi poštovanju normi međunarodnog prava i smanjuje njegovo svesno kršenje od strane država. Države neće morati da se dovijaju i stvaraju *ad hoc* norme kojima će se zaobilaziti međunarodno pravo kako bi rešile konkretnu kriznu situaciju izazvanu terorizmom koji je inspirisan verskim fundamentalizmom, već će imati pravni osnov utemeljen u međunarodnom pravu. Permanentno vanredno stanje, kao što se iz do sada rečenog može videti, u kome se ograničava i odstupa od slobode veroispovesti, naročito u slučaju SAD nakon napada 2001. godine, može nastati nezavisno od toga da li je sloboda veroispovesti svrstana međunarodnim dokumentima u kategoriju apsolutno zaštićenih prava ili nije.

Bojazan, koju iskazuje i Ferrari,<sup>26</sup> da bi navedena rešenja vodila u zloupotrebe, čini se neopravdanom. Bolje je uvesti nacionalnu bezbednost kao pravni osnov ograničenja slobode veroispovesti, nego tu istu slobodu u ime nacionalne bezbednosti faktički kršiti. Pravna prepreka za zloupotrebu nacionalne bezbednosti kao osnova za ograničenje ljudskih prava je već donekle i postavljena u Sirakuškim principima ograničenja i derogacije odredaba Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima: "Nacionalna bezbednost se ne može koristiti kao izgovor za nametanje nejasnih ili arbitrarnih ograničenja i na nju se može pozivati samo kada postoji adekvatno osiguranje i efektivna sredstva protiv zloupotrebe".<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Kako ističe ovaj autor: "Vlade mogu doći u iskušenje da koriste pitanje nacionalne bezbednosti u cilju kontrolisanja ne samo nasilnih i opasnih verskih grupa, nego i 'nepopularnih' verskih zajednica, tj. grupa koje veruju i ponašaju se na način koji nije u skladu sa principima i veroispovedanjem većine građana", S. Ferrari, *op. cit.*, p. 376. Ferrari u načelu smatra da ne bi bilo nerazumno uvesti nacionalnu bezbednost među razloge ograničenja slobode veroispovesti, ali pod uslovom da bude postavljena tako da minimizuje rizik od neopravdanog ograničavanja prava na ispoljavanje veroispovesti. Najveća garancija da nacionalna bezbednost neće biti zloupotrebljena leži u činjenici da ispoljavanje veroispovesti može biti suzbijano u njeno ime *samo* (*podvukli autori*) ukoliko je usmereno ili će verovatno da podstiče predstojeće nasilje. Potrebu uvođenja nacionalne bezbednosti kao razloga ograničavanja slobode veroispovesti ovaj autor zasniva na analizi nekoliko slučajeva iz prakse. Kao primere Ferrari navodi da se sve češće dešava da verske vođe podstiču vojnike određene veroispovesti da dezertiraju kako se ne bi borili protiv vojnika iste veroispovesti, ili da propovedaju "sveti rat", ili da podstiču teritorijalno otepljenje na osnovu verske pripadnosti. *Ibid.*, p. 371–373.

<sup>27</sup> *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985), para. 31, dostupno na: <http://hrlibrary.umn.edu/instrree/siracusaprinciples.html>. Takođe, u istom dokumentu, u paragrafu 29. stoji i to da: "Na nacionalnu bezbednost se može pozivati da bi se opravdale mere kojima se ograničavaju izvesna prava samo onda kada su preduzete radi zaštite postojanja nacije ili njenog teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti u odnosu na primenu sile ili pretnju silom". Kada postoji legitimni interes nacionalne bezbednosti je dodatno utvrđeno i u principu 2(a)

DRAGUTIN AVRAMOVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

SRETEN JUGOVIĆ, LL.D.,

Professor, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

## LIMITATIONS OF RELIGIOUS FREEDOM DURING “WAR AGAINST TERROR”

### Summary

Balancing between national security and human rights became a very delicate issue in the modern world of frequent terrorist activities. In those circumstances religious freedom is particularly endangered due to the recurrent conviction that democratic institutions facilitate terrorist attacks to be carried out. The authors therefore scrutinize normative solutions in the most important international conventions and in internal legislations of different states, dealing with possibility to derogate freedom of religion due to the state of emergency or other grounds for its limitation.

The authors claim that solution and wording of the European Convention of Human Rights, which was interpreted in different ways and criticized quite a lot as outdated, is basically acceptable. It could respond to modern challenges as it is the only important international document which does not protect freedom of religion absolutely (not even during the state of emergency), by its categorization within the circle of non-derogable rights.

Also, the authors underline need to include national security as a prospective ground for limitation of religious freedom. In that way actual difficulty of collision between internal legislation on combat against terrorism and provisions of international conventions on human rights could be diminished.

---

Johanesburških principa o nacionalnoj bezbednosti, slobodi izražavanja i pristupu informacijama: “Ograničenje koje bi se moglo opravdati po osnovu nacionalne bezbednosti nije legitimno ukoliko njegov izvorni cilj i dokazivi efekti nisu zaštita postojanja države ili njenog teritorijalnog integriteta u odnosu na primenu sile ili pretnju silom, ili njene sposobnosti da odgovori na upotrebu sile ili pretnju silom, bilo da ona dolazi od spoljnih izvora, kao što je vojna pretnja, ili od unutrašnjih izvora, kao što je nastojanje da se nasilno smeni vlada”, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, U.N. Doc. E/CN.4/1996/39 (1996), dostupno na: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/johannesburg.html#3>.

VLADIMIR ĐURIĆ

## RETROAKTIVNE I PROSPEKTIVNE KOREKCIJE RATIONE TEMPORIS DEJSTVA ODLUKA USTAVNIH SUDOVA

### U V O D

U nizu država čiji ustavi svoju zaštitu poveravaju ustavnom sudu, ta institucija je, uz državnog poglavara, parlament i vladu, najviši ustavni organ. Priroda ustavnosudske funkcije, granice njenog vršenja i njen politički domašaj, ili karakter, mogu da budu pravno sagledani kroz analizu nadležnosti koje ustavni sudovi imaju i odluka koje donose. Budući da svi ustavni sudovi vrše normativnu kontrolu, odnosno kontrolu usaglašenosti zakona sa ustavom, težišno pitanje sagledavanja ustavnosudske funkcije postaje pitanje karaktera, snage i značaja odluka koje donose rešavajući ustavne sporove o ustavnosti zakona. Ne bez razloga, u teorijskim radovima istican je stav da je ustavni sud funkcionalno najviši organ odlučivanja.<sup>1</sup> Ako je ustavni sud najviši organ odlučivanja, onda je jasno da njegove odluke zahtevaju posebnu pažnju i da efekat kontrole ustavnosti koju ustavni sudovi vrše zavisi od odluka koje u postupku ocene ustavnosti zakona donose.

U ovom radu biće sagledane korekcije *ratione temporis* dejstva odluka ustavnih sudova i njihov uticaj na efekte ustavnosudske kontrole i prirodu takve kontrole.

---

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo Beograd.

<sup>1</sup> R. Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963. S. 202.

RATIONE TEMPORIS DEJSTVO ODLUKA USTAVNIH SUDOVA  
U UPOREDNOM PRAVU

Odluke ustavnih sudova su opšteobavezne, konačne i izvršne. Dejstvo odluka *erga omnes* može se povezati sa pitanjem dejstva *ratione temporis*. Pre razmatranja dejstva *ratione temporis* treba ukazati da *erga omnes* dejstvo odluka ustavnih sudova iziskuje njihovo objavljivanje u službenom glasilu svake države, što je rešenje koje je u uporednom pravu prihvaćeno još od osnivanja Ustavnog suda Austrije 1920.

*Ex tunc ili ex nunc dejstvo?*

Ukoliko se ustanovi da zakon nije u skladu sa ustavom, utoliko se rađa dilema da li treba smatrati da neustavnost postoji od trenutka donošenja zakona, ili treba stati na stanovište da je zakon, sve do utvrđivanja njegove neustavnosti od strane ustavnog suda, bio ispravan i proizvodio pravna dejstva? Od rešenja izložene dileme zavisi vremensko dejstvo odluka ustavnog suda. U izloženoj dilemi krije se zapravo šire pitanje konflikta dva različita načela, ili grupe načela – načela pravne sigurnosti, s jedne, i načela pravičnosti, striktnosti ustavnosti i zaštite prava stranaka, sa druge strane. Sa gledišta pravne sigurnosti, stavljanje zakona van snage, odnosno njegovo kasiranje, treba da deluje za ubuduće, dok bi sa stanovišta pravičnosti, zakonitosti i zaštite interesa stranaka trebalo da deluje od trenutka donošenja zakona. Dosledno izvedeno, poništavanje zakona za ubuduće (*ex nunc*) značilo bi da ustavni sud takav zakon ukida i da je zakon, koji je proglašen neustavnim, bio važeći pre nego što je ustavni sud doneo svoju odluku. Iz toga bi sledilo da se pravne situacije na koje je primenjen tako “važeći” zakon i pravni odnosi koji su na osnovu njega regulisani ne mogu menjati. S druge strane, dosledno izvedeno retroaktivno poništavanje zakona, odnosno *ex tunc* dejstvo odluke ustavnog suda, značilo bi da ustavni sud neustavan zakon oglašava ništavim i da zakon, koji nije u skladu sa ustavom, nije bio važeći ni pre odluke ustavnog suda. Iz toga bi sledilo da nevažeći zakon uopšte ne može da ima pravne efekte i da treba poništiti i u pređašnje stanje vratiti svaku pravnu situaciju i svaki pravni odnos koji su nastali njegovim izvršavanjem, odnosno regulisani njegovom primenom. U naučnim radovima davno je istaknuto viđenje prema kome je kruto i dosledno sprovođenje bilo kog od dva izložena pristupa praktično neodrživo i da je potreban neki kompromis koji vodi boljim rešenjima ukoliko je potpuniji.<sup>2</sup> Primera radi, ističe se da u oba sistema, kako u onome u kome odluke ustavnih su-

<sup>2</sup> I. Krbek, Ustavno sudovanje, 1960, str. 57.

dova deluju retroaktivno, tako i u slučaju da odluke imaju dejstvo za ubuduće, jedna situacija nalaže retroaktivno dejstvo – to je slučaj kada neko lice služi kaznu lišenja slobode na koju je osuđeno zbog povrede zakona koji je kasnije proglašen neustavnim.<sup>3</sup>

Jasno je dakle da svaka kategorija vremenskog dejstva odluka ustavnih sudova ima svoje prednosti i mane i da je na zakonodavcu da ustanovi optimalni balans.<sup>4</sup> U uporednom pravu postoje različita rešenja u pogledu vremenskog dejstva odluka ustavnih sudova. U Austriji se dosledno primenjuje rešenje prema kome Ustavni sud ukida (“*aufhebt*”) zakon što vodi dejstvu odluke od momenta njenog objavljivanja. Član 140. st. 5. Ustava izričito predviđa da ukidanje stupa na snagu danom objavljivanja odluke. Od toga ipak postoje izvesni izuzeci, kako u pogledu retroaktivnih, tako i u smislu prospektivnih korekcija dejstva odluke.

Ustavni sud SR Nemačke, prema članu 78. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, poništava zakon (“*erklärt das Gesetz für nichtig*”) ukoliko zaključi da nije u skladu sa Osnovnim zakonom. Poništavanje ima dejstvo *ex tunc*. Ipak, ništavost neustavnog zakona nije u nemačkom pravu dosledno sprovedena i ne podrazumeva ništavost svih pojedinačnih akata donesenih na osnovu neustavnog zakona, a moguće su i izvesne prospektivne korekcije dejstva odluke (videti dalji tekst).

Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske propisuje u čl. 55. st. 1. da će Ustavni sud ukinuti zakon ili pojedine njegove odredbe ako nije saglasan sa Ustavom, a prema st. 2. istog člana takav zakon, odnosno pojedine njegove odredbe prestaju da važe danom objave odluke Ustavnog suda u “Narodnim novinama”, što zapravo znači da odluke imaju dejstvo *ex nunc*.<sup>5</sup> Međutim, prema st.3. istog člana, Ustavnog zakona, Ustavni sud može poništiti *propis, odnosno pojedine njegove odredbe* u kom slučaju odluka Ustavnog suda deluje *ex tunc*.<sup>6</sup>

### *Retroaktivne i prospektivne korekcije dejstva odluke o neustavnosti*

Korekcije vremenskog dejstva odluke o neustavnosti oličavaju potrebu za balansom između različitih posledica koje takve odluke mogu da imaju u sistemima *ex nunc* i *ex tunc* dejstva i, kao izraz fleksibilnosti koja je zajednička svim pravnim sistemima, često su izričito predviđene nacionalnim zakonodavstvom, ili

---

<sup>3</sup> M. Cappelletti, W. Cohen, *Comparative Constitutional Law*, 1979. r. 101.

<sup>4</sup> S. Verstraelen, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, *German Law Journal* Vol. 14 /2013, r. 1687.

<sup>5</sup> D. Krapac, *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske, Ustrojstvo i proceduralni elementi ustavnog nadzora*, Zagreb 2014, str. 176.

<sup>6</sup> Isto, str. 177.

se vrše se od strane ustavnih sudova i bez izričitog uporišta u nacionalnom zakonodavstvu.<sup>7</sup>

*Retroaktivne korekcije.* – Prvi izuzetak kojim se dopušta retroaktivno važenje odluke Ustavnog suda u ustavnom sistemu Austrije prihvaćeno je u pogledu konkretnog slučaja povodom koga su Vrhovni ili Upravni sud pokrenuli postupak ustavnosudske kontrole ustavnosti. Naime, od 1929. u ustavnopravnom sistemu Austrije mogućnost da pokrenu postupak pred Ustavnim sudom imaju i najviši sudovi u toj državi, ali samo u pogledu ustavnosti zakona koji treba da primene u konkretnom slučaju. Ukoliko bi vremensko dejstvo odluke Ustavnog konom se ukida neustavni zakon bilo isključivo za ubuduće, utoliko bi posledica bila apsurdna, jer bi Vrhovni, ili Upravni sud bili u obavezi da u konkretnom slučaju, povodom koga su pokrenuli postupak, primene zakon za koji je Ustavni sud utvrdio da nije u skladu sa Ustavom! Zbog toga je u takvim slučajevima neohodno retroaktivno dejstvo odluke ustavnog suda koje je sam Kelzen označio kao “tehničku nužnost”. Članom 140. st. 7. Ustava Austrije propisano je da se zakon za koji je utvrdio da nije u skladu sa Ustavom primenjuje na okolnosti nastale pre ukidanja, izuzev ako je postupak ocene ustavnosti pokrenuo redovni sud i osim ako Ustavni sud u svojoj odluci o ukidanju ne odluči drugačije (videti dalji tekst). U austrijskoj pravnoj doktrini ovakvo retroaktivno dejstvo odluke Ustavnog suda o neustavnosti koje ima jedinstvenu primenu samo u odnosu na lica povodom čijeg konkretnog predmeta se vodio postupak pred Ustavnim sudom označava se ilustrativnim izrazom “premija za hvatača” (“*Ergreiferprämie*”). Međutim, kako se to u teoriji ispravno zapaža, ukoliko se retroaktivna primena odluke ustavnog suda o neustavnosti zakona svede samo na stranke u konkretnom sudskom postupku povodom koga je pokrenut postupak ocene ustavnosti tog zakona, a ne proširi na sve ostale koji su u slučajnoj situaciji, utoliko očigledan rezultat može da bude ozbiljno narušavanje jednakosti<sup>8</sup>

Zakon o Saveznom ustavnom sudu SR Nemačke reguliše nekoliko mogućih situacija u kojima može doći do retroaktivnih korekcija dejstva odluke, odnosno do korekcija u samom retroaktivnom dejstvu odluke. Najpre, treba istaći da je retroaktivno dejstvo izričito priznato u pogledu mogućnosti izmene pravosnažnih krivičnih presuda. Članom 79. st. 1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu predviđeno je da se u skladu sa odredbama Zakonika o krivičnom postupku može pokrenuti novi postupak u slučaju pravosnažnih presuda donesenih na osnovu zakona koji su poništeni. Zakon o Saveznom ustavnom sudu propisuje i određena odstupanja od dejstva *ex tunc* u korist dejstva *ex nunc* da bi se obezbedilo pošto-

<sup>7</sup> S. Verstraelen, n.d.

<sup>8</sup> M. Cappelletti, W. Cohen, n.d.r. r. 100.



vanje načela pravne sigurnosti. Reč je o odredbi člana 79. st. 2. Zakona o Saveznom ustavnom sudu prema kojoj ostaju na snazi svi akti koji se više ne mogu pobijati (*“nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen”*) a koji su doneseni na osnovu zakona koji je poništen. U slučaju da pojedinačni akti koji su doneseni na osnovu nestavnog zakona nisu izvršeni, njihovo izvršenje neće biti dozvoljeno, a ukoliko je izvršenje sprovedeno u njegove pravne posledice se ne može dirati, niti se može tražiti nadoknada štete. S druge pak strane, princip prema kome na snazi ostaju svi akti koji se više ne mogu pobijati u praksi je doveo do stava da se upravni akti doneseni na osnovu odredbe zakona za koju je Ustavni sud utvrdio da nije u skladu sa Ustavom mogu eventualno samo ukloniti iz pravnog poretka, bez zadiranja u njihove pravne posledice, iako je Zakonom o upravnom postupku predviđena mogućnost da na zahtev zainteresovanog lica, nadležni organ poništi (ukine) ili izmeni konačni upravni akt, ukoliko je došlo do promene materijalne ili pravne situacije u korist zainteresovanog.<sup>9</sup>

Istovetno rešenje prema kome se može izmeniti pravosnažna krivična presuda donesena na osnovu neustavne odredbe zakona, predviđena je i čl. 58. st. 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Stavovima 2. i 3. istog člana zakona propisana je i mogućnost podnošenja zahteva za izmenu pravosnažnog pojedinačnog akta donesenog na osnovu neustavne odredbe opšteg akta, a kojim je nekom licu povređeno pravo. Pravo na podnošenje takvog zahteva, u slučaju da je akt donesen na osnovu neustavne odredbe zakona, imaju međutim samo ona lica koja su Ustavnom sudu podnela predlog za ocenu ustavnosti pojedine odredbe zakona, dok, u slučaju “drugih propisa” takvo pravo ima svako fizičko i pravno lice kome je povređeno pravo.

*Vacatio sententiae –prospektivne korekcije dejstva odluke.* – Načelno posmatrano, mogućnost odlaganja početka dejstva odluke o neustavnosti zakona je opšte pravilo u sistemima u kojima sudovi koji vrše kontrolu ustavnosti imaju pravo

---

<sup>9</sup> To je stav Saveznog upravnog suda – Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 24. Februar 2011 – 2 C 50.09 Svoj stav da se u upravnom sporu ne može osporavati diskreciona odluka nadležnog organa da u upravnom postupku ne dozvoli reviziju zbog konačnosti upravnog akta, iako je on donesen na osnovu neustavne norme, Savezni upravni sud temelji na shvatanju da se zakonodavac članom 79. Zakona o Saveznom ustavnom sudu opredelio za princip pravne sigurnosti, a da činjenica da je upravni akt donesen na osnovu neustavne norme može samo da bude razlog odbijanja izvršenja akta i da u tom smislu, u obzir može da dođe samo eventualno uklanjanje upravnog akta kada je on, u zavisnosti od okolnosti slučaja, “jednostavno neodrživ”. Izložena odredba člana 79. st. 2. Zakona o Saveznom ustavnom sudu odnosi se na odluke koje su donesene na osnovu norme koja je poništena. U nemačkoj nauci ustavnog procesnog prava jasno se ističe da takve odluke, za razliku od pravosnažnih presuda iz stava 1. tog člana, moraju biti zasnovane na poništenoj normi, a ne i na normi za koju je konstatovano, odnosno za koju je, ili za čije je tumačenje, donesena odluka o neustavnosti bez poništenja. - C. Pestalozza, n.d. S. 316.

da kasiraju neustavnu legislativu i smatra se jednim vidom mešanja u zakonodavnu funkciju koje te organe približava ulozi "pozitivnog zakonodavca".<sup>10</sup> Takva mogućnost ustanovljena je još rešenjima Ustava Austrije iz 1920. Prema čl. 140. st. 3. Ustava Austrije, odluke Ustavnog suda objavljuju se u službenom glasilu, a, prema st. 5. istog člana ukidanje neustavnog zakona stupa na snagu danom objavljivanja odluke, osim ako Sud ne reši drugačije. Mogućnost da Ustavni sud u svojoj odluci reši drugačije ne odnosi se dakle na retroaktivno važenje odluke, već na određivanje krajnjeg roka za ukidanje, odnosno datuma ukidanja u budućnosti, čime se zapravo produžava važenje neustavnog zakona, ali, nakon ustavne reforme iz 1992, najduže do osamnaest meseci.

U SR Nemačkoj mogućnost prospektivnih korekcija dejstva odluke, odnosno odložnog kasiranja neustavnog prava, nema svoje izričito ustavno ili zakonsko uporište, već je ustanovljena na osnovu tumačenja čl. 35. Zakona o Saveznom ustavnom sudu prema kome Sud može da odredi način izvršenja svojih odluka.<sup>11</sup> Reč je zapravo o situacijama kada se Ustavni sud uzdržava da izričito poništi zakon, već ga smatra nesaglasnim sa Ustavom. U takvim slučajevima po sredi je zapravo implicitno odložno poništavanje neustavnog zakona. Sud u takvoj odluci istovremeno poziva zakonodavca da preduzme korektivne mere u roku koji mu je odredio. Rok može da bude određen preciziranjem datuma do kojeg zakonodavac treba da otkloni uočene nedostatke, ili može biti vezan za određenu činjenicu (npr. do početka novog legislativnog perioda).<sup>12</sup> Važno je da Sud takvom svojom odlukom određuje zakonodavcu pravce zakonodavne reforme, kako u njenom sadržinskom smislu, tako i u pogledu vremenskog okvira njenog preduzimanja.<sup>13</sup> Nastavak primene zakona koji nije saglasan sa Ustavom se u SR Nemačkoj smatra neophodnim da bi se sprečila pravna nesigurnost u prelaznom periodu koja bi bila posebno izražena u slučaju postojanja praznine u regulisanju određene vrste društvenih odnosa.<sup>14</sup>

Mogućnost prospektivnih korekcija dejstva odluke predviđena je i Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Prema čl. 55. st. 2. tog Zakona, zakon ili drugi propis koji je ukinut odlukom Suda prestaje važiti danom

<sup>10</sup> Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, General Report at *XVII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Washington July 26-30, 2010*, p. 88, 89.

<sup>11</sup> Isto, r. 92.

<sup>12</sup> Isto, n.m; C. Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 1991. S. 355.

<sup>13</sup> C. Pestalozza, n.d. S. 354.

<sup>14</sup> I. Härtel, *German National Report*, at *XVII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Washington July 26-30, 2010*, p. 8.

objave takve odluke u “Narodnim novinama”, *ako Sud ne odredi drugi rok*. Zanimljivo je uočiti da u hrvatskom pravnom sistemu koji poznaje ukidanje neustavnog zakona, za razliku od austrijskog rešenja, nije utvrđen krajnji rok u okviru koga se može odložiti dejstvo odluke Suda. Kada određuje drugi rok prestanka važenja ukinutog zakona, drugog propisa ili njihove odredbe, Ustavni sud najčešće u izreci određuje tačan datum kada ukinuti propis ili pojedine odredbe prestaju da važa, ređe rešenje je propisivanje prestanka važenja u određenom roku od dana objavljivanja odluke, a u praksi je bilo i slučajeva da se predvidi da ukinute odredbe prestaju da važe stupanjem na snagu zakona kojim će Sabor doneti nove odredbe umesto ukinutih, ali najkasnije u roku koji je Sud odredio.<sup>15</sup>

#### RATIONE TEMPORIS DEJSTVO ODLUKA USTAVNOG SUDA SRBIJE

##### *Ex nunc dejstvo*

Članom 166. st. 2. Ustava utvrđeno je da su odluke Ustavnog suda konačne, izvršne i opšteobavezujuće. Takvo, načelno, određenje karaktera i pravnog dejstva odluka Ustavnog suda Republike Srbije proističe iz same prirode ustavnosudske funkcije i svojstveno je i odlukama ustavnih sudova u uporednom pravu. Pitanje vremenskog važenja odluka Ustavnog suda izričito je regulisano Ustavom i Zakonom o Ustavnom sudu (dalje ZUS). Ukoliko utvrdi da zakon ili drugi opšti akt nije u saglasnosti sa Ustavom i/ili zakonom, takav akt, prema članu 168. st. 3. Ustava, prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u službenom glasilu. Sudeći prema izloženom, odluke Ustavnog suda Republike Srbije donesene u ustavnim sporovima o ustavnosti i zakonitosti opštih akata nesporno imaju pravno dejstvo *ex nunc*. Ipak, ovo ustavno rešenje je načelno, jer je sâm Ustav poverio zakonodavcu da uredi “pravno dejstvo odluka Ustavnog suda” (član 175. stav 3), a ZUS-om je došlo do značajnog modularanja ovog dejstva.<sup>16</sup> Slično kao i u uporednom pravu, i u pravnom sistemu Republike Srbije postoje retroaktivne i prospektivne korekcije dejstva odluke Ustavnog suda.

##### *Retroaktivne i prospektivne korekcije dejstva odluke o neustavnosti*

*Retroaktivne korekcije.* – Dejstvo odluka Ustavnog suda Srbije razrađeno je i odredbama ZUS-a kojima se rešava pitanje regulisanja odnosa koji su nastali i koji nisu pravosnažno rešeni do dana objavljivanja odluke Ustavnog suda o ne-

---

<sup>15</sup> D. Krapac, n.d. str. 176.

<sup>16</sup> T. Marinković, *Dejstvo odluka ustavnih sudova, Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Beograd 2013, str. 299, 300.

ustavnosti opšteg akta. Prema ZUS-u, zakoni i drugi opšti akti za koje je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nisu u saglasnosti s Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, ne mogu se primenjivati na odnose koji su nastali pre dana objavljivanja odluke Ustavnog suda, ako do tog dana nisu pravnosnažno rešeni. Izloženim rešenjem ZUS je predvideo tzv. trenutno opšte dejstvo odluke, čime je uveo određene elemente retroaktivnosti.<sup>17</sup> U skladu sa takvim dejstvom je i odredba ZUS-a prema kojoj se izvršenje *pravnosnažnih* pojedinačnih akata donetih na osnovu propisa koji se više ne mogu primenjivati ne može ni dozvoliti ni sprovesti, a izvršenje će se obustaviti ukoliko je započeto.

S druge pak strane, može se *a contrario* zaključiti da odluka Ustavnog suda o neustavnosti zakona neće uticati na sudbinu konačnih, ali još uvek ne i pravosnažnih upravnih akata, kao i da je moguće izvršiti konačne upravne akte donesene na osnovu neustavnog zakona koji su stekli svojstvo izvršnosti, a koji još uvek nisu pravosnažni, kao i da takvi akti zapravo nikada ne bi ni mogli da steknu svojstvo pravosnažnosti, jer bi nakon ukidanja odgovarajućih zakonskih odredbi nestalo pravnog osnova za sudsku kontrolu njihove materijalne zakonitosti! Štaviše, u pravnom poretku Srbije moguće je preispitivanje pravnih odnosa koji su pravosnažno rešeni, odnosno postoji mogućnost da se zadre u pravne posledice koje su proizveli pojedinačni akti doneseni na osnovu zakona koji nisu u saglasnosti sa Ustavom. Takva mogućnost postoji u roku od šest meseci od objavljivanja odluke Ustavnog suda, ako od dostavljanja pojedinačnog akta do podnošenja predloga ili inicijative za pokretanja postupka pred Ustavnim sudom nije proteklo više od dve godine i predviđena je članom 61. ZUS-a prema kome svako kome je povređeno pravo konačnim ili pravosnažnim pojedinačnim aktom, donetim na osnovu zakona ili drugog opšteg akta, za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti s Ustavom, ima pravo da traži od nadležnog organa izmenu tog pojedinačnog akta. Važno je ukazati da ZUS ovo pravo uređuje veoma ekstenzivno i da njegov beneficijar može biti *svako* lice kome je povređeno pravo pojedinačnim aktom donesenim na osnovu neustavnog zakona. Sa druge pak strane, ostvarivanje ovog prava je u izvesnoj meri limitirano.

<sup>17</sup> Isto, n.m. Trenutno opšte dejstvo (*effet immédiat général*) odluke ustavnog suda je ono koje pogađa sve pravne situacije koje su u toku. Retroaktivnost se ovde ogleda u tome što pravne situacije nastale pre ustavosudske intervencije, a koje još uvek traju, podležu dejstvu te intervencije, u čemu se i sastoji njeno "trenutno" dejstvo – Isto, str. 299 sa pozivom na Xavier Magnon, "La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXVII, 2012, 561.

Naime, ako se imaju u vidu navedena vremenska ograničenja za podnošenje zahteva, onda se može lakše pretpostaviti da u praksi mnoge mogućnosti korišćenja dejstva odluka ustavnog suda *ex tunc* ostaju neiskorišćene, što znači da faktički, vrlo brzo, tj. po isteku propisanih šest meseci, ostaje «čisto» dejstvo *ex nunc*.<sup>18</sup> Tome treba pridodati i činjenicu da, bar što se upravnih akata tiče, takovo rešenje, nije sistemski usklađeno sa pravilima upravnog i upravnosudskog postupka. Naime, izmena konačnog ili pravosnažnog pojedinačnog akta donesenog na osnovu neustavnog zakona može se zahtevati *u skladu sa pravilima postupka u kome je pojedinačni akt donet*, ali takvih pravila, odnosno pravnih sredstava koja bi odgovarala prirodi takvog slučaja nema, kako u upravnom postupku, tako i u upravnom sporu.<sup>19</sup>

*Prospektivne korekcije dejstva odluke.* – Dopunama ZUS-a iz 2011. predviđeno je ovlašćenje Ustavnog suda da odloži objavljivanje svojih odluka i time, na posredn način, odloži i kasaciju neustavnog zakona, odnosno njegovih odredbi. Odredbama čl. 58. st. 4. i 5. propisano je da Sud može posebnim rešenjem odložiti objavljivanje svoje odluke u “Službenom glasniku”, ali najduže za šest meseci od dana njenog donošenja (st. 4) i da u tom slučaju odluku kojom je utvrđeno da opšti akt nije u saglasnosti sa ustavom Sud dostavlja donosiocu opšteg akta zajedno sa rešenjem o odlaganju objavljivanja (st. 5). Od unošenja izloženih odredbi u Zakon nastale su značajne pravno-teorijske i praktične kontroverze u vezi sa njihovim domašajem, sistemskim kvalitetom i usklađenošću sa odredbama čl. 168. st.3. i 175. st. 3. Ustava, a što je bilo i predmet posebne ocene Ustavnog suda u jednom postupku. U tom predmetu Sud je odbacio inicijativu za ocenu ustavnosti čl. 58. st. 4. i 5. Zakona o Ustavnom sudu obrazloživši svoj stav tvrdnjom da “odlaganje objavljivanja odluke... nije u Zakon uvedeno kao obaveza Suda, već samo kao procesna mogućnost zasnovana na odredbi člana 175. stav 3. Ustava...” uz isticanje da “Ustavni sud... ceni da li će prestanak važenja određenog opšteg akata ili njegovih odredaba dovesti do stvaranja pravne praznine u regulisanju društvenih odnosa... i da li nastanak te pravne praznine može proizvesti značajne štetne posledice po ustavnost i zakonitost... a prvenstveno Ustavom zajamčenih prava i sloboda građana” i da “cilj zakonom ustanovljenih procesnih instituta iz osporenog člana 58. st. 4. i 5. Zakona o Ustavnom sudu nije da se “produži život” opštem aktu za koji je Sud utvrdio da nije saglasan Ustavu ili zakonu, već da se pruži mogućnost donosiocu tog opšteg akata da svojim delovanjem spreči nastanak pravne praznine u pravnom poretku Republike Srbije u

---

<sup>18</sup> V. Čok, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, 1972, str. 42; T.Marinković, n.d. str. 300, 301.

<sup>19</sup> Više o tome u mom radu “Dejstvo odluka ustavnog suda o neustavnosti zakona na pojedinačne akte uprave u SR Nemačkoj i Republici Srbiji”, *Strani pravni život*, br. 1/2013, str. 115-133.

određenom roku... polazeći od stavova i pravnih shvatanja Ustavnog suda iznetih u odluci čije se objavljivanje odlaže.”<sup>20</sup>

Uprkos takvom rezonovanju Ustavnog suda, u pojedinim nauènim radovima, zasnovanim na izdvojenom mišljenju jedne od sudija, s pravom je ukazivano na otvorena pitanja i nedovršenost, pa i protivreènost instituta odlaganja nastupanja kasatornog dejstva odluka Ustavnog suda.<sup>21</sup> Tako, u otvorena pitanja primene ovog instituta koja nisu regulisana odgovarajuæim odredbama ZUS-a i za koja je Sud u navedenom predmetu propustio da dà odgovarajuæe odgovore, spadaju: 1. kada je postupak ustavnosudske kontrole u sluèaju primene odredbi èl. 58. st. 4. i 5. ZUS-a uopšte okonèan; 2. da li je rešenje doneseno na osnovu odredaba èl. 58. st. 4. i 5. opšteobavezno, konaèno i izvršno; 3. da li je takva odluka – rešenje obavezno samo za Sud ili/i za donosioca pravnih normi koje nisu u skladu sa Ustavom; 4. da li bi rešenje o odlaganju trebalo uvek objavljivati i u službenom glasilu, s obzirom na njegovo dejstvo i znaèaj; 5. može li rešenje o odlaganju objavljivanja biti preispitivano i, ako može, kada; 6. da li se rok na koji se odlaže objavljivanje odluke o neustavnosti može menjati u okviru opredeljenog maksimuma; 7. može li Ustavni sud u rešenju o odlaganju objavljivanja odrediti i naèin otklanjanja neustavnosti utvrđene u odluci èije se objavljivanje odlaže i naposletku, ali èini se najvažnije, 8. kakvo dejstvo u suštini ima rešenje o odlaganju objavljivanja odluke kojom je utvrđena neustavnost na obaveznost, konaènost i izvršnost odluke èije se objavljivanje odlaže?<sup>22</sup>

Razume se da bi detaljnija analiza svih otvorenih pitanja u vezi sa institutom odlaganja objavljivanja odluke Ustavnog suda uveliko prevazišla prirodu i svrhu ovog rada. U tom smislu, u odeljcima koji slede pažnja æe biti posveæena samo najvažnijem od izloženih pitanja i, u zavisnosti od odgovora na njega, institut odlaganja objavljivanja odluke æe biti sistemski sagledan u kontekstu sliènih procesnopravnih instituta i suštinskih ovlašæenja Ustavnog suda.

Odluka kojom se utvrđuje nesaglasnost zakona sa Ustavom, zajedno sa rešenjem o odlaganju njenog objavljivanja, *de facto* nosi određene elemente obaveznosti i izvršnosti.<sup>23</sup> Obaveznost se u sadržinskom smislu odnosi na *odluèivanje*, tako da je Sud vezan svojim stavom o (ne)ustavnosti i razlozima na kojima je takvo odluèivanje zasnovao,<sup>24</sup> jer takav stav predstavlja definitivno izjašnjava-

<sup>20</sup> IUz-934/2012.

<sup>21</sup> B. Nenadić, Ustavnosudske odluke sa odložnim dejstvom, Pravna riječ, br. 42/2015, str. 61-83.

<sup>22</sup> Isto, str. 76, 77.

<sup>23</sup> U istom smislu i B. Nenadić, n.d. str. 78.

<sup>24</sup> Takvo tumačenje podržava i èl. 37. st. 2. ZUS-a prema kome Ustavni sud može odlučiti da se ne održi javna rasprava u postupku ocenjivanja ustavnosti ili zakonitosti, između ostalog, ako je o

nje o pitanju saglasnosti zakona sa Ustavom, što ne mora da znaèi i da je odluka konaèna u smislu izostanka moguænosti njenog jezièkog korigovanja, ili izostanka moguænosti preduzimanja određenih mera koje je u ustavnosudskom postupku moguæe preduzeti samo do donošenja konaène odluke (videti dalji tekst). Nesumnjivo je međutim da takva odluka *de iure* nije obavezujuæa ne samo za sva pravna i fizièka lica, veæ i za samog donosioca zakona i drugog opšteg akta za koji je utvrđeno da nije saglasan sa Ustavom i da odlaganjem njenog objavljivanja suštinski ostaju na snazi opšte odredbe za koje je Sud utvrdio da nisu u skladu sa Ustavom. Zapravo, (ne)èinjenje donosioca akta za koji je neobjavljenom odlukom utvrđeno da nije u skladu sa Ustavom se u sluèaju ovog instituta nesumnjivo pojavljuje kao odložni, a otvoreno je pitanje da li se može smatrati i za raskidni uslov kasatornog dejstva odluke Suda. Naime, u sluèaju da donosilac neustavnog akta u opredeljenom roku propusti da taj akt uskladi sa Ustavom, objavljivanjem odluke nastupiæe njeni kasatorni efekti, a svi pravni subjekti koji su ošteæeni primenom neustavnog akta æe moæi da budu beneficijari retroaktivnih korekcija dejstva odluke.

S druge strane, u situaciji da donosilac akta za koji je odlukom utvrđeno da nije u skladu sa Ustavom u ostavljenom roku usaglasio taj akt sa Ustavom, može se postaviti pitanje da li odluku o neustavnosti treba uopšte objavljivati u službenom glasilu?<sup>25</sup> Naime, formalno posmatrano, može se postaviti pitanje na osnovu èega prestaje važnost neustavnih normi – da li na osnovu akta koji je donosilac prvobitno neustavnog akta u predviđenom roku naknadno usvojio, ili na osnovu odluke kojom je utvrđena neustavnost prvobitnog akta, a koja se u našoj praksi objavljuje u “Sl. glasniku” po isteku roka koji je određen donosiocu akta (što zapravo može da znaèi i nakon objavljivanja akta kojim je neustavnost otklonjena)?<sup>26</sup>

Èini se da je suviše oštar stav prema kome, formalnopravno posmatrano takvi akti, odnosno pojedine njihove odredbe “prestaju da važe dva puta”,<sup>27</sup> ali ni odgovor na izloženo pitanje o pravnom osnovu prestanka važnosti neustavnih normi ne može biti jednostavan, niti jednoznaèan. Naime, ako bi takvi akti, odnosno pojedine njihove odredbe prestali da važe na osnovu kasnije usvojenog akta, što bi bilo potpuno u skladu sa pravilom *lex posterior derogat legi priori*, onda bi se objavljivanje odluke Suda kojom se utvrđuju neustavnost *prima facie* moglo smatrati potpuno nepotrebnim i zbunjujuæim. S druge pak strane, bez

---

istoj stvari veæ *odluèivao*, a nisu dati novi razlozi za drugaèije odlučivanje u toj stvari.

<sup>25</sup> Isto, str. 79.

<sup>26</sup> Videti odluku u predmetu IUz-95/2013 koja je objavljena u “Sl.glasniku”, br. 52/2014 dok je Zakon kojim je izvršeno usaglašavanje sa Ustavom objavljen u “Sl. glasniku”, br. 51/2014.

<sup>27</sup> U tom smislu B. Nenadić, n.d. str. 79.

takvog objavljivanja oštećeni subjekti ni na koji način ne bi mogli da budu beneficijari retroaktivnih korekcija dejstva odluke, jer je nužan uslov za primenu takvih korekcija da je odlukom Suda utvrđeno da zakon ili drugi opšti akt na osnovu koga su doneseni konačni ili pravosnažni akti kojima su povređena prava, nije u skladu sa Ustavom, a pravo na podnošenje predloga za izmenu konačnog ili pravosnažnog akta se može ostvariti u roku od šest meseci od dana objavljivanja odluke Suda.

Ako bi pak akti, odnosno pojedine njihove odredbe za koje je utvrđeno da nisu u skladu sa Ustavom prestali da važe ne na osnovu naknadno usvojenog akta, već na osnovu objavljene odluke, onda bi se moglo rezonovati da čitav institut nema nikakvog smisla i da se, štaviše, zbog straha od nastanka pravnih praznina u regulisanju društvenih odnosa, omogućava da se, u periodu između usvajanja odluke kojom se utvrđuje neustavnost i njenog objavljivanja, na odnose koji su nastali u tom periodu ili ranije, mogu primenjivati neustavni akti, odnosno pojedine njihove odredbe, kao i da omogućava izvršenje pravosnažnih pojedinačnih akata donesenih na osnovu opštih akata koji nisu u skladu sa Ustavom.

Budući da neobjavljena odluka kojom se utvrđuje neustavnost *de iure* nije obavezujuća, ona nije ni konačna (osim u smislu konačnog odlučivanja Suda shvaćenog kao definitivno izjašnjavanje o ustavnosti zakona i razlozima na kojima je zasnovao svoj stav – videti prethodni tekst), pa bi rešenje opisanog ustavnopravnog čvora moglo bi da bude tumačenje prema kome akti za koje je utvrđeno da nisu u skladu sa Ustavom prestaju da važe donošenjem kasnijeg akta, a da se naknadno objavljivanje odluke upodobljava institutu koji je predviđen čl. 64 Zakona o Ustavnom sudu prema kome Ustavni sud može, u slučaju da je u toku postupka opšti akt prestao da važi ili je usaglašen sa Ustavom, odlukom utvrditi da opšti akt *nije bio* u saglasnosti s Ustavom, pri čemu odluka Ustavnog suda ima isto pravno dejstvo kao i odluka kojom se utvrđuje da opšti akt nije u saglasnosti s Ustavom, što bi omogućilo da oštećeni subjekti budu beneficijari retroaktivnih korekcija dejstva odluke bar za period do donošenja akta kojim donosilac ispravlja utvrđenu neustavnost. Razume se, to bi iziskivalo izvesno preformulisanje odluke Suda u smislu isticanja da zakon, ili drugi opšti akt *nije bio* u saglasnosti sa Ustavom. Ako se stane na stanovište da odluka o neustavnosti, u izloženom smislu nije konačna, onda se takođe opravdanim čini i rezonovanje prema kome bi Sud, zarad očuvanja ljudskih prava i sloboda, u svakom slučaju kada donosi rešenje o odlaganju objavljivanja svoje odluke kojom je je utvrđena neustavnost, trebalo da pribegne meri obustave izvršenja pojedinačnog akta, odnosno radnje (na šta je, prema čl. 168. st. 3. Ustava i čl. 56. st. 1. ZUS-a, vlastan do donošenja ko-



načne odluke) jer je bi njihovim izvršavanjem mogle nastupiti neotklonjive štetne posledice.<sup>28</sup>

Naposletku, treba istaći da institut odlaganja objavljivanja odluke, po prirodi stvari, donekle i u sasvim određenom smislu, ne bi mogao da bude spojiv sa primenom pojedinih procesnih instituta u okviru istog ustavnosudskog postupka. Reč je o zastoju postupka koji je predviđen čl. 55. ZUS-a. Prema st 1. tog člana, na zahtev donosioca osporenog opšteg akta, Ustavni sud može, pre donošenja odluke o ustavnosti ili zakonitosti, zastati sa postupkom i dati mogućnost donosiocu opšteg akta, da u određenom roku otkloni uočene neustavnosti ili nezakonitosti. Iako je ustavnosudski postupak veoma osoben, čini se ipak da sa njegovim *sudskim* karakterom ne bi bila kompatibilna mogućnost da se donosiocu *osporenog* akta dva puta ostavlja rok za otklanjanje *istih* neustavnosti i nezakonitosti, bez obzira što su one u prvom slučaju "uočene" u predlogu ili inicijativi, a drugi put istaknute u stavovima i pravnim shvatanjima Ustavnog suda u odluci čije se objavljivanje odlaže i nezavisno od toga što bi u prvom slučaju to bila posledica zahteva samog donosioca, a u drugom stava Suda o neophodnosti pružanja mogućnosti donosiocu osporenog akata da svojim delovanjem spreči nastanak pravne praznine u pravnom poretku.

#### ZAKLJUČAK

Optiranje ustavotvorca i/ili zakonodavca za *ex nunc* ili *ex tunc* dejstvo odluka ustavnog suda neminovno podstiče dilemu o konfliktu dva različita načela, ili grupe načela koja takvim odlukama mogu da budu tangirana - načela pravne sigurnosti, sa jedne, i načela pravičnosti, striktne ustavnosti i zaštite prava stranaka, sa druge strane. Zbog toga, korekcije vremenskog dejstva odluka ustavnih sudova o neustavnosti zakona izražavaju potrebu za balansom između različitih posledica koje takve odluke mogu da imaju u sistemima *ex nunc* i *ex tunc* dejstva i u uporednom pravu su često predviđene nacionalnim zakonodavstvom, ili ih ustavni sudovi preduzimaju i bez izričitog uporišta u nacionalnom zakonodavstvu. Primetno je da retroaktivne korekcije *ex nunc* dejstva, odnosno korekcije samog retroaktivnog dejstva u sistemu *ex tunc* dejstva, vode konvergenciji ovih modela.

---

<sup>28</sup> Otvoreno je pitanje da li postoji procesna mogućnost da to bude u okviru istog rešenja što bi takav akt, prema čl. 49. Zakona, nesumnjivo činilo rešenjem od šireg značaja za zaštitu ustavnosti i zakonitosti, a time i podobnim za objavljivanje u "Sl. glasniku". Naime, iako se obustavljanje izvršenja pojedinačnog akta, odnosno radnje, kao i odlaganje objavljivanja odluke vrše u formi rešenja, o tim rešenjima se ne odlučuje kroz iste organizacione oblike rada Suda, jer se o odlaganju objavljivanja odlučuje na sednici Ustavnog suda, dok se o meri obustave izvršenja odlučuje na sednici Velikog veća.

S druge strane, prospektivne korekcije, odnosno *vacatio sententiae*, približavaju ustavne sudove ulozi pozitivnog zakonodavca. U Republici Srbiji retroaktivne korekcije *ex nunc* dejstva, iako ekstenzivno postavljene u korist svakog lica kojem je povređeno pravo pojedinačnim aktom donesenim na osnovu neustavnog zakona, imaju ograničeni domašaj, kako zbog vremenskog ograničenja za podnošenje zahteva za njihovo preduzimanje, tako i zbog činjenice da, bar u pogledu upravnih akata, nisu sistematski usklađene pravilima upravnog i upravnosudskog postupka u kojima nema pravnih sredstava koja bi omogućila njihovu primenu. Prospektivne korekcije dejstva odluka Ustavnog suda Srbije izazivaju niz dilema i, uprkos mogućnosti da širokim tumačenjem ZUS-a budu sistematski usaglašene sa sličnim procesnopravnim institutima i suštinskim ovlašćenjima Ustavnog suda, nesumnjivo iziskuju normativno unapređenje, tim pre što se, za razliku od uporednopravnih rešenja, ne sastoje u odlaganju nastupanja kasacije koja je predviđena objavljenom odlukom ustavnog suda, već u mogućnosti *odlaganja objavljivanja* odluke o neustavnosti.

VLADIMIR ĐURIĆ, LL.D.,

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

## THE RETROACTIVE AND PROSPECTIVE CORRECTIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURTS DECISIONS

### Summary

It is the goal of this article to examine the retroactive and prospective corrections of the temporal effects of the constitutional courts decisions. The temporal effects corrections of the decisions on unconstitutionality express the need for a balance between the different consequences that such decisions can have within the *ex nunc* and *ex tunc* effects systems. In comparative law those corrections are often provided by national legislation, or taken by the constitutional courts even if the national legislature does not explicitly grant them the power to do so. The retroactive corrections of the *ex nunc* effect and the corrections of the *ex tunc* effect lead to the convergence of these models. On the other hand, the prospective corrections open the possibility to understand the role of constitutional court as a positive legislator.

HAMDİJA ŠARKINOVIĆ

## SLOBODA IZRAŽAVANJA U PRAKSI USTAVNOG SUDA CRNE GORE

### U V O D

Sloboda misli i javnog izražavanja mišljenja jedna je od kapitalnih ljudskih sloboda. Čovjek ima pravo da misli i kad mu ono ustavom nije zajemčeno, pošto građani mogu javno iznositi svoj pogled na svijet, svoje stavove i mišljenja o ljudima, stanju i pojavama. Ona je u prirodi čovjeka, svojstvena njemu kao psihofizičkom biću i isključuje mogućnost svih oblika pritiska na svijest građana radi formiranja njihovog mišljenja. Niz ustavnih sloboda ima za pretpostavku ovu slobodu, a među njima su najneposrednije sloboda govora, štampe i sloboda vjerospovijesti, koje su oblici javnog izražavanja slobode misli i opredjeljenja. Sloboda govora znači mogućnost javnog ispoljavanja *viva voce*, živom riječi, tj. usmeno, a sloboda štampe mogućnost javnog istupanja, odnosno izražavanje svojih misli, stavova i pogleda preko štampe i drugih vidova obavještanja.<sup>1</sup>

Za slobodu misli kao jedno od osnovnih ljudskih prava su se borili mnogi ljudi, a među njima i najveći umovi čovječanstva – Sokrat, Galilej i Đordano Bruno. Suština slobode izražavanja u teorijskom i ustavnom smislu nalazi se u čuvenoj rečenici Galilea Galileja, koji je inkvizitorima što su od njega tražili da se odrekne svog saznanja da se zemlja kreće odgovorio “ipak se okreće”, prihvatajući tako smrt i afirmišući slobodu izražavanja, odnosno slobodu čovjeka da kaže

---

Mr Hamdija Šarkinović, sudija Ustavnog suda Crne Gore.

<sup>1</sup> Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, “Službeni glasnik”, Beograd, 1995, str. 576.

istinu. Sloboda izražavanja znači negiranje organizovanog i nametnutog idejnog, intelektualnog i moralnog inkvizitorstva, tutorstva i komandovanja u odnosu na misao i ličnost čovjeka. Pored toga što je osnovno ljudsko pravo, ona je i pretpostavka i uslov za niz sloboda.<sup>2</sup>

Evropski sud je prvi put razmatrao pitanje prava na slobodu izražavanja u predmetu De Becker protiv Belgije, koji je presuđen 1962, da bi poslije toga u periodu od pedeset godina, Sud presudio u hiljadama predmeta na osnovu člana 10, najčešće u kombinaciji s drugim članovima Konvencije. Kroz praksu Suda Konvencija je postala živi instrument, koji se tumači u svjetlu današnjih uslova i razumijevanja okolnosti. Cijeneći rad Evropskog suda može se s pravom reći da se obim zaštite slobode izražavanja uopšte proširio tokom tih 50 godina zahvaljujući načinu na koji je Sud tretirao nova pitanja slobode izražavanja, ali i snažnijem poimanju prirode ovog prava.<sup>3</sup> Napredak Suda ogleda se i kad su u pitanju ograničenja koja za cilj imaju zaštitu vjerski osjetljivih pitanja, kojima se u ranijim predmetima davala veća težina,<sup>4</sup> dok skoriji predmeti više odražavaju raznolikost uvjerenja društva, uključujući i uvjerenja koja nijesu vjerske prirode, kao i važnost rasprave o tim pitanjima i potrebu da se dopusti kritikovanje vjerskih institucija.<sup>5</sup>

Sudovi u SAD su se suočili sa pitanjem “političkog govora”, zaštićenog jemstvom prvog amandmana na Ustav SAD-a.<sup>6</sup> Uslužaju iz šezdesetih godina, kada je u Kaliforniji uhapšen prpovjednik protiv vijetnamskog rata jer ja na majici imao pesovku protiv (prisilne) regrutacije, Vrhovni sud je kazao da se radi o političkom protestu pod zaštitom slobode govora. Američki sud je naradikalniji iskorak učinio 1986. godine u slučaju “*Texas protiv Jonsona*, ocjenivši da je javno spaljivanje savezne zastave u konkretnom slučaju, predstavljalo politički govor, te pružio zaštitu počinitelju kojeg je država Texas kazneno progonila sukladno svojem zakonodavstvu.”<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Prof. Jovan Đorđević, *Ustavno pravo*, Drugo dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, str. 244-245.

<sup>3</sup> Leander protiv Švedske, 1987, i Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 1989.

<sup>4</sup> Otto-Preminger-Institut protiv Austrije, 1987, i Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 1996.

<sup>5</sup> Giniewski protiv Francuske, 2006.

<sup>6</sup> Prvi amandman na Ustav SAD eksplicitno govori o slobodi štampe (*freedom of speech and of the press*): Kongres neće donijeti nikakav zakon o uspostavljanju državne religije, kao ni zakon koji zabranjuje slobodno ispovijedanje vjere, ni zakon koji sputava slobodu govora ili štampe ili pravo naroda na mirne zborove i na upućivanje peticije vladi da bi se ispravile nepravde.

<sup>7</sup> Branko Smerdel, Ustavno uređenje Europske Hrvatske, Narodne novine, d.d, Zagreb, lipanj 2013, str. 321.

Sud je slobodu izražavanja tretirao kao osnovno ljudsko pravo, naglašavajući da je ona važna, ne samo kao direktno pravo već i kao predušlov za demokratiju i druga ljudska prava. Sloboda izražavanja ima centralnu ulogu u zaštiti drugih prava po Konvenciji. Bez široke garancije prava na slobodu izražavanja koju štite nezavisni i nepristrasni sudovi nema ni slobodne zemlje, a nema ni demokratije. Ova opšta postavka je neporeciva.<sup>8</sup>

Sloboda izražavanja po Evropskoj konvenciji nije apsolutno pravo, pa se ostvarenje ove slobode, budući da uključuje obaveze i odgovornosti, može podlijevati takvim formalnostima, uslovima, ograničenjima ili sankcijama, predviđenim zakonom i koji su neophodni u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbjednosti, sprečavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja i morala, ugleda ili prava drugih, sprečavanja širenja povjerljivih informacija ili u interesu očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva. Kroz tzv. test opravdanosti (*justification test*) koji sprovodi Evropski sud pri ocjeni da li je zadiranje organa javne vlasti u slobodu izražavanja legitimno, odnosno da li su mjere ograničene u uživanju slobode izražavanja srazmjerne legitimnom cilju, najprimjerenije se pokazuje da se vladavina prava ne može miješati sa pukom zakonitošću svake državne akcije.

Afirmacijom slobode izražavanja, kao kiseonika demokratije, i uloge medija, kao centralnog nervnog sistema u demokratskom društvu,<sup>9</sup> stiglo se do pravne regulacije medija u kom ambijentu je medijsko pravo doseglo posve suprotni pol, štiteći medije od neobuzdanog autoriteta države. Sudska praksa sudova koji su nadležni za pitanja medijskih sloboda, usaglašena s evropskim pravnim standardima, veoma je važan faktor ukupne slobode medija.

#### MEĐUNARODNO-PRAVNI STANDARDI SLOBODE IZRAŽAVANJA

Sloboda izražavanja kao generalna ideja vodilja i *raison d'être* medija nije samo politička deklaracija, već je *par excellence* međunarodni pravni standard čiji je sadržaj posebno definisan kroz izuzetno bogatu praksu Evropskog suda za ljudska prava i čija implementacija u društvu ujedno predstavlja predušlov za uživanje gotovo svih drugih ljudskih prava i sloboda. Crna Gora je dužna da obezbjeđuje i jamči slobodu informisanja na nivou standarda koji su sadržani u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima i slobodama (OUN, OEBS, Savjet Evrope, EU), dok su sudovi i drugi organi javne vlasti dužni da Zakon o medijima tumače

---

<sup>8</sup> Jochen Abr. Frowein, *Freedom of expression under the European Convention on Human Rights*, in Monitor/Inf (97) 3, Council of Europe.

<sup>9</sup> Hiebert, Ray Eldon, Unguruit, Donald F. Bolm, Thomas W: *Masmedija VI: An introduction to Modern Communication*, Longman Pub Group, New York, 1991.

i primjenjuju u skladu s principima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, uz korišćenje prakse precedentnog prava Evropskog suda za ljudska prava.<sup>10</sup>

Međunarodni dokumenti koji regulišu slobodu izražavanja su:

1. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, usvojena u Generalnoj skupštini UN 10. decembra 1948. godine<sup>11</sup>.

2. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, usvojen Rezolucijom 2200A (XXI) Generalne skupštine 16. decembra 1966. godine, stupio na snagu 23. marta 1976. godine<sup>12</sup>.

3. Završni akt Helsinške konferencije o bezbjednosti i saradnji u Evropi, usvojen na Konferenciji o evropskoj sigurnosti i saradnji u Helsinkiju 1. avgusta 1975. godine<sup>13</sup>.

4. Povelja o osnovnim pravima EU<sup>14</sup>.

5. Evropska konvencija o prekograničnoj televiziji<sup>15</sup>.

6. Deklaracija o medijskoj distribuciji informacija u vezi s krivičnim postupcima (2003)<sup>16</sup>.

7. Deklaracija o medijskoj distribuciji informacija u vezi s krivičnim postupcima (2003)<sup>17</sup>.

---

<sup>10</sup> *Zakon o medijima*, Službeni list CG, br. 51702 i 62/02, član 1 stav 2.

<sup>11</sup> "Službeni list SFRJ", br. 7/71, čl. 19 propisuje: *Svako ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja, što obuhvata i pravo da ne bude uznemiravan zbog svog mišljenja, kao i pravo da traži, prima i širi obavještenja i ideje bilo kojim sredstvima i bez obzira na granice.*

<sup>12</sup> "Službeni list SFRJ", br. 7/71, čl. 19 propisano je: *1. Niko ne može biti uznemiravan zbog svojih mišljenja. 2. Svako lice ima pravo na slobodu izražavanja; ovo pravo bez obzira na granice podrazumijeva slobodu iznalazačenja, primanja i širenja informacija i ideja svih vrsta, u usmenom, pisanom, štampanom ili umjetničkom obliku, ili na bilo koji način po slobodnom izboru. 3. Ostvarivanje sloboda predviđenih u tački 2 ovog člana obuhvata posebne dužnosti i odgovornosti. Sljedstveno tome, ono može biti podvrgnuto izvjesnim ograničenjima koja moraju, međutim, biti izričito određena zakonom, a potrebna su iz razloga: a) poštovanja prava ili ugleda drugih lica; b) zaštite državne bezbjednosti, javnog reda, javnog zdravlja i morala.*

<sup>13</sup> *VII. Poštovanje ljudskih prava i temeljnih sloboda, uključujući slobodu mišljenja, savjesti, vjere ili uvjerenja. Države učesnice poštovaće ljudska prava i osnovne slobode, uključujući slobodu mišljenja, savjesti, vjere ili uvjerenja svih, bez na rasu, pol, jezik ili vjeru.*

<sup>14</sup> *Journal Officiel de l' Union européenne* C 301/1 od 14. 12. 2007, u članu 11 propisuje: *1. Svako ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo uključuje slobodu mišljenja te primanja i širenja informacija i ideja bez mišljenja tijela javne vlasti i bez obzira na granice. 2. Poštuju se sloboda i pluralizam medija.*

<sup>15</sup> Tekst izmijenjen u skladu s odredbama Protokola (ETS br. 171) koji je stupio na snagu 1. marta 2002.

<sup>16</sup> Usvojio Komitet ministara na 848. sastanku zamjenika ministara, održanom 10. jula 2003.

<sup>17</sup> Usvojio Komitet ministara na 848. sastanku zamjenika ministara, održanom 10. jula 2003.

8. Preporuke: Preporuka br. R (2003) 13<sup>18</sup>, Preporuka br. R (99)1<sup>19</sup>, Preporuka R (97) 20<sup>20</sup>, Preporuka br. R/97) 21<sup>21</sup>, Preporuka br. R (96) 4<sup>22</sup>, Preporuka R (2002) 2<sup>23</sup> i Preporuka br. R (2004) 161<sup>24</sup>.

#### UNUTRAŠNJE PRAVO I SLOBODA IZRAŽAVANJA

1. Ustavom Crne Gore<sup>25</sup>, odredbama člana 47 garantuje se sloboda izražavanja govorom, pisanom riječju, slikom ili na drugi način, s tim da se sloboda izražavanja može ograničiti samo pravom drugog na dostojanstvo, ugled i čast iako se ugrožava javni moral ili bezbjednost Crne Gore. Odredbama člana 49 Ustava CG jemči se sloboda štampe i drugih vidova javnog obavještanja, što podrazumijeva i pravo da se, bez odobrenja organa javne vlasti, osnivaju novine i druga sredstva javnog informisanja uz upis kod nadležnog organa. Istim članom Ustava jemči se pravo na odgovor i pravo na ispravku neistinite, nepotpune ili netačno prenijete informacije kojom je povrijeđeno nečije pravo ili interes, kao i pravo na naknadu štete prouzrokovane objavljivanjem netačnog podatka ili obavještenja. Odredbama člana 51 Ustava propisano je da svako ima pravo pristupa informacijama u posjedu državnih organa i organizacija koje vrše javna ovlašćenja i da se ovo pravo može ograničiti ako je to u interesu zaštite života, javnog zdravlja, morala i privatnosti, vođenja krivičnog postupka, bezbjednosti i odbrane Crne Gore te spoljne, monetarne i ekonomske politike.

2. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>26</sup> štiti široki obim osnovnih ljudskih prava i sloboda, uključujući i inherentna prava kao što su pravo na život i slobodu i pravo na pravično suđenje, slobodu od mučenja i diskriminacije i slobodu vjere, uvjerenja, udruživanja, okupljanja i izražavanja. Iako među zaštićenim pravima nema formalne hijerarhije, Evropski sud konstan-

---

<sup>18</sup> Usvojio Komitet ministara na 848. sastanku zamjenika ministara, održanom 10. jula 2003. godine, s Aneksom Preporuke br. R (2003) 13.

<sup>19</sup> Komitet ministara je ovu preporuku usvojio na 656. sastanku zamjenika ministara, održanom 19. januara 1999. godine, na osnovu člana 15b Statuta Savjeta Evrope.

<sup>20</sup> Usvojio Komitet ministara 30. oktobra 1997. na 607. sastanku zamjenika ministara.

<sup>21</sup> Usvojio Komitet ministara 30. oktobra 1997. na 607. sastanku zamjenika ministara, s Aneksom Preporuke br. (97)

<sup>22</sup> Usvojio Komitet ministara 3. maja 1996. na svom 98. zasjedanju.

<sup>23</sup> Usvojio Komitet ministara 21. februara 2002. na 784. sastanku zamjenika ministara.

<sup>24</sup> Usvojio Komitet ministara na 909. sastanku zamjenika ministara, održanom 15. decembra 2004. godine.

<sup>25</sup> Službeni list CG, broj 1/07.

<sup>26</sup> Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Službeni list SCG – međunarodni ugovori, br. 18/2005.

tno ističe dominantan značaj slobode izražavanja kao ključnog temelja demokracije, koja je u tom smislu suštinski važna za zaštitu svih drugih prava i sloboda iz Konvencije. Sloboda izražavanja predstavlja jedan od osnovnih temelja demokratskog društva i preduslov je za njegov napredak, kao i za lično ispunjenje svakog pojedinca.<sup>27</sup> Pravo na slobodu izražavanja zaštićeno je članom 10 Evropske konvencije i nije apsolutno pravo, a glasi:

“Svako ima pravo na slobodu izražavanja. Ovo pravo uključuje slobodu posjedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj član ne sprečava države da zahtijevaju dozvole za rad televizijskih, radio i bioskopskih preduzeća.

Pošto korišćenje ovih sloboda povlači za sobom dužnost i odgovornost, ono se može podvrgnuti formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbjednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obavještenja dobijenih u povjerenju ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva.”

Konvencija, takođe vrlo široko definiše šta sve predstavlja miješanje u ostvarivanje ovog prava, obezbjeđujući time krajnje široku mrežu *prima facie* zaštite. Određena miješanja u ovo pravo opravdana su prema članu 10, tako da strane ugovornice mogu legitimno ograničiti ovo pravo kako bi, na primjer, zaštitile druga prava ili prevladavajuće interese, kao što je nacionalna bezbjednost. Test za takva ograničenja, utvrđen u članu 10(2), veoma je strog i Sud ga rigorozno primjenjuje. U isto vrijeme Sud potvrđuje da strane ugovornice uživaju određen prostor slobodne procjene pri odlučivanju kako će ograničiti slobodu izražavanja, na osnovu faktora kao što su njihova kultura, istorija ili pravni sistem. Sud je svoju ulogu u razmatranju nacionalnih ograničenja slobode izražavanja opisao ovako:

“Pri sprovođenju svojih nadzornih ovlašćenja, zadatak Suda nije da preuzima ulogu domaćih nadležnih tela nego da, na osnovu člana 10, preispituje odluke koje su ta tela donela u skladu sa svojim ovlašćenjima... U tom smislu, Sud mora da se uveri u to da su domaća tela primenila standarde koji su u skladu sa načelima sadržanim u članu 10, kao i da su se pri tome oslanjali na prihvatljivu procenu relevantnih činjenica.”<sup>28</sup>

Većina država je ugradila Evropsku konvenciju u svoj pravni sistem, te se države ugovornice mogu pozivati direktno na tekst Konvencije, ili na domaće zakonodavstvo u koje je konvencija ugrađena, ili na sudsku praksu Evropskog suda.

<sup>27</sup> Lingens protiv Austrije, 1986, Sener protiv Turske, 2000, Thoma protiv Luksemburga, 2001, Maronek protiv Slovačke, 2001, i Dichand i drugi protiv Austrije, 2002.

<sup>28</sup> Hertel protiv Švajcarske, 1998, tačka 46.



Državni organi strana ugovornica, uključujući i sudove, dužni su da, u razumnoj mjeri, tumače i primjenjuju ustavne zaštite, na način koji najbolje osigurava ispunjavanje njihovih međunarodnih pravnih obaveza. To je veoma važno za unapređenje usklađenosti domaćih i međunarodnih pravnih sistema, što čini u znatnoj mjeri i Crna Gora u zadnjih pet godina. Prava priznata u članu 10 Konvencije primjenjuju se “bez obzira na granice”.<sup>29</sup>

3. Zakonom o medijima<sup>30</sup> pod medijima podrazumijeva štampu, radio i televiziju, servise informativnih agencija, teletext i druge oblike periodičnog objavljivanja, urednički oblikovanih programskih sadržaja sa prenosom zapisa, zvuka ili slike na način koji je dostupan javnosti.<sup>31</sup> Programskim sadržajima u smislu ovog Zakona smatraju se sve vrste informacija (vijesti, obavještenja, mišljenja, izvještaji i druge informacije) i autorski radovi koji se objavljuju posredstvom medija s ciljem informisanja i zadovoljavanja kulturnih, obrazovnih i drugih potreba javnosti.<sup>32</sup> Zakonom je uređeno da se medijima ne smatraju: bilteni, katalogi i druge publikacije namijenjene isključivo reklamiranju, poslovnim komunikacijama, obrazovnom procesu ili internom radu pravnih lica, vjerskih, nevladinih i drugih organizacija; školska glasila; Službeni list Crne Gore; službena glasila jedinica lokalne samouprave i druga službena glasila, kao i plakati, leci, prospekti, transparenti i video strane bez žive slike.<sup>33</sup>

Prava i obaveze u informisanju regulisane su u Glavi V Zakona o medijima. Propisana je odgovornost osnivača medija za objavljene programske sadržaje kojim se narušava Zakonom zaštićeni interes lica na koje se informacija odnosi ili kojim se vrijeđa čast ili integritet pojedinca, iznose ili prenose neistiniti navodi o njegovom životu, znanju i sposobnostima. U pomenutim slučajevima oštećeni ima pravo na tužbu nadležnom sudu za naknadu štete protiv autora i osnivača medija.<sup>34</sup> Informacije prikupljene na nedozvoljen način mogu se objaviti samo u interesu nacionalne bezbjednosti, zaštite teritorijalnog integriteta ili javne bezbjednosti, sprečavanja nereda ili kriminala i zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obavještenja dobijenih u povjerenju ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudova. Ako postoji opravdani interes javnosti, novinar ili mediji neće biti odgovorni ni ukoliko pribave ili objave informaciju koja predstavlja državnu, vojnu, službenu ili poslovnu tajnu. Zako-

---

<sup>29</sup> Ekin Association protiv Francuske, 2001, tačka 62.

<sup>30</sup> Službeni list Republike Crne Gore, br. 51/02, 62/02.

<sup>31</sup> Zakon o medijima, čl. 6. st. 1.

<sup>32</sup> Isto, čl. 6. st. 2.

<sup>33</sup> Zakon o medijima, čl. 6 st. 3.

<sup>34</sup> Isto, član 20.

nom o medijima uređeno je i pravo novinara da uskrate organima javne vlasti izvor informacije koji želi ostati nepoznat.<sup>35</sup>

4. Zakonom o obligacionim odnosima,<sup>36</sup> odredbama člana 207 propisano je da “za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjavanja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica kao i za strah sud će, ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete, kao i u njenom odsustvu. Prilikom odlučivanja o zahtjevu za naknadu nematerijalne štete, kao i o visini njene naknade, sud će voditi računa o značaju povrijeđenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nijesu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom.”

Zakon pod nematerijalnom štetom ne podrazumijeva samo povredu prava ličnosti, već trpljenje u neimovinskoj (nematerijalnoj, moralnoj) sferi oštećenog. Ovo ima za posledicu teorijsko razdvajanje prava ličnosti i nematerijalne štete, pri čemu se naknada štete svodi, po uzoru na austrijsko pravo, na tzv. bolninu (*pretium doloris*).<sup>37</sup> Uvodi se koncept nematerijalne štete, koja se sada definiše kao sama povreda prava ličnosti, a ne nužno i prateće posljedice trpljenja u neimovinskoj sferi. Ova trpljenja (fizički ili psihički bol ili strah), međutim, mogu biti, a najčešće i jesu, od značaja prilikom odmjeravanja visine naknade nematerijalne štete, odnosno terminologijom Evropskog suda za ljudska prava – pravičnog zadovoljenja (*just satisfaction*).

5. Zakon o parničnom postupku<sup>38</sup> odredbama člana 220 propisuje: “ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčani iznos ili na zamjenljive stvari, ali se visina iznosa, odnosno količina stvari ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi samo sa nesrazmjernim teškoćama, sud će o ovom odlučiti po slobodnoj ocjeni”. Odredbe navedenog člana dopunjavaju odredbe citiranog člana ZOO, a odnose se na situaciju kada se utvrdi da stranci pripada naknada štete, ali se tačna visina ne može utvrditi, ili bi se mogla utvrditi samo sa nesrazmjernim teškoćama sud, takođe, ima ovlašćenje da odluči po slobodnoj ocjeni. Međutim, u smislu odredbi člana 200 ZOO utvrđivanje okolnosti slučaja, a posebno *jačina i trajanje duševnih bolova* predstavljaju utvrđivanje pravnog osnova dosuđivanja naknade, koja treba biti srazmjerna šteti nanesej u ugledu tužioca i koja se određuje isključivo u svrhu naknade štete, pa su sudovi dužni prvo utvrditi postojanje ovih relevantnih činjenica, pa tek onda odlučiti o visini naknade.

<sup>35</sup> Isto, čl. 21.

<sup>36</sup> Službeni list CG, br. 47/2008.

<sup>37</sup> Zoran Pažin, *Građansko-pravni aspekt zaštite prava ličnosti i sloboda medija*, OEBS, British Embassy, Podgorica, 2014.

<sup>38</sup> Službeni list Crne Gore, broj 22/04 i 76/06.

ODLUKE USTAVNOG SUDA CRNE GORE

Odluke Ustavnog suda CG donijete povodom slobode izražavanja možemo podijeliti u dvije grupe. Prva grupa se odnosi na slobodu štampe, a druga na slobodu izražavanja u sudskom postupku.

Predmet UŽ- III br. 87/09 od 19. januara 2012. godine.

Presudom Višeg suda u Podgorici, Gž. br. 727/06, od 15. februara 2008. godine, preinačena je presuda Osnovnog suda u Podgorici P. br. 1753/04 od 18. januara 2006. godine, potvrđena Presudom Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. br. 262/08, od 6. juna 2009. godine. Obavezani su tuženi da tužiocu solidarno, a po osnovu naknade nematerijalne štete na ime duševnih bolova zbog povreda ugleda, časti, slobode i prava ličnosti, isplate iznos od 12.000 €, sa zakonskom kamatom počev od 18. januara 2006. godine pa do isplate, i iznad dosuđenog odbijeni kao neosnovan tužbeni zahtjev od još 88.000 € sa kamatom po istom osnovu zbog teksta "Dželatov šegrt" objavljenog u *Monitoru*, sa nadnaslovom "Emir Kusturica pravoslavni hrišćanin", koji sadrži niz uvredljivih riječi upućenih tužiocu, čiji sadržaj a i naslov teksta, grubo vrijeđa čast i ugled tužioca, jer mu se imputira da je "glup, ružan i pokvaren", da je "davao alibi za svakog ubijenog muslimana u Bosni", da "mnogo od onoga što je stekao duguje upravo magarcima".

"Ustavni sud, suprotno zaključku ova dva suda, smatra da se navedeni stavovi ne mogu smatrati činjenicama čija se istinitost ili neistinitost mogla utvrđivati u postupku, nego da se radi o vrijednosnim sudovima, odnosno da se na konkretni slučaj nije mogla primijeniti odredba člana 20 Zakona o medijima, koja se primjenjuje samo u slučaju kada se radi o prenošenju neistinitih činjenica, a ne prenošenju nečijih vrijednosnih ocjena. Autor teksta, u konkretnom članku, po ocjeni Ustavnog suda, sa svog stanovišta reagovao je na politička, nacionalna, vjerska i istorijska gledišta, koja je tužilac prethodnim medijskim izjavama učinio predmetom javne polemike, odnosno da je profesionalna djelatnost tužioca, takođe komentarisana kroz njegove političke i vjerske stavove.

Međutim, očigledno je da Viši i Vrhovni sud to odmjeravanje ne samo da nijesu izvršili, nego su potpuno ignorisali okolnost da su, u konkretnom slučaju, podnosioci koristili svoje ustavom zajemčeno pravo na slobodu mišljenja i izražavanja. Time što nijesu vodili računa o značaju, sadržaju i granicama prava na slobodu izražavanja, upustivši se jedino u utvrđivanje "karaktera" – "istinitosti" tvrdnji iznijetih u spornom tekstu, Viši i Vrhovni sud su svojim presudama povrijedili jedno Ustavom garantovano pravo, koje ima dalekosežni značaj za demokratski poredak. Ne vodeći računa o suštinskom značenju ovog prava za načelo pravne države, sudovi su zanemarili legitimno pravo novinara, da putem štampe javno-polemčki reaguje na izjave tužioca u kontekstu suočavanja sa prošlošću

pojedinih javnih ličnosti tokom raspada bivše SFRJ. U sadržajnom smislu, to znači da i one izjave sadržane u sredstvima informisanja, koje su objektivno štetne za pojedinca, ne mogu biti osnov za uspostavljanje pravne odgovornosti novinara, jer su granice prihvatljive kritike uvijek šire, kada se kritika odnosi na rad ili ponašanje javne ličnosti. Argumente podnosilaca, u tom smislu, ti sudovi, međutim, nijesu uzeli u obzir, već su utvrdili potpuno suprotno.”

Predmet UŽ- III br. 455/10, od 17. aprila 2014. godine.

Presudom Višeg suda u Podgorici, Gž. br. 3031/10-07, od 9. jula 2010. godine, preinačena je presuda Osnovnog suda u Podgorici, P. br. 1424/07, od 14. maja 2010. godine tako što je usvojen tužbeni zahtjev tužioca kojim je traženo da se tuženi obaveže da tužiocu na ime naknade nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova usljed povrede časti i ugleda isplati iznos od 1,00 €, s obzirom na to “da su radnjama tuženog iznijete neistinite informacije prenijete iz članka dnevnog lista NIN

“Ustavni sud je, međutim, utvrdio da miješanje u pravo na slobodu izražavanja podnosioca žalbe nije bilo opravdano i *nužno u demokratskom društvu* i da nije postojala *goruća društvena potreba* da se sloboda izražavanja ograniči. Naime, Ustavni sud je ocijenio da je presuda Višeg suda zasnovana na izrazima (...), koje je podnosilac žalbe prenio iz nedjeljnika NIN, ne uzimajući u obzir sve okolnosti ovog predmeta i kontekst u kojem su te informacije prenijete, upustivši se jedino u utvrđivanje “karaktera” – “istinitosti” tvrdnji o tužiocu, iznijetih u dijelu spornog teksta. Ne vodeći računa o suštinskom značenju prava na slobodu izražavanja, Viši sud je zanemario legitimno pravo novinara da putem štampe javno-polemički reaguje na pojedine navode iz drugih medija u kontekstu pitanja koja su usredsređena na pitanja od javnog interesa (djelovanja kriminalnih grupa), što proizlazi iz sadržaja teksta i njegovog sveopšteg konteksta. Viši sud svoju odluku, po nalaženju Ustavnog suda, nije zasnovao na prihvatljivoj analizi činjenica koje su relevantne i svih okolnosti koje su od važnosti u konkretnom slučaju, u vezi s povredom tužiočevog ugleda, čime je došlo do povrede načela proporcionalnosti, u odnosu na ravnotežu između ograničavanja prava podnosilaca na slobodu izražavanja, s jedne strane, i zaštite ugleda javne ličnosti, u ovom slučaju tužioca, s druge strane. Pored toga Sud nije cijenio da li je podnosilac žalbe sadržinom teksta imao namjeru da uvrijedi tužioca već je, nasuprot tome, ocijenio da *ta činjenica ne utiče na osnovanost tužbenog zatjeva* (str. 3, stav 5 osporene presude).”

Predmet UŽ-III br. 369/10, od 3. juna 2014. godine.

Presudom Osnovnog suda u Cetinju, P. br. 131/08, od 28. decembra 2008. godine, tuženi su obavezani da tužiocu, na ime naknade nematerijalne štete za

pretrpljene duševne bolove zbog povrede časti i ugleda, solidarno isplate iznos od 4.000,00 € zbog teksta “Prva familija Crne Gore”, objavljenog u nedjeljniku *Monitor*, u kojem se pominju, pored drugih brojnih imena, tužilac i njegov brat, “braća D. i D. B.,” kao “Đ. prijatelji koji su obilježili crnogorsku tranziciju”, da su “braća i kumovi prve velike poslove napravili u Đ. eri” i da se braća B. dovode u kontekst sa firmom “Mia” kroz navode “B. saradnici iz Mie, biznis unaprijedili kupovinom Pomorskog saobraćaja”.

“Ustavni sud je utvrdio da Viši sud kod odlučivanja o vrsti satisfakcije koja pripada tužiocu, nije obrazložio koje je okolnosti cijenio kod odlučivanja o tome da naknada štete u dosuđenom iznosu predstavlja satisfakciju kojom će se uspostaviti pravična ravnoteža između prava na slobodu izražavanja i tužiočevog prava na dostojanstvo i ugled. Naime, analizirajući primjenu navedenih opštih principa zaštite slobode izražavanja u konkretnom predmetu, Ustavni sud je utvrdio se sudovi nijesu bavili pitanjem konteksta u kojem je objavljen sporni članak, kao ni pitanjem da li se njegov cilj odnosio na pitanja od interesa za javnost. Naprotiv, Viši sud je u osporenoj presudi samo konstatovao: *neprihvatljivi su žalbeni navodi da sadržina spornog teksta ukazuje, (...) da je cilj koji se želio postići objavljivanjem istog (...), doprinos javnoj debati (...), da navedene informacije koje se odnose na tužioca nijesu tačne i ne može se smatrati da su tuženi postupali dobronamjerno, te da je cilj (...) doprinos javnoj debati.* Viši sud se, takođe, nije bavio ni pitanjem da li bi proporcionalnost bila postignuta i drugom vrstom satisfakcije, kao npr. objavljivanjem, ispravke i odgovora tužioca, saglasno odredbi člana 26 stav 1 Zakona o medijima, imajući u vidu sve okolnosti slučaja, na što su posebno ukazali podnosioci žalbe.”

Predmet Už-III br. 348/12, od 28. oktobra 2014. godine.

Rješenjem Osnovnog suda u Herceg Novom, K. br. 193/11, od 9. decembra 2011. godine, koje je potvrđeno rješenjem Višeg suda u Podgorici, Kž.br. 435/12, od 10. aprila 2012. godine, kažnjen je advokat D. L. novčanom kaznom u iznosu od 1.000,00 € jer je u podnesku od 25. oktobra 2011. godine, iznio skritualne uvrede, i to: “Prilikom suđenja isti sudija se svađao sa postupajućim zapisničarom, jer se imenovana pozivala na štrajk i isteklo radno vrijeme, a sudija joj je naređivao da radi...”, “Isti sudija je bio vidno iznerviran i s obzirom da se radilo o kraju radnog vremena i petku, zbog čega on mora hitno da putuje u Nikšić...”, “Sudija Blagojević Marko je za vrijeme glavnog pretresa telefonirao tražeći mišljenje šta da uradi, ovaj advokat pretpostavlja da je tražio mišljenje predsjednice suda, što je po mišljenju branioca nedozvoljeno...”, “Sudija Blagojević Marko je na kraju glavnog pretresa od 21. oktobra 2011. godine vrlo visokim glasom svim prisutnima u sudnici počeo da viče: *Izlazite napolje, napolje, napolje iz kancelarije...*”, “predsjednik Osnovnog suda Herceg Novi bez zakonskog osnova i nakon što

sudeći sudija dovede parnični predmet do kraja, povlašćuje nesavjesnim strankama na način što izuzima sudećeg sudiju Stijepčević Slavicu...”, “kako to kaže sudija Blagojević Marko, koji svakako to nije rekao sam iz svoje glave bez znanja i uticaja predsjednice tog suda, što se može zaključiti i po navedenim izuzećima”, na koji način je vrijeđanjem narušio ugled suda i ugled njegovih učesnika:

“Ustavni sud je, međutim, utvrdio da miješanje u pravo na slobodu izražavanja podnosioca žalbe nije bilo opravdano i *nužno u demokratskom društvu*. Naime, u konkretnom predmetu, podnosilac žalbe u podnesku koji je uputio sudu opisao je što se događalo na raspravi pred sudom i da su sudovi prilikom osude podnosioca žalbe ograničili svoju analizu na činjenicu da navodi koje je istakao advokat D. L. predstavljaju izjave omalovažavanja sudije, predsjednika suda, sudija i drugih učesnika. Sudovi se nijesu upustili u analizu proporcionalnosti u odnosu na ravnotežu između, s jedne strane, potrebe da se zaštiti autoritet sudske vlasti i, s druge strane, zaštite slobode izražavanja podnosioca žalbe. Shodno tome, Ustavni sud zaključuje da se razlozi koje su naveli domaći sudovi ne mogu smatrati *relevantnim i dovoljnim* da se opravda miješanje o kojem je riječ.

Sud ukazuje da je podnosiocu zahtjeva u ovom predmetu izrečena novčana kazna od 1.000,00 €, tj. maksimalna moguća kazna iz čl. 206 st. 1, 2 i 3 Zakonika o krivičnom postupku. U vezi navedenog, Ustavni sud ocjenjuje da sudovi nijesu cijenili srazmjernost miješanja prirode i težine izrečene sankcije (*Keller protiv Mađarske*, br. 33352/02, od 4. aprila 2006. godine).”

Predmet UŽ-III br 708/11, od 28. oktobra 2014. godine

Rješenjem Osnovnog suda u Podgorici, P. br. 3114/11, od 27. jula 2011. godine, koje je potvrđeno rješenjem Višeg suda u Podgorici, Gž. br. 4800/11-10, od 7. oktobra 2011. godine, kažnjen je punomoćnik tužioca AOD Iustitia – advokat Vladan Bojić novčanom kaznom u iznosu od 800,00 €, jer je u žalbi na rješenje tog suda P. br. 5663/10, od 10. maja 2011. godine, uvrijedio Sud ovim riječima: “Rješenje je nezakonito, nepošteno, nepravično, nepravilno, kontradiktorno i nadasve nemoralno”, zatim: “Tumačenje i ocjena nižega suda ... je više nego zabrinjavajuće, nepošteno i nepravično, a o etici i moralu je suvišno bilo šta reći”, kao i riječima: “Gdje su zdrav razum i logika?! Izgubili su se. Očigledno je.”

“Ustavni sud je, međutim, utvrdio da miješanje u pravo na slobodu izražavanja podnosioca žalbe nije bilo opravdano i *nužno u demokratskom društvu* i da se razlozi koje su naveli Osnovni i Viši sud u svojim rješenjima, ne mogu smatrati relevantnim i dovoljnim da se to miješanje opravda. Sudovi su prilikom osude podnosioca žalbe ograničili svoju analizu na konstataciju da riječi koje su napisane u žalbi na sudske rješenje predstavljaju grube i teške uvrede za sud. Sudovi se nijesu upustili u analizu proporcionalnosti u odnosu na ravnotežu između, s jedne strane, potrebe da se zaštiti autoritet sudske vlasti i, s druge strane, zaštite slo-

bode izražavanja podnosioca žalbe. Sljedstveno navedenom, Ustavni sud zaključuje da se razlozi koje su naveli domaći sudovi ne mogu smatrati 'relevantnim i dovoljnim' da se opravda miješanje o kojem je riječ. Sud, takođe, navodi da priroda i težina izrečene novčane kazne, koja se pod određenim uslovima može zamijeniti zatvorskom kaznom jesu stvari od naročitog značaja kada je u pitanju ocjena srazmjernosti zadiranja u pravo u odnosu na legitimni cilj tog zadiranja, po članu 10 stav 2 (v. *Cumpana I Mazare protiv Rumunije (GC)*, br. 33348/96, stav 111, ECHR 2004 I *Zana protiv Turske*, 25. novembar 1997. godine, stav 51, Izvještaji o presudama i odlukama 1997-VII).

Predmet UŽ-III br. 316/11, od 23. jula 2014. godine.

Presudom Višeg suda u Podgorici Kž. br. 1046/10, od 21. septembra 2010. godine oglasen je krivim podnosilac predstavke zbog krivičnog djela klevete iz čl. 196 st. 2 u vezi sa st. 1 KZ, za koje djelo se osuđuje na novčanu kaznu u iznosu od 600,00 € zbog toga što je u svojoj knjizi pod naslovom "Carta Canta", u sopstvenom izdanju, iznio neistinite tvrdnje za privatnog tužioca Z. O. koje mogu škoditi njegovoj časti i ugledu: "Ponašanje koje sam primijetio na diplomiranog pravnička Zorana Odalovića kada bi prolazili ulicom jedno pored drugoga (doduše jako rijetko), drži me čvrstog ubjeđenja da se neka nevidljiva, da ne kažem đavolja sila, uvukla pod njegovu kožu, te ga ista nagoni na 'pljuckanje i zviždukanje' kada se mimoiđemo. Na takvo anatemno ponašanje njegova uma, moja reakcija je uvijek bila u promisli: Oprosti mu Bože i spasi ga od vražijih sila... Oprosti mu Bože... Oprosti..." "Vrijeme će na žalost pokazati da je 'bezbrižnost' o kojoj će kasnije biti riječi, sa oca prešla na sina, te se po zakonu spojenih posuda pretočila u parazit-sku filozofiju, a sve skupa, strmoglavilo u amoralnost. Odlučivši se na lakši način života, a samim tim i lagodniji, tj. nerazmišljanja svojom glavom, već se u potpunosti prepustiti incestuoznom obožavanju svoga oca, poslušni tatin sin odlučio se na varijantu neosamostaljenja, a samim tim i ne osjećaja realnosti." "S obzirom da sam lik Zorana Odalovića prepoznao u 'prilagođenoj' osobi, lako mi je bilo zaključiti da se isti neće usuditi misliti svojom glavom, a tim još manje imati snage pa se pokušati iščupati iz vlasti lažnog očevog autoriteta"; "Proces je pokazao da je takvim ponašanjem 'glavni mentor' pravio blamirajuće greške, a svoga sina Zora uvalio u moralno blato, čega, na žalost, ovaj toga još nije svjestan."

"Ustavni sud ocjenjuje da miješanje u pravo podnosioca na slobodu izražavanja, nije bilo *nužno u demokratskom društvu* i da se razlozi koje su naveli Osnovni i Viši sud u svojim odlukama ne mogu smatrati relevantnim i dovoljnim da se to miješanje opravda.

Sud, takođe, navodi da priroda i težina izrečene novčane kazne, koja se pod određenim uslovima može zamijeniti zatvorskom kaznom jesu stvari od naro-

čitog značaja kada je u pitanju ocjena srazmjernosti zadiranja u pravo u odnosu na legitimni cilj tog zadiranja, po članu 10 stav 2 (v. *Cumpana I Mazare protiv Rumunije* (GC), br. 33348/96, stav 111, ECHR 2004 I Zana protiv Turske, 25. novembar 1997. godine, stav 51, Izvještaji o presudama i odlukama 1997-VII). Saglasno navedenim razlozima, Ustavni sud utvrđuje da je podnosiocu žalbe povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja, iz člana 47 Ustava i člana 10 Evropske konvencije.”

Predmet UŽ-III br. 203/10, od 18. jul 2013. godine.

Presudom Osnovnog suda u Kotoru, Posl. br. K. 160/09, od 20. avgusta 2009. godine, koja je potvrđena presudom Višeg suda u Podgorici, Kž. br. 2086/09, od 22. februara 2010. godine, okrivljeni Đ. Č. je oglašen krivim što je 31. marta 2006. godine, u dnevnom listu *Dan*, u tekstu na strani 4, pod naslovom “Čapin: SDP hoće da me iseli iz Crne Gore”, komentarišući nepravosnažnu presudu Osnovnog suda u Herceg Novom, u krivičnom predmetu K. br. 31/05, od 29. marta 2006. godine, koju je privatna tužilja Z. D. donijela i objavila kao sudija pojedinac, kojom presudom je Čapin osuđen na novčanu kaznu zbog krivičnog djela uvrede počinjenog na štetu fizičkog lica, iznio neistinite tvrdnje: “Ovog puta je po partijskoj dužnosti sve moralo da se odradi preko reda... dodavši da je u ekspresnom roku sud morao da zakaže i suđenje. Jedno takvo suđenje održano je prije dva dana i više je ličilo na prijeki sud nego na redovnu proceduru”, pa je zbog izvršenja krivičnog djela klevete iz čl. 196, st. 2, u vezi sa st. 1 KZ CG, osuđen na novčanu kaznu u iznosu od 600,00 €.

“Ustavni sud ocjenjuje da miješanje u pravo podnosioca na slobodu izražavanja, nije bilo *nužno u demokratskom društvu* i da se razlozi koje su naveli Osnovni i Viši sud u svojim odlukama, ne mogu smatrati relevantnim i dovoljnim da se to miješanje opravda. Naime, sporni izrazi podnosioca žalbe odnosili su se na ponašanje lica u službenom svojstvu, a ne na njen privatni život, gdje su granice prihvatljive kritike šire od privatnih pojedinaca i zato se mora pokazati i veći stepen tolerancije.

Sud, takođe, navodi da priroda i težina izrečene novčane kazne, koja se pod određenim uslovima može zamijeniti zatvorskom kaznom jesu stvari od naročito značaja kada je u pitanju ocjena srazmjernosti zadiranja u pravo u odnosu na legitimni cilj tog zadiranja, po članu 10 stav 2 (v. *Cumpana I Mazare protiv Rumunije* (GC), br. 33348/96, stav 111, ECHR 2004 I Zana protiv Turske, 25. novembar 1997. godine, stav 51, Izvještaji o presudama i odlukama 1997-VII). Saglasno navedenim razlozima, Ustavni sud utvrđuje da je podnosiocu žalbe povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja, iz člana 47 Ustava i člana 10 Evropske konvencije.”



## ZAKLJUČAK

Ustavna zaštita slobode govora, koja se razvila u slobodu mišljenja i izražavanja mišljenja u medijima, nastala je kao jemstvo onima koji misle drugačije od vlasti ili drugačije od većine svojih sugrađana predstavlja osnov demokratskog političkog sistema i mora se štititi kada se ne slažemo sa govornikom i njegovim mišljenjem, kako je to istakao François Marie Arouet Voltair : “ Ja se ne slažem niti sa jednom riječi koju si izgovorio, ali ću do smrti braniti tvoje pravo da ih izgovoriš”.

Sloboda mišljenja je osnov svakog demokratskog društveno-političkog sistema i ne znači slobodu pojedinca da misli ono što hoće i da to mišljenje nikome ne saopštava po načelu da se niko ne može pozvati na odgovornost za njegove potajne misli (*cogitationes poenum nemo patitur*), već uključuje slobodu izražavanja misli. Prava pojedinca nijesu apsolutna jer su podvrgnuta ograničenjima koja nužno polaze od činjenice zajedničkog života u kojem živimo na određenom prostoru, jednakih prava drugih pojedinaca i interesa zajednice u kojoj živimo. Sudija Vrhovnog suda USA O. W. Holmes izražava ovaj problem na sljedeći način: “Istina je da prvi Amandman SAD štiti slobodu govora, a nedvojbeno time nije zaštićen onaj tko u prepunom i zamračenom kinematografu, usred predstave iznenada bez razloga zaviče: ‘Vatra!’“ Ili, u drugoj prilici, još duhovitije: “Jasno je da moje pravo da se razmahujem svojom šakom prestaje tamo gdje započinje nos drugog čovjeka.”<sup>39</sup>

Kao princip, zaštita koja je propisana članom 10 EK odnosi se na svako izražavanje bez obzira na njegov sadržaj, koje distribuira neki pojedinac, grupa ili tip medija. Jedina ograničenja odnose se saglasno čl. 17 na širenje ideja kojima se promoviše rasizam i nacistička ideologija, podstiče mržnja i rasna diskriminacija. Zloupotreba slobode izražavanja ugrožava čast i ugled oštećenog, njegovo ljudsko dostojanstvo, privatni ili porodični život i predstavlja nedopušten zahvat te kompromituje slobodu izražavanja, relativizujući njen značaj u demokratskom društvu. Nezaobilazan dio pravne tradicije Crne Gore utvrđen je članom 1000 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine (*ni svojim se pravom služiti ne moš, tek drugom na štetu il' dosadu*), čime je uveden princip zabrane šikane u crnogorsku pravnu kulturu.

Praksa Ustavnog suda Crne Gore biće izazov za redovne sudove u narednom periodu, koji su u dosadašnjoj praksi u oblasti slobode izražavanja interpretirali na nepoznavanju razlika između iznošenja vrijednosnih sudova i činjeničnih tvrdnji, odnosno iznošenja mišljenja, kao izjave koja ne sadrži činjenične konotacije i za koju se ne bi moglo dokazati da je neistinita (*vrijednosni sud*) i sti-

---

<sup>39</sup> Branko Smerdel i Smiljko Sokol, *Ustavno pravo*, Treće neizmijenjeno izdanje, Zagreb, 2007, str. 123-124.

lizacije koja može pratiti mišljenje kroz retoriku, ironiju ili satiru, u odnosu na iznošenje sudova.

Dekriminalizacijom uvrede i klevete ostao je *prazan prostor*, s obzirom na to da istovremeno nije uslijedilo i donošenje odgovarajućih propisa o građansko-pravnoj odgovornosti zbog povrede prava ličnosti, poput časti, ugleda ili prava privatnosti, kao što su uradile druge države koje su dekriminalizovale klevetu. U tom smislu treba razmisliti da se *preuzme* nova inkriminacija *sramoćenje* iz pravnog sistema Republike Hrvatske.

HAMDIJA ŠARKINOVIĆ, LL.M.,  
Judge, Constitutional Court of Montenegro

## FREEDOM OF EXPRESSION IN PRACTICE THE CONSTITUTIONAL COURT OF MONTENEGRO

### Summary

Freedom of expression is one of the fundamentals in a democratic society and also a prerequisite for its development, as well as for the personal fulfilment of each individual. Everybody is a bearer of freedom of expression, also in some situations enterprises and other legal entities. The right to freedom of expression is protected by Article 10 of the European convention and it does not represent an absolute right. The normative legal framework which regulates personality rights in Montenegro is incomplete and inconsistent. The underdevelopment and anachronism represent a particular problem, where the judicial practice does not effectively follow the dialectics of change in this segment of the legal system. In this research, there have been elaborated the international instruments which regulate questions of freedom of expression, alongside domestic legal sources, decisions and practice of the European court of human rights, especially those that imply Montenegro. Decisions of the Constitutional Court of Montenegro brought in the area of freedom of expression have traced the path to regular courts to duly apply regulations on this area, since the practice up until now has shown that there have been insecurities and confusion regarding the accurate application of constitutional, conventional and legal provisions.

DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ

## MJESTO I ULOGA USTAVNOG SUDA U USTAVNO-PRAVNOM SISTEMU CRNE GORE

### U V O D

Pitanje ustavnog položaja Ustavnog suda u ustavno-pravnom sistemu Crne Gore često je predmet interesovanja, različitog viđenja i neslaganja mišljenja šire, ali i naučne i stručne javnosti u Crnoj Gori. Čini se da je to posledica nedovoljnog shvatanja u Ustavu Crne Gore<sup>1</sup> utvrđenog mjesta, nadležnosti i uloge ustavnog sudstva, ali i drugih državnih vlasti i organa i njihovih međusobnih odnosa. Zato potpunije teorijsko sagledavanje mjesta Ustavnog suda u ustavno-pravnom poredku treba da doprinese pravilnijem razumijevanju njegove Ustavom ipak jasno utvrđene uloge u okviru ustavnopravnog položaja, nadležnosti i zadataka.

Za sagledavanje mjesta, značaja i uloge Ustavnog suda u ustavno- pravnom sistemu od ključnog je značaja ustavno načelo ustavnosti i zakonitosti, odnosno međusobne saglasnosti pravnih propisa, koje je u Ustavu Crne Gore iskazano na sledeći način: “Zakon mora biti saglasan sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima, a drugi propis mora biti saglasan sa Ustavom i zakonom.”<sup>2</sup> To načelo jasno utvrđuje dominantnost Ustava u odnosu na sve zakone i duge propise, a isto tako Ustava i zakona u odnosu na podzakonske akte i predstavlja “suštinu

---

Dr Dragoljub Drašković, sudija Ustavnog suda Crne Gore.

<sup>1</sup> “Službeni list Crne Gore”, broj 1/2007

<sup>2</sup> Član 145 Ustava Crne Gore

svakog ustavno-pravnog poredka, vezivno tkivo čitavog državnog mehanizma”<sup>3</sup>. Tako utvrđeno načelo ustavnosti i zakonitosti nametalo je potrebu da se Ustavom utvrde oblici, instrumenti i organi za njegovo sprovođenje i zaštitu. Drugim riječima, to načelo predstavljalo je osnov za uspostavljanje posebnog tijela, izdvojenog od svih državnih organa, posebno od sudske vlasti, sa zadatkom da prati ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti, po potrebi interveniše i svojom odlukom otkloni narušavanje pravnog poretka.

U uporednim ustavnim sistemima uspostavljeni su različiti načini vršenja kontrole ustavnosti. I nadležnost samih ustavnih sudova, tamo gdje su formirani kao posebni organi sa tim ciljem, značajno se razlikuje u zavisnosti od društveno-političkog sistema i državnog uređenja, tako da u državama sa različitim ustavnim uređenjem ustavno sudstvo ima drugačije zadatke i društvene ciljeve. Zajedničko svim ustavnim sistemima u kojima je zastupljeno ustavno sudovanje je to što je kao osnovna njegova nadležnost utvrđena kontrola ustavnosti zakona. U Crnj Gori je zastupljen evropsko-kontinentalni model zaštite ustavnosti zasnovan na Kelzenovoj teoriji kontrole iz jednog centra, od strane posebnog i nezavisnog organa, ustavnog suda, uz sve osnovne elemente tog koncepta koji se tiču načina izbora suda, postupka odlučivanja, forme i posljedica njegovih odluka itd.

Mjesto i uloga Ustavnog suda u ustavno-pravnom poredku Crne Gore, sa svim karakteristikama ovog organa koje iz ustavnih odredbi proizilaze, u suštini zapravo predstavljaju i ustavnopravnu osnovu za potencijalnu analizu međusobnog odnosa Ustavnog suda i drugih državnih vlasti i organa. Taj aspekt položaja i uloge Ustavnog suda se i posebno može posmatrati u odnosu na mjesto i ulogu sudske vlasti u tom sistemu. Ono što se na samom početku mora konstatovati kao pravno nesporna činjenica je da i Ustavni sud i sudska vlast, koji su i ključni nosioci prava i odgovornosti za ostvarivanje sistema vladavine prava i pravne države, imaju svoje Ustavom jasno utvrđeno mjesto, položaj, nadležnosti i zadatke u tom sistemu, kao i to da su njihovi međusobni odnosi uređeni samim Ustavom. Pored toga, iz osnovne funkcije Ustavnog suda, ocjene ustavnosti i zakonitosti zakonskih akata, može proizaći i pitanje odnosa te ustavne institucije i zakonodavne vlasti u državi. Ovdje o tim odnosima neće šire biti riječi, jer to svakako zaslužuje posebnu pažnju. Oni će biti analizirani samo u mjeri koliko je to u funkciji predmeta ovog teksta, tj. potpunijeg sagledavanja mjesta i uloge Ustavnog suda u ustavno-pravnom sistemu, bez čega ono objektivno nije moguće.

#### *Ustavno sudstvo kao posebna institucija za zaštitu Ustava i ustavnosti*

U cilju potpunijeg sagledavanja mjesta i uloge Ustavnog suda u sadašnjem ustavno-pravnom sistemu Crne Gore potrebno je na samom početku kratko se

<sup>3</sup> M. Jovičić, Ustavno sudstvo kao čuvar ustava i ustavnosti, “Pravni život”, br.12/1995, tom IV, str. 168.

zadržati na nekim globalnim pitanjima institucije ustavnog sudstva uopšte. U pravnoj teoriji odavno su pravljene pokušaji da se utvrde istorijski i suštinski razlozi koji su uslovljavali uspostavljanje ustavnog sudstva kao posebne ustavnopravne institucije za zaštitu ustavnosti i zakonitosti. Različitost stavova o tome bila je nužna posledica nesaglasnosti po prethodnom pitanju ko je zapravo originarni nosilac zaštite ustava, ustavni sud ili neki drugi organ. Ono što je uglavnom bilo nesporno, to je da se na samom početku izgradnje pravne države javila i potreba za ustanovljavanjem organa za zaštitu ustavnog poredka zasnovanog na načelu saglasnosti pravnih propisa. Razmišljanja su se kretala od teze da tu funkciju treba povjeriti redovnom sudstvu, bilo svim sudovima ili samo najvišem, preko stava da ovlašćenje za to treba dati nekom već postojećem državnom organu u okviru sistema državne vlasti koji bi dobio i posebne, ustavnosudske nadležnosti, pa do zalaganja da se za vršenje te nadležnosti uspostavi poseban ustavno-sudski organ. Ubrzo se uvidjelo da važnost i delikatnost funkcije zaštite ustavnosti i zakonitosti nameće nužno potrebu da je vrši jedan poseban organ, odvojen od zakonodavne i izvršne vlasti, drugačiji od njih i potpuno samostalan od njih, posebno od zakonodavnog organa čije akte prije svega ocjenjuje.<sup>4</sup> Takav autoritet je svakako sud, ali jedna posebna vrsta suda, koji je odvojen od sudske vlasti i kome je kontrola ustavnosti zakona i saglasnosti drugih propisa sa ustavom i zakonom in abstracto, nevezano za konkretan pravni spor, osnovna funkcija. Iako ocjenu ustavnosti i zakonitosti na određeni način mogu da vrše i redovni sudovi, ističe se da je postojanje posebnog ustavnog suda bolje rešenje, jer je on, za razliku od redovnih sudova, ustavno tijelo specijalizovano isključivo za rješavanje ustavnopravnih sporova, a to takođe čini u sudskom postupku, primjenjujući pravila i principe tog postupka.

Konstatuje se, zapravo, da ustavno sudovanje, kao i svaku sudsku funkciju, karakterišu tri osnovna elementa. To je prije svega postojanje čuvanog dobra, čija povreda zahtijeva intervenciju nadležnog državnog organa. Kod ustavnog sudovanja predmet zaštite predstavlja ustav. On se štiti od povreda nastalih kroz odstupanje sadržaja pravnih akata niže pravne snage od značenja osnovnih normi koje ustav sadrži, kao i od povreda koje su učinjene pojedinačnim aktima organa državne vlasti. Drugi element je postojanje suda, kao tijela nadležnog za provođenje postupka zaštite ustava i donošenje odluke. Treći element predstavlja zastupljenost određene forme u kojoj se taj postupak sprovodi. Te odrednice daju cjelinu ustavnog sudovanja kao postupanja i odlučivanja nadležnog sudskog tijela o određenim ustavnopravnim pitanjima, uspostavljenog u cilju zaštite ustava<sup>5</sup> i osi-

---

<sup>4</sup> Više o sistemima kontrole ustavnosti zakona vidjeti: Lj. Slavnić, *Od države koja odumire ka pravnoj državi*, Beograd, 1994. godine.

<sup>5</sup> A. Fira, *Ustavno pravo*, Beograd, 1981, str. 324.

guravanja pravnim sredstvima funkcionisanja države i djelovanja državnih i društvenih funkcija u skladu sa ustavom.<sup>6</sup>

Ako se, pak, posebno analiziraju istorijsko-pravni uzroci pojave ustavnog sudstva, onda se može primijetiti da ih jedni vežu za stvaranje pravne države i ustavotvorne vlasti uspostavljene na volji naroda koju treba zaštititi od državne vlasti. Drugi ustavno sudstvo smatraju imanentnim sistemima sa krutim ustavi-  
ma, u kojima ono predstavlja sredstvo za očuvanje konzistentnosti pravnog poredka. Po nekima, pak, ustavno sudstvo je izraz jedinstva pravnog sistema zasnovanog na saglasnosti pravnih propisa koje zahtijeva poseban, najviši sud za otklanjanje svih oblika njegovog narušavanja. Ono što se, međutim, sa sigurnošću može konstatovati to je da se ustavno sudstvo, kao posebna ustavna institucija, po pravilu konstituše i razvija nakon završetka izgradnje redovnog sudskog sistema i ustavnog proklamovanja načela ustavnosti i zakonitosti koje treba štiti.

Tradicionalno se u teoriji i praksi ustavnog sudstva ističe i to da organ koji vrši funkciju zaštite ustavnosti i zakonitosti mora istovremeno da ispunjava dva osnovna uslova i to da je nezavisan u svom radu i da je stručno kvalifikovan za obavljanje svog posla. Potpuna nezavisnost organa podrazumijeva nepostojanje bilo kakve mogućnosti uticaja sa strane, bilo od drugih državnih vlasti ili organa, bilo naročito od strane političkih struktura. Takvu nezavisnost može da ima ustavni sud, što čini opravdanim postojanje jednog posebnog organa sa tom funkcijom u mehanizmu vlasti demokratske države. Ustavni sud mora biti nezavisan i u odnosu na druge vlasti, kako one koje stvaraju pravo, tako i one koje ga primjenjuju, tj. zakonodavstvo i izvršnu vlast. Njegova osnovna funkcija, zaštita ustavnosti i zakonitosti, različita je od donošenja akata zakonske ili niže snage od zakona, kao dvije faze u cijelom postupku stvaranja prava. Minimumom pretpostavki za nezavisnost smatra se utvrđen poseban postupak izbora sudija ustavnog suda, oslobođen svih pritisaka od bilo kojih društvenih činilaca, obezbijedena stalnost i sigurnost u obavljanju funkcije, kao i materijalni status sudija. U pogledu stručnosti ovog organa, ističe se da sudije mora da karakteriše visoka kompetentnost i edukovanost za obavljanje delikatnog posla ocjene ustavnosti i zakonitosti, što podrazumijeva prije svega visok stepen pravnog obrazovanja, ali i veliko stručno, profesionalno i životno iskustvo.

Na izloženim principima Ustav Crne Gore utvrđuje položaj, ulogu i nadležnost Ustavnog suda, kao i druga pitanja od značaja za izvršavanje njegove funkcije. Ustavni sud je, kao što će se dalje u tekstu vidjeti, ustanovljen kao najviše ustavno tijelo posebne prirode i karaktera čija je osnovna funkcija zaštita Ustava i ustavnosti, odnosno ustavnopravnog poredka, ali i ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima.

<sup>6</sup> I. Krbek, Ustavno sudovanje, Zagreb, 1960, str.7.

### *O pravnoj prirodi Ustavnog suda*

U skladu sa iznijetim stavovima o nastanku i funkciji ustavnog sudstva kao posebne institucije za zaštitu ustava i ustavnosti, u pravnoj teoriji se raspravljalo i o pravnoj prirodi ustavog sudstva, pri čemu se mogu prepoznati tri osnovna, najrasprostranjenija gledišta. Ono što im je zajedničko je da su izraz trajne nedoumice koja se stalno iznova obnavlja kada je riječ o ovom pitanju. Prema prvom shvatanju, ustavno sudstvo je djelatnost koja se faktički u krajnjem svodi na vršenje poslova zakonodavne funkcije. U okviru tog shvatanja posebno se izdvaja i mišljenje koje u njemu vidi "kabinet u senci" (Schattenkabinett), jer pored zakonodavne, ustavni sud posredno obavlja i funkciju izvršne vlasti kada ocjenjuje zakonitost akata vlade čime "indirektno reformiše" normativna akta i te vlasti. Drugo je da se zapravo radi o sudskoj djelatnosti, što govori i sam njegov naziv, koja se, za razliku od redovne sudske funkcije, realizuje u posebnoj vrsti sporova. I na kraju, izdvaja se i gledište da je u pitanju posebna djelatnost posebnog državnog organa, izvan klasične podjele državnih vlasti, koja predstavlja posebnu vlast, vlast sui generis.<sup>7</sup> U nekim zemljama, kao npr. u SR Njemačkoj, ustavni sud predstavlja i sud najvišeg stepena (Sperrevisionsinstans) prema redovnim, upravnim i drugim sudskim instancama, nad kojima vrši nadzor.

Prvo gledište o prirodi ustavnog suda prihvata da uloga ustavnog suda u stvaranju zakonodavstva nije u uobličavanju, mijenjanju ili dopuni pravnih normi, već u ukidanju i eliminisanju pojedinih postojećih zakona ili normi u njima. Ističe se, ipak, kao sasvim nesporno da ustavni sud na taj način posredno utiče na stanje zakonodavstva u državi, a time učestvuje i u vršenju zakonodavne nadležnosti. U skladu sa Kelzenovim modelom ustavnog suda, to bi značilo da je ustavni sud "negativni zakonodavac", organ koji ne odlučuje šta zakon može sadržati, ali odlučuje šta on ne može sadržati.<sup>8</sup> U prilog tog stava navodi se i mišljenje da "vršeći kontrolu ustavnosti zakona ustavni sudija neizbježno učestvuje u samom stvaranju prava".<sup>9</sup> Ulogu ustavnog suda kao zakonodavca potvrđuje i djelovanje njegovih odluka erga omnes, za razliku od djelovanja odluka redovnih sudova. Navodi se takođe i sloboda kojom sud raspolaže u svom djelovanju. Dok redovni sud sudi na osnovu zakona, Ustavni sud sudi na osnovu ustava koji mu, kao najviši pravni akt, ostavlja veliku slobodu i samostalnost, a time i veliku moć. Ali to

---

<sup>7</sup> Vidjeti više: O. Vučić, O prirodi ustavnog suda, "Pravni život," br. 12/2000, tom IV, str. 691.

<sup>8</sup> H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigen der Deutschen Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu , Wien am 23. und 24. April 1928, Berlin und Leipzig, 1929, p. 56.

<sup>9</sup> M. Cappelletti, "Necessite et legitimité de la justice constitutionnelle", La protection des droits fondamentaux par les juridictions en Europe. Revue internationale de droit compare, Br,2, April-Jun 1981. p. 639.

ne znači da ustavni sud ipak nema utvrđene pravne granice u kojima djeluje. One su, međutim, mnogo šire u odnosu na redovni sud, što mu daje veći stepen slobode i kreativnosti u postupanju. Sve to su elementi zakonodavne funkcije više nego sudske, što ovo shvatanje takođe navodi kao dokaz zakonodavne dimenzije ustavnog suda.

Drugo gledište smatra potpuno nespornim da je ustavni sud “u prvoj liniji i u osnovnome smislu sud”.<sup>10</sup> Priznaje se pri tome da postoje očigledne razlike u odnosu na redovno sudstvo, prije svega u karakteru stranaka pred ustavnim sudom, postupku koji sud primjenjuje, odlukama koje donosi, ali se one smatraju samo posledicom posebne vrste sporova koje ovaj sud rešava. Ustavni sud rešava spor između zakonodavca i ustavotvorca o ustavnosti zakona, odnosno “ustavno sudstvo je sudstvo u pitanjima ustava, a radi zaštite ustava”.<sup>11</sup> Ustavno sudstvo oličava jasno utvrđeni sudski postupak u kome sudi i donosi svoje odluke, a koji treba neposredno da zajemči sadržinu ustava.<sup>12</sup> Odluka suda o rešenju spora je presuda koja obavezuje stranke. Radi se nesumnjivo o sudstvu, koje ima specifičnu nadležnost, drugačiji karakter i sadržinu u odnosu na redovno sudstvo, zbog čega je ustavni sud “jedno istinsko sudsko tijelo (eine echte richterliche Korperschaft) i ustavni organ obdaren najvišim autoritetom”.<sup>13</sup>

Treće gledište o prirodi ustavnog suda nužno proizilazi iz prethodna dva i koristi upravo argumente koje ona navode za dokazivanje stavova o onom što po njima karakteriše ustavni sud. Ističe se tako da ustavni sud u određenom smislu jeste zakonodavac, ali “posebni” jer nije pozitívni, izvorni stvaralac zakona, koji piše ustav ili zakone, kako to radi originerni nosilac ustavne nadležnosti u toj funkciji, zakonodavni organ, već negativni zakonodavac. Metod i način njegovog rada, akt u kojem se izražavaju rezultati toga rada, tj, sudska odluka, drugačiji su od vršenja ustavotvorne i zakonodavne funkcije kao posebne nadležnosti. Ustavni sud ne predstavlja konkurenta zakonodavnoj vlasti, ustavotvorna i zakonodavna funkcija ostaju u nadležnosti organa koji su za njeno vršenje ustanovljeni. Ustavni sud ne može uticati na sadržinu novog zakona koji treba da se donese, niti mijenjati postojeće zakone, izmjenom važećih ili unošenjem eventualno novih normi. Učešće ustavnog suda u stvaranju prava je zanemarljivo, samo utoliko što može zakon u cjelini ili pojedine njegove odredbe proglasiti neustavnim i uki-

<sup>10</sup> R. Marčić, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien 1963, p. 202.

<sup>11</sup> H. Triepel, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23 und 24. April 1928*, Helt 5, Berlin und Leipzig 1929, p. 5.

<sup>12</sup> K. Korinek, “Das Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 39, 1981, p. 15-17.

<sup>13</sup> H. Laufer, “Typus und Status des Bundesverfassungsgerichts”, *Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, Tübingen 1996, p. 427.



nuti, eliminišući ga na taj način iz pravnog sistema, ako utvrdi da nije u skladu sa ustavom. U tom smislu ustavni sud ima aktivnu ulogu u odnosu na zakonodavnu vlast, ali prirodno i ograničenu, odnosno zapravo primjerenu njegovom osnovnom cilju i zadatku, a to je zaštita ustava i ustavnosti, a time i prava i sloboda čovjeka i građanina.<sup>14</sup> Dodaje se i činjenica da pri ocjeni ustavnosti zakona ustavni sud ne vrši i ocjenu njegove cjelishodnosti, tako da nema opasnosti od zadiranja u ocjenu zakonodavne politike. Ovo gledište konstatuje, takođe, da je ustavni sud i sud, ali sud čiji su sporovi specifični. Stranke o čijim pravima odlučuje imaju poseban status i karakter, predmet spora su akti, propisi, a ne ljudi sa njihovim zahtjevima. Postupak koji sud sprovodi je zaista sudski, ali nužno uslovljen svim prethodnim specifičnostima, akt na osnovu koga presuđuje nije zakon nego ustav. Specifičan karakter ima i presuda ovog suda i sankcija kojom sud raspolaže.

Ovo mišljenje ističe da na poseban status ustavnog suda značajno utiče i nesporna politička dimenzija kako samog suda kao organa, tako i funkcije koju vrši. U pravnoj teoriji je inače odavno naglašavan dvostruki karakter funkcije zaštite ustavnosti i ustavnih sudova koji je vrše, u smislu da su u njoj zastupljeni i pravni i politički elementi. Sa jedne strane u prvi plan se ističe politički karakter ustava i ustavnosti, a time i ustavnog sudstva, kao ipak "političko-sudskih organa", iako su ustavom uglavnom pretežno proklamovani kao organi zaštite pravnih akata, ustava i zakona. Politički karakter ustavnog sudstva potkrepljuje se Kelzenovim mišljenjem da su to "najpolitičkiji sudovi". Tako se govori o "političko-pravnom smislu ustava i ustavnosti"<sup>15</sup> i ističe da su njihove odluke po formi pravne, a po sadržini i značaju političke.<sup>16</sup> Dalje, da "ustavnost i zakonitost imaju više društveno-političku suštinu, a izražavaju se i kao pravni principi".<sup>17</sup> Nasuprot tome, drugi smatraju da su ustavni sudovi čisto sudski organi i ne može se prihvatiti stanovište da su to politički sudovi "jer politički sud bi morao da ceni ne ustavnost zakona, nego njegovu političku celishodnost. Ali "sud" koji bi cenio celishodnost zakona, ne bi uopšte bio sud nego politički organ".<sup>18</sup> Pravni elementi ustavnog suda sadržani su u načinu rada, dok se politički manifestuju u rezultatima tog rada. Ocjena ustavnosti zakona od strane ustavnog suda je pravni institut obzirom da je njen predmet zakonski akt koji se kontroliše u odnosu na ustav kao najviši pravni akt i koji se van snage stavlja aktom koji predstavlja sudsku odluku. Pri ocjeni ustavnosti polazi se od stvarnog značenja ustavnih normi dobijenog primjenom

---

<sup>14</sup> P. Nikolić, Nužnost i legitimitet ustavnog sudstva u demokratskim sistemima, "Pravni život", br. 12/1995, tom IV, strana 182.

<sup>15</sup> J. Đorđević, Politički sistem, Beograd, 1997, str.685.

<sup>16</sup> J. Đorđević, Ustavno pravo, Beograd, 1976, str. 796.

<sup>17</sup> A. Fira, Ustavno pravo, op.cit, str. 306-307.

<sup>18</sup> R. Lukić, Ustavnost i zakonitost u Jugoslaviji, sveska I, Beograd, 1996, strana 98.

jezičkog i drugih oblika tumačenja prava, a ne od subjektivnog viđenja donosio-  
ca o njihovom značenju i cilju što bi predstavljalo ocjenu političke cjelishodnosti  
zakona.

U skladu sa iznijetim viđenjima pravne prirode ustavnog suda u literaturi se govori i o četvorodiobi vlasti, o ustavnom sudu kao "međuvlasti" ili pak "četvrtoj, nadzornoj grani državne vlasti", koja nadzire ostale državne vlasti u realizaciji njihovih ustavnih nadležnosti. Međutim, kao što iz svih iznijetih specifičnosti proizilazi da nijedna grupa karakteristika nije dovoljna da bi se ustavno sudstvo svrstalo u neku od ostalih grana državne vlasti sa svim njenim atributima, isto tako ni to što se u njemu prepliću elementi sudskog karaktera i elementi prirode zakonodavca, uz sve ostale komponente njegove kompleksne prirode, čini se ipak nije dovoljno da bi formiralo posebnu granu vlasti. Iako svako od iznijetih gledišta nesumnjivo izražava određeni dio svojstava i prirode ustavnog suda, ipak se nijedan od navedenih načina razumijevanja prirode ovog organa ne može prihvatiti u cjelosti, jer se njegova suština ne može utvrđivati samo na osnovu jedne grupe elementa. O mjestu i ulozi ustavnog suda očigledno se mora zaključivati prije svega na osnovu njegove ustavom utvrđene nadležnosti i svih karakteristika u određenom ustavnom sistemu. U ustavno-pravnom sistemu Crne Gore, kao što će se dalje u tekstu vidjeti, veliki broj specifičnosti u prirodi i karakteru Ustavnog suda uslovljava da je najprihvatljivije taj organ shvatiti kao posebnu Ustavom ustanovljenu instituciju kompleksne prirode, različitu od zakonodavstva, uprave i sudstva, sa dominantnim elementima karaktera suda i koja funkcioniše na principu suda.

Čvrsta veza sa ustavom koji štiti, kao najvišim pravnim aktom, ali istovremeno i aktom sa velikom političkom snagom, sve komponente njegove suštine koje determinišu njegovu prirodu, nadležnosti koje ima, snaga i dejstvo njegovih odluka, su momenti koji nužno čine ustavni sud organom u kome se prepliću elementi pravnog i političkog karaktera. Odluke ustavnog suda su čisto pravni akti, ali odluke o ustavnosti zakona koje donosi skupština, ako se posmatraju sa stanovišta posledica, koje mogu biti i političke, neminovno predstavljaju i akte pravno-političkog karaktera. Ali ni u tom dijelu nadležnosti ustavnog suda ne može se dovesti u pitanje čisto pravni karakter postupka pred ovim sudom i njegovih odluka kao rezultata tog postupka po čemu je je to pravni organ nesumnjivo više nego drugi ustavni organi vlasti, a makar jednako kao i redovni sud. Ustavni sudovi savremenih evropskih zemalja saglasno odbijaju politički karakter kontrole ustavnosti zakona koju vrše. I u domaćoj pravnoj teoriji postoji saglasnost da kontrola ustavnosti zakona ne znači istovremeno i ocjenu njegove cjelishodnosti, bez obzira na to što zakon predstavlja pravni rezultat političkog interesa većine u parlamentu, a to znači i izraz volje vladajuće političke snage.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Lj. Slavnić, *Od države koja odumire ka pravnoj državi*, op. cit., str. 69-74.

Moglo bi se reći da je sa jačanjem nadležnosti i širenjem poslova Ustavnog suda u Crnoj Gori njegov politički karakter i političko značenje u društvu čak štaviše i jačao. Od apstraktne ustavno-sudske kontrole zakona i dugih propisa i zaštite osnovnih prava i sloboda građana kroz postupak individualne ustavne kontrole, kao njegove primarne funkcije, sud je postepeno prerastao u zaštitnika društvenih odnosa u cjelini, čija se ovlašćenja fokusiraju na složena društvena pitanja, kao što je odlučivanje o statusu najviših državnih organa i njihovom međusobnom odnosu, nadzor nad pravilnošću izbora itd. Sva ta nova ovlašćenja Ustavnog suda nesumnjivo naglašavaju elemente političkog u njegovom biću i karakteru. Ali kao institucija koja štiti Ustav i na taj način obezbjeđuje ustavnu osnovu za funkcionisanje i razvoj demokratske države zasnovane na načelu vladavine prava, Ustavni sud mora da djeluje kao organ dominantno pravnog karaktera, a moć svog političkog uticaja da potiskuje u drugi plan.

Na Ustavnom sudu je, dakle, obaveza da preduzima sve da njegova politizacija ne pređe mjeru koja bi narušavala njegov integritet, da se sam suprostavi svim izazovima i uticajima sa strane i ostane nezavisan i neutralan. On mora odoljeti svim pritiscima da političko shvatanje ustavnosti i zakonitosti, ma sa koje strane dolazilo, bude kriterijum prema kome odlučuje i zauzima svoje stavove. To je osnovni preduslov da se sačuva povjerenje u ustavno sudstvo, ali istovremeno i integritet svih državnih organa čiji rad nadzire. Iako je Ustavni sud jedini organ koji prema Ustavu nema višeg sudskog, a ni drugog organa koji ocjenjuje njegov rad, on iznad sebe ipak ima najvećeg sudiju, jer o njemu sudi i vrednuje ga javno mnenje i građani. Povjerenje u ustavno sudstvo je osnova za izgradnju povjerenja u sudstvo u cjelini, budući da je ustavni sud, iako posebna vrsta suda, ipak sud. Upravo na činjenici da mu sudi samo javnost i građani Ustavni sud treba da jača svoj autoritet i legitimitet. U protivnom će gubiti povjerenje kod svih relevantnih društvenih subjekata, a prije svega kod građana i biti doživljavan kao politički organ koji radi pod političkim pritiskom.

#### *Ustavni položaj Ustavnog suda u ustavno-pravnom sistemu Crne Gore*

Prema Ustavu Crne Gore vlast je uređena na principu podjele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku.<sup>20</sup> Zakonodavnu vlast vrši Skupština, izvršnu Vlada, a sudsku sud.<sup>21</sup> Istovremeno, Ustavni sud je samostalna i nezavisna državna institucija čija je nadležnost u cjelini utvrđena Ustavom. Ustavni sud štiti ustavnost i zakonitost,<sup>22</sup> koju Ustav uređuje u Dijelu Petom pod naslovom "Ustavnost i zakonitost". U Dijelu Šestom koji nosi naziv "Ustavni sud Crne Gore" Ustav uređuje

---

<sup>20</sup> Član 11 stav 1 Ustava Crne Gore.

<sup>21</sup> Član 11 stav 2 Ustava Crne Gore.

<sup>22</sup> Član 11 stav 6 Ustava Crne Gore.

je nadležnost, sastav i izbor Ustavnog suda, prestanak funkcije sudije Ustavnog suda, pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti, odluku Ustavnog suda, prestanak važenja propisa i druga pitanja od značaja za izvršavanje nadležnosti i rad Ustavnog suda.

Dakle, za razliku od sudske vlasti, kao jedne od tri vlasti u sistemu podjele vlasti, koja je u organizacionoj strukturi Ustava uređena i dobila svoje mjesto u Dijelu Trećem koji u skladu sa svojom sadržinom nosi naziv "Uređenje vlasti", u kojem se uređuje sistem vlasti u cjelini, tj. i druge dvije vlasti, zakonodavna i izvršna, koje vrše Skupština Crne Gore i Vlada Crne Gore, pa čak i nekih drugih organa državne vlasti, kao što su Predsjednik Crne Gore, Lokalna samouprava, Vojska Crne Gore, Savjet za odbranu i bezbjednost i Državno tužilaštvo, koji su pod tim naslovima i uređeni u Ustavu, ustavnost i zakonitost koje štiti Ustavni sud, a zatim i sam Ustavni sud, uređeni su u posebnim djelovima Ustava. Takvim strukturalnim konceptom Ustav je jasno razgraničio poziciju Ustavnog suda u ustavnom sistemu Crne Gore ne samo prema sudskoj vlasti, već i prema svim drugim granama i organima državne vlasti. Istovremeno, ustavotvorac je na taj način Ustavnom sudu odredio mjesto koje je ravnopravno položaju ukupne državne vlasti ( zakonodavne, izvršne i sudske), pa čak i više, tj. kao ekvivalent i ostalim državnim tijelima ili organima koji takođe čine strukturu državne vlasti.

Nadležnost Ustavnog suda, iz koje proizilazi i njegov odnos prema drugim granama i tijelima državne vlasti, vrlo sažeto i jezgrovito data je u članu 149 Ustava. U stavu 1 tog člana decidno su nabrojani zadaci suda. Međutim, Ustav pored tih precizno nabrojanih nadležnosti utvrđuje da Ustavni sud "vrši i druge poslove utvrđene Ustavom" ( član 149 stava 1 alineja 9). Iz formulacije te odredbe jasno je da je Ustav nadležnost Ustavnog suda utvrdio kombinacijom modela nabrajanja i modela generalnog određenja. Na taj način su i drugi poslovi, odnosno nadležnosti Ustavnog suda, pored njegovih najznačajnijih i takoreći redovnih zadataka, utvrđeni normama ustavne snage, tj. Ustavom, tako da su sva ovlašćenja Ustavnog suda utvrđena normama iste pravne snage. Ovo dalje znači da je ukupna nadležnost Ustavnog suda isključivo ustavna kategorija i da se ne može propisivati aktima niže pravne snage od Ustava, pa ni zakonom, što je od odlučujućeg značaja za očuvanje i jačanje ustavnog položaja suda.

Iz tako utvrđenog ustavnog položaja i nadležnosti Ustavnog suda u strukturi ustavno-pravnog sistema države jasno se zaključuje njegovo mjesto u okviru tog sistema, a isto tako i njegova priroda i karakter. Iz nadležnosti Ustavnog suda proizilazi "da je ustavni sud državna vlast (State authority)", kako se u svom mišljenju izjasnila i Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija).<sup>23</sup> Zato se čini neprihvatljivim u pravnoj teoriji iznijeti stav da ustavni sud uopšte ne može biti dio sistema državne vlasti iz razloga što je on ustanovljen

<sup>23</sup> Mišljenje Venecijanske komisije br. 598/2010. od 20. oktobra 2010. god.

radi zaštite ustava od svih, pa i od same države, zbog čega bi, kako se kaže, logički bila neodrživa koncepcija po kojoj bi, kao organ državne vlasti, štitio ustav od države. Zbog značaja njegove funkcije za ostvarivanje ustavno-pravnog poredka Ustav Crne Gore je, međutim, Ustavni sud jasno i u potpunosti odvojio od ostalih grana državne vlasti i ustanovio ga kao samostalan državni organ koji organizaciono i funkcionalno djeluje kao zasebno, autonomno ustavno tijelo, različito od bilo koje druge državne vlasti i nezavisno od njih. Odvojenost Ustavnog suda od ostalih najviših državnih vlasti i organa koji ih vrše je garancija vršenja i samih tih funkcija u skladu sa Ustavom. Radi se o posebnoj ustavnoj kategoriji u ustavnopravnom poredku koja ima i posebno mjesto u ukupnoj strukturi državne vlasti, najvišem ustavnom tijelu i ustavnoj vlasti sui generis, čiji je položaj određen njenom osnovnom i najvažnijom funkcijom, a to je opšta normativna kontrola, a u čiju nadležnost spada i zaštita ljudskih prava i sloboda koja su povrijeđena aktom organa državne vlasti. Uz predsjednika države, parlament i vladu, Ustavni sud je vrhovni državni organ koji je u funkcionalnom smislu najviši odlučujući organ jer raspolaže pravom kontrole ustavnosti zakona odnosno ustavnosti i zakonitosti drugih propisa i opštih akata i njihovog ukidanja, a istovremeno odlučuje o cijelom nizu drugih složenih društvenih pitanja i odnosa.

Iz ustavnih odredbi dalje jasno proizilazi da je Ustavni sud po svom biću i suštini, prije svega i nesumnjivo sud, kao što to govori njegov naziv, ali i posebno po načinu vršenja njegove funkcije – rješavanju sporova i izricanju presuda.<sup>24</sup> Način i postupak donošenja sudske odluke, kao i kriterijum po kome odlučuje, u potpunosti su sudski. Njegov karakter sudskog organa potvrđuje i meritornost odluke kojom odlučuje o ustavnosti zakona, odnosno zakonitosti opštih akata, čija sankcija se ogleda u ukidanju akta ili njegove odredbe. Činjenica da Ustav, kao što je rečeno, obrađuje Ustavni sud u posebnom dijelu, nezavisno od sudske vlasti, ne može ni na koji način osporiti njegov sudski karakter. Posebno mjesto u ustavnoj strukturi je potvrda njegovog posebnog statusa u odnosu na sve druge institucije državne vlasti i njegove specifične uloge i nadležnosti. Sa druge strane, to je dokaz da Ustavni sud, iako je sud, ne čini dio sudske vlasti.

Ustavni sud je državni organ jasno odvojen od redovnih sudova i sudske hijerarhije. Funkcije redovnih sudova i Ustavnog suda su različite i ne poklapaju se, iako se na više načina dopunjavaju. Razlike između Ustavnog i redovnog suda su brojne i vidljive u funkcijama sudova, dejstvu njihovih odluka, statusu sudija itd. Za vršenje svojih nadležnosti Ustavni sud ima sopstveni mehanizam, nezavisan i različit od redovnog sudstva. On ima i nadležnost da ukida odluke redovnih sudova, ali samo ako utvrdi povredu ljudskih prava i sloboda u toku postupka pred tim sudovima. Odluka Ustavnog suda djeluje *ex nunc*, tj. zakon i drugi pro-

---

<sup>24</sup> B. Nenadić, O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova, Beograd, 2012, str. 53.

pis prestje da važi danom objavljivanja odluke.<sup>25</sup>Odluka suda nije deklarativna, već je opšteobavezna i izvršna i, za razliku od odluka redovnih sudova, ne postoji pravno sredstvo kojim se može osporavati. Odluka Ustavnog suda, bez obzira na to ko pokreće ustvni spor, uvijek ima opšte dejstvo, djeluje erga omnes, za razliku od odluke redovnog suda koja djeluje inter partes i obavezuje samo stranke u sporu. Izdvojen status tog organa se naročito izoštrava ako se imaju u vidu i posebni, zahtjevniji, uslovi u pogledu stručne spremlje, ali i šire kvalifikovanosti kandidata za sudije Ustavnog suda, kao i poseban način njihovog izbora. Svemu treba dodati i veoma veliku senzibilnost koja se u vršenju ove značajne funkcije očekuje, a koja se formira na osnovu istančanog osjećaja za pravnu normu i njeno značenje stečenog prethodnim stručnim usavršavanjem i dugogodišnjom praksom.

U vršenju svoje nadležnosti Ustavni sud nema monopol nad sprovođenjem ustavnih normi, jer je to obaveza svih državnih organa, ali ima odlučujuću ulogu u utvrđivanju njihovog pravnog značenja koje postaje obavezno za sve. Zato je on originerni zaštitnik ustavnosti i zakonitosti, garant integriteta pravnog sistema i može se reći da ima određeni stepen pravne superiornosti u odnosu na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast. U okviru svoje nadležnosti on je najviši organ, sa najvećim autoritetom, koji otklanjanjem povrede Ustava od strane bilo koje vlasti štiti pravni sistem u cjelini. Ustav inače utvrđuje da je vlast ograničena Ustavom i zakonom.<sup>26</sup>U svom postupanju Ustavni sud nije hijerarhijski iznad drugih ustavnih vlasti i organa, nije im nadređen, već ima nadzornu i kontrolnu ulogu nad njima u pogledu poštovanja ustavnosti. Odluka Ustavnog suda ima isto dejstvo prema svim granama vlasti koje se manifestuje u stavljanju van snage zakona parlamenta, ukidanju presude redovnog suda, zabrani rada političke partije i nevladine organizacije, utvrđivanju povrede izbornog prava itd. Ograničenja odluka Ustavnog suda takođe proizilaze samo iz Ustava i zakona.

#### *Položaj Ustavnog suda u svijetlu funkcije individualne zaštite ustavnih prava i sloboda*

Za sagledavanje mjesta i uloge Ustavnog suda u ustavno-pravnom sistemu značajno je pomenuti i njegovu nadležnost po novom pravnom sredstvu za zaštitu prava građana protiv odluka državnih organa, a prije svega odluka redovnih sudova, institutu ustavne žalbe. Uvođenje ustavne žalbe posebno je dodatno apostrofiralo i istaklo u prvi plan odnos Ustavnog suda i redovnih sudova i, kod jednog dijela javnosti, čak i stručne, izazvalo dileme i nedoumice u razgraničenju njihove nadležnosti uopšte, a posebno u zaštiti ljudskih prava. Ovdje će se samo kratko osvrnuti na to pitanje, koliko je to potrebno za potpunije sagledavanje po-

<sup>25</sup> Član 152 stav 1 Ustava Crne Gore.

<sup>26</sup> Član 11 stav 3 Ustava Crne Gore.

ložaja Ustavnog suda u ustavno-pravnom sistemu i odnosa prema drugim državnim organima.

U Crnoj Gori su Ustavom od 2007. godine odluke sudske vlasti neposredno podvrgnute kontroli ustavnosti. U teoriji je nakon toga jednim dijelom izraženo mišljenje da je sa uvođenjem instituta ustavne žalbe Ustavni sud dobio posebnu ulogu i postao superioran u odnosu na sudsku vlast i pretpostavljen toj vlasti. Nasuprot tome, druga grupa, donekle različitih ali ipak najvećim dijelom saglasnih mišljenja, smatra da je Ustavni sud na taj način, kao institucija van sistema podjele vlasti, ali i bez bilo kakvog vida dominacije nad ostalim vlastima, u stvari dobio konačnu riječ u zaštiti ustavnih prava i sloboda čovjeka i građanina u slučaju njihove povrede u prethodnom postupku pred redovnim sudovima.

Kao prvo, mora se imati u vidu da se u postupanju Ustavnog suda po ustavnoj žalbi ne radi o odlučivanju višeg suda, jer Ustavni sud ne predstavlja još jednu sudsku instancu u hijerarhiji redovnih sudova u odnosu na sud protiv čije odluke je žalba podnijeta. On ne preuzima nadležnost redovnog suda, već u realizaciji svoje ustavne nadležnosti, na bazi prethodo utvrđenog pravog značenja ustavnih i zakonskih normi, a na zahtjev podnosioca žalbe da izvrši kontrolu akta za koji smatra da mu krši ustavna prava i slobode, provjerava da li je u prethodnom postupku odlučivanja o ustavnim pravima i slobodama podnosioca zaista došlo do propusta i povrede prava. U ovlašćenju Ustavnog suda da interveniše u oblast ostvarivanja ljudskih prava i sloboda i kada utvrdi povredu ustavnog prava ili slobode ukine osporenu odluku redovnog suda i predmet vrati na ponovni postupak ne može biti riječi o derogiranju položaja sudske vlasti, kao ni njene samostalnosti i nezavisnosti u ostvarivanju Ustavom utvrđenih ovlašćenja. Radi se isključivo o realizaciji ustavno-sudske zaštite ljudskih prava i sloboda kao Ustavom utvrđenog posebnog vida zaštite prava koji je stavljen u nadležnost Ustavnog suda. Cilj i sadržina instituta ustavne žalbe je da se građanin može neposredno obratiti Ustavnom sudu ako smatra da mu je pojedinačnim aktom povrijeđeno neko pravo ili sloboda zajemčeno Ustavom, a da Ustavni sud svojom odlukom može otkloniti utvrđenu povredu. Ako Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi utvrdi da je povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda, on će usvojiti ustavnu žalbu, ukinuti osporeni akt u cjelini ili djelimično i predmet vratiti na ponovni postupak organu koji je akt donio,<sup>27</sup> što predstavlja odlučivanje Ustavnog suda po ustavnoj žalbi nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava, u skladu sa članom 149 stav 1 tačka 3 Ustava. To je nužna garancija zadržavanja djelovanja Ustavnog suda u granicama njegove ustavne nadležnosti, tj. na zaštitu Ustavom garantovanih prava i sloboda u slučaju njihove povrede, ali i sprečavanja nepotrebnog eventualnog miješanja i uticaja Ustavnog suda u domen sudske vlasti. Zato u ostvarivanju ove ustavne nadležnosti Ustavnog suda ne može biti supremacije Ustavnog suda nad

---

<sup>27</sup> Član 76 stav 1 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore, "Sl. list Crne Gore", br. 11/2015.

sudskom vlašću i posebno ne nad Vrhovnim sudom u njenom sastavu koja bi dovela u pitanje njegov Ustavom utvrđeni status najvišeg suda u Crnoj Gori u sastavu sudske vlasti.

Dalje, ugrožavanje statusa sudske vlasti nije moguće iz prostog razloga što i Ustavni sud i sudska vlast u cjelini, pa u okviru nje i Vrhovni sud, kao što je već rečeno, imaju Ustavom jasno utvrđen ustavnopravni status, domen i nadležnosti u ustavno-pravnom poredku, u okviru kojeg su u potpunosti suvereni, samostalni i nezavisni. Kao takvi, oni imaju Ustavom precizno utvrđeni redosled u postupanju u zaštiti ljudskih prava i sloboda, u kome je svakom određena njegova jasna uloga, Ustavnom sudu supsidijarna, tek kada su iscrpljena sva dopuštena pravna sredstva pred redovnim sudovima, ali konačna u ocjeni da li su povrijeđena ljudska prava i slobode, što potvrđuje činjenica da odluka ovog suda donijeta u zaštiti prava ne može biti predmet provjere od strane bilo kog organa. Da bi Ustavni sud mogao ostvarivati ovu svoju nadležnost mora postojati propust organa državne vlasti koji dovodi do povrede Ustavom zajemčenog prava. Ozbiljnost povrede ustavnog prava ili slobode uslovljava i nivo inteziteta reakcije Ustavnog suda u odnosu na odluku redovnog suda, jer samo povreda prava težeg stepena zahtijeva nužnu intervenciju Ustavnog suda koja uslovljava promjenu pravne situacije u određenom predmetu koja je nastala nakon pravosnažnosti sudske odluke.

Prioritetnu zaštitu osnovnih prava i sloboda koja je prihvaćena i garantovana Ustavom Crne Gore i međunarodnim dokumentima, moraju da obezbijede redovni sudovi, jer efikasne zaštite prava ne može biti bez punog angažmana redovnih sudova. Potpunija zaštita prava i sloboda pred redovnim sudovima dovodi do smanjenja potrebe građana da se obraćaju Ustavnom sudu, a time i obaveze Ustavnog suda da postupi po ustavnoj žalbi kao supsidijarnom pravnom sredstvu. Potrebno je naravno da sudska vlast više nego do sada iskoristi svoja ustavna i zakonska ovlašćenja u zaštiti ljudskih prava i sloboda.<sup>28</sup> Pri tome su redovni sudovi u zaštiti prava dužni poštovati sve principe utvrđene Ustavom na kojima ljudska prava počivaju. Svako odstupanje od prihvaćenog tumačenja sadržaja nekog od osnovnih prava u domaćim i međunarodnim dokumentima, kao i svaka povreda primjene zakonskih odredbi u postupku ostvarivanja prava koja dovodi do kršenja prava, stvaraju osnovu za podnošenje zahtjeva za ustavnosudsku zaštitu.

U skladu sa ustavnim principom da se prava i slobode ostvaruju na osnovu Ustava, Ustavom je, pored sudske zaštite, utvrđena i ustavno-sudska zaštita, kao poseban oblik zaštite ljudskih prava, koja se obezbjeđuje ustavnim žalbom. U odlučivanju po ustavnoj žalbi u pitanju je samo poseban vid zaštite ustavnosti, koja je u osnovi svih propisanih nadležnosti Ustavnog suda i jedan od načina na koje

<sup>28</sup> Vidjeti više: M. Arlović, Međudnos Ustavnog suda republike Hrvatske i sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj, Međunarodna konferencija u organizaciji Ustavnog suda Crne Gore, Budva, 26-28. novembar 2014. god.



sud u okviru svoje ukupne nadležnosti prati poštovanje Ustava. Ustavna žalba ne predstavlja ni redovno ni vanredno pravno sredstvo, već posebni institut kojim se pojedinačna akta državnih organa provjeravaju samo sa stanovišta zaštite osnovnih prava i sloboda čovjeka. Kao takva, ustavna žalba je šira pravna kategorija od pravnog sredstva koja zahtijeva izmjenu akta protiv kojeg su već iskorišćena sva pravna sredstva i koji je postao pravosnažan ili konačan. Odluka Ustavnog suda po ustavnoj žalbi ne može da zamijeni odluku redovnog suda, niti se njome postupak okončava, već samo konstatuje povredu prava što dovodi do ponavljanja postupka pred redovnim sudom. Ustavni sud štiti ljudska prava i slobode kao objektivnu vrijednost utvrđenu, zajemčenu i zaštićenu Ustavom, iako su to istovremeno i subjektivna prava podnosioca ustavne žalbe koja je on ostvarivao u postupku kod redovnih sudova. Ustavna žalba u stvari u prvom planu i ima za cilj individualnu, subjektivnu zaštitu Ustavom garantovanih ljudskih prava, ali ta zaštita očigledno prevazilazi određeni pojedinačni slučaj i posredno poprima šire karakteristike zaštite i unapređivanja ukupnog ustavno-pravnog poredka države, jer svaka povreda zajemčenih ljudskih prava i sloboda narušava koheziju cjelokupnog pravnog sistema. Pored uloge "čuvara ustavnosti i zakonitosti" u kojoj rešava sporove između državnih organa, Ustavni sud dobija i novu ulogu, "čuvara ljudskih prava i sloboda", u kojoj rešava sporove između građana i države, a i na jedan i na drugi način ostvaruje svoju ulogu "čuvara ustavnog poredka." U pravnoj teoriji se zato govori o "duploj funkcionalnosti". Stavovi Ustavnog suda zauzeti u odlukama po ustavnim žalbama obavezuju zatim sve subjekte koji odlučuju o ustavnim pravima i slobodama čovjeka, na isti način kao što i utvrđeno značenje ustavnih normi postaje obavezno za sve koji ih primjenjuju.

#### ZAKLJUČAK

Konstituisanje ustavnog sudstva kao posebne institucije posledica je težnje da se što potpunije ostvari zaštita ustava i ustavnosti, kao i prava i sloboda čovjeka u demokratskom društvu. Ustavno sudovanje osigurava primat ustava i čini osnovnu polugu i osnovni vid zaštite ustava, ali ne i jedini. Zaštita ustava je načelna obaveza svih, što znači da i drugi organi državne vlasti imaju tu dužnost, uz poštovanje međusobnih odnosa i granica djelovanja pojedinih nosilaca državnih funkcija postavljenih ustavom. Međutim, ta obaveza najbolje se realizuje kroz provođenje adekvatnog ustavnosudskog postupka pred za to formiranim posebnim sudskim organom. Ustavno sudovanje obezbjeđuje zaštitu ustava kroz postupak koji ima karakteristike sudskog postupka u pogledu organa koji ga sprovodi, oblika sprovođenja, forme i posledica donijete odluke.

Crna Gora kao savremena ustavna država utvrdila je novo ustrojstvo pravnog poredka zasnovanog na načelu vladavine prava u cjelini, a u njemu i mje-

sto Ustavnog suda čija je osnovna nadležnost zaštita ustavnosti i zakonitosti, ali i ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, odnosno zaštita Ustava u cjelini. Ustavni sud je samostalan i nezavisan, vrhovni državni organ, najviše ustavno tijelo i ustavna vlast *sui generis*, izvan sistema podjele vlasti, različit od zakonodavstva, uprave i sudstva, sa dominantnim karakterom suda i koji funkcioniše na principu suda. Aktivnost Ustavnog suda odvija se na način i sa rezultatima koji ne ugrožavaju podjelu vlasti kao načelo uređenja vlasti. Takav ustavni položaj obavezuje Ustavni sud i sve druge državne organe, prije svega sudsku vlast, da djeluju na principu "ravnoteže i međusobne kontrole" na kojem je njihove odnose Ustav zasnovao, znači svaka u vlastitom domenu koji joj je Ustav utvrdio, uporedo i sa ostavljenim mogućnostima za punu saradnju, ali i uz međusobnu provjeru rada svake od njih. Eventualne razlike u stavovima po pitanju zaštite ustavnosti i zakonitosti, kao i ljudskih prava i sloboda, mogu biti rešavane samo u skladu sa Ustavom.

Odnos Ustavnog suda i sudske vlasti je međusobni odnos u kome su i sudskoj vlasti i Ustavnom sudu, uz očuvanu samostalnost i nezavisnost, Ustavom utvrđeni status, prava i obaveze, kao i nadležnost u okviru koje svojim djelovanjem mogu izgrađivati pravni sistem. Redovno sudstvo takođe ima obavezu da štiti ustavnost i zakonitost i ljudska prava i slobode, kao temeljne vrijednosti pravnog poretka. Postupanje Ustavnog suda po ustavnoj žalbi kada postupak zaštite prava nije okončan pred redovnim sudom, posebno ukazuje na čvrstu povezanost, međuodnos sudske vlasti i Ustavnog suda i praktično na učešće sudske vlasti u postupku pred Ustavnim sudom, ali i Ustavnog suda u zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda ako su povrijeđena pojedinačnim aktom sudske vlasti ili nijesu našla svoju zaštitu pred redovnim sudovima. Granica domašaja ovlašćenja Ustavnog suda u zaštiti ljudskih prava i sloboda koja je jasno utvrđena u Ustavu mora biti dalje učvršćena u ustavno-sudskoj praksi, kako bi se njegovo djelovanje odvijalo u okvirima propisane nadležnosti.

Crna Gora u svom ustavno-pravnom sistemu mora imati autoritativno i efikasno ustavno sudstvo koje će kroz realizaciju svoje ustavne nadležnosti onemogućavati svaki vid povrede Ustava i zakona i svaki oblik samovoljnog postupanja kako državne vlasti, tako i svih ostalih subjekata i učvrstiti se kao zaštita od svih neustavnih i nezakonitih procesa i pojava, odnosno kao institucija sklada i spajanja svih društvenih činilaca. Još uvijek bi se, međutim, moglo raspravljati o tome da li je Ustavni sud u tom sistemu dobio stvarnu ulogu u skladu sa svojim ustavnim ovlašćenjima u ocjeni ustavnosti i zakonitosti i zaštiti ustavnih prava i sloboda, odnosno ustavnog poretka u cjelini. Sud u svom radu još uvijek nailazi na značajne teškoće, a ima i primjera osporavanja njegovih odluka, pa čak i nipodaštavanja njegove uloge. To sve, naravno, ne doprinosi ostvarivanju načela vladavine prava koje je Ustavom utvrđeno kao jedna od osnovnih vrijednosti na kojima je Crna Gora zasnovana.

DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ, LL.D.,  
Judge, Constitutional Court of Montenegro.

THE POSITION AND ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT  
IN CONSTITUTIONAL AND LEGAL SYSTEM OF MONTENEGRO

Summary

The subject of this paper is closer theoretical determination of the constitutional and legal position of the Constitutional Court in the constitutional and legal system of Montenegro, which should contribute to the wider understanding of its clearly established place in the Constitution and role in the system. It is noted that because of the importance of its functions for realization of constitutional and legal order, the Constitution established the Constitutional Court as the highest autonomous constitutional body, outside of the system of separation of powers, independent from other state authorities, and without elements of any form of domination over it. In overall structure of state government, the Constitutional Court represents, together with the State President, Parliament and Government, supreme state authority and constitutional authority *sui generis*, whose position is determined by its basic and most important function, the protection of constitutionality and legality, and which in its organizational and functional terms is the highest decisive authority that has the right to control the constitutionality of laws and the constitutionality and legality of other regulation and general act and consequently right to its abolition. Moreover it decides on a whole range of other complex social issues and relationship.

It is concluded that the Constitutional Court is the organ with complex nature, distinct from legislature, administration and judiciary, but in its nature and essence is among everything the Court and it functions as Court. The fact that Constitution deals with the Constitutional Court in separate section, regardless of judicial authorities, is confirmation of its special status in comparison to all other institutions of state authority and proof that the Constitutional Court is not part of the judiciary.



DORĐE MARKOVIĆ

## IMUNITET NEPOVREDIVOSTI U MODERNOM PARLAMENTU

– Otvorena pitanja –

### U V O D

Početak juna 2016. godine, turski predsednik Redžep Tajip Erdogan je potpisao ukaz o proglašenju Zakona br. 6178, koji je krajem maja usvojen u Velikoj turskoj narodnoj skupštini (tzv. Medžlis) dvotrećinskom većinom<sup>1</sup>, čime je otklonjena obaveza da se o njemu izjašnjavaju i građani na referendumu<sup>2</sup>. Ovom odlukom turskog parlamenta, stvara se put za “privremenu”<sup>3</sup> ustavnu promenu, u vidu amandmana, kojom će se ukinuti parlamentarni imunitet za više od 150 članova turskog parlamenta. Ovo svojevrsno kolektivno ukidanje imuniteta omogućuje pokretanje krivičnog postupka protiv osumnjičenih članova parlamenta, i slanje preko 800 dosijea nadležnim organima, što ne znači automatski i gubitak poslaničkog mesta, jer bi o tome skupština morala naknadno da odluči (usled osuđujuće presude ili drugih propisanih razloga).

---

Dorđe Marković, doktorand, demonstrator na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Čl. 175. st. 3. Ustava Turske, [https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution\\_en.pdf](https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf), 30. jun, 2016.

<sup>2</sup> President Erdoğan approves bill to lift deputies' immunity, <http://www.dailysabah.com/legislation/2016/06/07/president-erdogan-approves-bill-to-lift-deputies-immunity>, 30. jun, 2016.

<sup>3</sup> Turkish parliament directly approves lifting MP immunities, no referendum needed, <http://www.dailysabah.com/legislation/2016/05/20/turkish-parliament-directly-approves-lifting-mp-immunities-no-referendum-needed>, 30. jun, 2016.

Sa ustavnopravnog stanovišta, opravdano se može postaviti pitanje da li turski parlament može funkcionisati ako je status više od petine (Medžlis ima 550 poslaničkih mesta) njegovih članova doveden u pitanje. Dovodi se u pitanje i legitimitet ovakve odluke, ako je pravilo kod ukidanja parlamentarnog imuniteta da skupština mora pažljivo da odmeri i obrazloži svoju odluku o ukidanju/uspostavljanju imuniteta svakog poslanika pojedinačno, kao i da se mora tačno naznačiti krivično delo za koje se imunitet ukida. Na ovaj način parlament je dao jedno "blanko" odobrenje i bezmalo četvrtinu svojih članova "pustio niz vodu" u formi spornog zakona. Ovakvo postupanje ide na ruku onima koji zagovaraju tezu da je u Turskoj na delu redizajniranje ustavnog i političkog sistema sa ciljem da se ojača uloga predsednika Republike.<sup>4</sup>

Da li suspendovanje jednog instituta, za koji se još pre pedesetak godina pisalo da je zastareo<sup>5</sup>, može ići na štetu parlamenta kao institucije i razvoja demokratije uopšte, ili je on zaista nepotreban u modernim državama? U pokušaju da se ove dileme reše ili makar rasvetle, prvo je učinjen teorijski osvrt na ovaj institut, na koji se nadovezuje komparativna analiza Venecijanske komisije, da bi potom bile razmatrane značajne presude Evropskog suda za ljudska prava iz ove oblasti. Na samom kraju, dat je prikaz spornih momenata koji se javljaju u našem važećem ustavnom pravu.

#### POJAM IMUNITETA NEPOVREDIVOSTI

Parlament kao najviše narodno predstavništvo u demokratskoj državi, kao reprezent naroda (u smislu svih građana) i njegove suverenosti, trebalo bi da bude suveren kao i sam narod. Da bi se ovo vrhunsko načelo postiglo, potrebno je da položaj njegovih članova bude nezavisan u odnosu na ostale dve vlasti, izvršnu i sudsku. Potrebno je da parlamentarci uživaju što veći stepen slobode uvek kada deluju u ime građana koji su ih izabrali. Upravo zbog težine posla i odgovornosti koju savesno obavljanje poslaničke dužnosti nosi, potrebno je postojanje imuniteta<sup>6</sup> koji predstavljaju branu od spoljnih neželjenih uticaja na poslaničku sa-

<sup>4</sup> New constitution to be drafted based on presidential system, PM Davutoğlu says, <http://www.dailysabah.com/legislation/2016/04/29/new-constitution-to-be-drafted-based-on-presidential-system-pm-davutoglu-says>, 30. jun, 2016.

<sup>5</sup> "... Zato neki teoretičari smatraju, da je zastupnička nepovredivost, bar u mnogim državama, zastarjela institucija." Jovan Stefanović, Ustavno pravo FNR Jugoslavije i komparativno – Knjiga 2, Školska knjiga, Zagreb 1956, 254.

<sup>6</sup> Sledeći britansku parlamentarnu tradiciju, I. Pejić koristi izraz "parlamentarne privilegije". Irena Pejić, Parlamentarno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2011, 73. Suprotno, Petrov smatra da izraz "imuniteti" bolje oslikava suštinu instituta. V. Vladan Petrov, Parlamentarno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 83.

mostalnost, ukratko oni treba da obezbede “neprikosnovenost parlamentaraca”<sup>7</sup>. Važno je istaći da se zaštitom parlamentaraca i njihovog mandata pre svega štiti parlament kao institucija, a ne oni kao pojedinci.<sup>8</sup> Svako preispitivanje, menjanje ili ukidanje imuniteta nužno vodi i do promene položaja parlamenta kao takvog. Postoje dva tipa parlamentarnog imuniteta: imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti. U radu akcenat će biti na imunitetu nepovredivosti.

Imunitet nepovredivosti se ogleda u procesno-pravnoj dimenziji, onemogućava vođenje krivičnog postupka ili lišenja slobode parlamentarca, ukoliko se on na njega pozove, a parlament imunitet ne ukine. Ovaj tip imuniteta je pre svega nastao kao zaštita integriteta parlamenta u odnosu na izvršnu vlast jer uzaludna je sloboda govora u parlamentu, ukoliko se parlamentarac liši slobode zbog njegove navodne krivice, a suštinska krivica leži u njegovim stavovima koje je izrekao u parlamentu.<sup>9</sup> Tako da se lako zaključuje da osnov postojanja ovog imuniteta leži u načelu podele vlasti.<sup>10</sup> Srž imuniteta nepovredivosti jezgrovito je opisao S. Jovanović: “Za svoja dela van službene dužnosti, poslanik odgovara kao običan građanin. [...] Imunitet ne skida sa poslanika odgovornost za njegova dela; imunitet je samo jemstvo da njegova odgovornost neće biti zloupotrebljena”.<sup>11</sup> Pošto je neophodno da se parlamentarac pozove na ovaj imunitet on se još naziva i “pozivni”.<sup>12</sup> Za razliku od imuniteta neodgovornosti, imunitet nepovredivosti nije apsolutan jer se po pravilu ne primenjuje ukoliko je parlamentarac uhvaćen u vršenju krivičnog dela,<sup>13</sup> a vremensko važenje mu je kraće. On može važiti tokom čitavog trajanja mandata (konceptija kontinuiranog imuniteta) ili samo to-

---

<sup>7</sup> Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Službeni glasnik, Beograd 2008, 297.

<sup>8</sup> “Parlamentarni imuniteti nisu dati zastupnicima zbog njih samih. Oni su ustanovljeni u interesu predstavničke skupštine, a također i u interesu naroda odnosno biračkog tijela, koga predstavljaju. Za cilj imaju naročito da osiguraju nezavisnost i nesmetan rad predstavničke skupštine. Oni su, dakle, ustanovljeni u općem interesu, a ne u interesu zastupnika. Zato se zastupnici ne mogu njih ni odreći. Parlamentarni imuniteti djeluju neovisno od njihove volje.” J. Stefanović, 246.

<sup>9</sup> “Prvobitna ideja bila je da se zaštititi zastupnik od uznemirivanja, istrage ili zatvora zbog možda posve neosnovane sumnje da je počinio neko krivično djelo. Njegovo prisustvo i učestvovanje u radu predstavničkog tijela bilo bi na taj način ugroženo ili onemogućeno.” Gjanković, D, *O imunitetu narodnih zastupnika*, Narodne Novine, Zagreb 1962. 85.

<sup>10</sup> R. Marković (2008), 297.

<sup>11</sup> Jovanović, S, *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, NIU Službeni list SRJ, Beograd 1995.228.

<sup>12</sup> Kostić, L, *Pred kojom vlašću odgovaraju narodni poslanici i senatori za dela izvršena pri obavljanju mandata*, Poseban otisak iz Pravosuđa br. 1–2 za 1938 g, Beograd 1938.1.

<sup>13</sup> R. Marković (2008), 301; S. Jovanović, 230; Sokol, S, Smerdel, B, *Ustavno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2009.

kom trajanja skupštinskog zasedanja (konceptija imuniteta na prekide), pri čemu prema mišljenju D. Gjankovića, prva konceptija više odgovara "prvobitnoj ideji nepovredivosti".<sup>14</sup> Postavlja se i pitanje kada počinje da se računa trajanje ovog imuniteta ali čini se da je "svrha imuniteta najbolje postignuta ako zastupnik uživa nepovredivost od samog početka, od dana izbora".<sup>15</sup>

Svakako jedno od zanimljivijih pitanja vezanih za potvrđivanje/uspostavljanje<sup>16</sup> ili ukidanje imuniteta nepovredivosti jeste ono koje se tiče načina i karaktera odluke kojom skupština vrši tu svoju funkciju. Ovlašćenje parlamenta da odlučuje o imunitetu nepovredivosti parlamentarca, po svom karakteru blisko je amnestiji<sup>17</sup>, koja spada u tzv. kvazi-sudsku funkciju/ovlašćenje parlamenta. Amnestijom se takođe daje oslobođenje od krivičnog gonjenja, samo što je u tom slučaju ono trajno, a kod uspostavljanja imuniteta radi se o privremenoj procesnoj smetnji.<sup>18</sup>

Zbog toga postoje određena pravila postupka prema kojima skupština odlučuje, i ona se obično nalaze u skupštinskim poslovnicima. Taj postupak se može raščlaniti na nekoliko delova: faza pokretanja postupka, pripremna faza i faza odlučivanja.<sup>19</sup> Postupak otpočinje podnošenjem pismenog podneska parlamentu od strane određenog nadležnog organa – najčešće je to javni tužilac, ministar pravde, nadležni sud, ili ponekad i parlament.<sup>20</sup> U ovom pismenom zahtevu nadležnog organa trebalo bi da se, pored radnji koje se žele preduzeti protiv parlamentarca, nađu i činjenice zbog kojih se on tereti, kako bi parlament mogao da ima jasan uvid u stanje stvari. U ostvarenju ovog cilja izgleda da ne postoje prepreke

<sup>14</sup> D. Gjanković, 91-93.

<sup>15</sup> D. Gjanković, 91. U prilog ovome – Vid. S. Jovanović, 232; Dragan M. Stojanović, Pravni položaj poslanika, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 1999, 217; Petrov (2010a), 90. Suprotno: "Imunitet nepovredivosti uspostavlja se danom verifikacije mandata..." Vid. I. Pejić, 73.

<sup>16</sup> Na ovom mestu je važno napraviti terminološko razlikovanje. Skupština potvrđuje imunitet nepovredivosti kada se parlamentarac na njega pozove, a ovaj imunitet može uspostaviti i kada on to ne želi.

<sup>17</sup> "Amnestija je akt zakonodavnog organa kojim se u formi zakona poimenično neodređenom krugu lica daje oslobodjenje od krivičnog gonjenja (abolucija), potpuno ili delimično oslobodjenje od izvršenja kazne, zamena izrečena kazne blažom kaznom, rehabilitacija, ukidaju pravne posledice osude, ili ukidaju određene mere bezbednosti." Zoran Stojanović, Krivično pravo – Opšti deo, Pravna knjiga, Beograd 2009, 328. Kao što se vidi, poređenje je samo uslovno, jer se kod ukidanja imuniteta radi o tačno određenom licu i samo se suspenduje krivično gonjenje, a ne dolazi do trajnog oslobađanja kao kod amnestije.

<sup>18</sup> R. Marković (2008), 282.

<sup>19</sup> Svetozar Čiplić, Imunitet nepovredivosti u ustavima nekih evropskih zemalja u tranziciji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 4/2012, 344. <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0550-2179/2012/0550-21791204335C.pdf>, 23.06.2016.

<sup>20</sup> V. Petrov (2010), 91.



da se da se članovima parlamenta dostavi i akt o sprovođenju istrage, uz izuzetak onog člana o kome se i raspravlja, sa napomenom da se radi o službenoj tajni.<sup>21</sup> Postupak se dalje nastavlja pred nadležnim skupštinskim odborom za imunitetska pitanja. Pozivanje i saslušavanje parlamentarca nije obavezno ali je poželjno, a nekada se čak pozivaju i predstavnici državnih organa. Po završetku ovog postupka koji podseća na suđenje, parlamentarni odbor usvaja izveštaj u kome se zalaže ili za uspostavljanje ili za ukidanje imuniteta.<sup>22</sup> Prilikom sastavljanja ovog izveštaja nadležni odbor bi trebalo da bude vezan i ograničen na činjenice, objekat i krivično delo, koje je nadležni organ naveo u svom zahtevu, ali ne bi trebalo da vrši pravnu kvalifikaciju navedenih činjenica<sup>23</sup>. U poslednjoj fazi, skupština odlučuje o izveštaju odbora, većinom koja zavisi od konkretnog ustavnog rešenja (relativnom, apsolutnom ili kvalifikovanom).

Glavno pitanje koje se u ovoj fazi postavlja je: kada će se skupština odlučiti da ukine ili potvrdi imunitet? To je zapravo pitanje kriterijuma kojima će se parlamentarci rukovoditi kada budu odmeravali svoju odluku. Oni, nema sumnje, moraju u što većoj meri voditi računa o pravnim kriterijumima, ali se niko ne smeju preuzeti ulogu suda. Kao što se vidi, u ovoj situaciji parlament vrši jednu svojevrstu kvazi-sudsku funkciju.<sup>24</sup> Takođe kao jedan od kriterijuma prema kome skupština treba da se rukovodi navodi se i težina dela, tj. da bi skupština trebalo da daje odobrenje u slučajevima kada se radi o teškom delu, koje narušava opšti interes, ili koje "zastupniku oduzima moralni autoritet za vršenje mandata", a da bi čak i u slučajevima ozbiljnih i opravdanih zahteva, ali koji ne ispunjavaju navedene uslove, odobrenje trebalo uskratiti.<sup>25</sup> Čini se ipak, da je prihvatljiviji onaj stav koji je izneo još S. Jovanović: "U načelu, treba izdati poslanika po svakoj

---

<sup>21</sup> Marinković, T, "Skidanje imuniteta saveznih poslanika", Parlamentarna kontrola vlade, Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd 2002, 27.

<sup>22</sup> S. Čiplić, 345.

<sup>23</sup> D. Gjanković, 98.

<sup>24</sup> U našoj starijoj teoriji postojao je načelan stav da ukoliko se imunitet nepovredivosti posmatra kao izuzetak od pravila, onda ga treba kao i svaki izuzetak tumačiti usko, i onda će po pravilu skupština odobravati ukidanje imuniteta. Suprotno, ukoliko se imunitet posmatra kao pravno pravilo onda će skupština po pravilu, odbijati da daje odobrenje za ukidanje imuniteta. Tako se Gjanković opredelio za drugo rešenje, smatrajući ga celishodnijim, posebno iz perspektive ostvarivanja svrhe ovog instituta, a to je zaštita parlamenta i parlamentaraca od politički motivisanog progona i tendencioznog podmetanja činjenica. Ipak, čini se da danas nema mesta ovakvoj generalizaciji, već da svakom slučaju treba pristupiti sa odgovarajućom pažnjom. Videti opširnije: D. Gjanković, 99-101.

<sup>25</sup> J. Stefanović, 249.

tužbi koja ne bi bila tendenciozna. Ne treba činiti razliku između krivica za koje se poslanik izdaje i krivica za koje se poslanik ne izdaje.”<sup>26</sup>

Važno je još napomenuti da zastarelost krivičnog gonjenja počinje da teče od trenutka izvršenja krivičnog dela, a do njenog prekida dolazi posle inicijative nadležnih organa prema skupštini u cilju davanja odobrenja za vođenje postupka. Ukoliko skupština uskrati odobrenje zastoј zastarelosti se nastavlja sve do isteka trajanja parlamentarnog mandata.<sup>27</sup> Ovde se najbolje sagledava karakter ovog imuniteta kao jedne procesne smetnje, a nikako kao materijalnog osnova za isključenje krivične odgovornosti.<sup>28</sup>

#### PREPORUKE VENECIJANSKE KOMISIJE ZA DOBRU PARLAMENTARNU PRAKSU

Kao organ Saveta Evrope, Venecijanska komisija za demokratiju putem prava (u daljem tekstu: Komisija) među svojim mnogobrojnim aktivnostima, u dva navrata, 1996. i 2014. godine, sastavila je i dva izveštaja koja se tiču uporednih ustavnih rešenja o parlamentarnim imunitetima, što dodatno oslikava značaj ovoga pitanja. Usled nedostatka nadnacionalnih dokumenata, materija koja reguliše parlamentarne imunitete, prema mišljenju Komisije, trebalo bi da ostane ustavna kategorija svake države pojedinačno. Ona ipak, preporučuje, da u obzir treba uzeti i svojevrsno “evropsko parlamentarno pravo” koje su u ovoj materiji razvili Evropski parlament i Parlamentarna skupština Saveta Evrope.<sup>29</sup> Moglo bi se reći da Komisija svojim aktivizmom postepeno gradi nešto što se naziva “evropski konstitucionalizam” ili evropsko ustavno pravo.<sup>30</sup>

Imunitet nepovredivosti je manje rasprostranjen od imuniteta neodgovornosti, u nekim evropskim zemljama se u praksi više i ne koristi, ili se u slučaju ak-

---

<sup>26</sup> S. Jovanović, 231.

<sup>27</sup> Tahović, J, “Parlamentarni imuniteti”, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu2/1953. 180. D. Gjanković, 114.

<sup>28</sup> V. Petrov (2010), 92.

<sup>29</sup> V. Petrov, Najnoviji izveštaj Venecijanske komisije o parlamentarnim imunitetima – ka savremenom modelu imuniteta?, Zbornik: Pravo i društvena stvarnost, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2014, 183-184.

<sup>30</sup> “Vrednostima evropskog konstitucionalizma ograničena je, u izvesno smislu, suverena volja ustavotvorca, omeđena je, delom na koji se odnose vrednosti ustavnosti čijem ostvarenju teže države sa evropskog prostora, njegova ničim sputana pravna kreativnost. Drugim rečima, postoji ‘zadata tema’ koja se mora ustavnim normama urediti, postoji okvir u kome se svaki ustavotvorac mora kretati, jer je to okvir kojim će se obezbediti postavljeni ideali savremenih država Evrope, pre svih mir i blagostanje.” Olivera Vučić, “Vrednosti evropskog konstitucionalizma”, Pravni život 14/2009, 735–736.

tiviranja usko tumači. U malom broju država uopšte ne postoje pravila o parlamentarnoj nepovredivosti, dok u državama koje se oslanjaju na anglosaksonsku pravnu tradiciju postoje samo pravila o nepovredivosti u građanskim predmetima. Ipak, u većini evropskih zemalja, parlamentarci imaju bar neku vrstu posebne zaštite u krivičnim predmetima. Kao što se vidi, jedinstveni model ovog tipa imuniteta ne postoji. Skreće se pažnja da pravila o ovom imunitetu mogu lako poslužiti nesavesnim parlamentarcima kao paravan za njihovo nelegalno delovanje, postavljaju se pitanja kompetentnosti parlamenta da odlučuje o ovom pitanju, a dovodi se u pitanje i postupak po kome se to odlučivanje odvija.<sup>31</sup>

Komisija smatra da ukoliko politički sistem u državi dobro funkcioniše, onda postojanje imuniteta nepovredivosti nije nužno, jer će parlamentarci biti zaštićeni preko drugih mehanizama. Ipak, ističe se da u određenim državama i dalje postoji potreba za postojanjem ovog instituta, koji bi u slučajevima pritiska i uznemiravanja od strane izvršne vlasti, sudova, ili političkih neistomišljenika mogao da predstavlja “demokratsku funkciju zaštite parlamenta kao institucije, a posebno parlamentarne opozicije”.<sup>32</sup> Pravila o parlamentarnoj nepovredivosti stoga mogu biti opravdana kada druga sredstva zaštite nisu adekvatna, ali njih uvek treba tumačiti i primeniti na krajnje restriktivan način, uz poštovanje jasne i nepristrasne procedure. Upravo zbog toga, Komisija je sastavila nekoliko grupa kriterijuma kojih bi se trebalo pridržavati prilikom normiranja.

Što se tiče obima imuniteta nepovredivosti trebalo bi voditi računa o sledećem: da bi trebalo da bude propisan zakonom ili parlamentarnim poslovníkom; mora imati samo privremeni karakter, u smislu odlaganja krivičnog ili drugog postupka protiv parlamentarca; da postoji mogućnost njegovog podizanja “nakon jasne i nepristrasne procedure”; da ne sme štiti od preliminarnih istraga u konkretnom predmetu; da se ne primenjuje ukoliko je parlamentarac uhvaćen na delu kao i da se ne odnosi na naročito teška krivična dela.<sup>33</sup>

Imunitet nepovredivosti ne bi trebalo ukidati u sledećim situacijama: ukoliko su navodi optužbe jasno i očigledno neosnovani; kada su navodi optužbe jasno ukazuju da je došlo do “stranačko-politički motivisanog delovanja” u cilju uznemiravanja ili zastrašivanja člana parlamenta; ukoliko bi postupak ozbiljno ugrozio demokratske funkcije parlamenta ili osnovna prava parlamentaraca ili parlamentarnih grupa.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Venice Commission, Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, CDL-AD(2014)011), 18.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid.

Imunitet nepovredivosti trebalo bi ukinuti: ukoliko se optužba zasniva na ubedljivim i ozbiljnim navodima; ukoliko je parlamentarac uhvaćen u trenutku izvršenja dela ili je navodni prestup posebno ozbiljan po svojoj prirodi; kada se zahtev odnosi na kriminalno ponašanje koje nije striktno vezano za obavljanje funkcije parlamentarca jer se zastupa stanovište da “ne bi trebalo uzeti kao tačnu tvrdnju da ovaj imunitet štiti parlamentarca u njegovoj vanparlamentarnoj delatnosti”; kada pokretanje postupka iziskuju načela pravde i pravičnosti ili kada to treba sprovesti u cilju očuvanja autoriteta i legitimnost parlamenta, kao i u situaciji kada parlamentarac sam zatraži ukidanje imuniteta.<sup>35</sup>

Pravila o parlamentarnoj nepovredivosti trebalo bi da sadrže jasne procedure kako se ovaj imunitet može ukinuti. Između ostalog, takav postupak treba da bude jasno regulisan i mora biti u skladu sa opštim principima procesnog prava, uključujući i pravo na izjašnjavanje obe strane. U svakom slučaju, taj postupak ne bi trebalo da liči na sudski postupak, i ni pod kojim uslovima ne treba da se vrši utvrđivanje krivice, uz nezaobilazno poštovanje pretpostavke nevinosti. Kao dobri uzori u regulisanju ove materije mogli bi da posluže poslovници o radu Evropskog parlamenta i Parlamentarne skupštine Saveta Evrope.<sup>36</sup>

Procedura za ukidanje imuniteta nepovredivosti u parlamentu trebalo bi da obuhvata sledeće elemente: pravo da traži ukidanje nepovredivosti treba dati tužilaštvu, onima koji su direktno i lično pogođeni navodnim delom; zahtev za ukidanje treba da bude saopšten plenumu, a dat u rad odgovarajućem skupštinskom odboru, bilo da se radi o stalnom ili privremenom telu; u rad odbora bi bilo poželjno uključiti nezavisne stručnjake koji su od nesumnjivog integriteta; odboru treba dati pravo da od nadležnih organa mogu zatražiti svaku relevantnu informaciju ili objašnjenje, ukoliko je to neophodno u cilju procene slučaja; parlamentarcu protiv koga se vodi postupak treba omogućiti izjašnjavanje pred odborom (neposredno ili posredno), pristup dokumentima predmeta, podnošenje novih dokumenata ili dokaza koji mogu biti od značaja, ali mu treba uskratiti pravo da prisustvuje u radu odbora prilikom završnog razmatranja i odlučivanja odbora sa kakvim će konačnim stavom izaći pred plenum; odbor ne bi trebalo da se upušta u sam meritum slučaja, niti da se izjašnjava o krivici; parlamentarni odbor je dužan da svoju konačnu odluku obrazloži i potkrepi jasnim kriterijumima i da obuhvati sve aspekte zahteva; o izveštaju odbora parlament bi trebalo da odlučuje na otvorenoj plenarnoj sednici u najkraćem mogućem roku i bez odlaganja.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> V. Petrov, (2014a), 186.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Venice Commission, Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, 30-32.

PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

*Kordova protiv Italije (br. 2) – Autonomija parlamenta  
v. pravo na pravično suđenje*

Posebno je zanimljiva presuda Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) koja se tiče italijanskog poslanika koji je na predizbornom skupu uvredio javnog tužioca, koji ga je zbog toga tužio.<sup>38</sup> Prvostepeni sud je poslaničku izreкао uslovnu kaznu zatvora i novčanu kaznu, apelacioni sud je to potvrdio, ali je predmet došao do Kasacionog suda Italije, jer je u međuvremenu italijanski parlament odlučivao o imunitetu pomenutog poslanika. Prvobitno je Komisija za imunitetska pitanja predložila zaključak u kome, poput prvostepenog i drugostepenog suda, nije našla osnov za aktiviranje imuniteta jer je smatrala da je poslanik ovo delo izvršio van svoje funkcije. Ipak, ovaj zaključak Komisije je odbačen na plenarnoj sednici italijanskog parlamenta, čime je italijanski parlament posredno ustanovio da se radi o delokrugu koji pokriva imunitet neodgovornosti. Sledeći logiku parlamentarne većine, Kasacioni sud poništio je presude nižih sudova, smatrajući da je optuženi poslanik delovao u okviru obavljanju svoje parlamentarne funkcije.

Kasacioni sud je ustanovio da dva načela koja predviđa italijanski ustav stoje u sukobu: s jedne strane, autonomija i nezavisnost parlamenta, a s druge pravo svih građana da traže od sudova zaštitu svoga ugleda, i prednost je dao ovom prvom. Zauzeo je stav da ukoliko parlament ustanovi važenje parlamentarnog imuniteta u konkretnom slučaju, njegovu odluku moraju uvažiti svi redovni sudovi, posebno ako ona nije “ni proizvoljna niti očigledno nerazumna”. Takođe, ovaj sud je našao da široko tumačenje pojma parlamentarnih funkcija, koje je izvršio italijanski parlament, a koji obuhvata svepolitički inspirisane aktivnosti, čak i one koje se odvijaju van samog parlamenta, nije “očigledno u suprotnosti sa duhom Ustava”, kao i da je postojala takva praksa u italijanskoj parlamentarnoj prošlosti.<sup>39</sup>

Iako je još jednom potvrdio značaj parlamenta i njemu sličnih tela u demokratski uređenim društvima i da stoga moraju postojati veoma jaki razlozi kojima bi se opravdalo mešanje u slobodu izražavanja koja se u njemu ostvaruje, ESLJP je ipak ustanovio povredu prava na pravično suđenje. Istaknuto je da se govori parlamentarca u konkretnom slučaju, koji su bili izrečeni na predizbornim skupovima, nikako ne mogu povezati sa “vršenjem funkcija Skupštine u užem smislu i da ti govori više imaju karakter interne svađe”, pa da stoga ne bi bilo u redu da se nekome uskrati pristup sudu samo na osnovu toga što je “takva svađa mogla biti političke prirode ili je povezana sa političkim aktivnostima”.<sup>40</sup> Zbog toga, ESLJP

---

<sup>38</sup> Cordova v. Italy (no 2), No. 45649/99, 30.04.2003, 2-4.

<sup>39</sup> Ibid., para. 3.

<sup>40</sup> Ibid., para. 4.

zastupa mišljenje da se svaki put kada nema jasne veze između delovanja parlamentarca sa funkcijama parlamenta, mora usvojiti “usko tumačenje koncepta proporcionalnosti između cilja koji se želi postići i upotrebljenih sredstava”.<sup>41</sup> Ovo se naročito odnosi na situaciju kada parlament kao političko telo, postavlja ograničenja prava na pristup sudu.<sup>42</sup> Kao što se vidi iz ove argumentacije, ESLJP je u ovoj odluci probao da odredi obim važenja imuniteta nepovredivosti u cilju njegovog ograničavanja samo na aktivnosti koje su isključivo povezane sa vršenjem parlamentarne funkcije.

### *Kart protiv Turske – Reafirmacija “nepotrebnog” imuniteta*

Na stranu očuvanja imuniteta nepovredivosti ESLJP je stao u svojoj presudi od 2009. godine.<sup>43</sup> Radilo se o poslaniku turskog parlamenta iz redova Narodne republikanske partije (glavna turska opoziciona partija), koji je pre izbora na tu funkciju radio kao advokat i protiv koga su bila pokrenuta dva krivična postupka zbog vređanja advokata i vređanja javnog funkcionera. Skupština je posle odugovlačenja sa postupkom ustanovila njegov parlamentarni imunitet. On se tome protivio, ukazujući na to da je “njegovo pravo na pristup sudu i pravično suđenje, u kome bi se čulo i njegovo mišljenje, prekršeno od strane skupštinske većine”<sup>44</sup>, a uz to je njegov ugled kao “advokata i narodnog poslanika ozbiljno narušen i diskreditovan u očima javnosti, jer se neretko njegovo ime u štampi pojavljivalo pored onih poslanika kojima je imunitet takođe bio uspostavljen a terete se za korupciju”<sup>45</sup>.

Obrazlažući svoju presudu, ESLJP se pozvao i na praksu Ustavnog suda Turske iz 1994. godine, kada se on u više navrata izjašnjavao o imunitetima parlamentaraca. Na gotovo klasičan način, turski Ustavni sud je opisao da parlamentar-

<sup>41</sup> Ibid., para. 5.

<sup>42</sup> Ibid., para. 6.

<sup>43</sup> Kart v. Turkey, No. 8917/05, 3.12.2012, 2–23.

<sup>44</sup> Poslanik se pozivao na povredu čl. 6. EKLJP.

<sup>45</sup> Kart v. Turkey, para. 4. Na ovakvu mogućnost, da parlamentarni imunitet može štetno uticati na reputaciju parlamentarca, u našoj literaturi je odavno ukazivano. Pozivajući se na francuske pravne pisce, Gjanković je pre više od pedeset godina pisao: “Zanimljivo je da nepovredivost u određenim slučajevima može imati negativne posledice za zastupnika. Postoji, naime, mogućnost da neki građanin zatraži odobrenje za pokretanje krivičnog postupka, a da za to nema nikakvog stvarnog osnova. Građanin jednostavno želi da uznemiruje zastupnika i da mu škodi, ako je to moguće. A to je moguće jer optužba iznesena protiv zastupnika, koja se navodi prilikom traženja odobrenja, doživljava veliki publicitet. Kako u samom predstavničkom tijelu, tako i u službenim novinama, a vjerovatno i u štampi. Čak onda kad predstavničko tijelo odbije traženje za pokretanje krivičnog postupka, ostaje tračak sumnje da je zastupnik krivično dijelo možda ipak učinio.” D. Gjanković, 93.

ni imunitet nije cilj sam po sebi već da je to sredstvo omogućavanja poslanicima da “ispune želje nacije u celini, savršeno odražavajući te želje naroda u Skupštini”, ali da bi oni ovu važnu funkciju mogli da ispune potrebno je da budu zaštićeni od svih briga i pritisaka, i da ih arbitraran krivični postupak ne sme sprečavati, čak ni privremeno, u vršenju te njihove funkcije.<sup>46</sup>

U duhu ovog obrazloženja, i ESLJP je zauzeo stav da se u ovom slučaju ne radi o povredi čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP), jer pravo na presudu u krivičnom postupku nije apsolutno, posebno u situaciji kada ono nema nepopravljivo štetan uticaj na stranke, kao i da se pravo na pristup sudu ne narušava u tolikoj meri koja bi bila neproporcionalna legitimnom cilju kome se teži. A taj cilj se ogleda u postizanju pune nezavisnosti parlamenta, uz sprečavanje bilo kakvih politički motivisanih krivičnih postupaka. Ovaj legitiman cilj, prema mišljenju suda nije narušen ni kada parlamentarac nije u mogućnosti da se odrekne svog imuniteta, jer taj njegov čin ne može predstavljati zamenu za odluku parlamenta.<sup>47</sup> Zanimljivo je da je u ovoj odluci ESLJP odlučno stao na stranu parlamenta, i prednost dao njegovom integritetu, u odnosu na jedno ljudsko pravo – pravno na pristup sudu.

Odluka, pak nije doneta jednoglasno, trinaestoro sudija veća je glasalo za, a četvoro protiv. U izdvojenom mišljenju troje sudija je iznelo vrlo zanimljivu argumentaciju protiv ovakve presude ESLJP i protiv imuniteta nepovredivosti uopšte: “Parlamentarni imunitet je nastao pre mnogo vekova sa dobrom namerom sa ciljem da zaštiti poslanike od tiranije moćnih, ali se tokom vremena, uglavnom, pretvorio u tiraniju nekih parlamentaraca u odnosu na one manje moćne. U modernim funkcionalnim demokratijama, gde poslanici ne treba više da strepe od odmazde despota, parlamentarni imunitet je postao mnogo izraženiji u zaštiti nečasnih političara od poštenih postupaka nego što predstavlja zaštitu časnih političara od lažiranih postupaka.”<sup>48</sup>

#### IMUNITET NEPOVREDIVOSTI U REPUBLICI SRBIJI – SPORNA PITANJA

Sadašnji Ustav Republike Srbije predviđa gotovo identičnu odredbu kao i njegov prethodnik: “Narodni poslanik koji se pozvao na imunitet ne može biti pritvoren, niti se protiv njega može voditi krivični ili drugi postupak u kome se može izreći kazna zatvora, bez odobrenja Narodne skupštine. [...] Nepozivanje

---

<sup>46</sup> Kart v. Turkey, para. 7.

<sup>47</sup> Ibid., para. 28-29.

<sup>48</sup> Dissenting opinion of Judge Bonello joined by Judges Zupančič and Gyulumyan, Kart v. Turkey, No. 8917/05, 3.12.2012, 33.

narodnog poslanika na imunitet ne isključuje pravo Narodne skupštine da uspostavi imunitet.”<sup>49</sup>

Već se kod utvrđivanja trajanja imuniteta nepovredivosti otvara nekoliko spornih pitanja. Načelno se uzima da on štiti parlamentarca od trenutka potvrđivanja njegovog mandata u Narodnoj skupštini. Međutim, ovde se otvara pitanje, da li je potrebno odobrenje Skupštine u slučaju da je postupak protiv parlamentarca pokrenut pre nego što je on stupio na funkciju. U ovom slučaju postoji pravna praznina, jer u uporednom pravu postoje ustavi koji ovo pitanje rešavaju na izričit način, zahtevajući u takvoj situaciji odluku parlamenta.<sup>50</sup> Postoji gledište da ukoliko je postupak protiv parlamentarca pokrenut pre njegovog izbora, ili se on nalazi u pritvoru, parlament u takvoj situaciji ne bi trebalo da se izjašnjava, tj. da daje naknadno odobrenje, osim u slučaju da je postupak pokrenut pre izbora i stupanja na funkciju, a da se naknadno traži pritvaranje parlamentarca. Ukoliko bi nižim aktom (poslovníkom ili zakonom o skupštini) bilo uvedeno ovakvo pravo skupštine, to bi bilo proširivanje granica ovog imuniteta protivno odredbama koje je najviši akt postavio.<sup>51</sup> Suprotno, pak, prema S. Jovanoviću, i u ovakvoj situaciji smatra se da je neophodno izričito skupštinsko ovlašćenje, a ukoliko bi se on našao u pritvoru mogao bi biti pušten.<sup>52</sup> Čini se da ima argumenata i za jedan i za drugi stav, tumačenjem suštine ovog instituta, zamislivo je da izvršna vlast preduzima mere protiv istaknutog pojedinca kako bi ga sprečila u nameri da se kandiduje za narodnog poslanika ili makar značajno diskredituje u njegovoj ulozi; kao i suprotno, da se pojedinac koji je zaista skrivio određeno delo, kandiduje na izborima kako bi se kasnije zaštitio imunitetom (što u krajnjem ishodu može zavisiti od konstelacije političkih snaga u parlamentu). Svakako bi najbolje rešenje bilo da se u budućnosti i kod nas ovakva situacija reguliše ustavnom normom.

Što se tiče završetka trajanja ovog imuniteta, on prestaje kada i mandat narodnog poslanika, ali se i ovde postavlja pitanje šta se dešava u situaciji ako je parlament raspušten, a pokrene se postupak protiv parlamentarca. Sličan događaj odigrao se početkom 2014. godine u Republici Srbiji, kada je jedan narodni poslanik, u trenutku kada je Narodna skupština bila raspuštena, zadržan u policiji. Ustav<sup>53</sup> od 2006. godine u čl. 109. st. 7. predvideo je da raspuštena Narodna skupština može vršiti “samo tekuće i neodložne poslove”, dok je Zakon o Narodnoj

<sup>49</sup> Čl. 103 st. 3 i 6. Ustav Republike Srbije.

<sup>50</sup> Nemačka, Belgija, Hrvatska i Grčka. Vid. Venice Commission, Revised Comparative Table on the Lifting of Parliamentary Immunity, Opinion No. 714/2013, April, 2014.

<sup>51</sup> J. Stefanović, 248. Slično: V. Petrov (2010), 90.

<sup>52</sup> S. Jovanović, 230.

<sup>53</sup> Ustav Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 98/06.



skupštini<sup>54</sup> dodatno precizirao ove poslove nabrajajući nekoliko kategorija, između ostalih i rešavanje mandatno–imunitetskih pitanja. Kao što se vidi raspuštena Skupština nije prestala da postoji, ona ima samo “ograničeni kapacitet u pogledu poslova koje može da obavlja”<sup>55</sup>. Dakle, i u ovakvom slučaju Narodna skupština može odlučivati<sup>56</sup> o uspostavljanju/ukidanju imuniteta nepovredivosti, što se u konkretnoj situaciji i dogodilo.

Kad je reč o obimu imuniteta nepovredivosti, ponovo je isti slučaj iz 2014. godine otvorio novu dilemu: da li je naš ustavotvorac imao na umu samo pritvor, ili ovaj imunitet štiti parlamentarce od svakog lišenja slobode. Narodni poslanik protiv koga je bio pokrenut postupak bio je lišen slobode prilikom tzv. policijskog zadržavanja<sup>57</sup> na osnovu odluke nadležnog tužioca, dok je za sprovođenje pritvora nužna odluka suda. U Ustavu od 2006. godine je predviđeno da narodni poslanik “ne može biti pritvoren” pa iz toga proizlazi da se imunitet nepovredivosti kod nas može primeniti samo u slučaju pritvora ali ne kod drugih oblika lišenja slobode, kakvo je policijsko zadržavanje. Ipak, može se razmišljati u pravcu proširivanja ovog imuniteta na sve oblike lišenja slobode.<sup>58</sup> Ovakvo rešenje postojalo je u našim starim ustavima<sup>59</sup>.

“Imunitet na prekide” traje samo tokom zasedanja, dok “kontinuirani” traje kao i mandat parlamenta. “Izgleda po svemu da koncepcija kontinuiranog imuniteta (za vreme trajanja mandata) odgovara više prvobitnoj ideji nepovredivosti, od koncepcije imuniteta na prekide, samo za vrijeme zasedanja. Imunitet nepovredivosti ionako samo privremeno štiti zastupnika, do odobrenja predstavničkog tijela ili najkasnije do isteka mandata. Ako se vremenski ovaj imunitet još više skрати, onda on više nema smisla.”<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> Zakon o Narodnoj skupštini, Sl. glasnik RS, br. 9/2010.

<sup>55</sup> Vladan Petrov, “Slučaj Tomić: Preispitivanje poslaničkog imuniteta nepovredivosti”, Srpska politička misao 2/2014, 222.

<sup>56</sup> Ovakvo ovlašćenje parlamenta izričito predviđaju ustavi Hrvatske (čl. 75. st. 3) i Grčke (čl. 62/1). Venice Commission, Revised Comparative Table on the Lifting of Parliamentary Immunity.

<sup>57</sup> Čl. 294. “Zadržavanje osumnjičenog”, Zakonik o krivičnom postupku, Sl. glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

<sup>58</sup> V. Petrov (2014b), 224–227.

<sup>59</sup> Zaštitu od “lišenja slobode” predviđali su: Ustav Kraljevine SHS (čl. 88), Kraljevine Jugoslavije (čl. 75), Ustav FNRJ (čl. 69) i Ustavni zakon od 1953. godine (čl. 57). Zaštitu od pritvaranja predviđali su: Ustavi Kraljevine Srbije od 1888. i 1903. godine (čl. 125 i čl. 124), kao i Ustavi SFRJ od 1963. i 1974. (čl. 201 i čl. 306). Ustav SR Srbije od 1990. godine takođe sadrži odredbu o pritvoru (čl. 77). Teško je sa ove vremenske distance reći da li se ovde radi samo jezičkoj nedoslednosti, ili su ustavotvorci u svakom trenutku imali na umu jasnu viziju o domašaju normi koje unose u ustav.

<sup>60</sup> D.Gjanković, 93. Slično i: Marković (2008), 301. Suprotno, Petrov se opredeljuje za imunitet na prekide. V. Petrov, (2014b), 227.

## ZAKLJUČAK

Pitanje uloge i značaja parlamentarnih imuniteta je nužno skopčano sa položajem samog parlamenta u modernim demokratskim državama. Na to kakav je položaj parlamenta danas, moglo bi se odgovoriti tek opsežnim razmatranjem dve teze: da je danas u toku "propadanje parlamenta" ili suprotno, da se parlament "vraća na veliku scenu".<sup>61</sup> Bez ulaženja u detalje ovih pitanja, čini se da je prisutna sledeća pojava. U periodima društvenog i ekonomskog napretka, i vremenima bez velikih turbulencija, kada egzekutiva uspešno funkcioniše bez preterane potrebe da donosi politički sudbonosne odluke o razvoju i ciljevima jedne države, parlament izgleda kao suvišna institucija, upravo kao relikv prošliosti, sa svim svojim institutima i komplikovanim mehanizmima. U tom periodu egzekutiva je dovoljna sama sebi i trudi se na sve načine da parlament ostane po strani da bi do izražaja došlo njeno "briljantno delovanje". Do obrta dolazi u kriznim vremenima. Egzekutiva više nije sposobna da se sama izbori sa problemima, a neretko i ne želi da preuzme odgovornost za strateške političke odluke (kao što je preuzimala svu "slavu" kada se radilo o uspesima). Tada na scenu stupa zaboravljeni i skrajnuti parlament, a ponekad i sami građani, koji se pozivaju da se izjasne na referendumu. Očito da je parlament neophodan i danas, samo se postavlja pitanje njegove suverenosti. U epohi kada ni države nisu suverene kao nekada (ako su ikada sve države bile podjednako suverene), logična je i promenjena pozicija parlamenta.

Do pre pola veka nije postojao arbitar koji je snagom presuđene stvari govorio da li je određena odluka parlamenta valjana ili ne, kao što je to danas slučaj sa Evropskim sudom za ljudska prava. On tako u nekim svojim presudama staje na stranu parlamenta, ističući njegovo pravo da čuva sopstveni integritet, a u drugima određuje neophodnost primenjivanja preciznih kriterijuma prilikom kažnjavanja parlamentaraca ili definisanja delokruga njihove funkcije. U obe situacije dolazi do slabljenja autonomije parlamenta. S druge strane, preporuke Venecijanske komisije kreću se u pravcu što preciznijeg definisanja načina na koji će se ovaj institut primenjivati, a to je strogo pridržavanje pravnih procedura i ustaljenih kriterijuma, kako bi se proizvoljnost u odlučivanju svela na što manju meru.

Za sam kraj mogu se iskoristiti davno izrečene reči D. Gjankovića: "U državi u kojoj je načelo zakonitosti proglašeno i gdje se ono stvarno primenjuje, imunitet zastupnika nije potreban. Nije potreban stoga što ne postoji mogućnost neosnovanog progona i što su garancije dane općim propisima građanima dovoljne i za zastupnike."<sup>62</sup> Ukoliko to nije slučaj, a svedoci smo da gotovo nigde još uvek

<sup>61</sup> V. Petrov (2010), 42 i dalje.

<sup>62</sup> D. Gjanković, 157.

nema tako uređenog sistema, proizlazi da je imunitet nepovredivosti još uvek više nego potreban.

ĐORĐE MARKOVIĆ  
Ph.D. Candidate, Faculty of Law  
University of Belgrade

#### INVIOABILITY IN THE MODERN PARLIAMENT

#### Summary

Inspired by the events in the Turkish parliament, the author emphasizes the need to reassess the position of the classical institute of inviolability in the modern parliament. Report of the Venice Commission on Parliamentary immunities and Commission's Revised Comparative Table on the Lifting of Parliamentary Immunity are putting a new light on the classical theoretical model of this type of immunity. Nevertheless, the completely new perspective of this institute gave European Court of Human Rights, in its two decisions. This court pushed the limits in understanding of inviolability. In the final part of the paper, the author discuss about the challenges of practicing this type of the immunity in Republic of Serbia.



VLADIMIR MIKIĆ

## REDOVNA USTAVNA REVIZIJA KAO IZNEVERENI DRUŠTVENI IMPERATIV U REPUBLICI SRBIJI<sup>1</sup>

### U V O D

Ove jeseni navršava se deset godina važenja Ustava Republike Srbije (u daljem tekstu: Ustav; URS)<sup>2</sup>, proglašenog 8. novembra 2006. godine u Narodnoj skupštini Republike Srbije (Narodna skupština). Ovaj podatak čini da on *već sada* – pre bilo kakve izmene njegovog teksta – ima trajanje koje gotovo da se poklapa sa tipičnim (prosečnim) ukupnim periodom važenja pojedinačnog ustava u srpskoj istoriji.<sup>3</sup> Uz to, reč je o jednom od ubedljivo “najmlađih” ustavnih dokumenata u Evropi.<sup>4</sup>

---

Dr Vladimir Mikić, stručni saradnik Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> M. Radojević (prir.), *Srpski ustavi: od 1835. do 1990. godine: sa ustavima Kraljevina SHS i Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 2004, str. 51. “Ako se po vremenu i iskustvom dokaže da je nužno, promjeniti koji ot više isčisljeni členova ustava Knjažestva Srbije, ili da je nužno što dodati k njima ili oduzeti; to Knjaz i državni Sovjet Srbski, da sazovu skupštinu narodnju, pak da ih predstave i dokažu nužnost istu, i onda zajedno s njom ili da promjene ovaj ili onaj člen ustava ovoga, ili da mu dodadu, što je nužno, il da oduzmu od njega što je izlišno il besputno.” (čl. 140 “Sretenjskog” ustava iz 1835. godine)

<sup>2</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 98/06.

<sup>3</sup> U zavisnosti od kriterijuma korišćenih za klasifikaciju propisa koji se mogu ubrojati u “ustave Srbije”, taj vremenski period (posmatrano od 1835. do 2006), iznosi između 10 i 15 godina.

<sup>4</sup> Posle URS, ustavne akte su od evropskih zemalja usvojile još samo Crna Gora (19. oktobra 2007) i Mađarska (18. aprila 2011. godine).

Navedene činjenice mogle bi da navedu na zaključak da pred Ustavom stoji “pobedonosna” perspektiva propisa usvojenog *in extremis*,<sup>5</sup> koji već čitavu deceniju služi kao najširi normativni okvir za uređenje složenih političkih, pravnih i društvenih odnosa u zemlji. Važan činilac pri procenjivanju mogućnosti da njegova primena doživi dug vek čini okolnost da njegov tekst nijednom nije menjan.

Ipak, ovaj rad za cilj ima da dokaže upravo suprotno gledište. Naime, redovnim “provetranjem” ustavnog dokumenta, odnosno povremenim intervencijama u njegovu formalnu sadržinu (uz brisanje očividno neadekvatnih i uvođenje realističnih i smislenih normi), sprečava se svojevrsna *implozija* ustavnog poretka i čuva (samo naizgled paradoksalno) integritet ustava. Sa druge strane, ukoliko ustavni dokument ne prođe kroz blagovremene revizije zahvate, suočava se sa opasnošću da ga prostom snagom fakticiteta nadmaše političke i društvene pojave i okolnosti koje su bile nepoznate u vreme pisanja ustava (ili se ustavopisac pravio da ih nema). Takvom ustavu preči stvaranje i snaženje raznovrsnih oblika postupanja koji izrastaju u običaje *contra constitutionem*.

Izbegavanjem “suočavanja” sa objektivnim potrebama za (delimičnom) ustavnom revizijom, politički akteri u čijim su rukama poluge ustavnih promena u Republici Srbiji (Srbija) izneveravaju važnu (makar i “golim okom” teško vidljivu) potrebu društva za stalnim usklađivanjem i interakcija između društvene stvarnosti i (ustavnog) prava.<sup>6</sup> Ustav nema nikakvu budućnost ako nije “živ”, a posebno ukoliko njegovu primenu prati politička (politikantska) instrumentalizacija potrebe za ustavnom revizijom. To je slučaj i sa URS-om, kao najvišim aktom zemlje sa nejakim konstitucionalističkim impulsom.

U prvoj celini rada biće analiziran pravni okvir koji je Ustav predvideo za izmenu vlastitih odredaba, kao i određeni podustavni propisi koji za cilj imaju sprovođenje odnosnih ustavnih odredaba. Drugi deo rada ima za cilj utvrđivanje krupnih tačaka u desetogodišnjoj *istoriji revizije Ustava koja se nije dogodila*. U njemu su tematski klasifikovane (poluzvanične) najave izmene Ustava, kao svojevrsan spisak *de facto* izneverenih obećanja da će u Srbiji Ustav biti upodobljen važnim političkim i društvenim promenama ili potrebama za njima. Zaključnim razmatranjima prethodi utvrđivanje smisla pojma “društveni imperativ” u svetlosti potrebe za izmenom Ustava.

<sup>5</sup> Ustav je donet *nekoliko meseci nakon “neželjenog” osamostaljenja Republike Srbije i obnove njenog međunarodnopravnog subjektiviteta, raspadom Državne zajednice Srbija i Crna Gora u junu 2006. godine.*

<sup>6</sup> *Promene ustava mogu za cilj da imaju “prilagođavanje razvojjima koji su se, zapravo, već dogodili”, ali one ih mogu i izazivati.* Reč je o razlici između “prilagođavačke” i “oblikovne” (stvaralačke) promene ustavnog propisa: P. Häberle, *Ustavna država*, Zagreb 2002, str. 102.

## PRAVNI OKVIR USTAVNE REVIZIJE U SRBIJI

Postupak ustavne revizije u Srbiji, uređen u IX delu Ustava (“Promena Ustava”, čl. 203-205), odlikuje se poštovanjem teorijskog i uporednog pravila (zahteva) o kvalifikovanoj većini u parlamentu kao dokazu proširenog konsensualnog osnova za izmenu najvišeg normativnog okvira u zemlji. Uz to, Ustavom je, za izmenu velikog broja njegovih odredaba, predviđena i neophodna referendumsko potvrda.

U odnosu na (prethodno važeći) Ustav Republike Srbije iz 1990. godine,<sup>7</sup> URS je pooštrio uslove za podnošenje predloga za ustavnu reviziju. Umesto jedinoj petini (50 od ukupno 250 narodnih poslanika),<sup>8</sup> URS tu mogućnost (u čl. 203, st. 1) daje trećini ukupnog broja narodnih poslanika (što znači: najmanje 84 poslanika), dok inicijativu za reviziju više ne može da podnese 100.000 birača, nego njih 150.000. I normativno-stilski posmatrano, nije jasno zbog čega je redosled ovlašćenih predlagača promenjen tako da se prvo navode narodni poslanici, pa predsednik Republike, pa Vlada Republike Srbije (Vlada) i, na kraju, birači (po Ustavu iz 1990, redosled je počinjao biračima, nastavljao se poslanicima i završavao navođenjem aktera iz redova predstavnika izvršne vlasti).

Pošto predlog za promenu Ustava usvoji dvotrećinska većina od ukupnog broja poslanika (čl. 203, st. 3 URS), Narodna skupština pristupa izradi akta o promeni Ustava, odnosno njegovom razmatranju (st. 5), te ga usvaja – ponovo dvotrećinskom većinom – i ima na raspolaganju ovlašćenje da odluči da se o tom aktu održi referendum (st. 6),<sup>9</sup> izuzev, naravno, u slučaju obaveznog referenduma, koji proizlazi iz potrebe ustavopisca da od revizije dodatno “zaštiti” čitav spisak ustavnih tema i instituta iz st. 7. istog člana. Treba obratiti pažnju da ovakvu zaštitu uživa izuzetno (čak i neprimereno) veliki broj ustavnih odredaba. Tako, referendum se obavezno raspisuje ako se promena Ustava odnosi na: preambulu Ustava, njegova načela (sadržana u prvom delu Ustava (čl. 1-17)), ljudska i manjinska prava i slobode (drugi deo Ustava, čl. 18-81), uređenje vlasti (peti deo, čl. 98-165), proglašavanje ratnog i vanrednog stanja (čl. 200 i 201), odstupanje od

---

<sup>7</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 1/1990.

<sup>8</sup> Čl. 132, st. 1. Ustava iz 1990. godine.

<sup>9</sup> Jedna od stilskih grešaka ustavopisca sastoji se u formulaciji odredbe čl. 203, st. 6. Ustava, prema kojoj Narodna skupština “može odlučiti da [akt o promeni Ustava] i građani potvrde na republičkom referendumu”, kao da narodnim poslanicima pripada prerogativ da praktično unapred (u ime građana i umesto njih) odlučuju o (pozitivnom, odnosno potvrdnom) ishodu referenduma. Uz to, “Ustav ne kaže kojom većinom Narodna skupština donosi odluku o raspisivanju republičkog referenduma”: R. Marković, “Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled”, *Anali Pravnog fakulteta* LIV, br. 2, 2006, str. 5-46, 40.

ljudskih i manjinskih prava u vanrednom i ratnom stanju (čl. 202) ili postupak za promenu Ustava (čl. 203-205). Dakle, pored preambule, revizija Ustava nije moguća bez (uspešnog) referenduma ukoliko se odnosi na neki od 155 (od ukupno 206) članova Ustava)! Referendum, drugim rečima, nije neophodan ukoliko revizija za predmet ima neko od pitanja iz oblasti: ekonomije, nadležnosti Republike Srbije, Ustavnog suda (što je teško shvatljivo, kao da Ustavni sud ne predstavlja jednu od važnih komponenti u sklopu sistema vlasti), pokrajinske autonomije i lokalne samouprave, hijerarhije propisa i načela zakonitosti.<sup>10</sup> Za sprovođenje promene Ustava potrebno je da – dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika – bude donet ustavni zakon (čl. 205, st. 1 i 2 Ustava). Konačno, izvesni tehnički modaliteti postupanja Narodne skupštine u postupku revizije uređeni su i Poslovníkom Narodne skupštine.<sup>11</sup>

Određba iz čl. 203, st. 4. Ustava o jednogodišnjoj zabrani pristupanja reviziji po pitanjima sadržanim u predlogu koji nije podržan dvotrećinskom većinom u Narodnoj skupštini, iako predstavlja novost u odnosu na Ustav iz 1990 (koji ne sadrži slično ograničenje), predstavlja svojevrsni evropski uporedni standard.<sup>12</sup> Isto važi i za odredbu iz čl. 204. URS, prema kojoj je zabranjena promena Ustava tokom trajanja neredovnih okolnosti<sup>13</sup> (i koju takođe nije poznavao Ustav iz 1990. godine). Ustav je postavio i određena *implicitna*, materijalna ograničenja sopstvenoj reviziji.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Treći deo Ustava (“Ekonomsko uređenje i javne finansije”, čl. 82-96), četvrti deo (“Nadležnosti Republike Srbije”, čl. 97), šesti deo (“Ustavni sud”, čl. 166-175), sedmi deo (“Teritorijalno uređenje”, čl. 176-193), osmi deo (“Ustavnost i zakonitost”, čl. 194-202 (izuzev čl. 200-202)). Razumljivo, nikakva revizija nije logički zamisliva u odnosu na poslednju ustavnu odredbu (čl. 206), koja je završnog karaktera.

<sup>11</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 52/10 i 13/11. Glava IX, deo 1 ovog propisa nosi naslov: “Postupak za promenu Ustava” (čl. 142-149). U ovom delu Poslovníka su pobrojani zahtevi formalne prirode, uključujući i rokove za postupanje Narodne skupštine i ulogu njenog nadležnog odbora.

<sup>12</sup> Gotovo istovetno rešenje sadržano je u čl. 177, st. 8. Ustava Albanije iz 1997, čl. 168. Ustava Estonije iz 1992, čl. 148, st. 4. Ustava Litvanije iz 1992, čl. 155, st. 5. Ustava Crne Gore, te čl. 158, st. 1. Ustava Ukrajine iz 1995. godine.

<sup>13</sup> Ustavne revizije nema u doba neredovnih okolnosti u: Albaniji (čl. 170, st. 5 i čl. 177, st. 2. Ustava), Belgiji (čl. 196. Ustava iz 1994), Belorusiji (čl. 139, st. 2. Ustava iz 1994), Nemačkoj (čl. 115e, st. 2. Osnovnog zakona iz 1949), Poljskoj (čl. 228, st. 6. Ustava iz 1997), Portugalu (čl. 289. Ustava iz 1976), Rumuniji (čl. 152, st. 3. Ustava iz 1991), Crnoj Gori (čl. 156, st. 7. Ustava), Švedskoj (poglavlje 13, čl. 5, st. 2. Instrumenta vladavine), Španiji (čl. 169. Ustava iz 1978) itd.

<sup>14</sup> Posredna zabrana promene sadržana je u odredbi čl. 20, st. 2. Ustava, koja nalaže da se dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati; uz to, vladavina prava, koja počiva na neotuđivim ljudskim pravima, određena je po čl. 3, st. 1. kao osnovna pretpostavka Ustava, a suverenost čini, po čl. 2, st. 2, jednu od temeljnih vrednosti ustavnog poretka: V. Đurić, “Ustavnosudska kontrola ustavnih promena u Republici Srbiji”, *Pravni život*, 12/2014, str. 607-619, 614-616.



## IZNEVERENE NAJAVE USTAVNE REVIZIJE

Ključni problem u vezi sa činjenicom da Ustav nije noveliran u prvih deset godina njegove primene sastoji se u tome što su izmene njegovog teksta za sve to vreme redovno najavljivane od strane nosilaca najodgovornijih ustavnih i političkih funkcija u zemlji. Visoki državni funkcioneri konstatovali su postojanje potrebe za promenama teksta Ustava gotovo od dana njegovog usvajanja.<sup>15</sup> Ova činjenica upućuje na zaključak da je Ustav usvojen (i potvrđen na referendumu održanom 28. i 29. oktobra 2006. godine) u senci zvaničnog obećanja da će – u meri i u delu u kojem je to potrebno – biti menjan ubrzo.

Na narednim stranama biće pobrojani i sistematizovani raznovrsni nezvanični “predlozi” i “zahtevi” za izmenom Ustava koje su izneli predstavnici ustavnih organa i političkih stranaka i druge uticajne političke ličnosti u Srbiji, i to: predsednik Republike (i to obojica nosilaca te dužnosti od usvajanja Ustava do danas), članovi (različitih sastava) Vlade, predstavnici pojedinih političkih grupa u Narodnoj skupštini, pojedinačni narodni poslanici, te predstavnici sudske vlasti i teritorijalne autonomije. Autorski tekstovi i dokumenti u kojima su sadržani predlozi za ustavnom revizijom (a kojih ima puno) nisu navedeni u ovom radu (ili se na njih čini tek sporadičan osvrt, u svrhu pružanja odgovarajućeg primera), jer njegov predmet čini istraživanje neslužbenih (neformalnih) najava ustavne revizije, datih od strane *zvaničnih* predstavnika ustavnih organa. Ovo pojašnjenje je potrebno zato što postupak promene Ustava nikada nije ni pokrenut, a ne samo sproveden. Naravno, ne snose istu vrstu odgovornosti za ovu nedоследnost, sa jedne strane, oni ustavni organi koji su ovlašćeni na pokretanje postupka

---

<sup>15</sup> *Zvanično konstatovana potreba da Ustav bude menjan što je pre moguće stara je gotovo koliko i sâm Ustav. Naime, “koliko sutradan po usvajanju “Mitrovdanskog ustava” (...) čuli su se zahtevi za promenu tek donetog dokumenta”: “Promena Ustava: Branitelji i reformatori”, “Vreme”, br. 1046, 20. januar 2011: <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=972617> (01.07.2016). “Debata o ustavnim reformama u Srbiji traje praktično od političkih promena 2000. godine, a imajući u vidu da je prilikom usvajanja aktuelnog Ustava ona izostala, tokom čitavog perioda od novembra 2006. godine su se nastavile rasprave o potrebi njegove revizije”: *Komitet pravnika za ljudska prava, Ustav Republike Srbije: Nedostaci i potreba za reformom: Preliminarni izveštaj o nedostacima Ustava Republike Srbije i predlozi za reformu, Beograd 2013, str. 43. Predsednik Republike saopštio je na sednici Narodne skupštine od 30. septembra 2006, pozivajući narodne poslanike da usvoje predlog Ustava, da “ovaj najviši pravni akt (...) nije najbolji koji je moguć i nije idealan” (što svakako implicira potrebu za njegovim budućim izmenama): <http://www.otvoreniparlament.rs/2006/09/30/286438/> (15.07.2016). I šef poslaničke grupe Socijalističke partije Srbije (SPS) izjavio je tada da je brza ustavna revizija moguća: “Da li je ovaj ustav dobar ili loš? Promenite ga posle toga. Nijedan ustav nije Sveto pismo”: *ibid.* Istom prilikom, govoreći o želji članova poslaničke grupe kojoj pripada (“Nova Srbija i samostalni poslanici”) da državno uređenje bude monarhija, predstavnik te grupe izjavio je: “To je detalj, vreme će da pokaže (...), ovaj ustav možemo lako i promeniti”: *ibid.***

za promenu Ustava (Vlada, predsednik Republike, narodni poslanici) i, sa druge strane, institucije (i njihovi predstavnici) koje tim ovlašćenjem ne raspolažu.

Sadržina predloga promena sastojala se u: smanjenju broja narodnih poslanika, promeni ili potpunijem ustavnom regulisanju izbornog sistema, izmeni načina izbora predsednika Republike, smanjenju obima nadležnosti Ustavnog suda i proširenju ovlašćenja predsednika Republike, snaženju nezavisnosti sudstva, izmeni (ili ukidanju) preambule, konstitucionalizovanju formalnih uslova za buduće članstvo Srbije u Evropskoj uniji (EU), preciznijem normiranju ovlašćenja Autonomne pokrajine Vojvodina (APV) i nekim drugim (manjim) pitanjima. Treba istaći da je jedna značajna grupa predloga za izmenu Ustava imala za predmet ispravljanje brojnih jezičkih, stilskih i, uopšte, normativno-tehničkih propusta ustavopisca.<sup>16</sup>

Veoma obimna grupa predloga ustavne revizije koncentrisana je oko kritike postojećeg broja poslanika u Narodnoj skupštini (utvrđenog odredbom čl. 100, st. 1 Ustava). Smanjenje broja narodnih poslanika “ne silazi sa usana” političkih činilaca u zemlji. Ono je predstavljalo i jedan od razloga za formiranje “akcione grupe” Narodne skupštine, obrazovane, navodno, u svrhu pripreme izmene Ustava.<sup>17</sup> Kao svrha najavljene promene navođen je “operativniji i prvenstveno ekono-

<sup>16</sup> Ovakvi komentari izuzetno su brojni u akademskoj javnosti. Primera radi može biti navedena izjava Zorana Ivoševića, nekadašnjeg člana Vrhovnog suda Srbije, prema kojoj u Ustavu “ima mnogo grešaka, čak i gramatičkih”; on navodi kako “uopšte nije pristojno da u jednoj uređenoj zemlji najviši pravni akt ima toliko grešaka”: “Vreme je za promenu Ustava, ali gde će se povući crta?”: <http://www.nadlanu.com/info/srbija/Vreme-je-za-promenu-Ustava-ali-gde-ce-se-povuci-crta.a-224040.291.html> (03.07.2016). Čini se istinitim da su “posledice brzog usvajanja ostavile (...) traga na kvalitet ustavnog teksta”, pa “i pravnički neukom čitaocu smeta što su tom prilikom napravljene pravopisne greške”, pa i “neoprostivi propusti”: M. Radojević, “Dve decenije ustavnosti u Srbiji: ustavi u vanrednom stanju (1990-2010), *Politička revija* 2/2012 (XXIV) XI vol 32, str. 219-244, str. 239. Određen broj primedaba u tu svrhu uputili su i političari. Predstavnici izvesnog broja poslaničkih grupa u sazivu Narodne skupštine od 2014. do 2016. najavili su podnošenje formalnog zahteva za izmene Ustava koje bi težile otklanjanju tih nedostataka. Prema rečima šefa poslaničke grupe Saveza vojvodanskih Mađara (SVM), ta stranka “smatra da je Ustav prepun grešaka, tehničkih i pravnih, kao i nepostojanih rešenja”: “Tim za izmenu političkog sistema: Ustav je prepun grešaka, treba ga menjati”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/tim-za-izmenu-politickog-sistema-ustav-je-prepun-gresaka-treba-ga-menjati/b2pytf6> (31.07.2016)

<sup>17</sup> Na predlog predsednice Narodne skupštine, u sastavu ove akcione grupe trebalo je da budu članovi iz reda svih poslaničkih grupa, ali i predstavnici vanparlamentarnih stranaka, nezavisnih institucija i predstavnika civilnog društva: “Babić: Dogovor o promeni političkog sistema do kraja godine”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/babic-dogovor-o-promeni-politickog-sistema-do-kraja-godine/znstm21> (31.07.2016). O daljoj sudbini ovog tela najbolje svedoče reči šefa poslaničke grupe vladajuće političke stranke (Srpska napredna stranka (SNS) imala je u tadašnjem sazivu 136 narodnih poslanika) od 12. maja 2015: “Smatram da ćemo naredne nedelje imati i prvi sastanak

mićniji parlament”, sa većim poverenjem kod građana.<sup>18</sup> Ovakva ustavna revizija predstavljena je kao prioritet, nezavisno od sastava vladajuće većine u Narodnoj skupštini: kako pre parlamentarnih i predsedničkih izbora iz 2012,<sup>19</sup> tako i posle njih.<sup>20</sup>

Određeni politički činioци iznosili su u javnost i potrebu za drugačijim uređenjem važećeg izbornog sistema za Narodnu skupštinu, koja bi bila ispunjena uvođenjem povišenog (stepenovanog) cenzusa za koalicione liste na parlamentarnim izborima,<sup>21</sup> ali, prema određenim gledištima, i sniženjem cenzusa uopšte.<sup>22</sup> Do javnosti su stizali i glasovi narodnih poslanika o potrebi za ustavnim garanto-

---

Akcionе grupe. Namerno smo želeli da izbegnemo termin radne grupe, zato što postoji jedno uvreženo mišljenje da kada god nešto nećete da uradite onda formirate radnu grupu”: *ibid*.

<sup>18</sup> Parlament je, po rečima šefa poslaničke grupe SNS, “preglomazan i ne toliko efikasan” (v. fusnotu 17), pa bi broјčano manji parlament “bio daleko efikasniji i jeftiniji”: “Babić: Promena Ustava na kraju procesa pridruživanja”: “Babić: Promena Ustava na kraju procesa udruživanja”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/babic-promena-ustava-na-kraju-procesa-pridruzivanja/x0g98lw> (31.07.2016).

<sup>19</sup> U vreme kada je koalicija okupljena oko nje imala parlamentarnu većinu (januara 2011), Demokratska stranka (DS) je, načelno, bila raspoložena za smanjenje broja poslanika: “Loš Ustav izgovor za kampanju”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/los-ustav-izgovor-za-kampanju/gh8tyy> (10.07.2016). Tadašnji predsednik Republike navođen je kao nezvanični inicijator ovakve izmene Ustava: <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=972617> (fusnota 15 u ovom radu); “Predsednik Boris Tadić smatra da je pravo vreme da se, ustavnim izmenama, broj poslanika smanji na 150”: “Trebа li menjati Ustav”: [http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2009&mm=04&nav\\_id=358120](http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2009&mm=04&nav_id=358120) (11.07.2016). Ovakvu “nameru” predsednika Republike da podržao je u decembru 2010. i tadašnji ministar odbrane: *ibid*.

<sup>20</sup> Ovakav predlog “podržan” je 2015. od strane poslanika Nove Srbije: v. fusnotu 16 u ovom radu. Šef poslaničke grupe SNS najavio je da se do kraja te godine “očekuje dogovor o promeni političkog sistema”, koji “podrazumeva promenu Ustava”, pri čemu je “prvi korak promena broja poslanika”, koji predstavlja “jedan od prioriteta” SNS. Istom prilikom, on je podsetio da je smanjenje broja poslanika na 150 ili 125 najavio i predsednik Vlade: *ibid*. Šef poslaničke grupe SNS podsetio je u oktobru 2014. da je ta stranka svoj predlog izmene broja poslanika formalno predala Narodnoj skupštini “još pre nekoliko godina, kada smo bili u opoziciji”: *ibid*. Predstavnici SNS (predvođeni današnjim predsednikom Republike, Tomislavom Nikolićem) predali su 13. januara 2011. više od 300.000 potpisa “građana koji su podržali inicijativu za promenu Ustava Srbije u delu koji određuje broj narodnih poslanika”: “Naprednjaci Skupštini predali potpise za promenu Ustava”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/naprednjaci-skupstini-predali-potpise-za-promenu-ustava/w8q267r> (31.07.2016).

<sup>21</sup> Stav poslanika SVM je da “treba uvesti stepenasti cenzus za koalicije”: “Tim za izmenu političkog sistema: Ustav je prepun grešaka, treba ga menjati” (fusnota 16).

<sup>22</sup> Poslanička grupa Nove Srbije nominalno se zalagala za smanjenje cenzusa za ulazak stranaka u parlament na 3 odsto, ali i za uvođenje većinskog izbornog sistema: *ibid*.

vanjem (bolje) teritorijalne reprezentativnosti Narodne skuštine.<sup>23</sup> Uz to, isticani su i zahtevi za brisanjem odredbe čl. 102, st. 2. Ustava (koja predstavlja osnov za punu stranačku kontrolu nad mandatima narodnih poslanika), čime bi bila ukinuta mogućnost podnošenja tzv. blanko ostavki od strane narodnih poslanika.<sup>24</sup>

Neposredan način izbora predsednika Republike, uređen odredbom čl. 114, st. 1. Ustava, s vremena na vreme osporavan je kao neodgovarajuće rešenje.<sup>25</sup> I sâm predsednik Republike predlagao je u januaru 2015. izmenu Ustava koja bi imala za cilj da šefa države biraju narodni poslanici, a ne (kao što je to slučaj od 1990. do danas) građani na neposrednim izborima.<sup>26</sup> Kao razlog je naveden neravnomeran odnos između načina izbora i ovlašćenja ove institucije.<sup>27</sup>

Preostali predlozi za revizijom Ustava ticali su raznorodnih tema. Jedan predlog za izmenu Ustava imao je za cilj sužavanje Ustavom pobrojanih nadležnosti Ustavnog suda: od njegove predsednice pristigao je nezvanični predlog ustavne revizije iniciran potrebom za rasterećenje tog organa, koji, usled nesrazmerno velikog broja poslova koje mora da vrši, gubi karakteristiku tela koje odlučuje samo izuzetno. Ovaj predlog iznet je u svrhu obezbeđivanja "optimalnog i

<sup>23</sup> Šef poslaničke grupe koalicije "Srpski pokret obnove – Demohrišćanska stranka Srbije" (SPO-DHSS) zalagao se za "drugačiji način izbora poslanika", pošto "po sadašnjem 250 poslanika bi mogli da budu iz Beograda i teoretski da budu stanari jednog solitera": *ibid.*

<sup>24</sup> Zahtev za ukidanje "blanko ostavki" narodnih poslanika, nezvanično su, 2015. godine, izneli predstavnici SVM u Narodnoj skupštini: *ibid.*

<sup>25</sup> Jednostavnim rečima, da "predsednika republike treba da bira parlament", javnosti se obratio šef poslaničke grupe SVM, što je stav sa kojim se složio i predstavnik poslaničke grupe SPO-DHSS, rečima da je "način izbora predsednika države prevaziđen, zbog čega treba da ga bira parlament": *ibid.*

<sup>26</sup> "Menja Ustav: Nikolić bi da ga umesto građana bira Skupština" [www.blic.rs/vesti/politika/menja-ustav-nikolic-bi-da-ga-umesto-gradana-bira-skupstina/zjsc2kr](http://www.blic.rs/vesti/politika/menja-ustav-nikolic-bi-da-ga-umesto-gradana-bira-skupstina/zjsc2kr) (31.07.2016). "Nikolić je objasnio i da se u vreme pisanja Ustava on zalagao da se predsednik bira u Skupštini, dok je tadašnji predsednik Boris Tadić bio za direktan izbor. (...)": *ibid.* Da je ova tvrdnja istinita svedoči sadržina stenografskih beleški sa sednice na kojoj je predlog Ustava usvojen, a na kojoj je Nikolić izjavio: "Želeli smo da predsednika bira Narodna skupština, želeli bismo da izbegnemo situaciju u kojoj se i danas nalazi Srbija, da predsednik Republike i predsednik Vlade ne vode istu politiku (...). Zbog toga Skupština mora da bira najviše organe vlasti. (...) Razmislite da li je potrebno (...) da promenimo i ovu odredbu o neposrednom biranju predsednika Republike": <http://www.otvoreniparlament.rs/2006/09/30/286438/> (15.07.2016).

<sup>27</sup> "Stekneš poverenje većine građana, a potom predstavljaš zemlju, a da ne određuješ predsednika vlade, ne sastavljaš vladu kao što to rade ostali predsednici direktno izabrani (...). Mislim da je tu Ustav ostao manjkav. (...) U toku nekih promena Ustava, mislim da bi to moglo da se izvede. Treba rešiti: ili će predsednik imati moć (...), ili će ga birati Skupština sa težim uslovima da ga razreši nego što ga bira – rekao je Nikolić": [www.blic.rs/vesti/politika/menja-ustav-nikolic-bi-da-ga-umesto-gradana-bira-skupstina/zjsc2kr](http://www.blic.rs/vesti/politika/menja-ustav-nikolic-bi-da-ga-umesto-gradana-bira-skupstina/zjsc2kr) (fusnota 26).

efikasnog delovanja” Ustavnog suda i bolje “zaštite prava i pravnih interesa naših građana”.<sup>28</sup> Jedan broj političkih činilaca pominjao je u javnosti i potrebu za izmenom (ili brisanjem) teksta preambule Ustava.<sup>29</sup> Ipak, ta se ideja suočila sa značajnim otporima, koji se nisu koncentrisali oko argumentacije o (atipičnoj) sadržini preambule, već o konkretnim (prvenstveno političkim) posledicama takvog poteza.<sup>30</sup> Određeni institucionalni akteri preduzeli su korake u svrhu upoznavanja javnosti sa potrebama za redefinisanje ustavnog statusa APV.<sup>31</sup> Predstavници političkog “vrha” isticali su potrebu za promenom Ustava u svrhu pripreme članstva Srbije u EU.<sup>32</sup> Konačno, zahtevano je i “unapređenje garancije nezavisnosti pravo-

<sup>28</sup> “Važeći Ustav je do krajnjih granica proširio nadležnost Ustavnog suda i jasno je da bi jedino promenom najvišeg pravnog akta broj i vrsta nadležnosti mogli biti primereni njegovoj ulozi”; “Ustavni sud mora delati kao “sami vrh pravne zaštite” u zemlji i poslednja odbrana pravnog integriteta države Srbije i njenih organa, pre nego što žalbe za povredu tih prava budu upućene u Evropski sud za ljudska prava u Strazburu ili drugim međunarodnim institucijama”. Bolja rešenja imala bi da budu doneta “tek kada budu usledile promene Ustava”: “Bosa Nenadić predlaže promenu Ustava”: <http://www.politika.rs/sr/clanak/151794/Bosa-Nenadic-predlaze-promenu-Ustava> (31.07.2016).

<sup>29</sup> <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=972617> (fusnota 15).

<sup>30</sup> “Inicijativa da se izmeni taj deo Ustava je politički neozbiljna, objašnjava (...) predsednik Izvršnog odbora [SPS]. (...) Sa takvom argumentacijom slažu se i Dinkićevi regionalisti iz G17 plus”: <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=972617> (fusnota 15). Po izjavi Vojislava Koštunice (predsednika Vlade u vreme donošenja Ustava), datoj u februaru 2014, “izmena [Ustava] se traži da bi se najpre otelo Kosovo, a potom Vojvodina i drugi delovi zemlje. U tom planu za razbijanje Srbije potrebno je najpre napraviti bilo kakvu, pa i najmanju promenu Ustava, a onda bi usledila prava promena koja se, pre svega, odnosi na izbacivanje preambule”: “Vreme je za promenu Ustava, ali gde će se povući crta?” (fusnota 16). U prvoj polovini 2015, predstavnici vladajuće većine izričito su istakli da predmet rada nadležne akcione grupe nije izmena preambule Ustava: “Akcioni tim iduće sedmice o smanjenju broja poslanika”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/akcioni-tim-iduce-sedmice-o-smanjenju-broja-poslanika/bsp5mqy> (31.07.2016).

<sup>31</sup> U tu je svrhu 23. septembra 2014. u Skupštini APV usvojen i dokument pod nazivom “Deklaracija o potrebi za pokretanje postupka izmene Ustava Republike Srbije ili donošenje novog Ustava Republike Srbije” (“Sl. list Autonomne pokrajine Vojvodine”, 01 Broj: 010-3/14). Jedan broj političkih činilaca zahtevao je opsežnija ustavna jemstva izvornih nadležnosti APV: “Pastor: Potrebne promene Ustava”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/pastor-potrebne-promene-ustava/qpz7n7x> (29.07.2016). I predsednik Nove stranke zatražio je početkom 2014. izmene Ustava koje bi, *inter alia*, za cilj imale to “da se ustavno bolje definiše položaj Vojvodine”: “Živković: Vreme za promenu Ustava”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/zivkovic-vreme-za-promenu-ustava/vxspv60> (20.07.2016).

<sup>32</sup> Potpredsednik Vlade i ministar spoljnih poslova isticao je krajem 2014. potrebu promene Ustava iz tog razloga: “Dačić: Bilo bi dobro da promenimo Ustav, ali niko nas ne tera”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/dacic-bilo-bi-dobro-da-promenimo-ustav-ali-niko-nas-ne-tera/7r0cdp0> (31.07.2016) i “Dačić: Vlada načelno spremna za promenu Ustava”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/dacic-vlada-nacelno-spremna-za-promenu-ustava/yfc5qjk> (24.07.2016). Gotovo istovetnu tvrd-

suđa” (o potrebi ustavne revizije kojom bi bio obezbeđen viši stepen nezavisnosti sudstva govorio je i, u junu 2014, predsednik Visokog saveta sudstva (VSS))<sup>33</sup>, zatim veća decentralizacija<sup>34</sup> i “regionalizacija” (“podela na regione”), uz neposredan izbor gradonačelnika,<sup>35</sup> kao i “usaglašavanje međunarodnog i unutrašnjeg prava”.<sup>36</sup>

#### ZBOG ČEGA JE USTAVNA REVIZIJA DRUŠTVENI IMPERATIV?

Društveni imperativ u ustavnom pravu treba shvatiti kao vrednost koja *nužno* treba da bude zaštićena u ustavotvornom postupku – prilikom izrade, usvajanja i menjanja ustavnog akta. Takvu vrednost predstavljaju, primera radi, legitimitet ustavotvorne vlasti, njena objektivnost i odgovarajuća sadržina ustava (sastavljena uz verno poštovanje elementarnih pravila o razgraničenju ustavne i podustavne materije). Jedna od tih vrednosti, pa samim tih i društvenih imperativa, predstavlja i opravdani zahtev za ustavnom revizijom. Blagovremena i – stoga, *per definitionem*, redovna – izmena Ustava predstavlja ne samo društveni imperativ, nego, u prenesenom smislu, i pravo građana. To pravo građana izvodi se iz dogme o njihovoj suverenosti, a njegovo poštovanje (ostvarivanje) neophodno je i radi sprečavanja urušavanja društvenog ugleda ustava i prava u celini. To

nju izneli su u toku te godine i šef poslaničke grupe SNS (“Babić: Promena Ustava na kraju procesa pridruživanja”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/babic-promena-ustava-na-kraju-procesa-pridruzivanja/x0g98lw> (31.07.2016)) i ministar pravde i državne uprave (“Selaković: Promene Ustava zbog pristupanja EU sasvim moguće”: [www.blic.rs/vesti/politika/selakovic-promene-ustava-zbog-pristupanja-eu-sasvim-moguće/jbneplw](http://www.blic.rs/vesti/politika/selakovic-promene-ustava-zbog-pristupanja-eu-sasvim-moguće/jbneplw) (23.07.2016)). U novembru 2011, državni sekretar u Ministarstvu pravde istakao je, povodom obeležavanja petogodišnjice usvajanja Ustava, da su se, iz razloga pripreme članstva Srbije u EU, stekli “i uslovi i politička volja da se najviši akt u bližoj budućnosti promeni”: <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:352461-Ustavu-isteklo-vreme> (08.07.2016).

<sup>33</sup> Viši stepen nezavisnosti sudova bio bi obezbeđen tako što bi sudije i predsednike sudova birao VSS, dok bi članove VSS trebalo da biraju “isključivo njihove kolege, sudije”: “Milojević: Za nezavisnost sudstva potrebno je izmeniti Ustav”: <http://www.blic.rs/vesti/drustvo/milojevic-za-nezavisnost-sudstva-potrebno-je-izmeniti-ustav/6q0j4fq> (24.07.2016). Uz to, potrebno je jasnije utvrditi razloge za prestanak sudijske funkcije: *ibid.*

<sup>34</sup> To su poslanici SVM (v. fusnotu 16) i predstavnici DS i G17 plus (prema izvoru iz januara 2011): <http://www.blic.rs/vesti/politika/los-ustav-izgovor-za-kampanju/gh8tyy> (10.07.2016).

<sup>35</sup> “Ustav izgovor za kampanju” (fusnota 19) i “SDS, SDPS i JS podržavaju promenu Ustava”: <http://www.politika.rs/sr/clanak/331893/Politika/SDS-SDPS-i-JS-podrzavaju-promenu-Ustava> (11.07.2016).

<sup>36</sup> Reč je o zalaganju predsednika Zakonodavnog odbora Narodne skupštine, objavljenom u decembru 2010: “Izmena Ustava do kraja 2011”: <http://www.blic.rs/vesti/politika/izmena-ustava-do-kraja-2011/wf8qq3w> (14.07.2016).

je naročito tačno ukoliko dovoljno veliki broj građana smatra da ustavni akt treba da bude menjan (što je, po svemu sudeći, bio slučaj u Srbiji najmanje u jednom trenutku važenja Ustava).<sup>37</sup> A pošto svoju suverenost vrše i učešćem na izborima i biranjem svojih predstavnika u zakonodavnu i izvršnu vlast, građani očekuju da jedna od posledica političkog odabira među kandidatima koji vrše bude i konačno ispunjenje stalnih najava ustavnih promena. O ovom pravu građana svedoči već više od dva stoleća slavni izraz iz čl. 28. Deklaracije prava čoveka i građanina uz "Montanjarski" ustav iz 1793. godine, po kojem narodu – odnosno svakom njegovom pokolenju – "uvek" pripada pravo da promeni<sup>38</sup> svoj Ustav.

Redovne izmene modernog ustavnog dokumenta predstavljaju pravilo na evropskom području.<sup>39</sup> Naročito brojne i opsežne revizije sprovedene su u zemljama Srednje i Istočne Evrope, u okviru postupka približavanja i učlanjenja u EU.<sup>40</sup> Brojne izmene na tom planu sastojale su se u konstitucionalizovanju tzv. klauzule o prenosu (nacionalnih, suverenih) nadležnosti na organe EU. Takva iz-

---

<sup>37</sup> Gotovo dve trećine građana Srbije podržavalo je još u oktobru 2011. ideju o izmenama Ustava: "Za promenu Ustava 64 odsto građana": <http://www.blic.rs/vesti/politika/za-promenu-ustava-64-odsto-gradana/ewqrdb8> (04.07.2016). "(...) Čak 44 odsto građana je izjavilo da treba promeniti odredbe Ustava koje ne valjaju i uneti nove koje nedostaju, a 20 odsto da treba potpuno promeniti Ustav": *ibid.*

<sup>38</sup> Gotovo je nemoguće prevesti različitim srpskim rečima sva tri izraza upotrebljena za ovaj glagol u izvornom tekstu Deklaracije (*revoir; reformer; changer*).

<sup>39</sup> U poslednjih nekoliko decenija izmene su pretrpeli: Ustav Albanije (menjan 2008. i 2012), Savezni ustavni zakon Austrije (Ustav iz 1920, koji je ponovo u primeni od okončanja Drugog svet-skog rata, pretrpeo je intenzivne promene u poslednjih nekoliko decenija, a od 2006. godine – u kojoj je usvojen URS – preko 20 njih); u istom periodu menjano je preko 50 odredaba Ustava Belgije. Važne izmene pretrpeli su i Ustav Italije iz 1947 (amandmani su najintenzivnije usvajani u periodu između 2001. i 2007), Ustav Luksemburga iz 1868 (menjan sedam puta u periodu između 2000. i 2009), Ustav Makedonije (na dokument iz 1991. usvojen je 2001. i 2005. godine ukupno 31 amandman); Osnovni zakon Nemačke iz 1949. menjan je više od 40 puta; Ustav Ukrajine (menjan 2004, 2011, 2013. i 2014), Ustav Francuske iz 1954 (koji je pretrpeo 18 izmena, uključujući i vrlo opsežnu reviziju, uvedenu Ustavnim zakonom o osavremenjivanju institucija Pete republike, od 23. jula 2008), Ustav Švajcarske iz 1999 (menjan i dopunjavan u međuvremenu više desetina puta) itd.

<sup>40</sup> Veliki broj ustava usvojenih nakon okončanja perioda tzv. socijalističke ustavnosti menjan je sa tim ciljem u prvoj i drugoj deceniji XXI veka. To je slučaj sa ustavnim aktima: Estonije (Ustav je menjan u tu svrhu 2003, 2007. i 2011), Litvanije (Ustav je dopunjen posebnim ustavnim zakonom iz 2004), Mađarske (Ustav iz 2011), Rumunije (izmene Ustava iz 1991. izvršene su 2003, uvođenjem normi posvećenim evropskim integracijama i uključenju ove zemlje u Severnoatlantski savez), Slovačke (Ustav iz 1992. opsežno je menjan 2001. i 2004), Slovenije (izmene Ustava iz 1991. usledile su 1997, 2000, 2003. i 2004), Hrvatske (Ustav iz 1990. menjan je u tu svrhu 2014), Crne Gore (Ustavu je pridruženo 16 amandmana u toku 2013) i Češke Republike (najvažnije izmene Ustava iz 1992. uvedene su amandmanom iz 2001, kojim je pripremljeno članstvo u EU). Iako se ne ubraja u zemlje koje su odbacile socijalističku ustavnost, svoj najviši akt prilagodila je nedavno – u svrhu

mena Ustava neizostavno čeka Srbiju, koja je od 1. marta 2012. zvanično kandidat za članstvo u EU, a poseban razlog za tu izmenu predstavlja nejasan ustavni položaj izvora međunarodnog prava (pod kojim se mora podrazumevati i pravo EU), utvrđen odredbama čl. 16, st. 2. i 3. i čl. 194, st. 4. Ustava. Uzroci za odlaganje (izbegavanje) pokretanja postupka ustavne revizije sa tim ciljem ostaju potpuno nejasni.<sup>41</sup>

S druge strane, brze, nesmotrene i preobimne izmene ustavnog akta nikako ne predstavljaju garanciju za razvoj ustavnosti i vladavine prava. Upravo suprotno, posledice tako nepromišljenog postupanja i usvajanja ustavnih promena “u galopu” mogu da opterete i buduće napore ustavotvoraca; postoje naznake da je Srbija jedna od zemalja sa takvom ustavnom prošlošću.<sup>42</sup> Kao ilustracija izvesnog “prologa” u tokove tih promena, na početku ovog rada naveden je citat odnosne odredbe prvog srpskog ustavnog akta. Sa druge strane, u Srbiji je u poslednjih nekoliko decenija ustavni akt više ignorisan nego menjan.<sup>43</sup> Od ove manjkavosti, vidljivo je, pati i važeći Ustav.

Činjenica da odgovorni politički (ustavni) činioци već gotovo deset godina ne pristupaju najavlјivanim izmenama Ustava najviše govori o tome da oni ne razumeju institut ustavne revizije, kao ni funkciju ustavnog dokumenta kao programskog akta i temelja svakog oblika društvenog progressa.<sup>44</sup> Ustavotvorna vlast

---

harmonizacije sa zahtevima koji proističu iz članstva u EU – i Irska: Ustav iz 1937. menjan je XXIV amandmanom (iz 2001), radi prilagođavanja normativnim zahtevima tzv. primarnog prava EU.

<sup>41</sup> Zanimljivo objašnjenje iznela je početkom 2014. šefica pregovaračkog tima Srbije sa EU Tanja Mišćević, prema kojoj “usklađivanje sa evropskim normama može da se radi sve do pred sam ulazak u EU”, što znači “da bi mogao da se organizuje istovremeno referendum i o članstvu i o Ustavu (...), jer ne menja se najviši državni akt malo-malo”: <http://www.nadlanu.com/info/srbija/Vreme-je-za-promenu-Ustava-ali-gde-ce-se-povuci-crta.a-224040.291.html> (fusenota 14).

<sup>42</sup> Još od početka XXI veka, “buran ustavnopravni razvoj Srbije (...) karakterističan je po brojnim ustavnim promenama”: Radojević (2012), str. 220.

<sup>43</sup> Ustav iz 1990. nije menjan nijednom tokom svog 16-godišnjeg važenja, mada je “formalna odluka da se donese potpuno nov ustavni akt doneta još 2003. godine, kada je većina u Narodnoj skupštini usvojila Zakon o načinu i postupku promene Ustava Republike Srbije (“Sl. glasnik RS”, br. 39/2003)”; taj propis “je sadržao (protivustavnu) odredbu prema kojoj je za usvajanje akta o promeni Ustava dovoljna apsolutna većina u Narodnoj skupštini; ipak, rokovi za izradu novog ustavnog dokumenta “bili su stalno odlagani”: *Komitet pravnika za ljudska prava, Ustav Republike Srbije: Sedam godina pravne neizvesnosti i pet prioriteta za promenu, Beograd 2013, str. 12.* Ustav Savezne Republike Jugoslavije (“Sl. list SRJ”, br. 1/92) menjan je 6. jula 2000, usvajanjem *osam (važnih) amandmana* (“Sl. list SRJ”, br. 29/00) kojima je promenjen sistem savezne organizacije vlasti. *Kratkovečna Ustavna povelja Državne zajednice Srbija i Crna Gora od 4. februara 2003* (“Sl. list Srbije i Crne Gore”, br. 1/03) pretrpela je samo jednu izmenu (u junu 2005): Radojević (2012), str. 236.

<sup>44</sup> U Srbiji, u poslednjoj deceniji XX i prvoj deceniji ovog veka, “ključni politički akteri su ustavno pitanje postavljali u kontekstu stranačke politike, što je samo po sebi značilo da i ustav nije prihva-



je, očigledno, tu tek da bude zloupotrebljena. Izmene ustavnog akta moguće su samo ukoliko predstavljaju proizvod dogovora relevantnih političkih činilaca, bez ikakve potrebe za uvažavanjem zahteva konstitucionalizma, vladavine prava i građanske suverenosti.

Ako bi teza o zlonamernosti (lenjosti ili manipulativnosti) odgovornih ustavnih faktora i bila odbačena, kao odbrana od kritičkih tonova na tom planu preostala bi samo (krivo shvaćena) ideja o ustavu kao propisu čiji je značaj i ugled tako veliki da se nikako i nikada ne sme pristupiti njegovim izmenama, izuzev ukoliko je to apsolutno neophodno i ako iza takve izmene stoje predstavnici gotovo svih političkih struja u društvu; praktično – “čitav narod”.<sup>45</sup> U Srbiji čak ni sticaj ovih uslova nije bio dovoljan ni za otklanjanje evidentno pogrešnih i disfunkcionalnih ustavnih rešenja, koji su veliki broj puta konstatovani u stručnoj i političkoj javnosti.

Poseban problem predstavlja deklarativnost Ustava, odnosno njegovo nedovoljno poštovanje u praksi. Ustav se nepotpuno primenjuje u oblastima: zaštite osnovnih prava i sloboda, načela podele vlasti i poštovanja ograničenja pojedinih institucija vlasti, pune nezavisnosti sudstva, javnog tužilaštva i samostalnih državnih institucija, uloge političkih stranaka u društvu, sekularne prirode države itd. Ove okolnosti predstavljaju naročitu poteškoću u procesu pripreme adekvatne revizije, jer teško je dati smislen odgovor na pitanje: zbog čega menjati ustavni akt koji se svakako ne primenjuje?

Možda odgovor na ovo pitanje leži u tome da tekst Ustava ne prolazi kroz pojedinačne izmene i dopune jer se očekuje potpuna (totalna) revizija, odnosno usvajanje sasvim novog ustava, kao što je i sadašnjim Ustavom izvršena *in toto* revizija (nikada parcijalno menjanog) Ustava iz 1990. godine.<sup>46</sup> Ipak, ni takvim objašnjenjem ne može da se opravda neprestano odlaganje formalnog suočavanja sa nedostacima URS i njihovog ispravljanja. Upravo suprotno: ispravno sproveden postupak amandiranja Ustava sprečio bi njegovo faktičko urušavanje i rađanje po-

---

*ćen kao osnovni društveni ugovor”, što se odrazilo “na kvalitet ustavnih rešenja”*: Radojević (2012), str. 221. Među akterima koji su usvojili Ustav “je prevladalo mišljenje da je donošenje ustava stranačka stvar, a da Narodna skupština i građani valja samo da potvrde njihov dogovor”: *ibid*, 238.

<sup>45</sup> Reč je o koncepciji prema kojoj je ustavni dokument “fiksna veličina, statična snaga, istovetna juče, danas i, verovatno, zauvek”, kojoj se pridaje karakteristika “nepromenljivosti [poput one kojom se odlikuju] Deset božjih zapovesti i koja podseća na Gibraltar, obod na jugu Pirinejskog poluostrva, kojem ni vetrovi ni talasi ne mogu ništa: J. M. Beck, *Our Changing Constitution*, Rochester 1927, str. 6.

<sup>46</sup> Tako je Ustav iz 1990. “stariji brat Ustava od 2006. godine”: Radojević (2012), str. 221. Važeći Ustav je ništa više nego “korigovani Ustav Republike Srbije iz 1990. godine”: Marković, str. 6.

trebe da on u skorijoj budućnosti bude zamenjen sasvim novim aktom (koji će, treba pretpostaviti, ponovo biti "pošteđen" izmena, dokle god bude bio na snazi).

### ZAKLJUČAK

Svaki ustav se mora koliko-toliko redovno menjati i dopunjavati da bi uopšte imao realnu (efektivnu) pravnu snagu i primenu. Ovo nužno važi i za Ustav kojim su već deset godina uređeni osnovi pravnog i političkog sistema Srbije. Potpuna ustavna stagnacija (shvaćena u formalnom smislu) predstavlja kobnu opasnost za važeći ustavni dokument. Kontinuirana vitalnost ustavnog dokumenta zavisi od njegove sposobnosti za adaptaciju duhu epohe, kako putem tumačenja, tako (jednako ili više) i menjanjem njegovog teksta. Društveni imperativ redovnog prilagođavanja prava životnim činjenicama možda je u manjoj meri zastupljen na planu ustavnog prava nego kod neke druge javnopravne discipline (o privatnom pravu da se i ne govori), ali ovakva "ustavna higijena" je od velikog značaja za očuvanje ustavnosti i opšteg ugleda prava u životu političke zajednice.

U Srbiji se reformski ustavni zahvat odlaže čitavih deset godina. Nakon što je veoma brzo po donošenju Ustava 2006. godine stručna i politička javnost konstatovala niz ozbiljnijih propusta u njegovom tekstu, pristupilo se izradi mnogobrojnih sugestija koje su za cilj imale njegova (makar minimalna, ako ne i suštinska) poboljšanja. Ipak, kako su ovi zahtevi *de facto* ignorisani (bilo da su ostali bez odgovora, bilo da iza njih nisu ni stajale ozbiljne namere), postavlja se pitanje kada se, pod kojim uslovima (bolje rečeno, pred kakvim pritiskom) i povodom koje teme uopšte može očekivati da Ustav bude menjan, a da pri tom ne pretrpi totalnu reviziju. U međuvremenu, status Ustava u javnom životu urušava se samom činjenicom da ustavnih promena nema, iako je potreba za njima odavno postala više nego očigledna.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> "Neprekidno spominjanje ustavnih promena služi obezvređivanju Ustava kao najvišeg pravnog akta države": iz Saopštenja Srpskog pravničkog kluba povodom najnovijih medijskih napisa o promeni Ustava Srbije (od 28. jula 2016): <http://www.srpskipravnickiklub.rs/povodom-najnovijih-medijskih-napisa-o-promeni-ustava-srbije-saopstenje-spk-a/> (28.07.2016).

VLADIMIR MIKIĆ, LL.D.,  
Reserach fellow Univeristy of Belgrade.

REGULAR CONSTITUTIONAL CHANGE: A BETRAYED  
SOCIAL IMPERATIVE IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Each constitution needs, from time to time, to be amended, in order to continue to be applied effectively. However, the Constitution of the Republic of Serbia, which has been in force for 10 years, has not yet gone through such a procedure. The fact that complete constitutional stagnation, in the formal sense of the word, represents a fatal threat to the validity of the constitutional document, is made visible in Serbia by a series of unfulfilled promises about the upcoming revisions of the Constitution, frequently made by constitutional actors and influential political figures. These promises were not always a reaction to academic and public suggestions for improving the Constitution, that were sometimes very modest, aiming at correction of certain dramatic flows contained in its text. Instead, these quasi-official announcements followed a pattern in accordance with which necessary constitutional corrections, demanded under public pressure, are continuously being postponed. Meanwhile, the Constitution's standing in the eyes of the public continues to decrease because of the fact that its application remains selective, and its text unchanged, even though the need for the constitutional reform has long become more than obvious.



## UNUTARSTRANAČKI IZBORI I DEMOKRATIJA

– Uvod u problematiku –

### U V O D

Pitanje unutarstranačkih izbora, odnosno unutarpartijske demokratije je oblast o kojoj je vrlo slabo pisano. Đ. Sartori jedan od vodećih autoriteta i vrsni poznavalac uporednih instituta, takođe, ističe neverovatno mali broj radova koji se bavi ovom tematikom.<sup>1</sup>

Cilj ovog rada je da se, pre svega, otvore par pitanja značajna za našu ustavnopravnu nauku. Mi ćemo u ovom radu kandidovati kao glavnu tezu tvrdnju da bez unutarstranačkih izbora nema suštinske demokratije u zemljama liberalno demokratskog uređenja. Bez neposrednih unutarstranačkih izbora dolazak na vlast a samim tim ustavne vrednosti i prava poput demokratskog uređenja i pasivnog biračko pravo zapravo su samo prazne floskule i “kitnjast ustavni dekor”. Osnovnu tezu zasnivamo na dve podteze. Prvo, stranke bez unutarstranačkih izbora funkcionišu kao entiteti koji su suštinski zatvoreni za proboj novih ideja i ljudi. Drugo, umreženost političkih stranaka sa javnim institucijama, kao i njihova finansijska i organizaciona etabliranost daje im drastičnu prednost u odnosu na ostale političke snage i ideje koje bi se van postojećeg partijskog sistema kandidovale. Postojanje unutarstranačkih izbora, za potrebe ovog rada, podrazumevaće postojanje neposrednih, tajnih izbora za vodeće stranačke pozicije, kao i za

---

Savo Manojlović, MA, istraživač – pripravnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

<sup>1</sup> Đ. Sartori, *Uporedni ustavni inženjering*, Beograd 2003, 34.

kandidate koje će stranka kandidovati na neposrednim izborima za članove parlamenta ili predsednika.

Akzuelnost ove teme ogleda se u jednom paradoksu vremena u kome što se o demokratiji i učešću građanau procesu vladanja više priča, njih sve manje ima. U tom smislu *pravna obrada ove teme zaista jeste društveni imperativ*.

### *Zatvorenost partijskog sistema bez unutarstranačkih izbora*

Uporedno pravno gledano postoji širok spektar odlučivanja unutar političkih strankama. Formalnoprano gledano odluke mogu donositi uži stranački krugovi (rukovodstvo oličeno u predsedništvu, izvršnom odboru) ili širi (kongresi, kokusi, skupštine...), a postoje i sistemi gde samo članstva ili čak, kao u slučaju SAD, svi građani odlučuju o tome ko će predstavljati stranku. Model u kome lokalni predstavnici, delegati prenose glas svog lokalnog tela na oko deluje kao solidna i pomirljiva kombinacija efikasnosti i demokratizacije, ali je u praksi daleko od idealnog. Tako Đ. Vuković ističe da “iako su prednosti ovakvog tipa selekcije operativnost i predstavljenost svih članova preko izabраниh stranačkih predstavnika, česti su primeri da se ovaj proces zloupotrebaljava i manipuliše od strane pojedinih struja u okviru stranačke strukture (...). Često se dešava da postoji unapred pripremljen scenario o međusobnoj podršci pojedinih organizacionih jedinica stranke, pa proces selekcije prolaze samo oni kandidati koji imaju ‘zaleđe’ u lokalnim ili regionalnim centralama stranke.”<sup>2</sup>

Ako ne postoje neposredni stranački izbori, ljudi koji su zainteresovani za napredovanje unutar stranačke hijerarhije po pravilu slobodu odlučivanja i svoje političke ideje oportunistički ukalupljaju prema moćnijim stranačkim strukturama. Tako u svakoj stranci dolazi ili do apsolutizma gde se sve podređuje liku i delu lidera (apsolutistički model) ili eventualno ukoliko postoji par struja u isparcelisan model (feudalni model). U oba slučaja jasno je da dolazi do dominacije uskih stranačkih elita, koje imaju mehanizma da marginalizuju nove ideje i ljude, ukoliko nisu “na njihovoj liniji”.

Unutarstranački izbori omogućavaju prostor za iskazivanje novih ideja i ljudi. Tu zaista nove ideje i ljudi imaju šansu da se kandiduju i suprotstave stranačkom establišmentu, pa čak i da ga nadvladaju. Takav primer možemo naći u V. Britaniji, kada je Džeremi Korbin, “večiti” stranački marginalac, u stalnom konfliktu sa elitom i vrhuškom laburista postao lider ove partije. Pa čak i pobjeda sadašnjeg američkog predsednika Baraka Obame nad favorizovanom Hilari Klinton,

<sup>2</sup> Đ. Vuković, *Izborna zakonodavstvo i izborni proces u Srbiji* (doktorska disertacija), Beograd, 2011, 41.

donekle jeste primer koliko unutarstranačka demokratija čini uopšte proces kandidovanja prohodnijim i ne tako lako kontrolisanim od strane usko kruga ljudi.

Naravno ne treba idealizovati stvari. I u sistemima sa unutarstranačkim izborima, kao oduvek u politici, i dalje se mnogo toga vrti oko količine novca, marketinških trikova i trgovine uticajem.<sup>3</sup> No, unutarstranačka demokratija ipak omogućava, po najpre egzistiranje različitih mišljenja, frakcija unutar stranke, a zatim i izvesnu šansu novim ljudima.

*Umreženost sa javnim onstitucijama i finansijsko-organizaciona prednost postojećih političkih stranaka u odnosu na nove političke snage*

Postojeće političke stranke imaju određenu finansijsku-organizacionu prednost u odnosu na nove političke snage. Time se vrlo često onemogućava bavljenje politikom i kandidovanje novih ljudi van postojećeg partijskog establišmenta. Istina, formalno pravno gledano demokratski sistemi po pravilu omogućavaju organizovanje i kandidovanje novih političkih opcija. Međutim postojeće partijske strukture, bilo da su vlast ili opozicija, imaju izrazitu prednost i po pravilu u realnosti dolazi do zatvaranja prostora za nove ideje i ljude koji ne dobiju amin postojećih struktura.

Postojeće stranke imaju već izgrađene i stvorene brojne organizacione resurse poput stranačke infrastrukture i razgranate organizacije koje funkcionišu kao uhodani sistemi. Imaju već regrutovane pristalice i prepoznatljive su u javnom prostoru kroz delanje bilo iz pozicije vlasti ili opozicije. Takođe, one već imaju razrađen sistem finansijskog funkcionisanja bilo da se finansiraju iz javnih sredstava (koja država izdvaja za funkcionisanje političkih stranaka) ili privatnih izvora (donacija, članarine, sopstvene imovine itd.). Visina javnih sredstava se po pravilu vezuju u celosti ili delimično za rezultat koji su stranke ostvarile na određenim izborima. Novi Zakon o finansiranju političkih aktivnosti<sup>4</sup> istina obezbeđuje raspodelu jednakih sredstva za izbornu kampanju, za razliku od prethodnog rešenja koji je sredstva za izbornu kampanju raspoređivao shodno prethodnom izbornom rezultatu, te na taj način predstavlja iskorak u dobrom smeru. Međutim reč je o suštinski kratkom periodu, koji ne omogućava novim političkim grupacijama da se etabliraju kao relativni politički činoci. Mnogo značajnija sredstva za finansiranje redovog rada omogućavaju materijalnu egzistenciju parlamentarnim strukturama u jednom konstantnom, dužem periodu.

Samim tim nove političke snage koje nisu postojeće i etablirane, nemaju finansijski dostupan izvor kojim bi uopšte zavrteli sebe i predstavili se široj javnosti.

---

<sup>3</sup> J. Ćirić, Političke partije kao generator korupcije, *Izbori u domaćem i stranom pravu*, 2012, 51-74.

<sup>4</sup> Sl. gl. RS 43/11 i 123/14.

Privatni izvori finansiranja omogućavaju da nove ideje i ljudi, dobiju iz privatnih izvora potrebna finansijska sredstva i na taj način dobiju šansu da se prezentuju u javnosti i kandiduju se sa donekle izglednim šansama za uspeh.<sup>5</sup> Međutim i kod finansiranja iz privatnih izvora po logici stvari postojeće političke stranke su prepoznatljivije u javnosti, etablirane i samim tim primamljivije za investicije.

U društvima sa izraženijim stepenom korupcije i nerazvijenim institucijama, političke stranke vrlo često se finansiraju i zloupotrebom javnih sredstava koja se ogleda u izvlačenje javnog novca kroz fiktivne ili nameštene poslove ili se stranački zapošljena armija, deo prihoda izdvaja za stranku. U Srbiji smo se ovim fenomenima bavili u ranijim radovima, a ova pojava je posebno razobličena Izveštajem Saveta za borbu protiv korupcije o pritiscima i kontroli medija u Srbiji broj 07-00-6614/2011-01 od 19. septembra 2011. godine, kada je konstatovana da sve političke stranke imaju svoje "omiljene firme" koje dobijaju poslove. U sistemima poput našeg, takvi načini finansiranja vrlo često mogu stvarati značajnu prednost postojećim etabliranim strankama i faktički onemogućavati pojavu novih snaga.

U Srbiji je tokom dve i po decenije višestranačja dolazilo do česte pojave novih političkih stranaka i značajnih amplituda u njihovoj popularnosti i snazi. Tako je tokom devedesetih godina apsolutno najača i dominantna Socijalistička partija Srbije u jednom periodu nakon 5. oktobra 2000. godine bila jedva za nekoliko procenata iznad cenzusa, da bi sada opet iz poslednjih izbornih ciklusa izlazila kao druga po snazi politička opcija. Devedesetih godina među najačim političkim opcijama Srpski pokret obnove sveden je na statističku grešku, dok su iz istog perioda ne toliko jaka Demokratska stranka i Demokratska stranka Srbije nakon 2000 godine, prvo u kolaiciji a zatim i samostalno bile vodeće vladajuće stranke; da bi sada Demokratska stranka bila na ivici cenzusa, a Demokratska stranka Srbije bez kapaciteta da ga samostalno pređe. Nekad jaka Srpska radikalna stranka je u jednom momentu čak ostala izvan parlamenta. Trenutno je dominantna Srpska napredna stranka koja je nastala 2008. godine. Sve ovi podaci međutim ne samo što ne obaraju našu izloženu tezu, već je naprotiv potvrđuju. Naime sve političke stranke koje su igrale bilo kakvu ulogu na političkoj sceni Srbije, zapravo su samo otcepljena krila prvih stranaka koja su nastala u prvom naletu osnivanja političkih stranaka nakon vospostavljanja višestranačja. Tako se Srpska radikalna stranka odvajala iz Srpskog pokreta obnove od koga se kasnije otcepila Nova Srbija koja je jedan period igrala relativno značajnu ulogu. Od Demokratske stranke se odvajao najveći broj stranaka – Demokratska stranka Srbije,

<sup>5</sup> I. van Biezen, *Financing political parties and election campaigns*, 2003, 20 i S. Manojlović, "Finansiranje političkih stranaka iz javnih ili privatnih izvora – kolika je cena pravednog političkog sistema?," *Harmonius* 1/2015, 150.



Liberalno demokratska partija, Socijal demokratska partija i mnoge druge manje. Srpska napredna stranka je nastala odvajanjem iz Srpske radikalne stranke itd.

Zapravo može se primetiti da ne možemo govoriti o izrazito novim političkim strankama i idejama, već je reč o stranački otcepljenim frakcijama koji su po pravilu cepali i postojeću stranačku infrastrukturu i preuzimali uhodane mehanizme finansiranja. Jedina tri “izuzetka” na srpskoj političkoj sceni – nastanak Jugoslovenske levice, G17+ kao i prvo pokreta, a zatim i stranaka Dosta je bilo i Dveri - takođe su potvrda navedene teze. I to ne zato što bi ovu tezu zaklonili netačnom floskulom da “izuzetak potvrđuje pravilo”, već zato što i kada se ovi “izuzeci” dublje razmotre, uvidi se da oni zapravo i nisu izuzeci, već slučajevi koje možemo podvesti pod navedeno pravilo. Jugoslevenska leвица je vaistinu nastala autohtono, a ne cepanje od određene političke stranke. Međutim, nastala je uz blagonaklonost i podršku tada vladajuće Socijalističke partije Srbije, automatski postajući njen koalicioni partner sa mrežom članova raspoređenih rukovodeća mesta unutar javnog sektora. Takođe, stranka G17+ je nastala je iz okrilja koalicije Demokratske opozicije čiji su vodeći kadrovi vršili vodeće javne funkcije i(li) bili visoki funkcioneri drugih stranaka. Dosta je bilo i Dveri su političke stranke/pokreti koje su na poslednjim izborima tek prešle census (Dveri u koaliciji sa Demokratskom strankom Srbije) i one donekle odudaraju od navedenog pravila, jer takođe nisu nastale cepanjem od postojećih stranaka. No, Dosta je bilo je nastao kao pokret okupljen oko svog lidera Saše Radulovića i njegovih ideja koje je plasirao kao ministar privrede i samim tim je već imao, određeni javni prostor kao platform za plasiranje svojih ideja, što je opet značajna prednost u odnosu na hipotetičku situaciji da je probao da se politički plasira van sistema kao široj javnosti ne toliko poznati ekspert-blogger. Dveri su takođe postojali već određeni duži period kao grupa okupljena oko istoimenog časopisa i na javnim tribinama artikulise ideje i pravi mrežu svojih budućih pristalica.

#### ZAKLJUČAK

Dve obrađene podteze u svojoj sinergiji zaista dovode do teze da u sistemima u kojima ne postoje neposredni unutarstranački izbori dolazi do otežanog pristupa za kandidovanje novih ideja i ljudi. Time su suštinski ugrožene neke od osnovnih ustavnih vrednosti, a i sami temelji modernog koncepta demokratije. U tim slučajevima pasivno biračko pravo je suštinski prepušteno kontroli partijskih oligarhija i pravno egzistira kao “kitnjast ustavni dekor”. Ceo društveno-politički sistem otuda ima dekorativnu demokratsku legitimaciju. Uski krugovi kontrolišu političke stranke; preko političkih stranaka se na taj način određuju kandidati i ceo izborni sistem predstavljan jedan u velikoj meri otuđen i bez prolaska kroz “stranačke špalire”, kojima rukovodi uzak krug ljudi, neprohodan put za nove ide-

je i ljude. Uvođenje unutarstranačkih izbora je i uporedno pravno gledano učinjeno, kako veli Đ. Sartori sa ciljem “da oslabe strančke klike i ‘oligarhije’ koje su tražile konja koji dobija iza zatvorenih vrata ‘u prostorijama punim dima.’”<sup>6</sup>

U svojim ranijim radovima smo kandidovali koncept unutarstranačkih izbora *de constitutione/lege ferenda*.<sup>7</sup> Nesumnjivo je da pitanje unutarstranačkih izbora i demokratije jeste tema koju je potrebno dalje obrađivati, pa ovaj rad zapravo predstavlja jedan od pionirskih poduhvata. Naravno pored ove prednosti sa aspekta ustavnosti, postoje i druge afirmativne osobine unutarstranačke demokratije<sup>8</sup>, ali i njene slabosti,<sup>9</sup> što su sve teme za buduća istraživanja i promišljanja.

U kontekstu opšte teme ovogodišnje Kopaoničke škole prirodnog prava, nesumnjivo je da realan život pravnih, a naročito ustavnih vrednosti jeste imperativ svakog modernog društva. Uvođenje demokratije u političkim strankama jeste jedan društvenih imperativa. Političke stranke jesu jedne od bazičnih supstanci u svakoj modernoj demokratiji, pa upravo zato ukoliko u njima nema demokratije, neće ga biti ni u celom društvu.

SAVO D. MANOJLOVIĆ, MA,  
Research Assistant, Institute of Comparative Law,  
Belgrade

#### INTRAPARTY ELECTION AND DEMOCRACY – INTRODUCTION TO THE PROBLEM

##### Summary

Intraparty elections are essential substance of real liberal democracy. Without intraparty democracy, political parties are close for new people and idea. In that case, all processes in political party are controlled by party elite. Keep in mind, that present political parties have party infrastructure, network with public system, supporters and financial stability, we can conclude that system without intraparty democracy is not open for new people and ideas.

---

<sup>6</sup> Sartori, *op. cit.*, s. 32.

<sup>7</sup> S. Manojlović, “Izborna reforma u Srbiji – kako i zašto?” *Reforma izbornog sistema u Srbiji*, 57-62.

<sup>8</sup> S. Scarrow, *Political Parties and Democracy in Theoretical and Practical Perspectives*, New York 2005, s. 4.

<sup>9</sup> Tako se ističe da stranački aktivisti koji bi glasali na unutarstranačkim izborima često predstavljaju “tvrde partijsko jezgro” sa elementima “fundamelizma”, te su skloniji ekstremnijim kandidata, umesto onim umerenim koji na opštim centralnim izborima mogu privući veći broj pristalica. Tako vrlo često ovaj sistem iako uključuje veći broj građana u proces odlučivanja može dovesti do slabijeg rezultata. *Ibid.*, 5.

SMILJA SPASOJEVIĆ

## POLOŽAJ I FUNKCIONALNA ULOGA PREDSEDNIKA SUDA U SRPSKOM PRAVOSUĐU

### USLOVI, KRITERIJUMI I MERILA ZA IZBOR PREDSEDNIKA SUDA

Za predsednika suda može biti izabran sudija koji se nalazi na stalnoj sudij-skoj funkciji u sudu istog ili višeg stepena, i koji ima izraženu sposobnost za ru-kovođenje i organizaciju poslova u sudu, a u skladu sa kriterijumima koje donosi Visoki savet sudstva<sup>1</sup>. Iz ovakve zakonske formulacije proizilazi da je potrebno is-puniti tri vrste uslova: objektivno propisane, subjektivno opisane i orijentaciono postavljene. Dakle, objektivni uslovi su: da je kandidat za predsednika suda sudija koji se nalazi na stalnoj sudij-skoj funkciji, kao i propisivanje vrste suda za koji se može konkurisati. U pogledu prvog uslova jasno je da predsednik suda mora biti iz reda sudija, bez obzira što u sudu postoji brojno vansudsko osoblje koje izuzet-no dobro poznaje prilike u sudu, poseduje potrebno obrazovanje i ispunjava pre-ostale propisane uslove u pogledu godina iskustva rada i potrebnih karakterisit-ka. Međutim, ostalaj opštoj javnosti često ovaj uslov nije poznat, pa se na oglase za izbor predsednika sudova prijavljuju i kandidati van suda koji ispunjavaju op-šte uslove za izbor sudija.

---

Smilja Spasojević, viši savetnik, rukovodilac Odeljenja za statusna pitanja sudija, u Viso-kom savetu sudstva Republike Srbije.

<sup>1</sup> Vid. Čl. 69. Zakona o sudijama RS, Sl. gl. RS 116/08, 58/09, 104/09, 101/10, 8/12, 121/12, 124/12, 101/13, 117/14, 40/15, 63/15, 106/15.

Što se tiče uslova u pogledu stalnosti na sudijskoj funkciji, čini se da je zakonodavac želeo da selektira samo iskusne sudije sa već izgrađenom sudijskom karijerom, kao najbolje kandidate za funkciju predsednika suda. Međutim, zakon nije prepoznao specifičnost prekršajnih sudova, koji su osnovani novom sudskom mrežom od 2010. godine. Mnogi od ovih sudova su imali prilikom formiranja samo sudije koji su prvi put izabrani na sudijsku funkciju, što je dovelo do situacije da su u tim sudovima postojali vršioci funkcije predsednika suda, a takva situacija je još uvek u Prekršajnom sudu u Negotinu<sup>2</sup>. Usled toga nam deluje da bi trebalo izmeniti zakon u tom delu, te omogućiti da izuzetno za predsednika suda može biti izabran i sudija koji se ne nalazi na stalnoj sudijskog funkciji, ukoliko u sudu ne postoji kandidat koji ispunjava uslov u pogledu stalnosti sudijske funkcije.

Sudije koje žele da rukovode sudovima, u zavisnosti od ranga suda u kom obavljaju sudijsku funkciju, mogu imati više mogućnosti ukoliko se nalaze na višim sudskim pozicijama. Najbolji je primer sudova opšte nadležnosti gde imamo četiri nivoa – osnovni sudovi, viši sudovi, apelacioni sudovi i Vrhovni kasacioni sud, ali u praksi sudije obavljaju predsedničke funkcije u sudovima za jedan stepen nižeg ranga<sup>3</sup>.

U pogledu subjektivnih obeležja, potrebno je da sudija ima izraženu sposobnost za rukovođenje i organizaciju poslova u sudu, što znači da je ova karakteristika bila primemećna i prepoznata u toku obavljanja sudijske funkcije ili u toku obavljanja drugih aktivnosti u sudu. Imajući u vidu da ovakva opšta formulacija sa nedovoljno jasno merljivim parametrima ne daje dovoljno podataka o ispunjenosti ovog uslova, u praksi se ovaj uslov procenjuje na osnovu nekoliko parametara: obrazloženi program rada suda koji kandidat obavezno dostavlja uz prijavu za izbor, obavljanje razgovora sa kandidatom i pribavljeno mišljenje o kandidatu od strane sednice svih sudija suda, iz koga potiče.

Treća vrsta uslova koju kandidat za predsednika suda treba da ispuni su propisani kriterijumi od strane Visokog saveta sudstva. Ovi kriterijumi su predviđeni u cilju profilizacije potrebnih uslova za predsednike sudova, a njima se nastoji precizirati kroz opšte formulacije neophodno nijansiranje i uspešno prepoznavanje najboljih kandidata. Odluka o utvrđivanju kriterijuma i merila za ocenu

<sup>2</sup> Odlukom predsednika Prekršajnog apelacionog suda broj Su 2/16-470 od 24.06.2016. godine sudija Živa Novaković postavljen je za vršioca funkcije predsednika Prekršajnog suda u Negotinu, od 01.07.2016. godine najduže na šest meseci.

<sup>3</sup> U dva od četiri apelaciona suda na teritoriji Republike Srbije sudije Vrhovnog kasacionog suda obavljaju predsedničke funkcije, i to u Apelacionom sudu u Novom Sadu Novica Peković, sudija Vrhovnog kasacionog suda i u Apelacionom sudu u Nišu Dragan Jocić, sudija Vrhovnog kasacionog suda. Predsednik Višeg suda u Beogradu je Aleksandar Stepanović, sudija Apelaconog suda u Beogradu. <http://vss.sud.rs/sr-lat/spisak-sudija>, 02.08.2016.

stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za izbor sudija i predsednika sudova datira iz 2009. godine<sup>4</sup>, a aktivno se radi na donošenju Pravilnika sa istom tematikom, koji bi nadogrudio postojeći akt, u cilju obezbeđivanja što manje diskrecije u odabiru između kandidata. Trenutno važeći akt razrađuje zakonsko rešenje da predsednik suda, pored stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za vršenje sudijske funkcije, mora da ima i sposobnost za rukovođenje i organizaciju poslova u sudu.

Sposobnost za rukovođenje i organizaciju podrazumeva: 1) sposobnost organizovanja rada u sudu; 2) poznavanje poslova sudske uprave; 3) ugled koji kandidat uživa među sudijama suda u kome obavlja sudijsku funkciju; 4) sposobnost uspešne komunikacije sa zaposlenima i strankama; 5) saradnja sa drugim institucijama i organima; 6) unapređivanje rada suda i uvođenje inovacija u radu koje olakšavaju i pospešuju rad suda; 7) dostojanstvo u predstavljanju suda; 8) zalaganje za očuvanje ugleda suda i sudija u javnosti<sup>5</sup>.

Sposobnost organizovanja rada u sudu podrazumeva da kandidat poseduje organizacione sposobnosti kao ugrađenu karakteristiku ličnosti ili stečenu osobinu, zbog poslova koje je obavljao ili preduzimao u svom radu, a koje su uspele da budu prepoznate ili primećene kroz prethodni rad na sudijskoj funkciji. Dalje, od budućeg predsednika suda se očekuje poznavanje poslova sudske uprave, koji kriterijum nije teško zadovoljiti, ali je ovde presudna činjenica angažovanosti i zainteresovanosti sudija da pored obavljanja sudske pozive učestvuju i u ovoj vrsti poslova. Prilikom ocene ovog kriterijuma, od kolega sudija koje daju mišljenje se očekuje da posebno apostrofiraju koji kandidat je upoznat sa poslovima sudske uprave. Od budućeg predsednika suda se očekuje da uživa ugled među sudijama, što znači da je uspeo da izgradi dobre kolegijalne i ljudske odnose sa ostalim nosiocima pravosudne funkcije, koji u svoje mišljenje inkorporiraju i mišljenje svojih saradnika. Naravno da ne treba insistirati na opštem konsenzusu, ali većinsko pozitivno mišljenje je neophodno. Na prethodno analiziran kriterijum se nadovezuje i potreba posedovanja sposobnosti uspešne komunikacije sa zaposlenima i strankama, jer nije dovoljno razvijati odnos razumevanja i saradnje samo sa sudijama, nego je neophodno domen proširiti i u njega uključiti sve aktere u okviru jednog suda, u kome su neizbežan i vrlo bitan činilac ostali zaposleni, dok su stranke osnovni razlog zbog koga sud postoji i obavlja zakonom i ustavom poverenu funkciju.

Od predsednika suda se očekuje da pokaže spremnost da saraduje sa drugim institucijama i organima, i to na dva načina. Prvi je da blagovremeno, preci-

---

<sup>4</sup> "Sl. glasnik RS", br. 49/2009.

<sup>5</sup> Ibid. Čl. 12. st. 3.

zno, operativno i stručno odgovara na zahteve drugih institucija i organa u okviru svojih nadležnosti, a drugi je iniciranje saradnji koje će unaprediti i poboljšati rad suda kojim rukovodi. Navedene aktivnosti se upravo preduzimaju radi ostvarivanja kriterijuma unapređivanja rada suda i uvođenja inovacija u radu koje olakšavaju i pospešuju rad suda, jer je jedan od osnovnih ciljeva da se težak, odgovoran i složen rad u sudu olakša što je više moguće tehnikama i tehnologijama koje bi pojednostavile procedure, obezbedile precizne evidencije i sudski poziv svele na suštinu suđenja i neophodne prateće poslove oko tog procesa.

Predsednik suda treba da pokaže dostojanstvo u predstavljanju suda i iskaže zalaganje za očuvanje ugleda suda i sudija u javnosti, koji kriterijum je teško unapred prepoznati da će biti ispunjen, ali se on procenjuje na način da sudija kandidat za predsednika u svom dosadašnjem radu nije imao situacije koje bi govorele u prilog suprotnom, kao i da ne postoje okolnosti koje ukazuju da ne bi mogao da se ponaša u skladu sa navedenim kriterijumima.

Merila sposobnosti za rukovođenje i organizaciju su: 1) mišljenje sednice svih sudija suda iz koga potiče kandidat; 2) angažovanost u rešavanju predmeta i procenat ispunjenosti orijentacione norme; 3) doprinos stručnom usavršavanju sudija, sudijskih pomoćnika i drugih zaposlenih<sup>6</sup>.

Kada su u pitanju propisana merila, prva bitna osobenost je činjenica da postoje dve kategorije u koje se mogu svrstati – subjektivno orijentaciona i objektivno egzaktno merljiva.

U pogledu mišljenja sednice svih sudija suda iz koga kandidat potiče, pošto nije propisan postupak davanja tog mišljenja, radi se o jednoj slobodnoj formi bez insitiranja na bilo kakvoj proceduri u pogledu jasnog obrazlaganja i argumentovanja iznetih stavova. Ipak, radi se o bitnom instrumentu kojim se izražava volja, stav i gledište o budućem potencijalnom rukovodiocu, koje uvek u postupku izbora ima izuzetnu težinu.

Merilo uspešnosti rada je uvek jasno vidljivo kroz mesečne i godišnje izveštaje o radu sudije koji se kandiduje, gde se od budućeg predsednika suda negde uvek očekuje da spada u red najboljih sudija u svom sudu po rezultatima, ali bitno je napomenuti da se nikako ne insistira na činjenici da mora da bude sudija sa najboljim rezultatima. Ovo merilo dolazi do izražaja kada postoje dva ili više kandidata sa približno istim karakteristikama, gde će ostavareni uspeh u radu biti način da se iznijansiraju kandidati u korist onog ko je ostvario bolje rezultate rada.

U pogledu merila koji se ceni doprinosom stručnom usavršavanju sudija, sudijskih pomoćnika i drugih zaposlenih, nalazimo da je on u duhu ranije zakonske odredbe kada je jedan kandidat mogao da ima više mandata kao predsed-

<sup>6</sup> Ibid. Čl. 12. st. 4.

nik suda. Od rukovodioca suda se očekivalo da je tokom mandata imao ovakav vid aktivnosti. Međutim, u duhu sadašnjeg zakonskog rešenja, aktivnost od strane sudija kandidata za predsednika je u ovom pravcu dobrodošla, ukoliko je bio u poziciji da organizuje neke vrste edukacija sudija i zaposlenih. Ali, na istom se ne može insistirati jer ne postoje mehanizmi da svaki sudija pojedinačno ostvaruje ovaj vid aktivnosti, već je eventualno stečeno iskustvo na ovom polju posledica sporadičnih mogućnosti, često zasnovanih na ličnim zalaganjima ili kao posledica projektnih aktivnosti, u koje neki sudovi mogu biti uključeni zbog vrste nadležnosti ili teritorijalnog položaja.

#### POSTUPAK PREDLAGANJA I IZBORA I ORGANI KOJI UČESTVUJU U PROCESU

Postupak koji za cilj ima izbor predsednika suda se odvija u dve faze, zbog činjenice da u ovom procesu učestvuju dva organa. Strateška je odluka nakon uspostavljene nove mreže sudova od januara 2014. godine da svi sudovi na teritoriji Republike Srbije imaju predsednike na svom čelu. Međutim, zbog specifičnosti nekih sudova ili zbog neplaniranih objektivnih ili subjektivnih poteškoća, postoje sudovi koji nemaju na svom čelu predsednike sudova. Visoki savet sudstva je taj koji mora da prepozna potrebe svakog suda, da uvaži specifičnosti koje sprečavaju redovni tok stvari za izbor predsednika i da proceni koji je pravi momenat za rešavanje ovog pitanja<sup>7</sup>.

Nakon prvog koraka, koji se sastoji u oglašavanju izbora za predsednike sudova, VSS mora da formira Komisiju od tri člana iz reda sudija izbornih članova VSS, koja će se baviti postupkom i pripremiti predlog kandidata za sednicu. Rok za podnošenje prijava je zakonski određen<sup>8</sup> i traje 15 dana od dana oglašavanja u "Službenom glasniku RS". Svaki kandidat koji konkuriše je dužan da uz svoju prijavu dostavi obrazloženi program rada suda, gde se očekuje da generiše postojeće probleme, oceni dosadašnje rukovođenje sudom i iznese svoje predloge za poboljšanje i unapređenje rada suda. Kroz ovaj akt, Komisija uočava do koje mere kandidat poznaje funkcionisanje sudske uprave, koliko ima sposobnost da percipira bitne stvari za rukovođenje sudom i koliko poseduje inovativne i implementarno moguće ideje za poboljšanje funkcionisanja suda. U razmatranje se uzimaju samo blagovremene i potpune prijave, čiju urednost i potpunost cene stručne službe VSS.

---

<sup>7</sup> Vid. Čl. 13. st. 1. alineja 4. Zakona o Visokom savetu sudstva Sl. gl. RS, br. 116/08 101/10 88/11/106/15.

<sup>8</sup> Vid. Čl. 48 st. 1. Zakona o sudijama.

Nakon isteka roka za podnošenje prijava i procene koje prijave ispunjavaju uslove za izbor, prelazi se na sledeću fazu u ovom procesu, a to je pribavljanje mišljenja o prijavljenim kandidatima od sednice svih sudija suda za koji se predlaže izbor predsednika<sup>9</sup>. U sudove se upućuje dopis, najčešće elektronskim putem zbog uštede u vremenu, i ostavlja primeren rok od 8 do 15 dana, da se organizuje sednica sudija radi davanja mišljenja o kandidatima koji su konkurisali za predsednika. Ovakvom zakonskom rešenju može se uputiti kritika i predložiti proširenje zakonske odredbe.

Naime, nije retka situacija da se za predsednika suda prijave kandidati koji ne potiču iz tog suda, već iz nekog drugog teritorijalno više ili manje bliskog. S tim u vezi, mišljenje koje će o njemu dati sednica svih sudija suda za koji se predlaže izbor predsednika ne može biti relevantno, iz razloga što vrlo često ne poznaju rad tog kandidata, što i navode u svom mišljenju. U ovom slučaju, potrebno je da se o radu tog kandidata izjasni sednica svih sudija suda u kom on obavlja sudijsku funkciju, jer oni poznaju njegov rad. Međutim, zakon je u ovom delu potpuno jasan i ne ostavlja prostora za proširenje, ali mišljenja smo da bi najpravičnije bilo tražiti oba mišljenja – i sednice sudija suda gde se bira predsednik i sednice sudija suda odakle potiče kandidat, ukoliko se dođe u tu situaciju. U pogledu forme mišljenja ne postoje nikakvi posebni uslovi, niti propisi koji uređuju ovo pitanje, pa je u praksi situacija vrlo različita. Od uopšteno datog pozitivnog ili negativnog mišljenja u jednoj rečenici, do detaljno sprovedenog postupka glasanja ili opširno obrazloženog mišljenja, sa navođenjem iskaza svakog od sudija koji su diskutovali i glasali. Iz VSS se načelno upućuju sugrstije da je potrebno što detaljnije i opširnije dati mišljenje o kandidatima, ali ne postoji mehanizam za insitiranje na unificiranoj formi, zbog nedostatka propisa kojima se reguliše ovo pitanje. Mišljenje sednice je često odlučujuće i krucijalno u procesu odlučivanja.

Nakon pribavljanja mišljenja, stvoreni su uslovi za obavljanje razgovora sa kandidatima od strane Komisije, koju je imenovao VSS. Ne postoje prepreke da se razgovor obavi i pre pribavljanja mišljenja, ali se kompletnija slika o kandidatu stvara kada se pribave sve relevantne zakonom propisane reference, pa se u praksi upravo tako i radi. Razgovor sa kandidatima upravo služi da bi Komisija stekla utisak o opravdanosti navoda iz prijave i datog mišljenja, kao i da bi se uverila u komunikacione sposobnosti, elokventnost i sigurnost kandidata, kako bi mogla da proceni spremnost kandidata za funkciju predsednika. Zatim, predsednik Komisije za izbor predsednika suda predlaže na sednici Saveta kandidata, o kom

<sup>9</sup> Ibid. Čl. 70 st. 2.



predlogu se glasa. Kandidat koji dobije potreban broj glasova se predlaže Narodnoj skupštini za predsednika suda<sup>10</sup>.

Narodnoj skupštini se dostavlja obrazložen predlog za izbor predsednika suda, u kom su navedeni svi proceduralni momenti koji su sprovedeni u postupku, kao i dati argumentovani razlozi koji upućuju na kvalitete i odlučujuće karakteristike predloženog kandidata. Obrazloženi predlog se prvo obrazlaže pred Odborom za pravosuđe Narodne skupštine od strane ovlašćenog predlagača iz VSS, gde ako bude izglasan ulazi u skupštinsku proceduru. Kada se uvrsti u dnevni red Narodne skupštine, o predloženom kandidatu se raspravlja, a vrlo je bitno napomenuti da VSS uvek predlaže jednog kandidata za predsednika suda. U skupštinskoj raspravi uvek učestvuje i predstavnik ovlašćenog predlagača, koji daje potrebna objašnjenja i obrazlaže predlog Saveta. Nakon toga se pristupa glasanju o predlogu i ukoliko predlog bude usvojen, postupak izbora predsednika suda je okončan. Predsedniku suda počinje da teče mandat, kada stupi na funkciju predsednika suda u sudu za koji je izabran.

#### TRAJANJE FUNKCIJE, ODNOS SA SUDIJSKOM FUNKCIJOM I MATERIJALNI POLOŽAJ

Predsednik suda se bira na pet godina i ne može biti ponovo izabran<sup>11</sup>. U pogledu trajanja mandata, može se primetiti da je primenjena analogija kao za predsednika Vrhovnog kasacionog suda ili predsednika Republike Srbije i da je u pitanju primereno dug period za adaptaciju, sprovođenje ideja i zakoruživanje procesa. Međutim, u pogledu zakonskog ograničenja koji propisuje samo mogućnost jednog izbora može se izneti kritika, iz razloga praktične prirode, koji su posledica stvarnog stanja na terenu. Jasna je ideja zakonodavca da se nakon pet godina ponovo proveri rukovodilac jednog bitnog državnog organa kakav je sud, kao i stav da je potrebno personalno naći novo rešenje u ponovnom izboru, da se ne bi u dugom vremenskom periodu skoncentrisala moć u rukama jedne osobe. Ali, bez obzira na potpuno jasne argumente sadržane u zakonskom rešenju, bitno je napomenuti da je potpuno opravdano na svakih pet godina proveriti rukovodstvo suda, ali da uspešnim i dobrim rukovodiocima treba pružiti mogućnost ponovnog mandata. Postoje sudovi u kojima je bilo teško naći dobrog rukovodioca i gde je predsednik prepoznat kao prvi među jednakima, koga podržavaju sve sudije i zaposleni. Takođe, postoje predsednici sudova koji izuzetno uspešno rade svoj posao, koji su preuzeli na sebe višegodišnje projekte i gde bi istekom manda-

---

<sup>10</sup> Ibid. čl. 70, st. 1.

<sup>11</sup> Ibid. Čl. 72, st. 1.

ta moglo doći do poništavanja dobrih rezultata, ukoliko bi tu funkciju počeo da obavlja neko drugi.

Nije na odmet napomenuti da su više od četiri godine srpski sudovi funkcionisali sa rukovodstvom koje se nalazilo u položaju “vršioca funkcije”, čiji su mandati produžavani na svakih šest meseci, ali se rukovodioci nisu menjali. Nakon toga su 2014. godine izabrani predsednici u gotovo svim srpskim sudovima na petogodišnje mandate, što znači da faktički u mnogim sudovima gotovo 9 godina isti predsednik rukovodi.

Zbog svega iznetog, ima argumenata za izmenu zakonskog rešenja u vidu propisivanja mogućnosti da jedan rukovodilac obavlja funkciju predsednika suda u dva mandata.

Sudija koji je izabran za predsednika suda obavlja i sudijsku funkciju u tom sudu<sup>12</sup>, prema slovu zakona. To je zaista i najčešći slučaj, ali zakonodavac nije prepoznao situaciju kada sudija jednog suda bude izabran za sudiju drugog suda u kome inicijalno ne obavlja sudijsku funkciju. Takođe, postoji više slučajeva da predsednici viših sudova obavljaju funkcije predsednika suda u nižim sudovima, pa se od njih ne može očekivati da vrše i sudijsku funkciju u sudu kojim rukovode. Uvažavajući činjenicu da postoje jako opterećeni sudovi koji pokrivaju veliku teritoriju sa svojom nadležnošću i broje veliki broj sudija i zaposlenih, rukovodioci tih sudova su oslobođeni vršenja sudijske funkcije zbog složenog, obimnog i zahtevnog posla sudske uprave. Napominjemo da su to sve slučajevi koje zakon nije propisao kao opravdane da budu izuzetak od pravila da sudija koji je izabran za predsednika suda obavlja i sudijsku funkciju u tom sudu.

Kada je u pitanju materijalni položaj predsednika suda, bitno je naglasiti da plata predsednika suda ima svoje utemeljenje u osnovnoj sudijskoj plati, ali da zbog specifičnosti dodatne funkcije i povećanih ovlašćenja i odgovornosti ima opravdanost za uvećanjem, što je i zakonski

propisano<sup>13</sup>. Nesporno je da je zakonom prepoznata potreba da rukovodilac suda mora da ima odgovarajuću nadokandu za svoj dodatni rad i stepen odgovornosti, kao i da je odlučujući činilac brojnost sudija u sudu kojim rukovodi, ali nije zakonom prepoznata i regulisana situacija kada sudija višeg suda obavlja funkciju predsednika nižeg suda. Sporno je da li on treba da prima materijalnu nadoknadu kao da je sudija suda kojim rukovodi, uvećanu za zakonom propisanu procenat; da li treba da zadrži svoju platu kao sudija višeg suda; ili da se njego-

---

<sup>12</sup> Ibid. Čl. 71, st. 1.

<sup>13</sup> Osnovna plata predsednika suda se određuje tako što se plata sudije tog suda uvećava za: 10% u sudu do 20 sudija; 15% u sudu do 40 sudija; 20% u sudu do 60 sudija; 25% u sudu do 80 sudija i 30% u sudu preko 80 sudija. Ibid. Čl. 40. St. 1.

va postojeća plata određena prema rangu suda kojem pripada uveća za odgovarajuće zakonom propisano uvećanje.

Ukoliko bi se stalo na prvo stanovište vrlo je moguće da bi se sudija višeg suda koji se prihvati da rukovodi nižestepenim sudom doveo u nepovoljniji materijalni položaj, a vrlo je izvesno da to nije bila ideja zakonodavca. Takođe, druga predviđena mogućnost bi značila za predsednika suda povećanu odgovornost za istu materijalnu nadoknadu. Zbog svega navedenog, u praksi se stalo na stanovište da jedino rešenje koje ima realno opravdanje i ostvaruje svrhu zakona je treća mogućnost, jer je nesporno da je zakonodavac prepoznao potrebu da rukovodioci suda treba da imaju materijalnu nadoknadu za to. Na ovom mestu bitno je napomenuti da i zamenik predsednika suda ima pravo na uvećanje plate u iznosu od 50% u odnosu na uvećanje plate koje ima predsednik suda<sup>14</sup>.

#### POSEBNO O VRŠIOCU FUNKCIJE PREDSEDNIKA SUDA I ZAMENIKU PREDSEDNIKA SUDA

Postoje dve specifične situacije koje je potrebno posebno apostrofirati, a obe se odnose na slučaj kada sudom iz nekog razloga ne rukovodi predsednik suda. Postojanje takve situacije ne može onemogućiti funkcionisanje suda. Neophodno je obezbediti kontinuitet rada i upravljanja, kroz prelazna i privremena rešenja. S tim u vezi, potrebno je prvo napraviti razliku između situacije kada predsedniku suda iz bilo kog zakonskog razloga prestane funkcija ili kada se tek oforme novi sudovi, pa sud ostane bez predsednika ili predsednik još nije izabran i između situacije kada sud ima predsednika, ali je on iz opravdanih razloga sprečen ili onemogućen da upravlja.

U prvoj situaciji, sporna stvar se rešava kroz implementaciju vršioca funkcije predsednika suda. Predsednik neposredno višeg suda postavlja sudiju koji vrši funkciju predsednika dok novi predsednik ne stupi na funkciju, a najduže šest meseci<sup>15</sup>. Opravdanje za ovakvo rešenje se nalazi u nekoliko bitnih činjenica. Prvo, u okviru nadležnosti predsednika neposredno višeg suda je da nadgleda i prati rad niže stepenih sudova<sup>16</sup>, te imajući u vidu da je upoznat da načinom funkcionisanja tog suda, koji su problemi u radu, a koje su pohvalne i uspešne okolnosti u funkcionisanju, u stanju je da opredeli privremenog rukovodioca.

---

<sup>14</sup> Ibid. Čl. 42. st. 4.

<sup>15</sup> Ibid. Čl. 73. st. 1.

<sup>16</sup> Predsednik neposredno višeg suda ima pravo da nadzire sudsku upravu nižeg suda, kao i da pri nečinjenju predsednika nižeg suda donese akte iz njegovog delokruga. Čl. 54. St. 1. Zakona o uređenju sudova, Sl. gl. RS, 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 40/15, 16/15, 13/16.

Drugo, u stanju je da prepozna najbolje personalno rešenje, gde se on najčešće kreće u okvirima niže stepenog suda i svog suda, pa su vršioci funkcije najčešće ili iz reda suda koji je ostao bez predsednika ili iz reda sudija neposredno višeg suda. Treće, krajnje privremeni karakter ove funkcije relaksira predsednika neposredno višeg suda pojačane odgovornosti prilikom izbora, ali se radi i o primereno dugom periodu u kom je moguće spoznati da li je predloženo rešenje viđeno i kao mogućnost za konkurisanje za funkciju predsednika.

U praksi se često dešava situacija da šestomesečni period nije dovoljno dug da se izabere predsednik na stalnu sudijsku funkciju, pa se to "premošćava" ponovnim izborom vršioca funkcije na novih šest meseci. Zbog činjenice da je u Srbiji u kratkom vremenskom periodu dva puta menjana mreža sudova, formiranjem novih sudova bilo je potrebno ponovo formirati rukovodstvo sudova, pa je navedena situacija rešavana postavljenjem vršioca funkcije. Ovaj institut se pokazao kao vrlo koristan orijentir, jer je regrutovao dobre sudije koji imaju potencijala za rukovođenje i upravo su oni bili kandidati koji su birani na funkcije predsednika suda, jer su se izdvojili postignutim rezultatima u ovom prelaznom periodu.

U pogledu privremene sprečenosti ili prevelike opterećenosti predsednika suda, zamenik predsednika suda obavlja delegirane poslove iz delokruga predsednika suda i njegovom funkcijom se obezbeđuje potrebno organizaciono ustrojstvo. Sud ima jednog ili više zamenika predsednika suda, koji zamenjuje predsednika suda u slučaju sprečenosti ili odsutnosti<sup>17</sup>. Kada sud ima više od jednog zamenika predsednika suda, predsednik suda određuje jednog zamenika koji ga zamenjuje<sup>18</sup>. Međutim, predsednik suda ne može sve poslove iz svoje nadležnosti preneti na zamenika predsednika, već samo poslove koji se ne odnose na odlučivanje o pravima sudija na osnovu rada, utvrđivanje godišnjeg rasporeda poslova, odlučivanje o radnim odnosima sudskog osoblja u slučaju kada je to zakonom određeno, kao i o udaljenju sudija i sudije porotnika sa dužnosti<sup>19</sup>.

Bitno je napomenuti da prestankom funkcije predsednika suda prestaje i funkcija zamenika predsednika suda, jer je izbor zamenika predsednika suda u isključivoj nadležnosti predsednika suda, koji prema sopstvenim afinitetima i zahtevima bira sebi zamenike u vidu najbližih saradnika. Međutim, to je vrlo nezgodna situacija kada sud ostane bez predsednika, jer automatski ostaje bez kompletnog rukovodstva. Problemi u praksi su iznedrili potrebu da se uredi situacija izbora zamenika predsednika suda, gde bi izvesnu ulogu trebalo da imaju i neki drugi organi (na primer: predsednik neposredno višeg suda ili VSS), čime

<sup>17</sup> Čl. 52. st. 3. Zakona o sudijama.

<sup>18</sup> Ibid. Čl. 52. st. 4.

<sup>19</sup> Ibid. Čl. 52. st. 4.

bi se obezbedilo da prestankom funkcije predsednika suda, sudom u nekom kratkom periodu rukovodi zamenik do postavljenja vršioca funkcije ili izbora novog predsednika.

Iz svega navedenog proizilazi da zamenik predsednika ima ograničenu ulogu u rukovođenju i da je neraskidivo vezan za predsednika suda, da ima uži obim prava i obaveza, a s tim u vezi i manju naknadu za svoj rad. Sa druge strane, vršilac funkcije predsednika suda potpun delokurg kao i predsednik suda, ista prava, obaveze i odgovornosti, te s tim u vezi i odgovarajući materijalni položaj, ali njegov mandat karaktriše vremenska ograničenost do šest meseci i privremenost funkcije u svojoj osnovi.

#### SPECIFIČNOSTI IZBORA PREDSEDNIKA VRHOVNOG KASACIONOG SUDA

Zbog činjenice da je Vrhovni kasacioni sud najviša sudska instanca u Srbiji i da je predsednik Vrhovnog kasacionog suda ustavna kategorija<sup>20</sup>, njegov izbor prate određene specifičnosti, koje je potrebno posebno navesti u sklopu analize ove teme. Predsednika Vrhovnog kasacionog suda, među sudijama tog suda, na predlog Viskog saveta sudstva, po pribavljenom mišljenju Opšte sednice i nadležnog odbora Narodne skupštine, bira Narodna skupština<sup>21</sup>. Dok za sve ostale sudove ne važi uslov koji ih organizava u pogledu kandidature za predsednika njihovog suda, u slučaju najvišeg suda u zemlji jasno je propisano da je za njega viđen samo predsednik, koji obavlja sudijsku funkciju u najvišem sudu.

Kandidat za predsednika Vrhovnog kasacionog suda, uz prijavu na konkurs za izbor, dostavlja i program unapređenja rada sudova u Republici Srbiji, koji se objavljuje na internet stranici VSS-a, zajedno sa podacima iz radne biografije kandidata<sup>22</sup>. Za razliku od svih drugih predsednika sudova, koji uz rukovođenje svojim sudom imaju obavezu nadgledanja rada niže stepenih sudova iz svog delokruga, mandat predsednika najvišeg suda podrazumeva donošenje strateških odluka za sve sudove na teritoriji zemlje, prepoznavanje najvećih globalnih problema, nalaženje rešenja za iste, poznavanje svih pojedinačnih prilika u svakom sudu, generisanje spornih tačaka funkcionisanja i pronalaženje izlaza za svaku spornu situaciju. S tim u vezi, ne čudi transparentnost u pogledu programa rada svih sudova i podataka iz radne biografije svih kandidata, ali osim čisto informativne, uloga opšte javnosti u procesu izbora predsednika najvišeg suda ne postoji.

---

<sup>20</sup> Vid. Čl. 144. Ustava Republike Srbije.

<sup>21</sup> Čl. 79. st. 1 Zakona o sudijama.

<sup>22</sup> Ibid. Čl. 79. st. 2.

Predsednik Vrhovnog kasacionog suda se bira na period od pet godina i ne može biti ponovo biran<sup>23</sup>. Ovde je prihvaćeno isto zakonsko rešenje kao i kad su upitanju predsednici nižestepeni sudova. Ali, za razliku argumentacije koja je data u prilog ponovnog mandata za predsednike ostalih sudova, po mišljenju autora, ovde ta argumentacija ne stoji. Radi se o specifičnom korpusu nadležnosti, koje povlače veliku odgovornost, ali koje u sebe uključuju i veliku koncentraciju moći, zbog činjenice donošenja strateških odluka, koje svoju implementaciju imaju na celokupni pravosudni sistem. Ne treba zanemariti ni činjenicu da je predsednik Vrhovnog kasacionog suda po svojoj funkciji i predsednik Visokog saveta sudstva<sup>24</sup>.

Predsedniku Vrhovnog kasacionog suda prestaje funkcija pre isteka vremena na koje je izabran na lični zahtev, prestankom sudijske funkcije ili razrešenjem iz zakonom propisanih razloga za razrešenje predsednika suda<sup>25</sup>.

#### PRESTANAK FUNKCIJE PREDSEDNIKA SUDA

Postoji više zakonom definisanih razloga, zbog kojih predsedniku suda može prestati funkcija. Neki su razlozi subjektivne prirode koji svoju osnovu imaju u ponašanju ili odlučivanju samog predsednika, dok su neki razlozi objektivne prirode, na koje predsednik svojim radnim profesionalnim aktivnostima ne može da utiče. Predsedniku suda prestaje funkcija prestankom sudijske funkcije, izborom za sudiju drugog suda, na lični zahtev, zbog ukidanja suda, istekom mandata i razrešenjem sa funkcije predsednika suda<sup>26</sup>.

Bez obzira na razlog, za sve slučajeve je zajedničko da odluku o prestanku funkcije predsednika suda donosi Narodna skupština<sup>27</sup>, što ne čudi ako se ima u vidu uloga ovog organa i prilikom izbora. Takođe, prestanak funkcije predsednika bilo kog suda podrazumeva obaveznu reakciju VSS-a, koji je dužan da bez odlaganja oglasi izbor, sprovede postupak i u što kraćem vremenskom roku predloži Narodnoj skupštini kandidata za izbor predsednika.

Prestankom sudijske funkcije prestaje i funkcija predsednika suda, a mogući razlozi su sledeći: lični zahtev sudije; kad sudija navrší radni vek, tj. 65 godina života; kad trajno izgubi radnu sposobnost za obavljanje sudijske funkcije ili

---

<sup>23</sup> Ibid. Čl. 79. st. 3.

<sup>24</sup> Čl. 6. st. 1. Zakona o Visokom savetu sudstva.

<sup>25</sup> Čl. 79. st. 4. Zakona o sudijama.

<sup>26</sup> Vid. čl. 74. St. 1.

<sup>27</sup> Vid. čl. 74. St. 2.

kada bude razrešen<sup>28</sup>. Sve navedene mogućnosti imaju veze sa primarnom sudijskom funkcijom i nastupanje bilo kog navedenog razloga ima svoje utemeljenje u osnovnoj delatnosti, koja je uzročno-posledično povezana sa funkcijom predsednika suda i koja za krajnji rezultat ima prestanak funkcije predsednika suda.

Ukoliko sudija koji obavlja funkciju predsednika bude izabran na sudijsku funkciju u neki drugi sud, a najčešće će to u praksi biti neki viši sud, što će i predstavljati i napredovanje u karijeri, pretaće mu funkcija predsednika niže stepenog suda. Kada je u pitanju ovaj razlog, učešće bilo kog drugog organa nije potrebno, već je samo bitno da Savet bude obavešten o datumu stupanja na funkciju, da bi se blagovremeno odreagovalo u pogledu postavljanja vršioca funkcije predsednika suda i raspisivanja konkursa za izbor novog predsednika.

Predsednik suda koji želi da mu prestane funkcija iz bilo kog razloga, upućuje svoj zahtev direktno Narodnoj skupštini, a u ovom postupku ne učesvuje VSS. Razlozi za prestanak mogu biti razni: od ličnih i porodičnih prilika, do nesnalaženja ili nekog vida nezadovoljstva na rukovodećoj poziciji. Uloga Narodne skupštine je deklaratorna, jer se želja za prestankom obavljanja funkcije uvek prihvata, bez ulaženja u razloge i konkretne motive. Ukoliko dođe do ukidanja nekog suda i prestanka njegovog funkcionisanja usled promene mreže sudova, dolazi se u situaciju objektivne nemogućnosti obavljanja funkcije predsednika suda, zbog nepostojanja suda. Kada istekne petogodišnji mandat, predsedniku suda po sili zakona prestaje funkcija, a na ovom mestu je bitno napomenuti da se radi o razlogu objektivne prirode, jer rad predsednika i ostvareni rezultati usvetlu trenutnog zakonskog rešenja ne mogu dovesti do drugačijeg ishoda.

Dok su svi navedeni razlozi posledica nastupanja određenih zakonom jasno definisanih činjenica, razrešenje sa funkcije predsednika suda je složen i zakonom uređen process, koji zbog svojih specifičnosti, teških posledica i proceduralnih razloga zaslužuje detaljniju i detaljniju analizu.

Do razrešenja može doći samo ako se utvrdi postojanje nekog od zakonom propisanih razloga za razrešenje. Razrešenje sa mesta funkcije predsednika suda znači da je u zakonom propisanoj proceduri utvrđeno neadekvatno postupanje u rukovođenju sudom, koje tog sudiju uskraćuje za mogućnost daljeg opstanka na rukovodećoj poziciji na čelu suda, pri čemu razrešeni predsednik suda i dalje nastavlja da se bavi sudijskim pozivom.

Predsednik suda može biti razrešen sa te funkcije iz šest razloga, koji su definisani zakonom<sup>29</sup>: zbog kršenja obaveza ustanovljenih propisima za obavljanje poslova sudske uprave; zbog narušavanja načela nezavisnosti sudije; zbog postu-

---

<sup>28</sup> Vid. čl. 57. St. 1.

<sup>29</sup> Ibid. Čl. 75 st. 1.

panja suprotno propisima o dodeljivanju predmeta; zbog odstupanja od propisa kojim se uređuje godišnji raspored sudija; zbog učinjenog teškog disciplinskog prekršaja u vršenju funkcije predsednika suda; zbog nestručnog vršenja funkcije predsednika suda.

Svako lice može podneti inicijativu za razrešenje predsednika suda, a postupak za utvrđivanje razloga za razrešenje predsednika suda pokreće i vodi Visoki savet sudstva<sup>30</sup>. Podnosilac predloga za pokretanje postupka radi utvrđivanja razloga za razrešenje predsednika suda može biti predsednik neposredno višeg suda, sednica svih sudija suda čiji je predsednik, ministar nadležan za pravosuđe, organ nadležan za vrednovanje rada predsednika suda i Disciplinska komisija<sup>31</sup>.

Odluka VSS po predlogu za razrešenje predsednika suda zavisi od toga ko je od ovlašćenih predlagača podneo predlog za razrešenje. Uopšteno gledajući, jasno je da postoje dva suprotna pola odlučivanja – predlaganje razrešenja Narodnoj skupštini ili izostanak reakcije po navedenom pitanju, jer nisu utvrđeni potrebni razlozi. Ukoliko je predlog podnela Disciplinska komisija postoji i treća mogućnost kako će se okončati ovaj postupak. To je slučaj kada nisu utvrđeni razlozi za razrešenje, ali jesu neki drugi nedostaci u radu, te se utvrđuje disciplinski prekršaj i izriče odgovarajuća sankcija. Odluku o razrešenju predsednika suda donosi Narodna skupština, na osnovu predloga Visokog saveta sudstva, nakon sprovedenog postupka u kome su utvrđeni razlozi za razrešenje<sup>32</sup>.

#### POLOŽAJ PO PRESTANKU FUNKCIJE PREDSEDNIKA SUDA

Kada iz zakonom propisanog razloga prestane funkcija predsedniku suda koja nema utemeljenje u istovremenom prestanku sudijske funkcije, on nastavlja da obavlja sudijsku funkciju u sudu u kom je izabran. Opreza radi, na ovom mestu ukazujemo na nelogičnost u zakonu koji propisuje da predsednik suda koji ne bude ponovo izabran<sup>33</sup> nastavlja da obavlja sudijsku funkciju<sup>34</sup>. Najupečatljivija stvar i najbitnija razlika između postupka razrešenja sudija i postupka razrešenja predsednika suda se ogleda u nastupajućoj posledici – predsednik suda koji bude razrešen sa te funkcije, nastavlja da obavlja sudijsku funkciju, koju je obavljao pre

<sup>30</sup> Ibid. Čl. 76. st. 1 i 2.

<sup>31</sup> Ibid. čl. 76 st. 3.

<sup>32</sup> Ibid. Čl. 77.

<sup>33</sup> Trenutno važeći Zakon o sudijama ne poznaje ponovni izbor na funkciju predsednika i decidno propisuje mogućnost samo jednog mandata na funkciji predsednika suda.

<sup>34</sup> Ibid. Čl. 78 st. 1.



postavljenja za predsednika, u istom sudu.<sup>35</sup> Takođe, kada sudiji višeg suda koji je izabran za predsednika nižeg suda prestane funkcija predsednika, ima pravo da nastavi sudijsku funkciju u višem sudu<sup>36</sup>.

Ovo upravo znači da utvrđena nesposobnost ili nesnalaženje ili nedovoljno uspešno rukovođenje sudom, ne znači neposedovanje kompetencija za obavljanje sudijske funkcije. Ovde bi se eventualno moglo postaviti pitanje proširenja odgovornosti, jer je vrlo moguće da se u ponašanju predsednika suda stekne neki razlog za razrešenje sa sudijske funkcije. Ukoliko bi izostala potrebna reakcija, moglo bi se tumačiti da je predsednik suda amnestiran od takve sankcije zbog trenutne pozicije i da je najdrastičnije što može da mu se desi da bude razrešen sa funkcije predsednika suda. Zakonski tekstovi i podzakonski akti ništa ne govore po ovom pitanju, ali bi krajnje neceļishodno bilo sprovođiti dva postupka razrešenja u navedenom slučaju – prvo sa predsedničke funkcije, a zatim sa sudijske. Sa druge strane, trenutno se ne nazire drugo rešenje, zbog činjenice da u razrešenju predsednika suda učestvuje i Narodna skupština, koja je i izabrala spornog predsednika, te s tim u vezi nalazimo da je potrebno zakonski tekst razraditi u navedenom pravcu.

#### ZAKLJUČAK

Zakonski okvir koji reguliše položaj i obavljanje funkcije predsednika suda je institucionalno dobro postavljen, a u procesima izbora, vrednovanja rada, odgovornosti i obavljanja funkcije, uvažene su specifičnosti ostalih insitucija, kao što je sud iz koga potiče predsednik suda i mišljenje kolegijuma. U pogledu nekih odredaba, potrebno je zakonske tekstove izmeniti u svetlu praktično boljeg funkcionisanja sudova i u skladu sa potrebom prerogative prepoznatih neprimenljivih odredbi.

Najveći uspeh na terenu prepoznavanja problema teme, je uspostavljanje boljeg sistema odgovornosti, kroz sprovođenje postupaka razrešenja. Početak sprovođenja ovih postupaka govori u prilog institucionalnoj zrelosti Visokog saveta sudstva i svih drugih činilaca koji učestvuju u ovom procesu. Razrešenje nije više samo zakonska mogućnost, njegova primena je u potpunosti zaživela. Pozitivni efekti se ogledaju u generalnoj prevenciji na ponašanje drugih predsednika sudova, jer su postali svesni da su počeli da funkcionišu mehanizmi sankcionisanja za učinjene greške u radu. Pionirska primena ovih postupaka iznedrila je ne-

---

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid čl. 78 st. 1.

dostatke postupka i potrebu poboljšanja zakonskih tekstova i podzakonskih akata, koji regulišu ovu oblast.

Nesporna je činjenica da postoje još uvek brojni i složeni problemi u srpskom pravosuđu, ali institucionalno ustanovljenim postupkom izbora predsednika sudova, uspešnim sprovođenjem postupaka razrešenja i stalnim nastojanjem da svi sudovi na teritoriji Republike Srbije imaju predsednike, otklanjaju se nedostaci u personalnom postupanju predsednika sudova, što utiče i na druge nosioce pravosudnih funkcija i stvara ispravne stavove da ova vrsta prestiža ne nosi sa sobom samo privilegije, već i veliku odgovornost, sa rizikom strogog sankcionisanja.

SMILJA SPASOJEVIĆ, LL.M.,  
Head of Department for the Status Issues of Judges,  
High Judicial Council, Belgrade, Republic of Serbia

#### POSITION AND FUNCTIONAL ROLE OF THE PRESIDENT OF THE COURT IN SERBIAN JUDICIARY

##### Summary

The role of the president of the court is to represent the court, direct its work, provide legal actions both within the court and outside institutions and to provide the most functional interior regulation. The leadership of the president of the court must be carried out in accordance with applicable law. The aim of this paper is to highlight the main principles related to the work of the president of the court - his election, mandate, rights and obligations, privileges and responsibilities. The president of the court can experience potential limitations in the work, which are conditioned by the legal framework. However, it is expected from him to show a pronounced ability for leadership and organization, which would lead to successful management endeavors. This thin line between successful results and exceeding the legal possibilities is discussed in this paper, with the special emphasis on the responsibilities of the president of the court.

MIROSLAV ĐORĐEVIĆ

## ZAŠTO JE IZBORNA LISTA ZNAČAJNA ZA IZBORNI SISTEM

### U V O D

Odabir modela izborne liste jeste jedan od faktora koji značajno utiču na konačan ishod primene proporcionalnog izbornog sistema, kako u domenu samih parlamentarnih izbora, tako i odnosa birača i predstavnika tokom trajanja mandata, opšte političke atmosfere itd. U našoj literaturi ovo pitanje zauzima značajno mesto, dobrim delom usled činjenice da je Srbija promenila nekoliko modela izbornih lista od napuštanja većinskog izbornog sistema 1992. godine, pa su se nedostaci i prednosti tih rešenja lako mogli uočiti i u praksi. Neka od, čini se, najboljih rešenja, koja su pak prisutna u uporednom pravu, nikada nisu primenjena kod nas.

Izborne liste možemo podeliti na tri osnovne vrste – “zatvorene blokirane”, “zatvorene neblokirane” i “otvorene liste”. Zatvorena blokirana lista je ona na kojoj je predlagač vezan redosledom kandidata, a birač može glasati samo za listu u celini, bez preferiranja određenog kandidata unutar te liste ili neke druge intervencije na njoj. Kod ovog tipa lista glasaču je, dakle, ostavljen samo izbor da li će listu podržati ili ne, a predlagač je u obavezi da mandate dodeli poštujući redosled kandidata na njoj. Zatvorena neblokirana lista se razlikuje od blokirane uto-

---

Miroslav Đorđević, istraživač – saradnik Instituta za uporedno pravo; doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

liko što je biraču ostavljena mogućnost da glasa za listu u celini, ili pak da glasa za određenog kandidata unutar nje. Ona je dakle “zatvorena” prema biraču, jer je ovaj ograničen kandidatima sa liste predlagača, ali može uticati na redosled kandidata i samim tim ulazak u parlament određenog kandidata (redosled je “neblokiran”). Na kraju, otvorena lista je ona kod koje su pred birača stavljene najšire mogućnosti izbora. On se može opredeliti za listu na način na koji ju je sastavio predlagač, može izvršiti i preferencijalno glasanje (glasati za određenog kandidata), ali i panaširanje (mehanizam koji omogućava biračima da glasaju za više kandidata sa više različitih partijskih lista, sastavljajući tako sopstvenu listu kandidata<sup>1</sup>).

U literaturi postoje značajne razlike u pogledu klasifikacije izbornih lista. Do svojevrstne zabune i nekonzistentnosti dolazi kako zbog činjenice da se one mogu različito svrstavati zavisno od kriterijuma podele, tako i usled čisto terminoloških razlika. Čini se da je najadekvatnija podela na “zatvorene blokirane”, “zatvorene neblokirane” i “otvorene” liste, jer kod njih već sam naziv jasno upućuje na sadržinu, tj značenje.<sup>2</sup>

#### KRATAK ISTORIJSKI OSVRT

Srbija je bila među prvim zemljama koje su primenile proporcionalni izborni sistem, pa se tako za liste glasalo još po donošenju tzv. “radikalskog” Ustava iz 1888. godine i Izbornog zakona iz 1890. godine (u tome vreme je sistem glasanja za liste bio primenjen samo još u Danskoj i nekim švajcarskim kantonima). Sve do Drugog svetskog rata smenjivali su se različiti većinski i proporcionalni izborni modeli.<sup>3</sup>

Od ponovnog uvođenja višepartijskog sistema u Srbiji, tri puta su donošeni Zakoni o izboru narodnih poslanika (ZINP), od kojih je svaki pretrpeo izmene. Zakon iz 1990. godine<sup>4</sup> predvideo je većinski izborni sistem, a već 1992. godine on je novim Zakonom<sup>5</sup> zamenjen proporcionalnim sistemom, koji je ostao na

<sup>1</sup> S. Orlović, Problemi sa izbornim sistemom u Srbiji, [http://arhiva.eukonvent.org/downloads2/110601-slavisa\\_orlovic.pdf](http://arhiva.eukonvent.org/downloads2/110601-slavisa_orlovic.pdf), 5. jun 2016, 3.

<sup>2</sup> Ovakva klasifikacija kao kriterijum ima stepen “otvorenosti” prema biraču, tj. stepen slobode birača da utiče na to koji će kandidat na kraju dobiti mandat.

<sup>3</sup> Više o istoriji izbora u Srbiji i prvoj Jugoslaviji vidi u: M. Đorđević, “Istorijat izbora u Kneževini i Kraljevini Srbiji”, *Izbori u domaćem i stranom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012. i u: M. Đorđević, “Istorijat izbora u Kraljevini SHS i Kraljevini Jugoslaviji”, *Strani pravni život*, 3/2013.

<sup>4</sup> Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije 1/1990 i 12/1990.

<sup>5</sup> Službeni glasnik Republike Srbije (SGRS) 79/1992.

snazi do danas (uz više značajnih izmena). U pogledu izbornih lista, sve do 2000. godine bilo je prihvaćeno rešenje po kojima je predlagač u obavezi da 1/3 osvojenih mandata dodeli kandidatima shodno redosledu na listi, dok je za 2/3 on slobodan da ih dodeli preostalim kandidatima sa liste, po svom nahođenju.<sup>6</sup> Ovakav model, koji je jedva nešto prihvatljiviji od onog predviđenog Zakonom iz 2000. godine<sup>7</sup>, ne može se svrstati ni u jednu od gorenavedenih kategorija izbornih listi, a mogu mu se uputiti sve one zamerke kao i onom iz pomenutog, kasnijeg Zakona. Od 1992. godine do izmena Zakona 1997. godine, postojalo je u Srbiji devet izbornih jedinica, a potom dvadeset i devet, sve do 2000. godine, kada je po novom Zakonu cela zemlja postala jedna izborna jedinica.

Rešenje po kome je predlagaču ostavljeno da odlučuje o tome koji će kandidati sa liste dobiti mandat dovedeno je do kraja donošenjem Zakona o izboru narodnih poslanika 2000. godine. Takvo *sui generis* rešenje za koje se u literaturi ističe da je nepoznato u uporednom pravu<sup>8</sup>, a po kome politička stranka uopšte (dakle čak ni jednom trećinom) nije vezana redosledom na izornoj listi prilikom dodele mandata, potpuno je dovelo u pitanje neposrednost izbora. Kako birači u ovakvom sistemu, za razliku od zatvorene blokirane liste, ne znaju redosled ulaska svojih kandidata u parlament, oni glasanjem praktično mogu “kupiti mačku u džaku”.<sup>9</sup> Deformisao se sadržaj slobode izbora, ona je postala garantovana samo političkim partijama, a ne i biračima, jer se sloboda građana ogledala samo u izboru onih koji će u njihovo ime odabrati poslanike u parlamentu.<sup>10</sup> Usled odabira ovog modela došli su do izražaja gotovo svi negativni aspekti proporcionalnog izbornog sistema, koje je u svojim “Preporukama za izmenu izbornog zakonodavstva u Srbiji” stručni tim Cesid-a jezgrovito prikazao: “destimulisanje participacije i podsticanje apstinencije birača, stavljanje građana u situaciju da glasaju, a suštinski ne biraju, potiskivanje kandidata u drugi plan za račun partijske i liderske identifikacije i konačno, ostavljanje birača u dilemi – oni ne znaju za koga daju glas i ko će ih predstavljati”.<sup>11</sup> Takav sistem je i u potpunosti isključio potrebu

---

<sup>6</sup> ZINP iz 1992, čl. 98. st. 1.

<sup>7</sup> SGRS 35/2000.

<sup>8</sup> I. Pejić, “Izborna lista u srazmernom predstavništvu – iskustvo Srbije”, *Izbiri u domaćem i stranom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, 84–85.

<sup>9</sup> S. Manojlović, “Izborna reforma u Srbiji – kako i zašto?”, *Reforma izbornog sistema u Srbiji*, Centar za javno pravo, Sarajevo, 2015, 45.

<sup>10</sup> I. Pejić, 85.

<sup>11</sup> Z. Lučić *et al*, Cesid – Preporuke za izmenu izbornog zakonodavstva u Srbiji, <http://izbornareforma.rs/wordpress/wp-content/uploads/resurscentar/Preporuke-za-izmenu-izbornog-zakonodavstva-u-Srbiji.pdf>, 5. jun 2016, 9-10.

kandidata da se bori za naklonost birača (već to čini po pravilu lider i visoko stranačko rukovodstvo), a primarni cilj kandidata pak jeste da se kroz unutarstranačku borbu nađe u situaciji da posle održanih izbora mandat pripadne baš njemu. Ovakvo rešenje je omogućavalo i da se, zarad populističkog pridobijanja simpatija birača, pri vrhu liste pojave i poznate javne ličnosti, koje pak posle izbora ne bi dobile mandat, već bi se u parlamentu umesto njih našlo neko “bezimeno” lice, čije je ime možda bilo pri dnu liste.<sup>12</sup>

Vrste izbornih lista predviđene zakonima iz 1992. i 2000. godine se ne uklapaju ni u jedan model iz tripartitne podele na zatvorene blokirane, zatvorene neblokirane i otvorene liste. Kako je kriterijum bio nivo slobode birača da utiču na redosled kandidata, onda bi to bile zatvorene liste, međutim, specifičnost stranačke postizborne “intervencije” toliko menja njihovu suštinu da se one ne mogu opravdano svrstati u tu grupu. Zapravo je reč o nekakvoj vrsti otvorenih lista, ali gledano iz ugla slobode predlagača.<sup>13</sup> Čini se da je jako teško pronaći adekvatan termin koji ih opisuje, a da pritom zadovoljava kriterijum za koji smo se mi ovde opredelili. Ako se uzme u obzir i da navedeni modeli više nisu u upotrebi i nemaju gotovo nikakvu uporednopravnu zastupljenost<sup>14</sup>, možda i nije neophodno uključivati ih u klasifikaciju, već ih treba prosto ostaviti kao kuriozitet naše pravne istorije, a u ovom radu ćemo se za njihovo određenje koristiti tehničkim, istina pomalo nezgrapnim, terminom: “predlagački nevezane, zatvorene blokirane liste”.

Konačno, 2011. godine, odlukom Ustavnog suda<sup>15</sup> ocenjeno je kao neustavno rešenje po kome je predlagač slobodan da sam odredi kojim će kandidatima sa liste pripasti mandati, te je iste godine izmenama Zakona o izboru narodnih poslanika u srpsko izbornu pravo uvedena zatvorena blokirana izborna lista.

## POZITIVNOPRAVNA REGULATIVA

### *Ustav*

Ustav Republike Srbije samo rudimentarno uređuje tematiku izbora za narodne poslanike, dok su konkretna rešenja, pa i ona vezana za tip izborne liste, ostavljena Zakonu o izboru narodnih poslanika i podzakonskim aktima. Naš

<sup>12</sup> Tako i: R. Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 238.

<sup>13</sup> Polazeći od ovakvog kriterijuma, (iz ugla predlagača) izborne liste klasifikuje npr. Ratko Marković: *Ibid.* Usled ovakvih različitih uglova posmatranja u literaturi dolazi do neujednačenih klasifikacija.

<sup>14</sup> I. Pejić, 85.

<sup>15</sup> IU p 42/2008, SGRS 28/2011

Ustav, za razliku od nekih ustava evropskih država, ne određuje eksplicitno tip izbornog sistema, ali on to pak čini indirektno preko spornog čl. 102, st. 2, koji kaže: "Narodni poslanik je slobodan da, pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji predlog je izabran za narodnog poslanika." Ustavotvorac je vođen željom da spreči poslanike, tzv. "stranačke preletače", da menjaju volju birača svojim "preletanjem", uveo normu koja je praktično ukinula slobodan poslanički mandat i pretvorila ga u nekakav imperativni stranački mandat.<sup>16</sup> Ovakvo rešenje je dovelo do toga da je poslaniku uskraćena garancija slobodnog mišljenja u parlamentarnim raspravama, odlučivanja i glasanja. Usledile su brojne kritike kako domaće naučne javnosti tako i Venecijanske komisije, jer je ova odredba o neopozivoj ostavci u neskladu sa eksplicitnom ustavnom garancijom materijalnog imuniteta (imuniteta neodgovornosti), koji štiti poslanika od pozivanja na krivičnu ili bilo kakvu drugu odgovornost za mišljenje koje je izneo, ili glas koji je dao, kada su oni vezani za obavljanje funkcije narodnog poslanika.<sup>17</sup> Navedeni član Ustava ostavio je zakonu da bliže odredi uslove za sprovođenje mogućnosti "slobodnog" stavljanja mandata na raspolaganje stranci. Međutim, do toga nije došlo usled odluke Ustavnog suda<sup>18</sup>, kojom je posredno (preko ocene o neustavnosti analogne odredbe Zakona o lokalnim izborima) sprečena i zakonska regulativa blanko ostavki na republičkom nivou.<sup>19</sup> Tako je ova odredba ostala kao nekakvo strano telo u Ustavu, važeća, ali neprimenjena, tj. zakonom nerazrađena norma, suprotna duhu Ustava. Ona je ipak važna iz drugog razloga, kao pokazatelj da se naš ustavotvorac opredelio implicitno za proporcionalni sistem.

Naime, kako se u čl. 102. st. 2 Ustava kaže da poslanik ima slobodu da svoj mandat stavi "na raspolaganje političkoj stranci na čiji je predlog izabran", tu može biti reči samo o nekakvom proporcionalnom izbornom sistemu. Jer, ukoliko bi bilo reči o većinskom sistemu, moralo bi doći do ponavljanja izbora u izbornoj jedinici u kojoj je odnosni poslanik izabran, pa mu je aktivirana blanko ostavka. Stranka ne bi nikako mogla tek tako da bez izbora nekome dodeli man-

---

<sup>16</sup> M. Jovanović, "Izborni sistemi Srbije – da li, šta i kako menjati?", *Reforma izbornog zakonodavstva u Srbiji*, Centar za javno pravo, Sarajevo, 2015, 21.

<sup>17</sup> M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009, 128 - 129.

<sup>18</sup> IUz-52/2008, SGRS 34/2010

<sup>19</sup> Više o okolnostima donošenja ove odluke i uticaju na izborni sistem vidi u: V. Petrov, "Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izboru narodnih poslanika od 2011 – Da li je poslanički mandat konačno slobodan?", *Izbori u domaćem i stranom pravu*, Beograd, 2012, 94-106, i M. Stanić, "Problem pravne prirode poslaničkog mandata u Republici Srbiji", *Reforma izbornog zakonodavstva u Srbiji*, Centar za javno pravo, Sarajevo, 2015. 271-274.

dat (da ga “naknadno kandiduje”), a ponavljanje izbora bi obesmisllilo svrhu norme, jer je pitanje da li bi na njima uopšte pobedio kandidat stranke o kojoj je reč. Kako je navedena hipotetička situacija nemoguća, očito je da bi se tu moralo raditi o nekakvom proporcionalnom sistemu, po kome bi stranka mogla da mandat dodeli nekom drugom, ranije neizabranom kandidatu sa liste (jer je u vreme donošenja Ustava, Zakon o izboru narodnih poslanika predviđao predlagački nevezane, zatvorene blokirane liste). Posledica činjenice da je Ustav zaista implicitno odredio proporcionalni izborni sistem<sup>20</sup> jeste nemogućnost eventualnog prelaska na većinski izborni sistem pre promene Ustava (što ionako ne bi bilo, čini se, preporučljivo kako iz teorijskih, tako i iz praktičnih razloga). Na kraju se postavlja pitanje: da li određenje modela izbornog sistema treba da se nađe u nekom našem budućem ustavu? Iako se može navesti više argumenata *pro et contra*, možda je bolje rešenje da ta materija ostane izvan ustava, kako zbog izbegavanja pretrpavanja teksta ustava opširnom materijom koja nije nužno *materia constitutionis*, tako i iz praktičnog razloga – lakše izmene u slučaju nekakvih promenjenih okolnosti. Ustav bi trebalo da zaštiti samo osnovna demokratska izborna načela. Ukoliko se pak odluči drugačije, onda bi određenje izbornog sistema u ustavu trebalo da bude jasno i eksplicitno.

### Zakon

Zakon o izboru narodnih poslanika utvrdio je proporcionalni izborni sistem po kome je Republika Srbija jedna izborna jedinica.<sup>21</sup> Broj poslanika je fiksnno utvrđen (250), a oni se biraju na osnovu kandidatskih lista, koje mogu podneti registrovane političke stranke, stranačke koalicije, kao i grupe građana.<sup>22</sup> Svaka lista mora ispuniti uslove određene Zakonom da bi bila proglašena od strane Republičke izborne komisije (RIK).<sup>23</sup> To znači da je mora svojim potpisima podržati najmanje 10,000 birača<sup>24</sup>, zatim da mora ispuniti uslov da među svaka tri kandidata na listi mora biti najmanje po jedan kandidat – pripadnik onog pola koji je manje zastupljen na listi<sup>25</sup>, naziv liste mora biti u skladu sa predviđenim pravi-

<sup>20</sup> Drugačije mišljenje: V. Mikić, “Reforma izbornog sistema u Srbiji – predlozi za dostizanje veće reprezentativnosti narodnih poslanika”, *Reforma izbornog sistema u Srbiji*, Centar za javno pravo, Sarajevo, 2015, 121.

<sup>21</sup> ZINP čl. 4

<sup>22</sup> ZINP čl. 2 i čl. 40

<sup>23</sup> ZINP čl. 45

<sup>24</sup> ZINP čl. 43

<sup>25</sup> ZINP čl. 40a



lima<sup>26</sup> i konačno, lista mora biti podneta najdocnije 15 dana pre dana određenog za održavanje izbora uz svu prateću dokumentaciju koju je Zakon odredio.<sup>27</sup>

U najkraće vreme od dana raspisivanja parlamentarnih izbora, RIK po pravilu na prvoj sednici utvrđuje obrazac za prikupljanje biračkih potpisa (građana upisanih u birački spisak), koji dostavlja na zahtev zainteresovane stranke, tj. koalicije ili grupe građana. Ovaj obrazac se za svake izbore menja kako bi se sprečile eventualne zloupotrebe.<sup>28</sup> On mora sadržati ime i prezime birača, njegov matični broj, kao i prebivalište i adresu stana. Birač može podržati samo jednu kandidat-sku izbornu listu, a njegov potpis mora biti overen u sudu ili kod javnog beležnika.<sup>29</sup> Pravilo o neophodnosti prikupljanja 10,000 biračkih potpisa za kandido-vanje liste obeshrabruje neozbiljne predlagače da učestvuju u biračkom procesu i bespotrebno otežavaju rad organima za sprovođenje izbora, a nemaju nikakve šanse da pređu izborni prag od 5% (odnosno prirodni prag za stranke nacional-nih manjina<sup>30</sup>). Uprkos tome, redovno se dešava da poneka kandidatska lista ne osvoji na izborima ni tih 10,000 glasova.<sup>31</sup> To otvara pitanje da li podnosioci takvih lista treba da na neki način budu dodatno sankcionisani, pored toga što su po Zakonu o finansiranju političkih aktivnosti (čl. 26) u obavezi da, kao i svi po-litički subjekti koji ne osvoje 1% glasova, vrate sredstva dobijena od države za vo-đenje kampanje.

Zakon o izboru narodnih poslanika ne utvrđuje neophodan broj prijavlje-nih kandidata na izornoj listi. U praksi je zato veći broj lista koje nisu predvide-le svih 250 kandidata za narodne poslanike, od onih koje jesu. Na poslednjim iz-borima to je učinilo svega 6 od 20 predlagača lista, a jedna lista je pak imala samo 8 predloženih kandidata.<sup>32</sup> Predlagači vrše procenu svog rezultata, pa prijavljiva-njem manjeg broja kandidata praktično olakšavaju procesne radnje i sebi i orga-nima za sprovođenje izbora, a nikada se nije dogodilo da predlagač dobije više

---

<sup>26</sup> ZINP čl. 42

<sup>27</sup> ZINP čl. 44 Obrascze izborne dokumentacije utvrđuje RIK (formu kandidatske liste, ovla-šćenje da se u ime političke stranke podnese izborna lista, saglasnost nosioca izborne liste, izjavu kojom se prihvata kandidatura za narodnog poslanika itd...).

<sup>28</sup> Na prošlim izborima, održanim 24. aprila 2016. godine, to je bio obrazac NPRS – 5/16.

<sup>29</sup> U praksi se praktikuje da sudski overitelj ili javni beležnik dođu u sedište stranke na do-govoreni dan, kako bi se ovaj postupak pojednostavio.

<sup>30</sup> Na prošlim izborima on je iznosio nešto više od 15,000 glasova.

<sup>31</sup> Na primer, lista “Republikanska stranka – Nikola Sandulović” je na prošlim izborima osvojila svega oko 4,600 glasova (0.12%) što je dakle manje od polovine biračkih potpisa koji se tra-že za podnošenje liste.

<sup>32</sup> Pregled izbornih lista i predloženih kandidata dostupan je na internet stranici RIK-a. <http://www.rik.parlament.gov.rs/izbori-za-narodne-poslanike-2016-izborne-liste.php>, 5. jun 2016.

mandata nego što je bilo predloženih kandidata na listi. Ukoliko bi pak do toga došlo, po slovu Zakona, mandat bi pripao izbornoj listi koja ima sledeći najveći izborni količnik.<sup>33</sup>

Konačno, što se dodele mandata tiče, izborna lista u Srbiji je, posle odluke Ustavnog suda o kojoj je ranije bilo reči, zatvorena blokirana izborna lista<sup>34</sup>, a mandati se dodeljuju primenom sistema najvećeg izbornog količnika (D'Ontov sistem).<sup>35</sup> To znači da birač ima samo mogućnost da glasa za određenu listu, uz potpunu izvesnost da će mandate dobiti kandidati shodno redosledu na njoj. Ovakav sistem je primenjen i u Portugaliji, Španiji, Bugarskoj, Hrvatskoj, Mađarskoj, kao i u nemačkom mešovitom izbornom sistemu (kada je reč o raspodeli mandata po sistemu zemaljske liste).<sup>36</sup> Iako je ovo daleko bolje rešenje od predlažakki nevezanih, zatvorenih blokiranih lista, može mu se uputiti niz zamerki.

#### NEDOSTACI POZITIVNOPRAVNOG REŠENJA

Najvažniji problemi koje naše izborni zakonodavstvo i odabir modela zatvorene blokirane liste nose sa sobom, a na kojima nauka i šira javnost uporno insistiraju, jesu: pitanje ugroženosti načela političke reprezentacije, neposrednih izbora i slobodnog mandata, depersonalizacija predstavnika, problemi vezani za unutarstranačko kandidovanje i omogućavanje plodnog tla za vladavinu političkih elita.

Funkcija reprezentacije jeste primarna uloga demokratski izabranih predstavničkih tela, što znači da poslanici predstavljaju građane (preciznije: državljane sa aktivnim biračkim pravom) na osnovu poverenja koje su od njih dobili u okviru demokratskog procesa delegacije političkog odlučivanja.<sup>37</sup> Upravo to poverenje, tj. saglasnost između predstavljenih i predstavnika jeste ključna odrednica pojma političkog predstavništva.<sup>38</sup> Ukoliko biraču nije ostavljena mogućnost da glasa za pojedinca, već isključivo za listu u celini, a posebno ukoliko je u pitanju velika izborna jedinica (a cela Srbija je jedna izborna jedinica), dolazi do depersonalizacije. Birač po pravilu glasa za stranku i/ili njenog lidera, a ne za kandidate sa liste koji će ga konkretno reprezentovati, te se odnos poverenja između predstav-

<sup>33</sup> ZINP čl. 83. st. 2

<sup>34</sup> ZINP čl. 84

<sup>35</sup> ZINP čl. 82

<sup>36</sup> I. Pejić, 81.

<sup>37</sup> V. Mikić, 114.

<sup>38</sup> Z. Đukić – Veljović, *Ogledi o političkom predstavništvu i izborima*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1995, 69.

ljenih i predstavnika pretvara u odnos poverenja između predstavljenih i partije, odnosno lidera. Kako Stojanović primećuje, ukoliko je cela država jedna izborna jedinica, u tom slučaju više ne postoji nikakva smisljena veza između birača i izabranih predstavnika.<sup>39</sup> “Kada se glasa za neku stranačku listu, glasa se u osnovi za neku stranku, za njene simbole, njen program, njenu ideologiju, njene principe, pa i njenog lidera. Iz ovoga proizilazi zahtev da narodno predstavništvo u svom sastavu bude ogledalo svih jačih političkih pravaca ukorenjenih u narodu.”<sup>40</sup>

Međutim, takvo glasanje za partije, odnosno njihov program, u zemlji sa još uvek nedozrelom demokratskom i političkom kulturom<sup>41</sup> nosi sa sobom niz problema na koje ukazuju Simović i Petrov: “Praktično, političke stranke su danas pragmatske, teško se drže predizbornih obećanja, a kamoli stranačkog programa i političke ideologije, koju gotovo i da nemaju. Usled toga, glasanje za listu nije glasanje za ideje i načela, već najčešće za nosioca liste, stranačkog vođu i nekoliko najuticajnijih kandidata na njoj. U tom delu glasanje je vrlo personalizovano upravo suprotno smislu proporcionalnog sistema. U drugom delu, koji se odnosi na nepoznate i ‘bezimene’ kandidate sa liste, ovaj sistem je krajnje depersonalizovan, do mere koja sasvim otuđuje birače od njihovih budućih predstavnika.”<sup>42</sup> Rezultat toga jeste izvesno obesmišljanje veze između birača i poslanika, a kako kaže Jovanović: “izbori nisu zamišljeni da se predstavljaju samo stranke, nego i građani.”<sup>43</sup>

U neraskidivoj vezi sa navedenim problemima jeste i pitanje kandidovanja, tj. kako političke stranke određuju liste kandidata, kada birači na to već ne mogu da utiču. Merila odanosti partiji i partijskom vodstvu, kao i hijerarhijski položaj, obično igraju presudnu ulogu, nasuprot interesa birača, koji su po pravilu vezani za moralne i demokratske kvalitete kandidata, kao i njegovu kvalifikaciju za obavljanje javne dužnosti.<sup>44</sup> To praktično znači da uzak krug ljudi donosi odluke o izbornim kandidatima, “sama stranka zatim namiruje svoje članove zapošljavanjem, a istovremeno svojom pozicijom dobija značajna sredstva za finan-

---

<sup>39</sup> D. Stojanović, *Ustavno pravo*, Sven – Niš, Niš, 2006, 129.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Slaviša Orlović tako primećuje da: “Dok stabilne demokratije imaju institucije koje njihovi građani koriste rutinski, u novim demokratijama javljaju se problemi u funkcionisanju institucija koji su posledica pojedinih institucionalnih rešenja u kombinaciji sa određenom političkom kulturom.” – S. Orlović, 1.

<sup>42</sup> D. Simović, V. Petrov, *Ustavno pravo*, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd, 2014, 152.

<sup>43</sup> M. Jovanović, 24.

<sup>44</sup> M. Matić, “Izbori”, *Enciklopedija političke kulture*, Savremena administracija, Beograd, 1993, 449.

siranje svog rada, kroz legalno javno finansiranje, ali i kroz zloupotrebu javnih resursa”.<sup>45</sup> Konačan rezultat jeste da “pošto znaju da su kandidaturu dobili zahvaljujući stranki, kandidati se, kad budu izabrani za predstavnike, osećaju obavezniji prema stranki nego prema biračima.”<sup>46</sup>

Izložene doktrinarne kritike deluju ubedljivo, te se logično postavlja pitanje: da li bi i kakve izmene mogle da odstrane ili bar ublaže ove negativne posledice pozitivnopravnog rešenja?

#### PREDLOZI

Prilikom razmatranja najadekvatnijeg modela izbornog sistema, pa i odabira modela izborne liste (u slučaju da se opredelimo za proporcionalni sistem), treba se vratiti malo unazad i zapitati: šta je to što se želi postići, šta je zapravo cilj? Ukoliko je opredeljenje demokratska država, u kojoj je narod suveren, zbog faktičke nemogućnosti neposrednog vršenja vlasti logično je odabrati sistem predstavničke, odnosno poluneposredne demokratije. Sledeći prirodan korak jeste odabir izbornog sistema koji najpribližnije sledi i dalje ostvaruje tu ideju: što približnija reprezentacija naroda u parlamentu (kao kakva preslikana slika ili uzorak društva), koji vlada preko svojih demokratski izabranih predstavnika. Ovu situaciju može da obezbedi samo proporcionalni izborni sistem. Iako se ovo čini logičnim, u literaturi već više od sto pedeset godina nije došlo, a po svoj prilici nikada i neće, do konsenzusa o tome da li je bolji većinski ili proporcionalni sistem.<sup>47</sup> Ističu se različiti argumenti *pro et contra* jednog ili drugog modela<sup>48</sup>, a jedan od argumenata koji se posebno apostrofira jeste veća efikasnost većinskog izbornog sistema, jer on garantuje stabilnu vladu, za razliku od proporcionalnog, koji pak može dovesti do nestabilne parlamentarne većine.

Samo pozivanje na efikasnost može biti mač sa dve oštrice. Istorija pokazuje da su najefikasnije vlade bile one u državama sa totalitarnim režimima. Kod ve-

<sup>45</sup> S. Manojlović, 47.

<sup>46</sup> R. Marković, 229.

<sup>47</sup> Ograničavamo se na ova dva modela, ne uzimajući u obzir tzv. “mešoviti” izborni sistem, jer se čini da on nema suštinski, specifični kvalitet u odnosu na većinski i proporcionalni, već samo predstavlja neki vid njihovog preplitanja. U duhu istog razmišljanja, Savo Manojlović ispravno primećuje: “Mešoviti sistem, koji bi trebalo da predstavlja novu sistemsku smesu alhemijskom sintezom proporcionalnog i većinskog sistema, zapravo nema taj opšti sistemski obris da bi predstavljao novi, posebni sistem. On predstavlja ili kombinaciju određenih elemenata ova dva sistema, od kojih jedan ostaje dominantan, dok ga ‘pozajmljena’ specifičnost samo modifikuje, ostavljajući ga i dalje podgrupom većinskog ili proporcionalnog; ili se zapravo deo predstavnika bira po jednom, a deo po drugom sistemu.” – S. Manojlović, 34 - 35.

<sup>48</sup> Ratko Marković sumira ove argumente: R. Marković, 240.

ćinskog izbornog sistema, ta efikasnost se postiže prostom nadpredstavljenošću pobjednika u skupštini. Ratko Marković ističe da se bez uvida u konkretne društvene prilike određene države, njene ustavne institucije, politički mentalitet građana itd. ne može dati prednost jednom ili drugom modelu, tvrditi *a priori* da je jedan demokratskiji od drugog, a pogotovo ne da je jedan nedemokratski.<sup>49</sup> Zaista, ne može se opravdano tvrditi da je većinski sistem nedemokratski, ali nam se čini da nije neosnovano reći da je manje demokratski od proporcionalnog. Ukoliko jedan sistem poštuje pluralitet političkog mišljenja, preslikava izbornu volju birača u skupštini i omogućava i onim manje zastupljenim stavovima da se čuju u parlamentu, šta može biti demokratskije od toga? Ne treba gubiti iz vida da je pored podrške Vladi i izglasavanja zakona, funkcija parlamenta i kritika rada Vlade, predloga zakona itd, kao i predstavljanje interesa manjih društvenih grupa, te informisanje građana o eventualnim neregularnostima u radu vladajuće većine. Postavlja se pitanje, da li je takav, demokratski sistem, pak nužno neefikasan? To zavisi od mnogo faktora, društvenih prilika, nivoa političke kulture i svesti, a najviše od odnosa političkih snaga u zemlji. Tako je, na primer, u Srbiji posle izbora 2012. i 2014. godine parlamentarna većina iznedrila stabilne vlade, kao što će po svoj prilici biti slučaj i sada, posle izbora 2016. godine.<sup>50</sup> Štaviše, u proporcionalnom izbornom sistemu, vladajuća koalicija je na izborima 2014. i 2016. godine osvojila gotovo apsolutnu većinu glasova, dobila natpolovičan broj mandata u parlamentu i došla u situaciju da može sama da formira Vladu. Primenom većinskog sistema ona bi osvojila još daleko više mandata, gotovo sama zauzela parlament i ostavila skoro čitavu sadašnju opoziciju izvan skupštine. Jedini rezultat takvog rešenja bio bi smanjenje legitimiteta parlamenta i sledstveno demokratije. Sada pak postoji stabilna većina, iz koji proizlazi stabilna, efikasna Vlada, a u parlamentu su reprezentovani svi građani, kao i manjine, uz puno uvažavanje pluraliteta političkih ideja koje u Srbiji postoje (i to sve uz korišćenje proporcionalnog izbornog sistema).

Proporcionalni sistem u obliku u kome je kod nas primenjen ima pak mnoštvo svojih nedostataka, o čemu je bilo reči u kritici pozitivnopravnog rešenja. Rešenje za ove probleme ne bi bilo dobro tražiti u većinskom sistemu, već u izmenama postojećeg izbornog modela koje bi te nedostatke ublažile. Suštinski problem leži u ulozi partija, koje predlažući kandidate na zatvorenoj blokiranoj listi dobijaju preveliku ulogu, uvode elemente posrednosti izbora (sistem "uzmi ili ostavi"), što dalje pak vodi depersonalizaciji i problemima koji iz nje proizlaze. S druge strane, nikako cilj ne treba postaviti ni kao nekakvo gušenje, tj. preveliko

---

<sup>49</sup> *Ibid*, 239.

<sup>50</sup> U momentu pisanja ovog rada, izbori su završeni, ali još nije formirana Vlada.

ograničavanje političkih stranaka, jer su upravo one osnovni generator političkog života i čine ih, u krajnjoj liniji, upravo građani udruženi oko političkih ideja. Ne treba gubiti iz vida da parlament nije samo predstavništvo građana, već i političko predstavništvo, što u sebi podrazumeva i predstavljanje političkih stranaka.<sup>51</sup> No, sama srž problema zapravo i ne leži u političkim partijama *per se*, već u postupku kandidovanja, tj. upitnoj unutarstranačkoj demokratiji i činjenici da birači sami ne mogu uticati na redosled kandidata na listi. U literaturi ima shvatanja da bi na neki način (zakonski) trebalo urediti postupak unutarstranačkog kandidovanja sa ciljem povećanja unutarstranačke demokratije i transparentnosti, što bi dovelo do smanjenja uticaja partijskih oligarhija.<sup>52</sup> Da li bi zakonodavac zaista trebalo da se meša u ove unutarpartijske stvari, veoma je osetljivo pitanje, koje zahteva posebnu analizu.

Drugi deo problema jeste dakle vezan za model izborne liste, tj. iznalaženje načina da i sami birači budu deo kreiranja izborne liste. To se može postići uvođenjem modela zatvorene neblokirane ili otvorene izborne liste, na kojoj bi se glasalo preferencijalno ili panaširanjem. Ukoliko bi to bila zatvorena (neblokirana) lista sa preferencijalnim glasanjem, biraču bi bilo ostavljeno pravo da glasa za listu u celini, ali bi on mogao i da glasa za određenog kandidata i pomogne mu da se “popne” na listi i osvoji mandat. Dakle, predlog bi sastavljale stranke (odnosno zakonom ovlašćeni predlagачi), kao i do sada, ali bi konačan redosled kandidatskih lista bio poznat tek posle izbora i “intervencije” birača. Ovakvo rešenje bi sa jedne strane dalo mogućnost biračima da odstrane nedovoljno dobre kandidate glasanjem za one kvalitetnije, dok bi sa druge strane uticalo i na odnos kandidata i birača. Ima mišljenja kako bi ovakvo glasanje zaista imalo pozitivan efekat u povećanju uloge birača, ali da bi se negativno odrazilo na jedinstvo partija, jer bi se onda istovremeno odigravale dve kompeticije: jedna između stranaka, a druga unutar stranaka.<sup>53</sup> Ovakav argument ne zvuči ubedljivo, jer upravo ta unutarstranačka kompeticija postoji i danas, ali na jednom drugačijem, manje poželjnom nivou.<sup>54</sup> Ukoliko samo stranačko rukovodstvo odlučuje o redosledu na listi, potencijalni kandidati su upućeni isključivo ka partijskom vrhu i lideru, kojima se dokazuju i obavezuju na najrazličitije načine da bi ušli na listu, tačnije dospeli na visoku poziciju na njoj. Zatvorena (neblokirana) lista bi iziskivala od kandi-

<sup>51</sup> M. Pajvančić, *Parlamentarno pravo*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2008, 31.

<sup>52</sup> A. Stevanović, “Analiza izbornog zakonodavstva: šta treba zadržati?”, *Reforma izbornog zakonodavstva u Srbiji*, Centar za javno pravo, Sarajevo, 2015, 72-73. takođe vidi: S. Manojlović, 54-62.

<sup>53</sup> S. Orlović, 3 – 4.

<sup>54</sup> Što je čak jedan od razloga zašto smo svedoci tolikih cepanja i previranja unutar partija u poslednje dve i po decenije.

data da se obraćaju i građanima koje treba da zastupaju, jer upravo njihov preferencijalni glas može da odluči o tome da li će dobiti mandat ili ne. Na ovaj način se ublažava trenutna depersonalizacija, umanjuje posrednost izbora koju proporcionalni sistem nosi sa sobom, odnosno približavaju predstavljeni i predstavnik. Ostaje argument da je u slučaju preferencijalnog glasanja birač i dalje vezan izborom između 250 kandidata koje je opet neko drugi sastavio, ali je njegova sloboda izbora daleko veća. Ukoliko bi se odustalo i od toga da je cela Srbija jedna izborna jedinica, te se utvrdio razuman broj izbornih jedinica, preferencijalno glasanje bi značajno umanjilo nedostatke sadašnjeg rešenja.

Još više slobode biračima bi doneo sistem glasanja panaširanjem, koje dozvoljava biraču da praktično sam sastavi listu sačinjenu od kandidata sa više različitih partijskih lista. Ovo bi posebno bilo celishodno u društvu u kome su ideologije gotovo svih partija veoma slične, pa se izborna trka suštinski vodi oko što boljih personalnih rešenja. Međutim, to bi, čini se u ovom trenutku bila možda previše radikalna promena, ali bi se preko zatvorenih (neblokiranih) lista sa preferencijalnim glasanjem, moglo posle nekog vremena adaptacije razmišljati i o uvođenju panaširanja. Baš iz ovog razloga, kako ne bi "okamenio" izborni sistem, mišljenja smo da budući ustavotvorac ne treba previše detaljno da uredi izbornu materiju, već samo da zaštiti načela demokratskih izbora, a ostalo prepusti zakonodavcu.

U vezi sa uvođenjem zatvorenih (neblokiranih) lista neko bi postavio nazgled logično pitanje: da li bi i u kom procentu glasači koristili datu mogućnost i zašto je uopšte uvoditi ukoliko bi ovi to činili u malom procentu? Ako bi to bio čak i sasvim mali procenat, uvođenje ovakvog modela izborne liste bilo bi opravdano. Ne treba ocenjivati celishodnost takve slobode, već je treba shvatiti kao poslednji korak u realizaciji ideje demokratije u domenu izbora. Mnogo je raznih prava i sloboda koje se nužno ne praktikuju, ali postoje za slučaj da neko poželi da ih koristi, što je već samo po sebi njihova vrednost. Otvorena lista bi, kao konačni cilj, predstavljala najlogičniji kraj linije najpotpunijeg ostvarivanja narodne suverenosti po sistemu:

neposredna dem. > poluposredna dem. > proporcionalni izborni sistem > otvorena izborna lista<sup>55</sup>.

Pored demokratske vrednosti mogućnosti preferencijalnog glasanja *per se* (koju ne treba zanemariti), mišljenja smo da bi ono zaista i bilo primenjeno u praksi, te da bi samo njegovo postojanje izvršilo pozitivan uticaj na nivo političke kulture u zemlji, uz dodatno povećanje legitimiteta. Tako bi, na primer, poslanici morali biti odgovorniji, jer bi se lako moglo desiti da oni uprkos volji rukovod-

---

<sup>55</sup> Zatvorena neblokirana lista bi u idealnim uslovima bila samo prelazno rešenje.

stva svoje partije budu na sledećim izborima kažnjeni od strane birača i ostanu bez mandata.

Takođe, kako bi ovakav sistem bio celishodan, mora se odustati od Srbije kao jedne izborne jedinice i uvesti razuman broj pažljivo iskrojjenih izbornih jedinica. Time bi se i delom otklonili problemi sa nedovoljnom teritorijalnom reprezentacijom nekih delova zemlje. Konačan rezultat bi mogao biti parlament koji reprezentuje sve građane sa biračkim pravom<sup>56</sup>, uz bolji odnos birača i predstavnika, i konačno, svođenje uloge političkih partija na pravu meru.

Na kraju, treba istaći i to da ovakav sistem preferencijalnog glasanja nije nepoznat u uporednom pravu, već da se on uspešno primenjuje u Austriji, Belgiji, Holandiji, Norveškoj, Švedskoj, Danskoj, Poljskoj, Češkoj, Slovačkoj i Sloveniji, dok se otvorena lista sa panaširanjem koristi u Finskoj, Luksemburgu i Švajcarskoj.<sup>57</sup>

#### ZAKLJUČAK

Odabiru modela izborne liste treba posvetiti značajnu pažnju, jer on može umnogome uticati na karakter proporcionalnog izbornog sistema i ublažiti, odnosno pojačati neke njegove mane. Na terenu pozitivnog prava, u Srbiji je po ovom pitanju 2011. godine, odlukom Ustavnog suda, načinjen značajan pozitivan korak, međutim, prostora za poboljšanja i dalje ima. Teorijski posmatrano, treba težiti otvorenim izbornim listama, jer one, čini se, najpribližnije omogućavaju ideal poluneposredne, predstavničke demokratije. Na tom putu, trebalo bi prvo razmisliti o uvođenju zatvorenih neblokiranih lista (preferencijalnog glasanja) i uvođenju manjih izbornih jedinica. Samo postojanje jednog takvog sistema, mišljenja smo, rezultiralo bi i povećanjem nivoa političke kulture i odgovornosti, što predstavlja vrednost koja svakako odnosi prevagu nad možda nešto složenijom praktičnom realizacijom ovakvog modela, u odnosu na onaj koji normira važeći zakon. "Izborni sistem jeste jedan, iako ne i jedini, ali uvek nužan, kriterijum za kvalifikovanje jednog sistema kao demokratskog, manje demokratskog ili nedemokratskog."<sup>58</sup> U okviru proporcionalnog izbornog sistema, upravo je odabir izborne liste jedan od faktora koji mogu načiniti presudnu razliku.

---

<sup>56</sup> Istina, osim onih koji su glasali za stranke koje nisu prešle izborni cenzus od 5%, a nisu stranke nacionalnih manjina. Ovaj cenzus je pak neophodnost iz čisto praktično-tehničkih razloga.

<sup>57</sup> I. Pejić 82-83.

<sup>58</sup> P. Nikolić, *Ustavno pravo*, Poslovni biro, Beograd, 1997, 262.



MIROSLAV ĐORĐEVIĆ, LL.M.,  
Research assistant, Institute of Comparative Law,  
Belgrade

## WHY IS ELECTORAL LIST IMPORTANT FOR ELECTORAL SYSTEM

### Summary

Parliamentary elections in Serbia are held by the system of election by list. The model of blocked list, which is currently in use, obliges proponents to assign mandates according to the order on the list. However, it does not allow voters to use preferential vote or make any other kind of changes to the list. They can either support the proponent's electoral list as a whole or not.

In this paper, author analyses the present legal framework and its weaknesses, and then tries to find alternative solutions that could reduce problems of the present system. Different electoral list models, which can be found in both theory and comparative law, offer possibilities that could be applicable and beneficial. The author concludes that firstly the preferential vote should be introduced (closed unblocked lists), and finally, after a reasonable period of adaptation, introduction of opened lists could be considered.



OSMAN KADRIU

## LJUDSKA PRAVA I USTAVNOSUDSKA ZAŠTITA

– Poseban osvrt na ustavna rešenja Makedonije –

### U V O D

Ljudska prava zauzimaju značajno, možemo slobodno reći, i centralno mesto u pozitivnoj regulativi svake zemlje. No, pitanje ljudskih prava tangira ih i međunarodno pravo. Ovo nešto posebno se naglašava za zemlje i njihove političkoppravne sisteme koje se opredeljuju za demokratsko uređenje zemlje. Drugim rečima, opredeljuju se za demokratiju i za razvoj demokratskih vrednosti u njima samima.

Kad je reč o pozitivnoj regulativi i njenoj osvrti i pristupu ljudskim pravima, naglašavamo još na samom početku Uvoda ovog rada, ljudska prava predstavljaju materiju ustava, ustavnu materiju – *materia constitutionalis*, kao najvišeg pravnog akta u svakoj zemlji.<sup>1</sup>

Da su ljudska prava ustvna materija na nivou nacionalnog prava, najbolje se može ustanoviti analizom ustavnih odredaba pojedinih ustava. Analiza ustavnih odredaba upućuje na zaključak da se o ljudskim pravima govori i načelno ista se utvrđuju u prvim glavama normativnog dela ustava. Druga posebnost se odnosi na broj odredaba na osnovu kojih se proklamiraju ljudska prava. U nekim usta-

---

Dr Osman Kadriu, profesor FON Univerziteta, Skoplje.

<sup>1</sup> Na osnovu naučnih istraživanja, posebno onih iz oblasti ustavnog prava, danas ima preko 100 zemalja u svetu koje poseduju ustav, kao najviši pravni akt. Za njega se sreće i naziv – osnovni zakon.

vima više odnosno u nekim nešto manje od 1/3 ustavnih odredaba, od ukupnog broja članova, su odredbe koje sadrže značajna rešenja o ljudskim pravima. Samo kao primer, o pristupu ustavotvornih skupština odnosno zakonodavnih organa, ukratko podvlačimo rešenja Ustava Republike Albanije, Republike Makedonije i Republike Srbije. Ustav Republike Albanije, od ukupnih 183 članova, odredbe članova 15–59 odnose se na ljudska prava.<sup>2</sup> Ustav Republike Makedonije, donesen 1991. godine od ukupnog broja članov – 134, odredbe članova 9–59 ovog Ustava posvećene su ljudskim pravima i slobodama.<sup>3</sup> Ustav Republike Srbije je donesen 2006 godina. Ukupno sadrži 206 članova i važna ustavna rešenja o ljudskim pravima. Ustavna rešenja ove zemlje su sadržana u članovima 18–81.<sup>4</sup>

Međutim govoriti o ljudskim pravima i njihovim utvrđivanjem i proklamovanjem u ustavima demokratskih zemalja ne može se zaobići međunarodno pravo. Međunarodna zajednica na prvo mesto i posebno je bila zainteresirana da se međunarodnim normama proklamuju ljudska prava. Međunarodna zajednica interesovanje pokazuje i danas. To se najbolje vidi od opredeljenja međunarodne zajednice u konkretnim međunarodnim aktima kao što su međunarodni pakti, konvencije, rezolucije, deklaracije, i drugo. I, kad je reč o značajnim međunarodnim aktima, ovde i u ovom osvrtu treba se podsetiti poznate i veoma važne francuske Deklaracije o pravima čoveka i građanina, usvojena 1789. godine. Predstavlja pisani dokument o ljudsim pravima. Usvojenje ove Deklaracije je rezultat teorije, rezultat doktrine liberalizma.

Ljudska prava sankcionirana citiranom Deklaracijom predstavljaju granicu državne vlasti, pa i same države. Ovo tim pre *a fortiori*, što vlast uvek i u svakoj državi u sebe nosi stalnu opasnost od njene zloupotrebe, od njenih nosilaca, od njenih izvršilaca.<sup>5</sup>

I još nešto kada je u pitanju Deklaracija. Naime kako Deklaracija sankcioniše pojedina ljudska prava. U odredbama člana 17 se proklamuje pravo svojine. Deklaracija podvlači da je pravo svojine “nepovredljivo i sveto pravo” čoveka odnosno titulara svojine. Primećujemo da je Deklaracija ostanala verna opredelje-

---

<sup>2</sup> Ustav Republike Albanije je usvojen 22.11.1998. godine. Tekst ustava je utvrđen od Skupštine ove zemlje, a Ustav je usvojen na referendumu građana.

<sup>3</sup> Ustav Republike Makedonije je usvojen od Skupštine ove zemlje 17.11.1991. godine. Predstavlja prvi Ustav usvojen posle osamostaljivanja Makedonije kao samostalna, nezavisna, demokratska i socijalna država.

<sup>4</sup> Ustav Republike Srbije je donesen 2006. godine. Donesen od Narodne skupštine na Dru- goj posebnoj sednici, održana 08.11.2006. godina, posle predhodno održanog uspešnog republičkog referenduma.

<sup>5</sup> Opširnije o tome, Deklaracija prava čoveka i građanina, godine 1789.

njima starih Rimljana i rimskome pravu u pogledu definicije svojine. Naime, u rimskom pravu svojina se definisala kao sveto pravo i večno pravo.<sup>6</sup>

Pored francuske Deklaracije o pravima čoveka i građanina, na konkretna opredeljenja o ljudskim pravima nailazimo i u drugim međunarodnim dokumentima. Od njih dovoljno je napomenuti pravnoznačajne i relevantne dokumente na nivou svetske organizacije, tačnije, u okviru OUN. Od njih izdvajamo Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima iz 1948. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 1966. godina, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, isto tako, usvojen 1966. godine. Navedeni akti su usvojeni od Generalne skupštine Organizacije ujedinjenih nacija u citiranim godinama.

Na osnovu izloženog, ljudska prava postaju značajna ustanova. Ona su važni atributi, važni sastavni delovi demokratije u jednoj zemlji. Istini za volju, demokratija je mnogo širi pojam. Fakt je da se demokratija, kao društveno uređenje, ne svodi samo na ljudska prava. No, isto tako je činjenica da nema demokratije bez ljudskih prava.<sup>7</sup> Prema tome, ljudska prava su realna prepreka samovolji moćnika, samovolji nosilaca vlasti. Ona su, drugim rečima, prava otpora državi. To su slobode otpora – *libertés résistances*. Ima i drugih atributa o ljudskim pravima, a izloženi u ovom radu imaju posebno značenje. U tom kontekstu s pravom će reći poznati mislilac M. Duverger, govoreći o ljudskim pravima, da država, posebno ona koja se deklarira kao liberalna, treba uvek da ostavlja pojedincu jednu “zonu za slobodnu privatnu delatnost”, jedan “rezervirani domen”, u koje država ne treba da interveniše. Ako se država u tom smislu ne ponaša, onda je reč o totalitarnoj a ne liberalnoj državi.<sup>8</sup>

Pri vakvim opredeljenjima ljudskim pravima s aspekta ustavnopravne teorije, nije slučajnost što se ljudska prava utvrđuju, proklamiraju i sankcionišu u samom ustavu. Time dobijaju u svome značenju. Ljudska prava postaju ustavna materija. Na taj način dobijaju jaču snagu i zajedno sa ustavom jedne konkretne zemlje postaju opšta brana za apsolutnu i neodgovornu vlast.

Izloženo upućuje na zaključak, veoma jasan. Ustavom se jamčaju ljudska prava. Imamo proklamiranje ljudskih prava. To je jedna dimenzija ljudskih prava. No, ostaje druga strana medalje. Pitanje se odnosi na ostvarivanju odnosno neostvarivanju ljudskih prava. Ne možemo govoriti o ostvarivanju ljudskih prava ako imamo pojavu njihovih kršenja. Kršenje ljudskih prava može biti sistematski ili incidentalno. Bitno da je u pogledu njihovih kršenja učestvuju državni organi po-

---

<sup>6</sup> Konkretnije o tome, sadržina člana 17 Deklaracije prava čoveka i građanina iz 1789. godine.

<sup>7</sup> Za izložena opredeljenja o ljudskim pravima i kod Prof. dr Ratko Marković, Ustavno pravo i političke institucije, Beograd, 1995. godine, str. 555.

<sup>8</sup> Maurice Duverger: *Element de droit public*, Paris, 1983, na više mesta u radu.

sebnost organi državne vlasti. Vlast i njeni izvršioци, po pravilu, su prekršitelji ljudskih prava.

U svim onim slučajevima u kojima imamo proklamiranje ljudskih prava, s jedne strane, no, imamo i njihovo kršenje odnosno neostvarivanje u praksi i u svakodnevnom životu, s druge strane, osnovano govorimo da nemamo *garanciju* ljudskih prava. Njihovo proklamiranje ostaje mrtvo slovo na papiru. Imamo, drugim rečima jednu "listu" lepih želja međutim bez faktičkog ostvarivanja u praksi. Poradi izloženog, skoro svi savremeni ustavi ne zadovoljavaju se samo pukom proklamacijom ljudskih prava. Ustavom i ustavnim normama se sankcionišu celi kompleksi pitanja koji se prvenstveno tiču uslova čije ispunjenje je neminovnost, nužnost i *conditio sine qua non* za jedno kvalitetno uživanje ljudskih prava.

Zbog izloženih razloga, u zaokruženju ove problematike i u okviru prostora koji je dozvoljen, u prodolženju ovoga rada se zadržavamo na sledeća pitanja: prvo, stanovišta za i protiv uvođenja ustavne žalbe; i drugo, važne novine i ustavna rešenja u Republici Makedoniji po navedenim pitanjima.

#### STANOVIŠTA PRO ET CONTRA UVOĐENJA USTAVNE ŽALBE

##### *Prethodne napomene*

Bez svake sumnje da je pitanje ustavne žalbe i ustavnosudske zaštite ljudskih prava složeno pitanje. U sebe sadrži dosta pitanja, teme i dileme. Prethodno se zadržavamo na nekoliko ključna pitanja u vezi postavljenoj temi.

Postoje razne podele ljudskih prava. Razume se, pri svakom pokušaju, posebno ako pokušaj bude uspešan o podeli ljudskih prava se koriste razni kriterijumi. Prema jednom kriterijumu, za podelu ljudskih prava se koristi vremenska distanca, vremenska dimenzija njihovog nastanka. Razlikuju se tri "generacije" ljudskih prava. U prvom generaciju ulaze lične i politička prava; u drugu generaciju ulaze ljudska prava koje se tiču ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava; i trećoj generaciji pripadaju takozvana "prava naroda". No, poradi ograničenosti prostora, o njima se nećemo zadržati u ovom osvrtu.<sup>9</sup>

Važna su sledeća pitanja tretirati. Pitanja se tiču ostvarivanja ljudskih prava. Njihovim ostvarivanjem treba omogućiti da se ostvare važni ciljevi. Oni su mnogobrojni. Ciljevi koji se postižu ostvarivanjem ljudskih prava mogu se manifestirati u dva važna područja ili na dva nivoa. Prvi nivo tiče se domenu ograničenja državne vlasti. Poštovanje ljudskih prava znači da se država i vlast uvek nalaze u određenim granicama. Prava i slobode čoveka su, faktički, granice u čijim okvi-

---

<sup>9</sup> Opširnije o klasifikaciji ljudskih prava, Slobodan Perović, *Ljudska prava – tekovina škole prirodnog prava*, Beograd, 1998, str. 74–79.

rima se vrši vlasta. Vlast ne sme da prekorači granice. Ako granica se prekorači imamo povredu, kršenje, nepoštovanje ljudskih prava.<sup>10</sup>

Drugi i veoma važan nivo ljudskih prava je onaj koji se tiče i koji se odnosi na domes socijalne pravde. Reč je o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Ova "generacija" prava koja nastaje krajem XIX. i početkom XX. veka "obavezuje" državu da ona bude i socijalna. Država postaje jedna vrsta socijalne ustanove. Time država dobija i druge attribute. Ona nije samo pravna i politička ustanova.

Država kao socijalna ustanova treba da ima, u skladu sa opredeljenjima doktrine liberalizma, aktivnu ulogu. Ona treba da interveniše u konkretnim oblastima. Potrebno je da interveniše u privredni život; da se stara o fizičkom razvoju čoveka kao i njegovom kulturnom razvitku. Ovi su ciljevi i ovo je ideja ljudskih prava. U izloženoj dimenziji, jasna su mišljenja M. Duverger kada on, između ostalog će reći, da je osnovna ideja ljudskih prava "da obezbedi svim građanima materijalne uslove koji im omogućuju vršenje drugih javnih prava i sloboda".<sup>11</sup>

Za ostvarivanje ljudskih prava potrebno je na više nivoa intervenirati. Reč je o kompleksima pitanja koje treba rešiti. Pitanja su povezana i tiču se konkretnih uslova. Njih ima mnogo i prema svojoj sadržini su različita. Opredeljujem se za njihovu podelu u dve grupe ili dva kompleksa uslova, i to: pod jedan, društveni uslovi; i pod dva, pravna sredstva i pravni mehanizmi.

U pogledu društvenih uslova u jednom društvu tačnije u svakoj državi, treba obezbediti i imati materijalnu proizvodnju. U višepartiskim sistemima da nema deoba između njih po pitanjima ljudskih prava. Ljudska prava treba ih tretirati kao najveće dobro društvene zajednice. Razume se, ne sme da ima verskih i nacionalnih deoba kao i raznih konflikata. U društvu da postoji društvena tolerancija. Birokratizacija u društvenim odnosima je ozbiljna smetnja razvitku i promoviranju ljudskih prava. Za ostvarivanje ljudskih prava važno je imati i osigurati razvijeno i efikasno javno mnjenje. I nešto važno. I pored činjenice da u višepartiskim sistemima postoje različite partiske ideologije, uvek treba graditi jednu opštu ideologiju. To drugim rečima znači da politika političkih stranaka treba da bude javna. Javnim politikama ostvaruju se opšti interesi. I za to za javnu politiku često puta se kaže da ona predstavlja javnu stvar – *res publica*. Preku javnih politika ostvaruju se interesi građana. Ako se ne postupa na takav način, javna politika postaje privatna. Ona se privatizira i njome se ostvaruju partiski, lični, grupni, porodični, klanski interesi. Sve ovo se kosi sa pozitivnim pravom i sa moralnim normama. Pri takvim devijacijama, koji nastaju sa namerom ili bez nje, sa kon-

---

<sup>10</sup> Po pitanju ostvarivanja i neostvarivanja ljudskih prava, Slobodan Perović, citirano delo, str. 87–89.

<sup>11</sup> Citirano u delo Prof. dr Ratka Markovića, citirano delo, str. 558.

kretnim ciljem ili bez cilja, se gubi iz vida jedna činjenica “da je čovek najveća vrednost društva”. Ovo je društveni fakt.<sup>12</sup>

Drugi kompleks uslova tiče se pravnih sredstava i pravnih mehanizama. Istakli smo da nije dovoljno samo proklamovati ljudska prava. Za njihovo ostvarivanje važno je obezbediti pravna sredstva i konkretne mehanizme. Mehanizmi treba da budu utvrđeni ustavom. Ako se to obezbedi, govorimo da se ljudska prava ostvaruju, s jedne strane, i dužnosti se ispunjavaju, s druge strane.

Prava i dužnosti utvrđeni ustavom se ostvaruju odnosno ispunjavaju neposredno na osnovu ustava. Kada ustav upućuje na zakon, zakonom se propisuje postupak i način ostvarivanja pojedinih prava. Ostvarivanje ljudskih prava na osnovu pravnih sredstava i pravnih mehanizama se zasniva na sledećim važnim načelima: prvo, obezbediti jednaku pravnu zaštitu; drugo, treba sankcionirati zloupotrebu prava; treće, svakome se jamči pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo (pravni lek) protiv odluka državnih organa, sudova ili drugih institucija; četvrto, treba obezbediti sudsku zaštitu u smislu upotrebe “redovnog pravnog puta”; peto, ustavna žalba i ustavnosudska zaštita ljudskih prava u onim zemljama u kojima se sankcionira ovakvo pravno sredstvo; šesto, treba omogućiti građanima da ostvare pravo u postupku za zaštitu ljudskih prava i sa upotrebom konkretnih pravnih sredstava i pred međunarodnim institucijama; sedmo, ograničenost slobode i prava da postoje samo u jednakim slobodama i pravima drugih; osmo, pravo na naknadu štete koje se prouzrokuje građanima, radnjama, postupcima i ponašanjem držanih organa a sve to u skladu sa normama građanskog prava i na osnovu odredaba zakona o obligacionim odnosima jedne zemlje.

### *Uvođenje ustavne žalbe kao važna institucija u zaštiti ljudskih prava*

Za ustavnopravnu teoriju je uvek bilo aktuelno pitanje potrebe da se ustanovi ili ne ustavna žalba. Drugim rečima, bilo je diskutabilno, da ne kažemo i sporno, diskvatibilno je i sada pitanje konstitucionalizacije ustavne žalbe. Naziv ustavna žalba (na engleskom – *constitutional complaint*) je faktički bukvalni prevod nemačkog naziva *verfassungsbeschwerde*. Tvorac ovog naziva smatra se poznati nemački teoretičar Seydel sa krajog XIX veka.<sup>13</sup> U teoriji su prisutni argumenti *pro et contra* ustavne žalbe, no, s druge strane prednjače argumenti za uspostavljanje ovog pravnog sredstva koje predstavlja dopunski *mehanizam* i izuzetno se ko-

<sup>12</sup> O izloženom, Prof. dr Ratko Marković, citirano delo, str. 589 i u produžetku.

<sup>13</sup> Olivera Vučić: Ustavna žalba – o razlozima uvođenja ovog sredstva neposredne zaštite ljudskih prava i sloboda ujemčenih ustavom, “Pravna riječ”, broj 18/2009, str. 97.



risti. Prema tome, ima dva stanovišta u ovom pogledu. Svako od njih ima svoje argumente. Ukratko rečeno, si uzimamo za pravo, da raspravljamo o dvema teorijama i to negativna i pozitivna.

Prema negativnoj teoriji ima dovoljno pravnih sredstava i pravnih mehanizama za zaštitu ljudskih prava. Uvođenje ustavne žalbe je nepotrebno i suvišno. Ova teorija svoje tvrđenje bazira na važne pravnorelevantne okolnosti. Izdvajamo kao što su. Praksa potvrđuje jednu okolnost, a naime, u onim pravnim sistemima u kojima se koristi ustavna žalba za zaštitu ljudskih prava, dobar broj žalbi se odbijaju. Ustavne žalbe nisu bila uspešna. Drugi argument se odnosi na činjenicu da ustavna žalba nije opšteprifaćeni institut. Njenim uspostavljanjem stvara se kontraverzna funkcija suda.<sup>14</sup>

Ozbiljna primedba koja se upućuje stanovištu za uspostavljanje ustavne žalbe je problem između redovnog i ustavnog sudstva. U svim slučajevima odnosno u onim pravnim sistemima u kojima je ustanovljena ustavna žalba, ona ne može da se podnese pre iscrpljavanja pravnih sredstava u redovnom pravnom putu. I, kada je u pitanju odnos između redovnog sudstva, s jedne strane, i ustavnog sudstva, s druge strane, zagovornici ove teorije govore o partnerskom odnosu između ovih institucija. Govore da obe institucije imaju isti cilj, a to je zaštita ljudskih prava zajemčenih ustavom date zemlje. Polazeći i od ovih argumenata, u jednom delu pravne nauke s pravom se podvlači da uvođenjem ustavne žalbe nastaje paralelizam između navedenih institucija u pogledu njihovih ustavom utvrđenih nadležnosti.

Važan je i sledeći argument koji upućuje na negaciju ustavne žalbe. Naime, uspostavljanjem ustavne žalbe ozbiljno se povređuje samostalnost i nezavisnost sudske vlasti. Ovo tim pre, *a fortiori*, što skoro sve odluke sudske vlasti podležu preispitivanju od strane ustavnog suda. Faktički, dolazimo u situaciju da se ustavni sud transformiše u "svojevrnsnu vrhovnu instancu redovnog suda". Ustavni sud postaje sud četvrtog stepena u sudskoj vlasti.

Od drugih argumenata protiv uspostavljanje sudske žalbe potencira se i sledeće. Naime, kada građanin odnosno čovek koristi sva redovna i vanredna pravna sredstva i pravne lekove u redovnom pravnom putu i u svim instancama, mala je verovatnoća da će njegova ustavom zajemčena prava biti povređena. Ovaj je argument plus da nema potrebe za uvođenje ustavne žalbe pred ustavnim sudom.

Prema drugom stanovištu odnosno teoriji, opredeljujemo se da je nazovemo pozitivna, uspostavljanje ustavne žalbe je potreba. Njome se doprinosi zaštiti ljudskih prava i to na dva nivoa kao što su: prvo, kada postoji povreda ustavnih

---

<sup>14</sup> Opširnije o izloženim stavovima, Dragan Stojanović, Ustavno pravo, II, Niš, 2007, str. 369 I Darko Simović, Ustavna žalba – teorijskopravni okvir, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, broj 1/2012, str. 204–205.

prava u redovnom pravnom putu, što podrazumeva i sa iscrpljivanjem svih pravnih sredstava; i drugo, u svim onim slučajevima u kojima se sa konkretnim aktom ili radnjom organa povređuju konkretna ustavna prava, no, u ovom drugom slučaju nije obezbeđena redovna sudska zaštita.

U prilog pozitivne teorije nabrajaju se značajni argumenti. Od njih potenciramo. Prvo, ustavna prava se ostvaruju neposredno. Imamo neposredno ostvarenje a to je rezultat ustavne norme. Ustavno je opravdano da građani imaju i neposrednu ustavnosudsku zaštitu u smislu ustavnosudskog sudovanja.

U pogledu zagovora da se uspostavljanjem ustavne žalbe nastaje paralelizam navedenih institucija (sudska vlast i ustavni sud), pozitivno stanovište koje se zalaže *pro* ima svoje argumente. Tačno je da su retki slučajevi povrede ljudskih prava u onim slučajevima u kojima je pravosnažno okončan postupak u redovnom pravnom putu, no, i za takve slučajeve u korist građana je da se obezbedi zaštita pred ustavnim sudom. Ustavni sud treba da utvrdi dali je povređeno neko konkretno pravo, proklamovano ustavom, u redovnom sudstvu. S druge strane, da ne može biti reči o paralelizmu proizlazi i od sledećeg. Naime, ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi ne postupa kao sud pune jurisdikcije. Time, on ne utvrđuje činjenično stanje; on ne ispituje dali je činjenično stanje potpuno ili da utvrdi tačnost činjeničnog stanja. Ustavnu sud ne ispituje primenu materijalnog prava. Ustavni sud ispituje povredu ustavnih normi odnosno povredu ustavom proklamovana ljudska prava.<sup>15</sup>

Posebno treba potencirati da je osnovna - primarna nadležnost ustavnog suda da ceni i oceni ustavnost zakona i drugih propisa. Kada ustavni sud postupa po ustavnoj žalbi, ovde njegova nadležnost subsidijarne prirode. Ovde sud ispituje ustavnost primene zakona, ako je primenom povređeno ustavno pravo žalioaca. Drugim rečima, sud ne rešava "za obične pravne greške".<sup>16</sup> Ustavni sud u postupku odlučivanja po ustavnoj žalbi vrši kontrolu "mikroustavnosti". Pravni zaključak je jasan. Na osnovu izloženog jasno proizlazi da ustavni sud štiti ustavna prava odnosno ustavom proklamovana ljudska prava tumačenjem i primenom ustava, dok redovno sudstvo ovu zaštitu obezbeđuje tumačenjem i primenom zakona.

Argumentima pozitivnog stanovišta za uvođenje ustavne žalbe mogu se izvući sledeće konstatacije. Ustavna žalba je dopunski mehanizam. Ona nije redovno pravno sredstvo. Ona se podnosi i se koristi kao izuzetak. Ove konstataci-

---

<sup>15</sup> O izloženom konkretnije, Dragan Stojanović i Olivera Vučić, Domašaj ustavnosudskog ispitivanja odluka redovnih sudova u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama građana, "Pravni život", Beograd, broj 14/2009, str. 891.

<sup>16</sup> Ratko Marković, Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije, od 2006. godine. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu broj 2/2007, str. 36.

je još jednom upućuju na zaključak da uspostavljanjem ustavne žalbe ne nastaje paralelizam između sudske vlasti i ustavnog suda. I obrnuto. Kad bi se prihvatilo stanovište da je ustavna žalba redovno pravno sredstvo onda bi proizašlo da je ustavni sud jedini i isključivi zaštitnik ustavom proklamovanih ljudskih prava, što nije tačno.<sup>17</sup>

## USTAVNO SUDSTVO MAKEDONIJE I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA

Republika Makedonija pripada grupi zemalja u regionu, tačnije rečeno u Ju-goistočnoj Evropi, koja u pogledu ustavnosudske zaštite ljudskih prava još uvek se nalazi u fazi “svoje mladosti”. Kao i druge zemlje regiona i Makedonija je pionir u pogledu zaštite ljudskih prava putem ustavne žalbe pred ustavnim sudom. U ovom kratkom osvrtu ćemo podvući samo neke od važnih novina i crte koje su specifična za ustavno sudstvo Makedonije i posebno za ustavnosudsko sudovanje po ustavnim žalbama.

Osmaostaljivanjem, Republika Makedonija je donela i prvi Ustav 1991. godine. Ustav je u pravnoj snazi, razume se i sasvim očekivano, sa dosta izmena i dopuna izvršenih za period od 25 godina. To je jedna četvrtina veka. Izmene i dopune su izvršene u vidu ustavnih amandmana. Njih ima, dosada usvojenih, ukupno 32. U postupku izmene i dopuna Ustava u ustavnoj proceduri se nalaze još 8 novih ustavnih amandmana. Reč je o ustavnim amandmanima od 33–40. Ovi amandmani se nalaze u fazi Predlog – ustavnih amandmana.

Ustavom od 1991. godine zakonodavac Makedonije se opredeljuje i za zaštitu ljudskih prava. Ustavno opredeljenje je da se zaštita ljudskih prava uredi ustavnim normama. U tom pogledu ustavni sistem Makedonije ima svoje posebnosti, svoje novine na osnovu kojih, u komparaciji sa ustavnosudskim sistemima drugih zemalja, ima i dodirnih tačaka no ima i razlika. O zajedničkim tangentama ustavnog sistema Makedonije i drugih ustavnih sistema nećemo se zadržati iz razloga što je prostor ovom namenjen ovom radu ograničen, a s druge strane to nešto bi predstavljalo ponavljanje. Za ovo drugo nema potrebe.

Od novina ustavnosudske zaštite ljudskih prava vredi da se istakne sledeće. Ustavotvorac Makedonije ima veoma restriktivan pristup ustavnosudskoj zaštiti ljudskih prava. Ustavnim normama taksativno su navedena prava i slobode građanina i čoveka za koje se proklamuje ustavnosudska zaštita. Odredbama člana 110 stav 1 alineja 3 Ustava utvrđuje se ustavnosudska zaštita za sledeća prava i slobode, kao predmeta pravne zaštite. To su: Sloboda ubeđenja, savesti, misli i

---

<sup>17</sup> Darko Simović, citirano delo, str. 206–209.

javnog izražavanja mišljenja; Pravo na političko udruživanje i delovanje; Zabrana diskriminacije među građanima po osnovu pola, rase, religije, nacionalne, društvene ili političke pripadnosti.<sup>18</sup>

Odma pada u oči da navedena prava i slobode za koje se jamči ustavnosudska zaštita pripadaju pravima i slobodama “prve generacije” koje se odnose na lična i građanska prava. Citirane ustavne norme pripadaju Normativnom delu Ustava.

Bitno je naglasiti da se sva druga pitanja koja se odnose na organizaciju rada ustavnog suda, pravnih sredstava, postupka, vrste odluke i druga pitanja uređuju Poslovníkom Ustavnog suda donesen od samog Suda 1992. godine (na makedonskom jeziku Delovnik). Zakonodavac Makedonje još uvek nije doneo poseban zakon za Ustavni sud. Sigurno je da je redak slučaj, ako ne i jedinstveni, da jedna zemlja nema zakona o radu ustavnog suda. Poslovníkom Suda uređuju se sva pitanja rada i odlučivanja Ustavnog suda. Poslovníkom, razume se, uređuju se i pitanja same ustavnosudske zaštite u slučajevima povrede ljudskih prava za koja se Ustavom pruža neposredna sudska zaštita.

Pravno sredstvo kojim se pokreće postupak pred Ustavnim sudom za zaštitu ljudskih prava zove se *zahtev* (na makedonskom jeziku - *baranje*). Ovo je posebna odlika ustavnosudske zaštite u Makedoniji. Znači, ne postoji ustavna žalba. Ne postoji ustavna tužba koja je proklamovana kao posebno pravno sredstvo u pojedinim pravnim sistemima. Kao što ćemo videti u produženju ovog osvrta, u Predlog – amandmanima na Ustav Republike Makedonije od 2014. godine predlaže se *ustavna tužba* za zaštitu ljudskih prava pred Ustavnim sudom.

Važne su i druge novine ustavnog sudovanja. Jedna od njih se odnosi na ovlašćene predlagачe, odnosno ovlašćene podnosiocе pravnog sredstva. U Makedoniji, a na osnovu odredaba Poslovníka Suda (svaki građanin) može da podnese zahtev pred Ustavnim sudom i da zahteva od njega ustavnosudsku zaštitu. Za da bude podnosilac legitiman (da ima legitimaciju) mora da učini verovatnim da je njegovo konkretno pravo, proklamovano Ustavom, povređeno. I ovde treba uočiti jednu protivrečnost. Ustavni sud je, odredbom Poslovníka koji je sam usvojio, povredio Ustav zemlje. Govori da “svaki građanin” ima pravo na zahtev... zaboravljaјуći pri tome da se Ustavom zemlje proklamuju “prava građanina i čoveka”.

Kad je u pitanju ovlašćeni podnosilac, prema Poslovníku Suda primećuje se jedan naglašeni restriktivni pristup. Dikcijom poslovníčkih odredaba, legitimaciju za podnošenje zahteva za zaštitu ljudskih prava imaju samo građani a ne i drugi subjekti u pravu.

Od drugih posebnosti ukratko se potencira pitanje predmeta pravnog sredstva, a to je zahtev. Pred Ustavnim sudom mogu biti osporeni individualni akti i

<sup>18</sup> Konkretnije o izloženom član 110 stav 1 alineja 3 Ustava Republike Makedonije. Ustav je objavljen u “Služben vesnik RM”, br. 52/1991. godine.

radnje državnih organa. U ovom pogledu nema primetnih razlika sa predmetom ustavne žalbe u komparativnim pravnim sistemima i njihovim ustavnim sudovima.

Ustavni sud odlučuje odlukom. Ako je odluka pozitivna poništava se individualni akt organa odnosno ako je u pitanju radnja, odlukom Suda ona se zabranjuje. No, odluka Suda može biti i negativna. Ona će biti negativna ako Sud utvrdi da nije povređeno konkretno ustavno pravo žalioaca odnosno podnosioca zahteva. Razume se, i ovde podvlačimo da se radi samo za ona prava i slobode koje pripadaju listi prava i sloboda za koje se jamči ustavnosudska zaštita u slučaju njihove povrede.

Ostale posebnosti ustavnosudskih odluka su skoro iste kao i u drugim pravnim sistemima.<sup>19</sup> Naime, odluke Suda su konačne, pravosnažne, obavezne i izvršne. Protiv odluke Ustavnog suda nije dozvoljena upotreba bilo kakvog pravnog leka u unutrašnjem pravnom sistemu. No, na međunarodnom planu nije isključena mogućnost i protiv odluke Ustavnog suda da se podnese aplikacija (žalba) pred Evropskim sudom za zaštitu ljudskih prava.<sup>20</sup>

Ovo što je dosada rečeno odnosi se na pravnu situaciju *de lege lata*, što znači prema pozitivnoj regulativi Makedonije.

Međutim *de lege ferenda* se predlažu značajne novine i u sferi ustavnosudske zaštite ljudskih prava. Naime, u Prelog – ustavnim amandmanima iz 2014 godine ima konkretnih novina. Novina ima i za ustavnosudsku zaštitu ljudskih prava. Novine su sadržane u Predlog – amandmanu XXXIX. Iz njega izdvajamo: prvo, proširuje se “lista” prava i sloboda građanina i čoveka za koje se jamči ustavnosudska zaštita. Taj broj je preko 10 prava i sloboda, a tiču se onih prava i sloboda koja pripadaju “katalogu ličnih i političkih prava i sloboda”.

Važno je podvući da se proširuje krug ovlašćenih podnosilaca zahteva odnosno sada ustavne tužbe. Pored fizičkih lica, i pravna mogu biti ovlašćeni podnosioci. U predloženom amandmanu predlaže se posebno pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava pred Ustavnim sudom koje se naziva *ustavna tužba*. Primećuje se i proširenje radnji kojima se može povrediti ljudska prava. Pored pojedinačnog akta, mogu biti osporavani radnje državnih organa, organa jedinica lokalne samouprave i drugih nosilaca javnih ovlašćenja.

Važna je novina u Predlog – amandmanu da se pred Ustavnim sudom može podneti ustavna tužba protiv odluka konkretnih državnih organa, protiv kojih nije obezbeđen redovni pravni put. Reč je: prvo, o odlukama Sudskog saveta Republike Makedonije za izbor sudija, predsednika suda, odluke o razrešenju kao i odluke o izricanju disciplinskih sankcija; i drugo, protiv odluka Saveta javnih tu-

---

<sup>19</sup> Opširnije o tome, Darko Simović, citirano delo, str. 219–220.

<sup>20</sup> Konkretnije o izloženom, Vida Čok, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, Beograd, 1972, str. 42.

žilaca o izboru i razrešenju javnih tužilaca kao i protiv odluka o izricanju disciplinskih mera. Ima i drugih novina koje se predlažu *de lege ferenda*. No, pri nespornoj činjenici da su u pitanju Predlog – ustavni amandmani, detaljnije u ovom problematiku i ne možemo ulaziti.

Sudska praksa Ustavnog suda Makedonije u pogledu do sada donesenih odluka o ustavnosudskoj zaštiti proklamovanih ustavnih prava je veoma siromašna. Broj odluka se još uvek kreće na ravni jednocifrenog broja. I ova okolnost je jasan pokazalac da je Republika Makedonija, kao i dobar deo zemalja Jugoistočne Evrope, u pogledu ustavnosudske zaštite ustavom proklamovanih ljudskih prava, još uvek u fazi “svoje mladosti”.

OSMAN KADRIU, LL.D.,  
Professor, FON University, Skopje

#### HUMAN RIGHTS AND THEIR PROTECTION FROM CONSTITUTIONAL COURTS

- with special focus on Macedonia' constitutional provisions -

#### Summary

Human rights are the highest value of the society. There are very good legal mechanisms for their protection. This especially includes their protection by the judiciary (regular courts) and other state organs. Lately, countries that are defined as democratic insist on human rights protection by the constitutional courts. Since human rights are subject incorporated in the constitution, a very good solution is individuals to have granted a constitutional protection through constitutional complaint in front of constitutional courts. The author is of the opinion that the constitutional complaint as a specific remedy, that differs from other legal remedies, needs to be regulated with specific legal provisions. In that way, the constitutional complaints with all its specifics is material legis and represents additional mechanism for human rights protection. It is necessary to be specified in the constitution for what human rights the constitutional complaint can be used as a legal remedy. The author is of the opinion that this remedy should be made available for protection of all rights stipulated in the constitution. In this way, the constitutional complaint will be of a subsidiary nature since it will be used only when all other legal remedies will be exhausted. Using the constitutional complaint, the number of cases in front of constitutional courts will increase. The author is of the opinion that within the constitutional courts should be established special committees that will work on the admissibility of the complaints. These bodies within the constitutional courts will be used as filter for complaints that are not admissible. In some countries, in their constitutional courts, this form is especially regulated.

## SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

### **Pravda i pravo**

*Justice and Law*

*La Justice et le Droit*

### **PRAVO I DRUŠTVENI IMPERATIVI – IV tom**

*LAW AND SOCIAL IMPERATIVES – Vol. IV*

*Peta katedra*

*Fifth Department*

### **PRAVO NA PRAVDU**

*RIGHT TO JUSTICE*

#### **1. Sud u koneksitetu pravde**

*Court in Connexity of Justice*

*Vladimir Boranijašević*

- O teretu dokazivanja u antidiskriminacionim parnicama  
On the burden of proof in anti-discrimination litigations. . . . . 5

*Velibor Korać*

- Dokazna snaga notarskog zapisa  
Probative force of notarial deed . . . . . 19

*Milena Trgovčević-Prokić*

- Mere za obezbeđenje zaostavštine  
Temporary measures for securing legacies . . . . . 35

*Vukašin Ristić*

Pravni lekovi i pravna sredstva i njihova primena u novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju Legal remedies and redress and their application in the Law on enforcement and security .....	47
---	----

*Mirko Stojčinović,  
Nikola Aleksić,  
Borislav Jeličić*

Sukob nadležnosti između Pravobranilaštva Republike Srpske i subjekata koje ono zastupa Conflict of jurisdiction between the attorney RS and entities representing it .....	63
--	----

## **Međunarodni odnosi i pravde**

*International Relations and Justice*

### *a) Međunarodno pravo – elementi inostranosti International law – foreign elements*

*Rodoljub Etinski*

Sredstva tumačenja međunarodnih ugovora koja primenjuju ICSID arbitraže Means of interpretation of international treaties applied by ICSID arbitral tribunals .....	73
--	----

*Bojan Milisavljević*

Uspostavljanje načela mirnog rešavanja sporova i zabrane pretnje i upotrebe sile u međunarodnom pravu Establishing the principle of peaceful settlement of disputes and the prohibition of the threat and use of force in international law .....	91
--	----

*Ivana Krstić,  
Bojana Čučković*

Praksa Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na primenu Dablin regulative Case-law of the European court of human rights relating to the application of the Dublin regulation .....	103
---	-----



*Aleksandar Gajić*

- Upotreba oružane sile protiv SR Jugoslavije 1999.  
The use of armed force against the FR Yugoslavia 1999 ..... 123

*Boris Krivokapić*

- Osnovni principi savremenog koncepta ljudskih prava  
Fundamental principles of the contemporary concept  
of human rights ..... 139

*Duško Dimitrijević*

- Sporovi u južnom kineskom moru i međunarodno pravo  
Disputes in the south china sea and international law ..... 151

*Filip Turčinović*

- Neke međunarodnopravne specifičnosti država bez morske obale  
International legal specifics of a country without seashore ..... 167

*Jelena Lopičić-Jančić*

- Reparacija u Prvom svetskom ratu 1914–1918. godine  
i međunarodno javno pravo  
Reparation in the First world war 1914-1918 and  
international public law ..... 179

*Jelena Stojšić-Dabetić*

- Imunitet međunarodnih organizacija- između nedodirljivosti  
i legitimiteta  
Immunity of international organizations ..... 201

*Katerina Krstevska*

- Pariski principi i nacionalne institucije za ljudska prava  
Paris principles and national institutions of human rights ..... 217

*Marko K. Ačić*

- Iregularni oblici diplomatskog predstavljanja  
Atypical forms of diplomatic activity ..... 229

*Jelena Jokanović*

- Zločini iz mržnje i sistem zaštite ljudskih prava  
Hate crimes and the human rights protection system ..... 245

b) Pravo Evropske Unije  
European Union Law

*Radovan Vukadinović,  
Vitomir Popović*

- O sukobu prava EU i investicionog prava ili o kazni zbog usaglašavanja unutrašnjeg prava sa pravom EU  
On conflict between EU law and Investment law – *casa Micula* . . . . 259

*Zoran Radivojević*

- Oblici sudske kontrole poštovanja obaveza država članica Evropske unije  
Types of judicial control concerning compliance with obligations assumed by EU member states . . . . . 279

*Jelena Ceranić,  
Mirjana Glintić*

- Vladavina prava u Evropskoj Uniji  
Rule of law in Europe . . . . . 295

*Ljubica Đorđević*

- “Okvir” komisije i zaštita vladavine prava u državama članicama Evropske unije  
The “framework” of the commission and the protection of rule of law in the EU member states . . . . . 309

*Zoran Miladinović,  
Siniša Varga*

- Pojam ozbiljne upotrebe žiga u pravu Evropske unije  
The notion of genuine use of trademark in European union law . . 325

*Siniša Domazet*

- Državna pomoć i poreska mišljenja u pravu Evropske unije  
State aid and tax rulings in the law of the European Union . . . . . 343

*Bojana Lakićević-Đuranović*

- Položaj Evropske komisije u institucionalnom sistemu EU  
The position of the European commission in the institutional framework of the European Union . . . . . 357

Šesta katedra  
Sixth Department

**PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU**  
**RIGHT TO LEGAL STATE**

*Saša Bovan*

- Imperativnost prava u svetlu jedne antropološke vizije  
pravnog fenomena  
Impertiveness of law in the light of an anthropological  
vision of the legal phenomenon ..... 371

*Vlado Kambovski*

- Demokratizacija društva, sloboda političkog udruživanja  
i vladavina prava  
Democratization of society, freedom of political association  
and the rule of law ..... 387

*Sanja Đurđić*

- Ozbiljno shvatanje individualnih prava  
Taking individual rights seriously ..... 409

*Ilija Jovanov*

- Koreni ideje društvenog ugovora  
The roots of the idea of social contract ..... 425

*Zoran Jelić*

- Semantička analiza kao metod integralne pravne nauke  
Semantic analysis as a method of integral legal science ..... 441

*Refki Tač*

- Kultura socijalnosti prava  
Culture of the sociality of rights ..... 457

*Adrian Eugen Hollaender*

- The Right to Self-defense in the Light of Law and  
Social Imperatives ..... 477

*Miloš Galić*

- Rusoov koncept suverenosti  
Rousseau's concept of sovereignty ..... 481

*Ustavno pravna pitanja*

*Constitutional Law Questions*

*Vladan Petrov*

Ustavna načela uopšte i u Republici Srbiji Constitutional principles in general and in the Republic of Serbia .....	497
---	-----

*Darko Simović*

Smanjenje penzija u Republici Srbiji Decrease in pensions in the Republic of Serbia .....	509
--	-----

*Marko Stanković*

Načelo federalne participacije protiv načela demokratije Principle of federal participation against principles of democracy .	523
--	-----

*Dragutin Avramović,*

*Sreten Jugović*

Ograničenja slobode veroispovesti u “ratu protiv terorizma” Limitations of religious freedom during “war against terror” .....	535
---	-----

*Vladimir Đurić*

Retroaktivne i prospektivne korekcije racione temporis dejstva odluka ustavnih sudova The retroactive and prospective corrections of the constitutional courts decisions .....	547
---	-----

*Hamdija Šarkinović*

Sloboda izražavanja u praksi Ustavnog suda Crne Gore Freedom of expression in practice the Constitutional court of Montenegro .....	561
---	-----

*Dragoljub Drašković*

Mjesto i uloga Ustavnog suda u ustavno-pravnom sistemu Crne Gore The position and role of the Constitutional court in constitutional and legal system of Montenegro .....	577
--	-----

*Dorđe Marković*

- Imunitet nepovredivosti u modernom parlamentu  
Inviolability in the modern parliament ..... 595

*Vladimir Mikić*

- Redovna ustavna revizija kao iznevereni društveni imperativ  
u Republici Srbiji  
Regular constitutional change: a betrayed social imperative  
in the Republic of Serbia ..... 611

*Savo Manojlović*

- Unutarstranački izbori i demokratija  
Intraparty election and democracy ..... 627

*Smilja Spasojević*

- Položaj i funkcionalna uloga predsednika suda u srpskom  
pravosuđu  
Position and functional role of the president of the court  
in Serbian judiciary ..... 663

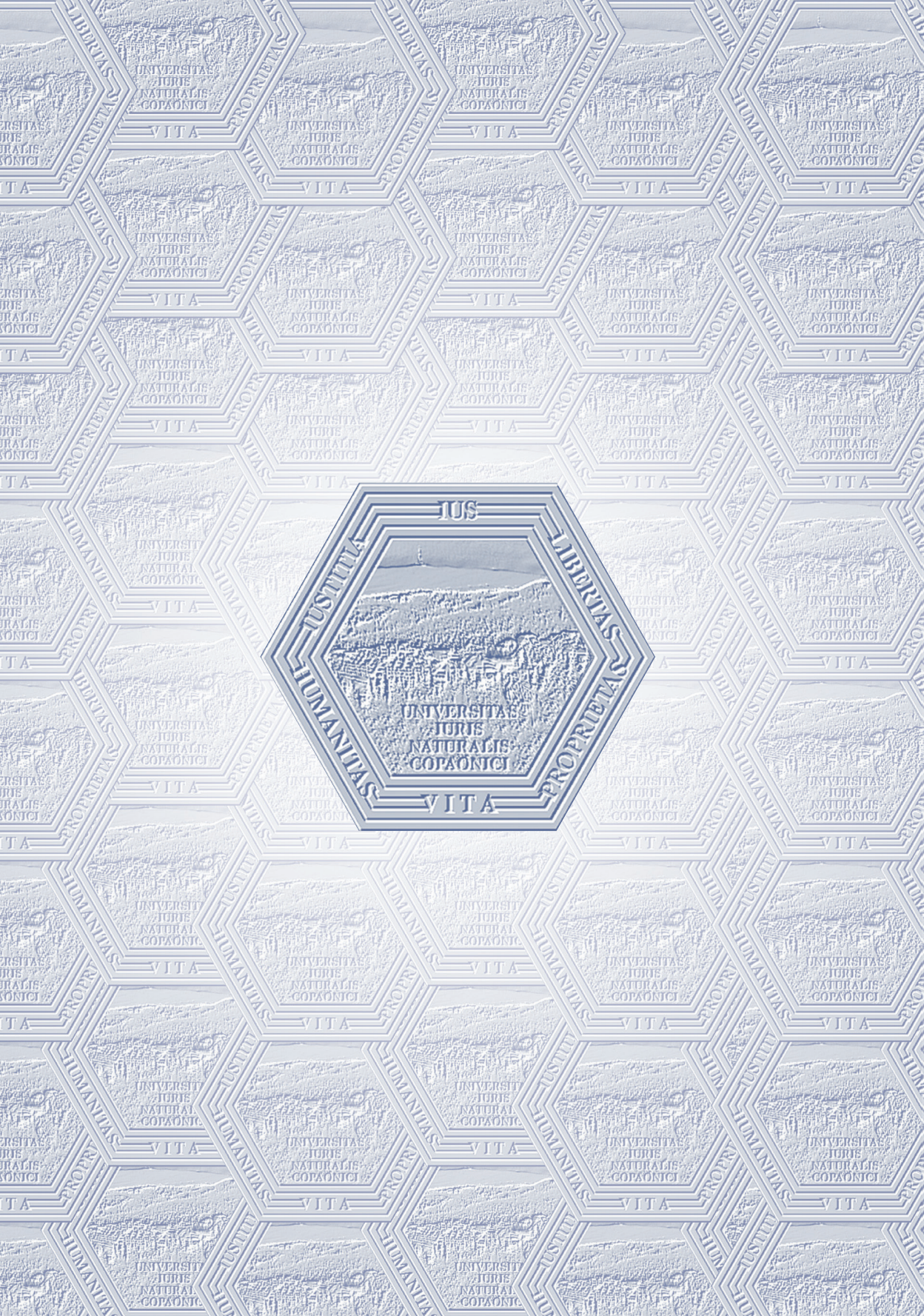
*Miroslav Đorđević*

- Zašto je izborna lista značajna za izborni sistem  
Why is electoral list important for electoral system ..... 649

*Osman Kadriu*

- Ljudska prava i ustavnosudska zaštita  
Human rights and their protection from constitutional courts .... 665





UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI



IUSTITIA

LIBERTAS

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA