

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

UNIFIKACIJA PRAVA I PРАВNA SIGURNOST

Zbornik radova 33. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

Beograd, 2020. | Tom III

33
godina



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

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

KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA – SLOBODAN PEROVIĆ
KOPAONIK SCHOOL OF NATURAL LAW – SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris Naturalis Copaonici
Trideset treći susret
33rd Meeting

**UNIFIKACIJA PRAVA
I PRAVNA SIGURNOST
UNIFICATION OF LAW
AND LEGAL CERTAINTY**

Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava
– Slobodan Perović
Proceedings of the 33rd Meeting of Kopaonik School of Natural Law
– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Beograd, 23. decembar 2020
Belgrade, 23 December 2020

Tom III/Volume III



Beograd, 2020

UNIFIKACIJA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST
UNIFICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY

Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 33rd Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 23. decembar 2020.

International Scientific Conference, 23 December 2020

Izdavač/Publisher

Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović

Krunska 74, Beograd

E-Mail: office@kopaonickaskola.rs

www.kopaonikschool.org

Glavni i odgovorni urednik/Editor-in-Chief

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović

President of the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Sekretar/Secretary

Andrea Nikolić

Uređivački odbor/Editorial Board

prof. dr Miroslav Đorđević, prof. dr Đorđe Đorđević, dr Hajrija Mujović, mr Gordana Petković, prof. dr Edita Kastratović, dr Božidar Otašević, prof. dr Milan Škulić, prof. dr Olga Cvejić-Jančić, prof. dr Dragoljub Kavran, prof. dr Dobrosav Milovanović, prof. dr Zoran Lončar, dr Christa Jessel-Holst, prof. dr Dragor Hiber, akademik prof. dr Zoran Rašović, prof. dr Nikola Mojović, Ljubica Milutinović, prof. dr Gordana Ilić-Popov, akademik prof. dr Mirko Vasiljević, dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Jasminka Obućina, prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, dr Thomas Meyer, dr Nataša Hadžimanović, akademik prof. dr Vitomir Popović, prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Dimitrije Milić, prof. dr Sanja Danković Stepanović, prof. dr Gordana Stanković, prof. dr Nebojša Šarkić, prof. dr Rodoljub Etinski, akademik prof. dr Radovan Vukadinović, prof. dr Gordana Vukadinović, prof. dr Saša Bovan, prof. dr Vladan Petrov.

Međunarodni naučni odbor/International Scientific Committee

Xavier Blanc-Jouvan (profesor emeritus, *Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, Francuska), akademik prof. dr Rajko Kuzmanović (predsednik Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Bosna i Hercegovina), dr Christa Jessel-Holst (Max Planck Institut za uporedno i međunarodno privatno pravo, Hamburg, Nemačka), prof. dr Francesca Fiorentini (Univerzitet u Trstu, Italija), akademik prof. dr Zoran Rašović (Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Crna Gora), akademik prof. dr Vlado Kambovski (Makedonska akademija nauka i umjetnosti, Severna Makedonija), dr Aleksandra Maganić (Pravni fakultet Univerziteta u Zagrebu, Hrvatska), dr Mateja Đurović (*King's College London*, Velika Britanija).

Kompjuterska obrada/Pre-print

Javorina Beker

Dizajn korica/Cover design

Uroš Živković

Tiraž/Number of Copies:300

Štampa/Print

FUTURA, Novi Sad

ISBN-978-86-903009-7-6 (serija) / ISBN-978-86-81956-00-7

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. Recenzije i spisak recenzenata dostupni su u arhivi Kopaoničke škole prirodnog prava. Ocene iznesene u člancima objavljenim u ovom Zborniku lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju stavove uredništva ni institucija u kojima su autori zaposleni.

TREĆA KATEDRA

**PRAVO
NA IMOVINU**

Međunarodni privredni ugovori, Arbitraža

VITOMIR POPOVIĆ

UGOVOR O FAKTORINGU U PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Posao faktoringa nije na jedinstven način riješen u uporednom pravu. Neke zemlje su ga regulisale svojim građanskim zakonicima, druge donijele posebne zakone, a treće prepustile poslovnoj praksi. Donošenjem Zakona o faktoringu Republike Srpske, Republika Srpska se svrstala u red onih zemalja koje su ovaj veoma značajan posao regulisale normativno, ne prepuštajući ga poslovnim običajima i praksi. Time je u znatnoj mjeri povećan stepen sigurnosti učesnika ovog posla i istovremeno su stvoreni uslovi za njegov brži razvoj.

Ključne riječi: faktoring poslovi, ugovor o faktoringu, Republika Srpska, društvo za obavljanje faktoring poslova, pravna sigurnost

U V O D

Odmah po proglašenju Republike srpskog naroda Bosne i Hercegovine, 9. januara 1992. godine pristupilo se izgradnji njenog pravnog poretka. Neposredno nakon toga Narodna skupština Republike Srpske je na svojoj sjednici održanoj dana 28. februara 1992. godine donijela Ustav Republike a potom pristupila i donošenju čitavog niza zakona. Neke od tih zakona su, Ustavnim zakonom preuzeti iz pravnih poredaka bivše SFRJ i Republike Bosne i Hercegovine tako je do potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma donesen veliki broj zakona i drugih

Akademik prof. dr Vitomir Popović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci; redovni član Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske i dopisni član Ruske akademije prirodnih nauka, e-mail: vitomir.popovic@pf.unibl.org.

podzakonskih akata i u znatnoj mjeri učvršćen njen pravni sistem. Dejtonski mirovni sporazum je nametnuo novu unutrašnju strukturu ove bivše jugoslovenske republike, tako što se ona sastoji od Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine a arbitražnom odlukom za oblast Brčko od 5. marta 1999. godine ustanovljen je Brčko distrikt kao posebna jedinica lokalne samouprave. Federacija Bosne i Hercegovine je uspostavljena Vašingtonskim sporazumom 1994. godine i njenu unutrašnju strukturu čini 10 kantona od kojih svaki od njih ima i zakonodavnu vlast. Danas u Bosni i Hercegovini postoji 14 parlamenata koji donose zakone, uključujući i Brčko distrikt, i ovaj pravni poredak čine veoma specifičnim i jednim od najsloženijih u odnosu na druge zemlje. Podjela zakonodavnih ovlašćenja u Bosni i Hercegovini je direktno vezana i proističe iz nadležnosti i odnosa između zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine i entiteta.¹ U tom kontekstu treba posmatrati Ugovor o faktoringu koji, do današnjeg dana, nije regulisan posebnim zakonom u Republici Srpskoj, Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko distriktu BiH, kao što je to slučaj u nekim drugim državama i bivšim jugoslovenskim republikama. Sada je u toku procedura oko donošenja posebnog Zakona o faktoringu u Republici Srpskoj a dosadašnji poslovi vezani za faktoring su bili prepušteni poslovnoj praksi. Donošenje ovog zakona Republiku Srpsku svrstava u red onih zemalja koje su ovu oblast normativno regulisale a što će se krajnje pozitivno odraziti, ne samo po učesnike ovog pravnog posla, nego će biti i u funkciji povećanja naplate potraživanja, investicija i konkurentnosti uz istovremeno smanjenje zaduženosti privrednih subjekata i snižavanje cijene kapitala.

POJAM FAKTORING POSLA

Factoring posao je moguće posmatrati kako sa ekonomskog tako i sa pravnog aspekta. U ekonomskom smislu posmatrano ovaj posao predstavlja specifičnu vrstu realizacije i obezbjeđenja naplate potraživanja, a time i finansiranja na osnovu prenijetih potraživanja. Drugim riječima radi se o složenoj finansijskoj usluzi koju pruža banka ili faktoring društvo a koja u sebi sadrži više usluga kao što su:

- finansiranje komitenta (ustupioca potraživanja kroz avansne uplate);
- vođenje računa (knjigovodstva) u vezi sa potraživanjem;
- naplata potraživanja;
- garancija (zaštita od neplaćanja od strane dužnika) itd.

Ovaj pravni posao je veoma pogodan za izvoznike jer im omogućuje veću konkurentnost u prodaji kupcima na međunarodnom tržištu. Koristi se u poslo-

¹ Više o tome vidjeti član 3 Ustava BiH, kao Aneksa 4 Dejtonskog mirovnog sporazuma.

vima kratkoročnog finansiranja uvoza/izvoza preko posebne organizacije (faktora) kojoj kupac mora podnijeti na odobrenje sve fakture prije izvršenja isporuke narudžbi. Na faktoru je da stalno ispituje kreditnu sposobnost kupca prije nego što preuzme bilo koju obavezu plaćanja i za svoju uslogu zaračuna proviziju.² Faktor može biti poslovna banka, osiguravajuća organizacija, berza, neke konsalting kompanije, privredno društvo itd., a njegova osnovna djelatnost je naplata na njega prenijetih tj. od komitenta (klijenta) cediranih potraživanja. Drugim riječima, faktor time prihvata obavezu prema komitentu da u odnosu na primljenu fakturu (ili više njih) u tačno predviđenim rokovima izvrši plaćanje u određenom procentu ili u cijelosti.

U pravnom smislu posmatrano faktoring posao je mješoviti ugovor u faktoringu sa svojim specifičnim ugovornim obavezama koji u sebi sadrži elemente nekoliko ugovora kao npr. ugovora u cesiji i kreditu, ugovora o garanciji i ugovora o djelu. Ovaj ugovor spada u neimenovane, dvostrano obavezne ugovore, formalne ugovore, teretne ugovore, ugovore sa trajnim prestacijama (uspostavlja se trajni pravni odnos između ugovornih strana), ugovore po pristupu, te ugovore za koje je bitan odnos povjerenja-ugovore *intuitu persone*.³

U uporednom pravu i pravnoj teoriji postoje različiti pristupi u pogledu definisanja ovog pravnog posla. Tako na primjer prema M. Vasiljeviću i M. Rajčeviću faktoring spada u grupu specijalnih kreditnih poslova kojim se ustupilac potraživanja obavezuje da prenese na faktora postojeća ili buduća potraživanja iz ugovora o prodaji robe, odnosno vršenja usluga, a faktor se obavezuje da, uz proviziju i naplatu troškova, naplati potraživanja (i eventualno garantuje naplatu), kao i da kreditira ustupioca potraživanja (uz njegovu obavezu da plaća kamatu) i vrši druge faktoring usluge.⁴

Neki autori ugovor o faktoringu definišu kao ugovor kojim se jedna strana – faktor obavezuje da preuzme (nedospjela, kratkoročna) potraživanja druge strane – klijenta, da ih naplati, u svoje ime i za svoj račun, a klijentu odmah ili u tačno preciziranom roku isplati protuvrijednost potraživanja i pod izvijesnim

² Više o tome vidjeti Dragica Ristić, "Ugovor o faktoringu sa posebnim osvrtom na faktoring kao instrument finansiranja poslovnih subjekata", doktorska disertacija, *Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci*, 2014, 15.

³ Više o tome vidjeti Mirko Vasiljević, *Poslovno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2001, 749.

⁴ Više o tome vidjeti Mirko Vasiljević, *Poslovno pravo*, Udruženje pravnik u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, 732; Marko Rajčević, *Poslovno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2007, 326–327.

uslovima garantuje naplatu, dok se klijent obavezuje da za to faktoru isplati odgovarajuću naknadu.⁵

Ilija Zindović definiše faktoring kao pravni posao gdje jedna ugovorna strana (faktor) pribavlja potraživanja od druge strane klijenta i za ta potraživanja plaća određenu naknadu.⁶

Iako spada u relativno novije pravne poslove, faktoring je postao prepoznatljiv u poslovnoj praksi radi povećanja naplate potraživanja i sigurnosti u poslovanju ugovornih strana. Istovremeno je u funkciji povećanja investicija i konkurentnosti, smanjenja zaduženosti privrednih subjekata, jačanja konkurencije i smanjenju cijene kapitala. U uporednom pravu, danas, ne postoje identični pogledi i pristupi u njegovom pojmovnom određivanju i definisanju. Razlike postoje kako u okviru anglosaksonskog tako i u okviru kontinentalnog prava. Međutim treba imati u vidu da se ovaj pravni posao prvenstveno pojavio u anglosaksonskoj poslovnoj praksi i da ga je ona oblikovala u pretežnom smislu riječi, ali i da su u pojedinim zemljama ovog pravnog sistema postojali različiti pristupi u njegovom definisanju. Neke od zemalja su ovaj pravni posao definisale u sklopu trgovinskih ili građanskih propisa (SAD, Belgija), neke su se opredijelile za donošenje posebnih zakona o faktoringu (Francuska, Italija), dok su neke druge poput Ruske Federacije i Moldavije donijele posebne propise o faktoringu. U ovom kontekstu treba posmatrati nastojanja Republike Srpske da ovu oblast uredi posebnim Zakonom o faktoringu a čija procedura donošenja je u toku.

Značajan doprinos unifikaciji ovog prava su dali Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) i Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL) koje su pristupile izradi međunarodnih pravnih instrumenata u vidu konvencijskog prava u oblasti međunarodnog faktoringa.

UNIDROIT konvencija o međunarodnom faktoringu je svojim rješenjima omogućila kako prenos zabranjenih, tako i budućih potraživanja čime je stekla značajnu prednost i prihvaćenost od strane 18 zemalja. Od evropskih zemalja ovu konvenciju su ratifikovale Francuska, Njemačka, Mađarska, Italija, Letonija i Ukrajina.

Druga konvencija, Konvencija UNCITRAL-a o prenosu potraživanja u međunarodnoj trgovini, i pored toga što sadrži obuhvatnije i sofisticiranije pravne instrumente kompatibilne sa Konvencijom o međunarodnom faktoringu (UNI-

⁵ Više o tome vidjeti Ivanka Spasić, Mara Todorović, *Međunarodni finansijski lizing i međunarodni faktoring*, Beograd, 1989, 19.

⁶ Više o tome vidjeti Ilija Zindović, *Pravna priroda i odnosi iz ugovora o faktoringu*, Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu, 2011.

DROIT) do današnjeg dana nije stupila na snagu. Međutim, imajući u vidu činjenicu da je ovaj pravni posao bio uređivan na različite načine, bilo poslovima običajnog ili autonomnog trgovinskog prava nema sumnje da pokušaj unifikacije od strane Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) i Komisije ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL) imaju veliki doprinos u pokušaju donošenja jedinstvenih pravila u ovoj oblasti a time i povećanja stepena sigurnosti učesnika ovog pravnog posla. U ovom kontekstu treba shvatiti i nastojanja Republike Srpske da pravni posao faktoringa reguliše posebnim zakonom i time je svrsta u red zemalja koje su to do sada uradile. Svako prepuštanje uređenja, ne samo pravnog posla faktoringa nego i drugih poslova, poslovnoj praksi, stvara određene nezvjesnosti kod ugovornih strana. Polazeći od pretpostavke da je ovaj pravni posao u Republici Srpskoj počeo dolaziti do sve većeg izražaja nametnula se kao neminovna potreba za njegovo pravno normiranje kroz donošenje Zakona o faktoringu.

NASTANAK I RAZVOJ FAKTORING POSLOVA

U pravnoj teoriji ne postoje podudarna gledišta i stavovi o nastanku faktoringa kao pravnog posla. Neki ovaj pravni posao vežu za Hamurabijev zakonik i 17. vijek prije nove ere.⁷ Drugi pak smatraju da ovaj pravni posao vuče porijeklo iz rimske imperije i da on predstavlja najstariji oblik finansiranja trgovine. Naime, rimsko pravo definiše *contractus asetimatori* kao posao kojim vlasnik stvari prenosi drugom da je proda kao svoju, a da vlasniku preda samo naznačenu cijenu.⁸

Ipak većina autora smatra da se ovaj posao počeo razvijati u 19. vijeku u SAD-u. Naime, po proglašenju nezavisnosti SAD (1775-1783) i potpisivanjem Pariskog mirovnog ugovora (1783) prema kome je SAD-u priznata nezavisnost, SAD su radi unapređenja domaće industrije uvele visoke carinske barijere, naročito za tekstil tako da je uvoz evropske robe praktično prestao a time su i faktori izgubili svoju poziciju. Oni su bili prinuđeni da ponude nove usluge industriji. S obzirom da su faktori posjedovali određenu finansijsku snagu i poznavali platežnu sposobnost američkih krajnjih kupaca, oni više ne preuzimaju robu od svojih klijenata radi dalje prodaje, to čine sami proizvođači, a faktori preuzimaju finansijski dio posla, tj. otkupljuju potraživanja svojih klijenata (proizvođača, ve-

⁷ Više o tome vidjeti Mirko Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, trinaesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, 367-368; Miloš Trifković, Sanjin Omanović, *Međunarodno poslovno pravo*, *Arbitraže*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2001, 359.

⁸ Više o tome Blaurock dr Uve, "Grundstruktur und aktuelle Fragen des Factoring", *Juristische arbeit sblatter*, br. 6, 1989, 275.

letrgovaca) prema dužnicima prije dospjeća i na taj način ih finansiraju.⁹ U cilju sprečavanja propadanja domaćih kompanija ugroženih povećanim uvozom stranih roba SAD su uvele povećanje carina i poreza (mjere protekcionizma) a što je nametnulo potrebu da faktori svoje pakete usluga ponude uglavnom lokalnim kompanijama i proizvođačima, posebno u oblasti tekstilne industrije. To će istovremeno nametnuti potrebu za razvijanjem lokalnih kapaciteta i mreže distribucije s ciljem povećanja obima proizvodnje i plasmana domaćih proizvođača. Na ovaj način proizvođači su dobili veće mogućnosti prodaje prilagođene ekonomskim mogućnostima kupca i izbjegavanje tzv. zarobljavanja novca. Ovo će omogućiti faktorima da prošire svoje djelovanje na sve industrijske grane i ponude im ne samo komisione ili agentne varijante faktoringa nego sve više i funkciju kreditiranja. To je istovremeno zahtijevalo i usku specijalizaciju i povećanje robnonovčanih tokova tako da faktori sve više prelaze pod okrilje banaka, bilo kao njihovi sastavni dio bilo kao posebne faktoring organizacije finansirane od banaka ili u njihovom vlasništvu.¹⁰

Neposredno nakon toga afirmacija ovog pravnog posla je počela sve više dolaziti do izražaja u Evropi, prvo Engleskoj a zatim i nekim drugim zemljama Njemačkoj, Finskoj, Belgiji, Švedskoj, Italiji itd. Pojavljivanje ovog pravnog posla će biti od izuzetnog značaja za međunarodnu trgovinsku razmjenu i istovremeno će nametnuti potrebu za njegovim pravnim normiranjem bilo kroz unifikaciju, o kojoj je bilo riječi u prethodnom dijelu teksta, bilo kroz potrebu donošenja posebnih zakonskih rješenja.

Razvoj faktoring poslova je svoju evoluciju počeo doživljavati u Bosni i Hercegovini, odnosno Republici Srpskoj i Federaciji BiH, naročito nakon prestanka ratnih sukoba i neprijateljstava i potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma. Međutim, za razliku od nekih zemalja Evropske unije koje imaju visoko razvijene privrede i u kojima faktoring poslovanje predstavlja značajan izvor kratkoročnog finansiranja malih i srednjih preduzeća, u Republici Srpskoj i Federaciji BiH je ono u samom začetku. Tako na primjer prema podacima Centralne banke BiH, odnosno Izvještaju o transakcijskim računima na dan 3.5.2013. godine prema zbirnim podacima ukupan broj blokiranih računa je 62 140 od čega je ukupan broj firmi koje imaju blokiran jedan račun 33 953.¹¹ Drugim riječima, u Bosni i Hercegovini se osjeća visok stepen nelikvidnosti a mala i srednja preduzeća imaju otežan i neadekvatan pristup finansijskim sredstvima potrebnim za nesmetano

⁹ D. Ristić, op. cit., 21.

¹⁰ Više o tome vidjeti Georg Peter Glomb, *Finanziarung durch Factoring*, Heyman, Köln, 1969, 16.

¹¹ V. podatke Centralne banke BiH, <http://www.cbbh.ba>.

poslovanje i održavanje tekuće likvidnosti tako da finansijski sektor nije u mogućnosti da obezbijedi kapital za ekonomski rast i razvoj. U tom smislu određene finansijske institucije smatraju da razvoj faktoring posla ima potencijal da donese značajne investicije poslovnoj zajednici i doprinese boljem poslovnom okruženju.

ZNAČAJ FAKTORING POSLA

Pored finansiranja faktori svojim klijentima pružaju i druge usluge kao što su preuzimanje rizika naplate od dužnika (*del credere*) i upravljanje potraživanjem, ali na novim osnovama. Naime, kad je faktor obavljao poslove komisionara, komisioni posao je bio osnova i za ostale funkcije faktoringa, dok je sada pravna osnova zasnovana na otkupu potraživanja koje faktorovi klijenti imaju prema svojim kupcima. Na ovaj način faktor se od komisionara transformiše u finansijera posebne vrste, a finansiranje postaje osnovna funkcija faktoring odnosa.

Ovo je istovremeno nametnulo potrebu za transformacijom subjekata faktoring posla; faktoring organizacije su mijenjale svoju djelatnost i umjesto prodaje za račun evropskih proizvođača i trgovaca počele da se bave poslovima finansiranja proizvodnje i preuzimanje *del credere* rizika.¹²

Danas ovi poslovi predstavljaju nezaobilazan instrument finansiranja u savremenim poslovnim odnosima. Ukupan broj faktoring organizacija u 27 zemalja EU u 2006. godini iznosio je 316. Najveći broj faktoring kompanija je u Italiji 35, Francuskoj 31, Velikoj Britaniji 27, Mađarskoj 26, Španiji i Njemačkoj 21.¹³

Kao ilustracija razvoja faktoring poslova po zemljama i regionima mogu poslužiti podaci iz 2003. godine kada su se izdvojile tri zemlje sa najvećom ulogom faktoringa i to: Velika Britanija (160 mlrd. evra), Italija (132 mlrd. evra) i SAD (86 mlrd. evra). Najveći porast značaja faktoringa u periodu 1998-2003. godine je zabilježen u zemljama istočne Evrope.¹⁴

Veliki značaj za razvoj faktoring poslova imaju poslovne banke i druge specijalizovane organizacije i društva koji se bave ovom vrstom poslova. U tom smislu je, odmah neposredno nakon potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma, u oktobru 1996. godine osnovana posebna državna agencija Izvozno kreditna agencija BiH – IGA sa ciljem implementacije projekta Svjetske banke za hitno pokretanje industrije, kroz izdavanje garancija od političkog i ratnog rizika stranim investitorima i trgovcima. Obzirom da se tokom trajanja projekta nije dogodio ni-

¹² V. Božidar Pavićević, "Ugovor o faktoringu", *Pravni život*, br. 11, Beograd, 1979.

¹³ <http://www.ifgroup.com>.

¹⁴ Radovan Kovačević, "Značaj i uloga faktoringa kao instrumenta finansiranja izvoza-iskustva novih članica Evropske unije", *Ekonomski anali*, br. 165, 2005, 86.

jedan od osiguranih rizika, sredstva iz kredita Svjetske banke koja su bila angažovana kao pokriće za garancije su oslobođena i postaju raspoloživa za podršku izvoznim preduzećima.

Tokom 1992. godine IGA je započela implemenatciju drugog projekta Svjetske banke koji je bio usmjeren na pružanje podrške izvoznim preduzećima iz BiH, a ova sredstva se plasiraju kroz finansiranje pripreme izvoza, kao obezbjeđenje u cilju dobijanja garancija za ugovorene poslove u inostranstvu i kapital za osiguranje izvoza i uvoza.

Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine je 2004.¹⁵ godine donijela Zakon o izvozno-kreditnoj agenciji Bosne i Hercegovine i time utvrdila nastavak rada IGE kao državne izvozno-kreditne agencije sa osnivačkim kapitalom od 52 miliona KM. Ona danas djeluje samostalno nedepozitno i neprofitno, kao pravno lice, u skladu sa principima likvidnosti i osiguranju poslovanja bez gubitka.¹⁶

Danas u nadležnost poslova IGE, u skladu sa zakonom, spadaju: kreditno osiguranje (izvozno, uvozno i domaće), faktoring, garancije (izvršenje, avans, za državanje i tender), kratkoročni zajmovi i kreditne informacije. IGA je stekla značajno iskustvo u izvršavanju transakcija na međunarodnom tržištu i razvila je bazu podataka o kompanijama da bi olakšala pristup kreditnim informacijama. Ona nudi usluge konsaltinga u oblastima investicija i međunarodne trgovine, kao i usluge kreditnog biroa, za bosanskohercegovačke i strane kompanije.

Danas IGA ima potpisan sporazum o koosiguranju sa *Lloyd's* osiguranjem iz Londona i prvoklasnim evropskim bankama.

Garancije IGE za izvozne ugovore omogućavaju BiH izvozniciima da obezbijede: licitirane garancije (*bid bonds*), avansne garancije, garancije za dobro izvršenje posla i retencione garancije. Ove garancije su od ogromnog značaja za privredne subjekte od osiguranja eventualnih rizika kod izvođenja građevinskih i drugih radova izvan BiH, pri izvozu kapitalne opreme i sličnim poslovima. Dakle, cilj je prije svega osigurati izvoznike od rizika neplaćanja inokupca.¹⁷

Prednosti ovako obezbijedenog kreditnog osiguranja su očigledne, te je izvozniciima osigurana naplata potraživanja i oni mogu planirati buduće aktivnosti, olakšava se ponuda kreditnih uslova, oni mogu kreirati bolje poslovne odnose sa bankama i time sebi omogućiti agresivniji ulazak na nova tržišta. Dakle, ukoliko izvoznikov kupac postane insolventan ili kasni sa plaćanjem fakture duže od

¹⁵ Službeni glasnik BiH, br. 62/04.

¹⁶ Više o tome vidjeti <https://iga.gov.ba/>, 15.10.2020.

¹⁷ IGA danas ima obezbijedeno 65% reosiguranja kod Atradius (Belgija).

90 dana od dana dospjeća fakture, izvozniku će IGA na osnovu ugovora o osiguranju isplatiti ta sredstva.¹⁸

FAKTORING POSLOVI U PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Kao što smo to i u prethodnom dijelu ovog rada napomenuli, sada je u toku provođenje procedure o donošenju posebnog Zakona o faktoringu Republike Srpske.

Ovaj zakon predstavlja novinu u pravnom sistemu Republike Srpske i prema stavu obrađivača tj. ministarstva finansija njegovo donošenje bi trebalo da doprinese povećanju naplate, investicija i konkurentnosti, istovremeno smanjenje zaduženosti privrednih subjekata, jačanje konkurencije u finansijskom sektoru i snižavanje cijene kapitala. Razlozi za donošenje ovog zakona su inicirani većom potrebom za obrtnim sredstvima i zaštitom od kreditnog rizika kao i mogućnošću upravljanja rizikom. Ovim zakonom se posao faktoringa uređuje kao nebankarska finansijska usluga, koja predstavlja alternativni način finansiranja mikro, malih i srednjih privrednih društava radi prevazilaženja niske kreditne sposobnosti.

Zakon definiše pojam i predmet faktoringa, ugovor o faktoringu i međusobna prava i obaveze učesnika faktoringa. Prema Nacrtu ovog zakona iz marta mjeseca 2020. godine faktoring se definiše kao *pravni posao kupoprodaje postojećeg nedospjelog ili budućeg kratkoročnog potraživanja, nastalog na osnovu ugovora o prodaji robe ili pružanju usluge, u kome učestvuju ustupilac, faktor i dužnik*.

Pod kratkoročnim potraživanjem podrazumijeva se ono potraživanje koje dospijeva na naplatu u roku do godinu dana od dana prodaje robe, odnosno pružanja usluge.

Zakon propisuje da se faktoring poslovima, pored banaka, mogu baviti i privredna društva za faktoring u formi akcionarskog društva ili društva sa ograničenom odgovornošću sa sjedištem u Republici Srpskoj. Nadzor nad njihovim radom vrši Komisija za hartije od vrijednosti.

Najmanji iznos za osnivanje društva za faktoring mora iznositi 250 000 KM i biti u cijelosti uplaćen u novcu prilikom osnivanja uz postojanje obaveze zadržavanja navedenog iznosa za sve vrijeme rada društva.

Nacrt zakona je usklađen sa primarnim izvorima prava Evropske unije, posebno u onom dijelu koji se tiče ugovora o funkcionisanju Evropske unije a zatim i sekundarnim izvorima prava kao npr.:

¹⁸ Dragica Ristić, op. cit., 54.

- Regulativom (EC) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Savjeta od 17. juna 2008. godine o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obaveze (Rim I);
- Regulativom (EU) br. 1095/2010 Evropskog parlamenta i Savjeta od 24. novembra 2010. godine o osnivanju evropskog nadzornog tijela (Evropskog nadzornog tijela za hartije od vrijednosti i tržišta kapitala), izmjeni Odluke br. 716/2009/EC i stavljanju van snage Odluke Komisije 2009/77/EC;
- Regulativom (EU) br. 1093/2010 Evropskog parlamenta i Savjeta od 24. novembra 2010. godine o osnivanju evropskog nadzornog tijela (Evropskog nadzornog tijela za bankarstvo), kojom se mijenja Odluka br. 716/2009/EC i stavlja van snage Odluke Komisije 2009/78/EC;
- Regulativom Savjeta (EC) br. 2157/2001 od 8. oktobra 2001. godine o Statutu evropskog društva (SE);
- Direktivom (EU) 2015/849 Evropskog parlamenta i Savjeta od 20. maja 2015. godine o sprečavanju korišćenja finansijskog sistema u svrhu pranja novca ili finansiranja terorizma, o izmjeni Regulative (EU) br. 648/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta, te stavljanju van snage Direktive 2005/60/EC Evropskog parlamenta i Savjeta i Direktive Komisije 2006/70/EC;
- Direktivom (EU) 2018/843 Evropskog parlamenta i Savjeta od 30. maja 2018. godine o izmjeni Direktive (EU) 2015/849 o sprečavanju korišćenja finansijskog sistema u svrhu pranja novca ili finansiranja terorizma i o izmjeni direktiva 2009/138/EC i 2013/36/EU, i
- Direktivom 2006/43/EC od 17. maja 2006. godine o zakonskim revizijama godišnjih finansijskih izvještaja i konsolidovanih finansijskih izvještaja, kojom se mijenjaju direktive Savjeta 78/660/EEC i 83/349/EEC i stavlja van snage Direktiva Savjeta 84/253/EEC.

Prema članu 10 Nacrta zakona o faktoringu¹⁹, faktoring se može obavljati samo na osnovu ugovora o faktoringu, zaključenog u pisanoj formi. *Ugovor o faktoringu je pravni posao kojim ustupilac ustupa faktoru svoje postojeće nedospjelo ili buduće, cijelo ili djelimično, kratkoročno potraživanje od dužnika, nastalo na osnovu ugovora o prodaji robe ili pružanju usluge, a faktor se obavezuje da ustupiocu plati ugovoreni iznos.*

Buduće kratkoročno potraživanje može biti predmet faktoringa samo ako se u trenutku zaključenja ugovora o faktoringu mogu odrediti povjerilac i dužnik, najveći mogući iznos tih potraživanja i osnova nastanka tih budućih potraživanja.

Predmet ugovora o faktoringu ne može biti potraživanje čiji prenos je zabranjen zakonom, koje je vezano za ličnost povjerioca ili koje se po svojoj priro-

¹⁹ V. Nacrta zakona o faktoringu Republike Srpske iz marta mjeseca 2020. god.

di protivi prenošenju na drugog. Ugovor čiji predmet nije definisan u skladu sa ovim zakonom ne smatra se ugovorom o faktoringu. Faktor može da zahtijeva od ustupioca da obezbijedi i izjavu dužnika da je primio robu i usluge prema izdatom računu ili fakturi, bez prigovora na njihove materijalne nedostatke. Ugovor o faktoringu proizvodi pravno dejstvo i bez izjave dužnika, osim ako drugačije nije uređeno posebnim zakonom.

Ugovor o faktoringu se ne smatra ugovorom o kreditu ili zajmu u smislu propisa Republike Srpske.

Ugovor o faktoringu sadrži sljedeće elemente: 1) podatke o ugovornim stranama (poslovno ime i sjedište, ime i prezime zakonskih zastupnika i njihove funkcije i jedinstveni identifikacioni broj poreskog obveznika), 2) vrstu faktoringa, 3) osnov i podatke o kratkoročnom potraživanju koje je predmet ugovora, 4) iznos, način obračuna plaćanja i plaćanje otkupljenog potraživanja, 5) iznos i obračun naknade i administrativne naknade faktoru, 6) iznos i obračun faktoring kamate, 7) rokove realizacije odredaba iz ugovora, 8) način rješavanja sporova, 9) potpise ovlašćenih lica i datum zaključivanja ugovora.

Ugovor o faktoringu prestaje da važi istekom roka na koji je zaključen, a ukoliko nije zaključen na određen rok, prestaje kada potraživanja budu naplaćena ili regresirana. Ugovori o faktoringu jednog ustupioca zaključeni sa različitim faktorima, a koji imaju za predmet prodaju istog potraživanja, zabranjeni su i ništavni.

Prema članu 18 ovog nacrtu ustupilac je odgovoran faktoru za osnovanost i vrijednost potraživanja koja su predmet ugovora o faktoringu. Ustupilac garantuje faktoru da je preneseno potraživanje oslobođeno zalogu, prigovora, tereta i ostalih prava trećih lica, odnosno da je po svim osnovama nesporno, osim ako drugačije nije ugovoreno. Ako je ugovoren faktoring bez prava regresa, a preneseno potraživanje je opterećeno zalogom, odnosno ako je na bilo koji način osporeno od dužnika ili trećeg lica, faktor ima pravo regresa od ustupioca u slučaju da ugovorom o faktoringu nije isključena garancija ustupioca iz stava 2. ovog člana.

Nacrt zakona propisuje uslove za osnivanje, poslovanje i prestanak društva za faktoring. Prema članu 21 Nacrta zakona o faktoringu društvo za faktoring je privredno društvo koje se osniva u formi akcionarskog društva ili društva sa ograničenom odgovornošću sa sjedištem u Republici Srpskoj. Društvo za faktoring mogu osnovati domaća i strana pravna lica, kao i fizička lica. Djelatnost faktoringa može obavljati društvo za faktoring koje je dobilo dozvolu Komisije za hartije od vrijednosti za obavljanje djelatnosti faktoringa. Pravo da obavlja djelatnost faktoringa društvo za faktoring stiče upisom u registre kod Komisije. Društvo za faktoring obavlja isključivo djelatnost faktoringa. Izuzetno od stava 5. ovog

člana, društvo za faktoring može obavljati i otkup ostalih potraživanja u skladu sa zakonom kojim se uređuju obligacioni odnosi.

Privredno društvo sa sjedištem u Bosni i Hercegovini, a izvan Republike Srpske, koje ima dozvolu od organa nadležnog za nadzor djelatnosti faktoringa, može da posluje u Republici Srpskoj isključivo putem poslovne jedinice.

Nacrt zakona zatim propisuje kako i na koji način se upravlja društvom za faktoring, nadležnosti organa društva, upravljanje rizicima, finasijsko izvještavanje i revizija, nadzor nad obavljanjem poslova faktoringa a propisuje i kaznene odredbe u formi prekršaja za nepridržavanje zakona.

Bez obzira da li će i u kojoj formi biti usvojen konačni tekst Zakona o faktoringu, sama opredijeljenost Republike Srpske za njegovim donošenjem je od izuzetnog značaja za njegov budući razvoj i pravnu sigurnost. Time se ova veoma značajna oblast sada reguliše zakonom i ne prepušta poslovnoj praksi koja često, zavisno od slučaja do slučaja, može biti različita i izazivati nesigurnost. Istovremeno se povećava mnogo veći stepen sigurnosti, ne samo samih učesnika ovih obligacionopravnih odnosa, nego i svih ostalih na koje se pravne posljedice ovog pravnog posla odnose. Veći stepen sigurnosti ovog pravnog posla kroz njegovo normativno regulisanje će biti u funkciji povećanja investicija i konkurentnosti, smanjenju zaduženosti privrednih subjekata, jačanju konkurencije u finasijskom sektoru uključujući i mogućnosti snižavanja ukupne cijene kapitala.

ZAKLJUČAK

Donošenjem Zakona o faktoringu Republika Srpska se svrstala u red onih zemalja koje su, ovo veoma značajno pravno ekonomsko pitanje, uredile posebnim zakonom, ne prepuštajući ga poslovnim običajima i poslovnoj praksi koja se često od slučaja do slučaja mijenjala i na taj način izazivala nesigurnost učesnika ovog obligacionopravnog posla. Od izuzetnog značaja je i činjenica da se prilikom donošenja ovog zakona vodilo računa o dostignutom nivou unifikacije prava od strane Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) i Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL). Značajna je i činjenica da je tekst, u ovoj fazi Nacrta zakona, imao u vidu i relevantne odredbe sadržane u primarnim i sekundarnim izvorima prava Evropske unije i preuzete obaveze sadržane u Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju potpisanom između Bosne i Hercegovine i zemalja Evropske unije. Ništa manje nisu od značaja ni dostignuta iskustva ovom pravnom poslu do kojih su došle neke razvijenije zemlje ali i poslovna praksa u Bosni i Hercegovini.

Academician Prof. Dr. VITOMIR POPOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka
Regular member of the Academy of Sciences and Arts
of the Republic of Srpska and corresponding member
of the Russian Academy of Natural Sciences

FACTORING AGREEMENT IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The factoring business is not solved in a uniform way in comparative law. Some countries regulated it with their civil codes, others passed special laws, and still others left it to business practice. With the adoption of the Law on Factoring of the Republic of Srpska, the Republic of Srpska became one of those countries that regulated this very important business normatively, not leaving it to business customs and practice. This has significantly increased the level of security of the participants in this business and at the same time created the conditions for its faster development.

Key words: factoring business, factoring agreement, Republic of Srpska, factoring company, legal security

Literatura

- Blaurock dr U., “Grundstruktur und aktuelle Fragen des Factoring”, *Juristische arbeit sblatter*, br. 6, 1989.
- Glomb G. P., *Finanziarung durch Factoring*, Heyman, Koln, 1969.
- Kovačević R., “Značaj i uloga faktoringa kao instrumenta finansiranja izvoza – iskustva novih članica Evropske unije”, *Ekonomski anali*, br. 165, 2005.
- Pavićević B., “Ugovor o faktoringu”, *Pravni život*, br. 11, Beograd, 1979.
- Rajčević M., *Poslovno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2007.
- Ristić D., “Ugovor o faktoringu sa posebnim osvrtom na faktoring kao instrument finansiranja poslovnih subjekata”, doktorska disertacija, *Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci*, 2014.
- Spasić I., Todorović M., *Međunarodni finansijski lizing i međunarodni faktoring*, Beograd, 1989.
- Trifković M., Omanović S., *Međunarodno poslovno pravo/Arbitraže*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2001.
- Vasiljević M., *Poslovno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.
- Vasiljević M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnik u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004.

Vasiljević M., *Trgovinsko pravo*, trinaesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012.

Zindović I., *Pravna priroda i odnosi iz ugovora o faktoringu*, Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu, 2011.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 20.10.2020.

Prihvaćen: 09.11.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DEJAN JANIĆIJEVIĆ
LJUBICA NIKOLIĆ

PONIŠTAJ ARBITRAŽNE ODLUKE PREMA ODREDBAMA UNCITRAL MODEL ZAKONA

– PRAKTIČNA PITANJA –

U uslovima sve kompleksnije uvezanosti čitavog sveta u mrežu poslovnih odnosa, međunarodna trgovinska arbitraža, kao metod mnogo primereniji rešavanju sporova koji nastaju iz ovih relacija, sve više dobija na značaju. U njenoj primeni javljaju se mnogobrojni problemi, a naročito ozbiljni su oni vezani za pobijanje odluka kojima je arbitražni postupak meritorno okončan, budući da u ovoj tački treba učiniti prelaz iz sfere privatnog pravo-suđa, ka domenu zaštićenom mehanizmima državne vlasti. Sa mnogim od ovih pitanja sudovi različitih država već su pokušavali, a mnogi od njih i uspevali, da izađu na kraj, tako da je izgrađena bogata sudska praksa, koja je i prilično ujednačena, imajući u vidu činjenicu da je tvorevina nosilaca sudskih funkcija koji potiču, ne samo iz različitih država, već i iz raznorodnih pravnih tradicija. Neki od najznačajnijih problema sudske kontrole arbitražnih odluka, kao i načini njihovog prevazilaženja u različitim državama, predmet su pažnje autora ovog rada.

Ključne reči: Arbitraža, pobijanje arbitražne odluke, Model zakon UNCITRAL-a, tužba za poništaj arbitražne odluke

Prof. dr Dejan Janićijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: balebate@yahoo.com.

Prof. dr Ljubica Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: ljubica@prafak.ni.ac.rs. Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS prema ugovoru evidencioni broj 451-43-68/2020-14/200120.

U V O D

Postupak pred arbitražnim sudom po pravilu je jednostepen. Žalba se u arbitražnom postupku može izjaviti samo izuzetno, a ova mogućnost zavisi od dispozicije stranaka. Naime, ukoliko to dozvoljavaju nacionalna ili autonomna institucionalna pravila, strane arbitražnog sporazuma mogu predvideti da se protiv arbitražne odluke može izjaviti žalba drugom arbitražnom sudu, koji tada ima ulogu drugostepene instance. Ova mogućnost, međutim, veoma se retko koristi. Ugovaranjem dvostepenosti arbitražnog rešavanja spora praktično se eliminišu prednosti arbitraže u odnosu na parnični postupak koje se odnose na ekonomičnost, efikasnost i ekspeditivnost, i izražava nepoverenje stranaka prema arbitrima, koji iz tog razloga mogu odbiti prihvatanje funkcije. Prema pravilnicima nekih arbitražnih institucija, i *a priori* se eliminiše mogućnost da arbitražni sud prihvati zadatak rešavanja spora ukoliko arbitražni sporazum sadrži "klauzulu o pravu na žalbu drugoj arbitraži."¹

Sudska kontrola arbitražne odluke može se vršiti u različitim postupcima pred državnim sudovima. Uobičajeno je da se sintagmom "sudska kontrola" označava kontrola koju vrše državni sudovi, pri čemu se ne dovodi u pitanje to da i arbitražni sudovi vrše sudsku funkciju, tj. da i arbitražna predstavlja sudski metod rešavanja sporova.

Uporednopravni pregled pokazuje da sudska intervencija u smislu ocene postojanja i sankcionisanja nedostataka pravnosnažne arbitražne odluke može imati različite forme. Kontrola se može vršiti u postupku za registrovanje arbitražnih odluka kod državnih sudova, postupku priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka, postupku izvršenja domaćih arbitražnih odluka i postupku kontrole povodom vanrednih pravnih lekova.²

Prvostepena arbitražna odluka u većini sistema automatski stiče svojstvo pravnosnažnosti i postaje podobna za izvršenje. Ipak, Model zakon UNCITRAL-a daje poraženoj stranci u arbitraži dve mogućnosti za osporavanje arbitražne odluke. Prva mogućnost je da ova stranka, prema odredbi čl. 36, zahteva poništaj arbitražne odluke od strane državnog suda određenog prema odredbi čl. 6, u skladu sa odredbom čl. 34, kada je, prema principu striktno teritorijalne primene Model zakona, potrebno da državni sud, kao i arbitražna odluka, pripadaju državi koja je usvojila ovaj pravni akt. Druga opcija podrazumeva da stranka koja je nezado-

¹ V. Krešimir Musa, "Tužba radi poništaja presude izbranog suda", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2-3, Zagreb, 2006, 807.

² U italijanskom pravu protiv arbitražne odluke mogu se izjaviti tri pravna sredstva: predlog za poništaj arbitražne odluke, predlog za opoziv i prigovor trećeg lica.

voljna rezultatom arbitražnog postupka traži odbijanje priznanja arbitražne odluke u nekoj drugoj državi.

Prema odredbi čl. 34 Model zakona, domaća arbitražna odluka može biti poništena od strane državnog suda iz jednog od sledećih razloga:

- ako je postojala procesna nesposobnost ma koje stranke;
- ako je arbitražni sporazum nepunovažan;
- ako stranka nije adekvatno obavestena o imenovanju arbitara ili nije bila u mogućnosti da raspravlja na način garantovan odredbom čl. 18;
- ako se arbitražna odluka odnosi na spor koji nije obuhvaćen arbitražnim sporazumom ili uslovima poveravanja spora arbitražnom sudu;
- ako sastav arbitražnog suda nije u skladu sa sporazumom stranaka, ili, u slučaju nepostojanja sporazuma, sa pravom mesta arbitraže;
- ako predmet spora nije podoban za arbitražno rešavanje prema pravu države koja je usvojila Model zakon; i
- ako je arbitražna odluka u suprotnosti sa javnim poretkom države koja je usvojila Model zakon.

Slični osnovi enumerisani su u odredbi čl. 36 Model zakona, koja predviđa razloge za odbijanje priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke. Ova pretežna podudarnost razloga za poništaj i odbijanje priznanja zapravo znači da ukoliko pozivanje na razloge za poništaj može biti uspešno u državi u kojoj je arbitražna odluka donesena, takva odluka neće biti podobna ni za izvršenje u bilo kojoj drugoj državi koja je svoje arbitražno zakonodavstvo prilagodila Model zakonu.

U cilju izbegavanja drastičnih posledica koje se odnose na potpuno eliminisanje domaćih arbitražnih odluka iz pravnog poretka, odredbom čl. 34 st. 4 Model zakona predviđena je mogućnost da stranke zahtevaju prekid postupka po tužbi za poništaj arbitražne odluke i vraćanje pravne stvari arbitražnom sudu da bi on sam mogao da otkloni nedostatke u pitanju. Na ovaj način može se izbeći poništaj arbitražne odluke i nužnost pokretanja novog arbitražnog postupka, a samim tim i gubici vremena i novca, kao i dalje pogoršanje odnosa među strankama.

Mogućnost isticanja zahteva za poništaj arbitražne odluke ograničava se odredbom čl. 4 Model zakona, prema kojoj se smatra da su se stranke odrekle prava na osporavanje arbitražne odluke iz razloga procesnih neregularnosti ako se ovo pravo ne vrši pravovremeno. Pretpostavljeno odricanje odnosi se isključivo na odredbe čl. 34 koje nisu imperativne, tj. odredbe o sposobnosti stranaka, nepravilnom sastavu arbitražnog suda i obuhvaćenosti odluke arbitražnim sporazumom. Zato je razumno zaključiti da Model zakon teži da uspostavi ravnotežu između legitimnih interesa stranaka na čiju je štetu arbitražna odluka donesena, kojima se pruža mogućnost iniciranja sudske kontrole arbitražne odluke, i inte-

resa uspešne stranke u čiju su korist predviđene odredbe o vraćanju stvari arbitražnom sudu i implicitnom odricanju od prava na isticanje proceduralnih neregularnosti, i koja se, na taj način, pošteduje gubitka vremena i novca. Ako je, pak, defekt u arbitražnoj odluci nemoguće otkloniti ili arbitražni sud ne uspe da ga otkloni sam, postupak pred državnim sudom određenim prema odredbi čl. 6 Model zakona biće nastavljen, pa može doći do poništaja arbitražne odluke.

KARAKTERISTIKE TUŽBE ZA PONIŠTAJ ARBITRAŽNE ODLUKE

Postupak sudske kontrole arbitražne odluke u kojem se odlučuje o njenom eliminisanju iz pravnog poretka zemlje kojoj ona pripada³ pokreće se tužbom za poništaj arbitražne odluke.⁴ Pravo na poništaj priznato je strankama arbitražnog postupka kao derivat ustavnih prava na pravnu zaštitu i pravni lek. Mogućnost pobijanja arbitražnih odluka pred državnim sudom donekle protivreči osnovnom principu da se arbitražno rešavanje sporova zasniva na volji stranaka.⁵ Ipak, vršenje ovlašćenja na podizanje tužbe za poništaj arbitražne odluke zavisi isključivo od volje stranke koja je nezadovoljna ishodom arbitraže, a državni sud ne može po službenoj dužnosti pokretati postupak kontrole, što praktično znači da volja stranaka zadržava ključni značaj i prilikom aktiviranja kontrole arbitražnih odluka u postupcima pred državnim sudovima.⁶ Stranke, međutim, ne mogu svojom dispozicijom uticati na postojanje mogućnosti pobijanja arbitražne odluke podizanjem tužbe pred državnim sudom tako što će ugovoriti pravo žalbe drugom arbitražnom sudu kojim će isključiti mogućnost pokretanja postupka pred državnim sudom ili odricanjem od prava na pobijanje.⁷

Sudovi jedne države mogu poništavati samo arbitražne odluke koje su donešene na teritoriji te države ili se iz drugih razloga smatraju domaćim,⁸ dok se kontrola stranih arbitražnih odluka vrši u postupku njihovog priznanja i izvršenja.

³ Za pravila o određivanju nacionalne pripadnosti arbitražne odluke videti Gašo Knežević, "Poništaj odluka spoljnotrgovinskih arbitraža i prethodna pitanja", *Spoljnotrgovinska arbitraža – stanje i perspektive*, Beograd, 1997, 239–262.

⁴ Poništaj arbitražne odluke regulisan je odredbama glave VIII Zakona o arbitraži RS.

⁵ O ovlašćenju državnih sudova da poništavaju odluke arbitražnih sudova u kontekstu procesa delokalizacije arbitraže videti Dejan Janićijević, "Delocalization in International Commercial Arbitration", *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, tom 3, br. 1, 2005, 68–69.

⁶ Tako i Boris Kandare, *Pobijanje arbitražne odluke*, doktorska disertacija, Zagreb, 1986, 12.

⁷ Videti Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, 707.

⁸ Prema Zakonu o arbitraži RS, domaćom arbitražnom odlukom smatra se ona odluka koja je donesena u unutrašnjoj ili međunarodnoj arbitraži u Republici (čl. 57 st. 2).

Tužba za poništaj odluke arbitražnog suda (arbitražne presude) je nesuspendivna, prekluzivna i ograničena vanredni pravni lek. Objekt pobijanja je arbitražna presuda, a razlozi su predviđeni zakonom. Za odlučivanje po ovom pravnom leku najčešće je nadležan državni sud čija je nadležnost arbitražnim sporazumom derogirana.

Tužba se podiže u određenom roku, koji u našem pravu iznosi tri meseca od dana dostavljanja arbitražne odluke strankama. Ako je jedna od stranaka istakla zahtev za ispravku, tumačenje ili dopunu odluke, tužba se može podići u roku od tri meseca od dana kada je odluka o ovim zahtevima dostavljena strankama.⁹

Tužba za poništaj arbitražne odluke je pravni lek koji je ograničen u pogledu subjekata koji je mogu podići, rokova, i razloga iz kojih se može napadati pravnosnažna arbitražna presuda. Sudska kontrola arbitražnih odluka može se vršiti samo u pogledu razloga taksativno enumerisanih u zakonu, koji sadržinski korespondiraju razlozima iz kojih se i stranoj arbitražnoj odluci može uskratiti priznanje i izvršenje.¹⁰ U postupku po ovom pravnom leku sud se ne upušta u ispitivanje arbitražne odluke u meritumu.

Nacionalne sisteme pobijanja arbitražnih odluka u postupcima pred državnim sudovima, pored određenih sličnosti, odlikuju i značajne razlike,¹¹ koje se, između ostalog, ispoljavaju i kroz listu razloga za pobijanje.

U našem pravu postupak za poništaj arbitražne odluke pred državnim sudom pokreće se tužbom koja ima konstitutivnu prirodu.¹² Tužilac mora imati pravni interes za podizanje ove tužbe i može tražiti poništaj arbitražne odluke u celosti ili delimično.

Tužba nema suspendivno dejstvo, tj. ne odlaže izvršenje arbitražne odluke, mada izvršni sud može, pod određenim uslovima, odložiti izvršenje.

Postupak po tužbi za poništaj arbitražne odluke ima samo jednu fazu – *judicium rescindens*, pa državni sud ne odlučuje o tužbenom zahtevu o kojem je odlučeno u arbitraži. Dakle, ovlašćenja suda koji postupa po tužbi za poništaj arbitražne odluke su isključivo kasatorna – ne i reformatorna. Sud može samo da poništi, ali ne i da preinači pobijanu arbitražnu odluku.

⁹ Zakon o arbitraži RS, čl. 59.

¹⁰ V. Gašo Knežević, "Pripadnost arbitražne odluke i njen poništaj", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2–3, Beograd, 1996, 79.

¹¹ Veliki broj nacionalnih sistema pobijanja arbitražnih odluka obradio je Boris Kandare, *Pobijanje arbitražnih odluka*, op. cit.

¹² V., S. Triva, V. Belajec, M. Dika, op. cit., i Miljenko Appio Giunio, "Mogućnost napadanja arbitražne odluke", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2–3, Zagreb, 2006, 777.

U postupku po tužbi za poništaj arbitražne odluke stranke su ograničene u disponiranju procesnim ovlašćenjima. Njima nije na raspolaganju mogućnost preduzimanja određenih procesnih radnji, kao što su poravnanje, odricanje od tužbenog zahteva i priznanje tužbenog zahteva. Isto tako, državni sud ne može doneti presudu na osnovu odricanja, presudu na osnovu priznanja ili presudu zbog propuštanja.

Presudom kojom usvaja tužbeni zahtev državni sud ukida arbitražnu odluku odlukom sa dejstvom *ex tunc*.¹³ S obzirom da se ne donosi nova odluka kao zamena za ukinutu, stranka koja ima pravni interes da se spor reši može da pokrene novi postupak pred arbitražnim ili državnim sudom.

RAZLOZI POBIJANJA ARBITRAŽNE ODLUKE TUŽBOM ZA PONIŠTAJ

U našem arbitražnom procesnom sistemu, prema Zakonu o arbitraži RS, pravnosnažna arbitražna odluka može se pobiti iz sledećih razloga:

- ako sporazum o arbitraži nije punovažan po pravu koje su stranke sporazumno odredile ili po pravu Republike ako se stranke nisu drukčije sporazumele;
- ako stranka protiv koje je arbitražna odluka doneta nije bila uredno obaveštena o imenovanju arbitra ili o arbitražnom postupku ili iz nekog drugog razloga nije mogla da iznese svoje stavove;
- ako je arbitražnom odlukom rešen spor koji nije bio obuhvaćen sporazumom o arbitraži ili su odlukom prekoračene granice tog sporazuma. Ako se utvrdi da se deo odluke kojim su prekoračene granice sporazuma o arbitraži može odvojiti od ostalog dela odluke, može da se poništi samo taj deo odluke;
- ako sastav arbitražnog suda ili arbitražni postupak nisu bili u skladu sa sporazumom o arbitraži, odnosno sa pravilima stalne arbitražne institucije kojoj je poverena organizacija arbitraže, osim ako taj sporazum nije u suprotnosti sa nekom odredbom zakona od čije primene stranke ne mogu odstupati ili, ako takvog sporazuma nema, ako sastav arbitražnog suda ili arbitražni postupak nisu bili u skladu sa odredbama zakona;
- ako se arbitražna odluka zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka ili se zasniva na falsifikovanoj ispravi ili je do odluke došlo usled krivičnog dela arbitra ili stranke, ako se ovi razlozi dokažu pravnosnažnom presudom;
- ako po pravu Republike predmet spora nije podoban za arbitražu, ili

¹³ O posledicama poništenja arbitražne odluke, naročito na sudbinu arbitražnog sporazuma, v. Siniša Triva, "Arbitražni ugovor nakon poništenja arbitražne odluke", *Pravni život*, br. 8–9, Beograd, 1983, 859–885.

– ako su dejstva odluke u suprotnosti sa javnim poretkom Republike.¹⁴

Krug razloga iz kojih se presuda arbitražnog suda može pobijati u gotovo svim pravnim sistemima tužbu za poništaj presude arbitražnog suda čine veoma restriktivnim pravnim lekom, što, u stvari, predstavlja izraz podrške nacionalnih pravnih poredaka arbitraži.

Kada je reč o mogućnosti stranaka da svojom voljom utiču na obim sudske kontrole arbitražnih odluka, uporednopravni pregled rešenja pokazuje da se pristupi zakonodavaca ovom pitanju međusobno razlikuju. Iako se načelno smatra da stranke nemaju mogućnost sužavanja kruga razloga iz kojih se arbitražna odluka može pobijati usled toga što propisi o osnovima pobijanja predstavljaju minimum obima državne kontrole, ima zemalja u kojima je ovakva opcija predviđena. Tako, na primer, Zakon o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske iz 1987. godine predviđa mogućnost da se stranke odreknu prava na osporavanje arbitražne odluke ili da suze krug razloga iz kojih se poništenje može tražiti, pod uslovom da nijedna od njih nema prebivalište, redovno boravište ili poslovno sedište u Švajcarskoj. U Belgiji je mogućnost sudske kontrole arbitražne odluke uslovljena postojanjem “relevantnih veza” barem jedne stranke arbitražnog postupka sa Belgijom, što znači da se ova mogućnost eliminiše ako nijedna od stranaka nema belgijsku nacionalnost.¹⁵

Na drugoj strani, od velikog značaja je i pitanje da li strankama stoji na raspolaganju mogućnost kontraktualnog proširenja obima sudske kontrole arbitražne odluke. Smatra se da ova mogućnost nije u skladu sa proarbitražnom politikom, budući da stvara nesigurnost, dezorijentaciju i ozbiljne probleme. Američki sudovi koji su se ovim pitanjem u više navrata bavili stali su na stanovište da se samo zakonom mogu predvideti osnovi pobijanja, da stranke nemaju ovlašćenje da proširuju ove osnove i da će se svaki sporazum stranaka kojim one to čine smatrati neizvršivim.¹⁶

PONIŠTAJ ARBITRAŽNE ODLUKE U PRAKSI

Sudovi velikog broja država povukli su jasnu liniju razgraničenja između postupka po tužbi za poništaj arbitražne odluke i postupka po žalbi u kojem se

¹⁴ Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006, čl. 58.

¹⁵ V. Tibor Varady, “On the Option of a Contractual Extension of Judicial Review of Arbitral Awards or: What is Actually Pro-Arbitration”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2–3, Zagreb, 2006, 461.

¹⁶ T. Varady, op. cit., 455–478, gde se analizira predmet 341 F 3d 987.

moгу ponovo izvoditi dokazi, a ispravnost odluke arbitražnog suda u meritumu preispitivati.¹⁷

Tome je razlog činjenica da arbitražni sud, umesto državnog suda, konačno rešava spor, te da ne predstavlja prvostepenu instancu.¹⁸

Prilikom objašnjavanja prirode procedure poništaja, jedan sud je zauzeo stav da "preispitivanje u postupku poništaja ima eksterni karakter, (...) tako da nadležni sud koji preispituje predmet samo odlučuje o formalnim svojstvima postupka i arbitražne odluke, ali ne može preispitivati odluku arbitražnog suda u meritumu."¹⁹

Štaviše, sudovi su redovno naglašavali da se radi o izuzetku, budući da državni sudovi u principu ne bi trebalo da intervenišu u pitanjima poverenim arbitražnim sudovima.²⁰ Razlog koji je naveo sud u Singapuru za ovu minimalnu sudsku intervenciju je "prepoznavanje prvenstva koje bi trebalo dati mehanizmu za rešavanje sporova za koji su se stranke izričito opredelile."²¹

Autonomija stranaka

U praksi, stranke nekada čine napore da se sporazumeju u vezi raspoloživih pravnih lekova protiv arbitražne odluke, bilo isključenjem, bilo modifikovanjem prava na pravno sredstvo. Ovim se postavlja pitanje autonomije stranaka po odredbi člana 34 Model zakona UNCITRAL-a da isključe ili ograniče pravo na tužbu za poništaj arbitražne odluke. Različite odluke sudova donošene su povodom mogućnosti isključenja ili modifikovanja prava na tužbu za poništaj arbitražne odluke.

Kanadski sud je našao da se stranke mogu saglasiti da isključe bilo koje pravo koje bi inače imale u pogledu poništaja arbitražne odluke, ali njihov sporazum ne sme biti protivan imperativnim propisima države u kojoj je prihvaćen Model

¹⁷ *Apa Insurance Co. Ltd. v. Chrysanthus Barnabas Okemo, Ltd, Sofia v. Tintoreria Paris, Cairo Court of Appeal, Egypt, 3 April 2007, case No. 123/119, <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/14068>.*

¹⁸ *Oberlandesgericht Karlsruhe, Germany, 10 Sch 01/07, 14 September 2007, <http://www.dis-arb.de/de/47/>.*

¹⁹ *Sofia v. Tintoreria Paris. Madrid Court of Appeal, Spain, Case No. 19/2006, 20. January 2006, <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/070220s4.html>.*

²⁰ *Quintette Coal Limited v. Nippon Steel Corp. et al., 1991 CanLII 5708 (BC CA), <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/1990/1990canlii2264/1990canlii2264.html>.*

²¹ *CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK, TBK [2011] SGCA 33, <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2011-sgca-33.pdf>.*

zakon, niti one mogu arbitražnom sudu poveriti ovlašćenja kojima se vređa javni poredak.²²

Na sličnim je pozicijama i sud na Novom Zelandu. Nakon što je ispoljio simpatije prema “ugovornim odredbama kojima se dalje ograničavaju osnovi poništenja, kao suplementima, a ne odstupanjima od odredbe člana 34”, sud je našao da se pravo na osporavanje odluke zbog povrede pravila prirodne pravde ne može isključiti.²³ Sud je dalje rezonovao da odricanje od pravnog leka u arbitražnim pravilima merodavnim za arbitražnu proceduru u datom predmetu nije obuhvatilo tužbu za poništaj, već se odnosilo na nemogućnost osporavanja odluke u meritumu.

Nešto restriktivniji stav imao je Vrhovni sud Indije. On je smatrao da isključenje ma kojeg pravnog sredstva protiv arbitražne odluke ne može biti punovažno. U Tunisu, Kasacioni sud je napravio razliku između arbitraža u kojima učestvuju stranke koje imaju svoja sedišta, domicile ili mesta poslovanja u Tunisu sa jedne strane, i onih koje nemaju, sa druge. Samo ove potonje mogu ugovorom isključiti pravo na poništaj arbitražne odluke. Ako obe stranke imaju svoja mesta poslovanja u Tunisu, takav sporazum biće ništav.²⁴

Čak i veće razlike postoje u pristupima koje su usvojili sudovi u pogledu pitanja da li i u kojoj meri stranke mogu modifikovati ili proširiti pravila o pravnim lekovima protiv arbitražne odluke i tako ograničiti njenu konačnost. Sud na Novom Zelandu je stava da zbog “ekskluzivnih uslova” odredbe člana 34, stranke ne mogu državnim sudovima davati veća ovlašćenja u pogledu kontrole arbitražne odluke.²⁵ Indijski Vrhovni sud, iz istog razloga, smatrao je ništavom klauzulu koja omogućava stranci nezadovoljnoj prvom arbitražnom odlukom donesenom u postupku pred indijskom arbitražnom institucijom da otpočne novi postupak u Londonu. Ovaj sud je mišljenja da stranke ne mogu osporavati validnost arbitražne presude u ma kojem drugom postupku, osim postupka za poništaj.²⁶

²² *Noble China Inc. v. Lei Kat Cheong*, (1998) 81 O.T.C. 1 (GD), <https://ca.vlex.com/vid/noble-china-inc-v-679727793>.

²³ *Methanex Motunui Ltd. v. Spellman and Bayerisches Oberstes Landesgericht*, <https://www.buildingdisputetribunal.co.nz/wp-content/uploads/2019/08/Methanex-Motunui-Ltd-v-Spellman-ID-25739.pdf>.

²⁴ Court of Cassation, Tunisia, 18 January 2007, case No. 4674.

²⁵ *Methanex Motunui Ltd. v. Spellman*, [2004] 1 NZLR 95, <https://www.nzdr.co.nz/wp-content/uploads/2019/11/Methanex-Motunui-Ltd-v-Spellman-ID-26266.pdf>.

²⁶ *M/S. Centrotrade Minerals & Metal. Inc. v. Hindustan Copper Ltd.*, <https://www.latest-laws.com/latest-caselaw/2020/june/2020-latest-caselaw-383-sc/>.

Dopuštenost osporavanja

Načelno razmatranje. – Odredba člana 34 bavi se dopuštenošću tužbe za poništaj arbitražne odluke, kao i primenljivim standardima dopuštenosti. U vezi dopuštenosti takvih tužbi, u Model zakonu nema odredaba vezanih za zahtevanu formu tužbe, njenu sadržinu ili prihvatljive dokaze. Ova pitanja regulisana su nacionalnim procesnim ili arbitražnim propisima. Tužbe koje nisu u skladu sa propisanim nacionalnim procesnim uslovima, najčešće će biti odbačene. Bugarski sud, na primer, odbacio je tužbu za poništaj arbitražne odluke kao nedopuštenu, pošto pismo poslato predsedniku bugarskog Vrhovnog suda nije podnesak koji ispunjava zahteve dopuštenosti tužbe za poništaj arbitražne odluke prema bugarskom pravu.²⁷ Isto tako, drugi sud je odbacio određene dokaze ponuđene u podnesku koji nije ispunjavao zahteve merodavnog prava.²⁸

Nemački Federalni sud pravde je zauzeo stav da se pitanje ispunjenosti formalnih uslova koje mora da ispuni tužba za poništaj arbitražne odluke mora ispitivati na inicijativu samog suda, bez obzira na to da li je neka od stranaka osporila dopuštenost tužbe.²⁹

Mesna Nadležnost za odlučivanje po tužbi za poništaj. – Obično se smatra da, saglasno odredbama člana 1(2), člana 6 i člana 34(2) Model zakona, sud ima nadležnost da odlučuje o poništaju arbitražne odluke prema odredbi člana 34 samo ako se mesto arbitraže nalazi u granicama područja (državne teritorije) tog suda.³⁰ Kada su se stranke saglasile da mesto arbitraže bude u određenoj državi, samo sudovi te države imaju nadležnost da odlučuju po tužbi za poništaj arbitražne odluke,³¹ čak i kada se sva ročišta za glavnu raspravu održe u nekoj drugoj zemlji.³² Ipak, ako se o mestu arbitraže stranke nisu sporazumele, niti ga je arbitražni sud odredio, smatraće se da sudovi efektivnog mesta arbitraže, tj. mesta gde su

²⁷ Supreme Court of Cassation, Bulgaria, Commercial Chamber, case No. 106 of 1 December 2009, http://www.vks.bg/vks_p10.htm.

²⁸ Baseline Architects Ltd. and others v. National Hospital Insurance Fund Board Management, <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/42217>.

²⁹ Bundesgerichtshof, Germany, III ZB 53/03, 27 May 2004, <https://isu.org/claudia-pechstein-case/2082-german-supreme-court-decision/file>.

³⁰ Oberlandesgericht Dusseldorf, Germany, 6 Sch 02/99, 23 March 2000, <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/930312g1.html>, and *PT Garuda Indonesia v. Birgen Air*, [2002] SGCA12, <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2002-sgca-12.pdf>.

³¹ Cairo Court of Appeal, Egypt, 16 January 2008, case No. 92/123.

³² *PT Garuda Indonesia v. Birgen Air*, op. cit.

sve relevantne arbitražne aktivnosti preduzete, ili ako se ovo mesto ne može odrediti, mesto poslednjeg ročišta za glavnu raspravu, imaju nadležnost prema odredbi člana 34 Model zakona.³³

Nasuprot tome, indijski sudovi preuzeli su nadležnost da odlučuju o poništaju arbitražne odluke donesene u postupku sprovedenom izvan Indije. Jedan od argumenata bio je da je u indijskim propisima kojima je usvojen Model zakon koji se odnose na domen primene propuštena odredba člana 1(2) da će se njegove odredbe primenjivati samo na arbitraže čije je mesto u Indiji.³⁴ U kasnijim odlukama sudovi su ipak usvojili nizak standard u pogledu pitanja da li su strane arbitraže čije je mesto izvan Indije, barem implicitno, isključile primenu Indijskog arbitražnog zakona.³⁵

Arbitražna odluka. – Tužba za poništaj, prema odredbi člana 34, dopuštena je protiv svih vrsta arbitražnih odluka, bilo da se njima definitivno okončava arbitražni postupak ili se konačno odlučuje o pojedinim zahtevima. To što je stranka pristala na donošenje odluke po određenim pravilima, ne onemogućava je da zahteva poništaj takve odluke. Zato su sudovi smatrali da u situacijama kada je odluka donesena po određenim pravilima, ali je izdejstvovana prevarom, ona može biti poništena.³⁶ Isto tako, posebne odluke o troškovima postupka mogu se preispitivati u postupku za poništaj.³⁷

Kontroverzno je pitanje da li je tužba za poništaj arbitražne odluke dopuštena protiv odluka kojima se rešavaju neka preliminarna pitanja. Za takve odluke ne postoji jedinstvena terminologija. One se obično nazivaju “međudlukama”, a nekada i “delimičnim odlukama.” Nemački sud smatrao je tužbu za poništaj nedopuštenom u slučaju kada je “delimičnom odlukom” utvrđena samo odgovornost tuženog za povredu ugovora, ali je utvrđivanje sume odštete ostavljeno za kasniji stadijum postupka. Ovaj sud je smatrao da je konačan ishod postupka

³³ Oberlandesgericht Dusseldorf, Germany, op. cit.

³⁴ Venture Global Engineering vs. Satyam Computer Services Ltd. & Another, <https://case-law.findlaw.com/us-6th-circuit/1644349.html>.

³⁵ Yograj Infrastructure Ltd. vs. Ssang Yong Engineering and Construction Co. Ltd. and Sakuma Exports Ltd. v. Louis Dreyfus Commodities Suisse S.A., <https://www.casemine.com/judgement/in/56e66824607dba6b53430f2b>.

³⁶ Bundesgerichtshof, Germany, III ZB 55/99, 2 November 2000, <http://www.disarb.org/en/47/datenbanken/rspr/bgh-case-no-iii-zb-55-99-date-2000-11-02-id2>.

³⁷ VV. and Another v. VW, [2008] SGHC 11, <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2008-sghc-11.pdf>.

ostao otvoren, jer je, bez obzira na utvrđenje odgovornosti, zahtev i dalje mogao biti odbijen ako se u postupku ne može utvrditi da je nastala šteta.³⁸

Drugačiji pristup usvojen je u dva predmeta pred sudovima u Kanadi. U prvom predmetu, tužba za poništaj bila je podignuta protiv “međudluke” kojom je arbitar utvrdio da su samo neki zahtevi osnovani. Za sud, relevantno pitanje za dopuštenost tužbe za poništaj bilo je da li je odluka arbitra bila konačna u pogledu merituma predmeta ili se radilo o procesnom nalogu ili neobavezujućoj odluci.³⁹ U drugom predmetu, tužba za poništaj bila je podignuta protiv odluke arbitražnog suda kojom je naloženo pribavljanje određenih dokumenata. Sud nije doveo u pitanje dopuštenost tužbe, ali je odbio tužbeni zahtev kao neosnovan, smatrajući da sud nije prekoračio svoja ovlašćenja donošenjem ovakve odluke.⁴⁰

Sudovi su smatrali da su tužbe za poništaj protiv procesnih naloga arbitražnog suda nedopuštene.⁴¹ Prema odluci suda u Tunisu, međudluka kojom se određuje privremena mera obezbeđenja ne predstavlja arbitražnu odluku u smislu odredbe člana 34, i da stoga tužba za poništaj takve odluke nije dopuštena.⁴² U drugom predmetu, sud je takođe smatrao da se nikakva tužba ne može podići protiv dela odluke kojom se preliminarno fiksiraju naknade arbitara.⁴³

Državni sud nema nadležnost prema odredbi člana 34 da poništi odluku koja ne predstavlja arbitražnu odluku u smislu Model zakona.⁴⁴ U jednom predmetu, smatrano je da odluka arbitražnog suda predstavlja arbitražnu odluku u ovom smislu ako ona obuhvata odluku o meritumu slučaja,⁴⁵ dok je u drugom predmetu navedeno da odluka arbitražnog suda može biti smatrana arbitražnom

³⁸ Oberlandesgericht Frankfurt, Germany, 26 Sch 20/06, 10 May 2007, <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>.

³⁹ The Gazette, Une division de Southam inc v. Rita Blondin et al., <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/dock-regi-eng.aspx?cas=27753&pedisable=true>.

⁴⁰ Endorecherche inc. v. Universite Laval, 2010 QCCA 232, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/11/30/swinging-the-pendulum-towards-arbitral-independence-a-growing-consensus-on-the-treatment-of-interim-orders-in-arbitral-proceedings-by-national-courts/?print=print>.

⁴¹ Oberlandesgericht Koln, Germany, 9 Sch 06/03, 3 June 2003 and The Gazette, Une division de Southam inc v. Rita Blondin et al., <http://www.disarb.org/en/47/datenbanken/rspr/olg-k%C3%B6ln-case-no-9-sch-6-03-date-2003-06-03-id351>.

⁴² Court of Appeal, Tunisia, 8 May 2001, case. No. 83.

⁴³ Court of Appeal, Amman, Jordan, 4 March 2009, No. 218/2008.

⁴⁴ Oberlandesgericht Koln, Germany, op. cit.

⁴⁵ Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 14 Sch 01/98, 4 September 1998, http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=4135&opac_view=2.

odlukom ako ispunjava formalne zahteve predviđene odredbom člana 31 Model zakona.⁴⁶

Ipak, u većem broju odluka, utvrđenje da odluka nije ispunila zahteve sadržane o odredbi člana 31 nije bilo dovoljno da se ustanovi neprimenljivost odredbe člana 34, već je pre smatrano mogućim osnovom poništenja arbitražne odluke.⁴⁷

Odluka o nadležnosti. – Različite sudske odluke donošene su povodom pitanja da li odluke arbitražnog suda kojima se odbija nadležnost mogu biti napadane tužbom za poništaj prema članu 34. Sud u Singapuru je smatrao da takve odluke arbitražnih sudova ne predstavljaju arbitražne odluke u smislu člana 34.⁴⁸ Nasuprot tome, nemački Federalni sud pravde došao je do suprotnog zaključka, barem u slučajevima kada je odluka o nadležnosti donesena u formi arbitražne odluke.⁴⁹ Ovim pitanjem bavili su se državni sudovi većeg broja zemalja (prema austrijskom pravu, pogrešno odbijanje nadležnosti predstavlja dodatni osnov za poništaj arbitražne odluke). Odredba nacionalnog propisa Austrije, koja korespondira odredbi člana 34(2)(a)(i) glasi: “Arbitražna odluka biće poništena ako: (1) punovažan arbitražni sporazum ne postoji ili je arbitražni sud odbio svoju nadležnost uprkos postojanju punovažnog arbitražnog sporazuma.”

Tužbe trećih lica. – Trećem licu, kao intervenijentu u arbitražnom postupku, dopušta se podizanje tužbe za poništaj arbitražne odluke ako su se stranke, barem prećutno, saglasile sa intervencijom i ako intervenijent ima pravni interes za ishod arbitražnog postupka.⁵⁰

Sud na Novom Zelandu, ipak, smatrao je da tužbu za poništaj arbitražne odluke mogu podići isključivo stranke arbitražnog postupka. Čak i ona treća lica koja imaju interes za ishod arbitražnog postupka ili koja bi taj ishod direktno pogodilo, nemaju procesnu legitimaciju za iniciranje postupka po tužbi za poništaj arbitražne odluke.⁵¹

⁴⁶ Oberlandesgericht Koln, Germany, op. cit.

⁴⁷ D. Frampton & Co. Ltd. v. Sylvio Thibeault and Navigation Harvey & Freres Inc. and Hanseatisches, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V93/855/96/IMG/V9385596.pdf?OpenElement>, Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 11 Sch 01/01, 8 June 2001, http://newyork-convention1958.org/index.php?lvl=authperso_see&id=75.

⁴⁸ PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank S.A., <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2006-sgca-41.pdf>.

⁴⁹ Bundesgerichtshof, Germany, III ZB 44/01, 6 June 2002, <https://lexetius.com/2002,1006>.

⁵⁰ Oberlandesgericht Stuttgart, Germany, 1 Sch 08/02, 16 July 2002, 1. http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=726.

⁵¹ Methanex Motunui Ltd. v. Spellman, op. cit.

Teret tvrđenja i teret dokazivanja. – U nekoliko predmeta sudovi su se bavili pitanjima tereta tvrđenja i tereta dokazivanja u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži. Kada je reč o teretu tvrđenja, neki sudovi su odlučili da na osnove za poništaj arbitražne odluke predviđene odredbom stava 2(b) člana 34 sud treba da pazi po službenoj dužnosti – *ex officio*⁵² i da se na njih može pozivati čak i nakon isteka rokova previđenih stavom (3).⁵³ U pogledu tereta dokazivanja, sudovi smatraju da prema odredbi stava (2), tužilac ima teret dokazivanja postojanja osnova po kojem se arbitražna odluka može poništiti.⁵⁴

ZAKLJUČAK

Procedura kojom Model zakon UNCITRAL-a omogućava strankama okončanog arbitražnog postupka da napadaju arbitražnu odluku iniciranjem postupka njenog poništaja snabdevena je instrumentima za sprečavanje zloupotreba. Odredbe o vraćanju pravne stvari arbitražnom sudu i implicitnom odricanju od određenih sredstava odbrane služe sprečavanju zloupotreba u postupku za poništenje arbitražne odluke. Međutim, s obzirom da ova pravila o primeni oba ova sredstva omogućavaju nastavljanje pokrenutog arbitražnog postupka i izbegavanje troškova pokretanja i vođenja novog, koristi od njihove primene umnogome prevazilaze sprečavanje zloupotreba postupka.

U uslovima sve složenije uvezanosti svih država sveta u mrežu međunarodnih trgovinskih odnosa, značaj međunarodne trgovinske arbitraže sve je veći, budući da se radi o metodu mnogo prikladnijem rešavanju sporova koji iz ovih odnosa nastaju. Njena primena opterećena je mnogobrojnim problemima, od kojih su naročito ozbiljni oni koji se odnose na osporavanje arbitražnih odluka, kojima je arbitražni postupak okončan meritornim rešenjem spora pošto u ovoj tački treba premostiti jaz između sfere privatnog pravosuđa i domena državne vlasti. Sa mnogima od ovih problema državni sudovi u velikom broju zemalja pokušali su, u mnogim slučajevima uspešno, da izađu na kraj. Zato je izgrađena veoma sadržajna sudska praksa, koja je prilično ujednačena, budući da je nastajala ne samo u različitim državama, već i u različitim pravnim tradicijama.

⁵² Bundesgerichtshof, Germany, III ZB 55/99, 2 November 2000, <https://lexetius.com/2000,2268>.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Re Corporation Transnational de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al., https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwje2pCesYHsAhX5DWMBHfQJDYUQFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fnewyorkconventi.on1958.org%2Fdoc_num.php%3Fexplnum_id%3D2009&usg=AOvVaw1TtClNMdogrVvHvyL2S2Am.

Prof. Dr. DEJAN JANIĆIJEVIĆ
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš
Prof. Dr. LJUBICA NIKOLIĆ
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

SETTING ASIDE OF ARBITRAL AWARDS ACCORDING
TO THE UNCITRAL MODEL LAW
– PRACTICAL PROBLEMS –

Summary

Within the realm of the ever more complexly intertwined world into the network of international trade relations, grows the significance of the international trade arbitration, as a method much better suited to the needs of the resolution of disputes that arise from these relationships. Its application is burdened with numerous problems, and particularly serious are those related to the challenge of the awards, by which the arbitral proceedings are finalized by resolving disputes on the merits – since at this point the abridgement should be made from the sphere of private judiciary towards the domain sanctioned by the mechanisms of states power. With many of these issues the courts in different states have already tried, some of them with success, to deal, and therefore, it has been developed a large body of court practice, which is rather harmonious, bearing in mind that it derives from judicial authorities that come, not only from different countries, but also from different legal traditions. Some of the most important problems, as well as the ways of their overcoming in different states, have occupied the attentions of the authors of this paper.

Key words: arbitration, recourse against the award, UNCITRAL Model Law, setting aside

Literatura

- Appio Giunio M., “Mogućnosti napadanja arbitražne odluke”, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2–3, 2006.
- Janićijević D., “Delocalization in International Commercial Arbitration”, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, tom 3, br. 1, 2005.
- Kandare B., “Pobijanje arbitražne odluke”, doktorska disertacija, Zagreb, 1986.
- Knežević G., “Poništaj odluka spoljnotrgovinskih arbitraža i prethodna pitanja”, *Spoljnotrgovinska arbitraža – stanje i perspektive*, Beograd, 1997.
- Knežević G., “Pripadnost arbitražne odluke i njen poništaj”, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2–3, 96.
- Musa K., “Tužba radi poništaja presude izbranog suda”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2–3, 2006.
- Triva S., Belajec V., Dika M. *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1986.

Triva S., "Arbitražni ugovor nakon poništenja arbitražne odluke", *Pravni život*, br. 8–9, 1983.

Varady T., "On the Option of a Contractual Extension of Judicial Review of Arbitral Awards or: What is Actually Pro-Arbitration", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2–3, 2006.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 14.09.2020.

Prihvaćen: 09.11.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

STEFAN ŠOKINJOV

ZABRANA NEPOŠTENE TRGOVAČKE PRAKSE U UGOVORNOM SISTEMU SNABDEVANJA POLJOPRIVREDNIM I PREHRAMBENIM PROIZVODIMA

U sektorima proizvodnje i prodaje poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda desili su se poslednjih dvadesetak godina strukturni poremećaji čija je posledica ukрупnjavanje preduzeća koja se bave distribucijom hrane (kao i druge robe široke potrošnje). Ova preduzeća su (u knjigovodstvenom značenju tog pojma) postala velika i time stekla znatnu pregovaračku moć koju su u početku koristili da od snabdevača kupuju robu po povoljnijim uslovima. Vremenom su prešli granice pravno dopuštene autonomije volje i počeli jednostrano preduzimati akte koji nisu u skladu sa dobrom trgovačkom praksom i protivni su načelima dobre vere, savesnosti i poštenja. U Evropskoj uniji su radi sprečavanja ovakvog tržišnog ponašanja velikih kupaca u bilateralnim odnosima sa snabdevačima, 2019. godine doneli Direktivu o nepoštenoj trgovačkoj praksi u tzv. lancima snabdevanja poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima. Direktivom je propisana zabrana za petnaest takvih praksi od kojih je za devet zabrana apsolutna (tzv. black list), dok je za šest praksi zabrana uslovna (tzv. grey list).

Ključne reči: nepoštena trgovačka praksa, ugovorni sistem snabdevanja, Evropska unija, tržišno pravo

U V O D

U maloprodaji robe široke potrošnje, u šta svakako spada i hrana, u većim urbanim sredinama, u kojima živi sve više ljudi, dominiraju prodavnice veli-

Prof. dr Stefan Šokinjov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: svarga@jura.kg.ac.rs.

kih razmera – tzv. megamarketi.¹ Megamarketi nisu izolovani privredni subjekti, već su, horizontalno gledano, do regionalnih, nacionalnih, pa čak i međunarodnih trgovačkih mreža. Vertikalno gledano, tj. od njive, štale, ribnjaka do trpeze, deo su velikih poslovnih sistema koji povezuju proizvodnju i potrošnju. U tim poslovnim sistemima preduzeća koja posluju kao megamarketi raspolažu najvećom tržišnom moći. S jedne strane su nasuprot mnoštvu fizičkih lica u vidu atomiziranih potrošača, a s druge strane stupaju u komercijalno-pravne odnose sa proizvođačima hrane od kojih su mnogi takođe fizička lica registrovani ili kao sesoska gazdinstva za proizvodnju poljoprivrednih ili samostalne zanatske radnje za proizvodnju prehrambenih proizvoda. Jasno je da i na jednom i na drugom kraju ovog proizvodno-potrošačkog lanca postoji neravnoteža tržišne, pa samim tim i pregovaračke moći. Neravnoteža pregovaračke moći znači da je ugovorna strana koja raspolaže nesrazmerno jačom pregovaračkom moći u stanju da od ugovorne strane čija je pregovaračka moć slaba izvuče višak vrednosti.² Sistematsko izvlačenje viška vrednosti od ekonomski slabijih tržišnih učesnika je dugoročno štetno i za životni standard i za tržište i za privredu i za društvo u celini.³

Što su tržišna snaga i pregovaračka moć nekog privrednog subjekta veći, to su tržišni učesnici mikro, male, pa čak i srednje tržišne snage ranjiviji. Kad su u pitanju potrošači, njihov ekonomski položaj štiti se potrošačkim pravom čiju bitnu komponentu čini zabrana nepoštene poslovne prakse. Kad su u pitanju snabdevači, ispostavilo se da postojeća pravna zaštita u okvirima ugovornog prava i prava konkurencije nije dovoljna. Preduzeća koja posluju kao megamarketi su na relevantnom geografskom tržištu u odnosu na snabdevače, po pravilu, u statusu oligopsona i predstavljaju neku vrstu vratara na ulazu na tržište.⁴ To snabdevače u velikoj meri čini zavisnim od velikih kupaca.

Problem izrazite neravnoteže pregovaračke moći u tržišnom segmentu snabdevanja poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima nadležni organi Evropske unije uočili su još u prvoj deceniji XXI veka. Inicijalno je razlog zabri-

¹ U trgovini na malo pretežno prehrambenim proizvodima trgovački formati klasifikuju se kao: hipermarket, supermarket, supereta, minimarket, diskontna prodavnica i klasična prodavnica sa pretežno prehrambenim asortimanom (Pravilnik o klasifikaciji trgovinskih formata, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 47/2011, čl. 3).

² "Monopsony and Buyer Power", *OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee*, DAF/COMP(2008)38, 9, u daljem tekstu: OECD publikacija.

³ Tema koja bi se mogla monografski obraditi.

⁴ OECD publikacija, op. cit., 11.

nutosti bio povećanje maloprodajnih cena hrane.⁵ Od septembra 2006. do februara 2007. godine cene poljoprivrednih proizvoda, a naročito pšenice, kukuruza, pirinča i mlečnih proizvoda u svetu su porasle za 70%.⁶ Iako je povećanje cena hrane posledica niza faktora,⁷ od kojih su neki sistemski, a neki privremeni, jedan od osnovnih razloga je sistematsko isisavanje viška vrednosti od proizvođača i prerađivača poljoprivrednih proizvoda. U početku niže nabavne cene omogućile su megamarketima da potrošačima robu ponude po nižim prodajnim cenama učinivši time male prodavnice nekonkurentnim što je rezultiralo njihovim istiskivanjem sa tržišta. U međuvremenu, snabdevači su ostajali bez sredstava za investicije i njihova ponuda je postajala slabija, što je uticalo na povećanje nabavnih cena. To se posledično odrazilo na povećanje maloprodajnih cena koje su u uslovima smanjene ponude s jedne i trajno pogoršane maloprodajne tržišne strukture s druge strane postale – tržišne tj. realne, prerastajući zbog toga u makroekonomski problem.⁸ Pošto se problem treba rešavati tamo gde je nastao, pažnja Evropske Komisije usmerena je na privredno-pravne odnose snabdevača (proizvođača poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda) i kupaca (velikih trgovinskih privrednih društava) odnosno na poslovnopravni položaj snabdevača u tzv. lancu snabdevanja odn., kako ćemo ga u ovom radu imenovati: ugovornom sistemu snabdevanja.⁹

Prvo obaveštenje povodom povećanja cena hrane Evropska Komisija dostavila je Evropskom parlamentu, Savetu, Ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona 20. maja 2005. godine. U obaveštenju je naglasila važnost: 1) praćenja cena hrane, 2) analiziranja uticaja spekulativnih poslova na cenu hrane i 3) ispitivanje funkcionisanja ugovornih sistema snabdevanja. Evropski Savet je za-

⁵ "A better functioning food supply chain in Europe", *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Brussels, 28.10.2009, COM(2009) 591, 2.

⁶ Cene živinskog mesa i jestivog ulja su takođe zabeležile veliko povećanje ("Tackling the challenge of rising food prices, Direction for EU action", *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Brussels, 20.05.2008, COM (2008) 321 final, 3), u daljem tekstu: Challenge of rising food prices dokument). Na tržištu EU u tom periodu cene pšenice su porasle 96%, a mlečnih proizvoda 30%.

⁷ Povećanje tražnje u rastućim ekonomijama kao što su kineska, brazilska i indijska i u vezi s tim izvozne restrikcije tradicionalnih izvoznika hrane, vremenske nepogode, nastavak smanjenja obradivog zemljišta itd.

⁸ Analize pokazuju da visoke cene hrane nisu privremeni fenomen, već konstantna pojava, barem na srednji rok (Challenge of rising prices dokument, op. cit., 6).

⁹ Faktori snabdevačke strane proizvodno–potrošačkog povezivanja su za povećanje maloprodajnih cena hrane značajniji nego faktori na strani potražnje (*Ibidem*, 4).

tražio od Komisije da nastavi monitoring i da ga o utvrđenim činjenicama obavesti do decembra. Komisija je to učinila i 9. decembra 2008. godine navedenim organima EU dostavila novo obaveštenje.¹⁰ Ovo Obaveštenje sadržalo je predloge mera koje je potrebno preduzeti kako bi se poboljšalo funkcionisanje ugovornih sistema snabdevanja poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima.¹¹

Sledeće Obaveštenje o cenama hrane i ugovornim sistemima snabdevanja poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima Komisija je nadležnim organima Evropske unije dostavila 28. oktobra 2009. godine.¹² U ovom Obaveštenju Komisija je zaključila da su osnovni uzroci poremećaja na tržištu poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda: slaba transparentnost tržišta hrane, nejednakost u pregovaračkoj moći učesnika na tom tržištu¹³ i preduzimanje antikonkurentskih aktivnosti. *Ovo je bilo prvi put da se u nekom dokumentu Evropske Komisije pominje nepoštena trgovačka praksa u tzv. lancima snabdevanja* (kao posledica neravnoteže pregovaračke moći).¹⁴ Nije od tada prošlo mnogo vremena da bi Komisija u Jedinstvenom tržišnom aktu od 13. aprila 2011. najavila preduzimanje aktivnosti na suzbijanju nepoštenih praksi u trgovačkopравnim odnosima, a prvi potez je bio formiranje tzv. *High-Level Group* kao institucionalnog okvira za proučavanje negativnih pojava u odnosima privrednopравnih subjekata u ugovornim sistemima snabdevanja.¹⁵

¹⁰ "Food prices in Europe", *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Brussels, 9.12.2008, COM(2008) 821 final.

¹¹ 1. Promocija konkurentnosti ugovornih sistema snabdevanja hranom, 2. Energična i koherentna primena prava konkurencije i potrošačkog prava na tržištu snabdevanja hranom, 3. Revizija nacionalnih i unitarnih pravnih propisa koji bi se pokazali problematičnim po funkcionisanje ugovornih sistema snabdevanja hranom i 4. Permanentno praćenje cena hrane i sistema snabdevanja s ciljem boljeg informisanja potrošača, subjekata javnog prava, kao i privrednopравnih subjekata.

¹² "A better functioning food supply chain in Europe", *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Brussels, 28.10.2009, COM(2009) 591.

¹³ Unutar ugovornog sistema snabdevanja hranom, značajna neravnoteža u pregovaračkoj moći predstavlja opštu pojavu koja izaziva ozbiljnu zabrinutost (*Ibidem*, 5).

¹⁴ Asimetrija u pregovaračkoj moći može voditi nepoštenim trgovačkim praksama kao što su: kašnjenje isplate, jednostrane ili ad hoc promene ugovora, plaćanje naknada na ime ulaska na tržište i dr. (*Ibidem*, 5).

¹⁵ "Twelve levers to boost growth and strengthen confidence: Working together to create new growth", *Single Market Act*, COM(2011) 206, Brussels 13.04.2011, 11. U vezi s ovim (formiranje *High-Level Group*) moramo ukazati na to da iz drugog dokumenta Komisije (*Green Paper* – vidi sledeću fusnotu u ovom radu) saznajemo kako je već 2010. osnovan tzv. *High-Level Forum* za bolje funkcionisanje ugovornih sistema distribucije hranom, što bi trebalo da znači da su prvi koraci na suzbijanju nepoštenih trgovačkih praksi ipak već bili preduzeti godinu dana pre nego što je za tako

Rezultat rada koji se paralelno obavljao u okviru *High-Level Forum*-a i Evropske Komisije rezultirao je time što je krajem januara 2013. godine izdata tzv. zelena knjiga (*Green Paper*) – svojevrsna studija o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među privrednim subjektima u ugovornim sistemima snabdevanja uopšte (dakle bez ograničenja na poljoprivredne i prehrambene proizvode).¹⁶ Tzv. *green paper* je u pravu Evropske unije, generalno, dokument čija je namena postavljanje osnova za sprovođenje javne rasprave o pravnom regulisanju pitanja koje je predmet zelene knjige. Obično je rezultat tih rasprava dat u tzv. beloj knjizi (*white paper*). Ovog puta Komisija je konkretne predloge za rešavanje problema nepoštene trgovačke prakse u ugovornim sistemima snabdevanja iznela u Obaveštenju od 15. jula 2014. godine.¹⁷ Interesantno je da se tim predlozima još uvek ne predviđa preduzimanje legislativnih aktivnosti na evropskom nivou. Takav predlog – za pravno uređenje trgovačkopravnih odnosa radi suzbijanja nepoštene trgovačke prakse na nivou Evropske unije – dat je tek u Rezoluciji Evropskog Parlamenta od 7. juna 2016. godine,¹⁸ a kojoj rezoluciji su prethodila dva izveštaja i to Evropske Komisije¹⁹ i Komiteta za unutrašnje tržište i zaštitu potrošača.²⁰ Rezultat tog predloga je izrada i usvajanje Direktive EU o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima između preduzeća u ugovornim sistemima snabdevanja poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima,²¹ a čija je sadržina predmet ovog rada. No, pre nego što naučnoj i stručnoj javnosti budemo predložili normativna reše-

nešto u Jedinstvenom tržišnom aktu obelodanjena inicijativa (ako ćemo krajnje precizno, *High-Level Forum* osnovan je Odlukom Komisije od 30. jula 2010. godine).

¹⁶ *Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe*, European Commission, Brussels 31.01.2013, COM(2013) 37 final.

¹⁷ “Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain”, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Strasbourg, 15.07.2014, COM(2014) 472 final.

¹⁸ *European Parliament Resolution of 7th June 2016 on unfair trading practices in the food supply chain* (2015/2065 (INI)), P8_TA (2016)0250, tač. 31.

¹⁹ *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on unfair business-to-business trading practices in the food supply chain*, Brussels, 29.01.2016 COM(2016) 32 final.

²⁰ *Report from the Committee on the Internal Market and Consumer Protection on unfair trading practices in the food supply chain of 04th May 2016* (2015/2065(INI)), A8-0173/2016. Ovaj izveštaj sadrži predlog kojim se Evropskom parlamentu predlaže usvajanje Rezolucije o nepoštenim trgovačkim praksama u ugovornim sistemima snabdevanja hranom.

²¹ *Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17th April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain*, OJ L 111 of 25.4.2019.

nja Evropske unije za suzbijanje nepoštene trgovačke prakse u ugovornim sistemima snabdevanja hranom, obradićemo pojam ugovornih sistema snabdevanja.

POJAM UGOVORNOG SISTEMA SNABDEVANJA

Za ugovorne sisteme snabdevanja u domaćoj ekonomskoj literaturi koristi se izraz lanac snabdevanja. Lanac snabdevanja je bukvalni prevod engleskog izraza *supply chain*. Tragajući za izrazom kojim bi na našem jeziku bolje imenovao ovaj ekonomski i tržišni fenomen, opredelili smo se za reč sistem snabdevanja. Naime primetili smo da se u brojnim definicijama lanca snabdevanja ovaj, potpuno opravdano, definiše kao sistem.²² S aspekta pravnog položaja privrednih organizacija, sistem snabdevanja može biti dvojak: ugovorni i statusni. Statusni sistemi snabdevanja su oblici vertikalne integracije, nalik na poljoprivredno-prehrambene kombinata koji su u nekim srećnijim vremenima na ovim prostorima poslovali kao složene organizacije udruženog rada, a čiji koncept podrazumeva potpuno vlasništvo ili bar kontrolu nad organizacionim jedinicama u sektorima otkupa sirovina, proizvodnje, transporta, prerade, pakovanja i maloprodaje.²³ S obzirom na formalnopravnu nesamostalnost tih organizacionih jedinica prema njima se u okviru statusnog sistema snabdevanja ne mogu preduzimati akti nepoštene trgovačke prakse. Stoga su predmet ovog razmatranja sistemi snabdevanja u kojima su privredni subjekti koji posluju u različitim privrednim sektorima formalnopravno samostalni i među kojima se trgovinskopravni odnosi uspostavljaju ugovorima. Upravo imajući u vidu tu činjenicu da je pravni osnov poslovnog povezivanja ovih privrednopravnih subjekata ugovor, to smo te sisteme snabdevanja nazvali ugovornim sistemima snabdevanja.

U ekonomskoj literaturi nalazimo na brojne definicije ugovornih sistema snabdevanja. Tako se ugovorni sistem snabdevanja definiše kao: logistička povezanost dobavljača sirovina, proizvodnih centara, skladišta, distributivnih centara

²² "Prema Stevens-u (1989) lanac snabdevanja predstavlja sistem čiji su sastavni delovi snabdevači materijala, proizvodni objekti, distributivne službe i korisnici, povezani zajedno preko toka materijala i povratnog toka informacija" (Jelena Vlajić, Milorad Vidović, Momčilo Miljuš, "Lanci snabdevanja – definisanje i performanse", *The International Journal of Transport & Logistics*, br. 9, 2005, 91). "Min i Zhou (2002) posmatraju lanac snabdevanja kao integrisani sistem koji sinhronizuje niz međuzavisnih poslovnih procesa"... (*Ibidem*, 93). Osnovni cilj svakog lanca snabdevanja jeste maksimizacija ukupne vrednosti kako za sve članice sistema snabdevanja, tako i za krajnjeg korisnika proizvoda – finalnog potrošača (Slobodan Aćimović, "Razumevanje lanca snabdevanja", *Economic Annals*, br. 170, 2006, 86).

²³ Što je veći stepen integracije između učesnika u sistemu snabdevanja to je veća profitabilnost tog sistema. *Ibidem*, 83.

i maloprodajnih objekata,²⁴ nesmetani tok dobara od izvora sirovina do finalnog potrošača čiji je cilj kreiranje što veće vrednosti za finalnog kupca, po prihvatljivim troškovima,²⁵ mreža organizacija koje su povezane dvosmernim vezama, različitim procesima i aktivnostima radi stvaranja vrednosti u obliku proizvoda i usluga za krajnjeg korisnika,²⁶ integrisani proces u kome se nalaze brojni poslovni entiteti (kao što su snabdevači, proizvođači, distributeri i trgovci) koji rade zajedno u cilju da: (1) nabavljaju sirovine, (2) pretvaraju te sirovine u gotove proizvode i (3) isporučuju ove gotove proizvode trgovcima,²⁷ niz od tri ili više entiteta (organizacionih ili pojedinačnih) koji su direktno uključeni u dvosmerne tokove proizvoda, usluga, finansija i/ili informacija od izvorišta do korisnika,²⁸ mreža objekata (skladišta, fabrika, terminala, luka, maloprodajnih objekata i domaćinstava), transportnih sredstava (kamiona, vozova, aviona i okeanskih plovila) i logističkih informacionih sistema koji su povezani preko snabdevačevih snabdevača i korisnikovih korisnika,²⁹ sekventno povezane organizacije, kao i aktivnosti, uključene u kreiranje i omogućavanje dostupnosti proizvoda klijentima,³⁰ celokupni tok proizvoda i informacija od izvora materijala do isporuke krajnjim potrošačima,³¹ mreža preduzeća uključenih u raznovrsne, ali međusobno povezane procese i aktivnosti, koji kreiraju vrednost u formi proizvoda i usluga prilagođenih potrebama ciljnog tržišta.³²

Kao što iz ovih definicija možemo da vidimo, reč je o skupu međusobno povezanih subjekata prava koji u okviru kompletnog proizvodno-prodajnog ciklusa (*end-to-end*) obavljaju posao za koji su registrovani. Zašto subjekti ugovornog sistema snabdevanja pristaju da posluju u takvom poslovnom formatu? Šta ih motiviše? Kakve se koristi ostvaruju poslovanjem u okviru ugovornog sistema snabdevanja? Odgovor je u sinergiji odnosno stvaranju veće vrednosti od vrednosti koja bi bila stvorena obavljanjem istih tih poslova van sistema snabdevanja.

²⁴ *Ibidem*, 79.

²⁵ *Ibidem*, 82. Misli se na kreiranje vrednosti koja je veća od vrednosti koja bi se stvorila poslovanjem van ugovornog sistema snabdevanja.

²⁶ J. Vlajić i dr., op. cit., 92.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, 93.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Goran Milovanović, Nada Barac, Aleksandra Anđelković, "Logistika, menadžment lanca snabdevanja i konceptualne perspektive njihovih odnosa", *Ekonomске teme*, br. 3, 2011, 341.

³¹ Nada Barac, Marija Anđelković Pešić, Aleksandra Anđelković, "Analiza odnosa među učesnicima lanca snabdevanja u jugoistočnoj Srbiji", *Teme* br. 1, 2013, 243.

³² *Ibidem*, 244.

“U slučaju kada preduzeće već ima uspostavljenu saradnju sa dobavljačima, proces pregovaranja i zaključivanja ugovora značajno je pojednostavljen i, što je jednako važno, realizuje se brže i uz niže troškove... S druge strane, saradnja omogućava bržu obradu dokumenata, preciznije izveštavanje, te doprinosi i povećanju efikasnosti nabavke.”³³ Najprostije rečeno, u ugovornom sistemu snabdevanja dobavljačima se obezbeđuje siguran plasman, a kupcima uredna snabdevenost. Takva sigurnost u poslovanju je osnova za postizanje tržišnog preimućstva u odnosu na konkurente koji ne posluju u okviru ugovornog sistema snabdevanja. Ili bi barem trebala biti. No, krenimo iz početka.

Za ugovorne sisteme snabdevanja se tvrdi da su relativno nova tržišna pojava. Sam termin je u leksikone menadžmenta unešen tek ranih 80-tih godina XX veka.³⁴ Što se tiče termina, ne bismo osporavali njegovu novost, ali aktivnosti snabdevanja su veoma stare i sežu u antičko doba gde ih povežujemo sa ratovanjem, odnosno snabdevanjem vojske hranom, vojnom opremom i drugim potrebštinama. U poslovnom pak smislu, smatra se da je prvi ugovorni sistem snabdevanja krajem XIX veka organizovao *Ford Motor Company* formiranjem sistema ugovornih odnosa sa dobavljačima delova za sklapanje čuvenog modela T.³⁵ Od tada pa do danas sistem snabdevanja se razvijao i tokom razvojnog procesa pretrpeo znatne promene, pogotovo u poslednjim godinama XX i početkom XXI veka.

U tom smislu, dakle istorijski gledano, možemo razlikovati tradicionalne i moderne ugovorne sisteme snabdevanja. Kao što možemo da vidimo, u početku je sistem snabdevanja organizovao proizvođač, dok danas to čini kupac pa se ugovorni sistem snabdevanja koji je organizovala kompanija *Wall-Mart* danas smatra najprestižnijim na svetu.³⁶ Tradicionalni ugovorni sistemi snabdevanja poslovali su u uslovima slabe konkurencije i uglavnom na domaćem tržištu. Asortiman je bio siromašniji, skromniji, a životni vek proizvoda relativno dug. Tradicionalni sistem se dalje karakterisao mnoštvom dobavljača, velikim zalihama, sporijim transportom, ručnom obradom podataka i obimnom “papirologijom”. Preduzeća su strateški bila proizvodno orijentisana, a upravljanje sistemom hijerarhijski orga-

³³ N. Barac i dr., op. cit., 244.

³⁴ *Ibidem*, 243.

³⁵ S. Aćimović, op. cit., 71. Tako je poslovala i kragujevačka “Zastava”.

³⁶ ...”jer je dokazala (kompanija prim. aut.) da može da izgradi globalne mreže dobavljača, skladišta i prodavaca na malo koje funkcionišu gotovo ’kao jedna firma sa protokom informacija u realnom vremenu” (G. Milovanović i dr., op. cit., 343).

nizovano. Moderni sistemi snabdevanja posluju u uslovima oštrem konkurencije i globalno su orijentisani. Asortiman je mnogo širi, ali je životni vek proizvoda danas mnogo kraći. Moderan ugovorni sistem snabdevanja čini manje, ali zato, pažljivo selektovanih dobavljača. Nivo usluga je ostao visok, ali su smanjene zalihe. Logistika je efikasnija, a vreme dostavljanja kraće. Podaci se kompjuterski obrađuju i prosleđuju, odnosno razmenjuju u elektronskoj formi. Savremeni ugovorni sistemi snabdevanja su orijentisani na tržište, a menadžment je mrežni.

Pored tehnološkog razvoja, pogotovo informaciono-komunikacionih tehnologija i globalizacije, promena koja je najznačajnije uticala na funkcionisanje savremenih ugovornih sistema snabdevanja je koncentracija kapitala u sektoru distributivnih trgovinskih usluga putem koje su kupci izrasli u velika preduzeća znatne tržišne moći. Koncentracija kapitala je na nekim tržištima bila toliko izražena da je trgovinsko privredno društvo na njima ostalo jedini kupac i počelo da posluje kao monopson. Ovim je ostvarena prevaga tržišne moći na strani kupaca i istovremeno neravnoteža pregovaračke moći u sistemu snabdevanja. Zašto je to važno? Bitno je zbog toga što je ugovorni sistem snabdevanja izuzetno složeni privredni sistem koga čine: (1) fizički tokovi materijala, (2) tokovi informacija, (3) tokovi opreme, finansijskih i ljudskih resursa i, što je veoma bitno, (4) tokovi nepipljivih resursa kao što su odnosi između kompanija.³⁷ Ovo poslednje je bitno zbog toga što "umrežavanje preduzeća ne znači puno bez izgradnje dugoročnih partnerskih odnosa."³⁸ Zbog neravnoteže pregovaračke moći, ne bivaju svi partneri u ugovornom sistemu snabdevanja jednako zadovoljni.³⁹

Naime, mala i srednja preduzeća imaju utisak da su u odnosu na velika preduzeća podređeni članovi sistema snabdevanja,⁴⁰ te da su odnosi u sistemu snabdevanja bazirani na moći⁴¹ odnosno da pri definisanju elemenata ugovora glavnu reč vode veliki maloprodajni lanci.⁴² Drugim rečima, "smatra se da sektori koji imaju veći stepen koncentracije vode cenovnu politiku koja im omogućuje ostvarivanje profita na račun ostalih učesnika lanca."⁴³ Problem je što se kupci nisu

³⁷ *Ibidem*, 342-343.

³⁸ N. Barac i dr., op. cit., 241.

³⁹ *Ibidem*, 254.

⁴⁰ *Ibidem*, 252.

⁴¹ *Ibidem*, 251.

⁴² *Ibidem*, 248. Pomenuti autori na str. 246 navode da na fikasnost odnosa u ugovornom sistemu snabdevanja utiču: razmena informacija, poverenje i otvorenost, koordinacija i planiranje, podela rizika, formulisanje zajedničkih ciljeva i kompatibilnost korporativnih filozofija.

⁴³ Marija Jeremić, Stanislav Zekić, Bojan Matkovski, "Asimetrična transmisija cena u lancu snabdevanja", *Agroekonomika*, br. 78, 2018, 59. Pomenuti autori su zaključili da privredni subjekti iz

zaustavili samo na tome, već su počeli jednostrano preduzimati akte kojima se znatno odstupa od dobre poslovne prakse i koji su suprotni načelima dobre vere, savesnosti i poštenja. Tako se u Izveštaju o funkcionisanju sistema snabdevanja tekstilom i odećom na jedinstvenom tržištu iz 2007. godine ukazuje da je u poslovnim odnosima između učesnika sistema uočeno preduzimanje devet vidova nepoštenih trgovačkih praksi, između ostalog: automatska naplata troškova promocije, kašnjenje u plaćanju, vraćanje neprodane robe, iznenadni prekid poslovnog odnosa, neovlašćeno iskorišćavanje inovativnih ideja inkorporiranih u uzorcima.⁴⁴

U istrazi sistema snabdevanja voćem i povrćem sprovedenoj 2008. godine u Velikoj Britaniji Komisija za zaštitu konkurencije identifikovala je 52 poslovne aktivnosti od kojih 26 imaju ozbiljan potencijal za izazivanje nesigurnosti kod dobavljača u vezi sa prihodima i troškovima.⁴⁵ U izveštaju irskog parlamentarnog komiteta navodi se da su trgovci na malo u sistemima snabdevanja skloni ozbiljnim vidovima nedoličnog ponašanja prema dobavljačima i to počev od zastrašivanja pa do preduzimanja protivzakonitih trgovačkih praksi.⁴⁶ Organi Evropske unije su reagovali i radi suzbijanja ovakvih pojava na jedinstvenom tržištu 17. aprila 2019. usvojili Direktivu o nepoštenim trgovačkim praksama u odnosima među preduzećima u ugovornom sistemu snabdevanja poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima (dalje u tekstu: Direktiva).⁴⁷ Pa da vidimo kakva normativna rešenja sadrži ova direktiva.

DIREKTIVA

Personalni domašaj Direktive

Direktiva se primenjuje na nepoštene trgovačke prakse u vezi sa prodajom poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda od strane:

sektora sa visokim nivoom tržišne koncentracije, kao što su sektor prerade i maloprodaje, na poljoprivredne proizvođače u većoj meri prenose pad, nego rast cena. To bi se moglo protumačiti tako da u slučaju povećanja ponude kupci mnogo brže i više snižavaju nabavne cene, no što pristaju na njihovo povećanje u slučaju rasta prodajnih cena usled veće potražnje ili manje ponude.

⁴⁴ *Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe*, European Commission, Brussels 31.01.2013, COM(2013) 37 final, 5.

⁴⁵ *Ibidem*, 7.

⁴⁶ *Ibidem*, 8.

⁴⁷ V. fusnotu br. 21.

- (a) snabdevača čiji godišnji promet ne premašuje 2.000.000 evra kupcu⁴⁸ čiji godišnji promet premašuje 2.000.000 evra;
- (b) snabdevača čiji je godišnji promet viši od 2.000.000 evra, ali ne premašuje 10.000.000 evra kupcu čiji je godišnji promet viši od 10.000.000 evra;
- (c) snabdevača čiji je godišnji promet viši od 10.000.000 evra, ali ne premašuje 50.000.000 evra kupcu čiji godišnji promet premašuje 50.000.000 evra;
- (d) snabdevača čiji je godišnji promet viši od 50.000.000 evra, ali ne premašuje 150.000.000 evra kupcu čiji godišnji promet premašuje 150.000.000 evra i
- (e) snabdevača čiji je godišnji promet viši od 150.000.000 evra, ali ne premašuje 350.000.000 evra kupcu čiji godišnji promet premašuje 350.000.000 evra.⁴⁹

Ukoliko je kupac organ uprave ili neki drugi javnopravni subjekt, onda se Direktiva, pod uslovom da godišnji promet snabdevača ne premašuje 350 miliona evra, odnosi na sve ugovore o prodaji.⁵⁰ Da bi se Direktiva mogla primeniti na konkretan ugovornopravni odnos, barem jedna ugovorna strana mora imati sedište na teritoriji Evropske unije.

⁴⁸ Pod kupcem se osim pojedinačnih preduzetnika i privrednih društava, podrazumevaju i grupe privrednih subjekata – tzv. alijanse kupaca (Direktiva, čl. 2(1) tač. 2).

⁴⁹ Direktiva, čl. 1(2). Direktivom se isključivo regulišu privredno-pravni odnosi, odnosno odnosi između pravnih subjekata koji se bave obavljanjem privrednih delatnosti (*business-to-business*). Direktiva se ne primenjuje na ugovorne odnose prodavaca i potrošača (krajnjih kupaca). Posebno pitanje je da li je ovako određena srazmera prometa valjana normativno rešenje. Nesporno je da se Direktivom želi sprečiti praksa koja bi se preduzela od strane trgovca koji raspolaže znatno većom pregovaračkom moći od snabdevača. Problem u zaštiti snabdevača može nastati kada kupac jednostrano nametne dodatne novčane obaveze snabdevaču ili na njega prenese rizik, ali ovaj iako su u pogledu odnosa prometa ispunjeni uslovi za zabranu nepoštene trgovačke prakse ne zatraži pravnu zaštitu nego prenese troškove i rizik na njegovog snabdevača koji se nalazi uzlazno u sistemu snabdevanja pri čemu između njih ne postoji tolika asimetrija u godišnjem prometu i ne postoji mogućnost za snabdevačevog snabdevača da se od takve prakse zaštiti po odredbama ove Direktive (v. više Fabrizio Cafaggi, Paola Iamiceli, “Unfair Trading Practices in food supply chains. Regulatory responses and institutional alternatives in the light of the new EU Directive”, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=3380355>, 8/9, 01.06.2020. godine). Drugim rečima, mana ove direktive je u tome što jedna te ista trgovačka praksa može biti zabranjena i biti van zabrane, a sve u zavisnosti od odnosa godišnjeg prometa kupca i snabdevača.

⁵⁰ Ovim se otklanja nemogućnost pravne zaštite snabdevača u odnosu na javnopravne subjekte po odredbama antimonopolskog prava jer je i pored toga što je u slučaju FENIN utvrđeno kašnjenje od 557 dana za isporuku medicinske opreme i materijala, te zahtevanje finansiranja proslave godišnjice bolnice i kupovine stare opreme kao uslova za dobijanje novog posla, tužba je odbijena zato što se tuženi javnopravni subjekt nije smatrao preduzećem (o slučaju FENIN v. više Victoria Daskalova, “The new Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, br. 5, 2019, 286-287).

Nepoštene trgovačke prakse čija je zabrana apsolutna

U Direktivi se navodi devet trgovačkih aktivnosti čije preduzimanje od strane kupca podleže apsolutnoj zabrani.⁵¹ To su: (1) kašnjenje s plaćanjem cene, (2) otkaz narudžbe u neprimereno kratkom roku, (3) jednostrana promena ugovornih uslova, (4) zahtevanje plaćanja koja nisu povezana sa prodajom poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda, (5) obavezivanje snabdevača da plati propadanje ili gubitak robe nastao nakon što je kupac bez prigovora preuzeo isporuku, (6) odbijanje da u pisanoj formi potvrdi sadržinu sporazuma, (7) nezakonito pribavljanje, korišćenje ili otkrivanje poslovnih tajni snabdevača, (8) pretnja merama komercijalne odmazde, (9) zahtevanje od snabdevača da snosi troškove provere pritužbi od strane potrošača.

Jedna od najnepoštenijih radnji kupca je neprimereno odugovlačenje sa isplatom cene. Direktivom se stoga propisuju rokovi isplate. Dužina ovih rokova zavisi od dve osnovne okolnosti i to: da li je reč o trajnom odnosu snabdevanja i da li je u pitanju kvarljiva roba. Nesporno je da u svakom slučaju, bez obzira što je ugovoreni ili razumni rok za isplatu cene istekao, obaveza plaćanja nastaje samo ako je isporuka izvršena. Drugim rečima, ako dogovorena isporuka nije izvršena, kupac koji u fiksno ugovorenom ili razumnom roku nije izvršio isplatu ne čini delo nepoštene trgovačke prakse.

Kvarljivu robu čine poljoprivredni i prehrambeni proizvodi koji postaju neprikladni za prodaju nakon što od berbe, proizvodnje ili prerade protekne 30 dana. Rok za plaćanje cene za isporuku kvarljive robe je 30 dana. Ukoliko je predmet ugovora roba koja nije lako kvarljiva, rok za isplatu cene je 60 dana. Okolnosti od kojih se počinje računati rok za plaćanje cene su različite zavisno od toga da li je ugovorena redovna ili *ad hoc* isporuka. U slučajevima *ad hoc* isporuke poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda, početak roka za isplatu cene se računa ili od datuma izvršene isporuke ili od datuma kada su ugovorne strane odredile visinu cene za predmetnu isporuku. U slučaju redovne isporuke, plaćanje cene se, pošto je u pitanju trajni poslovni odnos, vrši periodično, a ne nakon svake pojedinačne isporuke. Dogovoreni period isporuke ne sme biti duži od mesec dana, a rok za plaćanje počinje da teče ili od dana kad je isteklo razdoblje isporuke ili od dana kada je određena cena robe za dato razdoblje. Naime, cena robe ne mora biti određena u momentu isporuke, odnosno prvog dana dogovorenog razdoblja isporuke. Opravdanih razloga može biti više. Moguće je da je ugovor o prodaji (npr. jagoda) zaključen (u npr. januaru što je) mnogo pre nego što se znala tržišna

⁵¹ To znači da se ni ugovorne strane ne mogu sporazumeti drugačije (Direktiva, tač. 1. i 16. Preambule).

cena robe u momentu isporuke (npr. 25. maja). Takođe je moguće da se do isteka razdoblja isporuke izvrši više sukcesivnih isporuka, pri čemu je cenu nemoguće odrediti dok se ne utvrdi ukupna količina robe koja je u tom periodu isporučena. Imajući sve ovo u vidu, istek rokova za plaćanje može biti različit, zavisno od toga od koje se propisane okolnosti računa početak roka. U takvim slučajevima, rok za plaćanje je onaj koji ističe kasnije.

Pošto rokovi za plaćanje mogu početi da teku od dana određenja cene, a kako bi se sprečilo da kupac izigrava pravo odugovlačeći određivanje cene do u nedogled, Direktivom je predviđeno da, kada je ugovorom predviđeno da cenu određuje kupac, rokovi plaćanja počinju teći od dana kad je izvršena *ad hoc* isporuka, odnosno od isteka dogovorenog razdoblja redovne isporuke.

Odredbe o maksimalnim rokovima plaćanja cene ne primenjuju se u slučajevima kada se redovna isporuka poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda vrši školama i javnim službama u oblasti zdravstvene zaštite. Isto važi i kad je predmet ugovora redovna isporuka grožđa ili šire za pravljenje vina ako su ispunjena dva kumulativna uslova i to: (a) da se na prodaju grožđa ili šire za pravljenje vina neposrednim kupcima primenjuju posebni uslovi plaćanja, te da su pomenuti uslovi plaćanja sadržani u standardnim ugovorima koje je država članica učinila obaveznim i (b) da se radi o višegodišnjim ugovorima.

Kupac može snabdevaču naneti nenadoknadivu štetu u slučaju otkaza narudžbe u neprimerenom roku. Rok kraći od 30 dana za lako kvarljive poljoprivredne i prehrambene proizvode uvek se smatra neprimerenim. Za pojedine vrste poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda mogu se nacionalnim pravom propisati i kraći rokovi nakon kojih se narudžba ne može otkazati.

U trgovačkoj praksi se jednostrana promena ugovorenih uslova smatra neprimerenim poslovnim ponašanjem. U tom smislu kupac čini delo nepoštene trgovačke prakse ako jednostrano menja ugovorne klauzule o: učestalosti, načinu, mestu, vremenskom rasporedu i obimu nabavke odnosno isporuke predmetne robe. Isto važi i za jednostrane promene ugovornih odredaba o standardima kvaliteta, uslovima plaćanja ili ceni. Sve to ne znači da je kupcu zabranjeno da nakon zaključenja ugovora predloži snabdevaču promene ugovorenih prava i obaveza; može, ali ne radi postizanja retroaktivnog dejstva.⁵²

Nepoštena trgovačka praksa postoji kad kupac od snabdevača zahteva plaćanje koji nije povezano sa prodajom poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda koji su predmet ugovora. Ovo u velikoj meri podseća na vezanu trgovinu iz prava konkurencije.

⁵² V. Daskalova, op. cit., 290.

Nepoštenu trgovačku praksu predstavlja i situacija kada kupac zahteva da snabdevač snosi troškove propadanja ili gubitka robe koje se desilo nakon što je kupac preuzeo isporuku. Ovako nešto bi samo izuzetno bilo opravdano i to u slučajevima kada bi se dokazalo da je za propadanje ili gubitak robe nakon što je kupac preuzeo isporuku kriv snabdevač. Po pravilu bi to bila gruba nepažnja koja se ne pretpostavlja i koju bi morao dokazati kupac. Poljoprivredni proizvodi kaliraju i za gubitak na težini koji je posledica kaliranja ne može odgovarati snabdevač. Ukoliko dugo stoje na sobnoj temperaturi počinju da trule. Svakodnevno manipulisanje, pre svega voćem i povrćem u prodajnom objektu kupca ne može biti obaveza snabdevača, niti snabdevač za posledice propusta kupca može biti odgovoran. Takođe, snabdevač, po pravilu, ne može odgovarati za krađu koju u malo-prodajnom objektu počine potrošači ili zaposleni. Izuzetno, ako se od snabdevača zahtevalo posebno pakovanje kojim bi se otežala krađa ili kaliranje ili propadanje, a on to nije obezbedio, moglo bi se govoriti o odgovornosti snabdevača.

Za ugovor o prodaji poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda ne propisuje se zaključenje u pisanoj formi kao uslov punovažnosti. Međutim, bilo koja ugovorna strana može zahtevati da se neformalni ugovor zaključi u pisanoj formi. Ukoliko kupac, i pored zahteva snabdevača, odbije da zaključi ugovor o prodaji u pisanoj formi ili odbije da u pisanoj formi potvrdi dogovorene uslove posla, to se smatra nepoštenom trgovačkom praksom, osim ako je kupac vezan i posluje pridržavajući se opštih uslova poslovanja koji su snabdevaču poznati ili barem dostupni i koji se ne razlikuju značajno od dogovorenih uslova konkretnog posla.

Nezakonito pribavljanje, korišćenje ili otkrivanje poslovne tajne snabdevača smatra se nepoštenom trgovačkom praksom kupca.

Stavljanje u izgled mera komercijalne odmazde ili njihovo preduzimanje zbog toga što snabdevač ostvaruje svoja zakonska prava, pa između ostalog i pravo na pristup pravdi, smatra se nepoštenom trgovačkom praksom. Najčešće se preti ili potpunim prekidom ili pogoršanjem uslova poslovanja. Dešava se da kupac preti naplatom ili naplaćuje tzv. penale ukoliko snabdevač ne pristane na kupčeve zahteve.

Uslovno zabranjeni akti nepoštene trgovačke prakse

Direktiva sadrži navode o šest trgovačkih praksi koje se smatraju nepoštenim ako u ugovoru o isporuci ili u okviru naknadnog ugovora između snabdevača i kupca, nisu bile jasno i nedvosmisleno dogovorene pre nego što su preduzete. Tako se smatra nepoštenim ako:

1. kupac vraća neprodane poljoprivredne i prehrambene proizvode dobavljaču, odbijajući da za njih niti za njihovo uklanjanje plati cenu,

2. kupac uslovljava skladištenje, izlaganje, uvrštavanje u ponudu ili stavljanje na tržište poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda snabdevača plaćanjem naknade,

3. kupac zahteva od snabdevača da u celosti ili delimično snosi troškove popusta koje kupac odobrava potrošačima na kupovinu predmetnih poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda,

4. kupac zahteva da mu snabdevač nadoknadi troškove oglašavanja poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda,

5. kupac zahteva da mu snabdevač nadoknadi troškove marketinga poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda,

6. kupac dobavljaču zaračunava troškove osoblja zaduženog za opremanje prostorija koje se upotrebljavaju za prodaju proizvoda snabdevača.

Ukoliko su ova plaćanja prethodno jasno i nedvosmisleno dogovorena, snabdevač ima pravo da zahteva od kupca da mu u pisanoj formi dostavi procenu plaćanja po jedinici proizvoda ili u ukupnom iznosu, zavisno od toga koja je konkretno roba u pitanju, a kad su u pitanju troškovi i osnov za procenu visine troškova. Procena visine troškova mora biti objektivna i razumna da bi se smatrala pravno valjanom i prihvatljivom.⁵³

U literaturi se u vezi sa uslovno nepoštenim trgovačkim praksama osnovano ističe da prethodno dogovaranje može voditi ka parazitskom ponašanju onih snabdevača koji odbiju da pristanu na plaćanje troškova oglašavanja, marketinga, skladištenja i dr. prema onim snabdevačima koji ove troškove pristanu da snose.⁵⁴

Institucionalni okvir za zaštitu snabdevača poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda

Direktivom su države članice obavezane da konkretnom organu uprave ili nekom drugom javnopravnom subjektu na izričit način poveru sprovođenje propisanih zabrana i da o tome obaveste Evropsku Komisiju. Ukoliko država članica za sprovođenje propisanih zabrana odredi više organa javne vlasti obezbediće koordinaciju rada tih subjekata na nacionalnom nivou, kao i jedinstveni kontakt sa Komisijom.

Nadležni organi će sprovođenje propisanih zabrana obezbeđivati postupajući po pritužbama (*complaints*). Pritužba ne može biti anonimna, ali snabdevač može zahtevati zaštitu identiteta. U tom slučaju podnosilac pritužbe mora izričito naglasiti za koje podatke zahteva da ostanu nedostupni javnosti. Osim snabdeva-

⁵³ Direktiva, tač. 26. Preambule.

⁵⁴ F. Cafaggi, P. Iamiceli, op. cit., 10.

ča, pritužbu, na zahtev snabdevača, može podneti poslovno udruženje čiji je član, uključujući i zadrugu. Osim poslovnog udruženja, odnosno zadruge čiji je snabdevač član, pritužbu može podneti i neka druga organizacija, pod uslovom da se radi o nezavisnom neprofitnom pravnom licu. Nadležni organ pravni postupak protiv kupca može započeti i *ex officio*.

Nadležni organ mora postupiti po primljenoj pritužbi u razumnom roku. Prevedashodno, nadležni organ će u razumnom roku obavestiti podnosioca pritužbe da li pritužbu smatra osnovanom ili ne. Ukoliko je smatra osnovanom, dužan je da u razumnom roku započne, sprovede i okonča pravni postupak po njoj. Radi sprovođenja pravnog postupka po pritužbi za nepoštenu trgovačku praksu, nadležni organ je ovlašćen da: zahteva dostavljanje informacija, sprovodi nenajavljene inspekcije na licu mesta, donosi odluke kojima se utvrđuje zabrana i od kupca zahteva da okonča zabranjenu trgovačku praksu, izriče novčane kazne ili druge efektne, proporcionalne i odvraćajuće pravne sankcije ili da pred nadležnim organom pokreće postupak za izricanje novčanih kazni i/ili drugih pravnih sankcija i privremenih mera i objavljuje odluke koje donosi u ovoj pravnoj materiji.

ZAKLJUČAK

Ugovorni sistem snabdevanja je skup privrednih subjekata, angažovanih u različitim privrednim sektorima (poljoprivrednom, industrijskom i uslužnom), koji stupaju u međusobne ugovorne odnose radi realizacije proizvodno-prodajnog ciklusa. Pošto se proizvodno-prodajni ciklus realizuje u celosti, nizom međusobno usklađenih aktivnosti različitih učesnika, ovaj format poslovanja može se smatrati sistemom. A pošto su subjekti sistema formalnopravno samostalni i u poslovne odnose stupaju zaključenjem ugovora, predmetni sistem snabdevanja smo nazvali ugovornim. Ugovorni sistem snabdevanja poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima je sistem u okviru koga se obezbeđuje prenos hrane od njive do trpeze.

Ugovorni sistemi snabdevanja su krajem prošlog i početkom ovog veka, usled procesa koncentracije subjekata trgovinskog sektora (kupaca/prodavaca na malo), doživeli strukturne promene zbog čega savremene ugovorne sisteme snabdevanja karakteriše neravnoteža pregovaračke moći. Neravnoteža pregovaračke moći nije sama po sebi protivpravna. Ona to postaje onda kada se njome sprečava delovanje tržišnog mehanizma ili kada vodi nastanku negativnih efekata po funkcionisanje konkurencije, produktivnost i efikasnost privrednih subjekata, a to je svakako slučaj kada se koristi kao sredstvo za postupanje protivno načelu save-
snosti i poštenja.

S obzirom na učestalost nepoštene trgovačke prakse u ugovornim sistemima snabdevanja koji posluju na unutrašnjem tržištu Evropske unije i njene štetne ekonomske posledice, Evropski parlament i Savet su 2019. godine usvojili Direktivu kojom se kupcima u ugovornim sistemima za snabdevanje poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima zabranjuje preduzimanje nepoštenih trgovačkih aktivnosti. Direktivom se zabranjuje petnaest trgovačkih aktivnosti od kojih devet *per se* i šest uslovno. U pitanju je direktiva minimalne harmonizacije (zahteva se zabrana *barem* onih aktivnosti navedenih u Direktivi), što znači da države članice mogu predvideti i jaču pravnu zaštitu snabdevača.

U pozitivnom pravu Republike Srbije zabrana nepoštene trgovačke prakse u ugovornim sistemima snabdevanja nije posebno propisana. Interesantno je da je takva zabrana bila predviđena u predlogu zakona o trgovini, ali je usvojeni tekst ovog zakona ne sadrži. U tom smislu ovaj rad može poslužiti kao podsticaj inicijatoru da istraje u nameri da se i u našem pozitivnom pravu i poslovnoj praksi poboljšaju pravna zaštita i tržišni položaj snabdevača.

Prof. Dr. STEFAN ŠOKINJOV
Full Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

THE PROHIBITION OF UNFAIR TRADING PRACTICES

Summary

During the end of XX and the beginning of XXI century a tremendous structural change happened in the sector of food distribution. Within the food supply chains buyers obtained the large bargaining power. Imbalance of bargaining power became the biggest source of problem in the sector of production and distribution of food because of systemic extraction of surplus from suppliers. In time things became even worse because buyers began to abuse their power by imposing to suppliers, unilaterally, practices that grossly deviate from good commercial conduct and are contrary to good faith and fair dealing. To combat this trading anomaly the European Parliament and Council adopted Directive 2019/633 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain.

Key words: unfair trade practice, supply chain, European Union, Market law

Literatura

- Aćimović S., "Razumevanje lanca snabdevanja", *Economic Annals*, br. 170, 2006.
Barac N., Anđelković Pešić M., Anđelković A., "Analiza odnosa među učesnicima lanca snabdevanja u jugoistočnoj Srbiji", *Teme*, br. 1, 2013.

- Cafaggi F., Iamiceli P., "Unfair Trading Practices in food supply chains. Regulatory responses and institutional alternatives in the light of the new EU Directive", <https://ssrn.com/abstract=3380355>.
- Daskalova V., "The new Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks?", *Journal of European Competition Law & Practice*, br. 5, 2019.
- Jeremić M., Zekić S., Matkovski B., "Asimetrična transmisija cena u lancu snabdevanja", *Agroekonomika*, br. 78, 2018.
- Milovanović G., Barac N., Anđelković A., "Logistika, menadžment lanca snabdevanja i konceptualne perspektive njihovih odnosa", *Ekonomске teme*, br. 3, 2011.
- Vlajić J., Vidović M., Miljuš M., "Lanci snabdevanja – definisanje i performanse", *The International Journal of Transport & Logistics*, br. 9, 2005.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 13.08.2020.

Prihvaćen: 11.09.2020.

PREGLEDNI RAD

MLADEN STOJILJKOVIĆ

CONTRACT INTERPRETATION UNDER THE CISG FROM THE PERSPECTIVE OF SWISS LAW: SELECTED ISSUES

This article addresses three selected issues of contract interpretation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Those issues either have not been addressed or they have not been adequately addressed in the current scholarly literature. Author addresses the following dilemmas: is the subjective test in Article 8(1) CISG necessary, what does the standard “could not have been unaware” in Article 8(1) CISG represent, whether it is an evidentiary standard and not a gross-negligence rule, and whether the subsequent conduct of the parties should be admissible evidence under both Article 8(1) and Article 8(2) CISG.

Key words: contract interpretation, subjective test, negligence, subsequent conduct of the parties

INTRODUCTION

The year 2020 marks the fortieth anniversary of the CISG. This provides a good opportunity to reflect on some of the aspects that have made the CISG one of the most successful conventions in the history of international commercial law.

As a considerable number of commercial disputes revolve around issues of contract interpretation, the present article will focus on Art. 8 CISG, which deals

Dr. iur. Mladen Stojiljkovic, LL.M. (Columbia), Attorney-at-law, VISCHER AG, Zurich, Switzerland, e-mail: mstojiljkovic@vischer.com.

with the interpretation of statements and conduct of the parties. This provision also governs the interpretation of contracts.¹

This article will discuss three selected issues that have either received little or no attention in the scholarly literature on the CISG, or that have been addressed but not convincingly. The starting point for many observations in this article will be either Swiss law or views of Swiss legal scholars, not because Swiss law is better than other laws but simply because it is the jurisdiction with which the author is most familiar with.

The common view in Switzerland is that contract interpretation under the CISG “largely corresponds” to that under Swiss law.² This may be true in principle, but not for the three issues to be discussed in this article.

IS THE SUBJECTIVE TEST IN ARTICLE 8(1) CISG NECESSARY

Both the CISG and Swiss law provide that, in contract interpretation, a subjective test—a test focusing on subjective intent—is to apply first. What is often overlooked, however, is that these subjective tests significantly differ from one another.

Swiss law

We begin with Swiss law. Article 18(1) of the Swiss Code of Obligations (hereinafter: “CO”) provides, in relevant part, that, when interpreting a contract, “the true and common intention of the parties must be ascertained”.³ The provision requires that both parties share the same intent.⁴

¹ See, e.g., Maja Stanivuković, “Editorial Remarks on the Manner in Which the PECL May Be Used to Interpret or Supplement Article 8 of the CISG”, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2004, 328 (“It is beyond doubt, however, that Article 8 of the CISG is also concerned with the interpretation of the contracts”).

² Christoph Brunner, Christoph Hurni, Michael Kissling, “Article 8”, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, (Eds. Christoph Brunner, Benjamin Gottlieb), 2019, Art. 8 para. 2; *Bundesgericht* 4A_741/2012 para. 4, CISG-online 2561; *Bundesgericht* 4A_264/2013 para. 3.2.2, CISG-online 2560; *Bundesgericht*.474/2004 para. 3.3, CISG-online 1012.

³ Unofficial translation; the official German text of Art. 18(1) CO reads as follows: “Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.”

⁴ See, e.g., *Bundesgericht* 4A_219/2016 of September 12, 2016, para. 2.1 (“tatsächliche Willensübereinstimmung”, i.e. “actual identity of intentions”).

The Swiss approach corresponds to that of Art. 5:101 PECL and Art. 4.1 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, which both provide that contracts are to be interpreted according to the common intention of the parties. Thus, they require that both parties have the same intent.

CISG

The CISG, however, uses a different test. Article 8(1) CISG provides, in relevant part, that “statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew [...] what that intent was”.⁵

Under this provision, the subjective intent of the first party will control the meaning of the contract if the second party knew of the first party’s intent. But it is not required—and this is the main point—that the second party actually share the first party’s intent.⁶ Article 8(1) CISG does not require an actual meeting of the minds.

Comparison

The Swiss subjective test is more difficult to meet than the CISG test. Under Swiss law, it is insufficient and does not meet the subjective test, as there is no meeting of the minds, that one party knew the other party’s intent.⁷ As a consequence, the contract would be interpreted according to the understanding of a reasonable person. The result of such an interpretation would be that a reasonable person, who knows of the other party’s subjective intent, would understand that this is the meaning of the contract.⁸ Thus, Swiss law would reach the same result as the CISG, but it would do so by applying the objective test (understanding of a reasonable person).

⁵ Even though this provision mentions only to statements and conduct, it applies equally to the interpretation of contracts. See M. Stanivuković, *op. cit.*, 328; C. Brunner, C. Hurni, M. Kissling, *op. cit.*, Art. 8 para. 1.

⁶ Cf. Bruno Zeller, *Four-Corners, The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention for the International Sale of Goods*, 2003, Chapter 4, part 4 *in fine* (stating that the CISG does not provide for a meeting-of-the-minds test).

⁷ Ernst Kramer, “Anmerkungen zum Konsenserfordernis bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen”, *Festschrift Canaris*, 2007, 665, 671; Christoph Müller, „Article 18”, *Berner Kommentar, Art. 1–18, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2018, para. 288; Wolfgang Wiegand, „Article 18”, *Ba-sler Kommentar* (eds. D. Oser, C. Widmer Lüchinger), *Obligationenrecht I*, 7th Ed., 2020, para. 48.

⁸ *Ibidem*.

This leads to the following question: If under Swiss law, the reasonable person standard is sufficient, and there is no need for a subjective test for an appropriate solution to the case where one party knew the other party's intent, would not the same be true also for the CISG? If, in other words, the appropriate result can be reached by applying the objective test (the reasonable person standard), is there still a need for the so-called subjective test in Art. 8(1) CISG? The answer is, of course, no - there is no need for the subjective test.

But how is this to be explained? The reason is quite simple. Modern contract interpretation as that in Art. 8(2) CISG is sufficiently subjective to make a separate subjective test unnecessary. The reasonable person standard gives effect not to what some unrelated third party would understand, but what "a reasonable person of the same kind" would have understood "in the same circumstances."⁹

WHAT IS THE MEANING OF "COULD NOT HAVE BEEN UNAWARE"

Article 8(1) CISG provides that the first party's subjective intent determines the meaning of the contract not only where the second party was aware of the first party's intent, but also where she "could not have been unaware what that intent was." The meaning of this phrase is unclear. This phrase is another difference between the CISG and Swiss law. The latter does not have any similar wording or test.

A gross-negligence standard?

According to a popular view among continental European scholars, the expression "could not have been unaware" means that the addressee "did not recognize the true intent of the declaring party, but should have".¹⁰ This requires the showing of two elements: that the second party did not recognize the first party's true intent (lack of knowledge), and that the second party fell short of a standard of care that required it to recognize the first party's intent (negligence).

Understood in this way, the "could not have been unaware" standard in Art. 8(1) CISG is the functional equivalent of the standard in Art. 8(2) CISG, namely the standard of care required of a reasonable party.¹¹ There is, accordingly, a cer-

⁹ Cf. John O. Honnold, Harry M. Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th Ed., 2009, para. 107.1.

¹⁰ C. Brunner, C. Hurni, M. Kissling, *op. cit.*, Art. 8 para. 2.

¹¹ Cf. Martin Schmidt-Kessel, "Article 8", *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, (Eds. Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer), 4th Ed., 2016, Art. 8 para. 17 (stating that "this reference to the party's standard of care implies a functional equivalence to the

tain overlap between the two standards. To disentangle the two standards from one another, it has been argued that the standard in Art. 8(1) CISG “require[s] a greater degree of carelessness” than that under Art. 8(2) CISG.¹² That greater degree of carelessness is often described as gross negligence.¹³ Gross negligence is present when the other party’s intent was “easy to discern or, respectively, the circumstances practically compelled an inquiry”.¹⁴

The Swiss Federal Court seems to understand the phrase in this manner. It treats the question whether a party “could not have been unaware” of the other party’s actual intent as a question of law.¹⁵ Thus, it treats it as a variant of interpretation according to the understanding of a reasonable person.

Criticism

There are many problems with the gross-negligence theory of “could not have been unaware”, but the biggest is the following: The theory makes the expression superfluous and practically meaningless. This is because, if the more lenient reasonable-person standard of Art. 8(2) CISG is fully capable of determining the meaning of the contract, there is no need for an additional—and stricter—standard under Art. 8(1) CISG that leads to same result. Put differently, it makes no sense to require gross negligence, if simple negligence is sufficient.¹⁶ Thus, to read a gross-negligence test into Art. 8(1) CISG provides no benefit.

theory that intent is to be understood from the point of view of an objective person in the situation of the addressee”).

¹² M. Schmidt-Kessel, op. cit., Art. 8 para. 17.

¹³ Werner Melis, „Article 8”, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, (ed. Heinrich Honsell), 2013, para. 6 (“grobe Fahrlässigkeit”); Rolf Herber, Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht*, 1991, Art. 8 para. 3; M. Schmidt-Kessel, op. cit., Art. 8 para. 17.

¹⁴ M. Schmidt-Kessel, op. cit., Art. 8 para. 17; C. Brunner, C. Hurni, M. Kissling, op. cit., Art. 8 para. 4 (“could have easily recognized the true intent of the declaring party with the care required by the circumstances”).

¹⁵ *Bundesgericht*, 4A_264/2013 of 23 September 2013 para. 3.2.2 (“Sowohl die Frage, ob die Gegenpartei die tatsächliche Bedeutung einer Aussage erkennen musste, als auch die objektivierete Auslegung nach dem Verständnis einer vernünftigen Person überprüft das Bundesgericht als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist”; internal citations omitted).

¹⁶ Morten Mittelstädt, *Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen*, 2016, 386 (“Es ist sinnlos grobe Fahrlässigkeit zu verlangen, wenn trotzdem bei lediglich leichter Fahrlässigkeit die Erklärung aufgrund des dann subsidiär anwendbaren Abs. 2 [CISG] trotzdem im Sinne des Gewollten gilt”).

To be sure, a gross negligence standard in Art. 8(1) CISG could theoretically make sense if it were to lead to a different result than one would reach by applying the reasonable person standard of Art. 8(2) CISG. But such a case is hardly conceivable. For Art. 8(1) and 8(2) to lead to different results, the first party must have been grossly negligent in not recognizing something (namely the other party's intent) that a reasonable person would not have recognized. This will not work. If a reasonable person would not have recognized the other party's actual intent, this means that not recognizing the other party's intent was the correct conduct under the circumstances. Hence, it cannot be negligent, let alone grossly negligent.

The better reading of “could not have been unaware” is that it makes clear that direct evidence of actual knowledge (i.e. party admission) is not necessary. Rather, it is sufficient that, based on the evidence, the court or arbitral tribunal concludes that the second party could not have been unaware—and therefore was aware—of the first party's intent. Understood in this way, the phrase does not require a showing that the second party did not recognize the first party's intent. Nor does it require a showing that some standard of care was breached. It only requires that the court or tribunal be convinced that the second party very likely was aware of the first party's intent. In other words, this theory treats “could not have been unaware” as an evidentiary standard.

Travaux préparatoires

This interpretation finds support in the travaux préparatoires. The Summary Records of the 6th Meeting of the First Committee, which took place on 14 March 1980 show that the phrase “could not have been aware” was discussed extensively.¹⁷ The United Kingdom had submitted that two conditions in the first paragraph were tautologies since, if a party “could not have been unaware” of the other party's intent, then that party must have known what that intent was.¹⁸ Since the text already provides that the actual knowledge of the other party's intent

¹⁷ Summary Records of Meetings of the First Committee, 6th meeting, Friday, March 14, 1980, <<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting6.html>> (last visited on September 29, 2020).

¹⁸ Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions Concerning Implementation, Reservations and Other Final Clauses, prepared by the Secretary-General (A/CONF.97/9), <<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/Fdraft.html>> (last visited on September 29, 2020).

controls, the United Kingdom suggested that the expression “could not have been unaware” be stricken. A debate ensued.

During the debate, none of the delegates expressed the view that “could not have been unaware” was needed because it was supposed to operate as a gross-negligence standard. Nor did any delegate argue that such a gross-negligence standard was needed to fill a gap that would otherwise exist between the actual knowledge standard of Art. 8(1) CISG and the reasonable person standard of Art. 8(2) CISG.

But several delegates did stress that the actual knowledge standard of Art. 8(1) CISG was difficult to meet and that a somewhat lower standard like “could not have been unaware” was needed.

The Norwegian delegate, for example, pointed out that it was more difficult for a judge to determine what a party knew than to establish what a party could not have been unaware of. The latter wording meant that a judge could not believe or accept, having regard for the circumstances which were in place mostly external, that a party had not been aware of the other party’s intent.

Similarly, the US delegate explained that “[i]t was difficult to determine whether a party was aware or not of the other party’s intent.” For him, there was a “big difference between the text of the draft Convention and the United Kingdom proposal [to delete the phrase ‘could not have been unaware’].”

The delegates eventually voted not to delete the provision, and it remained.

Result

The phrase “could not have been unaware” in Art. 8(1) CISG should be understood as an evidentiary rule or threshold, not as a gross-negligence standard.

SUBSEQUENT CONDUCT RELEVANT ONLY UNDER ARTICLE 8(1) CISG?

Another difference between Swiss law and the CISG can be found in the admissibility of the parties’ subsequent conduct in contract interpretation.

CISG

Article 8(3) CISG provides that “[i]n determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any

practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties”.

As the text of this paragraph makes clear, the subsequent conduct of the parties is a relevant circumstance. By declaring admissible extrinsic evidence such as the subsequent conduct of the parties, the CISG makes parol evidence generally admissible and excludes the Parol Evidence Rule as known for example in the United States.¹⁹

Thus, the conduct of one or both parties may be taken into account when interpreting the parties’ respective intentions.²⁰ Such conduct is to be given due consideration in determining both the intent of a party under Art. 8(1) and the understanding of a reasonable person under Art. 8(2) CISG.²¹

Swiss law

Swiss law differs from the CISG. The prevailing view in Switzerland is that the parties’ subsequent conduct of the parties is only admissible to prove the parties’ actual intent at the time of contracting.²² But it is inadmissible to show how a contract would have been understood by a reasonable person.²³ The justification given for this difference is that a party cannot be required to have known or foreseen conduct that, at the time of contracting, has not yet happened. Accordingly, the parties’ subsequent conduct can only serve as evidence of the actual intent the parties had at the time of contracting.

Accordingly, Swiss (and other) legal scholars argue that subsequent conduct of the parties may be relevant under the CISG only in two ways. First, it may be used as evidence of a party’s actual intent or knowledge under Art. 8(1) CISG.²⁴ In that vein, the manner in which the parties perform the contract may inform the court or tribunal of how the parties actually understood their contract at the

¹⁹ See, e.g., J. O. Honnold, H. M. Flechtner, op. cit., para. 110; C. Brunner, C. Hurni, M. Kissling, op. cit., Article 8 para. 16.

²⁰ Alberto L. Zuppi, “Article 8”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (Eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), 2nd Ed., 2018, Article 8 para. 32.

²¹ See, e.g., Peter Jäggi, Peter Gauch, Stephan Hartmann, *Art. 18 OR—Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation*, 4th Ed., 2014, Art. 18 para. 358 (stating that, according to Art. 8(3) CISG, the same means of interpretation apply to both subjective and objective interpretation).

²² See, e.g., *Bundesgericht*, 4A_615/2015 of May 19, 2016, para. 5.1 (“Nachträgliches Verhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens—im Rahmen der Beweiswürdigung—auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen”).

²³ *Ibidem*.

²⁴ C. Brunner, C. Hurni, M. Kissling, op. cit., Article 8 para. 18.

time of contracting.²⁵ Second, it may be relevant as evidence of a subsequent agreement to modify the former contract.²⁶

Discussion

A restriction of the parties' subsequent conduct to interpretations under Art. 8(1) CISG is not justified. Art. 8(3) CISG does not limit its use to Art. 8(1) CISG. On the contrary, it expressly provides that it is owed due consideration in interpretations under Art. 8(1) and Art. 8(2) CISG. The PECL²⁷ and UNIDROIT Principles²⁸ also do not restrict the use of subsequent conduct of the parties only to the subjective test; they use the same means of interpretation for both the subjective and objective tests. Thus, subsequent conduct by the parties should be available also in determining the understanding of a reasonable person under Art. 8(2) CISG.

It is important, however, to clarify for what purpose exactly the evidence of the parties' subsequent conduct would be used. The parties' future conduct is, of course, not something on which the parties could have relied, or that they could have known, when entering into the contract.²⁹ But the fact that one or both parties performed the contract in a certain manner may well serve as an element in the determination whether a reasonable person would have understood the contract in the same way.

CONCLUDING REMARKS

This article has addressed three issues of contract interpretation that have either not been addressed or not convincingly addressed in the current academic literature. These include the question whether the so-called subjective test of Art. 8(1) CISG is necessary (it is not); whether "could not have been unaware" in Art. 8(1) CISG is a gross-negligence standard (it is not—it is an evidentiary rule); and whether subsequent conduct of the parties is admissible only in Art. 8(1) CISG but not in determining the understanding of a reasonable person (it is in principle admissible for both).

²⁵ *Ibidem*

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ See Art. 5:101 and 5:102 PECL.

²⁸ See Art. 4.1 and 4.3 UNIDROIT Principles.

²⁹ Peter Gauch, "Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge", *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht*, 2001, p. 212–213.

Dr MLADEN STOJILJKOVIĆ
Advokat, VISCHER AG, Cirihi, Švajcarska

TUMAČENJE UGOVORA PREMA KONVENCIJI UN O
MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE IZ PERSPEKTIVE ŠVAJCARSKOG PRAVA:
IZABRANA PITANJA

Rezime

Predmet ovog rada predstavljaju tri izabrana pitanja vezana za tumačenje ugovora prema Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe (CISG). Reč je o pitanjima kojima se akademska literatura do sada nije bavila u dovoljnoj meri ili to nije činila na zadovoljavajući način. U tom smislu, autor pokušava da odgovori na sledeće dileme: da li je subjektivni kriterijum iz član+8(1) Konvencije uopšte potreban, šta znači formulacija da jednoj strani namera druge strane "nije mogla biti nepoznata", kao i da li je "doznanje ponašanje stranaka" relevantno samo za istraživanje stvarne volje ugovornih strana ili takođe i za tumačenje ugovora prema shvatanju koje bi imalo razumno lice u istim okolnostima.

Ključne reči: tumačenje ugovora, subjektivni kriterijum, nepažnja, naknadno ponašanje stranaka

Bibliography

- Brunner C., Hurni C., Kissling M., "Article 8", *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, (eds. Christoph Brunner, Benjamin Gottlieb), 2019.
- Herber R., Czerwenka B., *Internationales Kaufrecht*, 1991.
- Jäggi P., Gauch P., Hartmann S., *Art. 18 OR–Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation*, 4th Ed., 2014.
- Kramer E., "Anmerkungen zum Konsenserfordernis bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen", *Festschrift Canaris*, 2007.
- Gauch P., "Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge", *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht*, 2001.
- Melis W., "Article 8", *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, (ed. Heinrich Honsell), 2013.
- Mittelstädt M., *Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen*, 2016.
- Müller C., "Article 18", *Berner Kommentar, Art. 1–18, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2018.
- Schmidt-Kessel M., "Article 8", *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, (eds. Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer), 4th Ed., 2016.

- Stanivuković M., “Editorial Remarks on the Manner in Which the PECL May Be Used to Interpret or Supplement Article 8 of the CISG”, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2004.
- Wiegand W., “Article 18”, *Basler Kommentar*, (eds. D. Oser, C. Widmer Lüchinger), *Obligationenrecht I*, 7th Ed., 2020.
- Zeller B., *Four-Corners, The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention for the International Sale of Goods*, 2003.
- Zuppi A. L., “Article 8”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. Viscasillas), 2nd Ed., 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 19.10.2020.

Prihvaćen: 17.11.2020.

PREGLEDNI RAD

ANDREA NIKOLIĆ

MEDIJACIJA U INVESTICIONIM SPOROVIMA – PREDLOZI REFORME MEĐUNARODNOG INVESTICIONOG PRAVA I MOGUĆE LEKCIJE ZA SRBIJU

Međunarodno investiciono pravo, usled brojnih kritika, doživljava krizu legitimiteta. Iz tog razloga su države i međunarodne organizacije inicirale rad na reformi međunarodnog investicionog prava. Reforma je, pre svega, usmerena na proceduralna pitanja, među kojima se kao jedno od veoma značajnih javlja pitanje samog načina rešavanja sporova. S tim u vezi se javlja interes za promovisanjem alternativnih načina rešavanja sporova, uključujući medijaciju, koja može da spreči eskalaciju spora i da dovede do rešenja spornog pitanja pre pokretanja formalnog postupka, uz smanjenje trajanja postupka i troškova njegovog vođenja. U radu će biti predstavljene prednosti medijacije i njene specifičnosti u međunarodnim investicionim sporovima. Nakon toga će biti izloženi predlozi reforme od strane međunarodnih organizacija, kako bi se formulisa pozicija koju bi Republika Srbija trebala da zauzme kada je u pitanju reforma međunarodnog investicionog prava.

Ključne reči: alternativni načini rešavanja sporova, medijacija, mirno rešavanje sporova, međunarodno investiciono pravo, međunarodna investiciona arbitraža

Andrea Nikolić, saradnik u nastavi na Fakultetu organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu; savetnik u Ministarstvu pravde Republike Srbije; student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu e-mail: andrea102@yahoo.com. Stavovi izneti u ovom članku predstavljaju isključivo lične stavove autora, a ne odražavaju nužno stavove pomenutih institucija. Rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta "Identitetski preobražaj Srbije" Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

U V O D

Na udaru kritika, međunarodno investiciono pravo u poslednjih nekoliko godina, doživljava krizu legitimiteta.¹ Iz tog razloga, države i drugi zainteresovani subjekti međunarodnog investicionog prava, uključujući međunarodne organizacije, su započele rad na reformi međunarodnog investicionog prava. Kao vodeće međunarodne institucije koje se bave međunarodnim trgovinskim pravom i međunarodnim investicionim pravom, vođstvo reforme su preuzele Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (eng. *United Nations Commission on International Trade Law*, u daljem tekstu: UNCITRAL) i Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova – sporova između države i stranog investitora (eng. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, u daljem tekstu: ICSID). Iako postoji prostor za unapređenje standarda zaštite kako investitora, tako i države, pomenute dve institucije se pre svega bave proceduralnim, a ne materijalnim pitanja. Među proceduralnim pitanjima se kao centralno postavlja pitanje upotrebe mirnih načina rešavanja sporova.

Iako se međunarodna arbitraža smatra veoma efikasnim metodom rešavanja sporova, sve je više argumenata da je ovaj metod dosta skup, te da iziskuje dosta vremena, a da je ishod spora nepredvidiv, imajući u vidu poverljivost postupka i relativnu nedostupnost arbitražnih odluka. S tim u vezi, reflektori se okreću ka mirnim načinima rešavanja sporova, kao što su mirenje (koncilijacija), mini-parnica, odbori za rešavanje sporova, veštačenje, pregovori i medijacija.² Naime, ovi metodi rešavanja sporova mogu da spreče eskalaciju spora i da dovedu do rešenja spornog pitanja bez pokretanja formalnog postupka rešavanja spora. Samim tim se trajanje postupka potencijalno skraćuje, a smanjuju se i troškovi vođenja po-

¹ Mary E. Footer, "Bits and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment", *Michigan State Journal of International Law*, no. 1, 2009, 33; Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 20, 25; Maja Stanivuković, "Dvostrani sporazumi o zaštiti i unapređenju ulaganja sa državama članicama Evropske unije", *Pravni život*, br. 12, 2011, 314; Vojin Draškoci, "Problem preširoke definicije pojma investicije u dvostranim sporazumima o međusobnom podsticanju i zaštiti ulaganja između Srbije i stranih država", *Pravo i privreda*, br. 5–8, 2007, 411–42; Marko Jovanović, *Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja*, doktorska disertacija, neobjavljeno, Beograd 2014, 178–257; Kavaljit Singh, Burghard Ilge, "Introduction", *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, (eds. K. Singh, B. Ilge), New Delhi, 2016, 1.

² Više o mirnim nalinima rešavanja sporova, v. u: Christian Bühring-Uhle, Lars Kirchhoff, Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, 195–203; Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 244–254.

stupka rešavanja sporova, dok se obezbeđuje obostrana korist, odnosno zadovoljstvo svih strana u spornom odnosu.

Ovaj rad će se baviti ulogom medijacije u međunarodnim investicionim sporovima. Prvo će biti predstavljene prednosti medijacije i njene specifičnosti u međunarodnim investicionim sporovima. Potom će biti izloženi predlozi reforme u okviru UNCITRAL Radne grupe III za međunarodno investiciono pravo, koji se odnose na alternativne načine rešavanja sporova, nacrt ICSID pravila o medijaciji, kao i druge inicijative i korisni primeri međunarodnih investicionih sporazuma koji promovišu upotrebu medijacije. Nakon toga, izneti primeri dobre prakse će biti upotrebljeni kako bi se formulisa pozicija koju bi Republika Srbija trebala da zauzme kada je u pitanju reforma međunarodnog investicionog prava.

SPECIFIČNOSTI MEDIJACIJE U MEĐUNARODNIM INVESTICIONIM SPOROVIMA

Alternativni načini rešavanja sporova, sa akcentom na arbitražu i medijaciju, se smatraju veoma efikasnim instrumentima rešavanja sporova.³ Arbitražna već nekoliko decenija uspešno parira sudskom rešavanju sporova, naročito kada su u pitanju sporovi velike vrednosti, kao što su međunarodni investicioni sporovi. Medijacija i dalje pokušava da pronađe svoj put do češće korišćenog metoda za rešavanje spornih odnosa.⁴ Ipak, u nekim zemljama, kao što je na primer slučaj u Sjedinjenim Američkim Državama, medijacija predstavlja jedan od najpopular-

³ Za više o prednostima alternativnih načina rešavanja sporova v. G. Knežević, V. Pavić, op. cit., 207–209; Gordana Mihailović, *Vodič kroz medijaciju*, Beograd, 2005, 3; Ljubica Milutinović, *Medijacija u Srbiji*, Beograd, 2006, 8-9; Ljubica Milutinović, Milena Đorđević, “Medijacija i arbitražna”, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2, 2016, 273–275. Takođe, razvoj pravosuđa sa fokusom na alternativne načine rešavanja sporova predstavlja jedan od ključnih strateških prioriteta Republike Srbije, koji je istaknut u okviru Nacrta Nacionalne strategije reforme pravosuđa za period 2019-2024. U njemu se navodi težnja za daljim podizanjem nivoa efikasnosti pravosudnog sistema kroz smanjenje ukupnog broja nerešenih predmeta sa akcentom na stare predmete i sprečavanje nastanka dodatnih starih predmeta i unapređenje alternativnih metoda rešavanja sporova i razvijanje IT sistema u pravosuđu sa ciljem postizanja modernog e-pravosuđa. Nacrt Strategije, www.mpravde.gov.rs/files/radni%20tekst%202019%202024.pdf, 15.10.2020.

⁴ Primera radi, na osnovu godišnjih izveštaja o radu posrednika, u 2019. godini evidentirano je 569 zaključenih sporazuma o pristupanju posredovanju u Srbiji. Iako je ovo izuzetno mali broj u odnosu na broj predmeta koji se nalazi pred sudovima, ohrabruje činjenica da je pretežan broj tih postupaka zapravo uspešno okončan – posrednici su u zbiru prijavili 403 predmeta koji su okončani zaključenjem sporazuma o rešavanju spora posredovanjem, dok je 159 predmeta okončano na drugi način. Ovo su zvanični podaci Ministarstva pravde Republike Srbije sadržani u Godišnjem izveštaju o radu posrednika u rešavanju sporova (medijatora) u Republici Srbiji u 2019. godini.

njih načina rešavanja sporova, koji je u praksi veoma prihvaćen i dobro razrađen mehanizam rešavanja sporova.⁵

Postoji veliki interes strana da se postupak medijacije započne još u fazi pre pokretanja formalnih mehanizama rešavanja sporova, kao što su arbitražni ili sudski postupak. Ono što karakteriše medijaciju i pruža višestruke koristi stranama u sporu, koje predstavljaju ključni razlog za izbor ovog način rešavanja sporova su fleksibilnost i neformalnost postupka, širi dijapazon mogućih rešenja, brzina i uporedno manji troškovi rešavanja spora.⁶

Dodatno, mogućnost pojave dodatnih teškoća prilikom izvršenja sporazuma o rešavanju spora je značajno smanjena, pre svega činjenicom da se do rešenja spora dolazi sporazumno, pa je velika šansa da će se sporazum dobrovoljno izvršiti.⁷ Ipak, i u slučaju potrebe za prinudnim izvršenjem ponuđeno je rešenje na međunarodnom nivou. Naime, u avgustu 2019. godine je u Singapuru potpisana Konvencija Ujedinjenih nacija o međunarodnim sporazumima koji proizilaze iz medijacije (eng. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, u daljem tekstu: Singapurska konvencija).⁸ Potpisivanjem od strane 53 države data je jasna podrška Konvenciji,⁹ a to je ujedno i pokazatelj kakvu ulogu medijacija teži da ima u svetskoj zajednici. Šta više, tokom 2020. godine je došlo i do ratifikacije Konvencije.¹⁰ Ratifikovanje Konvencije doprinosi uspostavljanju usklađenog pravnog okvira za pravično i efikasno rešavanje međunarodnih sporova i pruža uniformni okvir za prinudno izvršenje međunarodnih sporazuma koji proizilaze iz medijacije. Slična procedura je predvi-

⁵ Jedna studija rađena u SAD pokazuje da se 78% slučajeva uspešno rešava putem medijacije. V. Jeanne M. Brett, Zoe L. Barsness, Stephen B. Goldberg, "The Effectiveness of Mediation: An Independent Analysis of Cases Handled by Four Major Service Providers", *Negotiation Journal*, 1996, 261.

⁶ Više o prednostima medijacije, v. G. Knežević, V. Pavić, op. cit., 207–209, 226–242.

⁷ Miglė Žukauskaitė, "Enforcement of Mediated Settlement Agreements", *Teisė*, Vol. 111, 2019, 205.

⁸ Tekst Singapurske konvencije, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf, 15.10.2020. Više o konvenciji u komentaru: Nadja Alexander, Shouyu Chong (eds.), *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Kluwer Law International, 2019, www.kluwerarbitration.com/book-toc?title=The%20Singapore%20Convention%20on%20Mediation%3A%20A%20Commentary, 15.10.2020.

⁹ Singapurska konvencija je otvorena za potpisivanje 7. avgusta 2019. godine, a do sada je potpisalo 53 države. V. više https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status, 15.10.2020.

¹⁰ Singapursku konvenciju je do sada ratifikovalo 6 država, uključujući Belorusiju, Ekvador, Fidži, Katar, Saudijska Arabija i Singapur. V. više https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status, 15.10.2020.

đena Konvencijom Ujedinjenih nacija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (eng. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, u daljem tekstu: Njujorška konvencija) za priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka.¹¹ Međutim, treba skrenuti pažnju i na potencijalne teškoće u primeni Konvencije, koje se, pre svega, ogledaju u potencijalno nejednakom tretmanu priznanja i izvršenja domaćih i međunarodnih sporazuma proisteklih iz postupka medijacije.¹² U smislu je potrebno reformisati nacionalne pravne sisteme, pre nego što se pristupi ratifikaciji Konvencije.

Specifične prednosti medijacije u međunarodnim investicionim sporovima su brojne. Prvo, rešavanjem spornog odnosa putem medijacije, strane štede i vreme i novac. U tom kontekstu, statistika govori sama za sebe – u 70–75% slučajeva se medijacija uspešno završi u jednom danu, dok se skoro 90% postupaka medijacije završi u jednoj nedelji, dok su troškovi vođenja postupka relativno niski – trošak obično predstavlja jedino naknadu medijatora.¹³ S druge strane, studije pokazuju da je prosečno trajanje arbitražnog postupka 4 godine, i da stranke potroše najmanje 6 miliona dolara, odnosno 4.8 miliona na troškove zastupanja.¹⁴ Pored toga, arbitražna odluka je često nepredvidiva, dok sporazum o rešavanju spora omogućava strankama da spor reše na miran način i to u skladu sa njihovim zajedničkim dogovorom. Na taj način je moguće da se očuvaju i eventualno unaprede poslovni odnosi inicijalno suprotstavljenih strana, što je naročito značajno u međunarodnim investicionim odnosima. Još jedna od prednosti medijacije je što je postupak poverljiv, a to je nekada od suštinskog značaja za države, na čiju reputaciju može uticati i sama činjenica da se vodi arbitražni postupak, a utoliko više ukoliko bi neki detalji postupka bili poznati javnosti. Iako je i arbitražni postupak poverljiv, vidan je trend sve veće transparentnosti u međunarodnoj arbitraži, gde se za transparentnost naročito zalaže u arbitražnim postupcima u kojima je izražen javni interes da informacije u vezi sa njima budu javno objavljene, kao što je slučaj sa međunarodnim investicionim arbitražnim postupcima.¹⁵

¹¹ V. N. Alexander, S. Chong, op. cit., 30; tekst Njujorške konvencije, www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf, 15.10.2020.

¹² V. više Marko Jovanović, “Singapurska konvencija kao novi element pravnog okvira za međunarodnu trgovinsku medijaciju”, *Pravo i privreda*, br. 3, 2020, 177–200.

¹³ Daniel Weinstein, Mushegh Manukyan, “Making Mediation More Attractive For Investor-State Disputes”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/26/making-mediation-more-attractive-for-investor-state-disputes/>, 15.10.2020.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ V. više Marko Jovanović, “Novi pravni okvir za transparentnost u međunarodnoj investicionoj arbitraži”, *Pravni život*, br. 11, 2015, 239–240; Andrew Tweeddale, “Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception”, *Arbitration International*, br. 1, 2015, 59–70.

Treba napomenuti i da se alternativni postupci kao što su medijacija ili mišljenje mogu kombinovati sa sudskim ili arbitražnim postupkom, pa da države treba ohrabrivati da u investicione ugovore uključuju i višestepene klauzule (eng. *multi-tiered dispute resolution clauses* ili *multi-step dispute resolution clauses*). Dok sudski i arbitražni postupci ne mogu međusobno da se kombinuju, arbitraža i drugi metodi alternativni metodi rešavanja sporova mogu. Najčešća korišćena višestepena klauzula predviđa da strane, pre pokretanja arbitražnog postupka, pokušaju da spor reše mirnim putem – obično kroz postupak medijacije. Višefazni mehanizam rešavanja spora može da ponudi i nekoliko alternativa, uključujući pregovore između donosioca odluka na visokim pozicijama na strani države i na strani investitora, medijaciju, specifične odbore za donošenje odluka i dr. U svakom slučaju je krajnja instanca vođenje arbitražnog spora ukoliko su prethodni alternativni postupci neuspešni. Pored toga, moguće je i da se strane u postupku medijacije dogovore oko nekih spornih pravnih ili činjeničnih pitanja, a da druga ostave arbitrima na odlučivanje. Međutim, iako višestepene klauzule imaju dosta prednosti, postoji i opravdana opreznost za njenu primenu. Na primer, one mogu da dovedu do odugovlačenja postupka rešavanja sporova ili se može desiti da ih jedna strana koristi isključivo u svrhe odugovlačenja postupka.¹⁶

PREDLOZI REFORME OD STRANE MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA

Predlozi reforme u okviru UNCITRAL Radne grupe III za međunarodno investiciono pravo

Kao jedan od glavnih zadataka Komisije za međunarodno pravo je predviđena promocija progresivnog razvoja međunarodnog prava i kodifikacija međunarodnog prava.¹⁷ Komisija svoj rad obavlja kroz nekoliko Radnih grupa, koje se bave različitim pitanjima od interesa međunarodnog prava.¹⁸ Trenutno šest radnih grupa zaseda i diskutuje o reformi iz oblasti arbitraže, rešavanja investicionih sporova, elektronske trgovine, stečajnog prava i dr.¹⁹ Radna grupa III zadužena za reformu međunarodnog investicionog prava je svoj rad na predmetnom pitanju započela u Beču, 2017. godine. Do sada je održano šest okupljanja Radne grupe, koji su naizmenično bili organizovani u Beču i u Njujorku.

¹⁶ V. više Katarina Tomić, "Multi-tiered dispute resolution clauses: benefits & drawbacks", *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017, 360–370.

¹⁷ V. čl. 1, st. 1 Statuta Komisije za međunarodno pravo.

¹⁸ V. više o organizaciji rada UNCITRAL radnih grupa Matej Savić, "Ujedinjene nacije i međunarodno pravo", *Politeia*, br. 3, 2012, 248.

¹⁹ V. više o radu radnih grupa, https://uncitral.un.org/en/working_groups, 15.10.2020.

Medijacija u investicionim sporovima je bila jedna od tema sastanaka UNCITRAL Radne grupe III. Tim povodom je Radna grupa III izložila stavove po pitanju primene medijacije u investicionim sporovima, te naznačila da smatra da njen rad ne bi trebalo da bude ograničen samo na razmatranje arbitraže, već i drugih alternativnih načina rešavanja sporova.²⁰ Opšti je stav da alternativni načini rešavanja sporova, koji uključuju medijaciju, ombudsmana, konsultacije, koncilijaciju i druge vidove mirnog rešavanja sporova, mogu da spreče eskalaciju spora i da utiču na značajno smanjenje trajanja postupka, kao i troškova njegovog vođenja.²¹ Takođe, postoji stav da su alternativni načini rešavanja sporova sastavni deo mehanizma za rešavanje međunarodnih investicionih sporova, te da oni treba da budu i obavezni korak prilikom rešavanja konkretnog spora.

Radna grupa III naglašava značaj medijacije, naročito u ranoj fazi spora, ističući da je cilj alternativnih načina rešavanja sporova da pruže brže i jeftinije rešavanje spora, te da se predmet spora može lakše rešiti u ranoj fazi što dalje doprinosi izbegavanju eskalacije spora.²²

Pojedine zemlje se aktivno zalažu za obaveznu medijaciju u investicionim sporovima.²³ Ovo pitanje može biti veoma značajno i za Republiku Srbiju. Naime, Radna grupa za izradu Nacrta izmena i dopuna Zakona o posredovanju u rešavanju sporova je osnovana u decembru 2018. godine sa zadatkom da izradi radni tekst izmena i dopuna zakona o medijaciji, kao i prateća podzakonska akata.²⁴ Između ostalog, Radna grupa bi trebalo da razmotri uticaj započinjanja medijacije na tok parnice uključujući mogućnost propisivanja prvog obaveznog sastanka kao procesne pretpostavke za pokretanje parničnog postupka u određenim vrstama predmeta spora, kao i drugih načina na koje može da se postigne ostvarenje cilja iz EU Direktive Evropskog parlamenta i Saveta o pojedinim aspektima medijacije u građanskim i privrednim stvarima (eng. *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*). Kako Radna grupa

²⁰ V. izveštaj koji je pripremila UNCITRAL Radna grupa III, <https://undocs.org/en/A/CN.9/930/Rev.1>, 15.10.2020.

²¹ *Ibidem*.

²² V. predlog Vlade Južne Afrike, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/176-e_submission_south_africa.pdf, 15.10.2020.

²³ V. npr. predlog Vlade Indonezije, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.156>, 15.10.2020.

²⁴ O formiranju Radne grupe za izradu Nacrta izmena i dopuna Zakona o posredovanju u rešavanju sporova, v. više www.mpravde.gov.rs/vest/22233/unapredjenje-normativnog-okvira-za-primenu-medijacije-radi-efikasnijeg-i-delotvornijeg-resavanja-sporova.php, 15.10.2020.

razmatra nekoliko alternativa koje bi dovele do istog učinka – veće promocije i upotrebe medijacije, potrebno je detaljno razmotriti sve mogućnosti, kao i njihove prednosti i nedostatke.

Prema unapred predviđenom rasporedu održavanja sednica, sedmi sastanak Radne grupe III, koji je trebala da se održi u periodu od 30. marta do 3. aprila 2020. godine u Njujorku, bude posvećena upravo temi medijacije, odnosno sprečavanju i ublažavanju nastanka spora – alternativnim načinima rešavanja sporova.²⁵ Nažalost, ova sednica Radne grupe III je odložena usled globalne pandemije virusa COVID-19. Ostalo je otvoreno pitanje kada će se ova sednica održati, a samim tim i kada će Radna grupa III imati priliku da raspravlja o pitanjima vezanim za alternativne načine rešavanja sporova. Sa druge strane, odlaganje sednice je omogućilo zainteresovanim državama još vremena za dostavljanje komentara usredsređenih na predloge za unapređenje primene medijacije u investicionim sporovima.

ICSID pravila o medijaciji

Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova je globalni lider u rešavanju sporova sa ukupno 154 zemlje ugovornice, koji predstavlja jedinu multilateralnu instituciju koja je posvećena rešavanju sporova između država i stranih investitora.

ICSID je prepoznao trend uključivanja medijacije u mehanizam rešavanja sporova, te su predložena nova ICSID pravila o medijaciji. To su prva institucionalna pravila o medijaciji koja su propisana isključivo za međunarodne investicione sporove. Ona dopunjuju postojeća ICSID arbitražna pravila, i mogu se koristiti nezavisno ili u kombinaciji sa njima. Poslednja verzija pravila je objavljena u februaru 2020. godine u Radni nacrt #4: Predlog za izmene ICSID pravila.²⁶

Učešće je potpuno dobrovoljno – svaka strana može da odustane od vođenja postupka u bilo koje vreme, ali se za pokretanja postupka zahteva saglasnost obe strane. Pre svega, predviđeno je da Sekretar obrađuje zahtev i registruje ga u slučaju da se, prema pruženim informacijama, zaključi da on potpada pod okvir člana 2 ICSID pravila o medijaciji. Ukoliko druga strana ne prihvati ponudu u roku od 60 dana, neće se započeti medijacija. Dakle, kako je medijacija dobrovoljan postupak, neophodna je saglasnost svih strana u postupku.

²⁵ V. dokument Sekretarijata UNCITRAL-a za 39. sednicu Radne grupe III, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wp190_dispute_prevention_for_submission_website.pdf, 15.10.2020.

²⁶ V. Radni nacrt #4: Predlog za izmene ICSID pravila koji je dostupan na sajtu ICSID-a: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/WP_4_Vol_1_En.pdf.

Glavna uloga ICSID-a je administracija i tehnička podrška. To je veoma značajno, jer je stranama mnogo lakše da se pristanu na rešavanje spora kada postoji neutralan forum za rešavanje sporova. Pored toga, najveća razlika u poređenju sa postojećim ICSID mehanizmom je da u medijaciji koja se koristi u investicionom sporu može učestvovati svaka država ili regionalna organizacija ekonomske integracije, nezavisno od toga da li je država članica ICSID-a, kao i nezavisno od činjenice koje je nacionalnosti investitor.

Predviđeno je da medijacija može početi na osnovu klauzule u ugovoru ili sporazumu, ili poziva za medijaciju jedne strane koju druga strana prihvati. Slično kao što je to propisano i u nacionalnim pravnim sistemima, medijacija se može završiti na nekoliko načina. Najčešći način predstavlja obaveštenje strana da su postigle dogovor i zaključile sporazum o rešavanju spora, dok su drugi načini okončanja postupka medijacije obaveštenje odustanka jedne od strana, obaveštenje strana da su se saglasile sa završetkom postupka medijacije, odluka medijatora da nema osnovanog razloga za nastavak postupka. Treba napomenuti da, ukoliko strane postignu sporazum o rešavanju spora, on može da postane deo arbitražne odluke u skladu sa ICSID arbitražnim pravilima, što može dodatno da olakša postupak priznanja i izvršenja sporazuma.

Nacrtom novih pravila su predložene i odredbe za imenovanje medijatora. Naime, u slučaju da strane ne imenuju jednog medijatora (ili dva komedijatora) sporazumno u roku od 45 dana od dana registracije spora, svaka strana može zahtevati da se medijator imenuje u skladu sa pravilima koje propisuje ICSID. To podrazumeva da će Sekretar imenovati medijatora posle obavljenih konsultacija sa stranama. Pored toga, predviđeno je da ICSID pravila o medijaciji regulišu ponašanje medijatora, kao i prava i dužnosti medijatora i strana u postupku.

ICSID Sekretarijat vrši administraciju međunarodnih investicionih postupaka, pruža tehničku pomoć i upravlja organizacijom spora. Takođe, sekretarijat organizuje i obuke za medijatore i zaposlene u državnim organima. Iako za sada ICSID nema listu medijatora, zahtevaju se određene kvalifikacije za obavljanje uloge medijatora, koje se moraju ispuniti.

Reakcije na ICSID pravila o medijaciji od strane država ugovornica su veoma pozitivne.²⁷ Međutim, predložena ICSID pravila o medijaciji zahtevaju saglasnost najmanje 50% ICSID članstva da bi stupila na snagu. Ostaje da se vidi da li će i kada ova pravila stupiti na snagu.

²⁷ V. Frauke Nitschke, "A Preview of ICSID's New Investor-State Mediation Rules", Kluwer Mediation Blog, 2020, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/10/a-preview-of-icsids-new-investor-state-mediation-rules/>, 15.10.2020.

*Druge inicijative i korisni primeri međunarodnih
investicionih sporazuma*

Korisno je primetiti i da razne druge institucije razne druge institucije sve više pažnje posvećuju medijaciji. Tako je pozivanje na medijaciju učinjeno u brojnim međunarodnim investicionim sporazumima, kao što su: COMESA – Common Market for Eastern and Southern Africa, CAFTA – Central America & DR Free Trade Agreement, CETA – EU-Canada Free Trade Agreement, i sl. Pored toga, Međunarodna advokatska komora (eng. *International Bar Association*) je 2012. godine usvojila Pravila za posredovanje između investitora i države,²⁸ a Energetska zajednica (eng. *Energy Charter Conference*) je, 2016. godine, usvojila Vodič o posredovanju u investicionim sporovima.²⁹ Dalje, Radna grupa za posredovanje između države i investitora Međunarodnog instituta za posredovanje (eng. *International Mediation Institute*), koja je osnovana 2013. godine, se aktivno uključila i učestvovala u relevantnim diskusijama o javnim politikama na regionalnom nivou.³⁰

Pored toga, međunarodni investicioni sporazumi sve više uključuju posredovanje u svoje klauzule o rešavanju sporova. Sveobuhvatni ekonomski i trgovinski sporazum između EU i Kanade iz 2016. godine sadrži odredbe koje podstiču upotrebu posredovanja u bilo kojem trenutku i bez uticaja na prava (ili pravni položaj) strana u postupku.³¹ Sveobuhvatni investicioni sporazum Asocijacija nacija jugoistočne Azije (eng. *Association of Southeast Asian Nations*) iz 2009. godine sadrži odredbe koje propisuju da se investicioni sporovi rešavaju sudskim putem ili putem arbitraže i posredovanja.³² Investicioni sporazum u okviru ekonomskog partnerstva između Kine i Hong Konga (eng. *Mainland and Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement Investment Agreement*) uključuje mehanizam posredovanja za rešavanje investicionih sporova, koji može pokrenuti investitor.³³

²⁸ V. International Bar Association, Mediation Committee, State Subcommittee, IBA Rules for Investor-State Mediation (2012).

²⁹ V. Energy Charter Secretariat, "Decision of the Energy Charter Conference" – CCDEC 2016, 12 INV (2016).

³⁰ V. International Mediation Institute, Investor-State Mediation Taskforce, Response to the European Commission Public Consultation on a Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution (2017).

³¹ V. EU–Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (2016), član 8.20.

³² V. ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009) Section B; ASEAN Comprehensive Investment Agreement: A Guidebook for Business and Investors (2013).

³³ V. investicioni sporazum u okviru ekonomskog partnerstva između Kine i Hong Konga www.tid.gov.hk/english/cepa/legaltext/files/cepa14_main.pdf, 15.10.2020.

Konačno, Sporazum o sveobuhvatnom ekonomskom partnerstvu između Indonezije i Australije iz 2019. godine sadrži mehanizam za rešavanje sporova i uključuje uslov u vidu konsultacija i posredovanja.³⁴

Predstavljeni su samo neki od primera sporazuma čija analiza može biti veoma korisna za utvrđivanje dobrih standarda i razmatranje potencijalnog integrisanja u model sporazum o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja Republike Srbije (u daljem tekstu: Nacrt Sporazuma o ulaganju).³⁵

POZICIJA REPUBLIKE SRBIJE

Republika Srbija se našla u ulozi tužene strane u nekoliko međunarodnih investicionih sporova, što učvršćuje njen interes da se aktivno uključi u diskusije na temu reforme međunarodnog investicionog prava.³⁶ Jedan od koraka koji se preduzima po tom pitanju je učešće nacionalnog predstavnika Srbije na sastancima UNCITRAL Radne grupe III za međunarodno investiciono pravo. Dodatno, Republika Srbija bi trebala da preuzme aktivniju ulogu u promovisanju medijacije koristeći UNCITRAL platformu, gde je tokom sednica moguće preuzeti inicijativu za organizovanje dodatnih seminara na teme od interesa konkretnih država. Tom prilikom predstavnici država koje su podnele komentare na specifična pitanja o kojima se raspravlja na Radnoj grupi, imaju priliku da ih predstavljaju i dodatno pojašavaju. Kako Srbija ima kapacitete i interes da se ovakav događaj održi, bilo bi korisno razmotriti mogućnost davanja inicijative za organizaciju događaja koji bi okupio domaće i međunarodne eksperte. Inicijativa može biti učinjena i u saradnji sa drugim državama regiona, koje su na istom ekonomskom nivou razvoja, te imaju slične interese u pogledu reforme međunarodnog investicionog prava.

Što se tiče investicionih sporova pokrenutih protiv Srbije, njihovo rešavanje je povereno Državnom pravobranilaštvu. Glavni zadatak ove institucije je zaštita državnih interesa, te je u cilju izvršavanja tog zadatka, državno pravobranilaštvo nadležno da predstavlja Republiku Srbiju u pravnim postupcima pred suda-

³⁴ V. Kevin Elbert, "The Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement: the Good, the Not-So-Good and the In-Between", Kluwer Arbitration Blog, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/27/the-indonesia-australia-comprehensive-economic-partnership-agreement-the-good-the-not-so-good-and-the-in-between/>, 15.10.2020.

³⁵ Nacrt Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja Republike Srbije, <https://mtt.gov.rs/download/Nacrt%20sporazuma%20o%20uzajamnom%20podsticanju%20i%20zastiti%20ulaganja.pdf>, 15.10.2020.

³⁶ Lista od 11 dostupnih slučajeva u kojima se Republika Srbija našla u ulozi tuženog, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/187/serbia>, 15.10.2020.

vima, arbitražama, administrativnim telima i drugim kompetentnim organima.³⁷ Takođe, Državno pravobranilaštvo je ovlašćeno da zastupa državu i pred stranim i međunarodnim sudovima i arbitražama.³⁸ Ipak, ne postoji konkretna odredba koja propisuje nadležnost Državnog pravobranilaštva za iniciranje, odnosno učestće u postupku medijacije. Ovo bi se moglo objasniti činjenicom da ni u zvaničnom model sporazumu o zaštiti investicija nije predviđena medijacija kao jedan od načina rešavanja sporova.³⁹ Jedina odredba koja podstiče mirno rešavanje sporova propisuje da se spor treba rešavati pregovorima kad god je to moguće, a tek ukoliko su pregovori neuspešni ili duži od šest meseci, bilo koja strana u sporu može da pokrene formalni postupak rešavanja sporova.⁴⁰ Međutim, većina bilateralnih investicionih sporazuma zaključenih između Srbije i drugih zemalja, koji su trenutno na snazi, sadrže veoma široke odredbe, koje ne predviđaju proceduralne detalje.

Dodatno, Vlada je 2017. godine donela Odluku o obrazovanju Komisije za razmatranje spornih odnosa koji mogu biti predmet pred međunarodnim arbitražama.⁴¹ Između ostalog, zadaci ove Komisije su analiziranje spornih ugovornih odnosa koji mogu postati predmet pred međunarodnim arbitražama, u kojima bi Republika Srbija bila tužena strana u potencijalnom sporu. Pre svega, Komisija treba da razmatra pravna i činjenična pitanja koja mogu biti od značaja za procenu pozicije Republike Srbije i sam ishod spora. Preliminarna analiza spora je veoma značajna, te Komisija može, kada smatra opravdanim i celishodnim, dati predlog Vladi Republike Srbije da se sporni odnos reši sporazumno, pre podnošenja tužbe nadležnoj međunarodnoj arbitražnoj instituciji. Dakle, dužnost Komisije bi trebalo da bude i razmatranje pokretanja postupka medijacije, odnosno pokušaj rešavanja spornog odnosa putem ovog načina rešavanja sporova.

Veoma je pohvalno što se Srbija opredelila za formiranje jednog tela, koje ima zadatak da se bavi razmatranjem slučajeva koji bi mogli da postanu predmet rešavanja pred međunarodnim arbitražama. Postojanje jednog tela nadležnog da zastupa državu u međunarodnim investicionim sporovima omogućava potpunu doslednost u zastupanju, veću specijalizaciju, kao i izgradnju iskustva i tehničku stručnost u jednoj instituciji. Takođe, poželjno je delegiranje zadatka zastupanja

³⁷ Član 11 Zakona o državnom pravobranilaštvu, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014.

³⁸ Član 12 Zakona o državnom pravobranilaštvu, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014.

³⁹ V. član 13 Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja Republike Srbije.

⁴⁰ V. član 14 Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja Republike Srbije.

⁴¹ V. Odluka o obrazovanju Komisije za razmatranje spornih odnosa koji mogu biti predmet pred međunarodnim arbitražama, *Službeni glasnik RS*, br. 83, 2017.

države u investicionim sporovima nekom kompetentnom organu, koji neće biti preopterećen drugim poslovima, kao što je to slučaj sa Državnim pravobranilaštvom, koje rešava druga pitanja i sporove, koji pretežno zahtevaju primenu domaćeg prava. Međutim, kako zapisnici sa sednica Komisije mogu biti označeni kao poverljivi i tajni,⁴² nije poznato u kojoj meri se Komisija sastajala niti koji su konkretni koraci koje je preuzela u cilju efikasnijeg vođenja međunarodnih investicionih sporova.⁴³

Komisiju čine veoma kompetentna lica, koja su ujedno i nosioci javnih funkcija na najvišem nivou. Naime, za predsednika Komisije je imenovan ministar pravde, dok su članovi Komisije ministar unutrašnjih poslova, ministar finansija, ministar privrede, državni pravobranilac, guverner Narodne banke Srbije, predstavnik Bezbednosno-informativne agencije, kao i pomoćnik ministra pravde. Iako, Komisija može, po potrebi u svoj rad uključiti i predstavnike drugih državnih organa i stručnjake iz određenih oblasti, mislimo da je celishodnije da redovni članovi Komisije budu lica kojima će članstvo u Komisiji biti jedina funkcija. Imenovana lica bi bila u obavezi da blagovremeno podnose izveštaje o svom radu nosiocima javnih funkcija na višem nivou. Takođe, smatramo da, u tom slučaju, treba propisati da članovi Komisije imaju pravo na određenu naknadu za njihov rad. Prema pomenutoj Odluci, koja je trenutno na snazi predsednik i članovi Komisije nemaju pravo na naknadu za rad u Komisiji, što može biti destimulativno za njihov rad i adekvatno angažovanje u Komisiji.

ZAKLJUČAK

Mirnim načinima rešavanja sporova se sve više pažnje poklanja u procesu reforme međunarodnog investicionog prava. Tako je medijacija integrisana u veliki broj međunarodnih investicionih sporova, čije odredbe mogu biti od koristi prilikom pronalaženja najboljeg rešenja za Republiku Srbiju.

Republika Srbija preduzima korake ka reformi državnog pravobranilaštva, odnosno jačanja kapaciteta relevantnih institucija i unapređenja pravnog okvira za rešavanje međunarodnih investicionih sporova. Ipak, model sporazuma o zaštiti investicija Republike Srbije ne sadrži odredbu o primeni medijacije. Mišlje-

⁴² Zapisnici sa sednica Komisije mogu biti označeni kao poverljivi i tajni, ukoliko su na sednici razmatrani dokumenti koji sadrže tajne podatke. To će najčešće biti slučaj kada se radi o međunarodnim investicionim sporovima, koji su veoma velike vrednosti, a i politički veoma delikatni.

⁴³ Komisija ima zadatak da nadležnom odboru Vlade dostavlja izveštaj o svom radu svakih 60 dana, a Vladi svakih 90 dana.

nja smo da bi detaljnije regulisanje postupka mirnog rešavanja sporova pomoglo u korišćenju punog potencijala tog mehanizma i povećanju njegove efikasnosti, čime bi se smanjili vreme i troškovi čitavog postupka rešavanja investicionih sporova. Pored toga, uspostavljanje specijalizovanog tela za mirno rešavanje sporova, koje bi imalo ovlašćenje da učestvuje u postupku medijacije, bi doprinelo uspostavljanju uniformnog zastupanja, te uspostavljanju najboljih praksi i većoj specijalizaciji. Takav pristup bi omogućio, ne samo bolju zaštitu državnih interesa tokom rešavanja investicionih sporova, već i prevenciju nastanka spora, kao i vođenje formalnog postupka rešavanja investicionih sporova.

ANDREA NIKOLIĆ

Teaching Assistant, Faculty of Organizational Sciences

University of Belgrade

Consultant at the Ministry of Justice of the Republic of Serbia

Ph.D. candidate, Faculty of Law, University of Belgrade

MEDIATION IN INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT
– INTERNATIONAL INVESTMENT LAW REFORM PROPOSALS
AND POSSIBLE LESSONS FOR SERBIA

Summary

Due to numerous criticisms, international investment law is currently experiencing a crisis of its legitimacy. For this reason, states and international organizations have initiated work on reform of international investment law. The reform is focused on procedural issues, among which the dispute resolution mechanism is one of the most important topics. Thus, there is interest in promoting alternative dispute resolution, including mediation, which can prevent the dispute from escalating and terminate the dispute even before initiation of the formal proceedings, reducing length and costs of proceedings. The paper will present the advantages of mediation and its specifics in investor-state dispute settlement. Furthermore, proposals for reform by international organizations will be presented, in order to formulate the position that the Republic of Serbia should take when it comes to the reform of international investment law.

Key words: alternative dispute resolution, mediation, amicable dispute resolution, international investment law, international investment arbitration

Literatura

Alexander N., Chong S. (eds.), *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Kluwer Law International, 2019.

- Brett J. M., Barsness Z. L., Goldberg S. B., “The Effectiveness of Mediation: An Independent Analysis of Cases Handled by Four Major Service Providers”, *Negotiation Journal*, 1996.
- Bühning-Uhle C., Kirchhoff L., Scherer G., *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, The Hague, 2006.
- Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- Drašković V., “Problem preširoke definicije pojma investicije u dvostranim sporazumima o međusobnom podsticanju i zaštiti ulaganja između Srbije i stranih država”, *Pravo i privreda*, br. 5–8, 2007.
- Elbert K., “The Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement: the Good, the Not-So-Good and the In-Between”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019.
- Footer M. E., “Bits and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment”, *Michigan State Journal of International Law*, br. 1, 2009.
- Jovanović M., “Novi pravni okvir za transparentnost u međunarodnoj investicionoj arbitraži”, *Pravni život*, br. 11, 2015.
- Jovanović M., “Singapurska konvencija kao novi element pravnog okvira za međunarodnu trgovinsku medijaciju”, *Pravo i privreda*, br. 3, 2020.
- Jovanović M., *Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja*, doktorska disertacija, neobjavljeno, Beograd, 2014.
- Knežević G., Pavić V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
- Mihailović G., *Vodič kroz medijaciju*, Beograd, 2005.
- Milutinović Lj., Đorđević M., “Medijacija i arbitraža”, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2, 2016.
- Milutinović Lj., *Medijacija u Srbiji*, Beograd, 2006.
- Nitschke F., “A Preview of ICSID’s New Investor-State Mediation Rules”, *Kluwer Mediation Blog*, 2020.
- Savić M., “Ujedinjene nacije i međunarodno pravo”, *Politeia*, br. 3, 2012.
- Singh K., Ilge B., “Introduction”, *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices* (eds. K. Singh, B. Ilge), New Delhi, 2016.
- Stanivuković M., “Dvostrani sporazumi o zaštiti i unapređenju ulaganja sa državama članicama Evropske unije”, *Pravni život*, br. 12, 2011.
- Tomić K., “Multi-tiered dispute resolution clauses: benefits & drawbacks”, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017.

Tweeddale A., "Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception", *Arbitration International*, no. 1, 2015.

Weinstein D., Mushegh Manukyan, *Making Mediation More Attractive For Investor-State Disputes*, Kluwer Arbitration Blog, 2019.

Žukauskaitė M., "Enforcement of Mediated Settlement Agreements", *Teisė*, Tom 111, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 16.10.2020.

Prihvaćen: 28.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ALEKSANDRA VASIĆ

SUBJEKTI PRAVA KONKURENCIJE

Autor u radu analizira pojam učesnika na tržištu u pravu konkurencije Republike Srbije i u pravu Evropske unije. Domaći zakonodavac se odlučio da konkretizuje polje primene ad personam odredaba Zakona o zaštiti konkurencije na taj način što je taksativnim nabranjem odredio pojavne oblike učesnika na tržištu. S druge strane, pojam učesnika na tržištu u pravu konkurencije Evropske unije nije definisan u primarnim izvorima prava. Definiciju je moguće pronaći u odlukama Komisije i presudama sudova Evropske unije. Učesnikom na tržištu smatra se svaki subjekt koji obavlja privrednu delatnost, bez obzira na pravni status i način finansiranja. Reč je o funkcionalnom pristupu kod koga je naglasak na delatnosti koju obavlja subjekt. U tom smislu, autor u radu analizira neke od najznačajnijih sudskih presuda, pri čemu ukazuje na eventualne moguće probleme u njihovom razumevanju.

Ključne reči: pravo konkurencije, pojam učesnika na tržištu, subjekti prava konkurencije

U V O D

Zaštita konkurencije je jedan od najvažnijih uslova za razvoj tržišne privrede. Naime, zabrana restriktivnih sporazuma i zloupotrebe dominantnog položaja, kao i kontrola koncentracija učesnika na tržištu, doprinose ekonomskom rastu osiguravajući konkurentno tržište.

Osnovni izvor prava kojim se u Republici Srbiji uređuje zaštita konkurencije na tržištu je Zakon o zaštiti konkurencije (u daljem tekstu ZZK).¹ ZZK defini-

Aleksandra Vasić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: aleksandra@prafak.ni.ac.rs. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru", br. 179046 koji je finansiralo Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

¹ Zakon o zaštiti konkurencije, *Službeni glasnik RS*, br. 51, 2009 i 95, 2013.

še povredu konkurencije kao akte ili radnje učesnika na tržištu koje za cilj i posledicu imaju ili mogu da imaju značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije², s tim što posebno sistematizuje i obrađuje dve kategorije povrede konkurencije - restriktivne sporazume i zloupotrebu dominantnog položaja. S druge strane, ZZK uvodi pretpostavku dozvoljenosti koncentracija učesnika na tržištu u smislu da će se koncentracije učesnika na tržištu smatrati nedozvoljenim samo ako bi takve koncentracije značajno ograničile, narušile ili sprečile konkurenciju na tržištu Republike Srbije ili njegovom delu, a naročito ako bi to ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje bilo rezultat stvaranja ili jačanja dominantnog položaja.³

Osnovni izvor prava Evropske unije u oblasti prava konkurencije je Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu UFEU).⁴ Odredbe o zaštiti konkurencije na unutrašnjem tržištu Evropske unije sadržane su u članovima 101-109 UFEU. Srž prava konkurencije Evropske unije čine članovi 101 i 102 UFEU, s obzirom na to da neposredno uređuju ponašanje učesnika na tržištu sa aspekta konkurencije na unutrašnjem tržištu Evropske unije. Naime, članom 101 UFEU propisana je zabrana sporazuma kojima se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija na unutrašnjem tržištu Evropske unije, dok član 102 UFEU propisuje zabranu zloupotrebe dominantnog položaja na unutrašnjem tržištu Evropske unije.

Polazna tačka za primenu napred navedenih propisa iz oblasti prava konkurencije je, kako u pravu Republike Srbije, tako i u pravu Evropske unije, definisanje subjekata prava konkurencije. Odgovarajući na pitanje ko su subjekti prava konkurencije određujemo oblast primene prava konkurencije u personalnom smislu. Naime, subjekti prava konkurencije su ona lica na koja se propisi iz oblasti prava konkurencije primenjuju, kako u materijalnom, tako i u procesnom smislu. U praksi, to su oni subjekti koji moraju poštovati pravila ponašanja koja su propisana pravom konkurencije i protiv kojih je moguće voditi postupak radi eventualnog izricanja sankcija u slučaju nepoštovanja tih pravila.

UČESNICI NA TRŽIŠTU

ZZK propisuje da se učesnicima na tržištu smatraju sva pravna i fizička lica koja neposredno ili posredno, stalno, povremeno ili jednokratno učestvuju u prometu robe, odnosno usluga, nezavisno od njihovog pravnog statusa, oblika svoji-

² Čl. 9 Zakona o zaštiti konkurencije.

³ Čl. 19, st. 1 Zakona o zaštiti konkurencije.

⁴ Čl. 101 do 106 UFEU predstavljaju pravni okvir za regulisanje politike konkurencije na nivou Evropske unije.

ne ili državljanstva, odnosno državne pripadnosti.⁵ Domaći zakonodavac se odlučio da konkretizuje polje primene *ad personam* odredaba ZZK na taj način što je taksativnim nabravanjem odredio pojavne oblike učesnika na tržištu. U tom smislu, zakonodavac propisuje da se kao učesnici na tržištu mogu pojaviti domaća i strana privredna društva i preduzetnici; državni organi, organi teritorijalne autonomije i lokalne samouprave; druga fizička i pravna lica i oblici udruživanja učesnika na tržištu (sindikati, udruženja, sportske organizacije, ustanove, zadruge, nosioci prava intelektualne svojine i dr.); javna preduzeća, privredna društva, preduzetnici i drugi učesnici na tržištu, koji obavljaju delatnosti od opšteg interesa, odnosno kojima je aktom nadležnog državnog organa dodeljen fiskalni monopol, osim ukoliko bi primena ovog zakona sprečila obavljanje tih delatnosti, odnosno obavljanje poverenih poslova.⁶

Pojam učesnika na tržištu u pravu konkurencije Evropske unije nije definisan u primarnim izvorima prava. Tako, u čl. 101 i čl. 102 Ugovoru o UFEU nalazimo da se adresatima prava konkurencije smatraju učesnici na tržištu (eng. *undertaking*) ili udruženja učesnika na tržištu. Međutim, pojam učesnika na tržištu se u Ugovoru o UFEU ne određuje. Definiciju je moguće pronaći u odlukama Komisije i presudama sudova Evropske unije.

Konkretno, definiciju pojma učesnika na tržištu u pravu konkurencije Evropske unije nalazimo u presudi u slučaju *Höfner*. Naime, u pomenutoj presudi je konstatovano da se učesnikom na tržištu smatra svaki subjekt koji se bavi ekonomskom aktivnošću, bez obzira na pravni status i način finansiranja.⁷ Termin *undertaking* ima šire značenje u pravu konkurencije Evropske unije nego što je to slučaj u domaćem kompanijskom pravu.

Da bi se neko smatrao učesnikom na tržištu u pravu konkurencije Evropske unije potrebno je da se bavi ekonomskom aktivnošću. Pravni subjektivitet nije neophodan da bi određeni učesnik na tržištu bio smatran adresatom prava konkurencije Evropske unije. Ekonomski subjektivitet se ne izjednačava uvek sa pravnim subjektivitetom. U pravnoj teoriji preovladava stav da su pravna lica, po pravilu, adresati prava konkurencije, ali da ekonomski subjektivitet može biti širi od pravnog subjektiviteta.⁸ Cilj ovakvog tumačenja je da se pojam učesnika na tržištu proširi van kruga subjekata koji se u okviru svoje osnovne delatnosti bave ekonomskim aktivnostima, a to su redovno pravna lica. U tom smislu, od poseb-

⁵ Čl. 3 ZZK.

⁶ Čl. 3 ZZK.

⁷ *C-41/90 Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH* od 23. aprila 1991. V. tač. 21.

⁸ V. više Wouter P. J. Wils, "The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons", *European Law Review*, Tom 25, br. 2, 2000, 102.

nog značaja za određivanje subjekata prava konkurencije Evropske unije je presuda Suda pravde u predmetu *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*. Naime, u pomenutoj presudi je sud zauzeo stav da se svaka aktivnost koja se sastoji od isporuke dobara ili usluga na određenom tržištu smatra ekonomskom delatnošću.⁹ Pomenute presude definišu pojam učesnika na tržištu vrlo široko, te je u praksi moguće da se adresatom prava konkurencije Evropske unije obuhvati svako pravno ili fizičko lice koje obavljanjem ekonomske aktivnosti učestvuje u prometu roba i usluga. Reč je o funkcionalnom pristupu kod koga je naglasak na delatnosti koju obavlja subjekt. Prema mišljenju Suda, ekonomska delatnost je svaka delatnost koja se sastoji od ponude roba ili usluga na tržištu, bez obzira na postojanje ili nepostojanje namere sticanja dobiti.¹⁰ U tom smislu je moguće da isti subjekt može biti smatran učesnikom na tržištu kada obavlja jednu ekonomsku aktivnost, ali ne i kada obavlja drugu.

Organi javne vlasti kao subjekti prava konkurencije

U domaćem pravu konkurencije su organi javne vlasti određeni kao adresati prava konkurencije. Naime, ZZK propisuje da se subjektima prava konkurencije smatraju državni organi, organi teritorijalne autonomije i lokalne samouprave u situacijama kada neposredno ili posredno, stalno, povremeno ili jednokratno učestvuju u prometu robe, odnosno usluga.¹¹

Iako se restriktivni sporazumi i zloupotreba dominantnog položaja najčešće vezuju za privredna društva i preduzetnike, organi Evropske unije su se u praksi vrlo često bavili položajem organa javne vlasti sa aspekta adresata prava konkurencije. Naime, bez obzira što čl. 101 st. 1 UFEU ne pominje organe javne vlasti, nesporno je da u praksi ovi organi mogu ograničavati konkurenciju na tržištu. Organi javne vlasti mogu preduzimati akte javne vlasti (akti *iure imperii* - akti u kojima država postupa autoritativno kao javna vlast, na primer, akti izvršavanja

⁹ C-180/98 to C-184/98 *Pavel Pavlov and others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, tač. 74-76. U pomenutom slučaju su lekari specijalisti nudili svoje usluge na tržištu medicinskih usluga i za svoj rad su primali naknadu i snosili finansijski rizik poslovanja. Stav Suda je da se lekari u ovom slučaju smatraju učesnicima na tržištu i da su subjekti prava konkurencije.

¹⁰ V. predmet C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v Ayuntamiento de Getafe* od 27.juna 2017. godine, tač. 41. U pomenutom predmetu je Sud je odlučio da je Katolička crkva subjekt prava konkurencije, budući da se finansira kako iz javnih, tako i iz privatnih sredstava. O pravnom položaju Katoličke crkve sa aspekta prava konkurencije i poreskog prava, v. više Frane Staničić, "Pravni položaj Katoličke crkve kao gospodarskog subjekta u pravu Evropske unije i hrvatskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 68, 2018, 31-60.

¹¹ V. čl. 3 st. 1 tač. 2 ZZK.

ustavnih i zakonskih nadležnosti), kao i akte *iure gestionis*, tako što se država na tržištu pojavljuje u ulozi kupca ili prodavca roba ili usluga. Načelno, organi javne vlasti mogu biti subjekti prava konkurencije samo pod uslovom da preduzimaju radnje koje su komercijalnog karaktera. Međutim, u praksi se vrlo često postavlja pitanje razlikovanja kada organi javne vlasti vrše komercijalne akte, a kada nastupaju sa pozicije *iure imperii*.¹² Sud pravde je i po ovom pitanju zauzeo stav da je prilikom procene da li konkretna aktivnost javnih vlasti spada u vršenje javnih ovlašćenja ili se radi o aktima komercijalnog karaktera neophodno primeniti funkcionalni pristup.

Naime, u slučaju *MOTOE* Sud pravde je zauzeo stav da se procena toga da li određena aktivnost spada u vršenje javnih ovlašćenja ili u radnje komercijalnog karaktera mora obavljati odvojeno za svaku aktivnost koju subjekt vrši.¹³ Funkcionalni pristup primenjen je u slučaju *Eurocontrol*, kada je Sudu upućeno prethodno pitanje da li se Evropsko udruženje za zaštitu vazdušnog saobraćaja smatra učesnikom na tržištu u smislu prava konkurencije. Pomenuto udruženje je obavljalo zadatke od javnog interesa koji uključuju nadzor i poboljšanje sigurnosti vazdušnog saobraćaja. Zadaci koje je pomenuto telo izvršavalo odnosili su se na istraživanje, postavljanje tehničkih standarda, koordinaciju nacionalnih politika i stručno usavršavanje zaposlenih. Korisnici su za ove usluge plaćali naknadu. *Eurocontrol* nije samostalno određivao visinu naknade i njegova delatnost je bila podvrgnuta stalnom nadzoru. Sud je zauzeo stav da je nadzor vazdušnog saobraćaja akt javne vlasti i da nije ekonomskog karaktera te da nema mesta primeni propisa iz oblasti prava konkurencije EU.¹⁴ S druge strane, u brojnim predmetima je Sud pravde zauzeo stav da organi kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja u slučaju da preduzimaju radnje komercijalnog karaktera jesu subjekti prava konkurencije. Tako je, na primer, u predmetu *Ambulanz Glöckner* Sud zaključio da se organizacije za medicinsku pomoć koje pružaju hitne usluge uz nadoknadu smatraju učesnicima na tržištu sa aspekta propisa o zaštiti konkurencije.¹⁵

Razgraničenje između vršenja javnih ovlašćenja i privrednih aktivnosti države je naročito teško postaviti u slučaju fondova za obavezno socijalno i zdrav-

¹² Prema praksi Suda, aktivnosti koje spadaju u vršenje javnih ovlašćenja nisu ekonomske prirode koje opravdavaju primenu prava konkurencije. V. *Case C-364/92 SAT Fluggesellschaft* [1994] ECR I-43, tač. 30 i 31.

¹³ *Case C-49/07 Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio*, tač. 25.

¹⁴ *Case C-1 13/07 P SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission* [2009] ECR-I 2207, [2009] 4 CMLR 1083, tač. 77-79.

¹⁵ *C-475/99 – Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz* od 25. oktobra 2001. godine, tač. 20-22.

stveno osiguranje. Sud pravde EU je više puta bio u prilici da odgovori na pitanje da li se pomenuti fondovi mogu smatrati učesnicima na tržištu u smislu propisa o zaštiti konkurencije. Odgovor na ovo pitanje zavisio je od prirode delatnosti koju obavljaju pomenuti fondovi. Naime, ukoliko se delatnost konkretnog fonda temelji isključivo na principu solidarnosti, Sud je bio na stanovištu da u tom slučaju nema mesta primeni propisa o zaštiti konkurencije.¹⁶ Međutim, ukoliko bi Sud u konkretnom slučaju utvrdio da fond, pored delatnosti koje se temelje na principu solidarnosti, obavlja i neke aktivnosti ekonomskog karaktera, stav Suda je da se takav fond smatra učesnikom na tržištu sa aspekta prava konkurencije.¹⁷

Ustanove i udruženja privatnog prava kao subjekti prava konkurencije

Ustanove i udruženja privatnog prava mogu se smatrati učesnicima na tržištu u smislu propisa o zaštiti konkurencije, ukoliko je aktivnost u kojoj učestvuju komercijalnog karaktera. U praksi su to najčešće ustanove i udruženja koja za cilj nemaju ostvarivanje dobiti, već je njihova aktivnost usmerena na zaštitu i ostvarivanje prava njihovih članova, autonomno regulisanje struke i slično.¹⁸ Tako je, na primer, u predmetu *World Cup* Komisija zauzela stav da sportska udruženja mogu imati status učesnika na tržištu. Naime, Komisija je zaključila da se Međunarodno udruženje fudbalskih asocijacija (FIFA), koje je sa nacionalnim udruženjem u Italiji organizovalo prodaju karata za Svetsko fudbalsko prvenstvo koje je 1990. godine održano u Italiji, smatra učesnikom na tržištu i da može pasti pod

¹⁶ C-159/91 *Christian Poucet v Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon* od 17. februara 1993. godine. U pomenutom slučaju je reč o francuskom fondu za obavezno socijalno osiguranje. Sud je zauzeo stav da se ne radi o učesniku na tržištu sa aspekta prava konkurencije. Naime, Sud smatra da se organizacije koje se bave javnim socijalnim osiguranjem obavljaju isključivo socijalnu funkciju. Njihov rad se odvija na principu solidarnosti i ne ostvaruju profit. Sud je istakao da su u konkretnom slučaju solidarnost ogleđa u tome što su iznosi doprinosa koji su se uplaćivali za osiguranje bili proporcionalni iznosu zarade osiguranika, dok koristi od osiguranja uživaju svi osiguranici jednako. Tako, na primer, u slučaju obavnog osiguranja za slučaj nezaposlenosti, solidarnost se ogleđa u tome da doprinose uplaćuju sva zaposlena lica, dok se naknade za slučaj nezaposlenosti isplaćuju svim licima koja se ostala bez zarade.

¹⁷ V. *Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* od 21. septembra 1999. godine, tač. 82-87. U pomenutom slučaju radio je se holandskom dopunskom penzionom fondu. Sud je zauzeo stav da se radi o učesniku na tržištu u smislu propisa o zaštiti konkurencije budući da je pomenuti fond funkcionisao po principu kapitalizacije uplaćenih doprinosa za osiguranje. Sud je zaključio da se rad fonda nije zasnivao na principu solidarnosti, već je fond obavljao privrednu aktivnost budući da je njegova funkcija bila da investira uplaćene doprinose.

¹⁸ Na primer, to mogu biti udruženja građana, sindikati, sportske organizacije i dr. V. čl. 3 st. 1 tač. 4 ZZK.

udar propisa o zaštiti konkurencije.¹⁹ Komisija je zauzela isti stav i u predmetu *GEMA*. Naime, Komisija je podvela nemačko udruženje za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava pod pojam učesnika na tržištu u kontekstu prava konkurencije, budući da se radilo o organizaciji koja se, pored zaštite interesa svojih članova, bavi i uslugama zastupanja u ostvarivanju autorskog i srodnih prava svojih članova, uz naknadu.²⁰

Fizička lica kao subjekti prava konkurencije

U praksi se može postaviti pitanje da li su fizička lica adresati prava konkurencije. Domaći zakonodavac propisuje da se odredbe ZZK primenjuju na fizička lica koja neposredno ili posredno, stalno, povremeno ili jednokratno učestvuju u prometu robe, odnosno usluga.²¹

Ukoliko se radi o fizičkim licima koja obavljaju određenu privrednu delatnost, ova lica će se smatrati učesnicima na tržištu. Nije od značaja da li je konkretna privredna delatnost registrovana ili ne. Na ovom stanovištu stoji i sudska praksa evropskih sudova. Tako je, na primer, Sud pravde zaključio da se carinski agenti u Italiji, koji su obavljali usluge carinskih formalnosti u vezi sa uvozom, izvozom i tranzitom robe, uz naknadu, smatraju učesnicima na tržištu. Komisija je, takođe, istog stava po ovom pitanju. Na primer, u predmetu *RAI*, Komisija je operske pevače tretirala kao učesnike na tržištu, u slučaju ako komercijalno izvođe svoje interpretacije.²² Fizička lica koja su titulari prava intelektualne svojine se u slučaju ugovornog pravnog prometa predmeta intelektualne svojine smatraju učesnicima na tržištu u kontekstu prava konkurencije.²³ Takođe, domaći zakonodavac je prilikom konkretizacije polja primene *ad personam* odredaba ZZK naveo da se nosioci prava intelektualne svojine smatraju adresatima prava konkurencije u slučaju ugovornog pravnog prometa prava intelektualne svojine.²⁴

S druge strane, kada je reč o fizičkim licima koja su zaposlena u privrednom društvu ili kod preduzetnika, stav je Suda da ova lica ne smatraju učesnicima na

¹⁹ 92/521/EEC: Commission Decision of 27 October 1992 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty, Distribution of package tours during the 1990 World Cup, *Official Journal L* 326, 12/11/1992. V. str. 0031-0042.

²⁰ Odluka Komisije IV/26 760 - *GEMA*, Službeni list L 134, 20.6.1971, 15-29.

²¹ V. čl. 3 ZZK.

²² 78/516/EEC: Commission Decision of 26 May 1978 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.559 - *RAI/UNITEL*), Službeni list L 157, 39-41.

²³ 79/86/EEC: Commission Decision of 10 January 1979 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/C-29.290 *Vaessen/Moris*), Službeni list L 019, 0032-0036.

²⁴ V. čl. 3 st. 1 tač. 3 ZZK.

tržištu. Naime, Sud pravde je u predmetu *Becu and Others* zauzeo stav da su “zaposleni tokom trajanja radnog odnosa inkorporisani u preduzeća koja ih zapošljavaju i tako čine deo ekonomske jedinice sa njima”, te kao takvi ne predstavljaju učesnike na tržištu u smislu propisa o konkurenciji EU.²⁵ Zaposleni ne snose nikakav finansijski rizik poslovanja i nemaju za cilj ostvarivanje profita, već za svoj rad primaju naknadu.²⁶ U tom smislu se ni sindikalne organizacije koje zastupaju interese svojih zaposlenih neće smatrati učesnicima na tržištu.²⁷

UDRUŽENJA UČESNIKA NA TRŽIŠTU

Domaći zakonodavac je prilikom regulisanja personalne primene Zakona o zaštiti konkurencije eksplicitno naveo da se njegove odredbe primenjuju i na oblike udruživanja učesnika na tržištu.²⁸ Takođe, čl. 101 UFEU pominje pojam udruženje preduzeća i propisuje da odluke udruženja preduzeća mogu predstavljati sporazum kojim se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija. Privredne komore i profesionalna udruženja smatraju se udruženjima učesnika na tržištu, odnosno predstavljaju subjekt prava konkurencije, nazavisno od toga na koji način je njihov cilj određen u osnivačkom aktu ili statutu, te da li imaju svojstvo pravnog lica ili ne.²⁹

Međutim, čl. 101 UFEU se ne odnosi se sporazume između dva ili više pravnih lica koja formiraju jedan privredni subjekt: zajedno čine jedno preduzeće, tako da ne postoji sporazum između preduzeća. Najočitiiji primer toga je ugovor između matičnog i zavisnog preduzeća. Naime, u ovom slučaju primenjuje se doktrina jedinstvenog privrednog subjekta (eng. *The single economic entity doctrine*). U skladu sa pomenutom doktrinom, samo matično društvo može biti odgovorno za kršenje pravila o konkurenciji od strane zavisnog društva. Naime, u slučaju kada je reč sporazumu između matičnog i zavisnog društva, takav sporazum se neće smatrati restriktivnim sporazumom između nezavisnih društava, već će imati karakter sporazuma koji ima za “cilj internu raspodelu funkcija unutar jedinstvene ekonomske grupe”.³⁰ Sud pravde se ovim pitanjem bavio u pred-

²⁵ *Case C-22/98 Becu and Others* od 16. septembra 1999. godine, tač. 26.

²⁶ V. Ana Pošćić, “Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 29, br. 2, 2008, 923.

²⁷ *Case C-22/98 Becu and Others* od 16. septembra 1999. godine, tač. 27.

²⁸ V. čl. 3 st. 1. tč. 3 ZZK.

²⁹ V. Dijana Marković Bajalović, *Pravo konkurencije Evropske unije*, Sarajevo, 2016, 83.

³⁰ Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 94.

metu *Viho* protiv Komisije. Naime, privredno društvo Parker Pen je uspostavilo integrisani sistem distribucije za Nemačku, Francusku, Belgiju, Španiju i Holandiju, gde je koristilo svoja zavisna društva za distribuciju svojih proizvoda. Komisija je zaključila da nema mesta primeni čl. 101 UFEU i da se ne radi o restriktivnom sporazumu, već o raspodeli zadataka unutar grupe Parker Pen. Ovo je osporilo treće lice, Viho, koje je pokušavalo da pribavi proizvode Parker Pen-a i koje je smatralo da sporazumi između Parker Pen-a i njegovih zavisnih društava krše član 101 UFEU. Sud pravde je u svojoj odluci podržao mišljenje Komisije. Naime, Sud pravde je konstatovao da je Parker Pen imao 100% udela u zavisnim društvima, usmeravao njihove prodajne i marketinške aktivnosti i kontrolisao prodaju, ciljeve, bruto maržu, troškove prodaje, gotovinu i zalihe.³¹ Sud je našao da Parker i pomenuta zavisna društva tako formiraju jedinstveni ekonomski subjekt, unutar koga zavisna društva ne uživaju stvarnu autonomiju u određivanju svojih postupaka na tržištu, već izvršavaju uputstva matičnog društva pod čijom su kontrolom.³² Zaključak je da sporazumi između privrednih društava unutar jedinstvenog ekonomskog subjekta nisu sporazumi u smislu propisa o zaštiti konkurencije i samim tim ne mogu ograničavati konkurenciju na tržištu u smislu čl. 101 UFEU.³³

ZAKLJUČAK

Polazna tačka za primenu propisa iz oblasti prava konkurencije je, kako u pravu Republike Srbije, tako i u pravu Evropske unije, definisanje subjekata prava konkurencije. Odgovarajući na pitanje ko su subjekti prava konkurencije određujemo oblast primene prava konkurencije u personalnom smislu. Naime, subjekti prava konkurencije su ona lica na koja se propisi iz oblasti prava konkurencije primenjuju, kako u materijalnom, tako i u procesnom smislu.

Domaći zakonodavac se odlučio da konkretizuje polje primene *ad personam* odredaba Zakona o zaštiti konkurencije na taj način što je taksativnim nabrajanjem odredio pojavne oblike učesnika na tržištu. S druge strane, pojam učesnika na tržištu se ne spominje u primarnim izvorima prava Evropske unije. Naime, srž prava konkurencije Evropske unije čine članovi 101 i 102 UFEU koji ne definišu pojam učesnika na tržištu. Definiciju je moguće pronaći u odlukama

³¹ *Case C-73/95 P Viho Europe BV v Commission of the European Communities* od 24. oktobra 1996. godine, tač. 15.

³² *Case C-73/95 P Viho Europe BV v Commission of the European Communities* od 24. oktobra 1996. godine, tač. 16.

³³ Naravno, može se u praksi postaviti pitanje primene čl. 102 UFEU.

Komisije i presudama sudova Evropske unije. Konkretno, definiciju pojma učesnika na tržištu (eng. *undertaking*) u pravu konkurencije Evropske unije nalazimo u presudi u slučaju *Höfner* gde je konstatovano da je to svaki subjekt koji se bavi ekonomskom aktivnošću bez obzira na pravni status i način finansiranja. U sudskoj praksi sudova Evropske unije zastupljen je stav da je ekonomska delatnost svaka ona delatnost koja se sastoji od ponude roba ili usluga na tržištu, bez obzira na postojanje ili nepostojanje namere sticanja dobiti. U tom smislu, moguće je da isti subjekt može biti smatran učesnikom na tržištu kada obavlja jednu ekonomsku aktivnost, ali ne i kada obavlja neku drugu.

Iako se restriktivni sporazumi i zloupotreba dominantnog položaja najčešće vezuju za privredna društva i preduzetnike, organi javne vlasti se u praksi vrlo često mogu smatrati adresatima prava konkurencije. Naime, bez obzira što čl. 101 st. 1 UFEU ne pominje organe javne vlasti, nesporno je da u praksi ovi organi mogu ograničavati konkurenciju na tržištu. Načelno, organi javne vlasti mogu biti subjekti prava konkurencije samo pod uslovom da preduzimaju radnje koje su komercijalnog karaktera. Stav sudske prakse je da je neophodno primeniti funkcionalni pristup prilikom procene da li konkretna aktivnost javnih vlasti spada u vršenje javnih ovlašćenja ili se radi o aktima komercijalnog karaktera.

Ustanove i udruženja privatnog prava mogu se smatrati učesnicima na tržištu u smislu propisa o zaštiti konkurencije ukoliko je aktivnost u kojoj učestvuju komercijalnog karaktera.

ALEKSANDRA VASIĆ
Assistant, Faculty of Law
University of Niš

THE NOTION OF UNDERTAKING IN THE COMPETITION LAW

Summary

The author analyzes the concept of market players related to both the Republic of Serbia and European Union competition law. Domestic lawmakers decided to specify the field of applying ad personam provisions of the Competition Law by listing determined existing forms of market players. However, the term of undertaking in European Union competition law is not defined in primary law sources. This definition can be found in the Commission decisions and judgments of the European Union courts. Any entity that performs economic activity is considered to be an undertaking, regardless of its legal status and financing methods. It is a functional approach with the emphasis on the activity performed by the subject. Therefore, the author in this article analyzes some of the most important court judgments, pointing out possible problems in their understanding.

Key words: competition law, undertaking, European Union

Literatura

Marković Bajalović D., *Pravo konkurencije Evropske unije*, Sarajevo, 2016.

Pošćić A., "Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 29, br. 2, 2008.

Staničić F., "Pravni položaj Katoličke crkve kao gospodarskog subjekta u pravu Evropske unije i hrvatskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 68, 2018.

Wils P.J., "The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons", *European Law Review*, Tom 25, br. 2, 2000.

Whish R., David Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 21.10.2020.

Prihvaćen: 03.11.2020.

PREGLEDNI RAD

KLJUČNE RAZLIKE IZMEĐU UGOVORA O DISTRIBUCIJI I UGOVORA O FRANŠIZINGU

Analizirajući ključne razlike između ugovora o distribuciji i ugovora o franšizingu, autor ističe da je savremena tržišna ekonomija uticala na unapređenje distributivnih kanala, koji su svojom adekvatnom strukturom, efikasnošću i fleksibilnošću postali savremena alternativa tradicionalnim poslovnim modelima. Pošto je poslovna praksa pod pritiskom objektivnih potreba iznedrila ove ugovore, to je i teorija morala da im da odgovarajuće formalno ruho. Njihova srodna ekonomska funkcija dovela je do brojnih analognih pravnih rešenja, međutim, autor smatra da sama mogućnost objedinjavanja ovih instituta u posebnu pravnu granu ne isključuje sui generis osobine pojedinačnih odnosa, te nikako teorijski ne ugrožava postojanje svakog od ovih instituta. Pojedinaac koji se opredeljuje za jedan od njih susreće se sa delikatnim pitanjem: kako iznaći pravu meru između štetnosti i korisnosti ovih ugovora. Autor zaključuje da je neophodno uzeti u obzir niz faktora, kao što su priroda proizvoda, zahtevi ciljne grupe kojoj su namenjeni, veličina i obim tržišta, intezitet konkurencije, tržišni položaj kompanije, kao i dostupnost sposobnih i stručnih potencijalnih poslovnih partnera. U tom smislu, konačnoj odluci, odnosno izboru pravnog okvira, treba da prethodi suštinsko razumevanje pravnih aspekata i efekata, kao i pravne prirode naizged sličnih, ali značajno različitih pravnih poslova.

Ključne reči: ugovor o distribuciji, ugovor o franšizingu, Prednacrt Građanskog zakona Republike Srbije

Jasna Bujuklić Mitrović, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, sudski saradnik u Višem sudu u Beogradu, e-mail: jasna.bujuklic@hotmail.com.

U V O D

Savremeno poslovanje orijentisano je ne samo na modernizovanje proizvodnih procesa, već i na razvijanje i usavršavanje novih metoda i tehnika poslovanja kojim bi se obezbedio kvalitetniji i brži plasman robe na tržištu. Novac i vreme, kao najvažniji privredni resursi, nameću novu dinamiku, koja se ogleda u umeću izgradnje kvalitetnih lanaca distribucije robe od proizvođača do krajnjih korisnika, a sve sa ciljem povećanja tržišnog učešća. Raznolikost robe i usluga, hiperprodukcija i konkurencija zahtevaju stalno usavršavanje poslovnih metoda, ali i sve veću stručnost svih aktera u složenom distributivnom lancu. Ugovor o distribuciji i ugovor o franšizingu, kao ugovori autonomnog trgovinskog prava, proteklih decenija su pružili potreban stepen pravne sigurnosti u ovom domenu, ali i mogućnost učesnicima u tržišnoj utakmici da prilagode poslovanje sopstvenim merilima i potrebama.

Međutim, njihove slične pravne karakteristike za posledicu imaju da se u praksi često kao problem javlja nemogućnost jasnog definisanja granice između pomenuta dva pravna posla. Nameće se pitanja da li zaista postoji jasna distinkcija između njih, u čemu se ona ogleda i kako se reflektuje u pogledu pogodnosti koje pruža u odnosu na poslovne rezultate. Potpuna razumevanja njihove pravne prirode i karakteristika, nesumnjivo može isključiti mogućnost zablude prilikom izbora jednog od pomenutih poslovnih modela. Imajući u vidu navedeno, cilj ovog rada jeste utvrđivanje pravnog okvira i bitnih obeležja distribucije i franšizinga, uz preciziranje čitavog spektra različitosti koji mogu biti od presudnog značaja prilikom opredeljenja za jedan od ovih ugovora. Na ovaj način se posredno može pružiti odgovor na pitanje njihovog pojedinačnog domašaja, značaja i pogodnosti koje pružaju privrednim subjektima, a koje mogu doprineti maksimiziranju poslovnog učinka. I pored njihovih osobenosti, neretko u praksi dolazi do zablude pravnih subjekata u pogledu njihovog realnog domašaja, pogodnosti a samim tim i nedoumica koji je poslovni model pogodniji i pouzdaniji za poslovanje.

UGOVOR O DISTRIBUCIJI

Svetska tržišna utakmica nameće surove uslove svim učesnicima, uspostavljajući visoke poslovne standarde. Oni se ogledaju kako u potrebi unapređenja proizvodnih programa i implementaciji kvalitetnih poslovnih strategija, tako i u izgradnji održivih lanaca distribucije koji garantuju efikasan i pouzdan plasman krajnjim korisnicima. Najbolji način da kompanija postane lider u svom poslo-

vanju jeste da svoju snagu fokusira na dostupnost proizvoda na pravom mestu i u pravo vreme, kako bi se zadovoljile potrebe potrošača, i to uz minimalne troškove transporta i skladištenja po kompaniju.¹ Međunarodna prodaja robe se danas u značajnom delu odvija preko distributivnih mreža, koje se uspostavljaju između snabdevača (proizvođača ili veletrgovaca) i distributera (kompanije i individualnih trgovaca), a koje se u pravnom smislu zasnivaju na ugovoru o distribuciji kao *sui generis* ugovoru.² Prema predloženoj definiciji *Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije* (u daljem tekstu: *Prednacrt*), ugovorom o distribuciji se jedna ugovorna strana (snabdevač) obavezuje da drugu ugovornu stranu (distributera), kontinuirano snabdeva proizvodima, a distributer se obavezuje da te proizvode kupuje radi njihove prodaje drugim licima, u svoje ime i za svoj račun. Ugovorne strane kao nezavisni privredni subjekti, uspostavljajući trajni odnos poslovne saradnje, posluju u svoje ime, za svoj račun i na svoj rizik. Snabdevač, pored isporuke robe, mora i da obaveštava distributera o karakteristikama proizvoda, cenama i rokovima snabdevanja proizvodima. Pored toga, ima obavezu obezbeđenja reklamnih materijala potrebnih za distribuciju i promociju proizvoda, kao i obavezu očuvanja njihove reputacije.³

Nasuprot tome, distributer je u obavezi da promoviše proizvode snabdevača i štiti njegove interese, obaveštavajući ga o svim relevantnim informacijama tokom trajanja ugovora, a posebno o smanjenju narudžbina. Takođe, u obavezi je da se pridržava uputstava snabdevača koja se odnose na proces distribucije odnosno očuvanje reputacije, kao i da obezbeđuje posleprodajni servis za sve proizvode koje nabavlja od snabdevača. Konačno, distributer je obavezan da obezbedi snabdevaču pristup svojim poslovnim prostorijama, kako bi mogao proveriti da li distributer poštuje ugovorene standarde i uputstva, uz obavezu očuvanja poslovnog ugleda. Treba imati u vidu da obaveze preuzete zaključenjem ugovora (zabranjena konkurencije, obaveze reklamiranja i dr.) mogu biti upotpunjene i pratećim obavezama distributera, koje imaju za cilj da unaprede samu distribuciju, podignu njen nivo i da doprinesu renomeu snabdevača. U ovu grupu obaveza spadaju brojne predprodajne i posleprodajne usluge, kao npr. ulaganje u prodajni prostor, obuka personala, obezbeđivanje servisiranja i rezervnih delova kao i unapređenja prodaje i organizacija subdistributera.

¹ Igor Protić, "Distribucija i promocija kao elementi marketing miksa na primeru kompanije Starbaks", master rad, Beograd, 2013, 6.

² Ljubica Tomić, "Ključna pitanja ugovora o međunarodnoj distribuciji", *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava* (ur. J. Perović Vujačić), br. 1, Beograd, 2019, 115–117.

³ *Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije*, https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika.html.

Na osnovu navedenog, može se zaključiti da se radi o neimenovanom dvostrano obaveznom, konsensualnom, komutativnom i kauzalnom ugovoru sa trajnim prestacijama. Reč je o ugovoru koji ulazi u kategoriju okvirnih ugovora, na osnovu koga će se kasnije zaključiti pojedinačni ugovor ili više ugovora, kojima će se precizirati detalji isporuke. Podrazumeva se da pojedinačni ugovori moraju biti u skladu sa odredbama generalnog ugovora. Dakle, po svojoj pravnoj prirodi je složen ugovor koji u sebi funkcionalno i sadržinski sadrži elemente više klasičnih ugovora. Intencija ugovornih strana je uspostavljanje pravnog odnosa koji počiva na poverenju, a koji garantuje kvalitet, izvesnost, sigurnost u poslovanju. U tom smislu posebno karakterističan je njegov *intuitu personae* karakter. Ovaj lični odnos je posebno značajan jer snabdevač bira distributera na osnovu njegovog ugleda na određenom tržištu, njegovog znanja i iskustva, ali i posedovanja opreme za distribuciju.⁴ Dakle, lična svojstva jednog ili oba ugovornika imaju poseban značaj u poslu distribucije i najčešće predstavljaju odlučujući element zaključenja ugovora. Iako u većini zakonodavstava ne postoji zahtev za pisanom formom, ugovor o distribuciji se zbog svoje složenosti i trajnosti obligacije, koja je u njemu sadržana, u praksi najčešće zaključuje upravo u pisanom obliku, i to pre svega zbog potrebe dokazivanja njihove sadržine. Konačno, u pravnom sistemu Srbije, kao i u većini drugih zakonodavstava u uporednom pravu, nije zakonski regulisan, tako da spada u kategoriju neimenovanih ugovora koji se može punovažno zaključiti u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja.⁵

U implementaciji kvalitetne poslovne strategije nije dovoljno ponuditi kupcima dobar proizvod i prihvatljivu cenu, već je neophodno posvetiti dužnu pažnju pitanju mesta, odnosno kanala distribucije. Kanal distribucije je sistem pojedinaca i organizacija za usmeravanje toka roba i usluga od proizvođača do potrošača ili krajnjeg korisnika.⁶ Oni obuhvataju ukupne tokove robe, novca i informacija koji se odvijaju pri uspostavljanju raznovrsnih veza između pojedinih institucija. Odluke o izboru kanala prodaje variraju u vremenu, u zavisnosti od karaktera tržišta, od vrste proizvoda, karakteristika konkurencije, tipa proizvođača i sl. Na izbor kanala distribucije utiču brojne karakteristike potrošača: njihov broj, geografska lokacija, frekvencija kupovine i drugi faktori. Karakteristike proizvoda koji utiču na izbor kanala distribucije: kvarljivost, vrednost jedinice proizvoda, da li su neophodni za život ili spadaju u luksuzne proizvode itd. Distributivna mreža

⁴ Ilija Zindović, "Sporazumi o distribuciji robe i njihovo dejstvo na konkurenciju", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 2019, 8.

⁵ Jelena Perović, "Sporne odredbe ugovora o međunarodnoj distribuciji", *Pravo i privreda* (ur. M. Vasiljević), br. 4–6, Beograd, 2010, 361.

⁶ I. Protić, op. cit., 149.

predstavlja zajednički projekat više pojedinaca, koji podrazumeva kolektivnu posvećenost ostvarenju individualnih ciljeva. Od opredeljenja učesnika zavisi i modalitet saradnje koji može biti raznolik. Razlika počiva na stepenu autonomije, odnosno obimu ovlašćenja koja se pružaju distributerima.

U tom smislu, ističu se dve osnovne vrste ovog pravnog posla.

Ugovorom o *ekskluzivnoj distribuciji* snabdevač se obavezuje da proizvodi snabdeva samo jednog distributera na određenoj teritoriji ili za određenu grupu lica, dok se distributer obavezuje da proizvode kupuje samo od snabdevača ili od lica određenog od strane snabdevača. Ono što čini *differentia specifica* ovog ugovora je ekskluzivitet teritorije koju snabdevač kao nezavisni preduzetnik određuje distributeru, a na kojoj distributer usredsređuje svoj prodajni napor, čime mu je ugovorno nametnuta obaveza unapređenja i organizacije distribucije na toj teritoriji. Distributer se istovremeno obavezuje i da se uzdrži od bilo kakvog oblika konkurencije sa snabdevačem po pitanju konkurentne robe unutar teritorije, ali i vezano za pitanje trgovine ugovorenim robom i izvan ugovorene teritorije. Sporazumom je, nadalje, moguće da se ugovoreno područje proširi i po osnovu prava naknadne dispozicije distributera. Ovakva mogućnost stoji na raspolaganju u slučaju prezasićenosti tržišta nekom vrstom proizvoda na ugovorenoj teritoriji, kao i u slučaju procene da postoje objektivni uslovi za širenje plasmana na nova tržišta.⁷

Ugovorom o *selektivnoj distribuciji* snabdevač se obavezuje da, neposredno ili posredno, proizvodima snabdeva samo distributere odabrane na osnovu određenih, jasnih i objektivnih kriterijuma. Kod selektivne distribucije snabdevač, u cilju očuvanja poslovnog ugleda, limitira krug distributera koji mogu biti uključeni u distributivni sistem, odnosno broj i vrstu prodajnih objekata gde se preprodaja može vršiti. Utvrđujući kriterijume za „prijem“, snabdevač obezbeđuje da se distributivni sistem zatvori za „nepoželjne distributere“. Ova vrsta distribucije je zastupljena u oblastima potrošnje specifičnih vrsta proizvoda, uglavnom skupljih i luksuznijih. Međutim, ovakvi ugovori po pravilu diktiraju i određena ograničenja za distributera, kao na primer, da robu ne može prodavati po nižoj ceni koje je ugovorena ili da ne može robu nabavljati i distribuirati od drugog dobavljača. Proizvođači nestandardnih i skupih proizvoda imaju poslovni interes da stalno održavaju uvid u distribuciju svojih proizvoda određenim klijentima, održavajući na taj način svoj stečeni *goodwill*. U grupu distributivnih sporazuma spadaju i oblici ekskluzivnog zastupanja (*agency*), kod kojih dilere u “klasičnom smislu”

⁷ Jelena Gazivoda, “Pojam i značaj ugovora o ekskluzivnoj distribuciji u pravu konkurencije EU”, *Pravo i privreda* (ur. M. Vasiljević), br. 5–8, Beograd, 2000, 823.

zamenjuju zastupnici koji su, u priličnoj meri, integrisani u organizacioni sistem principala.⁸

UGOVOR O FRANŠIZINGU

Franšizni poslovni koncept pomerio je granice dotadašnjeg poslovanja, objedinjujući prednosti dva sveta, tj. ugovora kao koordinacije jednakih, i organizacije kao hijerarhijske uređenosti.⁹ Ovakav ugovorni aranžman omogućava lakšu internacionalizaciju poslovanja uz minimiziranje finasijskih troškova za davaoca franšize, sa jedne strane, kao i mogućnost korišćenja poznatog i uspešnog poslovnog imena, uz značajno smanjenje rizika od neuspeha, manjeg inicijalnog kapitala i uživanja poslovnog ugleda, sa druge strane. Prema predloženoj definiciji Prednacrtu, ugovorom o franšizingu se jedna ugovorna strana (davalac franšize) obavezuje da drugoj ugovornoj strani (korisniku franšize) prenese ugovorom utvrđena prava i vrši ugovorene usluge radi uključivanja korisnika franšize u svoj poslovni sistem davaoca, a korisnik franšize se obavezuje da za to plaća posrednu ili neposrednu naknadu. Davalac franšize se ugovorom obavezuje da prenese korisniku franšize isključivo pravo prodaje robe ili vršenja usluga na određenoj teritoriji, pravo na korišćenje komercijalnih, marketinških i tehničkih metoda poslovanja i znanje i iskustvo (*know-how*) u poslovanju. Takođe, može se obavezati i da trajno pruža usluge obuke i pomoći u poslovanju, kao i usluge kontrole i nadzora nad poslovanjem korisnika franšize radi očuvanja identiteta franšizne mreže. Franšizni ugovor je neimenovani, formalni, dvostrano-obavezujući i teretni ugovor, najčešće sa trajnim prestracijama, koji sadrži elemente iz više ugovora. Jedna od važnih osobenosti je njegov *intuitu personae* karakter, koji počiva na ideji zajedničkog poduhvata čiji je uspeh uslovljen pojedinačnim kvalitetima i zalaganjem ugovornih strana.

U tom smislu, smrt ili gubitak poslovne sposobnosti utiče na odluku druge strane o okončanju ili nastavku ugovornog odnosa, a takođe zbog ličnog pravnog dejstva ugovora dolazi do primene ugovorenih pravila o prenosu prava i obaveza iz ugovora na treće lice. Kompleksnost ovog pravnog posla ogleda se u činjenici da se radi povezivanja pravno nezavisnih, ali ekonomski integrisanih subjekata, koji zahvaljujući prenošenju standardizovanog koncepta poslovanja i znakova razlikovanja sa uspešnog privrednog subjekta na samostalne preduzetnike, stvara efekte statusnih grupacija povezanih preduzeća (grupa društva). Odvojeni prav-

⁸ Ivanka Spasić, "Koncept i pravno uređenje sporazuma o distribuciji u pravu EU", *Revija za evropsko pravo*, (ur. R. D. Vukadinović), br. 2–3, Kragujevac, 2013, 112.

⁹ Milan Parivodić, *Pravo međunarodnog franšizinga*, Službeni glasnik, Beograd 2003, 54.

ni personaliteti davaoca i korisnika franšizinga upravo čine osobenost ugovora i omogućavaju jasnu distinkciju u odnosu na ugovor o radu, zastupanju ili ortaklu-ku.¹⁰

Neke od specifičnosti ovog pravnog posla odnose se kako na fazu pre zaključenja ugovora (predugovornu), tako i na samu ugovornu sadržinu. Imajući u vidu kompleksnu pravnu prirodu ugovora, treba istaći da je faza koja prethodi zaključenju ugovora višestruko značajna za obe ugovorne strane, te nesumnjivo intezivnija u odnosu na ugovor o distribuciji. Naime, davalac franšizinga tokom pregovora vrši detaljne analize finansijskog i ljudskog potencijala primaoca franšizinga kao nosioca budućeg poslovnog projekta, čiji će uspeh biti uslovljen njegovom stručnošću i lojalnošću.¹¹ Nasuprot tome, za korisnika franšizinga, kao najčešće inferiornijeg partnera, predstavlja fazu koja obezbeđuje iscrpno, tačno i blagovremeno informisanje o svim pojedinostima i bitnim elementima samog ugovora. Obaveštenje o predmetu i kvalitetu franšize, analiza finansijske uspešnosti planiranog posla, poslovnom ugledu davaoca franšize i svim ostalim subjektima u franšiznoj mreži isključuje, disbalans najpre pregovaračke, a potom i ugovorne moći.¹² U slučaju zaključenja ugovora, davalac franšizinga prenosi prava i dokumenta, obavezujući se na obaveštavanje o unapređenjima u poslovanju, očuvanju identiteta, poslovne mreže i kontroli poslovanja korisnika franšize. Sa druge strane, korisnik franšize se obavezuje na pridržavanje uputstva i čuvanje poverljivih podataka, obezbeđenje kvaliteta robe i usluga i identiteta robe i usluga. Takođe, po pravilu omogućava kontrolu od strane davaoca franšize, uz obavezno dostavljanje izveštaja o poslovanju kao i čuvanju poslovnog ugleda i identiteta franšizne mreže uz kontinuirano obaveštavanje tokom trajanja ugovora.

Konačno, u zavisnosti od kriterijuma podele, pravna teorija i poslovna praksa poznaju više vrsta franšizinga, s obzirom na prava i obaveze stranaka. Iako se franšizni poslovi neprestalno usložnjavaju, menjajući vremenom svoj oblik, za potrebe ovog rada izdvojićemo dve klasifikacije, jednu u kontekstu razvoja franšizing sistema, i drugu koja se odnosi na pravne strukture koje su u upotrebi u međunarodnom franšizingu.

¹⁰ Tamara Milenković Kerković, "Esencijalni elementi i struktura ugovora o master franšizingu – Kako sačiniti dobar nacrt ugovora?", *Časopis za marketing teoriju i praksu*, br. 1, Beograd, 2010, 19.

¹¹ U tom smislu, ne čudi što je čitavo poglavlje *Prednacrt* značajnu pažnju posvetilo pitanju predugovornog obaveštavanja.

¹² Davalac sprovodi intervjuisanje potencijalnih kandidata, što podrazumeva mogućnost postavljanja brojnih i veoma detaljnih pitanja vezanih za poslovanje budućeg korisnika. Takođe postoji i mogućnost realizacije pilot projekata, koje za cilj imaju proveru realnih domašaja poslovnog koncepta jedne strane, kao i sposobnosti njegove realizacije na drugoj strani.

Franšiza distribucije predstavlja tradicionalni franšizing koncept, kod koga davalac franšize ustupa primaocu pravo prodaje svojih proizvoda, a u nekim slučajevima i pravo potpune ili delimične proizvodnje.¹³ *Franšizing poslovnog formata* (koji se obeležava kao “franšizing druge generacije”) podrazumeva saradnju između davaoca i primaoca franšize koja se ne odnosi samo na proizvode, usluge i trovinsko ime, već i na ustupanje celokupnog sistema za poslovanje.¹⁴ On je kao poslednji razvijeni varijetet postao sinonim za franšizing poslovanje. Kada su u pitanju modaliteti međunarodnih franšizing aranžmana, oni se mogu realizovati putem *direktnog* ili putem *master* franšizing ugovora. *Direktno poslovanje* (*direct franchise*) obuhvata pojedinačne (jedinične) ugovore (*unit franchising*) i razvojne ugovore (*development agreement*). Kod *jediničnih ugovora* davalac franšizinga ustupa franšize pojedinačnim korisnicima u stranoj zemlji, dok kod razvojnih ugovora tzv. *developer* dobija pravo da otvori određeni broj poslovnih jedinica u skladu sa prethodno utvrđenim planom. S druge strane, kod *ugovora o master franšizi* (*master franchise*) davalac franšize daje pravo (često ekskluzivno) korisniku franšize da na određenoj teritoriji otvara sopstvene lokale i da franšizira trećim licima, korisnicima pod-franšize za naknadu (po pravilu početnu i trajnu). Korisnik franšize zapravo postaje davalac pod-franšize na svojoj ekskluzivnoj teritoriji, koja često obuhvata celu zemlju.¹⁵

ISTORIJAT

Ugovor o distribuciji nastaje nakon Drugog svetskog rata i svoju primenu nalazi pre svega u automobilskoj industriji, da bi se kasnije njegov domašaj proširio na mašinsku i kozmetičku industriju, elektroopremu, poljoprivredne mašine, nameštaj, kompjutersku opremu, turističke i ugostiteljske usluge i dr. Kod pojedinih roba ovaj ugovor stiže potpunu poslovnu afirmaciju i postaje preovlađujući oblik plasmana.

Možemo zaključiti da ukoliko bi se poslovi distribucije posmatrali u najširem kontekstu, onda bi se franšizing mogao posmatrati kao jedan od modaliteta distribucije. Međutim, nikako se ova dva pravna posla ne mogu poistovetiti,

¹³ Ovaj model poslovanja najčešće se vezuje za naftnu, automobilsku i industriju osvežavajućih napitaka, čineći je najzačajnijim u oblasti maloprodaje.

¹⁴ Ovo je najbrži rastući oblik franšize, koji se primenjuje u ugostiteljstvu, hotelijerstvu, poslovnim uslugama, supermarketima.

¹⁵ Jasna Bujuklić Mitrović, “Ugovor o master franšizingu u svetlu nacrtu Srpskog građanskog zakonika”, *Pravni život*, br. 11, Beograd, 2019, 440.

a razlozi za to su mnogobrojni. Pre svega, nema sumnje da je zajednički imenitelj njihova fleksibilnost, pouzdanost i profitabilnost, što je pragmatična poslovna praksa prepoznala i iskoristila. Analizom njihovog evolutivnog puta, može se zaključiti da su od momenta nastanka sredinom prošlog veka, čitavim spektrom pogodnosti koje nude, uspeli da vrlo brzo svoju primenu nađu u različitim sferama privrednog poslovanja. Međutim, nasuprot ugovora o distribuciji u inicijalnoj fazi svog razvoja, presudan uticaj na pojavu franšizinga imao je razvoj prava žiga, koji je doprineo da isti žig koristi više nezavisnih preduzetnika, koji su se obavezali da će proizvoditi robu istog kvaliteta. Kada se razmatra mogućnost svrstavanja franšizinga u grupaciju *poslova distribucije*, pre svega se misli na osnovni tradicionalni oblik tzv. franšizinga robe i usluga, koji u je u najvećoj meri sadrži elemente distribucije. U tom smislu, metod distribucije možemo posmatrati kao prethodnicu savremenom obliku franšizinga. Različiti modaliteti ovog pravnog posla potvrđuju da se franšizing prilagođavao, modifikovao i usavršavao od trenutka kada ga je poslovna zajednicaprihvatila. U tom smislu, može se zaključiti da je proces razvoja trajao duže i da je svaka pojedinačna faza doprinosila njegovom uslozljavanju, a samim tim i udaljavanju od jednostavnijih distributivnih oblika. Konačno, savremeni uslovi poslovanja su usloveli formiranje i prihvatanje franšizing poslovnog formata kao najstroženijeg i dominantnog oblika ugovora trgovinskog prava, doprinoseći tako konačnom uspostavljanju značajnih razlika između pomenuta dva pravna posla.

PRAVNA PRIRODA UGOVORA

Nesumnjivo da oba ugovora počivaju na ugovoru o prodaji koji predstavlja osnov ka daljem uslozljavanju i unapređenju ugovornih odnosa, a sve sa ciljem prilagođavanja poslovnom ambijentu u kome su se razvijali. Dakle, kada govorimo o pravnoj prirodi distributivnih sporazuma, evidentno je da oni imaju značajne sličnosti sa ugovorom o prodaji, međutim, ključna razlika je u tome što se distributer ne smatra kupcem u klasičnom smislu te reči. Naime, ovde je on samostalan u poslovanju i sam određuje cenu robe koju (pre)prodaje, poslušajući kao deo jednog složenijeg sistema. Dakle, iako distributivni ugovori sadrže u sebi mnoge elemente prodaje, od nje se razlikuju po znatno većoj širini, obimu prava i obaveza, kao i po cilju samog ugovora.¹⁶ Značajno je napomenuti da, uprkos činjenici da je distributer deo distributivnog lanca, njegovo poslovno ime se obično razlikuje od imena snabdevača, ali i raspolaže značajnim stepenom autonomi-

¹⁶ I. Spasić, op. cit., 77.

je prilikom donošenja poslovnih odluka.¹⁷ Čitav korpus prava mu omogućava da se prilikom realizacije poslovnih ciljeva oslanja pre svega na sopstvene kapacitete, poslovno znanje i iskustvo. Takođe, to ga čini najznačajnijim faktorom koji doprinosi ostvarivanju konačnog poslovnog rezultata.

Nasuprot tome, ugovor o franšizingu, kao složen tip ugovornog odnosa, sadrži elemente više ugovora koje je kreirala poslovna praksa. Nesklad između pravne i faktičke realnosti ogleda se u pravnoj samostalnosti davaoca i korisnika franšize, kojoj se suprotstavlja ekonomsko jedinstvo franšizne grupe, zasnovano na apsolutnoj subordinaciji davaoca u donošenju odluka.¹⁸ Ukoliko je franšizni posao skorijeg datuma, njegova složenost je veća, a stepen unutrašnje kohezije viši.¹⁹ Ovakva pravna struktura za posledicu ima da korisnik franšizinga pristaje na centralizovano donošenje odluka i parcijalno snošenje rizika u poslovanju franšiznog sistema. Njegova aktivnost je prvenstveno usmerena na dosledno, kontinuirano i efikasno sprovođenje instrukcija, uz poštovanje uspostavljenih standarda. Dakle, poslovni uspeh nije uslovljen dominantnim položajem jedne ugovorne strane, već predstavlja zajednički poslovni poduhvat koji kao imperativ nameće intezivnu saradnju na svim segmentima njegove realizacije.

Treba istaći i da odnos snabdevača i distributera počiva na odnosu reciprociteta. Svaka od ugovornih strana zadržava određen stepen kontrole nad onim drugim. Proizvođač ima moć kontrole snabdevanja proizvodima, pružanja save-ta distributeru, kao i sticanja značajnih i vrednih informacija od distributera. Sa druge strane, distributerova moć počiva na posedovanju informacija, same robe, kao i promociji koja može značajno promeniti tok prodaje. Dakle, svako od njih sopstvenim postupanjem može naštetiti poslovanju onog drugog. Međutim, mehanizmi kontrole koji se koriste u ovim odnosnima nisu dovoljni za potpuno sprečavanje zloupotrebe, iziskuju značajna finansijska sredstva, ali mogu trajno narušiti međusobnu saradnju. Imajući ovo u vidu, ugovorne strane ulažu značajan napor da uspostave kvalitetnu međusobnu komunikaciju, koja dugoročno ima pozitivne efekte na sve segmente distributivnog lanca.²⁰

¹⁷ Upor. <https://www.ashtonsfranchise.com/what-is-the-difference-between-franchising-distribution-agency-and-licensing>, 15.07.2020.

¹⁸ Tamara Milenković Kerković, "Zbog čega i kako je potrebno regulisati ugovor o franšizingu u Srbiji", *Pravo i privreda* (ur. M. Vasiljević), br. 4–6, Beograd, 2015, 324.

¹⁹ I. Spasić, "Poslovni sistem franšizinga – šansa za privrednike u Srbiji", *Pravo i privreda* (ur. M. Vasiljević), br. 7–9, Beograd, 2016, 15.

²⁰ Uri Benoliel, "Distributor-Manufacturer Fiduciary Relationship: A Marketing Channels Perspective", *American Business Law Journal*, Tom 46, br. 1, Spring 2008, 187–246, <https://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm>, 15.07.2020.

PREDMET

Roba

Značajnu razliku ćemo uočiti ukoliko budemo analizirali predmet svakog pojedinačnog ugovora. S jedne strane, ugovor o distribuciji za predmet ima robu koju distributer preprodaje krajnjim potrošačima, zarađujući na razlici između nabavne i prodajne cene robe. Nesumnjivo da će dugotrajnost odnosa kao i količina poručene robe biti uslovljena njenim kvalitetom, prepoznatljivošću i potražnjom, odnosno mogućnošću plasmana na tržištu distributera. Kako uglavnom dolazi do uspostavljanja trajnijeg poslovnog odnosa, moguće je da količina robe ne bude precizno određena već “samo” *određiva*, pri čemu se (generalnim ugovorom) utvrđuje tzv. jedinična cena, dok će ukupna cena biti “određena”. Međutim, ugovorom se najčešće predviđaju minimalne količine proizvoda koje je distributer dužan da naruči od snabdevača u određenom vremenskom periodu tokom trajanja ugovora tzv. minimalne narudžbine (*minimum orders*). U okviru ove obaveze distributera, bitno je predvideti na koji način i kojim vremenskim periodima će minimalne narudžbine biti određivane. Sankcije za slučaj povrede ove obaveze od strane distributera mogu biti različite, predviđaju se u svakom konkretnom slučaju na osnovu principa autonomije volje i kreću se od relativno blagih, pa do najoštrijih (naknada za malu narudžbinu, otkaz ili ograničenje ekskluziviteta).²¹ Jedan od načina da se ograniči odgovornost distributera za ispunjenje ove obaveze je predviđanje obaveze obaveštenja snabdevača o smanjenju narudžbina u određenom roku pod određenim uslovima.

S druge strane, nema sumnje da korisnik franšizinga najčešće nabavlja robu od davaoca ili lica koje on odredi, ova činjenica je u skladu sa činjenicom da franšizni posao predstavlja jedinstvenu i jednoobraznu celinu.²² To može navesti da se ovaj ugovorni odnos okarakteriše kao distribucija. Problem nastaje kod tzv. robnog franšizinga, gde franšizat otkupljuje i prodaje robu u svoje ime od franšizera, i pod njegovom kontrolom, koristeći pritom njegov prodajni koncept i trgovačko ime. U ovim ugovorima, kao i u ugovorima o ekskluzivnoj distribuciji, nalaze se klauzule o unapređenju prodaje, nekonkurenciji, zaštiti teritorije i dr. Međutim, ono što treba imati u vidu je činjenicu da franšizing odnos nije uspostavljen prvenstveno radi distribucije robe, već radi usvajanja marketinškog obrasca (koncepta). Distributer nastoji da izgradi ugled svom sopstvenom imenu, dok je franšizerovo trgovačko ime potpuno u drugom planu, jer on koristi ime franšizera,

²¹ Upor. J. Perović, op. cit., 367.

²² I. Spasić, “Poslovni sistem franšizinga – šansa za privrednike u Srbiji”, op. cit., 20.

gradeći ugled u franšizingu.²³ Nasuprot tome, kod franšizinga poslovnog formata lako se može uočiti suštinska razlika ova dva pravna posla, odnosno činjenica da predmet ugovora o franšizingu nije roba, već poslovna ideja pretočena u dokazano uspješan poslovni model, prepoznatljiv i priznat pod određenim trgovačkim imenom, koju davalac ustupa drugoj ugovornoj strani. Dakle, franšizni sistem je paket koji obuhvata prava intelektualne svojine, u vezi sa jednom ili više oznaka, žigovima, industrijskim dizajnima, pronalascima i radovima zaštićenim autorskim pravom, zajedno sa relevantnim *know-how* i poslovnim tajnama, koji će biti iskorišćeni za prodaju robe i pružanje usluga krajnjim korisnicima.

Dakle, suštinska razlika je upravo u kompleksnosti predmeta ugovora, koji se dalje oslikava i na čitav ugovorni odnos, čineći ga daleko složenijim. Snabdevanje robom je samo jedan segment daleko kompleksnijeg procesa, koji za cilj ima realizaciju jedne poslovne ideje. Takođe, treba ukazati da se ugovor o master franšizingu kao njegov najsloženiji oblik podrazumeva dug proces kreacije franšize i franšiznog koncepta, te je neobično važno da davalac master franšizinga shvati da je kreacija franšize stvaranje novog proizvoda, koji se razvija uporedo sa već postojećom delatnošću davaoca franšizinga. Otuda predmet ovog ugovora nisu roba i usluge kojima se bavi davalac master franšizinga, već ustupanje prava na korišćenje tog novog proizvoda - oličenog u franšizi.²⁴

Cena

U osnovne obaveze distributera iz ugovora o distribuciji ulazi i isplata cene za proizvode kupljene od snabdevača. Plaćanje se vrši u skladu sa odredbama ugovora, najčešće sukcesivno ili u ratama, zavisno od isporuka, dok se ugovorom može predvideti dinamika plaćanja u zavisnosti od prodaje. Prodaja proizvoda distributeru po pravilu je uređena važećim opštim uslovima poslovanja snabdevača kojima se, između ostalog, određuju cena proizvoda, popusti, uslovi plaćanja i sredstva obezbeđenja. U praksi međunarodnog poslovnog prometa, uobičajeno je da snabdevač ugovorom zadržava pravo da izmeni cene svojih proizvoda pod uslovom da o tome obavesti distributera u određenom roku. Najzad, u ugovor o distribuciji se nekad unosi klauzula o zadržavanju prava svojine (*reservation of title*), u cilju obezbeđenja potraživanja snabdevača prema distributeru.

Ugovorom o distribuciji potrebno je predvideti i prava distributera u pogledu određenja preprodajne cene (*resale price*). U tom smislu, moguće su dve

²³ M. Parivodić, *Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji robe*, magistarska teza, Beograd, 1955, 38.

²⁴ T. Milenković Kerković, "Esencijalni elementi i struktura ugovora o master franšizingu – Kako sačiniti dobar nacrt ugovora?", op. cit., 19.

osnovne opcije – ona prema kojoj je distributer slobodan da sam odredi tu cenu, s tim što ona ne može premašiti maksimum određen od strane snabdevača i ona prema kojoj se distributer obavezuje da se pridržava cena fiksno određenih od strane snabdevača. Pri tome, potrebno je imati u vidu da pojedini pravni sistemi u okviru prava konkurencije zabranjuju nametanje fiksnih preprodajnih cena distributeru.²⁵ Iz tih razloga, prilikom formulisanja odgovarajuće ugovorne klauzule, potrebno je utvrditi da li je ona u skladu sa imperativnim pravnim propisima merodavnim za ugovor. Formirajući distributivnu mrežu distributeru, snabdevač ustupa pravo na dalju prodaju.

Nasuprot tome, specifičnost franšizinga iskazuje se i u domenu naknade. Ovaj pravni posao poznaje dve vrste naknada: “pristupninu” (*initial fee*) i naknadu u pravom smislu reči (*royalty*), koja se plaća tokom čitavog trajanja ugovora na ugovoreni način (najčešće u procentu od poslovanja ili periodično - mesečno, tromesečno, polugodišnje itd.) Pristupnina se može smatrati cenom ulaska u franšizni sistem i plaća se jednokratno, dok je kod druge reč o podeli zarade u dogovorenom procentu koji reflektuje cenu intelektualnih prava i tekućih usluga koje davalac pruža. Dakle, ključna razlika je u tome što distribucija ne uključuje korišćenje jedinstvenog znaka, niti jedinstvenih trgovačkih metoda, te ne poznaje nadoknadu za pristup distributivnom lancu. Nasuprot tome, davalac iskorišćava korpus znanja, stiče odgovarajuću profit od ugleda žiga, što opravdava obavezivanje na dugoročnu i kontinuiranu isplatu naknada. Takođe, ovako koncipiran vid naknada predstavlja određeni garant da će svaka od ugovornih strana biti dodatno motivisana da uloži potrebni napor da ugovor održi na snazi.

OSTALE UGOVORNE OBAVEZE

Nema sumnje da je kod oba ugovorna odnosa međusobna komunikacija, saradnja i stručna podrška preduslov za efikasno poslovanje i realizaciju poslovnog cilja koji se ostvaruje kroz sadržinski slične aktivnosti. Najveći broj ugovornih obaveza su slične prirode, jer imaju za cilj očuvanje renomea trgovačkog imena i sticanje neophodnog korpusa znanja koje će doprineti unapređenju poslovanja na svim nivoima. Međutim, čini se da se pozicija distributera i korisnika franšize značajno razlikuje i u ovom aspektu. Može se zaključiti da pravni posao distribucije realizuje kroz dve faze, u kojoj se prethodno isporučuje roba saobrazna ugovoru, dok potom nastupa druga faza kooperacije, koja podrazumeva kontinuitet u razmeni informacija kako bi se postavljen model što adekvatnije prilagodio postojećim tržišnim uslovima. Najveći izazov snabdevača je, osim zadržavanja tre-

²⁵ J. Perović, op. cit., 368.

nutnog tržišnog udela, i obezbeđenje njegovog značajnog rasta na teritoriji koja se osvaja, što podrazumeva visok nivo posvećenosti obe ugovorne strane, odgovarajuću finansijsku snagu, kao i spremnost izgradnje odnosa koji počiva na uzajamnoj podršci i iskrenoj komunikaciji.

Međutim, u praksi se neretko ugovorne strane, nakon inicijalnog uspeha, uvećanog prihoda i povećanog broja novih klijenata, suočavaju sa stagnacijom u poslovanju. Sprovedeno istraživanje ukazalo je da se kao ključni problem identifikuju nestručnost, nedovoljno materijalno ulaganje u poslovni rast, kao i nedostatak ambicije distributera. U tom smislu kao osnovni zadaci snabdevača, u cilju izbegavanja poznatog scenarija, jesu izbor distributera kao posledice strateške odluke i jasno preciziranih kriterijuma zasnovanih na prethodno objektivnoj proceni tržišta.²⁶ Takođe, značajno je izabrati distributera koji ima razvojni potencijal, bez obzira na postojeću mrežu klijenata kojom raspolaže. Međutim, paradoksalno je da renomirani distributeri često pokazuju manju zainteresovanost za ulaganje i kontinuiranu saradnju u odnosu na one koji tek osvajaju novo tržište.

Konačno, dugoročno nedovoljna motivisanost lokalnih distributera posledica je njihovog tretmana kao kratkoročnih partnera čiji je svrha da obezbede ulazak na tržište, te se ona može prevazići spremnošću snabdevača za uspostavljanjem kontinuiranog odnosa koji podrazumeva i ulaganje sopstvenih resursa u cilju ostvarivanja poslovnog cilja. Dakle, čini se da realizaciju pravnog posla distribucije podrazumeva distributera koji mora uložiti najbolji napor, znanje i stručnost kako bi realizovao poslovni cilj. Međutim, kod ugovora o distribuciji težište uzajamne komunikacije i saradnje jeste pre svega u fazi nakon isporuke robe i ono se odnosi na razmenu informacija o prodaji, stanju na ugovorenom tržištu, eventualnim modifikacijama proizvoda i asortimana, planiranoj novoj proizvodnji, detaljnom upoznavanju sa tehničkim karakteristikama proizvoda, reklamiranju i slično. Kao učesnici distributivne mreže, ugovorne strane raspolažu mogućnošću da obaveze neposredno preuzete zaključenjem ugovora upotpune i pratećim obavezama distributera. Tu može spadati ulaganje u prodajni prostor, obuka personala, obezbeđivanje servisiranja i rezervnih delova, unapređenje prodaje i organizacija, subdistributera, kao i brojne predprodajne i posleprodajne aktivnosti. U tom smislu, ugovor o distribuciji po pravilu sadrži klauzule kojima se distributer obavezuje da će uložiti svoj "najbolji napor" (*best efforts*) da promoviše i reklamira snabdevača na određenoj teritoriji u skladu sa opštim uputstvima snabdevača, da čuva njihovu reputaciju, kao i da štiti interese snabdevača sa pa-

²⁶ David Arnold, "Seven Rules of International Distribution", *Harvard Business Review*, November–December 2000, <https://hbr.org/2000/11/seven-rules-of-international-distribution>, 09.07.2020.

žnjom dobrog privrednika. Dakle, nema sumnje da održavanje skladnih odnosa između učesnika sistema predstavlja najveći izazov za snabdevača.²⁷

Nasuprot tome, sve dok posao franšizinga ne zaživi, odnosno dok se ne otpočne sa poslovanjem u punom kapacitetu, njemu prethode značajne pripreme, koje podrazumevaju čitav spektar aktivnosti korisnika franšizinga. Franšizing podrazumeva višeslojni i kompleksniji odnos koji nameće kao imperativ intezivnu saradnju, bez koje je onemogućeno oživljavanje jedne poslovne ideje, dok će kod distribucije njen intezitet oscilirati u zavisnosti od mnoštva raznih faktora. Istraživanja pokazuju da uspeh franšiznih sistema zavisi od snage franšiznog odnosa.²⁸ Kooperacija i specijalizacija uloga omogućavaju davaocima franšize da obavljaju strategijsko planiranje i marketing, dok se korisnik franšize koncentriše na pružanje usluga potrošačima. Dakle, faktori kao što su poverenje, saradnja, posvećenost i lojalnost su od krucijalnog značaja za franšizne odnose. Treba imati u vidu da radi očuvanja poslovnog ugleda franšiznog sistema davalac mora preduzeti mere kako bi sačuvao identitet i ugled mreže koju simboliše žig. U cilju kontinuiranog unapređenja sistema on vrši trajnu kontrolu nad radom korisnika, pruža pomoć, razmenu informacija, uz mogućnost izmena i prilagođavanja sistema u hodu putem vlasti koju zadržava nad korisnikom.²⁹ Upravo to opravdava i nivo obaveza korisnika kao preduslova za realizaciju postavljene poslovne projekcije.

Dakle, nasuprot centralizovanog i sinhronizovanog delovanja koje odlikuje franšizing, treba imati u vidu da sve dodatne aktivnosti distributera predstavljaju opciju koja svakako ne mora biti njegov nužni izbor, jer bi takvo dodatno obavezivanje moglo predstavljati dugoročno neisplativo angažovanje. Otuda, osim plasmana robe, distributer može uložiti dodatni napor obavezujući se na niz drugih aktivnosti koje mogu nesumnjivo doprineti unapređenju poslovanja. Čini se da je priroda tih obaveza slična kod oba ugovora. Ipak, za razliku od franšizinga, gde će dosledno praćenje instrukcija i kontinuirana razmena informacija uslovljavati i predstavljati neophodnost za ostvarenje poslovnog cilja, distribucija ostavlja prostor za procenu svakog pojedinačnog distributera, vodeći računa o modalitetima, intezitetu i isplativosti saradnje. Nema sumnje da ove aktivnosti mogu doprineti unapređenju poslovanja snabdevača, omogućavanju njegovog boljeg tržišnog pozicioniranja, kao i očuvanju poslovnog ugleda.

²⁷ Kirshor Barad, "Distribution Challenges at Power-Tech India Ltd", <https://ssrn.com/abstract=2105984>, 04.08.2020.

²⁸ Suzana Stefanović, Milica Stanković, "Komparativna analiza razvoja franšizinga u Srbiji i svetu", *Časopis za marketing teoriju i praksu*, br. 2, Beograd, 2013, 118.

²⁹ M. Parivodić, *Pravo međunarodnog franšizinga*, op. cit., 32.

EKSKLUZIVITET

Poslednja u nizu razlika pomenutih ugovora jeste pitanje ekskluziviteta, koje se reguliše u zavisnosti od njihove pravne prirode. Kao što je istaknuto, kod ugovora o distribuciji, u zavisnosti od pravne kvalifikacije, zavisice stepen ustupljene autonomije na određenoj teritoriji koju će uživati distributer. Može se zaključiti da se radi o pravnom odnosu kod kojeg je moguće kreirati čitav dijapazon opcija ekskluziviteta, a konačnu odluku oblikovaće tržišni ambijent, poslovne projekcije i stručne kvalifikacije ugovornih strana.³⁰ Takođe, tehnološki razvoj je značajno promenio način distribucije roba i usluga, te se kod selektivne distribucije nametnulo, kao jedno od ključnih pitanja, mogućnost zabrane od strane snabdevača imenovanim distributerima da prodaju luksuzne proizvode trećim licima preko internet platformi. Rasprava koja se vodila povodom ove teme okončana je odlukom Evropskog suda pravde kojom su dozvoljena ograničenja u pogledu prodaje luksuzne robe preko platformi trećih lica u slučajevima selektivne distribucije ako su distributeri odabrani prema objektivnim i nediskriminatorским kriterijumima.³¹ Razlog leži u tome što luksuzna roba nije rezultat samo materijalnih karakteristika proizvoda, već se prestižni karakter gradi kroz luksuzni imidž. Stoga, ukoliko dobavljač nema mogućnost nadzora nad uslovima prodaje svojih proizvoda, to sadrži opasnost od pogoršanja predstavljanja tih proizvoda na internetu, što može štetiti njihovom poslovnom ugledu.³²

Nasuprot tome, kod franšizinga ekskluzivitet je najdelovotvorniji oblik zaštite, kome će težiti svaki primalac, a koji predstavlja eksplicitnu odredbu potpunog ekskluziviteta u teritoriji u kojoj posluje (isključuje poslovanje svakog ko je u bilo kakvoj vezi sa davaocem, kao i samog davaoca). Ova odredba oslobađa primaoca franšize tereta inter-sistemske konkurencije, te mu daje znatnu sigurnost prilikom investiranja. Kada se radi o jediničnim ugovorima, zbog njihove adhezivne prirode, pregovora o ekskluzivitetu neće biti. Kod ugovora o master fran-

³⁰ Takođe, treba imati u vidu značaj imperativnih pravila o zaštiti konkurencije, naročito kod odnosa sa elementom inostranosti. U međunarodnoj distribuciji moraju se imati u vidu imperativna pravila o zaštiti konkurencije, kako jurisdikcije na čijoj teritoriji se sprovode akti i radnje vezane za izvršenje ugovora o distribuciji, tako i one jurisdikcije na čijoj teritoriji ugovorne odredbe imaju ili mogu imati uticaj na konkurenciju.

³¹ *Coty Germany GmbH v. Parfumerie Akzente GmbH, European Court of Justice, Case br. C-230/16* (December 6, 2017).

³² Kishor B. Barad, "Distribution Challenges at Power-Tech India Ltd", <https://ssrn.com/abstract=210598404>, 22.06.2020.

šizingu, stepen ekskluziviteta može biti predmet pogađanja, ali se podrazumeva da ugovorne strane neće raditi suprotno interesima drugoga, dovodeći ga u ekonomski neizdrživu situaciju.³³ Dakle, ustupljeni ekskluzivitet predstavlja vid garanta za zajednički poslovni poduhvat, koji podrazumeva značajni finansijski rizik korisnika, kao i dokaz spremnosti na dugoročni proces realizacije projektovanih ciljeva.

ZAKLJUČAK

Odluku o tome da li će se kao dominantan poslovni model koristiti distribucija ili franšiza donosi proizvođač, odnosno, dobavljač. Neretko se učesnici na tržištu opredeljuju za kombinaciju ova dva poslovna modela, istovremeno razvijajući franšiznu mrežu i distribuirajući proizvode klasičnim ugovorom o distribuciji. Prilikom konačnog izbora, pored niza ostalih faktora, ključni uticaj imaće stepen razvoja tržišta, koji će dalje usloviti mogućnost efikasnog prenošenja visoko standardizovanog koncepta poslovnog modela na primaoca, a samim tim njegovog razvoja u odnosu na klasični ugovor o distribuciji. Razlozi koji će opredeliti pojedinca za ugovor o distribuciji su kako ekonomske, tako i pravne prirode. Ekonomski razlozi se prvenstveno ogledaju u nedovoljnoj finansijskoj moći pojedinih proizvođača da svojim proizvodima obezbede plasman kroz organizovanje sopstvene prodajne mreže.

Ipak, prednost ovih ugovora je u mogućnostima distributera da znatno uspešnije otkriju i uspostave veze sa eventualnim kupcima i to zahvaljujući boljem poznavanju lokalnih propisa, poslovne prakse i običaja, jezika, potreba lokalnih tržišta, preferencija potencijalnih kupaca, kao i boljih poslovnih veza. Uz to, lokalni distributeri imaju mogućnost jednostavnijeg i bržeg dobijanja uvoznih dozvola, saglasnosti i odobrenja za uvoz inostrane robe, transfera robe preko granice, pomoći u instaliranju i testiranju, pripremu za neposrednu isporuku potrošačima. Ni razlozi pravne prirode nisu zanemarljivi, jer pojedine zemlje dozvoljavaju prodaju strane robe uz uslov da se ona obavlja isključivo posredstvom lokalnih distributera, koji su dalje u obavezi da obezbede i rezervne delove kao i da vrše servisiranje uvezene robe.³⁴

Prethodna analiza ukazuje da je distribucija brži i izvesniji proces koji podrazumeva saradnju, ali ne i simbiozu između privrednih subjekata. Svaki poje-

³³ M. Parivodić, *Pravo međunarodnog franšizinga*, op. cit., 82.

³⁴ J. Gazivoda, op. cit., 824.

dinac distributivnog lanca doprinosi svojim punim profesionalnim potencijalima nesmetanom funkcionisanju lanca, ali uspeh konačnog plasmana prevashodno je uslovljen distributerovim uspešnim angažovanjem, koje odlikuje značajan stepen autonomije prilikom donošenja poslovnih odluka. Nasuprot tome, franšizing odlikuje izvesniji uspeh u poslovanju, ali koji kao posledicu nameće dugoročnu i intezivnu saradnju, čiji je uspeh uslovljen doslednom realizacijom poslovne ideje uz iskustvo i pomoć koje pruža davalac. Preuzimanjem poslovnog identiteta poznatog i moćnog privrednog subjekta, omogućava se nezavisnim privrednicima da se razvijaju brže, izbegavaju početničke greške, uživajući privilegiju brzog sticanja udela na tržištu zahvaljujući reputaciji davaoca. S druge strane, davaocu se omogućava ekspanzija i internacionalizacija poslovanja, olakšan pristup novim tržištima i njihovim specifičnostima, uz zadržavanje prava na kontinuiranu kontrolu dosledne primene uspostavljenih standarda u cilju očuvanja poslovnog ugleda.

Među najvećim paradoksima franšiznog ugovornog odnosa je raskorak između pravne samostalnosti ugovornih strana, kome se suprotstavlja ekonomsko jedinstvo franšizne grupe, a koje je zasnovano na apsolutnoj subordinaciji davaoca u donošenju odluka.³⁵ Pošto je poslovna praksa pod pritiskom objektivnih potreba iznedrila ove ugovore, to je i teorija morala da im da odgovarajuće formalno ruho. Njihova srodna ekonomska funkcija, dovela je do brojnih analognih pravnih rešenja. Mogućnost objedinjavanja ovih instituta u posebnu pravnu granu ne isključuje *sui generis* osobine pojedinačnih odnosa, te nikako teorijski ne ugrožava postojanje svakog od ovih instituta.³⁶ Pojedinac koji se opredeljuje za jedan od njih susreće se sa delikatnim pitanjem: kako iznaći pravu meru između štetnosti i korisnosti ovih ugovora. Svakako treba uzeti u obzir niz faktora, kao što su priroda proizvoda, zahtevi ciljne grupe kojoj su namenjeni, veličina i obim tržišta, intezitet konkurencije, tržišni položaj kompanije, kao i dostupnost sposobnih i stručnih potencijalnih poslovnih partnera.³⁷ U tom smislu, konačnoj odluci, odnosno izboru pravnog okvira, treba da prethodi suštinsko razumevanje pravnih aspekata i efekata, kao i pravne prirode naizged sličnih, ali značajno različitih pravnih poslova.

³⁵ T. Milenković Kerković, "Zbog čega i kako je potrebno regulisati ugovor o franšizingu u Srbiji", op. cit., 325.

³⁶ M. Parivodić, *Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji robe*, op. cit., 12.

³⁷ Prema Nakra, "How to set up your companys international distriburion", November 2016, <https://www.shippingsolutions.com/blog/how-to-set-up-your-companys-international-distribution>, 22.04.2020.

JASNA BUJUKLIĆ MITROVIĆ

Ph.D. candidate, Faculty of Law, University of Belgrade

Court associate at the High Court in Belgrade

KEY DIFFERENCES BETWEEN DISTRIBUTION AND FRANCHISE AGREEMENTS

Summary

Analyzing the key differences between distribution and franchising agreements, the author points out that the modern market economy has influenced the improvement of distribution channels, which with their adequate structure, efficiency and flexibility have become a modern alternative to traditional business models. Since business practice, under the pressure of objective needs, gave rise to these contracts, the theory also had to give them an appropriate formal framework. Their related economic function has led to numerous analogous legal solutions, however, the author believes that the very possibility of merging these institutes into a separate legal branch does not exclude *sui generis* features of individual relations, and in no way theoretically jeopardizes the existence of each of these institutes. An individual who opts for one of them is faced with a delicate question: how to find the right measure between the harmfulness and usefulness of these contracts. The author concludes that it is necessary to take into account a number of factors, such as the nature of the product, the requirements of the target group, the size and scope of the market, the intensity of competition, the company's market position, and the availability of capable and professional potential business partners. In that sense, the final decision, i.e. the choice of the legal framework, should be preceded by an essential understanding of the legal aspects and effects, as well as the legal nature of seemingly similar, but significantly different legal matters.

Key words: distribution agreement, franchise agreement, Pre-draft of the Civil Code of the Republic of Serbia

Literatura

Arnold D., "Seven Rules of International Distribution", *Harvard Business Review*, November–December 2000, <https://hbr.org/2000/11/seven-rules-of-international-distribution>.

Barad K. B., "Distribution Challenges at Power-Tech India Ltd", <https://ssrn.com/abstract=2105984>.

Benoliel U., "Distributor-Manufacturer Fiduciary Relationship: A Marketing Channels Perspective", *American Business Law Journal*, Tom 46, br. 1, Spring 2008, <https://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm>.

Bujuklić Mitrović J., "Ugovor o master franšizingu u svetlu nacrtu Srpskog građanskog zakonika", *Pravni život*, br. 11, Beograd, 2019.

Gazivoda J., "Pojam i značaj ugovora o ekskluzivnoj distribuciji u pravu konkurencije EU", *Pravo i privreda* (ur. M. Vasiljević), br. 5–8, Beograd, 2000.

- Milenković Kerković T., “Esencijalni elementi i struktura ugovora o master franšizingu – Kako sačiniti dobar nacrt ugovora?”, *Časopis za marketing teoriju i praksu*, br. 1, Beograd, 2010.
- Milenković Kerković T., “Zbog čega i kako je potrebno regulisati ugovor o franšizingu u Srbiji”, *Pravo i privreda* (ur. M. Vasiljević), br. 4–6, Beograd, 2015.
- Nakra P., “How to set up your companys international distriburion”, November 2016, <https://www.shippingsolutions.com/blog/how-to-set-up-your-companys-international-distribution>.
- Parivodić M., *Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji robe*, magistarska teza, Beograd, 1955.
- Parivodić M., *Pravo međunarodnog franšizinga*, Službeni glasnik, Beograd, 2003.
- Perović J., “Sporne odredbe ugovora o međunarodnoj distribuciji”, *Pravo i privreda* (ur. M. Vasiljević), br. 4–6, Beograd, 2010.
- Protić I., “Distribucija i promocija kao elementi marketing miksa na primeru kompanije Starbaks”, master rad, Beograd, 2013.
- Spasić I., “Koncept i pravno uređenje sporazuma o distribuciji u pravu EU”, *Revija za evropsko pravo*, (ur. R. D. Vukadinović), br. 2–3, Kragujevac, 2013.
- Spasić I., “Poslovni sistem franšizinga – šansa za privrednike u Srbiji”, *Pravo i privreda* (ur. M. Vasiljević), br. 7–9, Beograd, 2016.
- Stefanović S., Stanković M., “Komparativna analiza razvoja faranšizinga u Srbiji i svetu”, *Časopis za marketing teoriju i praksu*, br. 2, Beograd, 2013.
- Tomić Lj., “Ključna pitanja ugovora o međunarodnoj distribuciji”, *Revija Kopaoničke škole prrodnog prava* (ur. J. Perović Vujačić), br. 1, Beograd, 2019.
- Zindović I., “Sporazumi o distribuciji robe i njihovo dejstvo na konkurenciju”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 17.10.2020.

Prihvaćen: 09.11.2020.

PREGLEDNI RAD

MARIJA RALEVIĆ

THE SELF-FULFILLING PROPHECY OF DUE PROCESS PARANOIA

Due process is undeniably a weighty element of international commercial arbitration. However, procedural fairness can be observed rather radically by overly cautious arbitrators, who fear that their awards might end up set aside by national courts, or denied recognition or enforcement. As the procedure is often tainted with dilatory tactics, it can be quite demanding to distinguish genuine due process concerns from underhand procedural manoeuvres. To make sure their pending awards are not jeopardized, the arbitrators tend to suppress the width of their procedural discretion, and thus depart further from the requirements of efficiency imposed by the pertinent rules, and expected by the parties. Such a demeanour, though, feeds into the atmosphere of apprehension throughout the process. This paper discusses the increasingly present phenomenon of ‘Due Process Paranoia’ in international commercial arbitration, seeking to critically evaluate its causes, consequences, as well as whether it should remain a legitimate concern.

Key words: *dilatory tactics, due process, due process paranoia, efficiency, international commercial arbitration*

INTRODUCTION

Back in 2015, an interviewee for the Queen Mary Report on International Arbitration (hereinafter: the 2015 QM Survey) riled up the arbitration commu-

Marija Ralević, Undergraduate Degree candidate at University of Belgrade, Faculty of Law, e-mail: marija.ral@outlook.com. This paper has been awarded first place in the Gašo Knežević Essay Writing Contest as the best student paper in the field of Alternative Dispute Resolution for 2020.

nity by coining the term ‘*Due process paranoia*’ to describe the practice which had been recognised as well as discussed with varying language for some time prior.¹

Among the key findings of the 2015 QM Survey was the near-unanimous concern over the above-mentioned phenomenon defined as a “*reluctance by tribunals to act decisively in certain situations for fear of the arbitral award being challenged on the basis of a party not having had the chance to present its case fully*”.² Many interviewees described situations where deadlines were repeatedly extended, fresh evidence admitted late in the process, or other disruptive behaviour by counsel overlooked or even pardoned, all out of concern that the pending arbitral award would otherwise be vulnerable to challenge.³ Dubbed “*one of the plagues of arbitration*” by Yves Derains,⁴ due process paranoia quickly became the *cause célèbre*, especially as the efficiency of the proceedings, or lack thereof, became increasingly criticised.⁵ Is this truly an excessive practice threatening to undermine the very substance of arbitration, praised for its efficiency or merely a sign of proper conduct in any other proceedings, arbitration being no exception?

THE CONCEPT OF DUE PROCESS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

What Exactly Does Due Process Entail

To define and discuss due process paranoia, prior attention must be paid to the concept of due process itself. Due process is generally considered a set of constitutionally guaranteed criteria meant to protect a private individual from the

¹ In a 2010 survey, the Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) studied the factors thought to contribute to the rising inefficiency of international arbitration. As much as 90% of those surveyed “*identified excessive concern for due process over efficiency, leading to a free-for-all on timing*”.

² 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf, 10. Last Accessed on 16 October 2020.

³ *Ibidem*.

⁴ A report from Global Arbitration Review published on 23 September 2014 sums up the main points made by Yves Derains about the balance between efficiency and due process in arbitration at the annual conference of the Brazilian Arbitration Committee. He notably stated: “*One of the plagues of arbitration is that arbitrators are too scared to enforce time limits which the parties themselves have created... ..and why? Because arbitrators [...] think their award will be challenged if they don’t, and that is wrong: no judge would do that...*”

⁵ Again, in the 2018 issue of the International Arbitration Survey conducted by the Queen Mary University along with White & Case, due process paranoia continues to be one of the main issues that users believe is preventing arbitral proceedings from being more efficient and is said to “be a source of concern to many”.

state authorities,⁶ tracing its origins back to the English common law system.⁷ Although viewed as a constitutional guarantee, this concept, warranting that individuals shall not be deprived of life, liberty, or property without legal authority and an opportunity to defend themselves, predates written constitutions. To this day, it has remained a pivotal safeguard against the abuse of state power, allowing for the judiciary to bolster the requirements of procedural fairness.

*Due Process within the Framework of International
Commercial Arbitration*

Considering that international arbitration is a private dispute resolution mechanism in which the parties do not actually need protection from state authorities, it may be better to view due process as ‘fundamental procedural fairness.’⁸ As such, it can be broken down into four elements or principles:

1. A party must be given notice of the case against it;
2. Followed by an opportunity to present its case and respond to the case put against it;
3. Before an impartial and independent tribunal;
4. That treats all parties with equality.⁹

The parties’ right to due process in international arbitration is primarily set out in Article 18 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the Model Law), which deals with the equal treatment of the parties. It

⁶ This rule has since been codified in various legal instruments, among others: Magna Carta Libertatum (1215), the French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, namely its Article 7 (1789), the Fifth Amendment to the Constitution of the United States (1791), the United Nations’ Universal Declaration of Human Rights – Article 10 (10), the European Convention on Human Rights – Art. 6 (1950); the African Charter on Human and Peoples’ Rights – Article 7 (1981), etc.

⁷ King John’s Magna Carta Libertatum (1215) defined the rights of English subjects against the authority of the king. Clause 39 declares that “No free man shall be seized, or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land. The phrase “due process of law” first appeared in 1354 during the reign of Edward III of England as follows: “no man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law...”

⁸ Lucy Reed, “Ab(use) of due process: sword vs shield”, *Arbitration International* (ed. William W. Park), Volume 33 Issue 3, Oxford University Press 2017, 366; See Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, 16.

⁹ *Ibidem*.

states that “*the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting its case*”.¹⁰

Stated article, the so-called Magna Carta of International Arbitration¹¹ may well be deemed the “due process” clause of arbitration, analogous to similar provisions in national constitutions that establish procedural fairness as the foundation of the justice system.¹² Although declared a mandatory provision the parties are not at liberty to derogate from,¹³ it does not make the parties ‘untouchable’. As per Canadian Superior Court of Justice, Article 18 is meant to “protect the party from *egregious and injudicious conduct* (emphasis added) by an arbitral tribunal and is not intended to protect a party from its own failures and strategic choices”.¹⁴ Included within the equality guarantee is also the parties’ right to have access to all statements, documents, or other information supplied to the arbitral tribunal by another party, as expressly stated in Article 24(3) of the Model Law. Every failure to act accordingly may be a ground for refusing recognition and enforcement of an award or for setting it aside, as provided in Article 34 (2) (c) (ii) of the Model Law.¹⁵

In addition, all well-recognized legal systems (not only those basing their arbitration legislation on the Model Law) impose a similar(ly worded) requirement.¹⁶

¹⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf; Last visited on 15 October 2020.

¹¹ Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4th edition, Kluwer Law International, 2019, 330; Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, 2203; Maxi Scherer, Dharshini Prasad, Dina Prokić, “The Principle of Equal Treatment in International Arbitration”, *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (eds. A. Björklund, F. Ferrari & S. Kröll), Cambridge University Press, 2019.

¹² Howard Holtzmann, Joseph Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989, 550.

¹³ Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration; See the Model Law, Article 19 para. 3.

¹⁴ CLOUT case No. 39, Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al, Ontario Superior Court of Justice, Canada, 22 September 1999.

¹⁵ Aron Broches A., “Commentary on the UNCITRAL Model Law (1990)”, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (ed. Bosman), Kluwer Law International, 2019, 90–92.

¹⁶ Section 33(1)(a), English Arbitration Act (1996); Article 1485, Code de Procédure Civile – French Code of Civil Procedure (2005); Article 1039, Dutch Arbitration Act (1986); Article 182,

The right to due process is also set out in Article V (1) (b) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, which states that recognition and enforcement of the award may be refused if a party “*was not given proper notice of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present its case*”.¹⁷ This exact provision is thought to be a dominant source of due process paranoia in international commercial arbitration, as the courts’ conduct in this regard is exactly what can be detrimental to the prevalence of arbitral awards.¹⁸

Recently, attempts were made to narrow the due process language, not to diminish the parties’ rights, but to prevent the abuse of more open language that might allow for (or even encourage) unreasonable procedural demands, and open the door for various guerrilla tactics or those alike.¹⁹ Particularly, cases of deliberate misuse of rights disguised as due process applications are greatly adding to the pervasiveness of due process paranoia. As long, and to the extent that certain procedural decisions may be used as grounds for the losing party to seek annulment of the award at the seat, or refusal of either recognition or enforcement by the local courts, arbitrators will be paranoid over due process issues.

IS DUE PROCESS PARANOIA JUSTIFIED

Attacking awards on grounds of due process is an uphill battle,²⁰ as state courts of differing systems hardly ever meddle with arbitrators’ decisions regarding the procedural case management. Furthermore, courts consider respecting the arbitrators’ procedural decisions a ‘key overriding principle.’²¹ Still, due pro-

Swiss Private International Law Act Chapter 12 – International Arbitration (1987); Section 24, Swedish Arbitration Act (1999); Article 33, Serbian Arbitration Act (2006); etc.

¹⁷ 1958 New York Convention, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>, Last accessed on 15 October 2020.

¹⁸ Sameer Sharma, “Due Process Paranoia: Turning Away from Judicial Attitudes and Looking for Answers Within”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, (ed. Stavros Brekoulakis), Volume 84 Issue 4, Sweet & Maxwell 2018, 315.

¹⁹ For example, while Article 15(1) of the 1976 UNCITRAL Rules stated that any parties should be afforded ‘a full opportunity’ to present their case ‘at any stage of the proceedings’, Article 17(1) of the UNCITRAL Rules as adopted in 2013 provide for ‘a reasonable opportunity’ to present one’s case at ‘an appropriate stage of the proceedings’.

²⁰ Petri Taivalkoski, “Ensuring Enforceability of the Award against Challenges Based on Alleged Violation of Due Process”, *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España 2019, 58.

²¹ On Call Internet Services Ltd v Telus Communications Co; Also cf Killam v Brander-Smith – British Columbia Supreme Court applauded the arbitrator for he had “refused to allow the

cess paranoia does not subside, which calls for a closer examination of case law to determine whether there is truly a viable threat to the arbitral tribunals' decision-making.

The International Bar Association (hereinafter: the IBA) has contributed to the debate majorly, having compiled and reviewed extensive case law across jurisdictions.²² Its author's first study confirmed that the fear of due process paranoia was fundamentally overstated. However, as it was based on three particularly arbitration-friendly jurisdictions,²³ it needed to be backed additionally.

Results of the more recent analysis covering thirteen jurisdictions²⁴ that ho- use the majority of international arbitrations²⁵ reinforced the initial inferences - it is indeed rare for an award to be set aside because of a due process consideration, especially a case management decision. It was shown that, across jurisdictions, courts are rather supportive of a 'strict' demeanour of arbitrators.²⁶

Judicial Review: The Courts Have Spoken

It is to be noted that out of the 110+ decisions citing s.33,²⁷ reported since the enactment of the English Arbitration Act more than two decades ago, there was not a single decision in which the English courts set aside an award becau-

arbitration to be turned into a circus," <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/12936/index.do>; Last Accessed on 16 October 2020.

²² IBA, Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process, <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=b4b532bb-90e1-40ab-ab3d-f730c19984fb>; Last visited on 14 October 2020.

²³ United Kingdom, France and Switzerland.

²⁴ Belgium, Brazil, China, England & Wales, France, Germany, Hong-Kong, Italy, Singapore, Spain, Sweden and Switzerland.

²⁵ The top eight countries, according to Chamber of Commerce statistics for 2017 from the 2018 Issue 2 ICC Dispute Resolution Bulletin International, are included. In particular, the list includes newcomers such as Brazil and China, in addition to the usuals like France, the UK, Switzerland, the US and Singapore.

²⁶ The only instances where due process issues do lead to the annulment of an award are those where the tribunal itself decided to apply a given procedural rule and ended up not following the chosen rule. Otherwise, no annulment was issued, which should be beyond reassuring for the tribunals in their decision making. Even in jurisdictions such as China, which traditionally poses as not very "arbitration-friendly" and is believed to annul large numbers of awards. Between 2003 and 2018, out of 160 decisions, only two were annulled on the basis of due process.

²⁷ This bestows upon an arbitral tribunal a duty to conduct the arbitral proceedings "fairly and impartially as between the parties giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent".

se of an ‘overly robust’ case management decision. While making a strong case for the use of summary disposition, Constantine Partasides and Ben Prewett, too, failed to note a decision where the award was struck down due to complaints about case management decisions.²⁸ A court will strike down an award only in exceptional cases, such as where the parties’ explicit procedural agreement is ignored, or where one of the parties was not heard at all.

In addition, Remy Gerbey and Badar Al Raisi remarked that applications under s.103 (2) (c) of the English Arbitration Act, under which recognition or enforcement of the award may be refused if the person against whom it is invoked proves that “he was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case”, have succeeded in only three instances²⁹ – all three because the awards relied upon information or arguments that had not been presented to the parties.

As for Stockholm, another prominent seat of arbitration, there has only been a single arbitral award which has been set aside based on an alleged irregularity in a tribunal’s procedural conduct, aside the fact that it was by far the most frequently invoked ground by the parties challenging arbitral awards before the Swedish Courts of Appeal.³⁰

In a recent *CicloMulsion* case, the Swedish Supreme Court confirmed that Section 34(7) of the Arbitration Act – under which an arbitral award must be set aside if an irregularity occurred in the proceedings and probably influenced the outcome of the case – should be applied restrictively. It is worth mentioning that it was the absolutely unacceptable conduct of the arbitral tribunal that caused the

²⁸ Constantine Partasides, Ben Prewett, “Chapter 5: Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration”, *Expedited Procedures in International Arbitration* (eds. Laurent Lévy and Michael Polkinghorne), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 16, Kluwer Law International, 2017, 112–114.

²⁹ In *Malicorp Ltd v Egypt*, the award had granted claimant remedies on a basis which had not been pleaded nor argued, <https://www.italaw.com/cases/660>. Last Accessed on 14 October 2020. In *Irvani v Irvani*, the arbitrator, who was the sister of the claimant and the respondent, had seemingly based her decision on information available to her, but not to the respondent, <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149166>. Last Accessed on 14 October 2020. In *Kanoria&Ors V Guinness & Anor*, a party to the arbitration was unable to present his case because he had never been informed of the case against him, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7a560d03e7f57eb0b97>. Last Accessed on 14 October 2020.

³⁰ Robin Oldenstam, “Chapter 8: Due Process Paranoia or Prudence?”, *Stockholm Arbitration Yearbook* (eds. Axel Calissendorff and Patrik Schöldstrom), *Stockholm Arbitration Yearbook Series*, Volume 1, Wolters Kluwer, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/18/is-the-departure-from-a-procedural-order-by-an-arbitral-tribunal-considered-to-be-a-procedural-error/?print=print>.

award to be set aside. Namely, the tribunal denied parties the most basic right to present their case, by deciding to deviate from its own earlier ruling, without informing the parties.³¹

Judicial support for the arbitrators' robust decision-making has caught on transcontinentally.

In *Allianz General Insurance Company Malaysia Berhad v Virginia Surety Company Labuan Branch*,³² the Malaysian High Court dismissed a due process challenge against an arbitral award, emphasizing that “*natural justice does not demand that a party is entitled to receive responses to all submissions and arguments presented, for only the right to be heard is fundamental.*”

Such a stance can be additionally reaffirmed and distinctly illustrated by *China Machine New Energy Corp v Jaguar Energy Guatemala*, where the Singapore Court of Appeal dismissed China Machine New Energy Corp's (hereinafter: CMNC) appeal against an earlier High Court decision declining to set aside an arbitral award on the basis of breach of natural justice.³³ The Court of Appeal's judgment is notable for its strong language in expressing its dissatisfaction with CMNC's conduct as well as with due process arguments *en général*. The Court considered that CMNC aims to “*improperly attack the award*”, as well as that such an act “*undermines and cheapens the real importance of due process*”, which could “*erode the legitimacy of arbitration as a whole and its critical role as a mode of binding dispute resolution*”. Given the prominence of Singapore court awards in the realm of arbitration; this judgment will likely be followed by courts in other jurisdictions.

Still, the fact that there is an insignificant portion of arbitral cases actually struck down for procedural issues, does not per se establish proof that there is no reason for due-process-related fears and extra caution of arbitrators.

³¹ NeuroVive Pharmaceutical AB vs CicloMulsion AG, Supreme Court of Sweden, <https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=3784013&propId=1578>, Last Accessed on October 14 2020.

³² See Kluwer Blog post by Tse Wei Lim, “Protecting Arbitrator Discretion in Decision-Making: A Malaysian Take on Due Process Paranoia”, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/11/protecting-arbitrator-discretion-in-decision-making-a-malaysian-take-on-due-process-paranoia/>.

³³ See Kluwer Blog post by Maximilian Clasmeier, “Singapore High Court Upholds Multi-Million Dollar ICC Award Relating To A Power Plant Project In Guatemala”, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/11/06/singapore-high-court-upholds-multi-million-dollar-icc-award-relating-power-plant-project-guatemala/>, Last Accessed: 7 October 2020.

Why Does the Fear Persist

Based on their review of the relevant case law, Berger and Jensen introduced the so-called Procedural Judgment Rule (hereinafter: the Rule) – implying the existence of a certain “safe harbour” for the arbitrators based on the notion that no court will second-guess the arbitrators’ exercise of their procedural judgment, if their decisions are grounded in a bona fide assessment of the case and are reasonable under the circumstances.³⁴ However, not even the Rule seems to be enough to put the arbitrators’ minds at ease and stand as a guarantee of ‘smooth sailing.’ What feeds into the arbitrators’ persistent fear is primarily the existence of ‘rule-free zones’ in which the tribunals must respond to ad hoc procedural moves by the parties by using their wide procedural discretion.³⁵ This refers particularly to cases in which such moves fall somewhere between the clearly legitimate exercises of procedural rights and easily recognisable dilatory tactics aimed at obstructing the arbitral process, thus making it hard for arbitrators to see through the smokescreen. In those cases, many arbitrators show a natural inclination towards playing it safe, by granting all procedural requests in “the grey”.

Although the pool of examples is vast,³⁶ some of the most frequent moves by the parties – all in the name of due process – are the following:

- Asking for extension after extension, for no specific reason at all;
- Requesting to postpone a hearing because a witness or client ‘somehow’ accepted a conflicting engagement or was otherwise indisposed,

³⁴ See Klaus Peter Berger, Ole Jensen, “Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators”, *Arbitration International*, Volume 32, Issue 3, Oxford, 2016, 428–430.

³⁵ Absent a specific party agreement, virtually all national arbitration laws provide the tribunal with the discretion to conduct the proceedings in any way they see fit, subject only to the parties’ due process rights. See: Article 19 (2) UNICTRAL Model Law; Article 1036 (1) Dutch Code of Civil Procedure; s34 (1) English Arbitration Act 1996; Article 1509 French Code of Civil Procedure; s1042 (4) German Code of Civil Procedure; Article 182 (2) Swiss Statute on Private International Law; Articles 32 Serbian Arbitration Act. Same goes for the institutional rules. For examples of the actually approved tribunals’ discretion exercises, see: Michael Polkinghorne, Benjamin Ainsley Gill, “Due Process Paranoia: Need We Be Cruel to Be Kind?”, *Journal of International Arbitration* (ed. Maxi Scherer), Volume 34, Issue 6, Kluwer Law International, 2017, 941.

³⁶ Some of the deliberately obstructive practices of counsel include a party in a three-party case, complaining that it was given only 45% of the total hearing time; Another one, after using up all of its own hearing time, objecting when it was not allocated a share of the other party’s time; A party outraged when it was not allowed to call its own legal expert witness for direct examination, when neither the tribunal nor the other side had any questions for the witness.

- Demanding extra time to instruct new or additional counsel,
- Keeping on submitting new documents, each more ‘critical’ to presenting its case than the last,
- Blocking closure of the proceedings by introducing new evidence after the post-hearing submissions\briefs.³⁷

To make matters worse, granting one procedural request of one party might just launch a procedural avalanche - for example, if the arbitrators grant the application of one party to put in late evidence (allegedly critical to allow it to present its case), the other party might claim prejudice unless it is allowed to respond to the new evidence, which may postpone the hearing or lead to one or both parties claiming prejudice.³⁸

If all else fails, counsel can pull the challenging-an-arbitrator trump card, or even the challenging-the-whole-tribunal-card, if it is even remotely dissatisfied with their decision-making.³⁹ With that in mind, it is no wonder that the arbitrators are fearful of developing a damaging track record of cases where they too (not only their awards) were ‘set aside’.

However, it would be amiss to point the finger at arbitrators for succumbing to the internal pressure, as some of it is very much external. In order to combat the contemporary cost-and-delay issue, most arbitration institutions have revised their rules to include the provisions regarding the efficiency of the proceedings, as well as those regarding their duty to render an enforceable award. Some arbitrators understand this particular mandate as an obligation to safeguard due process by making every effort to let the parties present their case in any way they want, which, in turn, makes them look over their shoulders constantly.

However, there is “*little persuasive evidence that such a duty actually exists to the extent claimed*”.⁴⁰ Although, for example, Yves Derains and Eric Schwartz advocate that the “enforceability of the award is the *raison d’être* of the arbitration process”,⁴¹ the Model Law does not specify whether the arbitrators have a duty to render an enforceable award. Institutional rules on the other hand, state so expre-

³⁷ See Berger P., Jensen O., op. cit., 419.

³⁸ Reed L., op. cit., 375.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ See Kluwer Blog by Christopher Boog and Benjamin Moss, The Lazy Myth of the Arbitral Tribunal’s Duty to Render an Enforceable Award, Kluwer Arbitration Blog, Last Visited, 16 October 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/01/28/the-lazy-myth-of-the-arbitral-tribunals-duty-to-render-an-enforceable-award/>.

⁴¹ Yves Derains, Eric A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration (Second Edition)*, Kluwer Law International, 2005, 385.

ssly. For example, Article 42 of the ICC Arbitration Rules 2017, states that “*the arbitral tribunal ... shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law*”. The SIAC Rules 2016, in r41.2 state that “*the tribunal ... shall make every reasonable effort to ensure ... the enforceability of any award*”. In addition, the LCIA Arbitration Rules 2014 and the HKIAC Administered Arbitration Rules 2013 are formulated analogously.

RAMIFICATIONS OF DUE PROCESS PARANOIA:
WHAT MAKES IT AN ISSUE

One might rightfully wonder – what is the problem with a mechanism prompting the tribunals to be diligent in making sure that due process guaranteed to the parties is intact. Isn't that a good thing? Previously described practices support the notion that arbitration is set to become increasingly litigation-like, in a sense that both parties tend to fight every point to the bitter end, not restraining from the use of underhand procedural devices, particularly in large, high-value arbitrations.^{42,43} In such circumstances, due process paranoia might become a part of a vicious cycle, contributing to a number of consequences threatening to diminish some of the arbitration's perceived advantages over litigation – procedural efficiency, time management and the overall economy, in the interest of everyone involved. And this is what makes it an issue.

An ideal arbitration is most often envisioned as one conducted in an equal, neutral, flexible, efficient, and rapid manner, all while being tailored to the particularities of each dispute.⁴⁴ However, that is not very plausible in practice. To demonstrate this point, Joerg Risse explains that the problem encountered by the parties in this respect resembles a ‘magic triangle’ of sorts.⁴⁵ The corners of said triangle are none other than time efficiency, cost savings and the quality of the award.⁴⁶ A general consensus is that the rightful outcome of the dispute or fu-

⁴² See Oliver E. Browne, Robert Price, *Saving Time and Money by Sanctioning Bad Behaviour*, TDM4, 2018.

⁴³ Over 20% of the responders of the 2012 Queen Mary Survey considered themselves victims of last-minute surprises, although L. Reed and S. Saleh's experience leads us to believe this percentage may be even higher.

⁴⁴ Christopher Newmark, “Controlling Time and Costs in Arbitration”, *Leading Arbitrators Guide* (ed. Christopher Newmark), Juris Publishing, New York, 2006, 81.

⁴⁵ Joerg Risse, *Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings*, Kluwer Law International, 2013, 454.

⁴⁶ Financial advisors use them when consulting their clients on their future investments. For a customized investment plan the financial advisors typically ask their clients about their priorities,

ture prevalence of the award should not be risked. However, by contemplating and granting (often unmeritorious) due process-related applications, the arbitrators contribute directly to increased costs and delay.⁴⁷ Each application has to be argued, decided on, as well as complied with, each of those steps taking time, resulting in inescapable delays. In a habitually hourly fee-based sector, each of the additional steps may result in substantial legal costs.⁴⁸

Besides, consenting to the eleventh-hour manoeuvring of one party bears serious risk to the integrity of arbitrators, undermining trust in fairness of the process, as well as the arbitrators' command over it.⁴⁹ An overly cautious approach by tribunals prevents them from acting decisively. Every time a tribunal opts for a restrained 'ride' in the proverbial slow lane instead of procedural efficiency (because of the overestimated enforcement risk) it makes (a) suboptimal decision(s).⁵⁰ While referring to the so-called "weak tribunals", Phillippe Pinsolle notes that "experience shows that many parties behave far worse before Arbitral Tribunals than they would before domestic courts simply because the perception exists that there is no sanction".⁵¹ Thus, not only can a party manage to derail the proceedings, but get rewarded for doing so.

Moreover, due process paranoia might become a 'self-fulfilling prophecy' as overly cautious arbitrators' decisions normalise the practice of entertaining, hearing and ultimately judging any future complaints of insufficient opportunity to be heard.

The path for resolving the issue of due process paranoia is, hence, establishing proper counterweight between the overall efficiency of the proceedings and the requirements of due process.⁵²

and they do so by presenting a triangle with the three corners 'profitability', 'liquidity', and 'security'. The client is asked to mark by a dot within the triangle where his priorities lie.

⁴⁷ See Kluwer Blog Post by Remy Gerbey, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/06/due-process-paranoia/>, Last Accessed: 13 October 2020.

⁴⁸ ICC points out that average legal fees range from USD 150 per hour (low) to USD 600 per hour (high).

⁴⁹ Lucy Reed, Shaparak Saleh, "Bon courage, TRIBUNALS!", *BCDR International Arbitration Review*, Volume 2 Issue 1, Kluwer Law International, 2015, 3.

⁵⁰ Rutger Metsch, Rémy Gerbey, "Prospect Theory and due process paranoia: What behavioural models say about arbitrators' assessment of risk and uncertainty", *Arbitration International*, Oxford Academic, 2020, 238.

⁵¹ See Philippe Pinsolle, "The need for strong arbitral tribunals", *International arbitration and the rule of law: contribution and conformity*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2017.

⁵² See Fabricio Fortese, Lotta Hemmi, "International Arbitration and Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration", *Groningen Journal of International Law*, Volume 3(1),

IS THERE A CURE IN SIGHT

Finger-pointing and the blame game do not contribute much when it comes to alleviating the arbitral process of its most persistent malady. Every participant even remotely involved with the arbitral process should (some have already) do its part in allowing the tribunal to make robust procedural decisions rather than extend, prolong and complicate the proceedings, especially if there is no merit to the requests in question. Therefore, it is up to everyone – arbitral institutions, arbitrators themselves, and last, but certainly not least, counsel and the parties to make sure that due process paranoia is minimised, if not completely deterred.

Preventive Measures to Combat Due Process Paranoia

Although it was long believed that tribunals do not generally possess the powers of summary disposition conferred on national courts,⁵³ members of the international arbitration community, highly motivated by the ever-growing user dissatisfaction regarding time and cost of international arbitration,⁵⁴ have become more receptive to the idea.⁵⁵ The question posed was the following: Why should a party be allowed to pursue an utterly hopeless claim or defence through possibly years of proceedings, simply because they inserted an arbitration agreement into their contract rather than providing for the jurisdiction of the national courts?⁵⁶

2015; Pallavi Shroff, “Due Process in International Arbitration: Balancing Procedural Fairness and Efficiency”, *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* (ed. Andrea Menaker) ICCA Congress Series, Volume 19, Kluwer Law International 2017; Park W., “Arbitration and Fine Dining: Two Faces of Efficiency”, *Festschrift für Pierre Karrer*, Boston University School of Law, 2017.

⁵³ Judith Gill, “Applications for the Early Disposition of Claims in Arbitration Proceedings”, *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* (ed. A.J. van den Berg.), Kluwer Law International, 2009, 514. See also: Partasides, C., Prewett B., “Chapter 5: Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration”, *Expedited Procedures in International Arbitration* (eds. Laurent Lévy and Michael Polkinghorne), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 16, Kluwer Law International, 2017, 113.

⁵⁴ Six out of eight empirical surveys on international arbitration-conducted over 12 years by Queen Mary University’s School of International Arbitration’s – have highlighted delays and excessive costs as disadvantages of the arbitral process.

⁵⁵ Despite genuine barriers to summary procedures existing, the current trend in case law is for courts to accept that such proceedings are within the wide discretionary power granted to arbitral tribunals through institutional rules, national laws, and party agreement. For example, see *Global International Reinsurance Co. Ltd. v. TIG Insurance*

⁵⁶ See James P. Duffy, “Chapter 13: Dispositive Motions and the Summary Disposition of Claims in International Arbitration”, *International Arbitration in the United States* (eds. Laurence Shore, Tai-Heng Cheng, et al.) Kluwer Law International 2017; The International Comparative Legal

Summary disposition procedures are getting introduced into the world of international commercial arbitration introduced as a certain trade-off between efficiency and a party's right to a full evidentiary process or hearing.⁵⁷

Even though the arbitrators are understandably risk-averse and cautious about the use of such procedures in the absence of express authorisation by the parties, recent developments in the revision of international arbitration rules are certainly encouraging. In the investment arbitration context, ICSID has had summary disposition provisions for quite some time,⁵⁸ and the commercial arbitration is catching up, with express provisions permitting such procedures in SIAC, ICC, SCC, HKIAC, and most recently, LCIA Arbitration Rules.

Under SIAC's Rule 29, any party may apply to the tribunal for the early dismissal of a claim or defence that is "manifestly without legal merits"⁵⁹ or "manifestly outside the jurisdiction of the tribunal".⁶⁰

ICC followed suit, issuing the Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration (hereinafter: ICC Note) which includes a similar provision named "Expeditious Determination of Manifestly Unmeritorious Claims or Defences".

The newly updated 2020 LCIA Rules list the Early Determination Rule under the Additional Powers section of the Rules and state the following: "The Tribunal may decide: to determine that any claim, defence, counterclaim, cross-claim, defence to counterclaim or defence to cross-claim is manifestly outside the jurisdiction of the Arbitral Tribunal, or is inadmissible or manifestly without merit; and where appropriate to issue an order or award to that effect" (Article 22 (viii) LCIA Rules).⁶¹

Guide to: International Arbitration 2018, https://www.wilmerhale.com/-/media/files/shared_content/editorial/publications/documents/20180725-iclg-summary-disposition-procedures-in-international-arbitration.pdf, 1. Last Accessed: 16 October 2020.

⁵⁷ *Ibidem*, 4.

⁵⁸ Back in 2006, ICSID revised its Rules to include a new Rule 41(5) which provided for the early dismissal of a claim where it was "manifestly without legal merit". An application for a claim had to be made "no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal".

⁵⁹ While "manifestly without legal merit" is not defined in the SIAC Rules, guidance may be drawn from cases which have considered the term "manifestly without legal merit" under Rule 41(5) of the ICSID Rules, from which Rule 29 was adopted.

⁶⁰ If the Tribunal allows the application for early dismissal, it then has 60 days from the date of the filing of the application to issue its order or award.

⁶¹ Unlike the SIAC Rules (which set out the process for making an application for early dismissal and a deadline for its consideration by the tribunal), the new provisions in the 2020 LCIA

Another way of preventing due process issues are the preliminary meetings. They offer the arbitrators a unique opportunity to anticipate procedural risks which could complicate the handling of the case and, together with the parties, design appropriate mechanisms to correct or resolve them during the proceedings. Due process paranoia is thus neutralized from the beginning of the arbitral process, allowing the participants to concentrate on the outcome of the dispute.⁶²

Sanctioning Measures to Fight Due Process Paranoia

2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process⁶³ has shown that nearly all respondents (96%) believe that improper conduct by a party or its counsel during the proceedings should be taken into account by the tribunal when allocating costs, thus sending a strong message to arbitrators that they are expected to penalise improper conduct. For instance, Article 9.7 of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence envisions such a possibility in evidentiary procedures expressly, by stating that “*the Arbitral Tribunal may, in addition to any other measures available under these Rules, take such failure into account in its assignment of the costs of the arbitration, including costs arising out of or in connection with the taking of evidence, if the Arbitral Tribunal determines that a Party has failed to conduct itself in good faith in the taking of evidence*”.⁶⁴

Still, penalties defined within the final award seem without strong effect when it comes to deterring deliberately obstructive behavior during the course of the arbitral proceedings. More influential penalties are those charged along the way – such as those meant to reprimand the late production of documents. These measures aim to make the misbehaving party think twice before crossing the

Rules are less detailed and give more latitude to tribunals in terms of establishing the process for considering such applications.

⁶² Gonzalo Stampa, “The Prague Rules”, *Arbitration International* (ed. William W. Park), Volume 35 Issue 2, Oxford University Press, 2019, 230.

⁶³ 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process Conducted by Queen Mary University along with White & Case, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/>, Last Visited on 14 October 2020.

⁶⁴ The 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration further instruct the arbitrators to take into account “the nature and gravity” of the misconduct. Similarly, The General Guidelines for the Parties’ Legal Representatives, attached to the latest LCIA Rules, codify arbitrators’ powers when faced with counsel misconduct. By increasing express and implied powers, the LCIA endeavours to minimise situations in which arbitrators would base their decisions on the ‘grey area’ of inherent powers.

boundaries, either mutually set by the parties or by the arbitral tribunal.⁶⁵ Still, penalties in the final award should remain a tool of last resort as they cannot retroactively and to a full extent rectify the harm done to the proceedings.⁶⁶

CONCLUSION

As would be the case with any user-oriented service, arbitration tries to cater to users' specific concerns. Therefore, a lot of weight is bestowed upon the topic of efficiency, as the arbitration community responds to the increasing pressure from users to bring down time and cost. The debate regarding due process paranoia exposes what is perceived by many authors as an exaggerated fear of challenges among arbitrators, causing a lack of decisiveness in certain matters of procedure. However, getting to a final award in the timeliest and most cost-efficient fashion must stand 'second' when put against the fairness of the final decision, process-wise. As parties (particularly the losing party) must be assured that they were given a reasonable opportunity to present their case, arbitrators ought to perform a delicate balancing act over the course of procedure. Hence, the only way for an arbitrator to effectively offset fairness against efficiency is to fully exercise his or her authority in distinguishing and disregarding obstructive behaviour against due process requirements. This is the proper cure against the spread of the ailment called due process paranoia. Still, relying solely on common sense and objectivity of the arbitrators does not necessarily mean that due process paranoia will disappear.

This problem will be tackled effectively only when the community produces a set of applicable uniform and objective criteria, based on which the arbitrators could consistently differentiate between reasonable parties who have fallen victim to true due process violations from those who engage in obstructive misconduct. It is evident that a considerable progress in developing such criteria is being made; however, there is still a long way to a final resolution.

Until then (as Reed and Saleh aptly put it): Bon courage, tribunals!⁶⁷

⁶⁵ See Berger P., "Chapter 2: Cost Sanctions for Delaying Tactics in International Arbitration", *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum* (eds. Sherlin Tung, Fabricio Fortese, et al.), Kluwer Law International, 2019.

⁶⁶ Berger P., Jensen O., "op.cit., 432–433.

⁶⁷ See Reed L., Saleh S., op. cit., 2015.

MARIJA RALEVIĆ

Student osnovnih studija Pravnog fakulteta

Univerziteta u Beogradu

ARBITRAŽNI POSTUPAK “IZMEĐU DVE VATRE”

Rezime

Zakonitost arbitražnog postupka nesumnjivo predstavlja krovni element međunarodne komercijalne arbitraže. Međutim, “procesna pravičnost” poprima sasvim drugu dimenziju kada arbitri, iz straha da bi njihove odluke mogle biti osporene od strane nacionalnih sudova, postanu previše oprezni u vođenju arbitražnog postupka. Situaciju dodatno komplikuje to što je postupak često pod uplivom različitih opstruktivnih taktika, što nameće potrebu da arbitri, odvajajući “žito od kukolja” razluče iskrenu zabrinutost stranaka za očuvanje integriteta arbitražnog postupka od taktičkih manevara motivisanih zadnjim namerama. U nastojanju da svojim odlukama obezbede “sigurnu luku”, oni postaju skloni svojevrsnoj autocenzuri što ih udaljava od zahteva efikasnosti jednako nametnutog institucionalnim pravilima i očekivanjima stranaka. Time se nezaobilazno stvara atmosfera napetosti u vođenju postupka. Ovaj rad predstavlja osvrt na sve prisutniji fenomen takozvane “procesne paranoje” u međunarodnoj komercijalnoj arbitraži, nastojeći da kritički oceni njene uzroke i posledice, kao i da da odgovor na pitanje da li je zabrinutost arbitara ovim povodom zaista opravdana.

Ključne reči: opstruktivne taktike, efikasnost, međunarodna komercijalna arbitraža, zakonitost postupka, procesna paranoja

Bibliography

- Berger P., “Chapter 2: Cost Sanctions for Delaying Tactics in International Arbitration”, *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum* (eds. Sherlin Tung, Fabricio Fortese, et al.), Kluwer Law International, 2019.
- Berger P., Jensen O., “Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators”, *Arbitration International*, Volume 32, Issue 3, Oxford, 2016.
- Binder P., *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4th edition, Kluwer Law International, 2019.
- Born G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014.
- Broches A., “Commentary on the UNCITRAL Model Law (1990)”, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (ed. Bosman), Kluwer Law International, 2019.
- Browne O. E., Price R., *Saving Time and Money by Sanctioning Bad Behaviour*, TDM4, 2018.
- Corporate Counsel International Arbitration Group Survey, 2010.

- Derains Y., Schwartz E., *A Guide to the ICC Rules of Arbitration (Second Edition)*, Kluwer Law International, 2005.
- Fortese F., Hemmi L., "International Arbitration and Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration", *Groningen Journal of International Law*, Volume 3(1), 2015.
- Gill J., "Applications for the Early Disposition of Claims in Arbitration Proceedings", *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* (ed. A.J. van den Berg.), Kluwer Law International, 2009.
- Global Arbitration Review Report*, 2014.
- Holtzmann H., Neuhaus J., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989.
- IBA Annulment of arbitral awards by state courts: *Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*, 2018.
- Kurkela M., Turunen S., *Due Process in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Metsch R., Gerbey R., *Prospect Theory and due process paranoia: What behavioural models say about arbitrators' assessment of risk and uncertainty in Arbitration International*, Oxford Academic, 2020.
- Newmark C., "Controlling Time and Costs in Arbitration", *Leading Arbitrators Guide* (ed. C. Newmark), Juris Publishing, New York, 2006.
- Oldenstam R., "Chapter 8: Due Process Paranoia or Prudence?", *Stockholm Arbitration Yearbook* (eds. Axel Calissendorff and Patrik Schöldstrom), Stockholm Arbitration Yearbook Series, Volume 1, Wolters Kluwer, 2019.
- Park W., "Arbitration and Fine Dining: Two Faces of Efficiency", *Festschrift für Pierre Karer*, Boston University School of Law, 2017.
- Partasides, C., Prewett B., "Chapter 5: Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration", *Expedited Procedures in International Arbitration* (eds. Laurent Lévy and Michael Polkinghorne), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 16, Kluwer Law International, 2017.
- Pinsolle P., "The need for strong arbitral tribunals", *International arbitration and the rule of law: contribution and conformity*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2017.
- Polkinghorne M., Ainsley Gill, B., "Due Process Paranoia: Need We Be Cruel to Be Kind?", *Journal of International Arbitration* (ed. Maxi Scherer), Volume 34 Issue 6, Kluwer Law International, 2017.
- Queen Mary 2012 International Arbitration Survey: *Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*.
- Queen Mary and White & Case 2015 International Arbitration Survey: *Improvements and Innovations in International Arbitration*.

- Queen Mary and White & Case 2018 International Arbitration Survey: *The Evolution of International Arbitration*.
- Redfern A., Hunter M., *International Arbitration*, Oxford, 2015.
- Reed L., "Ab(use) of due process: sword vs shield", *Arbitration International* (William W. Park), Volume 33 Issue 3, Oxford University Press, 2017.
- Reed L., Saleh S., "Bon courage, TRIBUNALS!", *BCDR International Arbitration Review*, Volume 2 Issue 1, Kluwer Law International, 2015.
- Scherer M., Prasad D., Prokić D., "The Principle of Equal Treatment in International Arbitration", *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (eds. A. Björklund, F. Ferrari & S. Kröll), Cambridge University Press, 2019.
- Sharma S., "Due Process Paranoia: Turning Away from Judicial Attitudes and Looking for Answers Within", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* (ed. Stavros Brekoulakis), Volume 84 Issue 4, CI Arb; Sweet & Maxwell, 2018.
- Shroff P. "Due Process in International Arbitration: Balancing Procedural Fairness and Efficiency", *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* (ed. Andrea Menaker) ICCA Congress Series, Volume 19, Kluwer Law International, 2017.
- Stampa G., "The Prague rules", *Arbitration International* (ed. William W. Park), Volume 35 Issue 2, Oxford University Press, 2019.
- Taivalkoski P., "Ensuring Enforceability of the Award against Challenges Based on Alleged Violation of Due Process", *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2019.
- UNCITRAL, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration*, 1985.
- UNCITRAL, *Report of the Working Group on the work of its eighteenth session*, 1985.
- Waincymer J., *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012.
- Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration*, 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 01.11.2020.
Prihvaćen: 14.11.2020.

PREGLEDNI RAD

THOMAS MEYER

USE OF LEGAL TECH IN GERMANY TO EQUALIZE THE POSITION OF CONSUMERS AND SUPPLIERS IN LITIGATION

Announcements on legal tech “promised” a game changer in the field of legal services, making lawyers jobless in a short period of time. Despite this, legal tech is a fact in nowadays legal landscape in Germany. In particular with consumer protection, it turns out to be an instrument to overbridge structural disadvantages of consumers and to contribute to a wider enforcement of consumer protection law. Even when actual services aren’t as innovative from a technical aspect, web based legal services offer an affordable access to Justice. Ongoing discussions focus on whether providing such services is in line with German Law on Legal Advice but actual court practice does allow such legal services, since they do not provide in-depth legal advice in specific cases.

Key words: *digitalisation, legal tech, consumer protection, German Law on legal services*

INTRODUCTION

It seems to be characteristic (not only, but in particular) of new technologies that they promise revolutions and set up visions to change the world dramatically. After digital “currencies”, which became an issue in the world of finance but for sure not a game changer, this is the case with autonomous driving and the In-

Dr. Thomas Meyer, GIZ Program Director Good Governance in the Ukraine; Head of the GIZ Project: Legal Approximation towards European Standards in the South Caucasus; Legal Tech in Germany – from vision to reality.

ternet of things. Usually they do introduce novelties, but often the world isn't willing to accept every change and continues to use these technologies for what they are: New instruments which will succeed when they give any real added value. This wasn't different with legal tech, where already 5 years ago start-ups expected a total change and that lawyers may be replaced by algorithms in a short period of time. The latest trend is affecting not only lawyers but also law enforcers, since OECD shortly presented a so-called primer on Rules as Code,¹ which means that elaborations are ongoing to use programs as Law,² by running these programs and giving as an output implementation of a legal rule.³ It may be interesting for the participants of the Kopaonik School of Natural Law to gain some insights in the reality of legal tech in nowadays Germany and see what is happening nowadays with application of Legal Tech.

LEGAL TECH IN PRACTICE

Legal Tech is already part of the curricula of leading law schools in Germany. At the University of Munich, it is taught as a voluntary workshop⁴ while the Law Faculty of the University of Passau offers even a Bachelor.⁵ These studies are based on a growing number of practical use cases of legal tech. A general categorization was given,⁶ which defines legal tech in an early stage as supporting lawyers in their work, which started with the general popularization of computing by using personal computers in the daily legal routine. Younger colleagues may even find funny a description of how homework in the eighties was produced by using typing machines. Literature research was done by going to a library and copying pages of legal journals, textbooks and other publications.⁷ Since the late eighties it was possible to copy decisions of the U.S. supreme court from the newly invented internet, where you had to use textlines to discover this new source of

¹ <https://oecd-opsi.org/new-rules-contributions/>

² See as well <https://law.mit.edu/pub/blawxrulesascodedemonstration/release/1#:~:text=Rules%20as%20code%20is%20an%20interdisciplinary%2C%20technology-enabled%20approach,natural%20language%20and%20code%20at%20the%20same%20time.>

³ As an example, automated payments of social welfare.

⁴ <https://lsf.verwaltung.uni-muenchen.de/qisserver/rds?state=verpublish&status=init&vmfile=no&publishid=805442&moduleCall=webInfo&publishConfFile=webInfo&publishSubDir=veranstaltung>

⁵ <https://www.jura.uni-passau.de/studium/studienangebote/llb-legal-tech/>

⁶ https://www.huffpost.com/entry/legal-technology-30_b_6603658

⁷ Which I did by the way to copy some articles, which were written in the 70ies and are therefore not present in the legal databases I am able to access.

legal knowledge. Meanwhile, Big Databases like WestLaw, JURIS and Beck-online have been created and developed and now it is possible to do a serious legal research simply by using these tools and never entering a legal library in the real world, typing on personal computers with one of the usual text processing programs. The next stage, partly named as legal tech 2.0 goes beyond that by offering legal services as the set-up of a legal text, whether it is a contract, a termination of a contract or the overall check-up of a legal case. The promised land (by legal tech developers and companies) seems to be at the horizon, where the outcome of a legal tribunal is predicted, e-agents do the contracting⁸ and machines do interact with each other automatically.

Using one of the phenomena of that second stage, if one is searching for the term “legal tech” in one of the most popular legal databases in Germany nowadays, they will find 311 reports on legal journals, 105 of them only within the last 12 months. Also, you will find 181 court decision, where the wording “legal tech” is included, 41 of them since the beginning of the year.

Let’s have a look at some of those court decisions, in cases arising lately from legal tech and coming to German courts. In June this year, the highest German Court on Civil Law Issues, the Bundesgerichtshof, decided on missed timelines for providing the reasons for an appeal.⁹ In the same month the Higher Court of Cologne decided on the question if a service which generates texts of contracts is in line with German Law on Legal advice.¹⁰ In a decision from May,¹¹ the Bundesgerichtshof decided on a case, where a company claimed overpaid rent for an apartment. The claimant submitted the claim assigned by the tenant, because the company offered a web service, which checked the rent limit by entries of users.¹² The Appellate Court of Braunschweig decided in April on the legitimacy of a comparable web service in case of cession by foreigners of a claim against a car producer due to wrong information of emissions from cars.¹³ Since it’s one of the use cases of legal tech in Germany, another recent decision of the

⁸ Which is already reality in the financial sector, where programs do sell and buy financial products in milli seconds without human interaction at all.

⁹ VI ZB 63/19, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2020, 2641. A comparable case was decided by the same court under IX ZB 17/18, *NJW-RR* 2020, 1002 (RR is a sub publication of NJW where only court decisions are published).

¹⁰ 6 U 263/19, *NJW* 2020, 2734.

¹¹ VIII ZR 31/19, *BeckRS* 2020, 15802 (*BeckRS* is a service which publishes court decision exclusively in a database).

¹² See as well the decision by 8.4.2020, VIII ZR 130/19 *MMR* 2020, 461.

¹³ 11 O 3092/19, *BeckRS* 2020, 7267, that’s connected to so called Diesel Gate, where Volkswagen, Mercedes and others are involved.

Court of first instance of Cologne is to be mentioned.¹⁴ Even though it touches only a side aspect, it is about cession to companies which offer web services on the enforcement of rights of flight passengers in case of late or cancelled flights in accordance with the Regulation by the European Union on rights of flights passengers.¹⁵ Last but not least a recent decision should be mentioned, which clarified that legal tech companies licensed for debt collection (Inkassodienst), were acting within the limits of these licences.¹⁶

CATEGORIZATION

It seems to be no coincidence that many of the decisions mentioned are from the field of consumer protection. The so-called legal tech scene in Germany is focused in particular on consumer protection cases. In addition to those areas named, specifically overpayments of rents after introduction of rent limits, standardized compensation of damages for flight passengers, compensation of damages for buyers of cars where the real emissions differ from those described by the producers in the technical specification, one should mention the field of buy back guarantees on life insurances.

What all these services have in common is that they were introduced after it was to be expected that a high number of cases could appear. This could be the case due to a change in law, like it was done with the introduction of the European Regulation on passenger rights or the introduction of the so called “renting price brake” (Mietpreisbremse), where in several urban areas in Germany the local governments tried to calm down the market for renting living space in particular with urban areas, where due to gentrification the prices for private apartments and housing exploded.

Another category would be in case of new court practice. Even though Germany doesn't recognise the binding power of precedent cases, new court practice, in particular, but not only that of the Highest Court in Germany (Bundesgerichtshof - BGH), leads to cases being followed by courts and the new ruling is taken as a differentiation and further alignment of the law. When a new ruling is passed, others could follow suit and decide to litigate. As an example, after the BGH made a ruling on the revocation of life insurance contracts,¹⁷ this was followed by a flood of comparable cases in German courts.

¹⁴ By 5.3.2020, 120 C 137/19, BeckRS 2020, 3693.

¹⁵ Art. 7 VO (EG) 261/2004.

¹⁶ KG, Urteil vom 10.1.2020 – 6 U 158/18 (LG Berlin), Beck RS 2020, BECKRS Jahr 624.

¹⁷ BGH, Urteil vom 21.6.2017 – IV ZR 176/15.

Finally, after disclosure of a specific use case in the media, another category may be identified as a use case category. Most prominent example in recent times is the so-called “Diesel-Gate” where mostly German car producers were convicted of using a software which limited emissions in test situations, while in the normal driving practice the real emissions were much higher.

When one of these initial events (new law, new ruling, upcoming scandal) happens, a high number of potential cases arise that soon lead to the set-up of services, nowadays named as legal tech.

THE ASYMMETRY BETWEEN SUPPLIER AND CONSUMER

In the field of consumer protection, legal literature diagnosed nearly 50 years ago that there is a structural mismatch between providers of services or goods on the one hand and consumers on the other.¹⁸ This is not intended to repeat the ongoing discussion on whether consumers are weaker because of their low resources. It doesn't matter if a consumer is more or less wealthy but disadvantaged in general. Bearing in mind Germany's reputation with regard to the Implementation of the Rule of Law – Germany is ranked as 6th in the World Justice Report¹⁹ of the World Bank – this sounds strange but the arguments given are not limited to Germany²⁰ and may be valid for other jurisdictions as well.

First it is characteristic for consumer protection that consumers only quite seldom go to court while service providers or suppliers do so frequently. This isn't based on a weakness but due to the fact that consumers who want to enforce possible claims on a transaction, do buy something just once, while service providers or suppliers do that permanently.²¹ Simply by virtue of that, businesses are at an advantage, since they are used to litigate, while consumers are not. Attorneys engaged for businesses can expect a high number of cases from their relations with their business clients, while consumers commission a case just once. This could have an effect on the motivation but at the very least leads to a high professional

¹⁸ See Marc Galanter, *Why the „haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change*, L. Soc. Rev. 1974, 95ff; Rolf Bender, *Einige Aspekte zu den Erfolgsbarrieren in der Justiz*, *RebelsZ* 1976, 718ff. A more recent approach was taken by Norbert Reich, “I Want My Money Back” – Problems, Successes and Failures in the Price Regulation of the Gas Supply Market by Civil Law Remedies in Germany, *EUI Working Paper LAW 2015/05 ERC-ERPL-11*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2587686

¹⁹ https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf only Denmark, Norway, Finland, Sweden and the Netherland are ahead.

²⁰ The paper of Galanter (see Footnote 17) is based on the US system.

²¹ Vgl. Bender (FN 17), page 719; Galanter (FN 17), page 97.

expertise of business attorneys which handle cases for businesses, while consumers have to identify attorneys with such expertise. Even when they are supported by consumer protection agencies or associations, the acquisition efforts for attorneys fighting for consumers are much more burdensome than for those attorneys defending the businesses against consumers.

Another aspect is that the risks for a consumer in opting for litigation are higher than those for the business. Even when the costs for a single case may be the same, when the consumer loses a case, they will be liable for the full cost of that single case, while the business only loses one of many cases. For the same reasons, it is most likely that in case of an expected loss of a case, the business will accept the claim before a decision is made in order to prevent such case being used as a precedent for future cases.²² In this regard, the consumer doesn't have any interest at all, since a precedent doesn't affect his position in the single case. In the trial, a consumer is often disadvantaged by the simple fact that he or she will act usually only alone. If circumstances are of such nature as to need to be substantiated by witness evidence, there will be none for the consumer while business is usually organized as a cooperation where employees could stand as a witnesses in civil proceedings.²³

EU LAW DEVELOPMENT – COLLECTIVE REGRESS

This structural disadvantage is the focus of several initiatives of the European Commission to lift the same by different instruments. Within substantial law the Commission has developed a number of legal acts to strengthen consumers' position, including the Directive on doorstep selling,²⁴ general contract terms,²⁵ distance selling,²⁶ sale of goods,²⁷ the Regulation on passengers rights,²⁸ the Directives on consumer credits²⁹ and the consolidated Directive on consumer law.³⁰

²² The argument is taken from a lecture of Martin Fries, Legal Tech, lecture number 4 "access to justice", see folio 2 of the presentation, https://www.jura.uni-muenchen.de/personen/f/fries_engel_martin/dateien/04-legal-tech-zugang-zum-recht.pdf

²³ See Bender (FN 17), page 724.

²⁴ 85/577/EEC.

²⁵ 93/13/EEC.

²⁶ 97/7/CE.

²⁷ 99/44/CE.

²⁸ Regulation (EC) 261/2004.

²⁹ 2008/48/EC.

³⁰ 2011/83/EC.

Not at least due to the unclear competence to regulate in this field, the procedural law activities aren't as developed. After a green book on Access to Justice³¹ two regulations on European order for payment procedure³² and Small Claims Procedure³³ were developed, which were not designed for use just in consumer cases. A later Directive was concerned with alternative dispute resolution in consumer disputes³⁴ following after a regulation on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws³⁵ and a directive on injunctions for the protection of consumer interests.³⁶

All these efforts weren't very effective and the EU acknowledged, bearing in mind at the very least the above-mentioned arguments for structural disadvantages for consumers, that court proceedings are not the way to follow in case of individual interests. Since 2013, initiatives for collective redress have been undertaken, although so far, the strongest instrument is the Recommendation of the EU on collective redress.³⁷

Facing numerous mass cases in Germany and based on the European developments, Germany also introduced mechanisms for groups of claimants to enforce their rights. The latest instrument in that respect is the so-called Model Declaratory Action (Musterfeststellungsklage). Germany introduced this instrument based on the same asymmetry already described above, partly called rational disinterest,³⁸ since consumers do not try to enforce their rights where the individual damage isn't very high. The object of the first proceeding is to decide if a claim exists, e.g. if a reason for the compensation of damages is given. The proceeding is initiated by a so-called qualified institution, usually an association for consumer protection. It is even possible that a settlement is reached, which must be accepted by the majority of consumers who joined the proceedings. Consumers may join the proceedings if they apply for registration in the Register for Model

³¹ COM (93) 576.

³² Regulation (EC) 1896/2006.

³³ Regulation (EC) 861/2007.

³⁴ 2013/11/EU.

³⁵ Regulation (EC) No 2006/2004 (which isn't in force anymore).

³⁶ 2009/22/EC.

³⁷ Recommendation 2013/396/EU; See the comparative analyses of the SEELS (South East European Law School Network), where the introduction or existence of collective redress mechanism is surveyed in depth (Collective Redress Mechanism in Consumer Protection in the European Union and South East Europe, 2018, http://www.seelawschool.org/pdf/Comparative%20Study_Collective_redress_in_consumer_protection.pdf)

³⁸ See Erich Waclawik, Die Musterfeststellungsklage, NJW 2018, 2921

Declaratory Action, which is established and maintained by the Federal Ministry of Justice. If no settlement is reached, the consumers can initiate the second proceeding, the subject of which is just the amount of the damage.

The new instrument was tested in practice with proceeding in Diesel Gate against VW. It ended with a settlement in February this year. 260.000 consumers have registered and they may now either accept the settlement of up to 6000 EURO or file their claims individually. Several claimants already did so and continue to pursue the proceedings.³⁹

ACTUAL LEGAL TEXT USE CASES

The expected flood of court cases against Volkswagen as a follow up of Diesel-Gate was one of the use cases of legal tech since several service providers offered web pages where possible clients could input their data to check whether or not they have a claim. If they had, the registering at the MoJ was done by the service providers. Other prominent examples⁴⁰ of legal tech were platforms on rent prices in urban areas,⁴¹ passengers rights,⁴² or the revocation of life insurance contracts.⁴³ The model is more or less comparable. Based on a phenomenon at hand, be it a new law, new court rulings or upcoming scandals, service providers set up web pages. For filtering those cases where the preconditions are fulfilled, users have to give information about the case. If the system confirms that preconditions are met, the next stage begins. These changes are different. Easiest one is, that the service provider offers a cession and claim the right as its own. Often, the initial information is followed by an offer to take over the case by a connected attorney office, which uses the platform as some kind of acquisition tool. Following the initial statement on the structural disadvantage due to the limited experience in such cases, with the acquisition of similar consumers it pays off for the attorney to gain expertise on the specific constellation since he expects a high number of clients with comparable cases.

³⁹ See <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/vertraege-reklamation/kundenrechte/vergleich-zwischen-vzbv-und-volkswagen-steht-klage-zurueckgenommen-29738>

⁴⁰ Here I will not list all pages, which offer that kind of services but only examples.

⁴¹ Zb wenigermiete.de

⁴² flugrecht.de

⁴³ jetzt-lebensversicherung-widerrufen.de

That applies to other services, which are not limited to a specific case but offer legal advice in general.⁴⁴ Here, real attorneys often answer questions of possible clients, which they put in forms.

These web services are backed by innovative technology only partly. Some web services are claiming to be legal bots.⁴⁵ In fact, an IT system is answering questions on legal issues (by the way, exactly in those areas presented above). However, if answer is too ambitious for the bot, it refers it to human attorneys. In fact, the backing “technology” is mostly a decision tree. With initiating information, the system moves to the next level if the information is given or to another path in the tree, when the information isn’t included.

In other cases, real new technology is used. An example of such services is contracts review.⁴⁶ To some extent, the system compares an actual draft contract with its database. In case of an unusual clause the system warns the user. This is reminiscent of first attempts to survey big amounts of documents within due diligences. Here real self-learning software can be used for analysing the data. Also, with already named services, some information is automatically checked by the program. For example, with the renting prices, where the program checks which renting price has to be used or with the passenger rights services, where the system checks if the named flight was delayed by checking the flight dates.

ADMISSIBILITY OF LEGAL TECH UNDER GERMAN LAW

The main focus of legal discussions is on whether providers of named services are entitled to do so. In Germany, attorneys have a monopoly on providing legal advice. Legal advice in this sense is an activity related to the business of another person, where a legal assessment for a specific case was prepared (§ 1 Law on Legal Services). Let us follow the argumentation of a recent case of the Bundesgerichtshof.⁴⁷ In this case the claimant was registered as a debt collector (Inkasso). It offers to enforce the claim for refunding of overpaid rent. To begin with, the client enters the information on the rented apartment and the system checks if the rent exceeds the one allowed in a specific area. In case of overpayment, the tenant assigns the claim to the service provider who tries to claim the money aga-

⁴⁴ Avocado.de; legalbase.de etc.

⁴⁵ Ratis.de

⁴⁶ <https://www.lawgeex.com>;

⁴⁷ BGH, Urteil vom 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208.

inst the landlord and commissions an attorney in case the landlord is not willing to pay. The tenant has only to pay with a share of the reimbursed money.

In the given case the landlord argued that the assignment was null and void, because it was a breach of the Law on Legal Services, since the service provider did not only claim the assigned right but also gave legal advice. From the point of view of the landlord this was already the case with the check-up, when the claim was made. In the end, the German Court decided that if service provider was registered as a debt collector, the assignment was valid. The initial use of rental price calculator, before the claim was made, was not a forbidden legal advice, since the result of processing by the webpage is not binding and therefore not a final legal advice.⁴⁸ Any registered debt collector is allowed to check if the claim could exist. By registering as debt collection agency, the business model of many service providers remains valid, where they claim the rights of their clients.

CONCLUSION AND OUTLOOK

Even though the branding as legal tech is often an exaggeration and the underlying technology isn't exactly innovative, legal tech providers in Germany are an effective (and due to low costs and payments only in case of success) efficient way to enforce consumer rights. In addition to the already existing infrastructure like consumer protection associations and new forms of procedural instruments like the Model Declaratory Action, they represent an attempt at overcoming structural deficiencies consumers face if they try to enforce their rights only through individual approaches. It improves the position of consumers by bringing them together through these new procedural tools or web services, which are part of the legal normality nowadays in Germany.

I am curious in which form the Kopaonik School of Natural Law will take place this year, since the pandemic is still ongoing. I have reserved the dates, as I have done since 2002, when I started my engagement in legal and judicial reforms in Serbia. I am pleased to be part of the School as well as the legal communities of the countries in South East Europe. Whatever the case may be, the Kopaonik School will be present with us all through the publication of the contributions, like every year.

⁴⁸ NJW 2020, 208, 227.

Dr THOMAS MEYER

Direktor programa GIZ Dobra Uprava u Ukrajini

Šef GIZ projekta: Približavanje prava evropskim standardima
na Južnom Kavkazu

UPOTREBA PRAVNE TEHNOLOGIJE U NEMAČKOJ RADI IZJEDNAČENJA POLOŽAJA POTROŠAČA I DOBAVLJAČA U SUDSKOM POSTUPKU

Rezime

Najavom uvođenja pravne terminologije (*legal tech*) došlo je do očekivanja značajnih promena u oblasti pravnih usluga, kao i do bojazni da će advokati ostati bez posla u kratkom vremenskom periodu. Korišćenje pravne terminologije je činjenica u današnjem pravnom okruženju u Nemačkoj. To naročito dolazi do izražaja u domenu zaštite potrošača, u kome se korišćenje pravne tehnologije pokazalo kao pogodan način za prevazilaženje problema sa kojima se susreću potrošači i doprinos široj primeni zakona koji se odnosi na zaštitu potrošača. U fokusu aktuelnih rasprava je pitanje da li je pružanje ovakvih usluga u skladu sa nemačkim Zakonom o pravnom savetu. U ovom radu učinjen je osvrt na pomenuta pitanja.

Ključne reči: digitalizacija, pravna tehnologija, zaštita potrošača, nemački Zakon o pravnim uslugama

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 05.10.2020.

Prihvaćen: 09.11.2020.

STRUČNI RAD

ČETVRTA KATEDRA

**PRAVO
NA INTELEKTUALNU
TVOREVINU**

Industrijska svojina i Autorsko pravo

SANJA DANKOVIĆ STEPANOVIĆ

ZAŠTITA PRAVA INTERPRETATORA NA DIGITALNOM TRŽIŠTU

Ubrzani tehnološki razvoj donosi značajne izmene načina stvaranja, distribucije i korišćenja autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava. Najveći značaj, i istovremeno stepen pravne nesigurnosti, prisutan je u domenu obligacionih odnosa na digitalnom tržištu. Evropsko pravo je dugo tragalo za održivim modelom koji bi pomirio zahtev javnog interesa za najširim mogućim obimom javnog plasmana predmeta zaštite, s jedne, i što potpunijom zaštitom autorskog i srodnih prava, s druge strane. U pogledu prava interpretatora, Direktiva (EU) 2019/970 donosi značajne i afirmativne pomake. Predmet analize u ovom radu jesu tri bitna aspekta zaštite: obaveza pribavljanja odobrenja nosilaca prava za sprovođenje radnji deljenja sadržaja, isplata pravične naknade za iskorišćavanje predmeta zaštite i, kao centralnog – koncepta odgovornosti komercijalnog pružaoca usluga deljenja sadržaja. Polazeći od prestacija iz složenog tripartitnog pravnog odnosa, a uzimajući u obzir i ekonomsku argumentaciju i razloge operativne funkcionalnosti, daje se ocena adekvatnosti novih regulatornih rešenja i posebno ukazuje na protivurečnost u domenu zaštite efektivne konkurencije na digitalnom tržištu.

Ključne reči: digitalno tržište, pružalac usluge deljenja sadržaja, odobrenje nosioca prava, licenciranje sa proširenim učinkom, interpretatorska naknada

U V O D

Izvođenjem odnosno saopštavanjem autorskog dela koje može biti zvučno, vizuelno ili kombinovano, interpretator svojom percepcijom, a onda i predstavlja-

Prof. dr Sanja Danković Stepanović, redovni profesor Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu i član Pregovaračkog tima za vođenje pregovora o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji, e-mail: sanjagraic@yahoo.com.

njem, dodaje određenu vrednost inicijalnoj supstanci dela. Stoga, pravo interpretatora predstavlja srodnu oblast autorskom pravu i analogno obuhvata dve kategorije ovlašćenja nosilaca – moralna i imovinska.

Korpus moralnih prava je višekomponentan i isključiv, proističe iz subjektivnog svojstva interpretatora i ličnog pečata koji daje delu prilikom predstavljanja i podrazumeva ovlašćenje da bude priznat kao interpretator, da njegovo ime bude naznačeno na prikladan način prilikom svakog iskorišćavanja interpretacije i da se ne saglasi sa izmenom (forme) interpretacije ili sa stavljanjem u promet snimka interpretacije koji sadrži tehničke nedostatke ili sa iskorišćavanjem interpretacije koja bi mogla da naruši njegov izvođački renome.¹

U domenu imovinskih prava interpretatora² tri najvažnija odnose se na izvođenja koja su snimljena na fonogram ili videogram.³ Pravo reprodukcije, kao najznačajnije ovlašćenje interpretatora u pogledu korišćenja interpretacije u telesnom obliku, podrazumeva pravo davanja saglasnosti za snimanje nezabeležene interpretacije i umnožavanje interpretacija zabeleženih na fonogramima. Pravo distribucije⁴ se odnosi na ovlašćenje da dozvoli ili ne dozvoli stavljanje u promet originala i kopija fonograma ili videograma na kojima je izvođenje zabeleženo, radi njihove dalje prodaje. Pravo iznajmljivanja se odnosi na ovlašćenje nosioca prava da se saglasi sa komercijalnim davanjem u zakup originala i kopija fonograma ili videograma. Posebna kategorija imovinskih ovlašćenja interpretatora se odnosi na nesnimljena izvođenja i to: pravo emitovanja, pravo snimanja i pravo saopštavanja javnosti nezabeležene interpretacije.⁵ Sva navedena prava su isključive prirode. Neisključiva ovlašćenja interpretatora proističu iz složenog odnosa i komercijalne interesne povezanosti interpretatora i proizvođača fonograma ili videograma, pa interpretator ne raspolaže isključivim pravom na emitovanje interpretacije koja je snimljena i izdata na nosaču zvuka, a ukoliko je reč o audio-vizuelnom snimku – koja je zabeležena sa dozvolom interpretatora.⁶

¹ Zakon o autorskom i srodnim pravima, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016, 66/2019 (dalje: Zakon), čl. 114, st. 1.

² Korpus imovinskih prava interpretatora usko je povezan sa ovlašćenjima autora muzičkog dela, s obzirom da uskraćivanje saglasnosti autora rezultira nemogućnošću interpretatora i proizvođača fonograma da koriste svoje pravo; v. Slobodan Marković, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2000, 80.

³ WIPO Ugovor o interpretacijama i fonogramima, *Službeni list SRJ*, br. 13/02, čl. 7–10.

⁴ Kamil Idris, *Intelektualna svojina - moćno sredstvo ekonomskog rasta*, Beograd, 2003, 163.

⁵ WIPO Ugovor o interpretacijama i fonogramima, čl. 6.

⁶ Čl. 116, st. 2 Zakona.

Značajna novina u domaćem legislativnom ambijentu zaštite prava interpretatora odnosi se na obezbeđivanje uravnoteženog i pravičnog sistema zaštite imovinskih interesa različitih kategorija interpretatora. Uprkos ranije prisutnom obuhvatnom pojmovnom definisanju interpretacije kao duhovnog dobra koje nastaje ličnim angažovanjem interpretatora prilikom saopštavanja autorskog dela, tek od 2019. godine ustanovljava se zakonski osnov za imovinsko ovlašćenje u pogledu potraživanja naknade ne samo za (re)emitovanje i javno saopštavanje interpretacije (koja se emituje) sa snimka izdatog na nosaču zvuka, nego i nosaču zvuka i slike.⁷ Na ovaj način, nova i značajna kategorija vizuelnih i audio-vizuelnih interpretatora dobija imovinska ovlašćenja ranije rezervisana samo za nosioce muzičkih prava. U pogledu komercijalne upotrebe interpretacije, najznačajnije imovinsko ovlašćenje interpretatora je pravo na naknadu za: emitovanje i reemitovanje interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka i javno saopštavanje interpretacije sa snimka, odnosno koja se emituje sa snimka izdatog na nosaču zvuka i(li) slike. Pravo interpretatora na pravičnu naknadu od emitovanja i javnog saopštavanja interpretacije u pogledu stavljanja u promet snimka interpretacije, davanja u zakup snimka i interaktivnog činjenja dostupnim snimku interpretacije javnosti žičnim ili bežičnim putem predstavlja zagantovano pravo koga se interpretator ne može odreći, a ostvaruje se isključivo posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava.⁸ Imovinska ovlašćenja interpretatora proširena su tako i u pogledu prava na pravičnu naknadu interpretatora u slučaju ugovornog prenosa određenih isključivih imovinskih prava na proizvođača fonograma ili videograma⁹.

Poseban osnov imovinskih ovlašćenja interpretatora, kao i nosilaca autorskog, odnosno prava proizvođača fonograma ili videograma, odnosi se na posebnu naknadu koja se naplaćuje po osnovu uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za umnožavanje dela, odnosno interpretacije za lične nekomercijalne potrebe.¹⁰

⁷ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima, *Službeni glasnik RS*, br. 66, 2019, čl. 117, st. 1.

⁸ Čl. 116, st. 3 Zakona.

⁹ Važećim pozitivnim zakonskim rešenjem proširen je domen osnova za ostvarivanje pravične naknade u korist interpretatora koji je ustupio proizvođaču fonograma ili videograma svoje imovinsko ovlašćenje, tako da je osim prava na naknadu usled davanja u zakup primeraka interpretacije, uvedeno i pravo na naknadu po osnovu stavljanja u promet interpretacije i interaktivno činjenje interpretacije dostupnom javnosti; uz pretpostavku postupanja u korist slabije ugovorne strane, primenjuje se pravilo *in dubio pro interpretatori*.

¹⁰ V. čl. 39, st. 1 i 146 Zakona.

Imovinska ovlašćenja interpretatora u domenu javnog saopštavanja dela supstancijalno su ojačana u domaćem pravu 2019. godine legislativnim rešenjem o proširenju pojma interpretacije sa izdatog snimka i na slučaj kada je interpretacija dostupna javnosti žičanim ili bežičnim putem na način koji omogućava individualni pristup sa mesta i u vreme koje pojedinac izabere, analogno isključivom autorskom pravu¹¹. Pravo interpretatora u pogledu davanja dozvole za činjenje javno dostupnim zabeleženih interpretacija koje se ostvaruje bežičnim ili žičnim putem je isključivo.

ZADATI IMPERATIVI SLOBODNOG DIGITALNOG TRŽIŠTA

Promene načina stvaranja, proizvodnje, distribucije i korišćenja autorskih dela i drugih predmeta zaštite srodnih prava uslovile su uspostavljanje pravnih odnosa između novih kategorija subjekata i unutar novih poslovnih modela. Regulatorni okvir morao je ispratiti ove promene, istovremeno percipirajući njihov dalji budući tok, kako se napredak ne bi usporavao.¹² U pravu Evropske unije gotovo dve decenije se tragalo za održivim rešenjem zaštite autorskog i srodnih prava na digitalnom tržištu, koje bi pomirilo zahteve za najširim mogućim obimom javnog plasmana dela i interpretacija, s jedne, i što potpunijom zaštitom autorskog i srodnih prava, s druge strane.

Posebno osetljiv segment korišćenja dela i interpretacija koji odlikuje relativno visok stepen pravne nesigurnosti u odnosu nosilaca prava i korisnika vezuje se za digitalno okruženje. Inovativna rešenja koja donosi Direktiva (EU) 2019/790 otvaraju novo razdoblje u ovoj sferi zaštite intelektualne svojine, ali ostaje da se potvrdi stvarni praktični domen njihove primene; nacionalna zakonodavstva zemalja članica bi trebalo da ih implementiraju u roku od dve godine.¹³

Model ustanovljen Direktivom 2001/29/EZ¹⁴ podrazumevao je dobijanje odobrenja za svako od prava u korišćenju muzičkih dela na jedinstvenom digitalnom tržištu. U odnosu na autore, taj korpus prava obuhvata ekskluzivno pravo distribucije i ekskluzivno pravo stavljanja muzičkih dela na raspolaganje javnosti, uključujući pravo na dostupnost.¹⁵ Isključivo pravo davanja ovlašćenja ili zabrane stavljanja na raspolaganje javnosti – žičnim ili bežičnim putem koji omogućava

¹¹ Čl. 30, st. 1 i čl. 117, st. 2 Zakona.

¹² Direktiva (EU) 2019/790 o autorskom i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu i izmeni direktiva 96/9/EZ i 2001/29/EZ (dalje: Direktiva EU 2019/790), tač. 3 Preambule.

¹³ Direktiva (EU) 2019/790 usvojena je u Savetu Evropske unije 15.4.2019. godine.

¹⁴ Direktiva 2001/29/EZ o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu.

¹⁵ Richard Schulenberg, *Legal Aspects of the Music Industry*, New York, 2003, 365.

individualni pristup, Direktiva 2001/29/EZ ustanovljava u korist interpretatora, kao i proizvođača fonograma, prvog videograma i organizacija za radiodifuziju.¹⁶ S druge strane, svaki poslovni subjekt koji želi da pruži internetsku uslugu nudeći potrošačima veliki izbor muzičkih dela ima obavezu da objedini prava na odnosnom delu od različitih nosilaca prava i organizacija za kolektivno ostvarivanje prava.¹⁷

Pitanja koja su prepoznata kao posebno važna, a nedovoljno precizno legislativno uređena za funkcionalno i pravično tržište autorskog i srodnih prava odnose se i na: pravila o pravima u pogledu publikacija, ovlašćenje komercijalnih pružalaca internetskih usluga čuvanja i davanja pristupa sadržajima da koriste predmete zaštite, transparentnost ugovora autora i izvođača, pravo na pravičnu naknadu, kao i mehanizme opoziva prava koja su preneti na isključivoj osnovi.¹⁸

Ciljevi od kojih se pošlo prilikom konstruisanja rešenja kojima Direktiva (EU) 2019/970 pledira da doprinese pravičnom uređenju pravnih odnosa u sferi deljenja sadržaja zaštićenog autorskim i srodnim pravom na internetu ogledaju se i u sledećem: osiguranje što šireg pristupa sadržaju na mreži, uvođenje funkcionalnog modela pribavljanja saglasnosti nosioca prava za njegovo postavljanje i korišćenje, kao i za opoziv, uspostavljanje operativnog sistema isplate pravične naknade za korišćenje sadržaja, uravnoteženo regulisanje prava i obaveza nosilaca autorskog i srodnih prava, s jedne, i korisnika njihovih dela, s druge strane, i pomirenje oprečnih zahteva javnog interesa za činjenje sadržaja zaštićenog autorskim i srodnim pravima lako dostupnim (posebno u domenu evropskog kulturnog nasleđa) i individualnog prava na imovinsku nadoknadu za korišćenje dela, odnosno interpretacije.

U pogledu korišćenja muzičkog sadržaja na internetu, najznačajnije supstancijalne novine sadržane su u tri rešenja u pogledu koncepta izuzetaka i ograničenja zaštite autorskog i srodnih prava u digitalnom i prekograničnom okruženju koja su imperativnog karaktera, zatim sistema pribavljanja saglasnosti nosilaca prava za sprovođenje radnji deljenja sadržaja i najzad ustanovljavanja odgovornosti komercijalnog pružaoca usluga za neovlašćeno stavljanje na raspolaganje javnosti zaštićenih dela i interpretacija.

¹⁶ Direktiva 2001/29/EZ o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu, čl. 3, st. 2.

¹⁷ Preporukom 2005/737/EZ ovo rešenje je upodobljeno specifičnim zahtevima upravljanja autorskim i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu pružanja muzičkih sadržaja i usluga. Uvažena je potreba komercijalnih korisnika u domenu internetskog korišćenja muzičkih dela za politikom izdavanja odobrenja koja odgovara posebnosti internetskog okruženja i izlazi izvan granica državnog područja, obuhvatajući po pravilu više njih.

¹⁸ Preporuka 2005/737/EZ, tač. 3.

Olakšavanje korišćenja sadržaja u javnom domenu omogućeno je uspostavljanjem sistema izuzetaka i ograničenja, u tri potkategorije koje se odnose na rudarenje teksta i podataka, korišćenje dela i drugih predmeta zaštite za potrebe sprovođenja nastave i očuvanje kulturne baštine.

U 21. veku donete su značajne novine u domenu tehnologija koje omogućavaju automatizovanu računarsku analizu informacija u digitalnoj sferi, a u formi teksta, slike, zvuka ili podataka. Model zaštite baza podataka podrazumeva autorsko-pravni koncept, polazeći od intelektualne tvorevine utemeljene na izboru ili rasporedu njenog sadržaja. Svojstvo autora baze podataka osim fizičkog lica ili grupe njih, može imati i pravno lice. Zaštita baze podataka jasno je odvojena od njihovog sadržaja.¹⁹ Rešenja unitarnog prava o zaštiti baza podataka koja su podrazumevala da proizvođač baze podataka ima isključivo pravo da odobri privremenu ili trajnu reprodukciju, bilo u kom obliku i u celini ili delimično, i pravo sprečavanja prenosa sadržaja baze podataka u bilo kom obliku, kao i ponovnog korišćenja, u kvalitativnom ili kvantitativnom smislu, sadržaja takve baze podataka²⁰ morala su biti modifikovana u pravcu dopuštanja rudarenja teksta i podataka.

Izuzeci se odnose na sprovođenje automatizovane analitičke tehnike čiji je cilj analiza teksta ili podataka koja bi rezultirala ustanovljavanjem trendova i korelacija – u cilju sprovođenja naučnog istraživanja, odnosno reprodukcije i izvlačenja predmeta zaštite kao prethodnog koraka za rudarenje teksta i podataka.²¹

Drugo ograničenje odnosi se na dopuštenost digitalnog korišćenja predmeta zaštite autorskog i srodnih prava u nekomercijalnu svrhu izvođenja nastavnog procesa, odnosno davanja primera kao njenog segmenta, pod uslovom navođenja imena autora i izvođača, kao i dela ili interpretacije – uvek kada je to objektivno moguće.²² Najzad, očuvanje kulturne baštine²³ zahteva ustanovljavanje izuzetka od klasičnog korpusa zaštite u pogledu omogućavanja institucijama kulture da umnožavaju dela, odnosno druge predmete zaštite koja predstavljaju trajni deo njihovih zbirki – u cilju njihovog očuvanja.²⁴

¹⁹ Direktiva 96/9/EZ o pravnoj zaštiti baza podataka, čl. 3 i čl. 4, st. 1

²⁰ Direktiva 96/9/EZ o pravnoj zaštiti baze podataka, čl. 5, tač. (a) i čl. 7, st. 1.

²¹ Direktiva (EU) 2019/790, čl. 4, st. 1. i 2.

²² Direktiva (EU) 2019/790, čl. 5, st. 1.

²³ Evropsko zajedničko kulturno nasleđe, utemeljeno na poštovanju i podržavanju kulturne raznolikosti, jedna je od temeljnih unitarnih vrednosti; v. Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, *Službeni list EU*, br. 2016/C 202/01, čl. 167, st. 4.

²⁴ Direktiva (EU) 2019/790, čl. 6.

Okolnost da, iako otvorena bežična mreža ne poznaje granice, digitalno tržište muzičkih usluga u Evropskoj uniji još uvek nije uređeno kao jedinstveno, zahtevala je uvođenje radikalnijih pravnih rešenja. Dodatno, složenost modela kolektivnog ostvarivanja prava²⁵ doprinela je tržišnoj fragmentiranosti. Regulatorno okruženje je sve teže odgovaralo na uzlazni nivo potražnje za pristupom digitalnom sadržaju i povezanim inovativnim uslugama, uključujući neretko one preko nacionalnih granica. Stoga je Direktiva (EU) 2019/790 u svojim rešenjima pošla od zahteva digitalnog i prekograničnog korišćenja sadržaja zaštićenog autorskim i srodnim pravima, čiji koncept je nužno morao pretrpeti ograničenja i izuzeća, s jedne, odnosno pružiti olakšice u pogledu dobijanja saglasnosti za plasman i korišćenje, s druge strane, kako bi se optimiziralo funkcionisanje jedinstvenog digitalnog muzičkog tržišta. Nova legislativna rešenja trebalo bi da doprinesu nenarušavanju i podsticanju tržišnog takmičenja na unutrašnjem tržištu Evropske unije, odnosno očuvanju i podizanju nivoa efektivne konkurencije. Kao rezultat toga, kreira se i afirmativni ambijent za inovacije, proizvodnju novog sadržaja i kreativnost u digitalnom okruženju. Na ovaj način, primenom mehanizama kojima se minimizira partikulacija unutrašnjeg tržišta, vrši se dalji podsticaj kulturne raznolikosti i očuvanja evropskog zajedničkog kulturnog nasleđa.²⁶

PRAVNA ODGOVORNOST

Centralni segment zaštite muzičkih dela i interpretacija u digitalnoj sferi odnosi se na koncept odgovornosti za njihovo korišćenje, čemu prethodi pitanje plasmana sadržaja, a njemu opet uspostavljanje funkcionalnog modela pribavljanja saglasnosti od nosilaca prava koje bi istovremeno omogućilo i široku dostupnost sadržaja. Centralnu ulogu dobijaju komercijalni pružaoci usluga deljenja sadržaja putem interneta – koji obavljaju delatnost saopštavanja ili stavljanja na raspolaganje javnosti, dajući pristup delima koja su zaštićena autorskim ili srodnim pravom korisnicima.

Neovlašćeno korišćenje muzičkog sadržaja u ovom veku preselilo se na bežičnu, internet frekvenciju. Tradicionalni koncept zaštite autorskog i srodnih prava ne daje zadovoljavajuće rezultate u digitalnom okruženju i nameće se imperativ pronalaženja novih pravnih mehanizama. Piraterija u muzičkoj industriji napušta klasične vidove kopiranja i reprodukcije zvučnih zapisa bez odobrenja nosilaca prava i prelazi u digitalnu sferu. Nije samo ambijent promenjen, drugači-

²⁵ Slobodan Marković, "Kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava od monopola ka konkurenciji", *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2013, 633 i dalje.

²⁶ Direktiva (EU) 2019/790, Preambula, tač. 2.

ja je i kategorija prekršilaca koji se za razliku od tradicionalne piraterije ne vezuju za profesionalne povratnike čiji je motiv ostvarivanje protivpravne koristi, već za širok krug individualnih korisnika koji muzičkom sadržaju pristupaju sa pozicije umetničkog afiniteta i neretko povredu prava čine iz nehata. Značenje termina piraterija stoga, u ovom slučaju, može dobiti i drugačiji, na trenutke afirmativan prizvuk, u pogledu zajedničkog interesa autora ili interpretatora, s jedne, i krajnjeg individualnog korisnika, s druge strane, da sadržaj bude podeljen, pri čemu se aspekt naknade javlja kao sekundaran.

Koncept odgovornosti za neovlašćeno korišćenje muzičkog sadržaja stoga kao prethodna pitanja pretpostavlja pravnu i faktičku kontrolu korišćenja usluga na digitalnom tržištu, a zatim i kauzu. Krajnji korisnik, odnosno potrošač bi snosio odgovornost u slučaju korišćenja sadržaja za individualne potrebe, dok se za postavljanje i distribuciju odgovornost usmerava u pravcu komercijalnog pružaoća usluge deljenja sadržaja. Međutim, ona se do novih legislativnih rešenja u unitarnom pravu odnosila na obavezu uklanjanja spornog sadržaja, ali ne direktno i na naknadu štete po osnovu povrede autorskog ili srodnog prava. Treća mogućnost se odnosi na koncept solidarne odgovornosti, s obzirom na značajnu razliku u ekonomskoj snazi dužnika. Modeli ustanovljeni Direktivom 2001/29/EZ koji se odnose na ovlašćenje nosilaca prava da podnesu zahtev za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika čije usluge treće lice koristi, a rezultiraju povredom autorskog ili srodnog prava, i da sudskim putem vlasniku otvorene bežične mreže bude naložena zaštita pristupa mreži upotrebom lozinke²⁷, su se u poslovno-pravnoj zaštiti pokazali nedovoljno funkcionalnim. Do početka primene rešenja Direktive (EU) 2019/790 u evropskom sistemu zaštite ostaju mnoga otvorena pravna pitanja i konsekvantno relativno nizak stepen operativne delotvornosti sistema zaštite interesa nosilaca prava na digitalnom tržištu.

Pružalac usluge deljenja sadržaja kao usluge informacijskog društva za osnovnu ili jednu od osnovnih delatnosti ima pohranjivanje velike količine predmeta zaštite autorskog i srodnih prava koje učitavaju korisnici i omogućavanje pristupa javnosti istima, sa ciljem ostvarivanja dobiti.²⁸ Nova unitarna rešenja polaze od poslovnog profila internet platforme koja sadržaj čine dostupnim korisnicima. Uprkos argumentima da one zapravo ne iskorišćavaju sadržaj, već to čine krajnji korisnici, prevalentan argument za ustanovljavanje njihove odgovornosti jeste prenos vrednosti²⁹, jer naknada po osnovu korišćenja dela u praksi, po pra-

²⁷ Sonja Lučić, "Odgovornost vlasnika otvorene bežične mreže za povredu autorskog i srodnog prava", *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2017, 265.

²⁸ Direktiva (EU) 2019/790, čl. 2, tač. 6.

²⁹ Miroslav Škoro, *Glazba i autorsko pravo*, Zagreb, 2019, 157.

vilu, nije stizala do autora i nosilaca srodnih prava, već je, filtriranjem kroz različite poslovne modele, dominantan profit ubiran od strane pružalaca usluga deljenja sadržaja. Stoga, pružalac usluge deljenja muzičkog sadržaja putem interneta, uključujući i usluge omogućavanja pristupa video sadržaju ili igrama u kojima muzika predstavlja bitan segment, ima obavezu pribavljanja odobrenja nosioca autorskog ili srodnog prava kao prethodnog uslova za javno saopštavanje ili stavljanje na raspolaganje javnosti dela ili interpretacije.³⁰

Zahtev za filtriranjem i proveravanjem sadržaja koji se postavlja na internet portale kako bi se sprečila povreda autorskog i srodnih prava, pretpostavlja uvođenje posebnih automatskih sistema koji će na osnovu algoritama obavljati odnosnu delatnost. Međutim, reč je o rešenju koje svakako doprinosi zaštiti interesa nosilaca prava ali će istovremeno nepovoljno uticati na nivo efektivne konkurencije na digitalnom tržištu. Osnovano je očekivati trend koncentrisanja digitalnog tržišta u domenu deljenja muzičkog sadržaja, s obzirom na značajne troškove koje ima komercijalni pružalac usluge za uspostavljanje i sprovođenje sistema kontrole koji će preduprediti povredu autorskog i srodnih prava. Smanjenje broja tržišnih učesnika rezultantno znači sniženi nivo efektivne konkurencije na relevantnom tržištu.³¹

Značajna specifična težina obaveze pribavljanja odobrenja koja je data pružaocu usluge deljenja sadržaja putem interneta može biti umanjena po tri osnova. Najpre, statusno je ustanovljena samo za tržišno pozicionirane i ekonomski snažne komercijalne pružaocce usluga deljenja sadržaja putem interneta koji su na relevantnom tržištu pružanja usluga prisutni duže od tri godine, čiji je godišnji promet veći od deset miliona evra a broj posetilaca platforme u jednom mesecu iznosi više od pet miliona.³²

Drugi osnov se tiče situacije izuzimanja od odgovornosti pružaoca usluge deljenja sadržaja u slučaju da dokaže da je: preduzeo sve razumne radnje kako bi pribavio odobrenje nosioca prava, preduzeo sve u svojoj moći, a shodno visokim standardima profesionalne pažnje u odnosnom sektoru poslovanja, kako bi zaštićena dela učinio nedostupnim i promptno delovao nakon što je od nosioca prava primio obrazloženo obaveštenje kako bi dalji pristup zaštićenom sadržaju bio onemogućen, odnosno isti bio uklonjen. Prejudiciran visok stepen pravne nesigurnosti nosi odredba koja se odnosi na izuzimanje od odgovornosti pruža-

³⁰ Direktiva (EU) 2019/790, čl. 17, tač. 1, st. 2.

³¹ Navedena posledica je suprotna principu nenarušavanja tržišnog takmičenja na unutrašnjem tržištu kao prvoproglašenom (tačka 1) u Preambuli Direktive (EU) 2019/970.

³² Direktiva (EU) 2019/790, čl. 17, tač. 6.

oca usluge koji dokaže da je “preduzeo sve u svojoj moći”³³ u smislu pribavljanja odobrenja, odnosno osiguravanja nedostupnosti predmeta zaštite. Tumačenja ove norme će u praksi razliĉkih nacionalnih sudskih, odnosno organa koji budu postupali u okvirima alternativnih naĉina rešavanja sporova, izvesno biti razliĉita, što navedeno rešenje ĉini potencijalnim uporištem za minimiziranje inaĉe široko postavljenog obima odgovornosti subjekata pružaoca usluga deljenja digitalnog sadržaja.

Treći, sistemski, segment se odnosi na modifikovanje uloge i nadležnosti organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava. U cilju olakšavanja pribavljanja odobrenja, koje je u interesu sve tri kategorije učesnika odnosa: nosioca prava, korisnika i komercijalnog pružaoca usluge deljenja sadržaja, proširuje se dejstvo mehanizma kolektivnog licenciranja, pri ĉemu poseban znaĉaj ima ostvarivanje prava nosilaca koji nisu ĉlanovi organizacije za kolektivno ostvarivanje prava.³⁴

ODOBRENJE I NAKNADA ZA KORIŠĆENJE PREDMETA ZAŠTITE

Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava koja zakljuĉuje ugovor o licenciranju za iskorišćavanje autorskog dela ili interpretacije pretpostavljeno zastupa i nosioce prava koji nisu dali predmetno ovlašćenje i odnosni ugovor se može proširiti u svrhu primene na prava nosilaca koja nisu ovlastila organizaciju da ih zastupa u pogledu davanja odobrenja ili bilo kog oblika ugovornog odnosa. Pretpostavka za primenu mehanizma kolektivnog licenciranja sa proširenim učinkom jeste statusno profilisanje organizacije u pogledu: dovoljnog stepena reprezentativnosti, garancije jednakog postupanja prema svim nosiocima prava - uključujući istovetnost uslova licenciranja, mogućnosti nosilaca prava koji nisu dali ovlašćenje organizaciji koja daje odobrenje da u bilo kom trenutku na jednostavan naĉin mogu isključiti predmet zaštite iz mehanizma kolektivnog licenciranja i efikasne mere i vidove kolektivnog informisanja nosilaca prava o licenciranju.³⁵

Organizacije za kolektivno ostvarivanje, uz pretpostavku reprezentativnosti, ovlašćene su na zakljuĉivanje ugovora o neisključivoj licenci na nekomercijalnoj osnovi sa institucijama kulturne baštine, a u pogledu dela koja se nalaze u njio-

³³ Direktiva (EU) 2019/790, ĉl. 17, taĉ. 4 (a) i (b).

³⁴ Direktiva 2014/26/EU o kolektivnom ostvarivanju autorskog prava i srodnih prava i izdavanju odobrenja za više državnih podruĉja za prava na internetsko korišćenje muziĉkih dela na unutrašnjem tržištu, ĉl. 7, taĉ. 1.

³⁵ Direktiva (EU) 2019/790, ĉl. 12, taĉ. 2. i 3.

vim trajnim zbirkama. Nosioci prava imaju mogućnost da predmet zaštite isključe iz ovako (pret)postavljenog sistema zaštite.³⁶

Mere za olakšavanje praksi licenciranja usmerene su naročito u dva pravca, s ciljem omogućavanja što ekstenzivnijeg javnog pristupa sadržaju: širenja polja dostupnosti predmeta zaštite koji nisu tržišno prisutni i internetske raspoloživosti autovizuelnih dela na platformama. U pogledu olakšavanja vođenja pregovora i zaključenja sporazuma o korišćenju audio-vizuelnih dela se uvodi posredovanje nepristrasnih, ovlašćenih subjekata. Za dela vizuelne umetnosti u javnom domenu, čiji je rok zaštite istekao, afirmiše se širi domen dostupnosti u pogledu materijala koji je nastao reprodukcijom tog dela u smislu izuzimanja iz sistema zaštite autorskog i srodnih prava.³⁷

Pravo na naknadu predstavlja najznačajnije imovinsko ovlašćenje interpretatora, odnosno nosioca prava. U domaćem legislativnom prostoru pravo na naknadu po osnovu javnog saopštavanja interpretacije sa izdatog snimka, dostupne žičnim ili bežičnim putem, realizuje se samo posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava³⁸, a polazeći od prirode naknade i disperzovanosti korisnika. Ostaje otvoreno pitanje da li zakonom ustanovljen model pravične naknade predstavlja osnovno rešenje, ili samo supsidijarno pravilo u odnosu na ovlašćenje nosioca prava da u pregovorima sa korisnikom opredeli optimalnu visinu naknade.

Obaveza pružaoca usluge deljenja sadržaja na internetu u pogledu pribavljanja odobrenja nosioca prava ostvaruje se po pravilu zaključenjem ugovora o licenci. Ugovor o neisključivoj licenci omogućava da davalac licence i dalje iskorišćava predmet i ustupa ga drugim subjektima. Nosioc prava može opozvati licence u celini ili delimično. Prenos isključivih prava za iskorišćavanje predmeta zaštite rezultira imovinskim ovlašćenjem na pravičnu, odgovarajuću naknadu koja će ispunjavati uslov srazmernosti. Zahtev transparentnosti podrazumeva da autori i interpretatori najmanje jednom godišnje imaju pravo na prijem potpunih informacija o iskorišćavanju dela i interpretacija u sistemu ugovornog licenciranja i podlicence, a posebno podataka o ostvarenim prihodima i naknadi. U slučaju izmenjenih okolnosti, ustanovljava se pravo autora ili izvođača, odnosno njihovih predstavnika, da zatraže dodatnu i odgovarajuću naknadu ukoliko se ugovorom predviđena vrednost pokaže nesrazmerno niskom u odnosu na realno ostvarene prihode.³⁹

³⁶ Direktiva (EU) 2019/790, čl. 8, tač. 1. i 4.

³⁷ Direktiva (EU) 2019/790, čl. 13 i 14.

³⁸ Zakon, čl. 117, st. 3.

³⁹ Direktiva (EU) 2019/790, čl. 20, st. 1.

ZAKLJUČAK

Zaštita prava interpretatora, kao deo koncepta ostvarivanja autorskog i drugih srodnih prava, sferu javnog saopštavanja putem interaktivnog činjenja dela dostupnim na internetu od početka 21. veka prepoznaje kao najperspektivniji aspekt komercijalnog plasmana dela i interpretacije. Međutim, kako pravo prati život nužno sa određenim zaostatom, legislativna rešenja evropskog prava prešla su dugi put (od 2001. do 2019. godine) kako bi se preciznije uredilo središno pitanje odgovornosti za javno saopštavanje dela zaštićenih autorskim i srodnim pravima u digitalnoj sferi.

Novim regulatornim okvirom Direktive (EU) 2019/790 u domenu tripartitnog odnosa na digitalnom muzičkom tržištu u najvećoj meri je osnažen položaj autora, interpretatora i izdavača a ustanovljen teret obaveza na strani komercijalnih posrednika, odnosno internet platformi. Čini se da je pobedu u ovoj rundi većitog rata kreativaca korporativaca (pre svega onih na otvorenoj bežičnoj mreži) najzad odnela slabija strana.

Domaće autorsko i srodna prava percipiraju nove modele zaštite unitarnog prava, s obzirom da je reč o poslovno-pravnom domenu koji je transnacionalan i istovremeno oblasti u kojoj je prisutan, značajan stepen pravne nesigurnosti u obligacionim odnosima nosilaca prava i korisnika. U pogledu kriterijuma naknade kao najznačajnijeg imovinskog ovlašćenja, sfera javnog saopštavanja muzičkog sadržaja na internetu u perspektivi postaje najznačajniji segment plasmana i korišćenja. Stoga, i u domenu domaćeg autorskog i srodnih prava je malo pitanja koja su značajnija za zaštitu pravnog položaja i imovinskih interesa nosilaca prava.

Zaštita prava interpretatora je izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima 2019. godine⁴⁰ mnogostruko unapređena⁴¹; sledeći značajni talas zakonodavnog usaglašavanja sa rešenjima prava Evropske unije očekivano će se odnositi na zaštitu integriteta i interesa nosilaca prava na digitalnom tržištu i dalje statusno-operativno profilisanje organizacija za kolektivno ostvarivanje prava.

⁴⁰ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima, *Službeni glasnik RS*, br. 66, 2019.

⁴¹ Najznačajniji pomaci učinjeni su u domenu širenja polja zaštite, sa ekstenzivnim pomovnim utemeljenjem interpretacije sa izdatog snimka, produženjem perioda zaštite prava, jačanjem pravnog položaja interpretatora u odnosu sa proizvođačem fonograma, vraćanjem autonomije u domenu naplate naknade po osnovu (re)emitovanja i javnog saopštavanja naspram ostvarivanja autorskog prava, uravnoteženjem nadležnosti organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i proizvođača fonograma, jačanja položaja nosioca prava spram organizacije koja ih kolektivno ostvaruje (viši stepen finansijske transparentnosti rada, zaštita imovinskih prava u slučaju stečaja, likvidacije ili gubitka dozvole za rad organizacije i dr.), kao i u oblasti sudske zaštite srodnih i autorskog prava.

Operativno sprovođenje pravnih mehanizama zaštite u digitalnoj sferi izvesno je složenije u odnosu na tradicionalne vidove emitovanja i javnog saopštavanja i posebno ugovornog odnosa – što dalje upućuje na neophodnost novih instrumenata i koncepata zaštite, ali i podizanja nivoa implementacionih efekata postojećih rešenja. U prvom koraku, nivo regulatornih ovlašćenja države stoga je visok, a zatim je od posebne važnosti ustanovljavanje usaglašenog sistema sudске i prakse drugih nadležnih organa u pogledu kreiranja pravičnih, srazmernih i efikasnih mera zaštite interesa nosilaca prava na digitalnom tržištu. Ekstenzivna primena pravila rezona izvesno će doprineti pravičnoj rezultanti u pojedinačnim slučajevima zaštite prava.

Iznalaženje održivog i pravičnog koncepta pravne zaštite kategorije nosilaca autorskog i srodnih prava podrazumeva pomirenje dva oprečna zahteva u domenu digitalne mrežne sfere. Prvi se odnosi na slobodu postavljanja i deljenja sadržaja, koja korespondira sa interesom autora i interpretatora da delo na ovaj način najkraćim putem postane dostupno najširoj javnosti i najvećem broju potencijalnih korisnika. S druge strane, plasman zaštićenog sadržaja pretpostavlja prethodno pribavljanje saglasnosti nosilaca prava za javno saopštavanje i sledstveno uređenje pitanja odgovarajuće naknade. Oba imperativa koegzistiraju u koordinantnom sistemu međunarodne mreže i globalne potražnje, s jedne strane i, uz pretpostavku da je model individualne zaštite objektivno neodrživ u ovom domenu javnog saopštavanja, koncepta kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava koji, međutim, ima nacionalni predznak, s druge strane. Izvesti vektorski proizvod izvesno predstavlja stoga složeni pravni zadatak, a rešenje u unitarnom pravu koje donosi Direktiva iz 2019. godine i pokazaće prve praktične efekte u 2021. godini pokušava da tačku preloma konstituiše u odgovornosti kategorije posrednika između nosilaca prava i krajnjih korisnika.

Polazište je nesporno pretpostavljalo da će interesna polja obe krajnje kategorije subjekata pravnog odnosa u određenoj, intencija je proporcionalnoj, meri biti sužena zarad održivog i pravičnog ishodišta. Tako je ekstenzivno postavljen sistem obaveznih ograničenja autorskog (i srodnih) prava u domenu obrazovanja, očuvanja kulturnog nasleđa i dopuštenog rudarenja podataka i teksta za potrebe sprovođenja istraživanja. S druge strane, stoje obaveze pribavljanja saglasnosti nosilaca prava za javno saopštavanje dela i plaćanja odgovarajuće nadoknade. Ključnu ulogu u operativnom smislu imaće organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, predstavljajući most između nosilaca prava i komercijalnih pružalaca usluge deljenja sadržaja u digitalnoj sferi.

Međutim, ostaje otvoreno pitanje u pogledu ishodišta, koje dominantan segment odgovornosti i iz nje proisteklih pravnih radnji, stavlja na teret posrednicima – subjektima koji pružaju usluge deljenja sadržaja na internetu. Uporište treba

tražiti najpre u specifičnostima ukrštanja ponude i potražnje na globalnom digitalnom tržištu, odnosno kategorija ponuđača i potražilaca. S druge strane, polazi se od očigledne prihodne neravnoteže između internet platformi koje stavljaju javnosti na raspolaganje autorska dela i interpretacije i ostvaruju dobit klasifikacijom (muzičkog) sadržaja, njegovim prometom i prodajom oglasnog prostora, i nosilaca prava, koji u dobiti ne samo da po pravilu ne učestvuju, već nemaju ni objektivnu mogućnost saznanja o tome da li se predmet zaštite koristi i pod kojim uslovima. Argumenti faktičke ekonomske snage koji navedenu kategoriju tržišnih učesnika neretko kvalifikuju kao nosioce dominantnog položaja dobijaju primat nad postulatima klasične građansko-pravne odgovornosti i, uvažavajući karakteristike odnosnog relevantnog tržišta, ustanovljava se specifičan koncept odgovornosti koji može da obezbedi funkcionalnu zaštitu autorskog i srodnih prava. Tako se noseća osovina pravnog modela formira između kategorija pružalaca usluga deljenja sadržaja i organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog ili srodnog prava, pomerajući se ka unutra sa krajnjih tačaka na kojima su nosioci prava na delu, odnosno interpretaciji i individualni korisnici.

Istovremeno, tržišna ravnoteža potencijalno biva narušena uvođenjem odnosnog modela odgovornosti, s obzirom na očekivan trend smanjenja broja tržišnih učesnika čiji je položaj otežan uvedenim finansijskim zahtevnom, obavezom koja se odnosi na tehnologiju filtriranja sadržaja. Naredne godine će pokazati da li je nesporno značajan pomak u zaštiti položaja nosilaca autorskog i srodnih prava zapravo plaćen ustupcima ne samo u pogledu dostupnosti sadržaja, već i u domenu osnovnih ljudskih prava (pre svega na privatnost⁴², u pogledu monitoringa sadržaja) a zatim i prava konkurencije, i koliko je konsekvantno celishodan, pa i pravičan model dominantne odgovornosti komercijalnog posrednika – da li je to optimalan kompromisni rezultat do koga se moglo doći polazeći od brojnih različitih interesnih pozicija i složenih pravnih odnosa.

Pronalaženje ravnoteže između moralnih i imovinskih ovlašćenja nosilaca autorskog i srodnih prava i što ekstenzivnijeg polja dostupnosti sadržaja na strani krajnjih korisnika, ostvareno je ustanovljavanjem najvišeg stepena odgovornosti na strani treće kategorije subjekata – pružalaca usluga deljenja sadržaja na internetu, a zapravo posrednika u osnovnom pravnom odnosu konstituisanom povodom određenog autorskog dela ili interpretacije. Tako, najvišu cenu u cilju ostvarivanja naizgled direktno nespojivih interesnih zahteva plaća kategorija subjekata koja zapravo nije njihov nosilac. Pružalac usluga kao posrednik izlazi iz okvira klasične koncepcije odgovornosti, po kojoj odgovara za svaku štetu koja je nast-

⁴² Dušan Popović, Marko Jovanović, *Pravo interneta – odabrane teme*, Beograd, 2017, 123.

la njegovom krivicom.⁴³ Reč je, zapravo, o specifičnom pravnom odnosu koji sadrži elemente ugovora sa dejstvom u korist trećeg.⁴⁴ Komercijalni pružaoci usluga, međutim, iako nisu glavna strana u odnosnom obligacionom odnosu koji se uspostavlja povodom korišćenja predmeta zaštite – kao posrednici u komercijalnom smislu ubiraju najznačajniji benefit, pa obaveza njihove ekstenzivne odgovornosti zapravo predstavlja nadoknadu po tom osnovu, a neretko i uživanju dominantnog tržišnog položaja. U širem kontekstu posmatrano, odnosnim legislativnim konceptom ide se u pravcu uspostavljanja pravno-ekonomskog ekvilibrijuma i kompromisnog pravičnog sistema digitalnog života zaštićenih dela i interpretacija.

Prof. Dr. SANJA DANKOVIĆ STEPANOVIĆ
Full Professor, Faculty of Political Sciences
University of Belgrade

PROTECTION OF PERFORMERS' RIGHTS IN THE DIGITAL MARKET

Summary

Accelerated technological development has produced changes of forms of making distribution and using copy right deeds and subjects of protection of related rights. The most significant and at the same volume of legal uncertainties, present in the area of duties relationship on a digital market. European law has long been looking for a model, which may stay and which would harmonies a request of public interest with the widest possible volume of public placement of protection subjects, on one hand, and as much as possible way of protection of copy rights and familiar rights, on the other hand. In respects of interpreter rights, EU Directive 2019/970 brings out significant and affirmative movements forward. Subject of analysis in this paper are three significant protection aspects, obligation of acquisition bearers of protection permits for implementation actions of content division, payments of compensations for a use of subjects of protection and as central concept of liability of provider of services. Starting from obligations of composed triparties legal relationship, taking into consideration economic arguments and reasons of operative functionality is the mark of adequacy of new regulative solutions and especially shows a contradiction in domain of protection of effective competition on a digital market.

Key words: digital market, division of content services' provider, holder of a right permit, licensing with a wider effect, performer's compensation

⁴³ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/03 i *Službeni glasnik RS*, br. 18/20, čl. 820, st. 1.

⁴⁴ Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, 438.

Literatura

- Idris K., *Intelektualna svojina - moćno sredstvo ekonomskog rasta*, Beograd, 2003.
- Lučić S., "Odgovornost vlasnika otvorene bežišne mreže za povredu autorskog i srodnog prava", *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2017.
- Marković S., "Kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava od monopola ka konkurenciji", *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2013.
- Marković S., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2000.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990.
- Popović D., Jovanović M., *Pravo interneta – odabrane teme*, Beograd, 2017.
- Schulenberg R., *Legal Aspects of the Music Industry*, New York, 2003.
- Škoro M., *Glazba i autorsko pravo*, Zagreb, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 20.09.2020.

Prihvaćen: 06.10.2020.

PREGLEDNI RAD

PERSPEKTIVA MOGUĆNOSTI POSTOJANJA VIŠE TITULARA ISTOG ŽIGA U PRAVU SRBIJE

Imajući u vidu ključne međunarodne sporazume o žigu, pravo SAD, pravo EU i prava Francuske i Nemačke, mogućnost postojanja više nosilaca žiga predstavlja globalni pravni standard. Uređenje te mogućnosti se čini zavisnim od shvatanja funkcije i prirode žiga. Shvatanje žiga kao predmeta svojine, koji se može prenositi nezavisno od prava na poslovnom poduhvatu čije proizvode i usluge označava, prirodno vodi širenju te mogućnosti. Po pravu Srbije, nesporno je da više lica mogu biti nosioci žiga. Postojeća pravila su minimalna tako da nije razumno očekivati da bi njihovim tumačenjem mogla da nastane ujednačena i svima razumljiva praksa, već se čini potrebnim da pravo Srbije bude dalje razvijeno. U radu su izneti argumenti u prilog uređenja prava sunosilaca žiga kao posebnog slučaja zajedničke svojine. Ukoliko to rešenje ne bi bilo usvojeno, upućivanje na opšta pravila o susvojini se čini preko potrebnim. Radi zaštite od stvaranja zabune na tržištu, novo rešenje bi trebalo da se kreće u pravcu stvaranja podsticaja, eventualno i obaveze, zaključivanja ugovora između sunosilaca žiga kojim bi bio uređen određen krug relevantnih pitanja.

Ključne reči: žig, sunosioci žiga, susvojina, zajednička svojina, funkcije žiga

U V O D

Mogućnost da više lica budu nosioci istog žiga¹ predviđena je međunarodnim sporazumima, pravom Evropske unije (EU) i mnogim nacionalnim pravima, uključujući i pravo SAD i pravo Srbije. U pravima evropskih država, uključujući i Srbiju, situacija u kojoj postoji više nosilaca istog žiga, na osnovu zajedničke registracije ili na drugi način, po pravilu je uređena malim brojem izričitih normi, i podvodi se pod opšta pravila o ovlašćenjima više nosilaca svojine na istoj stvari. U pravu SAD, pak, je upadljiva sklonost Zavoda za patente i žigove (dalje: *US PTO*) da vrlo ograničeno odobrava registraciju jednog žiga u korist više titulara. Takođe, postojanje više nosilaca istog žiga se često smatra nepoželjnom, zbog mogućnosti prouzrokovanja sporova, kako u SAD, tako i u pravnim sistemima EU, njenih članica i evropskih država uopšte.²

Rad ima za cilj da utvrdi elemente za utvrđivanje optimalne perspektive mogućnosti postojanja više nosilaca istog žiga u pravu Srbije – da li je svrsishodno tu mogućnost ukinuti, ostaviti je nedirnutom u pogledu načina na koji je uređena, ili je dalje razviti. Kriterijum svrsishodnosti, za potrebe ovog rada, će se sastojati u usaglašenosti sa funkcijama žiga i globalnim standardima u pravu žiga. Imajući u vidu značaj prava SAD za razvoj prava žiga uopšte, kao i obavezu Srbije, na osnovu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, da pravo intelektualne svojine usaglasi sa zakonodavstvom EU,³ osvrt na ključne tačke tumačenja prava

¹ U radu će sintagma o “mogućnosti postojanja više nosilaca (ili titulara) istog žiga” biti korišćena radi jednoobraznosti sa načinom izražavanja u Zakonu o žigovima Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2020. Legitimno bi bilo govoriti i o “više vlasnika istog žiga”, imajući u vidu terminologiju međunarodnih akata, zakonodavstva i sudske prakse SAD i EU, na engleskom, odnosno francuskom i nemačkom jeziku. O pitanju da li se može govoriti o zajedničkoj svojini ili susvojini, u smislu prava Srbije, biće posebno reči u petom delu ovog rada.

² Postojanje više nosilaca istog žiga nije moguće u nekim pravnim sistemima, kao što su to Kuvajt i Kanada, dok je u Brazilu ono postalo moguće tek od septembra 2020 – pod uslovom da su svi podnosioci zahteva za registraciju, odnosno suvlasnici žiga, neposredno uključeni u poslovnu delatnost koja se odnosi na proizvode i usluge označene predmetnim žigom. Trends for Commercializing Intellectual Property, Lex Mundi, 2012, www.lexmundi.com/Document.asp?DocID=6453, 30.09.2020; Daniel Law, Co-ownership of Trademarks in Brazil: Key Changes, Lexology, September 16, 2020, www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2e0b7761-bd68-4066-a7cf-445ffb853476, 30.09.2020.

³ Prema čl. 75, st. 3 Sporazuma, Srbija je dužna da najkasnije pet godina od stupanja Sporazuma na snagu obezbedi “nivo zaštite intelektualne, industrijske i komercijalne svojine koji je sličan nivou koji postoji u Zajednici, uključujući i delotvorna sredstva za sprovođenje tih prava”, Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 83/2008; Sporazum je stupio na snagu 1. septembra 2013. godine.

žiga u SAD i EU u pogledu postojanja više titulara na istom žigu je neophodan za predmetnu analizu.

Rad se sastoji od četiri analitična i jednog zaključnog dela. Posle uvodnog, sledi deo u kome će biti napravljen presek ključnih međunarodnih dokumenata, zakonodavstva i sudske prakse u SAD, EU i Srbiji u odnosu na žig sa više nosilaca. U trećem delu će biti razmotrene mogućnosti na koji sve način može doći do situacije u kojoj postoji više nosilaca istog žiga i koje probleme takva situacija može prouzrokovati. U četvrtom delu će biti sagledana usaglašenost mogućnosti postojanja više nosilaca istog žiga sa funkcijom žiga. U petom delu će biti razmotreni analogija prava više nosilaca istog žiga sa svojinsko-pravnim ovlašćenjima – susvojinom i zajedničkom svojinom – u srpskom pravu. U šestom, zaključnom, delu će, na osnovu prethodne analize, biti pruženi elementi za odgovor na pitanje da li je rešenje prisutno u srpskom zakonodavstvu svrsishodno, tj. da li bi trebalo mogućnost postojanja više nosilaca istog žiga ukinuti, zadržati njeno uređenje u postojećem obliku, ili bi to uređenje trebalo, i na koji način, razraditi.

PRESEK STANJA NA MEĐUNARODNOM PLANU U SAD, EU I U SRBIJI

Ključni višestrani međunarodni ugovori o žigu

Pariska konvencija. – Konvencija obavezuje potpisnice da omoguće registraciju žiga, i da ni na koji način ne umanje njegovu zaštitu, u slučaju kada žig upotrebljava više industrijskih ili trgovačkih društava koja se, po pravu zemlje u kojoj se zaštita traži, mogu smatrati suvlasnicima (engl. *co-proprietors*) žiga, pod uslovom da takva istovremena upotreba “ne dovodi javnost u zabludu, i ako nije protivna javnom interesu.”⁴ Takođe, Pariska konvencija ne propisuje uslove za registraciju žiga u državi članici, s tim što ukoliko je žig registrovan u zemlji porekla koja je njena potpisnica, prijava i zaštita tog žiga u bilo kojoj drugoj državi potpisnici ne mogu biti uskraćene osim iz tačno određenih razloga,⁵ koji obuhvataju povredu stečenih prava trećih lica, potpuni nedostatak distinktivnosti, suprotnost moralu i javnom poretku i sl, kao i stvaranje neloyalne konkurencije.⁶ Pariska konvencija, dakle, obavezuje svaku državu potpisnicu da prihvati registraciju žiga

⁴ Čl. 5 C-3) Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine od 20. marta 1883, revidirane u Briselu 14. decembra 1900. godine, u Vašingtonu 2. juna 1911. godine, u Hagu 6. novembra 1925. godine, u Londonu 2. juna 1934. godine, u Lisabonu 31. oktobra 1958. godine i u Stokholmu 14. jula 1967. godine, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 5/74 i *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/86 – dr. Uredba.

⁵ Čl. 6 *quinquies* A. Pariske konvencije.

⁶ Čl. 6 *quinquies* B. i čl. 10*bis* Pariske konvencije.

sa više titulara registrovanog u drugoj državi potpisnici, čak i ukoliko ta država potpisnica sama ne dozvoljava registraciju žigova sa više titulara.

*Madridski aranžman i Madridski protokol.*⁷ – Kao i Madridski aranžman, tako i Madridski protokol ne sadrži materijalno-pravne odredbe o uslovima za registraciju žiga. Oba sporazuma uređuju međunarodnu registraciju, koja se zasniva na registraciji žiga u matičnoj zemlji porekla žiga.⁸ Mogućnost da međunarodna registracija određenog žiga, po oba dokumenta, bude izvršena u korist više titulara zavisi od toga da li je moguća po propisima zemlje porekla. Oba dokumenta dozvoljavaju da država potpisnica odbije proširenje međunarodne registracije na njenu teritoriju samo iz razloga iz kojih je po Pariskoj konvenciji ovlašćena da odbije prijavu žiga registrovanog od strane druge potpisnice Pariske konvencije.⁹ Kao što je već utvrđeno, u pomenute razloge ne bi mogla da se svrsta nemogućnost podnošenja registracije od strane više lica, tako da je zamisliva situacija u kojoj žig sa više titulara može da bude zaštićen na osnovu međunarodne registracije po Madridskom protokolu u jurisdikciji koja sama ne dozvoljava podnošenje zahteva za registraciju žiga od strane više lica.¹⁰

Ugovor o žigovnom pravu iz 1994. godine i Singapurski ugovor o žigovnom pravu. – Cilj oba akta je usklađivanje zakonodavstava država potpisnica u pogledu postupka i uslova registracije žigova. Ovi akti sadrže identičnu normu, koja jasno ukazuje da se mogućnost postojanja više nosilaca istog žiga podrazumeva:

“Kada postoji promena u ličnosti jednog ili više, ali ne svih, suvlasnika i kada je takva promena rezultat ugovora ili spajanja firmi, svaka strana ugovornica može da zahteva da svaki suvlasnik kod koga nije došlo do promene vlasništva da izričito svoj pristanak u vezi promene vlasništva u dokumentu koji on potpiše.”¹¹

⁷ Madridski aranžman o međunarodnom registrovanju žigova od 14. aprila 1891. godine, revidiran u Briselu 14. decembra 1900. godine, u Vašingtonu 2. juna 1911. godine, u Hagu 6. novembra 1925. godine, u Londonu 2. juna 1934. godine, u Nici 15. juna 1957. godine i u Stokholmu 14. jula 1967. godine, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 2/74; Protokol koji se odnosi na Madridski aranžman o međunarodnom registrovanju žigova usvojen u Madridu 27. juna 1989. godine, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/97.

⁸ Čl. 1, st. 2 Madridskog aranžmana; čl. 2, st. 1 Madridskog protokola.

⁹ Čl. 5 Madridskog aranžmana; čl. 5 Madridskog protokola.

¹⁰ Upravo do takve situacije došlo je u toku 2019. godine u Rusiji zbog odbijanja zavoda za intelektualnu svojinu te države da registruje žig sa dva titulara. Scant possibilities for joint trademark ownership in Russia, <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2019/scant-possibilities-for-joint-trademark-ownership/>, 30.09.2020.

¹¹ Čl. 11(1)(d) Ugovora o žigovnom pravu, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/98, suštinski isto glasi i čl. 11(1)(d) Singapurskog ugovora o žigovnom pravu, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 5/2010.

Citirana odredba se, međutim, ne može tumačiti kao obaveza država potpisnica da obezbede mogućnost postojanja više titulara istog žiga. Takvu obavezu ne uspostavlja ni norma Pravilnika za sprovođenje Singapurskog ugovora o žigovnom pravu, prema kojoj “svaka strana ugovornica može da zahteva od bilo kog nosioca prava koji nije ugovorna strana u ugovoru o licenci da ... da jasnu saglasnost sa ugovorom o licenci”, odnosno “sa izmenom ugovora o licenci.”¹² Značaj poslednje norme, međutim, leži u činjenici da se iz nje vidi da su države potpisnice slobodne da izaberu način na koji će urediti pravnu zajednicu titulara istog žiga i njihova međusobna ovlašćenja u pogledu raspolaganja žigom.

Modeli međunarodnih obrazaca – prijave za registrovanje znaka, zahteva za upis promene u nazivu ili adresi, zahteva za upis promene nosioca prava, potvrde i dokumenta o prenosu – kao prilozi uz Ugovor o žigovnom pravu, takođe predviđaju mogućnost da postoji više titulara, odnosno sticalaca prava na istom žigu.¹³

Pravo SAD

Zakonodavstvo. – Pravo žiga u pravnom sistemu SAD postoji na nivou prava saveznih država i na nivou saveznog prava. Načelno, žig se stiče upotrebom, a eventualna registracija ima deklarativni karakter. Na nivou prava federalnih jedinica, žig se štiti prevashodno po pravilima *common law*, primenom građansko-pravnog delikta neloyalne konkurencije (*unfair competition*).¹⁴ Na tom nivou žig se takođe štiti bilo na osnovu zakona zasnovanih na Modelu zakona o žigu (*Model Trademark Bill*), koji predviđa registraciju žiga, ili na osnovu Uniformnog zakona o prevarnim trgovačkim praksama (*Uniform Deceptive Trade Practices Act*), koji registraciju ne predviđa.¹⁵ Od prava saveznih država, za pravo žiga u celini i njegovu svrshodnost za privredne i društvene delatnosti veći značaj ima savezni nivo, na kome je pravo žiga uređeno Lenhamovim zakonom (*Lanham Act*) iz 1946. godine,¹⁶ koji predviđa sistem registracije pred *US PTO*, kao i Pravili-

¹² Pravilo 10 (2)(b) i Pravilo 10 (3)(b) Pravilnika za sprovođenje ugovora o žigovnom pravu, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 5/2010.

¹³ Modeli međunarodnih obrazaca br. 1, 2, 4, 5, 6, 7 i 8, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/98.

¹⁴ Robert C. Denicola, “Some Thoughts on the Dynamics of Federal Trademark Legislation and the Trademark Dilution Act of 1995”, *Law and Contemporary Problems*, br. 2, Tom 59, 1996, 76.

¹⁵ *Trademark*, Legal Information Institute, Cornell Law School, www.law.cornell.edu/wex/trademark, 30.09.2020.

¹⁶ The Lanham (Trade) Act, 15 U.S. Code §§ 1051 *et seq.*

ma postupanja u žigovnim predmetima, kojima je uređen postupak pred Zavodom za patente i žigove SAD.¹⁷ Važna dopuna Lenhamovog zakona bio je Savezni zakon o "razvodnjavanju" žigova iz 1995. godine,¹⁸ izmenjen Zakonom o reviziji razvodnjavanja žigova,¹⁹ kojim je predviđena mogućnost zaštite čuvenog i distinktivnog žiga od upotrebe žiga ili trgovačkog imena koja bi mogla da dovede do razvodnjavanja tog čuvenog žiga, bez obzira na postojanje stvarne ili verovatne zabune, konkurentnosti (proizvoda ili usluga) ili stvarnog ekonomskog gubitka.²⁰

Lenhamov zakon ne pominje mogućnost registracije žiga na osnovu zajedničkog zahteva više nosilaca, već samo situaciju u kojoj je moguće izvršiti registraciju istog žiga na osnovu naporednih zahteva za registraciju ukoliko nadležni sud konačno utvrdi da je više od jednog lica ovlašćeno da koristi isti žig u obavljanju poslovne delatnosti.²¹ U Pravilima postupanja u žigovnim predmetima, pak, u nekoliko odredaba se navodi mogućnost postojanja više lica koja zajednički zahtevaju registraciju žiga, odnosno koja su istovremeno nosioci istog žiga.²²

Praksa US PTO. – Prema Priručniku za ispitivanje žigova (Trademark Manual of Examining Procedure, dalje: *TMEP*) izdatom od strane *US PTO*, više lica može podneti prijavu za registraciju žiga, s tim što se upućuje na odluke u dva predmeta (*Ex parte Pacific Intermountain Express Co.*, 111 USPQ 187, Comm'r Pats. 1956; *Ex parte Edward Taylor and Isabelle Stone Taylor doing business as Baby's Spray-Tray Co.*, 18 USPQ 292, Comm'r Pats. 1933), kojima je dozvoljena registracija žiga u korist dva lica.²³ Ranije verzije *TMEP* sadržale su i nekoliko izričitih objašnjenja: da *US PTO* "istorijski posmatrano, nije rado prihvatao zahteve za registraciju od strane više lica zato što, na prvi pogled, vlasništvo više od jednog lica izgleda suprotno funkciji žiga da ukaže na jedinstvenost komercijalnog izvora", kao i da je u oba navedena slučaja postojao "poslovni poduhvat u koji

¹⁷ 37 CFR Part 2 – Rules of Practice in Trademark Cases.

¹⁸ Federal Trademark Dilution Act of 1995, Pub.L. 104–98.

¹⁹ Trademark Dilution Revision Act of 2006, H.R. 683, Pub.L. 109–312.

²⁰ 15 U.S. Code § 1125(c).

²¹ 15 U.S. Code § 1052(d).

²² Na primer § 2.17(c)(2) i § 2.17(a) – zahtev da svi podnosioci zahteva moraju potpisati punomoćje za lice ovlašćeno da ih zastupa pred *US PTO*, odnosno povlačenje takvog punomoćja; § 2.193(e)(6) zahtev da svi vlasnici istog žiga, ukoliko ih ne zastupa ovlašćeni predstavnik, moraju potpisati zahtev za ispravku, izmenu ili brisanje žiga.

²³ Pravilo 803.03(d) Joint Applicants, Trademark Manual of Examining Procedure (*TMEP*), October 2018, *US PTO*, <https://tmept.uspto.gov/RDMS/TMEP/current#/current/TMEP-800d1e248.html>, 30.09.2020.

su oba podnosioca zahteva za registraciju bili aktivno uključeni,” tj. da se radilo o “odgovarajućim okolnostima.”²⁴

TMEP sadrži i izričitu dozvolu da suvlasnik žiga prenese svoje pravo kao i da jedini nosilac žiga prenese deo svog prava na drugo lice, kreirajući na taj način situaciju u kojoj su više od jednog lica nosioci istog žiga,²⁵ pod opštim uslovom za prenos žiga, koji je propisan Lenhamovim zakonom i ponovljen u Pravilniku – da se žig može preneti “samo zajedno sa prenosom *good will* posla za koji se žig koristi, odnosno onog dela posla koji je u vezi sa upotrebom žiga i koji [predmetni] žig simbolizuje.”²⁶ Isto pravilo *TMEP* propisuje i mogućnost da nosilac žiga, odnosno udela u žigu, raspoláže delom svog poslovnog poduhvata i zajedno sa tim delom prenese odgovarajući *good will* i udeo u žigu (u odnosu na određene proizvode i usluge), kao i da zadrži vlasništvo nad delom poslovnog poduhvata i pripadajućim *good will* i udelom u istom žiga, uz uslov da uz prijavu prenosa izvrši i prijavu podele žiga, kao i uz ograničenje da ne može podelom registracije žiga sticacocu nametnuti geografska ograničenja.²⁷

US PTO je usvojio zvaničan stav o mogućnosti podnošenja zajedničke prijave više podnosilaca za registraciju istog žiga tek 1961. godine, ali je i u decenijama koje su nastupile tu mogućnost tumačio krajnje restriktivno, tako da je skoro u svim slučajevima odbijao takve registracije.²⁸ Tokom dve decenije nakon zvaničnog usvajanja, od strane *US PTO*, stava o mogućnosti podnošenja zajedničke prijave, samo je u jednom slučaju izvršena registracija u korist više od jednog pod-

²⁴ Pravilo 802.03(d) Joint Applicants, Trademark Manual of Examining Procedure (*TMEP*), Second edition May 1993, Revision 1, April 1997, *US PTO*.

²⁵ Pravilo 501.06 Partial Assignments, *TMEP*, October 2018.

²⁶ 15 U.S.C. § 1060; pravilo 501.01 Assignability of Marks in Applications and Registrations, *TMEP*, October 2018.

²⁷ Pravilo 501.06 Partial Assignments, *TMEP*, October 2018.

²⁸ Patricia Kimball Fletcher, “Joint Registration of Trademarks and the Economic Value of a Trademark System”, *University of Miami Law Review*, br. 2, Tom 36, 1982, 299, 313-316; Po Alsbergu, restriktivna politika *US PTO* u pogledu zajedničkih zahteva za registraciju žiga se nastavila i u poslednje dve decenije – taj autor navodi da *US PTO* dozvoljava postojanja više nosilaca istog žiga samo u tri slučaja: ukoliko zahtev za registraciju složenog (*composite*) žiga podnosi zajednički poslovni poduhvat (*joint venture*), ukoliko isti znak koriste različita lica na geografski različitim tržištima, kao i u slučaju da više sukcesora nasledi žig koji je prethodno bio registrovan na njihovog pravnog prethodnika. Matthew A. Alsberg, “I’ll Be Your Mirror: Broadening the Concept of Trademark Joint Ownership to Reflect the Developing Collaborative Economy”, *Southwestern Law Review*, br. 1, Tom 44, 2014, 69-70; Navedenu interpretaciju bi trebalo uzeti s rezervom, budući da *TMEP* izričito navodi da je *joint venture* jedan od oblika pravnih lica (*juristic persons*), što znači da se *joint venture* smatra jedinstvenim nosiocem žiga (pravilo 803.01 Who May Apply, *TMEP*).

nosioca prijave: u situaciji u kojoj su dva privredna društva osnovala *joint venture* za objedinjenu prodaju sopstvenih proizvoda (orašastih plodova i sušenog voća) u okviru poklon-paketa, pri čemu su oba društva licencirala zajedničkom preduzeću svoje žigove radi njihove upotrebe u okviru novog zajedničkog znaka, *US PTO* je dozvolio registraciju novog zajedničkog žiga u korist pomenutih privrednih društava,²⁹ smatrajući da je njihov *joint venture* samo sticalac licence, i naglasivši činjenicu da su podnosioci zahteva za registraciju ugovorom o zajedničkom preduzeću predupredili “fragmentarnu” upotrebu žiga.³⁰

Sudska praksa. – Kao primer prihvatanja doktrine *US PTO* o “odgovarajućim okolnostima”, u kojima je moguće postojanje više nosilaca istog žiga, kao i primene te doktrine na nasleđivanje, ističe se presuda Apelacionog suda Kalifornije iz 2006. godine u predmetu *Iskenderian v. Iskenderian*.³¹ Sud je u toj presudi, između ostalog, potvrdio mogućnost da više naslednika nosioca žiga, posredstvom trasta, postanu nosioci istog žiga. Odluka je zasnovana na nalazu da interes poštovanja legitimnih očekivanja više naslednika koji su vlasnici istog žiga, i koji su takođe nasledili i poslovni poduhvat na koji se taj žig odnosi, očigledno preteže nad rizikom stvaranja zabune na strani potrošača, imajući u vidu da naslednici imaju snažan interes da zaštite važenje i integritet predmetnog žiga.³² U priilog preduzimanja opisanog odmeravanja interesa sud se pozvao na Mekartijev stav da bi pitanje postojanja više nosilaca istog žiga u svakom konkretnom slučaju trebalo rešavati na osnovu odmeravanja dva pravno-politička cilja – zaštite potrošača, koja podrazumeva sprečavanje fragmentirane upotrebe žigova i zabune potrošača koju takva upotreba može prouzrokovati, i zaštite legitimnih ugovornih očekivanja, koja postoje kada ugovorne strane kreiraju ugovorni okvir za zajedničko vlasništvo određenog žiga.³³ U pogledu interesa naslednika da obezbede važenje i integritet zajedničkog žiga kao osnova da se dozvoli da više lica budu nosioci istog žiga, sud se pozvao na obrazloženje odluke u predmetu *In re Diamond Walnut Growers, Inc., and Sunsweet Growers Inc.*, o kojoj je već bilo reči u delu o praksi *US PTO*.³⁴

²⁹ *In re Diamond Walnut Growers, Inc., and Sunsweet Growers Inc.*, 204 USPQ 507, 511 (TTAB 1974).

³⁰ John Thomas McCarthy, “Joint Ownership of a Trademark”, *The Trademark Reporter*, Tom 73, br. 1, 1983, 3–4.

³¹ *Iskenderian v. Iskenderian* (2006) 144 Cal.App.4th 1162, 51 Cal.Rptr.3d 163.

³² *Ibidem*, 1171.

³³ *Ibidem*, 1170.

³⁴ *Ibidem*.

Primena pravila *US PTO* o nerazdvojujivosti žiga od prava na *good will* odnosno poslovnog poduhvata potvrđena je u relativno skorašnjoj presudi saveznog apelacionog suda SAD za šesti regionalni sudski okrug, u predmetu *Yellowbook Inc. v. Brandeberry*.³⁵ Spor je nastao zbog upotrebe žiga *AMTEL* za poslovne imenike. Stiven Brendeberry je stekao poslovni poduhvat, koji se sastojao u izdavanju poslovnog imenika pod predmetnim žigom u državi Ohajo, tako što je 1994. godine kupio svu imovinu tog poduhvata. Sticanje imovine je bilo na osnovu ugovora koji su potpisali, kao sticaoci, *American Telephone Directories, Inc.*, privredno društvo koje je Brendeberry kontrolisao, i on sam kao fizičko lice. Zbog poslovnih teškoća, 2002. godine Brendeberry je prodao isti poslovni poduhvat Vilijemu Vajtu, na osnovu ugovora o prodaji celokupne imovine koji je sa Vajtovim privrednim društvom zaključilo društvo *American Telephone Directories, Inc.* Vajt je dalje istu imovinu prodao društvu *Yellowbook, Inc.*, koje je tužilo Brendeberryja nakon što je *American Telephone Directories, Inc.* ponovo počelo da upotrebljava predmetni žig. Brendeberry se branio tvrdnjom da su on i *American Telephone Directories, Inc.* 1994. godine stekli predmetni žig kao suvlasnici, a da je 2002. godine *American Telephone Directories, Inc.* prodalo Vajtu samo svoj deo žiga, kao i da u tom ugovoru nije izričito bilo navedeno da se Vajtu prenosi predmetni žig u celosti, te da je zbog svega navedenog on lično zadržao predmetni žig kao suvlasnik. Navedene Brendeberryjeve argumente uvažio je prvostepeni sud, dok ih je apelacioni sud odbacio u celini.³⁶

Za utvrđivanje doktrine suda o mogućnosti postojanja više nosilaca istog žiga važni su nalazi suda o dejstvu pomenutog ugovora iz 1994. godine: ne samo da se ne može smatrati da su Brendeberry i njegovo privredno društvo zajedno stekli predmetni žig samo na osnovu činjenice da su zajedno potpisali odnosni ugovor, jer se zajedničko sticanje žiga ne može pretpostaviti već mora biti izričito uređeno, već bi takvo sticanje bilo ništavo jer istim pravnim poslom Brendeberry nije stekao nijedan deo *good will* poslovnog poduhvata na koji se predmetni žig odnosio, budući da je sav *good will* steklo privredno društvo pod njegovom kontrolom. Utvrdivši da je 1994. godine jedino društvo *American Telephone Directories, Inc.* steklo predmetni žig, sud je zatim utvrdio da je to društvo, prenevši 2002. godine "svu imovinu" Vajtovom društvu, prenelo i žig, bez obzira što u ugovoru nije izričito bilo navedeno da se prenosi predmetni žig u celosti. Navedeni nalaz sud je zasnovao na stavu da se isključivi prenos žiga podrazumeva prilikom prenosa celokupne imovine koja služi za određeni poslovni poduhvat, kao i na okolnosti da

³⁵ *Yellowbook Inc. v. Brandeberry*, Case No. 11-4267, 6th Cir., Feb. 27, 2013.

³⁶ *Ibidem*.

struktura ugovora iz 2002. godine ne odgovara strukturi ugovora o licenciranju ili delimičnom prenosu žiga.³⁷

Po verovatnom značaju za dalji razvoj učenja o mogućnosti postojanja više nosilaca istog žiga ističu se određeni stavovi izneti u obrazloženju ove presude: da susvojina “nije poželjna u kontekstu žigova”, kao i da “šeme za susvojinu, ili licenciranje [žigova], mogu biti ugovorene, ali sudovi nisu u najboljem položaju da detalje tih šema dopunjuju, dok stranama (i potrošačima) tipično najviše pogoduje isključiva svojina.” Sud je uputio na uslove sadržane u presudi apelacionog suda za drugi regionalni sudski okrug (*Berni v. Int’l Gourmet Restaurants of Am., Inc.*, 838 F.2d 642, 647, 2d Cir.1988), pod kojima lice koje prodaje celokupan poslovni poduhvat može da zadrži žig koji se odnosi na taj poduhvat: da to lice očigledno namerava da proizvodi suštinski isti proizvode, odnosno pruža suštinski istu uslugu, da je zadržalo deo *good will* prethodnog poslovnog poduhvata, kao i da je nova delatnost započeta u razumnom roku.³⁸

Sudska praksa u SAD ne odgovara na ujednačen način na pitanje da li jedan od nosilaca žiga može bez saglasnosti ostalih nosilaca licencirati ili preneti svoje pravo.³⁹

Pravo EU

*Direktiva o približavanju zakona država članica koji se odnose na žigove.*⁴⁰ – Direktiva ne sadrži upućivanje na mogućnost postojanja više nosilaca istog žiga. Poseban odeljak u okviru drugog poglavlja Direktive nosi naslov “Žigovi kao predmet svojine.” Prvi član tog odeljka propisuje da se žig “može prenositi nezavisno od bilo kakvog prenosa poslovnog poduhvata, u odnosu na neke ili sve proizvode ili usluge za koje je registrovan.”⁴¹ Takođe, propisano je da se “žig, nezavisno od poslovnog poduhvata, može dati kao obezbeđenje ili biti predmet [drugih] stvarnih prava.”⁴²

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ Joint Trademark Ownership, Law Offices of Niki Siesel PLC, www.ny-trademark-lawyer.com/joint-trademark-ownership.html, 30.09.2020.

⁴⁰ 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, 1–26.

⁴¹ Čl. 22, st. 1, Directive (EU) 2015/2436; odredba je u skladu sa čl. 21, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement), Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1994.

⁴² Čl. 23, st. 1, Directive (EU) 2015/2436.

Načelni stav o žigu kao samostalnom predmetu svojine je čvrst temelj za mogućnost postojanja više nosilaca na žigu, budući da je upravo neodvojivost žiga od poslovnog poduhvata u pravu SAD osnov za izbegavanje i ograničavanje te mogućnosti.

*Uredba o žigu Evropske unije.*⁴³ – Ovaj akt sadrži niz odredaba koje nedvosmisleno znače mogućnost da postoji više nosilaca žiga Evropske unije. U sklopu odredbe kojom se nalaže primena nacionalnog prava vlasnika žiga na sve aspekte prirode žiga kao predmeta svojine (prenos, davanje kao sredstva obezbeđenja, licenciranje i sl.), propisano je da ukoliko postoji više vlasnika žiga, primenjivaće se pravo države čiji državljanin je prvi naveden među registrovanim vlasnicima predmetnog žiga.⁴⁴ U slučaju zajedničke svojine na žigu (engl. *joint proprietorship*, fr. *copropriété*, nem. *Mitinhaberschaft*), udeo u žigu EU može biti predmet stečaja u državi članici u kojoj je središte dužnikovih interesa.⁴⁵ Takođe, u opštim načelima zastupanja, propisano je da ukoliko postoji više podnosilaca zahteva za registraciju žiga koji postupaju zajedno, biće određen njihov zajednički predstavnik.⁴⁶

Uredba Komisije za implementiranje Uredbe o žigu EU sadrži odredbu kojom se utvrđuje da ukoliko postoji više lica koja zajedno zahtevaju registraciju žiga, prigovaraju u odnosu na registraciju žiga ili zahtevaju poništenje žiga, troškovi postupka koje propisuje Komisija će od njih biti naplaćeni kao da se radi o jednom licu.⁴⁷

*Praksa Suda EU.*⁴⁸ – Za tumačenje prirode međusobnog odnosa nosilaca istog žiga iz perspektive Suda EU može biti korisna presuda Opšteg suda, iz de-

⁴³ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, *OJ L 154*, 16.6.2017, 1–99.

⁴⁴ Čl. 19, st. 3, Regulation (EU) 2017/1001.

⁴⁵ Čl. 24, st. 2, Regulation (EU) 2017/1001.

⁴⁶ Čl. 119, st. 4, Regulation (EU) 2017/1001.

⁴⁷ Čl. 18, st. 2, Commission Implementing Regulation (EU) 2018/626 of 5 March 2018 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council on the European Union trade mark, and repealing Implementing Regulation (EU) 2017/1431, C/2018/1225, *OJ L 104*, 24.4.2018, 37–56.

⁴⁸ Nazivi “Sud Evropske unije” i “Sud EU” u ovom radu označavaju opšti sudski organ EU, polazeći od uverenja da češće korišćeni naziv “Sud pravde” predstavlja pleonazam i neodgovarajući prevod naziva te institucije na francuskom i engleskom jeziku, koji je neprimeren srpskom jeziku; takav pleonazam ne postoji u engleskom “Court of Justice” kao ni u francuskom izrazu “Courdejustice” zbog višeznačnosti engleske reči *court*, odnosno francuske *cour*; na isti način kao i srpska reč *sud*, ni nemačka reč *Gericht* nema sličnu višeznačnost, pa je zato i naziv iste institucije na nemačkom jednostavan: *Gericht der Europäischen Union*.

cembra 2017. godine, doneta po tužbi protiv Kancelarije za intelektualnu svojinu EU (dalje: *EUIPO*) podnetoj od strane podnosioca prigovora protiv registracije figurativnog znaka sa verbalizmom *QUILAPAYÚN* kao žiga EU, a zbog odbijanja samog prigovora.⁴⁹ Sud je uvažio tužbu i poništio odluku žalbenog odbora *EUIPO*, prvenstveno na osnovu zaključka da je žalbeni odbor pogrešio kada je svoju odluku zasnovao na stavu da je tužilac morao biti isključivi vlasnik prethodnog žiga, tj. da nije bio ovlašćen da podnese prigovor kao jedan od nosilaca prethodnog žiga.⁵⁰ Sud je svoj zaključak zasnovao prvenstveno na tumačenju osnovne odredbe o prigovoru tada važeće Uredbe o komunitarnom žigu,⁵¹ koja se ne razlikuje od odredbe o prigovoru aktuelne Uredbe,⁵² kao i na izričitoj odredbi tada važeće uredbe za implementiranje uredbe o komunitarnom žigu,⁵³ kojom je bilo propisano da “ukoliko je raniji znak ... imao više od jednog vlasnika, prigovor može podneti bilo koji od njih.”⁵⁴

Zakoni, podzakonski akti i sudska praksa Srbije

Zakon o žigovima i prateći propisi. – Jedina odredba Zakona o žigovima iz koje se može videti da Zakon dozvoljava mogućnost postojanja više nosilaca istog žiga jeste ona kojom se zahteva pristanak svih nosilaca žiga, odnosno podnosilaca prijave za registraciju, za zaključivanje ugovora o licenci, pod uslovom da među tim licima isto pitanje nije drugačije uređeno.⁵⁵ U domenu normi koje su značajne za uređenje prava više nosilaca na istom žigu, primetno je da zakon Srbije ne sadrži izričitu proklamaciju žiga kao predmeta svojine. Ipak, iz člana 63. Zakona o žigu nesporno je da se žig može prenositi nezavisno od bilo kakvog prenosa poslovnog poduhvata u sklopu koga se proizvode proizvodi i/ili pružaju usluge koje žig označava.

⁴⁹ Judgment of the General Court of 11 December 2017, *JT v EUIPO – QUILAPAYÚN / QUILAPAYÚN*, T-249/15, not published, EU:T:2017:885.

⁵⁰ *Ibidem*, par. 45-50.

⁵¹ Čl. 41, Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark, *OJ L 78*, 24.3.2009, 1–42.

⁵² Čl. 46, Regulation (EU) 2017/1001.

⁵³ Pravilo 15(1), Commission Regulation (EC) No 2868/95 of 13 December 1995 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, *OJ L 303*, 15.12.1995, 1–32.

⁵⁴ Prethodno pomenuta aktuelna Uredba Komisije za implementiranje Uredbe o žigu EU ne sadrži istu ili sličnu odredbu. Commission Implementing Regulation (EU) 2018/626.

⁵⁵ Čl. 65 st. 2, Zakon o žigovima R. Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2020.

Prateća uredba o registru žigova, doneta na osnovu prethodnog zakona, propisuje da mora postojati zajednički predstavnik ukoliko više lica podnosi prijavu za registraciju žiga, kao i da podaci o tom predstavniku moraju biti upisani u registar prijava.⁵⁶ Metodologija Zavoda za intelektualnu svojinu za postupanje u postupcima za priznanje žiga sadrži odredbu da je žig individualni “i onda kada ima više nosilaca (sunosioci). Oni zajednički vrše ovlašćenja koja proizlaze iz žiga”.⁵⁷

Sudska praksa. – Vrhovni sud Srbije je 2003. godine presudio da pravna lica, sukcesori titulara, na osnovu sukcesije postaju sunosioci žiga, na kome stiču svojinu. Osnovno sporno pitanje koje se raspravljalo u parnici bilo je da li je tužilac, kao jedan od pravnih sledbenika izvornog nosioca spornog žiga, isključivi nosilac spornog žiga u situaciji kada izvorni nosilac žiga formalnopravno više ne postoji zbog brojnih statusnih promena koje su vršene u periodu od 1969. do 1990. godine, ali postoje njegovi pravni sledbenici u materijalnopravnom smislu, koji nisu izvršili deobni bilans po pitanju korišćenja spornog žiga. U rezonovanju svoje odluke Vrhovni sud Srbije je najpre pošao od prihvatanja shvatanja nižestepnih sudova da pravni sledbenici preduzeća imaju pravo da dokazuju da su sunosioci spornog žiga, što po shvatanju suda proizilazi iz “pravnog sledbeništva ali i da se temelji na propisima koji se u ovom slučaju primenjuju (Zakon o žigovima, Pariska konvencija za zaštitu industrijske svojine koji je Savezna Republika Jugoslavija ratifikovala 16.10.1973. godine)”.⁵⁸

Sud je, dalje, u obrazloženju odluke ispitivao da li je susvojina na žigu propisana unutrašnjim zakonodavstvom. U odgovoru na tako postavljeno pitanje, sud je našao da član 5 c stav 3 Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine “dozvoljava susvojini na žigu prema odredbama nacionalnog zakonodavstva”.⁵⁹ Nadalje, sud se u obrazloženju odluke bavio analizom tada važećeg Zakona o žigovima, te je najpre konstatovao da bi se iz isključivosti prava na korišćenje znaka zaštićenog žigom (tadašnji član 31 Zakona o žigovima) moglo na prvi pogled zaključiti da je pravo susvojine na žigu isključeno. Ipak, polazeći od činjenice da su

⁵⁶ Čl. 2, st. 1, t. 5), čl. 4, st. 1, t. 3), Uredba o sadržini Registra prijava i Registra žigova, sadrži ni zahteva i predloga koji se podnose u postupku za priznanje i zaštitu žiga i podacima koji se objavljuju u službenom glasilu nadležnog organa, *Službeni glasnik RS*, br. 43/2010 i 44/2018 – dr. zakon.

⁵⁷ Odredba 4, st. 2, Metodologija postupanja Zavoda za intelektualnu svojinu u postupcima za priznanje žiga i u postupcima po registrovanim žigovima, www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/metodologija%20latinica%20pdf.pdf, 30.09.2020.

⁵⁸ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 392/2002 od 19.3.2003. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 2/2003, 96.

⁵⁹ *Ibidem*.

pravni sledbenici izvornog nosioca žiga nastavili da koriste žig na tržištu tokom dugog niza godina nakon što je izvorni nosilac žiga formalnopravno prestao da postoji, te da su potrošačima postali prepoznatljivi kroz predmetni žig, kao i da u postupku nije pružen dokaz da se korišćenjem žiga od strane tuženog stvara zabuna u odnosu na poslovanje tužioca, Vrhovni sud je našao da svi pravni sledbenici preduzeća koje je bilo izvorni nosilac žiga imaju pravo da koriste sporni žig, tj. "da to pravo kao imovinsko pravo i mora biti podeljeno među njima tako što će im se dozvoliti korišćenje spornog žiga na kome je, u ovom momentu, tužilac, kao samo jedan od pravnih sledbenika upisan kod Saveznog zavoda za intelektualnu svojinu".⁶⁰ Sud je zaključio da postoji jasna veza između statusnih promena i prava tuženog da bude sunosilac žiga i da obe strane u sporu imaju pravo da nastave da koriste predmetni žig, budući da nisu pruženi dokazi da je njegova istovremena upotreba dovela do zabune na tržištu.

SPORNE SITUACIJE DO KOJIH MOŽE DOVESTI ŽIG SA VIŠE NOSILACA U PRAVU SRBIJE

Potreba da se preduprede sporne situacije koje mogu nastati u kontekstu postojanja više nosilaca istog žiga proističe iz pravno-političkih razloga zaštite kreativnosti i preduzetništva. Nesporno je da više lica koja planiraju da se upuste u poslovni poduhvat mogu da osnuju privredno društvo, koje bi bilo jedini nosilac žiga, i da svoja međusobna prava reše u okviru tog društva. Takvo rešenje neizbežno povećava troškove, koji bi mogli da predstavljaju prepreku slobodi preduzetništva i kreativnosti, posebno u kontekstu savremene "kolaborativne privrede".⁶¹

Množina titulara određenog prava neizbežno može da uzrokuje sporove ukoliko detaljno nisu uređena međusobna ovlašćenja tih lica u pogledu raspolaganja zajedničkim pravom. Pravo Srbije minimalno uređuje međusobna ovlašćenja sunosilaca žiga u pogledu raspolaganja njihovim ovlašćenjima.

Spor je zamisliv već u prvom koraku – ukoliko jedan od podnosilaca prijave za priznanje žiga povuče svoj potpis i odustane od prijave pre nego što je žig priznat, da li se čitava prijava ima smatrati povučenom? Da li je ishod različit ukoliko se jedan od sunosilaca odrekne priznatog žiga?

Zakon zahteva saglasnost svih sunosilaca žiga za davanje licence na žigu, ali čuti o tome da li je potrebna saglasnost svih nosilaca žiga ukoliko jedan od nosilaca žiga prenese svoje pravo trećem licu. Da li postoji pravo prečeg sticanja?

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ M. Alsberg, op. cit., 62–63.

Konačno, kakva ovlašćenja i ograničenja, po pravu Srbije, imaju sunosioci priznatog žiga ukoliko žele da žig upotrebljavaju nezavisno jedni od drugih? Kako bi trebalo postupiti ukoliko, pak, više lica isprva zajedno upotrebljavaju žig za zajednički proizvod ili uslugu, a posle određenog vremena nastave da odvojeno proizvode isti proizvod ili pružaju istu uslugu pod istim žigom, i/ili zatim samo jedno od tih lica podnese prijavu za priznanje žiga? Da li bi takvim postupanjem bila osujećena primarna funkcija žiga da ukazuje na poreklo robe i usluga?

(NE) SAGLASNOST SA FUNKCIJAMA ŽIGA

Kao primer shvatanja koje je izgleda preovlađujuće u američkoj akademskoj literaturi i sudskoj praksi, o specifičnosti žiga kao imovinskog prava, mogu se navesti Mekartijeve konstatacije da se “žig [se] razlikuje od drugih imovinskih prava po tome što je žig simbol koji služi da se identifikuje i razlikuje jedinstveni komercijalni izvor”, kao i da je “imovinsko” pravo na znak... u osnovi pravo da se spreči verovatna zabuna mušterija.”⁶² Navedena specifičnost dovodi do toga da istovremeno pravo više lica na isti žig izgleda suprotno definiciji žiga.⁶³ Ta specifičnost upravo proizilazi iz shvatanja o funkciji žiga.

Shvatanje o funkciji žiga razvijalo se tokom 20. veka. Po Kimbal Flečer, ono se u SAD kretalo od funkcije označavanja jedinstvenog fizičkog izvora proizvoda ili usluge, preko funkcije označavanja pokrovitelja (sponzora) koji kontroliše proizvodnju, odnosno pružanje usluge, označavanja kvaliteta i pružanja garancije za kvalitet, do reklamne funkcije, koja proizilazi iz označavanja pokrovitelja i kvaliteta.⁶⁴ Kimbal Flečer je ukazala da napuštanje shvatanja o funkciji označavanja jedinstvenog fizičkog izvora proizvoda ili usluge nije dovelo do šireg prihvatanja mogućnosti postojanja više nosilaca istog žiga od strane *US PTO*.⁶⁵ Ista autorica je ukazala na okolnost da je Lenhamovim zakonom u SAD usvojeno shvatanje o garantnoj funkciji žiga, budući da su njime povezana društva definisana kao “lica koja kontroliše ili su kontrolisana od strane podnosioca zahteva za registraciju ili nosioca žiga u pogledu prirode i kvaliteta proizvoda i usluga u vezi sa kojima se žig upotrebljava.”⁶⁶ Citirana definicija otvorila je put za primenu licenciranja žiga, koji je zatim prihvaćeno i od strane sudova koji su primenjivali *common law*.⁶⁷

⁶² J.T. McCarthy, op. cit., 1, fn. 3.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ P. Kimball Fletcher, op. cit., 309–313, 316–323.

⁶⁵ *Ibidem*, 313–316.

⁶⁶ *Ibidem*, 319.

⁶⁷ R. Denicola, op. cit., 77–78.

Do danas je ostalo zastupljeno i shvatanje po kome se osnovna funkcija žiga – da identifikuje proizvod i uslugu i njihov izvor, tj. funkcija označavanja izvora ili, po Braunu, “informativna” funkcija žiga – nije promenila.⁶⁸ Po pravilu, zastupnici informativne funkcije se protive shvatanju žiga kao svojinskog prava koje uživa zaštitu kao takvo. Tako Marković, na osnovu funkcije žiga da “poveća efikasnost tržišta putem smanjenja asimetrije informacija,” izvlači zaključak da je neophodno krajnje restriktivno tumačenje zabrane razvodnjavanja čuvenog žiga, u granicama neophodnim radi očuvanja efikasnosti tržišta, nasuprot shvatanju o vrednosti žiga *per se* kao svojinskog prava.⁶⁹ Isti autor, takođe, naglašava da “rekavši da pravo žiga neposredno sankcioniše samo funkciju ukazivanja na poreklo robe, nismo ustvrdili da su ostale tri funkcije van domašaja prava žiga. Naprotiv, pravo žiga indirektno sankcioniše i ostale tri funkcije oznake, ali samo kao uslov ili kao posledicu ukazivanja na poreklo robe.”⁷⁰

Čini se da shvatanje da je prvenstvena funkcija žiga da ukaže na izvor proizvoda odnosno usluge umanjuje prostor za postojanje više nosilaca istog žiga. To se može videti kako iz nesklonosti *US PTO* da prihvata zajedničke prijave za registraciju žiga, koja je postojala sve do poslednjih decenija 20. veka, kada su shvatanja o drugim funkcijama žiga postala šire zastupljena, tako i iz sledećeg Markovićevog viđenja funkcije prava žiga: “pravo žiga (kao oblik državne intervencije u odnose na tržištu), ima prevashodni zadatak da pravno obezbedi da samo jedan subjekt jednom oznakom označava jednu vrstu robe na tržištu.”⁷¹ Nasuprot tome, shvatanje žiga kao svojinskog prava podrazumeva, po analogiji sa drugim svojinskim pravima, što širu mogućnost postojanja više nosilaca istog prava i njihovog što slobodnijeg raspolaganja sopstvenim udelima u tom pravu.

MOGUĆA ANALOGIJA SA SVOJINOM – ZAJEDNIČKA SVOJINA ILI SUSVOJINA

U prilog razumevanja i označavanja prava više nosilaca jednog žiga uz pomoć pojmovnog aparata prava svojine u pravu Srbije govori više argumenata. Ono je široko prihvaćeno u međunarodnim ugovorima, pravu EU, kao i u prav-

⁶⁸ U prilog takvog shvatanja, a protiv novijeg tretiranja žiga kao svojinskog prava koje se štiti zbog svoje inherentne vrednosti, v. Mark A. Lemley, “The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense”, *The Yale Law Journal*, Tom 108, 1999, 1687–1715.

⁶⁹ Slobodan Marković, “Načelo specijalnosti žiga i zabrana razvodnjavanja čuvenog žiga – pravnoekonomsko tumačenje”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2011, 35–54.

⁷⁰ Slobodan Marković, “Povreda žiga – vodič kroz lavirint ključnih instituta prava žiga”, *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2019, 12.

⁷¹ *Ibidem*, 13.

ničkoj terminologiji na francuskom i nemačkom jeziku, koje zbog bliskosti privatnog prava vrše najveći uticaj na pravo Srbije. Razlog široke rasprostranjenosti takvog razumevanja je priroda same stvari – žig je u krajnjoj liniji isključivo imovinsko pravo. Ukoliko se postojanje više nosilaca istog žiga sagleda iz takve perspektive, analogija sa svojinom u kontekstu srpskog prava neizbežno bi vodila ka pitanju da li je pravilnije govoriti o analogiji sa susvojinom ili zajedničkom svojinom na žigu.

Kao što je već napomenuto, Singapurski ugovor izričito ostavlja državama potpisnicama slobodu da izaberu modalitet zajednice nosilaca istog žiga, što se vidi iz pravila o mogućnosti da se traži saglasnost svih sunosilaca za davanje, odnosno promenu ugovora o licenci.

Propisi Srbije ne pružaju nedvosmislen odgovor na izneto pitanje. Odredba Zakona o žigovima koja zahteva saglasnost svih nosilaca žiga za davanje licence⁷² nije podobna da pruži odgovor, jer se davanje licence može smatrati raspolaganjem koje bitno utiče na vrednost žiga u celini, pa bi se za takvo raspolaganje zahtevala saglasnost svih suvlasnika, jednako kao i zajedničara. Formulacija iz Metodologije za postupanje u postupcima za priznanje žiga Zavoda za intelektualnu svojinu, da sunosioci “zajednički vrše ovlašćenja koja proizlaze iz žiga”,⁷³ ne može se smatrati argumentom u prilog analogije sa zajedničkom svojinom, budući da Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa koristi isti izraz u normi da “suvlasnici imaju pravo da zajednički upravljaju stvarju.”⁷⁴

Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa određuje da “više lica imaju pravo susvojinu na nepodeljenoj stvari kada je deo svakog od njih određen srazmerno prema celini (idealni deo),”⁷⁵ a zajedničku svojinu kao “svojinu više lica na nepodeljenoj stvari kada su njihovi udeli određivi, ali nisu unapred određeni,” pri čemu zajednička svojina predstavlja specijalni režim, koji može postojati samo u slučajevima određenim zakonom.⁷⁶

Sudovi Nemačke rešavaju odnose između sunosilaca žiga, u nedostatku njihovog međusobnog sporazuma, u skladu sa opštim odredbama Nemačkog građanskog zakonika (dalje: *BGB*) o zajednici vlasnika, sadržanim u odeljcima 741

⁷² Čl. 65. st. 2, Zakon o žigovima R. Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2020.

⁷³ Odredba 4. st. 2, Metodologija postupanja Zavoda za intelektualnu svojinu u postupcima za priznanje žiga i u postupcima po registrovanim žigovima, www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/metodologija%20latinica%20pdf.pdf, 30.09.2020.

⁷⁴ Čl. 15. st. 1, Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, *Službeni list SFRJ*, br. 6/80 i 36/90, *Službeni list SRJ*, br. 29/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005 – dr. zakon.

⁷⁵ Čl. 13. st. 1, Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa.

⁷⁶ Čl. 18. Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa.

- 758.⁷⁷ Slično tome, u francuskom pravu međusobna prava više nosilaca istog žiga podležu opštem režimu susvojinine (*l'indivision*) propisanom u čl. 815 - 815-18 francuskog građanskog zakonika.⁷⁸ U načelu, oba režima zahtevaju jednoglasnost u pogledu bitnih raspolaganja a većinsko odlučivanje u pogledu redovne upotrebe i održavanja predmeta svojine.⁷⁹

U prilog analogije sa susvojinom govori okolnost da je to opšti režim, pod koji bi trebalo da potpadnu svi slučajevi postojanja više nosilaca svojine na istom predmetu, kao što je to slučaj sa sunosiocima žiga u francuskom i nemačkom pravu. Zajednička svojina je specijalan režim, koji se uspostavlja samo kada je to izričito propisano zakonom. U prilog analogije sa zajedničkom svojinom govori okolnost da udeli sunosioca žiga registracijom žiga ne mogu biti određeni, kao što to nisu ni udeli zajedničara. Priroda zajedničke svojine, koja podrazumeva čvršće jedinstvo zajedničara u odnosu na predmet svojine, takođe izgleda kao da govori u prilog analogije sa zajedničkom svojinom, imajući u vidu funkciju žiga da označava jedinstven izvor proizvoda i usluga.⁸⁰

S obzirom na iznete argumente, u kontekstu današnjeg prava Srbije činilo bi se ispravnije uspostaviti analogiju prava sunosilaca žiga sa pravima suvlasnika, prevashodno na osnovu okolnosti da je susvojina opšti režim svojine više lica na istom predmetu. Snaga argumenata u prilog analogije sa zajedničkom svojinom, pak, govori u prilog razmatranja mogućnosti da se postojeće pravo Srbije dopuni izričitom zakonskom normom prava sunosilaca žiga svrstaju u red slučajeva u kojima postoji zajednička svojina.

BRISATI ILI RAZRADITI MOGUĆNOST DA VIŠE LICA BUDU NOSIOCI ISTOG ŽIGA U PRAVU SRBIJE

Brisati ili zadržati

Mogućnost da više lica budu nosioci istog žiga pruža korist u nizu situacija u poslovanju. Preduzetnici na početku karijere ili poslovnog poduhvata su često

⁷⁷ Mehrere Markeninhaber im Widerspruchsverfahren, Rechtslupe, 24 August 2014, <https://www.rechtslupe.de/wirtschaftsrecht/mehrere-markeninhaber-im-widerspruchsverfahren-380940>, 30.09.2020.

⁷⁸ Un droit de propriété intellectuelle peut être détenu en copropriété, Dreyfus, <https://www.dreyfus.fr/copropriete/>, 30.09.2020.

⁷⁹ Odeljci 745-747 BGB; čl. 815-3 francuskog građanskog zakonika.

⁸⁰ Na osnovu sličnih argumenata Alsberg se zalaže da se u praksi sudova u SAD na sunosioce žiga primenjuju pravila za *tenants in common* umesto za *joint tenants*, što bi, prema krajnje grubom poređenju, bilo ekvivalentno zalaganju za pravila zajedničke svojine nasuprot pravila o susvojinu, M. Alsberg, op. cit., 79-84.

prinudeni da umanje troškove poslovnog poduhvata, i zato ne mogu da osnuju privredno društvo koje bi bilo nosilac žiga. Žig efikasnije štiti sunosioce tog prava jedne od drugih od situacije u kojoj bi partneri koji nisu nosioci žiga morali da se upuštaju u sudski postupak da bi zaštitili svoja prava u odnosu na partnera koji je registrovan kao nosilac žiga.

Na planu međunarodnog prava, Pariskom konvencijom je ugovoreno da se suvlasništvo žiga od strane privrednih društava može ograničiti samo ukoliko je to neophodno radi sprečavanja dovođenja javnosti u zabludu ili ukoliko je istovremena upotreba protivna javnom interesu. Samo iz tih razloga se može odbiti i proširenje žiga po Madridskom sistemu, uključujući i žig sa više nosilaca. Žig EU može imati više suvlasnika, kao i žigovi registrovani po pravima niza država EU (Francuske, Nemačke). Pravo SAD dozvoljava registraciju žiga sa više nosilaca u "odgovarajućim okolnostima", koje, između ostalog, podrazumevaju da je sprečena fragmentarna upotreba žiga koja bi dovela do zabune na tržištu. Mogućnost postojanja više nosilaca istog žiga, dakle, predstavlja globalni pravni standard.

Čini se da uređenje mogućnosti postojanja više nosilaca žiga zavisi od shvatanja funkcije i prirode žiga. Na primeru SAD vidi se da se uticaj shvatanja funkcije žiga kao označavanja izvora proizvoda ili usluga ogledao u vrlo restriktivnom pristupu predmetnom pitanju. Shvatanje žiga kao predmeta svojine, koji se može prenositi nezavisno od prava na poslovnom poduhvatu čije proizvode i usluge označava, afirmisano je Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (Sporazum *TRIPS*), Direktivom EU o približavanju zakona o žigu i Uredbom o žigu EU. To shvatanje vodi širenju mogućnosti za suvlasništvo žiga, budući da je prirodno očekivanje da svojinsko pravo bude deljivo.

Po pravu Srbije, nesporno je da više lica mogu postati nosioci istog žiga na osnovu zajedničkog zahteva za priznanje žiga. Sudska praksa ukazuje da do takve situacije može nastati i na osnovu sukcesije. Na osnovu svih iznetih razloga, čini se da predmetnu zakonsku mogućnost nikako ne bi trebalo ukidati.

Ostaviti u sadašnjem obliku ili razraditi

Organ uprave ili sud bi, tumačeći pravo Srbije u njegovom današnjem obliku, mogao da pruži odgovor na pitanja postavljena u trećem delu ovog rada, kao i na druga sporna pitanja u vezi sa ovlašćenjima sunosilaca žiga. Primera radi, na osnovu konstitutivnog karaktera registracije žiga i pravila da sunosioci žiga njime zajednički raspolazu, moglo bi se zaključiti da odustanak jednog od podnosilaca zahteva za registraciju pre registracije obara čitavu prijavu, jer žig ne može nastati bez saglasnosti svih podnosilaca zahteva, dok odricanje jednog od nosilaca žiga nakon registracije ne bi smelo da promeni status žiga i utiče na prava ostalih nosi-

laca. Aktivnost tumačenja ne bi bila laka, niti bi se moglo razumno očekivati da bi iz nje mogla nastati ujednačena i svima razumljiva praksa. Zbog toga se čini potrebnim da pravo Srbije bude dopunjeno u pogledu uređenja ovlašćenja i obaveza sunosilaca žiga.

Uređenje jednog instituta mora biti zasnovano na načelima i širem pojmovnom okviru. Pravo žiga Srbije načelno izbegava da žig posmatra kao klasičan predmet svojine. Takav pristup ima negativnu posledicu u vidu nepostojanja pojmovnog okvira za rešavanje spornih pitanja u vezi sa sunosiocima žiga. U pravima posmatranim u ovom radu – SAD, Francuske, Nemačke – postoji nedvosmisleno upućivanje na opšta pravila o ovlašćenjima i obavezama suvlasnika, u situacijama u kojima odnosi sunosilaca žiga nisu uređeni ugovorom. U petom delu ovog rada izneti su argumenti u prilog uređenja prava sunosilaca žiga kao posebnog slučaja zajedničke svojine. Ukoliko takvo rešenje ne bi bilo usvojeno, upućivanje na opšta pravila o susvojini se čini preko potrebnim. Naravno, moguć je i drugačiji pristup razvoju prava Srbije u predmetnom pogledu, kojim bi svaka analogija sa svojinom bila izbegnuta i pitanje uređeno na *sui generis* način.

Odgovarajući mehanizam zaštite od stvaranja zabune na tržištu bi trebalo da prati nove korake u pravcu uređenja predmetnog pitanja. U SAD tu funkciju vrši interes nosilaca žiga, što je posledica pravila da svaki nosilac žiga mora biti nosilac prava na deo *good will* poslovnog poduhvata na čije proizvode ili usluge se žig odnosi. U pravima u kojima taj mehanizam nije prisutan, kao što su prava usklađena sa Direktivom EU o približavanju zakona o žigovima, uključujući i pravo Srbije, međusobna koordinacija nosilaca istog žiga može biti ostvarena ugovorom zaključenim između njih. Zbog toga bi novo rešenje trebalo da se kreće u pravcu stvaranja podsticaja, eventualno i obaveze, uređenja određenog kruga pitanja ugovorom između sunosilaca žiga.

MILICA S. SAMARDŽIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade,
Attorney-at-law

PERSPECTIVE OF THE POSSIBILITY OF EXISTENCE OF SEVERAL HOLDERS OF A SINGLE TRADEMARK IN THE LAW OF SERBIA

Summary

In view of key international treaties, US law, EU law, as well as the laws of France and Germany, the possibility of existence of several holders of a trademark is a global legal standard. Regu-

lation of that possibility appears to be dependent upon the understanding of the function and nature of trademark. The concept of trademark as an object of property, which may be transferred separately from any transfer of the related undertaking, naturally leads to the widening of that possibility. It is undisputed that co-holders of a trademark may exist according to the laws of Serbia. Existing norms are rudimentary, so that it is not reasonable to expect that interpretation thereof may lead to uniform and easily comprehensible practices, which necessitates further development of Serbian law. The paper presents arguments in favor of regulating the rights of co-holders of a trademark as a special case of “joint property” under Serbian law. If that solution is not adopted, a reference to general rules of co-proprietorship is necessary. In order to prevent confusion in the market, the reform should encompass incentives, and possibly an obligation for the co-holders to conclude an agreement whereby certain relevant issues would be regulated.

Key words: trademark, co-holders of trademark, co-proprietorship, joint proprietorship, functions of trademark

Literatura

- Alsberg M. A, “I’ll Be Your Mirror: Broadening the Concept of Trademark Joint Ownership to Reflect the Developing Collaborative Economy”, *Southwestern Law Review*, Tom 44, br. 1, 2014.
- Borovac V., “Kritički osvrt na tumačenje funkcija žiga u praksi Evropskog suda pravde”, *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2014.
- Denicola R. C., “Some Thoughts on the Dynamics of Federal Trademark Legislation and the Trademark Dilution Act of 1995”, *Law and Contemporary Problems*, Tom 59, br. 2, 1996.
- Kimball Fletcher P., “Joint Registration of Trademarks and the Economic Value of a Trademark System”, *University of Miami Law Review*, Tom 36, br. 2, 1982.
- Lemley M. A., “The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense”, *The Yale Law Journal*, Tom 108, 1999.
- Marković S., “Načelo specijalnosti žiga i zabrana razvodnjavanja čuvenog žiga – pravnoekonomsko tumačenje”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 2011.
- Marković S., “Povreda žiga – vodič kroz lavirint ključnih instituta prava žiga”, *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2019.
- McCarthy, J. T., “Joint Ownership of a Trademark”, *The Trademark Reporter*, Tom 73, br. 1, 1983.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 26.10.2020.

Prihvaćen: 10.11.2020.

PREGLEDNI RAD

MIRELA BOŠKOVIĆ

INSTITUT PRIGOVORA U ŽIGOVNOM PRAVU

Institut prigovora je već dugi niz godina jedno od osnovnih pravnih sredstava u gotovo svim evropskim zakonodavstvima i ima za cilj da postupak ispitivanja prijave žigova učini znatno efikasnijim, i to tako što se ispitivanje sličnosti žigova ne obavlja po službenoj dužnosti od strane nadležnog zavoda za intelektualnu svojinu, već se nosiocima ranijih žigova poverava obaveza da vode računa o svojim pravima tako što im se pruža mogućnost da ulože ovo pravno sredstvo protiv svake prijave žiga za koju smatraju da je slična njihovom ranije registrovanom žigu ili drugom pravu intelektualne svojine. U radu je predstavljen istorijat instituta prigovora u zakonodavstvu Evropske unije i dato je objašnjenje njegovog značaja i cilja zbog koga je uveden, kao i specifičnosti u primeni prigovora kao novog pravnog sredstva koje je nedavno uvedeno u novi domaći Zakon o žigovima.

Ključne reči: prigovor, sličnost žigova, distinktivnost žiga, apsolutni razlozi za odbijanje zaštite žigom, relativni razlozi za odbijanje zaštite žigom

U V O D

Prigovor kao pravni institut u žigovnom pravu ustanovljen je od strane Evropske unije kao obaveza za države članice i države koje pretenduju da postanu njene članice. Institut prigovora je bio uređen još Direktivom 2008/95/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 22. oktobra 2008. u cilju usklađivanja zakona drža-

Mr Mirela Bošković, zastupnik za prava intelektualne svojine, e-mail: mirelab@zm-p.com.

va članica u oblasti žigova¹ (u daljem tekstu: Direktiva 2008/95/EC), a najnoviji propis Evropske unije sa kojim je izvršeno usklađivanje našeg nacionalnog zakonodavstva u oblasti žigova je Direktiva 2015/2436 Evropskog parlamenta i Saveta od 16. decembra 2015. godine u cilju usklađivanja zakona država članica u oblasti žigova (u daljem tekstu: Direktiva 2015/2436)². U sklopu tog usklađivanja 24. januara 2020. godine usvojen je novi Zakon o žigovima (*Službeni glasnik RS*, br. 6/2020).

Glavno polazište Evropske unije iz koga su proistekli relevantni u osnovi imaju ideju da se u svrhe slobodnog protoka roba i usluga obezbedi da svi registrovani žigovi uživaju isti nivo zaštite u pravnim sistemima svih država članica Evropske unije. Ovaj princip je i kodifikovan u Direktivi 2008/95/EC: "It is fundamental, in order to facilitate the free movement of goods and services, to ensure that registered trade marks enjoy the same protection under the legal systems of all the Member States. This should not, however, prevent the Member States from granting at their option extensive protection to those trade marks which have a reputation."³

Osnovni smisao uvođenja sistema prigovora ("*opposition*") u nacionalna zakonodavstva država članica Evropske unije je da se stvori funkcionalno unutrašnje tržište i da se olakša postupak registracije i zaštite žigova u okviru Unije, što bi sve imalo koristi za brži rast i konkurentnost privrede. U članu 43. Direktive 2015/2436 je propisano da u cilju efikasne zaštite žigova države članice imaju obavezu da obezbede brz i efikasan postupak prigovora.⁴

Da bi se ovi ciljevi postigli, bilo je pre svega neophodno da se jasno razgraniče apsolutni razlozi za odbijanje zaštite žiga, koje nacionalni zavodi ispituju po službenoj dužnosti, od relativnih razloga (sličnost znakova) koji se ispituju isključivo ukoliko postoji primedba (prigovor) nosioca ranijeg prava. Razlog zbog koga

¹ Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (Codified version) (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union L 299/25*.

² 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 (Recast) (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union L 336/1*.

³ Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (Codified version) (Text with EEA relevance), preambula, tačka 10).

⁴ 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 (Recast) (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union L 336/1*.

se u sistemima koji poznaju institut prigovora relativni razlozi ispituju isključivo po prigovoru, a ne i po službenoj dužnosti je, ne samo veća efikasnost postupka, već i otklanjanje svakog subjektivizma koji može da postoji kod ispitivača. Naime, ispitivanje sličnosti znakova u žigovnom pravu, značajno odudara od svih postojećih postupaka koji podrazumevaju pre svega nepristrasnost postupajućeg državnog službenika. Ovakvim načinom ispitivanja, državnom organu – organu uprave daje se preveliko ovlašćenje koje omogućava donošenje meritorne odluke o pravu pojedinca (podnosioca prijave žiga), često na osnovu subjektivnog viđenja jednog ispitivača. Treba podsetiti da je ljudskoj prirodi svojstveno da, kada se radi o proceni da li su neka dva objekta (npr. slike, fotografije i razni drugi predmeti) slični, dožive to na potpuno različit način, ili kako bi se jednostavno reklo “ono što je jednoj osobi slično drugoj nije”.

Kako bi se na jasan i potpun način mogao predstaviti institut prigovora, razlozi za njegovo uvođenje, kao i specifičnosti koje on unosi u pravne sisteme koji su ga prihvatili, neophodno je prethodno dati pregled razloga za odbijanje zaštite žiga i postupka koji se vodi pred nacionalnim zavodima svake zemlje po prijavama žigova.

RAZLOZI ZA ODBIJANJE ZAŠTITE ŽIGA

Apsolutni razlozi za odbijanje zaštite žigom

Apsolutni razlozi za odbijanje zaštite žigom su oni koji se odnose na generalnu nepodobnost znaka za zaštitu žigom. Reč je, pre svega, o znacima koji nisu u skladu sa odredbom člana 4. Zakona o žigovima kojom je propisano koji su to znaci od kojih se žig može sastojati. Tako, znak koji se štiti žigom može da se sastoji od bilo kakvih znakova, posebno od reči, uključujući lična imena, ili od crteža, slova, brojeva, boja, trodimenzionalnih oblika, oblika robe ili njenog pakovanja, kombinacija tih znakova ili zvukova. Ipak, svaki od ovih znakova ispunjava uslove za zaštitu žigom isključivo pod uslovom da je podoban za razlikovanje u prometu robe, odnosno usluga jednog fizičkog ili pravnog lica od robe, odnosno usluga drugog fizičkog ili pravnog lica.⁵ Shodno tome, u apsolutne razloge za nepriznavanje zaštite žigom koji su taksativno nabrojani u članu 5. Zakona o žigovima spadaju npr. suprotnost sa javnim poretkom ili moralom, prevarnost, opisan karakter znaka itd.⁶

⁵ Zakon o žigovima, član 4. (*Službeni glasnik RS*, br. 6/2020).

⁶ Zakon o žigovima, član 5.

Relativni razlozi za odbijanje zaštite žigom

Relativni razlozi za odbijanje zaštite žigom su oni koji se odnose na sličnost znaka koji je po svojoj prirodi podoban za zaštitu, ali je po svom ukupnom izgledu istovetan ili sličan ranijem žigu za istu ili sličnu vrstu robe, ili je sličan nekom drugom zaštićenom pravu drugog lica, tj. koji svojim izgledom ili sadržajem povređuje autorsko pravo ili druga prava industrijske svojine (na primer patent ili industrijski dizajn). Svi ovi razlozi su taksativno nabrojani u članu 6. Zakona o žigovima.

REŠENJA U UPOREDNOM PRAVU

Ispitivanje znakova u državama članicama Evropske unije

Kako na nivou Evropske unije kao jedinstvenog tržišta, tako i najvećem broju država članica Evropske unije, zavodi po službenoj dužnosti ispituju isključivo apsolutne razloge za nepriznavanje zaštite žigom, dok relativne razloge ne ispituju. Ukoliko zavod utvrdi da ne postoje apsolutni razlozi koji bi predstavljali smetnju za priznanje žiga, on ga objavljuje u svom službenom glasilu od kada počinje da teče zakonom propisan rok za ulaganje prigovora. Ovo iz razloga što je smisao prigovora da se omogući zainteresovanim nosiocima ranijih žigova da se suprotstave registraciji žiga iz razloga sličnosti, a da se u isto vreme, kako je ranije rečeno, otkloni svaka doza subjektivnosti koja postoji kada o sličnosti dva znaka odlučuje nadležni ispitivač u Zavodu. Suštinski, intencija zakonodavstva Evropske unije je da se pitanje koegzistiranja sličnih žigova prepusti samom tržištu i nosiocima žigova, jer su upravo nosioci žigova oni koji najbolje mogu da zaštite svoje interese.

Ipak, Direktiva EU ni u jednoj svojoj odredbi ne zabranjuje državama članicama da po službenoj dužnosti ispituju i apsolutne i relativne razloge za nepriznavanje zaštite žigom. Međutim, od svih evropskih zakonodavstava, jedino je mađarski Zakon o žigovima i geografskim oznakama, u odeljku 61. propisao da se i apsolutni i relativni razlozi imaju ispitivati od strane Zavoda po službenoj dužnosti.⁷

Ispitivanje ispunjenosti uslova za priznanje žiga prema Zakonu o žigovima

Za razliku od većine evropskih pravnih sistema, ali po ugledu na već pomenuti mađarski Zakon o žigovima i geografskim oznakama, Zakonom o žigovima

⁷ Act XI of 1997 on the Protection of Trade Marks and Geographical Indications, *Consolidated text* (01.01.2019), Section 60.

Republike Srbije koji po prvi put uvodi institut prigovora, predviđeno je da Zavod za intelektualnu svojinu (u daljem tekstu: Zavod) prethodno vrši ispitivanje svih razloga za nepriznavanje zaštite žiga – apsolutnih i relativnih. Tek nakon što prijava bude ispitana na ovaj način i Zavod odluči da ne postoje smetnje za njegovu registraciju, prijava se objavljuje u službenom glasilu Zavoda i od tada počinje da teče rok od 3 meseca u kome je moguće uložiti prigovor iz razloga sličnosti sa ranijim žigom.

POSTUPAK PO PRIJAVI ŽIGA PREMA VAŽEĆEM ZAKONU O ŽIGOVIMA REPUBLIKE SRBIJE

Postupak po prijavi žiga u jednom delu teče na potpuno identičan način kao i po ranije važećem sistemu na sledeći način:

- Nakon formalnog ispitivanja prijave, ispitivač pristupa ispitivanju apsolutnih i relativnih razloga za nepriznavanje zaštite žigom;⁸
- Ukoliko smatra da prijavljeni znak iz nekog od razloga navedenih u čl. 5. i 6. Zakona o žigovima (apsolutnih ili relativnih) ne ispunjava uslove za zaštitu žigom, on o tome, rezultatom ispitivanja obaveštava podnosioca prijave i ostavlja mu rok od 30 dana da se izjasni;
- Prijavilac potom ima mogućnost ili da se odmah izjasni ili da zatraži produženje roka za odgovor ukoliko mu je to neophodno radi pripreme odgovora. Praksa Zavoda je da prihvata do 6 meseci produženja roka;
- Pošto se prijavilac izjasni, ili ukoliko se ne izjasni, ispitivač donosi odluku na osnovu stanja u spisima predmeta.

Novina koju uvodi novi Zakon o žigovima je institut prigovora. Naime, ukoliko nadležni ispitivač zaključi da ne postoje apsolutni ili relativni razlozi za odbijanje prijave za priznanje žiga, podaci iz prijave objavljuju se u službenom glasilu nadležnog organa i od tada počinje da teče rok od 3 meseca za ulaganje prigovora i ovaj rok se ne može produžavati. Ukoliko se međutim, podnosilac prijave ne izjasni o rezultatu ispitivanja, ili ako se izjasni, ali ispitivač i dalje smatra da se žig ne može priznati u celosti ili za pojedine robe, odnosno usluge, nema mogućnosti ulaganja prigovora a rešenje o odbijanju postaje konačno.

Iz navedenog se može zaključiti da, iako prema važećem Zakonu o žigovima postoji mogućnost ulaganja prigovora, ovo pravno sredstvo praktično može da bude iskorišćeno samo protiv onih žigova u pogledu kojih je Zavod, tačnije is-

⁸ Zakon o žigovima, član 30. stav 1.

pitivač već prethodno sam ocenio da li ima ili nema sličnosti sa nekim od ranije registrovanih žigova.

PRAVNA SREDSTVA ZA SUPROTSTAVLJANJE REGISTRACIJI ŽIGA

Da bi se na potpun način sagledali razlozi uvođenja ovakvog, može se reći “kombinovanog” sistema u naše zakonodavstvo i njegov efekat važno je podvući da su važećim Zakonom o žigovima, pored prigovora, predviđena još dva pravna sredstva čija je svrha suprotstavljanje registrovanju žiga: mišljenje zainteresovanog lica i oglašavanje žiga ništavim. U daljim izlaganjima učinjen je kratak pogled na ove institute i njihova osnovna obeležja.

Mišljenje zainteresovanog lica

“U toku postupka ispitivanja ispunjenosti uslova za priznanje žiga iz stava 1. ovog člana, svako zainteresovano lice može da podnese pismeno mišljenje u kome se obrazlažu razlozi iz čl. 4–6. ovog zakona zbog kojih prijavljeni znak ne ispunjava uslove za zaštitu žigom.”⁹

Mišljenje zainteresovanog lica (*“observation”*) je institut koji postoji i u uporednom pravu a i u skladu je sa Direktivom 2015/2436. Reč je o pravnom sredstvu koje je bilo predviđeno i prethodnim Zakonom o žigovima, i smatralo se praktično zamenom za prigovor. U odnosu na prigovor, razlika je u tome što se mišljenje zainteresovanog lica može zasnivati i na apsolutnim i na relativnim razlozima za nepriznavanje zaštite žigom. Pored toga, bitnu razliku u odnosu na postupak po prigovoru, predstavlja to što je postupak po mišljenju zainteresovanog lica jednostranački postupak. Naime, zainteresovano lice ne postaje učesnik u postupku, pa zbog toga Zavod, tj. nadležni ispitivač njega i ne obaveštava o daljem toku i krajnjem ishodu postupka u vezi sa prijavom žiga. Zbog toga se može postaviti pitanje smisla ovog pravnog sredstva. Međutim, iako na prvi pogled može izgledati da nema veliki značaj, na osnovu iskustva iz prakse stiže se sasvim drugačiji utisak. Reč je o pravnom sredstvu kojim se ispitivaču konkretnog znaka skreće pažnja na bilo koji eventualni njegov nedostatak. Pri tome, ulaganje mišljenja zainteresovanog lica ne podrazumeva velike troškove, ne zahteva se dostavljanje dokaza o korišćenju ranijeg žiga u slučaju kada je osnov za mišljenje sličnost za ranijim žigom (izuzev kada je osnov za mišljenje čuvenost ili opšta poznatost ranijeg žiga). Istovremeno, ovo pravno sredstvo se u velikom broju slučajeva poka-

⁹ Zakon o žigovima, član 30. stav 3.

zalo kao veoma efikasno, naročito kada je reč o razlozima koji se tiču nepodobnosti znaka za zaštitu žigom. Ovo pravno sredstvo ima poseban značaj kada se radi o sličnosti sa čuvenim ili opštepoznatim znakom, jer je po pravilu mala verovatnoća da će ispitivač takav znak pronaći uobičajenim načinom pretraživanja. Primera radi, malo je verovatno da bi ispitivač, da mu na to nije ukazano putem mišljenja zainteresovanog lica, utvrdio sličnost između znaka "Caballo" sa grafičkim rešenjem i znaka "Ferrari" sa grafičkim rešenjem, čiji su vlasnici različita lica i koji se odnose na iste i slične robe. Ovo iz razloga što se ovi znaci sastoje od potpuno različitih reči "Ferrari" odnosno "Caballo". Međutim, grafičko rešenje konja koji se propinje na zadnje noge u prijavi žiga "Caballo" je gotovo identičan grafičkom rešenju u žigu "Ferrari" što ova dva znaka čini zbunjujuće sličnima i dovodi do verovatnoće nastanka zabune kod potrošača.

Oglašavanje žiga ništavim

"Žig se može oglasiti ništavim, u celini ili samo za neke robe, odnosno usluge, ako se utvrdi da u vreme njegovog registrovanja nisu bili ispunjeni uslovi za priznanje žiga iz čl. 4-7. ovog zakona."¹⁰

Oglašavanje žiga ništavim je jedno od najstarijih pravnih sredstava koje je postojalo u svim do sada važećim zakonima koji su uređivali oblast žigovnog prava. Ovaj institut postoji i u uporednom pravu, a u skladu je i sa svim do sada važećim propisima Evropske unije. Reč je o pravnom sredstvu koje omogućava da se nakon registracije žiga, isti poništi ukoliko se u postupku oglašavanja ništavim utvrdi da u trenutku njegovog registrovanja nisu bili ispunjeni uslovi za njegovo registrovanje. U pitanju je klasičan upravni dvostranački postupak koji podrazumeva razmenu podnesaka i mogućnost zakazivanja usmene rasprave, u cilju pravičnog i potpunog utvrđenja činjeničnog stanja.

Žig se može oglasiti ništavim za sve vreme trajanja zaštite, i to na predlog zainteresovanog lica ili na predlog javnog tužioca. Međutim, ukoliko je osnov za oglašavanje žiga ništavim sličnost sa ranijim žigom ili drugim pravom, predlog za oglašavanje žiga ništavim može podneti samo nosilac ranijeg prava ili lice koje on ovlasti. Pored toga, da bi se žig mogao oglasiti ništavim iz razloga sličnosti sa ranijim žigom, neophodno je da nosilac tog ranijeg žiga ili njegov pravni sledbenik dokaže da je njegov žig ozbiljno korišćen u Republici Srbiji za obeležavanje robe, odnosno usluga za koje je registrovan i koji se navode kao razlog za podnošenje predloga, u periodu od pet godina pre podnošenja predloga za oglašavanje ništa-

¹⁰ Zakon o žigovima, član 74. stav 1.

vim. U suprotnom, dakle, ukoliko raniji žig nije u navedenom periodu i na navedeni način korišćen u Republici Srbiji, raniji žig neće biti poništen izuzev ako nosilac ranijeg žiga dokaže da su postojali opravdani razlozi za nekorišćenje.¹¹

PRIGOVOR

Istorijat uvođenja instituta prigovora

Dugi niz godina u pravnom sistemu Srbije postojali su otpori uvođenju instituta prigovora iako je njegovo uvođenje oduvek predstavljalo uslov za potpuno usklađivanje nacionalnog Zakona o žigovima sa evropskim standardima. Tokom javnih rasprava koje su vođene prilikom donošenja brojnih izmena i dopuna ranije važećih zakona iz oblasti žigova, mišljenja stručne javnosti su bila dijametralno suprotstavljena. Pobornici uvođenja prigovora su ukazivali na sve prednosti koje sistem prigovora donosi. Pre svega, došlo bi do rasterećenja ispitivača koji ne bi bili dužni da ispituju sličnost žiga, a što bi doprinelo većoj efikasnosti rada Zavoda. Pored toga, bitan argument je bio da je potrebno prepustiti nosiocima žigova da oni sami vode računa o svojim pravima i da oni svakako bolje nego ispitivači poznaju svoje interese u smislu da li im neka prijava žiga predstavlja smetnju ili ne. Smatralo se takođe, da je Zavodu dat monopol u odlučivanju da li su neki znaci slični ili ne, budući da se radi o subjektivnom pitanju. Razlozi koje su iznosili protivnici uvođenja prigovora, bili su da je zarad potpune pravne sigurnosti kako nosilaca žigova, tako i učesnika u prometu, tj. potrošača, od presudne važnosti uloga državnog organa u postupku ispitivanja ne samo podobnosti znakova prijavljenih za zaštitu žigom, već i njihove eventualne sličnosti sa ranije registrovanim žigovima ili drugim pravima. Smatralo se da u državi u kojoj javnost dugi niz godina nije bila dovoljno edukovana kada je žigovno pravo u pitanju, još uvek nisu sazreli uslovi da se samim učesnicima u prometu prepusti odluka o tome da li su neki znaci slični ili nisu. Pored toga, uvođenje prigovora iziskuje i formiranje posebnog nezavisnog tela – komisije za razmatranje prigovora, što zbog izvesnih kadrovskih i finansijskih pitanja nije bilo moguće sprovesti u delo.

Pojam prigovora i razlog njegovog uvođenja

Prigovor je pravni institut koji podrazumeva aktivnu ulogu nosilaca ranijih prava, jer nakon objave prijave u službenom glasilu Zavoda, oni imaju pravo da ga podnesu ukoliko smatraju da se nekom prijavom žiga vređa neki njihov ra-

¹¹ Zakon o žigovima, član 77. stav 1.

nijiji žig ili neko drugo ranije pravo intelektualne svojine. Smisao prigovora i jeste u tome da se sâmim akterima u tržišnoj utakmici prepusti da vode računa o svojim pravima. Jer, kao što je na početku ovog rada istaknuto, u savremenim ekonomijama se pokazalo da upliv države u donošenje odluke o tome da li su neki znaci slični ili nisu, često ima veoma negativne posledice, jer subjektivnost samog čina ocenjivanja sličnosti može u velikoj meri da naruši prava podnosioca prijave. Ilustracije radi, kada se odluka o tome da li su dva znaka slična ili nisu (a to je, kao što je rečeno, subjektivno pitanje) prepusti državnom organu, postoji mogućnost da ispitivač odluči da neki znak ne ispunjava uslove za zaštitu žigom zbog sličnosti sa nekim drugim žigom ili drugim pravom intelektualne svojine, dok s druge strane, postoji realna mogućnost da nosilac tog suprotstavljenog ranijeg prava nije zainteresovan da se suprotstavlja registraciji prijavljenog znaka. Jasno je da u ovakvoj situaciji, zbog subjektivnog viđenja ispitivača najviše trpi podnosilac prijave, koji bez ikakvog opravdanog razloga može da bude uskraćen od zaštite žigom.

“Prigovor se može zasnivati samo na razlozima za odbijanje prijave za priznanje žiga iz čl. 6. i 7. ovog zakona, u odnosu na deo ili na svu robu ili usluge iz prijave i može ga podneti nosilac ranijeg prava nadležnom organu u roku od tri meseca od datuma objave prijave.”¹²

Kao što se može videti iz zakonske definicije, prigovor se za razliku od mišljenja zainteresovanog lica i oglašavanja žiga ništavim može zasnivati isključivo na sličnosti prijave žiga sa nekim ranijim pravom.

Međutim, isto kao i u slučaju oglašavanja ništavim, nosilac ranijeg žiga koji je podneo prigovor mora dokazati ozbiljno korišćenje svog žiga u periodu od pet godina, naravno ukoliko je raniji žig na datum prijave žiga ili datum njenog prava prvenstva bio registrovan najmanje pet godina.¹³

Postupak po prigovoru

Nakon sprovedenog, prethodno opisanog postupka ispitivanja apsolutnih i relativnih razloga za eventualno nepriznavanje zaštite žiga, ukoliko Zavod utvrdi da su ispunjeni uslovi za priznanje žiga, prijava se objavljuje u službenom glasilu Zavoda. Nakon toga, nosilac ranijeg prava može u roku od tri meseca od datuma objave prijave podneti Zavodu prigovor na registraciju i to u odnosu na deo ili na svu robu ili usluge iz prijave.

¹² Zakon o žigovima, član 34. stav 1.

¹³ Zakon o žigovima, član 36. stav 2.

Postupak po prigovoru je klasičan dvostranački postupak, te se stoga primerak prigovora dostavlja podnosiocu prijave na odgovor. Ako to zatraži podnosilac prijave, nosilac ranijeg žiga koji je podneo prigovor mora dokazati ozbiljno korišćenje svog žiga u Republici Srbiji za obeležavanje robe, odnosno usluga za koje je registrovan i koje navodi kao razlog za prigovor, u periodu od pet godina, koji prethodi datumu podnošenja prijave ili datumu njenog prava prvenstva, ili mora dokazati da su postojali opravdani razlozi za nekorišćenje, pod uslovom da je raniji žig na datum prijave žiga ili datum njenog prava prvenstva bio registrovan najmanje pet godina.

*Slabosti sistema prigovora koji je prihvaćen
u Zakonu o žigovima*

Neobjektivnost u odlučivanju. – Pitanje koje se logično nameće je, šta se postiže time što Zavod, prvo po službenoj dužnosti, kao i do sada, ispituje relativne razloge, tj. sličnost, da bi se potom, ukoliko je ispitivač po svojoj proceni zaključio da nema razloga za odbijanje prijave po osnovu sličnosti, dala mogućnost zainteresovanom licu, tačnije nosiocu jednog ili više ranijeg prava da ulože prigovor. Naime, ukoliko je Zavod u redovnom postupku o kojima je bilo reči u prethodnim izlaganjima, nakon izvršenog pretraživanja žigova utvrdio da nema sličnosti ni sa jednim ranijim žigom, postavlja se pitanje kolike mogu biti šanse da u postupku po prigovoru Zavod odluči drugačije. Pored toga, cilj zbog koga je uveden prigovor, a to je da se otkloni subjektivizam u postupku ispitivanja žigova, ovim rešenjem nije postignut. Ovo posebno kada se uzme u obzir da novim Zakonom o žigovima nije propisano postojanje posebne nezavisne i nepristrasne komisije koja bi se bavila ispitivanjem prigovora. Drugim rečima, ispitivač koji je već procenio da u konkretnom slučaju nema sličnosti znakova, dovodi se u situaciju da ponovo o istom znaku odlučuje po prigovoru pa se nameće pitanje njegove nepristrasnosti.

Nedovoljna efikasnost i pravna nesigurnost. – Ovakav sistem stvara i priličnu dozu pravne nesigurnosti posebno u onim situacijama kada je ispitivač prvo izdao rezultat ispitivanja kao razlog navodeći sličan žig, nakon čega je prijavitelj izložio svoje argumente o tome da u konkretnom slučaju sličnost ne postoji, da bi konačno Zavod uvažio navode prijavioca i zaključio da nema razloga za odbijanje, nakon čega tu istu prijavu objavljuje i ponovo daje mogućnost nekom trećem licu koje može da smatra da prijavljeni znak povređuje neko njegovo pravo i tako otvara novi postupak – postupak prigovora.

Nepotrebno dupliranje postupaka i neekonomičnost. – Postupak po prigovoru i postupak po predlogu za oglašavanje ništavim kao paralelni postupci imaju svoju svrhu i logiku samo u sistemima u kojima se relativni razlozi (sličnost) ne ispituju po službenoj dužnosti. U sistemu kao što je naš, ostaje nejasno koja je svrha prigovora, budući da je Zavod već ispitao po službenoj dužnosti sličnost žigova i da se isti pravni efekat koji se postiže prigovorom može postići oglašavanjem žiga ništavim.

ZAKLJUČAK

Iz izloženog koncepta instituta prigovora koji je uveden novim Zakonom o žigovima reklo bi se da u velikoj meri odudara od koncepta prihvaćenog u evropskom zakonodavstvu, a prilična doza sumnje se može iskazati i kada je reč o tome da li će zaista u praksi ispunjavati cilj zbog koga je uveden. Ipak, treba imati u vidu i to da se pravi efekti sistema prigovora koji je uveden novim Zakonom o žigovima, još uvek ne mogu proceniti, jer se radi o značajnoj novini u domaćem sistemu žigovnog prava, zbog čega se može pretpostaviti da mnogi nosioci žigova, posebno domaća fizička i pravna lica, nisu sa njim dovoljno upoznata, te ga ne koriste u velikoj meri. U tom smislu, preostaje da se kao i u slučaju većine novouvedenih pravnih instituta, tek u praksi pokažu sve njegove prednosti ali i slabe strane. U svakom slučaju, važno je da svi nosioci žigova budu valjano upoznati sa ovom novinom u Zakonu o žigovima, jer se od njih očekuje mnogo aktivnija uloga u zaštiti svojih prava. Za očekivanje je da će i Zavod za intelektualnu svojinu sa svojim visoko stručnim kadrom, kao mnogo puta do sada, kroz svoja predavanja i obuke doprineti boljoj edukaciji naše javnosti o ovom izuzetno važnom pitanju.

Mr. MIRELA BOŠKOVIĆ
Trademark and Patent Attorney

OPPOSITION IN TRADEMARK LAW

Summary

For many years, the opposition has been one of the basic legal remedies in almost all European legislations with the aim to make the procedure of examining trademark applications much more efficient, by not examining the similarity of trademarks ex officio by the competent intellectual property office. Namely, this institute entrust the holders of earlier trademarks with the obligation to take care of their rights by being given the opportunity to lodge this remedy against any trademark application which they consider to be similar to their previously registered trademark or other

intellectual property rights. This article gives a history of the institute of opposition, an explanation of its significance and purpose for when it was introduced, as well as the specifics of the opposition as a legal remedy that was recently introduced in the new Serbian Law on Trademarks.

Key words: opposition, similarity of trademarks, registrability of trademarks, absolute grounds for refusal, relative grounds for refusal

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 30.08.2020.

Prihvaćen: 07.09.2020.

STRUČNI RAD

PETA KATEDRA

PRAVO NA PRAVDU

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

GORDANA STANKOVIĆ

OTKLANJANJE NEPRAVILNOSTI U POSTUPKU SPROVOĐENJA IZVRŠENJA

U radu su analizirane novelirane odredbe Zakona o izvršenju i obezbeđenju (2015) iz 2019. koje se odnose na otklanjanje nepravilnosti nastalih prilikom sprovođenja izvršenja kojima je zakonodavac nastojao da otkloni propuste u normiranju ovog specifičnog pravnog sredstva izvršne procedure i da spreči uočene zloupotrebe ovog instituta u praksi.

Ključne reči: *sprovođenje izvršenja, pravno sredstvo, otklanjanje nepravilnosti, zahtjev, postupak za otklanjanje nepravilnosti, prigovor*

U V O D

Konstantni reformski zahvati u domenu postupka izvršenja koji su do sada vršeni kod nas imali su za cilj, ne samo promenu institucionalnog okvira izvršenja¹ inspirisanog idejom dejudifikacije i širenje ovlašćenja javnih izvršitelja u cilju smanjenja obima posla u prvostepenim sudovima i efikasnijeg sprovođenja

Prof. dr Gordana Stanković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, u penziji, e-mail: gordanastankovic10@gmail.com.

¹ Promene u pogledu institucionalnog okvira u postupku izvršenja započele su donošenjem Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. (*Službeni glasnik RS*, br. 31/11, 99/11 – dr. zakon, 109/13 – US i 55/14 – u daljem tekstu ZIO (2011)) uvođenjem privatnih, profesionalnih izvršitelja i nastavljen su 2015. donošenjem novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju (*Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje, 113/18 – autentično tumačenje, 54/19, 9/20 – autentično tumačenje) kada su profesionalni izvršitelji preimenovani u javne izvršitelje s obzirom na to da im je povereno vršenje sudske funkcije u domenu civilne izvršne procedure.

izvršenja, već i promene funkcionalnih procesnih pravila da bi se postigla pravična, efektivna i ekspeditivna pravna zaštita. Poslednje novele Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2019.² imale su za cilj da otklone određene pravnotehničke nedostatke,³ nejasne odredbe,⁴ propuste u normiranju⁵ ili neadekvatna zakonska rešenja⁶ koja ni autentičnim tumačenjima⁷ ovog zakonskog teksta⁸ ni putem interpretacije u primeni, nisu mogla da se otklone.⁹ Zakonodavac je nastojao, inspirisan idejom socijalnog postupanja, ali i praksom Evropskog suda za ljudska prava,¹⁰ da određenim normativnim izmenama zaštiti izvršnog dužnika od prekomernog zadiranja u njegova imovinska dobra posebno u situaciji kad postoji očigledna nesrazmera između visine potraživanja izvršnog poverioca i vrednosti nepokretnosti izvršnog dužnika prilikom sprovođenja izvršenja radi namirenja novčanih potraživanja koja potiču iz komunalnih i srodnih usluga. U praksi su otkrivene i uočene i pojedine zloupotrebe procesnih ovlašćenja¹¹ koje je zakono-

² Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 54/19.

³ Npr. prenormiran i veoma komplikovan sistem pravnih lekova, nejasna pravila u pogledu naplate troškova u postupku izvršenja, nepotpuni žalbeni razlozi u slučaju izvršenja na osnovu izvršne isprave, nefunkcionalna pravila o prodaji neposrednom pogodbom, ozbiljni problemi u sprovođenju javnih nadmetanja, itd.

⁴ Npr. pravila koja se odnose na otklanjanje nepravilnosti u postupku sprovođenja izvršenja, pravila o dosuđenju zatezne kamate na iznos parničnih troškova, itd.

⁵ Npr. pravila o razgraničenju stvarne nadležnosti izvršnog suda i javnog izvršitelja, dostavljanju, operacionalizaciji principa srazmere, izvršenju na drugim imovinskim pravima, predmetu zaloge kao isključivom predmetu izvršenja na osnovu založne izjave ili ugovora o hipoteci i dr.

⁶ Npr. pravila o ovlašćenjima imalaca prava preče kupovine koja onemogućavaju nesmetano sprovođenje izvršenja.

⁷ *Službeni glasnik RS*, br. 106/16 i 113/18.

⁸ I pored toga što je u toku 2019. noveliran ZIO (2015), potreba za autentičnim tumačenjem nije prestala tako da se neposredno po primeni noveliranog zakonskog teksta javila potreba za novim autentičnim tumačenjem da bi se zaštitile stranke od povećanih troškova i da bi advokati mogli da lakše naplate troškove za svog klijenta a samim tih i svoj honorar (*Službeni glasnik RS*, br. 9/20).

⁹ Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju (2019) sadržao je 170 članova, što jasno govori o obimu zakonskih promena i izvršenom zakonodavnom zahvatu.

¹⁰ Motiv za novo zakonsko rešenje bila je odluka Evropskog suda za ljudska prava donesena u predmetu *Vaskrsić protiv Slovenije* (predmet br. 31371/12 od 25. aprila 2017) i nastojanje zakonodavca da prevenira eventualne slučajeve u budućnosti u kojima bi bilo sprovedeno izvršenje pleničnom i prodajom nepokretnosti radi namirenja bagatelnog iznosa potraživanja koje potiče iz pruženih komunalnih usluga.

¹¹ Npr. zloupotreba pravila o ravnomernoj raspodeli izvršnih predmeta javnim izvršiteljima, zloupotreba prigovora za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja, zloupotreba prilikom

davac nastojao da spreči kao i poljuljano poverenje u profesiju javnih izvršitelja s obzirom na pojedine ekscese koji su se dešavali u praksi.¹²

Poslednji reformski zahvat u domenu izvršne procedure¹³ nije zaobišao nijedno specifično pravno sredstvo koje strankama stoji na raspolaganju radi otklanjanja nepravilnosti koje su nastale u toku i povodom sprovođenja izvršenja kojim se obezbeđuje kontrola zakonitosti postupanja u fazi sprovođenja izvršenja u kojoj se neposredno primenjuje prinuda, posebno u situaciji kad izvršenje sprovodi javni izvršitelj i sudska kontrola u postupku po pravnom leku na rešenje doneto u athezionom postupku vođenom u fazi sprovođenja izvršenja.¹⁴

OTKLANJANJE NEPRAVILNOSTI PRILIKOM SPROVOĐENJA IZVRŠENJA

Prilikom poslednjeg noveliranja ZIO (2015) iz 2019. redaktori nisu menjali rubrum uz odredbu člana 148. ZIO (2015) iz izvornog zakonskog teksta koja se odnosi na otklanjanje nepravilnosti prilikom sprovođenja izvršenja iako su kompletno promenili sadržinu ove odredbe. U odnosu na nekadašnja zakonska rešenja,¹⁵ posebno u odnosu na ZIO (2011), rubrum je jezički korektan jer je u

pokretanja postupka izvršenja kad izvršni poverilac ima veći broj potraživanja prema istom izvršnom dužniku po istom osnovu itd.

¹² U praksi je uočeno da stranka ili treće lice kao učesnik u postupku izvršenja sve češće podnose tužbe protiv javnih izvršitelja zbog štete koju su im oni svojom krivicom prouzrokovali u postupku izvršenja ili kojima nastoje da se odbrane od njihovih nezakonitih radnji ili odluka. O tome: Nikola Bodiroga, "Kritički osvrt na pojedina rešenja novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju", *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, Privredni apelacioni sud, Beograd, 2018, 480.

¹³ Detaljno o tome: Gordana Stanković, *Zakon o izvršenju i obezbeđenju*, šesto dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 7.

¹⁴ Detaljno: Gordana Stanković, Dušica Palačković, Aleksandra Trešnjev, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 650–659; Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, *Postupak izvršenja i postupak obezbeđenja Republike Srbije*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 201.

¹⁵ O tome: Gordana Stanković, "Prigovor radi otklanjanja nepravilnosti prilikom sprovođenja izvršenja", Zbornik radova *Novi Zakon o izvršnom postupku*, Pravni fakultet u Nišu i Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2001, 65; Gordana Stanković, "Prigovor za ostanovanje nepravilnosti napravljeni pri sprovođenju na izvršivanjeto", *Sudiska revija - Judicial Review*, Zdruchenie na sudiite na Republika Makedonija, Skopje, 3, 2001, 40; Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet, Niš, 1998, 615; Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Justinijan, Beograd, 2004, 660; Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012, 153; Gordana Stanković, *Leksikon građanskog procesnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 245; Nikola Bodiroga, "Zahtev za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja", *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, tematski broj, 2–3, 2018, 573.

rubrumu prethodnog zakonskog teksta bio upotrebljen pogrešan prilog – umesto priloga za vreme (prilikom) bio je upotrebljen prilog za mesto (pri).¹⁶

Zakonodavac, međutim, nije promenio tehnički termin kojim je označeno ovo specifično pravno sredstvo koje su redaktori pogrešno imenovali kao “zahtev za otklanjanje nepravilnosti” iako je zahtev uvek element sadržine one procesne radnje koji predstavlja predmet odlučivanja. Korektan pravnotehnički termin bio bi predlog za otklanjanje nepravilnosti u postupku sprovođenja izvršenja s obzirom na to da stranka, u skladu s principom dispozicije, pokreće athezioni postupak u kome traži od organa koji sprovodi izvršenje rešenja o izvršenju da se određene nepravilnosti u postupku sprovođenja izvršenja otklone i da o tome odluči. Ovom procesnom radnjom stranka, odnosno učesnik koji zahteva kontrolu postupanja prilikom sprovođenja izvršenja i otklanjanje nepravilnosti u postupanju zahteva da sud ili javni izvršitelj odluče rešenjem o istaknutom zahtevu za otklanjanje nepravilnosti, s tim što ima pravo da protiv donete odluke izjavi prigovor kao pravni lek¹⁷ i da tako provocira kontrolu zakonitosti rešenja donetog u postupku za otklanjanje nepravilnosti u postupanju.

Radnja kojom se pokreće postupak za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja¹⁸ je predlog u formi podneska¹⁹ koji, pored zahteva za otklanjanje nepravilnosti, kao predmeta odlučivanja, sadrži i druge elemente sadržine koje mora da ima svaki podnesak.²⁰ Stranka koja predlaže da se otklone nepravilno-

¹⁶ Ova jezička greška je, verovatno, bila posledica nekritičkog preuzimanja i adaptiranja ranijih zakonskih tekstova.

¹⁷ Odredba člana 148. stav 7. ZIO (2015).

¹⁸ U izvršnoj proceduri prve jugoslovenske države pravno sredstvo za otklanjanje nepravilnosti prilikom sprovođenja izvršenja bilo je žalba protiv postupanja pri provođenju izvršenja. Izjavljivalo se protiv naloga sudije pomoćnim organima u poglede sprovođenja pojedinih izvršnih radnji ili protiv postupanja sudskog izvršitelja tako da je, po svojoj pravnoj prirodi, bilo specifičan pravni lek jer su objekat pobijanja bile preduzete procesne radnje. O tome detaljno: Borislav Blagojević, *Sistem izvršnoga postupka*, Beograd, 1938, 302; Srećko Culja, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, sv. II. Vanparnični postupci, Beograd, 1938, 78.

¹⁹ Prema pravilima koja su važila u izvršnoj proceduri prve jugoslovenske države ovo pravno sredstvo je moglo da ima usmenu i pismenu formu jer za njega nije bila izričito propisana posebna forma. Videti: B. Blagojević, op. cit., 303; S. Culja, op. cit., 78. Isto rešenje bilo je predviđeno i u jugoslovenskom Zakonu o izvršnom postupku (1978), kao i u prvom srpskom Zakonu o izvršnom postupku (2004). V. Borivoj Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku, drugo prerađeno i izmenjeno izdanje*, Pravo, Novi Sad, 1991, 151; Borivoj Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Intermex, Beograd, 2007, 244.

²⁰ Učesnik koji je uočio nepravilnost u postupanju u toku sprovođenja izvršenja koje tangiraju njegova prava ili interese dužan je da u podnesku kojim pokreće postupak za otklanjanje nepravilnosti prema noveliranim zakonskim odredbama navede svoje identifikacione podatke koji su predviđeni u odredbi člana 30. ZIO (2015).

sti, pre no što istakne i formuliše zahtev za otklanjanje nepravilnosti, treba u podnesku da navede u čemu se uočene i nastale nepravilnosti sastoje – da navede činjenice na osnovu kojih se može zaključiti da postoji nepravilnost na koju ona ukazuje i da navede, kao dokaz, zapisnik koji je sastavljen prilikom preduzimanja radnje, da označi izvršnu radnju koja ima sadržinske nedostatke²¹ ili da se pozove na spise predmeta iz kojih može da se vidi da je izostala neka izvršna radnja.

PRAVNA PRIRODA INSTITUTA

Po svojoj pravnoj prirodi, predlog za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja predstavlja specifično pravno sredstvo karakteristično za postupak izvršenja kojim se pokreće postupak za kontrolu zakonitosti postupanja.²² Specifičnost ovog pravnog sredstva je u tome što se ovom procesnom radnjom ukazuje na propuste ili na nepravilnosti u primeni pravila izvršnog procesnog prava u stadijumu sprovođenja izvršenja. Ovim pravnim sredstvom ukazuje se da se postupak ne odvija pravilno jer se ne preduzimaju, pogrešno preduzimaju ili izostaju izvršne radnje određene sadržine. Predlogom za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja zahteva se da se otklone propusti ili pogrešno upravljanje postupkom u fazi sprovođenja izvršenja i uspostavi zakonitost u postupanju.

Za razliku od pravnih lekova kojima se pobijaju rešenja koja su doneli sud ili javni izvršitelj kad je njihovo izjavljivanje dozvoljeno, ovim pravnim sredstvom ukazuje se na nezakonitost preduzetih izvršnih radnji ili na njihovo propuštanje jer je u postupku uspostavljena procesna situacija koja nije u skladu s zakonom. Izjavljivanjem ovog pravnog sredstva kojim se pokreće athezioni postupak u fazi sprovođenja izvršenja stvaraju se uslovi da se donese odluka na koju se može izjaviti pravni lek.²³

Ovo pravno sredstvo koje je namenjeno za vršenje kontrole zakonitosti u sprovođenju izvršenja trebalo bi da ima poseban značaj i funkciju jer se u stadijumu sprovođenja izvršenja neposredno primenjuje prinuda, naročito u domenu

²¹ To može da bude i zaključak koji je doneo javni izvršitelj u upravljanju postupkom i kojim je odlučio da se preduzme konkretna radnja u postupku koja nije zakonita. Npr. da se izvrši dostavljanje izvršnom dužniku na njegovom radnom mestu a ne na adresu prebivališta ili boravišta koja je upisana kod organa koji vodi evidenciju o ličnim kartama, te u navedenom slučaju radnja dostavljanja ne bi bila zakonito preduzeta.

²² U Zakonu o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije ovo pravno sredstvo je predstavljalo specifičan i karakterističan pravni lek imanentan izvršnoj proceduri kojim se ne pobijaju odluke već preduzete ili izostale izvršne radnje. Na pravnu prirodu ovog pravnog sredstva ukazivao je i sam termin žalba kojim je ono bilo označeno.

²³ Tako, B. Starović (1991), op. cit., 151; B. Starović (2007), op. cit., 244.

nadležnosti javnih izvršitelja čija je stvarna nadležnost za sprovođenje izvršenja znatno šira u odnosu na stvarnu nadležnost suda. Iz tog razloga izjavljivanje ovog pravnog sredstva treba da omogući da se ostvari zakonitost u postupanju i spreči nepravilna primena sredstava prinude.

Kontrolu zakonitosti u postupanju javnog izvršitelja odnosno suda koji sprovodi izvršenje provociraju same stranke ili učesnici koji za to imaju neposredan pravni interes te izjavljivanjem ovog pravnog sredstva nastoje da oni otklone nastale nepravilnosti prilikom sprovođenja izvršenja. Ukoliko nezakonitost ne bude otklonjena odlukom javnog izvršitelja ili suda, kontrolu sprovođenja izvršenja vrši sud povodom prigovora²⁴ stranke ili učesnika na rešenje koje je doneto povodom ovog pravnog sredstva ako javni izvršitelj, odnosno sudija koji sprovodi izvršenje nije blagovremeno konstatovao da je nepravilno postupio i nije otklonio sopstvenu grešku ili je odbacio predlog i nije se upuštao u ispitivanje nezakonitosti na koju mu je ukazano.

Značaj ovog pravnog sredstva je u tome što je zakonodavac omogućio, ukoliko sud ili javni izvršitelj ne otklone uočene nepravilnosti u toku ili povodom sprovođenja izvršenja, da se one otklone u postupku kontrole rešenja kojim je odlučeno o osnovanosti zahteva za otklanjanje nepravilnosti ili je predlog sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti odbačen.²⁵ Sudska kontrola po prigovoru na rešenje kojim je negativno odlučeno o istaknutom zahtevu za otklanjanje nepravilnosti ili je predlog odbačen treba, isto tako, da spreči da se, s jedne strane, kasnije vodi disciplinski postupak protiv javnog izvršitelja, a s druge, da se vodi parnični postupak zbog njegove imovinske odgovornosti.²⁶

PROCESNA LEGITIMACIJA

Pravo da zahtevaju da se otklone nepravilnosti u postupanju koje su nastale prilikom sprovođenja izvršenja imaju stranke i učesnik u postupku. Po prirodi stvari, izvršni poverilac i izvršni dužnik kao stranke u postupku izvršenja ima-

²⁴ U pravilima izvršne procedure koja su važila u drugoj jugoslovenskoj državi i prema rešenjima iz prvog srpskog Zakona o izvršnom postupku (2004), pravni lek na ovo rešenje bila je žalba. U kasnije donetim zakonima kojima je uređivana izvršna procedura i kojima je menjan sistem pravnih lekova pravni lek je bio prigovor.

²⁵ Treba primetiti da je tekst zakona i posle noveliranja nepravilno pravnotehnički redigovan jer redaktori nisu napravili elementarnu razliku između odbacivanja predloga zbog formalnih nedostataka i odbijanja istaknutog zahteva kao neosnovanog.

²⁶ Primećeno je da su u praksi sve češće tužbe protiv javnih izvršitelja radi naknade štete koju je on prouzrokovao prilikom sprovođenja izvršenja.

ju pravo da zahtevaju da se nastale nepravilnosti prilikom sprovođenja izvršenja otklone.

Pored stranaka, legitimaciju za izjavljivanje ovog pravnog sredstva imaju i učesnici u postupku sprovođenja izvršenja koji u postupku izvršenja ostvaruju neko pravo ili pravni interes jer ih nepravilnost prilikom sprovođenja izvršenja neposredno pogađa. Legitimaciju za izjavljivanje ovog pravnog sredstva ima, pre svega, treće lice koje je podnelo prigovor i zahtevalo da se utvrdi da je nedozvoljeno izvršenje na određenom predmetu izvršenja. Međutim, i neko drugo lice kao učesnik u postupku ima pravo da zahteva da se otkloni nastala nepravilnost u postupku koja tangira njegovu pravnu sferu.²⁷

ROK U KOME SE MOŽE ZAHTEVATI OTKLANJANJE NEPRAVILNOSTI

Inicijativa za kontrolu zakonitosti postupanja prilikom sprovođenja izvršenja mora biti preduzeta u zakonom propisanom roku.²⁸ Propisivanje roka u kome stranka, odnosno učesnik ima pravo da traži uklanjanje nepravilnosti ima poseban značaj jer se na taj način omogućava pravilno odvijanje postupka sprovođenja izvršenja za slučaj da je do nepravilnosti eventualno došlo. Tek ukoliko postoji blagovremeno istaknut zahtev za otklanjanje nepravilnosti može da dođe i do efikasnog ispitivanja njegove osnovanosti i nalaganja da se otklone posledice konkretne nepravilnosti na koju je ukazano.

Rok u kome stranka ili učesnik u postupku mogu da podnesu predlog sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti iznosi osam dana i počinje da teče od dana dostavljanja zaključka stranci ili učesniku u postupku. U istom roku ovo pravno sredstvo podnosi se i kad se ono izjavljuje protiv zaključka.

²⁷ To može da bude neko lice od koga je javni izvršitelj zahtevao da preda nezamenljivu stvar za koju je smatrao da se kod njega nalazi. Ili, ponudilac koji je učestvovao na javnom nadmetanju za prodaju nepokretnosti i čija ponuda nije prihvaćena a kome javni izvršitelj nije vratio položeno "jemstvo" odmah posle zaključenog javnog nadmetanja.

²⁸ Treba primetiti da u prvom Zakonu o izvršnom postupku RS (2004), kao i u jugoslovenskom Zakonu o izvršnom postupku (1978) uopšte nije bio predviđen rok u kome je stranka mogla da traži otklanjanje nepravilnosti u postupku sprovođenja izvršenja. U procesnoj literaturi iz tog vremena smatralo se da prirodi i funkciji ovog pravnog sredstva ne odgovara određivanje roka u kome se može zahtevati otklanjanje nepravilnosti. Smatralo se da sve dok postupak teče postoji mogućnost da se učinjena nepravilnost otkloni, a ukoliko je doneta odluka povodom izvršene nezakonite radnje stranka ima pravo da izjavi pravni lek. V. B. Starović (1991), op. cit., 151; B. Starović (2007), op. cit., 244.

Novelama (2019) znatno je skraćen rok u kome se može zahtevati da se otkloni određena nepravilnost do koje je došlo u postupku sprovođenja izvršenja jer je u izvornom zakonskom tekstu taj rok iznosio 15 dana.

Prilikom rada na noveliranju ZIO (2015) procenjeno je da je rok od 15 dana iz izvornog teksta ZIO (2015) bio predugačak i da su zbog njegove dužine nastajali određeni problemi u postupku izvršenja koji je po samom zakonu hitan. Primećeno je da je zbog dužine roka za izjavljivanje ovog pravnog sredstva ugrožena pravna sigurnost. Pošto njegovo izjavljivanje ne dovodi do odlaganja izvršenja, postupak izvršenja se odvija i ukoliko se ispostavi da je zahtev za otklanjanje nepravilnosti bio osnovan, to može da utiče na izvršne radnje koje su preduzimate u kasnijem toku postupka i koje, ukoliko bude usvojen zahtev za otklanjanje nepravilnosti, u određenim situacijama moraju da se ponove. Skraćenjem roka u kome se može izjaviti ovo pravno sredstvo otklanja se u određenoj meri mogućnost da odluka o usvajanju zahteva za otklanjanje nepravilnosti utiče na već preduzete radnje u postupku.

Zakonodavac je smatrao da je rok od osam dana dovoljan da se stranka ili učesnik reaguje na uočenu nepravilnost i da će skraćivanjem roka u kome se može zahtevati otklanjanje nepravilnosti, s jedne strane, uticati na smanjivanje broja predloga sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti i na eventualnu zloupotrebu ovog pravnog sredstva,²⁹ a s druge strane, na efikasnost i zakonitost u sprovođenju izvršenja.

NEPRAVILNOSTI U POSTUPKU SPROVOĐENJA IZVRŠENJA

Zakonodavac u odredbi noveliranog člana 148. ZIO (2015) nije odredio u čemu se sastoje nepravilnosti u toku i povodom sprovođenja izvršenja. U izvornom tekstu ZIO (2015) pre noveliranja odredbe stava 1. ovog člana, u drugoj rečenici, bilo je predviđeno da nepravilnosti u postupku sprovođenja izvršenja mogu da se manifestuju kao propust da se donese neka odluka³⁰ i kao nepravilno predu-

²⁹ U javnoizvršiteljskoj praksi bilo je slučajeva da se u postupku sprovođenja izvršenja više-kratno izjavljuje iz istog razloga ovo pravno sredstvo da bi se opstruiralo izvršenje iako izjavljivanje ovog pravnog sredstva ne odlaže izvršenje jer su javni izvršitelji najčešće zastajali s postupkom ukoliko je bio izjavljen prigovor.

³⁰ Zakonodavac je taj propust u postupanju u izvornom tekstu označio kao “nedonošenje odluke”. Na ovaj način redaktori su imali nameru, između ostalog, da ukažu na to da se ovo pravno sredstvo ne može koristiti protiv donetih odluka jer se one napadaju dozvoljenim pravnim lekovima.

zimanje ili propuštanje da se preduzme pojedina izvršna radnja.³¹ Prilikom noveliranja ZIO iz 2019. brisana je odredba kojom je bilo predviđeno u čemu mogu da se sastoje nepravilnosti u toku ili povodom sprovođenja izvršenja.

Zakonodavac je u Novelama (2019) razlog za izjavljivanje ovog pravnog sredstva formulisao u vidu pravnog standarda i prepustio da pojedine radnje ili propuštanja kao nepravilnosti u sprovođenju izvršenja kvalifikuje sudska praksa.

Nepravilnosti u toku ili povodom postupka sprovođenja izvršenja mogu se javiti, pre svega, kao propust da se donese neki zaključak ili rešenje u toku ili povodom postupka sprovođenja izvršenja po predlogu stranke ili po službenoj dužnosti. U toj situaciji, predlogom sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja, stranka ili učesnik nastoje da se otkloni nezakonito postupanje i donese odluka koja je trebalo da bude doneta.³² Kad se nepravilnost u toku ili povodom postupka sprovođenja izvršenja javlja kao propust da se donese neki zaključak, razlog za podnošenje predloga sa zahtevom da se otkloni nepravilnost predstavlja postupanje u upravljanju postupkom koje nije u skladu sa zakonom jer je ili izostala neka radnja u postupku ili je ona nepravilno preduzeta.

Nepravilnost u sprovođenju izvršenja može da se manifestuje i prilikom preduzimanja pojedine izvršne radnje.³³ U tom slučaju nepravilnost preduzete

³¹ Detaljno o tome: Gordana Stanković, Dušica Palačković, Aleksandra Trešnjev, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, prvo izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 593; Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja*, Pravni fakultet, Kosovska Mitrovica, 2017, 173.

³² Na primer, nepravilnost u postupku sprovođenja izvršenja sastojala bi se u propustu da se donese zaključak o zabeležbi rešenja o izvršenju na nepokretnosti u katastar nepokretnosti, da se u zapisnik o popisu pokretnih stvari unese primedba trećeg lica da na pojedinim popisanim stvarima ima neko pravo koje sprečava izvršenje ili da se prilikom popisa pokretnih stvari u zapisnik unese protivljenje izvršnog poverioca da se popišu pokretne stvari za koje on tvrdi da zna da pripadaju trećem licu ili u odbijanju javnog izvršitelja da odluči o vraćanju više uplaćenog predujma na ime troškova sprovođenja izvršenja pošto je okončan postupak izvršenja itd.

³³ Nepravilnost u postupanju može da predstavlja situacija u sprovođenju izvršenja kad je rešenje o izvršenju dostavljeno radi sprovođenja organizaciji za prinudnu naplatu koja je rešenje vratila javnom izvršitelju jer je u rešenju o izvršenju naveden neispravan broj računa izvršnog dužnika za čiju netačnost on nije znao prilikom određivanja izvršenja na osnovu predloga za izvršenje. U tom slučaju radi se o nepravilnosti zbog koje se izvršenje ne može sprovesti jer je ili naveden nepostojeći račun ili je naveden račun drugog subjekta, kada bi zbog te nepravilnosti sprovođenje izvršenja bilo nezakonito. U sudskoj praksi se smatra da se u ovoj situaciji radi o traženju učesnika u postupku da se uklone nepravilnosti u sprovođenju izvršenja. U ovoj situaciji bila bi mogućna dva rešenja: ili da javni izvršitelj naloži zaključkom izvršnom poveriocu da podnese tačne podatke ili da sam javni izvršitelj pribavi tačne podatke s obzirom na ovlašćenje koje ima prema odredbi člana 31. ZIO (2015). Po pribavljanju podataka, potrebno je da se stave van snage nezakonite radnje, odnosno deo rešenja kojim je određeno izvršenje s računa drugog subjekta koji nije izvršni dužnik, a ako

radnje može da se javi u pogledu načina na koji je preduzeta pojedina izvršna radnja³⁴ ili vremena preduzimanja pojedine izvršne radnje. Nepravilnost u postupanju može da predstavlja i propuštanje da se izvršna radnja preduzme³⁵ ili propuštanje³⁶ da se preduzme u roku koji je određen zakonom.³⁷

SADRŽINA PODNESKA

U noveliranoj odredbi člana 148. ZIO (2015) u pogledu sadržine ovog pravnog sredstva predviđena je dužnost učesnika da u podnesku kojim pokreće postupak za otklanjanje nepravilnosti navede svoje identifikacione podatke koji su predviđeni u odredbi člana 30. ZIO (2015).

U predlogu sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti, stranka odnosno učesnik je dužan da označi nepravilnost koja je povod za pokretanje ovog athezionog postupka s obzirom na to da ovo pravno sredstvo koje se koristi u postupku sprovođenja izvršenja ima za cilj da se napada nepravilna radnja preduzeta u upravljanju postupkom prilikom sprovođenja izvršenja ili da se ukaže na to da je izostala zakonom predviđena radnja. S obzirom na to da je ovo pravno sredstvo namenje-

se radi o nepostojećem računu, to bi se moglo smatrati jednim od zakonskih razloga za obustavu izvršenja zbog nemogućnosti da se izvršenje sprovede.

³⁴ Na primer, kad javni izvršitelj prilikom popisa pokretnih stvari koje je ostavio na čuvanje izvršnom dužniku nije precizno opisao popisane umetničku sliku ili je nije tom prilikom fotografisao tako da je ona kasnije zamenjena manje vrednom umetničkom slikom.

³⁵ Nepravilnost u postupanju može da se sastoji i u tome što se prilikom popisa pokretnih stvari koje su bile u državini trećeg lica tome protivio izvršni poverilac a ne i treće lice. Ukoliko u pogledu tih stvari koje su bile u državini trećeg lica nije bilo sumnje da nisu stvari izvršnog dužnika, a izvršni poverilac se protivio njihovom popisu, očigledno je da je imao saznanje da se ne radi o stvarima izvršnog dužnika i da ne postoje uslovi za popis. Ukoliko su one ipak popisane, i pored pretpostavke da ne pripadaju izvršnom dužniku i pored upozorenja izvršnog poverioca i njegovog protivljenja, došlo je do nepravilnosti u postupanju.

³⁶ Na primer, javni izvršitelj je u postupku sprovođenja izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja propustio da obavesti založnog poverioca, čije je pravo upisano pre najstarijeg rešenja o izvršenju, o uslovima iz sporazuma stranaka o prodaji nepokretnosti neposrednom pogodbom s obzirom na to da on ima, prema odredbi člana 186 ZIO (2025), pravo da dâ svoj pristanak u pismenoj formi na uslove iz sporazuma u roku od osam dana od dana dostavljanja.

³⁷ Nepravilnost u postupanju može da se sastoji u tome što javni izvršitelj nije zatražio asistenciju policije iako je izvršni dužnik pružao fizički otpor u toku sprovođenja izvršenja te izvršenje nije sprovedeno, što nije blagovremeno zahtevao asistenciju policije tako da je izostala pomoć policije u sprovođenju izvršenja, što je javni izvršitelj propustio da izda naredbu za traženje predmeta izvršenja, što je preduzimao izvršne radnje van radnog vremena bez posebnog zaključka, što je pogrešno sastavio zapisnik o popisu, što je izvršio pogrešan obračun predujma i tako dalje.

no za otklanjanje nepravilnosti u postupku sprovođenja izvršenja izričito je predviđeno zakonom da se ovo pravno sredstvo ne može podnositi protiv rešenja suda ili javnog izvršitelja koja se donose u postupku sprovođenja izvršenja jer se kontrola zakonitosti rešenja suda i javnog izvršitelja vrši dozvoljenim pravnim lekovima kad je to predviđeno zakonom.

Predlog za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja prema noveliranim odredbama ZIO može da se izjavi protiv zaključka samo kada je to propisano zakonom da bi se otklonile nepravilnosti u postupanju u stadijumu sprovođenja izvršenja. Objekt pobijanja ovim pravnim sredstvom nije zaključak kao odluka koja predstavlja akt sudske vlasti, bez obzira na to da li je vrši sud ili javni izvršitelj, već određeno postupanje u upravljanju postupkom koje nije u skladu s pravozaštitnim ciljevima postupka ili pogrešno izdat nalog jednoj od stranaka. Na osnovu zaključka kojim je naloženo preduzimanje određene radnje moguće je da dođe do nepravilnosti u postupku i traženje da se otkloni nepravilnost u sprovođenju izvršenja jedini je redovni pravni put koji stranci ili učesniku stoji na raspolaganju da se konkretna uočena nepravilnost otkloni.

Da bi sprečio učestalo korišćenje predloga sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja i zloupotrebu ovog pravnog sredstva,³⁸ zakonodavac je predvideo da se predlog sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti može podneti protiv zaključka samo kad je to predviđeno zakonom. Ovim novim zakonskim rešenjem zakonodavac je znatno suzio mogućnost za korišćenje ovog pravnog sredstva ukoliko je ono upereno protiv zaključka.

Kad se na osnovu rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave izvršenje sprovodi na celokupnoj imovini izvršnog dužnika, predviđeno je odredbom člana 66. ovlašćenje javnog izvršitelja da identifikuje imovinu izvršnog dužnika i da bez predloga izvršnog poverioca donese zaključak kojim će odrediti sredstvo i predmet izvršenja. Protiv ovog zaključka javnog izvršitelja dozvoljen je predlog sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti.

I kad je rešenjem o izvršenju na osnovu verodostojne isprave određeno izvršenje na celokupnoj imovini izvršnog dužnika, javni izvršitelj je dužan da, pošto identifikuje imovinu izvršnog dužnika, donese zaključak kojim određuje sredstvo i predmet izvršenja (odredba člana 67). Protiv zaključka kojim je određeno sred-

³⁸ O tome: Nikola Bodiřoga, "O nekim predlozima za izmene Zakona o izvršenju i obezbeđenju", *Dvadeset šesto savetovanje sudija privrednih sudova Republike Srbije, Radni materijal II*, Beograd, 2018, 162.

stvo i predmet izvršenja dozvoljen je izričito predlog sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti.

Zakonodavac je izričito predvideo mogućnost da se protiv zaključka o predaji nepokretnosti kupcu na javnoj prodaji odnosno neposrednom pogodbom podnese predlog sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja³⁹ i predvideo posledice koje izaziva rešenje o usvajanju zahteva. S obzirom na to da je kupac koji je na javnoj prodaji kupio nepokretnost savesni sticalac, zakonodavac je kao posledicu predvideo pravo izvršnog dužnika na naknadu štete i da rešenje o usvajanju zahteva za otklanjanje nepravilnosti predstavlja osnov za naknadu štete.

Ili, javni izvršitelj koji je doneo zaključak o prenosu potraživanja na nesavesnog izvršnog poverioca, na predlog drugog izvršnog poverioca ili izvršnog dužnika, može staviti van snage zaključak o prenosu potraživanja na nesavesnog izvršnog poverioca i preneti potraživanje na drugog izvršnog poverioca.⁴⁰

POSTUPAK

Predlog za otklanjanje nepravilnosti, u formi podneska, podnosi se sudu ili javnom izvršitelju zavisno od toga ko sprovodi izvršenje jer oni treba da otklone nepravilnost u postupanju koju su učinili i na koju im stranka ukazuje u podnesku i zahteva da se nepravilnost na koju ukazuje otkloni. Podnesak mora da bude formalno uredan, blagovremen, obrazložen i argumentovan dokazima.

Sud odnosno javni izvršitelj dužan je da o predlogu za otklanjanje nepravilnosti, u skladu s principom hitnosti, odluči u roku od osam dana.⁴¹ Novelama (2019) produžen je rok u kome treba da se odluči o predlogu sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja. Promenom dužine roka za odlučivanje postignuto je, u određenoj meri, ujednačavanje pravila o dužini rokova za preduzimanje pojedinih procesnih radnji.

Da se ne bi izjavljivanjem ovog pravnog sredstva eventualno zloupotrebljavala procesna ovlašćenja, podnošenje predloga za otklanjanje nepravilnosti ne

³⁹ Treba primetiti da redaktori nisu nastojali da u izvornom tekstu ZIO (2015) ujednače termine kojima označavaju pojedine institute. Iako se u rubrumu i tekstu odredbe člana 148. koristi termin "nepravilnosti u sprovođenju izvršenja", u odredbi člana 193. u izvornom tekstu koristio se termin "nepravilnost pri sprovođenju izvršenja" koji je korišćen u ZIO (2011). Novelama (2019) iz odredbe člana 193. otklonjena je terminološka greška i nepravilna upotreba priloga.

⁴⁰ Odredba člana 283. stav 2. ZIO (2015).

⁴¹ U ranijim zakonskim tekstovima taj rok je iznosio tri dana.

odlaže sprovođenje izvršenja, bez obzira na to što faktički dolazi do zastajanja s postupkom dok se definitivno ne utvrdi da li je bilo nepravilnosti prilikom sprovođenja izvršenja.

O predlogu za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja javni izvršitelj odnosno sud odlučuje rešenjem pošto prethodno proveri da li je predlog blagovremeno podnet i da li je formalno uredan i pošto ispita osnovanost zahteva za otklanjanje nepravilnosti.

Sud, odnosno javni izvršitelj može da odbaci predlog ukoliko je podnet neblagovremeno ili ga je podnelo neovlašćeno lice ili kad ima formalne nedostatke (npr. ako učesnik u postupku koji je izjavio ovo pravno sredstvo u podnesku nije označio svoje identifikacione podatke koji su predviđeni odredbom člana 30. ZIO).

Ukoliko je predlog za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja neosnovan, sud odnosno javni izvršitelj odbiće zahtev za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja, a ako je na osnovu navoda i dokaza stranke ili učesnika utvrdio da su navodi tačni i istiniti, on odlučuje da rešenjem usvoji kao osnovan zahtev za otklanjanje nepravilnosti. U tom slučaju on donosi rešenje koje mora da ima sadržinu predviđenu zakonom.

Zakonodavac je regulisao sadržinu rešenja koje donosi sud odnosno javni izvršitelj povodom izjavljenog predloga za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja. On je dužan da u dispozitivu rešenja odluči da usvaja podneti zahtev, da utvrdi da je određena nepravilnost učinjena, da eventualno stavi van snage nepravilno preduzete radnje i da odluči da se preduzme određena procesna radnja ili da naloži preduzimanje propuštene radnje.

Rešenje kojim sud odnosno javni izvršitelj odlučuje o podnetom predlogu sa zahtevom za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja mora da bude obrazloženo i kad se predlog odbacuje i kad se zahtev za otklanjanje nepravilnosti odbija ili usvaja, jer se na taj način omogućava strankama odnosno učesniku da izvrši kontrolu postupanja suda odnosno javnog izvršitelja i mogućnost da provociraju kontrolu zakonitosti tog rešenja u postupku po prigovoru na doneto rešenje.

U odredbi člana 149. zakonodavac je regulisao i sadržinu i posledice rešenja kojim sud odnosno javni izvršitelj usvaja zahtev za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja stranke ili učesnika. Zakonodavac je posebno predvideo situaciju kad se nepravilnost u sprovođenju izvršenja javila kao preduzimanje nezakonite radnje, a kad se ona javila kao propuštanje u postupanju.

Usvajanjem istaknutog zahteva za otklanjanje nepravilnosti stranka ili učesnik koji su na to ukazali u svom interesu, dobili su od samog sudije odnosno jav-

nog izvršitelja satisfakciju za provociranu kontrolu zakonitosti kojom je ukazano na nepravilnost u postupanju jer će, pošto je utvrđeno da je do nepravilnosti došlo, nepravilno preduzeta radnja biti ponovljena i korektno preduzeta ili će preduzimanjem izostale, propuštene radnje nastupiti zakonom predviđena dejstva ili će biti naloženo da se otklone određene nepravilnosti.

Iz sadržine donetog rešenja kojim je usvojen zahtev za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja proizlaze i posledice koje se otklanjaju rešenjem suda ili javnog izvršitelja. Zakonodavac je predvideo da se rešenjem suda odnosno javnog izvršitelja određuje da se otklone nastale nepravilnosti ili da se naloži njihovo otklanjanje. Posledice se otklanjaju tako što se stavljaju van snage pojedine radnje koje su preduzete u postupku, što se preduzima korektna izostala radnja ili što se nalaže da stranka ili učesnik preduzmu procesnu radnju kojom se otklanja nepravilnost u postupanju.

Stranka ima pravo na pravni lek protiv rešenja suda odnosno javnog izvršitelja kojim je predlog bio odbačen ili je zahtev bio odbijen. Pravni lek je prigovor.

Za izjavljivanje prigovora protiv rešenja kojim je odbačen predlog za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja ili je odbijen zahtev za otklanjanje nepravilnosti pravni interes ima stranka ili učesnik koji je podneo predlog za otklanjanje nepravilnosti. Prigovor se podnosi u roku od osam dana. Izjavljeni prigovor ne odlaže sprovođenje izvršenja.

Prigovor se podnosi onom javnom izvršitelju odnosno sudu koji je doneo rešenje povodom predloga za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja. Javni izvršitelj odnosno sud koji sprovodi izvršenje dužan je da dostavi izjavljeni prigovor nadležnom drugostepenom organu koji vrši kontrolu zakonitosti donešenog rešenja kojim je odlučeno o prigovoru za otklanjanje nepravilnosti.

Zakonodavac nije izričito regulisao postupak po prigovoru tako da važe opšta pravila koja su predviđena za postupanje po prigovoru kao pravnom leku.

O prigovoru odlučuje veće prvostepenog suda koji je stvarno nadležan u konkretnoj pravnoj stvari. Ukoliko izvršenje sprovodi javni izvršitelj za odlučivanje o prigovoru na rešenje povodom predloga za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja mesno nadležan je sud koji je doneo rešenje o izvršenju. Ako je prigovor izjavljen na rešenje koje je povodom predloga za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja doneo sud, nadležan da donese odluku povodom prigovora na ovo rešenje jeste sud koji sprovodi izvršenje (odredba člana 9. ZIO).

O prigovoru odlučuje veće od troje sudija. Veće može da odbaci prigovor na rešenje ili da usvoji ili odbije prigovor. Odluka o prigovoru treba da bude doneta u roku od osam dana i da bude otppravljena u roku od pet radnih dana.

Protiv rešenja donetog po prigovoru na rešenje kojim je odbačen prigovor ili je odbijen zahtev za otklanjanje nepravilnosti ili o prigovoru nije odlučeno u roku od pet dana od dana prijema prigovora nije predviđen pravni lek jer bi se na taj način omogućavalo odlučivanje u još jednom stepenu pravne zaštite.

Protiv rešenja kojim je usvojen prigovor na rešenje o zahtevu za otklanjanje nepravilnosti nije predviđen pravni lek jer se tim rešenjem otklanja nezakonitost u sprovođenju izvršenja i stranke nemaju pravni interes da se postupak nepravilno odvija. Izjavljivanjem prigovora i odlučivanjem po prigovoru okončani su kontrola zakonitosti postupanja i pružanje pravne zaštite strankama i učesnicima zbog nepravilnosti u postupku sprovođenja izvršenja.

POSLEDICE OSNOVANOSTI ZAHTEVA ZA OTKLANJANJE NEPRAVILNOSTI

Ukoliko je zahtev za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja bio osnovan, posledice uočenih nepravilnosti nastaju u samom procesnom odnosu i van postupka izvršenja. U procesnom odnosu posledice se sastoje u otklanjanju nepravilnosti i u uspostavljanju zakonitog pravnog stanja.

Posledice koje nastaju van postupka izvršenja predviđene su odredbama ZIO (2015). Prema zakonskim odredbama sud odnosno javni izvršitelj dužni su da o utvrđenim nepravilnostima koje su rezultat postupanja javnog izvršitelja u postupku sprovođenja izvršenja obaveste ministarstvo nadležno za pravosuđe i Komoru javnih izvršitelja.

Sud koji je odlučivao po prigovoru na rešenje koje je doneo javni izvršitelj kojim je odbijen zahtev za otklanjanje nepravilnosti i koji je utvrdio da je zahtev za otklanjanje nepravilnosti bio osnovan a da ga je javni izvršitelj neosnovano odbio i koji je utvrdio da je javni izvršitelj učinio nepravilnost u sprovođenju izvršenja, dužan je da o tome obavesti nadležno ministarstvo i Komoru javnih izvršitelja da bi oni mogli da postupe u okviru svoje nadležnosti na način koji je predviđen zakonom.

Međutim, nije jasno zašto je zakonodavac predvideo da sam javni izvršitelj koji je učinio nepravilnost u sprovođenju izvršenja o tome obaveštava nadležno ministarstvo i Komoru javnih izvršitelja. Iz formulacije zakonske odredbe proizlazi da javni izvršitelj sam sebe optužuje za nezakonito postupanje ili propuste u postupku.

Ukoliko je javni izvršitelj nepravilnostima u radu pričinio štetu, oštećenom stoji na raspolaganju redovni pravni put – parnični postupak za naknadu pričinjene štete jer javni izvršitelj odgovara svojom celokupnom imovinom za štetu koju svojom krivicom prouzrokuje u postupku izvršenja. Za štetu koju je pričinio ne odgovara Republika Srbija jer ona odgovara samo za rad svojih organa.⁴²

ZAKLJUČAK

S obzirom na način kako je normirano ovo pravno sredstvo, iako su u noveliranom ZIO (2015) u odnosu na izvorni zakonski tekst i ZIO (2011), ali i u odnosu na prethodne procesne zakone,⁴³ otklonjeni određeni normativni nedostaci, i dalje je problematična delotvornost ovog pravnog sredstva i mogućnost da se izvrši potpunija kontrola zakonitosti u ovom stadijumu postupka bez obzira na princip dvostepenosti u odlučivanju.⁴⁴

Okolnost da izjavljivanje ovog pravnog sredstva ne sprečava sprovođenje izvršenja, niti je predviđeno da izaziva zastajanje s postupkom da bi se prevenirale zloupotrebe, iako bi to bilo celishodno, može se dogoditi da se izvršenje sprovede dok teče postupak za otklanjanje nepravilnosti. Iz tog razloga stranke, odnosno učesnici pogođeni učinjenom nepravilnosti biće prinuđene da koriste druga pravna sredstva i druge pravne puteve koji im stoje na raspolaganju.

Zakonodavac, s jedne strane, nije u potpunosti otklonio uočene terminološke nedostatke prilikom normiranja ovog pravnog sredstva, a s druge, zbog organizacije samog postupka izvršenja i normativnog okvira izvršenja, jer se postupci po pravnom leku završavaju na nivou prvostepenog suda, ne postoji mogućnost ujednačavanja prakse u interesu ostvarivanja principa ravnopravnosti, jednakosti, izvesnosti i pravne sigurnosti iako je ovo pravno sredstvo, koje se sve učestalije koristi, jedino pravno sredstvo u fazi sprovođenja izvršenja koje omogućava kontrolu zakonitosti u primeni prinude.

⁴² Odredba člana 498. ZIO (2015).

⁴³ O tome: G. Stanković (2001), op. cit., 65; G. Stanković (2001), op. cit., 40; G. Stanković (1998), op. cit., 615; G. Stanković (2004), op. cit., 660.

⁴⁴ U praksi je primećeno da stranke ili učesnici sve češće koriste parnični postupak kao put pravne zaštite u nastojanju da se odbrane od nezakonito preduzetih izvršnih radnji ili odluka koje je doneo javni izvršitelj i da na taj način nastoje da spreče ili saniraju posledice njegovih radnji prilikom sprovođenja izvršenja. To je, verovatno, motivisalo zakonodavca da novelira odredbe o isključenju i izuzeću javnog izvršitelja i da predvidi da podnošenje tužbe protiv javnog izvršitelja koji sprovodi izvršenje ne predstavlja razlog za njegovo isključenje ili izuzeće.

Prof. Dr. GORDANA STANKOVIĆ
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Niš

ELIMINATION OF IRREGULARITIES IN THE ENFORCEMENT PROCEDURE

Summary

The paper analyzes the amended provisions of the Law on Enforcement and Security (2015) from 2019, which relate to the elimination of irregularities arising during enforcement, which the legislator sought to eliminate omissions in standardizing this specific legal means of enforcement procedure and to prevent abuses of this institute (practice).

Key words: enforcement, legal remedy, elimination of irregularities, conclusion, procedure for elimination of irregularities, objection

Literatura

- Blagojević B., *Sistem izvršnoga postupka*, Beograd, 1938.
- Bodiroga N., "Kritički osvrt na pojedina rešenja novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju", *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, Privredni apelacioni sud, Beograd, 2018.
- Bodiroga N., "O nekim predlozima za izmene Zakona o izvršenju i obezbeđenju", *Dvadeset šesto savetovanje sudija privrednih sudova Republike Srbije, Radni materijal II*, Beograd, 2018.
- Bodiroga N., "Zahtev za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja", *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, tematski broj, 2–3, 2018.
- Stanković G., *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet, Niš, 1998.
- Stanković G., *Građansko procesno pravo*, Justinijan, Beograd, 2004.
- Stanković G., *Leksikon građanskog procesnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Stanković G., *Zakon o izvršenju i obezbeđenju*, šesto dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Stanković G., "Prigovor radi otklanjanja nepravilnosti prilikom sprovođenja izvršenja", *Zbornik radova "Novi Zakon o izvršnom postupku"*, Pravni fakultet u Nišu i Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2001.
- Stanković G., "Prigovor za otstanuvanje nepravilnosti napravljeni pri sprovođenju na izvršuvanje", *Sudiska revija - Judicial Review*, Združenje na sudiite na Republika Makedonija, Skopje, 3, 2001.
- Stanković G., Boranijašević V., *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012.
- Stanković G., Boranijašević V., *Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja*, Pravni fakultet, Kosovska Mitrovica, 2017.

- Stanković G., Palačković D., Trešnjev A., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Stanković G., Palačković D., Trešnjev A., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Stanković G., Trgovčević Prokić M., *Postupak izvršenja i postupak obezbeđenja Republike Srbije*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Starović B., *Komentar Zakona o izvršnom postupku, drugo prerađeno i izmenjeno izdanje*, Pravo, Novi Sad, 1991.
- Starović B., *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Intermex, Beograd, 2007.
- Culja S., *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, sv. II. Vanparnični postupci, Beograd, 1938.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 26.08.2020.

Prihvaćen: 12.09.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DUŠICA PALAČKOVIĆ
SANDA ĆORAC
JELENA ČANOVIĆ

EVENTUALNA KUMULACIJA TUŽBENIH ZAHTEVA – Neke procesnopravne dileme –

Načelo dispozicije u parničnom postupku sprovedeno je, između ostalog, odredbom Zakona o parničnom postupku kojom se predviđa mogućnost tužioca da u jednoj tužbi istakne dva ili više tužbenih zahteva u međusobnoj vezi, na način da sud usvoji sledeći od tih zahteva, ako nađe da prethodni zahtev nije osnovan (eventualna kumulacija). Osim ove opšte odredbe, u ZPP-u, kao ni u analiziranim stranim zakonima koji uređuju materiju parničnog postupka, nisu predviđena posebna pravila postupka u slučaju eventualne kumulacije tužbenih zahteva. Shodno tome, u domaćoj i stranoj teoriji procesnog prava i praksi, ističu se brojna sporna pitanja kao i različiti stavovi povodom odgovora na njih. Autorke su u radu analizirale neke procesnopravne dileme koje se tiču odnosa primarnog i eventualnog tužbenog zahteva, uslova za njihovo spajanje, kao i litispendencije. Uz njih, posvećena je pažnja i drugim značajnim pitanjima vezanim za tok prvostepenog i drugostepenog postupka, a posebno dilemama vezanim za pravo stranaka na pravni lek i ovlašćenjima drugostepenog suda u fazi odlučivanja o pravnom leku.

Ključne reči: *eventualna kumulacija, odnos zahteva, postupak, litispendencija, pravo na žalbu*

Prof. dr Dušica Palačković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: duda@jura.kg.ac.rs.

Dr Sanda Ćorac, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: scorac@jura.kg.ac.rs.

Jelena Čanović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: jcanovic@jura.kg.ac.rs.

U V O D

Jedno od ovlašćenja tužioca u parnici, kojim se nesumnjivo realizuje načelo dispozicije, je da istom tužbom istakne više tužbenih zahteva protiv istog tuženog.¹ Umesto da protiv tuženog podnosi više, čak neograničen broj tužbi radi ostvarenja različitih tužbenih zahteva,² tužilac, dakle, može optirati da više zahteva obuhvati jednom tužbom (u formalnom smislu)³ ili da to učini naknadno, dodavanjem novog (novih) zahteva uz postojeći (objektivno preinačenje tužbe). Oba modaliteta množine tužbenih zahteva podrazumevaju da su svi zahtevi u rangu glavnog.⁴ Razloge usvajanja ovakvih rešenja teorija i zakonodavstva prepoznaju u potrebi postizanja procesne ekonomije, koncentracije postupka, racionalizacije procesnih aktivnosti (radnji) stranaka, razlozima celishodnog postupanja, pravne sigurnosti i ujednačene primene zakona.⁵ Identične ciljeve može postići i sud svojom odlukom o spajanju parnica. U oba slučaja vodiće se jedan parnični postupak⁶ u kome se zasniva i realizuje više procesnopравниh odnosa, odnosno više parnica.

Između spojenih zahteva postoji izvesna veza koja, u zavisnosti od načina spajanja, može biti jača ili slabija.⁷ Najčešće na njeno postojanje ukazuje identitet tuženog po svim zahtevima,⁸ isti životni događaj iz koga proističu svi zahtevi istaknuti tužbom, a onda i isti dokazi koji će biti upotrebljeni, ali je dopušteno spajanje i iz različitih činjeničnih i pravnih, ili samo različitih činjeničnih ili različitih pravnih osnova.

Spajanje tužbenih zahteva je moguće uz ispunjenje minimalnih zakonskih uslova koji, pre svega, podrazumevaju istu vrstu postupka za svaki od njih,⁹ sto-

¹ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, čl. 197, st. 1 (u daljem tekstu ZPP).

² Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, 420.

³ Tužba posmatrana kao tužbeni podnesak u kome tužilac ističe svoj zahtev za pružanje određene pravne zaštite. *Ibidem*, 394.

⁴ Suprotno S. Triva, M. Dika, op. cit., 421, da i spajanje glavnog (glavnih) sa sporednim zahtevima u suštini predstavlja objektivnu kumulaciju, ali da se zakonodavac opredeljuje samo za glavne.

⁵ *Ibidem*, 420.

⁶ Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, 316.

⁷ *Ibidem*, 317.

⁸ Mada se, svakako, objektivna kumulacija može kombinovati sa subjektivnom.

⁹ ZPP ovaj zahtev postavlja u slučaju kumulativnog spajanja zahteva iz različitih činjeničnih i pravnih osnova i za eventualno spajanje, čl. 197. U uporednom pravu (nemačkom, austrijskom i švajcarskom) generalnom zakonskom odredbom predviđena je kumulacija tužbenih zahteva pod određenim uslovima, ali bez uređenja vrsta kumulacije. Tako, u *Deutsche Zivilprozessordnung*

ga što zajednička tužba ima za cilj zajedničko raspravljanje pa i identična procesna pravila,¹⁰ a procesni zakoni pored opšte regulišu i niz posebnih parničnih procedura. Takođe, nužno je da je za sve spojene zahteve stvarno nadležan isti sud, ali se, u zavisnosti od vrste spajanja, prihvataju i pravila o atrakciji nadležnosti. Ukoliko minimalni uslovi nisu ispunjeni postupak se razdvaja za pojedine zahteve. Iz ZPP koji je na snazi izostavljena je odredba čl. 191, st. 4 ranijeg ZPP¹¹ kojom je bilo propisano da u slučaju spajanja tužbenih zahteva o svim tužbenim zahtevima odlučuje veće, ako o nekim od njih treba da sudi veće, a o drugima – sudija pojedinac.¹²

Prema načinu spajanja, ZPP uređuje dve vrste: kumulativno i eventualno spajanje tužbenih zahteva (čl. 197).¹³ Analiziranje svih apekata množine tužbenih zahteva nije moguće u radu ovog obima, pa su obrađeni samo najvažniji problemi procesne operacionalizacije kod eventualne kumulacije tužbenih zahteva.

EVENTUALNA KUMULACIJA TUŽBENIH ZAHTEVA

Tužilac može dva ili više tužbenih zahteva u međusobnoj vezi da istakne u jednoj tužbi, na način da sud usvoji sledeći od tih zahteva, ako nađe da prethodni zahtev nije osnovan.¹⁴ Generalno, za ovakav način spajanja zahteva tužilac

(nemačkom ZPO), u čl. 260 propisuje: “Nekoliko zahteva tužioca protiv istog tuženog, čak i ako se zasnivaju na različitim osnovama, mogu se spojiti u jednoj tužbi, ako je prvostepeni sud stvarno nadležan za sve zahteve i ako je dozvoljena ista vrsta postupka”. Slično, up. čl. 227 *Österreichische Zivilprozessordnung* i čl. 90 *Schweizerische Zivilprozessordnung*.

¹⁰ B. Poznić, V. Rakić Vodinečić, op. cit., 317.

¹¹ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125 od 22.11.2004.

¹² Ovaj uslov predviđaju, npr., Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske, čl. 188, st. 4 (v. Zakon o parničnom postupku, *Narodne novine*, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/93, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19), kao i Zakon o parničnom postupku Slovenije, čl. 182, st. 5 (v. Zakon o pravdnem postopku, *Uradni list RS*, št. 73/07 – uradno prečišćeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17, 16/19 – ZNP-1 in 70/19 – odl. US).

¹³ Iz materijalnopравnih odredaba proističe i treća vrsta, tzv. alternativno spajanje koje podrazumeva da su dva ili više zahteva spojeni tako da se predlaže da sud usvoji sve zahteve obavezujući tuženog na sve, a on ima pravo izbora činidbe koju će ispuniti. B. Poznić, V. Rakić Vodinečić, op. cit., 321.

¹⁴ ZPP, čl. 197, st. 2. Identično rešenje sadržano je i u *ex-Yu* državama; Zakon o parničnom postupku Crne Gore, *Službeni list RCG*, br. 22/2004, 28/2005 – odluka US i 76/2006 i *Službeni list CG*, br. 47/2015 – dr. zakon, 48/2015, 51/2017, 75/2017 – odluka US, 62/2018 – odluka US, 34/2019, 42/2019 – ispr. i 76/2020 – čl. 189, st. 2; Zakon o parničnom postupku pred sudom Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 36/2004, 84/2007, 58/2013 i 94/2016) – čl. 22, st. 3; Zakon o

će se opredeliti kada “nije siguran u postojanje relevantnih činjenica ili u pravnu osnovanost istaknutih zahteva”,¹⁵ odnosno ističe eventualni zahtev kada “dopušta mogućnost da sud utvrdi činjenično stanje različito od onoga na kome je tužba prvenstveno zasnovana, a iz tog drugačijeg činjeničnog stanja proističe druga pravna posledica”.¹⁶ Simultanim isticanjem više zahteva, po redosledu koji je odredio tužilac, unapred se sprečava mogućnost da sud, u dve različite parnice, odbije oba zahteva zbog razlike u pravnoj oceni i pravnom shvatanju.¹⁷

U teoriji se ovakav način spajanja određuje kao eventualna kumulacija tužbenih zahteva. Drugi postavljeni zahtev naziva se eventualni ili pomoćni, a prvi – primarni ili osnovni, mada ga izvesni autori nazivaju i glavni.¹⁸

Eventualna kumulacija,¹⁹ kao i drugi modaliteti ovog procesnog instituta obezbeđuje ekonomičnost, efikasnost i koncentraciju parničnog postupka, kao i ostvarenje principa pravne sigurnosti.²⁰

Odnos primarnog i eventualnog tužbenog zahteva

Eventualno spajanje zahteva se od (običnog) kumulativnog razlikuje po tome, što su kod kumulativnog spajanja svi zahtevi jednakog ranga, tako da tužilac kod njih tužbom traži usvajanje svih zahteva, dok kod eventualne kumulacije zahtevi nisu ravnopravni, budući da je primaran glavni zahtev, a eventualni sporedni (u smislu da je potonji, onaj o kome se odlučuje posle primarnog), pa bi se moglo zaključiti da i nema kumulacije zahteva (prividna kumulacija), može se ostvariti ili samo primarni ili samo eventualni zahtev.²¹ Redosled zahteva može

parničnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 – odluka US, 45/2009 – odluka US, 49/2009 i 61/2013) – čl. 55, st. 4; Zakon o parničnom postupku Hrvatske – čl. 188, st. 2; Zakon o pravdnem postupku – čl. 182, st. 3; Zakon za parničnata postapka, *Službeni vesnik na RM*, br. 7/2011 – prečišten tekst i br. 124/2015), čl. 178, st. 2.

¹⁵ S. Triva, M. Dika, op. cit., 422.

¹⁶ B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., 319.

¹⁷ Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2004, 326.

¹⁸ B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., 319, ali nam se čini da je terminološki ispravni je odrediti ga kao eventualni stoga što se normativno množina zahteva odnosi na glavne, a ne na sporedne zahteve istaknute u tužbi.

¹⁹ M. Dika koristi termin “uvjetna supsidijarna objektivna alternacija” objašnjavajući ga pravnom prirodom instituta koja diktira usvajanje primarnog (bezuslovnog) tužbenog zahteva “ili” drugog (trećeg ili nekog narednog ako ih je više) podređenog (uslovljenog) tužbenog zahteva. V. Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo, Tužba, VI Knjiga*, Zagreb, 2009, 360.

²⁰ G. Stanković, op. cit., 326.

²¹ Marija Salma, “Eventualna kumulacija tužbenih zahteva”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2015, 544. Stav prihvata i naša sudska praksa: “Za razliku od kumulativnog

da ukazuje i na stepen interesa koji tužilac ima prema pojedinim zahtevima,²² ali redosled mora tužbom biti određen i kad usvajanje drugog zahteva ima za njega isti značaj kao i usvajanje prvog.²³

Pretpostavka za odlučivanje o eventualnom tužbenom zahtevu je da primarni tužbeni zahtev bude odbačen ili odbijen.²⁴ U kontekstu odbacivanja navodimo stav naše sudske prakse prema kome se, ukoliko je eventualni zahtev neodređen, on ne može odbaciti ukoliko je sud prethodno odbio primarni zahtev (koji je očigledno bio i određen ili je naknadno uređen), već je dužan da pozove tužioca da opredeli eventualni zahtev, odnosno da ga uredi kako bi se po njemu moglo postupati.²⁵ Sledi da su primarni i eventualni tužbeni zahtevi samostalni bez obzira što je odlučivanje o eventualnom uslovljeno. Iz navedene odluke moglo bi se zaključiti da sud poziva tužioca da uredi (odredi) eventualni zahtev tek kada je zaključio da je primarni zahtev neosnovan. S obzirom na odredbu čl. 192, st. 1 ZPP, da tužba mora da sadrži "određeni zahtev" u pogledu glavne stvari (što su očigledno i primarni i eventualni zahtev), kao i u pogledu sporednih traženja, mogao bi da sledi i drugačiji zaključak, odnosno da oba zahteva moraju biti određena već u momentu podnošenja tužbe.²⁶

Navedeno je da se tužilac opredeljuje za ovaj modalitet spajanja tužbenih zahteva ukoliko očekuje da sud utvrdi drugačije činjenično stanje od onog na kome prvenstveno zasniva svoju tužbu, a iz takvog činjeničnog stanja (koje će utvrditi sud) sledi druga pravna posledica koju, stoga, tužilac formuliše kao eventualni zahtev. Ipak, eventualni zahtev je celishodan i kada je činjenično stanje na kome se on zasniva identično onome iz koga se izvodi primarni zahtev pa je razlog za isticanje eventualnog tužbenog zahteva moguća različita pravna ocena iste (istih) činjenica od strane suda.²⁷ Tužilac, zapravo, ovakvim spajanjem izbegava

spajanja zahteva u slučaju eventualnog zahteva tužbom se predlaže usvajanje samo jednog zahteva. Tužbom se određuje redosled kog se sud mora držati prilikom meritornog odlučivanja. Međutim, po oceni Vrhovnog kasacionog suda procesni smisao redosleda je u tome da sledeći zahtev treba da bude usvojen ako se onaj koji je ispred njega istaknut pokaže kao neosnovan, ili ako tužba u pogledu tog zahteva bude odbačena kao nedozvoljena, budući da se primarni (glavni) zahtev i sekundarni (supsidijarni) zahtev isključuju" (Rešenje VKS, Rev. 1327/10 od 21.10.2010. god.).

²² Borivoje Poznić, *Komentar zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2009, 439.

²³ *Ibidem*.

²⁴ M. Salma, op. cit., 543.

²⁵ Odluka Višeg privrednog suda, Pž. 7723/97, navedeno prema Nevena Petrušić, Dragoljub Simonović, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2012, 386.

²⁶ Uz primenu korektivnih mehanizama iz čl. 101 ZPP.

²⁷ B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., 320.

dva (ili više) parničnih postupaka (i parnica) po posebnim zahtevima do kojih bi svakako došlo ukoliko se u posebnoj parnici po primarnom zahtevu on pokaže neosnovanim. Izbegava se i različita ocena, činjenična ili pravna u takvoj drugoj parnici, koja može voditi odbijanju i drugog zahteva.²⁸ Eventualni zahtev istaknut je, dakle, pod uslovom. To nije suprotno pravilu da su uslovljene parnične radnje stranaka bez dejstva, jer se ovde kao uslov pojavljuje kao jedan procesni događaj – neuspeh tužioca sa prvim zahtevom.²⁹

Uslov eventualnog spajanja je da zahtevi moraju biti u “izvesnoj vezi”. Ova veza se u teoriji objašnjava preko istog ili bitno istog (identičnog) činjeničnog osnova i bitno identičnog pravnog osnova, pa se označava kao “međusobna pravna veza”.³⁰ Njihova povezanost shvata se i kao “ostvarenje bitno identičnog pravnog ili ekonomskog interesa”,³¹ odnosno zahteva se da pravna i činjenična pitanja budu u svojoj osnovi istovetna.³² Tako će ovu vrstu spajanja tužilac koristiti kada primarni zahtev formuliše kao zahtev za predaju (vraćanje) individualizirane stvari date po nekom pravnom osnovu tuženom, a kao eventualni ističe zahtev za naknadu štete ako sumnja u to da je stvar u vreme podnošenja tužbe već propala. Tužilac je nesiguran u to da li će cilj zaštite biti postignut primarnim zahtevom.

Sledeći uslov koji opisuje međusobni odnos primarnog i eventualnog zahteva koji koegzistiraju u okviru iste tužbe jeste da se oni međusobno moraju isključivati.³³ Kako se činjenični osnov primarnog i eventualnog zahteva ne moraju razlikovati, o čemu je već bilo reči, neophodnost međusobnog isključivanja može se dovesti u vezu sa njihovim pravnim osnovom. U našoj sudskoj praksi nalazimo potvrdu stava da se dva zahteva moraju razlikovati po pravnom osnovu, pa tako nema eventualnog spajanja kada je kao prvi postavljen zahtev za utvrđenje prava svojine na nepokretnosti (stvarnopravni), a kao drugi zahtev za isplatu neopredeljenog novčanog iznosa na ime povraćaja primljene kupoprodajne cene (obligacionopravni), a oba su zasnovana na istom pravnom osnovu – ugovoru o kupoprodaji koji nije validan jer nije potpisan od ugovarača.³⁴ Uzajamno isključivanje pokazuje da, npr., prirodu primarnog i eventualnog zahteva ne mogu imati ni zahtevi za utvrđenje ništavosti ugovora u celini (primarni) i zahtev za utvr-

²⁸ *Ibidem*, 321.

²⁹ B. Poznić, op. cit., 439.

³⁰ M. Salma, op. cit., 544.

³¹ S. Triva, M. Dika, op. cit., 422.

³² Georg E. Kodek, Peter G. Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, facultas.wuv, Wien, 2013, 223–224, nav. prema M. Salma, op. cit., 547.

³³ B. Poznić, op. cit., 440.

³⁴ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 1200/2014(2) od 16.3.2017. god.

đenje ništavosti pojedinih članova (odredaba) istog ugovora (eventualni). Ako bi se utvrdilo da je neosnovan primarni zahtev za utvrđenje ništavosti ugovora u celini, ne bi postojala mogućnost donošenja drugačije odluke o eventualnom tužbenom zahtevu, odnosno da je ništav samo jedan (ili više njih) član tog ugovora. Naime, ovde odbijanje utvrđenja ništavosti ugovora u celini podrazumeva odbijanje utvrđenja ništavosti svakog člana tog ugovora.³⁵ Stoga se u praksi govori o neophodnosti "kvalitativne različitosti tužbenih zahteva" kao nužnoj pretpostavci postojanja primarnog i eventualnog tužbenog zahteva.³⁶ Sledi da sud postavljene zahteve, bez obzira kako ih tužilac imenuje, ne može kvalifikovati kao primarni i eventualni ukoliko se samo kvantitativno razlikuju (npr. obaveze iste sadržine, ali različitog obima).³⁷

Ukoliko bi, međutim plaćanja različitih ili čak identičnih novčanih iznosa postavljenih kao primarni i eventualni zahtev imala različite pravne osnove zahtevi bi se isključivali i postojalo bi njihovo eventualno spajanje.³⁸ Idući ovom logikom, ukoliko je postavljeno više eventualnih i oni se moraju međusobno isključivati.

Redosled zahteva koji sud pri odlučivanju mora poštovati određuje tužilac, što je još jedan izraz dispozitivne maksime,³⁹ a usvajanjem primarnog eventual-

³⁵ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž 4014/2015(1) od 21.1.2016. god.

³⁶ Tužilac može postaviti zahtev kako on smatra da štiti svoja prava u postupku, ali je obaveza prvostepenog suda bila da ova pitanja razjasni i ukaže da se ne radi o kvalitativno različitim tužbenim zahtevima, što je nužna pretpostavka postojanja primarnog i eventualnog zahteva, već da se radi o jednom tužbenom zahtevu, bez obzira na pravni osnov istog, pa i u situaciji kada tužilac ukazuje da ima više osnova njegovog zahteva. Tužbeni zahtevi kojima se traži izricanje obaveze iste sadržine ali različitog obima, bez obzira na navode iz tužbe da se zasnivaju na različitim osnovima, ne mogu imati prirodu primarnog i eventualnog tužbenog zahteva (Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 5057/18 od 30. 10. 2019. god.).

³⁷ Kada se radi o novčanim obavezama, odnosno potraživanjima, svaki manji novčani iznos sadržan je u većem iznosu i u tom smislu je pravilan stav prvostepenog suda da tako postavljeni zahtevi ne mogu imati karakter primarnih i eventualnih zato što nisu kvalitativno, suštinski različiti, već su različiti samo u kvantitetu, u obimu. Manji iznos sadržan je u većem iznosu, pa s obzirom na deljivu prirodu novčanih obaveza, sud ima ovlašćenje da tužbeni zahtev usvoji ili odbije u celini, ali i delimično, pa i za iznos koji je imenovan kao eventualni. Kada sud odbija tužbeni zahtev za veći iznos, time odbija i zahtev za (svaki) manji iznos koji je u njemu sadržan, pa i za one koji su imenovani kao eventualni. Suprotno odlučivanje bi dovelo ili do postojanja dve identične odluke o delimično istom zahtevu ili do postojanja dve različite odluke o delimično istom zahtevu. Nedopušteno je i jedno i drugo (Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 1695/2014(2) od 15.1.2015. god.)

³⁸ M. Salma, op. cit., 545, uz navođenje sudske prakse.

³⁹ Osim toga, tužilac je ovlašćen da povuče tužbu i samo u delu sa osnovnim tužbenim zahtevom, tako što će dotadašnji eventualni tužbeni zahtev istaći kao jedini zahtev.

ni postaje bespredmetan. Iz zaključka, koji je već naveden, da se o svim zahtevima zajednički raspravlja, ali i iz odredbe čl. 197, st. 2 ZPP, odnosno da tužilac traži “da sud usvoji sledeći od tih zahteva, ako nađe da prethodni nije osnovan” zaključuje se da je sud u obavezi da u slučaju kada na osnovu rezultata raspravljanja dođe do zaključka da primarni nije osnovan i da ga treba odbiti, mora u daljem toku raspravi osnovanost eventualnog. U suprotnom, u slučaju da rasprava pokaže da je primarni zahtev osnovan postaje bespredmetno dalje raspravljanje, pa i odlučivanje o sledećem, eventualno postavljenom zahtevu ili zahtevima. Meritorna odluka o sledećem, eventualnom zahtevu može se doneti samo pod uslovom da se pre toga odbije zahtev koji mu prethodi, odnosno svi zahtevi se ne mogu usvojiti stoga što se, kako je već rečeno, međusobno isključuju.⁴⁰ U tom slučaju sud ne donosi odmah odluku o neosnovanosti primarnog tužbenog zahteva, već utvrđuje osnovanost drugog zahteva pa istom presudom mora odlučiti o eventualnom, ako odbije primarni zahtev.⁴¹

Litispencija kod eventualne kumulacije

U zavisnosti od toga da li je ovakvo spajanje izvršeno već u tužbi ili kasnije (objektivno preinačenje tužbe) nastupa i litispencija. U slučaju objektivnog preinačenja ne otvaraju se posebni procesni problemi povezani uz litispenciju, jer je opšti stav da ona nastupa momentom kada je o novom zahtevu obavestena suprotna stranka. U slučaju, pak, tzv. inicijalnog spajanja kao dominantan stav u teoriji procesnog prava izdvaja se da litispencija nastupa za oba ili za sve istaknute zahteve momentom dostavljanja tužbe tuženom. To je celishodno i racionalno. Time se postiže cilj spajanja tužbenih zahteva – zajedničko, odnosno simultano raspravljanje, ali je odlučivanje sukcesivno, što vodi zaključku da je litispencija po eventualnom zahtevu zapravo rezolutivno uslovljena.⁴² Ili, parnica po tom zahtevu prestaje da teče nastupanjem pravnosnažnosti presude ko-

⁴⁰ Tako, npr., u slučaju kada je kupac tražio isporuku ugovorene količine robe čiji je kvalitet određen ugovorom, a prodavac tvrdi da je ugovor raskinut još pre podnošenja tužbe, kupac kao tužilac određuje i eventualni zahtev za naknadu štete usled neispunjenja ugovora. Primarni je svaka-ko zahtev za obavezivanje na isporuku robe. Odnosno, tužilac traži ispunjenje obaveze iz ugovora o prodaji, a u slučaju da se pokaže da je ugovor ništav traži povraćaj isplaćenog iznosa cene.

⁴¹ V. u tom smislu Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers, Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München, 67. Auflage, 2009, 1040; B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., 437 govore ovde o tzv. potpunoj presudi.

⁴² M. Salma, op. cit, 550.

jom je usvojen primarni zahtev.⁴³ Ovakav stav je posledica zabrane da se podnosi suspenzivna uslovna tužba.⁴⁴ Pravnosnažnost presude o primarnom zahtevu stvara novu pravnu situaciju, "pravno stanje", i njenim nastupanjem litispencijska po eventualnom zahtevu retroaktivno prestaje.⁴⁵ Ovakvo procesno pravno dejstvo zahteva da se rešenje o prestanku litispencijske unese u izreku presude kojom je usvojen primarni zahtev.⁴⁶ Sledi da bi, u slučaju povlačenja ili odbacivanja tužbe u pogledu primarnog zahteva parnica po eventualnom zahtevu dalje tekla sa ciljem utvrđenja da li je on osnovan. Zaključenjem sudskog poravnjanja parnica prestaje da teče po oba zahteva.⁴⁷

Ako prihvatimo stav da podnošenjem tužbe koja sadrži primarni i eventualni tužbeni zahtev parnica po oba zahteva počinje da teče, to dalje vodi zaključku i da postojanje parnice povodom eventualnog tužbenog zahteva načelno sprečava vođenje nove parnice o istom zahtevu između istih stranaka.⁴⁸ Ipak, tužbu u parnici o istom zahtevu koja je kasnije počela da teče ne bi trebalo odbaciti sve dok ne bude izvesno da li je uslov za raspravljanje i odlučivanje o eventualnom zahtevu nastupio ili otpao.⁴⁹

Pravo na žalbu i odlučivanje drugostepenog suda kod eventualne kumulacije

Teorijske dileme kod eventualne kumulacije postoje i u pogledu prava stranaka na izjavljivanje žalbe kao i u odnosu na ovlašćenja drugostepenog suda.

U teoriji, kako je već navedeno, ali i u našoj sudskoj praksi, prihvata se stav da sud neće izrekom odlučivati o drugom ili drugim zahtevima kada se primarni pokazuje kao osnovan,⁵⁰ kao i da u slučaju da sud postupi suprotno čl. 197,

⁴³ B. Poznić, op. cit., 442.

⁴⁴ S. Triva, M. Dika, op. cit., 422.

⁴⁵ Richard Zöller, *Zivilprozessordnung*, 33. Auflage, 2020, 760.

⁴⁶ B. Poznić, op. cit., 442.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ U tom smislu M. Dika, op. cit., 368.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Tako, npr., navodi se da "tužilac ne može da uspe u parnici i sa primarnim i sa eventualnim tužbenim zahtevom i zbog toga se prvostepena presuda po žalbi mora ukinuti u celini, čak i u situaciji kada je odluka kojom je usvojen eventualni tužbeni zahtev pravilna" (Odluka Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 4125/2004), navedeno prema N. Petrušić, D. Simonović, op. cit., 387. Dalje, da su "neosnovani navodi žalbe kojima se ukazuje da je prvostepeni sud načinio

st. 2 ZPP i usvoji primarni tužbeni zahtev, a onda odluči i o eventualnom, pa isti odbije, to ima reperkusije u odnosu na postupanje drugostepenog suda koji bi bio ovlašćen da po službenoj dužnosti pri odlučivanju o žalbi protiv prvostepene presude u delu kojim je usvojen primarni tužbeni zahtev, odluči i o delu presude kojim je odbijen eventualni tužbeni zahtev i kada na taj deo presude žalba nije izjavljena.⁵¹

Opšti pravni interes za izjavljivanje žalbe u parničnom postupku, koji se sastoji u neuspehu u sporu, mogao bi biti opravdanje za stav da bi tužilac mogao da izjavi žalbu i kada je presudom odbijen bilo koji od postavljenih zahteva. S druge strane, priroda eventualnoig spajanja, odnosno okolnost da se zahtevi isključuju te da je tužiocu zapravo svejedno koji će od zahteva biti usvojen govorila bi u prilog stavu da je u slučaju usvajanja jednog od eventualno spojenih zahteva tužilac uspeo u sporu te da gubi pravni interes za žalbu. Ipak, u našoj teoriji izražen je suprotan stav da tužilac ima pravni interes da pobija presudu i ako je primarni zah-

bitnu povredu odredaba parničnog postupka time što je odlučio samo o primarnom tužbenom zahtevu, a da o eventualnom tužbenom zahtevu nije odlučio. Odredbom čl. 197, st. 2 ZPP propisano je da tužilac može dva ili više tužbenih zahteva u međusobnoj vezi da istakne u jednoj tužbi, na način da sud usvoji sledeći od tih zahteva ako nađe da prethodni zahtev nije osnovan. Dakle, kako je prvostepeni sud pravilno zaključio da je osnovan primarni tužbeni zahtev, nije bilo procesnih uslova da odlučuje o eventualnom tužbenom zahtevu” (Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 2085/2017(1) od 13.4.2017. godine). Odnosno, navod da “ukoliko sud usvoji primarni tužbeni zahtev, nema procesnih uslova za odlučivanje o eventualnom tužbenom zahtevu, pa ni uslova za donošenje presude na osnovu priznanja u pogledu eventualnog tužbenog zahteva. Kako je prvostepeni sud pravilno zaključio da je osnovan primarni tužbeni zahtev, nije bilo procesnih uslova da odlučuje o eventualnom tužbenom zahtevu, te se odluka o eventualnom tužbenom zahtevu ne unosi u izreku presude, nezavisno od toga što je tuženi priznao eventualni tužbeni zahtev”. (Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 1353/2013 od 28.2.2014. godine – Sudska praksa privrednih sudova – Bilten br. 1, 2015).

⁵¹ Naime, odlučivanje o eventualnom zahtevu je dopušteno tek kad sud nađe da primarni zahtev nije osnovan. Kad sud usvoji primarni zahtev, odlučivanje o eventualno kumuliranim zahtevima postaje bespredmetno. Kako se u konkretnom slučaju radi o tzv. eventualnom spajanju tužbenih zahteva, u kom slučaju je tužilac, saglasno odredbi čl. 197, st. 2 ZPP u jednoj tužbi istakao dva međusobno povezana tužbena zahteva, ali tako da sud može da usvoji sledeći od tih zahteva ako nađe da onaj koji je ispred njega istaknut nije osnovan, to prvostepeni sud nije imao zakonsko ovlašćenje da, u konkretnom slučaju, odbije eventualni tužbeni zahtev kao neosnovan. Ovo zbog toga što, ukoliko sud nađe da je primarni tužbeni zahtev osnovan, tada se o eventualno postavljenom tužbenom zahtevu ne odlučuje. Iz iznetog, ovaj sud je po službenoj dužnosti ukinuo i odluku prvostepenog suda u odnosu na odbijajući deo tužbenog zahteva postavljenog u formi eventualnog zahteva, na koji deo presude tuženi nije izjavio žalbu, jer se radi o koneksnim zahtevima (Rešenje Apelacionog suda u Nišu, Gž 1238/2018 od 19.9.2018. godine – Bilten Apelacionog suda u Nišu).

tev odbijen, a usvojen eventualni.⁵² Isti stav zastupljen je i u stranoj literaturi,⁵³ uz dopunu da se ovo pravilo odnosi i na situaciju kada eventualni zahtev ima veću vrednost spora od primarnog.⁵⁴ Povodom ove situacije potrebno je razgraničiti dva različita slučaja. U prvom, ukoliko i tuženi izjavi žalbu protiv odluke kojom se usvaja eventualni tužbeni zahtev, prvostepena presuda je napadnuta u celini, pa drugostepeni sud istovremeno odlučuje o obe žalbe i može preinačiti obe odluke ili ih ukinuti i vratiti predmet na ponovno odlučivanje prvostepenom sudu.

U drugom slučaju, kada tuženi ne izjavi žalbu na odluku o eventualnom zahtevu, otvara se pitanje daljeg postupanja nakon usvajanja žalbe tužioca. Odnosno, ukoliko bi drugostepeni sud usvojio žalbu tužioca kao osnovanu i ukinuo prvostepenu presudu u pogledu odluke kojom je primarni zahtev odbijen kao neosnovan, problematizuje se pravna sudbina odluke o eventualnom zahtevu koja nije napadnuta ni žalbom tužioca ni žalbom tuženog. S obzirom na to da je samo tužilac inicirao postupak po pravnom leku, ima osnova za tumačenje da je u njegovoj žalbi sadržan zahtev da se uspostavi procesnopravni odnos koji je inicijalno određen u tužbi:⁵⁵ osnovanost (usvajanje) primarnog zahteva uslovljava odlučivanje o eventualnom. Shodno tome, žalbom kojom se direktno pobija odluka o primarnom zahtevu, uslovno bi se pobijala i odluka o eventualnom zahtevu. Jer, ako se pokaže da je žalba osnovana, a onda ukine odluka o primarnom zahtevu, trebalo bi ukinuti i odluku o eventualnom zahtevu.⁵⁶ Dakle, odgovor na pitanje kakva je posledica ukidanja odluke o odbijanju primarnog tužbenog zahteva jeste da ono nužno vodi i ukidanju odluke o eventualnom zahtevu.⁵⁷ Jednom rečju, osnovanost žalbe vodi ukidanju presude u celini.⁵⁸

Ako tužilac izjavi žalbu protiv odluke kojom se odbija primarni zahtev i žalbu protiv odluke kojom se delimično odbija eventualni zahtev, instancioni sud o potonjoj žalbi odlučuje tek kada odluči o prvoj, odnosno kada potvrdi odluku o odbijanju primarnog zahteva.⁵⁹ Neophodno je samo se osvrnuti na činjenicu da pravnosnažnost presude o primarnom tužbenom zahtevu u situaciji kada nije od-

⁵² B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., 320.

⁵³ Hans-Joachim Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. Auflage, München, 2005, 802.

⁵⁴ A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, op. cit., 1040.

⁵⁵ M. Dika, op. cit., 365.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž 1275/2015(1) od 24.9.2015. godine.

⁵⁸ R. Zöller, op. cit., 761.

⁵⁹ H. J. Musielak, op. cit., 803.

lučeno o eventualnom tužbenom zahtevu nema za posledicu presuđenu stvar u pogledu eventualnog tužbenog zahteva.⁶⁰

Tužiocu je, prema stavu teorije, uskraćena zaštita ako je samo žalbom tuženog napadnuta odluka kojom je usvojen eventualni zahtev, ako bi drugostepeni sud smatrao primarni tužbeni zahtev osnovanim. Naime, ako se prihvati da tužilac određivanjem redosleda tužbenih zahteva rangira sopstvene interese, racionalno je pretpostaviti da je za njega značajniji interes za usvajanje primarnog u odnosu na eventualni tužbeni zahtev. Stoga mu se moraju obezbediti garantije u ovakvoj situaciji. Mogla bi se, smatraju pravni pisci, ili prihvatiti fikcija da je i on izjavio žalbu protiv onog dela presude kojom je odbijen njegov primarni zahtev ili da je tuženi izjavio žalbu protiv presude u celini.⁶¹ U obe solucije sud drugog stepena bi morao da ispituje presudu u celini, odnosno i u delu u kome je primarni zahtev odbijen.⁶² Kako je razdvajanje odluka o kumuliranim zahtevima pravno nemoguće,⁶³ rešenje se nalazi u prihvatanju fikcije da je izjavljena žalba protiv presude u celini. Tuženi, prema većinskom stavu, može izjaviti žalbu u oba slučaja, zbog usvajanja primarnog ili eventualnog tužbenog zahteva.

U pogledu ovlašćenja drugostepenog suda u žalbenom postupku, može se govoriti o sledećem:

Prvo, u situaciji kada u prvostepenoj presudi bude usvojen primarni tuženi zahtev, pa tuženi izjavi žalbu protiv te presude, a drugostepeni sud usvoji žalbu kao osnovanu i preinači presudu, postavlja se pitanje ovlašćenja za odlučivanje o eventualnom tužbenom zahtevu. Ukoliko ostanemo dosledni stavu o uslovljenoj litispendenciji (da je usvajanjem primarnog tužbenog zahteva došlo do prestanka litispendencije po eventualnom), drugostepeni sud može da preinači,⁶⁴ ili prema drugom stavu ukine⁶⁵ odluku o prestanku litispendencije po eventualnom zahte-

⁶⁰ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž 6596/19 od 20. 12. 2019. godine.

⁶¹ B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., 341; G. Stanković, op. cit., 307.

⁶² Radi sprečavanja mogućnosti da tužilac doživi potpuni neuspeh uprkos osnovanosti jednog od kumuliranih zahteva, trebalo bi stati na stanovište da žalba tuženika protiv odluke kojom se prihvata drugi eventualno istaknuti zahtev, ovlašćuje instancijski sud da ispituje napadnu presudu i u delu kojim je primarno istaknuti zahtev odbijen jer je razdvajanje odluka o kumuliranim zahtevima pravno nemoguće (u tom smislu VsBH Rev 570/81 – ZSO 1/82-117), prema S. Triva, M. Dika, op. cit., 423.

⁶³ Nepodeljen je stav teorije da u slučaju eventualne kumulacije razdvajanje postupka nije dozvoljeno, jer bi u suprotnom o eventualnom zahtevu bilo odlučeno u drugom postupku, kao glavnom, što je neprihvatljivo. H. J. Musielak, op. cit., 802.

⁶⁴ B. Poznić, op. cit., 443.

⁶⁵ M. Dika, op. cit., 366.

vu i vrati taj zahtev prvostepenom sudu da o njemu po prvi put meritorno odluči. Čini se da bi mogućnost odlučivanja drugostepenog suda po prvi put meritorno o eventualnom tužbenom zahtevu bila nespojiva sa ustavnim principom dvostepenosti suđenja, iako razlozi celishodnosti, princip koncentracije procesne građe, procesne ekonomije i specifične okolnosti u ovom slučaju pružaju argumente i za drugačije mišljenje.⁶⁶

Drugo, u situaciji kada u prvostepenoj presudi bude odbijen primarni tužbeni zahtev, a usvojen eventualni, pa tuženi izjavi žalbu samo protiv dela presude kojom se usvaja eventualni zahtev, a tužilac ne izjavi žalbu (o čemu je već bilo reči u delu koji se tiče prava tužioca na podnošenje žalbe), odluka o primarnom tužbenom zahtevu postaje pravnosnažna. Drugostepeni sud, ukoliko smatra da je žalba tuženog osnovana može preinačiti odluku i odbiti eventualni tužbeni zahtev upravo iz razloga koji upućuju na osnovanost primarnog. Prema jednom stavu teorije, drugostepeni sud nema ovlašćenja da samostalno preispituje odluku prvostepenog suda o primarnom zahtevu ni u ovom slučaju, jer bi takvo postupanje predstavljalo povredu temeljnih principa (načela ravnopravnosti stranaka), kao i odredaba parničnog postupka (pravnosnažnosti, zabrane preinačenja na gore i prekoračenja obima i razloga žalbe).⁶⁷ Ovakav stav se temelji na činjenici da je tužilac primarni zahtev učinio безусловnim, pa svojom pasivnošću u ovom slučaju on preuzima rizik donošenja odluka zasnovanih na protivrečnim razlozima, pri čemu su posledice iste kao da je eventualni zahtev predmet samostalne parnice. Na ovaj način rezonuju i nemački procesualisti uz dalju razradu da ako se samo tuženi žali na odluku o eventualnom zahtevu, tužiocu mora da se omogući ulaganje naknadne žalbe protiv odluke o odbijenom primarnom zahtevu.⁶⁸

Ima i drugačijih stavova, pa se razmatrajući garantije koje bi sprečile protivrečnosti između razloga na kojima su zasnovane odluke o primarnom i eventualnom zahtevu, ostavlja mogućnost drugostepenom sudu da pruži dodatnu zaštitu tužiocu u razmatranom slučaju. Ona se sastoji, kako je već rečeno, u ovlašćenju drugostepenog suda da, povodom žalbe tuženog na odluku o eventualnom tužbenom zahtevu, ispituje presudu u celini, dakle i odluku o primarnom tužbenom

⁶⁶ Up. A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, 1040. Ako je prvostepeni sud odlučio o glavnom zahtevu (usvojio ga kao osnovanog), a da nije doneo odluku o eventualnom zahtevu koji ga isključuje (jer se nije ostvario uslov), odluku o eventualnom zahtevu može doneti i arbitražna instanca, jer je prvostepeni sudija opravdano uskratio odluku o eventualnom zahtevu shodno pravnoj prirodi eventualne kumulacije, kao i iz razloga procesne ekonomije.

⁶⁷ Up. M. Dika, *op. cit.*, 366.

⁶⁸ A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, 1040.

zahtevu, uz argument da o spojenim tužbenim zahtevima uvek treba odlučivati istovremeno.⁶⁹ Ne može se osporiti da je potonji stav u skladu sa interesom tužioca koji je integrisan u pravnu prirodu instituta kumulacije tužbenih zahteva. Međutim, s obzirom da sama mogućnost eventualne kumulacije pruža inicijalno povlašćen položaj tužiocu,⁷⁰ čime se narušava ravnopravnost stranaka u parnici, ovaj stav, čini se, ne bi bio u skladu sa Ustavom i zakonom utvrđenim principima jednakosti i dvostepenosti.

ZAKLJUČAK

Analiza načina normiranja instituta eventualne kumulacije tužbenih zahteva u državama u okruženju, kao i u nemačkom, austrijskom i švajcarskom pravu, ukazuje na sumaran pristup, bez regulisanja posebnosti koje na procesnopravnom nivou ovaj institut uslovljava u sudskoj praksi. Teorijski stavovi o mogućim procesnopravnim dilemama značajno se razlikuju, posebno u odnosu na nastupanje litispendingije po eventualnom zahtevu, kao i ovlašćenja stranaka na izjavljivanje žalbe, što je u najtešnjoj vezi sa ovlašćenima drugostepenog suda pri odlučivanju o žalbi. Uz iznošenje stavova teorije, kao i sudske prakse, kao većinski stav u odnosu na nastupanje litispendingije izdvaja se primena pravila o uslovljenoj litispendingiji po eventualnom zahtevu, a uslov je odbijanje (u Hrvatskoj, npr., pravnosnažbno odbijanje) primarnog zahteva.

U kontekstu prava stranaka na izjavljivanje žalbe prihvaćen je stav da tužilac ima pravni interes da pobija presudu i ako je primarni zahtev odbijen, a usvojen eventualni, s tim da se smatra da se presuda pobija u celini ukoliko protiv odluke o usvajanju eventualnog zahteva žalbu izjavi i tuženi, a ako pak tuženi ne izjavi žalbu, osnovanost tužiočeve žalbe zbog odbijanja primarnog zahteva vodi ukidanju presude u celini. Sud u drugostepenom postupku nema ovlašćenja da odlučuje o eventualnom tužbenom zahtevu ako je primarni zahtev usvojen, a žalbu izjavi samo tuženi. U situaciji kada je primarni zahtev odbijen a usvojen eventualni i žalbu podnese samo tuženi, odluka o primarnom zahtevu je pravnosnažna i drugostepeni sud nema ovlašćenje da samostalno preispituje odluku prvostepenog suda o primarnom zahtevu.

⁶⁹ Up. sa: B. Poznić, op. cit., 443; B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, sa citiranim odlukama, op. cit., 320.

⁷⁰ U komentarima nemačkog ZPO-a, posebno se ističe mogućnost lažne eventualne kumulacije (H. J. Musielak, op. cit., 802) kada tužilac deli zahteve i ističe ih eventualno u većem broju, a sve u cilju pritiska na tuženog.

Prof. Dr. DUŠICA PALAČKOVIĆ

Full Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

Dr. SANDA ĆORAC

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

JELENA ČANOVIĆ

Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac

EVENTUAL CUMULATION OF CLAIMS – SOME PROCEDURAL DILEMMAS

Summary

The principle of disposition in civil procedure is implemented, inter alia, by the provision of the Civil Procedure Law which determines that the plaintiff may put forward two or more related claims in a single complaint, so that the court may grant the subsequent claim if it finds that the preceding claim is unfounded (eventual cumulation⁷¹). Apart from this general provision, the Civil Procedure Law, as well as the analyzed foreign laws regulating the field of civil procedure, do not provide special rules of procedure in case of eventual cumulation of claims. Consequently, in domestic and foreign civil procedure law theory and legal practice, there are numerous controversial issues, as well as different points of view regarding the answers to them. In this paper, the authors have analyzed some procedural dilemmas concerning the relation between the primary and eventual claim, the requirements for their cumulation, as well as *lis pendens*. In addition, attention was paid to other important issues related to the course of first and second instance court proceedings, especially the dilemma related to the right of the parties to a legal remedy and the powers of the second instance court when deciding on a legal remedy.

Key words: eventual cumulation, relation between claims, procedure, *lis pendens*, the right to appeal

Literatura

Baumbach A., Lauterbach W., Albers J, Hartmann P., *Zivilprozessordnung*, 67. Auflage, München, 2009.

Dika M., *Građansko parnično procesno pravo, Tužba, VI Knjiga*, Zagreb, 2009.

Kodek G., Mayr P., *Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, facultas.wuv, Wien, 2013.

Musielak H. J., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4., neubearbeitete Auflage, München, 2005.

Petrušić N., Simonović D., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2012.

Poznić B., *Komentar zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2009.

Poznić B., Rakić Vodinelić V, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015.

⁷¹ A single complaint comprising several claims.

Salma M., “Eventualna kumulacija tužbenih zahteva”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2015.

Stanković G., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2004.

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

Zöller R., *Zivilprozessordnung*, 33. Auflage, 2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 25.09.2020.

Prihvaćen: 06.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VLADIMIR VRHOVŠEK
VLADIMIR KOZAR

POSLEDICE IZOSTANKA U SPOROVIMA MALE VREDNOSTI

U radu su prikazane zakonske odredbe, stavovi sudske prakse i mišljenja pravne nauke o posledicama izostanka stranaka sa ročišta za glavnu raspravu u sporovima male vrednosti. Nakon objašnjenja pojma i značaja maličnog spora, prikazan je procesno-pravni značaj izostanka tužioca, koji se ogleda u nastupanju fikcije povlačenja tužbe, koja nastupa po samom zakonu. Takođe, analizirani su uslovi za donošenje presude zbog izostanka kao posledice nedolaska tuženog na ročište za glavnu raspravu. Ukazano je da zakon izričito reguliše samo dva posebna uslova koja su potrebna za donošenje ove presude – da tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu, kao i da je uredno pozvan, ali da u sudskoj praksi postoje problemi i neusaglašenost u tumačenju i primeni ostalih uslova iz opšteg postupka, kao što je konkludentnost tužbe, neosporavanje tužbenog zahteva i dr. Objasnjeno je da je suština presude zbog izostanka u fikciji priznanja činjenica navedenih u tužbi, na koje sud po službenoj dužnosti primenjuje materijalno pravo. Na kraju, dati su predlozi za izmenu zakona, u cilju olakšanja primene procesnih normi i povećanja efikasnosti postupka.

Ključne reči: spor male vrednosti, povlačenje tužbe, presuda zbog izostanka

Vladimir Vrhovšek, sudija Višeg suda u Beogradu, e-mail: vladimirvrhovsek@gmail.com.
Dr Vladimir Kozar, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu, e-mail: kozarv@yahoo.com.

U V O D

Odredbama Glave XXXIII Zakona o parničnom postupku – ZPP¹ predviđena su posebna pravila postupka u sporovima male vrednosti, koja omogućavaju jednostavne i jeftinije načine za parničenje. “Spor male vrednosti predstavlja jednu vrstu skraćenog postupka. Svrha ovog postupka je da se spor što pre okonča.”²

“Poseban postupak reducirane kognicije u sporovima male vrednosti (bagatelni, malični postupak) bio je poznat u našem pravu u sistemu zakona iz 1929”³ koji nakon 1945. u sudskoj praksi nije prihvaćen iz ideoloških razloga. Ova vrsta postupka uvedena je ponovo u naš pravni sistem zakonskom novelom iz 1972. godine sa ciljem da se u sporovima koji nemaju veću vrednost postigne uprošćenje i ubrzanje postupka.⁴ “Odstupanje od opšteg postupka ovde se zasniva na stavu da u sporovima čija vrednost nije velika ne treba primenjivati one odredbe koje parnicu čine složenijom i produžavaju njeno trajanje. Time se, istina, umanjuju garantije za tačnost presude, ali se postiže ekspeditivnost sudovanja u ogromnom broju sporova relativno manjeg značaja.”⁵

U pravnoj teoriji i nekim stranim zakonodavstvima koristi se i naziv “bagatelni postupak”, odnosno bagatelni sporovi.⁶ U pravu Nemačke u XX veku bagatelni postupak (*Bagatellverfahren*) bio je predviđen kao poseban postupak koji je važio za sve imovinskopravne sporove čija novčana vrednost nije prelazila 50 DM.⁷

Značaj ovog posebnog parničnog postupka prevazilazi osnovni razlog njegovog propisivanja – brzo i ekonomično presuđenje, uz smanjenje troškova, jer je u odnosu na ukupan broj sporova, broj sporova male vrednosti, a naročito broj privrednih sporova male vrednosti, veoma veliki, zbog izuzetno visokog cenzu-

¹ *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 (Odluka Ustavnog suda), 74/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014, 87/2018, 18/2020.

² Pravni stav Višeg trgovinskog suda - odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove od 19. i 20.09.2005, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/25165>, 16.09.2020.

³ Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1986, 672.

⁴ Borivoje Poznić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1987, 397.

⁵ *Ibidem*, 398.

⁶ Ana Lučić Vidojković, et al, *Analiza sporova male vrednosti*, Forum sudija Srbije, Beograd, 2019, 76.

⁷ Marija Salma, “Postupak u sporovima male vrednosti”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2010, 125.

sa.⁸ Sve parnične sudije u Srbiji imaju više od polovine predmeta koji se smatraju sporovima male vrednosti.⁹ U praksi, međutim, najveći broj takvih sporova ne prelazi čak ni vrednost od 100.000 dinara. Nije mali broj ni takozvanih bagatelnih sporova – do 20 evra.¹⁰ Iako ovi sporovi za građane nisu beznačajni, zakon nalaže da bi oni trebalo da budu rešavani brže, jednostavnije, po posebnoj proceduri i s manjim sudskim troškovima, ali to u praksi nije slučaj.¹¹

Radi ubrzanja postupka u čl. 475 ZPP predviđene su značajne posledice izostanka stranke sa ročišta za glavnu raspravu koje se sastoje u fikciji povlačenja tužbe ili u obavezi suda da donese presudu zbog izostanka.

FIKCIJA POVLAČENJA TUŽBE KAO POSLEDICA IZOSTANKA TUŽIOCA SA ROČIŠTA ZA GLAVNU RASPRAVU

U čl. 475, st.1 ZPP predviđene su posledice izostanka tužioca ili obe stranke sa ročišta za glavnu raspravu: Ako tužilac ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a uredno je pozvan, smatraće se da je povukao tužbu. “Fikcija povlačenja tužbe je sankcija za tužioca koji posle podizanja tužbe propušta aktivnosti u parnici jer tužilac ima pravo i dužnost da se stara o zaštiti svojih prava. Okolnost da je izostao sa ročišta predstavlja izraz njegove dispozicije”.¹² Reč je o prinudnoj odredbi iz koje se izvodi neoboriva pretpostavka o povlačenju tužbe.¹³ Presumpcija o povlačenju tužbe je neoboriva i činjenica koja se presumira jeste da je nastupila pravna posledica povlačenja tužbe *ex lege*, a ne da je tužilac dao ili trebao dati izjavu da povlači tužbu s kojom bi tuženi trebalo tek da se saglasi da bi došlo do pravne posledice povlačenja tužbe.¹⁴ Kada se ispuni ta zakonska pretpostavka, tužba se smatra

⁸ Vrednost predmeta spora ne prelazi dinarsku protivvrednost 3.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (čl. 468 ZPP), s tim što u postupku u privrednim sporovima male vrednosti limit iznosi 30.000 evra (čl. 487, st. 1 ZPP).

⁹ Aleksandra Petrović, “Do 3.000 evra – mali sudski spor”, Politika, <http://www.politika.rs/sr/clanak/442221/Do-3-000-evra-mali-sudski-spor>, 18.11.2019.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Prva sveska, Megatrend univerzitet, Beograd, 2013, 574.

¹³ Jozo Čizmić, “Postupak u sporovima male vrijednosti u svjetlu odredaba novele ZPP 2019.”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 41, br. 1, Rijeka, 2020, 262.

¹⁴ *Ibidem*, 253 i 254.

povučenom po samom zakonu, a odluka suda o tome je deklaratorne prirode, jer sud samo utvrđuje činjenicu koja je već nastupila *ex lege*.¹⁵

Važno je da sud u postupku strankama pruži mogućnost da raspravljaju. Ta mogućnost je pružena kada su stranke uredno pozvane na ročište za glavnu raspravu. U suprotnom, učinjena je bitna povreda odredaba parničnog postupka iz čl. 374, st. 2, tač. 7 ZPP na koju drugostepeni sud pazi po službenoj dužnosti u postupku po žalbi. Dakle, bitno je da je uredno pozvani tužilac izostao sa bilo kog ročišta za glavnu raspravu, a nastupanje zakonske fikcije o povlačenju tužbe ne može sprečiti tuženi svojim dolaskom i upuštanjem u raspravljanje na tom ročištu. Zauzet je stav o neurednosti pozivanja saopštavanjem poziva licu koje nema punomoćje: “Samo u slučaju kada su stranke bile uredno pozvane na ročište mogu nastupiti posledice njihovog izostanka – fikcija povlačenja tužbe.”¹⁶ “U sporu male vrednosti tužba se smatra povučenom ukoliko tužilac nije došao na prvo ročište za glavnu raspravu ili na neko docnije ročište, na koje je uredno pozvan. Ali, ako je na ročište pozvan advokat koji nije dostavio punomoćje za zastupanje tužioca, ne može se smatrati da je nastupila fikcija povlačenja tužbe, jer tužilac nije uredno pozvan, bez obzira što je taj advokat podneo tužbu.”¹⁷ “Svojim nedolaskom na ročište uredno pozvani tužilac je pokazao da nema interes da raspravlja pred sudom i interes za donošenje meritorne odluke kojom bi bio rešen spor koji je povod parnici.”¹⁸

Reč je o fikciji povlačenja tužbe, koja nastupa po samom zakonu, bez obzira da li je tuženi eventualno podneo odgovor na tužbu, koji nije bio obavezan, i upustio se u raspravljanje,¹⁹ kao i bez obzira na razloge izostanka. To znači da sud u sporu male vrednosti nije dužan da ceni opravdanost izostanka kao u redovnom postupku, kada zakon u čl. 311, st. 2 ZPP za sličnu pravnu situaciju, odnosno za nastupanje zakonske fikcije o povlačenju tužbe, kao posledice izostanka obe parnične stranke sa ročišta za glavnu raspravu, traži da stranke “neopravdano izostanu”, propisujući da ako sa ročišta za glavnu raspravu neopravdano izostanu i tužilac i tuženi ili odbiju da raspravljaju, tužba se smatra povučenom.

Dakle, fikcija povlačenja tužbe u sporu male vrednosti nastupa bez obzira na razloge izostanka tužioca. Razlozi za izostanak biće od značaja samo ako bude

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Iz rešenja Privrednog apelacionog suda, Pž. 1355/2012 od 23.02.2012, <http://www.propisi-online.com/Practice/Decision/51573>, 16.09.2020.

¹⁷ Iz rešenja Višeg trgovinskog suda, Pž. 6822/05 od 12.09.2005, <http://www.propisi-online.com/Practice/Decision/25445>, 16.09.2020.

¹⁸ G. Stanković, op. cit., 574.

¹⁹ *Ibidem*.

podnet predlog za vraćanje u pređašnje stanje. Odluka o predlogu za vraćanje u pređašnje stanje zavisice od opravdanosti razloga izostanka tužioca. "Opravdan razlog za izostanak stranke sa ročišta ne može biti gužva ispred sudnice."²⁰ Ako je tuženi takođe izostao sa ročišta, ne može podneti predlog za vraćanje u pređašnje stanje, jer tuženi nema pravni interes, s obzirom da je fikcija povlačenja tužbe nastupila kao posledica nedolaska tužioca na ročište, a ne zbog izostanka tuženog. Čak i da je tuženi došao na ročište, on ne bi mogao da spreči nastupanje fikcije povlačenja tužbe.

Otklonjena je redakcijska greška iz prethodnog zakona, koji je u čl. 475, st. 2 ZPP sadržao i odredbu o povlačenju tužbe u slučaju izostanka obe stranke "sa kog docnijeg ročišta" na šta je ukazano i u sudskoj praksi.²¹

Obavezna sadržina poziva za glavnu raspravu u sporu male vrednosti (čl. 473 ZPP) usklađena je sa odredbom o fikciji povlačenja tužbe, tako što je propisano da će se u pozivu za glavnu raspravu navesti da će se smatrati da je tužilac povukao tužbu ako ne dođe na ročište za glavnu raspravu.

U slučaju fikcije povlačenja tužbe sud neće odlučivati o prigovoru radi prebijanja u rešenju kojim konstatuje povlačenje tužbe. To je posledica "nesamostalnosti prigovora radi prebijanja koja nije ispoljena samo u odnosu na tužbeni zahtev, tj. kada sud meritornom odlukom odbija tužbeni zahtev, već dolazi do izražaja i u odnosu na tužbu."²²

PRESUDA ZBOG IZOSTANKA U SPOROVIMA MALE VREDNOSTI

U cilju jačanja procesne discipline presuda zbog izostanka vraćena je u opšti parnični postupak (čl. 351 ZPP).²³ Međutim, presuda zbog izostanka zadržana

²⁰ Iz rešenja Privrednog apelacionog suda, Pž. 1854/2012 od 01.03.2012, Vladimir Kozar, Milan Počuča, *Komentar Zakona o parničnom postupku sa novelama iz 2014. godine, sudskom praksom i registrom pojmova*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Poslovni biro, Beograd, 2014, 683.

²¹ "Pri izričitim odredbama čl. 475, st. 1 ZPP, naime nije bilo potrebe za unošenjem st. 2 istog člana, ali je isti verovatno preostao iz prethodnog teksta zakona" - Odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda od 5. i 25.10. i 7. i 14.11.2006, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/27125>, 16.09.2020.

²² Vladimir Kozar, Zdravko Petrović, Milan Počuča, *Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo)*, Poslovni biro, Beograd, 2010, 147.

²³ U Zakonu o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04 i 111/09 (u daljem tekstu: "prethodni zakon") presuda zbog izostanka postojala je samo posebnom postupku u parnicama o sporovima male vrednosti, i bila je nedovoljno uređena, bez jasnog propisivanja svih procesnih situacija i razloga za njeno donošenje.

je i u posebnom postupku u parnicama u sporovima male vrednosti, ali sada sa drugim pravnom prirodom u odnosu na prethodni zakon.²⁴

Opšta pravila iz čl. 351 ZPP primenjuju se na donošenje presude zbog izostanka u posebnom postupku u sporovima male vrednosti, jer odredba iz čl. 475 st. 2 ZPP koja predviđa da će sud doneti presudu zbog izostanka ako tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a uredno je pozvan, u pogledu drugih pitanja, odnosno drugih uslova za donošenje ove presude, upućuje na shodnu primenu čl. 351 ZPP dakle opšteg propisa koji detaljno reguliše donošenje presude zbog izostanka u opštem postupku. U pravnoj literaturi ovo zakonsko rešenje objašnjeno je neophodnošću upućivanja “na čl. 351 ZPP, jer bi se bez upućivanja mogao izvući zaključak kako je za do nošenje ove vrste presude dovoljno da samo tuženi izostane sa ročišta za glavnu raspravu, bez obzira na to da li su ispunjeni drugi uslovi propisani zakonom.”²⁵ Međutim, nije objašnjeno zašto je u čl. 475 st. 2 bilo potrebno posebno pomenuti mogućnost donošenja presude zbog izostanka u maličnom postupku, ako su takva kontumaciona presuda i uslovi za njeno donošenje propisani pravilima iz čl. 351 opšteg postupka, koja se shodno primenjuju i ovom posebnom postupku. Jer, druga posebna pravila maličnog postupka ne odstupaju od opštih pravila iz čl. 351 koji propisuje uslove za donošenja presude zbog izostanka.

Teleološko tumačenje, međutim, dovodi do zaključka da se ta opšta pravila ne mogu primeniti doslovno u ovom posebnom postupku, već shodno, dakle sa najvećim stepenom odstupanja, jer zakon izričito upućuje na shodnu primenu odredaba opšteg postupka, tako što u čl. 467 propisuje da ako u odredbama ove glave nije drugačije propisano, u postupku o sporovima male vrednosti shodno se primenjuju ostale odredbe ovog zakona, što je značajna razlika u odnosu na prethodni zakon, koji je takođe upućivao na primenu ostalih odredaba zakona, ali nije sadržao uputstvo da je reč o shodnoj primeni.

Posebni uslovi za donošenje presude zbog izostanka u sporovima male vrednosti

Zakon, dakle, izričito reguliše samo dva uslova koja su potrebna za donošenje ove presude u posebnom postupku u sporovima male vrednosti – prvi je da tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a drugi je da je tuženi uredno po-

²⁴ Zvezdana Lutovac, “Novine u zakonu o parničnom postupku – novi ZPP”, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 3, Intermex, Beograd, 2011, 115.

²⁵ Nikola Bodiřoga, “Neki problemi u primeni zakona o parničnom postupku u sporovima male vrednosti”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2015, 663.

zvan. Dakle, drugi uslov je ispunjen ako je “tuženi primio poziv i potpisao dostavnicu i da je u pozivu upozoren na pravne posledice nedolaska na ročište.”²⁶

Presuda zbog izostanka može biti i posledica uskraćivanja zastupanja bez punomoćja. Prema stavu sudske prakse, “ako punomoćnik uredno pozvanog tuženog na ročište pristupi bez urednog punomoćja usled čega mu bude uskraćeno zastupanje, stekli su se uslovi za donošenje presude zbog izostanka, jer su posledice u toj situaciji iste kao da tuženi nije pristupio na to ročište.”²⁷

Nebitnosti razloga izostanka za pravilnost prvostepenog rešenja i odluku po žalbi. – Dakle, “ako tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a uredno je pozvan, sud je dužan da donese presudu zbog izostanka”²⁸ i kada je tuženi “obavestio sud da zbog zdravstvenih problema nije u mogućnosti da prisustvuje, ... jer kada se radi o sporu male vrednosti, sud ne ceni opravdanost razloga izostanka sa ročišta, već ih stranka može isticati u predlogu za vraćanje u pređašnje stanje.”²⁹ “Presuda zbog izostanka će se u sporu male vrednosti doneti uvek kada uredno pozvani tuženi ne pristupi na ročište, bez obzira na opravdanost razloga izostanka,”³⁰ što znači da postoji “obaveza suda” da donese takvu presudu.”³¹

Saglasno tome, “na odluku u postupku po žalbi protiv presude zbog izostanka nisu od uticaja žalbeni navodi tuženog kojima zdravstvenom sprečenošću obrazlaže razloge izostanka sa ročišta.” U obrazloženju je navedeno da: “...Žalbeni navodi tuženog (kojima opravdava razloge izostanka sa ročišta) ne mogu biti cenjeni u postupku po žalbi protiv ove presude, već samo u postupku po predlogu za vraćanje u pređašnje stanje i to kroz ocenu njihove opravdanosti. Međutim, predlog za vraćanje u pređašnje stanje tuženi u konkretnom slučaju nije podneo.”³²

²⁶ Vladimir Vrhovšek, Marija Mihajlov, Jadranka Čabarkapa, “Postupak u sporovima male vrednosti”, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, br. 90, Intermex, Beograd, 2019, 221 i dalje. <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/56919>, 15.09.2020.

²⁷ Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 3278/06 od 12.04.2006, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/26036>, 16.09.2020.

²⁸ G. Stanković, op. cit., 574.

²⁹ Iz presude Privrednog apelacionog suda, Pž. 8317/2013 od 13.11.2013, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51571>, 16.09.2020.

³⁰ Iz presude Privrednog apelacionog suda, Pž. 2324/2010 od 13.05.2010, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51564>, 16.09.2020.

³¹ Iz presude Privrednog apelacionog suda, Pž. 11553/10 od 25.11.2010, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51565>, 16.09.2020.

³² Iz rešenja Privrednog apelacionog suda, Pž. 5338/2011 od 26.01.2012, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51568>, 16.09.2020.

*Razlika u odnosu na uslove za donošenje presude
zbog izostanka u opštem postupku*

Izostanak tuženog sa prvog ili nekog docnijeg ročišta za glavnu raspravu. – Prva razlika u pogledu uslova za donošenje presude zbog izostanka između opšteg i posebnog postupka, koja proizlazi is samog zakonskog teksta, je u tome što u posebnom postupku u sporovima male vrednosti mogućnost donošenja presude zbog izostanka nije ograničena na prvo ročište za glavnu raspravu, već se ona može doneti i zbog izostanka tuženog sa nekog docnijeg ročišta. “Presuda zbog izostanka, u postupku o sporu male vrednosti, može biti doneta na bilo kom ročištu za glavnu raspravu, na koje je došao tužilac, a ne dođe tuženi, a uredno je pozvan, ako činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je tužilac podneo ili sa opštepoznatim činjenicama. Ovo bez obzira na to da li se radi o redovnoj tužbi, u postupku o sporu male vrednosti, ili po tužbi povodom obrazloženog prigovora, izjavljenog protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave.”³³

U pogledu ostalih uslova za donošenje presude zbog izostanka u sporu male vrednosti, zbog načina na koji je uređen ovaj institut, ostale su nedoumice nastale u praktičnoj primeni prethodnog zakona. Moguća su različita tumačenja drugih uslova, jer se zakon na kraju odredbe iz čl. 450, st. 2 o presudi zbog izostanka u postupku u sporovima male vrednosti poziva na čl. 351 koji je naveden u zagradi. Takva tehnika navođenja određenog člana zakona u zagradi, na kraju određene norme često je korišćena, i u praktičnoj primeni može da stvori velike probleme. Naime, tačno je da je član u zagradi u vezi sa članom na čijem se kraju nalazi. Međutim, samo navođenje čl. 351 u zagradi ne daje odgovor na pitanje kako će se taj član primeniti u situaciji koja je regulisana odredbom na čijem se kraju nalazi član u zagradi. Zakon ne upućuje da li je reč o shodnoj primeni, analognoj primeni ili doslovnoj primeni tog drugog propisa u kumulaciji sa pravilom predviđenim u članu ili stavu na čijem se kraju u zagradi nalazi drugi propis.

Kako je presuda zbog izostanka zadržana i u posebnom postupku u sporovima male vrednosti, jasna je namera zakonodavca da se u pogledu drugih uslova ne primenjuju doslovno opšta pravila iz čl. 351 ZPP, već shodno, s obzirom da bi donošenje presude zbog izostanka po opštim pravilima bilo moguće i u postupku u sporovima male vrednosti, i da nije propisana takva mogućnost posebnom odredbom iz čl. 475 st. 2 ZPP, zato što se u ovom posebnom postupku ne dostavlja tužba tuženom na odgovor, već uz poziv za glavnu raspravu, jer se ovim par-

³³ Odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda od 5. i 25.10. i 7. i 14.11.2006, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/27127>, 16.09.2020.

nicama ne zakazuje i ne održava pripremno ročište (čl. 472 ZPP). Stoga bi i u postupku u sporovima male vrednosti uvek bio ispunjen opšti uslov iz čl. 351. st. 1 ZPP – “kad tuženi kome tužba nije dostavljena na odgovor, već mu je tužba dostavljena zajedno sa pozivom na ročište, ne dođe na pripremno ročište ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano ili ako dođe na ta ročišta, ali neće da se upusti u raspravljanje, a ne ospori tužbeni zahtev, sud će da donese presudu kojom se usvaja tužbeni zahtev (presuda zbog izostanka)”.

Međutim, uprkos tome, zakonodavac je propisao posebne uslove za donošenje presude zbog izostanka u postupku u sporovima male vrednosti, i to dva izričito - prvi da tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a drugi da je tuženi uredno pozvan. Iz ova dva uslova, a poređenjem sa opštim uslovima iz člana 351 ZPP shodnom primenom opštih pravila, izvode se i drugi posebni uslovi, a takođe isključuju se i neki uslovi koji važe za donošenje presude zbog izostanka u opštem postupku.

U sporovima male vrednosti mogućnost donošenja presude zbog izostanka nije ograničena na prvo ročište za glavnu raspravu, već se ona može doneti i zbog izostanka tuženog sa nekog docnijeg ročišta, dakle “...sa bilo kog, a ne samo sa prvog ročišta.”³⁴

Donošenje presude zbog izostanka ako je tuženi podneskom osporio tužbeni zahtev. – Smatramo da se presuda zbog izostanka u posebnom postupku može doneti i kada je tuženi osporio tužbeni zahtev podneskom ili u reči na prvom ročištu za glavnu raspravu što posredno proizlazi iz prethodnog specijalnog uslova, tj. iz mogućnosti donošenja presude zbog izostanka koja nije ograničena na prvo ročište za glavnu raspravu, već i zbog izostanka tuženog sa nekog docnijeg ročišta. Jer, ako tužbeni zahtev nije osporen na prvom ročištu za glavnu raspravu tada ne bi bilo docnijeg ročišta, već bi sud doneo presudu zbog izostanka na prvom ročištu primenom opšteg pravila iz čl. 351. st. 1 ZPP - ako tuženi dođe na to ročište, “ali neće da se upusti u raspravljanje, a ne ospori tužbeni zahtev...”. Čl. 473 pominje samo da će sud u slučaju izostanka tuženog sa ročišta za glavnu raspravu doneti presudu zbog izostanka uz navođenje čl. 351 u zagradi.

S druge strane, u sudskoj praksi postoji suprotan stav o nemogućnosti donošenja presude zbog izostanka u sporu male vrednosti ako je tuženi podneskom osporio tužbeni zahtev: “Nema uslova za donošenje presude zbog izostanka u sporu male vrednosti ako je tuženi podneskom osporio tužbeni zahtev, bez obzira na činjenicu da li je za navode kojima je osporio zahtev tužioca dostavio i dokaze.” Obrazloženo je da je “...u konkretnom slučaju, tuženi ... prigovorom protiv

³⁴ Iz presude Privrednog apelacionog suda, Pž. 4893/2012 od 14.06.2012, <http://www.pripisionline.com/Practice/Decision/51569>, 16.09.2020.

zaključka sudskog izvršitelja osporio potraživanje tužioca po visini, a kako je presuda zbog izostanka procesna presuda koja se može doneti samo ako su ispunjeni svi uslovi propisani čl. 351 ZPP, to sledi da u predmetnoj situaciji nije bilo uslova za donošenje presude zbog izostanka s pozivom na odredbu člana 475 istog zakona, koja se odnosi na postupanje suda u sporu male vrednosti. Naime, donošenje presude zbog izostanka i u sporu male vrednosti vezuje se za ispunjenost uslova propisanih članom 351 ZPP.³⁵ Dakle, sud smatra da za donošenje presude zbog izostanka u sporu male vrednosti moraju biti ispunjeni svi uslovi koje zakon propisuje za donošenje takve presude u redovnom postupku. Uslovi za donošenje presude zbog izostanka su restriktivno protumačeni, tako što je donošenje presude zbog izostanka i u sporu male vrednosti vezano za ispunjenost uslova propisanih čl. 351 ZPP, dakle za uslove za donošenje presude zbog izostanka u opštem postupku, među kojima je i da tuženi podneskom nije osporio tužbeni zahtev. To znači da prihvatanjem navedenog tumačenja, sud ne bi mogao doneti presudu zbog izostanka tuženog sa prvog ili nekog docnijeg ročišta za glavnu raspravu, ako je tuženi prethodno u prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, drugom podnesku ili reči na ročištu za glavnu raspravu, osporio tužbeni zahtev.

Ista mišljenja o neophodnosti pasivnog stava tuženog, zastupljeni su i pravnoj literaturi: "Presuda zbog izostanka može se doneti i u situaciji kada tuženi dođe na ročište ali neće da se upusti u raspravljanje. Pored navedenog pasivnog ponašanja tuženog, neophodno je i da nije osporio tužbeni zahtev, što može da učini podneskom ili na ročištu. Ukoliko, tuženi ospori tužbeni zahtev podneskom, pa nakon toga ne dođe na ročište za glavnu raspravu, u toj situaciji sud ne može doneti presudu zbog izostanka."³⁶ "Slična je situacija i ukoliko se postupak nastavlja po prigovoru na rešenje o platnom nalogu, ili po prigovoru na rešenje o izvršenju, u kojem je tuženi svakako osporio predlog za izvršenje, odnosno izdati platni nalog, te je samim tim osporio i tužbu, tako da njegov izostanak sa ročišta za posledicu ne može imati donošenje presude zbog izostanka."³⁷

Takođe, ako tuženi istakne ili materijalno-pravne prigovore, npr. prigovor zastarelosti potraživanja ili prigovor prekluzije, kao i procesno-pravne prigovore, npr. prigovor stvarne nenadležnosti, prigovor neblagovremenosti tužbe i sl., prema stavu sudske prakse, sud iste mora ceniti: "Obrazloženo osporavanje tužbe-

³⁵ Iz rešenja Privrednog apelacionog suda, Pž. 5977/2013 od 11.12.2013, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51572>, 16.09.2020.

³⁶ V. Vrhovšek, M. Mihajlov, J. Čabarkapa, op. cit., 221, i dalje.

³⁷ *Ibidem*.

nog zahteva isticanjem procesno-pravnih ili materijalno-pravnih prigovora mora se uzeti u obzir prilikom donošenja presude zbog izostanka.”³⁸

Navedeni praktični problemi u tumačenju zakonskih odredaba, mogli bi se ublažiti smanjenjem cenzusa, što bi dovelo do smanjenja broja parnica o sporovima male vrednosti. Takođe, većina spornih pitanja mogla bi se rešiti tako što bi se umesto presude zbog izostanka, kao posledica izostanka tuženog za ročišta za glavnu raspravu u sporu male vrednosti, propisalo nastupanje fikcije priznanja tužbenog zahteva. Za donošenje presude na osnovu priznanja potrebno je da bude ispunjen manji broj lakših uslova, što je primerenije maličnom postupku, pre svega, jer sud uopšte ne primenjuje materijalno pravo, u odnosu na presudu zbog izostanka kod koje nastupa fikcija priznanja činjenica, na koje sud mora da primeni materijalno pravo. Stoga je i ocena ispunjenosti uslova za donošenje presude na osnovu priznanja mnogo jednostavnija nego kod presude zbog izostanka.

Shodna primena drugih uslova za donošenje presude zbog izostanka iz opšteg postupka

Konkludentnost tužbe, fikcija priznanja činjenica i dokazivanje. – Što se tiče ostalih opštih uslova, oni moraju biti ispunjeni i u posebnom postupku u sporovima male vrednosti.

U sudskoj praksi, nastaloj u primeni ranijeg zakona, koji je mogućnost ove vrste presude predviđao samo u čl. 476, u okviru posebnog parničnog postupka “u parnicama o sporovima male vrednosti”, a ne i u opštem parničnom postupku, zauzet je stav o kumulativnim uslovima za donošenje presude zbog izostanka, kojom se usvaja tužbeni zahtev, u sporu male vrednosti: “Presuda zbog izostanka u sporu male vrednosti donosi se ako su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi: 1) ako je tuženom uredno dostavljena tužba i poziv za ročište za glavnu raspravu, sa poukom o posledicama izostanka sa ročišta za glavnu raspravu; 2) ako činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podneo ili sa činjenicama koje su opštepoznate; 3) ako osnovanost tužbenog zahteva po odredbama materijalnog prava, proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi; 4) ako ne postoje opštepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženog sprečili opravdani razlozi da dođe na ročište za glavnu raspravu; 5) ako nije reč o

³⁸ Zaključak Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 26.04.2007, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 1 Intermex, Beograd, 2007, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/27711>, 16.09.2020.

zahtevu kojim stranke ne mogu raspolagati.”³⁹ Ovaj stav nije izgubio aktuelnost, jer je vraćajući institut presude zbog izostanka u redovni – opšti postupak, zakon izvršio njegovu recepciju, preuzevši u čl. 351 ZPP (na čiju primenu upućuje i čl. 475 st. 2 ZPP) sve navedene uslove, uz jedan dodatni uslov – da tuženi “ne ospori tužbeni zahtev”.

Jedan od bitnih uslova za donošenje presude zbog izostanka jeste konkludentnost tužbe, tj. da osnovanost tužbenog zahteva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi (čl. 351 st. 1, tač. 3 ZPP). Jer, kod presude zbog izostanka, po mišljenju pravne teorije nastupa fikcija priznanja činjenica iznesenih u tužbi, tako da sud bez dokazivanja uzima za činjeničnu podlogu svoje meritorne odluke činjenične tvrdnje na kojima prisutni tužilac zasniva svoj zahtev.⁴⁰ I prema stavu sudske prakse, suština presude zbog izostanka u postupku u sporovima male vrednosti zasniva se na fikciji priznanja činjenica iznetih u tužbi, tako da sud bez dokazivanja uzima za činjeničnu podlogu svoje meritorne odluke činjenične tvrdnje na kojima prisutni tužilac zasniva svoj zahtev.⁴¹ “Pošto sud ne utvrđuje bitne činjenice prilikom donošenja presude zbog izostanka to samim tim nema mesta ni primeni pravila o teretu dokazivanja.”⁴²

Ako iz činjenica navedenih u tužbi ne proizlazi osnovanost tužbenog zahteva, postoji smetnja za donošenje presude zbog izostanka predviđena članom 351. stav 1. tačka 3. i stav 4. Reč je o nekonkludentnoj tužbi kada sud donosi presudu kojom se odbija tužbeni zahtev, jer tužbeni zahtev po materijalnom pravu ne proističe iz činjenica iz kojih ga tužilac izvodi.⁴³ “Ako osnovanost tužbenog zahteva ne proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi, sud neće usvojiti tužbeni zahtev presudom zbog izostanka.”⁴⁴

Dakle, sud na činjenice koje se zbog izostanka sa ročišta i neosporavanja tužbenog zahteva smatraju priznatim (fikcija priznanja činjenica) primenjuje materijalno pravo, od čije sadržine zavisi da li je tužbeni zahtev osnovan (kada donosi presudu zbog izostanka), odnosno neosnovan (kada presudom odbija tuž-

³⁹ Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 6745/06 od 23.08.2006, V. Kozar, M. Počuča, op. cit., 701-702.

⁴⁰ B. Poznić, op. cit., 285-286.

⁴¹ Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 6745/06 od 23.08.2006, V. Kozar, M. Počuča, op. cit., 704.

⁴² Iz rešenja Privrednog apelacionog suda, Pž. 6616/2012 od 10.04.2013, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51570>, 16.09.2020.

⁴³ B. Poznić, op. cit., 288.

⁴⁴ Iz presude Višeg suda u Valjevu, Gž. 28/11 od 27.01.2011, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51690>, 16.09.2020.

beni zahtev). Po čl. 351. st. 4. ZPP takva situacija nastaje na prvom ročištu (a u sporu male vrednosti i na docnijem ročištu), pa je sud dužan da donese presudu kojom se tužbeni zahtev odbija, ako tužba na ročištu nije preinačena. “Prilikom donošenja presude u sporu male vrednosti ... primenjuje se materijalno pravo na činjenice navedene u tužbi i takva presuda se može pobijati zbog pogrešne primene materijalnog prava.”⁴⁵ Sudska praksa stav o konkludentnosti tužbe zasniva na razlozima zbog kojih se žalbom može pobijati presuda doneta u sporu male vrednosti, s obzirom da je u čl. 479, st. 1 ZPP propisano da presuda ili rešenje kojim se okončava parnica u postupku u sporovima male vrednosti može da se pobija samo zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka iz člana 374 stav 2 ovog zakona i zbog pogrešne primene materijalnog prava: “Bez obzira što ... nije izričito kao uslov propisano da se ovakva presuda može doneti ako osnovanost tužbenog zahteva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi, pa se tužbeni zahtev ne može usvojiti ukoliko taj uslov nije ispunjen, jer je istovremeno ... predviđeno da se presuda ili rešenje kojim se okončava parnica u postupku u sporovima male vrednosti može pobijati samo zbog (apsolutno) bitne povrede odredaba parničnog postupka ... i zbog pogrešne primene materijalnog prava. Dakle, ukoliko bi se usvajanjem tužbenog zahteva pogrešno primenilo materijalno pravo na činjenice navedene u tužbi, onda se presuda... kojom se tužbeni zahtev usvaja ne može doneti.”⁴⁶

U slučaju nekonkludentnosti tužbe sud ne donosi rešenje kojim odbija predlog tužioca za donošenje presude zbog izostanka, ukoliko je takav predlog podnet, već presudom odbija tužbeni zahtev, ako tužba na ročištu nije preinačena. Ova presuda može se doneti i bez predloga tužioca. “Nije se mislilo na mogućnost da se rešenjem odbije predlog za donošenje presude zbog izostanka, jer se ona može doneti i bez predloga tužioca.”⁴⁷ Ovo pravilo važi i u opštem postupku (čl. 351 st. 4 ZPP), i u postupku u sporovima male vrednosti jer čl. 475 st. 2 ZPP upućuje na primenu čl. 351 ZPP. Ako nisu ispunjene druge pretpostavke za donošenje presude zbog izostanka, npr. ako tuženi nije uredno pozvan, sud će rešenjem odbiti tužiočev predlog za donošenje presude zbog izostanka.

⁴⁵ Pravni stav Višeg trgovinskog suda - odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove od 19. i 20.09.2005, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/25164>, 16.09.2020.

⁴⁶ Odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda od 5. i 25.10. i 7. i 14.11.2006, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/27129>, 16.09.2020.

⁴⁷ Pravni stav Višeg trgovinskog suda - odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove od 19. i 20.09.2005, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/25165>, 16.09.2020.

Prema stavu sudske prakse, konkludentnost tužbe kao uslov za usvajanje tužbenog zahteva razlikuje se od dokazanosti činjeničnog osnova tužbenog zahteva, pa nekonkludentnost tužbe predstavlja uslov za donošenje presude zbog izostanka kojom se odbija tužbeni zahtev: “Sud ne može doneti presudu zbog izostanka kojom tužbeni zahtev odbija, uz obrazloženje da tužilac dokazima dostavljenim uz tužbu nije dokazao osnovanost tužbenog zahteva, jer sud nema obavezu da ceni da li je tužilac dostavio dokaze za osnovanost svojih navoda, već isključivo da li navodi izneti u tužbi ukazuju na osnovanost tužbenog zahteva.”⁴⁸

U sličnim situacijama, naročito ako je tuženi osporio tužbeni zahtev, postoje stavovi sudske prakse o odbijanju tužbenog zahteva presudom zbog izostanka zbog nedokazanosti činjeničnog osnova: “Za utvrđenje postojanja poslovnog odnosa, kao osnova za obavezivanje presudom zbog izostanka na plaćanje cene za isporučenu robu, u situaciji kada tuženi to osporava, neophodno je postojanje dokaza kojima se potvrđuje činjenični navod tužbe da je tuženi robu, čije se plaćanje traži i primio, a u protivnom, sud će odbiti tužbeni zahtev.”⁴⁹

Nepostojanje suprotnosti između činjenica na kojima se zasniva tužbeni zahtev i dokaza koje je sam tužilac podneo ili opštepoznatih činjenica. – Uslov za donošenje presude zbog izostanka u opštem postupku jeste da činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podneo ili sa činjenicama koje su opštepoznate (čl. 351 st. 1, tač. 4 ZPP). Po odredbi iz čl. 476, st. 2 prethodnog zakona, ako ovaj uslov nije bio ispunjen, to je predstavljalo razlog za donošenje presude kojom se odbija tužbeni zahtev u sporu male vrednosti. Po važećem zakonu takav uslov nije propisan u posebnim pravilima postupka u sporovima male vrednosti, već predstavlja uslov za donošenje presude zbog izostanka u opštem parničnom postupku. Smatramo da bi shodnom primenom pravila iz čl. 351 ZPP ovaj uslov trebalo da bude isključen prilikom donošenja presude zbog izostanka u sporovima male vrednosti, s obzirom da su činjenična pitanja u ovom posebnom postupku stavljena u drugi plan, jer bilo koja presuda ili druga odluka doneta u sporovima male vrednosti ne može da se pobija zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (čl. 479, st. 1 ZPP). Prema mišljenju pravne nauke presuda zbog izostanka u maličnom sporu ne bi se mogla pobijati ni zbog, tzv. relativno bitnih povreda odredaba parničnoga po-

⁴⁸ Iz rešenja Privrednog apelacionog suda, Pž. 202/11 od 17.02.2011, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51567>, 16.09.2020.

⁴⁹ Iz presude Privrednog apelacionog suda, Pž. 10161/11 od 21.12.2011, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51566>, 16.09.2020.

stupka, koje bi dobijale to svojstvo zato što su *in concreto* dovele do pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Mogle bi se pobijati zbog apsolutno bitnih povreda odredaba parničnoga postupka zbog kojih se može pobijati i kontradiktorna presuda te zbog pogrešne primene materijalnoga prava, ali (posredno) i zbog onih relativno bitnih povreda koje su dovele do pogrešne primene materijalnog prava.⁵⁰ Međutim, u pojedinim sudskim odlukama, kao uslov za donošenje presude zbog izostanka traži se usklađenost činjenica na kojima se zasniva tužbeni zahtev sa dokazima koje je tužilac podneo i opštepoznatim činjenicama: “Prilikom donošenja presude zbog izostanka, prvostepeni sud ne ceni samo da li je tuženik izostao sa glavne rasprave (a uredno je pozvan), već je neophodno da razmotri da li su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev u skladu sa dokazima koje je tužilac podneo ili sa opštepoznatim činjenicama”.⁵¹

Smatramo da bi se izmenom zakona, kojom bi se kao posledica izostanka tuženog za ročišta za glavnu raspravu propisalo donošenje presude na osnovu priznanja, otklonili uzroci navedene neujednačene sudske prakse. Takođe, predloženom izmenom dodatno bi se pojednostavio i ubrzao postupak po žalbi u maličnim sporovima, jer je zakonom propisan manji broj žalbenih razloga za pobijanje presude na osnovu priznanja, u odnosu na žalbene razloge protiv presude zbog izostanka.

Nepostojanje opštepoznatih okolnosti koje su onemogućile dolazak tuženog na ročište. – Uslov za donošenje presude zbog izostanka u opštem postupku da ne postoje opštepoznate okolnosti zbog kojih tuženi nije mogao da dođe na ročište (čl. 351 st. 1, tač. 5 ZPP), može se shodno primeniti i kod donošenja presude zbog izostanka u sporovima male vrednosti.

Donošenje presude zbog izostanka bez predloga tužioca. – U opštem postupku ne traži se da tužilac predloži donošenje presude zbog izostanka, kao uslov za donošenje presude zbog izostanka, a u Zakonu o parničnom postupku iz 1977. godine postojao je taj uslov, s tim da je ako on nije ispunjen, tj. ako tužilac ne predloži donošenje presude zbog izostanka, nastupalo mirovanje postupka. Zato ni za donošenje presude zbog izostanka u parnicama o sporovima male vrednosti po čl. 475 st. 2 ZPP nije nužno da tužilac predloži njeno donošenje, kako je to bilo propisano u čl. 332 st. 1 tač. 2 Zakona o parničnom postupku iz 1977. godine. “Za

⁵⁰ Mihajlo Dika, “Novelirani postupak u sporovima male vrijednosti”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 30, br. 1, Rijeka, 2009, 23.

⁵¹ Iz rešenja Višeg suda u Čačku, Gž. 599/2010 od 19.05.2010, [http://www.propisionline.com/Practice/ Decision/51689](http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51689), 16.09.2020.

donošenje presude zbog izostanka nije potreban predlog tužioca.”⁵² Dakle, donošenje ove presude nije u isključivoj dispoziciji tužioca. U slučaju izostanka tuženog sa ročišta on ne može sprečiti donošenje takve presude. Tužilac spor može okončati na drugi način samo ako ne dođe na ročište, kada nastupa fikcija povlačenja tužbe iz čl. 475 st. 1 ZPP. To znači da na ročištu na kome sud donosi presudu zbog izostanka mora biti prisutan tužilac, jer bi, u protivnom, prioritet u primeni imala odredba iz čl. 475. st. 1 ZPP po kojoj nastupa fikcija povlačenja tužbe u slučaju da tužilac ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a uredno je pozvan.

Upozorenje o posledicama izostanka kao obavezna sadržina poziva za glavnu raspravu. – Obavezna sadržina poziva za glavnu raspravu u sporu male vrednosti (čl. 473 ZPP) usklađena je sa navedenim odredbama o presudi zbog izostanka, tako što je propisano da će se u pozivu za glavnu raspravu navesti da će sud, ako tuženi izostane sa ročišta za glavnu raspravu, da donese presudu zbog izostanka (čl. 351 ZPP). Ako poziv nije sadržao propisano upozorenje o posledicama izostanka tada postoji smetnja za donošenje ove presude jer tuženi nije uredno pozvan.

ZAKLJUČAK

Primena instituta “presude zbog izostanka” u sporovima male vrednosti, olakšana je jer važeći zakon sadrži bolja rešenja nego prethodni, pre svega zato što je ovu vrstu presude detaljno regulisao opštim pravilima redovnog postupka. Međutim, u praksi su se pojavili problemi u tumačenju zakonskih odredaba. Bolje rešenje je da zakonodavac uz smanjenje cenzusa, kao posledicu izostanka tuženog za ročišta za glavnu raspravu propiše nastupanje fikcije priznanja tužbenog zahteva, a time i donošenje presude na osnovu priznanja kada sud uopšte ne primenjuje materijalno pravo, umesto presude zbog izostanka kod koje nastupa fikcija priznanja činjenica, na koje sud mora da primeni materijalno pravo. Ocena uslova za donošenje presude na osnovu priznanja mnogo je jednostavnija nego kod presude zbog izostanka. Isto važi i za postupak po žalbi, jer je manji broj žalbenih razloga za pobijanje presude na osnovu priznanja. Takvo pravilo bilo bi u “ravnoteži” sa fikcijom povlačenja tužbe, kao posledicom izostanka tužioca sa ročišta za glavnu raspravu.

⁵² Odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda od 5. i 25.10. i 7. i 14.11.2006, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/27130>, 16.09.2020.

VLADIMIR VRHOVŠEK

Judge of the High Court in Belgrade

VLADIMIR KOZAR, Ph.D.

Full Professor, Faculty of Law for Commerce

and Judiciary in Novi Sad, University Business Academy in Novi Sad

CONSEQUENCES OF FAILING TO APPEAR IN SMALL CLAIM DISPUTES

Summary

The paper presents the legal provisions, the court practice and the opinions of legal science on the consequences of failing to appear of the parties at a main trial hearing in small claim disputes. After explaining the concept and significance of the small claim disputes, the procedural and legal significance of failing to appear of the plaintiff at a main trial hearing is presented, which is reflected in the appearance of the legal fiction of withdrawal of the lawsuit, which is a consequence that occurs by force of law. Also, the conditions for rendering a default judgement as a consequence of the defendant's failure to appear at a main trial hearing were further analyzed. It was pointed out that the law explicitly stipulates only two special conditions that are necessary for rendering this type of judgement – that the defendant fails to appear at a main trial hearing and that he or she was properly summoned, but that there are problems and inconsistency in the court practice in the interpretation and application of other conditions from the general procedure, such as the conclusiveness of the claim, non-contestation of the plaintiff's request, etc. It has been explained that the essence of the judgement due to the failure to appear is in the legal fiction of acknowledging the facts stated in the lawsuit, to which the court *ex officio* applies substantive law. Finally, proposals for amending the law were given, in order to facilitate the application of procedural norms and increase the efficiency of the procedure.

Key words: small claim dispute, withdrawal of a lawsuit, default judgement

Literatura

- Bodiroga, N., "Neki problemi u primeni zakona o parničnom postupku u sporovima male vrednosti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2015.
- Čizmić, J., "Postupak u sporovima male vrijednosti u svjetlu odredaba novele ZPP 2019.", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom. 41, br. 1, Rijeka, 2020.
- Dika, M., "Novelirani postupak u sporovima male vrijednosti", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Tom 30, br. 1, Rijeka, 2009.
- Kozar V., Petrović Z., Počuča M., *Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo)*, Poslovni biro, Beograd, 2010.
- Kozar V., Počuča M., *Komentar Zakona o parničnom postupku sa novelama iz 2014. godine, sudskom praksom i registrom pojmova*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Poslovni biro, Beograd, 2014.

- Lučić Vidojković A., et al., *Analiza sporova male vrednosti*, Forum sudija Srbije, Beograd, 2019.
- Lutovac Z., “Novine u zakonu o parničnom postupku – novi ZPP”, *Bilten Vrhovnog kasa-
cionog suda*, br. 3, Intermex, Beograd, 2011.
- Poznić B., *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1987.
- Salma M., “Postupak u sporovima male vrednosti”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u
Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2010.
- Stanković G., *Građansko procesno pravo*, Prva sveska, Megatrend univerzitet, Beograd,
2013.
- Triva S., Belajec V., Dika M., *Građansko parnično procesno pravo*, šesto izmenjeno i dopu-
njeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1986.
- Vrhovšek V., Mihajlov M., Čabarkapa J., “Postupak u sporovima male vrednosti”, *Bilten
Višeg suda u Beogradu*, br. 90, Intermex, Beograd, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 21.09.2020.

Prihvaćen: 03.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NEBOJŠA ŠARKIĆ
NINA NIKOLIĆ

OVLAŠĆENJA ORGANA STARATELJSTVA U IZVRŠAVANJU ODLUKA IZ PORODIČNIH ODNOSA PREMA ODREDBAMA ZAKONA O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU

Tema ovog rada je uloga organa starateljstva u postupku izvršavanja kondemnatorkih sudskih odluka koje se odnose na porodične odnose, kao i nedostaci u načinu na koji je regulisana aktuelnim Zakonom o izvršenju i obezbeđenju. Organ starateljstva u izvršnom postupku može da se nađe u ulozi izvršnog poverioca, izvršnog dužnika, protivpoverioca, protivdužnika, učesnika u postupku, trećeg lica, punomoćnika, zakonskog zastupnika, obaveznog učesnika u postupku i fakultativnog učesnika u postupku. Iz zakonskih odredaba se ne može sa sigurnošću utvrditi da li se novčana kazna može izreći organu starateljstva bez obzira na to koju ulogu ima u postupku. Takođe, odredba kojom je predviđeno da dete prinudno oduzima i predaje organ starateljstva uz prisustvo i nadzor suda je u suprotnosti sa isključivo sudskom nadležnošću za izvršavanje činjenja koje može preduzeti samo izvršni dužnik, nečinjenja ili trpljenja... i sl., a po mišljenju autora, organi starateljstva nisu ni osposobljeni niti prikladni za sprovođenje izvršenja, odnosno čina oduzimanja i predaje deteta. Neprecizno je i korišćenje termina "sud" u odredbi koja uređuje oduzimanje i predaju deteta, jer bi se moglo pogrešno protumačiti da bi u ime suda ovu radnju mogao sprovesti umesto sudije i neko drugi poput sudskih izvršitelja.

Ključne reči: organ starateljstva, Zakon o izvršenju i obezbeđenju, sud, uloga, oduzimanje i predaja deteta

Prof. dr Nebojša Šarkić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, e-mail: info@pravnijakultet.rs.

Nina Nikolić, master pravnik, polaznik IX generacije Pravosudne akademije, e-mail: ninaana@vektor.net.

U V O D

Izmene i dopune Zakona o izvršenju i obezbeđenju¹ primenjuju se od 1. januara 2020. godine. Ovim novelama uvedena je izuzetno značajna izmena u procesnom položaju, te obimu ovlašćenja organa starateljstva u postupku predaje i oduzimanja deteta.

Kako se radi o najdelikatnijoj vrsti izvršenja, u ovom članku želimo da iznesemo argumentaciju zašto se protivimo ovakvom zakonskom rešenju i zašto smatramo da ono nije ni pravno utemeljeno, a ni delotvorno.

Po našem shvatanju osnovni nosilac porodičnopravne zaštite je Centar za socijalni rad, a on tu svoju ulogu ostvaruje kroz funkciju organizacionog oblika organa starateljstva. Naše je mišljenje da je zakonodavac morao da koristi institucionalni okvir centara za socijalni rad, a da samo tamo gde se odnosi na određene delatnosti koristi termin organ starateljstva. Ova nelogičnost najbolje se vidi u analizi odredbe člana 131. stav 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju² kojom je predviđeno ovlašćenje suda da: "izvršnom dužniku, dužniku izvršnog dužnika, banci, poslodavcu izvršnog dužnika, Agenciji za privredne registre, Centralnom registru hartija od vrednosti, Republičkom geodetskom zavodu i organu starateljstva može izreći novčane kazne ako ne postupa po nalogu ili zabrani suda ili javnog izvršitelja...". Ovde se, na primer, Republički geodetski zavod označava kao organ koji je pravno lice i koji može biti nosilac prava i obaveza. Ovde se organ starateljstva navodi malim slovima što nam ukazuje na stav zakonodavca da odgovornost neće utvrđivati prema Centru za socijalni rad na određenoj teritoriji već prema organu starateljstva. Organ starateljstva nije pravno lice i sledstveno tome ne bi mogao biti stranka u postupku. No, kako se zakonodavac koristi terminom organ starateljstva i mi ćemo u daljem radu koristiti ovaj termin bez obzira što smatramo da se on morao označiti kao Centar za socijalni rad, a eventualno bi kod opisivanja određenih radnji uključivao organ starateljstva kao organizacioni oblik centara za socijalni rad.³

¹ Izmene i dopune Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 54/19.

² *Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje, 113/17 – autentično tumačenje, 54/19, 9/20 – autentično tumačenje.

³ O tome više, Ranka Vujović, "Procesni položaj organa starateljstva u sudskom parničnom postupku u vezi sa porodičnim odnosima – Porodični zakon", *Zbornik radova PFUB*, Beograd, 2018, 307–325; Gordana Stanković, "Procesni položaj centara za socijalni rad kao organa starateljstva u građanskom sudskom postupku", referat na stručnom skupu "Procesni položaj Centara za socijalni rad pred sudovima", Divčibare, 2013, 53–71; Ranka Vujović, *Lišavanje roditelja roditeljskog prava*, Beograd, 2018, 210–216; Nebojša Šarkić, "Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porodičnih odnosa", *Godišnjak Instituta za socijalnu politiku*, Beograd, 1989, 113–124; Nebojša Šarkić, *Građanski izvršni postupak*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2005, 64–70; Nebojša Šarkić, Milan Počuča,

Mnogo značajnija pitanja, u odnosu na ovaj terminološki spor, su pitanja procesnog položaja i ovlašćenja koja organ starateljstva ima u samom postupku izvršavanja sudskih odluka.

Podsećanja radi, recimo da se organi starateljstva u različitim procesnim ulogama pojavljuju u praktično svim postupcima koji su vezani za porodicu. To su: davanje stručnog mišljenja kod dozvole za sklapanje braka maloletnika u vanparničnom postupku, davanje mišljenja u postupku za produžetak roditeljskog prava ili lišavanje poslovne sposobnosti; aktivno učešće u postupcima za proglašenje nestalog lica ili utvrđivanja činjenice smrti, aktivno učešće u postupcima u kojima sud određuje privremenog zastupnika (kolizioni staratelj) u slučaju postojanja spora između roditelja i dece, a rešenje o postavljanju privremenog zastupnika se bez odlaganja dostavlja organu starateljstva poslednjeg prebivališta ili boravišta tuženog (član 81 ZPP). "Organ starateljstva je dužan da postavi privremenog staratelja licu čije je boravište nepoznato, a ono nema zakonskog zastupnika ili punomoćnika, nepoznatom sopstveniku imovine, licu čiji su interesi u suprotnosti sa interesima njegovog zakonskog zastupnika, odnosno licima koja imaju suprotne interese a istog zakonskog zastupnika (kolizijski staratelj), stranom državljaninu koji se nalazi ili ima imovinu na teritoriji Republike Srbije, licu koje zahteva da mu bude postavljen privremeni staratelj i za to navede opravdan razlog, kao i u drugim slučajevima predviđenim zakonom".⁴

Ipak, pažnju čitalaca zadržaćemo samo na onoj vrsti odluka na osnovu kojih se može tražiti prinudno izvršenje i u kojima organ starateljstva ima značajnu i nezamenljivu ulogu. To su, pre svega, porodični sporovi koji se odnose na imovinska prava između supružnika, kao što su: razvod braka sa pojedinačnim pravima u okviru ovog postupka (poveravanje dece, uređivanje načina viđanja maloletne dece, izdržavanje dece), supružničko izdržavanje, izdržavanje vanbračnih partnera, podela bračne tekovine i sl. Takođe, to su sporovi iz okvira odnosa roditelja i dece poput utvrđivanja ili osporavanja očinstva i materinstva, lišavanje roditelja roditeljskog prava, sporovi u postupku sprečavanja nasilja u porodici i sl. "Organ starateljstva ne samo da ima pravo da pokrene postupak nego je i dužan da to učini čim sazna da su ispunjeni zakonski uslovi za zaštitu prava deteta, vršenje odnosno lišenje roditeljskog prava, kao što ima i obavezu da hitno preduzme mere za zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta pošto sazna za mogućnost na-

"Ovlašćenja organa starateljstva prema izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju", *Pravo – teorija i praksa*, br. 1, Beograd, 2020, 25 i 26.

⁴ Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011, 347.

stupanja razloga za lišenje roditeljskog prava”.⁵ I ovo kratko nabranje može nas uveriti da je ogroman broj vrsta sporova u kojima različitu ulogu igraju centri za socijalni rad.

Nas u ovom radu zanima procesni položaj organa starateljstva u postupku izvršavanja sudskih odluka, te ćemo se zadržati samo na onim sudskim procedurama i odlukama koje u sebi sadrže kondemnatornost (činidbu ili zabranu činjenja, a odnose se na porodične odnose).

UČESNICI U POSTUPKU PREMA ZAKONU O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU

Odredbama člana 2. ZIO predviđeno je značenje pojedinih izraza:

- Potraživanje označava pravo izvršnog poverioca da zahteva od izvršnog dužnika određeno davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje;
- Izvršni poverilac označava lice čije se potraživanje namiruje u izvršnom postupku ili obezbeđuje u postupku obezbeđenja;
- Izvršni dužnik označava lice prema kome se potraživanje namiruje u izvršnom postupku ili obezbeđuje u postupku obezbeđenja;
- Stranka označava izvršnog poverioca i izvršnog dužnika;
- Učesnik u postupku označava lice koje u izvršnom postupku ili u postupku obezbeđenja ostvaruje neko svoje pravo ili pravni interes, a nije stranka u postupku;
- Treće lice označava učesnika u postupku koji tvrdi da na predmetu izvršenja ima pravo koje sprečava sprovođenje izvršenja.

Zakon još spominje organizaciju za prinudnu naplatu, Narodnu banku Srbije, Centralni registar, te ovlašćenog učesnika na tržištu kapitala.

Nažalost, Zakon o izvršenju i obezbeđenju uopšte ne govori o Centru za socijalni rad – organu starateljstva niti ga definiše kao posebnog ili specifičnog učesnika u ovom postupku. U daljoj analizi ćemo videti da organ starateljstva ima mogućnosti, ali i ovlašćenje da se u izvršnom postupku pojavi u gotovo svim oblicima koji su predviđeni u članu 2. Zakona, ali u nekim specifičnim situacijama, te smo uvereni da je obaveza zakonodavca da u narednim izmenama ovaj nedostatak otkloni tako što će najpre definisati položaj organa starateljstva kao dela Centra za socijalni rad, ali potom i bliže urediti njegove različite procesne pozicije.⁶

⁵ *Ibidem*, 327.

⁶ O procesnom položaju centara za socijalni rad u različitim vremenskim periodima, v. Nebojša Šarkić, Dragan Rašić, *Priručnik za primenu Zakona o izvršnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1990; Nebojša Šarkić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, Beo-

MOGUĆI PROCESNI POLOŽAJI ORGANA STARATELJSTVA
PREMA ZAKONU O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU

Izvršni poverilac

Centar za socijalni rad na osnovu svojih zakonskih ovlašćenja može biti učesnik kao stranka u različitim postupcima kao što su: parnični, vanparnični, krivični, upravni ili drugi postupak.⁷

To mogu biti situacije kada na primer radnik Centra za socijalni rad vodi spor protiv Centra ili kada Centar za socijalni rad vodi neki drugi postupak i tada se on pojavljuje u položaju stranke. Ukoliko je reč o sudskoj odluci ili drugoj odluci koja ispunjava kriterijume prema zakonu za podobnost za izvršenje, pojaviće se i u izvršnom postupku u položaju stranke.⁸ U ovakvim slučajevima Centar za socijalni rad najčešće ima status izvršnog poverioca i on mora u potpunosti da se ponaša u skladu sa zakonskim odredbama (podnošenje urednog predloga za izvršenje, dostavljanje izvršne isprave, dostavljanje drugih dokaza koji su neophodni za vođenje postupka, postupanje po nalogu suda ili javnog izvršitelja i sl.).

Kompleksnije pitanje je svakako kada organ starateljstva svoja ovlašćenja crpi iz prava koja mu pripadaju po osnovu posebnih zakona. Tako na primer, po našem mišljenju, to je slučaj kada je Centar za socijalni rad, zastupajući maloletno dete, vodio postupak za ostvarivanje njegovih prava i izdejstvovao takvu odluku.

Kao posebnu specifičnost ovde bismo naveli situaciju kada je po ovlašćenju organa starateljstva vođen postupak da se jedan ili oba roditelja liše roditeljskog prava. Bez obzira da li je parnični sudija u parničnoj presudi samo odlučio da se roditelj A lišava roditeljskog prava, ili je rešio i spor u celosti tako što je utvrdio i obavezu roditelja A, koji je lišen roditeljskog prava, da preda dete npr. drugom roditelju, ustanovi ili organu starateljstva, smatramo da je takva odluka potpuno podobna za sudsko izvršenje, te da se ovde status izvršnog poverioca može dati organu starateljstva.

Izvršni dužnik

Centar za socijalni rad po prirodi stvari može biti i izvršni dužnik. To može da bude postupak izvršenja proistekao iz radnog spora radnika Centra prema

grad, 2016, 314–317; Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, 2013, 274–282; Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 534–537; Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2005, 293–295.

⁷ N. Šarkić, M. Počuča, op. cit., 22.

⁸ V. Mladen Nikolić, Nebojša Šarkić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 2020. – obrazloženje uz član 47, 136–138.

Centru, za na primer neplaćen regres ili iz spora nekog od dobavljača kancelarijskog materijala koji je tužio Centar za socijalni rad za neizmirenu ugovornu obavezu. U takvoj situaciji Centar za socijalni rad je izvršni dužnik u klasičnom smislu reči i tu nikakvih poteškoća nema.

Naravno, specifičnost položaja Centra za socijalni rad bi, na primer, bila kada bi roditelj koji smatra da su ispunjeni uslovi za vraćanje roditeljskog prava, a postupak za lišavanje roditeljskog prava je vodio Centar podnošenjem tužbe, dobio spor protiv Centra, kada bi, nakon izdejstvovanja izvršne isprave kao izvršnog dužnika označio organ starateljstva.⁹ Ovo naročito u situaciji ukoliko je organ starateljstva dete smestio u kolektivni smeštaj (ustanovu za zbrinjavanje dece bez roditeljskog staranja) ili u porodični smeštaj – hraniteljsku porodicu. U ovakvim slučajevima, po našem mišljenju, organ starateljstva je izvršni dužnik bez obzira na činjenicu gde se dete faktički nalazi pa se izvršni postupak prema njemu može i sprovesti jer je on označen izvršnom ispravom kao tuženi odnosno protivnik predlagača u vanparničnom postupku.

Protivpoverilac – protivdužnik

Odredbama člana 113. do 120. Zakona o izvršenju i obezbeđenju uređuje se postupak protivizvršenja. Iako zakon ne poznaje izraze protivpoverilac i protivdužnik, jer izvršni poverilac i izvršni dužnik zadržavaju te nazive i u postupku protivizvršenja (iako menjaju uloge i status u materijalnopravnom smislu) mi ćemo ih za potrebe ovog članka koristiti. Tako se Centar za socijalni rad može naći u ulozi protivpoverioca ili protivdužnika ukoliko je u međuvremenu došlo do promene njihovog procesnog i materijalnopavnog položaja usled ispunjenosti uslova za protivizvršenje. Moguće su situacije ukoliko je, na primer, dozvoljeno izvršenje pa je izvršna isprava ukinuta ili preinačena od strane Vrhovnog kassacionog suda u postupku revizije, ukinuta klauzula pravosnažnosti ili izvršnosti i sl. Dakle, protivizvršenje je situacija koja može nastati kada je došlo do sprovođenja izvršenja, a potom je došlo do ispunjenja okolnosti iz člana 115 zakona.

Učesnik u postupku

Organ starateljstva može se koristiti ovim procesnim položajem kada je reč o zaštiti pre svega interesa maloletnog deteta. Smatramo da organu starateljstva priliči status učesnika u postupku jer on štiteći interese deteta na taj način isto-

⁹ N. Šarkić, M. Počuča, op. cit., 23.

vremeno ostvaruje svoje pravo kao i pravni interes imajući u vidu ostvarivanje funkcije zbog koje je kao javna služba osnovan. Tako on može intervenirati u izvršnom postupku ili na drugi način obezbediti sebi učešće kada su u pitanju izvršenja odluka iz porodičnih materija. Ovakvo stanovište obrazložimo odredbom člana 371. zakona koji predviđa da sud posebno vodi računa o tome da se što je moguće bolje zaštite interesi deteta. Ovakvo opredeljenje suda proističe iz međunarodnih dokumenata (Konvencija o ljudskim pravima i Konvencija o zaštiti prava deteta), Ustava Republike Srbije, te Porodičnog zakona Republike Srbije. Po našem mišljenju, loša formulacija odredaba člana 371. stav 1. je u tome što obavezu vođenja računa o najboljim interesima deteta utvrđuje samo prema sudu. Po našem mišljenju, ova obaveza bi se morala prostirati na sve učesnike u postupku (tako, na primer, javne izvršitelje ukoliko sprovode novčana potraživanja izdržavanja deteta, ali i druge učesnike u postupku poput organa starateljstva, psihologa ili drugih radnika organa starateljstva, radnika Ministarstva unutrašnjih poslova, zdravstvenih radnika i sl.). U tom smislu, naša formulacija bi bila znatno proširena, te bi se odnosila na to da svi učesnici u izvršnom postupku moraju voditi računa o zaštiti najboljih interesa deteta.

To je i razlog zašto smatramo da se organu starateljstva u svakom slučaju mora obezbediti status učesnika u postupku kada god se radi o interesima deteta.

Treće lice

Retko će se desiti situacija u kojoj bi se Centar za socijalni rad pojavio u izvršnom postupku u položaju trećeg lica, ali tu mogućnost ne možemo sasvim isključiti. Ipak je moguće da se u nekom slučaju dogodi da, iako se izvršenje sprovodi prema nekom drugom licu kao izvršnom dužniku, da se prilikom sprovođenja izvršenja obuhvati neka imovina Centra. Tada bi svakako Centar za socijalni rad intervenisao u tom izvršnom postupku prigovorom trećeg lica u skladu sa odredbama člana 108–111 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, sa svim pravima koja trećem licu u skladu sa zakonom pripadaju.

Punomoćnik. – Osim drugih brojnih ovlašćenja ali i zadataka koji su mu stavljeni u nadležnost, organ starateljstva može pružiti pravnu ili drugu pomoć porodicama ili određenim socijalnim kategorijama. Radi ostvarivanja ovih ovlašćenja organ starateljstva ima pravo da u ime lica o kojima brine (samohrani roditelji, lica sa posebnim potrebama, lica u posebnim socijalnim kategorijama i sl.) pokreće i vodi postupak u parničnom, vanparničnom, izvršnom ili drugom postupku. Tada organ starateljstva ima samo položaj punomoćnika zato što se kre-

će u okviru ovlašćenja koja mu daje korisnik socijalne zaštite, a organ starateljstva svojim stručnim znanjem i umešnošću pomaže mu u ostvarivanju ovih prava.¹⁰

Zakonski zastupnik

Organ starateljstva ima procesnu ulogu zakonskog zastupnika u svim slučajevima kada je to izričito predviđeno posebnim zakonom, na primer Porodičnim. On se može javljati kao supsidijarni zastupnik. Ako je, na primer, maloletnom detetu ili ostarelom licu koje je lišeno poslovne sposobnosti određen staralac, a on svojim radnjama ne vrši adekvatnu zaštitu svog štićenika, organ starateljstva kao univerzalni zakonski zastupnik lica bez poslovne sposobnosti može delovati. "Organ starateljstva, koji vrši nadzor nad radom staratelja, u navedenom slučaju dužan je da po službenoj dužnosti razreši staratelja u roku od 30 dana od dana kada utvrdi da staratelj obavlja svoju dužnost nesavesno ili da bi za štićenika bilo korisnije da mu se za staratelja postavi drugo lice. Ukoliko nakon razrešenja staratelja, organ starateljstva sam obavlja funkciju staratelja, reč je o neposrednom starateljstvu. U tom slučaju, organ starateljstva mora posebnim rešenjem odrediti stručnjaka organa starateljstva koji će u njegovo ime obavljati poslove staratelja, kao što može, takođe, odrediti da samo pojedine poslove iz svoje nadležnosti poveri određenim stručnim licima koja će ih obavljati u ime organa starateljstva i pod njegovim nadzorom".¹¹ Posebno može delovati u situaciji kada se radi o zaštiti interesa dece bez roditeljskog staranja. Može tražiti zaštitu i imovinskih interesa deteta koristeći se opštim pravilima.

U postupku izvršenja on kao zakonski zastupnik, iako nije stranka, ima praktično sva ovlašćenja izvršnog poverioca ili izvršnog dužnika, zavisno u kojoj poziciji se nalazi zastupano lice.¹²

Obavezni učesnik postupka

I ova odrednica potvrđuje našu osnovnu tezu da je ozbiljan propust zakonodavca što posebno nije uredio pitanja procesnog položaja organa starateljstva. U odredbama koje ćemo kasnije detaljnije analizirati, a koje se odnose na predaju i oduzimanje deteta, zakonodavac predviđa imperativnim odredbama radnje i ulogu organa starateljstva u ovim postupcima. U tom smislu status organa stara-

¹⁰ O poslovima punomoćnika u izvršnom postupku vidi obrazloženje uz članove 31, 142: M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit.

¹¹ M. Draškić, op. cit., 341 i 350–351.

¹² O zastupanju vidi obrazloženje uz članove 29. i 142, M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit.

teljstva, imajući u vidu da je reč o imperativnim odrebama zakona, je po svemu status obaveznog učesnika u postupku, te se on ne može ni menjati, ni prilagodavati, ali ni izbegavati.¹³

Fakultativni učesnik u postupku

Ovaj deo članka se oslanja i povezan je sa delom koji govori o organu starateljstva kao učesniku u postupku izvršenja, ali smo smatrali da posebno treba ukazati na fakultativno učešće, kao prethodno i na obavezno.

Za razliku od slučajeva (predaja i oduzimanje deteta) gde je učešće organa starateljstva obavezno, postoje naravno i situacije koje podrazumevaju fakultativno učešće organa starateljstva. Tako, na primer, prilikom odlučivanja za koju će se od predviđenih mera, koje mu stoje na raspolaganju, u postupku sprovođenja odluka iz porodičnih odnosa sudija koristiti, može zatražiti mišljenje organa starateljstva. Mišljenje organa starateljstva sudija će da pribavi i u drugim situacijama kada smatra da je to neophodno radi sagledavanja opštih okolnosti koje mogu uticati na sam postupak sprovođenja izvršenja. Tako će sud konsultovati organ starateljstva da li ima posebne informacije ili podatke koji su od značaja za sprovođenje izvršenja, da li je organ starateljstva već analizirao spornu porodicu ili nekog od članova te porodice u ranijim postupcima (osobe sa poremećajem u ponašanju, osobe sa posebnim potrebama i sl.).

Kada govorimo o fakultativnom učešću organa starateljstva u postupku sprovođenja izvršenja, ovaj procesni položaj vezali bismo za status lica koja daju stručno mišljenje u određenim postupcima. Ne bismo, naravno, izvlačili znak jednakosti između davanja stručnog mišljenja i veštačenja u užem smislu reči, mada organi starateljstva imaju sasvim sigurno dosta elemenata koje bismo mogli da vežemo i za postupak veštačenja. Stručno mišljenje koje daje organ starateljstva mora biti bazirano na struci, što je i osnovno obeležje veštačenja. Takođe, organ starateljstva mora iskazati potpunu nezavisnost i nepristrasnost, koja takođe mora da krasi veštaka. Fakultativni učesnik u postupku, dakle, bio bi specifičan vid pribavljanja stručnog mišljenja koje pomaže sudiji da valjano donese odluku ili da već donetu odluku na najbolji mogući način sprovede.¹⁴

¹³ O obaveznom učešću organa starateljstva u izvršnom postupku v. obrazloženje uz član 375. i član 376, M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit.

¹⁴ O ovlašćenjima fakultativnog učesnika pogledati obrazloženje uz član 375, M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit.

ODREDBE ZIO O OVLAŠĆENJIMA ORGANA STARATELJSTVA

Zakon o izvršenju i obezbeđenju u svega četiri člana spominje organ starateljstva. S obzirom na ozbiljan broj problema, analiziraćemo svaku od ovih odredaba.

Član 131. – Ovu odredbu smo već delimično analizirali kod polemike oko toga koji se termin ima koristiti u odnosu na Centar za socijalni rad, odnosno organ starateljstva.

Ovde ćemo ukazati na naše neslaganje sa činjenicom da se, bez ikakvih bližih kriterijuma, organ starateljstva uvršćuje u kategoriju drugih subjekata kojima se može izreći novčana kazna zbog nepostupanja po nalogu suda. I ovde nam nedostaje distinkcija u odnosu na to o kojem se procesnom položaju organa starateljstva radi. U slučajevima kada je organ starateljstva učesnik u postupku ili fakultativni učesnik u postupku, onda se sigurno odredba o novčanom kažnjavanju može primenjivati i na njega. Po našem shvatanju, odgovor na ovo pitanje je potpuno drugačiji u slučajevima kada je organ starateljstva obavezni učesnik u postupku. Smatramo da se po imperativnoj zakonskoj odredbi izvršenje bez njega ne može sprovesti, što ima za posledicu da je on obavezni učesnik u postupanju. On je gotovo ravnopravan sa sudom u pogledu procenjivanja i preduzimanja mera kojima se sprovodi izvršenje, te je dosta nelogično da sud može izricati novčanu kaznu takvom subjektu u sprovođenju izvršenja, bez čijeg delovanja se zapravo izvršenje ne može sprovesti. Takođe, ovde zakonodavac ne daje ni objektivne, ali čak ni subjektivizirane kriterijume šta se ima smatrati “nepostupanje po nalogu ili zabrani suda ili javnog izvršitelja”.

Ukoliko bi se ova odredba razrađivala, onda bismo mogli da napravimo distinkciju na slučajeve kada je sud vlasnik organu starateljstva izrekne novčanu kaznu i to pre svega onda kada organ starateljstva postupa po nalogu suda (odnosno ne postupa po nalogu suda ili izričitoj zabrani suda) u odnosu na slučajeve kada organ starateljstva preduzima radnje u postupku na koje je ovlašćen ZIO ili na primer Porodičnim zakonom. Svakako da bi najdelotvornije rešenje bilo ukoliko bi ZIO nekoliko normi bliže posvetio problematici prava i obaveza organa starateljstva u izvršnom postupku. Tada bi se jasno moglo utvrditi i u kojim slučajevima postoji moguća potencijalna odgovornost za nepostupanje ili postupanje suprotno nalogu suda.

Član 369. – Ovom odredbom ZIO predviđa ovlašćenja za podnošenje predloga za izvršenje u slučajevima Glave 5. zakona kojima se uređuju pitanja izvršavanja odluka u vezi sa porodičnim odnosima. Zakon predviđa da predlog za izvršenje u ovoj vrsti izvršenja može podneti roditelj kome je povereno vršenje

roditeljskog prava, drugo lice ili ustanova kojoj je dete povereno na čuvanje i vaspitavanje i organ starateljstva.

Osim lica koja su navedena u ovom članu, koja mogu podneti predlog za izvršenje, čini nam se da je zakonodavac morao preciznije da reguliše pojam “druga lica ili ustanova kojoj je dete povereno na čuvanje ili vaspitanje”. To su po našem mišljenju usvojilac, staratelj, hranitelj, srodnik sa priznatim pravom na primer na viđanje deteta i sl.

Organ starateljstva, dakle, ima uvek ovlašćenje da pokrene postupak i da učestvuje u postupku kada se radi o pravima deteta i tada ima položaj izvršnog poverioca. Takođe treba naglasiti da ova odredba predstavlja zakonsko odstupanje od načela formalnog legaliteta jer predlog za izvršenje može podneti lice koje nije naznačeno kao izvršni poverilac u izvršnoj ispravi.^{15,16}

Član 375. – Rubrum iznad člana 375 ZIO (Dostavljanje rešenja o izvršenju organu starateljstva. Uloga psihologa organa starateljstva), po našem mišljenju, nije odgovarajući. On se sastoji iz dva potpuno različita dela, a i po značaju ovi delovi se ni u kom slučaju ne mogu porediti. Tako je predviđeno dostavljanje rešenja o izvršenju organu starateljstva, što predstavlja tehniku postupanja u odnosu na drugi deo naslova, koji podrazumeva ulogu psihologa organa starateljstva. Sasvim je sigurno da je ovaj drugi deo morao biti posebno apostrofiran i stavljen u poseban član. U stavu 1. člana 375 Zakon predviđa se da se najkasnije deset dana pre početka izvršenja rešenje o izvršenju dostavlja nadležnom organu starateljstva u čije ime u izvršnom postupku učestvuje psiholog. Čini se da je ovu odredbu osmislio neko ko nikada nije radio ovakvu vrstu predmeta, niti zna suštinu ovakve vrste izvršenja. Deset dana može biti čitava večnost u postupku predaje i oduzimanja deteta. Zakonodavac se koristio izuzetno kratkim rokovima kod npr. izrade odluke (tri dana i sl.), a u postupku oduzimanja deteta predviđa rok od “najkasnije deset dana”.

U stavu 2. navedenog člana zakon predviđa kome se dostavlja poziv za učestvovanje u izvršnom postupku ako je to neophodno (škola, porodično savetova-lište ili druga specijalizovana ustanova).

Zakon predviđa obavezu psihologa organa starateljstva da izvrši pregled i utvrdi emocionalni status deteta i način njegovog reagovanja na stres, te mehanizam prevazilaženja, brzinu prilagođavanja na promene, emocionalne odnose deteta i lica sa kojim dete živi ili lica kome treba da bude predato i druge činjenice koje su značajne za samo organizovanje radnji izvršenja. Zakon predviđa i obave-

¹⁵ O načelu formalnog legaliteta kao i drugim načelima koja važe u izvršnom postupku, v. detaljnije M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit.

¹⁶ N. Šarkić, M. Počuča, op. cit., 28.

zu psihologa da obavi informativno-savetodavni rad sa licima sa kojima dete živi, te da pokuša da izdejstvuje dobrovoljnu predaju deteta. Tom prilikom svakako je preporučljivo upoznati izvršnog dužnika s tim da bi dobrovoljna predaja deteta bila mnogo prikladnija i da bi se na taj način izbegle brojne traumatične situacije.

Organ starateljstva može predložiti sudu detaljnije uslove uređivanja prostora u kome se sprovodi izvršenje, te način predaje deteta. Ovo će učiniti nakon ranije obavljenih radnji, analitičke procene stanja na terenu, te psihološkog profila deteta. Psiholog organa starateljstva dužan je da se i pre izvršenja i u toku samog izvršenja rukovodi zaštitom najboljeg interesa deteta, što je već utvrđeno u članu 371 zakona i što predstavlja standard u ovoj vrsti postupka.

Član 376. – Jedna od najspornijih odredaba, po našem mišljenju, u čitavom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju je odredba člana 376. stav 2. Ona doslovce predviđa: “dete prinudno oduzima i predaje organ starateljstva uz prisustvo i nadzor suda”. U samo jednoj rečenici napravljene su dve, po našem mišljenju, katastrofalne greške.

Naime, član 1. Zakona o izvršenju i obezbeđenju uređuje postupak u kome sudovi i javni izvršitelji prinudno namiruju potraživanje izvršnog poverioca. Dakle, čitav zakon posvećen je sudskom i javnoizvršiteljskom sprovođenju izvršenja.

Zatim, član 4. zakona predviđa da je sud isključivo nadležan za izvršavanje činjenja koje može preduzeti samo izvršni dužnik, nečinjenja ili trpljenja... i sl.

Dalje, član 368. u stavu 2. ZIO predviđa da prinudno oduzimanje deteta sprovodi sud na čijem se području dete zatekne, po službenoj dužnosti ili na zahtev stranke koja je podnela predlog za izvršenje. U stavu 3. je predviđeno da sud koji je nadležan za odlučivanje o predlogu za izvršenje može određene izvršne radnje poveriti sudu koji nije nadležan za sprovođenje izvršenja.

Na osnovu gore iznetog nedvosmisleno je da se u čitavom zakonu isključivo govori o sudskoj ingerenciji za sprovođenje izvršenja u ovako delikatnim situacijama kao što je predaja i oduzimanje deteta. Uvođenje obaveze ali i ovlašćenja organa starateljstva da prinudno oduzima dete (sam čin, odnosno radnju oduzimanja i predaje) je najblaže rečeno veoma diskutabilno, a u krajnjem i nedelotvorno. To je pravno neutemeljeno i samim tim neodrživo.¹⁷

Još jednom ponavljamo naše shvatanje da je organ starateljstva od izuzetnog značaja u postupku sprovođenja izvršenja, ali kao obavezni učesnik u postupku i najbližiji i neizostavan saradnik suda. Tim organa starateljstva (psiholog, pedagog, socijalni radnik, pravnik i sl.) čine stručni tim koji na bazi svog iskustva i znanja pomaže sudu u realizaciji najdelikatnijih odluka iz porodičnih odnosa. Međutim, sud se ne može osloboditi obaveze i lišiti ovlašćenja kada je u pita-

¹⁷ N. Šarkić, M. Počuča, op. cit., 26.

nju oduzimanje i predaja deteta i preneti ovo ovlašćenje u sprovođenju izvršenja na organ starateljstva.

Potpuno je besmisleno da se ovako krupno ovlašćenje prenosi na organ starateljstva zakonom kojim se uređuje izvršna materija u građanskim stvarima. Centri za socijalni rad imaju posebne propise kojima se uređuju njihova prava i obaveze, te se s pravom postavlja pitanje mogućnosti da se u drugom zakonu propisuje ovako teška i komplikovana obaveza. Po našem mišljenju, organi starateljstva nisu ni osposobljeni niti prikladni za sprovođenje izvršenja, odnosno čina oduzimanja i predaje deteta jer se radi o najsuptilnijim porodičnim odnosima. U postupku sprovođenja izvršenja moraju se koristiti i drugi mehanizmi kao što su novčano kažnjavanje, nalog za udaljenje lica koje sprečava sprovođenje izvršenja, privremeno lišenje slobode lica koje, ometajući izvršenje, dovede u opasnost život deteta ili drugih učesnika u postupku, posredovanje u rešavanju spora i sl. Organ starateljstva nema ni ovakve moći niti znanja za korišćenje ovih sredstava. To je i razlog zašto ostajemo kategorički pri tvrdnji da se ovo ovlašćenje nije moglo preneti na organ starateljstva iz sudske nadležnosti.¹⁸

Druga veoma ozbiljna stvar koja nas je zabrinula je korišćenje termina sud. U svim ranije važećim propisima, kada se uređivalo pitanje sprovođenja izvršenja u postupcima iz porodičnih odnosa, uvek se koristio termin sudija. Ovo je bilo sasvim opravdano da bi se utvrdilo, a time i odredilo ko je odgovoran za sprovođenje ovakve vrste izvršenja. On (sudija) je "naoružan" određenim pravima u skladu sa zakonom, ali je i omeđen zakonskim ograničenjima u primeni ovih propisa. Dakle, korišćenje termina sud može zamagliti određenu individualnu odgovornost za postupanje u određenoj pravnoj stvari. Pojam sud je genusni pojam koji podrazumeva sudsko delovanje, a što bi se pak dalje moglo protumačiti da bi u ime suda ovu radnju mogao sprovoditi i neko drugi poput službenih lica suda (sudski izvršitelj), lice koje je na obuci za obavljanje poslova (pripravnici koji rade u sudu, sudijski pomoćnici i sl.).¹⁹

Naše mišljenje je da ovu odredbu u najkraćem mogućem roku treba promieniti tako što će se ponovo vratiti termin sudija kao nosilac prava i obaveze u postupku sprovođenja izvršenja (dakle, isključivo je sudija taj koji sprovodi radnju oduzimanja i predaje deteta), a ulogu organa starateljstva svesti na ulogu obaveznog učesnika u postupku i pomoćnog organa suda (davalac stručnog mišljenja – obavezni stručni konsultant).²⁰

¹⁸ N. Šarkić, M. Počuča, op. cit., 26 i 27.

¹⁹ *Ibidem*, 30.

²⁰ V. detaljnije obrazloženje uz član 376, M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit.

Članovi 379. i 380. – Ova dva člana regulišu pitanje izvršnih radnji održavanja ličnih odnosa sa detetom, te izvršenja radi zaštite od nasilja u porodici, zaštite prava deteta i drugih odluka u vezi sa porodičnim odnosima.

Ova dva člana Zakona o izvršenju i obezbeđenju zapravo ne govore ništa. Oni samo upućuju na to da će se u pogledu ovih izuzetno delikatnih spornih odnosa primenjivati odredbe člana 368, 370, 371, 373, 374, 375, 376. i 377. zakona, odnosno da će se shodno primenjivati odredbe Glave 5 ZIO.

Ovakve dve odredbe smatramo gotovo potpuno praznim. Zakonodavac nije našao za shodno da kaže nijednu jedinu rečenicu oko toga kako će se sprovesti odluke koje se odnose na uređivanje načina viđanja dece, promenjene okolnosti u pogledu načina viđanja dece, uređivanje odnosa između roditelja i dece i slično.

Još je gora situacija vezana za sprečavanje nasilja u porodici. Nesporno je da je ova materija regulisana posebnim zakonom koji se bavi sprečavanjem nasilja u porodici, Porodičnim zakonom, Zakonom o parničnom postupku koji predviđa mogućnost izricanja privremenih mera prema pravilima porodičnog zakonodavstva, kao i da se u samom izvršnom postupku može izreći privremena mera kada se radi o zaštiti od nasilja ili trpljenju nenadoknadle štete.

Sve su ovo potencijalne mogućnosti koje, kada analiziramo normativni supstrat, deluju veoma zadovoljavajuće. Nažalost, sa stanovišta izvršnog prava mi nemamo nikakve mehanizme koji će urediti način sprovođenja izvršenja na primer kod privremenih mera, niti govore o ulozi suda u postupku izvršavanja odluka o povredi prava deteta ili drugih prava iz porodičnih odnosa.

Čini nam se više nego nužnim da zakonodavac u najkraćem mogućem roku potpuno preuredi Glavu 5 Zakona o izvršenju i obezbeđenju i detaljno uredi ova i druga sporna pitanja.

ZAKLJUČAK

Iako se izmene i dopune Zakona o izvršenju i obezbeđenju primenjuju od 01.01.2020. godine, čini se da proces uređivanja zakonodavnog okvira koji reguliše izvršenje ne bi trebalo time da bude okončan, već da bi trebalo pristupiti jednoj temeljnoj izmeni izvršnog zakonodavstva.

Pre svega, zakon se mora podeliti u dva dela, to jest treba doneti dva zakona, s tim da se u posebnom zakonu urede takozvana statusna pitanja imenovanja, rada i odgovornosti javnih izvršitelja.

Takođe, postojeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju morao bi da se temeljno preispita i sa stanovišta jezičke preciznosti i korišćenja neadekvatnih termina. Primera radi, u članu 373. Glava 5 Zakona uređuju se pitanja sredstava izvršenja koja

se mogu koristiti prilikom sprovođenja izvršenja u porodičnim odnosima. Stav 2. ovoga člana počinje sa: "ona mogu da se odrede...". Čini se gotovo i nepotrebno gubiti vreme i energiju na neadekvatnost ovakvog jezičkog određivanja i formulacije pravnih normi.

Ipak, mnogo ozbiljnije pitanje je pitanje zašto ZIO nije uredio procesni položaj organa starateljstva. U članu 2. zakona svakako bi trebalo naznačiti jezičku razliku između Centra za socijalni rad – organa starateljstva, a potom i različite procesne položaje u kojima organ starateljstva može da bude prisutan u toku odlučivanja i sprovođenja izvršenja.

Po našem mišljenju najvažnije je pitanje da se reformiše cela Glava 5 ZIO koja se odnosi na izvršenje iz porodičnih odnosa. Ovde bi morali da napravimo distinkciju kada je organ starateljstva fakultativni, a kada obavezni učesnik u postupku. Takođe, moralo bi da se utvrdi da se izvršenje radi oduzimanja i predaje deteta isključivo sprovodi od strane sudije uz podršku organa starateljstva.

Takođe, moraju se dopuniti odredbe Glave 5 vezane za pitanja kao što su legitimacija kod sprovođenja izvršavanja sudskih presuda povodom lišavanja roditelja roditeljskog prava, uređivanje pitanja privremenih mera, uređivanje mehanizma zaštite dece u svim sudskim sporovima, te najviših standarda u zaštiti prava deteta.

Neophodno je utvrditi ulogu organa starateljstva i u drugim postupcima kao što su uređivanje ličnih odnosa roditelja i dece, održavanje, imovinski sporovi i sl. Svakako najveću pažnju treba posvetiti odlukama iz sporova o sprečavanju nasilja u porodici, te razraditi mehanizme sprovođenja ovih odluka.

Obaveza utvrđivanja najboljih interesa deteta u izvršnom postupku ne sme se ograničiti samo na sud već se mora proširiti na sve subjekte koji učestvuju u izvršnom postupku: javne izvršitelje, kada oni postupaju kod naplate izdržavanja, organe starateljstva, zdravstvene radnike, pripadnike Ministarstva unutrašnjih poslova, veštake ili davaoce stručnih mišljenja, prevodioce i tumače i sl.

Činjenica da ovih sporova brojčano nema mnogo ne sme ni na trenutak da zamagli našu vizuru, te da zbog toga ovim predmetima ne posvećujemo odgovarajuću pažnju. Nažalost, moramo da konstatujemo da su se neopravdano u javnoj raspravi, u najširoj ali i u stručnoj javnosti uglavnom isticali argumenti koji su se odnosili na brojčano dominantne predmete poput naplate komunalnih i njima srodnih potraživanja ili elektronskog javnog nadmetanja i sl. Nesporno je da je broj predmeta iz ove oblasti relativno mali, ali su oni po svom značaju i specifičnoj težini sprovođenja izuzetni, te im se mora posvetiti maksimalna pažnja kako u pogledu normativnog uređivanja, tako i u pogledu sprovođenja zakonskih odredaba.

Prof. Dr. NEBOJŠA ŠARKIĆ

Full Professor, Faculty of Law, Union University, Belgrade

Mr. NINA NIKOLIĆ

Trainee of the IX generation of the Judicial Academy

THE POWERS OF THE CUSTODIAL AUTHORITY IN ENFORCEMENT
OF JUDGEMENTS CONCERNING FAMILY RELATIONSHIPS ACCORDING
TO THE PROVISIONS OF THE LAW ON ENFORCEMENT
AND SECURITY INTEREST

Summary

This paper considers the role of the custodial authority in the enforcement of final judgments concerning family relationships, as well as faults in the way this role was regulated by the Law on Enforcement and Security Interest. In enforcement proceedings, the custodial authority can act as an enforcement creditor, enforcement debtor, a counter - enforcement creditor, a counter - enforcement debtor, a participant in the proceedings, a third party, a proxy, a legal representative, an obligatory participant in the proceedings or an optional participant in the proceedings. It can't be determined with certainty from the legal provisions whether the custodial authority can be fined regardless of his role in the proceedings. Also, the provision which prescribes that a child shall be apprehended and surrendered by the custodial authority in the presence and with supervision of the court is opposite to exclusive court jurisdiction for action which can only be taken by enforcement debtor, omission or sufferance... etc, and according to the author, custodial authorities are neither qualified nor appropriate for enforcement, i. e. the act of apprehension and surrender of a child. The use of the term "court" in the provision which regulates apprehension and surrender of a child is imprecise, because it could be misinterpreted that someone else, such as judicial enforcement officers, could undertake this action on behalf of a court.

Key words: custodial authority, Law on enforcement and security interest, court, role, apprehension and surrender of a child

Literatura

Draškić M., *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011.

Nikolić M., Šarkić N., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 2020.

Stanković G., *Procesni položaj centara za socijalni rad kao organa starateljstva u građanskom sudskom postupku*, Divčibare, 2013.

Šarkić N., Nikolić M., *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2005.

Šarkić N., Rašić D., *Priručnik za primenu Zakona o izvršnom postupku SA*, Beograd, 1990.

Šarkić N., *Građanski izvršni postupak*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2005.

- Šarkić N., *Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porodičnih odnosa*, Socijalno pravo, 1991.
- Šarkić N., “Izvršenje sudskih odluka u sporovima iz porodičnih odnosa”, *Godišnjak Instituta za socijalnu politiku*, Beograd, 1989.
- Šarkić N., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, 2016.
- Šarkić N., Nikolić M., *Komentar Zakona o izvršnom postupku* SG, Beograd, 2009.
- Šarkić N., Nikolić M., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, 2013.
- Šarkić N., Počuča M., “Ovlašćenja organa starateljstva prema izmenama Zakona o izvršenju i obezbeđenju”, *Pravo, teorija i praksa*, br. 1, Beograd, 2020.
- Vujović R., *Lišavanje roditelja roditeljskog prava*, Beograd, 2018.
- Vujović R., “Procesni položaj organa starateljstva u sudskom parničnom postupku u vezi sa porodičnim odnosima – Porodični zakon”, *Zbornik radova PFUB*, Beograd, 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 20.06.2020.

Prihvaćen: 29.07.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

FORMALNA I FAKTIČKA EKSPROPRIJACIJA

Eksproprijacija je prinudno lišavanje prava svojine u javnom interesu i predstavlja vid ograničavanja prava svojine. Kod formalne eksproprijacije oduzimanje imovine zasnovano je na zakonitom aktu države, dok je kod faktičke eksproprijacije to oduzimanje nezakonito jer ne postoji formalni akt države na osnovu kojeg se vrši oduzimanje. Postupak formalne eksproprijacije regulisan je Zakonom o eksproprijaciji i odvija se pred upravnim organom. Po pravilima vanparničnog postupka postupa se kada nije postignut sporazum o visini naknade pred upravnim organom, te se pred vanparničnim sudom određuje visina naknade i nalaže krajnjem korisniku da određenu naknadu isplati. U postupku za određivanje naknade za ekspropriisanu nepokretnost sud ima zadatak da odredi pravičnu naknadu tako da ne dođe do neosnovanog obogaćenja sopstvenika nepokretnosti i osiromašenja korisnika eksproprijacije ili obrnuto. U slučaju faktičke eksproprijacije ne postoji pravnosnažno rešenje o eksproprijaciji kojim je ekspropriisana nepokretnost određenog vlasnika nepokretnosti jer postupak eksproprijacije nije sproveden, te je parnični sud nadležan da odlučuje o faktičkoj eksproprijaciji jer postoji spor koji treba da bude rešen pošto je vlasnik lišen prava na mirno uživanje svojine. Kod faktičke eksproprijacije vlasniku nepokretnosti pripada naknada koja mora da odgovara stvarnoj vrednosti oduzete nepokretnosti, odnosno ograničavanju prava na njoj.

Ključne reči: formalna eksproprijacija, neformalna eksproprijacija, naknada, vanparnični postupak, stručno mišljenje, veštačenje, parnični postupak

U V O D

Formalno lišenje prava svojine podrazumeva oduzimanje prava svojine na osnovu zakonitog akta državne vlasti ili akta privatnopravnog karaktera, čija je posledica da se pravo titulara gasi, a na istom predmetu se uspostavlja vlasništvo države ili drugih pravnih ili fizičkih lica. U formalne oblike lišenja prava svojine svrstavaju se nacionalizacija, konfiskacija i eksproprijacija.

Eksproprijacija je prinudno lišavanje prava svojine u javnom interesu i predstavlja vid ograničavanja ili oduzimanja prava svojine. U zavisnosti od toga da li je donet zakonski akt državne vlasti da se pravo svojine vlasnika – titulara prava svojine na nepokretnosti gasi i uspostavlja vlasništvo države, ovo ograničenje prava svojine odnosno eksproprijacija može biti formalno ili faktičko. Kod faktičke ili *de facto* eksproprijacije oduzimanje prava svojine ne zasniva se na odluci donetoj u skladu sa zakonom. Ona postoji onda kada država preduzima određene mere usled kojih je titular prava faktički onemogućen da se i dalje koristi svojim pravom, odnosno *de facto* je lišen mogućnosti da uživa svoje pravo. Kod formalne eksproprijacije oduzimanje imovine je zasnovano na zakonitom aktu države, dok je kod faktičke to oduzimanje nezakonito jer ne postoji formalni akt države na osnovu kojeg se vrši oduzimanje.¹ Indirektna eksproprijacija postoji u slučaju da se oduzimanje imovine vrši bez zakonitog akta, te je oduzimanje na početku nezakonito, ali je naknadno ozakonjeno donetim propisima o sticanju svojine od strane države.

POSTUPAK EKSPROPRIJACIJE

U domaćem pravu postupak formalne eksproprijacije regulisan je odredbama Zakona o eksproprijaciji² kojim su određeni korisnici eksproprijacije, predmet eksproprijacije i javni interes zbog koga se ona vrši. Eksproprijacija se može vršiti za potrebe Republike Srbije, autonomne pokrajine, grada, grada Beograda, gradske opštine, javnih fondova, javnih preduzeća, privrednih društava koja su osnovana od strane javnih preduzeća, kao i za potrebe privrednih društava sa ve-

¹ Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Beograd, 2006, 374: "Neophodno je da je titular mogao legitimno da očekuje da kontinuirano uživa svoje pravo svojine da nije bilo nezakonitog akta države koji ga je *de facto* lišio prava svojine. Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni".

² Zakon o eksproprijaciji, *Službeni glasnik RS*, br. 53/95, *Službeni list SRJ*, br. 16/01 – odluka SUS i *Službeni glasnik RS*, br. 20/09 i 55/13 – odluka US; u daljem tekstu: ZE.

ćinskim državnim kapitalom osnovanih od strane Republike Srbije, autonomne pokrajine, grada, grada Beograda, ili gradske opštine, ako zakonom nije drukčije određeno. Javni interes za eksproprijaciju nepokretnosti utvrđuje se zakonom ili odlukom Vlade u skladu sa zakonom. Eksproprijacija se vrši radi izgradnje privrednih, stambenih, komunalnih, prosvetnih, kulturnih i drugih sličnih objekata od opšteg interesa ili radi ustanovljavanja prava službenosti ili prava zakupa. Nepokretnosti koje se mogu eksproprijisati su zemljišta, zgrade i drugi građevinski objekti.

S obzirom na obim u kome se eksproprijacija vrši, nepokretnost se može eksproprijisati potpuno, kada se menja sopstvenik na eksproprijisanoj nepokretnosti radi izgradnje privrednih, stambenih, komunalnih, prosvetnih, kulturnih i drugih sličnih objekata od opšteg interesa, ili nepotpuno, kada se ustanovljava službenost na nepokretnosti ili zakup na zemljištu na određeno vreme.

Pravo svojine na nepokretnosti može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona ili odlukom Vlade.³ Postupak za eksproprijaciju pokreće se predlogom korisnika eksproprijacije tek pošto je u skladu sa zakonom utvrđen javni interes za eksproprijaciju nepokretnosti. U ime Republike Srbije predlog za eksproprijaciju podnosi državni pravobranilac, a u ime autonomne pokrajine, grada, grada Beograda, odnosno gradske opštine predlog za eksproprijaciju podnosi nadležni pravobranilac, odnosno drugo lice koje zastupa autonomnu pokrajinu, grad, grad Beograd, odnosno opštinu. Predlog za eksproprijaciju podnosi se upravi gradske opštine na čijoj se teritoriji nalazi nepokretnost predložena za eksproprijaciju, u roku od godinu dana od dana utvrđivanja javnog interesa za eksproprijaciju.

U domaćem pravu postupak eksproprijacije odvija se u tri faze. U prvoj fazi, pred upravnim organom utvrđuje se javni interes, a u drugoj sprovodi postupak eksproprijacije i donosi rešenje o eksproprijaciji. Treća faza postupka sprovodi se pred sudom ukoliko nije došlo do sporazuma između sopstvenika nepokretnosti i krajnjeg korisnika eksproprijacije. U ovoj fazi se određuje visina naknade i nalaže krajnjem korisniku da isplati naknadu za eksproprijisanu nepokretnost. U pojedinim regionalnim pravnim sistemima, kao na primer u hrvatskom pravu upravni organ isključivo je nadležan da sprovodi postupak eksproprijacije i donosi reše-

³ Čl. 2. ZE Srbije. Isto rešenje imaju i ostala prava iz regiona, odredba člana 6. Zakona o eksproprijaciji Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 112/06 (u daljem tekstu: ZE Republike Srpske), odredba člana 14. Zakona o eksproprijaciji Crne Gore, *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 55/00, 12/02, 28/06, *Službeni list Crne Gore*, br. 21/08, 30/17 (u daljem tekstu ZE Crne Gore), odredba člana 13. Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 74/14, 69/17, 98/19 (u daljem tekstu: ZE Hrvatske).

nje o eksproprijaciji⁴ i naknadi koja treba da pripadne vlasniku. Ukoliko se pred nadležnim upravnim organom ne postigne sporazum, nadležni upravni organ ne prosleđuje predmet sudu već donosi rešenje o naknadi za ekspropriisanu nepokretnost.

Po pravilima postupka za određivanje naknade za ekspropriisanu nepokretnost postupka se po zahtevu za vraćanje poljoprivrednog zemljišta koje je bilo oduzeto, odnosno konfiskovano zbog neizvršenih obaveza i obaveznog otkupa poljoprivrednih proizvoda, i zemljišta koje je dodeljeno privrednim organizacijama po odredbama Zakona o poljoprivrednom zemljišnom fondu društvene svojine i dodeljivanju zemlje poljoprivrednim organizacijama.⁵

U uporednom i domaćem pravu izričito je propisano da se naknada za oduzeto poljoprivredno zemljište određuje u naturalnom obliku, davanjem u svojini drugog odgovarajućeg zemljišta iste kulture i klase ili odgovarajuće vrednosti u istom mestu, posebno ako sopstvenik nepokretnosti ima prihod od te nepokretnosti. Ukoliko korisnik eksproprijacije nije u mogućnosti da ponudi odgovarajuće zemljište, tada se naknada isplaćuje u novcu.⁶

Učesnici u postupku

Postupak se vodi po službenoj dužnosti. Zakonom je predviđeno da će sud pokrenuti postupak na inicijativu učesnika u slučaju da nadležni organ uprave po pravnosnažnosti rešenja o eksproprijaciji ne dostavi u roku od dva meseca spise predmeta sudu pošto nije postignut sporazum o visini naknade. Obraćanje učesnika sudu u ovom slučaju nema karakter predloga kojim se pokreće postupak, jer je učesnik obavestio sud da postoji potreba da on pokrene postupak.⁷ Subjektivni materijalnopravnog odnosa koji je nastao povodom izvršene eksproprijacije su raniji sopstvenik ekspropriisane nepokretnosti i korisnik eksproprijacije. Učesnici mogu da budu i suvlasnici oduzete nepokretnosti. Sud je dužan da odlučuje o predlogu za određivanje naknade i u situaciji kad samo jedan od sopstvenika parcele zahteva isplatu naknade.⁸

⁴ Odredba člana 25. st. 1. ZE Hrvatske.

⁵ Zakon o poljoprivrednom zemljišnom fondu društvene svojine i dodeljivanju zemlje poljoprivrednim organizacijama, *Službeni list FNRJ*, br. 22/53, 22/53, *Službeni list SFRJ*, br. 10/65, *Službeni glasnik RS*, br. 51/71 i 52/73 i *Službeni list SAPV*, br. 26/72.

⁶ Odredba člana 15. ZE Srbije, čl. 36. ZE Crne Gore.

⁷ Milena Trgovčević Prokić, Gordana Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*, *Službeni glasnik*, Beograd, 2018, 159.

⁸ Rešenje Višeg suda u Leskovcu, Gž. br. 1328/13 od 1. oktobra 2013. godine.

Određivanje visine naknade

Suštinsko pitanje u postupku eksproprijacije je pitanje pravične naknade. Prilikom određivanja pravične naknade potrebno je pronaći merila pomoću koga će se zaštititi i prava obe strane i društveni i individualni interes. To znači da treba regulisati odnos između bivšeg sopstvenika nepokretnosti i korisnika eksproprijacije tako da ne dođe do neosnovanog obogaćenja sopstvenika nepokretnosti i osiromašenja korisnika eksproprijacije ili obrnuto.⁹

Ustav Republike Srbije (2006) u odredbi člana 58. garantuje, kao jedno od osnovnih prava, i pravo svojine. Pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona. Eksproprijacija, kao vid prinudnog oduzimanja ili ograničavanja prava svojine vlasnika nepokretnosti, vrši se uz naknadu koja, prema Ustavu, ne može biti niža od tržišne. Korisnik eksproprijacije plaća sopstveniku ekspropriisane nepokretnosti naknadu koja može biti ili u naturalnom obliku ili u novcu.

Prema odredbi člana 1. Protokola 1. uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁰ niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima koji su predviđeni zakonom i opštim načelima međunarodnog prava, jer svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano, mirno uživanje svoje imovine. Stav Evropskog suda za ljudska prava je da upravo vlasnik ima pravo na mirno uživanje imovine i da ovom pravu odgovara dužnost krajnjeg korisnika ekspropriisane imovine da plati naknadu za oduzetu svojinu i pravo njenog uživanja. Evropski pravni sistemi garantuju da se niko ne može lišiti prava svojine pre nego što mu se obezbedi pravična naknada.

Naknada se može odrediti u dva oblika: naturalnom i novčanom. Naturalni oblik podrazumeva davanje druge odgovarajuće nepokretnosti u svojinu odnosno susvojinu. Kada se radi o isplati u novcu, tada visina naknade ne može biti manja od tržišne vrednosti nepokretnosti koja se ekspropriše.¹¹

U domaćem pravu visina naknade se određuje u novcu prema tržišnoj ceni ekspropriisane nepokretnosti, a prema okolnostima koje su postojale u momen-

⁹ Detaljnije: Milena Trgovčević Prokić, "Veštačenje u vanparničnom postupku", Zbornik radova, *Primena novog Zakona o veštačenju*, (ur. Nebojša Šarkić), Glosarijum, Beograd, 2010; Milena Trgovčević Prokić, "Veštačenje u vanparničnom i javnobeležničkom postupku", Zbornik radova, *Priručnik o veštačenju*, (ur. Nebojša Šarkić), Glosarijum, Beograd, 2011.

¹⁰ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SGC - Međunarodni ugovori*, br. 9/03.

¹¹ Odredba člana 41. ZE Srbije.

tu zaključenja sporazuma o visini naknade, a ako sporazum nije postignut, prema okolnostima u momentu donošenja odluke o naknadi.¹²

Podatke o tržišnoj ceni nepokretnosti pruža sudu organ nadležan za utvrđivanje poreza na prenos apsolutnih prava na nepokretnostima.¹³ Izveštaj organa koji informiše sud u pogledu aktuelne tržišne cene eksproprisane nepokretnosti mora da bude obrazložen¹⁴ da bi se o tome izjasnili učesnici, ali i da bi sud mogao da proveri tačnost date procene. Vrhovni kasacioni sud Srbije zauzeo je stav da izveštaj nadležnog organa predstavlja samo polaznu osnovu za utvrđivanje tržišne vrednosti eksproprisane nepokretnosti jer učesnici mogu zahtevati izvođenje dokaza veštačenjem.¹⁵

Kad veštak da svoj nalaz, učesnici se o njemu izjašnjavaju. Oni imaju pravo da traže objašnjenja i dopune, a sve u cilju pravilnog i pravičnog utvrđivanja tržišne cene eksproprisanih nepokretnosti i visine naknade za njih prema tako utvrđenoj vrednosti.

Metodologija prilikom utvrđivanja tržišne cene vrednosti eksproprisane nepokretnosti. – U sudskoj praksi uočeno je da je različita metodologija koju primenjuje Poreska uprava odnosno organ nadležan za utvrđivanje poreza na prenos apsolutnih prava na nepokretnosti i sudski veštaci.

U procenama tržišne vrednosti nepokretnosti koju daje Poreska uprava redovno se navodi samo cena zemljišta po 1 m² bez podataka i opisa sa kojim parcelama je vršeno poređenje, da li je izvršeno usklađivanje cene s obzirom na konkretnu nepokretnost i na koji način. Poreska uprava procenu vrednosti zemljišta vrši redovno na osnovu podataka o tržišnoj vrednosti utvrđenoj u najmanje dva pravnosnažna rešenja poreskog organa, doneta u postupku utvrđivanja poreza na prenos apsolutnih prava, za promet istog ili sličnog zemljišta na tržištu (građevinsko ili poljoprivredno), koje je u istoj katastarskoj opštini, na susednoj ili bližoj katastarskoj parceli, sa istom ili sličnom kulturom (njiva, voćnjak, livada, šuma i dr.) i klasom (prva, druga, treća i dr.) i koji je datumski najbliži momentu nastanka poreske obaveze koja se utvrđuje. Procenjena vrednost zemljišta može se

¹² Odredba člana 42. ZE Srbije.

¹³ Novinu je uneo Zakon o eksproprijaciji (2009) koji je odredio da procenu tržišne cene vrši organ nadležan za utvrđivanje poreza na prenos apsolutnih prava na nepokretnosti. (čl. 15). U hrvatskom pravu predviđeno je da sud putem procenitelja i veštaka utvrđuje tržišnu cenu.

¹⁴ Zaključak Vrhovnog Kasacionog suda Rev 467/2014 od 28. januara 2015. godine, utvrđen na sednici Građanskog odeljenja 7. aprila 2015. godine.

¹⁵ Odredba člana 136. Zakona o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon, 85/12, 43/13, 55/14, 6/15 i 106/15, u daljem tekstu: ZVP.

dobitno umanjiti najviše 10%, ili uvećati, primenom korektivnih faktora u zavisnosti od lokacije, blizine saobraćajnica, obezbeđene infrastrukture, blizine naseljenog mesta i drugo. Izuzetno, procenjena vrednost zemljišta može se dodatno umanjiti za još 10% ukoliko je reč o zemljištu koje je namenjeno za izgradnju objekata od opšteg javnog interesa (škole, bolnice, obdaništa, sportski objekti, parkovi, putevi i dr.).

Procena koju daje Poreska uprava ne može da bude pouzdana. S jedne strane, Poreska uprava ne raspolaže podacima o odgovarajućim parifikatima ukoliko je reč o podacima o prometu nepokretnosti koji su nastali na manje atraktivnim lokacijama na kojima u bližem vremenskom intervalu nije realizovan promet nepokretnosti.¹⁶ S druge strane, ekspropisano zemljište ne može se prometovati i to je razlog što Poreska uprava ne raspolaže podacima o tržišnim cenama takvog zemljišta – ono nije u prometu i cena koju je utvrdila Poreska uprava u izveštaju koji šalje sudu nije tržišna cena.¹⁷

Izveštaj koji sudu šalje Sekretarijat za finansije jedinice lokalne samouprave razlikuje se po podacima o tržišnoj vrednosti nepokretnosti koje je utvrdila Poreska uprava i po osnovici koja služi za obračun i po metodologiji koju koristi. Prilikom utvrđivanja poreza na imovinu, na primer, Gradska uprava grada Beograda – Sekretarijat za finansije, primenjuje Odluku o utvrđivanju prosečnih cena kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti na teritoriji grada Beograda¹⁸ po zonomama, u zavisnosti od toga da li je reč o građevinskom, poljoprivrednom ili šumskom zemljištu.

U praksi se najčešće dešava da se ne pravi razlika između delokruga dva organa poreske administracije i načina na koji oni utvrđuju tržišnu vrednost ekspropisane nepokretnosti: Ministarstva finansija – Poreske uprave, koje utvrđuje porez na prenos apsolutnih prava, i Gradske uprave Sekretarijata za finansije, koja utvrđuje porez na imovinu. Iz tih razloga dolazi do razlike u proceni tržišnih vrednosti nepokretnosti.

Do razlika u podacima o tržišnoj vrednosti nepokretnosti koju ovi organi utvrđuju u izveštaju koji šalju sudu dolazi i zbog različite vrste ekspropisanog ze-

¹⁶ Na primer, poreska uprava je tržišnu vrednost po 1m² za deponiju u Vinči procenila na 100,00 dinara, dok je ona prema nalazu sudskog veštaka Gradskog zavoda za veštačenje iznosila 1.476,00 dinara. V. Rešenje Drugog osnovnog suda u Beogradu, R1 131/2015 od 10. oktobra 2017. i Rešenje Višeg suda u Beogradu, GŽ br. 4287/18 od 1. juna 2018. godine.

¹⁷ Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, *Komentar Zakona o vanpantičnom postupku*, drugo izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 625.

¹⁸ Odluka o utvrđivanju prosečnih cena kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti na teritoriji grada Beograda, *Službeni list grada Beograda*, br. 108/18.

mljišta. Procena vrednosti zemljišta u građevinskom rejonu mnogostruko se razlikuje od vrednosti poljoprivrednog zemljišta.¹⁹

Drugi razlog zbog koga se dobija neodgovarajući podatak o tržišnoj vrednosti nepokretnosti posledica je ustaljene prakse da ugovorne strane prilikom zaključenja ugovora o kupoprodaji nepokretnosti najčešće ugovaraju manja cenu nepokretnosti zbog nižeg obračuna iznosa poreza na prenos apsolutnih prava, kao i zbog toga što je Poreska uprava po zakonu dužna da porez na prenos apsolutnih prava, ukoliko ne utvrdi tržišnu vrednost nepokretnosti u predviđenom roku, utvrdi prema ugovorenom iznosu cene nepokretnosti.²⁰

Evidentan je i problem određivanja nerealan visokih cena tržišne vrednosti nepokretnosti na atraktivnim lokacijama, posebno kada je reč o prometu između fizičkih i pravnih lica i međukompanijskom prometu povodom izgradnje poslovnog kompleksa.²¹ Iako je, po pravilu, reč o zemljištu koje u bliskoj prošlosti nije bilo u prometu niti je bilo atraktivno za stambenu izgradnju ili je bilo potpuno neizgrađeno, određuju se visoke tržišne cene nepokretnosti s obzirom na njegovu buduću namenu. U tim situacijama manifestuje se monopolski položaj vlasnika predmetnih nepokretnosti na čiju tržišnu vrednost bitno utiču namena i buduće uređenje zemljišta, što nije u skladu sa realnom vrednošću nepokretnosti, ali se na osnovu toga formira tržišna cena. Poreska uprava u ovakvim situacijama nema mogućnost da primeni korektivne faktore koji se tiču specifičnosti odgovarajućih lokacija, niti ima obučene kadrove za njihovu procenu. Prilikom procene vrednosti eksproprisanog poljoprivrednog zemljišta na manje atraktivnim lokacijama, Poreska uprava se ne upušta u procenu vrednosti dugoročnih zasada ili voćarskih kultura koje donose odgovarajuće prinose sa eksproprisanog zemljišta i procenom izgubljene dobiti za vlasnika nepokretnosti, što predstavlja važnu činjenicu prilikom određivanja tržišne vrednosti zemljišta koje je oduzeto u postupku eksproprijacije.

¹⁹ Odlukom o utvrđivanju prosečnih cena kvadratnog metra nepokretnosti za 2019. godinu, na primer, predviđeno je da se neizgrađeno građevinsko zemljište, koje se koristi isključivo za gajenje biljaka, odnosno sadnog materijala, odnosno šuma, radi utvrđivanja osnovice poreza na imovinu za 2019. godinu razvrstava u poljoprivredno, odnosno u šumsko zemljište. Tako, na primer, cena po 1 m² za građevinsko zemljište u šestoj zoni grada Beograda iznosi 1.600,00 dinara, a poljoprivrednog 140,00 dinara.

²⁰ G. Stanković, M. Trgovčević Prokić, op. cit., 627.

²¹ Na primer kompleks IKEA. Zbog potrebe izgradnje kompleksa IKEA i pristupnih saobraćajnica određivanje tržišne vrednosti eksproprisanih nepokretnosti bilo je nerealan visoko procenjeno jer je bila reč o zemljištu koje u bliskoj prošlosti nije bilo u prometu niti je bilo atraktivno za stambenu izgradnju s obzirom na to da se nalazilo u neposrednoj blizini auto-puta i da je bilo potpuno neizgrađeno.

Svi oni organi koji na zahtev suda vrše procenu vrednosti nepokretnosti ili kao veštaci, polaze od specifičnih metodologija koriste za obračun osnovicu koja ili je definisana odlukama lokalne samouprave ili za osnovu ima informacije o tržišnim cenama dostupnim preko oglasa agencija za promet nepokretnosti. Treba, međutim, primetiti da sve procene koje se vrše radi određivanja tržišne cene eksproprisane nepokretnosti nisu tačne. Naime, zemljište koje je eksproprisano ne može biti u prometu i zbog toga ne postoje podaci o izvršenom prometu takvog zemljišta i tržišnim cenama koje se na njega odnose. Osim toga, razlika se ispoljava prilikom utvrđivanja tržišne cene poljoprivrednog i građevinskog zemljišta. Poljoprivredno zemljište na kome je urbanističkim planom predviđena izgradnja ima druge karakteristike i cenu od poljoprivrednog zemljišta koje može da se koristi isključivo za poljoprivrednu proizvodnju. Isto tako, tržišna vrednost parcele na kojoj je dozvoljena izgradnja i tržišna vrednost susedne parcele na kojoj nije dozvoljena izgradnja imaju različitu vrednost. U procenama poreskih uprava navodi se samo cena zemljišta po 1 m² bez opisa s kojim parcelama je vršeno poređenje i da li je izvršeno usklađivanje i na koji način.

Metodologija koju koriste sudski veštaci prilikom određivanja tržišne vrednosti eksproprisane nepokretnosti međunarodno su priznate metode procene tržišne vrednosti zemljišta koje se primenjuju i u Srbiji. To su: "komparativni pristup" i "prinosni pristup metodom utvrđivanja rezidualne vrednosti". Za primenu prinosnog pristupa metodom utvrđivanja rezidualne vrednosti neophodni su precizni podaci o tome šta je predviđeno da se izgradi na parceli koja je predmet eksproprijacije (put, raskrsnica, benzinska pumpa i sl.). Kad nema takvih podataka, u postupku veštačenja primenjuje se komparativni metodološki pristup.

Zbog razlika u proceni visine tržišne cene eksproprisane nepokretnosti koju daju Poreska uprava i sudski veštak, što je posledica primene različitih metoda kojom se ona utvrđuje,²² vanparnični postupak radi određivanja naknade za eksproprisane nepokretnost dosta dugo traje, bez obzira što je postupak hitan. Zbog problema koji postoje u praksi prilikom utvrđivanja tržišne vrednosti eksproprisane nepokretnosti smatramo da je potrebno izmeniti odredbe Zakona o eksproprijaciji ili novelirati odredbe ZVP i, poput rešenja koja postoje u pojedinim regionalnim pravnim sistemima, kao što je to, na primer, slučaj u Republici Hrvatskoj, odrediti poseban organ (procenitelja) koji će veštačiti visinu tržišne vrednosti eksproprisane nepokretnosti uzimajući u obzir sve potrebne faktore prilikom obračuna tržišne cene.

Osim ove okolnosti, na dužinu postupka uticao je i stav viših sudova koji su smatrali da u ovom vanparničnom postupku ne važi zabrana višekratnog ukida-

²² G. Stanković, M. Trgovčević Prokić, op. cit., 629.

nja prvostepenih odluka, što je dovodilo do toga da su prvostepene odluke ukidane više puta i pravna stvar vraćana na ponovno suđenje. S obzirom na to da odredbama Zakona o parničnom postupku²³, nije propisana izričita zabrana dvostrukog ukidanja rešenja u parničnom i vanparničnom postupku, došlo je do različitog tumačenja ove norme od strane sudova. Međutim, Vrhovni kasacioni sud je zauzeo stav²⁴ da se zabrana dvostrukog ukidanja, odnosi i na rešenja kojima se postupak pravnosnažno okončava u parničnom i vanparničnom postupku.

Administrativni prenos

Administrativni prenos podrazumeva da je nosilac prava na poljoprivrednom zemljištu ili drugom prirodnom bogatstvu stekao takvu nepokretnost teretnim ili besteretnim poslom, odnosno, bez naknade.²⁵ U postupku određivanja naknade za ekspropisano zemljište, ukoliko je reč o administrativnom prenosu, raniji sopstvenik ekspropisanog zemljišta nema pravo na naknadu u visini tržišne cene predmetnog zemljišta jer je ono stečeno bez naknade. On ima pravo samo na naknadu u visini uloženog rada i sredstava u predmetno zemljište.

Hitnost postupka

Postupak je hitan tako da u ovom postupku ne može da dođe do prekida postupka usled smrti sopstvenika ekspropisane nepokretnosti ili gubitka procesne sposobnosti vlasnika ekspropisane nepokretnosti. U ovim situacijama, da bi postupak mogao da se odvija bez prekida, sud je dužan da postavi privremenog zakonskog zastupnika naslednicima umrlog sopstvenika nepokretnosti, odnosno poslovno nesposobnom vlasniku nepokretnosti i da o tome obavesti organ starateljstva koji je redovno nadležan da odlučuje o postavljanju privremenog zakonskog zastupnika. Na taj način, navedenim zakonskim rešenjem, optimalno

²³ Odredba člana 387. stav 3. Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13, 74/13 i 55/14, 87/18, 1820, u daljem tekstu: ZPP.

²⁴ Vrhovni kasacioni sud je iskazao svoj stav u Zaključku usvojenom na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda od 12.11.2019. godine imajući u vidu načelo suđenja u razumnom roku (odredba člana 10. ZPP) te da je efikasnost parničnog postupka promovisana u više odredaba ZPP. Taj cilj se postiže i zabranom dvostrukog ukidanja prvostepene odluke bez obzira da li se radi o presudi ili rešenju jer se postupak okončava tek pravnosnažnošću sudske odluke kojom je odlučeno o svim zahtevima stranaka (glavna i sporedna potraživanja), a to bi trebalo da bude najkasnije drugim odlučivanjem od strane drugostepenog suda o žalbi na presudu ili na rešenje.”

²⁵ Milena Trgovčević Prokić, Milan Počuča, “Eksproprijacija poljoprivrednog zemljišta”, *Ekonomika poljoprivrede*, br. 4, Beograd, 2016, 1297.

su zaštićeni i interesi samog sopstvenika, koji je izgubio poslovnu sposobnost, i naslednika umrlog sopstvenika, u zavisnosti od razloga koji je nastupio u toku postupka. Izostanak ranijeg sopstvenika eksproprijisane nepokretnosti sa ročišta nema za posledicu nastupanje pravne fikcije povlačenja predloga.

Rešenje

Rešenje ima kondemnatorni karakter. Sud nalaže korisniku eksproprijacije da ranijem vlasniku isplati novčanu naknadu po ceni koja je utvrđena u visini tržišne vrednosti oduzetog poljoprivrednog ili građevinskog zemljišta. S obzirom na to da rešenjem sud nalaže ispunjenje činidbe, sud je dužan da odredi i paricioni rok.²⁶

Sud određuje u dispozitivu rešenja i da je korisnik eksproprijacije dužan da na utvrđeni iznos naknade plaća kamatu do njene konačne isplate. Kamata teče od dana pravnosnažnosti rešenja o naknadi. Ovde se radi o kamati koju dužnik plaća zbog zadocnjenja u ispunjenju svoje obaveze i ona je određeni vid sankcije zbog neispunjenja.²⁷ Kamata teče od dana pravnosnažnosti rešenja o naknadi i njen iznos biće obračunat u postupku izvršenja.

Odredbe Zakona o eksproprijaciji predviđaju mogućnost sporazumnog određivanja visine naknade za eksproprijisanu nepokretnost.²⁸ Iz tog razloga i ZVP u odredbi člana 137. stav 2. predviđa mogućnost da sud svoju odluku zasnuje na sporazumu učesnika²⁹ koji je postignut u toku sudskog postupka i da odredi rokove za izvršavanje uzajamnih obaveza.

Rešenje koje donosi sud u postupku za određivanje naknade za eksproprijisanu nepokretnost, pored odluke o visini naknade za eksproprijisano poljoprivredno zemljište, može da sadrži i odluku o eventualnim pripacima eksproprijisane nepokretnosti, kao što su mladi voćni zasadi, izgrađeni objekti, zasejana kultura itd. Odluku o naknadi za eventualne pripatke sud može da donese ukoliko su postojali u vreme eksproprijacije i ukoliko vlasnik eksproprijisane nepokretnosti

²⁶ M. Trgovčević Prokić, G. Stanković, op. cit., 150.

²⁷ Odredba člana 277. Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 57/89 i *Službeni list SRJ*, br. 31/93.

²⁸ Odredba čl. 56–62. ZE.

²⁹ Učesnici se mogu sporazumeti o obliku i obimu novčane naknade, o davanju druge nepokretnosti u svojinu ili susvojину, o međusobnim doplatama razlike u vrednosti nepokretnosti, o premeštanju eksproprijisanih objekata na drugo mesto, o izgranji prolaza, prilaza ili pristupnih puteva i o drugim zakonom dozvoljenim činidbama.

nije eventualno zloupotrebio pravo svojine.³⁰ U tom slučaju, rešenjem se određuje novčani iznos koji krajni korisnik eksproprijacije treba da isplati na ime voćnjaka, zasada i sl. S obzirom na to da vlasnik nepokretnosti ima pravo da umesto naknade za eksproprišanu nepokretnosti dobije u zamenu drugu nepokretnost, rešenjem koje donosi sud određuje se ispunjenje nenovčane činidbe. U tom slučaju, sud je dužan da u rešenju odredi i u dispozitiv unese podatke koji se odnose na nepokretnost koja se daje u zamenu za eksproprišanu nepokretnost umesto naknade, kao i rok³¹ u kojem uzajamne obaveze treba izvršiti.³²

Međutim, treba primetiti da je novčana naknada po zahtevu za vraćanje oduzetog zemljišta drugačije regulisana u odnosu na naknadu za eksproprišanu nepokretnost.³³ Prema odredbama Zakona o vraćanju poljoprivrednog zemljišta isplata novčane naknade vrši se u jednakim tromesečnim ratama, u roku od deset godina, počev od isteka godine dana od dana pravnosnažnosti odluke, s tim da se na dospele rate naknade plaća kamata.³⁴ Kamata predstavlja zakonom priznatu valorizaciju naknade radi zaštite imovinskih interesa lica od kojih se vršilo oduzimanje zemljišta.

Krajnji korisnik snosi troškove postupka jer je postupak vođen u njegovom interesu.

FAKTIČKA EKSPROPRIJACIJA

Faktička, (potpuna ili nepotpuna) eksproprijacija postoji u slučajevima izgradnje objekata ili izvođenja radova u opštem, javnom interesu kada se potpuno ili delimično oduzima ili ograničava pravo svojine, odnosno pravo na mirno uživanje imovine pravnim ili fizičkim licima na nepokretnostima bez odluke nadležnog organa.

Faktička eksproprijacija najčešće nastaje kada se na nekom zemljišnom pozetu grade putevi, infrastrukturni ili drugi objekti od javnog i opšteg interesa, iako prethodno nije doneta odluka o eksproprijaciji niti postoji odluka – reše-

³⁰ To bi moglo da se dogodi ukoliko pripaci nisu nastali radi sticanja dopuštene ekonomske dobiti već radi prividnog uvećanja vrednosti eksproprišane nepokretnosti.

³¹ Za slučaj da učesnici nisu sporazumno odredili rok za ispunjenje međusobnih obaveza, njega će odrediti sud u skladu s odredbama Zakona o eksproprijaciji.

³² Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, "Odnos postupka izvršenja i postupka obezbeđenja i vanparničnih postupaka", *40 godina izvršnog zakonodavstva u izvršnim postupcima*, (ur. Nebojša Šarkić, Nikola Bodiroga, Mario Lukinović), Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2018, 70.

³³ M. Trgovčević Prokić, M. Počuca, op. cit., 1300.

³⁴ Ustavni sud Srbije, Už 3720/12 od 9. aprila 2015. godine.

nje o oduzimanju zemljišta od vlasnika.³⁵ Izgradnjom objekta od javnog interesa na nepokretnosti nekog lica vrši se faktički oduzimanje prava svojine bez obzira što pravo svojine tog lica nije formalno oduzeto odlukom nadležnog organa u postupku koji je predviđen zakonom. Do faktičke eksproprijacije redovno dolazi kada se na osnovu planskih akata jedinice lokalne samouprave na tuđem zemljištu grade putevi, infrastrukturni ili drugi objekti u javnom interesu iako ne postoje rešenja o oduzimanju zemljišta. Kada neko zemljište planskim aktom jedinice lokalne samouprave bude određeno za ulicu od tog momenta ono po sili zakona postaje sredstvo u javnoj svojini. Zbog toga je jedinica lokalne samouprave dužna da zemljište koje je postalo sredstvo javne svojine ekspropriše – da ga izuzme iz svojine i državnine ranijeg vlasnika i da mu plati odgovarajuću naknadu.

U situaciji kada je zemljište privedeno nameni izgradnjom planiranog objekta u skladu sa planskim aktom i po sili zakona postalo javna svojina, izvršenja je svojinska transformacija i vlasnik zemljišta kome je faktički oduzeta nepokretnost ne može trpeti štetne posledice zbog toga što nadležni organ nije sproveo upravni postupak i doneo rešenje o izuzimanju zemljišta iz svojine i državnine vlasnika koje bi bilo osnov za isplatu naknade za oduzeto zemljište. Kada je zemljište faktički privedeno nameni više nije moguće njegovo vraćanje u državinu prethodnog vlasnika (ili korisnika) niti je moguće da on ostvari pravo na naknadu u upravnom postupku jer formalne eksproprijacije nije bilo te jedina mogućnost pravne zaštite vlasnika postoji kroz parnični postupak, kao osnovni i redovni metod pravne zaštite.

U pojedinim odlukama Vrhovnog kasacionog suda umesto izraza faktička eksproprijacija koristi se termin ograničenje prava na mirno uživanje imovine.³⁶ Smatramo da je termin faktička eksproprijacija adekvatan i korektan jer se radi o faktičkom oduzimanju nepokretnosti bez odluke nadležnog organa i sprovedenog postupka, dok termin pravo na mirno uživanje imovine označava ljudsko pravo titulara koje on nesmetano može da vrši a koje je povređeno faktičkom eksproprijacijom. S druge strane, sâm termin imovina je širok pojam koji se odnosi i na nepokretne i na pokretne stvari, kao i na potraživanja jednog titulara, dok je ograničenje ili oduzimanje nepokretnosti kao jedna od pretpostavki za vođenje postupka pravne zaštite kod nadležnog suda radi određivanja naknade za faktički oduzetu nepokretnost.

Faktička eksproprijacija može da se manifestuje i kao ograničenje prava svojine na nepokretnosti konstituisanjem prava službenosti na vlasnikovoj nepokretnosti. Kada je službenost zasnovana odlukom državnog organa, u postup-

³⁵ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, GŽ-2975/2016 od 08.09.2016. godine.

³⁶ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev 125/2016 od 9. marta 2017. godine.

ku i na način koji je propisan Zakonom o eksproprijaciji, visina naknade zbog smanjenja tržišne vrednosti zemljišta (poslužnog dobra) može se odrediti prema odredbama Zakona o eksproprijaciji, dok se u slučajevima kada je oduzimanje ili ograničenje prava na nepokretnosti izvršeno bez odluke državnog organa, ne primenjuju odredbe Zakona o eksproprijaciji.

U slučaju faktičke eksproprijacije vlasniku nepokretnosti pripada naknada koja mora da odgovara stvarnoj vrednosti oduzete nepokretnosti, odnosno da odgovara obimu ograničenja prava koja su konstituisana na njoj. Evropski sud za ljudska prava, koji upotrebljava termin “faktička eksproprijacija,” u velikom broju odluka izražava stav da se kod faktičke eksproprijacije mora postići ravnoteža između zahteva opšteg interesa i prava pojedinca na mirno uživanje svog vlasništva i da povreda prava na mirno uživanje imovine postoji sve do onog momenta dok ne dođe do uspostavljanja ravnoteže interesa, a to će u datoj situaciji biti tek kada se vlasnik adekvatno obešteti.

Ukoliko naknada za ekspropisanu nepokretnost po svom iznosu koji nije u skladu sa realnom vrednošću nepokretnosti to redovno predstavlja nesrazмерно mešanje države koje se ne može opravdati na osnovu Protokola 1. uz Evropsku konvenciju o zaštiti svojine.³⁷ Prema Protokolu 1. zahtevaju se kumulativno ispunjeni uslovi za dozvoljeno mešanje države u mirno uživanje imovine pojedinih titulara. Mešanje države u mirno uživanje imovine može biti dozvoljeno samo ako je ovo mešanje zasnovano na zakonu, ukoliko je u opštem odnosno javnom interesu i ako je uspostavljena pravična ravnoteža između opšteg interesa zajednice i privatnog interesa pojedinca. Mešanje države u mirno uživanje nečije imovine mora biti zasnovano na zakonu i imati legitimanciju u javnom interesu i zakonu.

Stvarna nadležnost

U slučaju faktičke eksproprijacije ne postoji pravnosnažno rešenje o eksproprijaciji kojim je ekspropisana nepokretnost određenog vlasnika nepokretnosti kao jedna od pretpostavki za vođenje vanparničnog postupka kod nadležnog vanparničnog suda radi određivanja naknade za ekspropisanu nepokretnost.³⁸ S obzirom na to da se odredbe ZVP o postupku za određivanje naknade za ekspropisanu nepokretnost ne mogu primeniti jer postupak eksproprijacije nije

³⁷ Odredba člana 1. Prvog Protokola uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima od 18. maja 1954. godine: “Svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava”.

³⁸ Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gž 5266/16 od 14. juna 2016. godine: “Parnični sud je nadležan da odlučuje o faktičkoj eksproprijaciji”.

sproveden, redovni pravni put pravne zaštite nije vanparnični postupak. Iz ovih razloga je parnični sud nadležan da odlučuje o faktičkoj eksproprijaciji.

Kad se radi o faktičkoj eksproprijaciji, postoji spor između vlasnika i jedinice lokalne samouprave ili trećeg lica u pogledu naknade za zauzetu ili oduzetu nepokretnost. Za određivanje naknade nadležan je parnični sud jer se u tom slučaju u parničnom postupku utvrđuje da li je došlo do faktičke eksproprijacije da bi se pružila pravna zaštita vlasniku nepokretnosti kad je jedinica lokalne samouprave sama ili preko trećih lica organizovala izgradnju javnih i drugih infrastrukturnih objekata na zemljištu koje nije formalno eksproprijsano i određuje naknada za oduzetu nepokretnost. S obzirom na to da imovinskopravne odnose između korisnika eksproprijacije i sopstvenika nepokretnosti u slučaju spora rešava parnični sud, o naknadi za faktički oduzetu nepokretnost odlučuje parnični, a ne vanparnični sud. Međutim, ako je upravni organ doneo rešenje da se ustanovi službenost na nepokretnosti na određeno vreme u javnom interesu, tada je vanparnični sud nadležan da odluči o visini naknade.³⁹

NAKNADA STVARNOPRAVNE PRIRODE

U praksi parničnih sudova bilo je sporno da li se radi o nepotpunoj eksproprijaciji ili faktičkoj eksproprijaciji i koji sud je dužan da odlučuje o naknadi u situaciji kada je faktički ustanovljena stvarna službenost tako što iznad katastarskih parcela vlasnika prolaze vazдушnim putem kablovi električne energije iako nije sproveden postupak eksproprijacije na način propisan odredbama Zakona o eksproprijaciji, odnosno kada ove parcele nisu eksproprijsane, niti je svojina na njima ograničena u postupku i na način koji je propisan odredbama Zakona o eksproprijaciji.

U navedenom slučaju Vrhovni kasacioni sud zauzeo je stav⁴⁰ da se ne radi o nepotpunoj eksproprijaciji kada je faktički ustanovljena stvarna službenost u odnosu na katastarske parcele iznad kojih prolaze kablovi električne energije vazдушnim putem iako nije sproveden postupak eksproprijacije odnosno kad parcele na kojima je konstituisana stvarna službenost nisu eksproprijsane, niti je svojina na njima ograničena u postupku i na način koji je propisan Zakonom o eksproprijaciji. U navedenoj situaciji radi se o konstituisanju zakonske stvarne službenosti prema odredbi člana 51. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, a ne faktičkoj eksproprijaciji i zbog toga je pravna priroda naknade koja pripada vlasniku poslužnog dobra stvarnopravnog karaktera. Naknada koja pripada vlasni-

³⁹ Rešenje Drugog osnovnog suda u Beogradu, R1 br. 4/19.

⁴⁰ Pravni stav Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda usvojen na sednici održanoj 23. januara 2017. godine.

ku poslužnog dobra u ovom slučaju ima svoj osnov u stvarnom pravu jer se radi o konstituisanju zakonske stvarne službenosti.

Zastarelost

Zastarelost potraživanja naknade zavisi od njene pravne prirode. Prema stavu Vrhovnog kasacionog suda, naknada koja pripada vlasniku poslužnog dobra je stvarnopravnog karaktera, te se radi o naknadi koja se određuje po pravilima stvarnog prava, to pravo zastareva u opštem roku zastarelosti prema odredbama Zakona o obligacionim odnosima,⁴¹ a rok zastarelosti počinje da teče od stavljanja u funkciju elektromreže (odgovarajuće mreže).

Zahtev za naknadu, kod formalno eksproprisane nepokretnosti ne zastareva, kao što ne zastarevaju prava na zaštitu prava svojine.⁴² Rok zastarelosti u pogledu dosuđene naknade za eksproprisane nepokretnost počinje da teče tek od momenta nastanka sporazuma, odnosno donošenja rešenja o naknadi.

VRAĆANJE PRIMLJENE NAKNADE

Vanparnični sud nije nadležan ukoliko se predlogom predlagača zahteva utvrđivanje naknade koju su krajnji korisnici eksproprijacije dužni da vrate predlagaču. U ovoj situaciji vanparnični postupak mora biti obustavljen jer je reč o vraćanju isplaćene naknade, odnosno obavezi vraćanja onog što su protivnici predlagača primili s obzirom na osnov koji je kasnije otpao.⁴³ U ovom slučaju, pošto je reč o sporu, nadležan je parnični sud.

Dr. MILENA TRGOVČEVIĆ PROKIĆ
Professor, Faculty of Law
University Union of Belgrade

FORMAL AND DE FACTO EXPROPRIATION

Summary

Expropriation is the forced deprivation of property rights in the public interest and is a form of restriction of property rights. In the case of formal expropriation, confiscation of property is

⁴¹ Odredba člana 371. Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, i *Službeni list SCG*, br. 1/03.

⁴² Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 316/13 od 24. septembra 2014. godine.

⁴³ Odredba člana 210. st. 2. ZOO.

based on a legal act of the state, while in the case of informal expropriation, such confiscation is illegal because there is no formal act of the state on the basis of which confiscation is performed. The rules of non-contentious proceedings are followed when no agreement has been reached on the amount of compensation before the administrative body, and the amount of compensation is determined before the non-contentious court and the end user is ordered to pay it. In the procedure for determining the compensation for the expropriated real estate, the court has the task to determine a fair compensation so that there is no unfounded enrichment of the owner of the real estate and impoverishment of the user of expropriation or vice versa. In the case of informal expropriation, there is no final decision on expropriation which expropriated the real estate of a certain owner of the real estate because the expropriation procedure was not carried out, and the civil court is competent to decide on the informal expropriation because there is a dispute that needs to be resolved since the owner is deprived of the right to peaceful enjoyment of their property. In the case of informal expropriation, the owner of the real estate is entitled to a compensation that must correspond to the actual value of the confiscated real estate, ie the restriction of the right to it.

Key words: de facto expropriation, informal expropriation, fees, non-contentious proceedings, expert opinion, expertise, civil proceedings

Literatura

- Jakšić A., *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Beograd, 2006.
- Stanković G., Trgovčević Prokić M., “Odnos postupka izvršenja i postupka obezbeđenja i vanparničnih postupaka”, *40 godina izvršnog zakonodavstva u izvršnim postupcima*, (ur. N. Šarkić, N. Bodiroga, M. Lukinović), Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Stanković G., Trgovčević Prokić, M., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, drugo izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Trgovčević Prokić M., “Veštačenje u vanparničnom postupku”, *Primena novog Zakona o veštačenju*, (ur. N. Šarkić), Glosarijum, Beograd, 2010.
- Trgovčević Prokić M., “Veštačenje u vanparničnom i javnobeležničkom postupku”, *Priručnik o veštačenju*, (ur. N. Šarkić), Glosarijum, Beograd, 2011.
- Trgovčević Prokić M., Počuča M., “Eksproprijacija poljoprivrednog zemljišta”, *Ekonomika poljoprivrede*, br. 4, Beograd, 2016.
- Trgovčević Prokić M., Stanković G., *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 24.09.2020.

Prihvaćen: 10.10.2020.

PREGLEDNI RAD

RAZLIKE IZMEĐU INSTITUTA ZAUSTAVLJANJA BRODA I ZAPLENE BRODA U ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRBIJE

Zaustavljanje i zaplena broda su dva različita instituta, kojima se po odluci suda obezbeđuje zaštita poverioca. Zaplena broda je jedna od radnji koje se preduzimaju u izvršnom postupku koji se sprovodi na brodu i za cilj ima njegovo unovčenje. Zaustavljanje je istovremeno jedna od radnji zaplene broda, ali i samostalna privremena mera, koja se zahteva kada poverilac očekuje da će isplavlavanjem broda naplata njegovog potraživanja ili obezbeđenja biti otežana. Domaće zakonodavstvo u potpunosti reguliše taj postupak čime se izbegava samovolja pojedinca i ometanje redovnog poslovanja brodovlasničkih kompanija. Međunarodna konvencija za izjednačavanje nekih pravila o privremenom zaustavljanju pomorskih brodova iz 1952. godine predviđa mogućnost podnošenja zahteva sudu da se zadrži drugi brod istog vlasnika ili korisnika umesto broda koji je dat za obezbeđenje potraživanja (sister ship), pod uslovom da se dokaže veza između brodovlasnika i potraživanja. U radu su predstavljena oba instituta, analizirane odredbe domaćih zakona i važećih međunarodnih konvencija, kao i prednosti i slabosti svakog od postojećih rešenja.

Ključne reči: zadržavanje broda, zaplena broda, izvršenje, međunarodne konvencije

U V O D

Domaće zakonodavstvo i međunarodni ugovori razlikuju institute zaustavljanja i zaplene broda. U oba slučaja odlukom nadležnog suda brodu se zabranjuje

Dr Iris Bjelica Vlajić, vanredni profesor, predavač u Visokoj brodarskoj školi akademskih studija u Beogradu, e-mail: iris_bjelica_vlajic@yahoo.com.

napuštanje luke ali su razlozi zaustavljanja i radnje koje slede nakon onemogućavanja isplavljanja različiti. U prvom slučaju, radi se o privremenoj meri kojom se obezbeđuje određeno potraživanje dok dužnik ne položi neko drugo sredstvo obezbeđenja, a u slučaju zaplene radi se o zaustavljanju broda i njegovoj prodaji u izvršnom postupku.

Materiju zaustavljanja broda na međunarodnom nivou regulišu dve konvencije: Međunarodna konvencija za izjednačavanje nekih pravila o privremenom zaustavljanju pomorskih brodova iz 1952. godine (Konvencija iz 1952) i Međunarodna konvencija o zaustavljanju brodova iz 1999. godine (Konvencija iz 1999).¹

Brod je pokretna, nepetrošna, složena stvar veće vrednosti i stoga je potrebno zaustaviti ga ili mu ograničiti kretanje, kako bi se sprečio odlazak koji bi povrioca određenog potraživanja stavio u nepovoljan položaj, odnosno kako bi se sprečilo izbegavanje izvršenja. U tom smislu, zaustavljanje broda kao mera obezbeđenja potraživanja predstavlja radnju koja ima svoje utemeljenje u sudskoj odluci, a sprovodi se po zahtevu zainteresovane strane sve dok njeno potraživanje ne bude obezbeđeno. Zaustavljanje broda radi izvršenja poznato je i pod nazivom zaplena broda. U pravu Republike Srbije, ovu materiju regulišu Zakon o trgovačkom brodarstvu u svom trećem i šestom delu, i odredbe Zakona o izvršenju i obezbeđenju.² Ranije zakonodavstvo koje je regulisalo pomorsku i unutrašnju plovību predviđalo je da se na zaustavljanje i zadržavanje broda ne primenjuju odredbe zakona kojim se reguliše izvršni postupak.³

Određene radnje ili pravila vezana za postupak kod oba instituta su ista. Tako su postupci po zahtevu za zaustavljanje i zaplenu broda hitni. Razlog hitnosti se odnosi na troškove koji stajanjem broda nastaju, ali i gubitak njegove tržišne vrednosti do kog dolazi usled propadanja broda koji ne plovi. Odluke o zadržavanju broda i njegovoj zapleni donosi mesno i stvarno nadležni sud u formi rešenja, koje se predaje zapovedniku broda i lučkoj kapetaniji. Stvarno nadležni su privredni sudovi, dok nadležnost za postupke po žalbi imaju Privredni apelacioni sud u Beogradu.⁴

¹ Konvencija iz 1952. godine potpisana je 10. maja 1952. godine, a stupila je na snagu 24. februara 1956. godine. Nakon potpisivanja ratifikovalo je preko 70 država. Konvencija iz 1999. godine na snagu je stupila 14. septembra 2011. godine nakon što je ratifikovalo deset država (Albanija, Alžir, Benin, Bugarska, Kongo, Danska, Ekvador, Estonija, Finska, Letonija, Liberija, Norveška, Pakistan, Sirija i Španija). Ovom spisku nedavno se pridružila i Turska.

² Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 106/2015, 106/2016, 113/2017 i 54/2019.

³ Ovaj stav potvrđen je u odluci Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije R1 739/2015 od 25.11.2015. godine.

⁴ *Ibidem*.

Razlike između dva instituta uslovljene su: svrhom zbog koje se mera zahteva; licima koja imaju pravo da je zahtevaju; radnjama koje nakon zabrane isplovljavanja preduzimaju lica u postupku; kao i licima koja snose troškove vođenja postupka. Već smo rekli da svrha zaustavljanja broda može biti ili obezbeđenje potraživanja ili prodaja broda radi namirenja izvršnog poverioca. U prvom slučaju, kao zainteresovana strana može se pojaviti svako pravno ili fizičko lice ili državni organ koje dokaže da ima neko potraživanje. U drugom, zahtev podnosi izvršni poverilac.

Umesto zadržanog broda, brodovlasnik može položiti sredstvo za osiguranje potraživanja predlagača zadržavanja. Kao osiguranje se polažu P&I garancija, gotovina, bankarska garancija ili druge imovinske vrednosti, sve dok je visina jemstva jednaka visini potraživanja, odnosno iznosu ograničenja odgovornosti. Po pravilu, ne dozvoljava se ponovno zaustavljanje istog broda ili višestrukog zaustavljanja osim u tačno predviđenim slučajevima koji su izuzetak od pravila.⁵

Nakon zaustavljanja broda predlagač zaustavljanja u obavezi je da pokrene parnični postupak. Ukoliko u postupku ne uspe, dužan je da brodovlasniku nadoknadi sve troškove nastale zaustavljanjem.

Istovremeno, kako bi se zaštitili interesi lica koja imaju određena potraživanja, u svetu je usvojeno pravilo zaustavljanja tzv. "sister ship" odnosno drugog broda istog vlasnika. Ovaj institut novijeg je datuma i mada se danas primenjuje

⁵ Ovo stanovište potvrđeno je i u odluci Vrhovnog suda Republike Crne Gore, Pž. 489/97 od 8.11.1998. godine: "Ispravno se žalbom ukazuje da pri činjenici da je prvostepeni sud po predlogu istog povjerioca i u odnosu na istog dužnika, radi istog pomorskog potraživanja, već izdao privremenu mjeru zaustavljanja broda R. 117/97 od 10.09.1997. godine, a zatim novim rješenjem od 22.09.1997. godine brod oslobodio zaustavljanja (uz ukidanje privremene mjere) zbog datih obezbeđenja osiguravača brodarka, nije bilo uslova za određivanje nove privremene mjere. Takvo postupanje u izričitoj je suprotnosti sa odredbom člana 983. stav 3. zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (*Službeni list SFRJ*, br. 22/77, koji i dalje važi na teritoriji SRJ), a kojom je propisano da kad jedan od sudova na području SFRJ (sada: SRJ) na osnovu stava 1. istog člana oslobodi brod od zaustavljanja, ni jedan drugi sud na području SRJ ne može dopustiti zaustavljanje ni tog, ni bilo kojeg drugog broda za isto potraživanje i za istog povjerioca, uz uslov da su data obezbeđenja ili druge imovinske vrijednosti još raspoloživi i prenosivi u korist povjerioca. Pri tom je bez pravnog značaja što je povjerilac novim predlogom za određivanje privremene mjere preinačio ranije postavljene zahtjeve njegovim povećanjem, jer se navedena odredba odnosi na pomorsko potraživanje shvaćeno jedinstveno u smislu člana 877. ZPPSL. Povjerilac je na svoj rizik tražio zaustavljanje broda privremenom mjerom za novčano potraživanje u manjem iznosu od onoga za koji je kasnije zaključio da mu realno pripada. Protivno bi bilo načelu hitnosti izvršnog postupka uopšte – član 10. ZIP-a, posebno konkretne vrste obezbeđenja potraživanja privremenom mjerom zaustavljanja broda, ako bi se u novom postupku i novom privremenom mjerom dozvolilo obezbeđenje preinačenog tužbenog zahtjeva na osnovu člana 191. ZPP – povećanjem postojećeg, promjenom istovjetnosti ranijeg ili isticanjem nekog novog zahtjeva iz istog činjeničnog i pravnog osnova."

u skoro svim državama, u neke pravne sisteme uključen je tek po usvajanju Konvencije iz 1952. godine.⁶

Prodaja broda u izvršnom postupku započinje zaustavljanjem broda, ali nakon toga sledi čitav niz radnji koje preduzimaju zainteresovana i ovlašćena lica.

U praksi se javljaju situacije kad se na privremenu meru zaustavljanja broda nastavi izvršni postupak.

U ovom radu, predstavljamo razlike koje postoje i bliže objašnjavamo institute zaustavljanja i zaplene broda, kako ih poznaje naše zakonodavstvo, ali i i rešenja navedena u relevantnim međunarodnim instrumentima radi prikaza celovite slike.

ZAUSTAVLJANJE BRODA

Zaustavljanje broda, kako je već rečeno, mera je privremenog karaktera jer je ograničenog trajanja i sastoji se od sudske zabrane odlaska broda iz luke, odnosno pristaništa.⁷ Sud će dozvoliti zaustavljanje broda ako predlagač zaustavljanja broda, koji ima neko od zakonom predviđenih potraživanja, učini verovatnim postojanje tog potraživanja u svoju korist i postojanje opasnosti da će bez mere zaustavljanja broda protivnik zaustavljanja broda da onemogući ili znatno oteža kasnije ostvarivanje predlagačevog potraživanja. Opasnost po obezbeđenje potraživanja može biti subjektivna ili objektivna. U praksi sudovi retko ispituju osnovanost postojanja opasnosti, već se baziraju na navodima predlagača zaustavljanja. Protivnik zaustavljanja broda ostvarivanje potraživanja može da onemogući ili oteža nakon isplavljenja iz luke, odnosno pristaništa u kojem je mogao da bude zaustavljen otuđenjem broda ili na drugi način.

Dakle, nadležni sud u svakom konkretnom slučaju procenjuje navedene uslove kako bi se izbegla zloupotreba prava i neopravdano ometanje redovnog obavljanja poslova. Postojanje potraživanja i namera broda da isplovi u redovnu plovidbu, ne stvaraju automatski opasnost po obezbeđenje naplate potraživanja.⁸

⁶ Takav je slučaj bio sa Ujedinjenim Kraljevstvom, gde je zaustavljanje drugog broda istog vlasnika dozvoljeno usvajanjem zakona 1956. godine, a potom potvrđeno aktom Vrhovnog suda 1981. godine. Više o tome u: Jelena Nikčević Grdinić, Gordana Nikčević, "Arrest of Ships – The International Conventions on Arrest of Ships", *Transactions on Maritime Science*, 2012, 103–108.

⁷ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 635, predviđa da se u rešenju o zaustavljanju uvek navodi vreme trajanja mere.

⁸ Isti stav iznet je u Rešenju YI P-527/97 Trgovačkog suda u Splitu od 16. juna 1997. godine, gde je istaknuto da u slučaju kada je vlasnik broda čije se zaustavljanje traži hrvatski državljanin s prebivalištem u Hrvatskoj, a brod je upisan u hrvatski upisnik, isplavlavanje toga broda izvan teritorijalnog mora Republike Hrvatske samo po sebi ne predstavlja opasnost za ostvarenje potraživanja. Više o tome, Jasenko Marin, "Zaustavljanje broda – vjerojatnost opasnosti da će protivnik

Razlozi za zaustavljanje broda, odnosno plovidbena potraživanja na osnovu kojih se zaustavljanje traži, navedeni su u članu 629. Zakona o trgovačkom brodarstvu Republike Srbije.⁹ Time se domaće zakonodavstvo svrstalo u red zemalja koje primenjuju tzv. zatvorenu listu razloga, odnosno zaustavljanje se dozvoljava samo u tačno navedenim slučajevima. Istu listu razloga sadrži i Međunarodna konvencija iz 1999. godine sa izuzetkom poslednje tačke v: “bilo kog spora koji nastane u vezi sa ugovorom o prodaji broda”, koju naš zakonodavac nije prihvatio.

Da bi zaustavljanje broda bilo dozvoljeno, potrebno je da postoji veza između broda i potraživanja.¹⁰ Veza podrazumeva da je lice odgovorno za potraživanje vlasnik ili zakupac broda i u vreme nastanka potraživanja i u vreme podnošenja zahteva za zaustavljanje broda, odnosno da je potraživanje obezbeđeno

osiguranja svojim postupanjem spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine”, *Poredbeno pomorsko pravo*, Tom 41, br. 156, Zagreb, 2002, 120–121.

⁹ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 629, navodi da su razlozi za zaustavljanje: 1) štete prouzrokovane upotrebom broda; 2) smrti ili telesne povrede prouzrokovane od strane broda ili nastale u vezi sa iskorišćavanjem broda, bez obzira da li je šteta nastala na kopnu ili na vodi; 3) radnje spasavanja ili bilo kog ugovora o spasavanju, uključujući, ako je primenljivo, posebnu naknadu za izvršenu radnju spasavanja u odnosu na brod, odnosno robu na brodu, koji predstavljaju opasnost po životnu sredinu; 4) štete ili mogućnosti nastanka štete prouzrokovane od strane broda životnoj sredini, mera koje su preduzete u cilju sprečavanja, umanjenja ili otklanjanja takve štete, naknade takve štete, troškova mera razumno preduzetih u cilju povraćaja u predašnje stanje životne sredine, a koje su stvarno preduzete ili koje treba da budu preduzete, gubitak ili mogućeg gubitka trećih lica u vezi tako nastale štete, kao i šteta, troškova ili gubitka slične prirode koji su prouzrokovani trećim licima; 5) troškova podizanja, uklanjanja, uništenja ili činjenja bezopasnim broda koji je potonuo, nasukao se ili koji je napušten, stvari koje su se nalazile na tom brodu, kao i troškova koji se odnose na zaštitu napuštenog broda i izdržavanje članova posade tog broda; 6) ugovora o iskorišćavanju broda, bez obzira da li se radi o čarter ili nekom drugom ugovoru; 7) ugovora o prevozu robe i putnika brodom, bez obzira da li se radi o čarter ili nekom drugom ugovoru; 8) gubitka ili oštećenja robe i prtljaga (bez ručnog prtljaga) koji se prevoze brodom; 9) zajedničke havarije; 10) tegljenja i potiskivanja; 11) pilotaže; 12) snabdevanja broda pogonskim gorivom, kao i nabavljanja robe, materijala i druge opreme (uključujući kontejnere) za potrebe broda ili usluga pruženih brodu za rad, upravljanje, zaštitu ili održavanje broda; 13) gradnje, rekonstrukcije, popravke ili opremanja broda ili naknade za dokovanje; 14) naknada i taksi za korišćenje luka, pristaništa i određenih vodnih puteva; 15) plata i drugih novčanih davanja za zapovednika i druge članove posade koja se odnose na njihovo zaposlenje, kao i troškova repatrijacije, doprinose za socijalno i zdravstveno osiguranje koji se za njih duguju; 16) izdataka zapovednika broda i krcatelja broda, naručioca prevoza u charter ugovoru ili agenta, za račun broda ili njegovog vlasnika; 17) premije osiguranja, uključujući doprinos za uzajamno osiguranje (P&I osiguranje), u odnosu na brod koji se duguju od strane brodovlasnika ili zakupca broda; 18) brokerskih i agencijskih potraživanja koje terete brod, odnosno vlasnika broda ili naručioca broda (charterer); 19) sporova o svojini na brodu; 20) sporova o susvojini, državini i iskorišćavanju ili o pravima na plodove iskorišćavanja brodova u susvojini; 21) pomorskih hipoteka i *mortgage*-a.

¹⁰ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 96/15, čl. 630.

nekim upisanim stvarnopravnim teretom na brodu, bez obzira ko je vlasnik broda u vreme podnošenja zahteva, te da brod već nije bio zaustavljen i oslobođen za isto potraživanje ili je za njega već dato obezbeđenje, osim u tačno predviđenim slučajevima.¹¹

U izvršavanju privremene mere, sud saraduje sa nadležnom lučkom kapetanijom koju obaveštava o otpočinjanju trajanja mere i njenom okončanju, odnosno o oslobođenju broda ukoliko se za to ispune uslovi. Nadležnoj lučkoj kapetaniji sud može da naloži da zabrani isplavlavanje broda do dostavljanja rešenja o zaustavljanju broda, odnosno nakon dostavljanja rešenja, naložiće lučkoj kapetaniji da domaćem brodu oduzme upisni list, odnosno brodsko svedočanstvo, popis posade i isprave o sposobnosti broda za plovidbu, a stranom brodu njegove isprave koje odgovaraju navedenim ispravama. Izuzetno, može se naložiti čuvanje zaustavljenog broda ili popis broda i njegovih pripadaka ili sastaviti popis posade, putnika i vrste i količine robe koja se nalazi na brodu ukoliko postoji opasnost od bega. Čuvanje broda ne može biti samostalna mera, već samo aktivnost koja prati privremenu meru zaustavljanja broda.¹²

Praksa je pokazala da postojeće rešenje ne pruža dovoljno zaštite poveriocima i zainteresovanim licima jer brod koji je opterećen stvarnopravnim teretom može duži vremenski period biti nedostupan poveriocu.

Stoga je prema članu 630. stav 3. dozvoljeno “zaustavljanje bilo kog drugog broda ili brodova koji su, u trenutku sprovođenja zaustavljanja broda, u svojini lica koje je odgovorno za potraživanje i koje je, u trenutku nastanka potraživanja, bilo:

- 1) vlasnik broda na koji se odnosi to potraživanje;
- 2) zakupac, naručilac broda na vreme ili putovanje tog broda.”

Opšta pravila o zaustavljanju primenjuju se na institut “*sister ship*”.

Dakle, zaustavljanje drugog broda je dozvoljeno samo pod uslovom da je taj brod u potpunoj svojini dužnika. Ovo je u praksi pokrenulo pitanje utvrđivanja vlasništva nad brodom, odnosno, da li je vlasnik lice navedeno u brodskoj dokumentaciji i izvodu iz registra brodova ili se traži stvarni vlasnik. Kako se na zaustavljanje broda uvek primenjuje domaće pravo države u kojoj se zaustavljanje traži, bez obzira na državnu pripadnost tog broda, svaka država određuje i način na koji se utvrđuje vlasništvo nad brodom. U Republici Srbiji, po pravilu, kao vlasnik broda smatra se lice navedeno u brodskoj dokumentaciji.

¹¹ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 96/15, čl. 640.

¹² Isti stav iznet u: Dušanka Rušinović, “Postupak osiguranja privremenom mjerom zaustavljanja broda”, *Uporedno pomorsko pravo*, Tom 32, br. 1–2, 23–40.

Jedini izuzetak od primene instituta “*sister ship*” predstavljaju potraživanja vezana za sporove o svojini ili susvojini na brodu. U tim slučajevima nije moguće zaustavljati drugi brod osim onog broda povodom kog se spor vodi.

Zaustavljanje broda po pravilu “*sister ship*” kada su potraživanja obezbeđenja hipotekom ili drugim, stranim stvarnopravnim teretom na nekom drugom brodu reguliše se na poseban način.¹³ Naime, sud daje dozvolu za zaustavljanje opterećenog broda, ali izuzetno i broda koji nije opterećen stvarnopravnim teretom već pripada istom vlasniku ukoliko se utvrdi da potraživanje predlagača obezbeđenja nije dovoljno obezbeđeno postojanjem hipoteke na brodu na kome je ona zasnovana.¹⁴

Član 3. stav 2. Međunarodne konvencije iz 1999. godine, uveo je izmenu u odnosu na dosadašnje pravilo po kom se zaustavljanje “*sister ship*” dozvoljavalo za isto korisničko vlasništvo što poznaje naše pravo. Umesto toga ona uvodi zaustavljanje samo u slučaju istog vlasništva.¹⁵

Troškove čuvanja broda snosi predlagač privremene mere, dok troškove održavanja broda i izdržavanja posade za vreme zaustavljanja, snosi vlasnik broda.¹⁶ Izuzetak postoji samo u slučaju zlonamernog zaustavljanja ili zaustavljanja kod koga je utvrđen veliki nemar, u kom slučaju, izuzetno, brodovlasnik može da traži naknadu troškova od predlagača zaustavljanja.¹⁷

ZAPLENA BRODA RADI IZVRŠENJA

Prema Zakonu o izvršenju i obezbeđenju prodaja pokretnih i nepokretnih stvari sprovodi se kao sredstvo izvršenja, odnosno radnja kojom se po zakonu prinudno ostvaruje novčano potraživanje. Postupak izvršenja na pokretnim stvarima uređen je manje detaljno u odnosu na postupak izvršenja na nekretninama, ali se za sva pitanja koja nisu izričito regulisana primenjuju pravila koja uređuju

¹³ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 629. st. 1. tač. 21.

¹⁴ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 630, st. 3.

¹⁵ Konvencija iz 1999. čl. 3. st. 2. “Dopušteno je zaustavljanje bilo kog drugog broda ili brodova koji su, u trenutku sprovođenja zaustavljanja, u vlasništvu osobe koja je odgovorna za pomorsko potraživanje i koja je, u trenutku nastanka potraživanja, bila: (a) vlasnik broda s obzirom na koji je nastala pomorsko potraživanje; ili (b) zakupoprimac broda, naručilac iz brodarskog ugovora na vreme ili brodarskog ugovora na putovanje. Ova odredba se ne primenjuje na potraživanje koje se odnosi na pravo vlasništva ili posed na brodu.”

¹⁶ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 636. i 637.

¹⁷ Slične odluke donose i strani sudovi, npr. Privredni sud Engleske u predmetu *Natwest Markets plc v. Stallion Eight Shipping Co. S.A.* [2018] EWHC 2033, a koji je potvrdio viši, odnosno Pomorski sud u Londonu (*Admiralty Court*).

postupak izvršenja na nekretninama. Zaustavljanje i zaplenu broda radi sprovođenja izvršenja određuje sud nadležan za postupak izvršenja nakon što donese ili primi rešenje o izvršenju.¹⁸

Postupak je hitan. Nadležni sud će po donošenju, odnosno prijemu rešenja o izvršenju, bez odlaganja odrediti zaustavljanje broda. U tu svrhu sud poziva teritorijalno nadležnu lučku kapetaniju da brodu oduzme brodsko svedočanstvo i svedočanstvo o sposobnosti broda za plovidbu, popis posade i isprave o sposobnosti broda za plovidbu, odnosno odgovarajuće isprave stranom brodu. Ukoliko postoji potreba može se odrediti čuvanje broda. Pri određivanju čuvanja broda nadležni sud će uzeti u obzir bezbednost broda i troškove čuvanja. Zbog toga se čuvanje može poveriti zapovedniku broda i u tu svrhu mu odobriti da zadrži potreban broj članova posade ili će da naredi da se zapovednik i posada broda iskrcavaju i da se postave drugi čuvari.¹⁹ Iz razloga bezbednosti ili radi smanjenja troškova, zaplenjeni brod se može premestiti na drugo mesto, čak i kad to mesto nije na području suda pred kojim se vodi postupak.²⁰ S druge strane, na zahtev svih zainteresovanih lica, sud može dozvoliti i da brod nad kojim je započelo izvršenje preduzme jedno ili više putovanja, pod uslovom da je brod osiguran ili da je dato određeno obezbeđenje u korist poverioca za eventualnu štetu nastalu tokom dozvoljenog putovanja.²¹

Konačno, sastavlja se popis posade i putnika koji ostaju na brodu i popisuje vrsta i količina robe koja se na brodu nalazi. Posebno se utvrđuje vrednost broda i njegovih pripadaka nakon njihovog popisa u skladu sa odredbama zakona. Troškove sprovođenja izvršenja, čuvanja i održavanja broda prethodno snosi izvršni poverilac.²²

Sa broda na kom se sprovodi izvršenje iskrcavaju se putnici, njihov prtljag i roba. Lice čija se roba nalazi na brodu ima obavezu da se pojavi pred sudom koji vodi postupak u zakonom propisanom roku od 3 dana ili će mu se postaviti privremeni zastupnik. Roba se može uz dozvolu suda iskrcati i predati tom licu ili smestiti u javno skladište ili će im se dozvoliti slobodno raspolaganje robom ukoliko se tome ne usprotive vlasnik broda ili zapovednik.²³

¹⁸ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 662.

¹⁹ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 663.

²⁰ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 664.

²¹ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 668.

²² Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 666.

²³ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 665.

Prodaja broda, odnosno njegovo unovčenje poslednja je radnja u izvršnom postupku. Namirenjem izvršnog poverioca iz novčane mase dobijene prodajom broda prestaje njegovo svojstvo poverioca. Eventualni ostatak novca predaje se dotadašnjem vlasniku broda, odnosno izvršnom dužniku.

Konačno, izvršenje se može sprovesti samo na brodu koji je predmet izvršenja i ne može se u tom slučaju primenjivati institut "sister ship".

Stvarno nadležan sud za postupak zaplene broda je mesno nadležan privredni sud. Mesna nadležnost se određuje prema mestu upisa broda ili luke u kojoj se traži njegova zaplena.

ZAKLJUČAK

Razvoj tržišta i povećan obim robne razmene dovode do iznalaženja novih rešenja kojim se odgovara na potrebe zaštite svih učesnika u trgovinskim poslovima. Jedno od takvih rešenja, koji je nastalo iz potrebe zaštite poverioca, jeste mera zaustavljanja broda. Mada se brod može zadržati u luci iz dva različita razloga i sa različitim ciljem, takva radnja olakšava poveriocu pristup. Zaustavljanje broda dozvoljeno je radi obezbeđenja pomorskih potraživanja poverioca koji se javlja kao podnosilac zahteva, odnosno predlagač zaustavljanja.

Ovo je i najčešća mera koja se zahteva jer se nakon zaustavljanja broda mogu tražiti sve druge privremene mere. Kod zaplene broda, zaustavljanje je samo jedna od radnji koje se preduzimaju tokom izvršenja radi namirenja novčanih potraživanja na brodu. U prvom slučaju, to je davanje dovoljnog obezbeđenja poveriocu da će njegovo potraživanje biti namireno, dok je u drugom slučaju cilj najpovoljnije unovčenje broda kao pokretne stvari kako bi se izvršni poverilac namirio. U tom smislu, razlikuju se i radnje koje se preduzimaju, budući da se kod zaustavljanja broda brod zaustavlja u luci i eventualno čuva do polaganja garancija, dok je kod zaplene redosled sledeći: zaustavljanje/zaplena, procena, oduzimanje, čuvanje i prodaja.

Određivanje privremene mere zaustavljanja broda ne utiče na prava i obaveze stranaka koje proizlaze iz ugovora o prevozu robe ili putnika, ali daje poveriocu mogućnost da od dužnika dobije dovoljno obezbeđenje svog potraživanja. Od poverioca, odnosno predlagača izricanja mere zaustavljanja broda očekuje se da predlog podnosi samo u situacijama kad je opasnost po njegovo potraživanje izvesna. Istovremeno, imajući u vidu ograničeno trajanje mere i nemogućnost ponovnog zaustavljanja već zaustavljenog broda, dužniku se dozvoljava obavljanje poslova kojim bi obezbedio sredstva za namirenje potraživanja. Na ovaj način, zakonodavac je nastojao da nađe sredinu između suprotstavljenih interesa zain-

teresovanih strana. Zaustavljanje broda uslovljava se pokretanjem parničnog postupka. Predlagač zaustavljanja će snositi troškove koji zbog zaustavljanja nastanu ukoliko ne uspe u parnici.

Kod zaplene broda, konačan ishod je njegova prodaja, pa se zaplenom utiče na prava putnika ili vlasnika robe koja se prevozi. Zapleni prethodi izvršni postupak i ona se ne može tražiti bez postojanja izvršne isprave.

Usvajanje međunarodnih konvencija koje regulišu zaustavljanje broda dovodi do unifikacije ove materije na globalnom planu. Materija koja je regulisana u međunarodnim konvencijama o zaustavljanju brodova iz 1952. i 1999. godine u najvećem delu se poklapa sa rešenjima koje sadrži domaće zakonodavstvo. Ipak, imajući u vidu odredbu prema kojoj se Konvencija iz 1999. godine primenjuje od stupanja na snagu na sve brodove bez obzira viju li zastavu članice ili neke druge države, ratifikacija ove Konvencije od strane nadležnih tela Republike Srbije predstavljala bi sledeći logičan korak.

Dr. IRIS BJELICA VLAJIĆ
Associate Professor, lecturer,
the High Maritime School of Academic Studies,
Belgrade

DIFFERENCES BETWEEN INSTITUTES OF SHIP ARREST AND SEIZURE OF THE SHIPS IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Arrest of a ship and the seizure of a ship are two different institutes related to the need to protect the creditor, by a court decision. The arrest of a ship is one of the activities that occurs during the attachment of a ship, but also it is an independent temporary measure. Arrest of the ship is required as a provisional measure when the creditor needs assistance in protecting his claim when he expects that the collection of his claim or security will be impeded by the ship's departure. The procedure itself is fully regulated by domestic legislation, thereby avoiding any arbitrariness of the individuals and disturbing the regular operation of ship-owners' companies. The International Convention Relating to the Arrest of Sea-Going Ships of 1952 foresees a rule known in legal theory as a "sister ship arrest"; a possibility of arresting another ship belonging to the same owner or user (lessee or charterer), a solution that, even more, helps creditors in securing its claims. Such a request is possible provided the relationship between the shipowner and the claim is proved. The paper analyzes both institutes, the provisions of domestic laws and applicable international conventions, as well as the advantages and disadvantages of each of the existing solutions.

Key words: ship arrest, ship seizure, execution and enforcement, international conventions.

Literatura

- Ivković Đ., *Međunarodna konvencija za izjednačavanje nekih pravila o privremenom zaustavljanju pomorskih brodova, 1952, Priručnik*, Piran, 2005.
- Marin J., "International Convention on Arrest of Ships", *Poredbeno pomorsko pravo*, Tom 41, br. 156, Zagreb, 2002.
- Marin J., "Zaustavljanje broda – pitanje osobnog dužnika", *Poredbeno pomorsko pravo*, Tom 39, br. 153–154, Zagreb, 1999.
- Marin J., "Zaustavljanje broda - vjerojatnost opasnosti da će protivnik osiguranja svojim postupanjem spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine", *Poredbeno pomorsko pravo*, Tom 41, br. 156, Zagreb, 2002.
- Marković S., "Zaustavljanje (*Arrest*) broda u domaćem, međunarodnom i uporednom pravu", *Izbor sudske prakse*, br. 9, Beograd, 2005.
- Nikčević Grdinić J., Nikčević G., "Arrest of Ships – The International Conventions on Arrest of Ships", *Transactions on Maritime Science*, Split, 2012.
- Rušinović D., "Postupak osiguranja privremenom mjerom zaustavljanja broda", *Uporedno pomorsko pravo*, Tom 32, br. I-2, Zagreb, 1990.
- Stanković G., Bolanča D., "Neki problemi u vezi ovršne prodaje broda", *Pomorski zbornik*, Tom 39, br. 1, Rijeka, 2001.
- Vuković A., Bodul D., "Privremena mjera zaustavljanja broda u hrvatskom pravu – de lege lata i de lege ferenda rješenja", *Pomorsko poredbeno pravo*, Tom 51, br. 166, Zagreb, 2012.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 29.08.2020.

Prihvaćen: 14.09.2020.

PREGLEDNI RAD

RODOLJUB ETINSKI

KOVID 19 I PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA O ZAŠTITI LICA U OKOLNOSTIMA KATASTROFE

– Nacrt Komisije za međunarodno pravo –

Pandemija uzrokovana virusom kovid 19 podstiče na razmatranje Nacrta članova o zaštiti lica u slučajevima katastrofa, koji je usvojila Komisija za međunarodno pravo 2016. godine i na procenu potrebe usvajanja Nacrta kao međunarodnog ugovora. Nacrtom se konsoliduje i sistematizuje postojeće međunarodno pravo reagovanja na katastrofe. Kritikovan je, sa jedne strane, da je “izdao” Vatelov imperativ, jer nije predvideo međunarodnu obavezu pružanja pomoći. Kritikovan je, sa druge strane, da je izašao iz granica pozitivnog prava, predviđajući obaveze država da smanje rizik od katastrofa, kao i obaveze država, pogođenih katastrofom, da traže međunarodnu pomoć, kada katastrofa prevazilazi njihove kapacitete. Naše je mišljenje, a to je mišljenje i nekih drugih autora, da je Nacrt ostao u okvirima humanističkog toka međunarodnog prava, kako je on usmeren posle Drugog svetskog rata. Pandemija uzrokovana kovidom 19 potvrđuje potrebu da se Nacrt transformiše u međunarodni ugovor.

Ključne reči: kovid 19, katastrofa, međunarodno pravo

U V O D

Korona virus, poznat pod imenom kovid 19, je do 10. septembra 2020. godine odneo više od 900 hiljada života na globalnom nivou.¹ Međutim, mnogo više ljudi, ili ne bi bilo preterano da kažem da su svi ljudi pogođeni socijalnim, eko-

Prof. dr Rodoljub Etinski, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, u penziji, profesor Pravnog fakulteta Univeziteta Donja Gorica, e-mail: etinskirodoljub@yahoo.com.

¹ <https://www.worldometers.info/coronavirus/worldwide-graphs/#total-deaths>, 26. maj 2020.

nomskim ili političkim efektima mera koje države preduzimaju radi suzbijanja pandemije. Međunarodna organizacija rada je procenila da bi 1,6 milijardi radnika angažovanih u neformalnoj ekonomiji širom sveta, što je oko polovine ukupno zaposlenih, moglo da izgubi posao.² Prvi slučajevi koji se odnose na kovid 19 pojavili su se pred Evropskim sudom za ljudska prava. Ispituje se saglasnost državnih mera za suzbijanje zaraze sa propisima o ljudskim pravima i sa načelima vladavine prava.³ Poznato je da je zatražena ocena ustavnosti uvođenja vanrednog stanja u Srbiji, ali da se Ustavni sud proglasio nenadležnim u vezi sa tim pitanjem. Istražuje se kako će pandemija uticati na međunarodnu ekonomiju. Izneto je mišljenje da će biti najteže pogođene ekonomije manjih država koje su izvozno orijentisane.⁴ Na delu je globalna katastrofa. Zato je ovaj tekst fokusiran na Nacrt članova o zaštiti lica u uslovima katastrofe.

Komisija za međunarodno pravo, pomoćno ekspertsko telo Generalne skupštine UN zaduženo za kodifikaciju i progresivan razvoj međunarodnog prava, pripremila je Nacrt članova o zaštiti lica u slučajevima katastrofa 2016. godine i dostavila ga je Generalnoj skupštini.⁵ Komisija je radila na ovom Nacrtu između 2007. i 2016., a specijalni izvestilac je bio Eduardo Valencia – Ospina, bivši sekretar Međunarodnog suda pravde. Posle osam izveštaja specijalnog izvestioca i komentara država, međunarodnih i nevladinih organizacija, Komisija je usvojila konačan tekst Nacrta 2016. godine. Tim Nacrtom uređena su prava i obaveze država u pogledu zaštite lica pogođenih katastrofom. Reč je o pravima i obavezama države pogođene katastrofom, o pravima i potrebama lica pogođenih katastrofom, kao i o pravima i obavezama trećih država i drugih subjekata. Nacrt je fokusiran na pružanje pomoći u slučaju katastrofe, ali obuhvata i aktivnosti na smanjivanju rizika od katastrofe. Tokom rasprave u Generalnoj skupštini UN 2018. godine, članice su iskazale različita mišljenja u vezi sa Nacrtom. Neke su bile za to da se Nacrt pretoči u međunarodni ugovor, dok su druge bile protiv toga. Rezoluci-

² https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_743036/lang--en/index.htm

³ Craig Konnoth, "Narrowly Tailoring of the Covid 19 Response", *California Law Review* online, Vol 11, 2020, 193–208. Herlambang Wiratraman, "Does Indonesian Covid 19 Emergency Law Secure Rule of Law and Human Rights?", *Journal of Southeast Asian Human Rights*, Tom 4, br. 1, 2020, 306–334.

⁴ Charlotte Sieber-Gasser, "In engen Grenzen: Kleine Volkswirtschaften, der Handelskrieg und Covid 19", *Swiss Review of International and European Law*, Tom 30, br. 2, 2020, 205–234.

⁵ Draft articles on the protection of persons in the event of disasters, with commentaries, adopted by the International Law Commission at its sixty-eight session, in 2016, and submitted to the General Assembly, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/6_3_2016.pdf&lang=EF, 19. maj 2020.

jom 73/209 je odlučeno da se to pitanje uključi ponovo u dnevni red Generalne skupštine 2020. godine.⁶

Pitanje koje se nalazi u osnovi ovog teksta jeste da li će pandemija kovid 19 uticati na članice UN da na zasedanju Generalne skupštine ove 2020. godine, prihvate Nacrt o zaštiti lica u slučajevima katastrofa u obliku međunarodne konvencije, dakle pravno obavezujućeg instrumenta? Mislim da bi to moglo da doprinese da države i međunarodna zajednica bolje reaguju u nekim budućim slučajevima katastrofa, što bi smanjilo broj izgubljenih života, kao i patnje velikog broja pojedinaca. Sledi kratak prikaz Nacrta, zatim kritika Nacrta, ali i odbrana Nacrta. U okviru odbrane Nacrta, biće dat osvrt na razvoj međunarodnog prava o reagovanju na katastrofe.

KRATAK PRIKAZ NACRTA O ZAŠTITI LICA U OKOLNOSTIMA KATASTROFE

Nacrt je relativno kratak pravni dokument, obuhvata 18 članova, i ostaje na visokom nivou apstraktnosti. On ne sadrži, dakle, konkretizaciju opštih propisa, već ostaje samo na nivou opštih propisa. Prva tri člana posvećena su određivanju oblasti primene, cilju i značenju pojedinih termina. Nacrt se primenjuje, saglasno članu 1, na zaštitu lica u slučaju katastrofe. Cilj Nacrta je da olakša adekvatan i efikasan odgovor na katastrofe i da smanji rizik od katastrofa, te da tako zadovolji suštinske potrebe zainteresovanih lica, uz puno poštovanje njihovih prava.

Članovi 4 i 5 odnose se na poštovanje i zaštitu dostojanstva u okolnostima katastrofe, odnosno na poštovanje i zaštitu ljudskih prava lica pogođenih katastrofom. U članu 6 izložena su osnovna načela na kojima se zasniva Nacrt – čovečnost, neutralnost, nepristrasnost, nediskriminacija i uzimanje u obzir potreba naročito ranjivih osoba.

Članom 7 proklamovana je dužnost saradnje država, kako između sebe, tako i sa Ujedinjenim nacijama, organizacijama Crvenog krsta i Crvenog polumeseća, kao i drugim pružaocima pomoći. Načini i sadržaji saradnje, koji čine odgovor na katastrofu, uređeni su članom 8. Oni obuhvataju humanitarnu pomoć, koordinaciju akcija i komunikacija na pružanju međunarodne pomoći i stavljanje na raspolaganje osoblja, opreme i dobara, kao i naučnih, medicinskih i tehničkih sredstava. Članom 9 su proklamovane obaveze država u pogledu smanjivanja rizika od katastrofe.

⁶ Giulio Bartolini, "A Universal Treaty for Disasters: Remarks on the International Law Commission's Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters", *International Review of the Red Cross*, Tom 99, br. 906, 2019, 1108.

Članovi 10 i 11 su posvećeni državi, koja je pogođena katastrofom. Stavom 1 člana 10 je predviđena obaveza države da zaštiti lica i da pruži pomoć licima pogođenim katastrofom na njenoj teritoriji ili na teritoriji pod njenom jurisdikcijom. Ona ima, saglasno stavu 2 člana 10, primarnu ulogu u upravljanju, kontroli, koordinaciji i nadgledanju pružanja pomoći. Naročito je važan član 11 kojim je rečeno da je pogođena država dužna da traži pomoć od drugih država, Ujedinjenih nacija ili drugih davalaca pomoći, kada obim katastrofe očigledno prevazilazi nacionalne kapacitete za odgovor.

Član 12 odnosi se na ponude strane pomoći. Saglasno stavu 1 tog člana, u slučaju katastrofe, države, Ujedinjene nacije i drugi davaoci pomoći mogu da ponude pomoć pogođenoj državi. Saglasno stavu 2, kada je pogođena država tražila pomoć od druge države, Ujedinjenih nacija ili drugih davalaca pomoći, onaj od koga je tražena pomoć će ekspeditivno razmotriti zahtev i obavestiti pogođenu državu o svom odgovoru. Stavom 1 člana 13 predviđeno je da je potrebna saglasnost pogođene države za prijem spoljne pomoći. Prema stavu 2 istog člana, saglasnost pogođene države neće biti uskraćena arbitrarno. U slučaju da je ponuđena spoljna pomoć, saglasno stavu 3 člana 13, pogođena država treba blagovremeno da saopšti svoju odluku o toj pomoći. Članom 14 je predviđeno da pogođena država može da odredi uslove za primanje strane pomoći, saobrazno potrebama pogođenih lica.

U članovima 15 i 16 izložene su obaveze pogođene države u pogledu ulaska stranog osoblja i uvoza opreme i dobara u smislu viza, radnih dozvola, carina i oporezivanja, kao i u smislu privilegija i imuniteta i zaštite osoblja i dobara na svojoj teritoriji. Članom 17 je predviđeno da pogođena država, države koje pružaju pomoć, Ujedinjene nacije ili drugi davaoci pomoći mogu u bilo koje vreme da okončaju pomoć. Svi su dužni da pre no što okončaju pomoć obaveste o svojoj nameri. Svi uključeni u pružanje, odnosno primanje pomoći, su dužni da se konsultuju u pogledu okončanja pomoći.

Članom 18 određen je odnos Nacrta prema drugim pravilima međunarodnog prava. Nacrt ne isključuje primenu drugih pravila međunarodnog prava. On se neće primenjivati u obimu u kome je odgovor na katastrofu uređen pravilima međunarodnog humanitarnog prava.

Nacrt se odnosi na zaštitu lica pogođenih katastrofom u državi koja raspolaže kapacitetima da pruži adekvatnu zaštitu tim licima kao i na zaštitu lica pogođenih katastrofama u državi koja ne raspolaže potrebnim kapacitetima da pruži adekvatnu zaštitu tim licima. U obe situacije, koje su suštinski različite sa stanovišta pogođenih lica i pogođene države, primenjuju se ista pravila, izuzev člana 11 kojim je pogođena država, koja ne raspolaže odgovarajućim kapacitetima da pruži potrebnu pomoć svojim stanovnicima, obavezna da traži stranu pomoć.

Doduše, u Nacrtu se ne koristi termin “obaveza”, već “dužnost”. Komisija za međunarodno pravo nalazi osnov ove obaveze prvenstveno u konceptu ljudskih prava, odnosno u tumačenju pojedinih tela za ljudska prava, prema kojima je država dužna da preduzme sve što razumno može da preduzme, uključiv traženje strane pomoći, kako bi spasla ljudske živote na svojoj teritoriji.

Na davaoće pomoći, kako na države, tako na Ujedinjene nacije i druge davaoće pomoći, primenjuje se uvek isto pravilo – oni mogu da ponude pomoć. Ako je pogođena država tražila pomoć od druge države, Ujedinjenih nacija ili drugog davaoca pomoći, taj od koga je tražena pomoć je dužan da razmotri zahtev ekspeditivno i da odgovori podnosiocu zahteva. Ne postoji, dakle, dužnost pružanja pomoći u situaciji kada pogođena država ne može sama da pomogne svom stanovništvu.

KRITIKA NACRTA O ZAŠTITI LICA U OKOLNOSTIMA KATASTROFE

Tereza O'Donel i Alen Krejg su objavili ubedljivu i hvale vrednu kritiku Nacrta.⁷ Suština njihove kritike je da je inspirativno izvorište Nacrta presahlo u predloženim članovima. Čitajući izveštaje specijalnog izvestioca Valencia-Ospine, oni vide da je specijalni izvestilac našao inspirativno izvorište u pisanju čuvenog švajcarskog međunarodnog pravnika iz XVIII veka Vatel, najcitiranijeg međunarodnog pravnika u XIX veku. Vatel je, opet, svoju inspiraciju nalazio u prirodnom pravu. Vatel je, dakle, pisao, i na to se Valencia-Ospina pozivao, da je pružanje pomoći drugoj naciji u nevolji “instiktivan akt čovečnosti”, koji bi učinila svaka civilizovana nacija.⁸ Tereza O'Donel i Alen Krejg to nazivaju “Vatelov imperativ”.

Oslanjajući se na Vatelov imperativ, dvoje autora grade koncept “transnacionalne solidarnosti”.⁹ Koncept uključuje dužnost staranja o licima u nevolji, koja je transgranična. Načelo čovečnosti zahteva, dakle, da država pruži pomoć drugoj državi pogođenoj katastrofom. Dvoje autora, sa osloncem na Vatel, i na evoluciju međunarodne zajednice iz Vestfalske zajednice suverenih država ka zajednici, koja je uređena kolektivnom pravnom svešću i koja odgovara na socijalne nužnosti država,¹⁰ smatraju da načelo čovečnosti zahteva, danas, da se uspostavi duž-

⁷ Therese O'Donnell, Allan Craig, “Identifying Solidarity: The ILC Project on the Protection of Persons in Disasters and Human Rights”, *George Washington International Law Review*, Tom 49, br. 1, 2016, 53–96.

⁸ *Ibidem*, 58, 59.

⁹ *Ibidem*, 67.

¹⁰ *Ibidem*, 92.

nost države da pruži pomoć drugoj državi pogođenoj katastrofom.¹¹ Takva dužnost nije, međutim, predviđena u Nacrtu.

U uvodu je rečeno da se Komisija za međunarodno pravo bavi kodifikacijom i progresivnim razvojem međunarodnog prava. Kodifikacijom se označava konsolidacija i sistematizacija postojećeg prava, dok progresivan razvoj označava unošenje novih elemenata. Na osnovu komentara Nacrta od strane članica UN, koje je prikazao član Komisije Šon Marfi, članice UN ili bar one koje su komentarisale Nacrt, žele da Nacrt ostane na nivou kodifikacije, dakle, da izrazi postojeće pravo.¹² Tako su mnoge države izrazile sumnju u pogledu postojanja dužnosti država da saraduju, kako je ona predviđena članom 7 Nacrta, u pozitivnom međunarodnom pravu.¹³ Zbog istog razloga kritici je izložen član 9 Nacrta kojim su predviđene obaveze države da preduzme mere, uključiv i legislativne, u pogledu otklanjanja, odnosno smanjivanja rizika od katastrofe.¹⁴ Više država smatra da dužnost države da traži stranu pomoć, kada njeni kapaciteti nisu dovoljni da odgovore na potrebe pogođenog stanovništva, predviđena u članu 11 Nacrta, ne postoji u međunarodnom pravu.¹⁵ Neke države su osporavale da obaveza države da ne povlači svoju saglasnost na prijem pomoći arbitrarano ima osnov u međunarodnom običajnom pravu.¹⁶

Treba dodati da i neki članovi Komisije za međunarodno pravo ne misle da Nacrt pravila održava postojeće međunarodno pravo. Tako, Dire Tladi smatra da ne samo da Nacrt ne izražava savremeno običajno pravo i da nema uporište u važećim univerzalnim međunarodnim ugovorima, već ne postoji ni moralno opravdanje za njegovo usvajanje.¹⁷ Tladi obaveštava da i Marfi deli njegovo mišljenje.¹⁸ On, Tladi kritikuje koncept saradnje koji je u Nacrtu postavljen kao koncept prava i dužnosti, pri čemu se ukrštaju koncept u vertikalnom smeru, da-

¹¹ *Ibidem*, 84.

¹² Sean D. Murphy, "Protection of Persons in the Event of Disasters and Other Topics: The Sixty-Eighth Session of the International Law Commission", *American Journal of International Law*, Tom 110, br. 4, 2016, 718–745.

¹³ *Ibidem*, 719, 720.

¹⁴ *Ibidem*, 720.

¹⁵ *Ibidem*, 721.

¹⁶ *Ibidem*, 722.

¹⁷ Dire Tladi, "The International Law Draft Commission's Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters: Codification, Progressive Development or Creation of Law for Thin Air?" *Chinese Journal of International Law*, Tom 16, 2017, 427.

¹⁸ *Ibidem*.

kle koncept ljudskih prava i odgovarajućih obaveza pogođene države i koncept u horizontalnom smeru, dakle prava i dužnosti u odnosu između pogođene države i drugih država ili subjekata davalaca pomoći.¹⁹ On kritikuje taj koncept sa stano- višta neopravdanog zadiranja u državni suverenitet, naročito u vezi sa članom 11 Nacrta, kojim je predviđena dužnost države da traži stranu pomoć, kada razme- re katastrofe prevazilaze kapacitete države, i u vezi sa članom 13 Nacrta, čiji drugi stav zabranjuje pogođenoj državi da arbitrarno uskrati saglasnost u pogledu po- nuđene pomoći.²⁰ Podršku za ovu kritiku nalazi u komentarima država na Nacrt. Kritiku zasniva na mišljenju da je Komisija neosnovano derivirala navedene dve obaveze iz postojećeg prava. U pogledu moralnog opravdanja, Tladi smatra da koncept međusobnih prava i obaveza ne može da bude više delotvoran od moral- nog koncepta uzajamne solidarnosti, koji već funkcioniše.²¹

Dok dvoje autora, sa osloncem na Vatela, odnosno načelo čovečnosti i glo- balne solidarnosti, smatraju da Nacrt nije udovoljio tim načelima, time što nije predvideo dužnost pružanja pomoći, mnoge države i neki članovi Komisije za međunarodno pravo smatraju da je Nacrt izašao iz okvira postojećeg prava.

RAZVOJ MEĐUNARODNOG PRAVA O REAGOVANJU NA KATASTROFE

Konvencija o osnivanju Međunarodne unije za pomoć, 1927.

Ideja i praksa milosrđa seže duboko u prošlost.²² Razvoj međunarodnog pravo reagovanja na katastrofe (*International Disaster Response Law*) počinje Konvencijom o osnivanju Međunarodne unije za pomoć 1927. godine, u okviru Društva naroda.²³ Na inicijativu italijanskog senatora i predsednika Crvenog kr- sta Italije G. Ciraolo-a, koju je podržala Međunarodna organizacija Crvenog kr- sta, Skupština Društva naroda je jednoglasno usvojila Konvenciju 1927. godine. Uz Konvenciju je usvojen i Statut Organizacije. Konvencija je stupila na snagu

¹⁹ *Ibidem*, 428–447

²⁰ *Ibidem*, 433, 434.

²¹ *Ibidem*, 447–450.

²² Aldo Perez, “In Defense of Concurrent Application: The ILC Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters and International Humanitarian Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Tom 46, br. 3, 2018, 264.

²³ Convention Establishing An International Relief Union, League of Nations, *Treaty Series*, Tom 135, 247, navedeno prema Arnold Pronto, “Consideration of the Protection of Persons in the Event of Disasters by the International Law Commission”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Tom 15, br. 2, 2009, 449.

1932. godine i dvadeset devet država ju je prihvatilo.²⁴ To je tada činilo oko polovine broja članova međunarodne zajednice. Cilj Organizacije bio je da pruži prvu pomoć pogođenom stanovništvu u slučaju katastrofe, kada težina katastrofe prevazilazi resurse pogođenog naroda, i da koordinira pružanje pomoći. Pored toga, cilj je, takođe, bio i naučno istraživanje uzroka velikih katastrofa, kao i mogućnosti njihovog sprečavanja. Akcije pružanja pomoći bile su ograničene na katastrofe na teritorijama ugovornica, kao i na katastrofe na teritorijama neugovornica, ako one pogađaju i ugovornice. Akcije Unije su podlegale saglasnosti države na čijoj teritoriji su realizovane. Predviđeno je da se aktivnost i rad Unije finansira dobrovoljnim priložima članica, kao i privatnim donacijama.

Novoosnovana Organizacija nije uspevala da prikupi dovoljno sredstva od članica, ostala je bez potrebnih sredstava za pružanje pomoći, postala je nefunkcionalna, napuštena je tokom vremena od svih članova, izuzev Francuske i ugašena je.²⁵ Uslov da Konvencija i Statut stupe na snagu bio je da se prikupi najmanje 420 000 švajcarskih franaka, a bilo je predviđeno da osnovni kapital Organizacije iznosi 650 000 švajcarskih franaka.²⁶ Organizacija je uspela da prikupi 452 000 švajcarskih franaka i tu je stala.²⁷

Učestvovala je u pružanju pomoći stanovništvu u indijskoj državi Odiša (Odisha ili Orissa), koja je bila pogođena velikim zemljotresom 1934., kao i godinu dana kasnije stanovnicima Baludžistana (Baluchistan) u Pakistanu, koji su, takođe, bili pogođeni zemljotresom. Treba primetiti da Pakistan nije bio ugovornica Konvencije.²⁸ Indija je bila članica Konvencije, ali Vlada Indije je odbila da primi pomoć od Organizacije, pa je Organizacija samo učestvovala u pomoći koju je organizovao Crveni krst. Organizacija je, inače, tesno saradivala sa Međunarodnom organizacijom Crvenog krsta. Misisipi i Ohajo su odbile pomoć Organizacije tokom velikih poplava u 1937.²⁹ SAD, kao i Misisipi i Ohajo nisu bile ugovornice Konvencije. Dakle, uprkos propisa u Konvenciji, koji je ograničavao pružanje pomoći ugovornicama na čijoj teritoriji se desila katastrofa ili koje su

²⁴ Teresa Thorp, "International Climate Law and the Protection of Persons in the Event of Disasters", *New Zealand Journal of Public and International Law*, Tom 11, br. 2, 2013, 455.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Peter Macalister-Smith, "The International Relief Union – Reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*, Tom 54, br. 3–4, 1986, 368.

²⁷ *Ibidem*, 370.

²⁸ https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=569&chapter=30&clang=_en.

²⁹ P. Macalister-Smith, op. cit., 370.

bile pogođene katastrofom, koja se desila na teritoriji nečlanice, Organizacija je nudila pomoć i državama nečlanicama.

Pokušaji da se Organizacija očuva posle Drugog svetskog rata i da se uključi u sistem specijalizovanih agencija UN nisu uspeli i Organizacija se ugasila tako što su je sukcesivno napuštali članovi. Na osnovu jedne rezolucije Ekonomskog i socijalnog saveta UN, njena sredstva su preneti na UNESCO 1967. godine.³⁰ Bilo je više razloga za neuspeh ove Organizacije. Organizacija je rođena u vreme velike ekonomske krize, koja je generisala izolacionalizam i nacionalizam, dakle klimu koja nije išla u prilog jačanju koncepta uzajamne pomoći.³¹ U takvim okolnostima nije postojala volja država da ideju uzajamne pomoći i solidarnosti pretoče u jasne i funkcionalne međunarodne obaveze.

Nacrt Konvencije o ekspeditivnom pružanju hitne pomoći, 1984.

Nacrt Konvencije o ekspeditivnom pružanju hitne pomoći pripremljen je u Ujedinjenim nacijama 1984. godine.³² Dr Boško Jakovljević, poznati srpski i jugoslovenski pravnik, je učestvovao u pripremi ovog Nacrta.³³ Nažalost, članice UN nisu prihvatile ovaj Nacrt.³⁴ Nacrt je obuhvatao pet delova: 1) opšte propise; 2) pomoć; 3) transport; 4) odgovornost, i 5) završne propise. Opštim propisima su definisani izrazi korišćeni u Nacrtu i određeni su cilj, načela i oblast primene Konvencije. Cilj Konvencije, utvrđen u članu 2 Nacrta, je bio da ubrza pružanje pomoći posle katastrofe. Član 3 Nacrta je sadržao načela, koja su se svodila na naglašavanje suvereniteta države. Načelo poštovanja suvereniteta države koja prima pomoć i zabrane mešanja u unutrašnje stvari je prvo navedeno. Drugo načelo je bilo saradnja sa vlastima države koja prima pomoć i poštovanje zakona te države. Treće načelo je zabranjivalo aktivnosti koje su izvan onih određenih u Nacrtu, uključiv zabranu komercijalnih i političkih aktivnosti.

Drugi deo nacrta Konvencije, o pružanju i primanju pomoći uključuje članove 5–18. Član 5 Nacrta Konvencije uređuje pružanje i primanje pomoći. Pred-

³⁰ *Ibidem*, 372.

³¹ *Ibidem*, 373.

³² Draft Convention on expediting of the delivery of emergency assistance, 1984, UN doc.A/39/267/Add. 2 – E/1984/96, Add. 2.

³³ <https://www.ifrc.org/en/what-we-do/idrl/latest-news/disaster-law-newsletter-august-2012/profile-in-disaster-law-advocacy--dr-bosko-jakovljevic-58363/>.

³⁴ Giulio Bartolini, "A Universal Treaty for Disasters: Remarks on the International Law Commission's Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters", *International Review of the Red Cross*, Tom 99, br. 906, 2019, 1104.

viđeno je, dakle, da se pomoć obezbeđuje i distribuira bez naknade, izuzev ako se strana, koja pruža pomoć, i država, koja je prima, ne dogovore drugačije. Država, primalac pomoći, dužna je da obezbedi efikasno korišćenje pomoći u cilju radi koga je data, izuzev ako se drugačije ne dogovori. Pomoć se pruža i deli bez diskriminacije po osnovu rase, boje, pola, religije, političkog mišljenja ili drugog statusa. Ugovornice treba da daju prvenstvo isporuci pomoći, uključiv transport, obezbeđivanje tranzita i podele. Član 6 nacrtu Konvencije odnosi se na razmenu informacija i saglasno njemu ugovornica, koja dođe do informacije o događaju koji može da uzrokuje katastrofu dužna je da je dostavi državi, koja može da bude pogođena katastrofom, kao i koordinatoru UN za pružanje pomoći u katastrofama, odnosno drugim organizacijama. Ugovornice, koje dođu do informacija koje bi mogle da budu korisne u pružanju pomoći pogođenim državama, dužne su da te informacije stave na raspolaganje pogođenim državama i, uz saglasnost pogođene države, koordinatoru UN za pružanje pomoći u katastrofama. Kada se od koordinatora UN za pružanje pomoći u katastrofama traži da vrši svoje koordinatorske funkcije, ugovornice će ga informisati o razvoju situacije, potrebnoj ili obezbeđenoj pomoći. Stavom 4 člana 6 predviđena je mogućnost pružanja informacija o pomoći u poverenju, kao i obavezi države, koja je primila takvu informaciju u poverenju, da je ne otkrije i ne zloupotrebi. Članom 7 utvrđene su obaveze države, koja prima pomoć, u pogledu bezbednosti osoblja angažovanog na pružanju pomoći, njihovih prostorija, transportnih sredstava, kao i pošiljki pomoći. Tim članom utvrđene su obaveze u pogledu izdavanja viza, pristupa osoblja koje pruža pomoć pogođenom području, kretanja u tom području i sl. Članovi 8 i 9 su bili posvećeni obavezi države prijema da omogući komunikacije između osoblja koje pruža pomoć i njihove države, odnosno obavezi države koja pruža pomoć da obavesti državu prijema o slanju pomoći. Članom 10 je predviđeno da pomoć treba da odgovara potrebama pogođene države, kao i njenim tradicijama i običajima. Po kvalitetu, pomoć treba, dakle, da odgovara zdravstvenim i drugim standardima države koja prima pomoć, izuzev ako se dve strane ne dogovore drugačije. Naredni članovi su se odnosili na pakovanje i obeležavanje pomoći, izvoženje i uvoženje pomoći, pokrivanje troškova istovara i lokalne administracije od strane države prijema, vođenje statistike o primljenoj pomoći, lokalne sudske zaštite pomoći, kao i okončanja pomoći. Država, koja prima pomoć, kao i država koja daje pomoć, su mogle da obavještenjem druge strane okončaju primanje, odnosno davanje pomoći.

Treći deo Nacrta o transportu uključuje članove 19–21 i uređuje pitanja obezbeđivanja transportnih sredstava, tranzita i vazdušnog transporta. Četvrti deo o odgovornosti obuhvata samo član 22, kojim je predviđeno da država, koja prima pomoć, odgovara za sve što se desi na njenoj teritoriji, uključiv zahteve tre-

ćih strana za akte države koja pruža pomoć. Država, koja pruža pomoć, kao i osoblje je izuzeto od odgovornosti, izuzev za štetu koju namerno pričini.

Rezolucija Generalne skupštine UN 46/182 o jačanju koordinacije hitne humanitarne pomoći, 1991.

Generalna skupština UN je prihvatila rezoluciju 46/182 o jačanju koordinacije hitne humanitarne pomoći UN 19. decembra 1991.³⁵ Aneks uz rezoluciju obuhvata sedam celina. Osnovna načela (*guiding principles*) izložena su u prvoj celini u tačkama 1–12. Prve dve tačke su posvećene značaju humanitarne pomoći i načelima pružanja te pomoći. Dakle, tačka 1 konstatuje da je humanitarna pomoć od kardinalnog značaja za žrtve prirodnih katastrofe ili drugih vanrednih situacija, a tačka 2 kaže da humanitarna pomoć mora da bude pružena saglasno načelima čovečnosti, neutralnosti i nepristrasnosti. Sledećim dvema tačkama traži se ravnoteža između suvereniteta države i njene odgovornosti da pomogne lica pogođena katastrofom na njenoj teritoriji. U tački 3 je rečeno da suverenitet, teritorijalni integritet i nacionalno jedinstvo treba da budu poštovani saglasno Povelji UN. Otuda, humanitarna pomoć treba da bude pružena uz saglasnost pogođene države i, u osnovi, na njenu molbu. Sa druge strane, u tački 4 je rečeno da svaka država ima prva i, pre svega, odgovornost da brine o žrtvama lica pogođenih prirodnim katastrofama i drugim vanrednim situacijama na svojoj teritoriji. Otuda ona ima primarnu ulogu u iniciranju, organizovanju, koordinaciji i implementaciji humanitarne pomoći na svojoj teritoriji.

U okviru osnovnih načela posebna pažnja je posvećena situacijama u kojima veličina i trajanje katastrofe prevazilazi kapacitete pogođene države da se izbori sa njima. U kontekstu takvih situacija u tački 5 je naglašen značaj međunarodne saradnje. Rečeno je da takva saradnja treba da se odvija saglasno međunarodnom i nacionalnom pravu. Dalje, kaže se da međunarodne vladine i nevladine organizacije, koje deluju nepristrasno i striktno radi humanitarnih ciljeva, treba da nastave da dopunjuju svojim značajnim doprinosima nacionalne napore. Države, čijem stanovništvu je potrebna humanitarna pomoć, su pozvane, u tački 6, da olakšaju rad tih organizacija na pružanju pomoći. U sledećoj 7. tački, države u blizini se podstiču da učestvuju zajedno sa pogođenim zemljama u međunarodnim naporima radi olakšanja tranzita humanitarne pomoći. Ostali delovi Rezolucije se odnose na sprečavanje katastrofa, povećavanje pripremljenosti za suočavanje sa katastrofama, pripremanje rezervi i konsolidovanim pozivima za pomoć,

³⁵ Resolution 46/182 of 19 December 1991 “Strengthening of the coordination emergency assistance of the United Nations”.

koje upućuje generalni sekretar UN međunarodnim organizacijama. Poseban deo posvećen je saradnji, koordinaciji i rukovođenju. Koordinacija je predviđena na nivou međunarodnih organizacija i na nivou država. Na nivou međunarodnih organizacija vodeću ulogu u koordinaciji vrši generalni sekretar UN preko svog predstavnika, a predviđeno je i osnivanje Stalnog inter-agencijskog odbora za koordinaciju. Što se tiče međudržavnog nivoa, koordinaciju vrši nadležan organ pogođene države.

MEĐUNARODNO PRAVO REAGOVANJA NA KATASTROFE DANAS

Međunarodno pravo reagovanja na katastrofe prikazano je, uglavnom, u Memorandumu sekretarijata UN koji je pripremljen za potrebe Komisije za međunarodno pravo, kao građa za rad na kodifikaciji.³⁶ Memorandum upućuje na pozitivnopravne instrumente, kao što su specijalizovani, regionalni i bilateralni sporazumi, kao i na tzv. meko pravo, kao što su rezolucije međunarodnih organizacija i dokumenti Međunarodnog komiteta Crvenog krsta i Crvenog polumeseca ili drugih međunarodnih nevladinih organizacija. U oblast pozitivnog prava spadaju, na primer, Sporazum o ustanovljavanju Karipske agencije za hitne odgovore na katastrofe iz 1991, Sporazum o pripremanju za i sprečavanju katastrofa i uzajamnoj pomoći u slučaju katastrofa između Rusije i Španije iz 2000.

Međunarodno pravo reagovanja na katastrofe sastoji se, tako, danas, od opštih načela, nekih propisa u univerzalnim ugovorima, regionalnih i bilateralnih ugovora, kao i od "mekog prava" sadržanog u brojnim aktima Ujedinjenih nacija i aktima Međunarodne federacije Crvenog krsta i Crvenog polumeseca.³⁷ Konstatovano je već da međunarodno pravo reagovanja na katastrofe čezne za konsolidacijom i kodifikacijom.³⁸ Pružanje pomoći je trebalo da bude besplatno, izuzev ako se strane drugačije ne dogovore. Država koja prima pomoć je trebalo da obezbedi najefikasnije korišćenje pomoći u cilju, radi koga je pomoć data, izuzev ako se strane drugačije ne dogovore. Pored toga, država koja prima pomoć, je dužna da nadoknadi štetu državi, koja pruža pomoć, za smrt ili povredu člana

³⁶ *Protection of persons in the event of disaster*, Memorandum by the Secretariat, International Law Commission, 26 February 2008, A/CN.4/590, Add. 1.

³⁷ Pregled izvora je dat u *Protection of persons in the event of disaster*, Memorandum by the Secretariat, International Law Commission, 26 February 2008, A/CN.4/590/Add. 1. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_590_Add1.pdf. V. takođe, *Law and legal issues in international disaster response: a desk study*, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneve, 2007. <https://www.ifrc.org/PageFiles/125639/113600-idrl-deskstudy-en.pdf>.

³⁸ T. O'Donnell, A. Craig, op. cit., 64.

osoblja ili štetu pričinjenu opremi ili materijalu na njenoj teritoriji u vezi sa pružanjem pomoći.

Sandeš Sivakumaran izneo je mišljenje da međunarodno pravo reagovanja na katastrofe nastaje u procesima u kojima nastaju i druge grane međunarodnog prava – deriviranje opštih standarda iz serija posebnih pravnih instrumenata; korišćenje analogije; i usvajanje instrumenata koja su po obliku meki, ali sadrže mešavinu “*hard law-a*” i “*soft law-a*”.³⁹ To je novi pogled na procese nastanka međunarodnog prava, koji, možda, više odgovara sudskom stvaranju prava nego stvaranju prava u međudržavnoj interakciji. Mogućnosti da se to pravo razvije kroz kreativna sudska tumačenja nisu velike. Pored toga, proces konsolidacije i razvoja kroz navedene procese bi trajao svakako veoma dugo, a pandemija kovid 19 pokazuje da je potreba za kodifikacijom ove grane međunarodnog prava urgentna.

ODBRANA NACRTA ČLANOVA O ZAŠTITI LICA U OKOLNOSTIMA KATASTROFE

Uprkos drugačijim mišljenjima pojedinih država i članova Komisije za međunarodno pravo, može da se brani teza da Nacrt članova o zaštiti lica u okolnostima katastrofe predstavlja konsolidaciju postojećeg prava. Nema sumnje i to niko nije doveo u pitanje da načela na kojima se zasniva Nacrt – načelo čovečnosti, načelo nediskriminacije, poštovanja ljudskog dostojanstva i poštovanje ljudskih prava jesu opšta pravna načela, koja čine temelje savremenog prava. Obaveze država u pogledu smanjivanja rizika od katastrofa imaju svoju osnovu kako u opštim načelima, naročito načelu čovečnosti, kao i u opštim međunarodnim pravilima koja se odnose na zaštitu životne sredine. Dužnost države pogođene katastrofom da traži pomoć, kada katastrofa prevazilazi njene kapacitete kao i obaveza države da arbitrarno ne odbije ponuđenu pomoć u takvim okolnostima ima, zaista, osnov u međunarodnom pravu ljudskih prava, odnosno u tumačenju nadležnih tela, kao što su Komitet za ljudska prava, kao i regionalni sudovi za ljudska prava. Obaveze država da sarađuju u slučajevima katastrofa ima osnovu u Povelji UN. Neki konkretniji propisi o saradnji ne idu dalje od specifikacije obaveze saradnje u uslovima katastrofe.

Vatelov imperativ, koga pominju Tereza O’Donel i Alen Krejg, je uvek važio kao moralni imperativ. Ne treba pre naglašavati značaj podizanja obaveze pruža-

³⁹ Sandesh Sivakumaran, “Techniques in International Law-Making: Extrapolation, Analogy, Form and the Emergence of an International Law of Disaster Relief”, *European Journal of International Law*, Tom 28, br. 4, 2017, 1097–1132.

nja pomoći na nivo međunarodnopravne obaveze i potcenjivati značaj moralnog karaktera obaveze. To bi, svakako, bilo poželjno, ali bi Nacrt iskoračio iz oblasti kodifikacije i zašao u oblast progresivnog razvoja. Države, koje dovode u pitanje i ono što se može smatrati kodifikacijom, ne bi bile spremne sada da značajno odstupe od pozitivnog prava.

Potrebu pretvaranja Nacrta u međunarodni ugovor možemo da procenimo u svetlu pandemije izazvane kovidom 19. Države su saradivale sa Svetskom zdravstvenom organizacijom i sledile su uputstva Organizacije. Pojavilo se, međutim, nezadovoljstvo kod pojedinih članica radom Organizacije koje je bilo toliko, da je administracija predsednika Donalda Trampa odlučila da povuče SAD iz Organizacije. Odluka je naišla na protivljenje lekarskih udruženja u toj zemlji, kao i predsedničkog kandidata Džoa Bajdena.⁴⁰ Isto tako pojavile su se sumnje u pogledu načina na koji je NR Kina obavestavala Organizaciju i države o pojavi i širenju virusa. Izgleda da su države smatrale da je NR Kina bila obavezna da pruži tačne i blagovremene informacije o virusu, koje bi omogućile preduzimanje preventivnih mera od strane drugih država. Izgleda, takođe, da nije bilo sporno da li takva obaveza postoji, već se spor odnosio na pitanje da li je NR Kina izvršila navedenu obavezu. NR Kina je primila eksperte Svetske zdravstvene organizacije koji treba da istraže poreklo virusa.⁴¹ Član 9 Nacrta, pretočen u ugovorno pravilo, bi svakako učinio ovu situaciju jasnijom u pravnom smislu.

Države su međusobno saradivale, pružale su i primale pomoć. Bilo je dosta slučajeva da ista država pruža i prima pomoć. Međutim, pružanje i primanje pomoći, izgleda da nije bilo motivisano pravnim razlozima, već moralnim motivima čovečnosti ili političkim motivima. U nekim slučajevima izgleda da su politički motivi prevagnuli nad motivom čovečnosti. Iran je, tako, odbio da primi pomoć koju su ponudile SAD. Poznato je kakvi su odnosi između dve države. Ali, cilj Nacrta je upravo da načelo čovečnosti stavi iznad političkih motiva u okolnostima katastrofa, dakle da poštovanje dostojanstva i zadovoljavanje osnovnih ljudskih potreba oslobodi političkih ograničenja.

Pojedini odbojni stavovi prema Nacrtu motivisani su viđenjem da neki članovi Nacrta neopravdano zadiru u suverenitet država. U suštini to je pitanje odnosa suvereniteta i najvažnijih ljudskih prava, kao što su pravo na život, pravo na zdravlje, pravo na hranu i vodu i sl. U drugoj dekadi XXI veka nacionalni suverenitet ne bi trebalo da bude prepreka ostvarivanju ovih prava, odnosno zadovoljavanju osnovnih ljudskih potreba.

⁴⁰ <https://edition.cnn.com/2020/07/07/politics/us-withdrawing-world-health-organization/index.html>, 27. jula 2020.

⁴¹ <https://apnews.com/d0d7f364c1a8562d9ea612b67ec36db0>, 27. juli 2020.

ZAKLJUČCI

Međunarodno pravo reagovanja na katastrofe postoji danas kao nesistematizovan skup različitih pravila, koja uključuju neka opšta pravna načela, regionalne i bilateralne ugovore, kao i različite dokumente koji spadaju u kategoriju mekog prava. Komisija za međunarodno pravo je u periodu između 2007. i 2016. kodifikovala ova pravila u Nacrt članova o zaštiti lica u slučajevima katastrofa. Nacrt je kritikovan, sa jedne strane, što nije udovoljio “Vatelovom imperativu”, dakle što nije obavezu pružanja pomoći zemlji pogođenoj katastrofom podigao sa moralnog na pravni nivo. S druge, suprotne strane, Nacrt je kritikovan zato što je, navodno, izašao iz okvira pozitivnog prava.

Nacrt je ostao, međutim, u okviru progresivnog, humanističkog toka međunarodnog prava, kojim se međunarodno pravo kreće posle Drugog svetskog rata. Da je Nacrt predvideo obavezu pružanja pomoći, kao pravno obavezu, moglo bi se reći da je izašao iz okvira pozitivnog prava. Međutim, obaveze smanjivanja rizika od katastrofa ili obaveza traženja pomoći, kada katastrofa prevazilazi kapacitete države da zadovolji osnovne potrebe pogođenog stanovništva, ostaju u okviru pomenutog toka međunarodnog prava.

Pandemija uzrokovana kovidom 19 pokazuje svrsishodnost Nacrta, odnosno kodifikacije međunarodnog prava reagovanja na katastrofe. Obaveze država u pogledu smanjivanja rizika od katastrofe bi bile transparentnije i jasnije izražene. Podvrgavanje načela čovečnosti političkim ograničenjima bi činilo međunarodni delikt.

Prof. Dr. RODOLJUB ETINSKI

Ful Professor, retired, Faculty of Law, University of Novi Sad

Full Professor, Faculty of Law, University of Donja Gorica

COVID 19 AND RULES OF INTERNATIONAL LAW ON THE PROTECTION OF PERSONS IN THE EVENTS OF DISASTERS – THE DRAFT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Summary

Pandemic, caused by virus covid 19 has instigated evaluation of the Draft articles on the protection of persons in the event of disaster, adopted by the International Law Commission in 2016, and desirability of transformation of the Draft into an international treaty. The Draft consolidated

and systematized international law responses to disasters. It was criticized, on the one hand, that it betrayed “Vatel imperative” by failing to establish an international obligation of extending assistance in the events of disasters. On the other hand, the Draft was criticized that it has gone beyond the frames of positive law, by declaring obligation of a State to diminishing risk of disaster or obligation of a State, which is affected by disaster to ask foreign help, when disaster exceeded its capacities to respond. I share opinion of some other authors that the Draft remained inside the borders of stream of international law as it has been conducted after the Second World War. The pandemic has proved that transformation of the Draft into an international treaty might be helpful for better treatment of persons at national and international levels.

Key words: COVID 19, disaster, international law

Literatura

- Bartolini G., “A Universal Treaty for Disasters: Remarks on the International Law Commission’s Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters”, *International Review of the Red Cross*, Tom 99, br. 906, 2019.
- Konnoth C., “Narrowly Tailoring of the Covid 19 Response”, *California Law Review*, online, Tom 11, 2020.
- Macalister-Smith P., “The International Relief Union – Reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927.”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*, Tom 54, br. 3–4, 1986.
- Murphy D. S., “Protection of Persons in the Event of Disasters and Other Topics: The Sixty-Eighth Session of the International Law Commission”, *American Journal of International Law*, Tom 110, br. 4, 2016.
- O’Donnell T., Craig A., “Identifying Solidarity: The ILC Project on the Protection of Persons in Disasters and Human Rights”, *George Washington International Law Review*, Tom 49, br. 1, 2016.
- Perez A., “In Defense of Concurrent Application: The ILC Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters and International Humanitarian Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Tom 46, br. 3, 2018.
- Pronto A., “Consideration of the Protection of Persons in the Event of Disasters by the International Law Commission”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Tom 15, br. 2, 2009.
- Sieber-Gasser Ch., “In engen Grenzen: Kleine Volkswirtschaften, der Handelskrieg und Covid 19”, *Swiss Review of International and European Law*, Tom 30, br. 2, 2020.
- Sivakumaran S., “Techniques in International Law-Making: Extrapolation, Analogy, Form and the Emergence of an International Law of Disaster Relief”, *European Journal of International Law*, Tom 28, br. 4, 2017.
- Thorp T., “International Climate Law and the Protection of Persons in the Event of Disasters”, *New Zealand Journal of Public and International Law*, Tom 11, br. 2, 2013.

Tladi D., "The International Law Draft Commission's Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters: Codification, Progressive Development or Creation of Law for Thin Air?" *Chinese Journal of International Law*, Tom 16, 2017.

Wiratraman H., "Does Indonesian Covid 19 Emergency Law Secure Rule of Law and Human Rights?", *Journal of Southeast Asian Human Rights*, Tom 4, br. 1, 2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 16.09.2020.

Prihvaćen: 30.09.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

IVANA KRSTIĆ

MEĐUNARODNI STANDARDI ZABRANE GOVORA MRŽNJE I NJIHOVA PRIMENA U REPUBLICI SRBIJI

Sloboda izražavanja predstavlja jedan od temelja svakog demokratskog društva, ali bez izbora na svoj značaj, ova sloboda nije neograničena. Svi vodeći instrumenti za zaštitu ljudskih prava dopuštaju, a u nekim situacijama i zahtevaju ograničenja slobode izražavanja radi zaštite prava drugih lica. Pakt o građanskim i političkim pravima i Konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije traže od država ugovornica da zabrane govor mržnje, odnosno "svako zagovaranje nacionalne, rasne ili religijske mržnje koja predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo i nasilje" (član 20. stav 2 Pakta), kao i da inkriminišu "svako širenje ideja zasnovanih na superiornosti ili rasnoj mržnji, svako podsticanje na rasnu diskriminaciju, ili izazivanje na takva nasilja, uperena protiv svih rasa ili svake grupe lica druge boje ili etničkog porekla" (član 4. a) Konvencije). Posebno je značajan član 10. stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima jer priznaje da uživanje slobode izražavanja može biti podvrgnuto ograničenjima koja su predviđena zakonom i neophodna u demokratskom društvu, između ostalog, radi zaštite ugleda ili prava drugih. Evropski sud za ljudska prava razvio je ekstenzivnu jurisprudenciju u kojoj pruža odgovarajuće standarde u ovoj oblasti, dajući i definiciju govora mržnje. Ovaj govor je priznat kao poseban oblik diskriminacije u Zakonu o zabrani diskriminacije iz 2009. godine. Međutim, kako će to biti predstavljeno u radu, domaći sudovi ne primenjuju uvek ovu odredbu na adekvatan način, čime ne štite pojedince od govora koji im nanosi ili može naneti značajnu štetu.

Ključne reči: sloboda izražavanja, ograničenja, govor mržnje, međunarodni standardi, praksa Evropskog suda za ljudska prava

Prof. dr Ivana Krstić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ikrstic@ius.bg.ac.rs.

U V O D

Sloboda izražavanja predstavlja jednu od osnovnih vrednosti od čijeg ostvarenja zavisi svaki demokratski politički proces, ali i razvoj svakog ljudskog bića.¹ Za slobodu izražavanja se obično kaže da predstavlja kamen temeljac svake demokratije.² Međutim, svi vodeći međunarodni instrumenti iz oblasti zaštite ljudskih prava ne priznaju ovo pravo za apsolutno, odnosno propisuju da je sloboda izražavanja podložna izvesnim ograničenjima.³ Tako se ne može štiti govor koji ima za cilj da ponizi, zastraši ili podstakne nasilje ili aktivnosti protiv odgovarajuće grupe u društvu. Govor mržnje predstavlja posebno opasan govor koji se koristi u javnom diskursu da bi se pripadnici određene grupe omalovažili, ponizili, predstavili kao problem u jednom društvu, a u nekim situacijama i bili predmet napada. Govor koji ima ili može imati takav efekat mora biti zabranjen i adekvatno sankcionisan. Kada, pak, dođe do napada na pripadnike određene grupe, onda se radi o institutu govora mržnje, koji će ostati izvan domašaja ovog rada.⁴

Govor mržnje priznat je kao poseban oblik diskriminacije u Zakonu o zabrani diskriminacije, koji je donet 2009. godine. Zakon definiše govor mržnje i predviđa postupak pritužbe pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti, kao i građanski postupak u slučaju da do njega dođe. Međutim, Zakon priznaje i uvredljivo i ponižavajuće postupanje kao poseban oblik diskriminacije, koji se često prepliće i nedovoljno razgraničava u odnosu na govor mržnje. Drugim rečima, češći su slučajevima u kojima je utvrđeno da je došlo do povrede ovog oblika diskriminacije. Takođe, u praksi su zabeleženi i predmeti u kojima sudovi nisu pronašli govor mržnje, iako je bilo očigledno da se radi o ovakvom govoru, štiteći slobodu izražavanja kao primarnu i jedinu vrednost. O ovim slučajevima biće reči u drugom delu rada.

¹ V. više o slobodi izražavanja u Milan Paunović, Boris Krivokapić, Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 199–207.

² V., npr., Toby Mendel, *Freedom of Expression: A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680650af2>, 01.10.2020.

³ Jedino član 19. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine garantuje da "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 obaveštenja i ideje bilo kojim sredstvima i bez obzira na granice." Drugim rečima, član 19. ne predviđa nikakva ograničenja slobodi izražavanja. Više o raznim međunarodnim instrumentima kojima se štiti sloboda izražavanja i zabranjuje govor mržnje videti u Ivana Krstić, *Govor mržnje - međunarodni standardi*, *Lex Forum* br. 1, 2008, 7–20.

⁴ Više o zločinu iz mržnje videti u Jelena Jokanović, *Međunarodno-pravni aspekti zločina iz mržnje*, master rad, Pravni fakultet, Beograd, 2015.

UNIVERZALNI STANDARDI ZAŠTITE OD GOVORA MRŽNJE

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

Pakt o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu Pakt) iz 1966. godine u članu 19. garantuje pravo na slobodu izražavanja, pod kojim podrazumeva "slobodu traženja, primanja i širenja obaveštenja i ideja svake vrste, bez obzira na granice, bilo usmeno, pismeno, putem štampe ili u umetničkom obliku, ili ma kojim drugim sredstvom po svom izboru."⁵ Pakt potom postavlja izvesna ograničenja slobodi izražavanja, jer naglašava da ona povlači za sobom posebne dužnosti i odgovornosti. Međutim, ta ograničenja moraju biti izričito utvrđena zakonom i moraju biti neophodna radi: poštovanja prava ili ugleda drugih lica, ili radi zaštite nacionalne bezbednosti, javnog poretka, javnog zdravlja ili morala. Dalje ograničenje slobode izražavanja predviđeno je članom 20, koji prvo izričito zabranjuje svaku propagandu u korist rata, a potom i zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje i netrpeljivosti "koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje". Komitet za ljudska prava naglašava da su države u obavezi da donose zakone kojima se kažnjava zagovaranje nacionalne, rasne i verske mržnje, kao i da propišu adekvatne krivične sankcije za prekršioce ove obaveze.⁶

Takođe, Komitet priznaje da je član 20. Pakta apsolutno zaštićeno pravo, jer država ne može da opravda ratnu propagandu ili zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje pozivanjem na zaštitu nacionalne bezbednosti ili javnog poretka.⁷ Da bi bilo jasno povlačenje granice između govora koje zahteva krivično sankcionisanje (član 20) i govora koji treba da bude podložan građanskim sankcijama (član 19), potrebno je uzeti u obzir nekoliko elemenata: 1) ozbiljnost; 2) nameru; 3) sadržinu i formu govora; 4) javnu prirodu govora; 5) verovatnoću; 6) neizbežnost; i 7) kontekst u kojem je govor dat.⁸ Da bi se procenila ozbiljnost mržnje, potrebno je uzeti u obzir stepen izrečenog, ozbiljnost štete koja se zagovara, obim komunikacije i njen opseg (masovni mediji, novine sa ograničenim tiražom i sl.). Drugi element podrazumeva da li je namera bila da se rašire rasističke i ne-

⁵ Više o pravnoj prirodi člana 19. Pakta videti u Sandra Coliver, Article 19, *Striking a Balance - Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, (ed. Sandra Coliver), International Centre against Censorship, Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

⁶ HRC, General Comment No. 11: Prohibition of Propaganda for War and Inciting national, racial or religious hatred (Art. 20), 29 July 1983, para. 2.

⁷ HRC, General comment no. 29: States of Emergency (Art. 4), 31 August 2001, para. 13. e).

⁸ Towards an interpretation of article 20 of the ICCPR: Thresholds for the prohibition of incitement to hatred, Global Campaign for Free Expression, Article 19, 2010, 10, <https://www.ohchr.org/documents/issues/expression/iccpr/vienna/crp7callamard.pdf>, 01.10.2020.

tolerantne ideje uz pomoć govora mržnje, ili je u pitanju bio pokušaj da se javnost informiše o pitanjima od javnog interesa.⁹ Treći element podrazumeva analizu forme i stila govora, kao i prirodu izrečenih argumenata. Tako se umetnička dela procenjuju kroz umetničku vrednost i kontekst, odnosno da li je umetnik želeo da isprovocira publiku, ili da podstakne na nasilje i diskriminaciju.¹⁰ Posebno važan element predstavlja domet i veličina publike kojoj se lice obraća, kao i verovatnoća ili mogućnost da dođe do štete. Ta šteta mora nastati neposredno nakon govora, inače mu se ne može pripisati (kada se radi o krivičnom delu). Kontekst u kojem se izražava govor takođe treba proceniti, a on zavisi od autora, publike, projektovane ili nameravane štete, odsustva kritike i široke društvene osude, i sl.¹¹ Konačno, Komitet ističe da je slobodu izražavanja moguće ograničiti zbog neprikladnog govora u javnosti, koje mora biti shvaćeno u svetlu principa nediskriminacije.¹²

Komitet za ljudska prava bavio se pitanjem govora mržnje i u nekim pojedinačnim predstavkama. Prvi takav slučaj podnet je Komitetu na razmatranje 1983. godine, gde su J.R.T, kanadski državljanin, i partija W.G. pokušali da promovišu politiku partije putem snimljenih poruka koje su se mogle čuti pozivom na odgovarajući telefonski broj. U tim porukama, građani su upozoreni da Jevrejski finansijski moćnici izazivaju ratove, nezaposlenost, inflaciju i kolaps svetskih vrednosti i principa.¹³ Komitet je smatrao da ovakvo postupanje predstavlja širenje politike rasne ili religijske mržnje, koja je zabranjena članom 20.Pakta.¹⁴ Drugi primer predstavlja slučaj iz 1996. godine, gde je profesor književnosti doveo u sumnju postojanje gasnih komora u nemačkim logorima tokom Drugog svetskog rata.¹⁵ Komitet je pronašao da su izjave profesora predstavljale politiku rasne ili religijske mržnje koja je, u najmanju ruku, vodila stvaranju neprijateljskog odnosa prema Jevrejima, s obzirom na jačanje ovakvog osećanja kod većine građana.¹⁶ Komitet je pronašao i da premeštaj profesora koji je izražavao anti-semitske sta-

⁹ *Ibidem*, 10.

¹⁰ *Ibidem*, 13.

¹¹ *Ibidem*, 17.

¹² HRC, General comment no. 34: Freedoms of Opinion and Expression (Art. 19), 12 September 2011, para. 32.

¹³ *J. R. T. and W.G. Party v. Canada*, HRC, Communication no. 104/1981, 6 April 1983.

¹⁴ *Ibidem*, par. 8 (b).

¹⁵ *Faurisson v. France*, HRC, Communication no. 550/1993, 19 July 1995.

¹⁶ *Ross v. Canada*, HRC, Communication no. 736/1997, 18 October 2000, para. 9.6. Ovaj slučaj je značajan i zbog toga što je Komitet za ljudska prava naglasio da ograničenja slobode izražavanja iz člana 20. podležu istim uslovima kao i ograničenja iz člana 19. Pakta.

vove u svojim knjigama, pamfletima i tokom javnih nastupa predstavlja ograničene njegove slobode izražavanja, ali je ono u konkretnom slučaju dopušteno zato što je upereno protiv izjava “čija je priroda takva da podižu ili učvršćuju anti-semitska osećanja”.¹⁷ Iz tog razloga, Komitet smatra da je neophodno zaštititi pravo jevrejske zajednice na slobodu od religijske mržnje i omogućiti jevrejskoj deci da pohađaju školu u kojoj nema predrasuda, stereotipa i netolerancije. Naročito je naglašeno da sloboda izražavanja povlači izvesne dužnosti i odgovornosti, koje su od posebne važnosti za obrazovni sistem, pošto učitelji mogu uticati na mlade u učvršćivanju diskriminatornih stavova.¹⁸

Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije

Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (Konvencija o rasnoj diskriminaciji) iz 1965. godine sadrži najekstenzivniju zabranu govora mržnje, iako ograničenu isključivo na rasni osnov, uključujući i osnove koji se pod njim podrazumevaju.¹⁹ U Preambuli ovog međunarodnog instrumenta jasno se ističe da su države članice Konvencije o rasnoj diskriminaciji ubeđene da je “svaka doktrina o superiornosti zasnovanoj na razlici između rasa naučno lažna, za osudu sa moralne tačke gledišta i socijalno neopravdana i opasna i da ništa ne bi moglo opravdati, ma gde to bilo, rasnu diskriminaciju”. Ne samo da se odriču sve teorije o superiornosti jedne rase nad drugom, već se naglašava i rešenost država da preduzmu sve potrebne mere radi brzog ukidanja svih oblika rasne diskriminacije. Od država se traži “da spreče i da se bore protiv rasističkih doktrina i prakse kako bi pomogle razumevanje među rasama i izgradile međunarodnu zajednicu oslobođenu svih oblika rasne segregacije i diskriminacije.” One moraju da osude svaku propagandu i sve organizacije koje su vođene idejama ili teorijama zasnovanim na superiornosti neke rase ili grupe lica izvesne boje ili etničkog porekla, ili koje žele da opravdaju ili podrže svaki oblik rasne mržnje ili diskriminacije.²⁰ Države se obavezuju da bez odlaganja usvoje posebne mere koje imaju za cilj da ukinu svako podsticanje na takvu diskriminaciju, ili na svako delo diskriminacije. Takođe, države su u obavezi da zabrane i ukinu rasnu diskriminaciju i da svima garantuje pravo na jednakost pred zakonom.²¹ Istovremeno, države ima-

¹⁷ *Ibidem*, par. 11.8.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Član 1. stav 1. Konvencije o rasnoj diskriminaciji naglašava da se radi o “rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom poreklu.”

²⁰ Član 4. Konvencije o rasnoj diskriminaciji.

²¹ Član 5. Konvencije o rasnoj diskriminaciji.

ju obavezu i da usvoje delotvorne mere, posebno u oblasti obrazovanja, kulture i informisanja, u cilju eliminisanja predrasuda koje vode do rasne diskriminacije.²²

Komiteta za ukidanje rasne diskriminacije naglašava da zabrana govora mržnje predstavlja glavni mehanizam u borbi protiv rasne diskriminacije.²³ Posebno je ukazano na opasnost od ovakve propagande, priznajući da “pretnje i akti rasnog nasilja lako vode u druge takve akte i generišu atmosferu neprijateljstva,” pa delotvoran odgovor na ovakve akte zahteva trenutnu akciju.²⁴ Dalje, Komitet traži od država da preduzmu ozbiljne mere kako bi suzbile ideje zasnovane na rasnoj superiornosti i inferiornosti, podsticanje na rasnu diskriminaciju ili nasilje, osvrćući se posebno na informacije koje se prenose putem interneta.²⁵ Komitet traži od država i da preduzmu korake kako bi suzbile ksenofobične stavove i ponašanje, posebno govor mržnje i rasno nasilje upereno protiv nedržavljanina, i unapredile bolje razumevanje principa zabrane diskriminacije prema ovoj kategoriji lica.²⁶ Komitet preporučuje državama i da preduzmu odgovarajuće aktivnosti kako bi se borile protiv stigmatizacije, stereotipa i profilisanja na osnovu rase, boje kože, porekla, nacionalnog ili etničkog porekla, posebno od strane političara, službenika, profesora i nastavnika, putem medija, interneta, elektronskih komunikacionih mreža i društva u celini.²⁷ Konačno, Komitet naglašava da su tvorci Konvencije o rasnoj diskriminaciji bili svesni da govor može da doprinese stvaranju klime rasne mržnje i diskriminacije.²⁸ Posebno je ukazano da rasistički govor mržnje može imati mnogo oblika i da se ne odnosi samo na eksplicitne rasističke komentare, već i na indirektan jezik kojim se prikriva njegov cilj.²⁹

Komiteta se bavio pitanjem govora mržnje i u svojoj praksi povodom individualnih komunikacija (predstavki). Tako je u jednom slučaju marokanski državljanin posetio kuću za izdavanje i tom prilikom čuo uzvike “Ne više stranci”. Potom je upozoren da će u slučaju da uzme kuću u najam ona biti uništena, a nje-

²² Član 7. Konvencije o rasnoj diskriminaciji.

²³ Opšta preporuka br. 15: Organizovano nasilje zasnovano na etničkom poreklu (čl. 4), 42. zasedanje, 23. septembar 1993, par. 1.

²⁴ *Ibidem*, par. 2.

²⁵ CERD, Opšta preporuka br. 29: Član 1. par. 1. Konvencije, 61. zasedanje, 1. novembar 2002, paras. 18–20. Opšta preporuka br. 27 o Diskriminaciji prema Romima od 2000. godine posebno traži od država ugovornica da eliminišu ovakve superiorne ideje u odnosu na Rome.

²⁶ CERD, Opšta preporuka br. 30: Diskriminacija prema nedržavljanima, 1. oktobar 2004, par. 18–20, par. 11.

²⁷ *Ibidem*, par. 12.

²⁸ CERD, General recommendation no. 35, Combating Racist Hate Speech, 26 September 2013, par. 5.

²⁹ *Ibidem*, par. 6.

gova kola oštećena. Komitet je smatrao da ovakvi uzvici i komentari predstavljaju podsticanje na rasnu diskriminaciju i akte nasilja protiv osoba drugačijeg rasnog ili etničkog porekla.³⁰ Država ugovornica proglašena je odgovornom zato što slučaj nije ispitala efikasno i sa neophodnom pažnjom. U drugom predmetu, jedna grupa organizovala je i uzela učešće u maršu kojim se veličao nacistički vođa Rudolf Hes (*Rudolf Hess*). U maršu koji je trajao 5 minuta učestvovalo je 38 osoba, koje su nosile polu-vojničke uniforme, dok je većina učesnika imala pokriveno lice. Osoba koja je predvodila marš održala je govor u kojem je, između ostalog, rekla da su Norvežane okupirali i uništili Jevreji, koji su preuzeli njeno nacionalno bogatstvo i zamenili ga “nemoralnim i nenorveškim uverenjima”.³¹ Govor je nastavljen tako što je naglašeno da će ova grupa nastaviti Hitlerovim i Hesovim stopama i boriti se za svoja uverenja. Komitet je smatrao da ova izjava jasno konstituiše “u najmanju ruku, podsticanje na diskriminaciju, ako ne i na nasilje” i da je zasnovana na idejama o rasnoj superiornosti i mržnji.³²

EVROPSKI STANDARDI ZABRANE GOVORA MRŽNJE

Najznačajniji mehanizam zaštite ljudskih prava na evropskom nivou stvoren je Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (u daljem tekstu Evropska konvencija).³³ Sama Evropska konvencija ne sadrži izričitu odredbu o zabrani govora mržnje, ali u članu 10. stav 2. predviđa da sloboda izražavanja “povlači za sobom dužnosti i odgovornosti”, pa se može podvrgnuti “formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju, ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva.”³⁴ Dakle, ograničenje slobodi izražavanja može biti nametnu-

³⁰ *L.K. v. the Netherlands*, HRC, CERD, Communication no. 4/1991, 16 March 1993, par. 6.3.

³¹ *Jewish Community of Oslo et al. v. Norway*, CERD, Communication no. 30/2003, 15 August 2005, par. 2.1.

³² *Ibidem*, par. 10.4.

³³ Na evropskom nivou, tzv. evropski sistem zaštite ljudskih prava ostvaruje se u okviru tri organizacije: Saveta Evrope, Organizacije za saradnju i bezbednost u Evropi i Evropske unije. U ovom radu zadržaćemo se samo na ispitivanju standarda utvrđenih u okviru Saveta Evrope, koji je ujedno i najvažnija organizacija za zaštitu ljudskih prava.

³⁴ Član 10. stav 2. Evropske konvencije.

to ukoliko je ono: 1) propisano zakonom; 2) služi ostvarenju legitimnog cilja; i 3) neophodno u demokratskom društvu.

U vodećem slučaju *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Evropski sud je istakao da sloboda izražavanja predstavlja “jedan od suštinskih temelja demokratskog društva, jedan od osnovnih uslova za njegov progres i razvoj svakog čoveka”.³⁵ Značajno, Sud je zauzeo stav da se sloboda izražavanja štiti ne samo u odnosu na informacije ili ideje koje se rado primaju i smatraju bezazlenim, već i na one koje mogu da “uvrede, šokiraju ili uznemire državu ili bilo koji deo populacije”, jer to zahteva pluralizam, tolerancija i širokogrudost koje su neophodne svakom demokratskom društvu. Ovo često predstavlja zbnunjujući element kod određivanja govora mržnje na nacionalnom nivou, jer se pruža široko polje zaštite govoru koji može biti uvredljiv. Tako, i pored toga što sloboda izražavanja štiti govor koji može da šokira ili uznemiri deo populacije, potrebno je negde povući granicu i utvrditi kada sloboda izražavanja mora biti ograničena. Ograničenje predstavlja upravo “svi oblici izražavanja koji šire, podstiču, promovišu ili opravdavaju mržnju koja je zasnovana na netoleranciji”.³⁶ Dakle, u pitanju je govor koji ima za cilj da opravda mržnju koja je zasnovana na netoleranciji različitosti.

Evropska komisija se prvi put bavila ovim pitanjem razmatrajući da li zabrana deljenja pamfleta na kojima se Holokaust opisuje kao Cionistička zavera i neistina predstavlja povredu člana 10. stav 1. Evropske konvencije? Evropska komisija je smatrala da je pomenuto ograničenje bilo u skladu sa članom 10. stav 2. Evropske konvencije jer je predviđeno zakonom i služi zaštititi interesa i prava drugih lica.³⁷ Cilj ove mere bio je da zaštititi jevrejsku zajednicu i svakog njenog člana pojedinačno, a bila je neophodna zato što svako društvo mora počivati na principima tolerancije i širokogrudosti, posebno u odnosu na grupe koje su istorijski bile izložene diskriminaciji.

Sloboda izražavanja, posebno ona koja se prenosi putem masovnih medija, predstavlja snažno sredstvo koje utiče na mase, pa stoga informacije moraju biti kontrolisane u smislu da promovišu demokratske ideje. Svako društvo mora biti svesno da izražavanje može biti korišćeno da pobudi nasilje, proširi mržnju i ugrozi bezbednost pojedinca. Ovo je posebno značajano za društva u kojima postoji velika podeljenost, istorija sukoba, ili sistemska diskriminacija prema pripadnicima određenih grupa.

³⁵ *Handyside v. UK*, odluka od 7. decembra 1976. Series A, No. 24 (1979-80), par. 49.

³⁶ *Erbakan v. Turkey*, ESLJP, predstavka br. 59405/00, presuda od 6. jula 2006, par. 56.

³⁷ *X. v. Federal Republic of Germany*, European Comission, predstavka br. 9235/81, odluka od 16. jula 1982.

Da bi se utvrdilo da li izjava predstavlja podsticanje na mržnju, izuzetno je važno utvrditi kontekst u kojem je izjava data. Tako izjava data pred dobro informisanom javnošću kao deo pluralističke debate, neće se smatrati govorom mržnje. Ovo je došlo do izražaja u slučaju *Jersild*, gde je podnosilac predstavke bio TV novinar, koji je intervjuisao tri člana jedne rasističke grupe iz Kopenhagena.³⁸ Tokom intervjuja, članovi grupe dali su negativne izjave o migrantima, osobama tamnije boje kože i drugim etničkim manjinama u Danskoj. Posle intervjuja, novinar je osuđen za pružanje pomoći i pomaganje u diskriminaciji u vidu govora mržnje. Razmatrajući ovaj slučaj, Evropski sud je ponovio principe ustanovljene u ranijoj sudskoj praksi, tj. da sloboda izražavanja predstavlja temelj demokratskog društva, ali je zaključio da audio-vizuelni mediji imaju mnogo jači uticaj na pojedince od štampanih medija.³⁹ Iako je Evropski sud pronašao da su izjave bile "više nego uvredljive za članove zajednica koje su apostrofirane, pa time nisu ni uživale zaštitu obuhvaćenu članom 10," krivična osuda novinara nije prošla test proporcionalnosti. Evropski sud je smatrao da prilog nije napravljen sa namerom da se propagiraju rasistički stavovi, već da se razgovara o temama koja su od javnog interesa, dok je emitovanje išlo u okviru ozbiljnog informativnog programa i bilo je namenjeno dobro informisanoj javnosti. Intervju je i započet uvodom o nedavnoj javnoj debati o rasizmu u Danskoj, čime je novinar pozvao gledaoce da prilog posmatraju upravo u tom kontekstu.⁴⁰ U suprotnom, po oceni Suda, uloga medija u javnom diskutovanju o temama koje su od društvenog značaja bila bi ozbiljno ugrožena.⁴¹

Međutim, to ne znači da novinari ne treba da obrate pažnju da ne postanu sredstvo za prenošenje i širenje rasističkih izjava. U predmetu *Surek*, podnosilac predstavke je vlasnik novina koji je kažnjen za publikovanje letaka o konfliktu sa Kurdima u Turskoj.⁴² Na njima je osuđena vojna aktivnost vlasti u jugo-istočnoj Turskoj, kao i brutalno ugušivanje borbe Kurda za nezavisnost i slobodu. Na jednom letku je pisalo da je država umešana u pritvaranje, mučenje i ubistvo političkih disidenata, dok je na drugom stajalo da su vlasti učestvovala u dva masakra, koji predstavljaju deo strateške kampanje da se unište Kurdi. Zanimljivo, Evropski sud je zauzeo stav da je prag dozvoljene kritike u političkoj debati veći u odnosu na vlast, nego u odnosu na običnog građanina, ili čak političara.⁴³ Ipak, mora se

³⁸ *Jersild v. Denmark, ESLJR*, predstavka br. 15890/89, presuda od 23. septembra 1994.

³⁹ *Ibidem*, par. 31.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 33.

⁴¹ *Ibidem*, par. 35.

⁴² *Sürek v. Turkey, ESLJR*, predstavka br. 26682/95, presuda od 8. jula 1999. godine.

⁴³ *Ibidem*, par. 61.

zabraniti govor koji poziva na krvnu osvetu stvarajući loše emocije i pojačavajući predrasude koje mogu dovesti do nasilja, a u tom slučaju država uživa 'široko polje procene' kod ispitivanja neophodnosti ograničenja slobode izražavanja.⁴⁴

Pitanje negiranja Holokausta često je u praksi Evropskog suda, pa je tako Sud zauzeo stav da nepriznavanje realnosti koja je jasno utvrđena istorijskim činjenicama, ne predstavlja istorijsko istraživanje koje ima za cilj utvrđivanje istine.⁴⁵ Cilj i rezultat takvog pristupa je zapravo rehabilitacija nacionalno-socijalističkog režima, koji za posledicu ima optuživanje samih žrtava za falsifikovanje istorije. Drugim rečima, nepriznavanje zločina protiv čovečnosti predstavlja najozbiljniji oblik napada na Jevreje i podsticanje mržnje protiv ove etničke zajednice, koje je u suprotnosti sa demokratijom i ljudskim pravima jer povređuje prava drugih i ugrožava vrednosti kao što su pravda i mir. Međutim, može se primetiti da Evropski sud odbija da proširi kategoriju jasno utvrđenih istorijskih činjenica izvan Holokausta,⁴⁶ pa se odbijanje ili menjanje istorijskih činjenica smatra govorom mržnje i štiti članom 17, a ne članom 10. Evropske konvencije.⁴⁷

Pitanje granice između informacija koje mogu biti šokantne i uvredljive za većinu i samog govora mržnje dobro je podvučena u *Gunduz*, gde je lider jedne islamske zajednice u živoj debati na televiziji davao izjave o ženskom oblačenju, Islamu, sekularizaciji i demokratiji.⁴⁸ On je osuđen za podsticanje na mržnju po osnovu religije. Evropski sud je pronašao da govor koji je zasnovan na religijskoj mržnji i koji širi, podstiče ili opravdava mržnju ne uživa zaštitu člana 10. Evrop-

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Garaudy v. France*, ESLJP, predstavka br. 65831/01, odluka od 24. juna 2003.

⁴⁶ Uporedi: *Lehideux and Isorni v. France*, odluka od 23. septembra 1998. V. i *Glimmerveen and Hagenbeek v. The Netherlands*, European Commission, predstavka br. 8348/78, 8406/78, odluka od 11. oktobra 1979.

⁴⁷ Član 17. Evropske konvencije propisuje sledeće: "Ništa u ovoj Konvenciji ne može se tumačiti tako da podrazumeva pravo bilo koje države, grupe ili lica da se upuste u neku delatnost ili izvrše neki čin koji je usmeren na poništavanje bilo kog od navedenih prava i sloboda ili na njihovo ograničavanje u većoj meri od one koja je predviđena Konvencijom." Komentari koji su usmereni protiv vrednosti koje štiti Evropska konvencija nisu obuhvaćeni zaštitom iz člana 10, već se na njih primenjuje član 17. Videti *Seurot v. France*, ESLJP, predstavka br. 58148/00, odluka od 18. maja 2004, gde je nastavnik u školskim novinama objavio članak u kojima je izneo komentare koji su rasištički i koji podstiču na nasilje. U predmetu *Perinček*, (*Perincek v. Switzerland*, ESLJP, predstavka br. 27510/08, presuda od 15. oktobra 2005. godine), Sud je zauzeo stav da je član 17. Evropske konvencije primenljiv samo izuzetno i u ekstremnim slučajevima, a u predmetima koji se odnose na član 10, njemu treba pribеći samo ako je odmah jasno da se osporenim izjavama želelo da se zaobiđe stvarna svrha ovog člana korišćenjem prava na slobodu izražavanja, za ciljeve koji su očigledno suprotni vrednostima Konvencije.

⁴⁸ *Gündüz v. Turkey*, ESLJP, predstavka br. 35071/97, odluka od 4. decembra 2003.

ske konvencije. Međutim, Sud je smatrao da prosto branjenje stavova, bez pozivanja na nasilje nije govor mržnje. Takođe, cilj ovog programa bio je da prezentuje ovu konkretnu islamsku zajednicu, a ekstremni stavovi njenog lidera već su bili poznati javnosti i podvrgnuti su intervenciji od strane drugih učesnika u programu, što je dovelo do jedne pluralističke debate u studiju. Evropski sud je istakao da “tolerancija i poštovanje jednakog dostojanstva svih ljudskih bića stvara temelj demokratskog, pluralističkog društva”.⁴⁹

Posebno je značajan slučaj *Vejdeland*, gde su četiri mladića ostavila oko 100 letaka u školske ormariće u jednoj srednjoj školi.⁵⁰ U njima je kritikovana homoseksualna propaganda, a homoseksualnost je određena kao “seksualna devijantnost” koja ima moralno destruktivan efekat na samu suštinu društva. Takođe je stajalo da je homoseksualnost glavni uzrok HIV/AIDS-a, kao i da homoseksualne organizacije imaju za cilj ozakonjenje pedofilije. Osuđena lica su tvrdila da su ovi činom samo htela da podstaknu debatu u školama na temu homoseksualnosti. Evropski sud je u svojoj analizi pošao od sadržine teksta i zaključio da su u lecima iznete ozbiljne tvrdnje koje su pune predrasuda.⁵¹ Iako one ne pozivaju direktno osobe na činjenje štetnih radnji, Sud je zauzeo stav da govor mržnje ne mora nužno da bude poziv na nasilje ili druge kriminalne radnje. Posebno je značajno mišljenje Suda da je bitno ko je publika, odnosno kome je tekst upućen. Kako se radi o srednjoškolicima koji su u veoma senzitivnom uzrastu, njih je lako impresionirati, te je time i ovaj govor opasniji.⁵²

Sud je posebno zaključio da prava i slobode nose sa sobom i obaveze, a jedna od njih jeste i da se izbegnu izjave koje su “neopravdano uvredljive za druge, predstavljajući napad na njihova prava.”⁵³ Izjave vezane za pripadnike seksualnih manjina bile su predmet rasprave pred Sudom i u jednom predmetu protiv Islanda.⁵⁴ Škola na Islandu je pokrenula program o kojem su raspravljali slušaoci radio stanice Ú.S, od kojih je jedan bio prilično agresivan prilikom iznošenja svojih stavova. On je osuđen za govor mržnje jer su njegovi stavovi, po oceni domaćeg suda, predstavljali “očigledne predrasude i govor mržnje”. On je uputio predstavku Evropskom sudu, žaleći se da je osudom došlo do kršenja njegove slobode izražavanja. Iako je Evropski sud odbacio predstavku kao neosnovanu, prilikom

⁴⁹ *Ibidem*, par. 40.

⁵⁰ *Vejdeland and Others v. Sweden*, ESLJP, predstavka br. 1813/07, presuda od 9. februara 2012.

⁵¹ *Ibidem*, par. 54.

⁵² *Ibidem*, par. 56.

⁵³ *Ibidem*, par. 57.

⁵⁴ *Lilliendahl v. Island*, ESLJP, predstavka br. 29297/18, odluka o prihvatljivosti od 12. maja 2020.

odlučivanja izneo je stav da su komentari bili veoma štetni, ali da nije odmah jasno da su bili usmereni izazivanje nasilja i mržnje ili poništavanje prava i sloboda zaštićenih Evropskom konvencijom. Ipak, Sud je naglasio da su komentari bili ozbiljni i puni predrasuda, a da države imaju obavezu da zaštite rodne i seksualne manjine od diskriminatornog govora, posebno imajući u vidu njihovu marginalizaciju i viktimizaciju u društvu.⁵⁵ Drugim rečima, Evropski sud je ovim stavom zapravo kvalifikovao govor mržnje kao govor koji izričito poziva na nasilje i druge krivične radnje,⁵⁶ ali i govor kojim se vređaju, ismevanju ili klevetaju pripadnici određene grupe. Sud je posebno ukazao na značaj Preporuke o diskriminaciji na osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta,⁵⁷ u kojem se traži zaštita ovih manjina od diskriminatornog govora i govora kojim se izražava mržnja, i koji vodi do marginalizacije i viktimizacije onih koji su mu izloženi.

Sve više se razvija debata i oko govora mržnje izraženog na internetu. U slučaju *Delfi*, kompanija se žalila Evropskom sudu jer je proglašena odgovornom pred nacionalnim sudovima zbog uvredljivih komentara čitalaca ostavljenih na vest o jednoj kompaniji koja ima trajekte za prevoz.⁵⁸ Ovi komentari su uklonjeni nakon šest nedelja od kako su objavljeni. Evropski sud je ukazao na konfliktnu realnost između koristi od interneta i opasnosti u vidu govora mržnje koji se može preneti u sekundama i ostati dostupan duže vreme. Sud je utvrdio da je većina komentara pozivala na mržnju prema vlasniku kompanije, a time bila i opasna po fizički integritet pojedinaca. Posebno je istaknuto da interesi drugih lica i društvo u celini nameću odgovornost internet portala kada propuste da preduzmu mere kako bi uklonile nezakonite komentare bez odlaganja. Međutim, u jednom drugom slučaju, *MTE protiv Mađarske*, Sud je zauzeo drugačiji stav.⁵⁹ Razmimoilaženje u stavovima je posledica drugačijih okolnosti slučaja, i činjenice da

⁵⁵ *Ibidem*, par. 45. Videti i *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, predstavka br. 41288/15, presuda od 14. januara 2020, u kojem je Evropski sud naglasio postojanje pozitivne obaveze država u pogledu zaštite osoba od homofobnih zločina iz mržnje, koji predstavljaju diskriminaciju.

⁵⁶ *V. Tagiyev and Huseynov v. Azerbaijan*, predstavka br. 13274/08, presuda od 5. decembra 2019.

⁵⁷ Council of Europe Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity (2010).

⁵⁸ *Delfi AS v. Estonia*, ESLJP (VV), predstavka br. 64669/09, presuda od 16. juna 2015. Više o ovom slučaju videti u Dirk Voorhoof, *Delfi AS v. Estonia: Grand Chamber confirms liability of online news portal for offensive comments posted by its readers*, *Strasbourg Observers*, 18 June 2015; Lorna Woods, *The Delfi AS v. Estonia Judgment explained*, LSE Media Policy Project, 16 June 2015.

⁵⁹ *Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete and Index.HU ZRT v. Hungary*, ESLJP, predstavka br. 22947/13, presuda od 2. februara 2016.

je Sud podvukao da strogo nametanje odgovornosti za komentare na internetu može imati odvratajući efekat na slobodu izražavanja na internetu.⁶⁰ Ipak, i komentari na internetu podležu istim ograničenjima slobode izražavanja, a u ovom slučaju komentari nisu predstavljali nedozvoljen govor, odnosno nisu se smatrali govorom mržnje.⁶¹

NACIONALNI PRAVNI OKVIR I PRAKSA

Pravni okvir

Ustav Republike Srbije garantuje slobodu izražavanja u članu 46. stav 1. na isti način kao i član 10. Evropske konvencije. Ova sloboda se može “zakonom ograničiti, ako je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije.”⁶² Ustav dalje u članu 43. stav 4. zabranjuje ispoljavanje uverenja koje izaziva ili podstiče versku, nacionalnu ili rasnu mržnju.⁶³ Takođe, svako izazivanje ili podsticanje ovakve mržnje ili druge neravnopravnosti i netrpeljivosti mora biti zabranjeno i kažnjivo.⁶⁴ Sloboda medija se posebno garantuje i Ustav predviđa da je moguće sprečiti širenje informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja kada je to neophodno radi sprečavanja zagovaranja rasne, nacionalne ili verske mržnje, kojom se podstiče na diskriminaciju, neprijateljstvo i nasilje.⁶⁵ Ovim je zabrana govora mržnje dobila ustavni rang, ali je i takav govor ograničen na rasnu, nacionalnu ili versku mržnju, iako je ilustrovano da se ovaj govor pred međunarodnim telima u velikoj meri odnosi i na pripadnike LGBT populacije, a to pokazuje i domaća praksa. Ipak, ovaj nedostatak nadomešten je Zakonom o zabrani diskriminacije, koji u članu 11. zabranjuje govor mržnje.⁶⁶ Pohvalno, Zakon definiše šta se podrazumeva pod ovim govorom. U pitanju je “izražavanje ideja, informacija i mišljenja kojima se pod-

⁶⁰ *Ibidem*, par. 86.

⁶¹ *Ibidem*, par. 64. Više o razlici između dva predmeta videti u Christina Angelopoulos, “MTE v. Hungary: New ECtHR Judgment on Intermediary Liability and Freedom of Expression”, *Kluwer Copyright Blog*, 5 March 2016; Jurate Sidiauskene, “Vaidas Jurkevičius, Website Operators’ Liability for Offensive Comments: A Comparative Analysis of Delfi as v. Estonia and MTE & Index v. Hungary”, *Baltic Journal of Law and Politics*, Tom 10, br. 2, 2017, 47–75.

⁶² Član 46. stav 2. Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

⁶³ Član 43. stav 4. Ustava RS.

⁶⁴ Član 49. Ustava RS.

⁶⁵ Član 50. stav 3. Ustava RS.

⁶⁶ Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22, 2009.

stiče diskriminacija, mržnja ili nasilje protiv lica ili grupe lica zbog njihovog ličnog svojstva, u javnim glasilima i drugim publikacijama, na skupovima i mestima dostupnim javnosti, ispisivanjem i prikazivanjem poruka ili simbola i na drugi način”.⁶⁷ Cilj takvog govora je delovanje prema trećim licima, a podstaknuto je izražavanjem ideja i mišljenja koje dovode do diskriminacije, mržnje ili nasilja.⁶⁸

Postupci po pritužbi Povereniku za zaštitu ravnopravnosti

U postupcima po pritužbi pred Poverenikom u kojima je utvrđen govor mržnje, taj govor se odnosio gotovo isključivo na pripadnike seksualnih manjina.⁶⁹ Ilustrativan je slučaj predsednika stranke Jedinostvena Srbija, koji je 2016. godine dao intervju u nedeljniku A.⁷⁰ Tom prilikom je rekao da ne može da podrži Paradu ponosa jer je to nešto protivpravno, protivno srpskoj tradiciji i budućnosti srpske dece. Poverenica je utvrdila da iznošenje takvog stava predstavlja akt diskriminacije jer vređa dostojanstvo osoba istopolne seksualne orijentacije i u odnosu na njih stvara ponižavajuće i uvredljivo okruženje, doprinosi širenju stereotipa i predrasuda, kao i stigmatizaciji i netoleranciji.⁷¹ Posebno je uzeto u obzir što je izjavu dao neko ko je javna ličnost, funkcioner političke partije, u trenutku kada je homofobija sveprisutna u srpskom društvu. Još jedna javna ličnost je osuđena za govor mržnje zbog izjave date na sednici skupštine opštine, kada je postavljeno pitanje ko je “pederima” dao pare iz budžeta.⁷² Poverenica je ponovo ukazala na činjenicu posebne težine izgovorene reči u javnom prostoru i od nosilaca javnih funkcija. Ona je podvukla da homofobija i transfobija imaju duboke korene u srpskom društvu i izraz su negativnih stereotipa i predrasuda. Upravo

⁶⁷ Više o prirodi ovog člana videti u Ivana Krstić, *Zabrana diskriminacije u međunarodnom i domaćem pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, 252.

⁶⁸ Nevena Petrušić, Ivana Krstić, Tanasije Marinković, *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Službeni glasnik, Beograd, 2016, 81.

⁶⁹ V., između ostalog, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *udruženja L. protiv dr. M. P.*, br. 162/10, mišljenje od 27. decembra 2010; Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *Udruženja L. protiv dnevnog lista “Alo” i Dragoljuba Kovačevića*, br. 159/2010, mišljenje od 23. decembra 2010. Za postavljene veoma uvredljive komentare na Fejsbuku videti Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *P. P. protiv A. T.*, br. 07-00/734/2015, mišljenje od 21. marta 2015.

⁷⁰ Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *R.I.C. protiv Dragana Markovića*, br. 07-00-182/2016-02, mišljenje od 27. maja 2016.

⁷¹ *Ibidem*, par. 3.6.

⁷² Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *Organizacije G. protiv odbornika SO Trstenik*, br. 07-00-120/2016-02, mišljenje od 23. maja 2016. V. i Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *R I C protiv dnevnog lista S.*, br. 07-00-270/2016-02, mišljenje od 1. septembra 2016.

iz ovih razloga, odgovornost nosilaca javnih funkcija je ogromna jer su u priliци “da doprinesu društvu jednakih mogućnosti za sve, da se bore protiv stereotipa i predrasuda i daju svoj doprinos izgradnji društva u kojem se poštuje dostojanstvo svih građana i građanki i gde neće biti isključivanja na osnovu bilo koje različitosti”⁷³

Ipak, u najvećem broju slučajeva pred Poverenikom utvrđena je povreda člana 12. Zakona o zabrani diskriminacije, a ne člana 11. kojim se zabranjuje govor mržnje, iako ima slučajeva u kojima je utvrđeno postojanje oba oblika.⁷⁴ Ovaj oblik diskriminacije, predviđen članom 12., zove se uznemiravanje i ponižavajuće postupanje, koje se vrši u cilju “ili predstavlja povredu dostojanstva lica ili grupe lica na osnovu njihovog ličnog svojstva, a naročito ako se time stvara strah ili neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje.” Tako je u jednom predmetu Poverenica pronašla da kalendar sa slikama žena na kojem se nalaze sledeći komentari: “Koliko je belih vrana, toliko je dobrih žena”, “Lepu ženu i vinograd pored puta ne treba imati” i “Kafa nalivena i žena otkrivena ne mogu čekati”, omalovažava žene, da se njime promoviše inferiornost žena, njihova objektivizacija i podržavaju rodni stereotipi.⁷⁵ Naš poznati glumac je na konferenciji za štampu posle premijere svog filma izjavio da postoji neko ko srpski narod “ne tretira kao čergu Cigana, kao bandu ubica i kao ludake sa Balkana bez budućnosti”⁷⁶ Poverenica je naglasila da je glumac svojom izjavom stavio Rome u negativan kontekst i povredio njihovo dostojanstvo. Pri tom, uopšte nije bitno da li je njegov cilj bio da povredi dostojanstvo romske zajednice, a njegova obaveza uzdržavanja od ovakvih izjava je veća baš zato što je javna ličnost.⁷⁷ Romi su i inače često na uda-

⁷³ *Ibidem*, par. 3.11.

⁷⁴ V., npr., Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *OCD protiv portala*, br. 07-00-174/2019-02, mišljenje od 29. maja 2019. U ovom predmetu poverenica je pronašla da su na portalu objavljeni komentari kojima se vređa dostojanstvo LGBT populacije, ali i oni kojima se podstiče diskriminacija, mržnja ili nasilje protiv osoba drugačije seksualne orijentacije.

⁷⁵ Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *grupe narodnih poslanica protiv Udruženja D.D.K. u N.*, br. 07-00-638/2016-02, mišljenje od 27. marta 2017. Videti i Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *OCD F. protiv S.D.*, br. 07-00-200/2019-02, mišljenje od 17. juna 2019.

⁷⁶ Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *uzdruženja R. c.m. protiv Dragana Bjelogrića*, br. 622/2011, mišljenje od 25. maja 2011.

⁷⁷ Koliko mediji mogu objavljivati uvredljive tekstove prema Romima videti i slučaj P. i S. f. protiv lista koji je objavio članak pod naslovom “Ujed na ‘romski’ način”, gde je pritužba podneta protiv jednog regionalnog lista. U tekstu se prikazuje kako Romi lažno prijavljuju ujede pasa lualica i traže odštetu od grada, uprkos podacima Gradskog javnog pravobranilaštva koji sadrže pregled zahteva za odštetu, iz kojih se može zaključiti da su oko 10 odsto od ukupnog broja prijava za ujede pasa lualica podneli građani koji žive u romskom naselju. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *N. N.*, br. 07-00-533/2013-02, mišljenje od 14. oktobra 2013.

ru govora koji je uvredljiv. Ilustrativan je i primer teksta, objavljenog u jednim regionalnim novinama, koji se bavi problemima koji građani imaju sa napadima pasa lotalica.⁷⁸ U tekstu je navedeno da je budžet grada pod velikim opterećenjem zbog velikog broja odštetnih zahteva građana zbog ujeda pasa lotalica, usled lažnih prijava mahom Roma. Članak nosi naslov "Ujed na 'romski' način" i najveći je na naslovnici. Na osnovu informacija dobijenih od Gradskog javnog pravobranilaštva, utvrđeno je da su u navedenom periodu svega 10% zahteva podneli stanovnici romskog naselja. Poverenica je dala mišljenje da je regionalni list objavio sporni tekst, kojim su izraženi stavovi i ideje koji su uznemiravajući i ponižavajući, čime je povredio dostojanstvo pripadnika romske nacionalne manjine. Ovaj predmet predstavlja graničan slučaj između ova dva oblika diskriminacije, kao i slučaj jednog naučnog savetnika, koji je objavio tekst u dnevnim novinama pod nazivom "Školski priručnik za borbu protiv homoseksualizma".⁷⁹ Autor, između ostalog, okrivljuje homoseksualnost za uništavanje porodice i naziva ga lažima, skaradnošću, ispiranjem mozga i čistih laži. Autor je i protiv Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, jer se koristi za dalje razaranje porodice i porodičnih odnosa u Srbiji i koristi se za promociju "homoseksualizma i pornografije, podsticanje dečje seksualnosti i eksperimenata u tom polju, kao i za opanjkavanje tradicionalne porodice". Poverenica je zaključila da je nedopustivo da se stav o određenoj društvenoj pojavi, koliko god on bio kritičan, iskazuje na način da se vređa cela jedna društvena grupa samo zbog toga što ima određeno lično svojstvo,⁸⁰ te izražene ideje stvaraju strah, neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje za pripadnike seksualnih manjina.⁸¹ Takođe, autor svojim stavovima dovodi u pitanje rod, odnosno rodni identitet i širi predrasude i stereotipe po ovom pitanju,⁸² a na indirektan način šalje poruku kojom opravdava i podstiče eventualno nasilje.⁸³ Nije jasno zašto ovaj tekst nije okarakterisan kao govor mržnje, kada sadrži sve elemente ovog govora. Isto se može reći i za izjavu potpredsednice gradskog odbo-

⁷⁸ Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *P. i S. f. protiv lista N. N.*, br. 07-00-533/2013-02, mišljenje od 14. oktobra 2013.

⁷⁹ Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *R.I.C. protiv M. Đ.*, br. 07-00-202/2017-02, mišljenje od 15. avgusta 2017. Videti još neke slučajeve u kojima je utvrđeno kršenje člana 12. Zakona o zabrani diskriminacije, a koji se odnose na govor uperen protiv LGBT populacije: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *D.S.Z. protiv J. F.*, br. 07-00-444/2017-02, mišljenje od 25. januara 2018; Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba *R.I.C. protiv dnevnog lista I.*, br. 07-00-521/2016-02, mišljenje od 3. februara 2017.

⁸⁰ *Ibidem*, par. 3.12.

⁸¹ *Ibidem*, par. 3.13.

⁸² *Ibidem*, par. 3.14.

⁸³ *Ibidem*, par. 3.15.

ra jedne partije, koja je na konferenciji za novinare povodom moguće izgradnje stacionara za izbeglice izjavila da bi ovo "bila realna opasnost po živote svih žitelja ovog grada" jer među njima sigurno ima terorista.⁸⁴ Ona se posebno zalozila za izgradnju zida prema Makedoniji zbog nekontrolisanog priliva migranata kako ne bismo kasnije kao Francuzi stvorili "zid plača". Poverenica je pronašla da iznošenje ovakvog stava predstavlja akt diskriminacije jer vređa dostojanstvo izbeglica, u odnosu na njih stvara ponižavajuće i uvredljivo okruženje i doprinosi širenju predrasuda, netrpeljivosti i netolerancije.⁸⁵ Ipak, težina izgovorene reči i kontekst u kojem je upotrebljena pre se može kvalifikovati kao govor mržnje.

Sudska praksa

Iako je govor mržnje prisutan u Republici Srbiji, nije bilo mnogo slučajeva u kojima je sud pronašao njegovo postojanje. Viši sud u Beogradu izrekao je svoju prvu presudu za govor mržnje na osnovu člana 11. Zakona o zabrani diskriminacije zbog komentara čitalaca na sajtu jednih dnevnih novina povodom objavljenog članka. Pronađeno je da su novine delovale diskriminatorski prema predstavnicima LGBT populacije, omogućavajući objavljivanje veoma pogrdnih komentara.⁸⁶ Iako je ova presuda veoma važna za uspostavljanje granica tolerancije za govor koji može biti uvredljiv za pripadnike pojedinih grupa, sud je odbacio zahtev za naknadu štete, što najbolje ilustruje da se ne razume štetni uticaj ovakvog izražavanja. Takođe, zanimljiv je slučaj protiv jednog poznatog političara, koji je dao izjavu da je "protiv svakog skupa gde homoseksualci demonstriraju ulicama Beograda i žele da prikažu nešto što je bolest da je normalno". Prvostepeni sud je smatrao da on kao predstavnik političke stranke ima pravo na svoj stav.⁸⁷ Sud je podsetio da je sloboda izražavanja jedno od fundamentalnih vrednosti demokratskog društva, te da se Evropskom konvencijom štite i ideje koje vređaju, šokiraju ili uznemiravaju ljude jer to zahteva pluralizam u društvu. Posebno je zanimljiv argument da je govor mržnje "česta pojava u političkom životu i na medijskom prostoru Republike Srbije", te da su građani "oguglali" na ovakav govor i da on nema efekat koji bi inače imao u drugim društvima. Apelacioni sud u Beo-

⁸⁴ Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba organizacije NP protiv G. J., br. 07-00-698/2015-02, mišljenje od 24. maja 2016.

⁸⁵ *Ibidem*, par. 3.8. V. i Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pritužba OCD protiv predsednika opštine Kanjiža, br. 07-00-409/2015-02, mišljenje od 26. oktobra 2015.

⁸⁶ Beogradski centar za ljudska prava, *Ljudska prava u Srbiji u 2011*, Beograd, 2012, 265, 266. Ovu odluku je potvrdio Apelacioni sud u februaru 2012.

⁸⁷ Prvi osnovni sud u Beogradu, 73. P. br. 15378/2012, 17. 9. 2013.

gradu je zauzeo stav da se radi o govoru mržnje koji se mora zabraniti jer se njime “pronose ideje kojima se podstiče diskriminacija, a koje mogu imati štetne posledice na demokratske procese i razvoj društva u celini”.⁸⁸

Ipak, ima slučajeva i u kojima će nižestepeni sudovi na adekvatniji način primeniti odredbe Zakona o zabrani diskriminacije. Tako je tužba podneta zbog diskriminacije na osnovu pola i seksualne orijentacije zbog reči upotrebljenih u tekstu “Nasilje u porodici i nasilje nad porodicom”, objavljenom u internet izdanju jednog časopisa. Autor u tekstu, između ostalog, navodi da Zakon o sprečavanju nasilja u porodici ne štiti slabe, već “žene bez obzira da li su slabe ili jake, voljene ili nevoljene, nervozne, mušičave i dobro raspoložene, da li imaju ljubavnika ili ne, da li zarađuju ili su izdržavane, da li su u brak unele neku imovinu ili su se uselile u mužev stan”. Autor dalje zagovara tradicionalno i patrijarhalno organizovanje porodice, u kojem je muškarac glava porodice. U tekstu se aktivnosti LGBT populacije definišu kao primitivne, nasilničke i prostačke, te se autor zalaže za ograničenje njihove slobode kretanja i okupljanja.⁸⁹ Viši sud u Novom Sadu je utvrdio da je autor navedenim tekstom izvršio akt diskriminacije žena na osnovu pola i akt diskriminacije pripadnika LGBT populacije na osnovu seksualne orijentacije.⁹⁰ Sud je pronašao da je autor teksta “izrazio ideje i stavove koji su uznemirujući i ponižavajući, kojima se vređa dostojanstvo i podstiče diskriminacija i mržnja” protiv dve navedene grupe.⁹¹ Sud je posebno ocenio da tuženi ima pravo na izražavanje svog mišljenja, ali da kao javna ličnost ima i “obavezu da u svojim javnim nastupima ne propagira diskriminaciju, i ne iznosi ideje kojima se podstiče diskriminacija”.⁹² Ovu odluku je preinačio Apelacioni sud u Novom Sadu⁹³ i nažalost potvrdio Vrhovni kasacioni sud.⁹⁴ Tako, Vrhovni kasacioni sud zaključuje da autor teksta nije vređao pripadnike drugog pola ili drugačije seksualne orijentacije, već da je izneo svoj vrednosni sud o kvalitetu Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, kao i nedoličnom ponašanju određenih članova LGBT populacije prilikom održavanja Parade ponosa. Poseban kuriozitet predstavlja deo presude u kojem se navodi da se revizijski navodi da presuda apelacionog suda ne sme da ostane deo pravnog poretka Republike Srbije mogu “smatrati posebnim oblikom pritiska na sud” i da “sud nije ustanovljen da sudi po nečijem nalogu (pa ma

⁸⁸ Apelacioni sud u Beogradu, Gž. 2426/14, 11.6.2014.

⁸⁹ *Ibidem*, 171.

⁹⁰ Viši sud u Novom Sadu, II. 1344/2017, presuda od 8.5.2018.

⁹¹ *Ibidem*, 9.

⁹² *Ibidem*, 12.

⁹³ Apelacioni sud u Novom Sadu, Gž. 3576/18, presuda od 17.10.2018.

⁹⁴ Vrhovni kasacioni sud, Rev 195/2019, presuda od 29.01.2020.

ko to bio) već da utvrđuje činjenice i vrši njihovu ocenu.” I ovde sud posebno naglašava značaj slobode izražavanja za opstanak i razvoj demokratskog društva, ali iako tvrdi suprotno, odstupa od svoje ranije prakse da pravo na kritiku nije neograničeno.⁹⁵ Posebno je zanimljivo što Sud zaključuje da je “očigledno” šta je bio cilj tuženog, a da to nije bila namera vređanja. Ovakve presude doprinose govoru mržnje jer oni koji ga izražavaju znaju da će biti tolerisan i da neće biti adekvatno sankcionisan. Čak, naprotiv, lica koja koriste ovaj govor karakterišu se kao “ugnjetavani” i “progonjeni”, a onaj kome je u opisu posla da štiti od diskriminacije kao “progonitelj”.

ZAKLJUČAK

Sloboda izražavanja predstavlja jedan od kamena temeljaca svakog demokratskog društva koji dovodi do ostvarenja pluralizma, tolerancije i multikulturalnosti u jednom društvu. Međutim, svaka država je u obavezi da postavi jasnu granicu slobodi izražavanja kada se ona zloupotrebljava u vidu govora mržnje, tj. govora koji poziva ili podstiče na nasilje, a zasnovano je na netoleranciji. Jasan vodič u primeni standarda u ovoj oblasti daju odgovarajući međunarodni instrumenti, kao i ugovorna tela formirana pod okriljem Ujedinjenih nacija. Takođe, u okviru evropskog sistema zaštite ljudskih prava posebno se ističe Evropski sud za ljudska prava koji u svojim presudama postavlja standarde u oblasti slobode izražavanja, ali ne treba izostaviti ni brojne preporuke koje dalje definišu i tumače govor mržnje i traže od država da preduzmu izvesne korake kako bi se on suzbio i kaznio na odgovarajući način.

Iz svega iznetog može se zaključiti da je govor mržnje takav govor koji može izazvati prezir prema određenom licu ili grupi, stvoriti ili podržati negativan stereotip prema određenom licu ili grupi, odnosno osudu okoline, podstaći na diskriminaciju, izazvati osećaj nesigurnosti i straha. Posebno je značajno da govor mržnje stvara osećaj kod većinskog stanovništva da je određeno ponašanje društveno poželjno i opravdano i da će biti tolerisano. Zato ono najčešće dovodi do zločina iz mržnje, odnosno do napada koji su motivisani ličnim svojstvom lica koje je izloženo napadu i zato mora biti adekvatno sankcionisano. Kada nema elemenata krivičnog dela, moguće je pokrenuti posebnu parnicu po tužbi za diskriminaciju, jer je govor mržnje priznat kao poseban oblik diskriminacije u Zakonu o zabrani diskriminacije.

U Republici Srbiji postoji veoma solidan pravni okvir kojim se zabranjuje govor mržnje i koji je više puta utvrđen u postupcima po pritužbi Povereniku

⁹⁵ V. Vrhovni kasacioni sud, Rev 1855/2017, presuda od 30.06.2020.

za zaštitu ravnopravnosti. Ipak, primećuje se da u praksi nema dovoljno jasnog razgraničenja između ovog oblika diskriminacije i uznemiravanja i ponižavajućeg postupanja. Zato nije uvek do kraja jasno zašto je u nekom predmetu utvrđen jedan, a u drugom drugi oblik diskriminacije. Međutim, veći problem predstavlja primena postojećih standarda u praksi domaćih sudova, koji veliku vrednost daju slobodi izražavanja. Ovakav pristup bi bio pohvalan da u Republici Srbiji postoji sloboda medija i slobodan pristup informacijama, te da je društvo doraslo očuvanju ove vrednosti i pluralizma. Ovako, ostaje bojazan da domaći sudovi, a posebno viši, pogrešno tumače stav Evropskog suda da se slobodom izražavanja štite i informacije koje mogu da šokiraju i uvrede druge, kada je evidentno da se radi o govoru mržnje. Takvim pristupom se govor mržnje još više raspiruje i većina uverava da će njihov stav, zasnovan na mržnji i netrpeljivosti, biti tolerisan i da će proći nekažnjeno.

Prof. Dr. IVANA KRSTIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

INTERNATIONAL STANDARDS FOR THE PROHIBITION
OF A HATE SPEECH AND THEIR APPLICATION
IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Although freedom of expression is a foundation of a democratic society, it is subject to certain restrictions. All principal human rights instruments allow, and in some instances require, restrictions of this right on certain specified grounds, including protection of the rights of others. The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) both require States Parties to prohibit hate speech, namely “[a]ny advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence” (Article 20, para. 2 of the ICCPR) and to criminalize “dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin”, (Article 4 (a) of the CERD). Furthermore, Article 10, para. 2 of the European Convention (ECHR) recognizes that the exercise of the freedom of expression may be subject to such restrictions as are prescribed by law and are necessary in a democratic society for, among other things, the protection of the reputation or rights of others. The European Court of Human Rights (ECtHR) has developed extensive jurisprudence in which it prescribes appropriate standards in this area, also defining a hate speech. This speech is recognized as a special form of discrimination in the 2009 Law on Prohibition of Discrimination. However, as it is argued in this paper, domestic courts

do not adequately interpret this provision, thereby failing to protect individuals from a speech that inflicts or may cause significant harm to them.

Key words: freedom of expression, limitations, hate speech, international standards, jurisprudence of the European Court of Human Rights

Literatura

- Angelopoulos C., "MTE v. Hungary: New ECtHR Judgment on Intermediary Liability and Freedom of Expression", *Kluwer Copyright Blog*, 5 March 2016.
- Coliver S., "Article 19", *Striking a Balance - Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, (ed. Sandra Coliver), International Centre against Censorship, Human Rights Centre, University of Essex, 1992.
- Jokanović J., *Međunarodno-pravni aspekti zločina iz mržnje*, master rad, Pravni fakultet, Beograd, 2015.
- Krstić I., "Govor mržnje - međunarodni standardi", *Lex Forum*, Br. 1, 2008.
- Krstić I., *Zabrana diskriminacije u međunarodnom i domaćem pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018.
- Mendel T., *Freedom of Expression: A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680650af2>.
- Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Petrušić N., Krstić I., Marinković T., *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Službeni glasnik, Beograd, 2016.
- Sidiausklenė J., "Vaidas Jurkevičius, Website Operators' Liability for Offensive Comments: A Comparative Analysis of Delfi as v. Estonia and MTE & Index v. Hungary", *Baltic Journal of Law and Politics*, Tom 10, br. 2, 2017.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 03.10.2020.

Prihvaćen: 15.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PRAVNI POLOŽAJ OSOBLJA PRIVATNIH VOJNIH KOMPANIJA PREMA MEĐUNARODNOM PRAVU ORUŽANIH SUKOBA

Svedoci smo naglog porasta broja, značaja i uloge privatnih vojnih kompanija (PVK). Sa stanovišta međunarodnog prava (i teorije i prakse) neka od posebno zanimljivih pitanja su u čemu su sličnosti i razlike između plaćenika i osoblja PVK i kakav je položaj osoblja PVK prema međunarodnom pravu oružanih sukoba. Uz određene sličnosti (u oba slučaja radi se o ljudima koji nisu deo redovnih oružanih snaga neke države, već se za materijalnu naknadu bore u tuđem ratu) između osoblja PVK i plaćenika postoje i važne razlike, od kojih se neke tiču činjenica, a druge pravnog položaja. Dok plaćeništvo predstavlja zločin međunarodnog prava, učešće osoblja PVK u oružanim sukobima nije samo po sebi zabranjeno. Pravni položaj zaposlenih PVK zavisi od karaktera tog osoblja, toga gde se ono nalazi i koje funkcije obavlja. Neki od njih nisu od interesa za međunarodno pravo oružanih sukoba, drugi imaju položaj civila, treći neboraca, dok četvrti imaju, kada ispunjavaju predviđene uslove, položaj borca. Zaposleni PVK koji počne da učestvuje u neprijateljstvima u korist države ugovornice na osnovu svog ličnog ugovora sa njom ili se bori za neku drugu stranu, i za to prima veliku materijalnu naknadu, postaje plaćenik. Ova pitanja je potrebno što pre kodifikovati sveobuhvatnim univerzalnim međunarodnim ugovorom.

Ključne reči: privatne vojne kompanije, međunarodno pravo, borci, plaćenici, oružani sukob, rat

Prof. dr Boris Krivokapić, redovni profesor i naučni savetnik, Poslovni i pravni fakultet "Union – Nikola Tesla", Beograd, Pravni fakultet Samarskog nacionalnog univerziteta "S.P. Koroljov", Samara (Rusija), akademik Ruske akademije prirodnih nauka – RAEN, e-mail: krivokapicboris@yahoo.com.

U V O D

Jedna od novih pojava sa kojima se suočavamo u međunarodnim odnosima i međunarodnom pravu, a koja ima i praktičan i teorijski značaj, je nagli porast broja, značaja i uloge privatnih vojnih kompanija (PVK).¹

Najkraće rečeno, to su privatna preduzeća, koja uz finansijsku nadoknadu, pružaju usluge na polju vojnih pitanja i bezbednosti. S obzirom na to da se najčešće radi samo o posebnoj vrsti transnacionalnih kompanija (korporacija)² moglo bi se reći i da je to vrsta privrednih preduzeća koja, radi sticanja što većeg profita, za finansijsku nadoknadu pružaju usluge u domenu vojnih, zaštitnih, bezbednosnih i srodnih pitanja (učesće u vojnim operacijama, vršenje vojne i bezbednosne obuke, zaštita lica i objekata, bezbedan prevoz lica i predmeta, prikupljanje i analiza obaveštajnih podataka itd.), s tim da premda imaju sedište ili glavnu upravu u jednoj državi (matična država) imaju ogranke u raznim zemljama i posluju širom planete, zapošljavajući osoblje čija država državljanstva nije obavezno matična država kompanije.

Ovaj fenomen može se sagledavati iz raznih uglova, pa i sa stanovišta međunarodnog prava. Štaviše, sa pozicija međunarodnog prava tu se javlja čitav niz važnih problema. Jedan od njih je vezan za osobenosti i status osoblja tih kompanija tj. lica koja su stalno ili po osnovu ugovora zaposlena u njima.³ Pošto se može raditi o licima različitog profila (menadžeri, administrativni radnici itd.)

¹ Christopher Kinsey, *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*, Routledge, 2006; Simon Chesterman, Chia Lehnardt, *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press, 2007; Thomas Jäger, Gerhard Kümmel, *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2007; David Isenberg, *Shadow Force: Private Security Contractors in Iraq*, Greenwood Publishing Group, 2009; Molly Dunigan, *Victory for Hire: Private Security Companies' Impact on Military Effectiveness*, Stanford University Press, 2011; Erika Calazans, *Private Military and Security Companies: The Implications Under International Law of Doing Business in War*, Cambridge Scholars Publishing, 2016.

² Boris Krivokapić, "Multinacionalne (transnacionalne) kompanije kao subjekti međunarodnog javnog prava", *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*, br. 7, 2017, 110–127.

³ Veronika Bílková, "Member of Private Military and Security Companies and/as Unlawful Combatants", *EUI Working Paper AEL 2009/15*, European University Institute, 2009; Won Kidane, "The Status of Private Military Contractors Under International Humanitarian Law", *Denver Journal of International Law and Policy*, br. 3, 2010, 361–419; Marina Mancini, "Private Military and Security Company Employees: Are they the Mercenaries of the Twenty-First Century?", *EUI Working Paper AEL 2010/5*, European University Institute, 2010; Gary Jr Schaub, Ryan Kelty, *Private Military and Security Contractors: Controlling the Corporate Warrior*, Rowman & Littlefield, 2016.

koja mogu biti zaposlena i u državi sedišta, daleko od rizičnih operacija, kao što i PVK može da pruža vrlo različite usluge, pa i one koje nemaju veze sa stvarnom upotrebom oružja, odmah ćemo precizirati da ćemo se ovde baviti prevashodno onim osobljem PVK koje je angažovano u nekom oružanom sukobu, zato što su njegova uloga i pravni položaj najosetljiviji i najinteresantniji.

S tim u vezi, pažnju privlače dva pitanja: 1) u čemu su sličnosti i razlike između klasičnih plaćenika i osoblja PVK, i 2) kakav je položaj osoblja PVK prema međunarodnom pravu oružanih sukoba.

POREĐENJE SA PLAĆENICIMA

Borce PVK (njihovo naoružano osoblje koje učestvuje u oružanom sukobu) često nazivaju savremenim plaćenicima. I zaista, sličnosti postoje.⁴

U oba slučaja radi se o ljudima koji: 1) nisu deo redovnih oružanih snaga neke države, ali se 2) za materijalnu naknadu, 3) bilo gde u svetu, 4) bore u tuđem ratu, za stranu državu ili drugog subjekta (pobunjenike, transnacionalne kompanije itd.).

Najizraženija zajednička crta je to što motiv učešća u oružanom sukobu i jednih i drugih nisu rodoljublje, borba za neku ideju i slično, već isključivo sticanje imovinske dobiti koju im je obećao poslodavac. Tu sličnosti prestaju.

Mnogo su veće razlike između ovih kategorija. Neke se tiču činjenica, a druge pravnog položaja.

Obični plaćenici su najčešće pojedinci raznih državljanstava koji se manje-više individualno stavljaju pod komandu strane koja ih plaća. Uglavnom se regrutuju preko nekih agenata čija se uloga završava time da nađu nove plaćenike i povežu ih sa stranom kojoj su potrebni. Za razliku od toga, borci PVK su profesionalni vojnici sa određenim iskustvom, sa sopstvenom logistikom, pa čak i komandom,⁵ koji su zaposleni u PVK za koju rade. Ona vrši selekciju među kandidatima, zapošljava ih, obučava, oprema i šalje u akciju, poslujući kao preduzeće čija je glavna osobenost to što pruža usluge vojne prirode, uključujući i neposredno učešće u borbi.

⁴ Marie-France Major, "Mercenaries and International Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Tom 22, 1992, 103–150; Burak Güneş, "Mercenaries, Private Military/Security Companies and Modern States", *Akademik Orta Doğu*, br. 1, 2017, 17–44; Boris Krivokapić, *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, Beograd, 2017, 628–634; *Mercenarism and Private Military and Security Companies*, 2018, www.ohchr.org/Documents/Issues/Mercenaries/WG/MercenarismandPrivateMilitarySecurityCompanies.pdf.

⁵ Ispunjavajući krajnje želje i opšte ciljeve onoga ko ih plaća, PVK u principu zadržavaju određenu autonomiju u planiranju i izvođenju operacija.

U poređenju sa klasičnim plaćenicima, koji su regrutovani i među bivšim vojnicima, ali i među odbeglim robijašima, skitnicama, avanturistima i sličnim licima sumnjivih moralnih i drugih kvaliteta, borci najpoznatijih PVK su daleko profesionalniji, bolje organizovani, disciplinovaniji i efikasniji, što i ne čudi kada se zna da su mnogi od njih prethodno bili oficiri u elitnim jedinicama svojih država. To omogućava još jednu razliku – dok su plaćenici mahom naoružani lakim oružjem, borci PVK po potrebi koriste i teško ili sofisticirano oružje (helikoptere, tenkove itd.) koje im obezbeđuje kompanija za koju rade.

Klasični plaćenici su individualci koji iznajmljuju sebe, što znači sopstvene sposobnosti, znanja i veštine koji se tiču učešća u borbi, dok su borci PVK samo deo preduzeća koje nudi široku paletu usluga, počev od pružanja logistike, snabdevanja oružjem i vojnom opremom, obaveštajnih aktivnosti, sve do neposrednog učešća u borbenim operacijama. Razlika je, dakle, suštinske prirode.⁶

U novijoj istoriji plaćenici su uglavnom bili angažovani od strane određenih država za kolonijalna osvajanja odnosno gušenje antikolonijalnih i oslobodilačkih pokreta. Stoga se podrazumevalo da se koriste za najprljavije operacije, uključujući zločine nad civilima i ratnim zarobljenicima. Proces dekolonizacije je odavno završen, tako da su potrebe za korišćenjem plaćenika u navedene svrhe otpale. Međutim, pojavili su se novi izazovi koji određuju zadatke koji se postavljaju pred borce PVK – zaštita lica i objekata u ratnim i drugim opasnim zonama, oslobađanje talaca, borba protiv jedinica terorističkih organizacija itd.

U prošlosti ratovanje u svojstvu plaćenika nije bilo zabranjeno ni unutrašnjim, ni međunarodnim pravom i nije podrazumevalo neki poseban pravni status plaćenika. Državi državljanstva obično nije bilo važno čime se oni bave, dok je država koja ih je plaćala smatrala da im izvan ugovorom regulisanih pitanja ne dužuje ništa. Za razliku od toga, PVK rade u određenim pravnim okvirima. One su privredna preduzeća, koja su uredno registrovana u državi u kojoj imaju sedište i posluju u skladu sa propisima te države, a ako prekrše te propise, snose predviđenu odgovornost.

⁶ Onaj ko npr. zida kuću, može pojedinačno tražiti radnike određenih profila, za određene poslove – zidare, električare, molere itd. Pri tome mu se može posrećiti, ali najčešće će imati određenih problema sa makar nekima od njih (kašnjenje na posao, aljkavost, alkoholizam i sl.) a možda i sa nekoliko njih (lična netrpeljivost među njima, neusklađenost tempa rada itd.). Može, međutim, umesto toga zaključiti ugovor sa građevinskom firmom po sistemu “ključ u ruke” i prepustiti njoj svu brigu, računajući da ona ima proverene radnike odgovarajućih profila, potrebnu opremu i mehanizaciju, sistem nadzora i kontrole kvaliteta itd. U načelu isto je i kada se umesto regrutovanja individualnih plaćenika posao ugovara sa kompanijom koja ima svoju sopstvenu vojsku.

U naše vreme plaćeništvo je zabranjeno i proglašeno međunarodnim krivičnim delom, tako da su lica koja se bore kao plaćenici, kao i oni koji ih regrutuju, koriste, finansiraju i obučavaju zločinci u smislu međunarodnog prava.

Međutim, lica koja rade za PVK, čak i ako učestvuju u borbama, najčešće se ne uklapaju u definiciju plaćenika iz Protokola I (1977) uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata (1949) i Međunarodne konvencije protiv regrutovanja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika (1989).⁷

Da podsetimno, prema čl. 47/2 Dopunskog protokola I (1977) "Plaćenik je svako lice koje: a) je specijalno regrutovano lokalno ili u inostranstvu da bi se borilo u oružanom sukobu; b) stvarno direktno učestvuje u neprijateljstvima; c) motivisano je da učestvuje u neprijateljstvima uglavnom željom za ličnom korišću i kome je, u stvari, obećana, od strane u sukobu ili u njeno ime, materijalna naknada znatno veća od one koja je obećana ili plaćena borcima sličnog ranga ili funkcije u oružanim snagama te strane; d) nije državljanin strane u sukobu niti ima prebivalište na teritoriji koju kontroliše strana u sukobu; e) nije pripadnik oružanih snaga strane u sukobu, i f) nije poslato od države koja nije strana u sukobu po zvaničnoj dužnosti kao pripadnik njenih oružanih snaga".⁸

Za razliku od onog što je predviđeno tom definicijom: 1) zaposleni privatnih vojnih kompanija ne regrutuju se specijalno za oružanu borbu, već dolaze kao lica koja rade za uredno registrovanog privrednog subjekta koji pruža razne usluge, a ne samo učešće u borbi; 2) njih ne plaća strana koja je stvarni korisnik nji-

⁷ Prema čl. 47/2 Dopunskog protokola I (1977) uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata (1949): "Plaćenik je svako lice koje: a) je specijalno regrutovano lokalno ili u inostranstvu da bi se borilo u oružanom sukobu; b) stvarno direktno učestvuje u neprijateljstvima; c) motivisano je da učestvuje u neprijateljstvima uglavnom željom za ličnom korišću i kome je, u stvari, obećana, od strane u sukobu ili u njeno ime, materijalna naknada znatno veća od one koja je obećana ili plaćena borcima sličnog ranga ili funkcije u oružanim snagama te strane; d) nije državljanin strane u sukobu niti ima prebivalište na teritoriji koju kontroliše strana u sukobu; e) nije pripadnik oružanih snaga strane u sukobu; i f) nije poslato od države koja nije strana u sukobu po zvaničnoj dužnosti kao pripadnik njenih oružanih snaga".

⁸ Suštinski istu definiciju sadrži i čl. 1/1 Međunarodne konvencije protiv regrutovanja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika (1989), dok njen čl. 1/2 utvrđuje malu dopunu utoliko što precizira da: "Plaćenik je i svako lice koje je u bilo kojoj drugoj situaciji: a) posebno regrutovano, u zemlji ili inostranstvu, s ciljem učestvovanja u organizovanom aktu nasilja usmerenom ka: (i) svrgavanju vlade ili podrivanju ustavnog poretka države, na bilo koji drugi način; ili (ii) podrivanju teritorijalnog integriteta zemlje; b) motivisano da učestvuje u sukobu prevashodno radi ostvarenja značajne lične koristi i podstaknuto obećanjem odnosno isplatom materijalne naknade; c) nije državljanin niti ima prebivalište u državi protiv koje je takav akt usmeren; d) nije upućeno od strane države po službenoj dužnosti; i e) nije pripadnik oružanih snaga države na čijoj se teritoriji vrši takav akt".

hovich usluga, već kompanija za koju rade; 3) praksa pokazuje da naknada koju dobijaju nije nesrazmerno visoka u poređenju sa platama profesionalnih vojnika sličnih kvalifikacija tj. da je manja od onoga što dobijaju klasični plaćenici;⁹ 4) borci PVK se sve češće regrutuju iz redova lokalnog stanovništva, u kom slučaju već po samoj definiciji nisu plaćenici, jer ne zadovoljavaju uslov da je u pitanju lice koje nije državljanin strane u sukobu niti ima prebivalište na teritoriji koju ona kontroliše.

Nasuprot onome što postoji u pogledu plaćenika, međunarodno pravo ne sadrži ni opšteprihvaćenu definiciju PVK i njihovog osoblja, ni izričitu zabranu njihovog postojanja, ni zabranu njihovog učešća u oružanim operacijama. Naprotiv, najveće svetske sile dozvoljavaju registrovanje na svojoj teritoriji privatnih vojnih kompanija, puštaju ih da nesmetano rade, pa čak i same koriste njihove usluge. Štaviše, usluge PVK koriste i UN, EU, NATO i druge međunarodne organizacije. To dodatno potvrđuje da preovladava stav da PVK i akcije koje one ostvaruju preko svog osoblja nisu u principu zabranjeni.

Za razliku od klasičnih plaćenika, koji su uglavnom prepušteni sami sebi, borci PVK često imaju prikrivenu, ali snažnu podršku vlade zemlje u kojoj je sedište PVK (matična država) odnosno one koja je naručila posao (država ugovornica) i saraduju sa vojnim i bezbednosnim strukturama tih zemalja, ali i sa drugim moćnim subjektima (npr. velike korporacije koje proizvode oružje, elektronsku opremu itd.).

Čak i ako se to ne vidi na prvi pogled, ta povezanost je česta i višeslojna. PVK neretko rade poverljive i osetljive poslove za oružane snage i vlade država; rukovodioci PVK i članovi njihovog osoblja su obično bivši pripadnici elitnih jedinica oružanih snaga odnosnih država koji održavaju razne kontakte sa dojučerašnjim kolegama itd. pa se čak ponekad događa da pripadnici oružanih sna-

⁹ Plate zaposlenih PVK zavise od rizika kojem su izloženi. Zaposleni američkih PVK u Iraku koji rade posebno opasne poslove, kao što je praćenje kolone, zarađuju i do 1.500 dolara na dan, ali zato oni koji su takođe u Iraku, ali se nalaze u bazi, dobijaju 250–300 dolara dnevno (7.500–9.000 mesečno). Borci južnoafričke PVK *STTEP International* koji su se 2015. po ugovoru sa vladom Nigerije borili protiv militantne terorističke organizacije Boko Haram dobijali su dnevnicke po 400 američkih dolara. Mesečna plata boraca ruske *Grupe Vagnera* za vreme obuke u Rusiji je 570–910 evra, tokom operacije u inostranstvu 1.140–1.370 evra, kod učešća u vojnim operacijama 1.710–2.280 evra, a u slučaju učešća u posebnim vojnim operacijama i velikim bitkama, i do 3.410 evra. To nisu zarade koje bi se mogle označiti kao nesrazmerno velike, ne samo ako se uporede sa prosečnim zaradama u razvijenim zemljama, već i ako se uporede sa prosečnom zaradom u samoj Rusiji, koja je juna 2020. iznosila 593 evra. Treba imati na umu da i pripadnici oružanih snaga svake države dobijaju znatno veće plate kada su angažovani na nekom poslu u inostranstvu a posebno kada to podrazumeva učešće u borbi.

ga određenih država obavljaju poslove na platnom spisku i u uniformama PVK.¹⁰ Te veze su toliko jake, da je bilo primera i da su pojedine vojne komande sasvim gubile iz vida da su neka lica članovi osoblja PVK a ne pripadnici oružanih snaga date države.¹¹

POLOŽAJ OSOBLJA VOJNIH KOMPANIJA PREMA MEĐUNARODNOM PRAVU ORUŽANIH SUKOBA

U principu, zaposleni PVK može sa stanovišta postojećeg međunarodnog prava oružanih sukoba imati status civila, neborca, borca ili plaćenika.

Na prethodnim stranama već smo videli da se osoblje PVK koje učestvuje u borbama razlikuje od klasičnih plaćenika.

Da li su onda civili? Mnogi autori tvrde upravo to.¹² Tome se mora prigovoriti da za razliku od civila, koji uživaju zaštitu međunarodnog prava, ali ne smeju da učestvuju u neprijateljstvima, borci PVK nose i koriste oružje tj. učestvuju u borbama, te stoga nemaju pravo na zaštitu koja se priznaje civilima.¹³

Ako nisu civili, da li se borci PVK mogu smatrati makar neborcima (licima koja pripadaju oružanim snagama jedne od zaraćenih strana ili su na drugi način povezana sa njima, ali se ne angažuju u borbi)?¹⁴ Ne mogu, zato što nisu deo oru-

¹⁰ Neke britanske PVK kao npr. "Kini Mini" (*Keenie Meenie Services*) zapošljavale su uglavnom aktivne oficire britanske vojske, posebno one sa borbenim iskustvom. Oni su, nakon potpisivanja ugovora, davali otkaz u vojsci (i time formalno prekidali vezu sa njom) s tim da su, ako se operacija za koju su angažovani, završila uspešno, posle odmah ponovo primani u svoje jedinice. Sa blagom ironijom moglo bi se reći da je njihov rad na posebnim zadacima za PVK zapravo predstavljao samo neku vrstu "službenog puta u inostranstvo".

¹¹ Tokom nekoliko meseci koje je proveo u Iraku 35-godišnji T. Drobnik (*Todd Drobnick*) doživeo je nekoliko oružanih napada iračkih pobunjenika i 23.11.2003. poginuo u sudaru. Ministarstvo odbrane SAD obezbedilo mu je vojnu sahranu sa svim počastima, kao pripadniku oružanih snaga SAD i odlikovalo ga najvišim vojnim odlikovanjima Purpurno srce i Bronzana Zvezda, koja se dodeljuju samo pripadnicima oružanih snaga SAD. Nekoliko meseci kasnije Ministarstvo je opozvalo oba odlikovanja, zato što je ustanovljeno da Drobnik nije bio pripadnik američke vojske, već član osoblja PVK *Titan Corp.* koji je bio zadužen za pružanje prevodilačkih usluga za američke snage u Iraku. Takvih slučajeva bilo je još. To pokazuje da se lica koja rade za PVK ponekad tako tesno povežu sa oružanim snagama država, da čak i najveće svetske sile, premda imaju precizne spiskove i svojih vojnika i lica koja su angažovana za pružanje određenih usluga, mogu da dopuste sebi takve greške.

¹² Tea Cimini, "The Invisible Army: Explaining Private Military and Security Companies", *E-International Relations*, Aug 2, 2018, 5, www.e-ir.info/pdf/74927.

¹³ B. Krivokapić, 2017, op. cit., 890–904.

¹⁴ *Ibidem*, 612–613.

žanih snaga strane u sukobu, a često ni povezani sa njima, a posebno zato što se onaj ko učestvuje u borbi ne može smatrati neborcem.

Da li su onda oni borci u smislu međunarodnog prava?¹⁵ Tu, kao prvo, treba primetiti da većina zaposlenih PVK nije angažovana da bi se borila. Kada je reč o onima koji učestvuju u borbama, problem predstavlja činjenica da oni ne pripadaju oružanim snagama neke od strana u sukobu. Premda je 44/3 Protokola I (1977) znatno proširilo pojam borca, to je učinjeno da pripadnici antikolonijalnih i oslobodilačkih pokreta otpora u slučaju zarobljavanja ne bi bili tretirani kao kriminalci, već kao ratni zarobljenici, sa zaštitom koju im jamči međunarodno pravo. Takvi obziri su teško primenjivi u odnosu na one čiji je motiv učešća u borbi samo novac. Uostalom, i Protokol je napravio razliku između njih i boraca, tako što je u čl. 47 dao definiciju plaćenika i precizirao da plaćenici nemaju pravo na status borca niti ratnog zarobljenika.

Koji je onda pravi odgovor? On je prilično jednostavan. Osoblje PVK je vrlo heterogeno. Nalazi se na raznim mestima i vrši razne funkcije. Od tih momenata zavisi kakav će status imati prema međunarodnom pravu.

Odmah treba ostaviti po strani ono osoblje koji se nalazi daleko od oružanog sukoba i radi na poslovima koji nisu u vezi sa vojnim operacijama. Tu spadaju zaposleni koji rade u sedištu kompanije u državi A kao menadžeri, prevodioci, pravnici, dokumentatori, dizajneri, projektanti, vozači itd. uključujući i naoružana lica (telohranitelje i čuvare). Angažovanje PVK u sukobu u državi B ne utiče na njihov status, oni i dalje žive u miru i stoga nisu zanimljivi sa stanovišta međunarodnog prava oružanih sukoba. Samo ako bi država A bila učesnik odnosnog oružanog sukoba, onda bi i njena teritorija predstavljala deo ratišta, što znači da bi ova lica imala status civila, što podrazumeva i odgovarajuću zaštitu. Izuzetno, ona bi, pod određenim uslovima, za vreme dok se nalaze u centrali ili kampu za obuku PVK, mogla biti podvrgnuta napadu protivnika (npr. bombardovanjem) na sličan način na koji se, npr., napadnu fabrike vojne industrije, premda su u njima radnici-civili.

Kada je reč o osoblju PVK koje radi u zoni oružanog sukoba (u navedenom primeru, u državi B) ako obavlja civilne dužnosti, ne nosi oružje i ne učestvuje u borbama, ono ima status civila. Položaj svakog konkretnog zaposlenog, može se, međutim, razlikovati od toga čiji je državljanin – strane u sukobu na čijoj teritoriji se nalazi (domaći državljanin), protivnika te strane (neprijateljski državljanin) ili neke neutralne države (neutralni državljanin).

U sličnoj su poziciji oni zaposleni PVK koji se nalaze u zoni oružanog sukoba i naoružani su, ali ne zato da bi učestvovali u vojnim operacijama, već da bi

¹⁵ *Ibidem*, 644–654.

štiti lica i objekte od nezakonitih napada. Dokle god vrše samo te svoje funkcije i ne mešaju se u oružani sukob, oni su u suštini isto jedna vrsta civila. U praksi je, međutim, često teško povući jasnu liniju između toga kada prestaje dozvoljena samoodbrana, a kada počinje učešće u sukobu.

Ono osoblje PVK koje se nalazi u zoni oružanog sukoba i čije su funkcije na neki način makar posredno povezane sa vojnim operacijama, ali ne podrazumevaju učešće u borbama (medicinsko osoblje, magacioneri, kuvari itd.) nalazi se u položaju sličnom položaju neboraca te im treba priznati takav status. Oni mogu da nose oružje i da ga koriste, ali samo u samoodbrani.

Specifičan je položaj pripadnika PVK angažovanih u mirovnim misijama UN i drugih međunarodnih organizacija.¹⁶ Jasno je da se on uređuje posebnim ugovorima, ali ostaje pitanje kako na njega treba gledati načelno. Uzimajući za primer mirovne misije UN, kada zaposleni PVK dejstvuju kao podrška tih misija, u principu nema razloga da se tretiraju drugačije od članova misija. Uostalom, još tokom prvog angažovanja u Bosni i Hercegovini 1992, osoblje PVK nosilo je uniforme i oznake UN, imalo lične isprave izdate od UN i bilo je shvatano kao deo mirovne misije UNPROFOR.

Najzad, jedan deo osoblja PVK vrši zadatke koji se sastoje u učešću u vojnim operacijama u nekom oružanom sukobu. Premda rade za PVK oni ratuju za jednu od strana u sukobu, predstavljajući neku vrstu njene pomoćne i relativno samostalne vojske.¹⁷

¹⁶ Oldrich Bures, "Private Military Companies: A Second Best Peacekeeping Option?", *International Peacekeeping*, br. 4, 2005, 533–546; Malcolm Patterson, "A Corporate Alternative to United Nations ad hoc Military Deployments", *Journal of Conflict and Security Law*, br. 2, 2008, 215–232; Lou Pingeot, *Dangerous Partnership: Private Military & Security Companies and the UN*, Rosa Luxemburg Foundation & Global Policy Forum, 2012; Åse Gilje Østensen, "In the Business of Peace: The Political Influence of Private Military and Security Companies on UN Peacekeeping", *International Peacekeeping*, br. 1, 2013, 33–47; Mohamad Ghazi Janaby, "The Legal Status of Employees of Private Military / Security Companies Participating in U.N. Peacekeeping Operations", *Northwestern Journal of International Human Rights*, br. 1, 2015, 82–102; Jared Genser, Clare Garvie, "Contracting for Stability: The Potential Use of Private Military Contractors as a United Nations Rapid-Response Force", *Chicago Journal of International Law*, br. 2, 2016, 439–481; Jonathan Crowe, Anna John, "The Status of Private Military Security Companies in United Nations Peacekeeping Operations Under the International Law of Armed Conflict", *Melbourne Journal of International Law*, Tom 18, 2017, 16–44.

¹⁷ Tu se može napraviti paralela sa gusarima – i oni su bili naoružana privatna lica koja su se borila za jednu od strana u sukobu, premda nisu bila deo njenih oružanih snaga; i oni su se često borili za strane države (a ne onu čiji su državljani); motiv njihovog angažovanja obično je bilo sticanje materijalne dobiti (podelom plena). Ipak, gusari su sve do kraja XIX v. smatrani zakonom borcima koji su u slučaju zarobljavanja imali pravo na status ratnog zarobljenika. Gary M An-

Vežanost za stranu u sukobu je još više izražena onda kada PVK stavljaju svoje osoblje pod neposrednu komandu oružanih snaga države ugovornice, kao što je npr. bio slučaj sa određenim američkim PVK i vojskom SAD u Iraku i nekim drugim zemljama.

Međutim, čak i bez toga, pošto se, kao što je već istaknuto, razlikuju od klasičnih plaćenika, zaposlenima PVK koji učestvuju u oružanom sukobu trebalo bi, onda kada ispunjavaju zahteve formulisane Haškim pravilnikom (1899)¹⁸ priznati status borca.¹⁹ Ovo zato što je smisao priznavanja statusa borca dvojak: 1) borac ima pravo da koristi oružje (učestvuje u borbi) i 2) u slučaju zarobljavanja ima pravo na status ratnog zarobljenika.

Kao potvrdu tome treba podsetiti da države i međunarodne organizacije ne smatraju da je učešće PVK i njihovih zaposlenih u oružanim sukobima samo po sebi nešto nezakonito. To onda povlači i zaključak da u slučaju zarobljavanja zaposleni PVK ne mogu biti tretirani kao kriminalci, već kao ratni zarobljenici.²⁰ Najzad, jedan od argumenata u prilog tome da i zaposlenima PVK koji se bore na strani neke države treba priznati status borca je i činjenica da su neke države (npr. SAD) predvidele nadležnost svojih vojnih sudova za zločine koje izvrše zaposleni PVK koje je angažovalo ministarstvo odbrane odnosno države.

Međutim, ako zaposleni PVK izađe izvan okvira svog ugovora sa kompanijom, tako što počne da učestvuje u neprijateljstvima u korist države ugovornice na osnovu svog ličnog sporazuma sa njom, ili počne da se bori za neku drugu stranu, i za to prima veliku materijalnu naknadu, on suštinski postaje plaćenik.

Treba voditi računa i o tome da kada se u ulozi naručioca usluga javljaju države ili međunarodne organizacije, to je ono što PVK i njihovim zaposlenima daje određeni legitimitet. Situacija je mnogo nejasnija onda kada PVK angažuje neki drugi subjekt – pobunjenici, korporacija, neka grupa, fizičko lice itd. Pod određe-

derson., Adam Jr Gifford, "Privateering and the Private Production of Naval Power", *Cato Journal*, br. 1, 1991, 99–122; Alexander Tabarrok, "The Rise, Fall, and Rise Again of Privateers", *Independent Review*, br. 4, 2007, 565–577; Boris Krivokapić, *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd 2011, 835–641.

¹⁸ Ti zahtevi su: 1) da imaju na čelu ličnost odgovornu za svoje potčinjene; 2) da imaju stalan znak raspoznavanja koji se može raspoznati na rastojanju; 3) da otvoreno nose oružje i 4) da se pri svojim operacijama pridržavaju zakona i običaja rata.

¹⁹ Ni pripadnici mirovnih misija UN nisu, strogo uzev, deo oružanih snaga strana u sukobu, ali imaju, u slučaju da učestvuju u borbama, status zakonitih boraca.

²⁰ Misli se na to da ne mogu biti kažnjavani samo zbog svog učešća u oružanom sukobu. Podrazumeva se da ako su izvršili ratne zločine ili zločine protiv čovečnosti, treba da odgovaraju na isti način, kao i ostali borci (pripadnici oružanih snaga država)

nim uslovima (imajući u vidu prirodu zadatka, visinu materijalne naknade itd.) tu se može govoriti o plaćeništvu.

Napred izneti pogledi su samo objašnjenja u okvirima postojećeg međunarodnog prava, koja bi trebalo da unesu više svetla privremeno, dok se odnosna pitanja ne regulišu na sveobuhvatan način međunarodnim ugovorom. Jedino pravo rešenje je usvajanje konvencije koja bi na univerzalnom (svetskom) nivou kodifikovala najvažnija pitanja koja se tiču PVK i njihovog osoblja, uključujući njihov status kao učesnika oružanoog sukoba.

Academician Prof. Dr. BORIS KRIVOKAPIĆ
Full Professor, Business and Law Faculty "Union – Nikola Tesla", Belgrade
Faculty of Law of Samara National University "S.P. Korolev", Samara

LEGAL STATUS OF PRIVATE MILITARY COMPANY PERSONNEL UNDER THE INTERNATIONAL LAW OF ARMED CONFLICTS

Summary

We are witnessing a sharp increase in the number, importance and role of private military companies (PMC). From the point of view of international law, particularly interesting questions are what are the similarities and differences between the classic mercenaries and the personnel of PMCs and what is the position of the staff of PMCs according to the international law of armed conflict. In addition to certain similarities (in both cases these are people who are not part of the regular armed forces of a state, but are fighting for material compensation in someone else's war), there are important differences between the staff of PMCs and mercenaries. In respect to both the facts and legal position. While mercenary is a crime under international law, the participation of personnel of PMCs in armed conflict is not in itself prohibited. The legal status of people working for these companies depends on where they are located and what functions they perform. Some of them are not of interest for the international law of armed conflicts, others have the position of civilians, the third of non-combatants, while the fourth have, when they meet the prescribed conditions, the position of belligerents.

Key words: private military companies, international law, fighters, mercenaries, armed conflict

Literaturea

- Anderson G. M., Gifford A. Jr., "Privateering and the Private Production of Naval Power", *Cato Journal*, No. 1, 1991.
- Bures O., "Private Military Companies: A Second Best Peacekeeping Option?", *International Peacekeeping*, No. 4, 2005.

- Calazans E., *Private Military and Security Companies: The Implications Under International Law of Doing Business in War*, Cambridge Scholars Publishing, 2016.
- Chesterman S., Lehnardt C., eds., *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press, 2007.
- Cimini T., "The Invisible Army: Explaining Private Military and Security Companies", *E-International Relations*, Aug 2, 2018, 5, www.e-ir.info/pdf/74927, 14.10.2020.
- Crowe J., John A., "The Status of Private Military Security Companies in United Nations Peacekeeping Operations Under the International Law of Armed Conflict", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 18, 2017.
- Dunigan M., *Victory for Hire: Private Security Companies' Impact on Military Effectiveness*, Stanford University Press, 2011.
- Genser J., Garvie C., "Contracting for Stability: The Potential Use of Private Military Contractors as a United Nations Rapid-Reaction Force", *Chicago Journal of International Law*, No. 2, 2016.
- Güneş B., "Mercenaries, Private Military/Security Companies and Modern States", *Akademik Orta Doğu*, No. 1, 2017.
- Isenberg D. *Shadow Force: Private Security Contractors in Iraq*, Greenwood Publishing Group, 2009.
- Janaby M. Ghazi, "The Legal Status of Employees of Private Military / Security Companies Participating in U.N. Peacekeeping Operations", *Northwestern Journal of International Human Rights*, No. 1, 2015.
- Jäger T., Kümmel G., eds., *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2007.
- Kidane W., "The Status of Private Military Contractors Under International Humanitarian Law", *Denver Journal of International Law and Policy*, No. 3, 2010.
- Kinsey C., *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*, Routledge, 2006.
- Krivokapić B., *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd 2011.
- Krivokapić B., "Multinacionalne (transnacionalne) kompanije kao subjekti međunarodnog javnog prava", *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*, br. 7, 2017.
- Krivokapić B., *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, Beograd, 2017.
- Major M.-F., "Mercenaries and International Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol , 22, 1992.
- Mancini M., "Private Military and Security Company Employees: Are they the Mercenaries of the Twenty-Firts Century?", *EUI Working Paper AEL 2010/5*, European University Institute, 2010.

- Mercenarism and Private Military and Security Companies, 2018, www.ohchr.org/Documents/Issues/Mercenaries/WG/MercenarismandPrivateMilitarySecurityCompanies.pdf, 14.10.2020.
- Østensen Å. G., “In the Business of Peace: The Political Influence of Private Military and Security Companies on UN Peacekeeping”, *International Peacekeeping*, No. 1, 2013.
- Patterson M., “A Corporate Alternative to United Nations *ad hoc* Military Deployments”, *Journal of Conflict and Security Law*, No. 2, 2008.
- Pingeot L., *Dangerous Partnership: Private Military & Security Companies and the UN*, Rosa Luxemburg Foundation & Global Policy Forum, 2012.
- Tabarrok A. “The Rise, Fall, and Rise Again of Privateers”, *Independent Review*, No. 4, 2007.
- Schaub G. Jr., Kelty R. eds., *Private Military and Security Contractors: Controlling the Corporate Warrior*, Rowman & Littlefield, 2016.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 14.10.2020.

Prihvaćen: 30.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MEĐUNARODNOPRAVNI TOKOVI SECESIJE DRŽAVA

Prema istorijskom razvoju međunarodnih odnosa, secesija država predstavlja samo "puku činjenicu", "političku stvar" ili jedno "pred-pravno stanje" koje je neretko uzrokovalo podrhtavanje i nestabilnost međunarodnog pravnog poretka. Kad se to stanje vremenom ustali i konsoliduje, to jest, kad postane de facto efektivno, primenjivala bi se važeća pravila i principi međunarodnog prava. Uobičajeno se u takvim situacijama vršila legitimizacija secesije kroz međunarodno priznanje novih država i verifikaciju kontinuiteta međunarodnog subjektiviteta država prethodnica. U pomenutom smislu, međunarodno pravo imalo je sasvim ograničena dejstva u pogledu posledica secesionih promena koje su kroz njegovu kodifikaciju i progresivni razvoj regulisane pravilima o sukcesiji država. Međutim, sam nastanak novih država putem secesije ostao je i dalje pravno nedefinisan, što po sebi predstavlja veliki problem za međunarodnu zajednicu čiji su kriterijumi državnosti utemeljeni na principu legaliteta (ex injuria ius non oritur). Polazeći od činjenice da se secesija javlja s vremena na vreme u različitoj konstelaciji međunarodnih odnosa, njena egzistencija pretpostavlja utvrđivanje određenih normativnih okvira. Striktnim tumačenjem pozitivnog međunarodnog prava može se zaključiti da u njemu ne postoje norme kojim bi se ovaj fenomen regulisao na eksplicitan način. Međutim, ekstenzivnim tumačenjem i evolucionističkom i teleološkom interpretacijom njegovih pravila i principa mogao bi se izvesti i zaključak da je secesija regulisana međunarodnim pravom, doduše na jedan posredan način kroz kodifikaciju i progresivni razvoj prava na samoopredeljenje.

Ključne reči: secesija, pravo na samoopredeljenje, suverenitet, teritorijalni integritet, nezavisnost, međunarodno pravo

Dr Duško Dimitrijević, naučni savetnik Instituta za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, e-mail: dimitrijevicd@diplomacy.bg.ac.rs.

ISTORIJSKI RAZVITAK SECESIJE

Generički pojam secesije upućuje na njeno lingvističko poreklo koje vuče korene iz latinske reči *secession* čije značenje potiče od glagola “odlaziti”, “odvojiti” i “povlačiti”, u kontekstu napuštanja određenog prostora.¹ Etimološki smisao ovog pojma upućuje dalje na pravno-istorijsko značenje reči secesija koje proizilazi iz ustanove praktikovane u starom Rimu u periodu od 5. do 3. veka p.n.e. U ovom periodu naime, plebejci kao pripadnici niže društvene klase uobičajali su da se iz revolta prema rimskoj vlasti povuku iz grada Rima. Pomenutom praksom, oni su pokušavali da se izbore za ostvarivanje svojih osnovnih političkih i građanskih prava.² Prema istorijskim predanjima iz 494. godine p.n.e., plebejci su napustili Rim nastanivši se na obližnjoj Svetoj gori (*Mons Sacer*), u nameri da oforme sopstvenu državu. Ovaj pokušaj secesije u pravnoj hrestomatiji poznat je kao “prva plebejska secesija” (*prima secessio plebis*).³ Pokušaj secesije, međutim, nije doneo neke veće koristi plebejcima zbog činjenice da Rim nije dopuštao podređenost drugoj vlasti (*majestas populi romani*), čime je dobijanje političkih i građanskih prava bilo moguće ostvariti isključivo kroz obezbeđenje zakonskih jemstava na koja bi patriciji kao pripadnici više klase pristali (*suis legibus uti*). U tom smislu su i neka od osnovnih prava plebejaca uneta u čuveni Zakon dvanaest tablica iz 449. godine p.n.e., na čijim osnovama je utemeljeno rimsko privatno pravo (*ius civile*), koje je zajedno sa rimskim “pravom među narodima”, (*ius gentium*), poslužilo za izgradnju najznačajnijih pravnih ustanova.⁴ Iako se time vlast Rima znatno uvećavala, državno jedinstvo zbog mnogobrojnih unutrašnjih protivurečnosti nije moglo opstati. Rimski imperija propala je krajem 5. veka n.e., a na njeno mesto došao je novi poredak koji je u istoriji poznat kao feudalizam sa kojim je otpočeo Srednji vek.

U Srednjem veku, sva državna vlast bila je rukama vladara, ali ne u apsolutnom smislu te reči (*plenitudo potestatis*), već kroz feudalnu hijerarhiju koja

¹ Glen Anderson, “Secession in International Law and Relations: What are We Talking About?”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Tom 35, br. 1, 2013, 345.

² Flavio Konti, *Stari Rim*, Beograd: Mono i Manjana, 2007, 103.

³ Max Cary, Howard H. Scullard, *A History of Rome: Down to the Reign of Constantine*, London: Palgrave Macmillan, 1975, 66, etc; Plebejci su napustili Rim zbog represije Apija Klaudija Inregilskog Sabinskog. Sa Svete gore ih je navodno vratio Menenije Agripa koji im je ispričao priču o organima jednog tela koji su se pobunili protiv želuca, priču koja je postala prototip kasnije organske teorije o državi. V. Evgenije V. Spektorski, *Istorija socijalne filozofije*, Službeni list, Beograd i CID, Podgorica, 1997, 80.

⁴ Coleman Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, Macmillan and Co., Tom I, London, 1911, 113, i dalje.

je zahtevala poštovanje božijih i prirodnih zakona (*ius divina et naturalis*). Pošto je teritorija bila glavni objekt te vlasti, sve teritorijalne promene opravdavale su se vladarevim vrhovnim zapovestima.⁵ Naime, onaj koji je vladao, taj je posedovao i patrimonijalna prava koja su objedinjavala pravo raspolaganja teritorijom kao sopstvenom privatnom svojinom (*dominium*), kao i pravo zapovedanja nad stanovništvom (*imperium*), koje je smatrano teritorijalnim pripatcima (*glæbe adscriptus*).⁶ Ovakvo shvatanje, nije imalo nekog većeg udela u nastanku secesije budući da su svi socijalni procesi, uključujući i teritorijalne promene, bili u funkciji očuvanja vladarevog legitimiteta. Međutim, kad su srednjovekovne stege počele da popuštaju i kada je proklamovana pravna jednakost i integritet država Vestfalskim mirom iz 1648. godine, privatnopravno shvatanje države zamenjeno javnopravnim. Taj značajni društveni zaokret koji je bio upotpunjen buržoaskim revolucijama iz 17. veka, doveo je do ograničavanja legitimiteta autokratske vlasti pozitivitetom narodnih prava.⁷

Nastupanjem Novog veka, tačnije ere kapitalizma, istaknuta je vizija demokratskog društva u čijoj osnovi su bile utkane ideje političkog liberalizma i narodnog suvereniteta. Ova vizija ispoljena kroz načelo narodnosti uzrokovala je definitivan "razlaz" sa državnim apsolutizmom. Široko isprepletane, ali ne i dovoljno produbljene, socijalne veze karakteristične za feudalni period razvoja međunarodnih odnosa, srušene su snaženjem unutrašnje i spoljne državne vlasti čiji je autoritet u novim okolnostima proizašao iz suverene volje naroda. Od Huga Grocijusa (*Hugo Grotius*) i Baruha de Spinoze (*Baruch de Spinoza*) u Holandiji, Tomasa Hobsa (*Thomas Hobbes*) i Džona Loka (*John Lock*) u Engleskoj, te Žan Žak Rusoa (*Jean Jacques Rousseau*) i Šarla Monteskjea (*Charles Montesquieu*) u Francuskoj, postulat "društvenog ugovora" postaje sve više ideološka podloga države. Formalno proklamovana nezavisnost, jednakost i ravnopravnost naroda u američkoj Deklaraciji o nezavisnosti iz 1776. godine i francuskoj Deklaraciji o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine, dovela je do promene legalne pozicije naroda u 18. veku. Konceptu državnog suvereniteta pridodat je jedan novi, metafizički činilac po kojem suverenitet postaje svojstvo jedinstvene narodne vlasti čiji sadržaj uključuje samostalnost u odlučivanju, suprematiju u odnosu na bilo koju drugu vlast i neograničenost u pogledu donošenja i primene prava.

Državni preobražaj koji je nadošao sa revolucionarnim promenama, uticao je na nastanak doktrine o narodnoj suverenosti čija je primena u međunarodnoj

⁵ E. A. Kosminski, *Istorija Srednjeg veka*, Prosveta, Beograd, 1946, 20.

⁶ Lassa Oppenheim, *International Law*, David McKay Co., Tom I, London, 1948, 497, i dalje.

⁷ Radomir Lukić, *Istorija političkih i pravnih teorija*, Naučna knjiga, Beograd, 1973, 336.

praksi i pored načelnog zalaganja za zabranu nasilnog mešanja u unutrašnje stvari drugih država, dovela do mnogobrojnih teritorijalnih promena. Te promene, u Evropi su manifestovane, između ostalog, i kroz secesiju Belgije od Nizozemske 1830. godine, potom kroz istorijski značajan pokušaj otepljenja sedam katoličkih kantona tzv. *Sonderbunda* od konfederacije Švajcarske 1847. godine i kroz secesiju Norveške od Švedske 1905. godine.

Uporedo sa ovim procesima, tekao je i proces objedinjavanja teritorija na kojima su živele iste narodnosne grupe kroz svojevrstni "narodni plebiscit" koji je bio prethodnica prava naroda na samoopredeljenje.⁸ U isto vreme na američkom kontinentu, odvijali su se značajni politički procesi. Secesija je tamo imala potpuno drugo značenje u odnosu na ono u Evropi. Njeno značenje pokrivalo je sve "jednokratne čini dekolonizacije" britanskih, španskih i portugalskih prekomorskih kolonija. "Prva dekolonizacija" izvedena je tako u Severnoj Americi od strane trinaest britanskih kolonija koje su nakon pobune, proglasile nezavisnost od Velike Britanije Deklaracijom od 4. jula 1776. godine.⁹ U Srednjoj i Južnoj Americi, bivša španska i portugalska kolonijalna područja sukcesivno su proglašavala nezavisnost od metropola zaključno sa 1826. godinom (s izuzetkom Portorika i Kube).¹⁰ S obzirom da je nakon izvedene dekolonizacije za nove američke države bila uspostavljena generalna zabrana daljeg cepanja teritorije, u kasnijoj fazi razvoja njihove državnosti odbacivani su zahtevi za jednostranom secesijom.

Primera radi, u Sjedinjenim Američkim Državama zbog preovladavajućeg federalističkog koncepta o uređenju državne vlasti odbačeni su zahtevi Južne Karoline, Misisipija, Floride, Alabame, Džordžije, Luizijane, Teksasa, Virdžinije, Arkanzasa, Severne Karoline i Tenesija za secesijom, što je dovelo do iscrpljujućeg građanskog rata koji je trajao od 1861. do 1865. godine. S druge strane, u novim nezavisnim državama Srednje i Južne Amerike uporedo sa priznavanjem admini-

⁸ Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2014, 597.

⁹ S obzirom da ovaj čin nije bio odmah priznat, vođene su borbe za nezavisnost sve do 1783. godine, kada je Velika Britanija ugovorom zaključenim u Versaju priznala novouspostavljenu konfederaciju svojih bivših kolonija. V. Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi, elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, IRO Svetozar Marković, Beograd, 1984, 68.

¹⁰ Portoriko je dobio autonomiju od španske krune 1897. godine. Kuba je pre rata između Španije i Sjedinjenih Država 1898. godine, vodila rat za oslobođenje od španske kolonijalne vlasti. Nakon vojne intervencije Sjedinjenih Država protiv Španije, Portoriko i Kuba ustupljeni su SAD. Kuba je stekla nezavisnost 1902. godine. V. Javier Malagón Barceló, *Las Actas de independencia de América*, Organización de los Estados Americanos, Washington, 1973, 1–160; Benjamin R. Beede, *The War of 1898, and U.S. Interventions, 1898–1934: An Encyclopedia*, Taylor & Francis, Abingdon, 1994, 751.

strativnih granica za države u skladu sa načelom *uti possidetis*, bila je isključena mogućnost naknadnih secesija.¹¹

Sa promocijom romantičarskih ideja italijanskog Rizorđimenta (*Risorgimento*) i revolucionarnim promenama započetim 1848. godine, narodi su “prerasli” u nacije, a nacije su dobile slobodu da same sobom upravljaju.¹² To je bio povod da se započne sa ustanovljavanjem nacionalnih država u kojima su nacije samostalno određivale svoj politički status. Nacionalna homogenizacija i ujedinjenje bili su garancija za jaku i delotvornu državu. Na međunarodnom planu države su počele da utvrđuju spoljne granice svog pravnog poretka prema granicama pružanja nacije, a u skladu sa buržoaskim načelom, “čija je teritorija, toga je i nacija” (*cujus regio, ejus natione*). Proces je doveo do umnožavanja nacionalnih država, ali i do proširivanja kolonijalnih poseda imperijalnih sila. Filozofsku podlogu pomenutim kretanjima pružili su Fihte (*Johann Gottlieb Fichte*), Savinji (*Friedrich Karl von Savigny*) i Hegel (*Georg Fridrich Wilhelm Hegel*), dok su na pravnoj ravni prednjačile “lučonoše” nemačke istorijske škole državnog prava – Jering (*Rudolf von Ihering*), Laband (*Paul Laband*) i Jelinek (*Georg Jellinek*).

U izmenjenim međunarodnim uslovima nastalim s početka 20. veka, rast nacionalističkih ideologija uokviren monističkim pravnim pristupima, doveo je do širenja secesionističkih pokreta čije su aktivnosti kulminirale raspadom tri velike multinacionalne imperije (Astrougarske monarhije, Ruskog i Otomanskog carstva). Ovaj tok bio je potaknut idejom o ostvarivanju “prava naroda na samoopredeljenje do otcepljenja”, za koju se smatralo da predstavlja merodavno načelo za ostvarivanje korenitih socijalnih promena i emancipaciju kolonijalnih područja.¹³ Istovremeno, kao vodeće političko načelo, pravo na samoopredeljenje

¹¹ Princip je proklamovan u formi *uti possidetis juris* u Ugovoru o Konfederaciji iz 1847. godine, između Čilea, Nove Grenade, Ekvadora, Perua i Bolivije, a potom i u deklaraciji nacionalnog Kongresa u Limi 1848. godine, i to kao *uti possidetis 1810.* i *uti possidetis 1821.*, gde su pomenuti datumi označavali datume sticanja nezavisnosti država u Južnoj i Srednjoj Americi. U konstitucionalnim aktima Ekvadora, Kolumbije, Venecuele, Kostarike, Meksika, Perua, i drugih latinoameričkih država uneta je eksplicitno odredba da granice između novih nezavisnih država prate linije razgraničenja bivših administrativnih celina španske krune. Principu *uti possidetis juris* suprotstavio se Brazil koji je do 1822. godine, bio pod kolonijalnom vlašću Portugala. Sticanjem nezavisnosti, Brazil je koncipirao sopstvenu verziju principa o nepromenljivosti granica koja se zasnivala na fizičkoj okupaciji teritorije u momentu sticanja nezavisnosti (*uti possidetis de facto*). V. Duško Dimitrijević, *Državne granice nakon sukcesije SFR Jugoslavije*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2012, 28–30; Gaël Abline, *Sur un principe général du droit international: l’uti possidetis*, Université d’Angers, Angers, 2006, 8, etc.

¹² Pietro de Nardi, *Giuseppe Mazzini, la vita, gli scritti*, Forgotten Books, London, 2018, 1, etc.

¹³ Među prvima koji je sugerisao da se pravo na samoopredeljenje uspostavi kao opšte međunarodno pravno načelo za ostvarivanje socijalističke revolucije i procesa dekolonizacije bio je

trebalo je da posluži za utvrđivanje granica novih nezavisnih država. Zbog nepostojanja jasnih kriterijuma primene i ekstremnih posledica koje bi ovo načelo moglo da prouzrokuje u međunarodnoj praksi, pre svega u odnosu na mogućnost ostvarivanja prava na samoopredeljenje različitih manjinskih grupa, načelo nije bilo međunarodnopravno sankcionisano u Paktu Društva naroda.¹⁴ Time nije ni bilo moguće da dođe do suštinskih promena i do reorganizacije međunarodnog poretka nakon završetka Prvog svetskog rata. Izvesne promene ipak su nadošle, ali prevashodno zahvaljujući volji i popuštanju velikih sila.¹⁵ Naime, velike sile i države pobednice u Velikom ratu, dopustile su uspostavljanje posebnog sistema uprave nad kolonijalnim područjima pobedenih država u okviru mandatnog sistema Društva naroda.¹⁶ Pomenuti sistem uspostavljen u zavisnosti od stepena razvitka stanovništva, geografske pozicije područja i drugih okolnosti, potra-

Vladimir Ilić Lenjin. S druge strane, u programu "Nove diplomatije" izloženom u 14. tačka 8. januara 1918. godine, predsednik Vudro Vilson, ograničio je primenu samoopredeljenja na razvijene narode. Kolonijalni narodi prema njegovom mišljenju, ne mogu imati pravo na samoopredeljenje koje bi imalo prvenstvo nad stečenim pravima kolonijalnih sila. U cilju postizanja "trajnog mira", Vilson je insistirao na primeni načela samoopredeljenja prilikom posleratnog prekomponovanja Evrope. V. David Raič, *Statehood and the Law of Self-Determination*, Kluwer Law International, Hague/London/New York, 2002, 177–196; Michla Pomerance, "Self-Determination", *Law and Practice: The New Doctrine in the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague/Boston/London, 1982, 1–7; Antonio Kaseze, *Samoopredeljenje naroda*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, 33–40.

¹⁴ Milan Bulajić, *Pravo naroda na samoopredeljenje u Društvu naroda i Ujedinjenim nacijama (1917–1962)*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1963, 30–34. Povodom pokušaja otcpljenja Alandskih ostrva od Finske nakon Prvog svetskog rata, Komisija izvestilaca imenovana od Saveta Društva naroda, u izveštaju od 16. aprila 1921. godine, konstatovala je da bi: "Odobranje prava na secesiju jezičkim, verskim ili bilo kojim drugim manjinama od zajednice kojoj pripadaju zato što one to žele, predstavljalo razaranje poretka i stabilnosti države i uvođenje anarhije u međunarodni život". S druge strane: "Odvajanje neke manjine od države čiji je deo i njena inkorporacija u drugu državu moglo bi se smatrati potpuno izuzetnim rešenjem i krajnjim sredstvom kad državi nedostaje volje ili moći da usvaja i primenjuje pravedne i efektivne garancije". V. *The Aaland Islands Question*, Report Presented to the Council of the League of Nations by the Commission of Rapporteurs, League of Nations Council, Doc. B.7 21/68/106, 16 April 1921, 28, etc.

¹⁵ Na primer, u pogledu izmene položaja strateški važnih kolonija kojima je upravljala Velika Britanija, a kojima je dodeljen status dominiona poput Kanade, Australije, Novog Zelanda, Južne Afrike i Slobodne Države Irske. Nakon što je u britanskom parlamentu u decembru 1931. godine, usvojen Vestminsterski statut, kojim su dominioni postali i zakonodavno nezavisni entiteti, Slobodna Država Irska posredno je stekla "pravo na secesiju", s kojim će nešto kasnije ostvariti i punu državnu nezavisnost. V. Ivor Jennings, *Constitutional Laws of the Commonwealth*, Clarendon Press, Tom 1, Oxford, 1957, 7, etc.

¹⁶ Sistem kolonijalnih mandata Društva naroda uspostavio je tri kategorije mandatnih područja. Prvu grupu mandata (A) predstavljale su zemlje sa izvesnom autonomijom i nezavisnošću. Drugu grupu (B) činila su područja koja nisu imala nezavisnu političku organizaciju, ali je postojala izvesna upravna sloboda, sloboda veroispovesti i savesti. Treću grupu (C) činile su oblasti za koje se

jalo je sve do izbijanja Drugog svetskog rata u kojem je, zahvaljujući fašističkoj ideologiji koja je u krajnjoj liniji počivala na hegemonističkoj politici i rasističkom tumačenju nacionalnih prava (*Völkisher Staat*), došlo do diskreditacije načela samoopredeljenja, pa time, i do rasturanja međunarodnog pravnog poretka.¹⁷ U nastojanju da se ovaj poredak obnovi i restaurira, države članice antifašističke koalicije su još tokom ratnih dešavanja 1941. godine, usvojile čuvenu Atlantsku povelju, a naredne godine i Deklaraciju Ujedinjenih nacija kojim su priznale pravo naroda na samoopredeljenje.

Završetkom Drugog svetskog rata, ustanovljen je novi svetski poredak u čijem fokusu su bile Ujedinjene nacije. Ova univerzalna međunarodna organizacija imala je zadatak da radi na očuvanju svetskog mira. Ispunjavanje ovog zadatka obuhvatalo je, između ostalog, i rešavanje najznačajnijih globalnih problema uključujući i sprovođenja procesa dekolonizacije. Dekolonizacija je proizašla ne samo iz nelegitimnosti prethodne kolonijalne vladavine zasnovane na potčinjavanju, dominaciji i eksploataciji, već i iz nedosledne primene mandatnog sistema Društva naroda. Kroz dekolonizaciju je afirmisano pravo na samoopredeljenje koje je proklamovano u Povelji Ujedinjenih nacija kao jedan od osnovnih ciljeva i principa na kojima treba da počiva međunarodni poredak. Ostvarivanje ovog prava koje je uključivalo i pravo kolonijalnih naroda da slobodno odlučuju o svom političkom statusu i o ekonomskom, socijalnom i kulturnom razvoju, bilo je zagantovano u više pravnih akata donetih pod okriljem Ujedinjenih nacija (na primer, u Deklaraciji o davanju nezavisnosti kolonijalnim zemljama i narodima usvojenom 1960. godine, u Paktovima o ljudskom pravima iz 1966. godine, u Deklaraciji o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u saglasnosti sa Poveljom Ujedinjenih nacija usvojenom 1970. godine, itd.).

Oslanjajući se na rešenja sadržana u Glavama XI i XII Povelje koja se odnose na nesamoupravna i starateljska područja, Ujedinjene nacije su predano radije na ukidanju svih oblika kolonijalizma.¹⁸ Tako su u odnosu na 74 nesamoupravna područja, Ujedinjene nacije nadzirale pružanje pomoći država administratorki

smatralo da čine deo mandatarove teritorije. V. Luj Le Fir, *Međunarodno javno pravo*, Geca Kon, Beograd, 1934, 122–123.

¹⁷ Jedini slučaj koji je predstavljao izuzetak od uobičajene prakse nasilnog cepanja i okupacije državne teritorije u ovom periodu, predstavljala mirna secesija Islanda od unije sa Danskom 1944. godine. V. Gunnar Karlsson, *The History of Iceland*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2000, 321, etc.

¹⁸ Duško Dimitrijević, *Međunarodnopravno regulisanje teritorije država*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2008, 107–114.

u političkom, privrednom, socijalnom i vaspitnom napretku kolonijalnog stanovništva i u postupnom razvijanju njihovih političkih ustanova.¹⁹

S obzirom da je status nesamoupravnih područja bio međusobno različit i da se kretao od većeg stepena samouprave, pa sve do polusamostalnih i zavisnih teritorija, administracija se sprovodila sa različitim intenzitetom i u različitim modalitetima.²⁰ Na osnovu slobodno izražene volje oličene u pravu na samoopredeljenje, nesamoupravne teritorije postepeno su dobijale samoupravu slobodnom asocijacijom i integracijom sa već nezavisnim državama ili sticanjem potpune nezavisnosti kroz različite oblike političke borbe (od nasilnih pobuna, vođenja oslobodilačkih ratova i revolucija, do organizovanja plebiscita).²¹ S druge strane, u odnosu na dekolonizaciju 11 starateljskih područja, koja su obuhvatala bivše kolonijalne mandate, teritorije oduzete od neprijateljskih sila nakon Drugog svetskog rata i teritorije dobrovoljno podvrgnute starateljstvu Ujedinjenih nacija, nadzirale su ne samo pružanje pomoći u političkom, privrednom, socijalnom i vaspitnom razvoju stanovništva, već i u sticanju većeg obima samouprave i neza-

¹⁹ U funkcionalnom smislu, države članice Ujedinjenih nacija obavezale su se da Generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija redovno dostavljaju izveštaje, kao i statističke i druge podatke tehničke prirode koji se tiču privrednih, društvenih i prosvetnih prilika nesamoupravnih teritorija. Rezolucijom 1541 od 15. decembra 1960. godine, Generalna skupština je utvrdila načela prema kojima se imaju rukovoditi države administratorke prilikom dostavljanja izveštaja u skladu sa članom 73(e) Povelje. V. "United Nations General Assembly Resolution 1541 (XV)", 15 December 1960, A/RES/1541(XV).

²⁰ Komitet za dekolonizaciju uspostavljen radi izvršavanja ciljeva zadatih u Deklaraciji o davanju nezavisnosti kolonijalnim zemljama i narodima, danas prati dekolonizaciju 17 nesamoupravnih teritorija – Zapadne Sahare, Angvila, Bermuda, Britanskih Devičanskih, Kajmanskih i Foklandskih ostrva (Malvina), Monserata, Svete Jelene, Terksa i Kejkosa, Američkih Devičanskih ostrva, Gibraltara, Američke Samoe, Francuske Polinezije, Guama, Nove Kaledonije, Pitkerna i Tokelaua. V. *Working Papers on Non-Self-Governing Territories*, New York, United Nations Secretariat, 2018, www.un.org/dppa/decolonization/nsqt, 31.05.2020.

²¹ Nesamopuravna područja poput Alžira vodila su oslobodilačku borbu za nezavisnost. Druga su se opredelila za plebiscitarno izjašnjenje o nezavisnosti pod pokroviteljstvom Ujedinjenih nacija (na primer, u Britanskom Togolendu 1956. godine, u Francuskom Togolendu 1958. godine, u Severnom Kamerunu 1959. godine, u Južnom Kamerunu i u Ruandi-Urundiju 1961. godine, u Zapadnoj Samoi 1962. godine, na Kukovim ostrvima 1965. godine, u Ekvatorijalnoj Gvineji 1968. godine, u Papui Novoj Gvineji 1972. godine, na Elisu-Tuvalu 1974. godine, na Marijanskim ostrvima 1975. godine, na Komorskim ostrvima 1976. godine, itd.). Određena nesamoupravna područja bila su podeljena na osnovu odluke Ujedinjenih nacija (na primer, Ruanda i Burundi dobile su saglasnost Generalne skupštine da se odvoje u dve nezavisne države). Neke teritorije plebiscitarno su se opredelile za udruživanje sa drugim državama (na primer, Severni Kamerun sa Nigerijom, Južni Kamerun sa Kamerunom, itd.), dok su druge izrazile želju da ostanu u nekoj vezi sa administratoricama u formi "slobodne asocijacije", kao Niue sa Novim Zelandom ili u formi "slobodno pridružene države", kao Portoriko sa Sjedinjenim Američkim Državama.

visnosti.²² Starateljski sistem Ujedinjenih nacija u međuvremenu je okončan sticanjem nezavisnosti teritorija pod starateljstvom ili pripajanjem ovih područja nezavisnim državama.²³

Konačno, iako se smatra da je dekolonizacija predstavljala prekid pravnih veza između nove nezavisne države i države administratorke, ovaj prekid išao je uporedo sa devolucijom vlasti sa države prethodnice na novu nezavisnu državu.²⁴ Ovim pristupom dekolonizacija nije uspjela da u potpunosti reši problem samoopredeljenja različitih "naroda" unutar novostvorenih država. Tim pre, jer nije postojao precizan kriterijum prema kojem bi različite društvene grupe bile identifikovane za "narode" vlasne da vrše i ostvaruju sopstveno "pravo na secesiju", a potom i što se pravo na samoopredeljenje naroda ostvarivalo unutar nasleđenih granica kolonijalnih poseda.²⁵ Ova nekoherentnost proklamovanog prava na sa-

²² Povelja Ujedinjenih nacija je, u tom smislu, propisala posebnu odgovornost Starateljskog saveta, kao specijalnog organa nadležnog za sva starateljska područja izuzev strategijskih koja su ostala u nadležnosti Saveta bezbednosti. Starateljski savet imao je mogućnost da razmatra izveštaje, da prima i ispituje peticije i da sastavlja upitnike o napretku stanovništva teritorije pod starateljstvom, kao i da obavlja druge funkcije u skladu sa odredbama ugovora o starateljstvu koje su zaključivale države starateljice i Ujedinjene nacije.

²³ Do 1980. godine, deset nesamoupravnih teritorija steklo je veću ili manju samoupravu nakon izvršenog plebiscita (na primer, Togo 1958. godine, Kamerun 1960. godine, Tanganjika 1961. godine, Ruanda, Burundi i Samoa 1962. godine, Nauru 1968. godine i Papua Nova Gvineja 1975. godine). U narednim godinama, starateljstvo je okončano nad Namibijom (1990), Maršalskim ostrvima i Federacijom država Mikronezije (1990), kao i nad pacifičkim ostrvom Palau (1994). Valja se podsetiti slučaja Jugozapadne Afrike čiji je mandate u okviru Društva naroda predat Velikoj Britaniji 1920. godine, a u čije ime je administraciju vršila Južnoafrička Unija sve do 1946. godine, kada je odbila stavljanje ovog područja pod starateljstvo Ujedinjenih nacija. Ujedinjene nacije okončale su 1966. godine, mandat nad ovim područjem, ali je Južnoafrička Republika i dalje održavala ilegalno stanje sprovodeći rasnu diskriminaciju. U savetodavnom mišljenju Međunarodnog suda pravde od 21. juna 1971. godine, konstatovano je da prisustvo Južne Afrike u Namibiji predstavlja nezakonit čin i da je potrebno da Južna Afrika odmah napusti to područje. Nakon toga Ujedinjene nacije su ulagale velike napore da dovedu do mirnog rešenja spora. Nezavisnost Namibije usledila je tek 1990. godine, nakon ostvarenja mirovne operacije UN. V. "Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)", Advisory Opinion, *International Court of Justice Reports*, 1971.

²⁴ Milan Bartoš, "Sukcesija država u stadijumu dekolonizacije", *Međunarodna politika*, br. 444, Beograd, 1968, 19–21.

²⁵ Ser Ajvor Dženings (Ivor Jennings), pronicljivo je primetio da narodi ne mogu dosledno odlučivati o samoopredeljenju, dok neko drugi odlučuje ko sve predstavlja narod. V. Ivor Jennings, *The Approach to Self-Government*, University Press, Cambridge, 1958, 25, i dalje. Pomenuta diskrapanca prati samoopredeljenja i nakon što je većinski sproveden proces dekolonizacije i što je pravo na samoopredeljenje "svih naroda" kodifikovano u međunarodnopravnim instrumentima. U tom smislu, professor Tomas Frank napominje da bi pravo na samoopredeljenje dobilo na legitimnosti,

moopredeljenje u vreme dekolonizacije, proizlazila je iz shvatanja da dekolonizacija predstavlja jednokratni čin kojim se ne dovodi u pitanje teritorijalni integritet dekolonizovanih poseda.²⁶ Očigledna neusaglašenost nasleđenih granica s etničkim, rasnim i religijskim i drugim osobenostima naroda koji žive na ovim područjima doveli su do rekurzivnih secesionih procesa u post-dekolonizacionom periodu (na primer, do pokušaja otcepljenja Katange od Konga 1960. godine, Bijafre od Nigerije 1967. godine i Zapadne Sahare od Španije 1976. godine, ili do uspešnih secesija Singapura od Federacije Malezije 1965. godine i Bangladeša od Pakistana 1971. godine).

U istorijskom kontekstu, opravdanja za ovakav pristup mogu se tražiti u odnosima snaga u međunarodnoj zajednici, to jest, u hladnoratovskim podelama između kapitalističkih i komunističkih zemalja koje generalno nisu imale pozitivan odnos prema secesionističkim težnjama neemancipovanih naroda. Uz postojeća ograničenja sistema kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija, jasno je zašto je ovakav pristup bio podređen očuvanju teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti novih nezavisnih država. Međutim, sa promenom međunarodnih okolnosti u post-hladnoratovskom periodu, izmenio se i odnos prema legitimnim zahtevima za secesijom. Ovi zahtevi bili su sve više potkrepljivani argumentacijom o teškim oblicima državne represije, sistemske diskriminacije ili kršenja fundamentalnih ljudskih prava i sloboda.

Na bazi prethodnih iskustava, moglo se pretpostaviti da će međunarodna zajednica prihvatiti mogućnost ostvarivanja secesije u ovakvim ekstremnim uslovima. Ovo tim pre, jer su ti uslovi predstavljali vidne manifestacije onemoćavanja ostvarivanja prava na unutrašnje samoopredeljenje koje treba da pruži slobodu izbora političkog statusa, oblika vladavine, ekonomskog, socijalnog i kulturnog razvoja i individualnog učešća u vršenju vlasti.²⁷ Kako je ovako ograničavanje prava na samoopredeljenje bilo samo po sebi problematično, tražila su se odgovarajuća rešenja kojim bi se kroz međunarodni nadzor sticanja nezavisnosti napravio balans između opravdanih zahteva za secesijom i zahteva za zaštitom teritorijalnog integriteta (na primer, u slučaju otcepljenja Eritreje od Etiopije 1993. godine, Istočnog Timora od Portugala 2002. godine, Južnog Sudana od Sudana 2011. godine, Bugenvila od Papue Nove Gvineje 2019. godine, itd.).

pravilo mora da načini ubedljivu razliku između naroda koji su ovlašćeni da vrše samoopredeljenje. V. Thomas Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, University Press, Oxford, 1990, 166.

²⁶ Jerg Fiš, *Pravo naroda na samoopredeljenje, obuzdavanje jedne iluzije*, Albatros plus, Beograd, 2013, 243.

²⁷ W. Michael Reisman, Mahnoush H. Arsanjani, Gayl S. Westerman, Siegfried Wiessner, *International Law in Contemporary Perspective*, Foundation Press, New York, 2004, 262, etc.

Pošto ova nastojanja nisu u svim slučajevima bila dosledna, došlo je do parcijalne primene postojećih međunarodnih pravila i načela koja su povezala realizaciju prava na samoopredeljenje sa pitanjem teritorijalnog razgraničenja novih država. Takav pristup imao je popriličan značaj za priznanja novih država nastalih sukcesivnim secesionim procesima na područjima bivših komunističkih federacija. Pomenuta praksa ukazala je na narastajuću "trihotomnu prirodu" prava na samoopredeljenje. Prvo, pozivanje na ovo pravo u Sovjetskom Savezu i Jugoslaviji, koje je bilo samo formalno proklamovano u unutrašnjem pravnom poretku, bez konkretnih uputstava i pravila o njegovom ostvarivanju, obilato je korišćeno u legitimizaciji uglavnom referendumskih procesa sticanja nezavisnosti federalnih jedinica.

Drugo, legalnost ostvarivanja prava na samoopredeljenje bila je irelevantna ne samo s unutrašnjeg, već i sa međunarodnopravnog aspekta, budući da su u oba slučaja fakticitet i princip efektiviteta igrali odlučujuću ulogu u postizanju nezavisnosti. I treće, prihvatanje stanja zatečenog nakon ostvarivanja ovog prava, bilo uslovljeno međunarodnim priznanjem koje je podrazumevalo implementaciju opštih demokratskih standarda u unutrašnji pravni poredak novih nezavisnih država.²⁸ Iz navedenog bi se moglo zaključiti da je realizacija prava na spoljno samoopredeljenje bila uslovljena ostvarenjem prava na unutrašnje samoopredeljenje, što je *per se*, predstavljalo pravi "kopernikanski obrt" u međunarodnoj praksi. To je dovelo do selektivnog pristupa u odnosu na posledice secesionih procesa koje su u cilju stabilizacije političke situacije nakon sticanja nezavisnosti bivših federalnih jedinica, ali i u skladu sa nastojanjima za postizanjem ujednačenih rešenja oko podele međunarodnih prava i obaveza država prethodnica, podvedene pod pravila međunarodnog prava o sukcesiji država za slučaj

²⁸ Smernicama o priznanju novih država u Istočnoj Evropi i Sovjetskom Savezu koje je usvojio Ministarski Savet Evropske zajednice 16. decembra 1991. godine, države naslednice SSSR-a u SFRJ bile su dužne, da pre rešavanja statusa u vodećim međunarodnim organizacijama prihvate međunarodne obaveze propisane u Povelji Ujedinjenih nacija, Helsinškom Finalnom aktu iz 1975. godine i Pariskoj Povelji iz 1990. godine, kao i obaveze u pogledu poštovanja demokratskih standarda, ljudskih i manjinskih prava iz nacrtu KEBS-a. Uz ove obaveze, bila je naglašena i dužnost prihvatanja standarda u pogledu razoružanja, poštovanja nepovredivosti granica i obaveza dogovornog rešavanja posledica sukcesije država. Priznanje novih država otud je postalo prejudicijelni politički akt međunarodne zajednice kojim se potvrđivala spremnost novih država za uključenjem u šire međunarodne odnose. V. "Declaration on the Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union", UN Security Council Document S/23293, 17 December 1991, Annex II (1992), *International Legal Materials*, Vol. 31, 1486, etc; Roland Rich, "Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union", *European Journal of International Law*, Tom 4, br. 1, 1993, 36-66.

državnog raspada ili disolucije.²⁹ Konačno, na taj način, transformisana je normativna hijerarhija međunarodnih normi, što je dovelo do globalne političke neravnoteže koja je za posledicu imala ne samo bujanje nacionalizma i netrpeljivosti, već i osvete i istorijskog revizionizma.³⁰

Za potpuniju percepciju secesije, nužno je dalje analizirati postojeće izvore međunarodnog prava. Kako se u njima ne nalaze norme kojima se ovaj fenomen reguliše na eksplicitan način, poslužićemo se evolucionističkom i teleološkom interpretacijom njegovih pravila kako bi došli do spoznaje da je secesija ipak uređena međunarodnim pravom, doduše, na jedan sporadičan način, kroz kodifikaciju i progresivni razvoj principa o pravu naroda na samoopredeljenje.

MEĐUNARODNOPRAVNI IZVORI

Polazeći od Povelje Ujedinjenih nacija kao temeljnog izvora opšteg međunarodnog prava, može se uočiti da je pravo na samoopredeljenje najpre potvrđeno u članu 1. tačka 2. u okviru Glave I koja se odnosi na ciljeve i načela Ujedinjenih nacija. Navedena odredba propisuje da je, “razvijanje prijateljskih odnosa među nacijama zasnovano na poštovanju načela ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda i preuzmanju drugih odgovarajućih mera radi učvršćenja opšteg mira”.³¹ Slično, ali donekle razrađeniije rešenje sadržano je i u članu 55. u okviru Glave IX Povelje koja se odnosi na međunarodnu ekonomsku i socijalnu saradnju, gde se naglašava značaj poštovanja načela ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda, “u cilju stvaranja uslova stabilnosti i blagostanja koji su neophodni za miroljubive i prijateljske odnose između nacija”.³² Tumačenjem navedenih odredbi proizilazi da Povelja ne precizira “pravo na samoopredeljenje”, niti pominje mogućnost ostvarivanja “prava na secesiju”.³³

²⁹ Duško Dimitrijević, *Međunarodno pravo sukcesije država: Sukcesija državne imovine s posebnim osvrtom na sukcesiju SFR Jugoslavije*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2007, 143–163, 326.

³⁰ Čarls V. Kegli, Judžin R. Vitkof, *Svetska politika, trend i transformacija*, CSES, Diplomatska akademija, Beograd, 2004, 204–205.

³¹ *Povelja Ujedinjenih nacija i Statut Međunarodnog suda*, prevod sa engleskog i francuskog jezika, Milan Šahović, Bogdan Babović, Informacioni cenatar Ujedinjenih nacija, Beograd, 1984, 7.

³² U tom smislu, Ujedinjene nacije treba da rade na unapređenju: a) povećanja životnog standarda, punog zaposlenja i uslova za ekonomski i socijalni napredak i razvoj; b) rešavanje međunarodnih ekonomskih, socijalnih, zdravstvenih i srodnih problema i međunarodne kulturne i prosvetne saradnje, i c) sveopšteg poštovanja i uvažavanja ljudskih prava kao i osnovnih sloboda za sve, bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru. V. *Ibidem*, 28–29.

³³ U pripremnim radovima na izradi Povelje Ujedinjenih nacija, rečeno je da je načelo samoopredeljenja uvek odgovaralo volji i želji naroda i da to treba jasno istaći u delu Povelje koji

S druge strane, Povelja predviđa da su načela ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda dva komplementarna dela jednog standarda ponašanja u kontekstu ostvarivanja ciljeva Ujedinjenih nacija koji se odnose ne samo na razvoj prijateljskih odnosa među nacijama, već i na održavanje i učvršćivanje međunarodnog mira i bezbednosti kao krajnjeg i najznačajnijeg cilja svetske organizacije.³⁴ S obzirom da su države članice prema članu 56. obavezne da preduzmu zajedničke i pojedinačne akcije u saradnji sa Ujedinjenim nacijama radi postizanja ciljeva iz člana 55. Povelje, primena načela ravnopravnosti i samoopredeljenja predstavlja uslov za političku stabilnost (koja u širem kontekstu obuhvata i mogućnost stvaranja novih država), kao i uslov za ostvarivanje ekonomskog, socijalnog i kulturnog blagostanja nužnog za održanje miroljubivih i prijateljskih odnosa u svetu.³⁵ Iako je navedena formulacija imala “manje-više” deklaratorni značaj, jer nije sadržala postupak za primenu, ostvarenje i sankcionisanje ovog načela, ne može se sporiti da je uticala na dalji razvoj njegovog pravnog sadržaja.³⁶ Naročito je to bilo izraženo u periodu dekolonizacije čija je realizacija predstavljala vršenje prava na samoopredeljenje bivših kolonijalnih naroda u skladu sa potrebama novih međunarodnih odnosa.³⁷

Prvi značajniji dokument tog doba jeste Deklaracija o davanju nezavisnosti kolonijalnim zemljama i narodima, koju je usvojila Generalna skupština

se odnosi na ciljeve, s tim da pravo naroda na samoopredeljenje kao jedno “pravilo ponašanja”, ne sadrži i pravo na secesiju. V. *Documents of the United Nations Conference on International Organizations*, San Francisco, Tom VI, 1945, 296.

³⁴ Na osnivačkoj Konferenciji u San Francisku, navedeno je da “načelo ravnopravnosti i načelo samoopredeljenja predstavljaju dva međusobno dopunjujuća dela iste norme”. Takođe je navedeno i da načela predstavljaju “jednu od mera za učvršćivanje opšteg mira”, a kao njihov značajan element navodi se “izražavanje slobodne narodne volje”. V. *Ibidem*, 324, 343, 396.

³⁵ Milan Šahović, *Putevi savremenog razvoja međunarodnog prava*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1969, 89.

³⁶ Aleksandar Magarašević, “Samoopredeljenje i međunarodno pravo”, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 3, 1955, 347–348; Milan Bartoš, “Prerastanje prava na samoopredeljenje iz političkog u pravni princip”, *Međunarodni problemi*, br. 2, 1953, 131.

³⁷ U diskusijama vođenim svojevremeno pred VI pravnim komitetom i u Specijalnom komitetu Generalne skupštine u vezi sa pitanjem kodifikacije i progresivnog razvoja načela međunarodnog prava koja se tiču prijateljskih odnosa i saradnje među državama saglasno Povelji, bila su izražena dva suprotstavljena stanovišta. Zapadne sile uglavnom su branile stanovište, da samoopredeljenje predstavlja pravno načelo iz razloga što se ne može sa preciznošću utvrditi kome samoopredeljenje pripada. S druge strane, nesvrstane i socijalističke zemlje jasno su isticale da je samoopredeljenje naroda pravo priznato međunarodnim pravom. V. Olga Šuković, “Princip ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda”, *Kodifikacija principa miroljubive i aktivne koegzistencije*, (ur. Milan Šahović), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1969, 312–314.

1960. godine.³⁸ Iako se u tački 2. Deklaracije garantuje pravo na samoopredeljenje “svim narodima”, tumačenjem sadržaja Deklaracije proizlazi da je reč o narodima koji se nalaze u bivšim kolonijalnim područjima, odnosno u područjima koja su bila pod mandatom Društva naroda između dva svetska rata, a koja su nakon Drugog svetskog rata podvrgnuta režimima nesamoupravnih i starateljskih teritorija unutar sistema Ujedinjenih nacija. U tom smislu, Deklaracija naglašava nužnost brzog i bezuslovnog okončanja kolonijalizma kroz sprovođenje odredaba sadržanih u Glavama XI, XII i XIII Povelje, s ciljem davanja nezavisnosti svim zavisnim teritorijama, bez pravljenja bilo kakve razlike.³⁹ Deklaracija odbija mogućnost podvrgavanja naroda novom stranom potčinjavanju, dominaciji i eksploataciji i odbacuje secesiju kao način ostvarivanja prava na samoopredeljenje. U tački 6. Deklaracije predviđena je antisecesiona klauzula prema kojoj je, “svaki pokušaj delimičnog ili potpunog razbijanja nacionalnog jedinstva i teritorijalne celovitosti nespojiv sa ciljevima i načelima Povelje Ujedinjenih nacija”.⁴⁰

Na pomenuti način, sprovođenje dekolonizacije i davanje nezavisnosti ranije zavisnim teritorijama i narodima povezano je sa ostvarivanjem prava na samoopredeljenje u okvirima međunarodnog pravnog načela o zaštiti teritorijalnog integriteta država. Naravno, ova teza bila je moguća zbog činjenice što su bivše kolonijalne zemlje bile pretežno fizički i geografski odeljene od metropola, te kulturno i etnički različite od država koje su njima upravljale u okviru sistema Ujedinjenih nacija. Sledstveno je i bilo moguće zaključiti da ova prekomorska područja više nisu predstavljala integralni deo teritorija država administratorke, što je konačno i ograničilo primenu prava na samoopredeljenje iz Deklaracije na slučajeve dekolonizacije (tzv. *doktrina o slanoj vodi*).⁴¹ Konačno, ne može se sporiti da Deklaracija podstiče autoritativni i interpretativni sjaj Povelje, pojačavajući i proširujući

³⁸ *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, UN General Assembly, 14 December 1960, A/RES/1514(XV).

³⁹ Hanna Bokor Szegő, “The International Legal Content of the Right of Self-Determination as Reflected by the Desintegration of the Colonial System”, *Questions of International Law*, Budapest, 1966, 7–41.

⁴⁰ Ivo Škrabalo, “Pravo naroda na samoodređenje i međunarodna zajednica”, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 1–2, 1976, 55.

⁴¹ Identitet i kontinuitet kolonijalnih sila nije dovođen u pitanje nakon dekolonizacije. Prema stavu koji je međunarodna zajednica neprestano sledila, bez obzira na rešenja usvojena u domaćim pravnim sistemima, “teritorija kolonije ili druga nesamoupravna teritorija ima prema Povelji, status odvojen i različit od teritorija države koja njima upravlja”, te se stoga ta područja i nisu mogla odvojiti od metropola ni u kojem obliku secesije. V. Audrey Jane Roy, *Sovereignty and Decolonization: Realizing Indigenous Self-Determination at the United Nations and in Canada*, University of Victoria, Victoria, 2001, 21.

rujući njen značaj u novim istorijskim okolnostima u kojim su Ujedinjene nacije težile stvaranju nove kulturno otvorene, reprezentativne i pluralističke svetske zajednice.⁴² U tom smislu, Deklaracija je predstavljala jednu važnu fazu u kodifikaciji i progresivnom razvoju prava na samoopredeljenje.⁴³

Usvajanjem Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima 1966. godine, kojima su prethodile mnogobrojne rezolucije Generalne skupštine, postepeno je uobličena i pravno obogaćena sadržina načela samoopredeljenja naroda.⁴⁴ U oba pomenuta ugovorna instrumenta, u članovima 1. stav 1. uneta je identična odredba kojom se potvrđuje da, "svi narodi imaju pravo na samoopredeljenje i da na osnovu tog prava oni slobodno određuju svoj politički status i slobodno teže svom ekonomskom, socijalnom i kulturnom razvoju". U stavu 2. istog člana dalje se utvrđuje pravo svih naroda da radi ostvarenja svojih ciljeva mogu slobodno raspolagati svojim prirodnim bogatstvima i izvorima bez ugrožavanja obaveza koje proizilaze iz međunarodne ekonomske saradnje. U stavu 3. člana 1. Paktovi još naglašavaju obavezu država ugovornica i država koje su odgovorne za upravljanje nesamoupravnim područjima i teritorijama pod starateljstvom da u okviru ostvarivanja dekolonizacije predviđene Poveljom, olakšaju ostvarivanje prava na samoopredeljenje. Iz navedenih odredaba proizlazi da su Paktovi razradili pravo na samoopredeljenje na način što su u dobroj meri precizirali njegov pravni sadržaj.

Prema usvojenoj forumaliciji, pravo na samoopredeljenje znači najpre pravo odlučivanja naroda o sopstvenom političkom statusu kojim bi trebalo da postigne svoj ekonomski, socijalni i kulturni razvoj. Kako ovaj razvoj nije moguće postići bez slobodnog raspolaganja prirodnim bogatstvima i izvorima, Paktovi garantuju i ostvarivanje ekonomskog samoopredeljenja koje ne može biti na

⁴² Edward McWhinney, *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, United Nations Audiovisual Library of International Law, New York, 2008, 1.

⁴³ Ostvarenju dekolonizacije doprineo je tzv. Komitet 24 čiji je ulogu, mandat i nadležnosti Generalna skupština proširivala u kontinuitetu. Dimitrije Pindić, "Dekolonizacija juga Afrike: slučajevi Namibije i Zimbabvea", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 1-3, 1979, 145-154; Miliwoje Zagajac, "Ujedinjene nacije i dekolonizacija", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 1-2, 1985, 53-80.

⁴⁴ *International Covenant on Civil and Political Rights*, UN General Assembly, 16 December 1966, United Nations Treaty Series, Tom 999, 171, etc; United Nations General Assembly Resolution 2200A (XXI), 16 December 1966; "International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", UN General Assembly, 16 December 1966, *United Nations Treaty Series*, Vol. 993, 3, United Nations General Assembly Resolution 2200A (XXI), 16 December 1966.

uštrb obaveza koje proizlaze iz međunarodne ekonomske saradnje.⁴⁵ Polazeći od stanovišta da su države ugovornice i države koje upravljaju nesamoupravnim područjima i teritorijama pod starateljstvom dužne da olakšaju ostvarivanje prava na samoopredeljenje kroz osposobljavanje naroda tih teritorija da se istim koriste, Paktovi naglašavaju značaj procesa dekolonizacije za uklanjanje svih oblika kolonijalizma, strane dominacije i eksploatacije. Iako Paktovi nisu eksplicitno potvrdili mogućnost ostvarivanja spoljnog vida prava na samoopredeljenje kao “prava na secesiju”, indirektno je potvrđeno pojmovno jedinstvo samoopredeljenja tako da formulacija, “slobodno određivanje političkog statusa nužno obuhvata i otcepljenje i to, pre svega, radi stvaranja sopstvene nezavisne države, ne isključujući i mogućnost slobodnog ujedinjavanja sa drugim državama”.⁴⁶ Ovo je važno naglasiti, jer prihvaćena formulacija prava na samoopredeljenje nije striktno vezana za period dekolonizacije, već ima i širi, po svoj prilici i “univerzalni” domašaj, budući da obuhvata kolektivna i individualna prava, odnosno prava koja vrše narodi (nacije) i pojedinci.⁴⁷ Sledstveno je jasno da Paktovi ističu značaj načela samoopredeljenja i njegovo postepeno prerastanje u pravilo opšteg međunarodnog prava.

Ispravnost pomenutog zapažanja moguće je uočiti u tekstu Deklaracije o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija koju je usvojila Generalna skupština 1970. godine.⁴⁸ Naime, u ovom verovatno najznačajnijem aktu po pitanju prava na samoopredeljenje, jednako se kao i u Povelji, potvrđuje načelo ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda. Tako u stavu 1. principa 5. Deklaracije, anticipira se ranije rešenje iz Paktova o ljudskim pravima da, “svi narodi imaju pravo da slobodno, bez spoljnog mešanja odrede svoj politički status i da teže svom ekonomskom, socijalnom i kulturnom razvoju”. Međutim, za razliku od Paktova, Deklaracija razrađuje određivanje političkog statusa kroz načine vršenja prava na spoljno samoopredeljenje *in concreto*. U odredbi stava 4. principa 5, predviđa se da naro-

⁴⁵ Priznanje prava na ekonomsko samoopredeljenje usledilo je donošenjem Povelje o ekonomskim pravima i dužnostima 1974. godine. V. “Charter of Economic Rights and Duties of States”, United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX), 12 December 1974.

⁴⁶ Đura Ninčić, *Problem suverenosti u Povelji i praksi Ujedinjenih nacija*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1967, 295.

⁴⁷ Komisija za prava čoveka Ujedinjenih nacija prilikom pripreme teksta Paktova o pravima čoveka, prihvatila je stanovište da je, “samoopredeljenje kolektivno pravo koje vrše pojedinci pripadnici kolektiviteta – naroda ili nacija”. V. Đ. Ninčić, op. cit., 302; M. Bulajić, op. cit., 133.

⁴⁸ “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations”, UN General Assembly, 24 October 1970, A/RES/2625(XXV).

di mogu odrediti svoj politički status kroz osnivanje suverenih i nezavisnih država, kroz slobodno udruživanje ili integraciju sa drugom nezavisnom državom ili kroz sticanje bilo kojeg drugog statusa koji bi bio slobodno određen. Određivanje političkog statusa prema Deklaraciji povlači obavezu država da unapređuju poštovanje i ostvarivanje prava na samoopredeljenje. Ova obaveza pretpostavlja uzdržavanje od nasilnih akata koji bi narode lišili prava na samoopredeljenje, njihovu slobodu i nezavisnost. Nasilno suprotstavljanje država ostvarivanju ovog prava moglo bi dovesti do isticanja zahteva za dobijanjem međunarodne podrške, “u skladu sa ciljevima i načelima Povelje” (stav 5. principa 5).⁴⁹ Pomenutim rešenjima, Deklaracija pretpostavlja mogućnost bezuslovnog ostvarivanja prava na samoopredeljenje. Pa ipak, ovo pravo ostalo je i dalje limitirano drugim pravnim načelom o zaštiti teritorijalnog integriteta.⁵⁰

U odredbi iz stava 7. principa 5, Deklaracija predviđa da, “ništa u prethodnim stavovima neće biti tumačeno da ovlašćuje ili podstiče na bilo koju aktivnost koja bi rasturila ili narušila u potpunosti ili delimično teritorijalni integritet ili političko jedinstvo suverenih i nezavisnih država koje se ponašaju u skladu sa načelom ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda na napred opisan način i koje imaju vladu koja predstavlja celokupan narod koji pripada teritoriji bez obzira na razlike u pogledu rase, vere ili boje”.⁵¹ Tumačenjem navedene odredbe, proizlazi da Deklaracija podržava teritorijalni integritet država pod uslovom da se države ponašaju u skladu sa načelom ravnopravnosti i samoopredeljenja, kojim svi narodi imaju zagaranтовan “jednak pristup vladi”.⁵² Jednak pristup vladi znači ostvarivanje prava na određivanje sopstvenog političkog statusa, odnosno na ostvarivanje unutrašnjeg samoopredeljenja koje omogućava različite oblike unutrašnje samouprave, autonomije ili slične političke aranžmane koji ne pružaju pravo na

⁴⁹ U međunarodnoj praksi, pomenuto rešenje pružilo je mogućnost voluntarističkim interpretacijama Povelje, što je ishodilo preduzimanjem različitih mera u okviru i van sistema kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija.

⁵⁰ Ljubivoje Aćimović, “Načelo samoopredeljenja naroda u jugoslovenskoj krizi”, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 1–2, 1993, 61–62.

⁵¹ U Deklaraciji posvećenoj pedesetoj godišnjici Ujedinjenih nacija, reafirmisano je pravo na samoopredeljenje svih naroda, uključujući narode pod kolonijalnim i drugim oblicima strane dominacije ili okupacije. Takođe je podvučen značaj načela ravnopravnosti i samoopredeljenja, kao i reprezentativnosti vlade koja bi trebalo da predstavlja celokupan narod koji pripada teritoriji “bez obzira na razlike bilo koje vrste”. Pomenutim rešenjem, proširena je mogućnost progresivnog tumačenja prava na secesiju različitih društvenih grupa. V. “Declaration on the Occasion of the 50th Anniversary of the United Nations”, UN General Assembly, 9 November 1995, A/RES/50/6.

⁵² Antonio Cassese, *International Law*, Oxford, University Press, 2001, 106–107.

secesiju. S druge strane, tumačenje *a contrario*, upućuje da teritorijalni integritet država ipak nije apsolutno zaštićen u slučaju kad država konstantno odbija da prizna “jednak pristup vladi”, to jest, participatorna prava određenim rasnim i verskim grupama i kad grubo i sistematski narušava njihova fundamentalna prava i zatire mogućnost postizanja miroljubivih sporazuma unutar postojećih institucionalnih okvira.

Uskraćivanje prava na unutrašnje samoopredeljenje time konsekventno generiše secesiju.⁵³ Ovo tim pre, jer zloupotreba državne moći i diskriminacija prema grupama koje se razlikuju od ostalog stanovništva prema rasi, veri ili boji kože u vršenju vlasti i u slobodnom određivanju sopstvenog političkog statusa, aktivira pravo na secesiju, kao oblik spoljašnjeg samoopredeljenja.⁵⁴ Pomenuti aspekt samoopredeljenja otud je jasno zagaranтован opštim međunarodnim pravom čiji važan deo čini i Deklaracija o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija. Ovo je naročito važno naglasiti s obzirom na dejstvo pojedinih izvora međunarodnog prava koji postoje na regionalnom nivou. Ilustrativan primer u tom pogledu predstavlja Završni akt Konferencija o evropskoj bezbednosti i saradnji usvojen 1. avgusta 1975. godine u Helsinkiju.⁵⁵

Završni akt iz Helsinkija predstavlja međunarodni sporazum *sui generis*, čija obavezujuća snaga proizilazi iz političke nagodbe 35 država članica KEBS-a među kojima su bile i dve super sile (SAD i SSSR). Njime je uspostavljena jedinstvena platforma za sprovođenje programa jačanja bezbednosti i saradnje u Evro-

⁵³ Iako stav 7. principa 5. Deklaracije o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija daje prednost zaštiti teritorijalnog integriteta država, ipak ovo načelo podleže uslovu da vlada mora da poštuje načelo ravnopravnosti i da predstavlja ceo narod bez bilo kakvog pravljenja razlika. U suprotnom, pravo na secesiju konstitutivnih naroda koji su prethodno ostvarili pravo na samoopredeljenje može oživeti. V. “East Pakistan Staff Study”, International Commission of Jurists, *The Review*, br. 8, 1972, 45–46, etc.

⁵⁴ U slučaju Kvebek, Vrhovni sud Kanade utvrdio je tri situacije u kojima se može razmotriti ostvarivanje prava na spoljno samoopredeljenje. Prva se odnosi na slučaj dekolonizacije bivših kolonija. Druga situacija obuhvata slučajeve podjarmljanja – subjugacije, odnosno vojne okupacije koja uključuje dominaciju i eksploataciju naroda. Treća situacija nastaje u slučaju uskraćivanja prava na pristup vladi i ostvarivanju političkog, ekonomskog i društvenog razvoja, to jest, u situacijama kad postoji uskraćivanje prava na unutrašnje samoopredeljenje. S obzirom da narod Kvebeka ne spada niti u jednu od navedenih kategorija, on nema pravo na spoljašnje samoopredeljenje, odnosno “pravo na secesiju”. V. “Reference re: Secession of Quebec”, Supreme Court of Canada, 20 August 1998, 2 SCR 217, (1998) 161 DLR (4th) 385, paras. 133–134.

⁵⁵ “Final Act”, Conference on Security and Co-operation in Europe, Helsinki, 1 August 1975. Za prevod v. “30 godina OEBS-a”, Zbirka odabranih dokumenata, Misija OEBS u Srbiji i Crnoj Gori, 2005, 25–80.

pi.⁵⁶ U okviru prvog od pet sačinjenih poglavlja (tzv. *Prvoj korpi*), nalazi se Deklaracija o principima međusobnih odnosa kojom se, između ostalog, potvrđuju obaveze država na planu poštovanja deset opštih principa međunarodnog prava, *inter alia*, i principa ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda.⁵⁷ Princip je sadržan u tački 8. Deklaracije i njime se razrađuju i modifikuju ranije usvojena rešenja pod okriljem Ujedinjenih nacija. Princip samoopredeljenja reafirmiše rešenja sadržana u Paktovima o pravima čoveka, kao i u Deklaraciji o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija, tako što obavezuje države da poštuju jednaka prava naroda i njihovo pravo na samoopredeljenje, te da deluju u skladu sa ciljevima i principima Povelje Ujedinjenih nacija i relevantnim normama međunarodnog prava uključujući i one koje se odnose na teritorijalni integritet. Istovremeno, princip obavezuje države potpisnice Završnog akta da garantuju “svim narodima pravo da u punoj slobodi odrede, ako i kada to žele, svoj unutrašnji i spoljašnji status bez spoljnog mešanja i da slede, ako to žele, svoj politički, ekonomski, socijalni i kulturni razvoj”.

Iz navedene formulacije proizlazi da Završni akt proširuje polje primene prava na samoopredeljenje “na sve narode” i u vremenskom kontinuitetu, tako da pravo dobija jedno integralno značenje i van konteksta dekolonizacije, kao i van evropskog područja uzetog *stricto sensu*.⁵⁸ Pri tom, iako se iz jezičke formulacije principa sadržanog u Deklaraciji, ne može sa sigurnošću tvrditi koji svi na-

⁵⁶ Iako Završni akt nije podlegao obavezi registracije na osnovu člana 102. Povelje Ujedinjenih nacija, isti je deponovan vladi Finske na čuvanje, da bi kasnije bio distribuiran i svim članicama Ujedinjenih nacija posredstvom Generalnog sekretara.

⁵⁷ Deklaracija sadrži “dekalog” međunarodnopravnih principa, i to: princip suverene jednakosti i prava inherentnih suvereniteta; princip uzdržavanja od pretnje silom ili upotrebe sile; princip nepovredivosti granica; princip teritorijalnog integriteta država; princip mirnog rešavanja sporova; princip nemešanja u unutrašnje poslove drugih država; princip poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda uključujući slobodu misli, savesti, veroispovesti i ubeđenja; princip ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda; princip saradnje među državama i princip savesnog ispunjavanja obaveza u skladu sa međunarodnim pravom.

⁵⁸ Zanimljivo je, da se Jugoslavija prilikom usvajanja teksta Završnog akta iz Helsinkija zalagala za univerzalnu primenu principa samoopredeljenja naroda. Protiv jugoslovenskog predloga bio je Sovjetski Savez i članice Varšavskog pakta (izuzev Rumunije), koje su smatrale da je princip pre svega namenjen vanevropskim narodima, a da bi njegovo unošenje značilo presedan u evropskim prilikama koje zahtevaju teritorijalni *status quo*. Zapadne države bile su pak, za unošenje ovog principa iz razloga očuvanja prava na ujedinjenje dve Nemačke, zadržavanje prava baltičkih naroda na samoopredeljenje do otepljenja od Sovjetskog Saveza i osnaženje mogućih zahteva drugih istočnoevropskih zemalja u svhu slabljenja uticaja Sovjetskog Saveza. V. “Europe’s Contribution for World Peace and Security and the Self-Determination of Colonial Peoples”, CSCE/II/C1/9.

rodi imaju pravo na samoopredeljenje, pravno-logičkim tumačenjem proizlazi da se princip ravnopravnosti i samoopredeljenja odnosi isključivo na "narode", a ne i na manjine. Otud, samo narodi koji žive unutar država imaju mogućnost da odlučuju o državnim promenama koje obuhvataju društveno-političko i ekonomsko uređenje, odnosno međunarodni pravni status državne teritorije. Države imaju obavezu da garantuju narodima pravo na unutrašnje samoopredeljenje, a u određenim političkim okolnostima i pravo na spoljno samoopredeljenje koje je moguće ostvariti izjašnjavanjem na neki od demokratskih načina (na primer, na referendumu ili plebiscitu). Za efikasno vršenje prava na samoopredeljenje pretpostavlja se odsustvo mešanja sa strane, odnosno odsustvo spoljnih intervencija, kao i prihvatanje obaveze davanja doprinosa razvoju prijateljskih odnosa unutar država i u relaciji sa drugim državama u meri u kojoj to doprinosi ostvarivanju političkog, ekonomskog, socijalnog i kulturnog napretka. Iz navedenog dalje proizlazi da pravo na samoopredeljenje generalno treba da da doprinos ostvarivanju miroljubivih odnosa, što bi inače bilo na liniji ciljeva i načela Povelje Ujedinjenih nacija. Sledstveno pomenutom pristupu, Deklaracija o principima međusobnih odnosa Završnog akta iz Helsinkija ne vrši samo proklamacija, tumačenje i potvrđivanje principa samoopredeljenja u datim istorijskim okolnostima, već u izvesnom smislu daje i doprinos daljoj kodifikaciji i progresivnom razvoju opšteg međunarodnog prava u ovoj oblasti, te njegovoj široj primeni u specifičnim evropskim uslovima.⁵⁹

ZAKLJUČAK

Na osnovu prethodnih diskusija proizlazi da se secesija kao društveni fenomen javlja u različitoj konstelaciji međunarodnih odnosa. Njen istorijski razvika koji je išao uporedo sa razvojem državne vlasti, ukazuje na njenu promenljivu

⁵⁹ Đura Ninčić, "Les implications générales juridiques et historiques de la Déclaration d'Helsinki", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, Tom I, 1977, 61, etc. Novi izazovi vezani za raspad Sovjetskog Saveza, Čehoslovačke, Jugoslavije i ujedinjenje dve Nemačke, doprineli su, ne samo reafirmaciji, već i relativizaciji principa iz Deklaracije o principima međusobnih odnosa Završnog akta iz Helsinkija. U tom smislu, uočljivo je da je ključna poluga helsinškog kompromisa iz 1975. godine, koja je ugrađena u Završni akt – princip nepovredivosti granica (i sa njim povezani principi teritorijalnog integriteta i samoopredeljenja naroda), tokom raspada komunističkih federacija i naknadnih – rekurzivnih secesija (Nagorno-Karabaha u Azerbejdžanu, Južne Osetije i Abhazije u Gruziji, Pridnjestrovlja u Moldaviji, Kosova u Srbiji i Krima u Ukrajini), višestruko dovedena u pitanje. V. Ljubivoje Aćimović, "KEBS i jugoslovenska kriza", *Međunarodno pravo i jugoslovenska kriza*, (ur. Milan Šahović), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1996, 128–132; Duško Dimitrijević, "Evolucija KEBS-a – 40. godina nakon usvajanja Helsinškog završnog akta", *Četrdeset godina od potpisivanja Helsinškog završnog akta* (ur. Mina Zirojević, Vesna Ćorić), Mala Knjiga, Institut za uporedno pravo, Novi Sad, 2015, 349–364.

prirodu zbog koje nije bilo moguće utvrditi egzaktna pravila kojima bi se secesija pravno regulisala. Za uređen pravni sistem kakav pledira da bude međunarodnopravni poredak, minimum koji se zahteva u slučaju secesije, pretpostavlja poštovanje principa legaliteta (*ex injuria ius non oritur*). Ovo tim pre, jer ako bi se prihvatilo stanovište po kojem secesija nije legalan, ni ilegalan čin, već jedan pravno neutralan čin, stvorio bi se pogrešan utisak o legalnosti secesije. Međunarodno pravo s toga ne može biti indiferentno prema pitanju, da li je neki državni entitet uspostavljen secesijom ujedno i subjekt međunarodnog prava? U takvim situacijama obično se polazi od prezumpcije da su druge države spremne da jedan ovakav entitet prime za ravnopravnog člana međunarodne zajednice pod uslovom prihvatanja međunarodnih obaveza.⁶⁰ Uloga međunarodnog prava ovim nije svedena isključivo na regulisanje posledica secesije, već i na nadziranje legitimiteta i legaliteta secesionih promena.

U tom smislu, valja uočiti da nastanak novih država putem secesije može biti legitiman, ali ne i legalan čin ako se ne ispune odgovarajući međunarodnopravni uslovi vezani za poštovanje kogentnih normi međunarodnog prava, kakvo je danas, bar jednim svojim delom i pravo na samoopredeljenje. Onemogućavanje vršenja ovog prava, o čijem pravnom sadržaju je bilo više reči u predmetnoj studiji, u većini slučajeva dovodi do niza poteškoća koje neminovno pokreću nove i sve složenije međunarodne procese. Na ovakav zaključak upućuje i međunarodna praksa koja ukazuje da kod secesije država ne dolazi do automatskog prevođenja jedne *de facto* situacije u *de iure* stanje.⁶¹ Polazeći od pređašnjih empirijskih iskustava o secesiji koja su bila utemeljena na konceptu dekolonizacije i ideji o oslobađanju od strane dominacije, eksploatacije i potlačavanja, razumljivo je zašto se ovovremene secesije pozivaju na neke druge, pre svega unutardržavne razloge koji pretpostavljaju postojanje teških oblika državne represije, systemske diskriminacije ili grubog kršenja ljudskih prava. Nedelotvornost države na unutrašnjem planu očitovana u nemogućnosti ostvarivanja prava na unutrašnje samoopredeljenje,

⁶⁰ Daniel Thürer, Thomas Burri, "Secession", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (ed. Rüdiger Wolfrum), University Press, Oxford, <http://opil.ouplaw.com>, 15/12/2019.

⁶¹ U međunarodnoj pravnoj doktrini preovladava tradicionalno stanovište da, ako u procesu nastajanja država dođe do kršenja peremptornih normi, novonastali entitet ma koliko raspolagao sa efektivnom vlašću na teritoriji, ne može biti priznat za državu prema osveštalom pravilu – *ex iniuria, ius non oritur*. V. Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law*, University Press, Cambridge, 1947, 409. Nevoljnost drugih država da priznaju zatečeno stanje, sve dok se tome suprotstavlja matična država, dovodi do nastanka *de facto* entiteta kao što su slučajevi Južne Rodezije, južnoafričkih Bantustana ili Severnog Kipra. V. Antonello Trancredi, "A Normative 'Due Process' in the Creation of States through Secession", *Secession, International Law Perspectives*, (ed. M.G. Kohen), University Press, Cambridge, 2006, 181–183.

koje treba da pruži slobodu izbora političkog statusa, oblika vladavine, ekonomskog, socijalnog i kulturnog razvoja, stvara priliku za secesiju koja u takvim situacijama predstavlja odgovarajuću vrstu kompenzacije (remedijalnog prava) za učinjenu nepravdu.⁶² Napokon, isticanje zahteva za secesiju danas ne zavisi samo od međunarodnih političkih okolnosti, već i od realnih političkih uslova unutar država u kojima se pravila i principi međunarodnog prava imaju poštovati i primenjivati.⁶³

Dr. DUŠKO DIMITRIJEVIĆ
Professorial Fellow, Institute of International Politics
and Economics, Belgrade

INTERNATIONAL LEGAL FLOWS OF STATE SECESSION

Summary

According to the historical development of international relations, the secession of states is only a “mere fact”, a “political matter” or a “pre-legal situation” that has often caused the shaking and instability of the international legal order. When this situation is established and consolidated over time, that is, when it becomes *de facto* effective, the applicable rules and principles of international law would apply. Usually, in such situations, the secession was legitimized through the international recognition of the new states and the verification of the continuity of the international legal subjectivity of the predecessor states. In this sense, international law has had very limited effects in terms of the consequences of secession changes, which through its codification and progressive development are regulated by the rules of succession of states. However, the very emergence of new states through secession remained legally undefined, which in itself is a major problem for the international community whose criteria of statehood are based on the principle of legality (*ex inju-*

⁶² Allan Buchanan, “The International Institutional Dimension of Secession”, *Theories of Secession*, (ed. P.B. Lehing), Routledge, London, 1998, 227–256; Karl Doehring, “Self-Determination”, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (ed. Bruno Simma), University Press, Tom I, Oxford, 2002, para. 29; Christian Tomuschat, “Secession and Self-Determination”, *Secession, International Law Perspectives*, (ed. Marcelo G. Kohen), Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 35.

⁶³ U slučaju Kvebek, Vrhovni sud Kanade izneo je mišljenje da je secesija međunarodno-pravno moguća pod okriljem prava na samoopredeljenje. S aspekta ustavnog prava pak, secesija nije dopuštena, ali nije ni isključena pod uslovom da je zadovoljena ustavna procedura. Ovo savetodavno mišljenje izazvalo je budnu pažnju secesionističkih pokreta diljem sveta, naročito u Škotskoj i Kataloniji. V. Tanasije Marinković, “Pravo federalnih jedinica na otepljenje – slučaj Kvebeka”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4, 2002, 397–400. Aleksandar Savanović, *Teorija secesije – studija slučaja: Katalonija i Škotska*, Banja Luka, FPN, 2017, 36.

ria *ius non oritur*). Starting from the fact that secession occurs from time to time in a different constellation of international relations; its existence presupposes the establishment of certain normative frameworks. By strictly interpreting positive international law, it can be concluded that there are no norms in it that would regulate this phenomenon in an explicit way. However, an extensive interpretation and evolutionary and teleological interpretation of its rules and principles could lead to the conclusion that secession is regulated by international law, albeit in an indirect way through the codification and progressive development of the right to self-determination.

Key words: secession, right to self-determination, sovereignty, territorial integrity, independence, international law

Literatura

- Ablin G., *Sur un principe général du droit international: l' uti possidetis*, Université d' Angers, Angers, 2006.
- Ćimović Lj., "KEBS i jugoslovenska kriza", *Međunarodno pravo i jugoslovenska kriza*, (ur. Milan Šahović), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1996.
- Ćimović Lj., "Načelo samoopredeljenja naroda u jugoslovenskoj krizi", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 1–2, 1993.
- Anderson G., "Secession in International Law and Relations: What are We Talking About?", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Tom 35, br. 1, 2013.
- Barceló J. M., *Las Actas de independencia de América*, Washington: Organización de los Estados Americanos, 1973.
- Bartoš M., "Prerastanje prava na samoopredeljenje iz političkog u pravni princip", *Međunarodni problemi*, br. 2, 1953.
- Bartoš M., "Sukcesija država u stadijumu dekolonizacije", *Međunarodna politika*, br. 444, Beograd, 1968.
- Beede B. R., *The War of 1898, and U.S. Interventions, 1898–1934: An Encyclopedia*, Abingdon, Taylor & Francis, 1994.
- Buchanan A., "The International Institutional Dimension of Secession", *Theories of Secession*, (ed. P. B. Lehing), London, Routledge, 1998.
- Bulajić M., *Pravo naroda na samoopredeljenje u Društvu naroda i Ujedinjenim nacijama (1917–1962)*, Savez udruženja pravnikâ Jugoslavije, Beograd, 1963.
- Cary M., Scullard H. H., *A History of Rome: Down to the Reign of Constantine*, Palgrave Macmillan, London, 1975.
- Cassese A., *International Law*, University Press, Oxford, 2001.
- de Nardi P., Giuseppe Mazzini, *la vita, gli scritti*, Forgotten Books, London, 2018.

- Dimitrijević D., “Evolucija KEBS-a – 40. godina nakon usvajanja Helsinškog završnog akta”, *Četrdeset godina od potpisivanja Helsinškog završnog akta*, (ur. Mina Zirojević, Vesna Čorić), Institut za uporedno pravo, Mala Knjiga, Novi Sad, 2015.
- Dimitrijević D., *Međunarodno pravo sukcesije država: Sukcesija državne imovine s posebnim osvrtom na sukcesiju SFR Jugoslavije*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2007.
- Dimitrijević D., *Međunarodnopravno regulisanje teritorije država*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2008.
- Dimitrijević R., *Državne granice nakon sukcesije SFR Jugoslavije*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2012.
- Doehring K., “Self-Determination”, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (ed. Bruno Simma), University Press, Tom I, Oxford, 2002.
- Etinski R., Đajić S., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2014.
- Fiš J., *Pravo naroda na samoopredeljenje, obuzdavanje jedne iluzije*, Albatros plus, Beograd, 2013.
- Franck T., *The Power of Legitimacy Among Nations*, University Press, Oxford, 1990.
- Jennings I., *Constitutional Laws of the Commonwealth*, Clarendon Press, Tom 1, Oxford, 1957.
- Jennings I., *The Approach to Self-Government*, University Press, Cambridge, 1958.
- Jovičić M., *Veliki ustavni sistemi, elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, IRO Svetozar Marković, Beograd, 1984.
- Karlsson G., *The History of Iceland*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2000.
- Kaseze A., *Samoodređenje naroda*, Službeni glasnik, Beograd, 2011.
- Kegli Č. V., Vitkof J. R., *Svetska politika, trend i transformacija*, CSES, Diplomatska akademija, Beograd, 2004.
- Konti F., *Stari Rim*, Mono i Manjana, Beograd, 2007.
- Kosminski E. A., *Istorija Srednjeg veka*, Prosveta, Beograd, 1946.
- Lauterpacht H., *Recognition in International Law*, University Press, Cambridge, 1947.
- Le Fir L., *Međunarodno javno pravo*, Geca Kon, Beograd, 1934.
- Lukić R., *Istorija političkih i pravnih teorija*, Naučna knjiga, Beograd, 1973.
- Magarašević A., “Samoopredeljenje i međunarodno pravo”, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 3, 1955.
- Marinković T., “Pravo federalnih jedinica na otepljenje – slučaj Kvebeka”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4, 2002.
- McWhinney E., *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, United Nations Audiovisual Library of International Law, New York, 2008.

- Ninčić Đ., "Les implications générales juridiques et historiques de la Déclaration d'Helsinki", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, Tom I, 1977.
- Ninčić Đ., *Problem suverenosti u Povelji i praksi Ujedinjenih nacija*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1967.
- Oppenheim L., *International Law*, David McKay Co., Tom I, London, 1948.
- Phillipson C., *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, Macmillan and Co., Tom I, London, 1911.
- Pindić D., "Dekolonizacija juga Afrike: slučajevi Namibije i Zimbabvea", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 1-3, 1979.
- Pomerance M., *Self-Determination in Law and Practice: The New Doctrine in the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague/Boston/London, 1982.
- Raič D., *Statehood and the Law of Self-Determination*, Kluwer Law International, Hague/London/New York, 2002.
- Reisman W. M., Arsanjani M.H., Westerman G.S., Wiessner S., *International Law in Contemporary Perspective*, Foundation Press, New York, 2004.
- Roland Rich, "Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union", *European Journal of International Law*, Tom 4, br. 1, 1993.
- Roy A.J., *Sovereignty and Decolonization: Realizing Indigenous Self-Determination at the United Nations and in Canada*, University of Victoria, Victoria, 2001.
- Šahović M., *Putevi savremenog razvoja međunarodnog prava*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1969.
- Savanović A., *Teorija secesije – studija slučaja: Katalonija i Škotska*, FPN, Banja Luka, 2017.
- Škrabalo I., "Pravo naroda na samoodređenje i međunarodna zajednica", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 1-2, 1976.
- Spektorski E.V., *Istorija socijalne filozofije*, Službeni list, Beograd i CID, Podgorica, 1997.
- Šuković O., "Princip ravnopravnosti i samoopredeljenja naroda", *Kodifikacija principa miroljubive i aktivne koegzistencije*, (ur. Milan Šahović), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1969.
- Szegö H. B., "The International Legal Content of the Right of Self-Determination as Reflected by the Desintegration of the Colonial System", *Questions of International Law*, Budapest, 1966.
- Thürer D., Burri T., "Secession", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (ed. Rüdiger Wolfrum), University Press, Oxford.
- Tomuschat C., "Secession and Self-Determination", *Secession, International Law Perspectives*, (ed. Marcelo G. Kohen), Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Trancredi A., "A Normative 'Due Process' in the Creation of States through Secession", *Secession, International Law Perspectives*, (ed. M.G. Kohen), University Press, Cambridge, 2006.

Zagajac M., "Ujedinjene nacije i dekolonizacija", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 1-2, 1985.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 25.09.2020.

Prihvaćen: 07.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MARIJA VIČIĆ

IMUNITET MEĐUNARODNIH FINANSIJSKIH ORGANIZACIJA S OSVRTOM NA SLUČAJ JAM ET AL. PROTIV MEĐUNARODNE FINANSIJSKE KORPORACIJE (IFC)

Slučaj Jam et al. v. IFC povodom koga je američki Vrhovni sud doneo odluku početkom 2019. godine, (ponovo) je otvorio vrata brojnim polemikama na temu obima imuniteta koji uživaju međunarodne (finansijske) organizacije. Imunitet međunarodnih finansijskih organizacija posebno je interesantan zbog uloge ovih organizacija i njihove zastupljenosti u današnjem društvu. Velike finansijske razlike između razvijenih zemalja i zemalja u razvoju i dalje su veoma očigledne i interes je međunarodne zajednice da ove razlike koliko je moguće učini izbalansiranim. Autor se u ovom radu bavi pomenutom odlukom Jam et al. v. IFC i analizom razmišljanja američkog Vrhovnog suda koji je nakon dva u meritumu sprovedena postupka od strane nižih sudova, zauzeo stanovište da imunitet međunarodnih finansijskih organizacija treba tumačiti restriktivno, po uzoru na imunitete suverenih država koji su takođe restriktivni, osim kada država nastupa u svom javnopravnom svojstvu i teži da zaštiti javnopravni interes.

Ključne reči: *imunitet, međunarodna organizacija, IFC, Vrhovni sud SAD*

O IMUNITETU MEĐUNARODNIH FINANSIJSKIH ORGANIZACIJA UOPŠTE

Ukratko o pojmu i zadatku međunarodnih finansijskih institucija

Međunarodne finansijske institucije svoj razvoj i zastupljenost na svetskom finansijskom tržištu doživljavaju u godinama nakon Drugog svetskog rata sa ci-

Marija Vičić, advokat u saradnji sa Karanović i Partneri o.a.d., doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: marija.vicic@karanovicpartners.com.

ljem da podrže ekonomski oporavak i razvoj zemalja pogođenih stradanjima u ratu i zemalja u razvoju. Od tada pa do danas prisustvo međunarodnih finansijskih institucija na tržištima zemalja u razvoju postaje sve zastupljenije. Neki od vodećih institucija prisutnih na tržištu su Interamerička razvojna banka, Međunarodna finansijska korporacija¹ (*International Finance Corporation – IFC*) pri Svetskoj banci (*World Bank*), Međunarodna banka za obnovu i razvoj (*International Bank for Reconstruction and Development – IBRD*) takođe pri Svetskoj banci, Međunarodna banka za obnovu i razvoj (*European Bank for Reconstruction and Development – EBRD*), Multilateralna agencija za garantovanje investicija (*Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA*), Evropska banka za obnovu i razvoj (*European Bank for Reconstruction and Development – EBRD*), itd. Uloga međunarodnih finansijskih organizacija u finansijskim transakcijama najčešće se ogleda u davanju zajmova, samostalno ili u saradnji sa komercijalnim bankama, davanju garancija za obaveze dužnika u investicionim projektima, hedžing – tj. zaštita od različitih tržišnih rizika (kao što je promena kursa, kamatnih stopa i drugih izloženosti).²

Pojam i vrste imuniteta međunarodnih finansijskih organizacija

Imunitet međunarodne organizacije ogleda se u nemogućnosti sprovođenja sudskog postupka i izvršenja protiv organizacije pred nacionalnim sudovima, ali i u pozivanju na odgovornosti najviših zvaničnika organizacije za radnje preduzete u tom kapacitetu, nepovredivost arhive organizacije i poreske povlastice.³ Pitanje opsega tog imuniteta je i dalje predmet polemike – da li se imunitet međunarodnih finansijskih institucija treba ograničiti po uzoru na ograničenja koja postoje kada je u pitanju državni imunitet, ili pak imunitet organizacija treba da bude apsolutan. To pitanje ostaje otvoreno bez obzira na činjenicu da je imunitet međunarodnih organizacija generalno neupitan pred većinom nacionalnih sudova bez obzira da li se one u konkretnom slučaju na njega pozivaju (izuzev postojanja izričitog odricanja od imuniteta, po pravilu se smatra da imunitet postoji). Takvo stanovište potvrđeno je i od strane pravne službe Ujedinjenih nacija (engl. *UN*

¹ Clifford Chance, The status of multilateral financial institutions in English Law, Briefing note, <https://financialmarketstoolkit.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/06/the-status-of-multilateral-financial-institutions-in-english-law.pdf>, 01.07.2020, Gu Bin, Xu Chengjin, “A Critique of Immunity for Multilateral Development Banks in National Courts”, *The Chinese Journal of Global Governance* Tom 4, br. 1, Brill, Nijhoff, 2018, 1.

² Clifford Chance, op. cit., 4.

³ Agreement Establishing the Inter-American Development Bank, Art. IX; IBRD Articles of Agreement: Art. VII; EBRD Articles of Agreement, Art. II; Articles of Agreement of IFC, Art. VI.

Office of Legal Affairs), da međunarodne organizacije uživaju imunitet samom činjenicom njihovog statusa kao takvog i bez obzira da li su se na njega pozvale.⁴

Takođe, međunarodne (finansijske) organizacije uživaju imunitet i bez obzira da li nacionalni zakonodavni okvir prepoznaje taj imunitet ili ne. Nacionalni sudovi su obavezni da međunarodnim (finansijskim) organizacijama priznaju imunitet na bazi činjenice da su one osnovane međudržavnim sporazumom.⁵ Međunarodne organizacije uživaju imunitet budući da nacionalni sudovi mogu biti nepristrasni prilikom odlučivanja, te one moraju biti zaštićene od neprikladnih motiva i istraga, a ujedno i efekti pravnih radnji sprovedenih od strane međunarodnih organizacija ne mogu i biti cenjeni i nije opravdano da budu cenjeni od strane nacionalnih sudova.⁶

U pogledu imuniteta međunarodnih organizacija generalno, treba razlikovati moralnu odgovornost – i pravnu odgovornost – za postupke međunarodnih organizacija, budući da imunitet od odgovornosti pred pravom ne dovodi nužno do izostanka i moralne odgovornosti. Međutim, kada govorimo o imunitetu međunarodnih (finansijskih) organizacija, govorimo prevashodno o izostanku njihove pravne odgovornosti pred nadležnim (nacionalnim) forumima.⁷

Teorija funkcionalne potrebe

U teoriji tendencija je svodenje imuniteta međunarodnih finansijskih organizacija na funkcionalni imunitet, odnosno imunitet koga odlikuje funkcionalna potreba. Funkcionalna potreba je standard koji štiti međunarodne finansijske institucije od jurisdikcije domaćih sudova.⁸ Da bi sprovođile svoje aktivnosti koje se pre svega ogledaju u sprovođenju ciljeva suverenih država, međunarodne finansijske institucije i njihovi predstavnici moraju da budu zaštićeni od nadležnosti domaćih državnih sudova čije bi odluke mogle da imaju politički karakter i time ugroze interese drugih država članica u okviru organizacije. Međunarodna organizacija kao takva ne može u celosti zastupati interese država članica, osim ako ne istupa nezavisno od kontrole i uticaja bilo koje države.⁹ Funkcionalna potreba u isto vreme predstavlja osnov za uvođenje imuniteta organizaciji, ali služi i

⁴ Neils M. Blokker, Henry G. Schermers, *International Institutional Law*, Leiden, Boston, Martineus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, 1031–1032.

⁵ N. M. Blokker M., H. G. Schermers, op. cit., 1033–1034.

⁶ *Ibidem*, 1034.

⁷ *Ibidem*, 1006–1007.

⁸ Steven Herz, *International Financial Institutions International Law*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, 137–139.

⁹ G. Bin, X. Chengjin, op. cit., 58.

kontroli i definisanju granica tog imuniteta, pa prema teoriji funkcionalne potrebe, organizaciji se treba dodeliti onoliko imuniteta koliko je potrebno da se obezbedi nesmetano i neprekidno obavljanje njene funkcije.¹⁰ Funkcionalna potreba za imunitetom u praksi se često svodi na apsolutni imunitet pre svega kako bi status organizacije izjednačio sa statusima država nasuprot organizacije,¹¹ ali i koje su članice organizacije iako međunarodne organizacije ne poznaju suverenitet, te u pogledu njih ne može važiti načelo *par in parem non habet imperium*, kao što je to slučaj sa državama.¹²

Kritike na temu apsolutnog imuniteta brojne su u teoriji. Međunarodne finansijske organizacije nastupaju najčešće prema privatnim subjektima (privrednim društvima i, ređe, pojedincima), a ne državama direktno, čime se onemogućava njihova zaštita u slučaju povreda ugovornih obaveza od strane organizacije ili nanošenja štete od strane organizacije.¹³ Stoga, mnogi autori su saglasni da se mora uspostaviti balans između imuniteta međunarodne finansijske organizacije i prava njenog saugovarača uz mogućnost da ta prava adekvatno realizuju, putem odgovarajućih foruma za rešavanje sporova koji neće ugroziti samostalnost i nezavisnost organizacije, a omogućiće adekvatnu zaštitu učesnicima u poslovima od postupaka organizacije kojima se ugrožavaju njihovi interesi i povređuju prava.¹⁴

Teorija javne odgovornosti međunarodne finansijske organizacije

Priznavanjem pravnog subjektiviteta međunarodnim organizacijama na terenu međunarodnog prava otvara se pitanje njihove odgovornosti. Inicijalno, odgovornost organizacije tretirala se kroz odgovornost država članica, međutim, usled odsustva direktne veze privatnog subjekta sa državama članicama, razvojem kontrole država i državnih granica, razvojem međunarodne trgovine i pošto-

¹⁰ *Ibidem*, 56–60.

¹¹ S. Herz, op. cit., 138.

¹² Bojan Milisavljević, “Imunitet države u međunarodnom pravu – osvrt na rad komisije za međunarodno pravo”, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2014, 22.

¹³ S. Herz, op. cit., 138.

¹⁴ Martha J. Rutsel Silvestre, Cisse Hassane, Daniel D. Bradlow, Benedict Kingsbury, “International Financial Institutions and Claims of Private Parties: Immunity Obliges”, *The World Bank Legal Review*, br. 1, 2011, Vašington, 2011, 1, August Reinisch, Clemens Treichl, “Domestic Jurisdiction over International Financial Institutions for Injuries to Project-Affected Individuals”, *International Organizations Law Review*, Tom 16, br. 1, 2019, Qumba Mmiselo Freedom, Balancing international financial institutions’ immunity with private individual’s right to effective remedy, <https://doi.org/10.1080/10220461.2020.1729853>, 01.07.2020.

vanja ljudskih prava od strane različitih tela međunarodnog prava, sve više se ističe potreba za samostalnom odgovornošću organizacija.¹⁵ To se i postiglo naročito od sredine devedesetih godina prošlog veka razvojem transparentnosti, hijerarhije i unutrašnjih mehanizama međunarodnih finansijskih organizacija. Međutim, čini se da teorija javne odgovornosti nije doživela rezultate u praksi jer unutrašnji mehanizmi organizacija i dalje nisu praćeni potrebnim stepenom samostalnosti i nezavisnosti kako bi se omogućila fer i adekvatna zaštita subjekata privatnog prava nasuprot organizacije.¹⁶

Pre svega, mana je nedostatak adekvatnog autoriteta koji se u privatnopravnim sporovima ogleda u ulozi sudova država, a takođe i nedostatak kapaciteta nametanja obavezujućih odluka pod pretnjom prinudnog izvršenja tih odluka, s obzirom da je i sama imovina organizacije pod imunitetom, odnosno nepodobna da bude predmet prinudnog izvršenja u praksi.¹⁷

Ograničenja imuniteta u komercijalnim transakcijama

Po uzoru na imunitet države i njegova ograničenja, razmatra se u teoriji i primena podele akata međunarodne organizacije na akte koje ona sprovodi u javnom svojstvu (tzv. *acta iure imperii*) i akta koja sprovodi u privatnom svojstvu (tzv. *acta iure gestionis*).¹⁸ Po mišljenju nekih autora, ova podela je neadekvatna kada je u pitanju aktivnost međunarodne finansijske organizacije.¹⁹ Osnovno pitanje koje se postavlja kako bi se omogućila primena ovog kriterijuma na međunarodne finansijske organizacije, jeste da li se uopšte može napraviti razlika učesća organizacije u nekom poslu sa privatnom stranom iz ugla javnog ili privatnog interesa. Ova polemika ostala je otvorena i nakon kontroverzne odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u slučaju *Jam et al. v. IFC*,²⁰ o čemu će više reći biti u tekstu koji sledi.

¹⁵ S. Herz, op. cit., 141–143.

¹⁶ *Ibidem*, 44–145.

¹⁷ S. Herz, op. cit., 152–153.

¹⁸ *Ibidem*, 152–153. Hague Conference on Private International Law, Civil or Commercial Matters / Acta Iure Imperii, Hague, Netherlands, Information Document No. 4 of June 2016 for the attention of the Special Commission of June 2016 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements, 2016, 1–3.

¹⁹ Gerd Droesse, *Membership in International Organizations – Paradigms of Membership Structures, Legal Implications of Membership and the Concept of International Organization*, Springer Link, 2020.

²⁰ *Supreme Court of America, Jam et al. versus International Finance Corporation*, 2019. https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1011_mkhn.pdf, 28.06.2020.

Smatramo da međunarodna finansijska institucija u konkretne pravne poslove sa privatnim stranama uvek ulazi iz nekog javnog interesa budući da je interes organizacije otelovljeni interes njenih država članica. Međutim, u pojedinih aspektima tog konkretnog pravnog posla može se sagledati privatni interes. Na primer, kontrola građevinskih radova i ekoloških mera na terenu i sprečavanje nastanka štete je zadatak međunarodne finansijske organizacije kao samostalnog pravnog subjekta. Šteta koja može da nastane zbog postupanja ili nepostupanja organizacije u pogledu adekvatnih mera zaštite koje je organizacija bila dužna da obezbedi, može se smatrati aktom privatnog prava, mnogo pre nego javno-pravnim aktom. Za takvo postupanje odgovornost organizacije prema pojedincu smatramo da bi bila opravdana. Slažemo se, pak, da će u praksi naročito nakon odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u slučaju *Jam et al. v. IFC*,²¹ postojati polemika definisanja javnopravnog i privatnopravnog interesa međunarodne finansijske organizacije u finansijskim transakcijama.²²

Odricanje od imuniteta od strane međunarodne finansijske organizacije

Svaka organizacija kao nosilac imuniteta ima pravo da se tog imuniteta u određenim situacijama odrekne. Odricanja od imuniteta predviđena su u samim ugovorima u osnivanju tih organizacija.²³

Slučajevi kada je odricanje od imuniteta obavezno, često je regulisano i internim aktima organizacije kojima ona svojim zvaničnicima nameće obavezu odricanja od imuniteta u slučaju teških povreda prava. Izričito odricanje od imuniteta je često standard koji nacionalni sudovi traže da bi priznali odsustvo imuniteta međunarodne finansijske organizacije u nacionalnom sudskom postupku. Tako je u slučaju *Mendaro v. World Bank*²⁴ rezonovao okružni sud u Vašingtonu. Međutim, nedostatak izričitog odricanja od imuniteta nije bio jedini osnov zašto je američki sud odbacio nadležnost u slučaju *Mendaro* protiv Svetske banke, već

²¹ *Ibidem*.

²² Rishi Gulati, "The Conundrum of International Organizations Immunities: *Jam et al v International Finance Corporation (Part 1 of 2)*", *Opinio Juris*, <https://opiniojuris.org/2017/07/10/the-conundrum-of-international-organisations-immunities-jam-et-al-v-international-finance-corporation-part-1-of-2/>, 2017, 29.06.2020, Rishi Gulati, "The Conundrum of International Organizations Immunities: *Jam et al v International Finance Corporation (Part 2 of 2)*", *Opinio Juris*, <https://opiniojuris.org/2017/07/11/the-conundrum-of-international-organisations-immunities-jam-et-al-v-international-finance-corporation-part-2-of-2/>, 2017, 29.06.2020.

²³ Agreement Establishing the Inter-American Development Bank, Art. IX; IBRD Articles of Agreement: Art. VII; EBRD Articles of Agreement, Art. II; Articles of Agreement of IFC, Art. VI.

²⁴ G. Drosse, op. cit., 340.

je u obzir uzeta i činjenica da se tužbeni zahtev zasnivao na povredama iz radnog odnosa.²⁵ Od strane suda je istaknuto da je jedna od ključnih zaštita koja se međunarodnim organizacijama pruža, zaštita od radnopравниh sporova i jednostrane kontrole države članice aktivnosti organizacije putem kontrole radnopравниh odnosa.²⁶

O SLUČAJU *JAM ET AL. PROTIV MEĐUNARODNE FINANSIJSKE
KORPORACIJE* I ODLUCI VRHOVNOG SUDA SAD

Dana 27. februara 2019. godine Vrhovni Sud Sjedinjenih Američkih Država doneo je odluku u slučaju *Jam et al. v. IFC* po žalbi na odluku okružnog suda u Kolumbijskom okrugu (engl. *the Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*) u raspravi koja je trajala od 31. oktobra 2018. godine, kojom je potvrđeno da međunarodne organizacije imaju isti nivo imuniteta u sudskim postupcima koji se priznaje i stranim vladama (odnosno stranim državama, prim. aut.). U ime većine članova sudskog veća, sudija Džon Roberts protumačio je kako američko pravo (tačnije *the International Organizations Immunity Act – IOIA*) uspostavlja trajnu vezu između imuniteta međunarodnih organizacija i suverenih stranih država (čiji imunitet je u američkom zakonodavstvu definisan u *the Foreign Sovereign Immunities Act – FSIA*). Odluka je doneta sa sedam glasova za, i jednim glasom protiv (nesaglasni sudija izneo je i svoje izdvojeno mišljenje).²⁷ Ova sudska odluka, stoga, proklamuje odgovornost međunarodnih organizacija u slučaju kada se ostvare uslovi za primenu izuzetka od imuniteta država, a to je kada one obavljaju svoje “komercijalne delatnosti/transakcije” (koje bi se, dakle, prema tradicionalnoj podeli mogle svrstati u *acta iure gestionis*).²⁸

Ova odluka imala je velikog odjeka u javnosti budući da se smatra okosnicom neograničenog imuniteta koji su do tada gotovo po pravilu u praksi uživale međunarodne organizacije, pogotovo one okupljene u okviru Svetske banke i

²⁵ *Mendaro v. World Bank*, 717 F.2d, 610,613, D.C. Circuit 1983 (<https://casetext.com/case/mendaro-v-world-bank>, 28.06.2020.), Slično stanovište je Treći okružni sud u Americi (*the United States Court of Appeals for the Third Circuit*) zauzeo u slučaju *Nokalva, Inc. v. European Space Agency* (<https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1535113.html>, 29.06.2020.) iz 2010. godine.

²⁶ G. Bin, X. Chengjin, op. cit., 65-66.

²⁷ Rishi Gulati, “The Immunities of International Organizations: The End of Impunity?”, *Opinio Iuris*, <http://opiniojuris.org/2019/03/01/the-immunities-of-international-organisations-the-end-of-impunity/>, 2019, 28.06.2020,

²⁸ Eliot Kim, “The Supreme Court Rules in *Jam v. International Finance Corporation*”, *Hard National Security Choices Lawfare*, <https://www.lawfareblog.com/supreme-court-rules-jam-v-international-finance-corporation>, 27.06.2020.

predstavlja presedan budućim odgovornostima međunarodnih finansijskih organizacija kada nastupaju u komercijalnoj ulozi. O samoj odluci i njenom uticaju na razvoj prava imuniteta međunarodnih organizacija intenzivno se pisalo u stručnoj javnosti, a odluka je nesporno ocenjena kao istorijska²⁹, a i kao pozitivan pomak u stajanju na put nadmoći međunarodnih finansijskih organizacija prema privatnim subjektima.³⁰

Činjenice slučaja *Jam et al. v. IFC*

Tužbeni zahtev odnosio se na investiciju u državi Gajart u Indiji u vezi sa finansiranjem *Tata Mundra*, postrojenja za proizvodnju električne energije vrednim 450 miliona dolara. Tužbenim zahtevom se tražila nadoknada štete prozrokovana lokalnim farmerima i ribolovcima koje je zastupao *Earth Rights International* zbog zagađenja prouzrokovanih radom fabrike jer *IFC* nije kontrolisao adekvatno u okviru sprovođenja i kontrole svog ekološkog i socijalnog plana. U skladu sa odredbama ugovora o finansiranju *Tata Mundra-e*, *IFC* je zadržao pravo da povuče datu finansijsku pomoć ukoliko projektna kompanija ne bude

²⁹ Amanda Kistler, "Supreme Court Rules that World Bank Group Can Be Sued in US Courts in Historic Decision", *Center for International Environmental Law* 2019, <https://www.ciel.org/news/supreme-court-rules-world-bank-group-immunity-jam-v-ifc/>, 27.06.2020.

³⁰ Bretton Woods Project, "Above the Law? Battle over World Bank immunity in Bangladesh", <https://www.brettonwoodsproject.org/2004/09/art-72221/>, "US Supreme Court rules against World Bank's claim of absolute immunity", <https://www.brettonwoodsproject.org/2019/04/us-supreme-court-rules-against-world-banks-claim-of-absolute-immunity/>, 28.06.2020, 1-3; Diane Desierto, "SCOTUS Decision in *Jam et al v. International Finance Corporation (IFC) Denies Absolute Immunity to IFC... With Caveats*", *Blog of the European Journal of International Law*, <https://www.ejiltalk.org/scotus-decision-in-jam-et-al-v-international-finance-corporation-ifc-denies-absolute-immunity-to-ifc-with-caveats/>, 26.06.2020, 2; Philippa Webb, "Milnes Simon, Immunities of International organisations after the surprise decision in *Jam v IFC: a look ahead*", *Essex Street*, <https://twentyesssex.com/wp-content/uploads/2019/06/20-Essex-Street-report-Immunities-of-international-organisations.pdf>, 01.07.2020, 2; Valentina Stackl, "Judge Declares World Bank Immunity Cases "Wrongly Decided"; Indian Plaintiffs Ask D.C. Circuit Court of Appeals to Review "Absolute Immunity" Doctrine", *Earth Rights International*, <https://www.cadtm.org/Judge-Declares-World-Bank-Immunity>, 01.07.2020, 1-3; Vijaya Ramachandran, "In a 7-1 Decision, the United States Supreme Court Rules that the IFC Is Not Above the Law", *Center for Global Development*, <https://www.cgdev.org/blog/7-1-decision-united-states-supreme-court-rules-ifc-not-above-law>, 2019, Vašington, 01.07.2020; Tim McDonnell, "U.S. Supreme Court Rules That World Bank Can Be Sued", <https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2019/03/07/699437482/supreme-court-rules-that-world-bank-can-be-sued>, 01.07.2020, 1-2; Michelle Harrison, Kirk Herbertson, "U.S. Supreme Court to decide whether International Finance Corporation is above the law", *Business&Human Rights Resource Centre*, <https://www.business-humanrights.org/en/us-supreme-court-to-decide-whether-international-finance-corporation-is-above-the-law>, 26.06.2020, 1-2.

postupala u skladu sa zadatim ekološko-socijalnim planom koji je izradio IFC. Iako je do zagađenja došlo zato što radovi na *Tata Mundra* nisu bili u skladu sa nivoima ekološke zaštite predviđene planom, IFC nije povukao investiciju, odnosno nije proglasio kredit dospelim, što je i bio osnov za tužbu farmera i ribolovaca pogođenih zagađenjima koja je prouzrokovala fabrika i time ugrozila ekosistem, kvalitet vazduha i vode, a time i zdravlje tužilaca.³¹

Tužba je podneta nadležnom sudu Sjedinjenih Država kao zemlji sedišta ove međunarodne organizacije i to, Okružnom sudu u Distriktu Kolumbija (*US District Court for the District of Columbia*) u prvom stepenu gde su tužiocima isticali neodgovorno i nepažljivo ponašanje IFC-a koji je imao dužnost da prati razvoj investicije i postupanja fabrike nadziranjem sprovođenja radova, rada fabrike i kontrolom poštovanja pravila organizacije koji predstavljaju sastavni deo finansijske dokumentacije obavezujuće za dužnika.³²

Ukratko o prvostepenoj i drugostepenoj odluci u slučaju Jam et al. v. IFC

Dana 24. marta 2016. godine doneta je prvostepena odluka kojom je imunitet organizacije priznat i koja se zasniva na tumačenju IOIA iz 1945. godine i apsolutnom imunitetu organizacije koje ona uživa po ovom aktu koji je na postupanja organizacije primenjiv budući da je deo materijalnopravnog sistema SAD-a kao zemlje sedišta organizacije. Odluka je bazirana na presedanu *Atkinson v Inter-American Development Bank*³³, te je sud potvrdio postojanje apsolutnog imuniteta međunarodne organizacije i zauzeo stanovište da se restriktivne doktrine državnog imuniteta ne mogu primeniti na međunarodne organizacije.³⁴

Dana 23. juna 2017. godine doneta je odluka apelacionog suda u Distriktu Kolumbija po žalbi tužilaca. Odlukom u žalbenom postupku, iako je primena restriktivnog imuniteta razmatrana, na kraju se zauzelo stanovište da bi usvajanje teorije restriktivnog imuniteta i njena primena na međunarodne organizacije mogla da ugrozi imunitet suštinski dat odredbama IOIA iz 1945. godine. Sudija Pilard u drugostepenom postupku smatrao je da strukturni problem imuniteta ostaje, ali da je sudijski zadatak da se kreće u zakonodavnim okvirima, ističući da

³¹ *Ibidem*.

³² R. Gulati, 2019, op. cit., 1–3.

³³ *Atkinson v Inter-American Development Bank*, 156 F.3d 1335 (DC Cir 1998), <https://case-text.com/case/atkinson-v-inter-american-development-bank>, 29.06.2020.

³⁴ Suprotna stanovišta postojala su i ranije, npr. u slučaju *Accord OSS Nokalva, Inc. v. European Space Agency*, 617 F.3d 756, 762–64 (3d Cir. 2010), <https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1535113.html>, 29.06.2020, gde je restriktivni imunitet primenjen i na međunarodnu organizaciju.

je neuobičajena situacija da države kao tvorci međunarodnih organizacija uživaju manji stepen imuniteta nego same države.³⁵

Odluka Vrhovnog suda SAD

Kako smo ukratko pomenuli, Vrhovni sud rešavajući u trećoj instanci u slučaju *Jam et al. v. IFC* zauzeo je stav da imunitet *IFC*-a treba tumačiti restriktivno, odnosno da treba uzimati u obzir prirodu akta organizacije u vezi sa kojim je pokrenut spor. Ukoliko je taj akt komercijalne prirode, međunarodna organizacija ne bi uživala imunitet u sudskom postupku. Ovim rezonovanjem američkog Vrhovnog suda stavljena je tačka na neograničeni imunitet međunarodne organizacije kada su u pitanju komercijalne transakcije sa privatnim subjektima.

Pravno pitanje o kome je Vrhovni sud raspravljao je bilo da li opseg imuniteta međunarodne organizacije definisan u *IOIA* kao "imunitet jednak onome koji uživaju strane vlade"³⁶ treba da bude apsolutan, kakav je bio imunitet država (stranih vlada) u vreme donošenja *IOIA*, ili pak treba da bude tumačen na isti način na koji se tumači imunitet država danas – pri čemu se imunitet državama priznaje samo kada delaju u javnopravnom svojstvu, dakle nekomercijalno, u skladu sa standardom koji poznaje *FSIA* od 1976. godine.³⁷ Priznavanjem imuniteta međunarodnim organizacijama u meri u kojoj taj imunitet poseduje država, postiže se protivteža i jednakost države, s jedne strane, i međunarodne organizacije kao skupa država, s druge strane.³⁸ Na osnovu toga, rezon Vrhovnog suda je bio da definisanje imuniteta međunarodne organizacije upućivanjem na imunitet države, bez preciznijeg definisanja samog opsega imuniteta u odredbi *IOIA*, naznača je da je tendencija zakonodavca bila da dozvoli da obim imuniteta organizacija varira u odnosu na potencijalne promene obima imuniteta država, odnosno da od njega bude direktno zavistan. U suprotnom, kako je sud i istakao, imunitet organizacije bi bio definisan egzaktno, npr. taksativnim navođenjem situacija u kojima se imunitet priznaje odnosno ne priznaje, npr. imunitet u svim sudskim ili posreskim postupcima, a ne putem pukog upućivanja.³⁹ S tim u vezi, tumačenje suda je da promene obima državnog imuniteta budu adekvatno reflektovane i u obim

³⁵ R. Gulati, 2019, op. cit, 1–5.

³⁶ "Congress passed the International Organizations Immunities Act which, among other things, grants international organizations the same immunity from suit... as is enjoyed by foreign government", iz *Jam et al. v. IFC*.

³⁷ *The US Foreign State Immunities Act 1976 (s 1605(a)(2), FSIA)*.

³⁸ R. Gulati, 2017, op. cit., 1–3.

³⁹ *Supreme Court of America, Jam et al. versus International Finance Corporation, 2019, https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1011_mkhn.pdf, 28.06.2020.*

imuniteta organizacije. Dakle, ograničavanjem imuniteta države samo u situaciji kada država istupa u javnom, nekomercijalnom svojstvu (*acta iure imperii*) 1976. godine, imunitet međunarodnih organizacija kako je definisan 1945. godine, takođe bi trebalo suziti u istoj meri iako je 1945. godine taj imunitet suštinski bio širi, tj. apsolutni, budući da je i država uživala apsolutni imunitet.

Druga tendencija (podržana i u izdvojenom mišljenju sudije J. Brejera) jeste da imunitet organizacije uvek i bezrezervno treba tumačiti kao apsolutan zato što je, prvo, to bila ideja i rezon zakonodavca kada je IOIA donet 1945. godine i činjenica da tekst nakon toga nije promenjen, ide u prilog ovom tumačenju. Brejer je takođe istakao da jezičko tumačenje ovih odredbi IOIA nije opravdano u konkretnom slučaju i da se ograničavanjem imuniteta međunarodne organizacije otvaraju vrata različitim postupanjima nacionalnih sudova i pojedinih država članica i država nečlanica, koja mogu biti politički motivisana i ugroziti nezavisno i samostalno funkcionisanje međunarodne organizacije, ali i ugroziti interese pojedinačnih država članica.⁴⁰ Takođe, u izdvojenom mišljenju pojašnjeno je i da nakon zauzimanja ovakvog stava od strana većine sudijskog veća može da bude prouzrokovana nesigurnost i nepoverenje na strani međunarodnih organizacija prilikom ulaska u transakcije sa privatnim subjektima. Kako je Brejer istakao, aktivnost međunarodnih finansijskih organizacija može biti tumačena kao komercijalna budući da se pre svega ogleda u finansijskoj podršci kroz davanje zajmova i garancija. Međutim, te aktivnosti međunarodnih finansijskih organizacija se sprovode, pre svega, u cilju podrške zemljama u razvoju i borbi protiv siromaštva, u čemu je evidentan i javnopravni interes država članica organizacije.⁴¹

Stanovište koje je odnelo prevagu na nivou samog sudijskog veća bilo je da imunitet, ipak, treba posmatrati restriktivno i uzevši u obzir ograničenja imuniteta suverenih država kada nastupaju u komercijalnim poslovima. Odlukom je Vrhovni sud SAD zaustavio neograničen imunitet organizacija i njihovu apsolutnu nadmoć nad privatnim subjektima. Kako se ističe i u brojnoj literaturi⁴², ova odluka će gotovo izvesno imati veliki odjek u praksi i uticaće na buduća postupanja međunarodnih finansijskih organizacija, makar onih sa sedištem u SAD (što u principu uključuje sve organizacije u okviru Svetske banke, od kojih se davanjem finansijske podrške bave tri – IBRD, IFC, MIGA). Ujedno, privredni subjekti će se

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Bretton Woods Project, op. cit., 1-3; D. Desierto, op. cit., 2; P. Webb, Milnes Simon, op. cit., 2; V. Stackl, op. cit., 1-3; V. Ramachandran, op. cit., 1; T. McDonnell, op. cit., 1; M. Harrison, K. Herbertson, op. cit., 1-3; E. Kim, op. cit., 1; A. Kistler, op. cit., 1-4.

osećati sigurnije u pogledu mogućnosti da sudskim putem ostvare zaštitu i dobiju pravičnu naknadu u slučajevima kada su njihova prava ugrožena ili povređena.⁴³

Autor ovog rada priklanja se većinskom mišljenju zauzetom u literaturi, a pre svega većinskom mišljenju sudija američkog Vrhovnog suda i staje na stanovište da je poželjno, pre svega radi pravne sigurnosti i uspostavljanja minimuma balansa između ugovornih strana, ograničiti imunitet međunarodnih finansijskih organizacija kada istupaju u komercijalnoj ulozi. Slažemo se i sa stanovištem da je liniju između javnog i komercijalnog svojstva međunarodne finansijske organizacije praktično teško povući⁴⁴, te da se svojstvo iz kog organizacija nastupa u konkretnom slučaju treba sagledati po konkretnim segmentima i u odnosu na vrstu učinjene povrede, te i na objekt na kome se povreda odrazila. Više detalja o pristupu koji smatramo da treba zauzeti prilikom određivanja prirode pojedinačnih akata organizacije, daćemo u poglavlju koje sledi.

DEFINISANJE IMUNITETA U OSNIVAČKIM UGOVORIMA POJEDINIH MEĐUNARODNIH FINANSIJSKIH ORGANIZACIJA

Ugovori o osnivanju međunarodnih organizacija gotovo po pravilu sadrže pravila o imunitetu svake konkretne organizacije. Ova pravila su od značaja budući da su za države članice ugovori o osnivanju obavezujući (direktno ili putem ratifikacije međunarodnog ugovora).

Međunarodne finansijske organizacije okupljene pod okriljem Svetske banke – IFC, MIGA, IBRD, uživaju sledeće vrste imuniteta u skladu sa svojim ugovorima o osnivanju: imunitet u slučaju vođenja sudskog postupka protiv organizacije, nepovredivost imovine, nepovredivost arhive, imuniteti i privilegije koje uživaju zvaničnici i zaposleni pri organizacijama, poreske povlastice, oslobođenje od tereta bilo koje vrste na imovini, privilegije u komunikaciji.⁴⁵ Ovde se, pre svega, fokusiramo na imunitet od vođenja sudskog postupka protiv međunarodne organizacije.

⁴³ Suprotna stanovišta zauzimao je isti sud u odlukama *Jesner v. Arab Bank, PLC* (https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf, 01.07.2020.) iz 2018. godine i *Kiobel v Royal Dutch Petroleum* (https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf, 01.07.2020.) iz 2012. godine. Pokušaji ograničavanja imuniteta Svetske banke postojali su i znatno ranije o čemu se pisalo u okviru Bretton Woods Project, 2004, povodom spora *Ismet Zherin Khan*, zaposlene u Svetskoj banci u Bangladešu, koja je pokrenula spor pred sudovima Bangladeša.

⁴⁴ R. Gulati, 2017, op. cit., 1–3.

⁴⁵ IBRD Articles of Agreement: Art. VII; Articles of Agreement of IFC, Art. VI; Convention Establishing MIGA, Chapter VII.

Pomenuti ugovori o osnivanju međunarodnih finansijskih organizacija u okviru Svetske banke, ali i ugovori o osnivanju drugih vodećih međunarodnih finansijskih organizacija⁴⁶ ističu da se "... tužbeni zahtev može usmeriti protiv organizacije samo pred sudom koji je nadležan na teritoriji države članice u kojoj organizacija ima sedište, imenovala je agenta za prijem pismena u sudskim postupcima ili je izdala ili dala garanciju. Tužbeni zahtev se ne može isticati prema bilo kojoj državi članici organizacije niti pravnom ili fizičkom licu koja se smatraju odgovornim. Imovina organizacije bilo gde da je locirana, izuzeta je od bilo koje vrste izvršenja pre donošenja pravnosnažne odluke protiv organizacije".⁴⁷ Dakle, evidentno je da je imunitet organizacija postavljen široko u ugovorima o osnivanju sledeći pre svega princip funkcionalne potrebe, ali opet ne postavljajući nikakva jasna ograničenja.⁴⁸ Stoga je i potrebno potencijalna ograničenja tražiti na nivou nacionalnih zakonodavstava i uz primenu opštih načela međunarodnog prava.

Neka nacionalna zakonodavstva, kao na primer američko, pružaju sopstvena zakonodavna rešenja, kako smo videli u prethodnom tekstu. Međutim, neka, kao na primer zakonodavstvo Srbije, ih ne poznaju posebno. Primetna je tendencija naročito međunarodnih finansijskih organizacija u okviru Svetske banke da insistiraju i na ugovornom priznanju imuniteta od strane svog saugovarača prilikom stupanja u transakciju finansiranja i obezbeđivanja finansijske podrške da bi se na svaki način osiguralo postojanje imuniteta u slučaju spora pred nacionalnim sudom.

PРАВНА ПРИРОДА ФИНАНСИРАЊА ОД СТРАНЕ МЕЂУНАРОДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТИТУЦИЈА

Ako stanemo na stanovište restriktivnog imuniteta, autor smatra da je od izuzetne važnosti sprovođenje analize konkretne finansijske transakcije i njenih elemenata prilikom određivanja da li postoji imunitet međunarodne finansijske organizacije i da bi bilo poželjno izaći sa smernicama ili vodičima od strane ovlašćenih tela i sudova koji bi bili kriterijumi za određivanje da li određeni akt organizacije ima komponente javnog ili komercijalnog karaktera. Problem raspo-

⁴⁶ Agreement Establishing the Inter-American Development Bank, Art. IX; EBRD Articles of Agreement, Art. II.

⁴⁷ Ovo je slobodan prevod autora na bazi odredbi različitih odredbi ugovora o osnivanju nekoliko vodećih međunarodnih finansijskih organizacija koje imaju istu suštinu i pravni cilj kako bi se izbeglo bespotrebno ponavljanje citiranja suštinski identičnih odredbi.

⁴⁸ R. Gulati, 2017, op. cit., 2–4.

znavanja konkretnog akta organizacije kao javnog ili komercijalnog ostaje veoma aktuelan nakon donošenja odluke u slučaju *Jam et al. v. IFC*.⁴⁹

Prvo se postavlja pitanje da li cela transakcija treba da ima javnopravnu prirodu da bi se imunitet priznao, da li javnopravna priroda treba da bude dominantna ili da li je dovoljno da samo određeni elementi konkretne transakcije imaju javnopravnu prirodu i dovode do primene imuniteta samo ako su prava privatnih subjekata povređena konkretnim delovanjem organizacije.

Ako bi se pošlo od prirode čitave transakcije, njen karakter kao javnopravne ili komercijalne pre svega bi se sagledao iz ugla forme ugovora – da li je u pitanju međunarodni ugovor na koje se primenjuju pravila međunarodnog prava ili privatnopravni ugovor za koji je merodavno pravo određene države.⁵⁰ Pošavši od ovog kriterijuma, svaka transakcija sa međunarodnom finansijskom organizacijom i privatnim subjektom, s druge strane, smatrala bi se isključivo komercijalnom i o imunitetu organizacije ne bi moglo biti reči. Ako pođemo od analize pojedinih (bitnih) elemenata transakcije i sagledamo da li je javni ili komercijalni element dominantniji, prevashodno ćemo doći do zaključka da je komercijalni element daleko dominantniji budući da sami ugovori sadrže prilično komercijalne uslove i komponente pod kojima se daje kredit, odobrava garancija ili drugi vid finansijske podrške. Međutim, ako pođemo od potrebe da se analizira svaki akt organizacije unutar konkretne transakcije pojedinačno i postupanje organizacije meri od slučaja do slučaja, smatramo da iako je komercijalni element po broju dominantniji, razlog i cilj sprovođenja ovih transakcija finansiranja ima izrazito javnopravnu prirodu.

Naime, međunarodne finansijske organizacije za cilj imaju obnovu i podsticanje razvoja i prosperiteta zemalja u razvoju, otklanjanje siromaštva i preraspodelu sredstava sa bogatijih na siromašnije kako bi se postigla finansijska ravnoteža u svetu. Iz toga možemo zaključiti da bi se povrede komercijalnih uslova i odredbi ugovora ili prouzrokovanje štete namerom ili nepažnjom privatnim subjektima, kao što je slučaj bio u *Jam et al. v. IFC* mogle smatrati komercijalnim, te primenom restriktivne teorije imuniteta, on bi u tim slučajevima bio uskraćen organizacijama. Ukoliko je, pak, reč o povredi neke od osnovnih vrednosti i ciljeva zadatka organizacije, smatramo da bi organizaciji trebalo priznati imunitet na terenu privatnog prava, što svakako ne bi uticalo na njenu javnopravnu odgovornost za povredu normi međunarodnog prava.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer-Verlag Berlin/Heidelberg, 2012, 212.

ZAKLJUČAK

Mišljenja povodom okončanja slučaja *Jam et al. v. IFC* u literaturi su prilično nepodeljena. Odluka je gotovo sasvim podržana i izraženo je zadovoljstvo što se neograničenoj vlasti međunarodnih finansijskih organizacija stalo na put, ali u isto vreme je ostavljeno veliko praktično pitanje na koji način će se ova odluka odraziti na aktivnosti organizacija. Takođe je ostalo upitno i kako će se kriterijum komercijalnosti konkretnog posla procenjivati u praksi i na osnovu kojih kriterijuma. Iskazane su pohvale sudu da zaštiti oštećeničke, privatne subjekte koji su svakako u podređenom položaju u odnosu na organizaciju, ali i pohvale činjenici da će ova odluka podići svest organizacija i moguće da će uticati pozitivno na očvršćivanje mehanizama unutrašnje kontrole organizacija, kontrole rizika i nastanka štete, što može ojačati poslovanje organizacije, ali i uticati na povećanje averzije prema riziku i spremnost organizacije da uđe u konkretan projekat.⁵¹

Povećanje averzije prema riziku zajedno sa verovatno većim troškovima ulaska u transakciju, što može umanjiti broj transakcija naročito u siromašnim zemljama gde dužnici ne mogu da snose značajne troškove a organizacija odbije da se upušta u rizične projekte.⁵² S druge strane, ograničavanje imuniteta može pozitivno da utiče na povećanu odgovornost organizacije i brže reakcije u slučaju da dođe do povrede prava.⁵³ Takođe, koliko god povoljno po potencijalne tužioce izgledala mogućnost da pokrenu spor protiv organizacije, to ne znači nužno da će do pozitivnog ishoda u sporu doći na strani tužioca, tako da tužioci pored mogućnost da izbegnu primenu imuniteta organizacije treba da uzmu u obzir i troškove postupka i spremnost da ih snose ukoliko ne dođe do željenog ishoda.⁵⁴ Kao negativne posledice usvojenog rešenja navodi se i to da nepostojanje imuniteta može da utiče na povećanje nepoverenja privatnih subjekata prema organizacijama.⁵⁵

Stav autora po ovom pitanju je da smatra da je opravdano postojanje restriktivnog imuniteta pre svega uzevši u obzir da isti obim imuniteta poseduju suverene države a da se međunarodne organizacije sastoje od država, te je opravdanije i samim organizacijama dodeliti onoliko imuniteta koliko njihove članice

⁵¹ Bretton Woods Project, op. cit., 1–3 D. Desierto, op. cit., 1–2 P. Webb, S. Milnes, op. cit., 2 V. Stackl, op. cit., 1 V. Ramachandran, op. cit., 2 T. McDonnell, op. cit., 2 M. Harrison, K. Herbertson, op. cit., 1–4 E. Kim, op. cit., 2 A. Kistler, op. cit., 2.

⁵² V. Ramachandran, op. cit., 2.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ T. McDonnell, op. cit., 2.

⁵⁵ M. Harrison, K. Herbertson, op. cit., 2.

poseduju, budući da se subjektivitet organizacije crpi iz suverenosti njenih država članica. S druge strane, kontrola postupanja organizacija svakako da postoji i bez obzira na imunitet jer se superiornost organizacije svakako ne ogleda u neograničenoj moći bez bilo kakve kontrole. Autor se slaže da će restriktivni imunitet svakako doprineti povećanoj averziji prema riziku od strane organizacije koja će biti praćena boljim mehanizmima kontrole i interne odgovornosti, što je pohvalno, ali i povećanju troškova i smanjenju investicija naročito u siromašnijim zemljama u kojima su rizici i inače izraženiji.

MARIJA VIĆIĆ

Attorney at law in cooperation with Karanović & Partners law firm

Ph.D. candidate, Faculty of Law, University of Belgrade

IMMUNITY OF INTERNATIONAL FINANCIAL ORGANIZATIONS
FROM THE PERSPECTIVE OF *JAM ET AL. VERSUS INTERNATIONAL
FINANCE CORPORATION* CASE

Summary

*The Case Jam et al. v. IFC*⁵⁶ completed under the decision of American Supreme Court rendered in the beginning of 2019, opened (once again) a window for wide discussions and interpretations of the scope of immunity contributed to the international financial organisations. The immunity of international financial organisations is specifically interesting due to a role of those organisations and their volume in modern financial society. Huge financial differences among the developed and developing countries are still obvious and interest of international community tends to reach the balances between those differences. In this paper author explains mentioned decision *Jam et al. v. IFC* and analyse reasoning of the American Supreme Court which, after two discussions in the merits of the case conducted by lower ranked courts, took the approach that the immunity contributed to international financial organisations should be interpreted restrictively similarly to the immunity of sovereign state acting in its commercial capacity.

Key words: immunity, international organisation, IFC, Supreme Court of the USA

Literatura

Blokker M. N., Schermers G. H., *International Institutional Law*, Martineus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2011.

Desierto D., "SCOTUS Decision in *Jam et al v. International Finance Corporation (IFC) Denies Absolute Immunity to IFC... With Caveats*", *Blog of the European Journal of In-*

⁵⁶ *Supreme Court of America, Jam et al. versus International Finance Corporation, 2019, https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1011_mkhn.pdf, 28.06.2020.*

- ternational Law, <https://www.ejiltalk.org/scotus-decision-in-jam-et-al-v-international-finance-corporation-ifc-denies-absolute-immunity-to-ifc-with-caveats/>, 2019, 26.06.2020.
- Dörr O., Schmalenbach K., *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer-Verlag Berlin/Heidelberg, 2012.
- Droesse G., *Membership in International Organizations – Paradigms of Membership Structures, Legal Implications of Membership and the Concept of International Organization*, Springer Link, 2020.
- Bin G., Chengjin X., “A Critique of Immunity for Multilateral Development Banks in National Courts”, *The Chinese Journal of Global Governance*, Tom 4, br. 1, Brill, Nijhoff, 2018.
- Gulati R., “The Immunities of International Organizations: The End of Impunity?”, *Opinio Iuris*, <http://opiniojuris.org/2019/03/01/the-immunities-of-international-organisations-the-end-of-impunity/>, 2019.
- Gulati R., “The Conundrum of International Organizations Immunities: Jam et al v International Finance Corporation (Part 1 of 2)”, *Opinio Iuris*, <https://opiniojuris.org/2017/07/10/the-conundrum-of-international-organisations-immunities-jam-et-al-v-international-finance-corporation-part-1-of-2/>, 2017.
- Gulati R., “The Conundrum of International Organizations Immunities: Jam et al v International Finance Corporation (Part 2 of 2)”, *Opinio Iuris*, <https://opiniojuris.org/2017/07/11/the-conundrum-of-international-organisations-immunities-jam-et-al-v-international-finance-corporation-part-2-of-2/>, 2017.
- Harrison M., Herbertson K., “U.S. Supreme Court to decide whether International Finance Corporation is above the law”, *Business & Human Rights Resource Centre*, <https://www.business-humanrights.org/en/us-supreme-court-to-decide-whether-international-finance-corporation-is-above-the-law>, 2019.
- Herz S., *International Financial Institutions International Law*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010.
- Kim E., “The Supreme Court Rules in Jam v. International Finance Corporation,” *Hard National Security Choices Lawfare*, <https://www.lawfareblog.com/supreme-court-rules-jam-v-international-finance-corporation>, 2019.
- Kistler A., “Supreme Court Rules that World Bank Group Can Be Sued in US Courts in Historic Decision”, *Center for International Environmental Law*, <https://www.ciel.org/news/supreme-court-rules-world-bank-group-immunity-jam-v-ifc/>, 2019.
- McDonnell T., “U.S. Supreme Court Rules That World Bank Can Be Sued”, <https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2019/03/07/699437482/supreme-court-rules-that-world-bank-can-be-sued>, 2019.
- Milislavljević B., “Imunitet države u međunarodnom pravu – osvrt na rad komisije za međunarodno pravo”, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2014.

- Mmiselo Freedom Q., “Balancing international financial institutions’ immunity with private individual’s right to effective remedy”, <https://doi.org/10.1080/10220461.2020.1729853>, 2020.
- Ramachandran V., “In a 7-1 Decision, the United States Supreme Court Rules that the IFC Is Not Above the Law”, *Center for Global Development*, <https://www.cgdev.org/blog/7-1-decision-united-states-supreme-court-rules-ifc-not-above-law>, Vašington, 2019.
- Reinisch A., Treichl C., “Domestic Jurisdiction over International Financial Institutions for Injuries to Project-Affected Individuals”, *International Organizations Law Review*, Tom 16, br. 1, 2019.
- Rutsel Silvestre J. M., Hassane C., Bradlow D. D., Kingsbury B., “International Financial Institutions and Claims of Private Parties: Immunity Obliges”, *The World Bank Legal Review*, Vašington, 2019.
- Stackl V., “Judge Declares World Bank Immunity Cases “Wrongly Decided”; Indian Plaintiffs Ask D.C. Circuit Court of Appeals to Review “Absolute Immunity” Doctrine”, *Earth Rights International*, <https://www.cadtm.org/Judge-Declares-World-Bank-Immunity>, 2019.
- Webb P., Milnes S., “Immunities of International organisations after the surprise decision in *Jam v IFC*: a look ahead”, *Essex Street*, <https://twentyessex.com/wp-content/uploads/2019/06/20-Essex-Street-report-Immunities-of-international-organisations.pdf>, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 24.09.2020.

Prihvaćen: 03.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MILIJANA TRIFKOVIĆ

ULOGA MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE U ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA

Napuštanje strogo državocentričnog pristupa, pridavanje sve većeg značaja principu poštovanja ljudskih prava i detaljno razrađena pitanja od značaja za ljudska prava neretko su uočljivi u izdvojenim mišljenjima pojedinih sudija Međunarodnog suda pravde. Pitanje koje se nameće je da li takvo rezonovanje može postati zastupljenije u odlukama samog Suda i koliko odluke Suda i izdvojena mišljenja njegovih sudija doprinose efikasnijoj zaštiti ljudskih prava. Ovde će pomenuta pitanja biti razmotrena s osvrtom na postupke pred Sudom u čijem središtu su bili pravo na samoopredeljenje, diplomatska i konzularna zaštita, nuklearno oružje i imunitet država, kao i na postupke iz novije prakse u kojima se Sud, uporedo sa interesima država, bavio i ljudskim pravima i određivao privremene mere u cilju zaštite ugroženih pojedinaca. Analizirane odluke pokazuju da je Sud češće usporavao tendencije koje imaju za cilj da obezbede efikasniju zaštitu pojedinaca, nego što se upuštao u progresivni razvoj ljudskih prava, ali da uprkos tome ima potencijal da doprinese ostvarivanju ljudskih prava.

Ključne reči: Međunarodni sud pravde, pravo na samoopredeljenje, nuklearno oružje, diplomatska zaštita, imunitet

U V O D

Međunarodni sud pravde (dalje: Sud) glavni je sudski organ Ujedinjenih nacija (dalje: UN), osnovan sa primarnom ulogom da rešava sporove među dr-

Milijana Trifković, master, studentkinja doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: milijana.trifkovic@gmail.com.

žavama. Imajući u vidu značaj ljudskih prava u sistemu UN, postavlja se pitanje u kojoj meri Sud, premda primarno osnovan radi rešavanja međudržavnih sporova, doprinosi zaštiti ljudskih prava. Nastojeći da odgovori na pomenuto pitanje, rad najpre posvećuje pažnju slučajevima koji su se bavili pravom na samoopredeljenje, jer su to bili prvi slučajevi koji su potvrdili važnost Suda u oblasti ljudskih prava. Zatim su analizirani postupci diplomatske zaštite, uključujući i slučajeve koji su se odnosili na kršenje prava na konzularnu pomoć, koji su postepeno prerasli u istinske slučajeve zaštite ljudskih prava. Zbog njihovog značaja kako za prava pojedinaca, tako i za celo čovečanstvo, rad se osvrće i na postupke koji su se odnosili na nuklearno naoružanje. Važnim se pokazalo i pitanje imuniteta država u kontekstu odgovornosti za teške povrede ljudskih prava, kojim se Sud bavio od 2000–2012. godine i doneo odluke koje ne daju razlog za optimizam u pogledu progresivne uloge Suda u oblasti ljudskih prava.

Među analiziranim odlukama nalaze se kako one koje potvrđuju da Sud može imati važnu ulogu u zaštiti ljudskih prava, tako i one koje podsećaju da je potrebno imati obazriva očekivanja po tom pitanju. Neretko je proaktivna uloga izostajala onda kada se od Suda najviše očekivalo i kada je, zajedno sa onima koji su postupak pokrenuli, cela međunarodna zajednica čekala ishod postupka. Kako su u tim postupcima u izdvojenim mišljenjima pojedinih sudija uočljiva detaljno razjašnjena pitanja od značaja za prava pojedinaca i napuštanje državocentričnog pristupa, rad razmatra i da li izdvojena mišljenja mogu doprineti boljoj zaštiti ljudskih prava. Njihova uloga analizirana je s posebnim osvrtom na odluke koje su se odnosile na imunitet i teške povrede ljudskih prava.

PRAVO NA SAMOOPREDELJENJE

Potvrdu značajnog uticaja Suda u oblasti ljudskih prava nalazimo u odlukama koje su se odnosile na pravo na samoopredeljenje. Upravo je tim odlukama postavljena osnova na kojoj se potom kristalísalo pravo na samoopredeljenje kao ljudsko pravo, koje je u kontekstu dekolonizacije shvatano kao *conditio sine qua non* za uživanje pojedinačnih ljudskih prava.¹ Međutim, i u toj oblasti gde je nesporna progresivna uloga Suda u razvoju ljudskih prava, Sud nije bio dosledan u

¹ Gino Naldi, "The East Timor Case and the Role of the International Court of Justice in the Evolution of the Right of Peoples to Self-determination", *Australian Journal of Human Rights*, Tom 5, br. 1, 1999; Bruno Simma, "Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?", *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, (eds. Holger P. Hestermeyer et al.), Brill, Nijhof, 2012, 577–603. U fazi razvoja tog prava, Sud se samoopredeljenjem bavio u dva parnična postupka pokrenuta 1960. godine i u savetodavnim mišljenjima koja su se odnosila na Jugozapadnu Afriku iz 1950, 1955. i 1971. i Zapadnu Saharu iz 1975. godine. Više o tome Shiv Bedi,

toj ulozi, niti imun na čestu karakteristiku svoje jurisprudencije, a to je sklonost ka preteranom formalizmu. Isuviše formalistički pristup rezultirao je donošenjem oštro kritikovane odluke u sporu *Jugozapadna Afrika*.²

Jugozapadna Afrika (Liberija i Etiopija protiv Južne Afrike)

Etiopija i Liberija su 1960. godine Sudu podnale tužbe protiv Južne Afrike, nastojeći da okončaju politiku aparthejda koju je tužena država sprovodila u Jugozapadnoj Africi (današnjoj Namibiji), koja joj je poverena na upravljanje mandatom Društva naroda.³ Odbrana Južne Afrike oslonila se na tvrdnju da Liberija i Etiopija nemaju aktivnu legitimaciju da pokrenu postupke.⁴ U prvoj fazi, 1962. godine, Sud je odbio prethodne prigovore Južne Afrike, ali je 1966. godine ipak prihvatio argument o nepostojanju pravnog interesa za podnošenje tužbe.⁵ Odbio je da donese meritornu odluku, a samim tim i da se izjasni o politici aparthejda.⁶ Odabran je formalistički i restriktivan pristup iako je to značilo ignorisanje teških povreda ljudskih prava koje su pripisivane tuženoj državi. Nije prihvaćen ni argument o postojanju stanja nužnosti koje opravdava priznavanje prava na *actio popularis*, tj. pokretanja postupka u opštem interesu.⁷ Pomenuto dobija dodatnu težinu ako se ima u vidu da je tužena država tvrdila da ne postoji norma koja zabranjuje aparthejd. Ipak, sudija Tanaka zabranu aparthejda poistovećuje sa za-

The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice, Hart Publishing, 2007, 109–297.

² Za kritiku presude videti John Dugard, “1966 and all that. The South West Africa judgment revisited in the East Timor Case”, *African Journal of International and Comparative Law*, Tom 8, br. 3, 1996 i Ingo Venzke, “Public Interests in the International Court of Justice – A Comparison between Nuclear Arms Race (2016) and South West Africa (1966)”, *American Journal of International Law*, Tom 111, Unbound, 2017.

³ Etiopija i Liberija su tražile da se utvrdi da je Južna Afrika prekršila obaveze iz Mandata za Jugozapadnu Afriku jer je sprovodila politiku aparthejda, umesto da doprinosi dobrobiti tamošnjeg stanovništva. Tužbu su zasnovale na čl. 7 Mandata koji je predviđao obaveznu nadležnost Stalnog suda međunarodne pravde za sve sporove koji bi u vezi sa mandatom za Jugozapadnu Afriku nastali između Južne Afrike i bilo koje članice Društva naroda. Sa prestankom postojanja Stalnog suda međunarodne pravde obavezna nadležnost preneti je na Sud. *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion; I.C.J. Reports 1950, p. 128 i *South-West Africa Cases* (Preliminary Objections), Judgment of 21 December 1962, I.C.J. Reports 1961, p. 319.

⁴ *South West Africa Cases* (Preliminary Objections).

⁵ *West Africa Cases (Ethiopia v. Union of South Africa; Liberia v. South Africa)*, Order of 20 May 1961: ICJ Reports 1961, p. 13.

⁶ J. Dugard, op. cit.

⁷ *West Africa Cases*, para. 88.

branom diskriminacije i dodaje da princip jednakosti, i bez izričitog pomena u mandatu, predstavlja integralni deo mandatnog sistema.⁸ Tanaka zabranu diskriminacije nalazi u čl. 38 1(c) Statuta Suda, koji predviđa opšta pravna načela priznata od strane prosvćenih naroda kao izvor prava, i podseća da uključivanje tih načela predstavlja otklon od pozitivističke doktrine shodno kojoj međunarodno pravo čine samo pravila koja su države izričito prihvatile.⁹ Međutim, u odluci iz 1966. godine, pozitivistička doktrina i formalizam odneli su prevagu nad principom nediskriminacije. To je bila poražavajuća poruka i to ne zbog toga što se očekivalo da Sud zakorači u progresivni razvoj ljudskih prava. Okolnost da je u Mandatu Južne Afrike postojao osnov za zasnivanje nadležnosti, ali da je Sud ipak odbio da osudi aparthejd i ubrza oslobađanje Jugozapadne Afrike, osnovni je razlog za kritiku uskog i formalističkog rezonovanja.¹⁰

Ipak, u nizu slučajeva u fazi nastanka prava na samoopredeljenje, odluka iz 1966. godine predstavljala je odstupanje od istinskih nastojanja Suda da doprinese dekolonizaciji, ostvarivanju ljudskih prava i upotrebi međunarodnog prava u tom cilju.¹¹ Istom cilju doprinela su izdvojena mišljenja sudija koji su glasali protiv odluke iz 1966. godine i obrazložili zašto je Sud trebalo da zauzme drugačiji stav, kako o nadležnosti, tako i o suštinskim pitanjima, poput aparthejda i nediskriminacije. Dugoročno posmatrano, njihovi stavovi i tumačenje ljudskih prava odneli su prevagu nad konzervativnom odlukom Suda.¹² Kada je naknadno traženo savetodavno mišljenje o mandatu Južne Afrike u Namibiji, Sud je dobio priliku da odgovori na pitanje koje je ostalo neodgovoreno 1966. godine.¹³ Verovatno uzimajući u obzir i kritiku odluke iz 1966. godine, zaključio je da je praksom aparthejda Južna Afrika prekršila i mandat i Povelju UN.

Istočni Timor (Portugal protiv Australije)

Pravom na samoopredeljenje Sud se bavio bezmalo trideset godina kasnije u sporu *Istočni Timor*, čiji je ishod takođe naišao na kritiku. Pre razmatranja slučaja Istočni Timor, radi razumevanja razloga zbog kojih je epilog tog spora doče-

⁸ Opinion of Tanaka to ICJ, *South West Africa*, Second Phase. S. Bedi, op. cit., 130.

⁹ Opinion of Tanaka to ICJ, *South West Africa*, Second Phase.

¹⁰ J. Dugard, op. cit.

¹¹ S. Bedi, op. cit., 112.

¹² *Ibidem*, 8.

¹³ *Legal Consequences for States of Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. ICJ Reports 1971, 16; J. Dugard, op. cit.

kan sa nezadovoljstvom, potrebno je osvrnuti se na odluku *Barcelona Traction*.¹⁴ Ta odluka važna je za ljudska prava zbog povlačenja razlike između recipročnih obaveza država u oblasti diplomatske zaštite, na jednoj strani, i obaveza koje države imaju prema međunarodnoj zajednici kao celini, na drugoj strani. Ove druge obaveze, koje Sud označava kao *erga omnes* obaveze, tiču se svake države i, zbog značaja prava na koje se odnose, sve države imaju pravni interes da zahtevaju njihovo poštovanje. Kao primer *erga omnes* obaveza Sud navodi obaveze koje proizlaze iz zabrane ropstva, genocida, rasne diskriminacije.¹⁵

U sporu *Istočni Timor*, Portugal je podneo tužbu protiv Australije upravo sa osloncem na *erga omnes* obaveze i tvrdnju da pravo naroda na samoopredeljenje ima karakter *erga omnes*.¹⁶ Tužbi je prethodio ugovor Australije sa Indonezijom koji se odnosio na Istočni Timor – teritoriju koju je Indonezija okupirala 1975. godine.¹⁷ Portugal je tvrdio da je zaključenjem tog ugovora Australija povredila pravo naroda Istočnog Timora na samoopredeljenje. Australija je smatrala da je postupak protiv nje pokrenut samo zato što je postojao osnov da Sud zasnuje nadležnost u odnosu na Australiju, a ne i u odnosu na Indoneziju, te da istinski spor između Australije i Portugalije ne postoji. Istakla je i da bi Sud morao da odlučuje o pravima i obavezama Indonezije koja nije strana u sporu.¹⁸ Posebno je važan argument Portugala da su prava koja je Australija prekršila *erga omnes* karaktera i da stoga Portugal može od Australije da zahteva da ih poštuje. Sud nije prihvatio prigovor Australije da između nje i Portugala ne postoji spor. Potvrdio je *erga omnes* karakter prava na samoopredeljenje.

Međutim, kad je trebalo da utvrdi da li je došlo do kršenja tog prava i obaveza *erga omnes*, Sud je istakao da su obaveze *erga omnes* i pravila o saglasnosti države, kao uslov za nadležnost Suda, različite stvari.¹⁹ Smatrajući da bi suštinu spora činilo odlučivanje o pravima i obavezama Indonezije, te da bi u nedostatku

¹⁴ *Barcelona Traction* bilo je preduzeće osnovano u Kanadi, koje je poslovalo i u Španiji i među čijim akcionarima je bio veliki broj belgijskih državljana. Španske vlasti su otežale poslovanje kompaniji i uzrokovale njen bankrot. Pošto je time oštećen veliki broj belgijskih državljana, Belgija je protiv Španije podnela tužbu Sudu. Zaključeno je da Belgija nije legitimisana da pokrene postupak jer je reč o kompaniji registrovanoj u Kanadi, bez obzira na državljanstvo akcionara. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, ICJ Reports 1970, p. 3, para. 33–34.

¹⁵ Više o tome Ivana Krstić, *Univerzalna nadležnost u međunarodnom pravu za teške povrede ljudskih prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 73–75.

¹⁶ *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90.

¹⁷ *Ibidem*. Ugovorom između Indonezije i Australije stvorena je zona kooperacije u morskom pojasu između “indonežanske provincije Istočnog Timora i Severne Australije”.

¹⁸ *East Timor (Portugal v. Australia)*.

¹⁹ *Ibidem*.

njenog pristanka to bilo suprotno principu da je za zasnivanje nadležnosti potreban pristanak strana u sporu, Sud je odbio da donese meritornu odluku. Takav ishod bio je razočaravajući jer, kao što su istakli sudije Viramantri (*Weeramantry*) i Skubiševski (*Skubiszewski*), suština spora ticala se postupanja Australije, o čemu je Sud mogao da se izjasni i bez ispitivanja postupaka Indonezije.²⁰

Mimo ove dve kritikovane odluke iz 1966. i 1995. godine tekao je celi proces dekolonizacije i izgradnje prava na samoopredeljenje u kom je značaj Suda nesporan i zahvaljujući čemu Sud ima važno mesto u zaštiti ljudskih prava, iako domašaj te uloge ne treba precenjivati. I znatno kasnije, Sud je pravo na samoopredeljenje potvrdio u savetodavnom mišljenju povodom izgradnje zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji.

Pravne posledice izgradnje Zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji

Radi navodne zaštite od palestinskih terorističkih napada, Izrael je duž Zapadne obale postavio zid koji velikim delom prolazi kroz zemljište u vlasništvu Palestinaca i lokalnom stanovništvu ograničava slobodu kretanja i pristup uslugama i službama.²¹ Generalna skupština UN zatražila je savetodavno mišljenje o pravnim posledicama izgradnje tog zida. Sud je zaključio da izgradnja ove barijere ozbiljno ugrožava ostvarivanje palestinskog naroda na samoopredeljenje.²² Ponovljen je zaključak iz spora *Istočni Timor o erga omnes* karakteru prava na samoopredeljenje. Značaj tog mišljenja ne iscrpljuje se u domenu prava na samoopredeljenje. Suprotno tvrdnjama Izraela, Sud je zaključio da ugovori o ljudskim pravima važe i za vreme oružanih sukoba, kao i na okupiranim teritorijama. Posebno je istakao da se Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Konvencija o pravima deteta primenjuju kako na teritoriji nad kojom država ima suverenitet, tako i na teritoriji nad kojom država vrši teritorijalnu nadležnost, čime je proširio domašaj ovih važnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava.²³ U tom mišljenju Sud se prvi put pozivao na praksu Komiteta za ljudska prava i Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava.²⁴

²⁰ G. Naldi, op. cit.

²¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, para. 133.

²² *Ibidem*. S. Bedi, op. cit., 337–350.

²³ S. Bedi, op. cit., 342–344.

²⁴ Mads Andenas, Reassertion and Transformation: From Fragmentation to Convergence in International Law, *Georgetown Journal on International Law*, Tom 46, 2015, 727.

DIPLOMATSKA I KONZULARNA ZAŠTITA

Za ocenu uloge Suda u zaštiti ljudskih prava od značaja je i oblast diplomatske i konzularne zaštite i slučajevi Notebom (*Nottebohm*), LaGrand (*LaGrand*) i Dijalo (*Diallo*). Ishod postupka pred Sudom nije bio povoljan po pojedinca koji se našao u središtu spora Notebom. U tom sporu, Sud je Lihtenštajnu onemogućio da pruži diplomatsku zaštitu svom naturalizovanom državljaninu Notebomu. Zbog jednostavnog opisa državljanjskog odnosa – kao *efektivne i stvarne veze* između države i pojedinca²⁵ – odluka u tom sporu postala je jedna od citiranijih u oblasti prava na državljanstvo. Smatrajući da u konkretnom slučaju *stvarna i efektivna veza* nije postojala između gospodina Noteboma i Lihtenštajna – države čije državljanstvo je formalno stekao i koja je pokušala da mu pruži diplomatsku zaštitu, Sud je zahtev za diplomatskom zaštitom ocenio neprihvatljivim.²⁶ Uslovljavanje diplomatske zaštite faktičkom povezanošću naturalizovanog lica i države kritikovano je jer je koncept efektivnog državljanstva, koji je relevantan za slučajeve dvojnog i višestrukog državljanstva, primenjen na lice koje je imalo samo jedno državljanstvo i kome nijedna druga država nije mogla da pruži diplomatsku zaštitu.²⁷ Taj spor pokazuje i da praksa Suda ne prati uvek nastojanja usmerena ka zaštiti ljudskih prava, jer je odluka bila u suprotnosti sa naporima da se smanji broj apatrida koji zbog neposjedovanja državljanstva ostaju bez diplomatske zaštite.²⁸

U slučaju *LaGrand*, sporu između Nemačke i Sjedinjenih Američkih Država prethodio je propust SAD da dva nemačka državljanina osuđena na smrtnu kaznu obavesti o pravu da kontaktiraju sa svojim konzulatom, predviđenom čl. 36 1(b) Bečke konvencije o konzularnim odnosima (dalje: Bečka konvencija). Nemačka ni pomoću privremenih mera Suda nije uspela da spreči izvršenje smrtno kazne nad svojim državljaninom LaGrandom. Ipak, taj spor ostaje zna-

²⁵ Sud je državljanstvo definisao kao pravnu vezu koja u osnovi ima društvenu činjenicu povezanosti, postojanje stvarne veze, interesa i emocija, zajedno sa recipročnim pravima i dužnostima. Osvrćući se na praksu nadležnih tela u vezi sa određivanjem države koja je najpozvanija da pruži diplomatsku zaštitu licima sa dvojnim državljanstvom, Sud je zaključio da se u praksi primat daje *stvarnom i efektivnom državljanstvu*, koje počiva na snažnijoj faktičkoj povezanosti pojedinca i jedne od država čije državljanstvo pojedinac ima (kurziv naš). *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment, I.C.J. Reports 1955, 4.

²⁶ *Ibidem*. Mads Andenas, Jurisdiction, Procedure and the Transformation of International Law: From *Nottebohm* to *Diallo* in the ICJ, *European Business Law Review*, Tom 23, 2012, 127–138.

²⁷ Oliver Dorr, *Nationality*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law; Hans Goldschmidt, “Recent Applications of Domestic Nationality Laws by International Tribunals”, *Fordham Law Review*, Tom 28, br. 4, Article 4, 1959, 689 i 692.

²⁸ *Ibidem*.

čajan za ljudska prava. U daljem postupku, Sud se prvi put izjasnio o karakteru privremenih mera i istakao da one imaju obavezujući karakter.²⁹ Odluka u tom sporu potvrdila je da Bečka konvencija stvara individualna prava koja pripadaju direktno pojedincima i doprinela je humanizaciji Bečke konvencije i međunarodnog prava, kao i prepoznavanju ljudskog bića kao krajnjeg adresata međunarodnog prava.³⁰

Isti pristup nastavljen je u sporu *Dijalo*, nastalom zbog hapšenja i proterivanja državljanina Gvineje od strane DR Kongo. Sud je utvrdio da su okolnosti njegovog proterivanja predstavljale kršenje međunarodnog prava i prava garantovanih čl. 36 1(b) Bečke konvencije.³¹ To je bio prvi slučaj u kom se Sud pozivao na praksu regionalnih sudova za zaštitu ljudskih prava, što je navelo sudiju Trindadea da tu odluku označi kao početak nove ere u presuđivanju slučajeva iz oblasti ljudskih prava pred Sudom.³²

NUKLEARNO ORUŽJE

Rizici povezani sa nuklearnim oružjem dovode u pitanje osnovne garantije iz ključnih međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, pa i sam opstanak čovečanstva. Stoga su razumljiva očekivanja od Suda da doprinese umanjenu tih rizika. Međutim, Sud je tendenciozno izbegavao da to učini i upravo je u postupcima u vezi sa nuklearnim oružjem uočljiva većina nedostataka na kojima počiva kritika dosadašnje i skepticizam u pogledu buduće uloge Suda u oblasti ljudskih prava: preterani formalizam i pozitivizam, balansiranje između politike i prava i statična uloga kada je u pitanju zaštita ljudskih prava. Suprotne tendencije uočavamo u izdvojenim mišljenjima pojedinih sudija.

Nuklearne probe (Australija i Novi Zeland protiv Francuske)

Prve postupke pred Sudom koji su se odnosili na nuklearno oružje pokrenuli su 1973. godine Australija i Novi Zeland zbog atmosferskih nuklearnih proba koje je Francuska sprovodila u Južnom Pacifiku. Od Suda je traženo da utvrdi

²⁹ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, para. 99; S. Bedi, op. cit., 269.

³⁰ S. Bedi, op. cit., 262–273.

³¹ *Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, I.C.J. Reports 2010, p. 639.

³² Sud se pozivao na rad Međuameričkog suda za ljudska prava, Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) i Afričke komisije za ljudska prava. Opinion of Trindade to ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, para. 237; Opinion of Trindade to ICJ, *Qatar v. UAE*, para. 7; B. Simma, op. cit., 577–603.

da su nuklearne probe koje je Francuska vršila i koje su uzrokovale dospeće radioaktivnog otpada na teritoriju tužilaca, predstavljale kršenje njihovih prava. Traženo je i da se utvrdi da je sprovođenje atmosferskih nuklearnih proba suprotno međunarodnom pravu i da Sud zabrani dalje vršenje nuklearnih proba. Istaknuto je i da obaveza uzdržavanja od nuklearnih proba spada u kategoriju obaveza *erga omnes* i da svaka država ima pravni interes da zahteva poštovanje tih obaveza.³³ Međutim, ovo je ostao još jedan u nizu slučajeva u kojima je pozivanje na obaveze *erga omnes* ostalo bez odgovarajućeg epiloga. Sud jeste privremenim merama naložio Francuskoj da obustavi dalje probe, ali meritorna odluka je izostala. Francuska je najavila da obustavlja vršenje nuklearnih atmosferskih proba, što je Sudu bilo dovoljno za zaključak da nema osnova za nastavak postupka. Zaključeno je da između Novog Zelanda, Australije i Francuske više ne postoji spor.³⁴ Nekoliko sudija nije se složilo sa tom odlukom i istakli su da je tužbama traženo donošenje deklaratorne odluke koja bi potvrdila da nuklearne atmosferske probe nisu u skladu sa međunarodnim pravom.³⁵ Prema njihovom mišljenju, spor između država nije prestao da postoji jer se od samog početka odnosio i na pitanje dozvoljenosti nuklearnih proba,³⁶ a ne na puko okončanje proba.

Sud je ostavio mogućnost preispitivanja slučaja ako bi naknadnim postupcima Francuske osnova odluke bila dovedena u pitanje.³⁷ Stoga je 1995. godine, kada je Francuska najavila nove nuklearne probe, Novi Zeland zatražio otvaranje slučaja iz 1973. godine. Međutim, Sud je odbacio zahtev zbog toga što se Francuska 1973. godine obvezala da se uzdrži od vršenja *atmosferskih* nuklearnih proba, dok je 1995. godine najavila sprovođenje *podzemnih* nuklearnih proba (kurziv naš).³⁸ Bez obzira na vrstu nuklearnih proba, posledice koje je Novi Zeland pokušavao da spreči i 1973. i 1995. godine bile su iste, a zabrinutost zbog koje je nastao spor 1973. godine nije ograničena na atmosferske nuklearne probe.³⁹ Imajući u vidu razloge protivljenja nuklearnim probama, važnost vrednosti koji se time

³³ *Nuclear Tests Case (Australia v. France; New Zealand v. France)*, I.C.J. Reports 1974. Videti i Opinion of Brawick to ICJ, *Nuclear Test Case*.

³⁴ *Nuclear Test Case*.

³⁵ Opinion of Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldock to ICJ, *Nuclear Test Case*, para. 7.

³⁶ *Ibidem*, para. 19; Opinion of Brawick to ICJ, *Nuclear Test Case*.

³⁷ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 1974 in the Nuclear Test (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 288, para. 63.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Opinion of Koroma to ICJ, *New Zealand v. France*.

nastoje zaštititi i ozbiljnost opasnosti koja im pretila, ispoljeni formalizam i odbijanje Suda da doprinese pojašnjenju tako važnog pitanja čini se iznenađujućim.

Zakonitost upotrebe ili pretnje nuklearnim oružjem

Izbegavanje nadležnosti u postupcima koji se odnose na nuklearno oružje nastavljeno je povodom zahteva Svetske zdravstvene organizacije (dalje: SZO) za savetodavno mišljenje u vezi sa rizicima od nuklearnog oružja po životnu sredinu i zdravlje. Sud je zaključio da ne može dati traženo mišljenje jer postavljeno pitanje ne spada u mandat SZO.⁴⁰

Istim povodom Sudu se obratila Generalna skupština UN sa pitanjem da li je pretnja nuklearnim oružjem ili njegova upotreba u bilo kojim okolnostima dozvoljena u međunarodnom pravu. Iako više nije bilo prostora za izbegavanje nadležnosti, ishod je pokazao da su isuviše optimistična očekivanja da bi Sud mogao doprineti umanjenju rizika od nuklearnog oružja. Sud je zaključio da u svetlosti pozitivnog prava ne može sa sigurnošću utvrditi da li bi pretnja nuklearnim oružjem ili njegova upotreba u izuzetnim slučajevima samoodbrane, u kojima bi sam opstanak države bio doveden u pitanje, bila zakonita.⁴¹ Odgovor je zasnovan na nepostojanju norme međunarodnog prava koja izričito zabranjuje svaku upotrebu nuklearnog oružja.⁴² Nesporno je da takva norma ne postoji, jer bi u protivnom mišljenje Suda u tom postupku bilo izlišno. Stoga se od Suda očekivalo da će na tadašnjem stepenu razvoja međunarodnog prava i upoznatosti sa rizicima od nuklearnog oružja dovesti u vezu brojne akte iz kojih proizlazi zabrana upotrebe nuklearnog oružja.⁴³

Tenzije između ljudskih prava i opstanka čovečanstva, na jednoj strani, i nuklearnog oružja, na drugoj strani, bio je svestan i predsednik Suda Bedjaoui, čiji je glas bio odlučujući prilikom donošenja ovog mišljenja.⁴⁴ U svojoj deklaraciji uz savetodavno mišljenje istakao je da upotreba nuklearnog oružja ugrožava opstanak čovečanstva i da bi bilo nesmotreno postaviti opstanak države iznad svih drugih obzira, a naročito iznad opstanka čovečanstva.⁴⁵ Ipak, pozitivistički

⁴⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

⁴¹ *Ibidem*. Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2010, 742.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ I sam Sud pominje principe humanitarnog prava koji su *prima facie* nespojivi sa zaključkom o legalnosti upotrebe nuklearnog oružja, a osvrće se i na De Martensovu klauzulu. Više o tome M. Kreća, op. cit., 740–742.

⁴⁴ S. Bedi, op. cit., 313 i 319–320.

⁴⁵ Declaration of Bedjaoui, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*; S. Bedi, op. cit., 319–320.

obziri nisu dali prednost opstanku čovečanstva. Sudija Bedjaoui izrazio je nadu da će međunarodna zajednica otkloniti nesavršenosti međunarodnog prava⁴⁶ i napraviti korak koji Sud tada nije bio spreman da učini u cilju suzbijanja pretnji od nuklearnog oružja. Dvadeset godina kasnije, u sporu između Maršalskih Ostrva i Velike Britanije, Sud je ponovo propustio priliku da doprinese umanjenju rizika od nuklearnog oružja. Sudija Bedjaoui, predsednik Suda u vreme donošenja mišljenja iz 1996. godine, našao se u ulozi *ad hoc* sudije u postupku koji su pokrenula Maršalska Ostrva i mogao je jasno da sagleda da međunarodna zajednica u međuvremenu nije ispunila očekivanja u pogledu umanjenja rizika od nuklearnog oružja, kao i da Sud i dalje nije spreman da preuzme takvu ulogu. Štaviše, odluke iz 2016. godine povodom tužbe Maršalskih Ostrva pokazuju da je, nastojeći da izbegne takvu ulogu, Sud sklon da pribegne još neshvatljivijem formalizmu nego 1996. godine.

Nuklearno razoružanje (Maršalska Ostrva protiv Velike Britanije, Pakistana i Indije)

Postupci koje su Maršalska Ostrva pokrenula protiv Velike Britanije, Indije i Pakistana poslednji su u nizu slučajeva pred Sudom koji su se odnosili na nuklearno oružje. Na području Maršalskih Ostrva od 1946–1958. godine vršene su nuklearne probe čije posledice su se osećale i u trenutku pokretanja ovih postupaka.⁴⁷ Tužbe su podnete zbog kršenja čl. VI Konvencije o neširenju nuklearnog oružja koji predviđa obavezu država ugovornica da u dobroj veri vode pregovore radi okončanja trke u nuklearnom naoružanju. Više od 40 godina po ratifikaciji Konvencije, Velika Britanija je umesto vođenja pregovora u cilju nuklearnog razoružanja usavršavala nuklearni arsenal.⁴⁸

Razmatrajući prethodne prigovore tuženih država, Sud je zaključio da između strana u postupku ne postoji spor i odbio da donese meritornu odluku. Uveo je dodatni kriterijum za zasnivanje nadležnosti: da kod tužene države mora da postoji svest o suprotstavljenosti stavova između nje i podnosioca tužbe.⁴⁹ Za-

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Application intituting proceedings, Obligation concerning negotiations relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament (Marshal Islands v. UK)*, I.C.J. Reports 2012. Maršalska Ostrva podnela su identične tužbe protiv Indije, Pakistana i Velike Britanije. Sporovi su okončani na isti način, a radi jednostavnosti dalje će se govoriti o sporu između Maršalskih Ostrva i Velike Britanije.

⁴⁸ Opinion of Bedjaoui to ICJ, *Marshal Islands v. UK*.

⁴⁹ Opinion of Bennouna to ICJ, *Marshal Islands v. UK*.

ključeno je da taj uslov nije ispunjen jer je izostala notifikacija od strane Maršalskih Ostrva o postojanju spora i nameri pokretanja postupka pred Sudom. Sud je odbio da postupa u meritumu zbog okolnosti koja bi, čak i ako bi se shvatila kao procesni nedostatak, mogla lako da se otkloni.⁵⁰ U tim postupcima dolazimo do suštinskog problema u vezi sa preteranim formalizmom, a to je pribegavanje formalizmu kako bi se obrazložio već odabran ishod. Formalizam, kao i svaki drugi način rezovanja, ponekad služi za pravdanje izbora koji su sudije već načinile.⁵¹ Nadasve, problem je zaklanjanje iza formalizma u cilju izbegavanja nadležnosti u postupcima koji pokreću tako važna pitanja kao što su rizici od nuklearnog oružja. Takav pristup povlači opasnost od narušavanja ugleda Suda, te stoga sudija Bedjaoui ishod ovih postupaka vidi kao gubitak ne samo za Maršalska Ostrva, nego i za celu međunarodnu zajednicu i sam Sud.⁵²

IMUNITET

Novinarka Zahra Kazemi – kanadsko-iranska državljanka koja je mučena i preminula u iranskom zatvoru,⁵³ zatim Al-Adsani – britansko-kuvajtski državljani koji je pritvaran i mučen u Kuvajtu, kao i slučaj Ferini koji se odnosio na deportaciju i prinudni rad italijanskog državljanina u Drugom svetskom ratu, neki su od poznatijih primera pojedinaca ili njihovih potomaka pred kojima su pravila o državnom imunitetu iskrsla kao prepreka pri traženju pravde za povrede koje su oni ili njima bliska lica doživeli. Imunitet sprečava zasnivanje nadležnosti i druge vidove uplitanja sudova jedne države u aktivnosti koje druge države sprovode na svojoj teritoriji.⁵⁴ Obaveza da se obezbedi imunitet važno je pravilo međunarodnog prava koje proističe iz principa suverene jednakosti država.⁵⁵ Međutim, i obaveza poštovanja ljudskih prava jedan je od osnovnih principa međunarodnog prava. Stoga je važno pitanje u kakvom su međusobnom odnosu imunitet i obaveza poštovanja ljudskih prava i da li su od nadležnosti sudova drugih država izuzeti i oni akti koji predstavljaju teške povrede ljudskih prava. U slučaju novinarkе Kazemi, imunitet je ostao nepremostiva prepreka za pristup pravdi. Svi pravni

⁵⁰ Opinion of Bedjaoui to ICJ, *Marshal Islands v. UK*, para. 22.

⁵¹ *Ibidem*, para. 86; I. Venzke, op. cit., 73.

⁵² Opinion of Bedjaoui to ICJ, *Marshal Islands v. UK*.

⁵³ Philippa Webb, *The Law of State Immunity: Overview, Specific Aspects and Future Prospects*, Audiovisual Library of International Law, 2016.

⁵⁴ Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press Inc, New York, 2005, 98–123; I. Krstić, op. cit., 272–282.

⁵⁵ P. Webb 2016, op. cit.

lekovi koje je njen sin podnosio odbijeni su zbog kanadskih propisa o imunitetu koji su Kanadu sprečavali da zasnjuje nadležnost u odnosu na iranske zvaničnike osumnjičene za akte torture.⁵⁶ Zbog pravila o imunitetu i Al-Adsani je doživeo neuspeh najpre pred britanskim sudovima, a potom i pred ESLJP.⁵⁷ Preokret se desio u slučaju *Ferini protiv Nemačke* pred Vrhovnim kasacionim sudom Italije. U ključnom delu svoje presude, italijanski sud ističe da se imunitet ne može zahtevati za akte koji predstavljaju međunarodne zločine i krše univerzalne vrednosti međunarodne zajednice.⁵⁸ Upravo zbog tog slučaja, Nemačka je podnela tužbu protiv Italije. Pre tog spora, Sud se pitanjem imuniteta bavio u sporu između DR Kongo i Belgije, te je potreban osvrt i na taj slučaj.

*Nalog za hapšenje od 11. aprila 2000. godine
(DR Kongo protiv Belgije)*

Povod sporu bila je međunarodna poternica koju je Belgija izdala za ministrom spoljnih poslova DR Kongo zbog sumnje da je počinio teške povrede međunarodnog prava.⁵⁹ Smatrajući da Belgija ometa vršenje spoljnih poslova suverene države i krši pravila o imunitetu, DR Kongo je podneo tužbu Sudu. Sud je po prvi put trebalo da odgovori na pitanje da li pravila o imunitetu treba da održe prevagu i ako bi to značilo nekažnjivost počinitelaca teških zločina. Prednost je dao principu suvereniteta i imunitetu. Utvrđeno je da ministar spoljnih poslova uživa apsolutni imunitet od krivičnog gonjenja pred stranim sudovima čak i za teške zločine protiv čovečnosti.⁶⁰ Sud je pokušao da povuče razliku između imuniteta i nekažnjivosti, navodeći situacije u kojima može biti suđeno ministru spoljnih poslova.⁶¹ Međutim, u poslednjem sporu u kom se bavio imunitetom država, Sud je zauzeo stanovište da imunitet treba održati čak i ako bi to za posledicu imalo nekažnjivost.

⁵⁶ *Ibidem*. Amnesty International, *Canada: Submission to the United Nations Committee against Torture, 65th Session*, 2018, 12.

⁵⁷ *Al-Adsani v. the UK*, predstava 35763/97, presuda od 21.11.2001. A. Cassese, op. cit., 105–108.

⁵⁸ Corte di Cassazione, *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, 5044/2003, nav. prema A. Cassese, op. cit., 108. Kasacioni sud je predmet vratio nižim sudovima na ponovni postupak, a potom je Apelacioni sud utvrdio da je Nemačka dužna da gospodinu Feriniju plati odštetu i nadoknadi troškove postupka. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, 99, para. 27.

⁵⁹ I. Krstić, op. cit., 282–287.

⁶⁰ B. Simma, op. cit., 596.

⁶¹ Više o tome I. Krstić, op. cit., 285; A. Cassese, op. cit., 120.

Nemačka protiv Italije

Ako se vratimo na spor između Nemačke i Italije povodom slučaja Ferini, Italija je tvrdila da žrtve u postupcima u kojima je uskraćen imunitet nisu dobi-
le obeštećenje za pretrpljenje povrede, iako su to pokušavale decenijama. Prema
njenom shvatanju, u slučaju sukoba pravila koja uskraćuju pristup pravdi i podri-
vaju primenu normi *jus cogens*, prioritet se mora dati *jus cogens* normama, uskra-
ćivanjem imuniteta i omogućavanjem pristupa pravdi, dok je Nemačka istakla da
bi uskraćivanje imuniteta destabilizovalo mirovne ugovore koji bi se urušili pod
pritiskom pojedinačnih tužbi za obeštećenje.⁶²

Sud je zaključio da su italijanski sudovi, uskraćujući imunitet Nemačkoj,
prekršili međunarodne obaveze Italije. Osvrnuo se i na argument Italije da su nje-
ni sudovi opravdano uskratili imunitet, jer su pokušaji obeštećenja žrtava ostali
bez uspeha, ali je zaključio da nemogućnost obeštećenja nije osnov za isključiva-
nje pravila o imunitetu države.⁶³ Ukratko, ni potpuno uskraćivanje pristupa pravdi
nije podobno da stvori izuzetak od pravila o imunitetu.

Sudija Trindade daje primat pravu na pristup pravdi i podseća da drugačiji
pristup nosi rizik od bezakonja i mogućnost da države čine ozbiljne povrede ljud-
skih prava i da izbegnu odgovornost sa osloncem na pravila o imunitetu.⁶⁴ I sudi-
ja Jusuf (*Yusuf*) smatra da bi stvaranje izuzetka od imuniteta bilo u skladu sa zna-
čajem koji međunarodna zajednica pridaje ljudskim pravima i sa potrebom da se
obezbedi efikasan pravni lek za žrtve međunarodnih zločina.⁶⁵ Pitanje koje se na-
meće jeste kakav je uticaj takvih izdvojenih mišljenja i u kojoj meri ona mogu da
otklone posledice proistekle iz strogo državocentričnog pristupa Suda. Pre razma-
travanja tih pitanja, radi boljeg sagledavanja uticaja kako same presude, tako i iz-
dvojenih mišljenja, potrebno je osvrnuti se na relevantnu praksu nacionalnih i re-
gionalnih sudova nakon donošenja presude *Nemačka protiv Italije*.

Poražavajuće, sledeći stanovište Suda, ESLJP je i u slučaju *Džons i drugi pro-
tiv Velike Britanije*, slično kao u ranijem slučaju *Al-Adsani*, našao da nije bilo po-
vrede prava na pravično suđenje, a praksu Suda tretirao je kao pokazatelj da u
međunarodnom običajnom pravu nije nastao izuzetak od pravila o državnom

⁶² *Germany v. Italy*. U vezi sa ovim argumentom Nemačke sudija Trindade (Opinion of Trindade to ICJ, *Germany v. Italy*, para. 129) ističe da međunarodni pravni poredak destabilizuju međunarodni zločini, a ne pokušaji traženja pravde za žrtve tih zločina.

⁶³ *Germany v. Italy*; P. Webb 2016, op. cit.

⁶⁴ Opinion of Trindade to ICJ, *Germany v. Italy*.

⁶⁵ Opinion of Jusuf to ICJ, *Germany v. Italy*.

imunitetu.⁶⁶ Međutim, i nakon obeshrabrujućeg ishoda spora *Nemačka protiv Italije*, italijanski Ustavni sud ostao je na stanovištu koje je Vrhovni kasacioni sud zauzeo u slučaju Ferini. Ustavni sud ističe da imunitet koji Ustav Italije priznaje stranim državama štiti suverene funkcije države.⁶⁷ Ustav ne štiti ponašanje koje ne samo da ne predstavlja uobičajeno vršenje funkcija države, nego je kvalifikovano kao protivzakonito, što u pogledu zločina na koje se odnosio slučaj Ferini nikada nije osporavano, ni od strane Suda, ni od same Nemačke koja je tužila Italiju zbog uskraćivanja imuniteta. Istaknuto je da italijanski pravni poredak isključuje mogućnost da zločini kao što su držanje u ropskom položaju i masakri, mogu opravdati apsolutno žrtvovanje prava na sudsku zaštitu žrtava takvih zločina.⁶⁸ Najzad, Ustavni sud zaključuje da je samo na njemu da utvrđuje domašaj pravila o imunitetu u odnosu na najviše vrednosti i osnovne principe italijanskog Ustava, sa efektom na domaći pravni poredak. Dodaje da to istovremeno može doprineti poželjnoj i od strane mnogih očekivanoj evoluciji samog međunarodnog prava.⁶⁹

Pominjana izdvojena mišljenja u sporu *Nemačka protiv Italije* mogu biti važna upravo zbog ovog poslednjeg efekta koji Ustavni sud Italije pominje – kao doprinos naknadnoj evoluciji međunarodnog prava koja se nije desila pred Sudom, ali bi mogla da se odvija pred drugim organima, uključujući nacionalne sudove. Izdvojena mišljenja mogu biti značajna i za kvazisudska tela koja nadziru primenu ugovora o ljudskim pravima, kao i za zastupnike žrtava koji ostaju na stanovištu sudija koji su u sporu *Nemačka protiv Italije* ostali u manjini. Izdvojena mišljenja mogu pomoći građenje takvih slučajeva pred drugim telima, jer u uslovima fragmentacije međunarodnog prava i proliferacije međunarodnih sudskih i kvazisudskih tela nije isključeno da različita tela razmatraju ista pitanja⁷⁰ i da dođu do različitih ishoda.⁷¹ Izdvojena mišljenja mogu pomoći da pitanja koja

⁶⁶ *Jones and others v. the UK*, predstavke 34356/06 i 40528/06, presuda od 14.4.2014; P. Webb, op. cit.

⁶⁷ Osnovni sud u Firenci zatražio je ocenu ustavnosti odredaba domaćih propisa koje imaju za cilj obezbeđenje izvršenja odluke Suda u slučaju *Nemačka protiv Italije*. Tražena je ocena ustavnosti u svetlu čl. 2 i 24 Ustava Italije koji garancije sudske zaštite proklamuju kao jedan od osnovnih principa italijanskog pravnog poretka. Corte Costituzionale, Sentenza N. 238/2014.

⁶⁸ *Ibidem*, para. 3.3.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Tako se pitanjima iz spora *Belgija protiv Senegala* pred Sudom bavio i Komitet protiv torture.

⁷¹ I pored bojazni od fragmentacije ovo nije nužno loše. Kako ističe Čarni, postojanje više alternativnih foruma dopunjava rad Suda i jača sistem međunarodnog prava, uprkos određenom gubitku uniformnosti, a čak i usvajanje različitog pristupa u odnosu na isto pitanje može biti pokazatelj razumnog stremjenja da se pronađe pravilo koje najbolje služi međunarodnoj zajednici kao

su neadekvatno rešena pred Sudom dobiju drugačiji epilog pred drugim telima. Ovdje je korisno osvrnuti se na Zaključna zapažanja Komiteta protiv torture koja su se odnosila na Kanadu. Pored slučaja Kazemi, u Kanadi su i druge žrtve mučenja ili njima bliska lica ostali bez pristupa pravdi zbog kanadskog propisa o imunitetu. Komitet je, razmatrajući ispunjavanje obaveza koje Kanada ima na osnovu Konvencije protiv mučenja i drugih svirepih, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka (dalje: Konvencija protiv mučenja), i po donošenju odluke Suda u sporu *Nemačka protiv Italije* ostao dosledan stavu da je neophodno obezbediti pristup pravdi i obeštećenje za žrtve mučenja. Komitet ukazuje da je potrebno izmeniti domaće propise kako bi se predvideo izuzetak od pravila o imunitetu za akte mučenja počinjene izvan Kanade koje su počinile strane države ili njihovi predstavnici – dakle upravo oni koji u praksi Suda ostaju nedodirljivi iza pravila o imunitetu.⁷² Nadasve, kako je odluka Suda obavezujuća samo za strane u sporu, izdvojena mišljenja mogu koristiti sudovima država koji zauzmu drugačiji stav od onog koje je zauzeo Sud. Bez obzira na autoritet odluka Suda, odstupanje od njih nije nemoguće, naročito kod široko kritikovanih odluka.

Brojna izdvojena mišljenja ne nude samo smernice za argumentaciju u budućim slučajevima, nego su i pokazatelj postojanja suprotstavljenih stavova i toga da iza odluke ne stoji autoritet celog Suda. U postupcima poput slučaja Ferini, koji se odnosi na povrede iz Drugog svetskog rata, žrtve neće imati korist od drugačijeg epiloga i razvoja pravila o imunitetu ako se to ne desi uskoro. Stoga stav italijanskog Ustavnog suda jeste razumljiv i u skladu sa italijanskim Ustavom. Ali, sa stanovišta međunarodnih obaveza države, nacionalno pravo, uključujući Ustav, puka je činjenica,⁷³ a neizvršavanje presuda Suda može voditi odgovornosti države. Ipak, pri trenutnom stanju međunarodnog pravosuđa, gde i najteži zločini mogu proći bez odgovornosti, ne čudi rizik koji je preuzeo Ustavni sud Italije. Izdvojena mišljenja mogu služiti i boljem obrazloženju odluka kojima se nastoji doprineti evoluciji međunarodnog prava, kao što to pokušava Ustavni sud Ita-

celini. Nav. prema Martti Koskeniemi, Paivi Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, 2002, 575.

⁷² Committe against Torture, *Concluding observations on the seventh periodic report of Canada*, 2018, para 40. Ne samo da je Komitet i nakon donošenja presude *Nemačka protiv Italije* nastavio da Kanadi upućuje preporuke u vezi sa pristupom pravdi za žrtve torture koja se pripisuje stranim državama, nego su te preporuke postale još detaljnije. Uporediti Zaključna zapažanja Komiteta u odnosu na Kanadu iz 2012, 2014. i 2018. godine.

⁷³ M. Kreća, op. cit.

lije.⁷⁴ One dalje mogu poslužiti kao *ratio decidendi* drugim sudovima. Jer odluke nacionalnih sudova, naročito u pogledu imuniteta, posmatraju i sudovi drugih država,⁷⁵ uključujući one koji bi mogli slediti iste principe kao Italija.⁷⁶

OSTALI SLUČAJEVI OD ZNAČAJA ZA RAZMATRANJE ULOGE SUDA U OBLASTI LJUDSKIH PRAVA

Za razumevanje uticaja Suda u oblasti ljudskih prava korisno je osvrnuti se na nekoliko slučajeva koji ne spadaju u prethodno razmatrane grupe, a zajedničko im je da daju osnov za optimističnije viđenje uloge Suda u zaštiti prava pojedina. Percepciji Suda kao važne institucije u zaštiti ljudskih prava svakako je doprineo postupak *Belgija protiv Senegala*, pokrenut kako bi se obezbedilo krivično gonjenje bivšeg diktatora Habrea, koji je dobio politički azil u Senegalu, a koji se teretio za zločine počinjene dok je bio na vlasti u Čadu.⁷⁷ U pozadini slučaja nalazi se sadejstvo normi *jus cogens*, obaveza *erga omnes*, pravila *aut dedere aut judicare* i istrajnosti Belgije da slučaj ne podvede pod uobičajene slučajeve diplomatske zaštite, nego da ostane pri stavu da kažnjavanje zločina za koje se Habre tereti

⁷⁴ Zašto je ovo važno vidi se na primeru odluke Vrhovnog kasacionog suda u slučaju Ferini. Iako izdvajana kao pozitivan primer, istovremeno je kritikovana zbog nedoslednosti, poput toga da izuzetak od imuniteta može da se primeni samo ako su povrede zbog kojih se uskraćuje imunitet nastupile u državi foruma. V. A. Cassese, op. cit., 108. Nadasve, svako odstupanje od prakse Suda i pokušaj izmene međunarodnog prava iziskuje adekvatno obrazloženje. V. Aleksandar Gajić, "O fragmentaciji međunarodnog prava i proliferaciji međunarodnih sudova i tribunala" u *Zbornik radova – Identitetski preobražaj Srbije*, (ur. Radmila Vasić, Milena Polojac), Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 254. O uticaju izdvojenih mišljenja svedoči i zajedničko izdvojeno mišljenje troje sudija (Higgins, Kooijmans i Burgenthal) u sporu *DR Kongo protiv Belgije*, koje je citirano podjednako kao odluka u tom sporu. V. P. Webb, op. cit. Iako njihovo mišljenje ne bi donelo povoljniji ishod sa stanovišta zaštite ljudskih prava, pokazatelj je uticaja dobro obrazloženih izdvojenih mišljenja.

⁷⁵ Philippa Webb, "Immunities and Human Rights: Dissecting the Dialogue in National and International Courts", *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Hart 2012, 250 i dalje. Veb podseća da je oblast imuniteta specifična po tome što nacionalni sudovi imaju važnu ulogu ne samo u primeni, nego i u stvaranju običajnog međunarodnog prava. U toj oblasti između nacionalnih sudova različitih država postoji svojevrsni dijalog koji se ogleda, između ostalog, u međusobnom citiranju odluka.

⁷⁶ Takva očekivanja izražava i sam Ustavni sud Italije u odluci 238/2014.

⁷⁷ Question relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422. Postupak je pokrenut na osnovu Konvencije protiv mučenja koja predviđa obavezu ugovornice na čijoj teritoriji je otkriveno lice osumnjičeno za akte mučenja da, ako ne izruči to lice, taj slučaj preda svojim organima nadležnim za krivično gonjenje (pravilo *aut dedere aut judicare*). B. Simma, op. cit., 595.

može tražiti bilo koja ugovornica Konvencije protiv mučenja. Zahvaljući svim tim činionicima, obećavajući koncept *erga omnes* najzad je doživeo primenu u praksi. Sud je Senegal u naložio da bez odlaganja preduzme mere u cilju Habrevog procesuiranja ili izručenja.⁷⁸

Zbog primene Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, pažnju zaslužuje i spor *Katar protiv Ujedinjenih Arapskih Emirata*. Spor je nastao zbog kolektivnog proterivanja državljana Katara iz UAE,⁷⁹ što je Katar okarakterisao kao diskriminatornu meru koja utiče na ostvarivanje niza prava iz pomenute Konvencije. Sud je odredio privremene mere na zahtev Katara. I pored upadljivog oklevanja Suda da izričito pomene kolektivno proterivanje stranaca, praktični značaj naloga ne može se osporiti. Sud je naložio da se do donošenja konačne odluke omogući spajanje porodica koje su razdvojene usled naloga o proterivanju, da se studentima pogođenim tim nalogom omogući nastavak obrazovanja, kao i da se državljanima Katara pogođenim tim merama omogući pristup sudovima i drugim organima u UAE.⁸⁰

U sporu *Iran protiv SAD*, Sud se bavio pravima pojedinaca ugroženim sankcijama koje je SAD uvela Iranu 2018. godine.⁸¹ Na zahtev Irana, jednoglasno su određene privremene mere kako bi se sprečila nenadoknativa šteta po zdravlje i život iranskog stanovništva od rizika uzrokovanih ograničavanjem uvoza i otežavanjem nabavke robe neophodne za humanitarne potrebe, uključujući hranu, lekove i medicinsku opremu.⁸² Dovoljno je osvrnuti se na krizu izazvanu pandemijom virusa COVID-19, kojom je pogođen i Iran, kako bi se uvideo značaj ove mere u obezbeđivanju pristupa neophodnim lekovima, opremi i zaštiti prava na zdravlje.

Najzad, potrebno je ukazati na spor *Gambija protiv Mjanmara*, koji se odnosi na zločine počinjene nad pripadnicima manjine Rohingja u Mjanmaru, čiji

⁷⁸ U presudi se navodi da države ugovornice Konvencije imaju zajednički interes da obezbede sprečavanje akata torture i kažnjavanje počinitelaca torture. Pozivajući se na presudu *Barcelona Traction*, Sud ističe da sve države imaju pravni interes u zaštiti prava koja se Konvencijom štite i da obaveze iz Konvencije predstavljaju obaveze *erga omnes*. *Belgium v. Senegal*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, para. 63.

⁷⁹ Nalogom Ministarstva spoljnih poslova UAE državljanima Katara naloženo je da u roku od 14 dana napuste UAE, bez mogućnosti povratka. *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Order of 23 July 2018, para. 54.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Order of 3 October 2018.

⁸² *Ibidem*.

će ishod biti važan pokazatelj uloge Suda u ovoj oblasti. Gambija tužbu zasniva na *jus cogens* karakteru zabrane genocida i *erga omnes* obavezama u vezi sa sprečavanjem genocida.⁸³ U januaru 2020. godine Sud je odredio privremene mere na zahtev Gambije, a ostaje da se vidi konačni ishod spora. Pred Sudom je prilika da doprinese zaštiti jedne od najugroženijih manjinskih grupa današnjice.

ZAKLJUČAK

Postupci u kojima je Sud uložio napor kako bi unapredio zaštitu ljudskih prava mahom su dobijali vanvremenski značaj doprinevši, između ostalog, razvoju prava na samoopredeljenje, nastanku koncepta *erga omnes* obaveza, utvrđivanju važnja ugovora iz oblasti ljudskih prava i izvan granica suvereniteta i njihovoj primenjivosti u vreme oružanih sukoba. Počevši od postupaka *Zid i Dijalo*, Sud je obazrivo počeo da se poziva na praksu tela specijalizovanih za zaštitu ljudskih prava. Međutim, povremeno je podrivao sopstveni i nesumnjivi doprinos u oblasti ljudskih prava, što se najbolje vidi na primeru koncepta *erga omnes* obaveza koji je dugo čekao prvu primenu u praksi. Neretko je preterani formalizam rezultirao ishodima koji nisu imali ohrabrujuću poruku za sve koji od Suda očekuju aktivniju ulogu u oblasti ljudskih prava. Ključni problem sa preteranim formalizmom jeste pribegavanje formalizmu ne zbog potrebe da se ostane u okvirima pozitivnog prava, nego da bi se opravdao unapred odabran izbor.⁸⁴ Povremeno je i sam Sud bio nezadovoljan rezultatom do koga ga je dovela prekomerna upotreba formalizma, što jasno pokazuje savetodavno mišljenje o legalnosti nuklearnog oružja. Tadašnji predsednik Suda je u deklaraciji dodatoj uz mišljenje istakao da je Sud svestan da je odgovor dat Generalnoj skupštini UN naizgled nezadovoljavajući i da će kod pojedinih ostaviti utisak da je polovinu zadatka ostavio nedovršenom.⁸⁵

U postupcima poput onih koji su se odnosili na nuklearno oružje i aparthejd, od Suda se očekivala proaktivnija uloga. Međutim, takvu ulogu otežava balansiranje između politike i prava. Sud se ne rukovodi samo potrebom da njegove odluke budu utemeljene na pravu, nego i da države prihvate takve odluke, te stoga nastoji da ima uravnoteženu ulogu.⁸⁶ Imajući u vidu da će neretko ti obziri presu-

⁸³ *Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures (Republic of the Gambia v. Republic of the Union of Myanmar)*, para. 15. V. Pyla Pillai, *The Gambia v Myanmar at the International Court of Justice: Points of Interest in the Application*, *Opinio Juris*, 13 December 2019.

⁸⁴ *Opinion of Bedjaoui to ICJ, Marhal Islands v. UK*; I. Venzke, *op. cit.*

⁸⁵ S. Bedi, *op. cit.*, 312–313.

⁸⁶ Kao što tvrdi M. Kreća, 2017.

diti prilikom glasanja, postavlja se pitanje kakav je uticaj izdvojenih mišljenja koja veći značaj pridaju ljudskim pravima nego očekivanjima država. Sudeći po savetodavnom mišljenju o legalnosti nuklearnog oružja, progresivna izdvojena mišljenja nisu dovoljna. Deklaracije i izdvojena mišljenja obiluju upozorenjima na rizik od samouništenja.⁸⁷ U deklaraciji uz savetodavno mišljenje iz 1996. godine sudija Bedjaoui ističe da je Sud međunarodnoj zajednici dao smernice kako da otkloni nesavršenosti međunarodnog prava u pogledu smrtonosne pretnje koja potiče od nuklearnog oružja. U izdvojenom mišljenju 2016. godine uz odluke donete po tužbama Maršalskih Ostrva⁸⁸ mogao je da samo konstatuje da smo i dalje daleko od sveta bez nuklearnog oružja. Ipak, izdvojena mišljenja korisna su jer pokazuju kako bi mogao teći razvoj međunarodnog prava. O njihovom uticaju svedoči i primer izdvojenih mišljenja u slučaju *Jugozapadna Afrika*. Dugoročno posmatrano, tumačenje ljudskih prava i razrada principa jednakosti u izdvojenim mišljenjima polovine članova Suda u tom sporu prevagnuli su nad konzervativnom odlukom,⁸⁹ a verovatno su doprinela i drugačijem ishodu kasnijeg postupka koji se odnosio na Jugozapadnu Afriku. Iako se Sud retko upušta u progresivni razvoj ljudskih prava, izdvojena mišljenja to pokušavaju, a povremeno i uspeavaju. Izdvojena mišljenja mogu pomoći da se proces koji se neuspešno završio pred Sudom drugačije okonča pred drugim telima, poput nacionalnih sudova ili međunarodnih kvazisudskih tela čija uloga ne počiva toliko na balansu politike i prava ili su im ljudska prava u središtu mandata. Izdvojena mišljenja mogu zastupnicima žrtava povreda ljudskih prava koristiti za građenje slučajeva pred drugim telima, a mogu pomoći i nacionalnim sudovima da uverljivije obrazlože odluke kojima prave iskorak u zaštiti ljudskih prava za koji ne mogu naći drugo uporište u praksi.

Poslednjih deset godina, opsežnu razradu principa ljudskih prava nalazimo naročito u izdvojenim mišljenjima sudije Trindadea koji, smatrajući da je princip humanosti u skladu sa načinom razmišljanja prirodnopravne škole, neretko napušta okvir pozitivnog prava i, suprotno državocentričnom pristupu svojstvenom Sudu, daje prevagu principu humanosti.⁹⁰ Uprkos državocentričnom pristupu, važnost Suda u zaštiti ljudskih prava potvrđuju skorašnji primeri privremenih mera određenih u korist ugroženih pojedinaca. Tako se naredba o privremenim

⁸⁷ I savetodavno mišljenje sadrži upozorenja na opasnosti od nuklearnog oružja (v. *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons*, st. 35), ali osnovni nedostatak proizlazi iz toga što se u dispozitivu nije našlo utvrđenje o nelegalnosti upotrebe nuklearnog oružja.

⁸⁸ Opinion of Bedjaoui to ICJ, *Marshal Islands v. UK*, para. 78 i 73; S. Bedi, op. cit., 319.

⁸⁹ S. Bedi, op. cit., 8.

⁹⁰ V. Opinion of Trindade to ICJ, *Marshal Islands v. UK*, para. 225, 210–220.

merama u sporu *Katar protiv UAE* ističe kao potvrda nagoveštaja, uočenih još u predmetu *Dijalo*, da se nalazimo u novoj eri presuđivanja slučajeva iz oblasti ljudskih prava pred Sudom.⁹¹ U prilog tom zaključku govori i skorašnji postupak *Gambija protiv Mjanmara*, pokrenut u cilju zaštite progonjene manjinske grupe. Važna poruka koju taj postupak šalje jeste da, iako takvih slučajeva nema mnogo, povremeno države jesu spremne da od Suda traže zaštitu lica koja nisu njihovi državljani i ne nalaze se u njihovoj nadležnosti. Iz toga proizlazi još jedna važna poruka, a to je da države smatraju da bi Sud mogao da pruži takvu zaštitu i da ga vide kao važnu kariku u zaštiti ljudskih prava. Praksa Suda ne opovrgava taj zaključak, ali pokazuje da prevaga principa zaštite ljudskih prava nad državocentričnim pristupom, kao i opsežna razrada pitanja od značaja za ljudska prava, najčešće ostaju rezervisani za izdvojena mišljenja pojedinih sudija.

MILIJANA TRIFKOVIĆ, M.A.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

THE ROLE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN HUMAN RIGHTS PROTECTION

Summary

Abandonment of strictly state-centred view, comprehensive elaboration of human rights issues and increased acknowledgment of the principle of respect for human rights is often visible in separate opinions by some of the judges of the International Court of Justice. Question remains if such reasoning could become more noticeable in the Court's decisions and to what extent the Court and opinions appended by its judges contributed to efficiency of human rights protection. The aforementioned questions will be considered with special reference to the proceedings focused on the right to self-determination, diplomatic and consular protection, nuclear weapon and state immunity, as well as recent Court's practice and proceedings in which, alongside with state's interests, Court had an opportunity to deal with protection of vulnerable individuals and their human rights, including by ordering interim measures. Analysed proceedings suggest that the Court is more likely to slow-down progressive tendencies in the field of human rights, than to contribute to the progressive development of human rights, but they nevertheless confirm that the Court has a potential to contribute to the protection of human rights.

Key words: ICJ, right to self-determination, diplomatic protection, nuclear weapon, immunity

⁹¹ Opinion of Trindade to ICJ, *Qatar v. UAE*.

Literatura

- Andenas M., "Jurisdiction, Procedure and the Transformation of International Law: From *Nottebohm* to *Diallo* in the ICJ", *European Business Law Review*, Tom 23, 2012.
- Andenas M., "Reassertion and Transformation: From Fragmentation to Convergence in International Law", *Georgetown Journal on International Law*, Tom 46, 2015.
- Bedi S., *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2007.
- Cassese A., *International Law*, Oxford University Press Inc, New York, 2005.
- Dorr O., "Nationality", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2006.
- Dugard J., "1966 and all that. The *South West Africa* judgment revisited in the *East Timor Case*", *African Journal of International and Comparative Law*, Tom 8, br. 3, 1996.
- Gajić A., "O fragmentaciji međunarodnog prava i proliferaciji međunarodnih sudova i tribunala", *Zbornik radova – Identitetski preobražaj Srbije*, (ur. Radmila Vasić, Milena Polojac), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Goldschmidt H., "Recent Applications of Domestic Nationality Laws by International Tribunals", *Fordham Law Review*, Tom 28, 1959.
- Koskeniemi M., Leino P., "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, Tom 15, 2002.
- Kreća M., *Međunarodno javno pravo*, 4. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.
- Krstić I., *Univerzalna nadležnost u međunarodnom pravu za teške povrede ljudskih prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Kunz J., "The *Nottebohm* Judgment", *The American Journal of International Law*, Tom 54, br. 3, 1960.
- Naldi G., "The *East Timor Case* and the Role of the International Court of Justice in the Evolution of the Right of Peoples to Self-determination", *Australian Journal of Human Rights*, Tom 5, br. 1, 1999.
- Pillai P., "The *Gambia v Myanmar* at the International Court of Justice: Points of Interest in the Application", *Opinio Juris*, 2019.
- Simma B., "Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?", *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, (ed. Holger P. Hestermeyer et al.), Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- UN Committee Against Torture, *Concluding observations on the seventh periodic report of Canada*, 2018.
- Venzke I., "Public Interests in the International Court of Justice – A Comparison between *Nuclear Arms Race* (2016) and *South West Africa* (1966)", *American Journal of International Law*, Tom 111, 2017.

Webb P., *The Law of State Immunity: Overview, Specific Aspects and Future Prospects*, Audiovisual Library of International Law, https://legal.un.org/avl/ls/Webb_S.html#, 04.06.2020.

Webb P., "Immunities and Human Rights: Dissecting the Dialogue in National and International Courts", *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Hart Publishing, 2012.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 06.06.2020.

Prihvaćen: 03.07.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ
RADOVAN VUKADINOVIĆ

DRŽAVNA POMOĆ U EU U VREME PANDEMIJE COVIDA-19

Pandemija virusa SARS-CoV-2 (COVID-19) uticala je na međunarodnu privredu na način da su se privredni subjekti suočili sa iznenadnim zatvaranjem međunarodnog i unutrašnjeg tržišta. Radi prevazilaženja nastalih problema, širom sveta države su donele propise o državnoj pomoći za vreme Korona virusa sa namerom da pomognu privrednim subjektima i pojedincima u prevazilaženju nastale krize. Na nivou Evropske unije, Evropska komisija je donela poseban pravni akt u formi "Privremenog okvira" kojim je regulisala način i postupak dodele državne pomoći unutar Unije. "Privremeni okvir" je od dana donošenja pretrpeo tri izmene (proširenja) kako bi na što adekvatniji način odgovorio potrebama privrede u vreme pandemije. Vlada Republike Srbije je prateći evropski trend usvojila set mera za pomoć privredi u otklanjanju i saniranju štete uzrokovane virusom SARS-CoV-2. Dobre legislativne mere uticale su na predmet i sadržinu ovog rada. Prvi deo rada posvećen je državnoj pomoći kao delu prava konkurencije Evropske unije. U drugom delu rada su analizirane izmene "Privremenog okvira" za mere državne pomoći, dok je treći deo rada namenjen državnoj pomoći Republike Srbije.

Ključne reči: državna pomoć, Privremeni okvir, Prva izmena Privremenog okvira, Druga izmena Privremenog okvira, Treća izmena Privremenog okvira, Zakon o kontroli državne pomoći

Dr Jelena Vukadinović Marković, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, e-mail: jelena_vuk83@yahoo.com.

Prof. dr Radovan Vukadinović, redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci i član Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, e-mail: radevuk2010@gmail.com.

U V O D
RAZMATRANJA O POJMU DRŽAVNE POMOĆI

Pandemija virusa SARS-CoV-2 (COVID-19) je, bez sumnje, uticala na međunarodni poslovni život. Neočekivana pojava novog virusa uticala je na snabdevenost određenim proizvodima i sirovinama, otežanu proizvodnju određenih proizvoda, ali i na promene u potrošačkim navikama stanovništva. Pojačana potražnja određenih proizvoda zahtevala je i pojačano angažovanje proizvodnih kapaciteta određene industrije. S druge strane, mnoga preduzeća, posebno mala i srednja, suočila su se sa smanjenom likvidnošću, što može dovesti do poremećaja u funkcionisanju tržišta. Drugim rečima, funkcionalna konkurencija¹ kao jedan od primarnih ciljeva Evropske unije je dovedena u pitanje. Kako tržište Evropske unije ima značajnog uticaja na privredu Srbije, promene koje se dešavaju na komunitarnom planu pogađaju i unutrašnju trgovinu.

Uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta u Evropskoj unije (EU) regulisano je Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu UFEU)², normama o ponašanju učesnika na tržištu – članovi 101–109. UFEU. S obzirom na neposredan predmet regulisanja, članovi 101–106. UFEU namenjeni su preduzećima koja posluju na tržištu Unije, dok se članovi 106–109. UFEU odnose na ponašanje države prema učesnicima na tržištu. Drugačije posmatrano, domašaj primene prava konkurencije određen je u personalnom, teritorijalnom i materijalnom smislu.³ Kada je reč o personalnoj primeni, ugovorom je određeno da se odredbe članova 101 i 102 primenjuju na preduzeća i njihova udruženja, dok se odredbe članova 106. primenjuju na javna preduzeća i preduzeća kojima su države dale posebna ili isključiva prava. U materijalnom smislu, pravila konkurencije se primenjuju na sve oblasti privrede, izuzev onih koji su Ugovorom izuzete. Teritorijalni domašaj je određen na način da se zabranjuju svi sporazumi, odluke i dogovorna praksa kojima se može naneti šteta trgovini između država članica čiji je cilj ili posledica sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije unutar unutrašnjeg tržišta, odnosno zloupotreba dominantnog položaja

¹ Prema prvobitnom, tradicionalnom, shvatanju pod konkurencijom se podrazumeva perfektna ili idealna konkurencija, a pravo konkurencije se tretira kao skup pravnih i drugih pravila o ponašanju učesnika na tržištu koje donosi država, sa ciljem da stvori pogodno pravno okruženje za uspostavljanje takvog modela. V. više Vladimir Vukadinović, *Naknada štete kao građanskopravna sankcija u pravu konkurencije Evropske unije*, doktorska teza, Novi Sad, 2019, 56.

² The Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, OJ No. C 326/ 47, od 26.12.2012.

³ V. više Radovan Vukadinović, Jelena Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 287–294.

na unutrašnjem tržištu ili na njegovom bitnom delu. Pri tome nije od presudnog uticaja gde je nastalo ili je izazvano ponašanje koje se smatra zabranjenim, već gde je izazvano štetno dejstvo ili je nastala negativna posledica (*effect doctrine*).⁴

Dodeljivanjem pomoći određenim subjektima države članice mogu neposredno i bitno uticati i na strukturu tržišta. Prema opštim pravilima konkurencije, državna pomoć nije dozvoljena jer se dodeljuje samo pojedinim učesnicima na tržištu koji se stavljaju u povlašćen položaj, čime se narušava konkurencija.

Ipak, kao i od svakog drugog, i od ovog opšteg pravila o zabrani, postoje izuzeci koji su regulisani u pravu EU i u državama članicama (dozvoljena državna pomoć). Tako je u pravu EU dozvoljena tzv. "socijalna pomoć", pomoć kao naknada štete zbog "prirodnih nepogoda" i zbog "podele Nemačke."⁵ U dosadašnjoj praksi u EU su propisi o dozvoljenim izuzecima usko tumačeni.⁶ Osim ovih "zakonskih", postoje i tzv. diskrecioni izuzeci o čijoj dozvoljenosti odlučuje Evropska komisija. U dosadašnjoj praksi, pitanje dozvoljenosti diskrecione pomoći je postavljano samo nekoliko puta, nakon izbijanja svetske ekonomske krize 2008. godine.⁷ Ponovo je aktuelizovano pandemijom Korona virusa. Pod diskrecionom pomoći se podrazumeva tzv. "regionalna", "projektna" i "krizna" pomoć i pomoć za unapređenje kulture. Pandemija Korona virusa je posebno otvorila pitanje tumačenja odredbi o "projektnoj" i "kriznoj pomoći" iz člana 107(3)(b i c) UFEU, kao diskrecionog pravnog osnova za odobravanje državne pomoći.⁸

U sudskoj praksi se pitanje "diskrecione pomoći", iz člana 107(3) UFEU, svelo na tumačenje granica diskrecionih ovlašćenja Evropske komisije. Sud pravde EU je u tom pogledu zauzeo stav da Komisija uživa široku diskreciju.⁹ Komisija je u početku bila restriktivna u pogledu dodeljivanja ove vrste pomoći, ali je nakon izbijanja globalne finansijske krize napustila "konzervativni stav."¹⁰

⁴ Sud pravde je u slučaju *Woodpulp* istakao da je neophodno sagledati efekte koje sporazum, odluka ili dogovorna praksa između preduzeća proizvodi na tržištu, te da mesto nastanka nije od presudne važnosti.

⁵ Čl. 107 (2) UFEU.

⁶ V. C.-156/98, *Germany v. Commission* [2000] ECR I-6857, tač. 49.

⁷ V. Leigh Hancher, Tom Ottervanger, Piet Jan Slot, *EU State Aids*, Sweet & Maxwell, 4th edition, 2012, 154 i dalje.

⁸ Alessandro Rosano, "Adapting to Change: Covid-19 as a Factor Shaping EU State Aid Law", *European Papers*, Tom 5, 2020, 621–631, www.europeanpapers.eu, 08.09.2020.

⁹ V. C.-225/91, *Matra SA v. Commission* [1993] ECR I-3203, tač. 24.

¹⁰ V. Commission, "Communication on the Application of State Aid Rules to Measures in Relation to Financial Institutions in the Context of the Current Global Financial Crisis", 2008, OJ C 270/8. Komentar, v. Editorial Comment, "From Rescue to Restructuring: The Role of State Aid Control for the Financial Sector", 47 *CML Rev*, 2010, 313.

U slučaju pandemije Korona virusa, Komisija je svoj stav o tome zauzela i saopštila u posebnoj "Saopštenju", koje je doneto u formi "neformalne mere mekog prava,"¹¹ pod nazivom Privremeni okvir kojim se reguliše način i postupak dodele državne pomoći unutar Unije. Privremeni okvir (*Temporary Framework*) je od donošenja pretrpeo tri izmene (proširenja) kako bi na što adekvatniji način odgovorio potrebama privrede u vreme pandemije.

Svoj odnos prema državnoj pomoći, države širom sveta su iskazale donošenjem niza nacionalnih propisa o državnoj pomoći za vreme Korona virusa, sa namerom da pomognu privrednim subjektima i pojedincima u prevazilaženju krize izazvane virusom.

Vlada Republike Srbije je prateći evropski trend usvojila set mera kojima se pomaže privredi u otklanjanju i saniranju štete uzrokovane virusom SARS- CoV-2.¹²

POJAM DRŽAVNE POMOĆI

Državna pomoć je svaki stvarni ili potencijalni javni rashod ili umanjeno ostvarenje javnog prihoda koji dodeljuje davalac državne pomoći u bilo kom obliku, kojom se određeni učesnik na tržištu stavlja u povoljniji položaj u odnosu na konkurente, ili se daje prednost proizvodnji određene robe i/ili usluga, kojom se narušava ili postoji opasnost od narušavanja konkurencije na tržištu.¹³ Pomoć koju država dodeljuje individualnim preduzećima može biti u formi subvencija, fiskalnih olakšica, garancija ili se može ogledati u otpisu duga, odricanju od dobiti ili dividende države, lokalne samouprave ili pravnog lica koje raspolaže ili upravlja javnim sredstvima, prodaji ili/i korišćenju imovine po višoj ili nižoj ceni od tržišne.¹⁴ Međutim, državna pomoć ne sme predstavljati oruđe kojim bi se narušila konkurencija na odgovarajućem tržištu.

Pandemija Korona virusa po svojoj pravnoj prirodi je vanredni događaj koji je uticao da se uslovi poslovanja privrednih subjekata umnogome razlikuju od uobičajenih tržišnih uslova. Kako svi učesnici na tržištu mogu biti pogođeni ovim događajem, državnu pomoć bi trebalo usmeravati tako da se osigura dovolj-

¹¹ Robert Schütze, *European Union Law*, CUP, 2015, 777.

¹² Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, Republika Srbija je preuzela obaveznu usklađivanja nacionalnih propisa sa komunitarnim pravnim tekovinama. V. više čl. 2 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 83, 2008.

¹³ Čl. 3 Zakona o državnoj pomoći Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 73, 2019. Za pravo EU, v. čl. 107(1) UFEU. Za noviju sudsku praksu EU, v. presude donete u predmetima C-39/94 *SFEI v La Poste* [1996] ECR I-3547, tač. 60; T-46/97 *SIC v Commission* [2000] ECR II-2125, tač. 78; C-251/07 *France v Commission* [1999] ECR I-6639; C-379/98 *PreussenElektra* [2001] ECR I-2099.

¹⁴ V. više čl. 3 Zakon o državnoj pomoći.

na likvidnost na tržištu, ublaži šteta nastala po zdrava preduzeća i očuva kontinuitet ekonomske aktivnosti za vreme i nakon pandemije Korona virusa. Na nivou Evropske unije, Evropska komisija ima zadatak da kontroliše zdravu tržišnu utakmicu i da se kao "pas čuvar"¹⁵ zalaže za očuvanje evropskih vrednosti. Da bi sprečila cepanje unutarnjeg tržišta¹⁶ i osigurala stabilnost jednakih uslova poslovanja na tržištu, Komisija je nakon proglašenja pandemije Korona virusa usvojila Privremeni okvir za mere državne pomoći u cilju podrške privredi u aktuelnoj pandemiji Korona virusa (u daljem tekstu Privremeni okvir ili Okvir),¹⁷ kojim se reguliše dodeljivanje državne pomoći unutar Unije. Ovim Okvirom se želi pomoći pogođenim privrednim subjektima za vreme trajanja pandemije, ali i oporavak nakon krize.¹⁸ Unija, s druge strane, kontrolom datih mera državne pomoći sprečava cepanje i narušavanje strukture unutrašnjeg tržišta i osigurava poštovanje jednakih uslova pružanja pomoći.

Mere iz Privremenog okvira su usmerene na preduzeća koja nisu bila u finansijskoj krizi do 31.12.2019. godine, a kojima se odobrava pomoć zaključno sa 31.12.2020. u cilju prevazilaženja teškoća prouzrokovanih pandemijom.¹⁹ Privremeni okvir predviđa da će pomoć dobijena od strane države biti u saglasnosti sa unutrašnjim tržištem ako se odnosi na pomoć u vidu direktnih bespovratnih avansa, poreskih olakšica, ili povoljnih uslova plaćanja koja ne prelaze iznos od 800.000 evra. Posebni uslovi važe za subjekte koji posluju u sektorima ribarstva, vodoprivrede i poljoprivrede.²⁰ Pomoć može biti dodeljena i u vidu jemsta za zajmove ili subvencionisanih kamatnih stopa za zajmove subjektima koji traže štetu uzrokovanu pandemijom. U državnu pomoć, s druge strane, ne spada pomoć koju je EU ili nacionalna država dala uslugama zdravstvene zaštite u borbi protiv Korona virusa, kao ni direktna državna pomoć koju vlada daje svojim državljanima. Odredbe iz Privremenog okvira se primenjuju kako na velika preduzeća tako i na mala i srednja preduzeća i na samozaposlene.²¹

¹⁵ R. Vukadinović, J. Vukadinović Marković, op. cit., 104.

¹⁶ V. tač. 10 Privremenog okvira.

¹⁷ Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, *Official Journal of the European Union*, C91 I/1 od 20.03.2020.

¹⁸ Nakon samo tri dana konsultacija sa državama članicama, Evropska komisija je izašla sa predlogom o Privremenom okviru. Privremeni okvir se primenjuje na šeme državne pomoći u periodu od 1.02.2020. do 31.12.2020.

¹⁹ Tač. 21(d) Privremenog okvira.

²⁰ V. tač. 23 Privremenog okvira.

²¹ Španski set mera državne pomoći je najširi u personalnom smislu jer obuhvata mala, srednja preduzeća i samozaposlene.

Cilj donošenja privremenih mera je da pruže smernice nacionalnim parlamentima u postupku odobrenja državne pomoći privrednim subjektima koji su imali gubitke usled zatvaranja tržišta prouzrokovanih pandemijom Korona virusa.

Nakon donošenja, Privremeni okvir je pretpo tri izmene kako bi na adekvatan način odgovorio na izazove prouzrokovane pandemijom.

Prva izmena Privremenog okvira

Saopštenjem Evropske komisije Evropskom parlamentu, Evropskom Savetu, Savetu, Evropskoj centralnoj banci, Evropskoj investicionoj banci i Eurogrupi – usvojen je ekonomski odgovor povodom izbijanja Korona virusa, 3. aprila 2020. godine i izvršen Prvi “amandman” na Privremeni okvir.²² Izmenama je omogućeno državama članicama da ubrzaju istraživanje i razvoj, testiranje i proizvodnju proizvoda relevantnih za Korona virus (npr. vakcine) i da omogućе zaštitu radnih mesta i podršku onim ekonomijama koje je kriza posebno pogodila.

Pored već postojećih mera pomoći, Izmena sadrži novi set mera koje obuhvataju pomoć u vidu:

1. Podrške za istraživanje i razvoj vezan za Korona virus. Države članice mogu odobriti pomoć u vidu direktnih grantova (donacija), povratnih pozajmica, avansa, poreskih povlastica projektima za istraživanje i razvoj proizvoda relevantnih u borbi protiv Korona virusa i drugih antivirusnih proizvoda (vakcine, lekovi) koji su započeti 1.2.2020. godine. Korisnik pomoći se obavezuje da će ne-ekskluzivne licence ustupiti trećim licima pod nediskriminatornim tržišnim uslovima. Iznos pomoći može biti uvećan ukoliko dolazi od strane više država članica, ili ako se projekat završi u roku od dva meseca od dana prijema pomoći.

2. Podrške izgradnji i proširivanju objekata za testiranje. Države mogu odobriti pomoć u obliku bespovratnih sredstava, poreskih olakšica, povratnih pozajmica kako bi podržale investicije koje omogućavaju izgradnju ili povećanje infrastrukture neophodne za razvoj i testiranje proizvoda u borbi protiv Korona virusa. Projekat bi trebalo da bude završen u roku od šest meseci od dana prijema pomoći.²³

3. Pomoć proizvodnji proizvoda značajnih u borbi protiv Korona virusa. Države članice mogu dati pomoć u obliku bespovratnih sredstava, poreskih olakšica, povratnih pozajmica i garancija investicijama kojima se omogućava ubrzana

²² Communication from the Commission Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, (2020/C 112 I/01), *Official Journal of the European Union*, C112/1, 4.04.2020.

²³ V. tač. 19. Prve izmene.

proizvodnja značajnih proizvoda u borbi protiv Korona virusa, poput lekova, vakcina, respiratora, zaštitne opreme i dr. Investicija za koju je odobrena pomoć trebalo bi da bude završena u roku od 6 meseci od dana prijema pomoći. U slučaju prekoračenja roka od šest meseci za svaki mesec kašnjenja vraća se 25% iznosa pomoći dodeljene u obliku bespovratnih sredstava ili poreskih olakšica.²⁴

4. Jedna od novih mera se sastoji u odlaganju plaćanja poreza i/ili odlaganju plaćanja doprinosa socijalnog osiguranja određenim sektorima, geografskim regionima ili firmama određene veličine (uključujući i samozaposlene osobe) koje su najviše pogođene krizom uzrokovanom pandemijom Korona virusa. Plaćanje poreza ne bi smelo da se odloži duže od 31.12.2022. godine.

5. Pomoć u obliku subvencija za isplatu plata zaposlenima radi izbegavanja otpuštanja tokom pandemije bolesti Korona virusa. Subvencija za plate dodeljuje se tokom perioda od dvanaest meseci do dana podnošenja zahteva za pomoć, zaposlenima koji bi u protivnom bili otpušteni zbog prekida ili smanjenja poslovnih aktivnosti uzrokovanih pandemijom bolesti Korona virusa, pod uslovom da ne sme prevazilaziti više od 80% mesečne bruto plate radnika.

Pravo na traženje pomoći nabrojanih u tačkama 1–3 imaju privredni subjekti koji su likvidno poslovali zaključno sa 31.12.2019. godine. Pomoć koja je definisana pod br. 4 i 5. mogu koristiti i preduzeća koja su imala finansijske probleme krajem 2019. godine.

Pored novodefinisanih vrsta državne pomoći, Prva izmena Privremenog okvira sadrži i izmene već postojećih vrsta državne pomoći. Osim bespovratnih sredstava, poreskih olakšica, povratnih pozajmica, države članice mogu dati kredit sa nultim kamatnim stopama u nominalnom iznosu od 800.000 evra, obezbediti garancije koje pokrivaju 100% rizika za kredite do nominalne vrednosti od 800.000 kao i obezbediti kredit do vrednosti od 800.000 evra po kompaniji.²⁵

Nakon donošenja Prve izmene Privremenog okvira, više od 40 vrsta (šema-pomoći) državne pomoći donete su unutar Evropske unije. Velika Britanija koja je u postupku izlaska iz Unije,²⁶ tri dana nakon objavljivanja Prve izmene, donela je program pomoći oslanjajući se na Izmene Privremenog okvira. Pomoć u vidu šeme pomoći je usmerena na istraživanje i razvoj vezan za Korona virus, izgradnju i unapređenje prostora za testiranje i proizvodnju proizvoda relevantnih

²⁴ V. tač. 20. Prve izmene.

²⁵ V. tač. 11, 12 i 13 Prve izmene Privremenog okvira.

²⁶ Više o odnosu Velike Britanije i Evropske unije (Bregzitu) v. Daniel Hannan, *What next?*, Head of Zeus, 2017.

za borbu protiv virusa.²⁷ Programi državne pomoći²⁸ doneti su i od strane parlamenta Luksemburga²⁹ i Hrvatske.³⁰

Pored programa pomoći koje su države članice dodeljivale privrednim subjektima na osnovu Privremenog okvira (za realizaciju projekata od zajedničkog evropskog interesa ili za uklanjanje ozbiljnog poremećaja u privredama država članica, ili za razvoj određenih privrednih grana), unutar Unije postoje i programi pomoći koji su doneti na osnovu člana 107(2)(b) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije,³¹ u kojima je pandemija tretirana kao “vanredni događaj.” U pitanju je naknada štete nastala usled vanrednih događaja.

Kako Prva izmena definiše pod kojim uslovima i kome se može dodeliti državna pomoć, a kako je pomoć neophodna i subjektima koji nisu obuhvaćeni Izmenom, države članice su za dodeljivanje državne pomoći pravni osnov nalazile u članu 107(2)(b) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Tako je Vlada Francuske donela odluku o davanju pomoći državnom operateru aviosaobraćaja ne samo u jednokratnoj nadoknadi gubitaka sa kojima se suočava francuski avio saobraćaj, već se pomoć daje i kako bi se sačuvala likvidnost u dužem vremenskom periodu putem odlaganja plaćanja poreza u periodu od marta do decembra 2020. godine. Kao pravni osnov za donošenje ove odluke Francuska se pozvala na član 107(2)(b) Ugovora o funkcionisanju EU.³² Pomoć aviokompanijama najavili su i Italija³³ i Nemačka.³⁴

²⁷ V. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_603, 10.09.2020.

²⁸ Više o slučajevima prijave pomoći od strane nacionanih vlada, https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/index.cfm?fuseaction=dsp_sa_by_date, 10.09.2020.

²⁹ Luksemburška šema predviđa direktne donacije za podršku istraživanja i razvoja postrojenja neophodnih za borbu protiv Covid-19 i ulaganje u proizvodnju relevantnih proizvoda.

³⁰ Pomoć se odnosi na zajmove bez kamata do 800.000 evra. V. više https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=3_SA_58128.

³¹ Pomoć koja je spojiva sa unutrašnjim tržištem je pomoć za naknadu štete prouzrokovane prirodnim katastrofama ili drugim vanrednim događajima.

³² Čl. 107. st. 2.(b) koristio se kao pravni osnov za dodeljivanje pomoći aviokompanijama država članica još od napada na kule bliznakinje u Njujorku, 11.09.2001. godine. Vazdušni prostor iznad Njujorka bio je zatvoren par dana što je prouzrokovalo velike gubitke avio prevoznicima, pa je Komisija donela odluku o jednokratnoj pomoći avio saobraćaju koja bi pokrila troškove i gubitke nastale usled zatvaranja vazdušnog prostora. Čl. 107 je korišćen i prilikom dodeljivanja pomoći u saniranju štete nastale erupcijom vulkana u Islandu.

³³ Vlada Italije je krajem 2019. godine odobrila zajam od 400 miliona evra Alitalia, da bi nakon izbijanja pandemije najavila mogućnost ponovne nacionalizacije ove aviokompanije. V. više https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_349, 10.09.2020.

³⁴ Nemačka je najavila mogućnost kupovine udela u Luftkansi ali koliki bi taj udeo bio, do sada je nepoznanica. V. više <https://www.nytimes.com/reuters/2020/04/02/business/02reuters-health-coronavirus-germany-lufthansa-exclusive.html> 10.09.2020.

Druga izmena Privremenog okvira

Nakon donetih Prvih izmena Privremenog okvira, Evropska komisija je nakon konsultacija sa državama članicama, donela Drugu izmenu Privremenog okvira³⁵ kojom je omogućila državama da dokapitalizuju preduzeća koja su od suštinskog interesa za državu u zamenu za akcize.³⁶ Ovaj predlog Evropske komisije praćen je oštrim negodovanjem od strane Švedske koja se zalagala da nacionalne vlade treba da razmisle o potpunom izlasku iz vlasničke strukture državnih kompanija?

I pored brojnih neslaganja, Druga izmena Privremenog okvira usvojena je 8. maja 2020. godine. Izmene predviđaju set mera od kojih izdvajamo:

1. Zemlje članice imaju mogućnost dokapitalizacije preduzeća koja su u finansijskim teškoćama zbog pandemije Korona virusa na način da im pruže pomoć u obliku vlasničkih ili hibridnih instrumenata kapitala. Cilj donošenja vlasničkih instrumenata, a posebno izdavanje novih redovnih ili povlašćenih deonica je sprečavanje nepotrebnog nestanka preduzeća čije je poslovanje pre pandemije virusa bilo održivo. Iznosi kapitala za dokapitalizaciju zato ne smeju biti veći od minimuma potrebnog za osiguranje održivosti korisnika niti premašiti ono što je nužno za ponovno uspostavljanje strukture kapitala korisnika kakva je bila pre pandemije Korona virusa. Veliki preduzetnici moraju izveštavati na koji način se troše sredstva državne pomoći. Da li su njihove aktivnosti u skladu sa ciljevima EU i nacionalnim obavezama u pogledu zelene i digitalne tranzicije, uključujući EU cilj klimatske neutralnosti do 2050. godine.³⁷

2. Mere pomoći obuhvataju izdavanje instrumenata sa vlasničkom komponentom, posebno prava na udeo u dobiti, osigurane ili neosigurane obveznice.³⁸ Države članice imaju diskreciono pravo u odlučivanju koliko će izdvojiti za pomoć korisniku državne pomoći. Država članica koja odobri pomoć bilo u vidu individualne pomoći bilo u vidu mera dokapitalizacije mora o tome obavestiti Evropsku komisiju. Ukoliko se pomoć odobrava u obliku šeme pomoći, država je u obavezi da objavi kom preduzeću odobrava pomoć i u kom iznosu. I korisnik

³⁵ Communication from the Commission, Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, (2020/C 164/03), *Official Journal of the European Union*, 164/03, 13.05.2020.

³⁶ Ovaj predlog je ispraćen diskusijom od strane Nemačke i Italije. Polemika se vodila oko pitanja da li je ulaganje u aviosektor (npr. dokapitalizacija aerodroma) nešto što je od bitnog interesa za borbu država protiv Korona virusa.

³⁷ V. tač. 37. Druge izmene Privremenog okvira.

³⁸ Tačke 52–54. Druge izmene Privremenog okvira.

državne pomoći je dužan da obavesti Komisiju za svaki dobijeni iznos koji prevaziilazi 250 miliona evra.

S druge strane, država prima odgovarajuću naknadu za ulaganje. Što je naknada bliža tržišnim uslovima, manje je potencijalno narušavanje tržišne konkurencije uzrokovano državnom intervencijom. Primalac državne pomoći treba da otplati pomoć koju je dobio od države čim se privreda oporavi. Izmena predviđa da se vrednost pomoći postepeno uvećava na način da se mehanizam za postupak povećanja aktivira četiri godine nakon dokapitalizacije ako država nije prodala najmanje 40% svog vlasničkog udela.

Mehanizam postupnog povećanja ponovo se aktivira šest godina nakon dokapitalizacije ako država nije u potpunosti prodala svoj vlasnički udeo koji proizilazi iz dokapitalizacije.³⁹

Dobijanjem državne pomoći korisnik stiče i određene obaveze prema drugim učesnicima na tržištu kako bi održao ravnopravnu konkurenciju. U tom smislu, korisnik državne pomoći ima sledeće obaveze:⁴⁰

1. Sve dok ne vrati dobijenu pomoć, korisnik pomoći ne sme vršiti plaćanja dividende, neobavezna kupon plaćanja kao ni kupovinu akcija (osim ako akcije nisu državne akcije).

2. Bez unakrsnog subvencionisanja: kompanijama nije dozvoljeno da koriste pomoć koju su dobile od države za pomoć povezanih preduzeća koja su bila u teškoćama pre 31.12.2019. godine.

3. Zabrana akvizicije. Korisnicima državne pomoći (osim malih i srednjih preduzeća) zabranjena je kupovina više od 10% kapitala u konkurentnim preduzećima, ili preduzećima koja posluju u istoj liniji poslovanja (uključujući dobavljače i kupce), sve dok najmanje 75% mera dokapitalizacije nije otplaćeno državi.

4. Bez dodatnih naknada: Sve dok 75% pomoći ne bude vraćeno, menadžment kompanije ne sme dobijati nikakvu dodatnu naknadu osim mesečne naknade isplaćivane do 31.12.2019. godine.

5. Ograničenje za oglašavanje, finansiranje i rizike. Korisnici državne pomoći ne smeju se angažovati u agresivnoj reklamnoj kampanji finansiranoj od državne pomoći.

6. Za pomoć koja prevaziilazi 250 miliona evra, a čiji je korisnik preduzeće od suštinskog značaja za tržište, država članica mora preduzeti dodatne mere predviđene Izmenom.

7. Transparentnost: korisnici državne pomoći (osim malih i srednjih preduzeća) imaju obavezu objavljivanja informacije o korišćenju državne pomoći.

³⁹ V. tač. 61. Druge izmene Privremenog okvira.

⁴⁰ Tač. 71–78. Druge izmene Privremenog okvira.

Dodeljena državna pomoć ima za cilj da podstakne sve korisnike pomoći da otkupe učešće države u što kraćem vremenskom periodu kako bi se prekinulo bilo kakvo narušavanje konkurencije. Vremenski period je ograničen na 6 godina, odnosno 7 godina za mala i srednja preduzeća, poštujući pri tom odgovarajuća pravila.⁴¹ U slučaju da u zadatom vremenskom okviru, država nije smanjila svoj udeo u kapitalu ispod 15%, država i korisnik državne pomoći moraju da podnesu plan restrukturiranja u skladu sa Smernicama za spašavanje i restrukturiranje.⁴²

Treća izmena Privremenog okvira

Komisija Evropske unije je 29. juna 2020. godine usvojila Treću izmenu Privremenog okvira⁴³ koja je skromnija u novim rešenjima u poređenju sa prethodne dve izmene. Treća izmena odnosi se u najvećoj meri na prošireno tumačenje postojećih rešenja Privremenog okvira, uključujući mala i srednja preduzeća koja su bila u finansijskim problemima 31.12.2019. godine, kao moguće korisnike državne pomoći.

Prvo, glavna svrha donošenja Privremenog okvira je davanje ciljane pomoći preduzećima koja su bila održiva, ali su se zbog pandemije Korona virusa suočila sa finansijskim teškoćama. Taj uslov je važan kako bi se izbeglo neopravdano narušavanje tržišne utakmice. U tom kontekstu Treća izmena privremenog okvira dopunjuje, a ne zamenjuje, postojeće mogućnosti država članica za pružanje pomoći. U tom smislu, korisnici pomoći mogu biti i preduzeća koja su bila u finansijskim teškoćama pre 31.12.2019. godine, odnosno pre izbivanja Korona virusa. Treća izmena donosi novinu da i mikro⁴⁴ i makro⁴⁵ preduzeća koja su bila u finansijskim teškoćama na dan 31.12.2019. godine, mogu biti korisnici pomoći, osim u slučajevima pokretanja stečajnog postupka.⁴⁶ Do sada su tu mogućnost imala samo srednja i velika preduzeća. Posebna pažnja⁴⁷ usmerena je na pomoć

⁴¹ V. tač. 79–85.

⁴² Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty, *Official Journal of the European Union*, C 249/1, od 31.07.2014.

⁴³ Communication from the Commission, Third amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, (2020/C 218/03), *Official Journal of the European Union*, C2018/3, 2.7.2020.

⁴⁴ Mikro preduzeća su definisana kao preduzeća koja zapošljavaju manje od 10 ljudi sa godišnjim prometom odnosno bilansom stanja koji ne prelazi 2 miliona evra.

⁴⁵ Mala preduzeća su ona koja ne zapošljavaju više od 50 zaposlenih i čiji je bilans stanja 10 miliona evra na godišnjem nivou.

⁴⁶ Tač. 6. Treće izmene Privremenog okvira.

⁴⁷ V. recital Treće izmene.

start up (novoosnovanim) kompanijama koja su viđena kao pokretači ekonomskog oporavka privrede. Kako na nivou Unije ne postoji definicija start up kompanija, odredbe kojima se uređuje poslovanje malih i srednjih preduzeća primenjivaće se i na start up kompanije.

Postepeno povećanje (stepenovanje) vrednosti državne pomoći predviđeno Drugom izmenom, ukida se Trećom izmenom. Rešenje koje se odnosi na zabranu kupovine i akvizija dok se bar 75% pomoći ne otplati, treba ograničiti na tri godine. Isplate bonusa menadžmentu kompanije takođe treba ograničiti na tri godine, ne uzimajući u obzir da li je vraćeno bar 75% pomoći državi, dok bi se dividende mogle isplaćivati određenim kategorijama.⁴⁸ Treba istaći da Izmena sadrži i pojašnjenje kada bi pomoć trebalo da bude odobrena po članu 107(2)(b) i 107(3)(b) UFEU.⁴⁹ U novoj odredbi se ističe da pomoć u skladu sa članom 107(2)(b) UFEU mora da nadoknadi štetu direktno izazvanu epidemijom Korona virusa i da će pomoć koja se generalno odnosi na ekonomsko usporavanje od izbijanja epidemije Korona virusa biti procenjena članom 107(3)(b) UFEU i Privremenim okvirom.

Jedno od rešenja Treće izmene odnosi se na dokapitalizaciju preduzeća od vitalnog interesa od strane privatnih kompanija.⁵⁰ Naime, ako privatni investitor i pored pomoći koju daje država, značajno doprinosi dokapitalizaciji preduzeća, postupak dodeljivanja pomoći ne mora ispunjavati striktno uslove predviđene Privremenim okvirom. Ovakvo prošireno tumačenje odredbi Privremenog okvira, ima za cilj da podstakne preduzeća da privuku investicije od strane privatnih investitora u situaciji kada je država već postojeći deoničar ili je izvesno da će to uskoro postati pružanjem državne pomoći. Kako bi se primenjivali blaži uslovi za dobijanje pomoći neophodno je da je privatna investicija jednaka sa iznosom državne pomoći ili da bar iznosi 30% od državne pomoći. Podstičući privatne investitore da kupuju nove deonice u kompanijama, Evropska komisija priznaje da nije dovoljna pomoć iz javnog sektora za prevazilaženje krize izazvane Korona virusom. Dok će investitori voditi duge procene rizika pre nego što postanu novi deoničari kompanija kojima je potreban svež kapital, postojeći deoničari imaju mnogo veće šanse da ponovo investiraju u dalji kapital, a relaksiranje nekih

⁴⁸ Više tač. 21. Treće izmene.

⁴⁹ Spojivo da unutrašnjim tržištem može se smatrati: pomoć za podsticanje realizacije projekta od zajedničkog evropskog interesa ili za otklanjanje ozbiljnog poremećaja u privredi neke države članice.

⁵⁰ Ugovor o funkcionisanju Evropske unije ne pravi razliku između javne i privatne svojine, stoga su izmene učinjene u Privremenom okviru u skladu sa opštim načelima prava unutar Unije.

od obaveza u ponašanju prema pravilima o dokapitalizaciji Privremenog okvira je dobrodošao prvi korak.

DRŽAVNA POMOĆ U REPUBLICI SRBIJI

Državna pomoć u Republici Srbiji regulisana je Zakonom o kontroli državne pomoći,⁵¹ dok je postupak prijavljivanja⁵² i kontrole pomoći⁵³ regulisan podzakonskim opštim aktima. Nakon izbijanja pandemija Korona virusa, Vlada Republike Srbije donela je niz podzakonskih akata kojima ovo pitanje uređuje u skladu sa donetim aktima na nivou Unije.⁵⁴

U tom smislu, Vlada je donela Uredbu o uslovima i kriterijumima usklađenosti državne pomoći radi otklanjanja ozbiljnog poremećaja u privredi prouzrokovanog epidemijom zarazne bolesti Korona virusa⁵⁵ kojom bi se pomogla likvidnost privrednih subjekata koji posluju na teritoriji Srbije. Uredba je usklađena sa Prvom Izmenom Privremenog okvira, te tako predviđa mogućnost davanja beskamatnog kredita u iznosu od 800.000 evra, dok se ugovor o kreditu mora potpisati najkasnije do 31.12.2020. godine, na period otplate od 6 godina.⁵⁶ Uredba predviđa mogućnost subvencija za plate zaposlenima u cilju očuvanja radnih mesta,⁵⁷ kao i odlaganje plaćanja poreza i doprinosa za socijalno osiguranje najkasnije do 31.12.2022. godine.⁵⁸

Primetno je da rešenja predviđena Uredbom nisu ispratila kasnije donete izmene Privremenog okvira, pa je tako uslov za dobijanje državne pomoći još uvek da preduzeće nije bilo u finansijskim teškoćama na dan 31.12.2019. godine.⁵⁹

⁵¹ Zakon o kontroli državne pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 73, 2019.

⁵² Uredba o načinu i postupku prijavljivanja državne pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 100, 2011.

⁵³ Uredba o pravilima za dodelu državne pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 13/2010, 100/2011, 91/2012, 37/2013, 97/2013, 119/2014.

⁵⁴ Srbija je potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju preuzela obavezu poštovanja i usklađivanja nacionalnih propisa sa pravnim tekovinama Unije. Državna pomoć kao deo prava konkurencije čini pregovaračko poglavlje 8 u procesu vođena pregovora o pristupanju Uniji.

⁵⁵ Uredba o uslovima i kriterijumima usklađenosti državne pomoći radi otklanjanja ozbiljnog poremećaja u privredi prouzrokovanog epidemijom zarazne bolesti Covid-19, *Službeni glasnik RS*, br. 54/20 i 60/20.

⁵⁶ V. čl. 3 i 4. Uredbe.

⁵⁷ V. čl. 6 Uredbe.

⁵⁸ Čl. 7 Uredbe.

⁵⁹ V. član 2 Uredbe o uslovima i kriterijumima usklađenosti državne pomoći radi otklanjanja ozbiljnog poremećaja u privredi prouzrokovanog epidemijom zarazne bolesti Covid-19.

Vlada Srbije je po modelu država članica, koje svoj pravni osnov za dodelu državne pomoći imaju u članu 107(2)(b), donela Uredbu o uslovima i kriterijumima usklađenosti državne pomoći radi otklanjanja štetnih posledica prouzrokovanih epidemijom zarazne bolesti Korona virusa, kojom se pojašnjava koja državna pomoć je u saglasnosti sa Zakonom o kontroli državne pomoći. Ovom Uredbom data je mogućnost državi kao davaocu državne pomoći da pod olakšanim i pojednostavljenim uslovima dodeli pomoć određenim subjektima. Komisija za kontrolu državne pomoći daje mišljenje o usklađenosti ove vrste pomoći sa pravilima predviđenih Zakonom o kontroli državne pomoći. Nakon donošenja ovih mera, Komisija za kontrolu državne pomoći je donela Rešenje⁶⁰ kojim se utvrđuje postojanje državne pomoći koja se dodeljuje za podršku rada hotelske industrije Republike Srbije zbog poteškoća u poslovanju prouzrokovanih epidemijom bolesti SARS-CoV-2.⁶¹

Očekuje se da država kao davalac pomoći uskoro izađe sa predlogom pomoći drugim granama turizma i/ili privrede koji su pretpeli štetu usled epidemije korona virusa.

ZAKLJUČAK

Kao oblik neposrednog uticaja države u odnose između učesnika na tržištu, državna pomoć je regulisana nacionalnim i međunarodnim pravilima. Pri tome se polazi od pretpostavke da državna pomoć nije dozvoljena jer se dodeljuje samo pojedinim učesnicima na tržištu koji se stavljaju u povlašćen položaj, čime se narušava konkurencija.

Ipak, kao i od svakog drugog, i od ovog opšteg pravila postoje izuzeci predviđeni zakonom i tzv. diskrecioni izuzeci o čijoj dozvoljenosti na nivou Evropske unije odlučuje Evropska komisija. Pod diskrecionom pomoći se podrazumeva tzv. "regionalna", "projektna" i "krizna" pomoć i pomoć za unapređenje kulture. Pandemija Korona virusa je posebno otvorila pitanje tumačenja odredbi o "projektnoj" i "kriznoj" pomoći iz člana 107(3)(b i c) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, kao diskrecionog pravnog osnova za odobravanje mera koje su predviđene Privremenim okvirom.

Sledeći primer Komisije, mnoge države sveta, među kojima je i Republika Srbija, donele su nacionalne mere pomoći pogođenoj privredi. Da li će i u kojoj meri doneti propisi sanirati posledice pandemije, pokazaće buduća istaživanja. Svakako, trebalo bi istaći pravovremeni karakter donetih mera od strane Evrop-

⁶⁰ Više na <http://www.kkdp.gov.rs/doc/odluke/2020/DOC260820-26082020141745.pdf>, 10.09.2020.

⁶¹ Pomoć predviđa davanje 350 evra za svaki ležaj i 150 evra po smeštajnoj jedinici.

ske komisije i uverenje da će i države kandidati za članstvo u EU u potrebnoj meri harmonizovati svoje propise sa pravom EU.

Dr. JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade
Prof. Dr. RADOVAN VUKADINOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law Banja Luka

EU STATE AID IN THE TIME OF COVID-19

Summary

The outbreak of the novel SARS-CoV-2 virus (COVID-19) has had a significant economic impact on the world. For the first time in history, business entities have faced the sudden shutdown of both domestic and international markets. National governments across the world are taking special measures to curb the economic fallout from COVID-19. At EU level, the European Commission has adopted a State aid Temporary Framework and measures that the Commission considers compatible with the EU Internal Market and that can be given fast-track approval upon notification by each Member State. The Temporary Framework enables Member States to ensure that sufficient liquidity remains available to businesses of all types and to preserve the continuity of economic activity during and after the COVID-19 outbreak. Since its introduction, the Temporary Framework has been expanded three times to combat the effects of COVID-19 more effectively. Following the European trend, the Government of the Republic of Serbia has adopted a set of measures to mitigate the damages caused by the Sars-Cov-2 virus. The above-mentioned legislative measures have affected the content of this Paper. The first part comprises an overview of the State aid rules under EU competition law. The second part deals with the mentioned Temporary Framework amendments, while the third is dedicated to the State aid provisions in the Republic of Serbia.

Key words: state aid, temporary framework, First Amendment to Temporary Framework, Second Amendment to Temporary Framework, Third Amendment to Temporary Framework, Law on State Aid Control

Literatura

- Hannan D., *What next?*, Head of Zeus, 2017.
Hancher L., Ottervanger T., Slot P. J., *EU State Aids*, Sweet & Maxwell, 4th edition, 2012.
Rosano A., "Adapting to Change: Covid-19 as a Factor Shaping EU State Aid Law", *European Papers*, Tom 5, 2020.
Schütze R., *European Union Law*, CUP, 2015.

Vukadinović V., *Naknada štete kao građanskopravna sankcija u pravu konkurencije Evropske unije*, doktorska teza, Novi Sad, 2019.

Vukadinović R., Vukadinović Marković J., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 15.09.2020.

Prihvaćen: 30.09.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

JELENA ČERANIĆ PERIŠIĆ

NOVA METODOLOGIJA PROŠIRENJA EVROPSKE UNIJE – INSTRUMENT ZA PREVAZILAŽENJE “UMORA OD PROŠIRENJA EU”

U radu se analizira nova metodologija proširenja EU kao instrument za prevazilaženje “umora od proširenja EU”. U febrauru 2020. godine, Evropska komisija je izdala saopštenje u kome je predložila Evropskom parlamentu, Savetu, Ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona novu metodologiju proširenja EU pod nazivom “Ubrzanje procesa pristupanja – kredibilna perspektiva EU za Zapadni Balkan”. Kako bi se oživeo proces pristupanja, nova metodologija proširenja EU počiva na četiri kriterijuma: kredibilitet, jače političko usmerenje, dinamika i predvidljivost (pozitivna i negativna uslovljenost). U cilju ostvarenja ovih kriterijuma, nova metodologija predviđa niz novih mehanizama. U prvom delu rada predstavljene su opšte ideje predviđene novom metodologijom u pogledu jačanja procesa pristupanja. Drugi deo posvećen je samim mehanizmima za oživljavanje procesa pristupanja. U trećem delu rada analizirana je novost ovih mehanizama i njihova izvodljivost u praksi. Iako nova metodologija sadrži određene novine, većina mehanizama na kojima počiva nije nova, već su poznati mehanizmi prava EU, samo primenjeni u novom kontekstu.

Ključne reči: nova metodologija proširenja EU, proces pristupanja, evropske integracije, Zapadni Balkan, “umor od proširenja EU”

U V O D

Evropska unija i njene države članice, još od Samita u Solunu 2003. godine, izražavaju nedvosmislenu podršku evropskoj perspektivi regiona Zapadnog Bal-

Prof. dr Jelena Čeranić Perišić, viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, e-mail: ceranicj@gmail.com.

kana. Međutim, od tada do danas samo jedna zemlja iz regiona, Republika Hrvatska 2013. godine, postala je punopravna članica EU. S tim u vezi, na sastanku Saveta održanom u novembru 2019. godine konstatovano je da bi trebalo preispitati efikasnost pregovora o pristupanju koji se vode sa zemljama iz regiona Zapadnog Balkana.

Početak februara 2020. godine, Evropska komisija je izdala saopštenje u kome predlaže Evropskom parlamentu, Savetu, Ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona novu metodologiju proširenja EU pod nazivom "Ubrzanje procesa pristupanja – kredibilna perspektiva EU za Zapadni Balkan".¹

Nova metodologija bi trebalo da bude korak unapred ka prevazilaženju zaštoja u procesu proširenja EU. Neposredni povod za donošenje nove metodologije je nemogućnost Saveta da otvori pristupne pregovore sa Severnom Makedonijom i Albanijom u oktobru 2019. godine. Tome se usprotivila, pre svega, Francuska, ali su i druge zemlje bile skeptične. Danska i Holandija su se protivile početku pregovora sa Albanijom.

Ipak, uzroci za donošenje nove metodologije mnogo su dublji. Već duže vreme u EU je prisutan tzv. "umor od proširenja"² kao posledica talasa proširenja u prvoj dekadi 21. veka.³ Uniji je 2004. godine pristupilo deset novih država članica,⁴ a 2007. godine još dve.⁵ Želja država članica EU da prihvate zemlje Zapadnog Balkana u zajednicu evropskih naroda sve je više upitna, između ostalog, zato što su i one same kao i Unija, opterećene unutrašnjim problemima.

Posle višedecenijskih uspeha koje je nizala, EU se od 2008. godine nalazi u najvećoj, najdugotrajnijoj i najneizvesnijoj krizi od svog osnivanja. Dakle, kriza koje je 2008. godine počela kao ekonomska, brzo se proširila zahvativši sve ostale segmente privrede i društva. Ekonomske i političke teškoće sa kojima se Unija trenutno suočava prete da ugroze osnovne vrednosti koje je ova zajednica ostva-

¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 20.09.2020.

² Anna Szolucha, "The EU and 'Enlargement Fatigue': Why Has the European Union Not Been Able to Counter 'Enlargement Fatigue'?", *Journal of Contemporary European Research*, br. 6, 2010, 107–122.

³ Aleksandra Rabrenović, Jelena Čeranić, *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU – prioriteti, problem, perspektive*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, 301.

⁴ Dana 1. maja 2004. godine odigralo se najveće proširenje EU u istoriji evropskih integracija. Tom prilikom su Uniji pristupile: Estonija, Letonija, Litvanija, Poljska, Češka, Slovačka, Mađarska, Slovenija, Kipar i Malta.

⁵ Dana 1. januara 2007. Rumunija i Bugarska postale su države članice EU.

riila, a to su, pre svega, mir i stabilnost na prostoru EU tokom više od šezdeset godina.⁶

Brojni razlozi koji su doveli do krize mogu se svrstati u tri kategorije. To su razlozi ekonomske, političke i pravne prirode. Još nije definisan jasan put ne samo kako prevazići postojeću krizu, već ni oko njene kvalifikacije i prirode, pa čak ni oko naziva. Tako jedni ovu krizu nazivaju “izazovima” (eng. *challenges*), a drugi kao krizu poverenja u EU ili nepovrenja u funkcionalnost (odnosno disfunkcionalnost), ili nedovoljnu delotvornost organa Unije.⁷

Uzimajući u obzir sve navedeno, nije iznenađujuće što je i politika proširenja EU zapala u krizu. Dokument Evropske komisije iz februara 2020. godine pod nazivom “Ubrzanje procesa pristupanja – kredibilna perspektiva EU za Zapadni Balkan” kojim se predlaže nova metodologija proširenja EU pokušaj je da se prevaziđe kriza u oblasti politike proširenja EU.

Nova metodologija proširenja EU bila je jedna od tema samita u Zagrebu 6. maja 2020. koji je, zbog pandemije izazvane Kovidom 19, održan onlajn između lidera 27 država članica EU i lidera zemalja iz regiona Zapadnog Balkana. Tom prilikom usvojena je Deklaracija kojom je, još jednom, potvrđena podrška evropskoj perspektivi Zapadnog Balkana. Unija je istakla da je odlučna da intenzivira angažman sa regionom u svim oblastima i pozdravila obećanje regionalnih partnera da će se pridržavati evropskih vrednosti i principa i nastaviti sa reformskim procesom. Unija je podvukla i značaj reformskog procesa u regionu sa fokusom na vladavinu prava, demokratiju, borbu protiv korupcije i organizovanog kriminala, poštovanje ljudskih prava, prava manjina i rodne ravnopravnosti. U Deklaraciji se Zapadni Balkan poziva na dalje odlučne korake u procesima pomirenja, saradnje i jačanja dobrosusedskih odnosa, uključujući i sa zemljama članicama EU.⁸

Nova metodologija proširenja EU izazvala je veliku pažnju naučne i stručne javnosti. Mišljenja su podeljena. Jedan deo smatra da će nova metodologija “oživeti” proces evropskih integracija zahvaljujući novim mehanizmima koje predviđa. Drugi pak tvrde da se suštinski ništa neće promeniti kada je reč o procesu proširenja, obrazlažući takav stav činjenicom da nova metodologija ne uvodi

⁶ Jelena Čeranić, Mirjana Glintić, “Evropska unija deset godina nakon početka krize – sa posebnim osvrtom na predloge za ponovno oživljavanje EU predviđene u okviru inicijative Novi pakt za Evropu”, *Pravni život*, br. 11, Tom IV, Beograd, 2018, 341.

⁷ Radovan Vukadinović, “Diferencirana integracija kao spasonosni metod integracije ili de-integracije EU”, *Pravna riječ*, br. 39, 2014, 543.

⁸ Zagreb Declaration, 6 May 2020, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/05/06/zagreb-declaration-6-may-2020/>, 20.09.2020.

nove mehanizme, već da su to poznati, postojeći instrumenti i mehanizmi prava EU, samo u “novom ruhu”.

U redovima koji slede najpre će biti razmotrene opšte ideje koje predviđa nova metodologija u pogledu jačanja procesa pristupanja, a nakon toga sami mehanizmi za oživljavanje procesa pristupanja. Naposljetku će biti ispitana novost mehanizama predviđenih novom metodologijom i njihova izvodljivost u praksi.

JACĀNJE PROCESA PRISTUPANJA – EVROPSKA PERSPEKTIVA ZA ZEMLJE ZAPADNOG BALKANA

U saopštenju Komisije kojim se predlaže nova metodologija proširenja EU za zemlje Zapadnog Balkana navodi se da je čvrsta, zasnovana na zaslugama, perspektiva punopravnog članstva u EU za zemlje Zapadnog Balkana u političkom, bezbedonosnom i ekonomskom interesu same Unije. U vremenima rastućih globalnih izazova i podela, to je više nego ikada geostrateška investicija u stabilnu, jaku i ujedinjenu Evropu. Kredibilna perspektiva pristupanja je ključni podsticaj i pokretač transformacija u regionu i stoga povećava kolektivnu sigurnost i napredak. To je ključno sredstvo za promociju demokratije, vladavine prava i poštovanje osnovnih prava, što su takođe osnovni pokretači ekonomske integracije i osnovno sredstvo za podsticanje regionalnog pomirenja i stabilnosti. Održavanje i unapređenje ove politike je stoga neophodno za kredibilitet, uspeh i uticaj EU u regionu i šire – posebno u vreme pojačane geopolitičke konkurencije.⁹

Iako se u samom dokumentu Komisije to eksplicitno ne navodi, jasno je da se, kada Komisija pominje pojačanju geopolitičku konkurenciju, misli na porast uticaja Rusije i Kine u regionu Zapadnog Balkana. Upravo je stagnacija u procesu evropskih integracija jedan od faktora koji je doprineo jačanju uticaja ovih država u regionu.¹⁰

Stoga se mora poboljšati efikasnost procesa pristupanja zemalja Zapadnog Balkana. Uprkos sukcesivnim reformama koje su uvođene u sam proces pristupanja (kao što je novi pristup vladavini prava, fokus na osnovna prava i poboljšanja na osnovu Strategije Evropske Komisije za Zapadni Balkan iz 2018. godine), on

⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 20.09.2020.

¹⁰ Marek Dabrowski, “Can the EU overcome its enlargement impasse?”, <https://www.bruegel.org/2020/02/can-the-european-union-overcome-its-enlargement-impasse/>, 21.09.2020.

mora biti bolje opremljen da bi se suočio sa strukturnim slabostima u zemljama, posebno u oblasti osnovnih prava.¹¹

U saopštenju Komisije iz februara 2020. godine izloženi su konkretni predlozi za jačanje celokupnog procesa pristupanja. Opšti cilj tih predloga je da povećaju kredibilitet i poverenje kod obe strane (Evropske unije i zemalja Zapadnog Balkana) kako bi se dobili bolji rezultati na terenu.

Zemlje Zapadnog Balkana nalaze u različitim položajima kada je reč o pristupanju EU. Srbija i Crna Gora su, na neki način, lideri u regionu jer su otvorili pristupne pregovore, dok Severna Makedonija i Albanija nisu još otvorile pregovore, a Bosna i Hercegovina nije ni zvanični kandidat za članstvo u EU. Ono što je posebno interesantno jeste da se sve predložene izmene, predviđene novom metodologijom proširenja EU, mogu smestiti u postojeće pregovaračke okvire, obezbeđujući jednake uslove za rad u regionu. Drugim rečima, pregovarački okviri za Srbiju i Crnu Goru neće nužno biti menjani, ali bi predložene izmene mogle da se unesu u postojeće okvire uz saglasnost ovih zemalja. Dakle, nova metodologija se odnosi na Severnu Makedoniju i Albaniju, a u perspektivi i na Bosnu i Hercegovinu, ali se može primeniti i na zemlje koje su već otvorile pristupne pregovore, tj. na Srbiju i Crnu Goru.

Osnovni cilj angažovanja EU je da pripremi zemlje Zapadnog Balkana da ispunе sve zahteve za članstvo u EU. To uključuje podršku demokratiji, vladavini prava i ekonomskim reformama i usklađivanje sa osnovnim evropskim vrednostima. Zauzvrat to će podstaći solidan i ubrzan ekonomski rast i socijalnu konvergenciju.¹²

Nova metodologija takođe predviđa da će u cilju efikasnosti procesa pristupanja strateška komunikacija biti presudna. Od ključne je važnosti podići svest u regionu o mogućnostima bliže integracije i sledstvenim reformama, i boriti se protiv malignog uticaja trećih zemalja. To takođe zahteva kredibilnije napore samih država. Javna politička posvećenost vlasti zemalja regiona Zapadnog Balkana strateškim ciljevima pristupanja EU jasnije će se ocenjivati u godišnjim izveštajima.¹³

Ovakav politički pristup će, dakle, biti kamen temeljac buduće agende. Ova agenda će podržati transformaciju zemalja Zapadnog Balkana u funkcionalne tr-

¹¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 20.09.2020.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

žišne ekonomije sposobne da se u potpunosti integrišu u jedinstveno tržište EU, kreiraju radna mesta i mogućnosti za preduzetnike, unaprede poslovnu i investicionu klimu, promovišu vladavinu prava i zaustave "odliv mozgova" iz regiona. Ove reforme su od suštinskog značaja za jačanje ekonomije Balkana i njihovo vezivanje sa tržištem EU.¹⁴

MEHANIZMI ZA OŽIVLJAVANJE PROCESA PRISTUPANJA

Kako bi se oživeo proces pristupanja, nova metodologija proširenja EU počiva na četiri kriterijuma: kredibilitet, jače političko usmerenje, dinamika i predvidljivost. Svakom od ovih kriterijuma korespondira po jedan ili više novih mehanizama, drugim rečima, kako bi se ovi kriterijumi ostvarili, nova metodologija predviđa određene novine.

Kredibilitet

Prvi kriterijum na kome počiva nova metodologija je kredibilitet. Da bi proces pridruživanja povratio kredibilitet kod obe strane i ostvario pun potencijal, trebalo bi da počiva na čvršćem verovanju, uzajamnom poverenju i jasnim obavezama obe strane.

S jedne strane, to znači da lideri zemalja Zapadnog Balkana moraju biti posvećeniji obavezama sprovođenja neophodnih reformi, bilo da se radi o vladavini prava, borbi protiv korupcije, ekonomiji ili obezbeđenju ispravnog funkcionisanja demokratskih institucija i javne uprave, i usklađivanju spoljne politike. Države članice EU i njihovi građani zabrinuti su i trebalo bi ih ponovo uveriti u nedvosmisleni političku volju zemalja, dokazanu strukturnim, opipljivim reformama. Lideri Zapadnog Balkana moraju takođe da pokažu dalje napore ka jačanju regionalne saradnje i dobrim susedskim odnosima kako bi građanima osigurali stabilnost i prosperitet, istvoremeno ulivajući poverenje Uniji da se region bavi nasleđem svoje prošlosti.¹⁵

S druge strane, EU bi trebalo da pokaže nepokolebljivu posvećenost procesu zasnovanom na zaslugama. Kada zemlje partneri ispune objektivne kriterijume, države članice EU će se dogovarati da se pređe na sledeću fazu procesa pristupanja. Sve strane se moraju suzdržati od zloupotrebe otvorenih pitanja u procesu pridruživanja EU. Isto tako nova metodologija insistira na tome da države članice EU i institucije moraju 'govoriti jednim glasom u regionu', šaljući ja-

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

sne signale podrške i ohrabrenja, i govoreći jasno i iskreno o nedostacima onda kada se pojave.¹⁶

Kredibilitet bi trebalo da se učvrsti kroz jači fokus na osnovne reforme ključne za uspeh na evropskom putu. One će zauzeti još značajnije mesto u pristupnim pregovorima. Pregovori o osnovnim pravima biće otvoreni prvi i zatvoreni poslednji, a napredak u tom pogledu određivaće sveukupni tempo pregovora.

Komisija će takođe dalje jačati mere u vezi sa vladavinom prava i izgradnjom institucija.¹⁷ Rezultati ovih reformi biće uslov za dublju sektorsku integraciju i napredak u celini. Uz to, rad na borbi protiv korupcije biće usmeren kroz snažan fokus na relevantna poglavlja. Podrška regionalnoj saradnji će se nastaviti nesmetano. Takođe se naglašava da je potrebno uložiti sve napore za rešavanje bilateralnih sporova, s posebnim akcentom na dijalog Beograda i Prištine, uz posredovanje EU, a koji bi trebalo da bude zaključen sveobuhvatim, pravno obavezujućim sporazumom o normalizaciji.¹⁸

Jače političko usmerenje

Pristupanje EU je proces koji zahteva i podržava osnovne reforme i političke i ekonomske promene u zemljama koje teže pridruživanju. Ovaj proces takođe zahteva da zemlje kandidati pokažu da su sposobne da preuzmu podeljene odgovornosti kao države članice EU. Naime, proces mora reflektovati aktivni društveni izbor da se postignu i poštuju najviši evropski standardi i vrednosti. Isto tako mora se imati na umu da je obavezivanje država članica da dele zajedničku budućnost sa zemljama Zapadnog Balkana kao punopravnim članicama Unije značajan politički, a ne samo tehnički poduhvat.

Shodno tome, obe strane moraju da pokažu više liderstva i da se pridržavaju svojih obaveza u javnosti. Komisija je mišljenja da je došlo vreme da se politička priroda procesa stavi u prvi plan i obezbedi jače političko usmerenje i angažman na visokom nivou.¹⁹ To bi trebalo da uključuje i stvaranje novih mogućnosti za politički dijalog na visokom nivou sa zemljama Zapadnog Balkana, kroz redovne samite EU–Zapadni Balkan i intenziviranje ministarskih kontakata, posebno u

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Jelena Čeranić, Mirjana Glintić, "Vladavina prava u Evropskoj uniji – preispitivanje koncepta u kontekstu proširenja EU", *Pravni život*, br. 12, Tom IV, Beograd, 2016, 295–307.

¹⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 20.09.2020.

¹⁹ *Ibidem*.

oblastima gde usklađivanje dobro napreduje i ključni kriterijumi se ispunjavaju. Ovakav povećani angažman bi mogao da dovede do toga da zemlje učestvuju kao posmatrači na sastancima EU kada su na dnevnom redu teme koje su za njih od suštinskog značaja. Dakle, da bi se realizovalo jače političko usmerenje, nova metodologija predviđa održavanje redovnih međuvladinih konferencija.²⁰

Važno je osigurati da se sva tela u okviru Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju fokusiraju na ključna politička pitanja i reforme.

Države članice biće pozvane da sistematičnije daju doprinos procesu pristupanja, kroz praćenje stručnjaka na terenu, direktne doprinose godišnjim izveštajima i sektorske ekspertize. Države članice će takođe imati mogućnost da redovnije pregledaju i nadziru sveukupni napredak.

Komisija će nastaviti sa pregledom sveukupnog napretka u pregovorima. U godišnjem izveštaju o proširenju, ona će predlagati put za narednu godinu sa detaljima o reformama, koji treba da odobre države članice, uključujući predloge za korektivne mere.

Međuvladine konferencije za svaku zemlju pojedinačno trebalo bi da se održe nakon objavljivanja godišnjeg izveštaja Komisije za svaku zemlju. Te konferencije bi trebalo da predstavljaju forum za politički dijalog o reformama, uzimajući u obzir sveukupni proces pridruživanja. Na njima bi trebalo da se utvrdi plan za narednu godinu, uključujući otvaranje i zatvaranje poglavlja/ klastera poglavlja i moguće korektivne mere. Obe strane moraće da obezbede prisustvo na međuvladinim konferencijama na odgovarajućem nivou kako bi omogućile produktivan politički dijalog.

Dinamičniji proces

Kako bi se u pregovarački proces unela dodatna dinamika i podstaklo umrežavanje napora preko pojedinačnih poglavlja, pregovaračka poglavlja biće organizovana u tematske klasterne. Ovi klasteri prate šire teme kao što su dobra uprava, unutrašnje tržište, ekonomska konkurentnost i povezanost. Sva poglavlja biće grupisana u šest tematskih klastera. To su: Osnovna prava; Unutrašnje tržište; Konkurencija i inkluzivni rast; Zelena agenda i održiva povezanost; Resursi, Poljoprivreda i kohezija; i Spoljni odnosi.

Povezivanje poglavlja u klasterne će omogućiti jači fokus na ključne sektore u političkom dijalogu i obezbediti unapređeni okvir za politički angažman na višem nivou. Takođe će omogućiti da se utvrde najznačajnije i hitne reforme po sektorima.

²⁰ *Ibidem.*

Da bi se unela dinamika u proces pristupanja, pregovori o svakom klasteru biće otvoreni u celini – nakon ispunjenja uslova za otvaranja – a ne na osnovu pojedinačnih poglavlja. Kao rezultat procesa skrininga, sprovedenog po klasterima, biće dogovoreni prioriteti za ubrzanu integraciju i ključne reforme između EU i zemlje kandidata. Kada se ti prioriteti ispune u dovoljnoj meri, klaster (koji pokriva sva povezana poglavlja) se otvara bez dodatnih uslova i za svako poglavlje se postavljaju uslovi za zatvaranje. Tamo gde su značajne reforme već sprovedene pre otvaranja, vremenski okvir između otvaranja klastera i zatvaranja pojedinačnih poglavlja biće ograničen, po mogućstvu na rok od godinu dana, koji je u potpunosti zavisao od napretka reformi, sa fokusom na prestale mere potrebne da bi se obezbedilo potpuno usklađivanje.²¹

Kako bi se u pregovore sa Srbijom i Crnom Gorom unelo više dinamike, rad na poglavljima može takođe biti organizovan po klasterima, poštujući postojeće pregovaračke okvire i uz saglasnost ovih zemalja. Ovo će omogućiti veću političku usresređenost na ključne sektore i dati politički zamajac u zemljama u vezi sa ključnim pitanjima za usklađivanje.

Predvidljivost, pozitivno i negativno uslovljavanje

Države članice EU, kao i zemlje Zapadnog Balkana, insistiraju na tome da proces bude predvidljiviji čime se obezbeđuje jasnost u pogledu toga šta Unija očekuje od zemalja koje su u procesu proširenja u različitim stadijumima procesa, i koje su pozitivne i negativne posledice napretka ili njegovog izostanka.

Pridruživanje Evropskoj uniji u teoriji je prepoznato kao proces u kome je spoljašnje uslovljavanje ključni instrument integracija. U ovom procesu EU uslovljava prijem u članstvo ispunjavanjem niza uslova među kojima se ističe usklađivanje pravnog okvira i prakse sa pravnim tekovinama EU. Naročit izazov za države koje žele da se pridruže EU jeste činjenica da je uslove potrebno ispuniti pre nego što se dobije obećana nagrada – članstvo u EU, dok je istovremeno EU ta koja u najvećoj meri jednostavno postavlja uslove.²²

Ključni element procesa pristupanja zasnovanog na zaslugama je njegova uslovljenost. Međutim, da bi se to postiglo, uslovi moraju biti jasni od samog početka. Važno je da zemlje kandidati znaju referentne vrednosti na osnovu kojih će se meriti njihov učinak i da države članice imaju jasan zajednički stav u vezi sa time šta se tačno traži od kandidata. Komisija će bolje definisati uslove za napre-

²¹ *Ibidem*.

²² Ana Knežević Bojović, Vesna Čorić, Aleksandra D. Višekruna, "Spoljašnje uslovljavanje Evropske unije i regulatorni okviri Srbije", *Srpska politička misao*, br. 3, Tom 65, Beograd, 2019, 234.

dak kandidata, posebno kroz godišnje izveštaje. Ovi uslovi moraju biti objektivni, precizni, detaljni, striktni i proverljivi.

Što se tiče pozitivnog i negativnog uslovljavanja, nova metodologija predviđa mehanizme bliže integracije i sankcija.

Bliža integracija. – Svakako jedna od interesantnijih novina predviđenih novom metodologijom jeste mogućnost bliže integracije.

Obezbeđenje jasnih i opipljivih podsticaja od direktnog interesa za građane EU može podstaći stvarnu političku volju i nagraditi rezultate proistekle iz zahtevnih reformi i procesa političkih, ekonomskih i društvenih promena. Ukoliko zemlje napreduju dovoljno u prioritetima reformi dogovorenim u pregovorima, to bi trebalo da dovede do:

– Bliže integracije zemlje sa Evropskom unijom, rada na ubrzanju integraciji i “postupnom (faznom) uključivanju” u pojedinačne politike EU, tržište EU i programe EU, uz obezbeđenje jednakih uslova.

– Povećanog finansiranja i investicija – uključujući instrument predpristupne podrške zasnovan na učinku i reformama i bližu saradnju sa međunarodnim finansijskim institucijama kako bi se iskoristila podrška.

Ove mere bi trebalo da pomognu, putem korišćenja fondova EU, da se stvori snažna evropska prednost konkurentna Svetskoj trgovinskoj organizaciji, kreirajući jaku lokalnu ekonomiju.

Sankcije. – I dok bi napredak u reformama trebalo da se podstiče i nagrađuje opipljivije, postoji podjednako potreba za odlučnijim merama koje bi proporcionalno sankcionisale svaku ozbiljnu ili prolongiranu stagnaciju ili čak zaostajanje u sprovođenju reformi i ispunjenju zahteva procesa pristupanja.

Takva odluka da se zaustavi ili čak preokrene proces mora biti saopštena u godišnjem izveštaju Komisije o proširenju i sveukupnom napretku u pregovorima o pristupanju i obimu u kome se osnovne reforme, posebno u vezi sa vladavinom prava, sprovode. Države članice EU će i dalje moći da doprinesu ovom procesu signalizacijom Komisiji bilo kakve stagnacije ili ozbiljnijeg zastoja u procesu reformi.²³

U ozbiljnijim slučajevima, Komisija može davati sama predloge u bilo koje vreme ili na zahtev države članice EU kako bi osigurala brz odgovor na situaciju kroz, kada je to relevantno, pojednostavljene procedure, uključujući glasanje obrnutom kvalifikovanom većinom.

²³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 20.09.2020.

Na osnovu nove metodologije Unija bi potencijalne probleme mogla da tretira na više načina. Prvo, države članice bi mogle da odluče da se pregovori mogu odložiti u određenim oblastima, ili u najozbiljnijim slučajevima, obustaviti u celini. Već zatvorena poglavlja mogu se ponovo otvoriti ili resetovati ukoliko pitanja treba ponovo da se preispitaju. Drugo, opseg i intenzitet finansiranja od strane EU se mogu sniziti, sa izuzetkom podrške civilnom društvu. I treće, prednosti bliže integracije, na primer pristup programima EU, jednostrane koncesije za pristup tržištu, mogu se pauzirati ili povući.²⁴

NOVOST MEHANIZAMA PREDVIĐENIH NOVOM METODOLOGIJOM PROŠIRENJA EU

Kako bi se ostvarila četiri kriterijuma na kojima počiva nova metodologija, predviđeni su određeni mehanizmi. Prvo, u cilju povećanja kredibiliteta predviđen je jači fokus na osnovne političke reforme. Drugo kako bi se obezbedilo jače političko jedinstvo propisano je održavanje međuvladinih konferencija. Treće, da bi se obezbedio da proces pristupanja bude dinamičniji, osmišljeno je grupisanje pregovaračkih poglavlja u klastere. I četvrto, da bi proces pristupanja bio predvidljiviji nova metodologija predviđa mehanizme pozitivnog i negativnog uslovljavanja, tačnije nudi mogućnost bliže integracije, povećanog finansiranja, ali i sankcije.

U redovima koji slede biće razmotrena "novost" mehanizama predviđenih novom metodologijom. Iako se koristi atribut novi, ispostaviće se da je zapravo reč o već postojećim mehanizmima prava EU, ali primenjenim u novom kontekstu.

Fokus na osnovne političke reforme

Nova metodologija proširenja EU predviđa da bi kredibilitet trebalo da se unapredi kroz jači fokus na osnovne političke reforme, kao što su vladavina prava, funkcionisanje demokratskih institucija, borba protiv korupcije. Ove reforme smatraju se ključnim za uspeh na evropskom putu. Osnovna prava dobijaju centralno mesto u pristupnim pregovorima. Ono što je zanimljivo jeste da je predviđeno da će pregovori o osnovnim pravima biti otvarani prvi, a zatvarani poslednji, kao i to da će napredak u pogledu osnovnih prava određivati celokupni tempo pregovora.

Ovaj aspekt nove metodologije naišao je na pozitivne ocene naučne i stručne javnosti. Ipak, fokus na osnovnim pravima u okviru procesa pristupanja EU ne predstavlja novinu. Poslednjih godina, u dokumentima Saveta i Komisi-

²⁴ *Ibidem.*

je koji se tiču Zapadnog Balkana, više puta je isticano da bi fokus u okviru pristupnih pregovora trebalo da bude na osnovnim pravima.

Međutim, čak ni fokus na osnovnim pravima u toku pristupnih pregovora ne garantuje potpunu zaštitu od potencijalnih zloupotreba vladavine prava i autokratske vladavine u nekoj zemlji kada ona postane članica EU. Na ovom mestu se možemo podsetiti činjenice da su Mađarska i Poljska, kada su ulazile u EU 2004. godine, imale visoke ocene u različitim međunarodnim anketama koje su se ticale demokratskih institucija i vladavine prava. Osim toga, nazadovanje u pogledu osnovnih vrednosti ne dešava se samo u novim državama članicama EU.²⁵

Stoga bi Unija trebalo da jača mehanizme za primenu osnovnih prava i u postojećim državama članicama. To bi trebalo da uključuje, na primer, redovne ocene Komisije o stanju država članica u oblasti osnovnih prava i vladavine prava, aktivnije korišćenje postupka za povredu prava u slučaju neprimenjivanja prava EU, jačanje ovlašćenja Suda pravde EU, itd.²⁶

Međuvladine konferencije

Kako bi se realizovalo jače političko usmerenje, nova metodologija predviđa održavanje redovnih međuvladinih konferencija. Ovaj politički dijalog na visokom nivou podrazumeva redovne samite EU–Zapadni Balkan, uključujući i intenziviranje ministarskih kontakata. To bi moglo da dovede do toga da predstavnici zemalja iz regiona Zapadnog Balkana učestvuju kao posmatrači na ključnim evropskim sastancima na teme koje su za njih od suštinskog značaja.

Što se tiče novosti ovog mehanizma, pojedini aspekti su pominjani i ranije, ali činjenica je da mogućnost da predstavnici iz regiona učestvuju kao posmatrači na ključnim evropskim sastancima na teme koje su za njih od suštinskog značaja predstavlja novinu.

Grupisanje pregovaračkih poglavlja u klasterne

Da bi se ostvario treći kriterijum nove metodologije, a to je dinamika, predviđeno je grupisanje svih pregovaračkih poglavlja u šest tematskih klastera. Pregovori o svakom klasteru biće otvoreni u celini – nakon ispunjenja uslova za otvaranje – a ne na osnovu pojedinačnih poglavlja. Kao rezultat procesa skrininga, sprovedenog po klasterima, biće dogovoreni prioriteti za ubrzanu integraciju i

²⁵ M. Dabrowski, op. cit. 2.

²⁶ *Ibidem.*

ključne reforme između EU i zemlje kandidata. Kada se ti prioriteti ispune u dovoljnoj meri, klaster se otvara bez dodatnih uslova i za svako poglavlje se postavljaju uslovi za zatvaranje.

Ovaj mehanizam može ubrzati proces pregovaranja, naravno pod uslovom da neka sekundarna pitanja u manje značajnim poglavljima ne “zadržavaju” ceo klaster. Ipak, postoji doza sumnje u pogledu učinkovitosti grupisanja poglavlja u klaster. S tim u vezi, nameću se određena pitanja. Da li statistika i finansijska kontrola pripadaju osnovnim pravima? Zašto bi se stavljanje poljoprivrede i regionalne politike u jedan klaster smatralo racionalnim potezom? Praksa će najbolje pokazati da li je novi sistem organizacije pregovaračkih poglavlja u klaster funkcionalan.²⁷

Bliža integracija, povećano finansiranje i sankcije

Deo nove metodologije proširenja EU kojom se propisuje pozitivno i negativno uslovljavanje izazvao je veliku pažnju naučne i stručne javnosti. U središtu interesovanja je mehanizam bliže integracije. Činjenica je da je novom metodologijom prvi put u istoriji evropskih integracija državama kandidatima ponuđena mogućnost bliže integracije i fazno uključivanje u pojedine politike, tržište i programe EU.

Međutim, ovaj mehanizam nije potpuno nov. On postoji već dugi niz godina u EU. Bliža integracija je samo jedan od modaliteta diferencirane integracije, fenomena koji je prisutan u EU od njenog osnivanja. Brojni primeri kojima se odobrava različit položaj državama članicama nalaze se kako u Osnivačkim ugovorima, tako i u aktima sekundarnog zakonodavstva. Ipak, modaliteti diferenciranosti, kao što su posebni režimi, derogacije, *opting-out* klauzule, bili su privremenog karaktera, uspostavljeni za ograničene ciljeve i nisu implicirali trajno odvajanje među državama.²⁸ Koncept diferencirane integracije prvi put je institucionalizovan Ugovorom iz Amsterdama 1997. godine u vidu odredbi o bližoj, pojačanoj saradnji (eng. *enhanced cooperation*). Bliža saradnja omogućava da države članice EU uspostave saradnju i u vezi sa onim pitanjima u pogledu kojih nije postignut sporazum među svim članicama EU.²⁹ Države koje žele da međusobno

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Alexandar Stubb, *Negotiating Flexibility in European Union: Amsterdam, Nice and Beyond*, Palgrave Macmillan, Paris, 2002, 34–40.

²⁹ Jelena Čeranić, *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, 44–46.

uspostave bližu saradnju u okviru nadležnosti koje nisu rezervisane isključivo za Uniju, mogu koristiti institucije Unije i sprovesti tu saradnju primenom odgovarajućih odredbi Ugovora. Bliže saradnje usmerene su na favorizovanje ostvarenja ciljeva EU, zaštitu njenih interesa i jačanje procesa integracija. One su otvorene u svakom trenutku za sve države članice.³⁰

Dakle, mehanizam bliže integracije predviđen novom metodologijom ne krasi atribut novosti. Ključna razlika između bliže saradnje predviđene Osnivačkim ugovorima i bliže integracije zapravo leži u tome što se mogućnost bliže integracije nudi bez punopravnog članstva u EU.

U pogledu same politike spoljnog uslovljavanja, čini se da EU nastavlja sa već oprobanom strategijom “štapa i šargarepe”. Pojedini smatraju da šargarepu jeste povećala, ali da je zauzvrat i štap produžila. Što se tiče “šargarepe”, predviđena je mogućnost bliže integracije i fazno uključivanje u politike, tržište i programe EU, kao i povećano finansiranje i investicije. Međutim, predviđanje ovih mehanizama pozitivnih podsticaja otvorilo je Pandorinu kutiju. Način na koji je koncipirana bliža integracija otvara niz pitanja na koja nova metodologija ne daje odgovore. Kako će se bliža integracija u politike, tržište i programe EU sprovesti u praksi, pre svega u pogledu donošenja odluka i održivosti same bliže integracije. Da li bi se fazno uključivanje odvijalo na osnovu odredbi o integracijama predviđenim SSP-om? Kao i, da li novi višegodišnji finansijski okvir može da izdvoji više sredstava za pred-pristupnu pomoć?³¹

U pogledu “štapa”, tj. negativnog uslovljavanja, sankcije su pooštrene. Predviđeno je zamrzavanje pregovora u određenim oblastima, suspendovanje celokupnih pregovora, ponovno otvaranje već zatvorenih poglavlja, smanjenje finansiranja, pauziranje ili povlačenje povlastica bliže integracije.

U praksi je veoma važno da se uspostavi ravnoteža između mera pozitivnog i negativnog uslovljavanja. Ukoliko se pogleda istorija evropskih integracija Zapadnog Balkana, čini se da je pominjana ravnoteža uvek bila “pomerena” ka negativnim podsticajima, čime je umanjivana nada zemalja kandidata da postoji realna mogućnost da se pridruže EU u bližoj budućnosti.³² S tim se može dovesti u vezu i pad evroentuzijazma i uopšte podrške stanovništva u zemljama iz regiona evropskim integracijama. Upravo iz tog razloga od velikog je značaja da se uspostavi balans između mehanizama pozitivnog i negativnog uslovljavanja.

³⁰ Čl. 20, st. 1 Ugovora o Evropskoj uniji.

³¹ M. Dabrowski, op. cit. 3.

³² *Ibidem*.

ZAKLJUČAK

Nova metodologija proširenja EU trebalo bi da bude korak unapred ka prevazilaženju zastoja u procesu proširenja EU. Poslednjih godina Unija se suočava sa “umorom od proširenja” kao posledice talasa proširenja u prvoj dekadi 21. veka. U kontekstu političkih, pravnih i ekonomskih izazova sa kojima se Unija trenutno suočava, donošenje nove metodologije svakako je pozitivan pomak.

Iako mehanizmi predviđeni novom metodologijom nisu u potpunosti novi, već predstavljaju postojeće mehanizme i instrumente prava EU u “novom ruhu”, to ne znači da oni ne mogu doprineti prevazilaženju zastoja u procesu proširenja EU. Ukoliko se adekvatno primenjuju u praksi, ovi mehanizmi mogu doprineti ubrzanju procesa pristupanja. Ipak, samo pristupanje je politička odluka i zavisi od brojnih činilaca.

U ovom trenutku niko sa sigurnošću ne može predvideti kakve će rezultate dati nova metodologija proširenja EU. Teoretski posmatrano, ona sadrži elemente za oživljavanje procesa proširenja EU. A da li će do toga i doći, zavisi od brojnih faktora. Vreme će najbolje pokazati da li će nova metodologija proširenja EU opravdati očekivanja.

Prof. Dr. JELENA ČERANIĆ PERIŠIĆ
Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

A NEW EU ENLARGEMENT METHODOLOGY AN INSTRUMENT FOR OVERCOMING “EU ENLARGEMENT FATIGUE”

Summary

The paper analyzes a new EU enlargement methodology as an instrument for overcoming the “EU enlargement fatigue”. In February 2020, the European Commission issued Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions proposing a new EU enlargement methodology named “Enhancing the accession process – a credible EU perspective for the Western Balkans”. In order to reinvigorate the accession process, a new methodology is based on four criteria: more credibility; stronger political steer; a more dynamic process; and predictability, positive and negative conditionality. In order to achieve these criteria, a new EU enlargement methodology envisages a number of new mechanisms. In the first part of the paper the general ideas of a new methodology for enhancing the accession process are presented. The second part is devoted to the mechanisms for reinvigorating the accession process. The third part of the paper examines the real novelty of these mech-

anisms and their feasibility in practice. Although a new methodology contains certain novelties, most of mechanisms on which is based are not new, but already known mechanisms of EU law, only used in a new context.

Key words: new EU enlargement methodology, accession process, European integrations, Western Balkans, “EU enlargement fatigue”

Literatura

- Ćeranić J., *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2011.
- Ćeranić J., Glintić M., “Vladavina prava u Evropskoj uniji – preispitivanje koncepta u kontekstu proširenja EU”, *Pravni život*, br. 12, Tom IV, Beograd, 2016.
- Ćeranić J., Glintić M., “Evropska unija deset godina nakon početka krize – sa posebnim osvrtom na predloge za ponovno oživljavanje EU predviđene u okviru inicijative Novi pakt za Evropu”, *Pravni život*, br. 11, Tom IV, Beograd, 2018.
- Dabrowski M., “Can the EU overcome its enlargement impasse?”, <https://www.bruegel.org/2020/02/can-the-european-union-overcome-its-enlargement-impasse/>, 21.09.2020.
- Knežević Bojović A., Ćorić V., Višekruna A., “Spoljašnje uslovljavanje Evropske unije i regulatorni okviri Srbije”, *Srpska politička misao*, br. 3, Tom 65, Beograd, 2019.
- Rabrenović A., Ćeranić J., *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU – prioriteti, problem, perspektive*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012.
- Stubb A., *Negotiating Flexibility in European Union: Amsterdam, Nice and Beyond*, Palgrave, Macmillan, Paris, 2002.
- Szolucha A., “The EU and ‘Enlargement Fatigue’: Why Has the European Union Not Been Able to Counter ‘Enlargement Fatigue’?”, *Journal of Contemporary European Reserch*, br. 6, 2010.
- Vukadinović R., “Diferencirana integracija kao spasonosni metod integracije ili dezintegracije EU”, *Pravna riječ*, br. 39/2014.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 20.09.2020.
- Zagreb Declaration, 6 May 2020, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/05/06/zagreb-declaration-6-may-2020/>, 20.09.2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 15.10.2020.
Prihvaćen: 30.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA PRAVNU
DRŽAVU**

SAŠA BOVAN

SOCIOLOŠKA PRIRODA SUPSTANCIJALNOG METODA UNIFIKACIJE PRAVA

U ovom radu se diskutuje o metodima unifikacije prava koji se razvrstavaju na kolizioni i supstancijalni metod, sa dvostrukim ciljem: prvo, da se ukaže kako supstancijalni metod unifikacije prava predstavlja model jedne u suštini sociološke analize; drugo, da se pokaže kako primena supstancijalnog metoda unifikacije prava predstavlja oblik stvaranja prava koji je utemeljen, u konačnici, na sociološkom tumačenju prava.

Ključne reči: unifikacija prava, kolizioni metod unifikacije prava, supstancijalni metod unifikacije prava, sociološka priroda supstancijalnog metoda, sociologija prava kao sociologija pravne prakse

U V O D

Unifikacija prava, sasvim nesporno u pravnoj literaturi i pravnoj praksi, predstavlja ujednačavanje (izjednačavanje) prava, tj. donošenje jedinstvenih pravnih normi materijalnog ili procesnog prava koje zamenjuju heterogeno i partikularno zakonodavstvo unutar jedne države ili unutar međunarodnog pravnog okvira. Kao osnovna posledica unifikacije sledi da ujednačena pravila postaju deo unutrašnjeg prava zemalja koje su pribegle ovom procesu, odnosno da ujednačena pravila zamenjuju razna partikularna pravila (vrlo često i suprotstavljena) kada se radi o unutrašnjem zakonodavstvu. Kao primer uspešne unifikacije u po-

Prof. dr Saša Bovan, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bovan@ius.bg.ac.rs.

jedinim oblastima, što nije tako čest slučaj, možemo pomenuti Evropsku konvenciju o zaštiti prava čoveka i osnovnih sloboda ili Evropsku konvenciju o međusobnom priznanju trgovačkih društava i pravnih subjekata.¹

Unifikaciju prava treba razlikovati od harmonizacije prava koja predstavlja usklađivanje tj. usaglašavanje prava po određenim principima. Harmonizacija prava, posmatrana u svom odnosu prema unifikaciji, predstavlja prvi korak ili pripremu za unifikaciju gde se zapravo radi o približavanju pravnih poredaka ili pravnih sistema, odnosno o smanjivanju razlika između njih.²

Unifikacija može biti delimična ili potpuna prema svom obimu, organizovana i spontana prema načinu svog sprovođenja, unutrašnja ili međunarodna unifikacija prema svojim dometima, a može, takođe, imati regionalni ili univerzalni karakter s obzirom na ambicije i potrebe zbog kojih se sprovodi.³

U ovom uvodu kao nespornu činjenicu, pa zbog toga sasvim kratko o tome i bez prevelikih objašnjenja, ističemo da je kolizioni metod danas preovlađujući metod unifikacije prava. Problem je tada što i koliziona pravila pripadaju unutrašnjem zakonodavstvu čime se otežava njihova primena. Naravno da se u praksi međunarodnog prometa roba i usluga, kao i u drugim oblastima privatnopravnih odnosa sa stranim elementom, već poodavno pokazala manjkavost ovog metoda unifikacije prava. To je bio i motiv da se razmišlja o potrebi stvaranja evropskog obligacionog prava, kako su na jednom bitnom skupu iz 1974. godine zaključili O. Lando, zagovornik ove ideje, i zvaničnici Evropske komisije, s obzirom da i jednoobrazna koliziona pravila nisu u stanju da omoguće efikasnije ugovorno pravo i stvaranje funkcionalnog ekonomskog tržišta.⁴

Tako dolazimo do pitanja o jedinstvenom materijalnom ili procesnom pravu, tj. unifikaciji privatnog prava polazeći od supstancijalnog metoda. Naime, postavlja se pitanje koliki su dometi ovog metoda, odnosno pod kojim uslovima je moguća njegova primena.

Neka nam bude dozvoljeno da u ovom uvodu ukažemo kako kolizioni metod unifikacije prava, koji danas dominira u ovoj oblasti, nije i najstariji model

¹ Kao primer jedne krajnje neuspešne unifikacije može da posluži Konvencija UN o zastupanju u međunarodnoj prodaji robe iz 1983. godine koju je ratifikovalo samo pet država.

² Marija Draškić, Maja Stanivuković, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Beograd, 2005, 18.

³ Richard M. Buxbaum, Klaus J. Hopt, *Legal Harmonization and the Business Enterprise: Compare and Capital market law harmonization Policy in Europe and the USA*, Berlin–New York, 2013; Maja Stanivuković, "Instrumenti unifikacije i harmonizacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama sa posebnim osvrtom na načela evropskog ugovornog prava", *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo* (ur. R. Vukadinović), Kragujevac, 2001, 60–64.

⁴ *Ibidem*, 57.

unifikacije. Naprotiv, u rimskom pravu, počev od II punskog rata naglo se razvija *ius gentium*, gde se radom peregrinskog pretora razvija sistem regulisanja poslovnih (trgovinskih) odnosa između građana Rima i stranaca, a koje se kasnije primenjuje i između rimskih građana, što je primer unifikacije putem supstancijalnog metoda. Posebno treba istaći efikasnost i žilavost ovog pravnog modela, tako da on može poslužiti i kao primer za diskutovanje o primeni supstancijalnog metoda unifikacije prava i u modernim uslovima. Naravno, ne treba zanemariti ni *lex mercatoria*, transnacionalno pravo međunarodne trgovine koje se spontano i postepeno razvijalo vekovima.⁵ O svemu tome će biti više reči u trećem odeljku ovog rada.

KOLIZIONI METOD UNIFIKACIJE PRAVA

S obzirom da je međunarodno privatno pravo grana unutrašnjeg prava kojom se regulišu privatnopravni odnosi sa elementom inostranosti (građansko-pravni, porodičnopravni, radnopravni, građanskoprocetni, privrednopravni),⁶ koliziono zakonodavstvo i kolizioni metod rešavanja sporova predstavljaju najmanje spornu tehniku regulisanja pomenutih pravnih odnosa i zapravo, bazičnu oblast međunarodnog privatnog prava.⁷ Pomoću kolizionih normi vrši se izbor merodavnog prava za neki konkretan pravni odnos koji je vezan i za domaće i za strano pravo. Ovakvo dejstvo kolizionih normi posledica je njihove strukture koju čine činjenice konkretnog slučaja (pravni odnos u pitanju), i činjenica povezivanja tog pravnog odnosa sa materijalnim pravom određene države (tačka vezivanja). Kao što se da primetiti, kolizionim normama ne reguliše se jedan pravni odnos sa stranim elementom nego se stvaraju pretpostavke za njegovo regulisanje tako što se vrši izbor merodavnog prava (materijalno pravo neke određene države) kojim se konačno rešava konkretan slučaj.⁸

Ključna reč za razumevanje funkcionisanja kolizionih normi je – “posrednost”. Kolizione norme su posredan, tj. indirektan način rešavanja privatnopravnih odnosa sa stranim elementom ukazivanjem na merodavno pravo za konkretan slučaj. Korišćenje kolizionih normi, prema izloženom, spada u posebno važnu

⁵ O *lex mercatoria* detaljnije, sa obimnim pregledom literature kod: Jelena Perović, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2019, 355–356.

⁶ O dilemi koji pravni odnosi ili koje pravne norme spadaju u predmet međunarodnog privatnog prava v. Tibor Varadi, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2019, 40–43.

⁷ *Ibidem*, 42.

⁸ O značaju kolizione tehnike za konačno rešenje sporova sa stranim elementom kod: Albert A. Ehrenzweig, “Treatise on the Conflict of Laws”, *Columbia Law Review*, No. 8, 1963, 1544–1549.

fazu primene prava prilikom rešavanja odnosa sa elementom inostranosti. To je i druga ključna reč, tj. sintagma za razumevanje funkcionisanja kolizionih normi – “primena prava”. Još jedan pojam koji ukazuje na kompleksnost ove materije je momenat “sociologizacije” koji se ogleda u tome što zakonodavac koji donosi listu tački vezivanja (kolizione norme pripadaju unutrašnjem pravu), mora pribeci vrlo kompleksnim vrednovanjima i mora razmotriti različite situacije i kontekste u kojima se mogu naći naši ili strani državljani (norme o privatnim pravima stranaca takođe spadaju u međunarodno privatno pravo).

U ovom momentu, u kontekstu ciljeva ovog rada, izdvajamo drugu dimenziju kolizionog prava, a naime okolnost da se kolizione norme tiču postupka primene prava. Pre svega želimo da ukažemo da ta dimenzija upotrebe kolizionih normi kada se vrši izbor merodavnog prava, osim što, nesporno, spada u sferu primene prava, takođe posredno i potencijalno, može imati implikacije i za oblast stvaranja prava u materiji međunarodnog privatnog prava, i to po dva osnova: prvi se ogleda u stvaranju jednoobraznih kolizionih pravila kojima će biti olakšano traženje merodavnog prava; drugi se ogleda u činjenici da primena kolizionih normi podrazumeva niz teškoća i može dovesti relativno često do nepravičnih rešenja, što predstavlja konstantni i pregnantni povod i podsticaj za direktnim tj. neposrednim regulisanjem privatnih odnosa sa stranim elementom međunarodnim ugovorima i jednoobraznim zakonima, tj. primenom supstancijalnog metoda.

Ovde treba napomenuti da u međunarodnoj praksi unifikacije relativno slabu ulogu ima unifikacija kolizionog prava. Inače, unifikacijom kolizionih normi ne rešava se sukob materijalnog prava ali ona ima kao posledicu primenu sadržinski jedne te iste kolizione norme od strane sudova svih onih zemalja koje su ratifikovale jednoobrazne kolizione propise. Unifikacija kolizionog prava stvara pretpostavke i za uspešnu unifikaciju materijalnog prava jer, ako ništa drugo, dovodi do toga da će sudovi svih zemalja primeniti materijalno pravo jedne iste zemlje prilikom rešavanja konkretnog spora. Ostaje zagonetka zašto unifikacija kolizionog prava nije prisutna u većem obimu. Na primer, Hašku konvenciju o merodavnom pravu za međunarodnu prodaju robe ratifikovalo je svega osam zemalja. Hašku konvenciju o merodavnom pravu za ugovore o zastupanju (1978) ratifikovalo je svega četiri zemlje, a Hašku konvenciju o merodavnom pravu za ugovore o međunarodnoj prodaji robe iz 1986. godine ratifikovale su samo dve zemlje. Više uspeha postigla je unifikacija kolizionih propisa u okviru međunarodnog privatnog prava EU (Regulativa 864/2007, Regulativa 593/2008, Regulativa 1259/2010).

U tom smislu, konačno, po ova dva osnova, kolizione norme iskrsavaju ne samo kao metod primene prava već i kao metod stvaranja, tj. unifikacije materijalnog i procesnog prava. Međutim, kolizione norme mogu imati određenu ulogu u postupku unifikacije prava i na druge načine. Na primer, međunarodne konven-

cije ili jednoobrazni zakoni o unifikaciji prava mogu predvideti kolizione norme kao pomoćno sredstvo u pravcu njihove efikasnije primene.⁹ Dalje, prilikom popunjavanja pravnih praznina, u situaciji kada se donosi jednoobrazni zakon, a postoje pitanja oko kojih nije postignuta saglasnost, u tekst zakona se mogu uvrstiti koliziorna pravila koja određuju koje će se pravo primeniti u pogledu tih pitanja.¹⁰

U svakom slučaju, kada se ima u vidu dostignuti nivo unifikacije pre svega privatnog i privrednog prava, može se zaključiti da kolizionni propisi i dalje vrše važnu ulogu u tom pravcu. Štaviše, mnogi autoriteti u ovoj oblasti smatraju da je kolizionni metod unifikacije privatnog prava svrsishodniji nego supstancijalni metod, stoga što bi potpuna unifikacija materijalnog prava poništila neke neophodne razlike između nacionalnih pravnih sistema, čime bi se otežalo funkcionisanje međunarodnog privatnog prava i stvorili problemi u funkcionisanju nacionalnih pravnih sistema u oblasti privatnih odnosa sa elementom inostranosti.¹¹ Da i sama primena jednoobraznih zakona može izazvati probleme u nacionalnom pravnom poretku svedoči slučaj Hoke (Hocke) iz 1963. godine, kada je nastao spor između Francuske i Nemačke u pogledu tumačenja nekih članova Jednoobraznog meničnog zakona iako su obe ove zemlje ratifikovale ovaj zakon. Inače, tada se pribeglo kolizionim normama u rešavanju ovog problema, što je još jedan dokaz o nužnosti kolizionog zakonodavstva i na planu primene MPP i na planu unifikacije prava.

SUPSTANCIJALNI METOD UNIFIKACIJE PRAVA

Supstancijalni metod unifikacije privatnog prava sa stranim elementom podrazumeva donošenje jednoobraznih rešenja koja bi važila za države koje ratifikuju ta rešenja, što podrazumeva da se ne bi postavljalo pitanje sukoba zakona i čime bi se izbegla primena kolizionih normi. Ovaj vid unifikacije označava se u literaturi iz međunarodnog privatnog prava direktnim regulisanjem putem međunarodnih propisa. U odnosu na ovaj metod unifikacije međunarodnog privatnog prava postavljaju se pre svega sledeća pitanja: (1) ko su subjekti unifikacije; (2) koji su instrumenti unifikacije; (3) u čemu se zapravo ogleda unifikacija međuna-

⁹ *Ibidem*, 88.

¹⁰ M. Stanivuković, op. cit., 89.

¹¹ *Ibidem*, 92. Pomenimo da ima i autora koji smatraju suprotno, koji se zapravo zalažu za unifikaciju i integraciju evropskog prostora gde će se uspostaviti ne samo jedinstveno tržište i jedinstveni pravni sistem već i svojevrsni zajednički identitet naroda Evrope. O tome kod: U. C. Schmid, "Legitimacy Conditions for a European Civil Code", *EUI Working Papers*, br. 4, 2001, 5; prema: Radovan Vukadinović, "Predgovor", *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, (ur. R. Vukadinović), Kragujevac, 2001, 6, fn. 7.

rodnog privatnog prava putem supstancijalnog metoda. Među ovim pitanjima za nas je s obzirom na ciljeve rada najvažnije ono poslednje, tako da ćemo se sasvim ukratko osvrnuti na prva dva pitanja.

(1) Kada se radi o subjektima (nosiocima) unifikacije nesporno je da najvažnija uloga tada pripada raznim međunarodnim organizacijama. To su najčešće međuvladine organizacije, mada u subjekte unifikacije spadaju i međunarodne organizacije iz nevladinog sektora. Među ovim prvim, a za oblast međunarodnog privatnog prava naročito je važno delovanje Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT). Takođe se ističu Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL), Međunarodna organizacija rada (ILO), Svetska organizacija za intelektualnu svojinu (WIPO), Međunarodna komisija za građansko stanje (CIEC), itd. Vrlo često su inicijatori i nosioci ovog procesa raznorazna profesionalna udruženja (naročito trgovaca i privrednika), na primer Međunarodna trgovinska komora (ICC). Ipak, naročit značaj za unifikaciju prava ima rad Haške konferencije za međunarodno privatno pravo koja je do sada usvojila preko 40 Konvencija.

Onda kada u ovoj oblasti dolazi do ujednačavanja sudske prakse kao subjekti unifikacije privatnog prava mogu se pojaviti i međunarodni sudovi. Posredno, kao subjekti unifikacije prava pojavljuju se i nacionalne države. To je najčešće slučaj onda kada se suverene države uključuju u rad raznih međunarodnih tela i komisija kako bi protežirali rešenja koja su u interesu njihovih država. Sa pozicije superiornosti svog prava najčešće nastupaju američki predstavnici. Na primer, prilikom usvajanja Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari (1964. godine), američki delegati su otvoreno nastupali sa ciljem da taj propis bude u što većoj meri usklađen sa američkim Uniformnim trgovačkim zakonom. Kada se radi o međunarodnom privatnom pravu EU važno je naglasiti da počev od Rimskog ugovora (1957. godine) pa sve do Amsterdamskog ugovora iz 1997. godine nosioci unifikacije su bile nacionalne države s obzirom da organi Evropske ekonomske zajednice nisu bili nadležni da donose propise iz oblasti međunarodnog privatnog prava. Od Amsterdamskog ugovora nosioci unifikacije u ovoj oblasti su organi Evropske unije, a instrumenti unifikacije nisu više međunarodni ugovori već autonomni propisi.¹²

(2) Kada se radi o instrumentima, tj. tehnikama unifikacije međunarodnog privatnog prava, sigurno najvažnija uloga tada pripada međunarodnim ugovorima i jednoobraznim zakonima. Praksa donošenja i ratifikacije međunarodnih ugovora pokazuje o kako se mukotrpnom i najčešće dugotrajnom procesu radi.

¹² Detaljnije kod: T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, op. cit., 59–62.

Isti je slučaj sa jednoobraznim zakonima koji su najčešće prilog (aneks) međunarodnih ugovora. Sve ovo nije neobično s obzirom da se u tom procesu prelamaju razlike između suverenih država u pogledu pravnih tradicija, tumačenja propisa i njihovih ekonomskih i drugih interesa.

Kada se radi o Evropskoj uniji imamo primer stvaranja nadnacionalnog zakonodavstva gde se kao inicijator i nosilac unifikacije pojavljuju organi EU, i to putem Regulativa i Direktiva. Ovde su naročito važne Regulative koje su po tipu Uredbe sa zakonskom snagom koje se neposredno primenjuju u državama članicama, bez potrebe da se unose u unutrašnje zakonodavstvo. (Direktive su više usmerene na harmonizaciju propisa, ali i one se maksimalno poštuju unutar EU).¹³ Ranije su pomenute neke od Regulativa kojima se unifikuje MPP, a ovde treba reći da njihov najveći broj odnosi na privredno pravo. U kontekstu nadnacionalnog zakonodavstva pominjemo i preporuke međunarodnih organizacija koje mogu evoluirati do međunarodnih konvencija ili propisa koje donose organi EU (zato ih ovde i pominjemo).

Ipak, posebnu pažnju, a u kontekstu ciljeva rada, posvetićemo model zakonima, autonomnim propisima i pravnim načelima kao instrumentima unifikacije prava. Tako ćemo doći i do treće tačke izlaganja o supstancijalnom metodu unifikacije prava, sa odgovarajućim predlozima i zaključcima.

Model zakoni, kao i svaka međunarodna konvencija ili ugovor, moraju proći usvajanje na nacionalnom nivou, ali za razliku od ovih prvih imaju fleksibilnu, tj. promenljivu formu. Naime, države koje usvajaju neki model zakon mogu u tekst zakona uneti eventualne izmene i dopune bez ograničenja.¹⁴ Model zakoni u tom smislu više predstavljaju instrument harmonizacije nego unifikacije, a da li će dostići nivo unifikacije zavisi od rešenja predviđenih u njima, odnosno argumentacije koja stoji iza njih. Jedan od najpoznatijih model zakona je onaj koji je koncipiran pod okriljem UNCITRAL iz oblasti međunarodne trgovinske arbitraže koji je donet 1985, a dopunjen 2006. godine. Danas postoje 53 zemlje i 6 federalnih država SAD koje se mogu označiti kao zemlje koje su prihvatile ovaj model zakon (među njima je i Srbija). Spisak ovako uspešnih model zakona ovim nije iscrpljen. Od onih koji su prihvaćeni od velikog broja zemalja pominjemo još Mo-

¹³ Detaljnije o odnosu regulativa i direktiva i praksi njihove primene kod: Peter Christin Muller Graff, "EC Direktives as a Means of Private Law Unifications", *Towards a European Civil Code*, (ed. A. S. Hartkamp et al.), The Hague, London, Boston, treće izdanje, 2004, 77–100.

¹⁴ Obično se kao prvi primer model zakona uzima onaj o menici iz 1848. godine, koji su usvojile nemačke pokrajine.

del zakon o elektronskoj trgovini (1996), Model zakon o prekograničnoj insolventnosti (1997), itd.¹⁵

Autonomni propisi, poput na primer opštih uslova poslovanja, tipskih ugovora itd., predstavljaju predloge pravila regulisanja u pojedinim oblastima (najčešće u privrednom pravu). Za njih je karakteristično, kao i za model zakone da ih ne izrađuju suverene države već najčešće profesionalna udruženja ili strukovne organizacije. Među poznatim pravnim izvorima ovog tipa uvek se prvo pominju Ženevski opšti uslovi prodaje. Među tipskim ugovorima koji su masovno prihvaćeni u u međunarodnom poslovnom prometu pominjemo na primer Tipske ugovore iz oblasti građevinarstva (FIDIC), itd.¹⁶ Inače, čini se da je u literaturi i praksi međunarodnog prometa roba i usluga potcenjen značaj tipskih ugovora za unifikaciju prava.

Najzad, ideja o potrebi unifikacije međunarodnog privatnog prava, naročito trgovinskog, dolazi do izražaja u naporima raznih strukovnih tela u tom pravcu. Kao izraz ovih napora, pominjemo dva ključna pravna dokumenta u kojima su oni dostigli najviši nivo. To su Načela međunarodnih trgovinskih ugovora, usvojena 1974. godine od strane UNIDROIT, i Načela evropskog ugovornog prava konačno usvojena 1997. godine unutar Komisije za evropsko ugovorno pravo. Kako ističe O. Lando, koji je bio na čelu ove druge komisije, ovi principi (pre svega se odnose na ugovor o kupoprodaji, odgovornost proizvođača i prodavca, te pravima kupaca i zaštite potrošača) zamišljeni su kao opšti principi ugovornog prava EU.¹⁷ I u ovom slučaju, kao i kod model zakona i autonomnih propisa, radi se o dokumentima koji su pre svega plod angažovanja struke i nauke, a ne napora pojedinih država.¹⁸ Za oba dokumenta se zapravo može reći (s obzirom da je veliki broj istih stručnjaka učestvovao u njihovoj izradi), da su oni, po prvi put, i na velika vrata, “odgovor nauke na potrebe prakse za evropski jedinstvenom koncepcijom opštih pitanja ugovornog prava”.¹⁹

(3) Pregledom raznih instrumenata unifikacije i harmonizacije prava, pre svega u privatnopravnim odnosima sa elementom inostranosti, dolazimo i do pi-

¹⁵ Detaljnije kod: J. Perović, op. cit., 366–368.

¹⁶ *Ibidem*, 368–369.

¹⁷ Ole Lando, “Principles of European Contract Law”, *Cambridge Law Journal*, br. 7, 1992, 573–574.

¹⁸ Postoje indicije da se Landova komisija u sastavljanju evropskih načela ugovornog prava u velikoj meri oslanjala na naš Zakon o obligacionim odnosima.

¹⁹ Nenad Đurđević, “Principi evropskog ugovornog prava i kvalitet ispunjenja ugovora, posebno u pogledu predate stvari”, *Načela evropskog govornog prava i jugoslovensko pravo*, (ur. R. Vučadinović), Kragujevac, 2001, 197.

tanja o “unutrašnjoj logici” ovih instrumenata, tj. do pitanja o tome na čemu počiva njihova veća ili manja efikasnost.

U tom pravcu, ističemo sledeće osobenosti ovih instrumenata, tj. supstancijalnog metoda unifikacije, koje naročito dolaze do izražaja u izradi modela zakona, autonomnih propisa i pravnih načela (principa). Prvo, u pitanju je induktivni put njihovog stvaranja gde se polazi od postojeće sudske i pravne prakse uopšte, sa izuzetnim respektom i dubokim promišljanjima svih pravnih instituta koji su obrađivani. Drugo, u njihovoj izradi naglašeno dolazi do izražaja komparativni pristup bez kojeg bi promišljanje ovih načela izgubilo na težini. Treće, u pozadini ovih načela naglašeno stoji autoritet nauke i struke, što je praksa koja, srećom, uzima sve više maha.

U suštini, sva ova tri aspekta pravnih dokumenata u pitanju ukazuju na naglašeno sociološku prirodu supstancijalnog metoda unifikacije prava. Inače, s obzirom na našu zaokupiranost problematikom tumačenja prava i primene prava, koja se posmatra iz sociološke perspektive, uvek dokazujemo i ističemo sociološku dimenziju pravnog fenomena bez obzira o kojoj se problematici radi. U oblasti pravne hermeneutike to je jeretička zamisao onda kada tvrdimo da postupak tumačenja prava treba posmatrati polazeći od male premise jurističkih zaključaka, kada se ispostavlja da u temelju postupka pravnog rasuđivanja ne stoji nikakva “logika”, već da je to naglašeno primer jedne mikrosociološke analize. Međutim, kada se radi o oblasti stvaranja a ne primene prava ukazivanje na sociološku prirodu ovog postupka već nije jeretička ideja. Nesporno je da interesi raznih društvenih grupa i slojeva dolaze do izražaja u radu parlamenta prilikom donošenja zakona. Tako je i na međunarodnom planu. U sociologiji prava postoji čak jedna oblast koja se označava kao sociologija zakonodavstva koja se time bavi.²⁰ Međutim, veze sociologije prava i pravne prakse najmanje se promišljaju polazeći od privatnog prava. Stoga, diskusija o unifikaciji prava, kada otkrivamo sociološku prirodu supstancijalnog metoda unifikacije u pomenutim aspektima, može poslužiti kao dobar povod u pravcu produbljivanja te veze što bi bilo korisno za sociologiju prava kako bi ova u punom kapacitetu postala sociologija pravne prakse, ali bi bilo od koristi i u oblasti međunarodnog privatnog prava insistiranjem na pomenuta tri aspekta supstancijalnog metoda unifikacije (induktivni put formulisanja pravnih instituta, naglašeno komparativni pristup, masovno i aktivno učešće predstavnika struke i nauke).

Međutim, sociološka dimenzija unifikacije prava dolazi do izražaja na još jedan način koji nas opet vraća na teren tumačenja prava. i dovodi generalno u pitanje mogućnosti unifikacije prava. Naime, postoji veliki broj skeptika u tom

²⁰ V. Žan Karbonije, *Pravna sociologija*, Novi Sad, 1992, 323–346.

smislu koji svoje argumente pronalaze upravo u oblasti jurističke hermeneutike. Jedan od njih, možda i najpoznatiji, je Pjer Legran sa Mek Gil Univerziteta u Kanadi. Ideju o skromnim mogućnostima i dometima unifikacije prava on elaborira iz ugla pravne hermeneutike, i to zagovarajući jednu sociološku teoriju tumačenja. On tvrdi da donošenje jednoobraznih pravila nije poslednji korak unifikacije već da takva pravila moraju proći test tumačenja prava. Dalje, polazeći od toga da je svako tumačenje a pogotovo tumačenje prava uvek zaključivanje (konačno neko vrednovanje) polazeći od odgovarajućeg konteksta, taj kontekst onemogućava uniformnost u tumačenju prava stoga što ga čine duboki socijalno pravni slojevi koji uključuju razlike u razvoju prava, razlike u pravnim tradicijama, u sistemu prava, u tradicijama tumačenja prava, u pravnim običajima, itd.²¹ Zbog toga, kaže ovaj autor, pravni sistemi nikada ne mogu konvergirati na način i u meri koju zamišljaju idealisti unifikacije prava.²² Na početku ovog rada ukazano je na slučaj koji je izazvao spor između Francuske i Nemačke u primeni meničnog zakona iako su obe ove zemlje ratifikovale ovaj pravni dokument.

Najzad, treba nešto reći i o suštinskim i načelnim manjkavostima u pokušaju unifikacije materijalnog privatnog prava, koje na primer ispoljavaju i Landova načela Evropskog ugovornog prava. Sasvim kratko o tome jer je ova boljka dobro poznata autorima iz ove materije. Radi se o tome da u formulisanju unificiranih pravila vrlo često dolaze do izražaja, što je inače i nužno, različiti kompromisi koji dovode u pitanje efekte unifikacije. Tako na primer kada se radi o pravnom institutu ugovornog zastupanja, postoje velike razlike između anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog sistema koje godinama nisu mogle biti otklonjene zbog vezanosti za svoj pravni sistem pojedinih autora i članova komisija i tela koji su učestvovali u pokušajima unifikacije ili bar harmonizacije ovih propisa.²³ U Landovim principima u III glavi (*Principles of European Contract Law – PECL*), predviđen je širi koncept zastupanja tipičan za anglosaksonsko pravo, dok je u odnosu na pravnu tehniku njegove primene predviđen model kontinentalnog prava. S obzirom na razna druga rešenja u pogledu ustanove zastupanja ostaje da se vidi kako će ovo kompromisno rešenje funkcionisati u praksi.²⁴ Sličnu situaciju

²¹ Pierre Legrand, "Against a European Civil Code", *Modern Law Review*, No. 1, 1997, 44–63. Videti na tu temu i naš rad: Saša Bovan, "Tumačenje prava kao vrednovanje na osnovu konteksta", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 2012, 45–69.

²² Pierre Legrand, "European Legal Systems Are Not Converging", *The International and Comparative Law Quarterly*, No. 1, 1996, 52–81

²³ V. Dijana Marković Bajalović, "Ugovorno zastupanje u Landovim principima, uporednom i jugoslovenskom pravu", *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, (ur. R. Vukadinović), Kragujevac, 2001, 161–162.

²⁴ *Ibidem*, 162–163.

imamo i u drugom primeru, a naime kada se radi o odgovornosti za povrede ugovora. U Landovim principima zastupljeno je rešenje koje počiva na anglosaksonskom pravu ali je kombinovano u nekim elementima najviše sa skandinavskim pravom, koje je kontinentalnog tipa, dok su neka rešenja preuzeta iz *Code Civile*.²⁵ Evo još jednog primera. Opoziv ponude je u Landovim načelima regulisan prema anglosaksonskom pravu sa pokušajima da se ovo rešenje uskladi sa većinom nacionalnih pravnih sistema (tako je i kod nas) koji ne dozvoljavaju opoziv ponude.²⁶

U svakom slučaju, ovaj poslednji primer ukazuje na veliki napor, trud i znanje koje je uloženo u pokušaju koncipiranja osnovnih načela evropskog ugovornog prava. Nezavisno od konkretnog pravnog instituta, Landovi principi su ipak primer uspešne primene supstancijalnog metoda unifikacije prava koji odlikuju: (1) dubinska i skrupulozna obrada postojeće pravne prakse; (2) kompleksna komparativna analiza koja traga za svrsishodnim kompromisima a ne tek nekim eklektičkim rešenjima; (3) čvrst legitimitet tela koje sprovodi unifikaciju koji počiva na autoritetu članova tog tela u stručnim i naučnim krugovima.

Na samom kraju, diskusija o dometima i prirodi supstancijalnog metoda unifikacije prava poslužila nam je da ponovo potvrdimo neke ideje i zaključke vezano za oblasti stvaranja i primene prava, a osnovni je taj da ovu tematiku valja pre svega promišljati iz jedne sociološke perspektive, a ne nekakve "logike" koja se stalno umeće u ove diskusije a da niko nema pravi odgovore na pitanje o kakvoj se to zapravo "logici" radi.

Prof. Dr. SAŠA BOVAN
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

SOCIOLOGICAL NATURE OF THE SUBSTANTIVE METHOD OF UNIFICATION OF LAW

Summary

This article discusses the relationship between the conflict of law method and the substantive method of unification of law with an emphasis on researching the nature and essence of the sub-

²⁵ Nenad Đurđević, "Principi evropskog ugovornog prava i kvalitet ispunjenja ugovora, posebno u pogledu predate stvari", *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo* (ur. R. Vukadinović), Kragujevac 2001, 199–200.

²⁶ Mladen Draškić, "Ponuda i prihvata prema uniformnim pravilima i uporednom pravu", *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo* (ur. R. Vukadinović), Kragujevac 2001, 139–158.

stantive method by which the unification of substantive law is performed. The sociological nature of the substantial method of unification of law is pointed out, which is primarily reflected in an inductive approach to legal practice and a comparative approach to legal theory. In addition, the discussion on the scope and nature of the substantial method of unification of law served us to reaffirm some ideas and conclusions related to the areas of creation and application of law. The basic conclusion is that we must think about this topic from a sociological perspective and not from the perspective of “logic” – which is constantly inserted into these discussions without anyone having the right answer to the question what kind of “logic” it is.

Key words: unification of law, conflict of law method of unification of law, substantial method of unification of law, sociological nature of substantial method, sociology of law as sociology of legal practice

Literatura

- Bovan S., “Tumačenje prava kao vrednovanje na osnovu konteksta”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 2012.
- Buxbaum R. M., Hopt K. L., *Legal Harmonization and the Business Enterprise: Comparative and Capital market law harmonization Policy in Europe and the USA*, Berlin–New York, 2013.
- Draškić M., Stanivuković M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Beograd, 2005.
- Đurđević N., “Principi evropskog ugovornog prava i kvalitet ispunjenja ugovora, posebno u pogledu predate stvari”, *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, (ur. R. Vukadinović), Kragujevac, 2001.
- Ehrenzweig A. A., “Treatise on the Conflict of Laws”, *Columbia Law Review*, No. 8, 1963.
- Perović J., *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2019.
- Karbonije Ž., *Pravna sociologija*, Novi Sad, 1992.
- Lando O., “Principles of European Contract Law”, *Cambridge Law Journal*, br. 7, 1992.
- Legrand P., “Against a European Civil Code”, *Modern Law Review*, br. 1, 1997.
- Legrand P., “Against a European Civil Code”, *Modern Law Review*, br. 1, 1997, 44–63.
- Legrand P., “European Legal Systems Are Not Converging”, *The International and Comparative Law Quarterly*, br. 1, 1996.
- Marković Bajalović D., “Ugovorno zastupanje u Landovim principima, uporednom i jugoslovenskom pravu”, *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, (ur. R. Vukadinović), Kragujevac, 2001.
- Muller Graff P. C., “EC Direktives as a Means of Private Law Unifications”, *Towards a European Civil Code*, (ed. A. S. Hartkamp et al.), The Hague, London, Boston, 2004.
- Schmid U. C., “Legitimacy Conditions for a European Civil Code”, *EUI Working Papers*, br. 4, 2001.

Stanivuković M., "Instrumenti unifikacije i harmonizacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama sa posebnim osvrtom na načela evropskog ugovornog prava", *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo* (ur. R. Vukadinović), Kragujevac, 2001.

Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2019.

Vukadinović R., "Predgovor", *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, (ur. R. Vukadinović), Kragujevac, 2001.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 02.10.2020.

Prihvaćen: 18.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VLADO KAMBOVSKI

UNIFIKACIJA PRAVA, KONSTITUCIONALIZAM I VLADAVINA PRAVA

Unifikacija i harmonizacija pravnih sistema je uslov bez kojeg ne može da se osigura funkcionisanje međunarodne zajednice kao okvira ostvarivanja ekonomskih, političkih i drugih odnosa nacionalnih država i univerzalnog koncepta ljudskih sloboda i prava. Taj proces je danas emanacija i sastavna komponenta globalizacije i nastupanja savremene digitalne ere postindustrijskog društva. Samo po sebi, objašnjene o neophodnosti unifikacije i harmonizacije prava nije dovoljan razlog koji unapred opravdava sve što se danas, uglavnom putem usvajanja iz dana u dan sve brojnijih međunarodnih ugovora, smernica o standardima i drugim međunarodnim dokumentima, isporučuje kao imperativni zahtev koji ostavlja malo prostora državama članicama međunarodne zajednice da ocenjuju da li treba da usaglašavaju svoje pravne sisteme sa imperativnim zahtevima. Ujednačavanje prava doprinosi promovisanju i zaštiti univerzalnih ljudskih prava, pravnoj sigurnosti u međunarodnim ekonomskim odnosima, razvijanju kulture mira, izbegavanju konflikata i afirmaciji ideje o savremenom društvu kao zajednici zasnovanoj na pravu. Značaj tih nespornih tekovina je glavni razlog da se taj proces posmatra kritički sa aksiološkog ugla afirmisanja univerzalnih vrednosti, legitimiteta, konstitucionalizma i principa vladavine prava, kao bazičnih principa humanog i održivog razvoja savremenog društva.

Ključne reči: *unifikacija prava, konstitucionalizam, vladavina prava*

Akademik Vlado Kambovski, Makedonska akademija nauka i umetnosti.

KONTROVERZE SAVREMENOG KONCEPTA PRAVA

Hiperrealizam, postmodernizam

Proces unifikacije i harmonizacije prava odvija se pod velikim uticajem stvaranja hiperrealnih shvatanja o društvenim pojavama, povezanih sa konceptom simulakruma – predstavljanja ili kopije koja je bleđa i često udaljena od originala do njegove neprepoznatljivosti. Hiperrealizam je rezultat tehnološkog promišljanja o iskustvu, tako da je ono što se predstavlja kao stvarnost, kompleks slika i simbola bez spoljne reference, kao predstavljanje samog sebe (*Baudrillard*, (1994), 6). Prema *Baudrillardu*, stvarnost je postala operativni efekat simboličkih procesa, u koje se slike stvaraju tehnološki pre nego što se opažaju. U tehnološko doba, koje utiče na pravo, njegovom razvoju i unifikaciji putem međunarodnih konvencija i drugih dokumenata, simboli se menjaju i međusobno komuniciraju, više nego sa stvarnošću, u neprekidnom lancu proizvodnje stalno novih simbola. Sistem simboličke razmene pravnih ideja, pojmova i standarda je sve manje stvaran, a sve više “hiperrealan”: to je sistem simulacije koji simulira sam sebe. Opšti glas takve hiperrealne predstave o unificiranom pravu je koncept o ljudskim slobodama i pravima i njihove jednakosti, kao i ponavljanje po hiljadu puta međunarodnih, ustavnih i zakonskih garancija, uz svo saznanje da je društvena stvarnost upravo suprotna i da ne samo da ne teži postizanju socijalne, ekonomske, političke, pa i pravne jednakosti, već kontinuirano produbljava nejednakost i diskriminaciju.

Simulakrum i dekonstrukcija pravne paradigme, zasnovane na ideji da ono mora da bude postavljeno kao logična struktura hijerarhijski postavljenih kategorija – ljudska prava, međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, nacionalni ustavi, zakoni, praksa njihove striktno primene, podržan je postmodernim pogledima pravne hermeneutike. Ona polazi od stava da treba prevazići metafizički pristup prošlosti, koji je zasnovan na idejama racionalizma i idealizma (posebno *Kanta* i *Hegela*) o ljudskoj slobodi, kao i o ljudskoj istoriji kao linearnog toka događaja koji izražavaju kontinuirani uspon ljudske slobode. Taj metafizički pristup prošlosti, koji je nastojao (prema *Kantu*) da postane teorija pozitivnog prava, može da se prevaziđe prihvatanjem kontinuiteta između sadašnjosti i prošlosti i njihovim posmatranjem kao ontološkog jedinstva. To ne znači napuštanje modernizma i njegovih metafizičkih refleksija na bit i vrednosti prava njegovim odbacivanjem (*Ueberwindung*), već njegovim “prevazilaženjem” (pregaranjem, preboljevanjem, *Verwindung*), stavljanjem njegovih osnovnih postulata o ljudskoj slobodi i prava, kao i o ideji pravde u novom kontekstu savremene tehnološke i informacione ere. Prema *Vattimu*, u ovom trenutku nestaje tradicionalni bitak i pojavljuje se postmoderni bitak kao događaj, novi početak kao izazov i poziv. Na-

suprot nihilizmu *Nietzschea* i *Heideggera* koji odbacuje tradiciju i teoriju neprestanog napretka i utopiju apsolutnih ideja prava – pravda, jednakost, sloboda, prirodna prava, *Vattimo* posmatra svet kao polje razmene vrednosti pomoću medija koji prenose poruke, od kojih po prirodi stvari postaju najuticajnije i najefektivnije vrednosti koje se odnose na ljudsko dostojanstvo, slobode i prava i humanizacije ljudske egzistencije. Ta težnja je podržana novim informatičkim tehnologijama koje približavaju moderniste i apsolutne ideje prava i savremenost, tako da se prošlost doživljava kao sadašnjost. Upravo u medijskom optimizmu novog vremena *Vattimo* shvata apokaliptičke teze postmodernizma kao izazove za restituciju apsolutnih vrednosti (*Vattimo*, (2000): 20).

Proces unifikacije prava razvija se u doba snažnog uticaja postmodernizma, u kojem se apsolutne vrednosti prava – pravda, istina, sloboda, ljudska prava, dovode u bezvrednost ili do sumnje, skepticizma i negacije, tako da se humanistički pristup kulture prava i njegove vladavine sukobljava sa sve većom nestabilnošću i nesigurnošću. Takvim negativnim tendencijama priključuju se i nus-produkti nove tehnološke i digitalne ere, kao što su prodor u intimnu i privatnu sferu pojedinca, širenje mržnje i netolerancije, kompjuterski kriminal, propagiranje neofašizma, ksenofobije i drugih negativnih pojava.

Suprotno metafizičkom pristupu i političkom i filozofskom nasleđu *moderne* u racionalističkom shvatanju prava, postmodernizam naglašava kriterijum pragmatizma koji nudi mogućnost radikalne transformacije pravne teorije i prakse, sažete u *Rortyjevom* konceptu o “kulturnoj teoriji ljudskih prava nakon holokauta: ljudska prava bez metafizike”. Ne postoji “prirodno pravo”, jer je pravo uvek istorijski i kulturni fenomen, stoga je koncepcija ljudskih prava bez metafizike jedina kulturna teorija prirodnog prava (v. *Barreto*, (2011), 93). Ipak, postmodernizam se nije razvio u potpuni teorijski koncept, ostajući na ravništu antiteorije koja želi da se suprotstavi regulatornoj opsesiji moderne pravne misli, upozoravajući na sve deformacije savremenog društva u ostvarivanju velikih ideja slobode, pravde, jednakosti i drugih vrednosti, ali ne nudeći izlazak iz apokaliptičke vizije. Čak je i sam pojam “postmodernizam” zastareo i manjkav, u istoj meri kao i pojam “modernizam”. Njegova osnovna karakteristika je napuštanje epistemološko-teorijskog realizma i njegova zamena epistemološko-teorijskim konstruktivizmom, koji kreira stvarnost svojim idejama i delima, a da ne zna i ne može da zna kako ona “zapravo” izgleda. Zbog takvog subjektivnog pristupa znanju, istina ili pravda postaju pluralističke kategorije, tako da relativizam postaje meta-storija postmodernizma. Priroda prava je, prema postmodernistima, spajanje “prakse, diskursa i institucija”, “složeni amalgam državnih, verskih i socijalnih pravila”, “sistematski isprepletanih”, tako da ne postoji jasna podela između prava i politike (v. *Richers*, (2007), 509). Ova teza o pravnom pluralizmu ili “pluralnoj norma-

tivnosti – pravo je povezano i pod direktnim uticajem određene kulture”, ostavlja malo prostora za postulat njegove univerzalizacije ili unifikacije.

Poteškoće sa kojima se susreće postmoderna pravna misao, koja nastoji da radikalno transformiše ili “modernizuje” pravo, nastaju u pokušaju objašnjenja društvenih promena koje se dešavaju mnogo brže nego što se mogu predvideti. Nesporno je da, s jedne strane, pozicija ljudskih prava jača, i pored toga što se, s druge strane, pojavljuju totalitarni sistemi u kojima se ona masovno krše, rastu socijalne nejednakosti zajedno sa globalizacijom, intenziviraju se neprijateljstva i sukobi među državama, terorizam postaje temeljna pretnja miru i sigurnosti itd. Postmodernizam doživljava glavne napade upravo sa stanovišta da se svodi jednostavno na nihilistički akademski pravac, koji zapravo zahteva pasivnost u proučavanju prirode, svrhe i funkcije prava. Njegove kritike pojačavaju se danas sa pojavom novih pravaca “metamodernizma”, koji objašnjavaju današnju kulturu, društvo i pravo, pod jakim uticajem “kibernizma” (“performansizam”, “hipermodernizam” ili “digimodernizam”). Sa početkom 21. veka, potaknuta ekološkim promenama, globalnim pomeranjem ekonomskih centara moći, promenom ideološke bipolarnosti i drugim globalnim faktorima, pravna misao se pomera ka poziciji modernosti i pragmatičnog idealizma u potrazi za novim kulturnim izazovima kao što su klimatske promene, finansijska kriza, politička nestabilnost i digitalna revolucija. *Habermasova* kritika postmodernizma (*Habermas*, (1987): 81) suočava to učenje sa konceptom “komunikativnog diskursa”, koji traži univerzalni dogovor, ističući da je kritika modernizma (*Nietzsche*, *Heidegger*, *Derrida* i *Foucault*) zasnovana na metodama i konceptima koji ostaju u delokrugu modernog i svodi se uglavnom na lingvističke i retoričke argumente.

S druge strane, *Habermas* se slaže da debata o modernosti treba više da se fokusira na društvenu praksu i institucije, a ne na teorije saznanja ili lingvistiku kao autonomnoj sferi. U epicentar te debate dolazi ključno pitanje: ako su glavni savremeni politički projekti moderno-liberalnog kapitalizma, socijalizma/komunizma, države blagostanja, korporativnog kapitalizma itd., u velikoj meri istrošeni i gube legitimitet, zajedno sa njima prilagođenim konceptima prava – prema kojoj socijalnoj paradigmi treba da se orijentiše pravni koncept (neo)modernosti baziranog na nužno novoj simbiozi antropocentrične i ekocentrične perspektive savremenog društva. Odgovori na to pitanje problematizuju stvarni smisao procesa stvaranja međunarodnog pravnog poretka i približavanja i ujednačavanja nacionalnih pravnih sistema.

Ova razmatranja, koja se naizgled kreću po periferiji teme unifikacije prava, u stvari zadiru u samu njenu srž, postavljanjem jedino logičnog pitanja koje iz njih proizlazi: da li je uopšte moguće kod svog pesimizma, čak i nihilizma, verovati u apsolutne ideje i vrednosti prava – pravde, slobode, prirodnih ljudskih slo-

boda i prava i njihove jednakosti, zajedno sa ekocentričnim postulatom održivog i humanog razvoja društva, a time verovati i u sve konvencije, dokumente, standarde, smernice i druge instrumente kojima međunarodna zajednica nastoji da ujednači ili približi nacionalne pravne sisteme.

Jusnaturalizam

Najsnažniji podsticaj unifikaciji prava, pored pragmatičnih zajedničkih interesa država (olakšavanje trgovinskih odnosa, slobodno kretanje kapitala, mobilnost ljudi itd.) daje razvoj univerzalnog koncepta ljudskih sloboda i prava, koji je reakcija na ekscese pozitivizma i totalitarizma, vođen težnjom za uspostavljanje određenih stalnih, univerzalnih ljudskih vrednosti kao kriterijuma pozitivnog prava na ideji jedinstva između ideje, suštine i bića prava. Glavna pokretačka snaga potrage za novim pravnim konceptima, uključujući princip vladavine prava na nacionalnom i na supranacionalnom nivou je reafirmacija prirodno-pravnog učenja o “urođenim” pravima pojedinca. Ono postaje vodeća ideja usvajanja međunarodnih konvencija o ljudskim pravima i, što je naročito važno, stvaranja supranacionalnih institucija pravde, nasuprot postmodernističkih i kritičkih stajališta (*Minda*, (1995): 1). Reafirmacija prirodnopravnog učenja o “urođenim pravima” u drugoj polovini dvadesetog veka (Univerzalna deklaracija UN o ljudskim pravima iz 1948. godine) i početkom trećeg milenijuma je reakcija na pozitivizam prethodnog perioda u kome je pravo zloupotrebjeno kao instrumentalizovano oruđe najžešćih diktatura (nacizam, staljinizam, diktatorski režimi pre i posle Drugog svetskog rata). Ali ostaje otvoreno pitanje da li ono ima kapacitet da se suprotstavi novim tendencijama ugrožavanja prirodnih prava koje su plod nove tehnološko-informacijske ere. Totalitarizam, koji je bio okvir pravnog pozitivizma i partikularizma, nije više zaklonjen iza rigidnih formi političke moći i policijskih metoda primene nepravednih zakona, već se obilato služi sa kompleksnim medijskim i sličnim metodama masovnih manipulacija i vladanja nad građanima, naslanjajući se na kulture korporativizma i konsumerizma koje lako pretvaraju pojedica u agregatno stanje poniznog poslušnika vlasti.

Na renesansu jusnaturalizma je uticalo nekoliko faktora, od kojih poseban značaj ima jačanje intervencije države – etatizam (prema maksimi razvijenog kapitalizma: “snažna ekonomija i snažna država”!), što sasvim prirodno postavlja pitanje granica pravne prinude. Odgovor na to pitanje je razapet između dve suprotstavljene ideologije: liberalizma i pravnog moralizma. Liberalizam polazi od stava da je, osim ograničenja i zahteva – “da se ne nanosi šteta drugom”, pojedinac apsolutno slobodan da bira svoje vrednosti i ciljeve, u skladu sa jednakom

slobodom drugih. S druge strane, moralizam smatra očuvanje moralnosti društva vrednošću koju treba podržavati pravom, navodeći moralne vrednosti kao “objektivnu etičku istinu” (v. *Faso*, (2007): 677). Otuda, zagovornici ovog gledišta nisu jedinstveni, posebno ne u tumačenju prirodnog prava kao “većitog” fenomena, prema njegovom shvatanju u 17. i 18. veku. Prema *D’Antrevu*, mesto koje ljudi označavaju imenom prirodni zakon više od dve hiljade godina je mesto gde se vrednosti i norme poklapaju i gde je krajnji izvor prava istovremeno i početak sfere moralnog života (*D’ Antrev*, (2001): 127). Ali na kraju svi protagonisti učenja o prirodnim (i “većitim”) pravima prihvataju prioritet pozitivnog prava: čak i kada je nepravedno, treba ga primenjivati onakvim kakav jeste.

Takav stav prema pozitivnom pravu, koji svodi jusnaturalizam na traženje osnova za njegovu kritičku analizu i ne razvija efikasne mehanizme za suspendovanje nepravednih zakona, doživljava svoj potpuni kolaps u sukobu sa iskustvima krajnjeg utilitarizma i pragmatizma pre i tokom Drugog svetskog rata, kao i u kasnijim komunističkim i diktatorskim režimima. Pravna misao, nakon ovih iskustava, suočava se sa izazovom pronalaženja stvarnih uporišta i načina odbrane prirodnog prava od takvih pozitivističkih ispada. Ali gde ih naći: u krugu metafizičkih ideja prava, sa svesću da ih surova društvena stvarnost može svesti na nedostižne pravne ideale, ili u nekoj stvarnoj životnoj supstanci koja dokazuje njihovu praktičnu neophodnost? Većina protagonista jusnaturalizma danas se slaže da je povratak staroj koncepciji prava kao skupu većitih principa isključen jer je prošlo vreme krstaškog rata stare jurisprudencije, inspirisanog koncepcijom prirodnog prava. Idealistička vizija, beživotna i suprotna dubokim promenama u karakteru savremenog društva, odstupa pred stvarnošću vremena prozaičnih poduhvata. Prirodno pravo nije amalgam apstraktnih ideja i principa koji se talože u nekoj meta-pravnoj sferi, već leži u samom čoveku, u njegovoj prirodi, kao objektivni realitet koji implicira psihološku i moralnu prinudu (v. *Perović*, (2006): 562).

Realni skepticizam u odnosu na pokušaj da se odgovori na pitanje – da li pravna metafizika može da se transformiše u efektivnu pravnu teoriju (*Kant*), usmerava pažnju savremene pravne misli ka pravednom procesu, što na globalnom planu unifikacije prava dovodi do sve većeg prihvatanja tradicionalne anglo-saksonske koncepcije proceduralne pravičnosti: pravo je opšte i neodređeno, ali presuđivanje koje oživotvoruje pravne norme može da bude objektivno i pravično ako uvažava moralne vrednosti i osnovne slobode i prava. Oni su stvarni izvor objektivnosti prava i njegove legitimnosti, a ne suvereno pravo zakonodavca. Otuda glavni pravac istraživanja jusnaturalizma postaje identifikovanje “seta osnovnih prava”, koji se mogu izvući iz pozitivnih normi, sudske prakse i pravne tradicije.

U potrazi za odgovorom na pitanje – koja prava treba smatrati osnovnim, oslonac za unifikaciju nacionalnih pravnih sistema postaju međunarodni dokumenti o ljudskim pravima: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima UN iz 1948, Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950, itd. Ova orijentacija savremenog jusaturalizma, koja delimično prihvata kritike postmoderne i drugih kritičkih studija, napušta apstraktno ispitivanje apsolutnih ideja prava na nivou zakonodavnog procesa i donošenje opštih zaključaka da li su zakoni ispravni (pravedni) i kroz integrisanje evaluativnih pristupa usmerenim i na primenu prava, posebno na proceduralnu pravičnost, u fokus analize uvodi argumente pravde, racionalnosti i moralnosti. U tom pravcu ide veoma uticajna, naročito u američkoj pravnoj misli, teorija prirodnog prava *Finnisa* (teorija “supstancijalnog naturalizma”). Osnova njegovog učenja su temeljne ljudske vrednosti, koje su univerzalne i nezavisne od socijalnog statusa, nacionalne pripadnosti itd., ali za razliku od drugih učenja koja se zasnivaju na ontološkom poimanju prirodnog prava, izvedenog iz metafizičkih pogleda na ljudsku prirodu, prirodne zakone ili apsolutne ideje i vrednosti, *Finnis* definiše prirodno pravo kao sistem principa praktične racionalnosti o regulisanju ljudskog života i odnosa u društvu (*Finis*, (2005), 25). Zakoni treba da potiču iz “zakona razuma” (zabrana ubistva polazi od poštovanja života kao vrednosti; pošto su materijalna dobra neophodna za poboljšanje ljudskog života, uspostavlja se režim privatne svojine itd.).

Učenje o urođenim prirodnim pravima je antropocentrično, usmereno na ljudsku ličnost kao vrednosti same po sebi, i predstavlja danas snažnu prepreku pred postmodernom destrukcijom razuma i humanosti. Ali njihova “urođena” priroda ne podrazumeva nasleđenu predodređenost. Čovek se ne rađa racionalan i svestan urođenih prava, on postaje takav, stiče razum i svest u interakciji sa drugim članovima društvene zajednice. Svako je društvo, dakle, tvorac razuma, koji je koliko plod individualnih predispozicija, toliko i društvenih uticaja (v. *Supiot*, (2005): 9). Upravo taj postulat stvaranja globalne društvene paradigme liberalnog, racionalnog i humanog koncepta prava, glavna je pokretačka snaga procesa unifikacije pravnih sistema, koja se ne svodi na legislativno-tehničko usaglašavanje principa i normi, već na njihovo vrednosno fundiranje u novom civilizacijskom kontekstu.

Ekstremni relativizam i skepticizam u odnosu na mogućnost zasnivanja prava na apriornim i univerzalnim vrednostima imaju veoma negativan uticaj na unifikaciju pravnih sistema i na verovanju da je to moguće postići nasuprot grupoj realnosti ogromnih razlika u kulturnom, socijalnom i ekonomskom razvoju država i njihovih pravnih sistema. Ali nije ništa manja rezerva u odnosu na vladavinu prava uopšte, ako postoji sumnja u sve što postoji i ako se stalno otvaraju nova pitanja koja se završavaju različitim mišljenjima, bez konačnih zaključaka

ili sa tradicionalnom i ironičnom “možda” kao konačnim zaključkom. Skeptičan stav uticajnih savremenih pravnih učenja prema idejama slobode, pravde, ljudskog dostojanstva i vrednosti – skeptičan u pogledu mogućnosti unifikacije prava na toj paradigmi, izražava visok stepen neverice, koja je blizu neverovanja u sve-mu (ili, prema *Pascalu* (“Misli”): “Nije izvesno da je sve neizvesno”!).

PRAVO BUDUĆNOSTI I BUDUĆNOST PRAVA

Unifikacija prava je proglašena danas glavnom saobraćajnicom na kojoj treba da se kreće budućnost prava i razvoj budućeg društva: novo humano društvo zasnovano na pravu putem unifikacije na univerzalnim vrednosnim osnovama. Postavlja se pitanje – da li je to “kraj istorije” čovečanstva, koju je *Fukuyama* datirao krajem drugog milenijuma. Na početku Novog milenijuma pokazuje se da njegova teza, inspirisana velikim promenama uglavnom u političkoj i ideološkoj sferi, poput raspada stvarnog socijalizma i ideološke podele sveta, nije daleko od razoravajuće zablude. Ona je zasnovana na verovanju da će od ove prekretnice zavladata doba ljudskih sloboda i prava i vladavina prava u ekonomski prosperitetnom i liberalnom kapitalističkom društvu, u globalnom kontekstu kraja vojnih sukoba i masovnih stradanja ljudi. Previd proizlazi iz kategorijalne zbrke: živi li čovek danas na kraju vremena, prema istorijskim činjenicama koje pokazuju postojanje “pre-civilizacijske” države, ili u vreme kraja same ljudske civilizacije, posmatrajući danas razarajuću snagu savremene ekonomske, ekološke, zdravstvene i, pre svega, vrednosne krize. U kojoj meri se ova zbrka ogleda u konceptu prava, dovoljno ilustruje analiza savremenih skeptičnih ili eklektičkih pravnih učenja.

Suprotno očekivanjima da će savremeno društvo proizaći iz prevazilaženja već jasno prepoznatljivih karakteristika njegove moralne i duhovne krize kroz racionalna rešenja inspirisanih simbiozom antropocentrične i ekocentrične filozofije, ono sve više produbljuje ekonomske, socijalne i kulturne razlike, ratovi ne samo da ne prestaju, već eskaliraju održavajući se na ivici totalnog rata i upotrebe nuklearnog i drugog oružja za masovno uništavanje, kulturne razlike između nacija se produbljuju do nivoa globalnog sukoba civilizacija itd. Sva istraživanja bilo kog ključnog faktora društvenih promena ukazuju da se zajedno sa nespor-nim napretkom u brojnim oblastima – tehnologiji, nauci, medicini itd., otvaraju novi i sve ozbiljniji izvori ugrožavanja ljudskih vrednosti i održivog razvoja društva. Kakav učinak u takvim dinamičnim promenama može da ima ideja da moderno društvo treba da bude “zajednica zasnovana na pravu”, kojom je inspirisan proces njegove unifikacije?

Pitanje o “pravu budućnosti i budućnosti prava” problematizuje utvrđivanje smisla i značaja principa vladavine prava u meri u kojoj zapostavlja njegovu dinamičnu prirodu uslovljenu brzim društvenim promenama. Isto tako, da li će ono (njegova vladavina) funkcionisati kao jedno od najvažnijih sredstava društva da odgovori na izazove njegovog humanog i održivog razvoja, zavisi od toga da li će pravo budućnosti biti faktor u tom razvoju ili samo privezak drugih njenih determinanti, čije je predviđanje neizvesno i ne isključuje razna, čak i katastrofična scenarija (v. *Muller, Zouridis, Frishman, Kistemaker*, (2012): 2). Suočena sa drastičnim tektonskim promenama u ideologiji, ekonomskim, klimatskim i drugim globalnim promenama, razvojem nauke i novim digitalnim dobom, i sama pravna misao je u velikoj meri nemoćna da odgovori na pitanja koja postavlja neizvesna budućnost, držeći se opšteg stajališta da je pravo kulturni fenomen, određen dominantnim potrebama i interesima pojedinaca i društva, tradicijama, kulturnim i drugim socijalnim posebnostima prostora i (države i globalne zajednice nacija) u kojem se razvija.

Isto tako, danas je predvidljivo da Vestfalska koncepcija ekskluzivnog prava države da propisuje pravila na svojoj teritoriji, nije održiva i da se približava vreme nadmoći međunarodnih normi i alternativa za rešavanje konflikata od strane nezavisnih agencija kontrolisanih od strane države (*Smith, v. Muller i dr.* (2012): 469). Govoreći o globalnoj perspektivi prava i pitanju stvaranja globalnog unificiranog pravnog sistema, *Twining* (v. *Muller i dr.* (2012): 28) formuliše deset teza o uticaju globalnih promena na razvoj prava: prvo, u celini nedostaju koncepti, hipoteze i podaci o unifikaciji u odnosu na pravo u globalnom svetu; drugo, neophodni su upotrebljivi koncepti nedržavnog prava koji nam omogućavaju da razlikujemo legalno od nelegalnog; treće, većina pravnih paradigmi je subglobalna; četvrto, prihvatanje koncepta nedržavnog prava podrazumeva priznavanje pravnog pluralizma kao društvene činjenice; peto, postoji opasnost od veličanja pravnog pozitivizma, tako da je većina nedržavnih sistema opresivna, nepravedna i nespojiva sa idealom vladavine prava itd.; deseta teza odnosi se na naglašeni etnocentrizam zapadnih tradicija akademske pravne misli.

Unutrašnja napetost između univerzalizacije prava, uslovljene procesom globalizacije, i tradicionalnog državnog (nacionalnog) koncepta komplikuje zahtev za njegovu supremaciju i vladavinu i zbog disperzije njegovih izvora i centara moći stvorenih pravnim pravilima. Na to utiču i interne promene funkcija prava, koje u osnovi zadržava regulatornu, ali istovremeno jača nadzornu funkciju pokrivajući sve širu normativnu aktivnost različitih samoregulatornih državnih i međunarodnih tela koja stvaraju nedržavno pravo. U uslovima “regulatornog kapitalizma”, u kojem pravna pravila kreiraju nezavisne državne agencije i međunarodna tela, ideja vladavine prava je problematizovana zbog disperzije moći re-

gulatornih i kontrolnih mehanizama njegove primene, koji daleko prevazilaze koncept podele vlasti i uzajamne kontrole i koordinacije njenih nosilaca. Takva distorzija unifikacije koja ostaje u senci ponekad nepremostive podele centara nacionalnih i supranacionalnih institucija, nailazi na problem odgovarajućeg odziva na supranacionalnom ravništu koje ostaje nedodirljivo za demokratsku kontrolu građana (v. *Vukadinović, Vukadinović, (2017): 115*). U debati oko promovisanja univerzalnog koncepta prava nameće se izazov uvažavanja ideje pravde, kao vodeće ideje prava, u njenoj međunarodnoj dimenziji.

Činjenica je da je pravo budućnosti već pristiglo i da je njegova osnovna karakteristika napuštanje apsolutnih ideja i principa modernizma. Razlika u opštem konceptu prava iz modernog i savremenog perioda javlja se u trenutku kada se napušta strogo centralizovani sistem vlasti (*Louis XIV – “L'état c'est moi”*) i moderna država prelazi na kolosek političkog pluralizma, podele vlasti i disperzije centara moći i upravljanja. Slabljenje centralne vlade i njene regulatorne funkcije ide paralelno sa proširenjem funkcija države u sve složenijim društvenim odnosima, kada ona stiče snažne ekonomske, socijalne i druge funkcije kojima više ne može da upravlja i upravlja jedan centar moći. Promena funkcija države, koja je karakteriše kao “socijalnu državu” ili “državu blagostanja”, dovodi do temeljnih promena u pravnim sistemima i njihovoj strukturi: ona se ne svodi samo na prohibitivne i imperativne norme, koje neposredno primenjuju državni organi kontrolisani od centralne vlade, već u njima sve više prodiru podsticajne i instruktivne norme (kao što su, npr., regulisanje različitih državnih subvencija, socijalne pomoći itd.). U savremene pravne sisteme prodiere još jedna odlika novog koncepta prava, koja podrazumeva veći partikularizam umesto opštosti normi, što je karakteristično za klasični koncept prava. Delimično je takav proces u javnom pravu rezultat proboja individualizacije u mnogim pravnim granama (u kaznenom pravu – princip individualizacije kazne, u sistemu pravde za decu – krajnje individualizovani tretman dece u sukobu sa zakonom itd.). U privatnom pravu širenje partikularizma korespondira sa širenjem slobode dogovaranja i raspolaganja imovinskim i drugim pravima, ili sa jačanjem položaja samoregulatornih tela koja se pojavljuju kao instrumenti olakšavanja tržišnih odnosa, prava potrošača itd.

Ove promene podstiču danas sve življi teoretski diskurs o pojmu “prava”. Što se dublje ide u strukturu ideja, principa i vrednosti prava, sistema normi – međunarodnih, nacionalnih, subnacionalnih, autonomnih, disperzije institucija za njihovu primenu, funkcija i ciljeva prava, posebnosti različitih grana prava i njihovih izvora (međunarodnih, nacionalnih, lokalnih, samoregulatornih itd.), tim više se smanjuje mogućnost stvaranja čvrste i hermetičke definicije tog pojma, a time i jasnog i preciznog određivanja zahteva za njegovu unifikaciju. Pravni aspekti globalizacije i uloga prava i njegove unifikacije u tom procesu se relativno

nedovoljno istražuju u poređenju sa ekonomskim, političkim, socijalnim i kulturnim aspektima globalizacije. Ostaje se na zahtevu za univerzalizaciju prava putem harmonizacije pravnih sistema, ali pri tome se zapostavlja činjenica da je struktura prava slojevita i da ostvaruje svoje funkcije na više nivoa – međunarodnom, nacionalnom, lokalnom, javnom i privatnom, tako da univerzalizacija mora da se odvija i po vertikalnoj i po horizontalnoj ravni, uključujući interakciju pojedinaca, nacionalnih institucija, država i međunarodnih institucija. Svi noviji izazovi procesa globalizacije, kao što su, npr., klimatske promene, terorizam, kompjuterski kriminal, ekonomska kriza itd., ostaju bez adekvatnog odgovora prava i procesa njegove unifikacije.

Isto tako, problemi koji su globalno stvoreni, kao što su klimatske promene ili negativni nusprodukti informatičke tehnologije, u velikom delu ostaju u kompetenciji rešavanja država koje nemaju kapacitet da ih reše. Posebno je zabrinjavajući raskorak između stvaranja globalizovanog finansijskog i ekonomskog poretka, i zaostajanja na polju implementacije univerzalnog koncepta ljudskih sloboda i prava i njegove celovitosti, posebno u odnosu na ekonomska, socijalna i kulturna prava, čije ostvarivanje ostaje na zahtev za poštovanje principa jednakosti i nediskriminacije ali samo do nacionalnog ravnisha. Raskorak nije i ne može da bude prevaziđen stvaranjem brojnih međunarodnih organizacija koje treba da kompenziraju egzekutivnu insuficijenciju država u globalnom spravljanju sa globalnim problemima. Otuda i konstatacija da je međunarodni pravni poredak daleko od perfekcije i da ne može da popuni takvu prazninu, u okvirima sputanih brojnim, pre svega političkim faktorima i uticajima.

Globalizacija savremenog društva, kao najznačajniji faktor unifikacije prava, izaziva brojna pomeranja na svetskoj geopolitičkoj, ekonomskoj i socijalnoj sceni, koja stvaraju novi odnos snaga i utiču na međunarodni pravni poredak suočenim sa diverzitetom i pravnim pluralitetom novog multipolarnog sveta. Na njegovo formiranje kao univerzalnog poretka snažan pritisak vrši zapadna ekonomska, kulturna i politička dominacija, koja dolazi u koliziji sa političkim, ekonomskim i pravnim tradicijama “azijskog puta”, trećeg sveta i nerazvijenih zemalja uopšte. Savremeni proces globalizacije karakteriše monocentričnost i težnja nametanja od strane najrazvijenijih zapadnih država jednog oblika privređivanja i demokratije u gotovo svim oblastima ljudske aktivnosti: u politici, ekonomiji, pravu i kulturi (v. *Vukadinović, Vukadinović, (2017):105*).

Realnost pluralističke globalne ekonomske, političke i pravne scene teško može da se prevaziđe ili potisne putem rigidnih normi međunarodnog prava ili uspostavljanjem nadležnosti međuvladinih tela i pravnih institucija, kao ni neformalnim mehanizmima pregovaranja, kompromisa, međunarodnog posredovanja i veština za mirno rešavanje konflikata. S druge strane, razvoj međunarod-

nog prava i instrumenata za harmonizaciju nacionalnih pravnih sistema, koji teže da regulišu sve širi spektar oblasti (od klimatskih promena do sprečavanja kriminala), odvija se sa mnogo nižim stepenom demokratske kontrole nad usvajanjem supranacionalnih normi u poređenju sa nacionalnim zakonodavstvima, što ostavlja široke mogućnosti da njihovo kreiranje diktira najuži krug moćnih političkih, ekonomskih, vojnih i sličnih struktura. Ako je "Ahilova peta" bilo kog pravnog sistema njegova podložnost zloupotrebama od strane struktura koje imaju moć neodgovornog upravljanja društvom, onda je nesumnjivo da pozicija moćnih država omogućava da se i na ravništu međunarodnog pravnog poretka interpolira neispravno (nepravredno) pravo u sve pravne sisteme i da političke elite koje imaju dominantne položaje u tim državama prošire svoju koruptivnu hegemoniju na globalnom nivou. Opasnost od takve instrumentalizacije unifikacije prava potvrđuje spoznaja da njenim usredsređivanjem na globalnu ekonomiju i polje ekonomskih odnosa, poslovanja, međunarodnih finansija, trgovine i investicija, ona olakšava i pomaže, umesto da reguliše globalni kapitalizam, korporativizam i konsumerizam, zapostavljajući ljudska ekonomska, socijalna i kulturna prava.

Koncept globalizacije je u velikoj meri fluidan, u smislu da se sve njegove posledice neophodne za komplementarni pristup pravu i njegovoj unifikaciju, ne mogu u potpunosti da budu izvedene do kraja. Ključno za odnos globalizacije i unifikacije prava je pitanje redefinisanja principa vladavine prava u kontekstu univerzalizacije ljudskih prava. Da bi se odgovorilo na to pitanje je neophodna analiza globalizacije vladavine prava i globalizacija ljudskih prava, kao i implikacije njihovog odnosa u kontekstu ekonomske globalizacije (Kinley, (2003): 241). Takvu analizu komplikuje spoznaja da je proces globalizacije dvosmeran, izražen s jedne strane kao "globalizovani lokalizam", a s druge strane, kao "lokalizovani globalizam". U obe sfere koje treba da se podudaraju deluju različiti faktori koji utiču na pravo: u prvoj postoji snažna tendencija prihvatanja univerzalnih normi i standarda za ljudska prava, u drugoj koncept državne suverenosti nastavlja da dominira, što se ogleda u održavanju tradicije imperativne koncepcije prava, određene političkim, ekonomskim i drugim lokalnim interesima. Na ovoj osnovi, međunarodna i univerzalna dimenzija vladavine prava uzdiže se kao pojava koja vrši pritisak na nacionalne pravne i institucionalne sisteme, dok s druge strane, nacionalna dimenzija pravnih sistema održava stalnu potencijalnu energiju sukoba i zaobilaznja ili protivljenja unificiranim normama i standardima, smatrajući "stranim telom" i ona pravila koja su postala delovi nacionalnog pravnog poretka. Između ova dva kruga postoji interakcija (*spill-over*), kroz stalni proces stvaranja novih supranacionalnih normi i standarda na iskustvima ekonomski najrazvijenijih država.

KONSTITUCIONALIZAM I VLADAVINA PRAVA

Konstitucionalizam i vladavina prava su osnovni postulati savremene paradigme prava, koji moraju da predstavljaju i ideje vodilje procesa unifikacije prava. Oni sačinavaju upravo vrednosno jezgro, koje daje smisao i opravdanje tog procesa. Suština konstitucionalizma je zahtev za ustanovljavanje države i prava ne (samo) na formalnim, već na suštinskim principima demokratije koji izvire iz poštovanja četiri vrste osnovnih prava zaštićenih savremenim ustavima: politička, građanska, lična i socijalna. Konstitucionalna dimenzija demokratije osigurava se primenom pozitivnih i negativnih, ali čvrstih ustavnih garancija za njihovu zaštitu. Novina koju uvodi konstitucionalizam u razumevanju savremenog društva je ta, da je najviša zakonodavna vlast određena i ograničena ne samo u pogledu predviđenih formi koje garantuju vlast većine, već i u pogledu suštine njenog vršenja kao "ustavne demokratije". Lekcije iz prošlosti sa fašizmom, nacizmom i diktaturama u prvoj polovini prošlog veka, kao i nova autoritarna tranziciona iskustva koja su se pojavila koristeći samo forme demokratije, da bi je sami poništili, igraju ključnu ulogu u razumevanju potrebe za ustavnom i garancijskom paradigmatom moderne države. Ona se zasniva na pretpostavci da većina ne mora uvek težiti pravdi i slobodi, moralnim vrednostima i javnom interesu, da vladavina većine nije legitimna sama po sebi i da stoga moraju postojati suštinska ograničenja za svaku vlast. Koncept ustavne demokratije odbacuje zabludu iz ranih početaka političkog pluralizma i ideje većinske volje naroda (*Rousseau, Kant* i dr.). Iluzija opšte ili većinske volje tragično je srušena strahotama totalitarnih sistema (*Ferrajoli*, (2012), 15).

Osnovni postulati na kojima se temelji pravni sistem u njegovoj celovitosti, ne mogu da budu podređeni zahtevu celishodnosti ili pragmatičnih ciljeva. Upravo konstitucionalizam kao opšti princip naglašava važnost garantizma koji omogućava balansiranje različitih ciljeva prava i njihovo sažimanje kroz prizmu ostvarivanja i zaštite osnovnih ljudskih sloboda i prava. Na nacionalnom ravništu takvu funkciju ima ustav i pravni sistem utemeljen na ustavnim načelima. Ustav nije politička deklaracija, niti osnovni zakon za organizaciju državne vlasti, već najviši pravni akt koji ima dve osnovne funkcije: da garantuje ljudske prirodne slobode i prava i da garantuje princip podele vlasti i njegovo efikasno vršenje, postavljajući jasne granice za javnu vlast koje proizlaze iz moralnih i političkih vrednosti prava i pravde. Samo postavljanjem negativnih (koji se odnose na neprikosnovenost osnovnih sloboda i prava) i pozitivnih (obaveza ostvarivanja socijalnih, kulturnih i drugih prava) primarnih garancija, kao i sekundarnih garancija za sudsku zaštitu prava u slučaju njihovog kršenja od strane javne vlasti, mogu da se stvore osnove za prevazilaženje animoziteta pragmatične politike prema pra-

vu i za podređivanje političkih interesa pravnim garancijama i ograničenjima političke moći. To je jedini put prevladavanja krize legitimiteta, lažnog liberalizma u ekonomiji i apsolutne vlasti.

U odnosu na unifikaciju prava, postulat konstitucionalizma se pojavljuje kao zahtev za traženje vrednosnih i legitimnih osnova za međunarodne norme i instrumente harmonizacije nacionalnih pravnih sistema. Kako ne postoji međunarodni ustav ili velike međunarodne kodifikacije pojedinih grana prava, ovaj postulat podrazumeva određivanje stabilnog jezgra osnovnih ljudskih sloboda i prava, koje treba da služi kao okosnica oko koje se formiraju međunarodni standardi i norme. Takva “konstitucionalizacija” je na međunarodnom planu samo parcijalno ostvarena putem usvajanja univerzalnih i regionalnih instrumenata o ljudskim pravima: Povelja UN i Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima UN, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Povelja o ljudskim pravima EU, Američka konvencija o ljudskim pravima, međunarodne konvencije koje sadrže supranacionalne kogentne norme o zaštiti ljudskih prava (“Nirnberško pravo”) itd. Svi ti dokumenti su inspirisani postulatom konstitucionalizma i, na osnovu priznanja osnovnih prava kao *prima facie*, principom ograničavanja zakonodavnih ovlašćenja nacionalnih država i postavljanja garancija za supstancijalnu, legitimnu stranu demokratske pravne države, suprotstavljenih apsolutnom nacionalnom suverenitetu koji je tradicionalno naslonjen na kolektivističku ideju uniformnosti i homogenosti narodne volje (v. *Hofmeister/Grabow*, (2011), 15). Takav “konstitucionalni pluralizam” navodi na razmišljanje da odnos između države i nadržavnog prava je više odnos heterarhije, nego hijerarhije: to je uzajamna aktivnost bez pretpostavljenog autoriteta jednog nad drugim (*Mac Amhlaigh*, (2016): 3).

Ipak, proces unifikacije prava mora da uvažava činjenicu postojanja faktora koji utiču na njega, a dolaze iz područja van samog prava i njegovih funkcija i izražavaju pragmatične ekonomske, političke, geostrateške i druge interese država. Realna opasnost za taj proces je postojanje na međunarodnom planu antinomije između konstitucionalizma i hegemonije velikih i moćnih država. Latentna napetost između ovih fenomena dovodi do stalnog suprotstavljanja hegemonističkog međunarodnog prava i međunarodnog ustavnog prava. Novi međunarodni pravni poredak ne može da bude uspostavljen na temeljima konstitucionalizma bez dekonstrukcije ovih suprotstavljenih faktora i usaglašene volje međunarodne zajednice da se taj poredak uspostavi na načelu vladavine prava (*Zidar*, (2019): 10).

Kao suštinska komponenta moderne pravne države, konstitucionalizam je u simbiozi sa principom vladavine prava, baziranoj na ideji ograničavanja moći i ovlašćenja javne vlasti. U najširem smislu, postulat konstitucionalizma je usredsređen na čvrste pravne garancije osnovnih principa i procedura, kao što su pode-

la vlasti, pravičan krivični postupak ili poštovanje pojedinačnih prava koja imaju konstitutivni značaj za liberalni demokratski sistem. Njihov cilj je sprečavanje monopolizacije moći i pojavu tiranije. S druge strane, vladavina prava inkorporira standarde koji definišu osnovne karakteristične vrednosti pravnog sistema kao takvog i njegove primene (v. *Reynolds*, (1986): 74). Funkcija vladavine ili supremacije prava je da obezbedi delotvornost ustavnih garancija o podeli vlasti i drugih postulata konstitucionalizma, koji postavljaju liniju razgraničenja za javnu vlast i ograničavaju prostor za političko odlučivanje kao delatnost čije su "granice mogućeg" determinisane postulatom jednakih, prirodnih i nepovredivih individualnih sloboda i prava.

Na tim osnovnim postulatima, unifikacija prava mora da polazi od principa da konstitucionalizam i vladavina prava ostaju prazne deklaracije ako se putem ujednačavanja pravnih sistema, ali i institucionalnih mehanizama država za primenu unificiranih zakona ne ustanove čvrsti institucionalni mehanizmi i procedure, kao što je, pre svega, nezavisnost sudstva i supremacija sudske zaštite nad aktivnostima javnih vlasti i u sprečavanju zloupotreba zakona putem njihovog arbitrarnog tumačenja i primene. Unifikacija prava podrazumeva i prihvatanje od svake demokratske države ograničavanja legislativnog delokruga vlasti, što implicira osnovni zahtev da i njena legislativna vlast mora da bude ograničena principom vladavine prava ("zakon je stariji od zakonodavca", v. *Hajek*, (2002): 72). Najveći izazov za budućnost procesa unifikacija prava predstavlja uspostavljanje efektivnih mehanizama pomoću kojih će postulat vladavine prava biti protegnut i na "međunarodne zakonodavce", kao i na sudske i druge međunarodne institucije koje obezbeđuju primenu usaglašanih pravila postavljenih na supranacionalnom ravništu.

ZAKLJUČAK

Unifikacija prava nije samo legislativno-tehnički proces usaglašavanja i ujednačavanja pravnih sistema putem prihvatanja ujednačenih principa i pravila koja ili otklanjaju razlike u pozitivnom pravu, ili omogućavaju traženje srednjih rešenja uz postojanje tih razlika. Za određene oblasti prava čije su norme uglavnom instrumentalnog karaktera (međunarodni ugovori, trgovina, investicije itd.), proces unifikacije je jednostavniji, a njegovi rezultati lakše primenljivi u praksi. Ali kada se radi o unifikaciji pravnih područja koje spadaju u centralne izazove prava, kao što su područja koja obuhvataju ljudske slobode i prava, približavanje ili ujednačavanje pravnih sistema postaje pitanje usvajanja zajedničkih univerzalnih vrednosti i njihovo interpoliranje u nacionalne pravne sisteme. Takva suština unifikacije podrazumeva dosledno poštovanje principa konstitucionalizma i vlada-

vine prava i njihovo postavljanje kao jedinstvenih vertikalna na svim nivoima prava – od međunarodnog do nacionalnog i subnacionalnog.

Academician VLADO KAMBOVSKI
Macedonian Academy of Sciences and Arts

UNIFICATION OF LAW, CONSTITUTIONALISM AND THE RULE OF LAW

Summary

Unification of law is not only a legislative and technical process of harmonization and equalization of legal systems through the adoption of uniform principles and rules that either eliminate differences in positive law or allow the search for middle solutions with the existence of these differences. For certain areas of law whose norms are mainly of an instrumental nature (trade, investments, etc.), the process of unification is simpler, and its results are easier to apply in practice. But when it comes to the unification of legal areas that belong to the central challenges of law, such as areas that include human freedoms and rights, the approximation or unification of legal systems becomes a matter of adopting common universal values and interpolating them into national legal systems. Such an essence of unification implies consistent respect for the principles of constitutionalism and the rule of law and their setting as unique verticals at all levels of law – from international to national and subnational.

Key words: unification of law, constitutionalism, rule of law

Literatura

- Barreto José-Manuel, “Rorty and human rights Contingency, emotions and how to defend human rights telling stories”, *Utrecht Law Review*, Tom 7, br.2, 2011.
- Baudrillard J., “Simulacra and Simulation”, Ann Arbor, 1994.
- D’Antrev A. P., *Prirodno pravo*, Podgorica, 2001.
- Faso Gvido, *Istorija filozofije prava*, Podgorica, 2007.
- Ferrajoli Luigi, “Ustavna demokratija”, *Revus – Revija za ustavno teoriju in filozofiju prava*, br. 18, 2012.
- Finis Džon, *Prirodno pravo*, Podgorica, 2005.
- Habermas J., *The Philosophical Discourse of Modernity*, Cambridge, 1987.
- Habermas J., “Constitutional Democracy, A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory*, Tom 29, br. 6, 2001.
- Hajek F. A., *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Beograd–Podgorica, 2002.

- Hofmeister W., Grabow K., *Political parties: functions and organisation in democratic societies*, Singapore, 2011.
- Kinley D., "Human Rights, Globalization and the Rule of Law: Friends, Foes or Family?", *Sydney Centre Working Paper 16*, Sydney, 2003.
- Mac Amhlaigh C., "Pluralising Constitutional Pluralism", *University of Edinburgh School of Law Research Paper*, br. 10, 2016.
- Minda G., *Postmodern Legal Movement*, New York, 1995.
- Muller S., Zouridis S., Frishman M., Kistemaker L. (editors), *The Law of the Future and the Future of Law*, Tom II, 2012.
- Perović S., "Budućnost prirodnog prava", *Pravni život*, br. 1, Beograd, 2006.
- Reynolds N., "Constitutionalism and the Rule of Law", *Constitutionalism and Rights*, (ur. G. Bryner, N. Reynolds), Provo, Brigham Young University, 1987.
- Richers D., *Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?*, *ZaöRV* 67, 2007.
- Supiot A., "Homo juridicus", *Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, 2005.
- Vattimo G., *Kraj moderne*, Pravo, zakonodavstvo i sloboda, Beograd–Podgorica, 2000.
- Vukadinović R., Vukadinović J., "Uticaj globalizacije prava na novi svetski poredak", *Srpska politička misao*, Tom 55, br. 1, 2017.
- Zidar A., *The World Community between Hegemony and Constitutionalism*, The Hague, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 22.10.2020.

Prihvaćen: 02.11.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NIKOLA PANTELIĆ

SLOBODA KAO MISAO I CILJ VLADAVINE PRAVA

Čovekova sloboda je vanvremenska tema. Od antike do današnjih dana mislioci pokušavaju da je sažmu, definišu i odrede njene najvažnije komponente. Povremeni periodi stabilizacije i humanističkog progresa dovode do toga da se misao o slobodi na određeni način uspava. Analiziranje njenih tekovina tada se čini prevaziđenim i potrošenim. Razlog tome možemo potražiti u ljudskoj prirodi. Kao što zdrav čovek ne pridaje značaj zdravlju, tako ni slobodan čovek, uglavnom, ne pomišlja da postoji nešto suprotno tom stanju. Pripisani karantin u kome se našlo čovečanstvo sredinom 2020. godine, podsetilo nas je na krhkost ovog ljudskog prava. Viševjekovnim putovanjem kroz misli o slobodi, želeli smo da pronađemo odgovor na dva pitanja: šta je sloboda i kako da se ona sačuva. Neka od iznetih razmišljanja političko-filozofske prirode će nam dati odgovore ili makar smernice za dalje istraživanje.

Ključne reči: sloboda, vladavina prava, ljudska prava, demokratija, opšte dobro

U V O D

Vanredno stanje u kome se našlo gotovo čitavo čovečanstvo 2020. godine prouzrokovano pandemijom virusa, podsetilo nas je na najvažniji aspekt savremene ljudske egzistencije – slobodu.

Ograničavanje slobode kretanja, uobičajene komunikacije, (samo)izolacija, pojačan penalni karakter zajednice prema “nedisciplinovanim pojedincima i gru-

Nikola Pantelić, zamenik javnog tužioca u Trećem osnovnom javnom tužilaštvu u Beogradu, e-mail: panta_0008@yahoo.com.

pama” osvežilo je sećanje na minulo vreme. Totalitarni režimi, koje pamte mnogi savremenici, kao oponente imaju pretežan deo ljudske zajednice. Nacizam, komunizam, kao i drugi sistemi koji su utemeljeni na političkoj manipulaciji, teror, potiranju lične egzistencije, svoju strahovladu zasnivali su na gušenju sloboda i negaciji vladavine prava. Minorna ograničenja ljudskih prava na početku “novog doba” završavala su se ostvarivanjem totalne moći političke oligarhije. Kraj tih sistema građani su dočekivali lišeni lične privatnosti i bez elementarnih komponena građanskog društva.

Savremena teorija je sklona da pitanje slobode posmatra kao istraženu i potrošenu temu, o kojoj je sve davno rečeno. Međutim, mali potresi u društvu i velike neprijatnosti sa kojima se građani povremeno suočavaju, opomenu naučnu misao na reči Džordža Vašingtona da se “drvo slobode mora povremeno zalivati krvlju patriota i izdajnika.” Vašington je ostavio demokratskom narodu oporuku da se za slobodu konstantno bori. Svako na svoj način i u skladu sa svojim mogućnostima. Ko je izdajnik, a ko patriota i gde se nalazi drvo slobode, koje nam je svima potrebno za ostvarivanje svoje prirode pokušali smo da pronađemo u konceptima pojedinih političkih i pravnih teoretičara.

SLOBODA ČOVEKA I GRAĐANINA

Političke slobode i prava koja građani danas uživaju širom savremenih država, predstavljaju plod viševkovne borbe, vođene u cilju smanjenja apsolutne vlasti pojedinaca ili određenih društvenih grupa. Političkoj borbi često su prethodile teorijske podloge, poput prirodnopravnih konstrukcija, u kojima je pojedinac zauzimao centralno mesto.¹ U cilju otkrivanja geneze današnjeg stanja na polju čovekove slobode, ukratko ćemo se osvrnuti na pojedina dokumenta i događaje na prostoru Evrope i Severne Amerike, kojima je čovekova ličnost istaknuta kao najvažnija vrednost današnjice. Viševkovni put ka današnjem idealu vladavine prava bio je dug i nesiguran, a njegov smer kretanja prostirao se u oba pravca.

¹ “Prirodno pravo je univerzalno, sveljudsko, bez obzira na nacionalnost i rasu, pošto su svi ljudi prirodom jednaki”, Slobodan Perović, “Prirodno pravo i univerzalne vrednosti”, *Pravni život*, br. 9, Tom I, Beograd, 2005, 17. Građani imaju lična prava, koja ne zavise od vlasti. Bez obzira na to da li je vlast demokratska, aristokratska ili monarhistička, svaka vlast, koja vređa ta prava, postaje nezakonita. Prava građana su lična sloboda, sloboda vere, izražavanja mišljenja, neometanog posedovanja sopstvenosti i sigurnost od svake samovolje. Nijedna vlast ne može da povredi ova prava, a da izgubi sopstveni pravni osnov, Bendžamin Konstan, *Načela politike i o ministarskoj odgovornosti*, Beograd, 1883, 8.

OD MAGNA CARTA LIBERTATUM DO UNIVERZALNE DEKLARACIJE
O LJUDSKIM PRAVIMA

Za anglosaksonsku demokratiju ali i svetsku ustavnopravnu istoriju, važna je 1215. godina kada je doneta Velika povelja sloboda (*Magna Carta Libertatum*) u Engleskoj. Nauka ovaj dokument tretira kao prvi ustavni akt i to na nivou čitavog sveta. Doneta (mimo volje) od strane engleskog kralja Jovana bez Zemlje, ostala je simbol ograničenja vlasti i samovolje jednog feudalnog vladara, putem pravne norme i oličenje garancije prava i slobode ljudi. Jedno od značajnih obeležja ovog dokumenta, za kasniji razvoj prava je ograničenje intervencije kraljevih sudova u opseg nadležnosti feudalnih sudova.²

Kontinuitet zapadnoevropske pravne tradicije, nastavljen je u XVII veku, Peticijom o pravima (*Petition of Rights*). Tim dokumentom engleski parlament je odbio da kralju odobri novčana sredstva za rat sa Francuskom. Sukobi koje je drugi Stjuart – Čarls I zatekao iza svog oca, prvog Stjuarta na engleskom prestolu – Džejmisa I rezultirali su smanjenjem apsolutističkih ovlašćenja krune. Peticijom je ostvareno da se ne hapse i ne zatvaraju osobe koje nisu optužene za dela za koja bi trebalo da se odgovara pred zakonom. Traženo je i da se ukinu preki sudovi, kao i da se ukine prinudno razrezivanje dažbina (poreza, milostinje, zajmova, darova...) bez saglasnosti i pristanka parlamenta.³

Iako čini samo jedan u nizu dokumenata, za razvoj prava i sloboda, među važnijim dokumentima je i Zakon o zaštiti ličnosti (*Habes Corpus Act*) donet 1679. godine u engleskom parlamentu. Zakon je predviđao da se licu, koje se lišava slobode, pokaže nalog za takav postupak, izdat od strane suda. Ukoliko bi, pak, neko bio uhapšen bez naloga, uhapšeni ili njegova rodbina bi od sudije mogli da zahtevaju da im se saopšte razlozi hapšenja.⁴ Još veće ograničenje krune usledilo je Zakonom o pravima (*Bill of Rights*) iz 1689. godine.⁵ Ovaj akt predstavlja praktično dopunu akta Habes Corpus i on, između ostalog, zabranjuje previsoku kau-

² Srđan Šarkić, *Istorija države i prava I; Osnovi svetske pravne istorije*, drugo izdanje, Novi Sad, 2013, 92–93; Sima Avramović, Vojislav Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, Beograd, 2016, 213.

³ Bogoljub Milosavljević, *Ustavno pravo*, Beograd, 2017, 55–56; Bogoljub Milosavljević, *Uvod u teoriju ustavnog prava*, Beograd, 2011, 13–14; S. Šarkić, op. cit., 92–93.

⁴ Dragoljub Popović, *Opšta pravna istorija; Stvaranje moderne države*, Beograd, 1999, 152–153.

⁵ Zakon je najpre imao karakter Deklaracije, koja u trenutku donošenja nije imala gotovo nikakvu pravnu snagu, te je tek 16. XII 1689. Parlamentu “pošlo za rukom” da je uz kraljevu saglasnost pretvori u Zakon. Više, Aleksandar Molnar, *Rasprava o demokratskoj ustavnoj državi. 2. Klasične revolucije Nizozemska – Engleska – SAD*, Beograd, 2001, 315.

ciju, kojom se moglo izigrati pravo uhapšenog. Kralj takođe, nije mogao da donosi i ukida zakone bez saglasnosti parlamenta, kao ni da kontroliše vojsku i sudove, dok je na drugoj strani ustanovljena sloboda izbora i govora u parlamentu.⁶

Period u kome su ljudska prava postavljena u centar političkog dešavanja, vezuje se najpre za Ameriku, a zatim i Francusku. Francuska se 1789. godine oslobodila ustaljenog pravnog režima nejednakosti, koji je stanovništvo delio na staleže: “plemstvo”, “sveštenstvo” i “treći stalež”. Pripadnici svih staleža su zamenjeni jedinstvenom rečju “građanin”, a taj pojam je označavao ljudsko biće koje je u slobodama i pravima, jednako drugome čoveku. Nasuprot naslednom društvu u kome su privilegije sticane rođenjem, godinama pre revolucije razvijala se kod Francuza strast za egalitarnim društvom, u kome su pojedinci bili ravnopravni, a njihov položaj zavisio od njihovih individualnih sposobnosti i konkretnih postignuća u zajednici. Međutim, rušenje starog poretka nije dovelo do “atomizacije društva”, već do stvaranja jedinstvenog tela jednakih građana. To jedinstveno telo nazvano je “nacija”.⁷

U poređenju sa Francuskom, Američka revolucija nije imala ni približno tako veliki svetsko-istorijski značaj. Po prirodi promena do kojih je dovela, pre bi se mogla nazvati reformom nego revolucijom.⁸ Velike razlike u rasi, veri, običajima i tradiciji sprečavale su nastanak nacije.⁹ Nekoliko godina pre Francuske deklaracije, u Americi je doneta Deklaracija nezavisnosti (1776. godine) koja već na početku propisuje da su “ljudi stvoreni jednaki i da ih je njihov Tvorac obdario neotuđivim pravima, među koja spadaju život, sloboda i traženje sreće”.¹⁰

⁶ S. Avramović, V. Stanimirović, op. cit., 221; S. Šarkić, op. cit., 123.

⁷ Saša Gajin, *Ljudska prava Pravno-sistemska okvir*, Beograd, 2011, 171–173. Da je nacija sve sem homogene celine, primetio je svojevremeno Tirgo. U izveštaju koji je podneo kralju nema puno vere u “naciju”. Postoje i drugačije konstrukcije nacije. Osim ujedinjenja zajedničkim simpatijama, istim granicama, nacionalni osećaj se pojavljuje kao rezultat iste rase i porekla, zajedništva religije i jezika, ali ono što posebno vezuje jednu grupaciju u naciju je ista politička prošlost, zajednička istorija, kolektivni osećaj ponosa i poniženja, zadovoljstvo i žaljenje, Džon Stjuart Mil, *Izabrani politički spisi*, sveska br. 2, Zagreb, 1989, 161. Skeptičan prema ideji nacije bio je i Tokvil. Između ostalog navodi da se u društvu pojedinci bave svojim pojedinačnim interesom, da zajednički interes ne postoji, a da se između entiteta (selo, grad ili okrug) ne može uspostaviti saglasnost čak ni u pogledu javnih radova koji su im neophodni, Aleksis de Tokvil, *Stari režim i revolucija*, Sremski Karlovci, Novi Sad, 1994, 118.

⁸ Kosta Čavoški, *Mogućnost slobode u demokratiji*, Beograd, 1981, 165.

⁹ S. Gajin, op. cit., 176.

¹⁰ The Declaration of Independence, www.constitutionfacts.com/content/declaration/files/Declaration_ReadTheDeclaration.pdf

Kada su navedenim Deklaracijama,¹¹ prava čoveka prvi put proklamovana, smatralo se da su nezavisna od istorije i od privilegija koje istorija daje povlašćenim slojevima društva. "Nova nezavisnost je konstituisala iznova pronađeno dostojanstvo čoveka". Jezik obe Deklaracije sadržao je pojmove "neotuđivo", "dato rođenjem", "samo po sebi istina", ukazivao je na jednu vrstu ljudske prirode i jedan zakon ličnosti.¹² Prva tri člana francuske Deklaracije o pravima čoveka i građanina (1789)¹³ su osnova slobode, kako pojedinačne, tako i nacionalne. Nijedna zemlja tj. vlada koja se ne pridržava tih načela, ne može se nazivati slobodnom. Pejn ističe da Francuska deklaracija ima veću važnost za svet i da će učiniti više dobra nego svi dosadašnji zakoni i statuti sledećom formulacijom: "Neka ovaj veliki spomenik Slobodi služi kao pouka ugnjetaču i kao primer ugnjetavanome".¹⁴

Ideje o ljudskim pravima postavljene u revolucijama, jačale su (i slabile) tokom narednog veka. Tek je okončanje Drugog svetskog rata sa sobom donelo univerzalnost¹⁵ ljudskih prava, koja je projektovana još za vreme Francuske revolucije. One tada postaju opšteprihvaćene ideje i ne daju povoda za kontroverzu. Razlikuju se od ustavnih prava ili prava demokratskog građanstva. Tačnije, razlikuju se od prava koja su svojstvena nekim tipovima političkih institucija.¹⁶

Proces izgradnje njihove sveopštosti ovekovečen je u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima, koja je usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija u palati Šajo, u Parizu 10. XII 1948. godine. Deklaracijom je izvršena međunarodna klasifikacija i unifikacija osnovnih čovekovih prava. Njena tendencija je postavljanje zajedničkog standarda, koji treba da postignu svi narodi i sve države, da bi svaki pojedinac, učenjem i vaspitanjem doprineo poštovanju pra-

¹¹ Javni poredak zemalja prosvetene civilizacije ne može da bude "ostrvo" za sebe, već se putem deklaracija, konvencija i ostalih međunarodnih standarda obuhvataju ljudska prava kao prirodna prava svojstvena svakom čoveku i svim narodima; Slobodan Perović, "Prirodno pravo i zapovest razuma", *Pravni život*, br. 9, Tom I, Beograd, 2018, 32.

¹² Hana Arendt, *Izvori totalitarizma*, Beograd, 1998, 305.

¹³ Član 1. "Ljudi se rađaju i celog života ostaju slobodni i jednaki u pravima. Društvene razlike mogu postojati jedino radi opšte koristi"; Član 2. "Cilj je svakog političkog udruživanja da brani prirodna i nezastariva prava čoveka. To su prava: sloboda, svojina, bezbednost i otpor ugnjetavanju"; Član 3. "Narod je po svom biću izvor suvereniteta. Niko, ni pojedinac ni grupa ljudi, ne može vršiti vlast koja ne proističe neposredno iz Naroda". V. Tomas Pejn, *Prava čoveka*, Beograd, 1987, 140.

¹⁴ Govorio je o Deklaraciji Markiz de Lafajet, v. T. Pejn, op. cit., 70, 145.

¹⁵ Dvorkin ljudska prava posmatra na mikro planu, kao obećanje većine manjinama da će njihovo dostojanstvo i jednakost biti poštovani. Ukoliko vlada ne shvati pravo pojedinaca ozbiljno, onda neće shvatiti ni pravo. V. Ronald Dvorkin, *Suština individualnih prava*, Podgorica, 2001, 255.

¹⁶ Džon Rols, *Pravo naroda*, Beograd, 2001, 86.

va i sloboda, predviđenih Deklaracijom. Osnovna ljudska prava su postavljena u 24 člana (od člana 4 do člana 28), a pravo na slobodno udruživanje sistematizovano je u sredinu i predviđeno je članom 20. Deklaracije.¹⁷ Značaj ovog dokumenta najkonciznije i najpreciznije objašnjavaju reči Elenor Ruzvelt. Nekadašnja prva dama SAD je svojevremeno izjavila da bi on mogao da bude “*Magna carta* za čitavo čovečanstvo”.

LJUDSKA PRAVA KAO TEMELJ SLOBODE

Kontinuirano se napušta demokratska koncepcija građanske slobode, u okviru ljudskih prava tj. uzajamne optimizacije ljudskih prava i narodne suverenosti, koja implicira da ne mogu da garantuju ljudska prava oni koji ih potencijalno krše. Putem “kataloga ljudskih prava” ona se izoluju od “demokratsko-pravnodržavnog konteksta i time lako transformišu u prilagodljivu osnovu legitimne osamostaljene politike opskrbljene moći.” Njihov podjednako prirodno-pravni i pozitivno-pravni karakter (ljudskih prava i narodne suverenosti) obrazlaže njihovo ekskluzivno korišćenje od strane naroda protiv državnih struktura vlasti.¹⁸

Ljudska prava predstavljaju minimalnu normu dobro uređenih političkih institucija za sve narode koji kao respektabilni članovi, pripadaju pravednom političkom društvu naroda.¹⁹ S obzirom na to da predstavljaju temelj društva kao celine (pravo na život, svojinu, vladavinu zakona, slobodu savesti i udruživanja, te pravo na emigraciju), svako sistematsko kršenje ovih prava, bez obzira na tip društva, predstavlja veliku opasnost. Rols podvlači da u ostvarivanju sistema ljudskih prava, nije odgovorno samo pravosuđe. Naprotiv, svi članovi društva imaju moralne obaveze i dužnosti. Da bi se ostvarila, svi zajedno moraju da shvate pravdu kao opšte dobro.²⁰

¹⁷ “Svako ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i udruživanja”, stav 1. “Niko ne može da bude primoran da pripada nekom udruženju”, stav 2; www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf, 03.05.2020.

¹⁸ Ingeborg Maus, *Ljudska prava, demokratija i mir; Perspektive globalne organizacije*, Beograd, 2017, 58–59, 90.

¹⁹ Rols smatra da svako društvo mora da jemči osnovna ljudska prava, iako ne mora, niti može, da bude liberalno. Dobro uređeno društvo je miroljubivo, nije ekspanzionističko, a građani, koji žive u tom društvu, su zadovoljni neophodnim uslovima legitimnosti pravnog sistema iz čega, neminovno proizlazi da ono poštuje ljudska prava. Da bi uspeo da zaštiti ljudska prava, poredak mora da nametne moralne obaveze i dužnosti, svim pojedincima i da “predstavlja razumnu konsultativnu hijerarhiju koja će da štiti ljudska prava”, Dž. Rols, op. cit., 41, 73.

²⁰ *Ibidem*, 81–82.

Ono što danas nazivamo ljudskim pravima, podrazumeva opšte karakteristike *conditio humana* koje nijedan tiranin ne može da oduzme. Gubitak nekog od tih prava dovodi do gubitka najsuštinskih karakteristika ljudskog života. Velike nesreće u kojima je čovek neizmerno patio, nisu predstavljale gubitak osnovnih ljudskih prava, već gubitak države, koja je garantovala ta prava. Jedino gubitak države, čoveka proteruje iz čovečanstva.²¹ Do degeneracije ljudskih prava dolazi zbog razdvajanja ljudskih prava i narodne suverenosti, do kojih dolazi usled osamostaljivanja međunarodnih deklaracija o ljudskim pravima u odnosu na načela i procedure Povelje UN.²²

Vlast koja propoveda priznavanje osnovnih ljudskih prava, mora da odustane od načela da građani nikada nemaju pravo da krše zakon. Ne sme ni da definiše prava građana tako da se ona mogu oduzeti na osnovu pretpostavke o opštem dobru. Svaka grubost vlasti u vezi sa građanskom neposlušnošću ili sprovođenje kampanje protiv javnog izražavanja protesta, može se smatrati aktom njene neiskrenosti. To navodi istaknute filozofe da se zapitaju da li je “mudro shvatati individualna prava toliko ozbiljno”.²³

LIBERTAS OMNIBUS REBUS FAVORABILIOR EST

Da je sloboda najpreča od svih stvari, pisalo je još u Digestama. Za Rusoa je sloboda veće dobro od života, a moralna svest je čvršća osnova društva negoli interes.²⁴ Kant je smatrao da čoveka ne razvija priroda, već upravo sloboda,²⁵ dok je Markiz de Lafajet tvrdio da slobodu želi svako ko je upozna, a za njeno ostvarenje je dovoljna želja.²⁶ Fransoa Noel Babef (Grah Babef) jedan od prvih začetnika ideje komunizma, tvrdio je da sloboda zavisi isključivo od ekonomske jednakosti i da je privatno vlasništvo najveće zlo na zemlji.²⁷

²¹ H. Arent, op. cit., 304.

²² I. Maus, op. cit., 93–94.

²³ R. Dvorkin, op. cit., 254.

²⁴ Ruso kritikuje savremeni život, u kome dominira “buržuj”, vrlinama koje poseduje antički građanin. Na tome još više insistiraju Rusoovi učenici, revolucionarni jakobinci, koji interpretiraju narodnu suverenost u parolama sloboda, jednakost i bratsvo ili smrt. V. Ljubomir Tadić, “Poredak, autoritet i sloboda”, Beograd, 2007, 189.

²⁵ Danilo Basta, *Poreklo i svrha države u Kantovoj političkoj filozofiji*, Beograd, 1973, 135.

²⁶ T. Pejn, op. cit., 70, 145.

²⁷ Babef je slobodu želeo da osigura pomoću materijalne jednakosti. “Dokle god sloboda nije najuže povezana sa jednakošću, ona ostaje himera.” Pionir komunističke ideje smatra da sloboda čini početak i kraj Revolucije, a da jednakost “ne obrazuje ni valjanu alegoriju revolucionarnog

Međutim, dok se većina mislilaca slaže da je sloboda, posmatrana kao meta-pojam apsolutno dobro, razlike su velike u pogledu određivanja njenog pojma, suštine, strukture, pa čak i željenog stepena njenog otelotvorenja u praksi. Kako je od starog veka sloboda bila često u centru pažnje mnogih mislilaca, korpus pitanja vezanih za slobodu je pozamašan i obuhvata različite pravce posmatranja. Profesor Slobodan Perović primećuje da je sloboda jedan od pojmova kome se, u smislu definisanja, lako pristupa, ali se teško dolazi do nespornog rešenja. Razlozi poteškoća između ostalog nalaze se i u tome što postoji veliki broj vrsta sloboda, koji je mnoge mislioce obeshrabrio da istraže jedinstvenu definiciju tog pojma.²⁸

Na činjenicu da slobodu ne treba da shvatimo kao bezvlašće, upozorovani smo još od antičkih vremena. U "Državi", sloboda je prikazana kao najveće dobro (ali i balast) demokratskog poretka. "Vlast nije preduslov za slobodu, već je retorika preduslov i za vlast i za slobodu."²⁹ Međutim, postavku neograničene slobode odlikuje suštinska unutrašnja protivrečnost, jer neograničena sloboda daje mogućnost da se i sama sloboda ukine. Platon je u "Državi" uspostavio uzročno-posledičnu vezu između inverzije vrednosti kao najdestruktivnije posledice demokratije i neograničene slobode, kao najvišeg demokratskog ideala.³⁰

Tomas Hobs nas je svojim stavovima učio da između slobode i zakona ne treba da se stavi znak jednakosti. Naprotiv, on smatra da je sloboda odsustvo otpora, te da su radnje koje ljudi u državama čine iz straha od zakona one koje bi slobodan čovek mogao da propusti. Iz tog razloga sloboda (podanika) leži samo u onim stvarima koje suveren nije regulisao.³¹

Od Grka do Rusoa, uvek se pod čovekovom slobodom podrazumevalo ograničavanje onoga što društveni upravljači mogu da zahtevaju od njega. Laski smatra da se ona nikada ne postiže ukoliko upravljači, kada je to potrebno, ne

impetusa, niti dovoljan simbol revolucionarnog sadržaja cilja. Ali jednakost daje solodan korpus revolucije...". Sadržaj jednakosti se ne ograničava ni na jednakost u besklasno uspelom društvu, nego ima zadatak i značenje koje je slobodi najmanje tuđe, koje se sa slobodom i podudara u njenim težnjama. V. Ernst Bloh, *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*, Beograd, 1977, 154–158. Ruso slobodu i jednakost takođe povezuje sa ekonomskom jednakošću. Proklamovana politička prava, koliko god bila ozakonjena, da bi bila u prilici da se ostvare, moraju imati određeni nivo jednakosti u materijalnom bogatstvu naroda. V. Dragica Vujadinović-Milinković, *Političke i pravne teorije*, Beograd, 1996, 285. Jednakošću se određuje jedinstven društveni tretman građana u zajednici. Taj pojam na različite načine vezuju za slobodu i demokratiju, što je doprinelo i našem, istina kraćem osvrtu na to pitanje u nastavku teksta.

²⁸ Slobodan Perović, "Sloboda i prirodno pravo", *Pravni život*, Udruženje pravnika Srbije, br. 9, Beograd, 2009, 18–19.

²⁹ Ivan Jordanović, *Platon i demokratski koreni tiranskog čoveka*, Beograd, 2015, 31.

³⁰ *Ibidem*, 80.

³¹ Tomas Hobs, *Levijatan*, Beograd, 2011, 177–178.

budu pozvani na polaganje računa. Međutim, iako se od Rusoa i Hegela tvrdilo da je sloboda pokoravanje pravilu, ona je samoopredeljenje volje, koja u svakom od nas traži ispunjenje cilja.³²

Monteskeje, ukazujući na nerešivost problema definisanja pojma, primetio je da je svako slobodom nazivao vladavinu koja je bila u skladu sa njegovim običajima ili sklonostima. Dok su jedni slobodom nazivali lakoću svrgavanja tiranina kome su poverili vlast, drugi su smatrali da je sloboda odabir kome će da se pokore. Jedni su njome zvali mogućnost da se kreće naoružan i vrši nasilje, a drugi da budu pod određenim zakonima, da žive u republici ili monarhiji.³³ Iako bi na prvi pogled sloboda mogla da se poistoveti sa nepostojanjem reda, najveći grčki filozofi nisu slobodu identifikovali sa apsolutnom neposlušnošću. Oni su se suprotstavljali poslušnošću jednom čoveku (tiranija) ili nekolicini (oligarhija). Antički filozofi su kao uslov slobode isticali potrebu poslušnosti zakonima.³⁴

Sloboda je izuzetno složen fenomen koji se može definisati na više načina, a jedno od uobičajenih je to da se ona određuje odsustvom prinude. Drugo stanovište je da ona predstavlja sve ono što je zakonom dopušteno, odnosno što zakonom nije zabranjeno. U pozitivnom smislu, sloboda se određuje kao izbor između više mogućnosti ili kao saznanje nužnosti (Spinoza, Hegel, Engels) u samostalnom odlučivanju o svojoj sudbini ili u tome da se radi šta se želi (Džon Stjuart Mil).³⁵

Bloh ukazuje da je gotovo nemoguće odrediti univerzalni pojam slobode, čak i u Zapadnom svetu. Problem je u drugačijoj predodređenosti među narodima. Dok su Francuzi "osetili slobodu" (koju jasno žele), kod Nemaca sloboda "po impulsu nipošto nije sama sebi razumljiva."³⁶ Uprkos tome, Bloh tvrdi da biti slobodan znači da se čoveku ništa više ne nalaže spolja, da može da čini ono što mu se čini da je njegova vlastita volja. U svojoj srži, slobodu čini mogućnost izbora i sloboda delovanja, odnosno oslobođenje od pritiska.³⁷

Nisu retki filozofi koji su slobodu vezivali za sreću. Sloboda, da bi se tako zvala, mora da omogući svakom pojedincu traženje sopstvene sreće, sve dotle dok se njegovim ponašanjem ne remeti sreća drugih pojedinaca.³⁸ Harold Laski se na-

³² Harold Laski, *Sloboda u modernoj državi*, Beograd, 1985, 182–190.

³³ Šarl de Monteskeje, *O duhu zakona*, Beograd, 2011, 126.

³⁴ K. Čavoški, op. cit., 74.

³⁵ Zoran Jelić, *Moderna koncepcija vladavine prava*, Beograd, 2010, 5.

³⁶ E. Bloh, op. cit., 65.

³⁷ *Ibidem*, 146–148.

³⁸ Džon Stjuart Mil, *O slobodi*, Beograd, 2007, 27.

dovezao na Milovu percepciju. Slobodom naziva odsustvo onih ograničenja koji u savremenoj civilizaciji predstavljaju jemstvo sreće. Za engleskog socijalistu sloboda je, dakle, odsustvo ograničavanja. Protivi se Rusoovim tvrdnjama da se ljudi mogu nagoniti u slobodu, ali i Hegelovim stavovima da ljudi slobodu nalaze u pokoravanju zakonu. Ljudi su slobodni kada ih vlastodršci ostavljaju da žive bez osećaja frustriranosti, u oblastima koje sami smatraju značajnim. Siže pitanja o slobodi zaključuje tvrdnjom da iako ima korisnih zabrana, poput obaveze školovanja dece, sve one predstavljaju ograničenje slobode. Zadatak je obezbeđivanje ravnoteže između slobode koja je potrebna i vlasti koja je neophodna, kako bi pojedinac imao uverenje da ima prostor za stalno izražavanje svoje ličnosti.³⁹

Načelo vladavine prava i njegova neraskidiva veza sa slobodom je danas gotovo aksiom, premda se njene stvarne mogućnosti usko vezuju za postignuti stupanj civilizacije, materijalne i duhovne resurse koji su u jednoj fazi razvoja dostupni.⁴⁰ To je i na mikro planu jedan od važnijih razloga zbog koga je od slobode nužno razdvojiti vrednost slobode. Sloboda je predstavljena potpunim sistemom sloboda jednakih građanskih prava, dok vrednost slobode, za osobe i grupe, zavisi od njihove sposobnosti da unaprede sopstvene ciljeve. Rols primećuje da je imetak srž za ostvarivanje “vrednosti slobode”. Oni koji poseduju više vlasti i bogatstva su u izglednijoj prilici da dostignu svoje ciljeve.⁴¹

Slobodu modernog doba Benžamen Konstan povezuje sa pravima pojedinca da bude potčinjen isključivo zakonima. Između ostalog, sloboda svakom čoveku garantuje da niko nema pravo da bude neosnovano lišen slobode, da ga neko drži, osudi na smrt, zlostavlja i sl. Ona daje pravo čoveku da iznese svoje mišljenje, da se bavi svojim poslom, raspoláže imovinom i da se udružuje sa drugima. Najzad, to je pravo svakog pojedinca da utiče na administraciju vlade, bilo svojim aktivnim, bilo pasivnim učešćem.⁴² Književnik⁴³ upoređuje “današnju” slobodu sa antičkom slobodom, koja se “sastojala u kolektivnom, ali direktnom ostvarivanju mnogih elemenata suvereniteta uzetog u celosti” (u raspravljanju na javnom mestu o pitanjima rata i mira, u zaključivanju saveza sa stranim zemljama, u izglasavanju zakona, u izricanju presuda...). Ključna razlika između stare i nove

³⁹ Harold Laski, op. cit., 181–182.

⁴⁰ Herbert Markuze, “Represivna tolerancija”, *Kritika čiste tolerancije*, Zagreb, 1984, 96.

⁴¹ Džon Rols, *Teorija pravde*, Beograd, 1998, 195.

⁴² Bendžamin Konstan, “O slobodi starih u poređenju sa slobodom modernih naroda”, *Republika*, br. 262, Beograd, 2001, 1.

⁴³ Iako poznat kao političar i filozof, romanom “Adolf”, Konstan je stekao veliku popularnost u svetu književnosti.

percepcije slobode sastoji se u tome što su stari podrazumevali potpuno potčinjavanje individue vlasti celine.⁴⁴

Kant postavlja slobodu u središte svog filozofskog istraživanja. Među prvima je prodro do njene suštine i shvatio da se ona ne može nekritički posmatrati. Sama po sebi, sloboda je nešto što se nalazi s obe strane morala, dobra i kulture. Ogoljenu slobodu Kant vidi u njenoj brutalnosti, nezakornosti i divljini.⁴⁵ Da bi slobodu (“divlju”, “brutalnu” “razobručenu” i “bezumnu”) koja “potiče od zla jer je ljudsko delo” izveo iz neobuzdanog, prirodnog stanja, u kome ona deluje iz same sebe i za samu sebe, Kant je podvrgava pravu.⁴⁶ Pravo je sredstvo slobode. Tek se pomoću prava prevazilazi brutalni karakter slobode i uspostavlja jedinstvo slobode i uma i slobode i zakona.⁴⁷ Jedan od preteča teorije pravne države bio je i Lok, koji takođe smatra da se sloboda ne sastoji u tome da svako čini ono što mu je volja i da ga ne vežu nikakvi zakoni. Sloboda građana, u uređenom društvu (“pod vladom”) znači da građani žive po postojanom pravilu, koje važi za sve članove društva i koje je donela zakonodavna vlast uspostavljena u tom društvu.⁴⁸

Poznajući prirodu čoveka Hajek je podvukao da se sloboda može očuvati samo ukoliko se s njom postupa kao sa vrhovnim principom, koji ne sme da se žrtvuje sopstvenim koristima.⁴⁹ Fokusiranje na pojedine radnje ili predmete, neminovno dovodi do njihovog unapređenja. “Mislim da bi bilo mudro da se osnovne slobode ograniče na one koje su istinski nužne...”, kategoričan je Rols. Razlog uske postavke osnovnih sloboda sastoji se u njihovom očuvanju. Povećavanjem liste osnovnih prava rizikujemo da oslabimo zaštitu najosnovnijih i shemu uvedemo u neodlučnost, što smo se nadali da ćemo izbeći jasnim ograničavanjem.⁵⁰

Ustanovljavanje osnovnih čovekovih sloboda je poput ispunjenja raznih želja – zahteva planiranje i društvenu organizaciju. Propise koji na odgovarajući način uređuju različite oblike ispoljavanja slobode ne treba da pomešamo sa ograni-

⁴⁴ B. Konstan, op. cit., 1–2.

⁴⁵ D. Basta, op. cit., 98–99.

⁴⁶ Uprkos zaštiti slobode putem prava, Kant primećuje da se u građanskom društvu, zakonima krnje slobode. Slobode jedna drugoj protivreče, pa spas od ljudske nasilne prirode, moramo potražiti u zakonima. Zakoni, krnjeći slobodu štite je, “jer jedino u takvom ustrojstvu može doći do najvećeg razvoja prirodnih dispozicija”, Imanuel Kant, *Kritika moći suđenja*, Beograd, 1991, 317–318.

⁴⁷ D. Basta, op. cit., 116–124.

⁴⁸ Džon Lok, *Dve raspraave o vladi*, knjiga 2, Beograd, 1978, 21.

⁴⁹ Fridrih Hajek, *Pravo zakonodavstvo i sloboda*, Podgorica, 2002, 61.

⁵⁰ Džon Rols, *Politički liberalizam*, Beograd, 1998, 340.

čavanjem određenih sadržina: govora, zabranom zastupanja određenih političkih, religijskih ili filozofskih doktrina.⁵¹

Od Digesta kada je “proglašena najvažnijom stvari”, do današnjih dana, sloboda je pri samom centru interesovanja nauke. To nije slučajno. Ona je temelj za najviše ljudske domete⁵², *conditio sine qua non* čovekove intelektualne egzistencije. Dakle, praktično svi se slažu da je ona zlatna, ali se razlikuju pogledi na njenu sadržinu i putanje koje vode do nje. Uočili smo velike razlike u pogledima ostvarenja slobode i njenog očuvanja. Kolaž teorijskih koncepcija i broj eminentnih mislilaca, (od kojih smo nečije misli interpretirali) vekovima nam ipak ukazuje da je pretežan opus teorije na postavci da se sloboda čuva propisom. Današnji kvantum propisa kojima se čuva sloboda čoveka, sažet je u kovanici vladavina prava. Videli smo deo viševjekovnog teorijskog puta koji je nauka morala da prevali kako bi pred sobom imala izdefinisano ostrvo slobode koje zavređuje odbranu po svaku cenu.

VLADAVINA PRAVA KAO PRETPOSTAVKA SLOBODE

Pitanje kome poveriti vlast, čoveku ili zakonu, postavilo se od trenutka kada su ljudi osnovali političku zajednicu. Iako danas odgovor na ovo pitanje izgleda logičan, teorija je vremenom menjala afinitete u odnosu na dva stanovišta. Platon se u “Zakonima” opredelio za vladavinu zakona.⁵³ Samo u državi gde zakon vlada upravljajući, moguće je da se ostvari sreća i blagodet.⁵⁴ Da neko ne bi nepravedno postupio i uzeo za sebe više nego što mu pripada, a od onoga što je rđavo manje što mu pripada, vlast ne treba da se prepusti čoveku, koji je lako zloupotrebi i tako postane tiranin, nego zakonu.⁵⁵ Kvalitet zakona leži u tome što on nema strasti, dok svaka ljudska duša, naprotiv, mora da ih ima. Aristotel spas demokratije

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² “Svako ljudsko stvaralaštvo zahteva slobodu” reči su i Ivana Iljina, ruskog filozofa.

⁵³ Suština razlikovanja dva velika Platonova dela, “Države” i “Zakona” sastoji se upravo u tome što vladavina zakona, zanemarena u “Državi”, u “Zakonima” dobija svoj pun značaj. U ostalim aspektima države iz oba dela ostaju etičke. Temelj zakona (“je istinski razum”) u “Zakonima” nalazi se u prirodopravnom, a ne u pozitivističkom konceptu. V. Gvido Faso, *Istorija filozofije prava*, Podgorica, 2007, 50.

⁵⁴ Dok se njegova državna organizacija, prikazana u “Državi” velikim delom oslanjala na filozofe vladare, u ovom delu Platon poverenje ukazuje zakonu, kao opštem aktu. Promenu u pogledu sagledavanja stvari Platon je prokomentarisao rečima: “Dok je čovek mlad ima veoma slab vid za te stvari, a kada ostari, on veoma oštro vidi”; Platon, *Zakoni*, Beograd, 1971, 145.

⁵⁵ Aristotel, *Nikomahova etika*, Sremski Karlovci, 2003, 105–106.

od njenih uništitelja – demagoga, vidi u vladavini zakona, jer se demagozi javljaju na onim mestima gde zakon nema vrhovnu vlast.⁵⁶

Ideja vladavine zakona predstavlja vid ograničavanja zloupotrebe svemoći države.⁵⁷ Aristotel i Platon su među prvima implementirali ideju o vladavini prava. Opštepoznata je Platonova misao (“Zakoni”) da vladavinu umnih i pravednih ljudi treba zameniti vladavinom zakona, koji su nepristrasni.⁵⁸ Bez obzira što su ove ideje izostavljale državne upravljače od zakona (što je bit vladavine prava) misao je kasnije, vekovima razrađivana. Odredbe o vladavini propisa oličene u odredbama *Magna carta*, pratila je misao teoretičara poput Henrija Brektona⁵⁹, Džemsa Heringtona, sve do utemeljivača vladavine prava – Dajsija.⁶⁰

Učenje o vladavini prava inicirano u XVI veku ustavnim sukobom sudije Edvarda Kuka i Džejmsa I Stjuarta prožima čitav anglosaksonski sistem. Danas ovo načelo omogućava da sudija, u bilo kom slučaju, podvrgne oceni zakonitosti postupak državnih organa. Prof. Milosavljević ukazuje da se vladavina prava danas približila, ako ne i stopila sa jednim mlađim konceptom – pravne države (*Rechtsstaat*).⁶¹

⁵⁶ Aristotel, *Politika*, Beograd, 2003, 89, 103.

⁵⁷ Čavoški kao cilj vladavine prava vidi racionalizaciju sile i njeno svodenje na *ultima ratio*, Kosta Čavoški, *Pravo kao umeće slobode*, Beograd, 2005, 184.

⁵⁸ Platon postavljajući antičku vladavinu prava, tvrdi da razboriti vladari dobro postupaju kada se drže “jedinog važnog pravila”, odnosno kada u svakoj prilici pružaju svojim građanima potpunu pravednost, koja se temelji na razumu i umeću, Platon, *Državnik*, Zagreb, 1977, 59.

⁵⁹ U srednjem veku, sa Brektonovim delom “*De legibus et consuetudinibus Anglie*” čije je kritičko izdanje iz 1915. godine na Yale University priredio George E. Woodbine, https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/9/98/Henry_de_Bracton%2C_De_legibus_et_consuetudinibus_Angli%C3%A6_%28Woodbine_ed%2C_vol_1%2C_1915%29.pdf, začeta je maksima vladavine prava. Brekton je izneo tezu da nije kralj taj koji stvara zakon, već je zakon taj koji stvara kralja. Njegova misao danas može da se pretoči u tvrdnju da suveren stvara zakon samo ako vlada na osnovu norme datog uređenja, a vlast koristi da bi stvarao zakone u okviru ustava. Iz Engleske je ovo učenje preneto u doktrine širom sveta, a danas predstavlja univerzalno učenje. Norberto Bobio, *Budućnost demokratije: Odbrana pravila igre*, Beograd, 1990, 166–167.

⁶⁰ Prema Dajsijevim rečima, vladavina prava je protivna svakom postojanju samovolje vlasti nad pojedincem ili individualnim interesima, bilo da je u rukama vlade ili nekog njenog službenika, K. Čavoški, *Mogućnost slobode u demokratiji*, op. cit., 195–200.

⁶¹ Razvijena u Nemačkoj u XIX veku pravna država je ublažavala instrumentarij apsolutističke, policijske države, koja je izvršnu vlast postavila mimo granica prava. Razlog ovog stapanja nalazi se i u tome što je ideja ispitivanja (i) sadržine nekog zakona (vladavina prava) od strane sudije, celishodnija od ispitivanja eventualnog prekoračenja nekog zakona od strane izvršne vlasti (pravna država). Pravna država je, za utehu, u pravnoteorijskoj misli odnela prevagu nad kovanicom vladavina prava, kada je korišćenje termina u pitanju. V. B. Milosavljević, *Ustavno pravo*, op. cit., 55–56 i 131–135; S. Šarkić, op. cit., 55–57

Uprkos viševjekovnom posrednom razvoju, vladavinu prava (*rule of law*) uzimaju za čisto engleski izum koji je 1885. godine formulisao pomenuti britanski pravnik Albert Ven Dajsi. Srž vladavine prava nalazi se u pojmu konstitucionalizma, kao teorije i prakse ograničene vlasti, odnosno vlasti ograničene pravom. Kako su slobode i prava građana predmet interesovanja ustava, njihova zaštita, izaziva veliku pažnju. Zbog toga je jednakost pred zakonom bitna pretpostavka vladavine prava. Vladavinom prava obezbeđuje se zaštita pojedincu od samovolje bilo koje vrste, a putem nje se suzbija diskreciona vlast administracije. Pretpostavlja i prevlast zakonodavne vlasti, jer se putem zakona ograničava i propisuje delovanje ostale dve vlasti – izvršne i sudske.⁶²

Profesor Tadić smatra da je kroz angloamerički sistem vladavine prava (i model pravne države) iskazan oblik umerene države, koju krase ograničenje svevlasti. Oblici “jake države”, poput totalitarnih sistema fašističke ili komunističke provenijencije se ne mogu nazvati pravnim sistemima, jer zatiru slobode individuma, nasuprot prirodi prava.⁶³ Teorijsko poimanje vladavine prava ima više pravaca posmatranja. Osim pravnog, u teoriji imamo i filozofsko i političko tumačenje tog pojma. Pod vladavinom prava podrazumeva se i pitanje valjanosti prava. Tako imamo različite koncepte koji pod pravom posmatraju različite entitete. Liberalno-demokratska teorija ima prirodnopravni normativitet, te kao vladavinu prava posmatra samo one norme koje obezbeđuju poredak slobode u demokratskoj zajednici. Druga teorija – pozitivistička, vladavinu prava vidi kao vladavinu pozitivnih zakonskih normi. Treće shvatanje je “vladavina pozitivnopravnog poretka određenih svojstava. Državna vlast mora da bude ograničena u ustavu i zakonu, ali na obaveznom principu podele vlasti.⁶⁴

Pravna država, u kojoj centralno mesto ima vladavina prava, pojavljuje se na kraju XVIII i početkom XIX veka, kao filozofska i pravno-politička osnova građanskog društva. Rudolf Huber smatra da se prekretnica uspostavljanja pravne države dogodila u Francuskoj 1789. godine, dok je Nemačka političkom reformom omogućila slobodu pojedincu tek 1806. godine.⁶⁵

Ruso, inicirajući ideju vladavine prava, za zakon kaže da je svojevrsni posrednik pravde, koja dolazi od boga. Pošto ljudi nisu kadri da pravdu prime sa te visine, njima su potrebni zakoni, koji će da posmatra sve podanike kao jednu ce-

⁶² Ljubomir Tadić, “Metamorfoze ‘pravne države’”, *Pravna država*, (ur. Vladan Vasiljević), Beograd, 1991, 9–11.

⁶³ *Ibidem*, 13.

⁶⁴ Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 1995, 601–605.

⁶⁵ Vlado Kambovski, “Pristup problemu uspostavljanja pravne države”, *Pravna država*, (ur. Vladan Vasiljević), Beograd, 1991, 15.

linu. "Zakoni su u suštini samo uslovi građanskog udruživanja. Narod potčinjen zakonima, treba da je njihov tvorac; samo oni koji se udruže imaju pravo da određuju uslove tog društva."⁶⁶

Dva najveća pravna sistema imaju različite poglede na vladavinu prava. Kontinentalni sistem pod tim pojmom ima u vidu zahtev za predvidljivošću ishoda pravnih radnji. Anglosaksonski pravni sistem ga poistovećuje sa individualnom slobodom, zaštićenom od uplitanja bilo kakvih faktora, uključujući i političku vlast. Razlike u pristupu nisu omele kristalisanje sadržine načela, koje se može postaviti u tri koraka. Prvo, nepostojanje arbitrarnog odlučivanja organa vlasti. Za njim sledi načelo pravne jednakosti; svi ljudi podređeni su istim zakonima, bez obzira na svoj položaj ili imovno stanje. Treća važna stavka je pretpostavka pravne sigurnosti, koja se znatno razlikuje u dva pravna sistema, gledano na globalnom nivou.⁶⁷

Ideal vladavine prava je u 19. veku ozbiljno uzdrman sa uvođenjem u politiku utilitarističkih kriterijuma i ideje pravnog pozitivizma, smatra Fridrih fon Hajek. Do potiskivanja principa slobode došlo je približavanjem dva uzajamno povezanih procesa. Na prvom mestu je tvrdnja da pravo ima legitimitet na osnovu postojanja suverene volje, koja stoji u njegovom izvoru. Drugi proces počiva u širenju demokratske vlasti, koja može da donese odluku bez obzira na sadržaj.⁶⁸

Nasuprot vladavini prava, postoji teorija "vladavine čoveka nad zakonom". Analizirajući teoretičare koji primat drugoj teoriji Bobio primećuje da oni kvalitet zakona (opštost) prikazuju kao njegov nedostatak. Apstraktnost zakona onemogućava obuhvatanje svih mogućih slučajeva, te iziskuje mudrog vlastodršca da ga adekvatno primeni. Jedno od pitanja koje postavljaju pristalice ove struje je *ratio* ograničavanja mudrog zakonodavca. Zar nije celishodnije da ga ne ometamo zakonom, kako bi mogao neometano da odmeri svakome ponaosob zasluge i krivicu.⁶⁹ Pre nego što je dao prednost zakonima, Platon (u "Državniku") je primetio da zakon nikada neće moći da pogodi šta je najbolje i najpravednije za sve, jer su razlike među ljudima i među njihovim ponašanjima tolike da nikakva umešnost ne može da utvrdi šta je to valjano za sva vremena.⁷⁰

Vladavina prava danas predstavlja teorijski model namenjen normativnoj izgradnji i unapređenju sistema efikasnog upravljanja privredom i društvom u si-

⁶⁶ Žan Žak Ruso, *Društveni ugovor*, Beograd, 1993, 51–53.

⁶⁷ Lidija Basta Flajner, *Politika u granicama prava*, Beograd, 1984, 92–95.

⁶⁸ Dragan Lakićević, *Ogled o ustanovama slobode; politička filozofija Fridriha fon Hajeka*, Beograd, 2010, 172, 246–247.

⁶⁹ N. Bobio, op. cit., 161–164.

⁷⁰ G. Faso, op. cit., 49.

stemima koji počivaju na liberalno-demokratskim načelima. Suštinska komponenta vladavine prava je sistem odgovornosti, koji je korelativan pojam slobodi. Naime, ukoliko slobodu prihvatimo kao osnovnu vrednost modernog društva, u kome građani koordinišu dobrovoljnom saradnjom, ekonomske slobode su početak svih ostalih sloboda, a vladavina prava dovoljan uslov slobode.⁷¹

VLADAVINA PRAVA KAO USLOV SLOBODE

Veliki pesnik Gete je rekao da se u ograničenju pokazuje majstor i da nam samo zakon može dati slobodu.⁷² Ni Hobs slobodu ne vidi u izuzimanju podanika od zakona. S druge strane, ni vladar ne može da kreira zakone kakve želi. Naprotiv, smatra da se sloboda i sastoji u poštovanju principa zakonitosti. Nju prepoznaje kao deo prirodnog prava koje je ostavljeno podanicima pod građanskim zakonima. Ukoliko bi građani sve radili bez zakonskih ograničenja, onda bi sve rasturili, te što se više “neodređenog” ostavi zakonima u jednoj državi, u njoj se više slobode uživa. Pod slobodom se podrazumeva uživanje svojih prava, datih na osnovu zakona, bez straha da će biti oduzeta.⁷³ Basta je na stanovištu da jedno uređenje koje bi garantovalo najveću ljudsku slobodu putem zakona koji bi činilo da sloboda svakog pojedinca može postojati sa slobodom drugih građana, predstavlja ideju od koje se (makar) mora poći.⁷⁴

Vladavina prava treba da obezbedi slobodan život, koji pretpostavlja poslušnost zakonima. Međutim, to je moguće učini samo ukoliko zakoni nisu sredstvo vlasti, već potpora individualne slobode. Zakonitost u srcu demokratije je najvažniji razlog zbog koga mnogi pisci samo ustavnu demokratiju tretiraju kao “pravu”.⁷⁵ Istorija beleži i poražavajuće posledice slepog stremljenja ka pravnom pozitivizmu. Nije svako pravno pravilo koje nosi ime zakona otelotvorenje slobode, već samo onaj zakon koji je otelotvorenje uma.⁷⁶ Na to skreće pažnju i Hajek. Vladavinu prava ne treba shvatiti kao (apsolutnu) vladavinu zakona, već je treba shvatiti kao politički ideal o slobodi utvrđenoj pravom. Suštinu vladavine prava vidi u oživotvorenju opšteg karaktera zakona, pravnoj sigurnosti i pravnoj jedna-

⁷¹ Z. Jelić, op. cit., 5–19.

⁷² *Ibidem*, 5.

⁷³ Tomas Hobs, *Čovek i građanin*, Beograd, 1991, 140–143.

⁷⁴ D. Basta, op. cit., 73.

⁷⁵ K. Čavoški, *Pravo kao umeće slobode*, op. cit., 189–190.

⁷⁶ K. Čavoški, *Mogućnost slobode u demokratiji*, Beograd, 1981, 204.

kosti, kao i u obezbeđenju kontrole diskrecionih akata uprave od strane nezavisnog sudstva.⁷⁷

Vladavina prava i sloboda su tesno povezane, jer je sloboda kompleks prava i dužnosti određen ustanovama. Međutim, i u sistemu prava, granice naše slobode su neizvesne.⁷⁸ Nama nije uvek jasno šta smo sve slobodni da učinimo, a granicu naše slobode ograničava strah za njeno ostvarenje.⁷⁹

Podržavajući Hjuma, Hajek prihvata tvrdnju da samo upražnjavanje zajedničkih pravila omogućava mirnu egzistenciju pojedinaca u društvu.⁸⁰ S obzirom na značaj slobode, neprikosновенost te ideje se može ostvariti samo konstitucionalizacijom mehanizama njenog očuvanja. Pored odgovarajućih političkih institucija, ključnu ulogu imaju najviše pravne norme u državi. Međutim, osim ustavnosti, vladavina prava podrazumeva i određena svojstva poretka. Pored proceduralnih jemstava, pravna država se garantuje i institucionalnim rešenjima i nezavisnim sudstvom.⁸¹

ZAKLJUČAK

Iskustvo današnjice potvrđuje nesmanjenu potrebu za vladavinom prava. Sloboda kao opšta vrednost postaje ugrožena onog trenutka kada centralna sila demokratije, oličena u vladavini većine, nije kako valja obuzdana opštim pravilima i ograničena nepovredivošću osnovnih sloboda i prava svakog građanina, bez obzira na to da li pripada većini ili manjini.⁸² Bez obzira na koji način koncipiramo pojam slobode, u pitanju je opšteprihvaćen standard čovekove nužnosti – ono što ga čini ljudskim bićem. Sloboda je osećanje koje čoveka, bez rezerve, odvaja od drugih živih bića. Šarolikost konstrukcija čovekove slobode ne treba da posmatramo kao lavirint iz koga nema izlaza. Naprotiv, mnoštvo različitih koncepcija slobode (često dijametralno različitih) samo nas podseća da je Planeta mesto u kome nije preporučljivo unifikovati ništa, pa ni taj pojam. Rusoovu konstataciju da svaka zemlja nije adekvatna za razvoj demokratije (jer “sloboda nije plod svih podneblja”), ne treba doživeti kao konačnu i fatalističku, pa ni kao tačnu. Stara izreka: “sloboda traži ljude” opominje da se za slobodu treba boriti, te da je ljudi

⁷⁷ L. Basta Flajner, op. cit., 105.

⁷⁸ Tadić smatra da vladavinu prava čini jednakost pred zakonom i socijalna i ekonomska nejednakost, Lj. Tadić, “Metamorfoze ‘pravne države’”, op. cit., 11.

⁷⁹ Džon Rols, *Teorija pravde*, op. cit., 225.

⁸⁰ F. Hajek, op. cit., 72.

⁸¹ K. Čavoški, *Pravo kao umeće slobode*, op. cit., 15.

⁸² *Ibidem*, 182.

moгу ostvariti i to u svakom podneblju. Negde se ona sastoji u “pokoravanju ne-savršenom zakonu”, a na drugom mestu u “pokoravanju savršenom čoveku”. Negde je sloboda sinonim spokojnog i prosperitetnog života, a negde iziskuje bespoštednu borbu, sa neizvesnim ishodom. To što smo skloni da jedan od dva različita pristupa (vladavine zakona ili vladavine savršenog čoveka) uzmemo kao logičan, jasan, i nesporan, ne znači da je on vanvremenski i idealan za sva druga podneblja i za sve građane, koji mogu da budu, a najčešće i jesu na različitom stupnju društvenog razvoja. Sve ukazuje da teorijska pitanja o slobodi nisu potrošena niti ikada mogu da budu prevaziđena. Naprotiv, razvoj tehnologije koje se koristi i za konstantno sužavanje prostora u kome savremeni čovek može da ispolji privatnost ukazuje da su vidovi borbe za očuvanje ovog osećanja tek pred nama.

NIKOLA PANTELIĆ

Deputy Public Prosecutor in the
Third Basic Public Prosecutor's Office
in Belgrade

FREEDOM AS A THOUGHT AND GOAL OF THE RULE OF LAW

Summary

Human freedom is a timeless topic. From antiquity to the present day, thinkers have been trying to summarize, define and determine its most important components. Occasional periods of stabilization and humanistic progress lead to the thought of freedom falling asleep in a certain way. Analyzing its achievements then seems outdated and wasted. We can look for the reason in human nature – just as a healthy person does not attach importance to health, in the same manner a free person, for the most part, does not think that there is anything contrary to that condition. The forced quarantine in which humanity found itself in the middle of 2020, reminded us of the fragility of this human right. Through centuries of traveling through thoughts about freedom, we wanted to find the answer to two questions: what is freedom and how to preserve it. Some of the present-day political - philosophical thoughts will give us answers or at least guidelines for further research.

Key words: freedom, rule of law, human rights, democracy, common good

Literatura

Arent H., *Izvori totalitarizma*, Beograd, 1998.

Aristotel, *Nikomahova etika*, Sremski Karlovci, 2003.

Aristotel, *Politika*, Beograd, 2003.

- Avramović S., Stanimirović V., *Uporedna pravna tradicija*, Beograd, 2016.
- Basta D., *Poreklo i svrha države u Kantovoj političkoj filozofiji*, Beograd, 1973.
- Basta Flajner L., *Politika u granicama prava*, Beograd, 1984.
- Bloh E., *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*, Beograd, 1977.
- Bobio N., *Budućnost demokratije: Odbrana pravila igre*, Beograd, 1990.
- Čavoški K., *Pravo kao umeće slobode*, Beograd, 2005.
- Čavoški K., *Mogućnost slobode u demokratiji*, Beograd, 1981.
- Dvorkin R., *Suština individualnih prava*, Podgorica, 2001.
- Faso G., *Istorija filozofije prava*, Podgorica, 2007.
- Gajin S., *Ljudska prava Pravno-sistemske okvir*, Beograd, 2011.
- Hajek F., *Pravo zakonodavstvo i sloboda*, Podgorica, 2002.
- Hobs T., *Levijatan*, Beograd, 2011.
- Hobs T., *Čovek i građanin*, Beograd, 1991.
- Jelić Z., *Moderna koncepcija vladavine prava*, Beograd, 2010.
- Jordanović I., *Platon i demokratski koreni tiranskog čoveka*, Beograd, 2015.
- Kambovski V., "Pristup problemu uspostavljanja pravne države", *Pravna država*, (ur. Vladan Vasiljević), Beograd, 1991.
- Kant I., *Kritika moći suđenja*, Beograd, 1991.
- Konstan B., "O slobodi starih u poređenju sa slobodom modernih naroda", *Republika*, br. 262, Beograd, 2001.
- Konstan B., *Načela politike i o ministarskoj odgovornosti*, Beograd, 1883.
- Lakićević D., *Ogled o ustanovama slobode; politička filozofija Fridriha fon Hajeka*, Beograd, 2010.
- Laski H., *Sloboda u modernoj državi*, Beograd, 1985.
- Lok Dž., *Dve rasprave o vladi*, knjiga 2, Beograd, 1978.
- Marković R., *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 1995.
- Markuze H., "Represivna tolerancija", *Kritika čiste tolerancije*, Zagreb, 1984.
- Maus I., *Ljudska prava, demokratija i mir; Perspektive globalne organizacije*, Beograd, 2017.
- Mil Dž. S., *O slobodi*, Beograd, 2007.
- Mil Dž. S., *Izabrani politički spisi*, sveska br. 2, Zagreb, 1989.
- Milosavljević B., *Ustavno pravo*, Beograd, 2017.
- Milosavljević B., *Uvod u teoriju ustavnog prava*, Beograd, 2011.
- Molnar A., *Rasprava o demokratskoj ustavnoj državi. 2. Klasične revolucije Nizozemska-Engleska-SAD*, Beograd, 2001.

- Monteskje Š., *O duhu zakona*, Beograd, 2011.
- Pejn T., *Prava čoveka*, Beograd, 1987.
- Perović S., "Prirodno pravo i zapovest razuma", *Pravni život*, br. 9, Tom I, Beograd, 2018.
- Perović S., "Sloboda i prirodno pravo", *Pravni život*, br. 9, Tom I, Beograd, 2009.
- Perović S., "Prirodno pravo i univerzalne vrednosti", *Pravni život*, br. 9, Tom I, Beograd, 2005.
- Platon, *Državnik*, Zagreb, 1977.
- Platon, *Zakoni*, Beograd, 1971.
- Popović D., *Opšta pravna istorija; Stvaranje moderne države*, Beograd, 1999.
- Rols Dž., *Pravo naroda*, Beograd, 2001.
- Rols Dž., *Politički liberalizam*, Beograd, 1998.
- Rols Dž., *Teorija pravde*, Beograd, 1998.
- Ruso Ž. Ž., *Društveni ugovor*, Beograd, 1993.
- Šarkić S., *Istorija države i prava I; Osnovi svetske pravne istorije*, drugo izdanje, Novi Sad, 2013.
- Tadić Lj., *Poredak, autoritet i sloboda*, Beograd, 2007.
- Tadić Lj., "Metamorfoze 'pravne države'", *Pravna država*, (ur. Vladan Vasiljević), Beograd, 1991.
- Tokvil A., *Stari režim i revolucija*, Sremski Karlovci, Novi Sad, 1994.
- Vujadinović-Milinković D., *Političke i pravne teorije*, Beograd, 1996.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 15.08.2020.

Prihvaćen: 31.08.2020.

PREGLEDNI RAD

ZORAN JELIĆ

PRAVNA POLITIKA KAO VODEĆA PRAVNA DISCIPLINA

– Pledoaje za institucionalizaciju pravopolitičke jurisprudencije –

Savremena jurisprudencija kao izrazito dogmatski intonirana disciplina, predstavlja, zapravo, tipičnu reproduktivnu nauku o metodima tumačenja tekstova pozitivnog zakonodavstva, lišenu bilo kakvih kreativnih svojstava. Preciznije rečeno, umesto da bude uzor, inspiracija i putokaz zakonodavcu prilikom regulisanja društvenih odnosa, takva nauka je, po logici stvari, statična i kontemplativna, a po svojim efektima – sterilna, jer se svodi na interpretaciju postojećih pravnih poruka, čiji rezultati nikog ne obavezuju. Stoga su, objektivno gledano, odavno sazreli uslovi da se kao vodeća pravna disciplina konstituiše pravna politika (pravopolitička jurisprudencija), čiji se koreni nalaze u jusnaturalizmu, a koja bi se bavila kompetentnom i konstruktivnom kritikom pozitivnog prava i pokretala inicijative za njegovo unapređenje, u skladu sa načelima vladavine prava, principima i standardima uporednog prava i pravnih tekovina EU.

Ključne reči: pravna politika, prirodno pravo, kritika i unapređenje pozitivnog prava, Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović

PRISTUP PROBLEMATICI

(1) Posmatrana iz vremenske perspektive, pravna nauka se, prema gledištu izraženom u *Pravnoj enciklopediji*,¹ deli na tri naučne discipline, od kojih se jedna bavi sadašnjim ili pozitivnim pravom (dogmatska jurisprudencija); druga – biv-

Dr Zoran Jelić, publicista, Beograd, e-mail: drzoran_jelic@yahoo.com.

¹ *Pravna enciklopedija*, Tom 2, Savremena administracija, Beograd, 1985, 1216.

šim pravom (pravna istorija, opšta i nacionalna), a treća – pravom kakvo bi trebalo da bude prema zahtevima ideje vladavine prava (pravna politika ili tačnije – pravnopolitička jurisprudencija).

Pravnopolitičke ideje, čije korene valja tražiti u raznim varijantama jusnaturalizma, redovno su se svodile na kritiku pozitivnog prava, uz poziv za njegovo usavršavanje, odnosno za otklanjanje njegovih nedostataka, što, u osnovi, i danas čini suštinu prirodnopravnih učenja. To je dalo povoda istaknutom velikanu ruske pravne misli, Lavu Petražickom, da izrekne ocenu kako je prirodno pravo tokom svoje dugovečne istorije služilo kao surogat nepostojeće nauke o pravnoj politici.² Kada je pak u pravnoj nauci preovladala pozitivistička orijentacija, ova ocena, koja ukazuje na tradicionalnu vezanost jusnaturalizma i pravnopolitičke jurisprudencije, mogla je samo negativno da utiče na reputaciju pravne politike kao teorijske i primenjene discipline i prekine svako dalje interesovanje za produktivno rešavanje njenog statusa u okviru postojećeg korpusa pravnih nauka. Takvom toku stvari posredno je doprineo i sam Petražicki, kome se, inače, sa razlogom ili ne, pripisuje zasluga za zasnivanje i izgrađivanje pravne politike, kao posebne discipline s humanističkom misijom. Naime, suprotno vlastitim namerama, Petražicki je objektivno gledano, umesto pravne inicirao konstituisanje ekonomske politike koja, doduše, predstavlja normativnu disciplinu, ali van spora spada u oblast ekonomskih nauka.

Razume se po sebi, da se ovde ne sme zanemariti ni krupan udeo Kelzenove odbojnosti prema politici, koja, po njemu, ima za cilj izgradnju idealnog, a ne realnog prava, tj. kakvo ono stvarno jeste, bez ikakvih stranih dodataka. U skladu s tim, on je nastojao da razvije one tendencije u jurisprudenciji koje su bile isključivo usmerene na saznanje, a ne stvaranje prava, da bi docnije ovo čisto statičko stanovište korigovao pod uticajem svog sledbenika Adolfa Merkla³, prihvativši stav da se pravo može shvatiti kao stupnjeviti sistem stvaranja normativnih poruka, čiju delotvornu primenu obezbeđuje država.

² Todor I. Podgorac, *Pravna politika L. Petražickog*, Svetozar Marković, Beograd, 1983, 77. Naučna literatura iz oblasti pravne politike u našoj zemlji, sudeći po broju objavljenih relevantnih radova, praktično je zanemarljiva. Jedan od retkih radova te vrste je naša knjiga *Aktuelna pitanja pravne politike u Saveznoj Republici Jugoslaviji*, Ekonomika, Beograd, 1995, koja, prema mišljenju Ministarstva za nauku, tehnologiju i razvoj od 14.09.2001. godine, predstavlja publikaciju od posebnog interesa za nauku. Navedenu publikaciju je ugledna institucija *Indiana University (USA)* 30.11.2009. digitalizovala za svoje potrebe. Ovde valja takođe konstatovati da jusnaturalizam i pravna politika, u osnovi, danas teže istom cilju, tj. preobražaju pozitivnog u pravedno pravo, dok je u prošlosti jusnaturalizam imao utopijske pretenzije, uzaludno pokušavajući da konstruiše nekakvo savršeno (idealno) pravo, bez prostornih i vremenskih dimenzija.

³ Adolf Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1923, 223. V. i rad Roberta Valtera, *Teorija prava Hansa Kelzena*, Dosije, Beograd, 1999, 26.

U bivšoj SFRJ, u kojoj je bilo zvanično pokrenuto nekoliko inicijativa za institucionalizaciju pravne politike, na nepovoljnu sliku o njenom statusu bitno je uticao doajen naše pravne teorije Radomir D. Lukić, koji je izrazio sumnju u mogućnost postojanja posebne pravne nauke kakva bi trebalo da bude pravna politika, jer se u svom radu, po njemu, ne služi nikakvim specifičnim metodom koji bi opravdao njenu samostalnu egzistenciju. Nažalost, Lukić se nije potrudio da ovo svoje gledište bliže obrazloži, već ga je izneo usputno, bez ubedljive argumentacije, tako da nema potrebe da se njime ovde dalje bavimo.

(2) Ako bi jurisprudencija, shodno postulatima *Čiste teorije prava*, težište svojih razmatranja usmerila na pitanja stvaranja, a ne saznanja prava, onda bi se neminovno suočila sa činjenicom da svi pravni akti imaju dvostruko lice, s jedne strane, izvršnu a s druge, pravnotvoračku funkciju, tj. da se stvaranje i primena prava, osim u dva granična slučaja, zapravo podudaraju. Takođe, u stvaranje prava, po Kelzenu, spada i tzv., autentično ili merodavno tumačenje propisa, koje istovremeno predstavlja saznavnu i voljnu funkciju. Za njeno obavljanje isključivo su zaduženi organi nadležni za primenu prava, pri čemu se obavezujući karakter takve interpretacije ne može smatrati kao znak boljeg znanja tih organa u odnosu na druge subjekte, nego kao znak njihove veće moći.⁴ Sve u svemu, stvaranje prava je glavni oblik svekolike pravne delatnosti, utemeljen na doktrini o ljudskim pravima, koji je u stanju da apsorbuje i probleme primene, ali i suštinska pitanja tumačenja pravnih poruka. U tom smislu može se konstatovati da je pravno-politička jurisprudencija, za razliku od dogmatske pravne nauke, kompleksna, kreativna i dinamička disciplina, čiji bi osnovni zadaci, sumarno iskazani, bili sledeći:

a) sistemsko, kontinuirano i kritičko preispitivanje pozitivnog prava, polazeći od praćenja ostvarivanja njegovih očekivanih efekata i stepena realizacije utvrđenih ciljeva, odnosno usvojenih vrednosti;

b) usmeravanje donošenja i primene zakona i drugih propisa, s tim što ovaj zadatak pretpostavlja prethodno jasno i precizno definisanu opštu koncepciju postojećeg pravnog poretka i temeljno obavljenu pojmovnu obradu relevantnog pozitivnog pravnog materijala;

c) učešće u planiranju, izgradnji i unapređivanju pozitivnog zakonodavstva pokretanjem odgovarajućih inicijativa za njegovo noveliranje i predlaganjem konkretnih rešenja i formulacija, u skladu sa principima i standardima evropskog i uporednog prava;

⁴ Adolf Merkl, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck. Europa Verlag, Wien–Frankfurt–Zürich und Universitätsverlag Anton Pustet, Salzburg–München, 1968, 1183.

d) davanje ekspertskih mišljenja u vezi sa stvaranjem i primenom sistemskih zakona i drugih propisa;

đ) izrada uzornih modela zakonskih akata kako bi jurisprudencija, shodno sugestiji Roska Paunda, postala putokaz zakonodavstvu i sudstvu, umesto da samo *post festum* prati i proučava gotove rezultate njihovog rada.⁵

(3) Imajući u vidu veliki opseg i složenost zadataka koji spadaju u domen pravne politike, najprimerenije i najracionalnije viđenje njenog statusa, mesta i uloge u okviru opšteg korpusa pravnih nauka, dao je, po nama, austrijski pravnik Anton Menger (1841–1906), koji je zastupao stanovište da uz bok dogmatske i istorijske pravne nauke mora da stane legislativno-politička jurisprudencija, koja će počivati na sopstvenom istraživanju, a ne autoritetu zakonodavca i imati zadatak da nasleđenu pravnu građu uporedi sa sadašnjim stanjima i iz toga izvede zaključak o promenama pozitivnog prava koje će biti neophodne.⁶

Menger⁷ je nedvosmisleno bio zagovornik kreativne i produktivne, a ne re-produktivne i kontemplativne pravne nauke čiji je karikaturalni opis na sažet način dao Jevgenij B. Pašukanis (1890–1937), istaknuti sovjetski pravni teoretičar, koristeći se jednom duhovitom opaskom pozajmljenom iz dela slovačkog pravnog autora Julijusa Ofnera, objavljenog 1923. godine pod naslovom *Das soziale Rechtsdenken* (F.A. Perthes, Stuttgart und Gotha, str. 54):

“Kakve zakone treba da izdate, mi to neznamo i o tome se ne brinemo. To pripada zakonodavnoj veštini koje nam je strana. Donosite zakone kakve god hoćete. I samo kad izdate bilo kakav zakon, tada ćemo vam mi na latinskom objasniti kakav ste zakon izdali.”

(4) Postojeće stanje pravno-političke teorije i prakse u našoj zemlji ne može dobiti prelaznu ocenu, budući da uprkos mnogobrojnim aktivnostima i znatnoj produkciji odgovarajućih priloga iz oblasti stvaranja prava, još uvek nije konstituisana, odnosno institucionalizovana pravno-politička jurisprudencija, te je domaća pravna nauka, u celini gledano, nedovršena i nepotpuna duhovna tvorevina

⁵ U domaćem pravu ova vrsta aktivnosti vezana je isključivo za ime prof. Mihaila Konstantinovića (1897–1982) koji je svoj naučni rad usmerio na produkciju nacрта zakonskih tekstova, s tim što se njegova *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* iz 1969. godine, kad je objavljena u “Analima Pravnog fakulteta u Beogradu”, faktički primenjivala sve dok nije 1978. godine zvanično pretočena, sa minimalnim korekcijama, u Zakon o obligacionim odnosima.

⁶ Anton Menger, *Socijalni zadaci pravne nauke*, Dosije, Beograd, 2007. (v. naročito str. 8–9, 16, 18, itd.).

⁷ Mengera je kao istaknutog predstavnika tzv. “pravničkog socijalizma” podvrgao žestokoj kritici F. Engels u članku *Juristen – Sozialismus* (*Neue Zeit*, sv. 2. 1887), što je svakako imalo uticaja na Mengerovu zapostavljenost u socijalističkoj literaturi, ali njegove pravno-političke ideje odolele su svim izazovima vremena tako da ni danas nisu izgubile ništa od svoje aktuelnosti.

kojoj nedostaje kreativna komponenta. Istini za volju, mora se ipak konstatovati da ne bi valjalo iz toga, izvesti generalni zaključak da u našoj zemlji suštinski ne egzistiraju odgovarajuće pretpostavke od značaja za institucionalizaciju pravno-političke jurisprudencije.⁸ Takav zaključak bi bio svakako preuranjen, ukoliko bismo zanemarili delatnost Kopaoničke škole prirodnog prava čiji učesnici u svojim istraživačkim radovima prevashodno primenjuju pravno-politički pristup, usmeren na promociju pravednog prava kao prava budućnosti. Ključni doprinos visokom ugledu ove škole, u zemlji i inostranstvu, svakako je dao njen rodonačelnik, akademik Slobodan Perović (1932–2019), pri čemu se njegova glavna zasluga sastoji u tome što je domaću pravnu misao, posmatranu u celini, izveo iz uskih nacionalnih granica i uspešno afirmisao na međunarodnom planu.

PREDMET PRAVNE POLITIKE

(1) Saglasno osnovnim funkcijama pravne politike, njen predmet obuhvata tri osnovne komponente kao tri posebne, ali međuzavisne celine. Prva celina ima filozofski, tačnije aksiološki karakter, jer se odnosi na univerzalne (najviše) vrednosti koje čine korpus ljudskih prava, a koje su u onom ili ovom obliku, od antičkog vremena do danas, spadale u domen prirodnog prava u njegovim različitim varijantama. Usvajanjem Opšte deklaracije o pravima čoveka (1948. godine) i njenih docnijih mnogobrojnih razrada, kao i donošenjem drugih dokumenata, kojima se uređuje ista pravna materija, prirodno pravo se najvećim delom transformisalo u pozitivno međunarodno pravo i postalo sastavni deo ustava svih civilizacionih naroda (zemalja).

U Republici Srbiji, počev od 1987. godine sistematskom obradom prirodnog prava bavi se pomenuta Kopaonička škola, koja je 2005. godine stekla međunarodnu reputaciju kada je UNESKO odlučio da joj dodeli svoje pokroviteljstvo,

⁸ U knjizi objavljenj 2003. godine u izdanju CID Podgorica, pod naslovom *Iza normi*, autor Dragan K. Vukčević konstatuje (str. 176–179) da je jedan od pokazatelja razvijenosti svake nauke stepen njene institucionalizacije. Taj stepen se, pak, može razložiti u nekoliko elemenata, i to na: 1) zastupljenost u nastavi; 2) postojanje specijalizovanih instituta za proučavanje odgovarajuće problematike; 3) izdavanje specijalizovanih časopisa iz date oblasti, kao i 4) učešće istaknutih predstavnika na međunarodnim skupovima na kojima se razmatraju problemi tematski vezani za datu oblast. Svi navedeni pokazatelji, na prvi pogled, svedočili bi o skromnoj institucionalnoj osnovi pravne politike u našoj zemlji, ako bismo zanemarili naučnu i stručnu delatnost Kopaoničke škole, koja predstavlja solidnu osnovu za konstituisanje pravno-političke jurisprudencije, kao discipline čiji predmet čini posebno područje naučnog istraživanja.

ocenivši da njene publikacije i projekti neosporno doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju međunarodnog prava.⁹

Drugu, veoma razučenu i kompleksnu tekstualnu komponentu predmeta pravopolitičke jurisprudencije, koja se tiče određivanja sadržine zakona i drugih propisa iz raznih oblasti društvenog života, Kopaonička škola je definisala u obliku odgovarajućeg heksagona (pravo na život, slobodu, imovinu, intelektualnu tvorevinu, pravdu i pravnu državu), i tako uspešno obezbedila svestrani pristup obradi izuzetno raznovrsne problematike postojećeg pravnog sistema.¹⁰

U jurisprudenciji je danas nesporna činjenica da je pravni pozitivizam, u svim svojim oblicima, apsolutno nesposoban da se bavi sadržinom važećih propisa, što se ogleda u nedovoljnoj obradi materijalnog prava i posebno manifestuje u postojanju tzv. "belih mrlja" u pojedinim granama prava; npr. u nauci upravnog prava, toj najrazuđenijoj, najfleksibilnijoj i najdinamičnijoj pravnoj disciplini, u čiji domen spada preko 2/3 zakona i drugih opštih akata koji su trenutno na snazi.¹¹ U ovom kontekstu zavređuje pažnju Kelzenov stav, po kojem pravna nauka treba sama da konstituiše i kreira svoj predmet shodno principu aproksimacije, kao legitimnom načinu za redukciju fenomena raznovrsnosti, dok poznati predstavnik kibernetike Ros Ešbi,¹² suprotno tome, polazeći od zakona neophodne raznovrsnosti (*law of requisite variety*), smatra da samo raznovrsnost može apsorbovati, odnosno ukinuti raznovrsnost, što upućuje na zaključak da je u navedenom slučaju reč o jednom delikatnom, a još uvek nerešenom pitanju.

(2) Posebnu pažnju u ovom kontekstu privlači pozitivno zakonodavstvo koje uređuje pravna pitanja iz oblasti prirodnih, medicinskih i tehničkih nauka, budući da je često predstavljeno nizom tekstova koji više liče na učene, odnosno uskostručne traktate nego na normativne akte, što svakako utiče na potreban stepen njihove razumljivosti, a katkad, je i njihov pravni kvalitet apsolutno neprihvatljiv. Tako je, npr., Zakon o planiranju i izgradnji (*Službeni glasnik RS*,

⁹ Odluka Organizacije Ujedinjenih nacija za edukaciju, nauku i kulturu (UNESKO) o doдели pokroviteljstva doneta je 6. juna 2005. godine. Od tog datuma Kopaonička škola deluje pod pokroviteljstvom ove ugledne međunarodne organizacije.

¹⁰ Prema gledištu Todora I. Podgorca, možda baš zato što treba da se koristi raznim metodama i znanjima, nauka o pravnoj politici još nije dovoljno individualizovana, a mi bismo dodali da je to verovatno jedan od glavnih razloga što naučni radnici nisu skloni da se upuštaju u jedan takav složen interdisciplinarni poduhvat kao što je studijsko-analitičko proučavanje problema *de lege ferenda* (up. Todor I. Podgorac, *Pravna politika L. Petražickog*, Svetozar Marković, Beograd, 1983, 380).

¹¹ Dragan Milkov, *Upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, knj. I–III, 45 (knj. I), Novi Sad, 1997, Milivoj Kovačević, *O sadržini nastavnog predmeta Upravno pravo*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1–3, 318.

¹² William Ross Ashby (1903–1972), *Introduction to Cybernetics*, Inc. NewYork, 1963, 207.

br. 72/2009, 81/2009 – ispr., 64/2010 – odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odluka US, 50/2013 – odluka US, 998/2013 – odluka US, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2015, 37/2019 – dr. zakon i 9/2020) pretrpeo mnoštvo izmena i dopuna, osporavan je nekoliko puta pred Ustavnim sudom, a kuriozitet predstavlja okolnost da je krajem 2014. godine, od ukupno 223 njegovih članova promjenjeno čak 125 članova?! Postavlja se, opravdano, pitanje, čemu služe *ex-ante* i *ex-post* analize koje se obavezno praktikuju u domaćem zakonodavnom procesu ako nije moguće racionalno sagledati efekte koji treba da se ostvare primenom takvih zakona.¹³

S druge strane, nezavisno od vidnog poboljšanja zakonodavnog procesa u Republici Srbiji, valja voditi računa o predparadigmatskom stanju društvenih nauka, o čemu je svojevremeno ubedljivo pisao hrvatski akademik Eugen Pusić¹⁴ u svojoj monografiji o društvenoj regulaciji. Primera radi, čak i ekonomske nauke čiji su istaknuti predstavnici čvrsto uvereni da se zahvaljujući matematičkim metodama može dostići zavidan nivo egzaktnosti u oblasti tih nauka, prinuđeni su da priznaju kako se njihova aktivnost neprestano nalazi u čeličnom zagrljaju tekuće politike, koja je spremna da pobija čak i geometrijske aksiome ukoliko bi narušavali njene materijalne interese. Stoga je iluzorno očekivati da će pozitivno zakonodavstvo, oslonjeno na tekovine savremenih društvenih nauka, u dogledno vreme obezbediti nekakvu egzaktnu podlogu za svoja rešenja usmerena na stalno i nepovratno jačanje vladavine prava u društvenoj stvarnosti, na čemu insistira EU koja uporno postavlja takav zahtev zemljama – pretendentima na njeno punopravno članstvo.

(3) Treću komponentu predmeta pravne politike trebalo bi da čini tzv. nomotehnika ili skup normi, pravila, uputstava o izradi propisa, tj. o formi normativnih akata.¹⁵ U vezi s tim, u marksističkoj literaturi jednodušno je, a i sasvim ispravno, isticano da pogrešna koncepcija svih građanskih teoretičara leži u činjenici što istrajno i dosledno razdvajaju pravnu tehniku od pravne politike, odnosno formu od sadržine, mada te dve kategorije čine neraskidivo jedinstvo. Ipak, glavna nevolja sastoji se u tome što se takvim postupanjem forma obično smatra

¹³ Čak ni ZUP, kao akt sa verovatno najmasovnijom primenom, nije lišen mnogih nedostataka; ima mišljenja da se oni mogu otkloniti "finim podešavanjem", ali i da mu je potrebna generalna rekonstrukcija (v. Stevan Lilić, *Zakon o opštem upravnom postupku*, Centar za unapređenje zakonodavstva, Komitet za ljudska prava, Dosije studio, Beograd, 2019).

¹⁴ Eugen Pusić, *Društvena regulacija*, Globus Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu – Centar za stručno usavršavanje i saradnju s udruženim radom, 148.

¹⁵ O nomotehnici kod nas postoje: 1) dva važeća akta – Jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa, *Službeni glasnik RS*, br. 21/2010 i Metodologija za izradu podzakonskih propisa, *Službeni glasnik RS*, br. 75/2010 i 81/2010, kao i 2) obimna instruktivna literatura.

za nešto nebitno, za spoljni izgled neke stvari i sl., pa se njena uloga često potpuno zapostavlja. Tako npr. prof. dr Radmila Vasić,¹⁶ u svom, inače, inspirativnom članku “Pravna država i vladavina zakona: šta pravna nauka *poručuje* nomotehnici”, konstatuje, doduše, da je tehnika izrade propisa kao predmet naučnog i stručnog razmatranja zanemarena, “ali i da to nije od nekog velikog značaja ako se u obzir uzmu drugi aspekti pravnog normiranja – kao što je, na primer, kapacitet zakona kao sredstva izgradnje državno-pravnog poretka”.

Nama se čini da uvažena prof. Vasić ovde želi da opravda zapostavljanje nomotehlike kao nastavnog predmeta na visokoškolskim institucijama, s obzirom na činjenicu da se ta disciplina tek nedavno izborila za mesto u planovima i programima domaćih pravnih fakulteta.

Kako kaže Hegel, forma ne predstavlja jednostavno spoljni aspekt sadržaja, već načelo njegove izgradnje; sadržaj, zapravo, treba razlikovati od materije u tom smislu što je materija, mada ima oblik i ne može da postoji bez njega, istovremeno indiferentna prema ovom ili onom obliku, dok sadržaj ostaje onakav kakav jeste samo do onog časa dok čuva svoj određeni oblik. Ovo Hegelovo zapažanje upućuje na zaključak da nomotehnika čini suštinski deo pravno-političke jurisprudencije, jer, pre svega, obezbeđuje pretvaranje postojeće društvene stvarnosti u pravnu realnost, koristeći se pojmovnom i terminološkom obradom predmeta regulacije i propisivanjem radnji koje subjekti treba da vrše da bi uspostavili određene odnose. Ona, takođe, obezbeđuje i adekvatno uklapanje svakog novog propisa u važeći ustavni i pravni sistem, kao i standardizaciju pravnog izražavanja u normativnim tekstovima, čime se povećavaju preciznost, jasnoća i pristupačnost izlaganja u zakonima i drugim opštim aktima.

METOD PRAVNE POLITIKE

(Metod pravno-političke nauke)

(1) Krićka analiza pravnog diskursa smatra se najnovijim relevantnim metodom izučavanja prava, jer se u sadašnje vreme, kako navodi francuski autor Mišel Troper, taj diskurs shvata kao istinski predmet pravne nauke, koji se može razumeti samo uz prethodno usvajanje njegovih internih pravila.¹⁷ Naš ugledni lingvist Ranko Bugarski ističe da je diskurs (govorni ili pisani) jezićko “tvorenje”,

¹⁶ Radmila Vasić, “Pravna država i vladavina zakona: šta pravna nauka *poručuje* nomotehnici” (ćlanak objavljen u okviru monografije zbornika radova, pod naslovom “*Nomotehnika i pravnićko rasuđivanje*”, Program Ujedinjenih nacija za razvoj u Srbiji – Pravni fakultet, Beograd, 2018), 17.

¹⁷ Mišel Troper, *Pravna teorija države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2014 (v. i predgovor iz pera Marka Božića), 8–9, 49, 53.

tj. proces proizvodnje i razumevanja tekstova u situacionom kontekstu, a tekst (govorni ili pisani) rezultat diskursa.¹⁸ Uprošćeno rečeno, diskurs je procesni aspekt, a tekst finalni produkt jezičke delatnosti ili jezičkog komuniciranja. Diskurs se, inače, može definisati na veoma različite načine, te jedan od najistaknutijih tvoraca kritičke analize diskursa, Norman Ferklafl (*Norman Fairclough*), profesor Univerziteta u Lankasteru, napominje da je diskurs težak koncept zato što o njemu postoji mnoštvo suprostavljenih i preklapajućih definicija; u pokušaju pak da spoji analizu jezika i socijalnu teoriju, Ferklafl se opredeljuje za trodimenzionalni model shvatanja i analize diskursa, koji obuhvata: 1) analizu govornih i pisanih jezičkih tekstova; 2) analizu diskursne prakse i 3) analizu diskursnih događaja kao primere sociokulturne prakse.¹⁹ Konačno, Ferklafl termin “diskurs” upotrebljava za povezivanje tekstova i njihovih društvenih ciljeva, kao i za različite tipove jezika koji se koriste u različitim situacijama.²⁰

(2) Po prof. Viskoviću, ispitivanje prava kao procesa međuljudskog komuniciranja trebalo bi da bude prvenstveno usmereno na “spoznaju jezičkog izražavanja u pravu”.²¹ Naše je pak, mišljenje da se mora jasno podvući razlika između dve glavne funkcije jezika – komuniciranja i izražavanja, pri čemu, po Lonu Fuleru (*Moralnost prava*, CID Podgorica, 1999, str. 185–186, 193, 222, 226. itd.), komuniciranje čini suštinu jezičkog, ali istovremeno i pravnog fenomena. Stoga ćemo efektivno jezičko komuniciranje na pravnom području, shvaćeno kao pravni diskurs, u kojem ne postoji polarna suprotnost između jeste i treba,²² raščlaniti na tri glavna segmenta, od kojih svaki ponaosob ima sve odlike celine, kojoj pripada. Navedena tri dela analize pravnog diskursa, kao svojevrsnog komunikacionog pristupa pravu, čine:

- 1) značenja reči, kao minimalnih jedinica govornog mišljenja;
- 2) iskazi, odnosno kontekstualizovane rečenice;

¹⁸ Ranko Bugarski, *Ka jedinstvu lingvistike*, Beograd, 1997, 162–163.

¹⁹ V. Norman Fairclough, *Discourse and Social Change*, Cambridge, Polity Press, 1992, 3–4. Takođe v. Milica Vuković, “Kritička analiza diskursa”, *Analiza diskurs – teorije i metode* (ur. Slavica Perović), Institut za strane jezike, Podgorica, 2014, 102–103.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Nikola Visković, *Jezik prava*, Naprijed, Zagreb, 1989, 19.

²² Ranko Bugarski, *Jezik u društvu*, Prosveta, Beograd, 1986, 216–217. Normativnost je, piše ovaj autor, suštastveno obeležje jezika uopšte, a normiranost samo nekih idioma, koja podrazumeva organizovanu stručnu intervenciju uz društvenu podršku. Takvi idiomi dobijaju rang standardnih (književnih) jezika. Pomenuti autor na str. 217 op. cit., navodi jednog britanskog lingvistu koji kaže da u gramatičkim pitanjima nikakvo “treba” nema dejstvo ako ga ne potvrđuje neko “jeste”, a svemu što “jeste” neophodna je podrška mnogog “treba”.

3) tekst (lat. *textus* = tkanje, pletivo od *texere* = tkati, plesti), tj. proizvod jezičke komunikacije u pravu, namenjen upravljanju ljudskim ponašanjem.

(3) U lingvistici reč se smatra za najmanju jezičku jedinicu koja ima određeno značenje ili određeni smisao i predstavlja jezički znak za određeni pojam,²³ odnosno minimalnu jedinicu semantičke analize.

Još od biblijskih vremena naovamo reč je uživala povlašćeni status kao dar Boga, dodeljen isključivo ljudskom rodu, što prihvata i istaknuti borac za ljudska prava i lingvista svetskog glasa Noam Čomski koji takođe tvrdi da je jezik “*a gift of God*” i ističe tezu da se tu radi o misteriji, nerešivom problemu koji je empirijski neproverljiv,²⁴ tj. nepodoban za naučnu analizu. Italijanski pravni teoretičar Norberto Bobio, pak, naglašava da je u pravu naučni jezik onaj u kojem je svaka reč definisana, a upotreba definisanih reči nije u suprotnosti sa pravilima pomoću kojih su definisane. Sledstveno tome, takav jezik sastoji se od skupa određenih pravila i od skupa postupaka u skladu sa tim pravilima. Skup pravila koja određuju način upotrebe određene reči predstavljaju pojam koji toj reči odgovara, s tim što on nije kopija realnosti, već sredstvo komuniciranja. Zbog toga nije bitno da li je takav pojam manje ili više istinit nego koliko je upotrebljiv, što zavisi od veće ili manje strogosti kojom su utvrđena pravila njegovog korišćenja.²⁵ Reč je, u stvari, bilateralni akt, konstatuje Mihail Bahtin, jer se ona u jednakoj meri određuje time čija je kao i time za koga je. Posmatrana po sebi i za sebe, ona je upravo proizvod uzajamnih odnosa govornika i slušaoca, zajednička teritorija između govornika i sagovornika,²⁶ što je, po nama, nesumnjiv dokaz da u njoj treba tražiti klicu glavne funkcije jezičkog, pa i pravnog fenomena, a to je komunikacija, tj. odnos između bar dva lica ili, kako veli Kelzen, u pravu nema norme: 1) bez autoriteta koji postavlja normu i 2) bez jednog ili više adresata norme. Značenje, tj. norma kao mentalna kategorija se, pri tome, ostvaruje u reči, kao materijalnom znaku, jer kad god mislimo mi zapravo interpretiramo znakove.²⁷

²³ Up. *Rečnik sprskohrvaatskog književnog jezika*, knjiga peta, Matica srpska, Novi Sad, 1973, 528. Veće semantičke jedinice su sintagma, iskaz i tekst.

²⁴ Up. Petar Vučković, *Ogledi iz kognitivne lingvistike*, Multidisciplinarni centar za podsticanje, integracionih procesa i harmonizaciju prava, Beograd, 2006, 127.

²⁵ Up. Norberto Bobio, “Pravna znanost i analiza jezika”, *Domesti*, br. 6, Rijeka, 1979. 14–15.

²⁶ Up. Mihail Bahtin, *Marksizam i filozofija jezika*, Nolit, Beograd, 1980, 95.

²⁷ Up. Č.K. Ogden i A.A. Ričards, *Značenje značenja*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci–Novi Sad, 2001, 208. Dekart je, štaviše, isticao da u matematici mišljenje proističe iz jezika ali ga prevazilazi. V. i posthumno izdanje Kelzenovog dela *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, 23, koje su po nalogu Instituta “Hans Kelzen” iz Beča, priredili za štampu Kurt Ringhofer (Kurt Ringhofer) i Robert Valter (Robert Walter) .

Kada se, pak, udubimo u prirodu reči, ističe Kasirer, nameće se zaključak da njen pravi zadatak nije da opisuje stvari i prenosi misli i ideje, nego da pobudi ljudska osećanja, odnosno da priprema ljude na akcije,²⁸ u čemu se zapravo i ogleda njena uloga u pravnom poretku. Osnovne funkcije reči su imenovanje i klasifikovanje stvari, radnji, objekata, ljudskih i drugih živih bića, pojava, procesa, tvorevina i dr. U vezi s tim, valja naglasiti da imenovanje nije puko označavanje, već istovremeno i bivstvovanje, jer nijedna stvar, napominje Hajdeger, nije tamo gde nedostaje reč ili ime, odnosno reči daju stvarima bivstvovanje, tj. bivstvovanje svega postojećeg stanuje u reči i otuda je tačan stav da je jezik kuća bivstva.²⁹

Imenovanje stvari vezano je za *klasifikaciju*; naime, dati ime nekom objektu, radnji i sl., znači svrstati ih pod pojam određene klase ili skupa, pri čemu valja imati u vidu da je reč skriveno uopštavanje, jer se nikad ne tiče jednog posebnog predmeta nego cele grupe ili cele kategorije predmeta.³⁰ Shodno tome, bezimene stvari praktično ne postoje, budući da se ne mogu precizno identifikovati, ali ni svrstati u određenu klasu stvari.

(4) Za razliku od rečenica koje predstavljaju sintaksičke kategorije, iskazi su pragmatičke kategorije, odnosno osnovne jedinice komunikacije, pomoću kojih se izvode određene komunikativne (socijalne) radnje ili govorni činovi,³¹ od kojih su za pravo od posebnog interesa saopštenja kojima se uspostavlja komunikacija npr. između zakonodavca ili drugog tvorca pravnog pravila i odgovarajućih adresata; ako subjekt nadležan za izdavanje norme ne obavesti o njoj adresate na način dostupan njihovom saznanju, onda se ne može govoriti o postojanju pozitivnog prava. Iskazi kao kontekstualizovane rečenice u vidu govornih činova najčešće se grade pomoću performativnih (izvođačkih) glagola koje je još klasični rimski pravnik Modestin obuhvatio poznatom formulom, po kojoj su svojstva zakona da naređuje, zabranjuje, dozvoljava (ovlašćuje) i kažnjava (D.1, 3,7), što ned-

²⁸ Up. Ernst Kasirer, *Ogled o čovjeku*, Naprijed, Zagreb, 1978, 147 i 151.

²⁹ Up. Martin Hajdeger, *Na putu k jeziku*, Fedon, Beograd, 2007, 160 i 162. Zbog Hajdegerovog specifičnog načina izražavanja, treba konsultovati i originalni tekst: Martin Heidegger, *Unterwegs zur Sprache*, Verlag Güther Neske, Pfulingen, fünfte Auflage, 1975.

³⁰ Up. Lav Vigotski, *Mišljenje i govor*, Nolit, Beograd, 1977, 43. Izgovaranjem jednostavnih rečenica – Ivan je čovek, Žuća je pas, mi vršimo uopštavanje – pa otud proizlazi da je pojedinačno opšte, da opšte postoji samo u pojedinačnom, preko pojedinačnog; svako opšte je delić ili strana ili suština pojedinačnog. Kako veli Aristotel, nećemo, razume se, uzeti da postoji kuća uopšte mimo vidljivih kuća (v. Lenjin: *Filozofske sveske*, Kultura, Beograd, 1955, 335).

³¹ Pavica Mrzović, Zora Vukadinović, *Gramatika srpskohrvatskog jezika za strance*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci i Dobra vest, Novi Sad, 1990, 597–598. O govornim činovima vidi i knjigu Ranka Bugarskog, *Uvod u opštu lingvistiku*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd i Zavod za izdavanje udžbenika, Novi Sad, 1989, 146–149.

vosmisleno upućuje na njihovo delatno značenje i funkciju, odnosno na činjenicu da je pravni jezik specifična delatnost, u okviru koje se kazivanje često svodi na izvršenje, tj. reći znači učiniti. Zasluga za takvo istraživanje jezika, pre svega, pripada Džonu L. Ostinu, autoru spisa “*Kako delovati rečima*”, dok je njegov učenik Džon Serl napisao delo “*Govorni činovi*”³² u kojem je, između ostalog, veoma argumentovano raspravljao o mogućnosti izvođenja “treba” iz “jeste”, ali se u to pitanje na ovom mestu ne možemo upuštati, budući da njegovo razmatranje prevaziilazi okvire našeg rada.

Na kraju, u vezi sa iskazima, odnosno govornim činovima u pravu, ovde valja pomenuti da se njihova struktura sastoji od dve komponente – od namere govornog subjekta da svojim iskazom nešto saopšti, naredi, zabrani, dozvoli itd., i od sadržaja informacije,³³ pri čemu je, posebno u pravu, bitno kakvo je dejstvo odnosno uticaj iskaza na ponašanje odgovarajućih adresata u datoj situaciji: ukoliko očekivani efekti izostanu, iskazi postaju obične rečenice.

(5) Tekst je, po mnogo čemu, osobena lingvistička kategorija koja nema karakter stalnosti, već se svaki put izgrađuje u procesu jezičke komunikacije i predstavlja finalni proizvod jezičke delatnosti, jezički uzorak u govornom i pisanom obliku, neodređene dužine, ali se uvek karakteriše koherentnošću i semantičkom kohezijom. Savremeno pozitivno zakonodavstvo svih razvijenih zemalja, predstavljeno je, po pravilu, nizom pisanih tekstova u obliku opštih pravnih akata; njihov uređeni splet, uslovno rečeno, čini tzv. hipertekst (npr. zbornik zakona) u čijem se središtu nalazi adresat.

Lingvistički stručnjaci smatraju da se samo pomoću teksta obezbeđuje sporazumevanje, tačnije komuniciranje između ljudi, budući da ostale jedinice međuljudskog opštenja (reči, fraze, rečenice) ne sadrže nameru govornika ili autora da nešto saopšti, zapovedi, preporuči, zabrani itd.

Francuski autori Rolan Bart, Mišel Fuko i Julija Kristeva definisali su koncept intertekstualnosti, tj. povezanost svakog teksta sa drugim tekstovima i izneli tezu da jedan tekst više duguje drugim tekstovima nego samom autoru, da bi na kraju proglasili tzv. “smrt autora”.³⁴ U književnosti ovakav radikalni stav može biti

³² Predavanja Džona L. Ostina, održana na Harvardu 1955. godine, u prevodu Milorada Radovanovića, a pod naslovom “*Kako delovati rečima*”, objavila Matica srpska 1994. godine u Novom Sadu, dok je knjigu pod nazivom *Govorni činovi (Speech – Acts)* Džona Serla izdao Nolit, Beograd, 1991. godine.

³³ Pavica Mrazović, Zora Vukadinović, op. cit., 598.

³⁴ Lionel Bently, “Copyright and the Death of Author in Literature and Law”, *The Modern Law Review Limited*, Tom 57, Blackwell Publishers, Oxford, 1994, 973–974. “Uopšte” – veli Gete “svet je sada tako drevan i već hiljadama godina živelo je i mislilo toliko znamenitih ljudi da se malo novoga još može naći i izreći”. (J.P. Ekerman, *Razgovori sa Geteom*, Beograd, Kultura, 1970, 236).

prihvatljiv, ako je jedan tekst satkan od elemenata koji dovode u pitanje njegovu originalnost, ali kad je reč o pravu, učestalo pozivanje na tzv. volju zakonodavca, kao tvorca pravnih normi, koje je uobičajeno prilikom interpretacije pravnih poruka, zapravo je pozivanje na jednu čistu fikciju, jer takva volja, čiji je stvarni nosilac praktično anoniman, zapravo ne postoji. Drugim rečima, u pozitivnom pravu tzv. "smrt autora" predstavlja realnu činjenicu.

ZAKLJUČAK

(1) Prema stanovištu Bečke pravne škole, pravo se može, između ostalog, definisati i kao stupnjeviti sistem stvaranja normativnih poruka u obliku opštih i pojedinačnih pravnih akata. Takva metodološka orijentacija zagovara kreativan, produktivan i dinamičan pristup u istraživanju suštine pravnog fenomena i njegovih posebnih manifestacija i zahteva permanentno kritičko ocenjivanje pozitivnog zakonodavstva i iniciranje odgovarajućih mera i aktivnosti radi uklanjanja uočenih nedostataka. Poreklo izloženog pristupa nalazimo još u rimskom pravu (rimskoj jurisprudenciji), i to u njegovoj autentičnoj varijanti koja se smatrala za *ratio scripta*, tj. za pisani razum, ali i za umetnost (veštinu) i istraživanje, odnosno za neprestano traganje za pravičnim rešenjima prilagođenim konkretnim okolnostima. Istaknuti francuski pravnik Mišel Vile, naime, tvrdi da je sadašnja verzija rimskog prava koja je dospela do nas, zapravo, krivotvoreni oblik rimske pravne misli izražen u formi sistema apstraktnih i fiksnih pravila čije sadržaje treba navodno tumačenjem samo tačno reprodukovati da bi se utvrdio njihov autentični smisao i dobio traženi rezultat. Međutim, nepobitna je činjenica da rimska jurisprudencija oduvek imala svoj koren u iskustvu, da je predstavljala pre svega opis postojeće stvarnosti, te da je, u krajnjoj liniji, počivala na poznavanju stvari (*notitia rerum*)³⁵. Uostalom, rimski pravници su eksplicitno naglašavali da ne treba pravo izvoditi iz pravila, već obrnuto, valja težiti izvođenju pravila iz prava, čiji je osnovni zadatak regulisanje društvenih odnosa kao predmeta pravnih normi. Dakle, gde je društvo, tu je i pravo (*ubi societas ibi ius*), jer, kako je još konstatovao Aristotel, ne postoji ljudska zajednica koja bi se mogla održati bez prava, što, po tumačenju Huga Grocijusa, znači da sve postaje nesigurno čim se odstupa od prava³⁶. Interesantno je ovde ukazati na upadljivu sličnost između pristupa koji Mi-

³⁵ Up. Mišel Vile, *Rimsko pravo*, Plato – XX vek, Beograd, 2001, 38, 39, 44, 45, 46, 48, 49, 118–119.

³⁶ Up. Hugonis Grotii, *De iure belli ac pacis, Prolegomena*, tač. 22 (poslednja rečenica), Jenae 1673, BSB (Bayerische Staatsbibliothek) – MDZ (Münchener Digitalisierungs Zentrum. Digitale Bibliothek).

šel Vile, sa razlogom, pripisuje klasičnoj rimskoj jurisprudenciji i onog koji danas primenjuje kritička analiza diskursa, s obzirom na činjenicu da oba ova pristupa svesno zanemaruju apstraktna i fiksna pravila, a insistiraju na presudnoj ulozi prakse i relevantnog iskustva. U skladu s tim, svakako je indikativno što kritička analiza pravnog diskursa polazi od stava da se u naučnim istraživanjima umesto usredsređivanja na pravila jezičkog izražavanja u pravu, valja fokusirati na efekte upotrebe pravnog jezika na svet koji nas okružuje, budući da je stvarnost, po saglasnom tvrđenju lingvista, ugrađena u diskurs i konstruisana kroz diskurs. Jednom rečju, shodno poruci koju nam upućuje francuski filozof Mišel Fuko, diskurs, u stvari, čine prakse koje sistematski oblikuju objekte o kojima govore, što, *mutatis mutandis*, u svemu važi i za pravni diskurs, posmatran u svojstvu komunikacijskog fenomena.

(2) U dosadašnjem radu, utemeljenom na primeni pravopolitičkog pristupa, a inspirisanom racionalnom koncepcijom jusnaturalizma, Kopaonička škola prirodnog prava je dala zapaženi doprinos na području unapređenja ljudskih prava, međunarodnog prava i vladavine prava, kao i u pogledu promocije pravednog prava, pa se, sa razlogom, postavlja pitanje zbog čega poruke koje ona svake godine upućuje najširoj pravničkoj javnosti, po opštoj oceni, uglavnom ostaju bez odjeka.

Imajući u vidu ovakvo stanje stvari, naša je teza da je neophodno uspostaviti kontinuiranu i tesnu saradnju između Kopaoničke škole i državnih organa nadležnih za pitanja *de lege ferenda*, kako bi se objedinili odgovarajući naučni i stručni potencijali i maksimalno angažovali na kreiranju i razvoju modernog pravnog poretka u Republici Srbiji. Na taj način bi se, po našem viđenju, optimalno ostvarivali željeni efekti pravne regulacije i ujedno predupredilo neracionalno korišćenje ljudskih i materijalno-finansijskih resursa u ovoj oblasti društvenog života.

Dr. ZORAN JELIĆ
Publicist, Belgrade

LEGAL POLICY AS LEADING LEGAL DISCIPLINE

Summary

In time perspective jurisprudence, according to generally accepted norms of legal theory, consists of three main disciplines of which one deals with the present or positive law; the other with the law of the past, and the third under the name of "legal policy" – with the law as it should be according to the principles of the rule of law idea, provided however, that in this country, it has not

yet been constituted as an autonomous sphere of scientific studies. Starting from the fact that today all the required assumptions are in place for institutionalization of legal policy as a leading scientific discipline, it is to be hoped that in the foreseeable future it will become full member of the system of legal sciences.

Key words: legal policy, natural law, criticism and upgrading of positive law, the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Literatura

- Ashby William R., *Introduction to Cybernetics, Inc.*, New York, 1963.
- Bahtin M., *Marksizam i filozofija jezika*, Nolit, Beograd, 1980.
- Bently L., "Copyright and the Death of Author in Literature and Law", *The Modern Law Review Limited*, Tom 57, Blackwell Publishers, Oxford, 1994.
- Bobio N., "Pravna znanost i analiza jezika", *Dometi*, br. 6, Rijeka, 1979.
- Bugarski R., *Jezik u društvu*, Prosveta, Beograd, 1986.
- Bugarski R., *Uvod u opštu lingvistiku*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd i Zavod za izdavanje udžbenika, Novi Sad, 1989.
- Bugarski R., *Ka jedinstvu lingvistike*, Beograd, 1997.
- Buržo B., *Klasična nemačka filozofija*, Plato, Beograd, 1999.
- Cassirer E., *Ogled o čovjeku*, Naprijed, Zagreb, 1978.
- Č. K. Ogden, A.A. Ričards, *Značenje značenja*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, Novi Sad, 2001.
- Fairclough N., *Discourse and Social Change*, Cambridge, Polity Press, 1992.
- Fairclough N., *Language and Power*, London, Longman, 2014.
- Foucault M., *L'Ordre du discours*, Éditions Gallimard, 1971.
- Hugonis G., *De iure belli ac pacis, Prolegomena*, Jenae, 1673, BSB und MDZ (Digitale Bibliothek).
- Hajdeger M., *Na putu ka jeziku*, Fedon, Beograd, 2007.
- Hegel G., Vilhem F., *Istorija filozofije III*, Kultura, Beograd, 1970.
- Jelić Z., *Aktuelna pitanja pravne politike u Saveznoj Republici Jugoslaviji*, Ekonomika, Beograd, 1995. Digitalnu verziju ove knjige priredio je Indiana University (USA) 30.11.2009. godine.
- Kant I., *Kritika čistoga uma*, Dereta, Beograd, 2003.
- Kelsen H., *The Communist Theory of Law*, Frederick A. Praeger Inc., New York, 1955.
- Kelsen H., *Allgemeine Theori der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979.
- Lukić R., *Teorija države i prava*, Savremena administracija, Beograd, 1976.
- Menger A., *Socijalni zadaci pravne nauke*, Dosije, Beograd, 2007.

- Merkel A., *Die Lehre von der Rechtskraft*, Franz Deuticke Leipzig und Wien, 1923.
- Merkel A., *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, Europa Verlag, Wien–Frankfurt–Zürich und Universitätsverlag Anton Pustet, Salzburg–München, 1968.
- Ofner J., *Das soziale Rechtsdenken*, F. A. Perthes, Stuttgart und Gotha, 1923.
- Perović S., *Analiza diskursa: Teorije i metode*, Institut za strane jezike Podgorica, 2014.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018.
- Petražicki L. J., *Teorija prava i morala*, JP Službeni list SRJ, Beograd, CID Podgorica, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, Novi Sad, 1999.
- Podgorac T. I., *Pravna politika L. Petražickog*, Svetozar Marković, Beograd, 1983.
- Pravna enciklopedija*, tom 1, 2, Savremena administracija, Beograd, 1985.
- Pusić E., *Društvena regulacija*, Globus, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1989.
- Stučka P., Razumovski V., *Sovjetske teorije prava* (izbor i predgovor Firdus Džinić), Globus Zagreb, 1984.
- Todorov T., *Théories du symbole*, 1977, Éditions du Seuil.
- Valter R., *Teorija prava Hansa Kelzena*, Dosije, Beograd, 1999.
- Vigotski L., *Mišljenje i govor*, Nolit, Beograd, 1977.
- Vukčević D., *Iza normi*, CID Podgorica, 2003.
- Vukčević P., *Ogledi iz kognitivne lingvistike*, Multidisciplinarni centar za podsticanje integracionih procesa i harmonizaciju prava, Beograd, 2006.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 02.09.2020.

Prihvaćen: 30.09.2020.

PREGLEDNI RAD

VLADAN PETROV
MAJA PRELIĆ SIMOVIĆ

VENECIJANSKA KOMISIJA I USTAVNA REFORMA PRAVOSUĐA U REPUBLICI SRBIJI

– UZ JUBILEJ 30 GODINA VENECIJANSKE KOMISIJE –

Ovaj rad je nastao iz potrebe da se povodom vrednog jubileja, tridesetogodišnjice postojanja i rada Venecijanske komisije ukaže na doprinos koji je ovo savetodavno telo Saveća Evrope dalo u procesu svojevrstne ustavne tranzicije Srbije od 2000. godine. U prvom delu rada, autori, koji su neposredno upoznati sa radom Venecijanske komisije, daju sažet opis položaja i uloge ovog tela u procesima demokratske reforme prava i politike u državama širom sveta, a naročito u Republici Srbiji. U drugom delu govori se o počecima saradnje Srbije sa Venecijanskom komisijom, a poseban naglasak je dat na prvo mišljenje Venecijanske komisije o nacrtu Ustava Srbije iz 2004. Treći deo rada posvećen je ulozi Venecijanske komisije u procesu ustavnih reformi na putu evropskih integracija Srbije. Iako je ovog puta Komisija uključena na vreme, dajući relevantne sugestije i preporuke, ostaje otvoreno pitanje da li je Srbija na putu da obezbedi adekvatan ustavni okvir za nezavisnost sudstva ili nije.

Ključne reči: Venecijanska komisija, mišljenje VK, pravosuđe, nezavisnost sudstva, reforma Ustava, evropske vrednosti i principi

Prof. dr Vladan Petrov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, sudija Ustavnog suda Srbije, zamenik člana Venecijanske komisije za Srbiju, e-mail: vpetrov@ius.bg.ac.rs.

Maja Prelić Simović, zamenik direktora Pravosudne akademije, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: maja_preljic@hotmail.com. Rad je izmenjena i dopunjena verzija teksta koji je na engleskom jeziku predat Venecijanskoj komisiji kao prilog jubileju trideset godina Venecijanske komisije.

U V O D
O VENECIJANSKOJ KOMISIJI

U Srbiji se o Venecijanskoj komisiji malo zna. O Evropskoj komisiji za demokratiju posredstvom prava, što je njen zvanični naziv, još manje. Naučnih i stručnih radova o ulozi ovog tela praktično i nema. Pojedini poslanici domaće ustavnopravne nauke pisali su uzgred i sporadično, uglavnom je ocenjujući kao kvazi-političko telo sastavljeno od (ne)dokazanih stručnjaka iz oblasti ustavnog prava i javnog prava uopšte.¹ Za one koji pripadaju tvrdom “jezgru” evroskeptika, ali i one koji zanemaruju ili potcenjuju objektivno relevantne procese u svetu savremene ustavnosti, poput konstitucionalizacije međunarodnog javnog prava i internacionalizacije ustavnog prava, Venecijanska komisija i njeno delovanje najbolji su pokazatelj nemoći savremenog nacionalnog ustavotvorca da se odupre “diktatu” globalističkog poretka. Tri decenije od nastanka Venecijanske komisije, promene u njenom sastavu, delokrugu rada i ulozi, zaslužuju da se o ovom telu prozbori i na način koji je nešto više naučno i stručno utemeljen. Ovaj rad predstavlja takav pokušaj, ali samo u jednom segmentu, onom u kojem je Komisija i bila najviše prisutna u Srbiji tokom prethodnih godina, a to je ustavna reforma pravosuđa.

Pre 30 godina, 10. maja 1990. godine, Komitet ministara Saveta Evrope je doneo Rezoluciju (90) 6 kojom je osnovana Evropska komisija za demokratiju posredstvom prava. Savetodavno telo Saveta Evrope, poznatije pod nazivom Venecijanska komisija, je stručno telo sastavljeno od istaknutih pravnika, koje se prvenstveno bavi ustavnom materijom i predstavlja *sui generis* međunarodni nezavisni forum za razmenu ideja iz ove oblasti. Italijanska regija Veneto obavezala se da Komisiji pruža finansijsku podršku i dala joj na korišćenje zgradu *Scoula Grande di San Giovanni Evangelista* u Veneciji u kojoj se četiri puta godišnje održavaju sednice Komisije. Tako je nastao njen kolokvijalni naziv.

Osnivanje Venecijanske komisije vezuje se za period turbulentnih promena u Evropi, urušavanje postojećih ideologija i uspostavljanje novih političkih sistema. Pad Berlinskog zida, a sa njim postepeni pad komunističkog režima u državama Istočne i Centralne Evrope doveo je do zaokreta na geopolitičkoj sceni 80-ih i 90-ih godina. Demokratska tranzicija koja je sledila predstavljala je zahtevan poduhvat za države i ekspertska pomoć međunarodnih pravnika na tom polju bila je dobrodošla. U tom momentu, teorijski koncept koji je prethodno zagovarao Antonio La Pergola, italijanski sudija, profesor prava i tadašnji ministar

¹ V. Vladan Kutlešić, “Da li je promena Ustava Srbije ‘izuzetno teška i vrlo složena’ – uporedna analiza 38 ustava“, *Ustav i iskušenja*, Nova srpska politička misao – posebno izdanje, broj 2, 2008, 7–24.

evropskih poslova, o formiranju posebne međunarodne grupe eksperata ustavnog prava, koji na početku nije naišao na odobravanje, pokazao se kao potreban i veoma koristan u datim okolnostima.² Komisija je trebalo da, pružajući stručne savete i tehničku pomoć prvenstveno prilikom izrade novih ustavnih akata, pomogne bivšim socijalističkim državama u izgradnji institucija parlamentarne demokratije i višepartijskog sistema. Prvobitna zamisao je bila da Komisija bude privremeni organ koji će prestati da postoji kada ispuni misiju zbog koje je ustanovljen. Danas, 30 godina kasnije, jasno je da misija koju je Komisija preuzela na sebe ne može biti oročena, već se radi o kontinuiranom delovanju u cilju promovisanja demokratskih vrednosti i stvaranja evropskog ustavnog nasleđa. To su vrlo brzo shvatile i države članice, te je Statut Komisije već nakon dve godine revidiran i Komisija je postala stalno telo Saveta Evrope.

Na početku, bilo je 18 država osnivača: Austrija, Belgija, Kipar, Danska, Finska, Francuska, Grčka, Irska, Italija, Luksemburg, Malta, Norveška, Portugalijska, San Marino, Španija, Švedska, Švajcarska i Turska. Kako je ugled Komisije rastao na osnovu postignutih rezultata, povećavao se i broj država članica. Sada Venecijanska komisija broji 62 države članice, od čega su 47 države ujedno i članice Saveta Evrope, a preostalih 15 čine prevashodno države van evropskog kontinenta.³ Osim punopravnog članstva, Komisija poznaje i države sa statusom posmatrača⁴, pridruženog člana (Belorusija), kao i entitete sa kojima je uspostavljen poseban vid saradnje⁵. Bliske veze Komisija ostvaruje i sa drugim međunarodnim organizacijama, među kojima se posebno izdvaja saradnja sa Evropskom unijom u okviru procesa evropskih integracija država kandidata, uključujući i Republiku Srbiju.⁶

Svaka država članica imenuje po dva pravna stručnjaka iz svojih redova, od kojih je jedan član, a drugi njegov zamenik. Nakon izbora, članovi deluju kao nezavisni eksperti. Formalno, veza sa državom koja ih je imenovala završava se momentom izbora. Mandat članova traje četiri godine. Ne postoje ograničenja u pogledu izbora članova, a jedini postavljeni kriterijum je da se radi o licu koje je steklo ugled radom u demokratskim institucijama odnosno doprinosom razvoju

² Rudolf Schnutz Dürr, "The Venice Commission", *International Encyclopedia of International Law: Intergovernmental Organizations*, 2010, 151–163.

³ To su: Alžir, Brazil, Kanada, Čile, Kostarika, Izrael, Kazahstan, Republika Koreja, Kosovo, Kirgistan, Maroko, Meksiko, Peru, Tunis i SAD.

⁴ Argentina, Japan, Sveta Stolica i Urugvaj.

⁵ Južnoafrička Republika i Palestinska nacionalna uprava.

⁶ Hanna Suchocka, "Opinion Of The Venice Commission On The Place Of The Constitutional Judiciary In A Democratic State", *Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny*, br. 1, 2016, 8.

pravnih ili političkih nauka.⁷ Najčešće su to univerzitetski profesori i sudije ustavnog suda, ali takođe mogu biti i predstavnici zakonodavne i izvršne vlasti, kao i drugi državni funkcioneri. Članstvo ovih drugih, naročito aktuelnih nosilaca zakonodavne i izvršne vlasti, premda se na njega katkad negativno gleda, ima svoju funkciju u osposobljavanju Komisije da teorijski postavljene postulate i standarde zasnuje na odgovarajućoj političkoj i društvenoj stvarnosti, čime se izbeglo da ona postane čisto akademsko telo bez pravog kontakta sa pluralizmom koji sobom nosi ustavni život evropskih i vanevropskih država.

Delovanje Venecijanske komisije zasniva se na tri osnovna principa, koja ujedno čine temelj i Saveta Evrope, a to su: demokratija, zaštita ljudskih prava i vladavina prava. Ovi principi dalje se razrađuju u aktivnostima Komisije na tri ključna polja: demokratske institucije i osnovna prava; ustavno sudstvo i redovno pravosuđe; izbori, referendum i političke stranke.

Aktivnosti Komisije se mogu podeliti u tri vrste. Njena primarna nadležnost jeste pomoć državama u izradi ustavnih i zakonskih akata putem mišljenja koja Komisija daje o konkretnim aktima, a u cilju njihovog usklađivanja sa evropskim standardima u određenoj oblasti. Pri tom, Komisija se uvek trudi da sagleda i uzme u obzir i specifičnosti pravnog sistema svake pojedinačne države o čijim aktima je reč. Komisija doprinosi razvoju demokratnog poretka i demokratskih vrednosti država članica, ali posredno i opštem razvoju demokratije u svetu. Mišljenja se daju najčešće na poziv organa pojedinačne države čiji se akt analizira, ali inicijativu za njegovo ispitivanje mogu uputiti i organi Saveta Evrope i druge međunarodne organizacije. Po svojoj prirodi, mišljenja Komisije nisu obavezujuća, ali, s obzirom na ugled koji Komisija ima u međunarodnom pravnom poretku, države se nelako odlučuju da se oglušaju o njene preporuke i stavove.

Druga aktivnost Komisije je izrada studija o pojedinim pitanjima iz svog delokruga rada za koje oceni da su od naročitog značaja. Često su to pitanja koja su se u praksi pokazala kao sporna, te zavređuju posebnu analizu i uporedno-pravni pregled. U okviru ove aktivnosti Komisija priprema i zbirke svojih mišljenja i izveštaja kroz koje izdvaja najbolju praksu i evropske standarde u pojedinim oblastima. Prateći aktuelnu situaciju u svetu prouzrokovanu globalnom pandemijom virusa Covid-19, Komisija je, na primer, u aprilu 2020. godine izdala Zbirku mišljenja i izveštaja o vanrednom stanju. Na taj način, Komisija je pružila smernice državama u traženju odgovora na krizu u kojoj se našao ceo svet.

Treći vid aktivnosti jeste izrada *amicus curie* mišljenja na zahtev Evropskog suda za ljudska prava ili ustavnog suda država članica kada je mišljenje Komisije o određenom pravnom pitanju potrebno u cilju rešavanja slučaja koji je već pred

⁷ Član 2. Statuta Venecijanske komisije.

tim sudom. Pored ovih osnovnih, Komisija se bavi i obrazovnim aktivnostima. Organizovanjem velikog broja seminara i konferencija, radi se na promociji demokratskih principa i standarda, a ujedno i na daljem povezivanju pravnih stručnjaka koji će potom imati mogućnost da te standarde inkorporišu u pravne sisteme svojih država.

Saradnja Republike Srbije i Venecijanske komisije započela je 2001. godine kada je tadašnja Savezna Republika Jugoslavija postala pridruženi član Komisije. Može se primetiti da od tada Komisija kroz svoja mišljenja prati svaku bitniju promenu i reformu, bilo političke bilo isključivo pravne prirode, koja se desila odnosno koja se dešava u Republici Srbiji. Poslednji primer saradnje odnosi se na proces ustavne promene u oblasti pravosuđa koji je neformalno započet 2017. godine i koji je još uvek u toku. Tim povodom, Venecijanska komisija je na svojoj 122. plenarnoj sedici održanoj juna 2018. godine usvojila Mišljenje o Nacrtu amandmana na ustavne odredbe o pravosuđu u kome je pozdravila napore Republike Srbije da se razvije kao moderna demokratija i dala preporuke kako da se tekst unapredi.⁸ Istom prilikom, ponudila je i svoju ekspertizu prilikom izrade zakona za sprovođenje ustavnih izmena.

“OŽIVLJAVANJE” DRŽAVNE NEZAVISNOSTI SRBIJE I POČETAK SARADNJE SA VENECIJANSKOM KOMISIJOM (2000–2006)

Prvi dokument koji je Venecijanska komisija (u daljem tekstu skraćeno: VK) usvojila u vezi sa Republikom Srbijom bio je Privremeni izveštaj o ustavnoj situaciji u Saveznoj Republici Jugoslaviji iz oktobra 2001. godine.⁹ Inicijativa za ovo mišljenje potekla je od Odbora za pravna pitanja i ljudska prava Parlamentarne skupštine Saveta Evrope i odnosila se na moguće pristupanje SRJ Savetu Evrope. Ovaj dokument je imao samo privremeni karakter, jer je Komisija zaključila da je u trenutku kada je najavljena izrada i usvajanje novih ustava kako na saveznom, tako i na republičkom nivou, besmisleno raditi redovnu dublju analizu postojećeg Ustava koji će uskoro biti zamenjen. Stoga je Komisija pružila samo privremenu procenu situacije fokusirajući se na glavne perspektive za blisku budućnost. U tom trenutku suštinsko ustavno pitanje na saveznom nivou bilo pitanje opstanka Federacije s obzirom na složene odnose dve republike, kao i unutar

⁸ Mišljenje Venecijanske komisije br. 921/2018 o Nacrtu amandmana na ustavne odredbe o pravosuđu dostupno na https://mpravde.gov.rs/files/Misljenje%20Venecijanske%20komisije%20_prevod%20srpski.pdf.

⁹ CDL-INF (2001) Interim Report on the Constitutional situation of the Federal Republic of Yugoslavia.

samih republika, posebno imajući u vidu postojanje različitih političkih struja u Crnoj Gori. Izveštaj VK sadržao je pravnu analizu mogućeg referenduma o statusu Crne Gore.

Rasprava o neophodnosti usvajanja novog Ustava u Republici Srbiji započeta je ubrzo posle odlaska s vlasti predsednika Miloševića. Proces stabilizacije i pridruživanja Srbije Evropskoj uniji učinio je neophodnim usklađivanje najvišeg pravnog dokumenta sa evropskim pravnim standardima. Vlada je 2004. godine prihvatila nacrt novog Ustava. Ministar pravde zatražio je mišljenje Venecijanske komisije o poglavlju o pravosuđu u nacrtu Ustava Srbije. Venecijanska komisija razmatrala je i usvojila mišljenje na svom 64. plenarnom zasjedanju u Veneciji 21. oktobra 2005. godine.¹⁰

VK je načelno pozdravila koncept vladavine prava uspostavljen ovim nacrtom dokumenta, ali je takođe ukazala na neke tačke koje su zahtevale veću jasnoću, modifikaciju i preispitivanje. Zabrinutost je izražena u vezi sa prvobitnim izborom sudija na period od pet godina. Iako ova praksa postoji u mnogim zemljama kontinentalne Evrope gde su relativno mladi i neiskusni pravnici izabrani za sudije, primećeno je da ovo pitanje može predstavljati pretnju za nezavisnost sudija koji bi mogli biti pod pritiskom dok odlučuju o predmetima u probnom mandatu. Analizirajući *pro* i *contra* argumente za uvođenje instituta probnog mandata, VK zaključuje da je u slučaju njegovog propisivanja od izuzetne važnosti i uvođenje odgovarajućih zaštitnih mera. Imajući u vidu važnost principa stalnosti sudijske funkcije, VK je predložila da se potpuno jasno predvidi da će nakon probnog perioda sudija biti izabran za stalno.

VK je kritikovala rešenje iz nacrta Ustava prema kome bi sudije trebalo da imaju isti imunitet kao i poslanici smatrajući da to bilo neopravdano. Trebalo bi da postoji samo ograničeni funkcionalni imunitet za sudije od hapšenja, pritvora i drugih krivičnih postupaka koji ometaju rad suda.

Nacrtom Ustava bilo je predviđeno Zajedničko veće za sudije i tužioce koje će se sastojati od četiri sudije, četiri javna tužioca, jednog advokata i dva profesora prava. Bilo je propisano da sudije i javne tužioce u Visoki savet pravosuđa biraju kolege, dok profesore pravnih fakulteta u Savet imenuje predsednik Republike, odabравši jednog od četiri kandidata koje su zajedno predložili dekani pravnih fakulteta u Republici Srbiji. Advokata imenuje Advokatska komora Srbije. VK je pozdravila ovo rešenje, ali uz preporuku da je poželjno obezbediti širi sastav koji uključuje i laički element (*including also a lay element*, tu se misli na laički element poput istaknutih pravnika iz sadašnjeg nacrta).

¹⁰ CDL-AD (2005)023 Opinion on the provisions on the Judiciary in the Draft Constitution of the Republic of Serbia.

Konačno, kao najproblematičnija stavka istaknuto je učešće Narodne skupštine u procesu izbora i razrešenja sudija. Prema nacrtu Ustava, sudije i predsednike suda bira Narodna skupština na predlog Visokog saveta pravosuđa, dok predsednika Vrhovnog suda Srbije bira Narodna Skupština na predlog predsednika Republike po pribavljenom mišljenju opšte sednice Vrhovnog suda Srbije. Ukazano je da je takvo rešenje u suprotnosti sa Preporukom (94) 12 prema kojoj glavnu ulogu u izboru sudija treba dati nezavisnom telu kao što je Visoki savet pravosuđa kako bi se izbegla politizacija. U Mišljenju se navodi da učešće Narodne skupštine u odlukama o razrešenju sudija i trajnom izboru sudija nakon probnog mandata nije u skladu sa evropskim standardima koji štite nezavisnost sudija. Kao bolje rešenje sugerisano je ono prema kome bi predsednik Republike dobio važniju ulogu od parlamenta u procesu izbora. Prema tom predlogu, kandidate za sudije i predsednike suda (sa mogućim izuzetkom predsednika Vrhovnog suda) predlagao bi Visoki savet pravosuđa, a predsedniku ne bi bilo dozvoljeno da imenuje kandidata koji nije na listi Saveta. Što se tiče procesa prestanka sudijske funkcije, izložene su iste kritike u vezi sa učešćem parlamenta uz preporuku se da se ovaj organ u potpunosti izuzme iz tog procesa u budućem tekstu Ustava.

NA PUTU DO ADEKVATNOG USTAVNOG OKVIRA ZA NEZAVISNOST SUDSTVA?

Zbog složene političke situacije u periodu 2004. do 2006. godine, proces usvajanja novog ustava ponovo je odložen na neko vreme. Kohabitacija Vojislava Koštunice (Demokratska stranka Srbije) kao predsednika Vlade i Borisa Tadića (Demokratska stranka) kao predsednika Republike nije povoljno uticala na ustavotvorni proces. Nacrt Ustava koji je ispitala VK je tekst koji su izradili eksperti imenovani od strane DSS-a. Tada je 2005. godine Boris Tadić kao predsednik Republike okupio grupu stručnjaka koji su izradili novi radni nacrt Ustava. Neko vreme je bilo teško naći konsenzus između tih dokumenata zbog različitih stavova o ključnim pitanjima u vezi sa uređenjem države, položajem autonomnih pokrajina i postupkom promene Ustava. Aktivnosti na usklađivanju teksta nacrta Ustava intenzivirane su u proleće 2006. godine posle proglašenja nezavisnosti Crne Gore. Rezultat je bio novi nacrt Ustava koji je uglavnom uspeo da uskladi predloge Vlade Srbije i Predsednika Srbije. Novi tekst usvojila je Narodna skupština 30. septembra 2006. godine. Referendum o potvrđivanju novog Ustava Republike Srbije održan je 28. i 29. oktobra. Pošto su ga građani odobrili na referendumu, novi Ustav Republike Srbije proglašen je 8. novembra 2006. godine u Narodnoj skupštini.

VK je usvojila Mišljenje o Ustavu Srbije na svom 70. plenarnom zasjedanju u Veneciji od 17. i 18. marta 2007. godine.¹¹ U Mišljenju se kritikuje brzopletost kojom je sačinjen i usvojen tekst Ustava. Primećeno je da se na dokument može gledati kao na rezultat političkih pregovora svih relevantnih partijskih lidera, dok se u zaključku Mišljenja ističe nepostojanje javne rasprave, što dovodi u pitanje i legitimitet Ustava. Ipak, zaključeno je da novi Ustav “odražava demokratske ideale nove Srbije”. Opcija funkcionalnog parlamentarnog sistema vlasti, sveobuhvatan katalog osnovnih prava, brojni demokratski principi detaljno izloženi i odredbe koje se tiču sastava i nadležnosti Ustavnog suda istaknute su kao pozitivne tačke. Primećeno je i da novi Ustav u mnogim aspektima ispunjava evropske standarde i da generalno primenjuje preporuke Venecijanske komisije iz Mišljenja iz 2005. godine u vezi sa prethodnim nacrtom Ustava u delu pravosuđa.

Međutim, načelna kritika VK bila je da još uvek postoje neke nejasne i kontradiktorne odredbe, kao i odredbe koje su nespojive s evropskim standardima. Presudna zabrinutost VK izražena je upravo u vezi sa delom o pravosuđu. Suštinska kritika koja se odnosi na potencijalnu politizaciju pravosuđa zbog značajnih nadležnosti parlamenta u ovoj oblasti ostala je i u novom Mišljenju. Ustavni zakon za sprovođenje Ustava koji je predviđao da će sve sudije u Republici Srbiji biti ponovo izabrane nakon stupanja na snagu novog Ustava još je ojačao utisak o prekomernom uticaja parlamenta na pravosuđe. Uprkos načelnim rezervama u vezi sa probnim mandatom za sudije, VK je uočila i jedna pozitivnu promenu. Probni mandat za sudije izabrane prvi put na sudijsku funkciju smanjen je sa pet na tri godine nakon čega Visoki savet sudstva donosi odluku o njihovom izboru na stalnu funkciju, a ne više Narodna skupština kao što je to bilo u nacrtu Ustava iz 2004. godine. VK je pozdravila što će u Ustavu sudije uživati samo funkcionalni imunitet, dok je u pogledu nespojivosti zabrana političkog delovanja ocenjena kao korisna. Prihvatajući preporuku VK da parlament treba da bude izuzet iz odluke o prestanku sudijske funkcije i da treba ustanoviti “poseban sudski organ” koji je nadležan za postupanje po žalbi na prvostepenu disciplinsku odluku, pozdravljeno je što je Ustav iz 2006. propisao da će odluke o prestanku sudijske funkcije donositi Visoki savet sudstva uz mogućnost žalbe Ustavnom sudu. Suprotno tome, nije prihvaćena preporuka da se u Ustav uvrste osnovi za razrešenje sudija i jasne odredbe u pogledu disciplinske odgovornosti sudija. Prema Ustavu, VSS sastoji se od jedanaest članova, od kojih su predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar pravde i predsednik ovlašćenog odbora Narodne skupštine članovi po položaju, a ostalih osam su izborni članovi - šest sudija sa stalnom funkcijom i dva ugledna i istaknuta pravnika sa najmanje 15 godina profesionalnog iskustva,

¹¹ CDL-AD (2007)004 Opinion on the Constitution of Serbia.

od kojih je jedan advokat, a drugi profesor na pravnom fakultetu. Pošto sve izborne članove, uključujući i sudije, bira Narodna skupština, sastav VSS-a ocenjen je kao nezadovoljavajući. VK je posebno izrazila nezadovoljstvo zbog činjenice da Narodna skupština učestvuje u dvostrukoj ulozi u procesu izbora sudija, kao telo koje bira članove VSS-a i kao telo koje bira sudije na probni mandat.

Prepoznajući pretnju koja se krije iza sveobuhvatnog i brzog reizbora svih sudija i tužilaca, Venecijanska komisija je dala relativno temeljnu analizu Ustavnog zakona. VK je ocenila je da bi takav postupak bio prihvatljiv samo ako se sprovodi uz sledeće garancije: 1) postupak mora biti zasnovan na jasnim i transparentnim kriterijumima i samo postupanje u prošlosti koje je nespojivo sa ulogom nezavisnog sudije može biti osnov da se sudija ponovo ne izabere; 2) postupak mora biti pravičan, sproveden od nezavisnog i nepristrasnog tela, kojim se obezbeđuje pravična rasprava u kojoj učestvuju sve zainteresovane strane; 3) mora postojati mogućnost žalbe nezavisnom sudu.

Postupak opšteg reizbora izvršen je 2009. godine da se, pri tom, o preporukama VK nije vodilo računa. Bez obzira na pozitivne modifikacije nekih rešenja u novom Ustavu u poređenju sa razmatranim nacrtom Ustava iz 2004. godine, ključna preporuka VK u vezi sa ulogom Narodne skupštine u procesu izbora sudija nije uzeta u obzir. Sva zapažanja i kritike koje je VK iznela u svom Mišljenju opstaju tokom svih ovih godina, a našla su se u gotovo svakom godišnjem izveštaju o napretku, kao i u tekstovima domaće akademske i stručne javnosti.

Najzad, uzimajući u obzir ambicije Srbije za punopravno članstvo u EU, VK je preporučila da se u Ustav unese i odredba kojom se izričito ovlašćuje prenos određenih ovlašćenja organa Republike Srbije na međunarodne organizacije. Reč je o tzv. "integrativnoj klauzuli".¹² Imajući to u vidu, VK je u Mišljenju ukazala i na preteranu složenost postupka za promenu Ustava propisanog Ustavom iz 2006. godine. Na primer, Ustav Bugarske iz 1991. godine izmenjen je četiri puta u cilju evropskih integracija, a i druge, posebno nove države članice su imale slično iskustvo.¹³

Evropska unija i Republika Srbija potpisale su Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju 29. aprila 2008. godine koji je stupio na snagu 1. septembra 2013. godine. Republika Srbija podnela je zahtev za članstvo u EU 22. decembra 2009. godine. Evropski savet je doneo odluku da Srbiji dodeli status kandidata za članstvo

¹² Abdula Azizi, "The Transfer of State Sovereignty: Analysis of Constitutional Change in Macedonia during the EU Accession Process", *The 9th edition of the International Conference "European Integration – Realities and Perspectives"*, 2014, 38–44.

¹³ Evgeni Tanchev and Martin Belov, "The Bulgarian Constitutional Order, Supranational Constitutionalism and European Governance", *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, 2019, 1097–1138.

1. marta 2012. godine, dok su pregovori o pristupanju EU formalno započeli 21. januara 2014. godine u Briselu održavanjem Prve međuvladine konferencije.

U međuvremenu se promenila politika proširenja EU. U dokumentu EK pod nazivom Strategija proširenja i glavni izazovi 2011-2012. godine predloženo je uvođenje novog pristupa u pregovore na osnovu lekcija naučenih iz pristupnih pregovora sa Hrvatskom. Strategija predviđa da se na pregovaračkim poglavljima o pravosuđu i osnovnim pravima, kao i o pravdi, slobodi i sigurnosti, radi u ranoj fazi kako bi se državi kandidatu omogućilo dovoljno vremena da izgradi neophodne rezultate reformi.¹⁴ Takođe, ideja je bila da ova poglavlja budu otvorena na osnovu prethodno usvojenih detaljnih akcionih planova koji omogućavaju redovno izveštavanje i prezentaciju postignutih rezultata.

Jedna od posledica novog pristupa bila je da se sadašnje i potencijalne zemlje kandidati moraju suočiti sa procesom ustavne revizije mnogo ranije nego što je to bio slučaj, na primer, sa Hrvatskom koja je promenila svoj najviši akt neposredno pre pridruživanja EU uvodeći sve potrebne klauzule, ali i odredbe koje regulišu nezavisnost sudstva.¹⁵ U skladu sa novim pristupom, EK redovno traži od zemalja da revidiraju i unaprede deo ustava koji se odnosi na strukturu i funkcionisanje sudske vlasti ubrzo nakon otvaranja Poglavlja 23, kako bi imale dovoljno vremena da prate uspeh sprovođenja reforme pravosuđa tokom pregovora.

Jedan od najvažnijih reformskih koraka koji proizilaze iz preporuka EK je izmena Ustava Srbije u cilju jačanja nezavisnosti sudstva. Upravo zbog njegove važnosti, prve aktivnosti u Akcionom planu za poglavlje 23, koji je usvojen u aprilu 2016. godine, posvećene su procesu ustavne promene. Prepoznajući ulogu VK, AP 23 predviđa da se ustavne promene moraju izvršiti u skladu sa evropskim standardima koje proklamuje Komisija.

Polazna tačka u radu na ustavnoj reviziji bila je Analiza ustavnog okvira o pravosuđu u Republici Srbiji koju je uradila Radna grupa koju su činili i profesori ustavnog prava 2014. godine.¹⁶ U narednom periodu nije bilo političke volje da se nastave aktivnosti u vezi sa ovim pitanjem. One su nastavljene u maju 2017. godine kada je Ministarstvo pravde pokrenulo javne konsultacije koje su uklju-

¹⁴ Maja Prelić "Vladavina prava u pregovorima o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji", *Evropsko zakonodavstvo*, Institut za međunarodnu politiku i pravo, 2019, 5–19.

¹⁵ Aleksandar Andrija Pejovic, *Amendments to the Constitution in the area of judiciary in the candidate countries for the membership in the EU – the examples of Montenegro, Albania and Serbia*, The Conference Proceedings of the Seventh International Conference of the European Studies Department, Sofia University "St. Kliment Ohridski", June 2020.

¹⁶ Vladan Petrov, Darko Simović, Irena Pejić, Slobodan Orlović, *Analiza ustavnog okvira za pravosuđe u Republici Srbiji*, 2014, <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/22785/radna-grupa-za-izradu-analize-izmene-ustavnog-okvira.php>.

čivale sve relevantne državne organe uključujući pravosudne organe, strukovna udruženja, OCD i širu javnost. Konsultacije su organizovane kao višestepeni dijalog i trajale su skoro godinu dana. Započete su objavljivanjem javnog poziva za organizacije civilnog društva da podnesu predloge za izmenu Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe. O predlozima, kao i o prvoj verziji Radnog teksta nacрта ustavnih amandmana iz januara 2018. godine, razgovaralo se na okruglim stolovima organizovanim širom zemlje. Ti razgovori bili su teški zbog konflikta između nosilaca izvršne vlasti i jednog dela nevladinog sektora i predstavnika struke. U skladu sa zaključcima javnih konsultacija, u aprilu 2018. godine radni tekst je revidiran, objavljen i poslat VK. Na plenarnoj sednici održanoj 22. juna 2018. godine, VK je usvojila Mišljenje o Nacrtu amandmana na ustavne odredbe o pravosuđu.¹⁷

U Mišljenju, VK je pre svega pozdravila napore Srbije da se razvije u modernu demokratiju zasnovanu na evropskim standardima i najboljoj međunarodnoj praksi i ponovila važnost postojanja nezavisnog, pravičnog i nepristrasnog pravosuđa sa integritetom. U kontekstu potencijalno zbunjujućeg prevoda ustavne odredbe koja definiše odnos tri grane vlasti, VK je naglasila da je neophodno osigurati pravilnu podelu vlasti na pravosuđe, izvršnu i zakonodavnu vlast sa svim garancijama za nezavisno sudstvo, s jedne strane, ali je ukazala i na potrebu za poštovanjem i interakcijom između državnih vlasti, s druge strane. U opštim komentarima, navodi se da je cilj nacрта ustavnih amandmana bio da reši problem prekomerne uloge Narodne skupštine pri izboru sudija, kako je utvrđeno u nekoliko prethodno mišljenja VK.

VK je pružila brojne praktične predloge i smernice o tome kako poboljšati kvalitet predloženih rešenja. Ona je sugerisala da bi pojedina pitanja, poput statusa sudskih pomoćnika, bilo bolje urediti zakonskim ili podzakonskim aktima, a ne ustavom. VK je istakla složen odnos između Ustavnog suda i sudova, posebno Vrhovnog kasacionog suda, koji dobrim delom proizilazi iz nedovoljno jasnih ustavnih odredbi u vezi sa preispitivanjem sudskih odluka u postupku po ustavnoj žalbi. Ona je preporučila da se tekst izmeni kako bi se razjasnilo da li je Ustavni sud pravno ovlašćen za preispitivanje odluka sudova. Po oceni VK, ovo ovlašćenje Ustavnog suda ne može naštetiti nezavisnosti sudstva, već, naprotiv, doprineti njegovom njenom snaženju.

VK je komentarisala i odredbu kojom je bilo propisano da se način kojim se obezbeđuje jedinstvena primena zakona od strane sudova uređuje zakonom. Predstavljajući evropske standarde i sudsku praksu ESLJP-a na polju jedinstve-

¹⁷ CDL-AD(2018)011 Opinion on the draft Amendments to the Constitutional provisions on the Judiciary.

ne primene zakona i ujednačavanja sudske prakse, VK je ukazala na pretnje koje mogu nastati ukoliko se ovo pitanje ne reguliše na odgovarajući način i preporučila je kako bi se moglo na njega odgovoriti. VK je pozdravila nameru da Pravosudna akademija dobije mesto jedinog "čuvara ulaza" u pravosuđe u cilju jačanja i očuvanja visokog nivoa stručnosti, ali je istovremeno savetovala da se Pravosudnoj akademiji pruži čvrst status u Ustavu sa ciljem zaštite Akademije od mogućeg nedozvoljenog uticaja.

Jedna od najvažnijih novina u nacrtu amandmana je ukidanje trogodišnjeg mandata za sudije i zamenike javnog tužioca. Ukidanjem probnog mandata za sudije i zamenike javnog tužioca koji su prvi put izabrani na pravosudnu funkciju, ustavni princip stalnosti sudijske funkcije bio bi uspostavljen bez izuzetka, čime bi se izašlo u susret preporukama VK iz prethodnih mišljenja. Posle Mišljenja o Ustavu Srbije iz 2007. godine, u kome je VK navela da bi trebalo da se u Ustav uključe razlozi za razrešenje sudija umesto da se to prepusti zakonu, nacrt ustavnih amandmana precizirao je razloge za razrešenje sudija i tužilaca.¹⁸ VK je, ipak, ocenila da su ove odredbe nezadovoljavajuće i nejasne, posebno izdvajajući razlog za razrešenje na osnovu "nestručnosti", te je preporučila njihovo unapređenje.¹⁹

Najveću pažnju VK je posvetila regulisanju Visokog saveta sudstva i Visokog saveta tužilaca, jer su prema nacrtu ustavnih amandmana izbor, kao i postupak razrešenja sudija, predsednika sudova i zamenika javnog tužilaca u potpunosti u nadležnosti ovih nezavisnih organa, bez učešća Narodne skupštine. Predviđeno da je da VSS ima deset članova: pet sudija koje biraju kolege i pet istaknutih pravnika koje Narodna skupština bira 3/5 većinom, isključujući sve članove po položaju. Predložena su dva mehanizma protiv blokade.

Naime, u slučaju da svih pet članova - istaknutih pravnika ne budu izabrani većinom od tri petine glasova svih narodnih poslanika, preostali članovi bi bili izabrani u narednih deset dana većinom od 5/9 narodnih poslanika, a ako tražena većina ne bude postignuta, preostale članove bi, između predloženih kandidata, birala Komisija koju bi činili predsednik Narodne skupštine, predsednik Ustavnog suda, predsednik Vrhovnog suda Srbije, Vrhovni javni tužilac Srbije i Ombudsman većinom glasova. VK je zaključila da predloženi način izbora nije pogodan za osiguravanje pluralizma u VSS-u, jer drugi krug predviđa većinu od 5/9 glasova koja je nizak prag i često na raspolaganju vladajućim partijama što bi omogućilo da one same izaberu svih pet članova. Pored toga, VK je ponudila četi-

¹⁸ Amandmani predviđaju četiri razloga za razrešenje sudije: 1) ako bude osuđen za krivično delo na kaznu zatvora od najmanje šest meseci; 2) za kažnjivo delo koje ga čini nedostojnim sudijske funkcije; 3) ako nestručno vrši sudijsku funkciju i 4) ako učini težak disciplinski prekršaj.

¹⁹ Isto važi za javne tužioce.

ri opcije koje bi po njenom mišljenju bile odgovarajuće za ovo pitanje. Prva opcija bi bila obezbeđivanje proporcionalnog izbornog sistema koji bi obezbedio pravo manjine u Skupštini da bira članove. Druga opcija bi bila da se spoljnom telu, poput advokatske komore ili pravnog fakulteta, dodeli zadatak da bira članove. Sledeća opcija bi bila povećanje broja sudijskih članova koje će imenovati kolege, dok bi četvrta bila povećanje potrebne većine u parlamentu, a ako se ona ne postigne, onda bi petočlana komisija izabrala članove među kandidatima koji su se prvobitno prijavili za izbor kod Narodne skupštine. Pronalaženje pravog mehanizma deblokade pokazalo se, prema iskustvu VK, kao jedan od najtežih zadataka.

Kao način da se obezbedi kontinuitet funkcionisanja VSS-a, nacrt amandmana predložio je uvođenje odredbe prema kojoj u slučaju da VSS ne donese odluku o stvarima iz svoje nadležnosti u roku od 30 dana svim članovima ovog tela prestaje mandat. VK je izrazila sumnju u vezi sa ovim rešenjem s obzirom na to da bi moglo dovesti ili do ubrzanog donošenja odluka ili do čestog raspuštanja VSS-a, pa je preporučila ili njegovo brisanje ili preciziranje uslova za raspuštanje. Što se tiče predsednika VSS-a, VK je predložila preispitivanje odredbe prema kojoj se on bira iz reda nesudskih članova, imajući u vidu paran broj članova u predloženom sastavu ovog tela.

Kad je reč o Visokom savetu tužilaca, VK je zaključila da predloženi sastav prema kome su od jedanaest članova četiri člana zamenici javnog tužioca koje su izabrali javni tužioci i zamenici javnih tužilaca, pet članova istaknuti pravници koje je izabrala Narodna skupština, kao i Vrhovni javni tužilac i ministar pravde, nije u potpunosti zadovoljavajući i mora se naći bolje rešenje da bi se obezbedio pluralizam u savetu. Što se tiče javnog tužilaštva, VK je ponovila da su evropski standardi u ovoj oblasti još uvek *in statu nascendi* i da se propisi o tužilaštvu razlikuju mnogo više od države do države nego propisi o sudovima.

Analizirana je razlika između nezavisnosti sudija i nezavisnosti tužilaca imajući u vidu sistem hijerarhijske subordinacije, svojstven javnom tužilaštvu. Prema nacrtu amandmana, i Vrhovni javni tužilac i javni tužioci, tj. šefovi tužilaštava, odgovorni su Narodnoj skupštini, koja ih bira i razrešava. VK je primetila da je ovakvo rešenje prihvatljivo samo za Vrhovnog javnog tužioca, koji je odgovoran za celokupnu politiku sprovođenja zakona i da drugi tužioci ne bi trebalo da imaju vezu sa Narodnom skupštinom. Što se tiče izbora Vrhovnog javnog tužioca, VK je preporučila da njega treba da bira kvalifikovana većina sa predviđenim mehanizmom protiv blokade, a poželjno je da ima duži, ali neobnovljivi mandat.

Nacrt amandmana revidiran je prema mišljenju VK. Poslednje izmene teksta izvršene su nakon nove runde javnih konsultacija sa strukovnim udruženjima i organizacijama civilnog društva. Strukovna udruženja (npr. Društvo sudija) i organizacije civilnog društva koje su otpočeta imale ozbiljne primedbe na

tekst nacрта ustavnih amandmana, ostale su pri svom stavu. Finalni dokument je objavljen 15. oktobra 2018. godine i poslat VK na ocenu.²⁰

VK je 22. oktobra 2018. godine objavila Memorandum sekretarijata o kompatibilnosti Nacrta amandmana na ustavne odredbe o pravosuđu u tekstu u kome ih je dostavilo Ministarstvo pravde Republike Srbije 12. oktobra 2018.godine (CDL-REF(2018)053) sa Mišljenjem Venecijanske komisije o Nacrtu amandmana na ustavne odredbe o pravosuđu (CDL-AD(2018)011).²¹ U Memorandumu je zaključeno da su izmene u finalnom nacrtu amandmana sledile preporuke koje je VK formulisala u svom mišljenju. Memorandum sadrži detaljnu analizu implementacije preporuka VK. Što se tiče preporuke u vezi sa sastavom VSS-a, VK je utvrdila da su srpske vlasti izabrale četvrtu opciju predloženu u Mišljenju.

Naime, tražena parlamentarna većina za izbor članova VSS iz kategorije istaknutih pravnika povećana je sa 3/5 na 2/3 u prvom krugu, dok je drugi krug izbrisan. Komisija koju čine predsednik Narodne skupštine, predsednik Ustavnog suda, predsednik Vrhovnog suda Srbije, Vrhovni javni tužilac Srbije i ombudsman predviđena je kao mehanizam protiv zastoja. Prihvaćena je i preporuka u vezi sa sastavom VTS-a. Kada je reč o raspuštanju VSS-a, ocenjeno je da je tekst u skladu sa preporukom za pooštavanje uslova za njegovo raspuštanje, jer navodi listu pitanja o kojima treba doneti odluke i povećava vremenski period za raspuštanje VSS-a ako odluka o pitanju koje spada na tu listu nije doneta. Pošto je tekst o disciplinskoj odgovornosti i razrešenju sudija i javnih tužilaca preciziran, ispunjena je i ova preporuka. Što se tiče odredbi koje regulišu metod za obezbeđivanje jedinstvene primene zakona, novi tekst u kome se kaže: "Sudija je nezavisan i sudi na osnovu Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora, zakona i drugih opštih akata, vodeći računa o sudskoj praksi" u skladu je sa preporukom VK. Prema konačnom nacrtu amandmana, javni tužioci više nisu odgovorni Narodnoj skupštini i njih bira VST. Poseban član reguliše Pravosudnu akademiju i njen status u skladu sa preporukom VK.

Zvanična procedura ustavne revizije započeta je krajem 2018. godine kada je Vlada Republike Srbije utvrdila Predlog za izmenu Ustava Republike Srbije i podnela ga Narodnoj skupštini 30. novembra 2018. godine. Ovaj predlog prema relevantnim propisima sadrži samo razloge koji objašnjavaju zašto je revizija Us-

²⁰ Draft Amendments to the Constitution of the Republic of Serbia, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2018\)053-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2018)053-e).

²¹ CDL-AD(2018)023 Secretariat Memorandum on the compatibility of the draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary as submitted by the Ministry of Justice of Serbia on 12 October 2018 (CDL-REF(2018)053) with the Venice Commission's Opinion on the draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary (CDL-AD(2018)011).

tava u delu o pravosuđu potrebna, a ne i tekst ustavnih amandmana. Na sednici, održanoj 14. juna 2019. godine, Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo Narodne skupštine razmatrao je Predlog i utvrdio da je podnet od strane ovlašćenog predlagača u propisanom obliku, o čemu je Odbor obavestio Narodnu skupštinu.

ZAKLJUČAK

VK “danas nije više institucionalna struktura posvećena uvođenju zemalja Centralne i Istočne Evrope u liberalno-demokratske redove”, već je “skladište liberalno-demokratskih ustavnih principa i vrednosti”.²² Tokom trideset godina postojanja, Komisija se približila statusu čuvara evropskog ustavnog nasleđa, koje se zasniva na tri osnovna principa – demokratiji, ljudskim pravima i vladavini prava. Ona je postala jedan od najuticajnijih činilaca internacionalizacije ustavnog prava.²³

Uticao Komisije u procesu donošenja Ustava Srbije iz 2006. godine bio je prilično ograničen zbog veoma složenih i nejasnih političkih okolnosti u periodu oživljavanja nezavisnosti. To je, bez sumnje, jedan od razloga zbog kojih je Ustav iz 2006, u osnovi, neadekvatan ustavni okvir za uspostavljanje prave nezavisnosti sudstva.

U dobrom delu domaće doktrine ustavnog prava, a to je svojstveno i po jedinim nevladinim organizacijama i strukovnim udruženjima, ostaje percepcija VK kao nelegitimnog faktora uključenog u formalni proces ustavne reforme.²⁴ U svakom slučaju, uspeh buduće ustavne reforme zavisice od pronalaženja ravnoteže između apstraktno shvaćenih evropskih vrednosti i principa, s jedne, i njihove normativne razrade, s druge strane, koja mora odgovarati društveno-političkim prilikama u zemlji. Napokon, reklo bi se da su “fleksibilni pristup” i “pronalaženje ravnoteže” glavne poruke koje je Komisija slala državama u poslednjih 30 godina. U tim rečima i leži suština moderne ustavne demokratije.

²² Maartje De Visser, “A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform”, *The American Journal of Comparative Law*, Tom 63, br. 4, 2015, 1008.

²³ V. Darko Simović, “Internacionalizacija ustavnog prava – primer Republike Srbije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, broj 81, 2018, 15–29; Tijana Šurlan, “Internacionalizacija ustavnog prava naspram globalizacije ustavnog prava”, *Državni poredak – suverenitet u vremenu globalizacije*, SANU, Beograd, 2019, 243–261.

²⁴ V. Olivera Vučić, “Prilog raspravi o radnom tekstu amandmana na Ustav Republike Srbije”, *Svedočanstvo – pripreme za promenu Ustava od 2006. i struka*, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018, 250–258.

Prof. Dr. VLADAN PETROV
Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade,
Judge of the Constitutional Court of Serbia
Dr. MAJA PRELIĆ SIMOVIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law, University of Belgrade
Deputy Director of the Judicial Academy

THE VENICE COMMISSION AND THE CONSTITUTIONAL REFORM
OF THE JUDICIARY IN THE REPUBLIC OF SERBIA
– On the occasion of the 30th anniversary of the VC –

Summary

Last two decades were marked by intensive joint work of the Republic of Serbia and Venice Commission. It was only in 2000 that Serbia broke with the former regime and began a lengthy process of transition. After years spent in a state of a certain isolation, one of the main strategic goals of the Republic of Serbia in that overturning moment was its approaching to the international, particularly European, community through cooperation and membership in international organizations. The VC has greatly supported and continues to support the Republic of Serbia on that complex task. The emphasis in this paper is on the field of judiciary. Special consideration is paid to the ongoing constitutional reform process which is currently underway. The influence of the Commission in the process of bringing the Constitution of Serbia of 2006 was rather limited due to the dominantly vague political circumstances in the period of the revival of the independence. This is one of the reasons why the Serbian Constitution has given an inadequate answer to the question of the independence of the judiciary. In the part of the domestic constitutional law doctrine and in some non-governmental organizations, the perception of the Commission as an illegitimate factor involved in the formal constitutional reform process still remains. This raises concerns about the positive effects of the Commission's influence on the constitutional reform process in Serbia. It is evident that the success on the road of the future constitutional reform will depend on finding a balance between abstractly understood European values and principles and their normative elaboration that will correspond to specific socio-political circumstances of the country. "A flexible approach" and "finding balance" are perhaps the main messages the Commission has been sending to national states over the past 30 years. After all, the essence of modern constitutional democracy lies in those words.

Key words: Venice Commission, the opinion of the VC, judiciary, the independence of judiciary, the reform of the Constitution, the European values and principles

Literatura

Azizi A., "The Transfer of State Sovereignty: Analysis of Constitutional Change in Macedonia during the EU Accession Process", *The 9th edition of the International Conference "European Integration - Realities and Perspectives"*, 2014.

CDL-INF (2001) Interim Report on the Constitutional situation of the Federal Republic of Yugoslavia.

- CDL-AD (2005)023 Opinion on the provisions on the Judiciary in the Draft Constitution of the Republic of Serbia.
- CDL-AD (2007)004 Opinion on the Constitution of Serbia.
- CDL-AD(2018)011 Opinion on the draft Amendments to the Constitutional provisions on the Judiciary.
- CDL-AD(2018)023 Secretariat Memorandum on the compatibility of the draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary as submitted by the Ministry of Justice of Serbia on 12 October 2018 (CDL-REF(2018)053) with the Venice Commission's Opinion on the draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary (CDL-AD(2018)011).
- De Visser M., "A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform", *The American Journal of Comparative Law*, Tom 63, br. 4, 2015.
- Kutlešić V., "Da li je promena Ustava Srbije izuzetno teška i vrlo složena – uporedna analiza 38 ustava", *Ustav i iskušenja*, Nova srpska politička misao – posebno izdanje, br. 2, 2008.
- Mišljenje Venecijanske komisije br. 921/2018 o Nacrtu amandmana na ustavne odredbe o pravosuđu, https://mpravde.gov.rs/files/Misljenje%20Venecijanske%20komisije%20_prevod%20srpski.pdf
- Pejovic A. A., *Amendments to the Constitution in the area of judiciary in the candidate countries for the membership in the EU - the examples of Montenegro, Albania and Serbia*, The Conference Proceedings of the Seventh International Conference of the European Studies Department, Sofia University "St. Kliment Ohridski", 2020.
- Petrov V., Simović D., Pejić I., Orlović S., *Analiza ustavnog okvira za pravosuđe u Republici Srbiji*, 2014, <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/22785/radna-grupa-za-izradu-analize-izmene-ustavnog-okvira.php>.
- Prelić M., "Vladavina prava u pregovorima o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji", *Evropsko zakonodavstvo*, Institut za međunarodnu politiku i pravo, 2019.
- Schnutz Dürr R., "The Venice Commission", *International Encyclopedia of International Laws: Intergovernmental Organizations*, 2010.
- Simović D., "Internacionalizacija ustavnog prava – primer Republike Srbije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, broj 81, 2018.
- Suchocka H., "Opinion Of The Venice Commission On The Place Of The Constitutional Judiciary In A Democratic State", *Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny*, br. 1, 2016.
- Šurlan T., "Internacionalizacija ustavnog prava naspram globalizacije ustavnog prava", *Državni poredak – suverenitet u vremenu globalizacije*, SANU, Beograd, 2019.

Tanchev E., Belov M., “The Bulgarian Constitutional Order, Supranational Constitutionalism and European Governance”, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, 2019.

Vučić O., “Prilog raspravi o radnom tekstu amandmana na Ustav Republike Srbije”, *Svedočanstvo – pripreme za promenu Ustava od 2006. i struka*, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 12.10.2020.

Prihvaćen: 30.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MARKO STANKOVIĆ

NOVI KRAH UTOPIJE O USPEŠNOM VIŠENACIONALNOM FEDERALIZMU U INDIJI

U radu je analizirano federalno uređenje Indije u kontekstu višenacionalnog federalizma. Prvi deo rada posvećen je teorijskim stavovima o višenacionalnim federacijama. Nakon toga se analizira nastanak indijske federacije i razlozi za usvajanje složenog državnog uređenja u Ustavu Indije od 1950. Sledi razmatranje centralizovane prirode indijskog federalizma i asimetrije u federalnom sistemu, sa posebnim osvrtom na donedavni položaj države Džamu i Kašmir, koja je izgubila poseban status oktobra 2019. godine. U zaključnim razmatranjima se posvećuje posebna pažnja održivosti federalnog uređenja u višenacionalnim društvima i pitanje pravne sigurnosti položaja federalnih jedinica.

Ključne reči: *Indija, federacija, federalizam, višenacionalnost, Ustav od 1950, Džamu i Kašmir*

U V O D

SPOJIVOST FEDERALIZMA I VIŠENACIONALNOSTI

Đura Popović je još pre više od osam decenija napisao da o federalizmu “odavno vlada i postoji puno zabluda i predrasuda koje datiraju još od Prudona (...), a koje se mogu svesti na njegove reči da u federalizmu leži spas za sve države”.¹ Pre više od pola veka Jovan Stefanović je zaključio da “među razlozima

Dr Marko Stanković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: stankovicm@ius.bg.ac.rs.

¹ Đura Popović, *O federalizmu*, Beograd, 1933, 7.

koji plediraju u korist primjene federalizma u ustavnom uređenju države postoji jedan koji se smatra naročito važnim. To je višenacionalnost države.² On je smatrao da “ustavno uređenje višenacionalne države treba da bude izgrađeno na federativnom načelu zato što samo takvo uređenje može nacijama od kojih je država sastavljena osigurati njihovu slobodu i njihovu ravnopravnost”.³ Takvo shvatanje je tipično za našu stariju ustavnopravnu nauku, koja je bila gotovo jednodušna u oceni da je federacija “idealni model” za rešavanja problema višenacionalnosti u državi. Miodrag Jovičić je smatrao da se federalno državno uređenje “u slučaju višenacionalnog sastava stanovništva samo po sebi nameće”,⁴ dok je Ratko Marković pisao da je “višenacionalnost, tj. postojanje više nacija i etničkih grupa na geografskom području jedne iste države”, jedan “od najjačih i najvažnijih razloga opredeljivanja za federalno uređenje”.⁵ I u praksi se mogu pronaći primeri koji podržavaju stanovište o podesnosti federalnog uređenja za višenacionalna društva, pa Alfred Stepan (*Alfred Stepan*) iznosi podatak da “su šest dugotrajnih demokratija koje ostvaruju najveći indeks jezičke ili etničke raznolikosti – Indija, Kanada, Belgija, Švajcarska, Španija i Sjedinjene Države – sve federalne države”.⁶

Shvatanje o federaciji kao dobrom rešenju za višenacionalna društva u prošlosti je bilo široko prihvaćeno, ali nikada nije bilo bez oponenta. Jedan od prvih klasičnih teoretičara federalizma koji je osporio stav da je federalna država dobro rešenje za višenacionalne zajednice jeste Karl Fridrih (*Carl Friedrich*). On je ispravno utvrdio da je federalizam “oblik političke organizacije primjeren zajednicama u kojima teritorijalno raznoliki obrasci vrijednosti, interesa, vjerovanja i tradicija mogu biti djelotvorno primjenjeni u zajedničkom naporu na slijeđenju zajedničkih vrijednosti i interesa, i na kultivisanju zajedničkih vjerovanja i tradicija”.⁷ Fridrih, međutim, postavlja pitanje da li tako velika različitost kao što je nacionalna dozvoljava da se država efikasno organizuje po federalnom obrascu. Prema njegovim rečima, “odnos federalizma i nacionalizma je složen” jer “dok je s jedne strane postojeća nacija bila ponekad sposobna da savlada prepreke proizašle iz njene podjele na više političkih poredaka, dotle je u drugom vremenu po-

² Jovan Stefanović, *Ustavno pravo Jugoslavije i komparativno pravo*, knjiga I, Zagreb, 1965, 522.

³ *Ibidem*.

⁴ Miodrag Jovičić, *Savremeni federalizam – uporednopravna studija*, Beograd, 1973, 48.

⁵ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2014, 374.

⁶ Alfred Stepan, “Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model”, *Journal of Democracy*, Tom 10, br. 4, 1999, 19–20. Nejasno je, doduše, zbog čega je taj autor svrstao SAD u grupu višenacionalnih federacija, ali je njegova tvrdnja u osnovi ispravna.

⁷ Karl Joakim Fridrih, *Konstitucionalna demokratija – teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica, 2005, 169.

stojanje nacija usporilo, omelo, ili čak spriječilo proces federalizovanja da ide svojim putem”.⁸

I Kenet Ver (*Kenneth Wheare*) je bio skeptičan prema višenacionalnim federacijama. On je, pre svega, primetio da je potreba za formiranjem federacija poput Kanade i Švajcarske “nastala uprkos razlikama u jeziku i rasi (...) religiji (...) i nacionalnosti”, pa su to najbolji primeri želje da se stvori zajednica među stanovništvom koje se razlikovalo “u svim ovim značajnim pojedinostima”, a sama federalna država je “direktna posledica ovih razlika”.⁹ Ver je, ipak, smatrao da višenacionalna federacija ne može uspešno da funkcioniše bez duha zajedništva među svim narodima: “Iako je moguće da se u državi u kojoj postoje razlike u rasi, veri, jeziku, nacionalnosti i slično formira savez i da, premda takve razlike pružaju dobru osnovu za federalnu uniju, takođe je poželjno da se razvija neki osećaj zajedničke vezanosti za novu zajedničku vladu”, odakle proizlazi da je “nacionalnost u federalnoj državi nešto složenija nego što je to u unitarnoj državi”.¹⁰

Nasuprot starijoj ustavnopravnoj književnosti, u kojoj je postojalo većinsko shvatanje da je federalno uređenje pogodno kao okvir za rešavanje problema u višenacionalnim društvima, novija doktrina je postepeno zauzimala umnogome drugačiji stav o tom pitanju, iskazujući zabrinutost zbog disolucije brojnih federacija.¹¹ U tom smislu, Vilijam Riker (*William Riker*) je konstatovao da se “više od polovine federacija formiranih u moderno doba raspalo, a skoro sve su imale secesionističke pokrete”.¹² Autori koji argumentuju protiv održivosti federalnog uređenja u heterogenim društvima ukazuju, počev od devedesetih godina XX veka, na dezintegraciju “tri komunističke etnofederacije” – Sovjetskog Saveza, Jugoslavije i Čehoslovačke.¹³ Pucanje tih federacija po nacionalnim šavovima bilo je, prema rečima Frančeska Palerma (*Francesco Palermo*) i Karla Keslera (*Karl Kössler*), snažno upozorenje da “nacionalno zasnovane federalne jedinice” raspoložu veoma značajnim “političkim resursima, koji mogu da se usmere ka mogućem pokušaju secesije”, a da se “postojeći subnacionalni parlamenti, vlade i admi-

⁸ *Ibidem*, 178. I dalje: “Opet, u obrnutom procesu, razvitak nacionalnih zajednica može pomoći federalizovanju jedne prethodno unitarne strukture, ili, nasuprot tome, snažna nacionalna osećanja mogu omesti ili spriječiti takvu regionalnu diferencijaciju”.

⁹ Kenneth C. Wheare, *Federal Government*, 4th edition, Oxford, 1963, 38–41.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ U tom smislu: Francesco Palermo, Karl Kössler, *Comparative Federalism – Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford – Portland (Oregon), 2017, 99.

¹² William H. Riker, *The Development of American Federalism*, Boston – Dordrecht – Lancaster, 1987, 114.

¹³ Philip G. Roeder, “Soviet Federalism and Ethnic Mobilization”, *World Politics*, Tom 43, 1991, 196.

nistracije, koji poseduju vlast u važnim oblastima politike, mogu lako preobratiti u jake nacionalne institucije nezavisne države¹⁴. Kako bi pripremile svoje stanovništvo za takav poduhvat, federalne jedinice mogu da zloupotrebe svoje nadležnosti u oblastima kulture, upotrebe jezika, obrazovanja i informisanja, izgrađujući postepeno nacionalnu svest u okvirima federacije. U tom pogledu, velika opasnost vrebata i od regionalnih manjinskih političkih partija, koje često uopšte ne prikrivaju svoje secesionističke aspiracije, neretko ih obrazlažući ekonomskim i političkim interesima.

Postoje, razume se, i danas autori koji svim raspoloživim snagama brane shvatanje da je federalna država dobar okvir za višenacionalne zajednice. Tako Vil Kimlika (*Will Kymlicka*) optimistično tvrdi da je “potpuno prirodno (je) da višenacionalne zemlje usvoje federalne sisteme” jer je sasvim logično da “zemlje koje su formirane kao federacije naroda usvoje i neki oblik političke federacije”.¹⁵ I Majkl Burdžis (*Michael Burgess*) zaključuje da je federalno državno uređenje “najuspešniji institucionalni odgovor na nacionalne zahteve za priznavanje u višenacionalnim demokratijama”.¹⁶ On taj oblik državnog uređenja vidi kao pogodno rešenje za višenacionalna društva, zaključujući da “njihova genijalnost počiva u njihovoj sposobnosti da, pod ustavnim pokrivačem, prilagode i pomire razne oblike jedinstva sa raznim oblicima različitosti”.¹⁷ Vejn Norman (*Wayne Norman*) smatra da višenacionalni federalizam podrazumeva “da se prihvati težnja nacionalnih manjina za samoupravom, uglavnom stvaranjem pokrajine (ili pokrajina) u kojoj jedna ili više manjinskih grupa mogu činiti jasnu većinu građana i u kojima mogu da vrše brojne suverene vlasti”.¹⁸ Ali čak ni savremeni zagovornici višenacionalnog federalizma, međutim, ne negiraju u današnje vreme rizik secesije u višenacionalnim federacijama.¹⁹ U tom smislu, neki od njih, poput Kimlike,

¹⁴ F. Palermo, K. Kössler, op. cit., 99.

¹⁵ Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford – New York 2001, 96. Kimlika je predlagao da se unutrašnje granice u okviru države (federacije) povuku tako da se najveće nacionalne manjine, koje čine značajan udeo u stanovništvu, pretvore u regionalne većine u okviru “nacionalno zasnovanih jedinica” (Will Kymlicka, “Is Federalism a Viable Alternative to Secession?”, *Theories of Secession* (ed. P. B. Lehning), London 1998, 125).

¹⁶ Michael Burgess, *Comparative Federalism – Theory and practice*, London – New York, 2006, 129.

¹⁷ *Ibidem*, 156. “Federalizam i federacija su zadržali svoj karakterističan odnos prema procesima izgradnje države i nacionalne integracije, ali je to odnos u kojem su se pojavljivale i razvijale ogromne varijacije” (*Ibidem*, 74).

¹⁸ Wayne Norman, *Negotiating Nationalism (Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multinational State)*, New York–Oxford 2006, 87–88.

¹⁹ F. Palermo, K. Kössler, op. cit., 100.

percipiraju koncept višenacionalnog federalizma kao paradoksalan: “dok on pruža nacionalnim manjinama prihvatljivu alternativu za secesiju, on im takođe pomaže da učine secesiju mnogo realnijom alternativom”.²⁰ Stoga je Zeren Kajl (*Soeren Keil*) oprezniji, pa navodi da je “važno istaći da federalizam ne pruža odgovor na sva relevantna pitanja u višenacionalnim državama, niti njegova primena smanjuje zahteve za dodatnom autonomijom i secesijom”.²¹

Imajući u vidu sve navedeno, Frančesko Palermo i Karl Kesler smatraju da je danas debata o višenacionalnom federalizmu definitivno zapala u ćorsokak (*impasse*), navodeći tri argumenta u prilog takvoj tvrdnji.²² Prvo, ustavni aranžmani u višenacionalnim federacijama su među sobom suviše različiti, pri čemu vanpravni faktori, poput ekonomske situacije u zemlji i političke kulture stanovništva, imaju veoma značajnu ulogu, pa se ne može prepoznati i definisati jedan univerzalni model višenacionalne federacije. Drugo, dve grupe pisaca – zagovornici i oponenti višenacionalnog federalizma – fokusiraju se na različite uporednopravne primere: dok prvi veličaju ohrabrujuća iskustva koja su zabeležena u federacijama poput Kanade, Belgije, Španije i, ponekad, Indije, drugi su previše okrenuti primerima višenacionalnih federacija u kojima je taj koncept doživeo definitivni kolaps – bivšim socijalističkim federacijama, i onima koje su nastale (i propale) u postkolonijalnom periodu u Aziji, Africi i regionu Kariba. I treće, što takođe proizlazi iz pomenutih slučajeva, višenacionalni federalizam tokom evolucije pokazuje jasne “fluktuacije” – u nekim periodima je bio uspešan, a u drugim veoma turbulentan.²³

Danas se u literaturi o federalnoj državi najčešće navode tri primera uspešnih višenacionalnih federacija: Kanada (nastala 1867), Indija (1950) i Belgija (konačno usvojila federalno uređenje 1994. godine). Trima federacijama trebalo bi pridodati i Španiju, bez obzira na to što ona u svom Ustavu od 1978. godine nije izričito definisana ni kao federalna ni kao višenacionalna država, pošto u suštini jeste i jedno i drugo. Dobro je primećeno da se “izraz ‘nacija’ upotrebljava s nelagodnošću u Kanadi, Švajcarskoj i Belgiji, gde se pod njega obično podvodi politič-

²⁰ Will Kymlicka, “Multinational Federalism in Canada: Rethinking the Partnership”, *Policy Options*, March 1998, 142.

²¹ Soeren Keil, *Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina*, Surrey – Burlington 2013, 38.

²² F. Palermo, K. Kössler, op. cit., 100.

²³ “U približno isto vreme, međutim, drugi su počeli da veličaju (teritorijalnu, M.S.) autonomiju kao instrument za interno samoopredeljenje za manjine koje bi mogle da istaknu zahteve za eksterno samoopredeljenje, tj. secesiju” (*Ibidem*, 98).

ka nacionalnost”, koja je “širok instrumentalni pojam koji se koristi za opisivanje nečega što je u suštini politički, a ne kulturni identitet”.²⁴ S druge strane, španski Ustav počiva na fikciji o jedinstvenoj španskoj naciji. U Španiji se pravi razlika između pojmova “nacija” i “nacionalnost” i smatra se da “jedinствена španska nacija” uključuje različite “nacionalnosti” i “regione” (čl. 2 Ustava). Među 17 autonomnih zajednica, osam se smatra “nacionalnostima”, sedam “regionima”, a dve “zajednicama”. Od te četiri države, samo je jedna, Indija, i formalno i suštinski višenacionalna, dve su dvojne ili bipolarne (Kanada i Belgija), a u jednoj (Španija), uprkos značajnoj i očiglednoj nacionalnoj heterogenosti, postoji ustavna fikcija o jednonacionalnosti. S druge strane, dve vanevropske federacije sa velikim teritorijalnim prostranstvom, Kanada i Indija, primenile su u svojim ustavnim sistemima klasične federalne modele (doduše, uz visok formalni nivo centralizacije), ugledajući se u velikoj meri na federalni model Sjedinjenih Američkih Država, dok su dve evropske federacije, Španija i Belgija, kreirale potpuno osobene modele teritorijalne organizacije, u obliku autonomnih zajednica (Španija), odnosno zajednica i regiona (Belgija), pa im se neretko poriče federalni karakter. Istini za volju, treba naglasiti da su se sve četiri federacije koje se navode kao pozitivni primeri višenacionalnih federalnih država suočile sa ogromnim izazovima – u Kanadi je u dva navrata organizovan referendum za otpljenje Kvebeka, Španija je bila suočena sa referendumom o otpljenju Katalonije, u Belgiji već vekovima postoji jak flamanski secesionistički pokret, dok je u Indiji zabeleženo mnoštvo incidenata, od kojih je najznačajniji slučaj (bivše) države Džamu i Kašmir, čiji je poseban status u federaciji ukinut posle više od šest decenija.

USTAV INDIJE OD 1950. I NJEGOVE KASNIJE IZMENE I DOPUNE

Indijska federacija je nastala nakon oslobođenja od britanske kolonijalne vlasti, koje je teklo postepeno. Od 1773. britanski Parlament je donosio zakone koji su važili i u Indiji, a prvi u nizu zakona o upravljanju Indijom (*Government of India Act*, poznat i kao *Saint Helena Act*) usvojen je 1833. godine, kada su sva ovlašćenja u upravljanju Indijom poverena britanskoj kruni.²⁵ Ključni korak na putu ka nezavisnosti Indije bilo je donošenje poslednjeg, osmog Zakona o uprav-

²⁴ M. Burgess, op. cit., 103.

²⁵ Do tog momenta, povlašćenu ulogu i ovlašćenja imala je tzv. istočnoindijska kompanija, a nakon donošenja Zakona o upravljanju Indijom u Londonu je obrazovana posebna kancelarija (*Indian Office*), na čelu sa državnim sekretarom za Indiju, koji je bio član Vlade.

ljanju Indijom 1935. godine²⁶, kojim je “predviđeno uvođenje federalnog uređenja sa pokrajinama kojima je dat izvestan stepen autonomije”.²⁷ Dugo obespravljivani i grubo eksploatisani indijski narod konačno je stekao nezavisnost 1947. godine, kada je donet Zakon o nezavisnosti Indije (*Indian Independence Act*), kojim je Britanska Indija podeljena na dva nova nezavisna dominiona – Indiju (Hindustan) i Pakistan.²⁸ Podela na dva dominiona izvršena je uglavnom duž verskih granica, sa određenim izuzecima. Prema rečima Karla Fridriha, “u ovom primeru religiozne razlike, nasuprot nacionalnim, pokazale su se kao nepremostiva prepreka za jednu federalnu uniju”, a “kao posljedica, obrazovane su dvije odvojene države koje su bile prilično na ratnoj nozi, Indija u užem smislu i Pakistan”, pri čemu je “unutar obje ove države usvojen (je) federalni obrazac da se nosi sa njihovim daljim teškoćama jezičkih i nacionalnih razlika”.²⁹

Ustav Indije je usvojen u Ustavotvornoj skupštini u novembru 1949, a stupio na snagu u januaru 1950. godine. Taj ustavni akt, koji je u vreme kada je stupio na snagu predstavljao najduži ustavni tekst na svetu,³⁰ na snazi je i danas, nakon sedam decenija i niza izmena i dopuna. Njegova neuobičajena dužina posledica je brojnih okolnosti: izuzetne složenosti indijskog društva, kombinacije anglosaksonske i evropskokontinentalne zakonodavne tehnike i specifičnog modela federalnog uređenja.³¹ Ustav Indije je inspirisan dobrim ustavnim tradicijama Engleske, SAD, Australije, Kanade i Irske (Ustav od 1936), pri čemu je u pojedinostima bilo ugledanja i na neke druge ustave (npr. nemački Vajmarski ustav od 1919). U najkraćem, može se kazati da je indijski ustavotvorac napravio dobar spoj između britanskog parlamentarizma i američkog federalizma, mada je od oba modela u izvesnoj meri odstupio. Tako je, recimo, prihvaćeno kanadsko rešenje za podelu nadležnosti između federacije i federalnih jedinica, prema kojem pretpostavka nadležnosti važi u korist federalnog centra, i australijski manir

²⁶ Sve do 1999. i donošenja Zakona o upravljenju Velikim Londonom (*Greater London Authority Act*), Zakon o upravljanju Indijom od 1935. godine bio je najduži zakon koji je usvojen u britanskom parlamentu.

²⁷ Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi – elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd, 1984, 296.

²⁸ Indija je status dominiona zadržala do donošenja Ustava, kada je prihvatila republikanski oblik vladavine. Upor. J. Stefanović, op. cit., 483.

²⁹ K. J. Fridrih, op. cit., 171.

³⁰ Opširnije: M. Jovičić, op. cit., 300.

³¹ Originalni tekst Ustava Indije sastojao se od preambule, 22 dela i devet dodataka, a imao je ukupno 395 članova. Sedam decenija nakon što je usvojen, Ustav ima 448 članova i sastoji se od preambule, 25 delova, 12 dodataka (*schedules*), pet apendiksa (*appendices*) i 103 amandmana.

propisivanja dugog spiska mešovitih (konkurentnih) nadležnosti federacije i federalnih jedinica.

Ustav Indije od 1950. godine u praksi se pokazao kao veoma fleksibilan, zbog čega je često menjan i dopunjavan.³² Kako navodi Majkl Burdžis, “Indija, kao studija slučaja višenacionalne i multikulturalne federacije, pokazala je izuzetnu fleksibilnost u ustavnom dizajnu i donošenju amandmana, pravnom tumačenju i političkoj raznovrsnosti u inkorporisanju duboko složene i suptilne socijalne raznolikosti, obično izražene kao preklapanje etničkih, regionalnih, plemenskih, komunalnih i verskih, kao i podržavnih nacionalnih identiteta”.³³ U prve tri decenije nakon donošenja Ustav Indije je menjan preko 40 puta, a do januara 2019. godine na taj Ustav je usvojeno čak 103 amandmana. Razume se, nisu sve promene Ustava imale jednak značaj. Smatra se da je indijski Ustav pretrpeo deset ključnih promena.³⁴ To su: 1) reorganizacija federalne strukture, stvaranje federalnih jedinica na jezičkoj osnovi i ukidanje kategorizacije država na kategorije A, B, C i D (7. amandman, 1956); 2) ukidanje apanaža (*Privy Purse*) koje su isplaćivane bivšim vladarima država koje su ušle u sastav Indije (26. amandman, 1971); 3) prijem države Sikim (*Sikkim*) u sastav Indije kao nove države članice (36. amandman, 1975);³⁵ 4) usvajanje “Malog ustava” ili “Indirinog ustava” (po Indiri Gandhi) – najkontroverznijom ustavnom reformom³⁶ od 1976. izvršena je temeljna revizija Ustava, koja je obuhvatila mnoge ustavne odredbe (uključujući i preambulu), a Indija je postala “socijalistička”, “sekularna” i “demokratska” država, što je zahtevalo unošenje čitavih novih delova u Ustav, između ostalog, i “fundamentalnih dužnosti” (42. amandman, 1976); 5) ukidanje prava na imovi-

³² Indijski ustav (čl. 368) predviđa dva različita postupka za svoju promenu, a najveći broj njegovih odredaba menja se dvotrećinskom većinom glasali u oba doma parlamenta, pri čemu je neophodno da ta većina istovremeno bude i većina od ukupnog broja članova svakog od domova. Odredbe koje se odnose na federalno uređenje (podela nadležnosti, izbor šefa države, postupak promene ustava i sl.) menja se po složenijem postupku, za koji je, osim pomenute većine u domovima parlamenta, potrebna i saglasnost parlamenta najmanje polovine federalnih jedinica.

³³ M. Burgess, op. cit., 124–125.

³⁴ *Amendments to the Constitution of India*, <https://www.mapsofindia.com/my-india/government/amendments-to-the-constitution-of-india>, 12. april 2019; 9 *Important Constitutional Amendments That Changed the Course of India*, <https://www.thebetterindia.com/130232/constitutional-amendments-india-constitution/>, 12. april 2019.

³⁵ I tokom šezdesetih godina prošlog veka nove teritorije su ušle u sastav Indije, pre svega na osnovu sporazuma sa Portugalijom i Francuskom, ali Sikim je prva, i za sada jedina, pridodata država članica.

³⁶ Te ustavne reforme izvršio je, za vreme vanrednog stanja, Indijski nacionalni kongres kojim je rukovodila Indira Gandhi. Sadržao je čak 59 novih odredaba.

nu kao osnovnog ljudskog prava (44. amandman, 1978); 6) zabrana prelaska poslanika u drugu političku stranku nakon izbora (52. amandman, 1985);³⁷ 7) smanjenje starosnog cenzusa za aktivno biračko pravo sa 21 na 18 godina života (61. amandman, 1989); 8) reforma lokalne samouprave, uvođenje opština (73. i 74. amandman, 1993); 9) uvođenje prava na obrazovanje (86. amandman, 2002); 10) uvođenje poreza na robe i usluge (*Goods and Services Tax*), u skladu sa idejom “jedna nacija, jedan porez” (*One Nation, One Tax*), čime se teži postizanju bolje ekonomske integracije (101. amandman, 2016).

RAZLOZI ZA USVAJANJE FEDERALNOG UREĐENJA U INDIJI

U momentu kada je ustrojeno Ustavom, federalno uređenje u Indiji bilo je uslovljeno mnoštvom opravdanih razloga. Prvo, ta država je u vreme sticanja nezavisnosti imala preko 350 miliona stanovnika, koji su se razlikovali u pogledu rase, etničkog porekla, jezika, kulture, religije, stepena ekonomske razvijenosti itd. Jovičić je zapisao da se u Indiji govorilo 179 različitih jezika i 544 dijalekta,³⁸ a danas je Ustavom (osmi dodatak) utvrđena lista od 22 priznata jezika (u trenutku donošenja Ustava bilo ih je 14). Zvanični jezik u Indiji je hindi (čl. 343 Ustava), koji govori manje od 60% stanovnika (a manje od 44% ga govori kao prvi jezik).³⁹ “Jezik u spoju sa regionalnim identitetom se pokazao kao najznačajnija karakteristika etničkog samoodređenja”,⁴⁰ pri čemu su najzastupljenije religije hinduizam (82%), islam (12%) i hrišćanstvo (2,3%).⁴¹ Indija danas broji skoro 1,4 milijarde stanovnika i druga je najmnogoljudnija država u svetu, iza Kine. Te dve zemlje trenutno obuhvataju gotovo 40% svetske populacije, a prema procenama Svetskog ekonomskog foruma (*World Economic Forum*), zasnovanim na podacima Ujedinjenih nacija, Indija će preteći Kinu po broju stanovnika do 2024. godine.⁴²

³⁷ To je jedini amandman na indijski Ustav koji je usvojen jednoglasno u domovima federalnog parlamenta.

³⁸ M. Jovičić, op. cit., 303.

³⁹ Ostali jezici kojim govori značajan broj stanovnika jesu bengalski (oko 8%), marati (oko 7%), telegu (oko 7%), tamilski (oko 6%), gujarati (oko 4,5%) i urdu (oko 4%). *Census of India 2011 – Paper 1 of 2018 – Language – India, States and Union Territories*, http://censusindia.gov.in/2011Census/C-16_25062018_NEW.pdf, 12. april 2019.

⁴⁰ M. Burgess, op. cit., 123.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² www.weforum.org/agenda/2018/02/these-will-be-the-worlds-most-populated-countries-by-2100/, 12. april 2019. Procenjuje se da će se broj stanovnika u Indiji konstantno povećavati do 2060, kada će dostići 1,7 milijardi, da bi se do 2100. godine smanjio na oko 1,5 milijardi.

Drugi razlog za usvajanje složenog državnog uređenja u Indiji je istorijsko-tradicionalne prirode, “a sastoji se u činjenici da je za vreme britanske vladavine Indija bila podeljena na veći broj posebnih političko-teritorijalnih jedinica, među kojima su neke (pre svega one koje su imale status ‘gubernerskih pokrajina’) imale svest o sopstvenom identitetu koji su želele da zadrže i dalje”.⁴³ Pritom, ozbiljna teškoća prilikom donošenja indijskog Ustava “dolazila je i otuda što su se u tu državu imale da uklope i dotle bar formalno samostalne kneževine”.⁴⁴

Treći razlog prihvatanja federalnog uređenja je geografski – potreba za organizovanjem ogromnog državnog područja, koje se neretko naziva i potkontinentom, a Indija je po veličini teritorijalnog prostranstva sedma država u svetu te je u tom smislu za nju federalno državno uređenje sasvim opravdano.

Prema mišljenju Majkla Burdžisa, Indija je primer multikulturalne države koja je federalnim uređenjem pokušala da ostvari jedinstvo u različitosti – “Indija je višejezična, multikulturalna, višenacionalna federacija, a njeno stanovništvo preko jedne milijarde ljudi je čini najvećom svetskom liberalnodemokratskom federacijom”.⁴⁵ Osetljiva ustavna i politička ravnoteža između kulturno-regionalnih identiteta u tako velikoj zemlji poput Indije, teritorijalna celovitost konstitutivnih jedinica i jedinstvo federacije mogu se posmatrati kao minimalan stepen uniformnosti neophodan za održavanje koherentne zajednice. Ali izvesno je da će progresivno sazrevanje indijske demokratije doneti nove izazove u vidu društveno-političke aktivnosti usmerene ka zaštiti različitih jezika i kultura, novih zahteva za veću autonomiju i novih pritisaka za formiranje novih država ili autonomnih regiona, što će stvoriti potrebu za novim oblicima saradnje i federalnog ustavnog inženjeringa.⁴⁶ Velika heterogenost indijskog stanovništva bez sumnje je najveći izazov za federalno uređenje. Prema rečima Karla Fridriha, “najteži problem koji ugrožava takve entitete kao što su Indija i Evropa jeste to da li je moguće kultivisati dva suparnička nacionalizma jedan kraj drugog”.⁴⁷

⁴³ M. Jovičić, op. cit., 303.

⁴⁴ J. Stefanović, op. cit., 483.

⁴⁵ M. Burgess, op. cit., 123.

⁴⁶ Velike sličnosti sa indijskim modelom federacije pokazuje Malezija, federacija 13 država članica, koju naseljava oko 20 miliona stanovnika. Burdžis ističe da “čak i najkraći pogled na federalizam u Maleziji otkriva da je važna karakteristika ustavnog sistema njegova centralizacija. U tom konkretnom smislu ona je ustavno i zakonski veoma slična Indiji. Ali politički, njeni liberalno-demokratski kapaciteti su mnogo manje ubedljivi” (M. Burgess, op. cit., 125).

⁴⁷ K. J. Fridrih, op. cit., 179.

CENTRALIZOVANA PRIRODA INDIJSKOG FEDERALNOG UREĐENJA

Nauka o federalizmu je jedinstvena u stavu da je Indija centralizovana federacija, u kojoj je federalno načelo primenjeno u slaboj meri, a federalni organi imaju odlučujući uticaj. Kako je ispravno zapazio Ratko Marković, “otcepljenje muslimanskog dela indijskog potkontinenta u zasebnu državu Pakistan nagnalo je indijskog ustavotvorca da obezbedi što snažnije jedinstvo, uprkos brojnim razlikama koje postoje u federalnoj državi”.⁴⁸ A kako navodi Jovičić, “otklanjanje opasnosti od centrifugalnih sila – koje su oslonac nalazile upravo u tim razlikama – zahtevalo je da centralna vlast bude jaka, da se centru daju značajna ovlašćenja i da federalne jedinice budu lišene mnogih atributa statusa država-članica federacije, kakve one u drugim federacijama uglavnom uživaju”.⁴⁹ Zbog toga se u ustavnopravnoj književnosti često može pročitati da je Indija “kvazi-federacija” (Miodrag Jovičić), “unitarna federalna država” (Karl Fridrih), pa čak i “unitarna država sa sporednim federalnim obeležjima” (Ratko Marković).⁵⁰ Poslednja kvalifikacija ima svoje utemeljenje u činjenici da je u Indiji usvojeno “jedno hibridno rešenje, po kome je Indija federacija u redovnim prilikama, ali uz Ustavom otvorenu mogućnost da se u situacijama krize i spoljne opasnosti pretvori u unitarno uređenu državu”.⁵¹

Postoji mnoštvo razloga zbog kojih se Indija smatra kvazifederacijom ili federacijom-fasadom, među kojima najveći značaj imaju raspodela nadležnosti između saveza i država, položaj federalnih jedinica, centralizacija uprave i sudstva, a posebno i institucija vanrednog stanja.

Prvo, raspodela nadležnosti između federalnog centra i federalnih jedinica izvršena je na specifičan način, pa su Ustavom, po ugledu na kanadsko rešenje, predviđena tri spiska nadležnosti (federalni, federalnih jedinica i konkurentni), pri čemu pretpostavka nadležnosti važi u korist federacije. U sistem raspodele nadležnosti ugrađeni su brojni mehanizmi koji obezbeđuju prevlast federacije, pri čemu su najvažnija sledeća tri: 1) u pitanjima u zajedničkoj nadležnosti federalni zakon uvek ima prednost nad zakonom federalnih jedinica, 2) federalni parlament može da donosi i zakone o pitanjima u nadležnosti država ukoliko Veće država odlukom dve trećine glasalih utvrdi da je to “neophodno ili korisno u na-

⁴⁸ R. Marković, op. cit., 383.

⁴⁹ M. Jovičić, op. cit., 304.

⁵⁰ R. Marković, op. cit., 383.

⁵¹ M. Jovičić, op. cit., 304.

cionalnom interesu”,⁵² 3) za vreme vanrednog stanja federalni parlament može donositi zakone u bilo kojoj materiji.⁵³ Svi ti, a i mnogi drugi mehanizmi, imali su značajnu primenu u višedecenijskoj federalnoj praksi u Indiji. Osim toga, prevlast federalnog centra je očigledna i u raspodeli finansijskih nadležnosti.

Drugo, indijske federalne jedinice nemaju nikakvu garantiju sopstvenog postojanja jer federalni parlament ima mogućnost da putem zakona prima u savez nove države, da ukida postojeće, da menja njihove granice i sl. Doduše, parlamenti federalnih jedinica daju svoje mišljenje o predloženim teritorijalnim promenama, ali je ono samo savetodavno i ne obavezuje federalnog zakonodavca. Rečima Miodraga Jovičića, “praktično se, znači, status članica federacije ne razlikuje bitno od statusa običnih političko-teritorijalnih jedinica neke unitarne države, što je jedan od najjačih argumenata u prilog shvatanja o ‘kvazi-federalizmu’ primenjenom u Indiji”.⁵⁴ To se nedavno pokazalo i u praksi, u slučaju bivše države Džamu i Kašmir, o čemu će biti reči.

Treće, pravo federalnih jedinica na samoorganizovanje u Indiji je umnogome okrnjebr. Glavni izraz autonomije federalnih jedinica predstavlja pravo na donošenje sopstvenog ustava, kojim indijske federalne jedinice (izuzev države Džamu i Kašmir do avgusta 2019. godine) ne raspolažu. Osim toga, na čelu federalnih jedinica se nalazi guverner, kojeg imenuje predsednik Indije. Mandat guvernera traje pet godina, ali ga predsednik može smeniti i pre isteka tog perioda, a može ga zadržati na funkciji i nakon isteka mandata. Imajući u vidu način dolaska na funkciju i mogućnost razrešenja, guverner je jak element kontrole federalnog centra u državama članicama.⁵⁵

Četvrto, u Indiji postoji jedinstveni sudski sistem, sličan onima koji postoje u Austriji, Belgiji i Venecueli, a koji se često karakterišu kao “unitarno federalno sudstvo”. Drugim rečima, “svi sudovi u čitavoj zemlji su međusobno vertikalno povezani, a na čelu te jedinstvene organizacije nalazi se Vrhovni sud”.⁵⁶

⁵² Takva odluka ostaje na snazi najduže godinu dana, a zakon važi još šest meseci po prestanku važenja odluke, ali po proteku godinu dana odluka može biti ponovo doneta.

⁵³ Ti zakoni prestaju da važe šest meseci nakon prestanka vanrednog stanja.

⁵⁴ M. Jovičić, op. cit., 305.

⁵⁵ George Mathew, “India (Republic of India)”, *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths), Montreal & Kingston – London – Ithaca, 2005, 170.

⁵⁶ M. Jovičić, op. cit., 308.

Peto, i državna uprava u Indiji odlikuje se visokim stepenom centralizacije, a administrativni organi u državama stoje pod strogim nadzorom federalnih organa uprave, koji u određenim slučajevima imaju karakter prave tutele.⁵⁷

Šesto, indijskim Ustavom je predviđena institucija vanrednog stanja, u kojem Indija funkcioniše kao unitarna država. Vanredno stanje se uvodi u slučaju da je ugrožena bezbednost Indije ili nekog dela njene teritorije, u slučaju da ne funkcionišu ustavni mehanizmi u federalnim jedinicama i u slučaju da je ugrožena finansijska stabilnost zemlje ili nekog njenog dela. Proklamaciju o vanrednom stanju izdaje predsednik, a potvrđuju je domovi parlamenta svojim rezolucijama. Ukoliko domovi ne potvrde proklamaciju, ona prestaje da važi nakon dva meseca. "Dejstva proklamacije o vanrednom stanju su dalekosežna; tako, izvršna vlast saveza dobija pravo da izdaje opšteobavezne naloge izvršnim vlastima država u svim pitanjima, a savezni parlament dobija pravo da donosi zakone bez ikakvog ograničenja i u materijama koje inače redovno spadaju u nadležnost država."⁵⁸ Osim toga, za vreme važenja proklamacije moguće je, predsednikovom naredbom, ograničavanje niza ljudskih prava (sloboda govora, okupljanja, kretanja itd.), kao i zaštite tih prava. Institut vanrednog stanja je često korišćen u indijskoj ustavnoj praksi.

ASIMETRIJA U INDIJSKOM FEDERALNOM SISTEMU I POLOŽAJ DRŽAVE DŽAMU I KAŠMIR

U momentu donošenja Ustava, Indija je bila ustrojena kao asimetrična federacija, sa četiri različita tipa federalnih jedinica, pri čijem su formiranju zanemareni jezički kriterijumi. Pošto je takvo rešenje izazivalo velike probleme u praksi, od njega se potpuno odustalo već nakon šest godina. Jovičić je pisao da sve federalne jedinice, sa izuzetkom države Džamu i Kašmir, imaju "istovetan status",⁵⁹ aludirajući na uvođenje simetrije u toj federaciji. Međutim, Burdžis tvrdi da "i kratak pregled novijih trendova federalizma i federacije u Indiji snažno uka-

⁵⁷ "I u sferi sudstva i javne uprave postoji institucionalna i funkcionalna povezanost odgovarajućih organa na nivou saveza i država, što još jedanput govori u prilog shvatanja o 'kvazi-federalizmu' primenjenom u Indiji" (*Ibidem*, 309).

⁵⁸ *Ibidem*, 345.

⁵⁹ *Ibidem*, 307.

zuje na to da je ukupan uticaj bio na naglašavanju različitih oblika asimetričnog federalizma”.⁶⁰

Položaj države Džamu i Kašmir (*Jammu and Kashmir*) dugo je bio najbolji primer asimetrije u indijskoj federaciji. Geografska oblast Džamu i Kašmir, nastanjena prevashodno pripadnicima islamske veroispovesti, nalazi se na tromedi Indije, Pakistana i Kine, pri čemu Indiji pripada oko 43% oblasti (koju nastanjuje oko 70% stanovništva), Pakistanu oko 37% oblasti, a Kini preostalih 20%.⁶¹ Indija i Pakistan su od početka vodile spor povodom te oblasti, koji je povremeno imao razmere ratnih sukoba. Dve nuklearne sile su od 1947. godine do danas vodile tri rata, od kojih su dva bila zbog Kašmira (1965. i 1999. godine). Država Džamu i Kašmir je u indijskoj federaciji imala poseban status, koji se pre svega izražavao u pravu na donošenje sopstvenog ustava (donet 1956, stupio na snagu u januaru 1957, a 2002. godine na taj Ustav je usvojeno 29 amandmana). Osim toga, federalni organi su u toj državi imali manja ovlašćenja nego u drugim federalnim jedinicama, a brojnim odredbama federalnog ustava država Džamu i Kašmir bila je izuzeta od njegove primene. U najkraćem, država Džamu i Kašmir vršila je samostalno sve nadležnosti izuzev spoljnih poslova, odbrane, komunikacija i finansija, zbog čega su i federalni zakoni u toj državi imali sasvim ograničen domašaj. Jedna od specifičnosti posebnog statusa države Džamu i Kašmir ogledala se i u tome što indijski državljani iz drugih federalnih jedinica nisu imali pravo da kupuju zemljište niti da stiču pravo svojine u toj državi.⁶²

Svi nedostaci višenacionalnog federalizma i kvazifederalni karakter indijskog ustava došli su do punog izražaja u avgustu 2019. godine, kada je predsedničkim ukazom ukinut poseban status države Džamu i Kašmir. Indijski predsednik Ram Nath Kovind (*Ram Nath Kovind*) izdao je naredbu u vezi sa članom 370 Ustava, stavljajući van snage postojeću predsedničku naredbu iz 1954. godine i poništavajući sve odredbe autonomije date državi Džamu i Kašmir. Ministar unutrašnjih poslova Amit Šah (*Amit Shah*) predstavio je u indijskom parlamentu Predlog zakona o reorganizaciji (*Jammu and Kashmir Reorganisation Act*), kojim se država Džamu i Kašmir deli na dve federalne teritorije (*union territories*) – Džamu i Kašmir i Ladah (*Ladakh*). Tim Predlogom zakona je predviđe-

⁶⁰ M. Burgess, op. cit., 124.

⁶¹ V. Eric Margolis, *War at the Top of the World: The Struggle for Afghanistan, Kashmir and Tibet*, New York, 2004, 56–57.

⁶² Mnogi stanovnici Kašmira smatrali su da je to pravilo ključno za zaštitu demografije države u kojoj su većinsko stanovništvo muslimani u odnosu na celokupnu Indiju u kojoj prevladavaju Indusi.

no da novouspostavljena federalna teritorija Džamu i Kašmir ima jednodomnu skupštinu, a da teritorijom Ladah, u kojoj preovlađuje stanovništvo budističke veroispovesti, upravlja guverner. Takođe, predviđeno je i da ubuduće sve odredbe indijskog Ustava imaju pravno dejstvo na novouspostavljenim federalnim teritorijama. Oba doma indijskog parlamenta usvojila su taj zakon ubedljivim većinama i on je stupio na snagu 31. oktobra 2019. godine.

ZAKLJUČAK

Federalizam je bez sumnje “do sada jedan od najrazvijenijih ustavnih instrumenata za suočavanje sa mnoštvom interesa, aktera, institucija, procedura i sa izazovima koje oni postavljaju savremenim društvima”,⁶³ ali se federalno državno uređenje neretko pokazivalo i kao okvir koji je pretesan za višenacionalne zajednice. Teorija federalizma je podeljena u stavovima o federaciji kao dobrom modelu za rešavanje problema višenacionalnosti. Starija ustavnopravna misao većinom je zagovarala takvo rešenje, dok savremeni pisci, poučeni lošim iskustvima višenacionalnih (pre svega socijalističkih) federacija, uglavnom smatraju da federacija može, ali ne mora, predstavljati efikasno rešenje za heterogena društva.

Indijsko iskustvo je pokazalo da federalizam i višenacionalnost mogu predstavljati prihvatljiv spoj u heterogenim društvima, ali su nedavni događaji u vezi sa bivšom državom Džamu i Kašmir otkrili i slabosti tamošnjeg modela. Pravna nesigurnost koja je ispoljena prostim ukidanjem te države pokazala je da status federalnih jedinica mora biti mnogo čvršće garantovan. Poseban aspekt položaja federalnih jedinica u federaciji predstavlja i njihov teritorijalni integritet. Često se u federalnim ustavima za promenu teritorija federalnih jedinica zahteva i izmena federalnog ustava, ali to nije slučaj u svim federacijama. Drugim rečima, “kako je teritorija konstitutivna odlika federalnih jedinica, promena njihovih granica obično zahteva pristanak jedinica koje su njima pogođene”, a “takve procedure dosta govore o federalnoj zajednici, koja bi u načelu trebalo da predvidi pravo veta federalnih entiteta u vezi sa njihovim opstankom i teritorijalnim integritetom”.⁶⁴ Ukoliko federalni ustav ne sadrži jemstva da federalna jedinica ne može biti ukinuta ili da joj teritorija ne može biti promenjena bez njenog izričitog pristanka, ne može biti govora o primeni načela autonomije i pravnoj sigurnosti statusa federalnih jedinica, što je pokazao i indijski primer.

⁶³ F. Palermo, K. Kössler, op. cit., 449.

⁶⁴ F. Palermo, K. Kössler, op. cit., 186.

Dr. MARKO STANKOVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

A NEW COLLAPSE OF UTOPIA OF SUCCESSFUL MULTINATIONAL FEDERALISM IN INDIA

Summary

The paper analyzes the federal system of India in the context of multinational federalism. First part of the paper is dedicated to theoretical views on multinational federations. After that, there is an analyses of the formation of the Indian Federation and the reasons for the adoption of a complex federal system in the Constitution of 1950. follows the analysis of the centralized nature of Indian federalism and asymmetry in the federal system, with special reference to former state of Jammu and Kashmir. In the concluding remarks, special attention is paid to the sustainability of the federal system in multinational societies and the issue of legal certainty of the position of federal units.

Key words: India, federation, federalism, multinationality, Constitution of 1950, Jammu and Kashmir

Literatura

- Burgess M., *Comparative Federalism – Theory and practice*, London – New York, 2006.
- Fridrih K.J., *Konstitucionalna demokratija – teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica, 2005.
- Jovičić M., *Savremeni federalizam – uporednopravna studija*, Beograd, 1973.
- Jovičić M., *Veliki ustavni sistemi – elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd, 1984.
- Keil S., *Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina*, Surrey – Burlington, 2013.
- Kymlicka W., “Is Federalism a Viable Alternative to Secession?”, *Theories of Secession* (ed. P. B. Lehning), London, 1998.
- Kymlicka W., “Multinational Federalism in Canada: Rethinking the Partnership”, *Policy Options*, March 1998.
- Kymlicka W., *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford–New York, 2001.
- Margolis E., *War at the Top of the World: The Struggle for Afghanistan, Kashmir and Tibet*, New York, 2004.
- Marković R., *Ustavno pravo*, Beograd, 2014.
- Mathew G., “India (Republic of India)”, *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths), Montreal & Kingston–London–Ithaca, 2005.

- Norman W., *Negotiating Nationalism (Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multinational State)*, New York–Oxford, 2006.
- Palermo F., Karl K., *Comparative Federalism – Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford–Portland (Oregon), 2017.
- Popović Đ., *O federalizmu*, Beograd, 1933.
- William H. R., *The Development of American Federalism*, Boston–Dordrecht–Lancaster, 1987.
- Roeder Ph. G., “Soviet Federalism and Ethnic Mobilization”, *World Politics*, Tom 43, 1991.
- Stefanović J., *Ustavno pravo Jugoslavije i komparativno pravo*, knjiga I, Zagreb, 1965.
- Stepan A., “Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model”, *Journal of Democracy*, Tom 10, br. 4, 1999.
- Wheare K. C., *Federal Government*, 4th edition, Oxford, 1963.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 06.08.2020.

Prihvaćen: 05.09.2020.

PREGLEDNI RAD

BOŠTJAN TRATAR

PRAVO IZMEĐU OBEZBEĐIVANJA PRAVNE SIGURNOSTI I PRILAGOĐAVANJA DRUŠTVENIM ODNOSIMA

Autor se bavi unutrašnjom protivrečnošću u pravu između obezbeđivanja, s jedne strane pravednosti – ius aequum (što nužno zahteva prilagođavanje prava svim faktorima koji utiču na sadržinsku pravilnost i vitalnost odluke) i s druge strane, pravnom sigurnošću – ius strictum (koja bezuslovno insistira na večnosti i nepromenljivosti prava, kao i realizaciji ozakonjenog prava). Pravna sigurnost kao objektivni element pravnog poretka ostvaruje javni interes, koji je u uspostavljanju društvene integracije i kooperacije, i zaštite ljudskog dostojanstva. Autor opisuje prelaz od apsolutnog na relativni pojam pravne sigurnosti. Ideal pravne sigurnosti danas u apsolutnom smislu negira, kako pravna filozofija (Hart, Endicott, Zagrebelsky, Frank), tako i sami pravni sistemi. Naime, u pravu postoji specifičan paradoks – više pravne sigurnosti znači više slobode za pojedinca, a to znači povećani rizik, posledično nastaje sve više i sve kompleksnijih pravnih normi, što izaziva još više nesigurnosti (jer je pravo zbog semantičke otvorenosti reči neodređeno, neizvesno) – time pravo postaje žrtva samog sebe.

Ključne reči: pravna sigurnost, određenost, pravednost, američki pravni realizam, sudsko pravo

U V O D

Pravo je još od nastanka razapeto između dve suprotne težnje – s jedne strane od prava zahtevamo da je stabilno, trajno, nepromenljivo, određeno, predvidi-

Dr Boštjan Tratar, viši državni advokat, Državna advokatura Republike Slovenije, docent na Fakultetu za državne i evropske studije na Brdu kod Kranja, Slovenija, e-mail: bostjan.tratar@gov.si.

vo, ukratko takvo da obezbeđuje pravnu sigurnost (što se tretira kao neodvojivi deo načela pravne države), a s druge strane zahtevamo da se pravo i dalje razvija i prilagođava novim okolnostima, tehnološkim, ekonomskim i drugim društvenim promenama i novim zahtevima i spoznanjima realnih nauka, ukratko da se menja u smislu ostvarivanja pravednosti što je takođe ideja prava.¹ Iako se pravni sistemi posebno trude da bi obezbedili određeni stepen pravne sigurnosti ili – slikovito rečeno – da bi silovitu i neukrotivu reku života održavali u koritu koje je omeđeno pravnim normama, ipak ova težnja verovatno oduvek ide zajedno sa preteranim samopouzdanjem i verom u apsolutnu pravnu sigurnost jer život uvek nađe načine kako da izbegne besmislena i preterano kruta pravna ograničenja i da potraži pukotine u brani koju gradi pravo.²

Brojni autori zato naglašavaju da je (apsolutna) pravna sigurnost samo iluzija i da je nesigurnost odnosno neodređenost prava zapravo inherentno svojstvo svakog pravnog poretka.³ Kod zakona kao pravnog akta je nesigurnost neizbežna i to iz više razloga (npr. semantička otvorenost reči, potreba za njihovom interpretacijom, eventualnu nesigurnost otklanja vrhovni sud tek više godina posle

¹ O tome vidi Paul Heinrich Neuhaus, “Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws”, 28 *Law and Contemporary Problems*, Fall 1963, 795–807; Humberto Ávila, *Certainty in Law*, Springer International Publishing, Switzerland, 2016, 1 i dalje; Jan C. Schuhr, *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014; Antonio Enrique Perez Luño, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, 13 i dalje; Andreas Arnauld, *Rechtssicherheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 9 i dalje; Franz Scholz, *Die Rechtssicherheit*, Walter de Gruyter, Berlin, 1955; Gianmarco Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005; Guido Alpa, *La certezza del Diritto nell’età dell’incertezza*, Scientifica, Napoli, 2006; Claudio Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990; Enrico Diciotti, *Verità e certezza nell’interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999; Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1979; Michel Fromont, “Le principe de sécurité juridique”, *L’actualité juridique, Droit administratif*, 1996, 178; Anne-Laure Valembos, *La Constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique en Droit français*, LGDJ, Paris, 2005, 188; Bernard Pacteau, “La sécurité juridique, un principe que nous manque?”, *L’actualité juridique, Droit administratif*, br. 20, 1995, 151; Federico Arcos Ramírez, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000; José Bermejo Vera, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005; Eduardo García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999; Juha Raitio, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Kluwer, Dordrecht, 2003; Horst Sandler, “Mehr Gesetze, weniger Rechtsgewährung?”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 15.9.1995, 981.

² Aleš Novak, “Pojmovna jurisprudenca nekoč in danes”, *Zbornik znanstvenih razprav*, Tom 69, Ljubljana, 2009, 171.

³ Patricia Popelier, “Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker”, *Legisprudence*, Tom II, br. 1, 2008, 48, 50. Francuska pravica Anne-Laure Valembos je to formulisala u smislu paradoksa – “evolucija pojma pravne sigurnosti izvire iz činjenice da je pravni sistem izgubio sposobnost obezbeđivanja pravne sigurnosti” (“L’évolution de la notion de sécurité juridique résulte de la perte par le droit de sa faculté à assurer la sécurité juridique”).

stupanja zakona na snagu, zakonodavac nikada ne može da predvidi sve moguće okolnosti, uvek iznova dolazi do potrebe za postupanjem u novim i nepredviđenim slučajevima).⁴ Zakonodavac bi morao da uredi odnose i za buduće događaje, pri čemu ne može znati šta će sve budućnost doneti (npr. događaji u vezi sa epidemijom novog virusa Covid-19), upravo zbog toga mora neprestano da ocenjuje (evaluiira) okolnosti i činjenice i da u skladu sa tim saznanjima prilagođava pravo. Pravo, dakle, tek samo po sebi ne može da bude večno i nepromenjivo jer nijedan zakonodavac nije savršen.⁵

Napetost i nesigurnost unutar prava posebno se ogleda u objašnjenju pravih normi gde neprestano tražimo ravnotežu između, sa jedne strane čuvanja lojalnosti pravilima i sa druge strane, težnje da damo prednost životu nad restriktivnim pravilima, tj. da ne dopustimo da bi pravni pojmovi, pravna pravila prisvojili “tiransku vlast nad pravnim životom”.⁶ U prošlosti se npr. pokazalo da pojmovna jurisprudencija (nem. *Begriffsjurisprudenz*) koja je mislila da je pravni sistem unutrašnje zaključen i da nema pravnih praznina (da dakle postoji sadržinsko savršenstvo prava) i koja se zauzimala za jasnu odvojenost prava od određenih vidika života, otelotvoruje neživotni i kruti pristup.⁷ Takođe se pokazalo da logika u pravu nije svemoguća, da je inače “dobar sluga, ali loš gospodar” – danas je generalno prihvaćeno da sudska delatnost (sudsko pravo) može da bude i kreativna i da dakle kreiranje prava nije zadržano samo kod zakonodavnog organa, već da se živahno nastajanje i dopunjavanje prava odvija i u sudskoj dvorani, a to dodatno relativizuje pojam pravne sigurnosti, jer treba obezbediti jedinstvenu upotrebu prava i jednakost zaštite prava, odnosno ravnopravnost u upotrebi prava.⁸

⁴ P. Popelier, op. cit., 50.

⁵ *Ibidem*, 51.

⁶ A. Novak, op. cit., 172.

⁷ *Ibidem*, 172.

⁸ *Ibidem*, 172. V. takođe Christian Hillgruber, “Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem”, *Juristenzeitung*, br. 3, 1996, 118 i dalje; Christoph Gusy, “Richterrecht und Grundgesetz”, *Die öffentliche Verwaltung*, br. 11, 1992, 461 i dalje; Stefan Drechsler, “Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, br. 4, 2015, 344 i dalje; Jörn Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, Duncker&Humblot, Berlin, 1975; Peter Badura, “Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts – verfassungsrechtliche Überlegungen”, *Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung*, Asgard Verlag Dr. Werner Hippe KG, Bonn – Bad Godesberg, 1973; Pedro Scherer de Mello Aleixo, *Verantwortbares Richterrecht: Eine rechtstheoretische und metodenkritische Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014; Görg Haverkate, “Untaugliche Warnung vor dem Richterrecht”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Tom 11, br. 4, 1978, 88–99; Hans-Peter Schneider, *Richterrecht, Gesetzesrecht, Verfassungsrecht: Bemerkungen zum Beruf der Rechtssprechung im demokratischen Gemeinwesen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969; Anke Schmidt, *Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz, Plädoyer für ein*

PРАВNA SIGURNOST U PРАВNOJ TEORIJI

U savremenoj pravnoj doktrini je prilično sporno da li je pravna sigurnost (izvesnost, određenost – angl. *certainty*) (još uopšte) apsolutna pravna vrednost i ideal savršenog pravnog sistema.⁹ U vezi sa tim pominju se pre svega tri naj-reprezentativnije pravnoteorijske doktrine koje su kritične prema pravnoj sigurnosti kao apsolutnom idealu, i to su: doktrina o “otvorenoj teksturi zakona” (engl. *open texture of law*), koju zastupa engleski pravnik *Herbert Lionel Adolphus Hart* (1907–1992), doktrina o “neodređenosti u pravu” (angl. *vagueness in law*)¹⁰, koju zastupa takođe anglosaksonski pravnik *Timothy Endicott* (rođ. 1960) i doktrina o duktilnom pravu (doktrina “*il diritto mite*”)¹¹, čiji je predstavnik italijanski pravnik *Gustavo Zagrebelsky* (rođ. 1934), koji izvire iz kontinentalne evropske pravne tradicije.¹²

Iz svih navedenih doktrina možemo zaključiti da novija pravna teorija u tzv. novom konstitucionalizmu negira mogućnost uspostavljanja ideala pravne sigurnosti i naglašava pre svega značenje pravnih načela u pravu današnjih pluralnih društava (ustavnih demokratija). One nisu spojive sa krutim, rigidnim pravom, već zahtevaju meko/prilagodljivo pravo (tzv. duktilno pravo). Zbog zahteva za duktilnim pravom predstava o apsolutnoj pravnoj sigurnosti (određenosti) nije (više) ni realan ni poželjan cilj. Zbog otvorene teksture prava, sudijama se izričito priznaje mogućnost zakonskog kreiranja sudskog prava. Određenost u zakonu nije nužno poželjna, određene pravne formulacije zbog semantičke otvorenosti reči i potrebe za intepretacijom ionako ne daju uvek određena pravna rešenja, a s druge strane, i zakonodavni zahtevi modernog vremena zahtevaju neodređene standarde.¹³

methodisches Vorgehen auf Grundlage des Legitimitätsgedankens, Duncker&Humblot, 2017; Aleksa Radonjić, “Da li sudije stvarju pravo? Debata između Harta i Dvorkina”, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, br. 6, 2015, 327.

⁹ J. Maxeiner, op. cit., 32. Pravna sigurnost je inače i “opšte načelo evropskog prava”, radi se o jednom od više pravnih koncepata koja priznaju kako Evropski sud u Luksemburgu tako i Evropski sud za ljudska prava u Strazburu, a radi se i o temeljnom načelu nacionalnih sistema u Evropi: u Nemačkoj *Rechtssicherheit*, u Francuskoj *securité juridique*, u Španiji *la seguridad juridica*, u Italiji *certezza del diritto*, u državama Beneluksa *rechtszekerheid*, u Švedskoj *rattssakerhet*, u Poljskoj *dobowizujqcego prawa*, i u Finskoj *oikeusuarmuuden periaate*.

¹⁰ Timothy Endicott, *Vagueness and Law*, Oxford University Press, 2000.

¹¹ Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

¹² Navedeno prema Julio Alberto del Real Alcalá, “The Ideal of the Certainty in Law: The Skin and the Heart of Law”, *25th IVR World Congress, Law Science and Technology, Frankfurt am Main, 15–20 August 2011., Paper Series*, br. 103, 2012, 1.

¹³ J. Alberto del Real Alcalá, op. cit., 8.

Hart uspostavlja doktrinu o “otvorenoj teksturi prava”. Po njegovom mišljenju, pravna sigurnost ne predstavlja savršeni pravni ideal. *Hart* inače ne negira značaj pravne sigurnosti (izvesnosti, određenosti) kod pravnih normi ali njegova doktrina stavlja pod znak pitanja neke vidike standarnog shvatanja izvesnosti. Za *Harta* pravna pravila moraju da budu razumljiva, ali preterana preciznost nije poželjna, neprecizna pravila održavaju otvorenost rešenja za konkretni primer u trenutku upotrebe. Otvorena tekstura prava (zakona) sudijama priznaje mogućnost za zakonsko kreiranje prava, a upravo zbog te funkcije sudija producira nova pravila u pravnom sistemu.¹⁴

Endicott zagovara drugo zanimljivo stanovište i to tezu o “neodređenosti u pravu”, koja je najnovija u anglosaksonskoj pravnoj tradiciji. S obzirom na to da neodređeni standardi ne daju precizna uputstva kako da naslovnici pravnih normi postupaju, *Endicott* se pita kako uopšte zakonima možemo da uređujemo život u nekoj zajednici? Za *Endicotta* je neodređenost prava njegova neophodna osobina, preciznost zakona nije nužno poželjna i nije korisna za uređivanje života u zajednicama jer zakoni, iako oblikovani preciznim jezikom, ne daju uvek određena pravna pravila u trenutku upotrebe, zbog potrebe za interpretacijom pravnih normi i pogleda sudije na pravednost odluke. Svaki pravni sistem mora uopšteno da uređuje različite čovekove aktivnosti, a to je moguće samo preko apstraktnih standarda koji su nužno neodređeni (*vague*), zato zakonodavstvo nužno zahteva neodređene i apstraktne standarde za izvođenje nekih neophodnih funkcija.¹⁵

Iz kontinentalne evropske pravne tradicije proizilazi doktrina “*il diritto mite*”, koju je oblikovao Zagrebelsky, koji takođe pod znak pitanja stavlja pravnu sigurnost odnosno određenost u pravu kao savršenu vrednost odnosno savršeni pravni ideal. Zbog novog konstitucionalizma Zagrebelsky zahteva temeljnu obnovu prava,¹⁶ pravo opisuje kao “duktilno”. S obzirom na duktilnost, predstava o apsolutnoj pravnoj sigurnosti u sadašnjim pravnim sistemima nije ni realističan ni poželjan cilj – prema njegovom mišljenju, pravo ima duktilno srce.¹⁷

¹⁴ *Ibidem*, 3–5. Klasičan pogled na pravnu sigurnost je bio mehanički jer je bio zasnovan na premisi da je moguće “sve znati” i da uvek postoje unapred zadata pravila za svaki sudski slučaj koja nisu semantički otvorena, sudski rad zato označava samo traženje pravila koje odgovara određenom slučaju, zato nema većeg dometa. Kod takvog shvatanja je stepen izvesnosti, određenosti potpun što slepo prejudicira buduće slučajeve jer zanemaruje posebne okolnosti, relevantne za konkretne slučajeve u sadašnjem vremenu.

¹⁵ J. Alberto del Real Alcalá, op. cit., 5, 6. Neodređenost, dakle, identifikuje pravo u modernoj ustavnoj državi.

¹⁶ *Ibidem*, 6. “*Diritto mite*” se prevodi kao “duktilni zakon”, “duktilno pravo”.

¹⁷ *Ibidem*, 7.

PРАВНА СИГУРНОСТ НЕКАДА I ДАНАС – ОД АПСОЛУТНОГ
ДО РЕЛАТИВНОГ КОНЦЕПТА

Otkriće da su zakoni nestabilni i da ih treba neprestano prilagođavati novim spoznanjima i okolnostima, za nemačkog pravnika *Waltera Leisnera* označava kraj pravne sigurnosti i pravne države – stanovište *Leisnera* je, naime, zasnovano na pretpostavci da se kod pravne sigurnosti radi o zaštiti *statusa quo*, zato se mogućnost otklanjanja, odnosno promene pravnih pravila već sama po sebi suprotstavlja konceptu pravne sigurnosti.¹⁸ Takav (apsolutni) koncept pravne sigurnosti je zastareo, jer *Leisner* reducira pravnu državu (*Rechtsstaat*) u državu zakona (*Gesetzesstaat*), državu koju uređuju zakoni koje je izglasao parlament, a oni bi trebalo da budu sposobni da uređuju svaku delatnost sa najvišom merom preciznosti i savršenstva, time i trajnosti i nepromenljivosti.¹⁹ Takav apsolutni model pravne sigurnosti izvire iz 19. veka i opisuje pravni poredak kao pregledan, predvidiv i statičan sistem, a pozitivno pravo se smatralo sasvim racionalnim pravom koje sadrži celokupnu normativnu stvarnost i područjem koje je kreiralo racionalno ljudsko biće, racionalni zakonodavac. U ovom modelu se pravna sigurnost tretirala kao konzervativno načelo, sastavljeno od zahteva za preglednošću, predvidivošću i stabilnošću i namenjeno održavanju *status quo*, zato je bilo načelo pravne sigurnosti usmereno (samo) u izvođenje i upotrebu zakona od strane upravnih organa i sudova, tj. u metode objašnjenja i načelo zakonitosti.²⁰ U modernom društvu nisu poznati svi odlučujući faktori ili njihovi međusobni uticaji. S obzirom na sve navedeno, racionalnost nije više shvaćena u apsolutnom smislu, već se umesto toga pojavljuje relativni i subjektivni koncept pravne sigurnosti.²¹

Za razumevanje načela pravne sigurnosti kao relativnog koncepta moramo razumeti njegov značaj i razlog postojanja – pravna sigurnost znači garanciju protiv samovolje vlade i pokušava da osigura autonomiju pojedinca. Naime, slobodna osoba je definisana kao autonomna osoba, koja je inače društveno vezana ali uprkos tome odlučuje i deluje sama, a zakoni daju okvir za njeno delovanje, postupanje, donošenje racionalnih odluka na dugi rok. *Pravna sigurnost*

¹⁸ P. Popelier, op. cit., 51.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, 52. Ovaj model izražava ono što je austrijski filozof *Friedrich Hayek* (1899–1992) nazvao savršeni red koji deluje u skladu sa kartezijanskom racionalnošću, koja je predpostavljala savršeno znanje o svim važnim činjenicama, ali stvarnost se pokazala mnogo kompleksnijom i dinamičnijom.

²¹ P. Popelier, op. cit., 52.

dakle zahteva da zakon unapred jasno odredi, koje pravne posledice su povezane sa određenim postupcima ili propustima pojedinaca.²² Osobe donose svoje odluke na osnovu različitih faktora, među kojima su i različite pravne mogućnosti i pravne posledice.²³

Kako zakonodavac, tako i građani moraju da se prilagode novim spoznanjima i okolnostima. Čovek uvek deluje pod uslovima neizvesnosti jer mora da ide u korak s novim razvojem u socijalno-ekonomskom, tehnološkom ili političkom kontekstu i (već) zato ne možemo stremiti ka apsolutnoj izvesnosti i pravnoj sigurnosti. Upravo suprotno, promenjene okolnosti na različitim područjima života mogu čak i da aktiviraju inicijativu za promenu zakona i iako neki autori tvrde da su pravna sigurnost i društveni napredak pravni ciljevi, koji su u međusobnoj suprotnosti, zapravo (upravo) pravna izvesnost, odnosno pravna sigurnost zahteva određenu pravnu promenu, da bi se očuvala određena (već) stečena (i očekivana) prava ili obaveze.²⁴ Određena nova okolnost može da diktira promenu nekog zakona u javnom interesu, što je inače u suprotnosti sa pravnom sigurnošću pojedinca. Međutim, zakonodavac ne može dati apsolutnu prednost individualnim potrebama i očekivanjima, pravna sigurnost ne znači da osobe imaju pravo

²² Vidi odluku Ustavnog suda Slovenije br. OdlUS IV, 1666, U-I-266/95 (Ur. l. RS, br. 69/95), tačka 11. "Pravna država mora da poštuje načelo poverenja u pravo, pravnu sigurnost i druga načela pravne države. Načelo poverenja u pravo zahteva da su pojedinačne odluke koje su zakonite i usvojene bez prethodnih zadržki i po svojoj prirodi nisu prolaznog karaktera, stabilne. Pravo može da ostvaruje svoju funkciju uređivanja društvenog života ako je u što većoj meri stalno i trajno. Kako pravo, tako i celokupno postupanje svih državnih organa mora da bude predvidivo jer to zahteva pravna sigurnost. Sigurnost građana zavisi i od trajnosti akata. Time se ostvaruje poverenje građana u pravo i državu."

²³ P. Popelier, op. cit., 53.

²⁴ *Ibidem*. Uporedi odluku Ustavnog suda Slovenije OdlUS VII, 212, br. U-I-31/96 od 26. 11. 1998. godine, tačka 21. "Ustav štiti na osnovu zakona stečena prava da u njih nije moguće intervenirati sa efektom za nazad. Ali ne sprečava da zakon menja ranije zakonsko određena prava sa efektom za dalje ako te promene nisu u suprotnosti sa Ustavom određenim načelima odnosno drugim ustavnim odredbama, naročito načelom poverenja u pravo kao jednim od načela pravne države. U siguran pravni položaj ne spadaju samo već stečena prava već u određenoj meri i očekivana prava iz penzionog osiguranja. Pri tom treba uzeti u obzir da se pojedinac ne more osloniti na to da se zakon neće promeniti. Zabrana retroaktivnosti i načelo poverenja u pravo štite od intervencije zakonodavca u prava i pravne odnose koja su nastala u vreme važenja prošlog zakona i još uvek postoje. Očekivana prava su osigurana posredno, uz poštovanje načela jednakosti pred zakonom, time što je zakonodavac obavezan da izabere primerene i srazmerne promene, koje su u skladu sa predviđenim ciljevima i načelom pravednosti. Kod vaganja ustavnih tekovina je sa jedne strane važno od kakvog je značaja očekivano pravo na život oštećene osobe i kakva je težina promene, a sa druge strane da li su promene na pravnom području o kome se radi relativno predvidive i zato su oštećeni sa promenom mogli unapred da računaju..."

na potpunu, apsolutnu pravnu sigurnost.²⁵ A u slučaju da dođe do promene zakona, pojedinac ne sme biti nesrazmerno oštećen time što su mu oduzeta stečena prava kasnijim promenama ili dopunama zakona na arbitraran način.²⁶ Važno je poverenje građana u pravni sistem.²⁷ Za razliku od Leisnerovog stanovišta, pravna mogućnost da se otklone ili promene postojeća pravna pravila kao takva nije u suprotnosti sa pojmom pravne sigurnosti.²⁸ Načelo pravne sigurnosti u slučaju zakonodavnih promena zahteva samo određeni prelazni period, prelazni režim. Poverenje u pravne posledice određenih pravnih postupaka može da izazove mnogo nepravdi u pojedinačnim slučajevima, zato je posebno važno da je svaka zakonodavna promena tj. svaka intervencija u legitimna očekivanja pojedinaca racionalno utemeljena, da bi se tako sprečio gubitak poverenja u pravni sistem kao takav.²⁹

²⁵ P. Popelier, op. cit., 53. Belgijski Ustavni sud npr. formuliše načelo pravne sigurnosti kao zahtev za predvidivošću i dostupnošću zakona tako da subjekat (naslovnik) prava može razumno da predvidi posledice svojih postupaka ili propusta. Zakonodavac ne može da šteti pravnom subjektu koji ima interes da predvidi pravne posledice svojih postupaka, osim ako se radi o objektivnom i razumnom opravdanju. To ukazuje na relativnost načela pravne sigurnosti i ravnotežu interesa koji su u središtu postupka sudske kontrole ovog načela.

²⁶ P. Popelier, op. cit., 54. Pravnu sigurnost inače možemo da tretiramo i kao neku vrstu ustavnog prava jer postavlja državi određene dužnosti i zabrane koje pojedinci mogu da ostvaruju u postupcima pred ustavnim sudovima.

²⁷ P. Popelier, op. cit., 54. Poverenje na neki način uključuje i rizik tj. mogućnost da se budući događaji na kraju pokažu drugačije, uključuje i moguće razočarenje. Za sistem kakav je pravi predak, važno je da ljudi nisu redovno razočarani da ne bi bilo oslabljeno poverenje javnosti u pravni sistem. Vidi takođe Sabine Altmeyer, *Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2003; Thomas Berger, *Zulässigkeitsgrenzen der Rückwirkung von Gesetzen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002; Hermann-Josef Blancke, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000; Stefan Muckel, *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*, Duncker&Humblot, Berlin, 1989; Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck, München, 1971; Anna Leisner, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002; Martin Stötzl, *Vertrauensschutz und Gesetzesrückwirkung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002; Walter Leisner, "Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze", *Festschrift für Friedrich Berger* (ur. Dieter Blumenwitz, Albrecht Randelhofer), München, 1973, 273 i dalje.

²⁸ P. Popelier, op. cit., 55.

²⁹ *Ibidem*. "I nemačka ustavnopravna teorija naglašava da je "koliziju dve vrednosti (načela poverenja u dalje postojanje pravnih normi i načela prilagodavanja prava društvenim odnosima) potrebno rešavati vaganjem među njima". Pritom se posebno naglašava značaj prelaznog režima. "Da li i u kojoj meri je potrebno posebno prelazno uređenje, ocenjuje se vaganjem između zakonskih ciljeva i oštećenosti pravnih položaja. Zakonodavac ima na tom području priličan prostor za svoju procenu. Posebno je važno koliko je teška intervencija. Treba uzeti u obzir i da prelazni režim

AMERIČKI KONCEPT PRAVNE NEODREĐENOSTI
I PRAVNI REALIZAM

Američki pravnik *James Maxeiner* sa univerziteta u Baltimoru navodi da je pravna sigurnost (engl. *legal certainty*) centralna tačka načela pravne države, ali istovremeno objašnjava da, iako su SAD među najjačim zagovornicima načela pravne države, američki pravnici ne govore (više) o pravnoj sigurnosti jer taj pojam (*legal certainty*) izvire iz britanskog a ne američkog engleskog jezika.³⁰ Američki akademici, koji se bave fenomenom pravne sigurnosti odnosno izvesnosti u pravu, koriste drugi izraz: “pravna neodređenost” (engl. *legal indeterminacy*); a advokati ne koriste nijedan od ovih izraza jer su se, pretpostavlja se, pomirili sa sveprisutnom neizvesnošću u pravu. Maxeiner navodi da pravna država, iako u svojoj suštini pobijani koncept, ipak obećava pravnu sigurnost.³¹ Pravni sistem, koji obezbeđuje pravnu sigurnost vodi, odnosno usmerava one za koje važi zakon – tim osobama omogućava da svoj život planiraju sa manje nesigurnosti, a istovremeno te osobe štiti od samovoljne upotrebe državne moći.³²

Koncept pravne sigurnosti koji je u središtu razmišljanja svakog kontinentalnog pravnika, dakle nije ubedio američke pravnike koji su očaraniji pravnom neodređenošću. Pojam pravne sigurnosti vratio se u engleski jezik preko *common law* sistema u Ujedinjenom Kraljevstvu.³³

Pravni akademici u Americi ne govore više o pravnoj sigurnosti već o pravnoj neodređenosti. Naime, oni negiraju pravnu sigurnost, a njihov kredo je – “sada smo svi realisti.” “Realisti” su bili u dvadesetim i tridesetim godinama 20.

možda ne uzrokuje opasnost za javni interes.” Tako tačka 9 odluke Ustavnog suda Slovenije br. Od-IUS VII, 134, U-I-206/97 (Ur. l. RS, br. 50/98).

³⁰ James Maxeiner, “Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, *Houston Journal of International Law*, Tom 31, br. 1, 2008, 28.

³¹ J. Maxeiner, op. cit., 28, 30.

³² *Ibidem*, 30. Za velikog nemačkog pravnog filozofa *Gustava Radbrucha* (1878–1949) pravna sigurnost (*legal certainty*), zajedno sa pravednošću (*justice*) i politikom (*policy*) jedan je od tri temeljna stuba ideje o pravu, a *Bendix* se o tome slikovito izrazio – “pojam pravne sigurnosti je centralni koncept [naših] nasleđenih pravnih metoda, u kojima smo svi odrasli; nalazi se u vazduhu u kome su svi pravnici naučili da dišu.”

³³ J. Maxeiner, op. cit., 31, 32. Kao opšte načelo evropskih pravnih sistema, pravna sigurnost “zahteva da je celokupno pravo dovoljno precizno da osoba može – ako je to potrebno, i odgovarajućim savetima – da predvidi do određenog stepena, koji je u datim okolnostima razuman, sve posledice, koje može njeno postupanje da prouzrokuje.” To znači da (1) zakoni i drugi pravni akti odnosno odluke moraju da budu javno objavljeni; (2) da zakoni i drugi akti moraju da budu precizni in jasni; (3) da odluke sudova moraju biti obvezujuće; (4) da retroaktivnost zakona i odluka mora biti ograničena; i (5) da treba zaštititi legitimna pravna očekivanja naslovnika pravnih normi.

veka u SAD grupa većinom akademskih pravnika, koji su kritikovali ono što su videli kao dominantni “formalistički” američki pravni sistem i bili su mišljenja da sudije sude, a da ne razumeju tačno kako stvari u životu faktički funkcionišu. Kada američki pravnici danas kažu da smo “sada svi realisti”, to znači da savremeni američki pravnici deluju uz “potpunu svest o ograničenjima i manama zakona” i “kompleksnosti i otvorenosti odučivanja sudija”.³⁴

Danas, sedamdeset i pet godina kasnije, pravna sigurnost je nestala kao koncept američkog pravnog sistema i kao cilj za koji se treba zalagati; pravna neodređenost je postala uobičajeni “konceptualni pojam”, a izraz “pravna neodređenost” se u današnjem značenju pojavio tek šezdesetih godina prošlog veka i sve do osamdesetih godina prošlog veka nije postigao priznanje, kada se osnovala nova grupa pravnih mislilaca, poznata kao “kritičari” (iz Kritičkih pravnih studija – *Critical Legal Studies*). Neki su potvrdili radikalnije stanovište koje je zagovarao poznati američki pravnik Frank, i to da su pravne odluke uvek neizvesne.³⁵

Međutim, malo američkih pravnika prihvata ovu krajnju varijantu neodređenosti, jer većina pravnika veruje u slabiju verziju, nekada imenovanu neodrečenost, premala određenost – *underdeterminacy* – to znači da zakon inače do određene mere ograničava sudsko odlučivanje (postavlja mu granice) ali to ne određuje jedinstveno.³⁶ Pravna sigurnost i pravna neodređenost nisu komplementarni.³⁷

³⁴ J. Maxeiner, op. cit., 33. Američki pravnici danas više ne veruju u pravnu sigurnost (izvesnost) kao dostižan ili čak poželjan cilj. Po mišljenju američkih profesora *Julesa Colemana* (rođ. 1947) i *Briana Leiterja* (rođ. 1963) imaju “samo obični državljani, neke sudije i studenti prve godine prava određenost prava za radno ishodište.” Većina američkih pravnika pravnu sigurnost shvata kao himeru, kao infantilnu čežnju, dečije ubedenje koje čovek preboli, kao što pobeđi veru u Božić Batu ili Čarobnjaka iz Oza. Slažu se sa mišljenjem američkog pravnog filozofa i sudije *Jeromea Franka* (1889–1957), takođe realiste, koji je u svojoj knjizi iz 1930. godine “Zakon i savremeni um” (*Law and the Modern Mind*) pobijao ideju da su pravne odluke uvek izvesne (*certain*). Frank je napadao ideju da bi pravo moglo ikada biti (posve) izvesno, određeno; njegova kritika je bila efikasna i do šezdesetih godina prošlog veka izraz “pravna sigurnost” prestao je da se koristi.

³⁵ J. Maxeiner, op. cit., 35. Pravna neodređenost znači da pravo ne daje uvek određeni odgovor na pravno pitanje. Po krajnoj verziji “teze o neodređenosti”, koja je poznata kao “radikalna neodređenost”, zakon je uvek neodređen (*indefinite*) i nikada izvestan (*certain*), svaku odluku moguće je pravno opravdati i dakle pravo nije ništa drugo nego politika sa drugim imenom. Američki pravni mislilac *Karl Nickerson Llewellyn* (1893–1962), možda najpoznatiji od pravnih realista, slagao se da pravo inače nije uvek izvesno, ali se nije slagao da je zakon nužno neizvestan.

³⁶ J. Maxeiner, op. cit., 36. Nemački pravnik i filozof *Karl Engisch* (1899–1990) je u svom klasičnom delu o pravnoj metodi odavno napisao da je vezanost na zakon “uvek pitanje manje ili više”.

³⁷ J. Maxeiner, op. cit., 37, 38. Pravna neodređenost kao koncept ima uži domet od pravne sigurnosti. Za pojedince pravna sigurnost ima dve različite funkcije: usmerava ih da postupaju u skladu sa mogućnostima koje daje zakon, a istovremeno ih štiti od samovoljnih postupaka organa

SUDSKO PRAVO I UJEDNAČAVANJE SUDSKE PRAKSE
U KONTINENTALNIM PRAVNIM SISTEMIMA U SMISLU
OBEZBEĐIVANJA PRAVNE SIGURNOSTI

Pitanje pravne sigurnosti tiče se sudskog prava koje mora da obezbedi iste odluke u istim sporovima i određenu stabilnost sudske prakse.³⁸ Pojam i domet sudskog prava (nem. *Richterrecht*) je inače u pravnoj teoriji večna tema jer su autori različitog mišljenja o tome gde su granice između upotrebe (nem. *Recht-sanwendung*) i kreiranja prava (nem. *Rechtsfortbildung*).³⁹ U evropskoj kontinentalnoj pravnoj tradiciji, usvajanje zakona odnosno postavljanje prava je u nadležnosti zakonodavne grane vlasti, dok je uloga sudstva (više ili manje samo)

na vlasti, tako da kontroliše upotrebu nadležnosti odnosno ovlašćenja u nastajanju i upotrebi prava. Američka pravna neodređenost se bavi uglavnom samo drugom, prva je zanima samo slučajno, jer se više bavi prognoziranjem odluka u žalbenim postupcima. U američkom precedentnom sistemu se npr. vidi da nema obrnute veze između pravne sigurnosti i pravne neodređenosti – visoki nivo pravne sigurnosti može biti u skladu sa visokim stepenom pravne neodređenosti (npr. sudske odluke mogu biti izvesne, predvidive (*certain*), iako nemaju oslonca u izričitom zakonskom uređenju, ako je odlučivanje sudija iz razloga koji inače ne proizilaze iz zakona, u sličnim slučajevima predvidivo.

³⁸ Nevenka Šernhorst, “Pravna (ne)sigurnost u slučaju promjene sudske prakse”, *Zakoni-tost*, br. 4, 2019, <https://zakonitost.nn.hr/hr/izdanja/?izdanje=16&clanak=250>, 15.8.2020. Takođe B. Rütters, op. cit., 114. Pravna sigurnost je inače nužni uslov pravednosti i elementarni sastavni deo prava na suđenje (nem. *Justizgarantie*), sudsko kreiranje prava je vremenski nepredvidivo i sadržinski nepreračunljivo, neizvesno – neizvesnošću prava gubi se pravna sigurnost. Bez odgovarajuće vezanosti sudskog odlučivanja na zakon i podelu vlasti, ne možemo da zamislimo demokratiju i pravnu državu. Sudsko pravo, koje bi išlo preko tih granica, na duži rok bi stavilo pod znak pitanja političku neutralnost sudstva i nezavisnost sudija. Ove nedoumice su još veća u slučajevima kada čak ni viši sudovi nisu jedinstveni u vezi sa upotrebom prava odnosno u slučajevima kada zakonska norma na postoji.

³⁹ Bernd Rütters, “Das Ungerechte an der Gerechtigkeit”, *Fehldeutungen eines Begriffs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, 114. Vidi takođe Georg Seyfarth, *Die Änderung der Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker&Humblot, Berlin, 1998; Paul Kirchof, “Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung”, *Deutsches Steuerrecht*, 27, 1989; Verena Klappstein, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, Duncker&Humblot, 2009; Heike Pohl, *Rechtssprechungsänderung und Rückanknüpfung*, Duncker&Humblot, Berlin, 2005; Bernd Rütters, “Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrecht”, *Rechtspolitisches Forum*, 15, Institut für Rechtspolitik and der Universität, Trier, 2003; Elisabeth Chiariello, *Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte*, Dike Verlag AG, Zürich, 2009; Christian Bumke, *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012; Marten Breuer, “Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Tom 68, 2013, 729–766; Hansjörg Seiler, “Das Verhältnis zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber”, *LEGES*, br. 3, 2016, 357–374; Dejan Bodul, Jelena Čuveljak, Sanja Grbić, “(Još) o ujednačavanju sudske prakse u građanskim predmetima”, *Zbornik Pravnog Sveučilišta u Rijeci*, Tom 41, br. 1, 2020, 133–154.

sprovesti, realizovati zakon. Ali očigledno je da zakonodavna vlast ne može uređivati svako pojedinačno pitanje privrede, društva, sveta, za sve moguće današnje i buduće pojedinačne slučajeve. Odgovor na to bi trebalo da budu opštija i apstraktnija pravna pravila, a utoliko više se u nastavku posledično postavlja pitanje pravne sigurnosti i pravednosti kod upotrebe apstraktnih i opštih pravnih pravila.⁴⁰

Zakonske norme nisu jednoznačne, zato su uvek podvrgnute objašnjenju sudije i zato među sudijama može dolaziti do različitog shvatanja zakona.⁴¹ Ipak, jedinstvena upotreba prava je važna, ne samo zbog jednakosti pred zakonom, već i zbog pravne sigurnosti i predvidivosti kao neodvojivog dela pravne države. Naime, u pravnoj državi građani opravdano očekuju da budu tretirani isto kao i svi drugi i da mogu da se u uporedivim slučajevima oslone na prethodne odluke, tako da mogu da predvide pravne efekte svojih postupaka ili njihov izostanak. Precedentna odnosno ustaljena sudska praksa, koja definiše jasna, dosledna i pouzdana pravila, može da smanji i potrebu za sudskim rešavanjem sporova – kada naslovnici normi imaju oslonac u prošlim odlukama koje su u sličnim slučajevima usvojili, naročito, sudovi višeg stepena, slučajevi mogu da se rešavaju efikasnije.⁴²

Pravna sigurnost može da se smatra produktom jedinstvenog objašnjenja prava, koja je postignuta upotrebom načela jednakosti. Precedensi (ustaljena sudska praksa) inače nisu formalni izvor prava, ali mogu da predstavljaju neku vrstu verodostojnog, autoritativnog slučaja pravilne interpretacije zakona.⁴³ Preko ustavnog zahteva za jednakošću pred zakonom i sudska praksa u evropskom kontinentalnom pravnom sistemu dobija sličnu moć kao što je imaju formalni pravni izvori. Presedani i načelo *stare decisis* sve više zamenjuju logično objašnjenje pra-

⁴⁰ Bernd Oppermann, "On the Role of Precedents and Legal Certainty in German Private Law", *Studia Iuridica Lublinensia*, Tom XXVII, br. 1, 2018, 108–109. Pravna sigurnost je zajedno sa jemstvom materijalne pravednosti jedna od sastavnih delova odgovarajućeg sudskog odlučivanja ("*due course of law*"), a istovremeno predstavlja i procesni cilj. Cilj sadržinske pravednosti može u pojedinačnim slučajevima da se suprotstavlja jemstvu pravne sigurnosti, zato možemo primetiti da je ovaj konflikt rešen u korist pravne sigurnosti, više zbog sudskog sistema kao celine nego zbog pravednosti u pojedinačnom slučaju. Pravna sigurnost je tako dakle koncept pravne politike, koji sam po sebi ne znači ništa: samo u kontekstu ustavno priznatog pravnog poretka postaje zahtev za dostizanje tog cilja najveća jasnost i racionalnost u postupku odlučivanja.

⁴¹ Aleš Galič, "Argument precedensa ali stališće Ustavne sudišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od sodne prakse", *Revus*, br. 1, 2003, 44–56.

⁴² Uporedi Mnenje br. 20 (2017) – uloga suda u vezi sa jedinstvenom upotrebom prava, Posvetovalni savet evropskih sudija (CCJE), Strazbourg 10.11.2017.

⁴³ B. Oppermann, op. cit., 109.

va na evropskim kontinentalnim sudovima.⁴⁴ Zato u novije vreme argument “presedana” odnosno “tipičnog slučaja” i u kontinentalnom pravu zauzima sve važnije mesto i sudovima nameće obavezu da kod svakog objašnjenja zakona odnosno kod odlučivanja u konkretnim predmetima i kod objašnjenja sudskih odluka uzimaju u obzir (“*stare decisis*” – načelo odlučivanja u sporu u skladu sa presedanima). Značaj “argumenta precedensa” naravno nije samo u obezbeđivanju jednakosti pred zakonom, već i u obezbeđivanju pravne sigurnosti jer jemči jasnost i predvidivost sudskog odlučivanja.⁴⁵ To sa druge strane ipak ne znači nepromenljivost sudske prakse jer bi to bilo u suprotnosti sa načelom nezavisnosti sudskog odlučivanja, ometalo bi pravni razvoj i pravni poredak (i otežalo razvoj društva kao celine), i na kraju bi imalo čak i veći domet od samog precedentnog sistema prema anglosaksonskom pravnom uzoru. Ustavnopravni zahtev je (samo) da npr. redovni sud objasni zašto je odstupio od uobičajene i jedinstvene sudske prakse i da ponudi razumne razloge za drugačije tumačenje prava.⁴⁶ Naime, potreba da se obezbedi jedinstvena upotreba prava ne sme da vodi u krutost i da bez potrebe ograničava odgovarajući razvoj prava i da izaziva sumnju u nezavisnost sudstva.⁴⁷

Sudstvo i samo utvrđuje da je legitimnost pravnog sistema u demokratskoj državi ostvareno tada kada su sudske odluke vezane na slovo zakona, ali takvo posmatranje je kratkog daha, pre svega zbog obavezujuće prirode, ne samo pisanog prava, već i nepisanog prava (npr. presedana) što obuhvata nadležnost sudova da objašnjavaju zakone i to znači dalji razvoj zakona odnosno prava. Prema rečima nemačkog ustavnog suda, sudiju obavezuju, kako pisani, tako i nepisani zakoni upravo zato da bi se sudija zaštitio od prihvaćenog preuskog pozitivističkog pristupa: “Izvan pozitivnih pravila javnih organa povremeno može da nastane “prekomerno” pravo, koje ima svoj izvor u ustavnom poretku u celini i može se smatrati da deluje kao neka vrsta korektiva pisanog zakona; a zadatak suda je da to otkrije”.⁴⁸ Koncept sudije koji je vezan samo na slovo zakona pretpostavlja sa-

⁴⁴ *Ibidem*, 107.

⁴⁵ A. Galič, op. cit., 44–56.

⁴⁶ V. npr. odluku Ustavnog suda Republike Slovenije, br. Up-203/01 od 25. 4. 2020. godine i Up-313/01 od 25. 4. 2020. godine. Navedeno prema A. Galič, op. cit., 44–56.

⁴⁷ Tako i Mnenje, op. cit., tačka 1.

⁴⁸ V. odluku nemačkog Saveznog ustavnog suda u predmetu *Soraya* opr. br. BVerfGE 34, 269, robni br. 39. “*Die traditionelle Bindung des Richters an das Gesetz, ein tragender Bestandteil des Gewaltenteilungsgrundsatzes und damit der Rechtsstaatlichkeit, ist im Grundgesetz jedenfalls der Formulierung nach dahin abgewandelt, daß die Rechtsprechung an “Gesetz und Recht” gebunden ist (Art. 20 Abs. 3). Damit wird nach allgemeiner Meinung ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt. Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze iden-*

vršenost pozitivnog pravnog poretka, a to može biti tek teorijska situacija.⁴⁹ Iako sudija mora da se uzdrži od arbitrarnog delovanja, uprkos tome ostaje njegova dužnost da kod odlučivanja u sudskom sporu u celini izrazi vrednosti koje su zastupljene u ustavnom poretku. Sudiji treba dati mogućnost da kreativno razvija zakon na način koji će biti usklađen sa ustavom.⁵⁰

ZAKLJUČAK

Načelo pravne države uključuje u sebi, kako načelo pravne sigurnosti, tako i načelo prilagođavanja prava društvenim odnosima. Slovenski Ustavni sud je prvo zapisao: *“Pravna država mora da poštuje načelo poverenja u pravo, pravnu sigurnost i druga načela pravne države. Načelo poverenja u pravu zahteva da su pojedinačne odluke koje su zakonite i usvojene bez prethodnih zadržki i koje po svojoj prirodi nisu prelaznog karaktera, stabilne. Pravo može da ostvaruje svoju funkciju uređivanja društvenog života ako je u što većoj meri stalno i trajno. Kako pravo, tako i celokupno postupanje svih državnih organa mora da bude predvidivo jer to zahteva pravna sigurnost. Sigurnost državljana zavisi od trajnosti akata. Time se ostvaruje poverenje građana”*.⁵¹ Međutim, pravnu sigurnost (načelo poverenja u pravo) nije moguće razumeti kao načelo koje zabranjuje svako menjanje trajnih pravnih odnosa, već ga treba razumeti kao načelo koje pojedincu obezbeđuje zaštitu od arbitrarnih intervencija. Ustavni sud je nastavio: *“Načelo zaštite poverenja u pravo inače ne znači pravnu nepromenljivost trajnih pravnih odnosa. Već to načelo obezbeđuje da zakonodavac pravni položaj pojedinca neće pogoršati arbitrarno, tj. bez razumnog razloga, utemeljenog u dominantnom javnom interesu”*.⁵² Slovenski ustavni sud je čak “konstruisao” novo (pod)načelo načela pravne države – načelo prilagođavanja prava društvenim odnosima. *“Načelo prilagođavanja prava društvenim odnosima jedno je od načela pravne države. To znači da zakonodavac može*

tisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung...?”

⁴⁹ B. Oppermann, op. cit., 109.

⁵⁰ *Ibidem*, 110.

⁵¹ Tako odluka Ustavog suda Republike Slovenije, br. U-I-266/95 od 20. novembra 1995. godine (Ur. l. RS, br. 69/95 i OdlUS IV, 116), tačka 11.

⁵² Odluka Ustavnog suda Republike Slovenije, br. U-I-11/07 od 13. 12. 2007. godine (Ur. l. RS, br. 122, 2007 i OdlUS XVI, 86). *“Ustavopravna zaštita protiv zakonskih intervencija za vreme posle stupanja zakona na snagu obezbeđena je u okviru načela zaštite poverenja u pravo koje je kao elemenat pravne sigurnosti jedno od načela pravne države iz 2. člana Ustava.”*

da uredi različito isti pravni položaj pravnih subjekata u različitim uzastopnim vremenskim periodima. Samo po sebi to ne znači intervenciju u načelo jednakosti pred zakonom. Drugačije je u slučaju kada zakonodavac promenjeno zakonsko uređenje u relativno kratkom vremenskom periodu ponovo promeni tako da ozakoni isto uređenje koje je važno pre zadnje promene. U tom slučaju je obavezan da poštuje načelo jednakosti po kome iste pravne položaje može da uredi različito samo ako za to ima razuman razlog koji proizilazi iz prirode stvari. Ako iz zakonodavnog gradiva proizilazi da takav razlog ne postoji, onda je dužan da uredi isto i pravni položaj subjekata za koje je u međuvremenu važno drugačije uređenje.”⁵³ Ustavni sud takođe naglašava da menjanje zakonodavstva nije samo pravo, odnosno ovlašćenje zakonodavca, već i njegova dužnost kada promenu diktiraju promenjeni društveni odnosi.⁵⁴ Ta dužnost zakonodavca važi posebno kada se promenjene potrebe tiču delovanja države ili sposobnosti efikasnog obezbeđivanja ljudskih prava.⁵⁵

Bez obzira na zahtev za promenom zakonodavstva, zahtev za pravnom sigurnošću odnosno stabilnošću zakonodavstva predstavlja zaštitu od samovolje i zloupotrebe zakona u cilju postizanja kratkoročnih interesa dnevne politike. Stabilno zakonodavstvo je naročito važno u vreme društvenih kriza jer tada često dolazi do brzog i nedovoljno promišljenog menjanja zakonodavstva kome obično slede nove zakonodavne promene. U vreme društvenih kriza takođe često dolazi do zloupotrebe pravnog oblika tj. do pravnog normiranja onih društvenih odnosa koji to ne podnose odnosno ne traže. U takvim periodima društva, načelo pravne sigurnosti odnosno poverenja u pravo mora da deluje najintenzivnije.⁵⁶

⁵³ Odluka Ustavnog suda Republike Slovenije, br. U-I-69/03 od 20. 10. 2005. godine (Ur. l. RS, br. 100/2005 i OdlUS XIV, 75)

⁵⁴ V. npr. odluke Ustavnog suda Republike Slovenije, br. U-I-65/08 od 25. 9. 2008. godine (Ur. l. RS, br. 96/2008 i OdlUS XVII, 49), br. U-I-307/11 od 12.4.2012. godine (Ur. l. RS, br. 100/2011, 36/2012), br. U-I-285/10 od 7.6.2012. godine (Ur. l. RS, br. 48/2012) i br. U-I-74/15 od 17. 3. 2016. godine (Ur. l. RS, br. 24/2016).

⁵⁵ Odluka Ustavnog suda Republike Slovenije, br. U-II-1/12, br. U-II-2/12 od 17. 12. 2012. godine (Ur. l. RS, br. 102/2012 i OdlUS XIX, 39).

⁵⁶ Uporedi Uršula Uršnik, *Pravna varnost in varstvo pričakovanih pravic*, Maribor, 2016, 20. Još je nemački pravni filozof *Gustav Radbruch* zapisao da tri vidika ideje prava – pravednost, celishodnost i pravna sigurnost – zajedno vladaju pravom u svim njegovim vidicima iako između sebe mogu stupiti u jake protivrečnosti. Različiti vremenski periodi teže tome da odlučujuće naglašavaju ovo ili ono načelo. *Gustav Radbruch*, *Filozofija prava*, Pravni fakultet i Cankarjeva založba, Ljubljana, 2001, 111. V. takođe, Yuliia Matvieieva, “Legal Certainty: Pro et Contra”, National University of Kyiv, Mohyla Academy, *Research Papers*, Tom 27, br. 12, 2018, 29–32; Yuliia Matvieieva, “The static and dynamic concepts of legal certainty”, National University of Kyiv, Mohyla Academy, *Research Papers*, Tom 18, br. 12, 2018, 34–38; Alexandre Sales Cabral Arlota, “The Quest for Dynamism in Contemporary Law: Multiple Dimensions of Legal Certainty”, *Panorama of Brazilian Law*,

Dr. BOŠTJAN TRATAR

Assistant Professor, Faculty of Government
and European Studies, New University
and State Attorney of Republic of Slovenia

THE LAW BETWEEN ENSURING LEGAL CERTAINTY
AND ADAPTATION TO SOCIAL RELATIONS

Summary

The author discusses the internal contradiction in law between ensuring justice/equity – *ius aequum* (which necessarily requires the adaptation of law to all factors that affect the substantive correctness and vitality of the decision) on the one hand and legal certainty – *ius strictum* (which insists on the eternity and immutability of law and the realization of legal law unconditionally) on the other hand. Legal certainty as an objective element of the legal order realizes the public interest, which is in the establishment of social integration and cooperation and the guarantee of human dignity. The author describes the transition from the absolute to the relative notion of legal certainty. The ideal of legal certainty in the absolute sense is today rejected by both the legal philosophy (*Hart, Endicott, Zagrebelsky, Frank*) and the legal systems themselves. There is a special paradox in law – more legal certainty means more freedom for the individual, which means increased risk, resulting in more and more complex legal norms, which leads to even more uncertainty (because the law is vague due to the semantic openness of words) – the law thus becomes a victim of itself.

Key words: legal certainty, certainty, fairness, American legal realism, judge-made law/case law

Literatura

Alcalá J. A. del R., “The Ideal of the Certainty in Law: The Skin and the Heart of Law”, *25th IVR World Congress, Law Science and Technology, Frankfurt am Main, 15–20 August 2011., Paper Series*, br. 103, 2012.

Alexy R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber Verlag, Freiburg, München, 1992.

Alpa G., *La certezza del Diritto nell'età dell'incertezza*, *Scientifica*, Napoli, 2006.

Altmeyer S., *Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht*, Nomos, Baden–Baden, 2003.

Arcos Ramírez F., *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000.

Arnauld A., *Rechtssicherheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

Tom 4, br. 5-6, 2016, 265–283; Maciej Chmielinski, Michał Rupniewski (ur.), *The Philosophy of Legal Change, Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Routledge, London, 2019, 20 i dalje; Robert Alexy: *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, 53: “Certainty is definitely a supreme value, but is not the only one. The value of legal certainty must be pondered together with that of material justice”. Nav. prema Federico Losurdo, “Beyond Certainty. Abuse of Rights and Balancing in Contemporary Jurisprudence”, *Comparative Law Review*, Tom 6, br. 2, 2015, 3.

- Ávila H., *Certainty in Law*, Springer International Publishing, Switzerland, 2016.
- Badura P., “Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts – verfassungsrechtliche Überlegungen”, *Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung*, Asgard Verlag Dr. Werner Hippe KG, Bonn – Bad Godesberg, 1973.
- Berger T., *Zulässigkeitsgrenzen der Rückwirkung von Gesetzen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002.
- Bermejo Vera J., *El declive de la seguridad jurídica en el ordanimiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.
- Blancke H.-J., *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- Bodul D., Čuveljak, J., Grbić, S., “(Još) o ujednačavanju sudske prakse u građanskim predmetima”, *Zbornik Pravnog Sveučilišta u Rijeci*, Tom 41, br. 1, 2020.
- Bumke C., *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- Cabral Arlota A. S., “The Quest for Dynamism in Contemporary Law: Multiple Dimensions of Legal Certainty”, *Panorama of Brazilian Law*, Tom 4, br. 5-6, 2016.
- Canaris C.-W., *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck, München, 1971.
- Chmielinski M., Rupniewski M., (ur.), *The Philosophy of Legal Change, Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Routledge, London, 2019.
- Diciotti E., *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999.
- Drechsler S., “Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, br. 4, 2015.
- Endicott T., *Vagueness and Law*, Oxford University Press, 2000.
- Fromont M., “Le principe de sécurité juridique”, *L'actualité juridique, Droit administratif*, 1996.
- Galič A., “Argument precedensa ali stališče Ustavnega sodišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od sodne prakse”, *Revus*, br. 1, 2003.
- García de Enterría E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
- Gometz G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005.
- Gusy Ch., “Richterrecht und Grundgesetz”, *Die öffentliche Verwaltung*, br. 11, 1992.
- Haverkate G., “Untaugliche Warnung vor dem Richterrecht”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Tom 11, br. 4, 1978.
- Hillgruber Ch., “Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem”, *Juristenzeitung*, br. 3, 1996.
- Ipsen J., *Richterrecht und Verfassung*, Duncker&Humblot, Berlin, 1975.
- Leisner A., *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

- Leisner W., "Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze", *Festschrift für Friedrich Berger* (ur. Blumenwitz, D., Randelhofer, A.), München, 1973.
- Lopez de Oñate F., *La certeza del Derecho*, Giuffrè, Milano, 1979.
- Losurdo F., "Beyond Certainty. Abuse of Rights and Balancing in Contemporary Jurisprudence", *Comparative Law Review*, Tom 6, br. 2, 2015.
- Luzzati C., *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990.
- Matvieieva Y., "Legal Certainty: Pro et Contra", National University of Kyiv, Mohyla Academy, *Research Papers*, Tom 27, br. 12, 2018.
- Maxeiner J., "Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law", *Houston Journal of International Law*, Tom 31, br. 1, 2008.
- Mello Aleixo P. S., *Verantwortbares Richterrecht: Eine rechtstheoretische und methodenkritische Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- Muckel S., *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*, Duncker&Humblot, Berlin, 1989.
- Neuhaus P. H., "Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws", 28 *Law and Contemporary Problems*, Fall 1963.
- Novak A., "Pojmovna jurisprudenca nekoč in danes", *Zbornik znanstvenih razprav*, Tom 69, Ljubljana, 2009.
- Oppermann B., "On the Role of Precedents and Legal Certainty in German Private Law", *Studia Iuridica Lublinsia*, Tom XXVII, br. 1, 2018.
- Pacteau B., "La sécurité juridique, un principe que nous manque?", *L'actualité juridique, Droit administratif*, br. 20, 1995.
- Perez Luño A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.
- Popelier P., "Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker", *Legisprudence*, Tom II, br. 1, 2008.
- Radbruch G., *Filozofija prava*, Pravni fakultet i Cankarjeva založba, Ljubljana, 2001.
- Radonjić A., "Da li sudije stvarju pravo? Debata između Harta i Dworkina", *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, br. 6, 2015.
- Raitio J., *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Kluwer, Dordrecht, 2003.
- Rüthers B., "Das Ungerechte an der Gerechtigkeit", Fehledeutungen eines Begriffs, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- Schmidt A., *Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz, Plädoyer für ein methodisches Vorgehen auf Grundlage des Legitimitätsgedankens*, Duncker&Humblot, Berlin, 2017.
- Schneider H.-P., *Richterrecht, Gesetzesrecht, Verfassungsrecht: Bemerkungen zum Beruf der Rechtssprechung im demokratischen Gemeinwesen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969.

- Scholz F., *Die Rechtssicherheit*, Walter de Gruyter, Berlin, 1955.
- Schuhr J. C., *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- Sendler H., "Mehr Gesetze, weniger Rechtsgewährung?", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 15. 9. 1995.
- Seyfarth G., *Die Änderung der Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker&Humblot, Berlin, 1998.
- Stötzel M., *Vertrauensschutz und Gesetzesrückwirkung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002.
- Šernhorst N., "Pravna (ne)sigurnost u slučaju promjene sudske prakse", *Zakonnost*, br. 4, 2019.
- Valembois A.-L., *La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit français*, LGDJ, Paris, 2005.
- Uršnik U., *Pravna varnost in varstvo pričakovanih pravic*, Maribor, 2016.
- Zagrebel'sky G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 09.09.2020.

Prihvaćen: 03.10.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VLADIMIR ĐURIĆ

ZAKONSKO UREĐIVANJE UČEŠĆA NACIONALNIH MANJINA U PREDSTAVNIČKIM TELIMA U SVETLU SHVATANJA USTAVNOG SUDA SRBIJE

Učešće nacionalnih manjina u predstavničkim telima u Republici Srbiji predviđeno je ustavnim normama. U ovom radu autor analizira normativnu regulativu takvog učešća iz perspektive zakonskih izmena iz 2020. godine i njihovu kompatibilnost sa nekoliko odluka Ustavnog suda. Zaključak je da zakonske izmene iz 2020. nisu u skladu sa pravnim shvatanjima Ustavnog suda i da mogu imati diskriminatorne efekte.

Ključne reči: participacija manjina, afirmativna akcija, diskriminacija, Ustavni sud

U V O D

– MEĐUNARODNOPRAVNI I UPOREDNI OKVIR UČEŠĆA NACIONALNIH MANJINA U JAVNIM POSLOVIMA

Priznati neku manjinu, dati njenim pripadnicima pravo na upotrebu maternjeg jezika, razvoj kulture i slično, a ne obezbediti im mogućnost efikasnog učešća u javnom životu značilo bi na neki način getoizirati ih.¹ Zbog toga je po mišljenju mnogih autora pravo na efektivnu participaciju inherentno modernoj, demokrat-skoj i ustavnoj državi, jer svi segmenti društva moraju imati osećaj uključenosti u

Dr Vladimir Đurić, viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, e-mail: vdjuric12@gmail.com.

¹ Boris Krivokapić, *Zaštita manjina u međunarodnom i uporednom pravu*, knj. 1, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004, 293.

proces demokratskog donošenja odluka.² Budući da se život društvene zajednice odvija na više koloseka, učešće nacionalnih manjina, odnosno njihovih pripadnika mora da bude ne samo efektivno, već i dovoljno raznovrsno, a posebno je važno da obuhvati učešće manjina u vlasti i donošenju odluka i to kako na lokalnom i regionalnom, tako i, u meri u kojoj je to opravdano, i na nacionalnom (državnom) nivou.³

Međunarodno pravo koje se odnosi na zaštitu nacionalnih manjina sadrži odredbe o političkoj participaciji nacionalnih manjina u državama u kojima žive. Međutim, relevantne odredbe su po shvatanju stručnjaka formulisane prilično neodređeno, u programskim pojmovima koji ostaju daleko od stvaranja standarda u vezi sa različitim mehanizmima koji bi trebalo da budu primenjeni da bi se postigao cilj osiguranja političkog učešća.⁴ No, i pored toga, u mnogim komentarima tih odredbi sadržano je stanovište prema kome pravo i mogućnost formiranja manjinskih političkih stranaka i njihova participacija u zakonodavnoj vlasti predstavljaju važne komponente učešća u javnim poslovima.

Deklaracija o pravima pripadnika nacionalnih ili etničkih, verskih i jezičkih manjina UN u članu 2. st. 2. pripadnicima manjina jamči pravo da efikasno učestvuju u društvenom i javnom životu, dok u stavu 3. istog člana nešto preciznije određuje da pripadnici manjina imaju pravo da efikasno učestvuju u donošenju odluka na nacionalnom i, gde je potrebno, regionalnom nivou u vezi sa manjinom kojoj pripadaju ili oblastima u kojima žive, na način koji je u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom. Iako Deklaracija nije pravno obavezujuća, njen je značaj veliki. U komentarima se, između ostalog, ističe da efikasno učešće manjina zapravo nameće potrebu njihovog predstavljanja u zakonodavnim, upravnim i savetodavnim organima i da pripadnici manjina imaju pravo da osnivaju političke partije.⁵

Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina Saveta Evrope predviđa u čl. 15. da strane ugovornice imaju obavezu da stvore uslove potrebne za delotvorno učešće pripadnika nacionalnih manjina u kulturnom, društvenom i ekonomskom životu i javnim poslovima, posebno onim koji se na njih odnose. U

² Marc Weller, "Article 15, Effective participation", *The Rights of Minorities in Europe: A Commentary on The European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, (ur. Marc Weller), Oxford, 2006, 430.

³ B. Krivokapić, op. cit., 293.

⁴ The Participation of Minorities in Decision-Making Processes <https://rm.coe.int/168009875e>, 22.08.2020.

⁵ Commentary of The Working Group on Minorities to The United Nations Declaration on The Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, para. 42, 44 – E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2.

Objašnjenju Konvencije ističe se da izloženi član, pre svega, ima za cilj da podstakne stvarnu ravnopravnost između pripadnika nacionalnih manjina i onih koji čine većinu, a da bi se stvorili neophodni uslovi za učešće pripadnika nacionalnih manjina, navodi se par primera opštih mera, u koje spadaju i efikasno učešće pripadnika nacionalnih manjina u procesu odlučivanja i izbornim telima na nacionalnom i lokalnom nivou.⁶

Najširu lepezu mera kojima se omogućava ili olakšava participacija pripadnika manjina sadrže Preporuke iz Lunda o delotvornom učešću nacionalnih manjina u javnom životu iz 1999. Visokog komesara za nacionalne manjine OEBS-a. Preporuke, razume se, nisu pravno obavezujuće, jer spadaju u tzv. meko međunarodno pravo, ali sadrže zanimljive predloge vladama na koji način i posredstvom kojih mehanizama mogu da omoguće ili unaprede delotvorno učešće nacionalnih manjina u javnim poslovima. U tom smislu, rešenja u pogledu izbora, prema Preporukama, bi trebalo da omoguće da propisi o osnivanju i aktivnosti političkih partija budu u skladu sa načelom međunarodnog prava o slobodi izbora, a da bi izborni sistem trebalo da olakša manjinama predstavljanje i uticaj posredstvom izbornih jedinica koje bi mogle da obezbede dovoljnu zastupljenost manjina, u slučaju da se u izbornim jedinicama bira po jedan predstavnik, ili uvođenjem proporcionalnog izbornog sistema koji može da pomogne boljoj zastupljenosti manjina, ili posredstvom nekog oblika preferencijalnog glasanja, ili nižim brojčanim pragom koji može da ojača mogućnost uključivanja nacionalnih manjina u proces upravljanja.

U uporednom pravu primenjene su različite mere kojima se omogućava ili olakšava učešće nacionalnih manjina u javnim poslovima. Tako se primera radi, u uporednom izbornom zakonodavstvu u Evropi mogu uočiti sledeći vidovi mera afirmativne akcije u izbornom zakonodavstvu: dupli glas, specijalne izborne liste, mere u vezi sa izbornim cenzusom (niži cenzus ili njegovo ukidanje), mere u vezi sa izbornim jedinicama (poseban Gerrymandering), rezervisana mesta za pripadnike grupa koje su beneficijari, zastupljenost na izbornim listama, upotreba manjinskih jezika u izbornom procesu, itd.⁷

⁶ Explanatory Report, Council of Europe Doc. H (95) 10, para. 80.

⁷ The European Commission for Democracy Through Law, Report on Electoral Rules and Affirmative Action for National Minorities' Participation in Decision - Making Process in European Countries, adopted by the Council for Democratic Elections at its 12th meeting (Venice 10th March 2005) and the Venice Commission at its 62th Plenary Session (Venice 11-12 March 2005) on the basis of comments by Mrs. Mirjana Lazarova Trajkovska, CDL-AD (2005) 009, 5.

USTAVNI OKVIR ZA UČEŠĆE NACIONALNIH MANJINA U JAVNIM POSLOVIMA
U REPUBLICI SRBIJI I ZAKONSKO UREĐIVANJE POLOŽAJA
POLITIČKIH STRANAKA NACIONALNIH MANJINA

Nizom odredbi Ustav Republike Srbije predviđa rešenja kojima se obezbeđuje ravnopravnost pripadnika nacionalnih manjina u vođenju javnih poslova, odnosno kojima se olakšava učešće pripadnika nacionalnih manjina u javnim poslovima.

Učešće građana, pa time i pripadnika nacionalnih manjina, u političkom životu zemlje i formiranju političke volje, zagarantovano je najpre ustavnim odredbama o izbornom pravu i slobodi udruživanja. Shodno članu 52. stav 1. i 2. Ustava Republike Srbije, svaki punoletan, poslovno sposoban državljanin Srbije ima pravo da bira i da bude biran. Izorno pravo je opšte i jednako, izbori su slobodni i neposredni, a glasanje je tajno i lično.

Osim odredbe o nosiocu suverenosti koja se odnosi i na pripadnike manjina kao građane Republike Srbije, Ustav je u članu 77. stav 1. izričito predvideo da pripadnici nacionalnih manjina imaju, pod istim uslovima kao ostali građani, pravo da učestvuju u upravljanju javnim poslovima i da stupaju na javne funkcije. Štaviše, u stavu 2. istog člana Ustava, predviđeno je da se pri zapošljavanju u državnim organima, javnim službama, organima autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave vodi računa o nacionalnom sastavu stanovništva i odgovarajućoj zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina. Osim opštih odredbi, Ustav sadrži i posebna rešenja koja stvaraju uslove za efikasno učešće pripadnika manjina u pojedinim vidovima društvenog života i javnih poslova.

U tom smislu svakako su najvažnije posebne ustavne odredbe kojima se stvara pravni osnov za učešće pripadnika nacionalnih manjina u predstavničkim telima na svim nivoima organizovanja javne vlasti. Prema članu 100. stav 2. Ustava, u Narodnoj skupštini Republike Srbije, kao najvišem predstavničkom telu i nosiocu ustavotvorne i zakonodavne vlasti, obezbeđuje se ravnopravnost i zastupljenost predstavnika nacionalnih manjina. Ustav predviđa u članu 180. stav 4. da se u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave u kojima živi stanovništvo mešovitog nacionalnog sastava omogućuje srazmerna zastupljenost nacionalnih manjina u skupštinama, u skladu sa zakonom.

Izložene odredbe članova 77, 100. i 180. Ustava nameću izvesna pitanja. Najpre, postavlja se pitanje da li se pod ustavnim određenjem o “odgovarajućoj zastupljenosti” pri zapošljavanju u državnim organima, javnim službama i organima pokrajine i lokalne samouprave može smatrati srazmerna zastupljenost? Sudeći prema članu 180. Ustava koji predviđa srazmernu zastupljenost nacionalnih

manjina u pokrajinskim i lokalnim skupštinama, čini se da Ustav razlikuje *srazmernu i odgovarajuću* zastupljenost u tom smislu što srazmernu zastupljenost vezuje za pokrajinska i lokalna predstavnička tela, dok odgovarajuću zastupljenost utvrđuje kao vrednost o kojoj bi trebalo voditi računa pri zapošljavanju. S druge strane, budući da se odgovarajuća zastupljenost vezuje za *zapošljavanje*, a srazmerna zastupljenost za *pokrajinske i lokalne skupštine*, jasno je da se na osnovu izloženih ustavnih odredbi u Narodnoj skupštini mora obezbediti zastupljenost predstavnika nacionalnih manjina, ali da ta zastupljenost ne mora biti ni odgovarajuća, a ni srazmerna.

Obezbeđivanje zastupljenosti predstavnika nacionalnih manjina u Narodnoj skupštini i omogućavanje njihove srazmerne zastupljenosti u lokalnim i pokrajinski predstavničkim telima, s jedne, i ustavno impliciranje izbora po listama,⁸ s druge strane, nesumnjivo upućuju na zaključak o važnosti manjinskih političkih stranaka u pravnom i političkom sistemu Republike Srbije. Zbog toga bi dalju analizu trebalo usmeriti na pitanje kako je zakonski uređen položaj političkih stranaka nacionalnih manjina u izbornom procesu i da li su u tom procesu prepoznati njihov značaj i uloga.

Dugo vremena u političkom i pravnom sistemu Republike Srbije, od kada je usvojeno rešenje prema kome je čitava država jedna izborna jedinica, na izborima za Narodnu skupštinu Republike Srbije nije postojalo nikakvo afirmativno rešenje u korist političkih stranaka i političkih predstavnika nacionalnih manjina. Izmenama Zakona o izboru narodnih poslanika (u dajem tekstu ZINP) iz 2004.⁹ u domaće izbornu zakonodavstvo uvedeno je rešenje prema kome su političke stranke nacionalnih manjina i koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina učestvovala u raspodeli mandata i kad su dobile manje od 5% glasova od ukupnog broja birača koji su glasali. Na taj način, domaće zakonodavstvo se od te godine priklonilo modelu tzv. "prirodnog praga" za stranke nacionalnih manjina kao jednom od mogućih modela omogućavanja učešća nacionalnih manjina u procesu donošenja odluka, odnosno u javnim poslovima na državnom nivou. Potpuno istovetno rešenje bilo je uvedeno i Zakonom o lokalnim izborima (u daljem tekstu ZLI).¹⁰ Na nivou AP Vojvodine stvari su međutim jedno vreme stajale drugačije. Naime, prvobitno je Pokrajinskom skupštinskom odlukom o iz-

⁸ Ono sledi iz ustavne odredbe prema kojoj kandidata za predsednika Vlade Narodnoj skupštini predlaže predsednik Republike, pošto sasluša mišljenje predstavnika *izabranih izbornih lista*.

⁹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izboru narodnih poslanika, *Službeni glasnik RS*, br. 18/04.

¹⁰ Zakon o lokalnim izborima, *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007.

boru poslanika u Skupštini AP Vojvodine¹¹ bilo predviđeno da se poslanici bira-ju po proporcionalnom i većinskom izbornom sistemu i to tako što se po proporcionalnom izbornom sistemu u Pokrajini, kao jednoj izbornoj jedinici, biralo 60 poslanika, dok se po većinskom izbornom sistemu biralo 60 poslanika između pojedinačno utvrđenih kandidata sa liste kandidata u izbornim jedinicama utvrđenih posebnim aktom. Na osnovu takvog rešenja osvajanje mandata predstavnika nacionalnih manjina na izborima, u delu izbora koji su se odvijali po većinskom izbornom sistemu, zavisilo je od načina na koji su bile određene izborne jedinice, dok je za proporcionalne izbore Odluka preuzela istovetno rešenje koje je u to vreme bilo predviđeno za republičke i lokalne izbore, dakle, prema kome su u raspodeli mandata učestvovalе izborne liste koje su dobile najmanje 5% glasova od ukupnog broja glasova birača koji su glasali, dok su političke stranke nacionalnih manjina i koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina učestvovalе u raspodeli mandata i kada su dobile manje od 5% glasova od ukupnog broja birača koji su glasali. Pokrajinskom skupštinskom odlukom o izboru poslanika u Skupštinu Autonomne Pokrajine Vojvodine iz 2014.¹² čitava AP Vojvodina je postala jedna izborna jedinica za izbor poslanika u Skupštinu AP Vojvodine, a za političke stranke nacionalnih manjina i koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina usvojeno je istovetno rešenje kao i na republičkim i lokalnim izborima – da učestvuju u raspodeli mandata i kada su dobile manje od 5% glasova od ukupnog broja birača koji su glasali. Sva izložena rešenja suštinski su promenjena 2020. Imajući u vidu da se Ustavni sud Srbije u nekoliko predmeta i u različitim kontekstima izjašnjavao o položaju i ulozi političkih stranaka nacionalnih manjina u izbornom procesu, kao i o smislu i domašaju izloženih rešenja, dalju pažnju bi valjalo usmeriti na pitanje da li su i u kojoj meri izmene iz 2020. odgovarale shvatanjima Ustavnog suda. Razume se da je prvi korak u toj analizi razmatranje shvatanja Ustavnog suda o izloženim pravnim rešenjima o pravnom položaju političkih stranaka nacionalnih manjina u izbornom procesu.

SHVATANJA USTAVNOG SUDA O PRAVNOM POLOŽAJU POLITIČKIH STRANAKA NACIONALNIH MANJINA U IZBORNOM PROCESU

Prvo od pitanja u vezi s izloženim zakonskim rešenjima u pogledu pravnog položaja političkih stranaka nacionalnih manjina u izbornom procesu koja su va-

¹¹ Pokrajinska skupštinska odluka o izboru poslanika u Skupštini AP Vojvodine, *Službeni list APV*, br. 12/2004, 20/2008, 5/2009, 18/2009 i 23/2010.

¹² Pokrajinska skupštinska odluka o izboru poslanika u Skupštinu AP Vojvodine, *Službeni list APV*, br. 23/2014.

žila do 2020, a s kojim se u svojoj praksi suočio Ustavni sud, sastojalo se u dilemi da li ukidanje izbornog cenzusa u korist političkih stranaka nacionalnih manjina predstavlja privilegiju koja narušava jednakost i diskriminiše građane koji ne pripadaju nacionalnim manjinama.

Sa izloženim pitanjem Ustavni sud Srbije suočio se povodom jedne inicijative kojom je osporena ustavnost tada važećeg člana 81. Zakona o izboru narodnih poslanika. Inicijator je osporio član 81. Zakona, sa tvrdnjom da omogućavanje da političke stranke nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina učestvuju u raspodeli mandata kad su dobile manje od 5% glasova od ukupnog broja birača koji su glasali, "služi za kombinaciju stvaranja veštačke većine u parlamentu, što predstavlja majorizaciju i diskriminaciju u odnosu na ostale građane", kao i da "niko nema pravo da poslanike stranke koja je dobila manje od 5% glasova raspodeljuje matematikom, jer se time menja izborna volja građana čime je povređena odredba člana 21. Ustava i Deklaracija OUN".

Ustavni sud je u tom predmetu "ocenio da odredbom člana 81. stav 2. Zakona, kojom je za liste nacionalnih manjina isključena eliminatorna klauzula, ispunjen ustavni nalog o obezbeđivanju pune i efektivne ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina u izbornom postupku". Zapravo, Sud je rezonovao da je zakonodavac članom 100. stav 2. Ustava dobio izričiti nalog, ali i ovlašćenje, da izabere način na koji će obezbediti ravnopravnost i zastupljenost predstavnika nacionalnih manjina u Narodnoj skupštini. U tom pogledu njegovo pravno oblikovanje je slobodno, smatrao je Sud, utoliko što će u odnosu na izborne liste političkih stranaka većinskog naroda postupati diferencirano, bilo tako što će propisati manji broj birača koji treba da podrži izbornu listu političkih stranaka nacionalnih manjina, bilo tako što će rezervisati određeni broj mandata koji pripadaju manjinskim zajednicama u Republici Srbiji, srazmerno njihovoj numeričkoj snazi, ili tako što će "manjinske liste" privilegovati ustanovljavanjem "prirodnog praga" za njihovo učešće u raspodeli mandata, odnosno tako što će, kao što je to i učinjeno odredbom člana 43. stav 1. Zakona, zadržati jedinstveni broj birača koji je potreban da bi se podržala svaka, pa i izborna lista stranaka nacionalnih manjina, uz isključenje izbornog praga za izborne liste manjinskih zajednica. "Bilo koju alternativu da izabere," mišljenje je bilo Suda, "zakonodavac će odgovoriti ustavnom nalogu da obezbedi ravnopravnost i zastupljenost nacionalnih manjina u centralnoj predstavničkoj instituciji."¹³

Ostavljajući po strani pitanje zašto je Ustavni sud smatrao da su sve navedene mogućnosti alternativno postavljene, moglo bi se rezonovati da je izloženim stanovištem Ustavni sud Srbije zapravo dopustio da se ustavni nalog obezbeđiva-

¹³ Odluka IU broj 42/2008 od 14. aprila 2011, *Službeni glasnik RS*, br. 28/2011.

nja zastupljenosti nacionalnih manjina u Narodnoj skupštini tumači kao bezuslovni, a da postupanje zakonodavca u njegovom izvršavanju nije ničim ograničeno. Takvo rezonovanje međutim nije u potpunosti ispravno. Najpre, trebalo bi imati u vidu da se, uopšte uzet, smatra da je pri preduzimanju bilo kojih mera afirmativne akcije *princip nediskriminacije gornja granica njihove primene u savremenom demokratskom društvu zasnovanom na jednakosti*.¹⁴ Naime, ravnopravnost kao osnovni *ratio* usvajanja i primene mera afirmativne akcije zaista nalaže da mere afirmativne akcije ne deluju povratno diskriminatoriski. U izbornom procesu takve mere ne smeju da imaju karakter apsolutne privilegije, dobijanja mandata bez ikakvog demokratskog uporišta.

U tom smislu, trebalo bi istaći da po svojoj vrsti i suštini, zakonsko rešenje o ukidanju izbornog cenzusa za političke stranke nacionalnih manjina koje je bilo važeće u doba donošenja naznačene Odluke Ustavnog suda nije značilo da su političke stranke nacionalnih manjina na izborima dobijale mandate bez osvojenih glasova. Upravo suprotno, izabrani model zapravo je nalagao postojanje tzv. "prirodnog praga", odnosno izbornog količnika koji su političke stranke nacionalnih manjina morale da postignu da bi dobile mandat u političkom predstavništvu i zbog toga je u potpunosti bilo u skladu sa Ustavom. Uostalom, trebalo bi istaći da je u istom predmetu i sam Sud smatrao da je "isključenje eliminatorne klauzule i ustanovljavanje "prirodnog praga" za manjinske izborne liste *dovoljna garancija pune i efektivne ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina...*"(podv.V.Đ.).¹⁵ Izloženo shvatanje Ustavnog suda se zbog suštinski istovetnog rešenja svakako odnosilo i na lokalne izbore.

Upravo imajući u vidu zaštitu ravnopravnosti, u pojedinim radovima u vreme važenja izloženih zakonskih rešenja ukazivano je da je otvoreno pitanje da li bi u važećem ustavnopravnom okviru uvođenje nekog drugog izbornog modela olakšanog učešća nacionalnih manjina u zakonodavnom telu, primera radi modela tzv. zagarantovanih mesta, uopšte bilo u skladu sa Ustavom, kao i da ustavne odredbe o zastupljenosti predstavnika nacionalnih manjina u Narodnoj skupštini

¹⁴ Specijalni izveštilac UN Bosi u svom Izveštaju to jasno ističe kada stoji na stanovištu da afirmativna akcija ne predstavlja izuzetak od principa nediskriminacije, već da se pre može reći da princip nediskriminacije utvrđuje granice svake afirmativne akcije – Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous People and Minorities, The Concept and Practice of Affirmative Action – Progress Report submitted by Mr. Bossuout, Special Rapporteur in accordance with Sub-Commission Resolution 1998/5 prevod u B. Krivokapić, op. cit., 862.

¹⁵ Odluka IU broj 42/2008 od 14. aprila 2011, *Službeni glasnik RS*, br. 28/2011.

(član 100. stav 2) i njihovo zakonsko uređivanje *ne smeju da dovedu do prezastupljenosti*, jer bi to značilo povratnu povredu ravnopravnosti.¹⁶

U vezi s rešenjima u pogledu pokrajinskih izbora, Ustavni sud se na njih osvrnuo u predmetu ocene ustavnosti Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine¹⁷ u kojem je ovlašćeni predlagač, između ostalog, osporavao ustavnost čl. 2. st. 1. tog Zakona kojim je predviđeno da AP Vojvodina, u skladu sa Ustavom Republike Srbije i Statutom AP Vojvodine, uređuje nadležnost, izbor, organizaciju i rad organa i službi koju osniva. Predlagačeva argumentacija je bila da izložena zakonska odredba nije u skladu sa odredbom člana 180. stav 4. Ustava, s obzirom na to da AP Vojvodina nesumnjivo spada u autonomnu pokrajinu u kojoj živi stanovništvo mešovitog nacionalnog sastava, pa se stoga u njenoj skupštini mora zakonskim rešenjem obezbediti srazmerna zastupljenost nacionalnih manjina, a ne Zakonom predvideti da izbor svojih organa AP Vojvodina samostalno uređuje, i to samo u skladu sa Ustavom i Statutom. Ustavni sud je svojom Odlukom u tom predmetu¹⁸ odbio predlog za utvrđivanje neustavnosti zbog toga što je osporavana odredba *in texto* preuzeta odredba čl. 183. st. 1. Ustava, pri čemu je stao na stanovište da time što način obezbeđivanja srazmerne zastupljenosti nacionalnih manjina u skupštini autonomne pokrajine nije uređen Zakonom čija je odredba osporavana ne znači, sa jedne strane da je osporena odredba Zakona koja je preuzeta iz Ustava sa njim nesaglasna, “*niti znači da zakonodavac nema obavezu da drugim zakonom uredi ovo pitanje*” (podv. V.Đ.). Drugim rečima, iako je osporenu odredbu ostavio na snazi, Ustavni sud je jasno istakao obavezu zakonodavca da obezbedi srazmernu zastupljenost nacionalnih manjina u Skupštini AP Vojvodine, a što zapravo znači da se srazmerna zastupljenost nacionalnih manjina u pokrajinskoj skupštini ne može uređivati isključivo pokrajinskim opštim aktom.

POLOŽAJ POLITIČKIH STRANAKA NACIONALNIH MANJINA PREMA NOVIM ZAKONSKIM REŠENJIMA

Izmenama ZINP iz 2020,¹⁹ kao što je istaknuto, suštinski je promenjen pravni položaj političkih stranaka nacionalnih manjina u izbornom procesu. Naj-

¹⁶ Vladimir Đurić, “Izbori i delotvorno učešće nacionalnih manjina u javnim poslovima”, *Izbori u domaćem i stranom pravu* (ur. Oliver Nikolić, Vladimir Đurić), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, 148–149.

¹⁷ Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine, *Službeni glasnik RS*, br. 99/09.

¹⁸ IY3-353/2009, *Službeni glasnik RS*, br. 67/2012.

¹⁹ Zakon o izmenama Zakona o izboru narodnih poslanika, *Službeni glasnik RS*, br. 12/2020.

pre, novim tekstom čl.81.st.1. predviđeno je da u raspodeli mandata učestvuju samo izborne liste koje su dobile najmanje 3% glasova od ukupnog broja glasova birača koji su glasali. Stavom 2. istog člana propisano je da političke stranke nacionalnih manjina i koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina učestvuju u raspodeli mandata i kad su dobile manje od 3% glasova od ukupnog broja birača koji su glasali, pri čemu se prilikom raspodele mandata primenom sistema najvećeg količnika, količnici svih izbornih lista političkih stranaka nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina uvećavaju za 35%. Istovetna rešenja propisana su i Zakonom o izmenama i dopuni ZLI,²⁰ kao i Pokrajinskom skupštinskom odlukom o izmenama i dopuni Pokrajinske skupštinske odluke o izboru poslanika u Skupštinu Autonomne pokrajine Vojvodine.²¹ Nova rešenja u pogledu raspodele mandata u korist političkih stranaka nacionalnih manjina i njihovih koalicija iziskuju posebno razmatranje čiji bi fokus trebalo da bude na pravnoj prirodi i realnim domašajima takvih rešenja, kao na njihovoj usaglašenosti sa izloženim stanovištima Ustavnog suda Srbije.

Nesumnjivo je da su i novousvojena rešenja afirmativnog karaktera i da olakšavaju učešće političkih predstavnika nacionalnih manjina u predstavničkim telima na svim nivoima organizovanja javne vlasti, tačnije da predstavljaju jedan vid afirmativne akcije u oblasti političkih odnosa u korist nacionalnih manjina. Imajući u vidu da se u relevantnim međunarodnim telima smatra da preduzete mere afirmativne akcije u izbornom procesu moraju biti srazmerne stvarnim potrebama grupa i biti usmerene ka postizanju jednakih mogućnosti, tako da afirmativna akcija ne sme da bude mehanizam koji ustanovljava privilegije, već mehanizam koji obezbeđuje efektivna prava koja pripadnici većine već uživaju,²² može se postaviti pitanje da li su izložene mere za koje se opredelio domaći zakonodavac u skladu sa takvim zahtevom? Razume se da bi pri odgovoru na to pitanje trebalo imati u vidu da se, kao što je istaknuto, smatra da je pri preduzimanju bilo kojih mera afirmativne akcije princip nediskriminacije gornja granica njihove

²⁰ Zakonom o izmenama i dopuni Zakona o lokalnim izborima, *Službeni glasnik RS*, br. 12/2020.

²¹ Pokrajinska skupštinska odluka o izmenama i dopuni Pokrajinske skupštinske odluke o izboru poslanika u Skupštinu AP Vojvodine, *Službeni list APV*, br. 12/20.

²² The European Commission for Democracy Through Law, Report on Electoral Rules and Affirmative Action for National Minorities' Participation in Decision – Making Process in European Countries, adopted by the Council for Democratic Elections at its 12th meeting (Venice 10th March 2005) and the Venice Commission at its 62th Plenary Session (Venice 11–12 March 2005) on the basis of comments by Mrs. Mirjana Lazarova Trajkovska, CDL-AD (2005) 009 p. 4.

ve primene u savremenom demokratskom društvu zasnovanom na jednakosti.²³ U tom smislu, u vezi s novousvojenim zakonskim rešenjima najpre se postavlja pitanje da li afirmativne mere u korist političkih stranaka nacionalnih manjina predstavljaju privilegiju koja narušava jednakost i diskriminiše građane koji ne pripadaju nacionalnim manjinama?

Pri odgovoru na izloženo pitanje najpre bi trebalo istaći da za razliku od modela koji je bio na snazi do 2020. a koji je nalagao da političke stranke nacionalnih manjina i njihove koalicije pređu "prirodni prag", tačnije da osvoje određeni broj glasova koji je jednak izbornom količniku da bi dobile mandat u političkom predstavništvu, novousvojena rešenja iz 2020. izgleda da omogućavaju dobijanje mandata i bez odgovarajućeg demokratskog uporišta. Nesumnjivo je tačno da je opšte snižavanje izbornog cenzusa omogućilo da političke stranke nacionalnih manjina i njihove koalicije, s istim brojem osvojenih glasova kao i na prethodnim izborima, budu stavljene u položaj da osvoje manje mandata, budući da su se njihovi mandati osvojeni na osnovu "prirodnog praga" raspodeljivali na uštrb "rasutih glasova", tačnije na račun glasova onih učesnika u izbornom procesu koji su ostali ispod linije cenzusa kojih će zbog snižavanja tog cenzusa, po prirodi stvari, na svim narednim izborima biti manje, ako ih uopšte i bude bilo. No, samo jezičko tumačenje novousvojenih rešenja nalaže da u slučaju da sve izborne liste pređu cenzus, ili da nema dovoljno rasutih glasova, primena mere koja je usvojena 2020. podrazumeva da se ona izvrši na štetu drugih političkih stranaka, tačnije izbornih lista! Izloženo *a fortiori* vredi ako se u vidu ima činjenica da se za 35% uvećavaju količnici *svih izbornih lista političkih stranaka nacionalnih manjina i njihovih koalicija*, dakle kako onih koje su dobile manje, tako i onih koje su dobile više od 3% glasova od ukupnog broja glasova birača!!!

Imajući u vidu mogućnost izloženog tumačenja, Narodna skupština je usvojila Autentično tumačenje čl. 40. st. 5. ZLI prema kome zakonsku odredbu kojom se propisuje da političke stranke nacionalnih manjina i koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina učestvuju u raspodeli mandata i kad su dobile manje od 3% glasova od ukupnog broja birača koji su glasali, pri čemu se prilikom raspodele mandata primenom sistema najvećeg količnika, količnici svih izbornih lista političkih stranaka nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina uvećavaju za 35% treba razumeti tako da se pravilo po kojem se količnici izbornih lista političkih stranaka nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina uvećavaju za 35% odnosi samo na liste onih političkih

²³ Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous People and Minorities, The Concept and Practice of Affirmative Action – Progress Report submitted by Mr. Bossuout, Special Rapporteur in accordance with Sub-Commission Resolution 1998/5 prevod u B. Krivokapić, op. cit., 862.

stranaka nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina koje su dobile manje od 3% glasova (podv. V.Đ.).²⁴

Autentično tumačenje istovetne sadržine usvojila je i Skupština AP Vojvodine u pogledu člana 47. st. 4. Pokrajinske skupštinske odluke o izboru poslanika u Skupštinu Autonomne pokrajine Vojvodine.²⁵ Ostavljajući po strani činjenicu da izložena autentična tumačenja ne odgovaraju prirodi i svrsi autentičnog tumačenja, već da su pre izmene izmena ZLI i Pokrajinske skupštinske odluke, važno je istaći da je istovetno autentično tumačenje izostalo u pogledu ZINP, tako da je otvoreno pitanje da li bi navedenu odredbu čl. 81. st. 2. ZINP trebalo razumeti tako da se ona odnosi samo na liste onih političkih stranaka nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina koje su dobile manje od 3% glasova!

Na izborima održanim 21. juna i 1. jula 2020, prema Izveštaju Republičke izborne komisije (dalje RIK) o ukupnim rezultatima izbora 2020,²⁶ nijedna izborna lista političkih stranaka nacionalnih manjina ili koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina nije osvojila više od 3% glasova, tako da se na osnovu prakse ne može sa sigurnošću tvrditi da li bi RIK, u slučaju da su pojedine izborne liste osvojile više od 3% glasova, i takvim listama količnike uvećavala za 35% pridržavajući se važeće odredbe ZINP i njenog jezičkog tumačenja, ili bi se pak, primenom analogije, držala autentičnog tumačenja ZLI. Bilo kako bilo, jasno je da je izmenama ZINP i ZLI, kao i usvajanjem autentičnog tumačenja ZLI, možda i smišljeno, kreiran pravni okvir koji ne ispunjava zahteve jasne pravne norme u izuzetno važnoj sferi društvenih odnosa i koji bi mogao da omogući diskreciono postupanje RIK, a time i naruši jednoobraznost modela učešća predstavnika nacionanih manjina u predstavničkim telima. Takvo se postupanje zakonodavca ne može pravdati shvatanjem Ustavnog suda prema kome će bilo kojim rešenjem zakonodavac odgovoriti ustavnom nalogu da obezbedi ravnopravnost i zastupljenost nacionalnih manjina u centralnoj predstavničkoj instituciji, jer je, kao što je istaknuto, upravo Ustavni sud bio mišljenja da je isključenje eliminatorne klauzule i ustanovljavanje "prirodnog praga" za manjinske izborne liste dovoljna garancija pune i efektivne ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina!

Shvatanja Ustavnog suda nisu u dovoljnoj meri uvažena ni u pogledu pokrajinskih izbora. Naime, iako su rešenja u vezi s olakšanim učešćem predstavnika

²⁴ Autentično tumačenje odredbe člana 40.stav 5. Zakona o lokalnim izborima, *Službeni glasnik RS*, br. 16/2020.

²⁵ Autentično tumačenje odredbe člana 47. stav 4. Pokrajinske skupštinske odluke o izboru poslanika u Skupštinu AP Vojvodine, *Službeni list APV*, br. 14/20.

²⁶ Dostupno na <https://www.rik.parlament.gov.rs/>, 31.08.2020.

ka nacionalnih manjina sadržinski istovetna onima koja važe za lokalna predstavnička tela, a kao što je u prethodnom odeljku navedeno, otvoreno je pitanje da li su usklađena i sa rešenjima koja važe za republički nivo, ona, u formalnom smislu, ipak nisu propisana zakonom, već isključivo pokrajinskim skupštinskim aktima, tako da se zakonodavac oglušio o svoju ustavnu obavezu da zakonom uredi to pitanje, iako je na tu obavezu svojevremeno jasno ukazao i Ustavni sud.

ZAKLJUČAK

Participacija nacionalnih manjina u javnim poslovima sastavni je element njihove zaštite, a pravo i mogućnost formiranja manjinskih političkih stranaka i njihovo učešće u predstavničkim telima na različitim nivoima organizovanja javne vlasti predstavljaju važne, ako ne i najvažnije komponente učešća u javnim poslovima. U Republici Srbiji je ustavnim odredbama predviđeno da se u Narodnoj skupštini obezbeđuje ravnopravnost i zastupljenost predstavnika nacionalnih manjina, kao i da se u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave u kojima živi stanovništvo mešovitog nacionalnog sastava omogućuje srazmerna zastupljenost nacionalnih manjina u njihovim skupštinama, u skladu sa zakonom. Dugo vremena ta ustavna rešenja su implementirana kroz odredbe ZINP i ZLI kojima je bilo predviđeno da političke stranke nacionalnih manjina i koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina učestvuju u raspodeli mandata kad su dobile manje od procentualno utvrđenog cenzusa glasova, a što je Ustavni sud smatrao dovoljnom garancijom pune i efektivne ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina.

Izmenama ZINP i ZLI iz 2020. predviđeno je snižavanje izbornog cenzusa sa 5% na 3%, ali i rešenje prema kome političke stranke nacionalnih manjina i koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina učestvuju u raspodeli mandata i kad su dobile manje od 3% glasova od ukupnog broja birača koji su glasali, pri čemu se prilikom raspodele mandata primenom sistema najvećeg količnika, količnici svih izbornih lista političkih stranaka nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina uvećavaju za 35%. Upravo uvećanje izbornog količnika svih izbornih lista političkih stranaka nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina za 35% i jedino moguće jezičko tumačenje iz koga sledi da bi takvim uvećavanjem bile obuhvaćene kako izborne liste koje su osvojila manje, tako i one koje su osvojile više od 3% glasova od ukupnog broja birača koji su glasali, suštinski narušavaju jednakost izbornog prava koje je zajamčeno čl. 52. st. 2. Ustava i zapravo znače da je zarad snižavanja izbornog cenzusa čiji *ratio* nije tema ovog rada, ali koji je sasvim sigurno oličen u

jednokratnom i partikularnom interesu pojedinih političkih struktura, zakonodavac usvojio rešenje koje nije u skladu s Ustavom i izloženim shvatanjem Ustavnog suda prema kome je ukidanje izbornog cenzusa za političke stranke nacionalnih manjina i koalicije političkih stranaka nacionalnih manjina dovoljna garancija pune i efektivne ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina u njihovoj političkoj participaciji. Naknadno usvojeno autentično tumačenje ZLI prema kome se uvećavanje količnika za 35% odnosi samo na liste onih političkih stranaka nacionalnih manjina i koalicija političkih stranaka nacionalnih manjina koje su dobile manje od 3% glasova suštinski ne opovrgava mogućnost diskriminacije, jer se zbog snižavanja opšteg cenzusa osnovano može očekivati da će broj "rasutih glasova", tačnije glasova onih učesnika u izbornom procesu koji su ostali ispod linije cenzusa, a na čiji uštrb se raspoređuju mandati manjinskim političkim strankama i koalicijama u svakom narednom izbornom ciklusu biti sve manji. Takođe, budući da se odnosi samo na lokalne izbore, otvoreno je pitanje domašaja izloženog autentičnog tumačenja na republičke izbore. To, sve u svemu, stvara jedan nejasan izborni model koji jednim delom nije u skladu s Ustavom i koji ne odgovara shvatanjima Ustavnog suda Srbije.

Dr. VLADIMIR ĐURIĆ
Senior Research Fellow
Institute of Comparative Law

LEGAL REGULATION OF THE NATIONAL MINORITIES PARTICIPATION
IN THE REPRESENTATIVE BODIES IN THE LIGHT
OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S LEGAL REASONING

Summary

The participation of national minorities in the representative bodies in the Republic of Serbia is provided by the constitutional norms. In this paper the author analyses the normative regulation of such participation from the perspective of the 2020 legislative changes and their compatibility with several Constitutional Court's decisions. The conclusion is that the 2020 legislative changes are not in compliance with the legal reasoning of the Constitutional Court and that they can have discriminatory effects.

Key words: minority participation, affirmative action, discrimination, Constitutional Court

Literatura

Commentary of The Working Group on Minorities to The United Nations Declaration on The Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2.

- Đurić V., “Izbori i delotvorno učešće nacionalnih manjina u javnim poslovima”, *Izbori u domaćem i stranom pravu* (ur. Oliver Nikolić, Vladimir Đurić), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012.
- Explanatory Report on The Framework Convention for the Protection of National Minorities, Council of Europe Doc. H (95) 10.
- Krivokapić B., *Zaštita manjina u međunarodnom i uporednom pravu, knj. 1*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004.
- Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous People and Minorities, The Concept and Practice of Affirmative Action – Progress Report submitted by Mr. Bossuout, Special Rapporteur in accordance with Sub-Commission Resolution 1998/5.
- The European Commission for Democracy Through Law, Report on Electoral Rules and Affirmative Action for National Minorities’ Participation in Decision – Making Process in European Countries, adopted by the Council for Democratic Elections at its 12th meeting (Venice 10th March 2005) and the Venice Commission at its 62th Plenary Session (Venice 11–12 March 2005) on the basis of comments by Mrs. Mirjana Lazarova Trajkovska, CDL-AD (2005) 009.
- The Participation of Minorities in Decision-Making Processes, <https://rm.coe.int/168009875e>, 22.08.2020.
- Weller M., “Article 15, Effective Participation”, *The Rights of Minorities in Europe: A Commentary on The European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (ur. Marc Weller), Oxford, 2006.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 22.09.2020.

Prihvaćen: 03.19.2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

USTAVNO NAČELO PODELE VLASTI I NEZAVISNOST SUDSTVA U SVETLU PREDLOŽENIH PROMENA USTAVA REPUBLIKE SRBIJE O PRAVOSUĐU

Da li je iniciranje ustavnih promena u delu o pravosuđu ispoljavanje konstitucionalne energije jednog društva koje zaista želi da dosegne pravosudnu nezavisnost ili ih u vizuri Ministarstva pravde treba svesti na puko deklarisanje nezavisnosti sudova i sudija, a bitne novine na generisanje onih tela koji treba da biraju sudije i tužioce, kao i na umanjivanje ustavnih garancija položaja sudija i tužilaca i njihovog udela i odgovornosti kao faktora struke u najvišim pravosudnim organima? Polazeći od brojnih činjenica koje potvrđuju da u ovom procesu vlada monopol "vizure Ministarstva pravde", pozivajući se da ostvaruju zahtev EU za depolitizacijom pravosuđa u Poglavlju 23, u radu se razmatraju javnosti prezentovani stavovi o tome da li treba menjati odredbu o podeli vlasti iz čl. 4. st. 3. Ustava RS. Na jednoj strani su predlozi iz "Pravne analize ustavnog okvira o pravosuđu u RS", struke, nauke i najviših organa pravosuđa, a na drugoj rešenje koje je predložilo Ministarstvo pravde u poslednjoj verziji amandmana na Ustav. Izraz "međusobna kontrola", koji je neprihvatljiv za Venecijansku komisiju, nije bitno različit u odnosu na predloženi izraz "međusobno proveravanje". Oba su neadekvatna za odnos sa sudskom vlašću koja je po svojoj prirodi različita i od izvršne i od zakonodavne. Ona je nezavisna. Rad sadrži i osvrt na tok, način vođenja i aktuelna sučeljavanja različitih pogleda u aktivnostima na promeni Ustava.

Ključne reči: vladavina prava, načelo podele vlasti, nezavisnost sudstva, promene Ustava

Savo Đurđić, sudija Apelacionog suda u Novom Sadu i član Visokog saveta sudstva, e-mail: savo.djurdjic@gmail.com.

U V O D
NAČELA USTAVA I SUDSKA NEZAVISNOST

Ustav bi trebalo da bude brana izvršnoj i zakonodavnoj vlasti u odnosu na prava i slobode građana i pravosuđe, u kome sudstvo mora da je nezavisno, a tužilaštvo samostalno. I ne samo to. U čl. 1. Ustava RS piše i da je Republika Srbija država “zasnovana na vladavini prava i socijalnoj pravdi, načelima građanske demokratije, ljudskim i manjinskim pravima i slobodama i pripadnosti evropskim principima i vrednostima.”¹

Suverenost potiče od građana i oni je vrše referendumom, narodnom inicijativom i preko svojih slobodno izabranih predstavnika. Posebno se naglašava da ni jedan državni organ, politička organizacija, grupa ili pojedinac ne mogu prisvojiti suverenost od građana, niti uspostaviti vlast mimo slobodno izražene volje građana (čl. 2).

Vladavina prava ostvaruje se slobodnim i neposrednim izborima, ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava, podelom vlasti, nezavisnom sudskom vlašću i povinovanjem vlasti Ustavu i zakonu. “Uređenje vlasti počiva na podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Odnos tri grane vlasti se zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli. Sudska vlast je nezavisna.” (čl. 4. stavovi 2–4).

Nećemo dalje citirati načela Ustava (npr. o političkim strankama ili o sukobu interesa), nego se zadržati na tome šta je o stavu 3. navedenog čl. 4. Ustava, 2014. godine zaključila Radna grupa za izradu analize izmene ustavnog okvira Komisije za sprovođenje nacionalne strategije reforme pravosuđa. Najdelikatniji stručni deo posla: *Pravnu analizu ustavnog okvira o pravosuđu u Republici Srbiji*, tada su sačinili članovi radne grupe – četiri univerzitetska profesora ustavnog prava. Druga faza rada je trebala da bude izrada Nacrta izmena Ustava, redigovanog po članovima.²

¹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98, 2006.

² Analiza ustavnog okvira o pravosuđu u Republici Srbiji, <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/5847/radna-grupa-za-izradu-analize-izmene-ustavnog-okvira.php>, 23.9.2020. Imena angažovanih profesora ustavnog prava su navedena u Analizi i poznata su javnosti (ovde ih ne navodimo da ne skreću pažnju sa razmatrane materije), za razliku od nepoznatih autora radnog teksta Amanmana na Ustav RS iz Ministarstva pravde. Ocenjujemo da bi bilo dobro da se sva autorstva, makar i sa istorijskom distancom, obelodane i da se angažovani u tom periodu, posebno iz pravosuđa i iz Ministarstva pravde, izjasne npr. o tome zašto je 2014. izostala aktivnost na izradi konkretnih članova Ustava, kako je, u kom pravcu i od koga usmeravan proces rada na predlaganju promena Ustava u delu pravosuđa od tada, a posebno u 2016. i 2018. godini, jer su se sudovi i sudije o tome tada izjašnjavali, a postojala je i obaveza iz Akcionog plana za Poglavlje 23. da se promene Ustava sprovedu do 2017. godine.

ZAŠTO USTAVNE INSTITUCIJE VLASTI REPUBLIKE SRBIJE NE OSTVARUJU ILI ČAK OPSTRUISHU DEO SVOJIH NADLEŽNOSTI

Sve su očigledniji razlozi za pokretanje šire argumentovane stručne diskusije o tome da li i zbog čega ustavne institucije u Republici Srbiji generalno (Narodna skupština, Vlada, predsednik Republike, Ustavni sud, državna uprava), a posebno u oblasti pravosuđa, nedovoljno koriste ili čak opstruišu deo svojih nadležnosti? Da li jača ili slabi njihova ustavna i efektivna pozicija, šta sve na to pozitivno ili negativno utiče i kako? Ne prejudiciramo odgovore na postavljena pitanja, znamo da konačnog odgovora ne može biti bez sveobuhvatnog istraživanja.

Međutim, više je nego očigledno kada su u pitanju ustavne institucije iz oblasti pravosuđa, npr. u pogledu Državnog veća tužilaca (DVT) da je ovaj organ od februara ove godine u blokadi, jer ne uspeva da održi sednice i donese odluke, osim ukoliko nisu o nekim procesnim ili jednostavnim pitanjima.³ Visoki savet sudstva (VSS) je 16.6.2020. godine, putem telefonske sednice dao pozitivno mišljenje o nacrtu revidiranog Akcionog plana za Poglavlje 23 – pravosuđe i osnovna prava, bez ikakvih primedbi ili sugestija. To je bilo u trenutku kada je Nacionalni konvent za EU predložio da ovaj dokument ne donosi tzv. tehnička, nego nova Vlada i da se pojedini delovi Nacrta iznova razmotre.⁴

Direktna ili prećutna saglasnost VSS i DVT svim predlozima strateških dokumenata o pravosuđu koji se pripremaju pod rukovodećom ulogom izvršne vlasti, poslužila je Vladi, kojoj je praktično istekao mandat, da 10.7.2020. donese *Nacionalnu strategiju razvoja pravosuđa za period 2020–2025. godine*.⁵ U fazi nacrta VSS se izjašnjavao o Strategiji za period 2019–2024. godine. Podsetimo se da je prethodnu *Nacionalnu strategiju reforme pravosuđa 2013–2018*⁶, posle sveobuhvatne rasprave, usvojila Narodna skupština. Nova Nacionalna strategija nema

³ Prema izjavama pojedinih članova Državnog veća tužilaca, sa Konferencije Društva sudija Srbije održane 25.9.2020, članovi DVT su predlagali zakazivanje sednice saglasno Poslovniku o radu, ali Republički javni tužilac koji je po funkciji predsednik DVT, nije zakazao sednicu ovog organa.

⁴ “Zašto VSS nema primedbi na nacrt Akcionog plana za Poglavlje 23?”, <http://xn--otvorenaratapravosua-zvc.rs/tema/ustavno-pravo/visoki-savet-sudstva-na-telefonskoj-sednici-odlu%C4%8Dio-da-nema-primedbi-na-nacrt-akcionog-plana-za-poglavlje-23-kako-i-za%C5%A1to>, 25.9.2020.

⁵ Nacionalna strategija razvoja pravosuđa za period 2020–2025, *strategija_pravosudje266_cyr2(14).zip srbija.gov.rs/prikaz/477543*, 25.9.2020.

⁶ Nacionalna strategija reforme pravosuđa za period 2013–2018, *Službeni glasnik RS*, br. 57/13.

svoj Akcioni plan i posebno telo koja će pratiti njeno sprovođenje, nego se podređuje revidiranom Akcionom planu za Poglavlje 23.

Dana 22.7.2020. godine na sajtu Ministarstva pravde saznajemo da je 10.7. usvojen i *revidirani Akcioni plan za Poglavlje 23*.⁷ U poslednjoj fazi rada ovaj dokument je zainteresovanima bio dostupan na sajtu nadležnog Ministarstva isključivo u verziji na engleskom jeziku. Na sajtu Vlade nema podatka da je taj dokument usvojen na 266. sednici. Još važnije je pitanje zašto nije prihvaćen predlog pomenutog Konventa da se povodom Predloga Vlade za promenu Ustava u oblasti pravosuđa, tekst nacрта izmena Ustava, obavezno, pre konačnog razmatranja i usvajanja, uputi na mišljenje Venecijanskoj komisiji (VK)?

Revidirani Akcioni plan za Poglavlje 23 predviđa u poglavlju 1.1.1.1. *Pravosuđe – Nezavisnost*, da će, nakon javnih slušanja i usaglašavanja predloga akta o promeni Ustava i Ustavnog zakona od strane nadležnog odbora, biti ponovnog slanja ustavnih amandmana Venecijanskoj komisiji jedino ukoliko u tekstu bude suštinskih razlika u odnosu na tekst koji je već bio “ocenjen i odobren” od strane VK.⁸ Značajno je istaći da tekst konkretnih amandmana na Ustav nije podnet Narodnoj skupštini uz predlog Vlade za izmene Ustava. U tom smislu proces izmene Ustava tek predstoji.

Ovo tim pre što prema odredbama Ustava (čl. 203. st. 1.) Ministarstvo pravde nije ovlašćeni predlagač za promenu Ustava, a samim tim nije ni trebalo da ima monopol nad vođenjem i usmeravanjem ovih aktivnosti, koje je prihvatila Vlada. Donoseći Predlog za promenu Ustava na 113. sednici 29.11.2018. godine sa obrazloženjem u kome se, na kraju, osvrće i na spornu odredbu čl. 4. Ustava o podeli vlasti,⁹ Vlada je stala uz Ministarstvo pravde i dala im svoj formalni legi-

⁷ Revidirani Akcioni plan za Poglavlje 23, <https://mpravde.gov.rs/tekst/30402/revidirani-akcioni-plan-za-poglavlje-23-i-strategija-razvoja-pravosu%C4%91a-za-period-2020-2025-22072020.php>, 25.9.2020.

⁸ Izraz “ocenjen i odobren” se odnosi na izjašnjenje Biroa Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanske komisije), a ne na plenarno zasedanja ovog tela, a ko će ceniti ove razlike i da li će one obuhvatiti i Ustavni zakon – nema odgovora u revidiranom Akcionom planu za Poglavlje 23. Dokument “Mišljenje o nacrtu amandmana na ustavne odredbe koje se tiču pravosuđa”, Venecijanske komisije od 25.6.2018. br. 921/2018 CDL-AD (2018)011 na engleskom i na srpskom jeziku, objavljen u zborniku radova Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine, Zbornik radova, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018, 399–422 i 455–477; dostupno i na sajtu: https://www.sudije.rs/Dokumenta/Publikacije/Dru%C5%A1tvo_sudija_Srbije_-_Svedo%C4%8Danstvo.pdf.

⁹ U dokumentu “Predlog za promenu Ustava Republike Srbije” od 29.11.2018, Vlade RS, dostupno na sajtu Vlade RS, <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/477543>. Strategija razvoja pravosuđa 2020–2025. godine, *predlog-promene-ustava-republike-srbije-0113*, 7. navodi se: Sporan je stav 3.

timet ovlaćenog predlagača. Dakle, saglasno Ustavu i važećim zakonskim propisima Vlada je, a pre donošenja navedene dalekosežne odluke, trebala da – ravnopravno sa predlogom Ministarstva pravde – razmotri i uvaži i stavove najviših ustavnih organa pravosuđa poput VSS i DVT, koji su nadležni da obezbede i garantuju nezavisnost i samostalnost sudova i sudija, odnosno samostalnost javnih tužilaca i njihovih zamenika. VSS je dva puta tokom 2018. godine u svojim zvaničnim dokumentima izneo mišljenje o predloženim promenama Ustava, zatražio veću zaštitu sudske nezavisnosti i u tom cilju doslednu primenu principa podele vlasti u demokratskom društvu vladavine prava, kao i da bude u potpunosti uključen u izradu teksta Nacrta amandmana na Ustav¹⁰ i nije dobio takav status, niti je u tom smislu pozivan od Vlade.

RADNA GRUPA ZA IZRADU ANALIZE USTAVNOG OKVIRA
O PRAVOSUĐU: NESAGLASNI SU STAVOVI 3. i 4. ČLANA 4. USTAVA

S obzirom da se u poglavlju o nezavisnosti pravosuđa, revidirani Akcioni plan za Poglavlje 23, poziva da se inicijalno i u oblikovanju konačne, četvrte verzije amandmana na Ustav Ministarstva pravde, krenulo od *Pravne analize ustavnog okvira o pravosuđu*, u ovom delu rada se bavimo onim šta u njoj zaista piše i šta se predlaže u pogledu izmena u delu Osnovnih načela čl. 4. Ustava, u odnosu na ono što je Ministarstvo pravde predložilo 15.10.2018. godine.

“Prvo, sudska vlast je prema svojoj prirodi, drukčija od izvršne i zakonodavne. Izraz “međusobna kontrola” se ne može pomiriti sa zahtevom iz st. 4. (“sudska vlast je nezavisna”). Drugo, formulacija stava 3. je, premda prisutna u drugim usta-

člana 4. Ustava, koji glasi: “Odnos tri grane vlasti zasniva se na ravnoteži i međusobnoj kontroli”. Dosledno shvaćeno, ovo bi značilo da zakonodavna i izvršna vlast imaju mogućnost da kontrolišu sudske odluke, što je nespojivo sa nezavisnošću i samostalnošću sudske vlasti i što bi jednostavno urušilo ceo sistem podele vlasti u Republici Srbiji. Da bi se sprečilo takvo tumačenje, član 4. Ustava trebalo bi da bude tako izmenjen da uvaži da se odnos između tri vlasti zasniva na uzajamnom proveravanju, odnosno ograničavanju, a ne kontroli, što i jeste svrha načela podele vlasti. Nijedna grana vlasti ne može da se odvoji od ostalih grana vlasti, one treba međusobno da se prožimaju kako bi se uspostavila ravnoteža među njima. U oblasti pravosuđa sredstvo ograničavanja i uspostavljanja ravnoteže je tzv. pravosudna uprava.

¹⁰ “Mišljenje i sugestije Visokog saveta sudstva na radni tekst amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije”, 13. februara 2018. i “Visokog saveta sudstva o promenama Ustava u oblasti pravosuđa nakon Mišljenja Venecijanske komisije”, od 20. jula 2018, *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine*, Zbornik radova, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018, 116–126 i 481–488.

vima, neprimerena ustavima parlamentarnog tipa. Načelo “ravnoteže i uzajamne kontrole” (*cheks and balances*) je odlika predsedničkog sistema, a sistem vlasti prema Ustavu Srbije od 2006. je u osnovi parlamentarni. Treće, čl. 4. st. 3. Ustava ne može se dovesti u sklad sa čl. 145. st. 3 u kojem stoji da “sudske odluke ne mogu biti predmet vansudske kontrole” i st. 4. istog člana, da “sudsku odluku može preispitati samo nadležan sud, u zakonom propisanom postupku”.

Pomenuta radna grupa zaključuje: “Formulacija čl. 4. st. 3 Ustava daje osnov za rešenje da se odlučivanje o izboru sudija deli između Narodne skupštine i Visokog saveta sudstva, čime se ova važna garancija nezavisnosti položaja suda izuzima iz pune nadležnosti sudske vlasti. Da bi se ovo ispravilo potrebno je uraditi jedno od ovoga: izbrisati čl. 4. st. 3 Ustava ili ga preformulisati tako da glasi “odnos zakonodavne i izvršne vlasti zasniva se na ravnoteži i međusobnoj kontroli.”

U praksi smo vrlo daleko od toga da se, na aktuelnom stepenu razvoja našeg društva i države, može apsolutno isključiti bilo kakav uticaj političke vlasti na sudsku i obratno, odnosi u sistemu vlasti koji nikada nije imao izgrađen sistem vladavine prava i podele vlasti, da bi uopšte zaživeo, treba jasno opredeliti počev od načela Ustava. Bitno da se izraz “međusobna kontrola” sve tri vlasti svakako ne može pomiriti sa tim opredeljenjem, jer eventualno dolazi u obzir za odnos zakonodavne i izvršne vlasti. Primećujemo da je izneto potpuno suprotno od tvrdnje Vlade u citiranom delu obrazloženja Predloga za promenu Ustava u fusnoti br. 11: ni jedna vlast ne može da se odvoji od drugih grana vlasti, one treba međusobno da se prožimaju kako bi se uspostavila ravnoteža među njima. “U oblasti pravosuđa sredstvo ravnoteže i ograničavanja je tzv. sudska uprava.”

Na ovom mestu dokument Vlade pokazuje potpuno nerazumevanje problematike vladavine prava i podele vlasti, jer ne prihvata aksiom da tri stuba vlasti nisu istog karaktera. Drugo, izabrani način “sredstva ravnoteže i ograničavanja” kroz “tzv. sudsku upravu” je najmanje primeren kao način “proveravanja” za sudsku vlast. Ona kao nezavisna, kao vlast “struke” treba da ima takav samostalan i nezavisan, autonoman organ ne samo sudske uprave, nego i organ koji može da garantuje i obezbedi samostalnost i nezavisnost sudova i sudija, da odlučuje o vrednovanju njihovog rada, disciplinskoj i etičkoj odgovornosti sudija, da ih zaštiti od pritisaka bilo koga pa i predstavnika izvršne i zakonodavne vlasti. Uz opšte poznate odnose i relacije tri grane vlasti u savremenim ustavnim sistemima, “posebni” mehanizmi “međusobne kontrole”, “međusobnog ograničavanja” ili “međusobnog proveravanja” sudske vlasti kao nezavisne od strane izvršne i zako-

nodavne vlasti, jednostavno nisu potrebni. O tome su se februara 2018. godine, sa stanovišta struke i pravne nauke, izjasnili domaći eksperti iz ovih oblasti.

KLJUČNI STAVOVI O PRINCIPU PODELE VLASTI SA JAVNOG SLUŠANJA
PROFESORA O RADNOM TEKSTU AMANDMANA NA USTAV RS.

Kao prilog raspravi o Radnom tekstu amandmana na Ustav Republike Srbije¹¹ (Radni tekst), koji je i kasnije ostao osnova za nacрте amandmana Ministarstva pravde na Ustav, Društvo sudija Srbije i Udruženje tužilaca Srbije, organizovali su 20. februara 2018. godine *Javno slušanje profesora*, u kome je uzelo učešće petnaest eminentnih stručnjaka iz oblasti ustavnog prava, teorije države i prava i sudsko-organizacionog prava. U pogledu stručnih zaključaka svi oni su saglasni da zbog brojnih manjkavosti treba povući predloženi Radni tekst i pristupiti izradi sasvim novog teksta uz poštovanje ustavne procedure i principa moderne konstitucionalne demokratske države. Dokument *Ključni stavovi o radnom tekstu amandmana na Ustav Republike Srbije*¹² – deo 2. *Podela vlasti*, sadrži stavove koji “suštinski predstavljaju zajednički imenitelj stavova sa ovog skupa”:

1. Radni tekst polazi od stava da će izvršna i zakonodavna vlast popraviti pravosuđe kontrolom sudske vlasti, koja se opravdava legitimitetom dobijenim od građana na političkim izborima. Iza toga se krije namera da izvršna i zakonodavna vlast ovladaju sudskom.

2. Princip podele vlasti razume se pogrešno, pošto se zakonodavna i izvršna vlast temelje na političkom legitimitetu zasnovanom na izbornoj volji građana, dok sudska vlast svoj legitimitet crpi iz struke, profesionalne spremlje i vrste posla, čija priroda je takva da ga narod ne može obavljati, pa time ni njegovi predstavnici (skupština, poslanici, predsednik).

3. Uređenje državne vlasti zasnovano isključivo na legitimitetu koji proilazi iz izborne volje građana vodi ka jedinstvu vlasti, krši princip podele vlasti, onemogućava nezavisnost sudske vlasti i ustanovljava političku odgovornost pravosuđa pred egzekutivom i zakonodavcem, čime se urušava koncept vladavine prava.

¹¹ Radni tekst amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije, od 22. januara 2018, u *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine*, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018, 21–105.

¹² *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine*, Zbornik radova, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018, 225–230; http://sudija.rs/Dokumenta/Publikacije/Dru%C5%A1tvo_sudija_Srbije_-_Svedo%C4%8Danstvo.pdf.

4. Pravilo o “ravnoteži i kontroli” važi između zakonodavne i izvršne vlasti; ne odnosi se na sudsku vlast jer bi time bila potrta nezavisnost sudstva, čime bi posledično ljudska prava građana bila ostavljena bez suštinske zaštite.

5. Zanimaruje se da su sve vlasti formalno utemeljene na Ustavu, dakle na jednak način.

6. Zanimaruje se da je sudska vlast, upravo zbog principa nezavisnosti, najviše pravno ograničena i najviše normirana vlast i to u: sadržinskom smislu, jer primenjuje norme koje propisuju druge dve grane vlasti; u proceduralnom smislu, jer je precizno normirano kada i kako sudija ima da postupa; u statusnom smislu, kako u pogledu uslova pravničke stručnosti koje sudija mora da ispunjava kao minimalne uslove da bi bio sudija (predsednik vlade ili države može da bude bilo koje punoletno poslovno sposobno lice), tako i u pogledu ograničenja vrste poslova koje može obavljati, komunikacije s javnošću, napredovanja u struci itd.

7. Zanimaruje se da je nezavisnost sudstva temelj vladavine prava, kao i da pitanje nezavisnosti sudstva nije staleško pitanje, već je nezavisnost sudstva preduslov zaštite ljudskih prava.

8. Radni tekst se navodno bori protiv korporativizma unutar sudstva a u stvari ruši dosadašnje tekovine pravne države. Ideja o zakonu kojim bi se ujednačavala sudska praksa, koja je sadržana u Radnom tekstu, eklatantan je primer rušenja podele vlasti i vladavine prava po kojoj je sudija taj koji donosi odluku na osnovu Ustava, zakona i drugih važećih pravila u savremenoj pravnoj državi, uključujući i ona o oceni dokaza na osnovu slobodnog sudijskog uverenja.

9. Bez obzira da li je u pitanju neukost ili namera, tek rezultat radnog teksta jeste negiranje nezavisnosti sudstva i izjednačavanje sudijskog uverenja sa sudijskom samovoljom.

10. Ako se pođe od nespornog stava da je nezavisno sudstvo temelj vladavine prava, onda radni tekst destabilizuje taj temelj.

VENECIJANSKA KOMISIJA: IZRAZ “MEĐUSOBNA KONTROLA” TRI GRANE VLASTI BRISATI IZ TEKSTA SVAKOG BUDUĆEG USTAVA

Pomenuti izraz “međusobna kontrola” tri grane vlasti, izaziva zabrinutost izraženu i u Mišljenju Venecijanske komisije o nacrtu amandmana Ministarstva pravde na Ustav. U delu II Opšte primedbe, tač. 14, se konstatuje da je zaista važno da je celokupan sistem, uključujući sudstvo, uravnotežen. Reč *kontrola* može da izazove sumnju u tumačenju uloge ostalih grana vlasti, naročito izvršne, prema sudovima i dovede do “političke” kontrole nad sudstvom. Iz ovih razloga bilo bi

bolje izbrisati reči “međusobna kontrola” iz teksta bilo kojeg budućeg ustava i zamieniti ih rečima “*biće zasnovana na principu kočnica i ravnoteža (checks and balances)*”.

Iako se u Mišljenju VK ističe da je izlaganje o članovima iz Prvog dela: Načela Ustava, izvan opsega Nacrta amandmana na Ustav koji se razmatraju u ovom mišljenju, simptomatično je da povodom tog zapažanja, Ministarstvo pravde nije posegnulo za odgovorom na ovo pitanje koji je predložila stručna radna grupa Komisije za sprovođenje Nacionalne strategije reforme pravosuđa 2014. godine, a što je podržano od naših nadležnih pravosudnih organa i 2016. i 2018. godine.

Dakle, u poslednjoj verziji nacrta amandmana na Ustav koju je na svom sajtu 15.10.2018. godine objavilo Ministarstvo pravde¹³ stoji da se: “Odnos tri grane vlasti zasniva na međusobnom proveravanju i ravnoteži” (“mutual checks and balances”). U prethodnoj, trećoj verziji stajalo je da se taj odnos zasniva na “međusobnom ograničavanju i ravnoteži”. Ovo ukazuje da je Ministarstvo pravde učinilo sve da se u Ustavu, suprotno mišljenju domaćih eksperata i nadležnih stručnih tela, sačuva odredba da se ovaj princip odnosi na sve tri grane vlasti, a da ni u alternativni nije prihvatilo bilo koje rešenje za koje se založila domaća struka i nauka.

JOŠ O NAČELU PODELE VLASTI, SUDSKOJ VLASTI I ULOZI USTAVNOG SUDA

Načelo podele vlasti predstavlja organizaciono-političko načelo koje je proklamovano i primenjivano više od dve stotine godina. Terminološki, to načelo označava razdvajanje vlasti. Ovo načelo je ustanovljeno sa ciljem da vlast bude efikasna i kontrolisana, sa prolaznim i smenjivim nosiocima političkih funkcija i stalnim nosiocima sudske funkcije. Nezavisnost sudske vlasti predstavlja posledicu podele vlasti.

Ustavom Republike Srbije od 1990. godine proklamovano je načelo podele vlasti, kao i u Ustavu od 2006. godine. Načelo podele vlasti se primarno ostvaruje primenom principa nezavisnosti sudstva i zakonitosti u radu sudija. To bi trebalo da isključi neposredan ili posredan uticaj, pritisak, upliv izvršne i zakonodavne na sudsku vlast. Svaki, i najmanji, politički akt na nosioce sudske vlasti predstavlja povredu načela podele vlasti i korak dalje od vladavine prava.

¹³ Nacrt amandmana na Ustav Republike Srbije, objavljen na internet stranici Ministarstva pravde 15.10.2018. Nacrt ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa na srpskom jeziku, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

Sudska vlast je pravna, politička, istorijska tvorevina i čini sedište pravne države, pitanje opšte kulture jedne zajednice. Ona trebalo bi da se konstituiše prema profesionalnim merilima, kao stručna, neutralna, apstraktna vlast. Trebalo bi da sudska vlast samu sebe konstituiše, samoj sebi polaže račune i da je imuna na promenu odnosa snaga na političkoj sceni. Garanciju sudske vlasti čini stalnost funkcije. Merilo za izbor poslanika jeste isto ubeđenje sa biračkim telom, a za izbor ministra pripadnost političkoj partiji, vladajućoj strukturi.¹⁴ Država deluje trojako: donosi propise, stvara pravo i sprovodi ga ili sudi o tome kako se ono primenjuje. Podela vlasti podrazumeva političku ravan u kojoj sve državne vlasti imaju svoju čvrstu i institucionalizovanu poziciju.¹⁵

Checks and balances je princip, objašnjava J. Hasanbegović, kojim se u raspravi o radnoj verziji ustavnih amandmana o pravosuđu najčešće opravdava posredni ili neposredni uticaj našeg narodnog predstavničkog tela, odnosno partijske većine u njemu, na izbor sudija i tužilaca u ovoj zemlji. Međutim, princip *checks and balances* uopšte nije neophodan za dobru organizaciju vlasti u državi. Objasnimo zašto. Princip kočnice i ravnoteže (ili teže i protivteže – kako se još naziva) jeste princip odnosa između *zakonodavstva* i *egzekutive* i može, ali ne mora, postojati, u modernoj demokratskoj pravnoj državi. U njoj moraju postojati dekoncentracija vlasti, tj. *podela vlasti* na (bar) tehnički odvojene zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, kao i među tim (bar) trima tehnički odvojenim vlastima, *nezavisno sudstvo*. Zato, nezavisno sudstvo jeste više od principa organizacije vlasti: ono je *aksiom* moderne države.¹⁶

U dosadašnjim izlaganjima pomenut je Ustavni sud kao instrument “(ne)uravnoteženja” vlasti, u smislu intervencija ukoliko se krši princip vladavine pra-

¹⁴ Tatjana R. Kandić, *Sudska vlast u Republici Srbiji*, Dosije, Beograd, 2015, 13 i 52. U navedenom istraživanju o sudskoj vlasti u ustavnom i zakonodavnom razvoju Srbije, kao i stvaranju nezavisnog sudstva, su potvrđene osnovne pretpostavke da se krši proklamovano načelo podele vlasti na nivou sudske vlasti u Ustavu Srbije od 1990. i u Ustavu od 2006. g., da je kršenje podele vlasti na nivou sudske vlasti, da uticaj izvršne i zakonodavne vlasti prelazi ustavni, pravni okvir. Sudska vlast mora učestvovati u stvaranju sopstvenih uslova, a to može da čini ako stručno, odgovorno i hrabro rešava pravne sporove i učestvuje u rešavanju osnovnih protivurečnosti: 1) sporo i segmentarno prenošenje vlasti sa zakonodavne i izvršne na sudsku vlast; 2) nesaglasnost važećih propisa sa međunarodnim standardima; 3) prekid stalnosti sudijske funkcije... 7) Ustavni sud kao instrument (ne)uravnoteženja vlasti.

¹⁵ Slobodan Orlović, *Načelo podele vlasti u ustavnom razvoju Srbije*, Pravni fakultet u Beogradu, 2008, 15.

¹⁶ Jasminka Hasanbegović, “O tri principa: legitimitetu, checks and balances i vladavini prava tj. pravnoj državi – i njihovoj (i)relevantnosti za valjano pravosuđe”, *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka*, Zbornik, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018, 315.

va, podele vlasti. Prema jednom od novijih radova autora iz struke, ocenjuje se da je Ustavni sud u vremenu pravosudne reforme “propustio svoju šansu koja mu se ukazala da pravovremeno odbrani vladavinu prava u Srbiji, kako još 2009. godine u vezi sa osporenim prekidom stalnosti sudske funkcije, tako i u narednim godinama. Sud je to mogao učiniti i kao “negativni zakonodavac”, bilo svojim aktivističkim pristupom, određujući način izvršenja svojih odluka. Pri tome, pred njega su iznošeni, te mu nisu ostali nepoznati, primenjivi i Ustavu saglasni predlozi.”¹⁷ Ono šta se u novijim radovima o podeli vlasti najviše zamera postojećim rešenjima u navedenim ustavnim odredbama (čl. 4. i članovi 142–165. Ustava), jeste nepostojanje čvrstih garancija sudske nezavisnosti, tj. nezavisnosti sudske vlasti u odnosu na izvršnu vlast.¹⁸

ZAKLJUČAK

Na pitanje da li treba menjati odredbu o podeli vlasti iz čl. 4. st. 3. Ustava, stručna i naučna javnost Srbije je, uz pojedine izuzetke i funkcionere, nepodeljena - da, ali tako da se briše odredba o međusobnoj kontroli sve tri vlasti. Na jednoj strani su predlozi iz “Pravne analize ustavnog okvira o pravosuđu u RS” iz 2014. godine, predstavnici struke, nauke i najviših organa pravosuđa, koji su se izjasnili o svim spornim pitanjima povodom stručno neprihvatljivog radnog teksta amandmana na Ustav o pravosuđu, a na drugoj rešenje koje je predložilo Ministarstvo pravde u poslednjoj verziji nacрта amandmana na Ustav koji navodno u ovom delu prihvata i Venecijanska komisija, što je verovatno uticalo da je isti prihvatila i Vlada RS u obrazloženju svog Predloga za promenu Ustava. Izraz “međusobna kontrola”, koji je neprihvatljiv za Venecijansku komisiju, nije bitno različit u odnosu na predloženi izraz “međusobno proveravanje”. Oba su neadekvatna za odnos sa sudskom vlašću koja je po svojoj prirodi različita i od izvršne i od zakonodavne. Ona je nezavisna. Ukoliko, i posle slušanja profesora i rasprave u Narodnoj skupštini, opstane predlog Ministarstva pravde o izmeni stava 3. čl. 4. Ustava, to će svakako destabilizovati sudsku nezavisnost, opravdavajući nove kanale i načine za snažan uticaj izvršno-političke vlasti u najvišim organima pravosuđa na prvi i kasnije izbore na sudske i tužilačke funkcije, ali i njihove nesporne nadležnosti u profesiji i struci.

¹⁷ Dragana Boljević, *Ustavni sud Republike Srbije i pravosudna reforma*, Dosije, Beograd, 2018, 247.

¹⁸ Borislav Galić, “Podela vlasti u Ustavu Republike Srbije iz 2006. godine – ključni principi organizacije vlasti” (doktorska disertacija), *Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu*, Kragujevac, 2017, 248.

Radna verzija Nacrta amandmana na Ustav Ministarstva pravde iz januara 2018. bila je “šok” za veliku većinu poslanika pravosuđa, ali i za pravosudnu vlast. Nije se očekivalo da će biti toliko negativna za očuvanje postignutog i kontinuirani razvoj pravosuđa. Svi relevantni subjekti iz struke (VKS, VSS, DVT, Udruženja sudija, Udruženje tužilaca i dr.) i naučna javnost, su je izuzetno loše ocenili i tražili da se odmah povuče iz rasprave. U raspravama koje su tada vođene, posebno u informacijama koje su dolazile do najšire javnosti, minimizirane su ocene i predlozi pomenute radne grupe Komisije za sprovođenje Nacionalne strategije reforme pravosuđa i svih drugih učesnika rasprave koji nisu podržali rešenja koje je predložilo Ministarstvo pravde, posebno po pitanjima pokušaja nametanja rešenja za sistemski uticaj u nadležnosti sudske vlasti, sastava i načina odlučivanja VSS i DVT i njihovih nadležnosti, te Pravosudne akademije. Kategorični i argumentovani otpor predlozima izvršne vlasti je trajao kratko i na njemu se stalo. Nismo, na primer, tražili niti preuzeli odgovornost za izradu boljeg i savremenom pravosuđu primerenijeg nacrta amandmana na Ustav u delu o pravosuđu, s obzirom da bi kao ovlašćeni predlagач mogla da se pojavi i narodna inicijativa, niti je na javnoj sceni zatraženo donošenje potpuno novog Ustava u svim delovima koje osporava struka i nauka.

Tako je izvršno-politička vlast, uz manje korekcije pod pritiskom stručnih tela Saveta Evrope, nastavila svoju pomenutu misiju. U trećoj verziji Nacrta amandmana na Ustav, kada je ovo pitanje u svom Mišljenju od 25.6.2018. pomenula Venecijanska komisija, pojavio se i predlog da se menja i odredba čl. 4 st. 3. Ustava Republike Srbije. Da je to zaista bila namera, neimenovani autori ustavnih tekstova Ministarstva pravde bi to učinili u drugoj verziji nacrta amandmana na Ustav od 13.4.2018. i uvažili brojne argumente na ovu temu, iznete npr. u nastupima najuglednijih stručnjaka na javnom slušanju nakon objavljivanja Radnog teksta. Pri tome se sve vreme ignorišu stavovi, predlozi i mišljenja organa i tela koji predstavljaju pravosuđe, ali i mišljenja drugih stručnih tela Saveta Evrope kao što su Konsultativno veće evropskih sudija i Konsultativno veće evropskih tužilaca, čemu doprinosi i blokiranost u radu i nedovoljno znanje, zainteresovanost, organizovanost i istrajnost za ova, ali i mnoga druga pitanja, najviših organa pravosudne vlasti.¹⁹

¹⁹ Pravna analiza ustavnog okvira o pravosuđu, koja uključuje i korekciju formulacija ustavnog načela o podeli vlasti, može biti samo deo šire analize ustavnog sistema. “Podela vlasti u obliku parlamenarnog sistema, koja je modelovana prvi put u Ustavu iz 1990. godine, a praktično se ostvaruje od početka 2001. godine, još uvek nalikuje nedovršenoj građevini. U samom ustavnom tekstu (Ustava od 2006. godine, S.Đ.) postoje nedostaci koje bi trebalo što pre otkloniti kako bi se omogućilo da podela vlasti dobije željeni i funkcionalni oblik. U praksi je tokom protekle četiri godine (2008–2012. S.Đ.) kroz oba ta perioda faktički funkcionisao poluprezidencijalizam, dok se za

Izneto u odnosu na načelo podele vlasti i nezavisnosti sudstva, je samo primer i podsticaj da se na sprovođenje ovih principa i načela obrati dužna pažnja, ali i naglasi kako je materija izmene ustavnih odredbi o pravosuđu izuzetno važna i kompleksna. Potpuno smo sigurni da se bez uvažavanja mišljenja i argumenata onih koji su prema Ustavu i zakonima zaduženi za rad sudova i sudija, odnosno tužilaštava i tužilaca, a svakako i svih drugih iz struke i nauke, ne mogu postići najbolja rešenja, a to jedino može i mora biti dublji cilj i smisao ovih aktivnosti. U suprotnom, posledice za naše društvo i državu bi mogle biti nesagledive. Naše pravo i obaveza je da ukažemo na to onima koji imaju ne samo najveću formalnu, nego i faktičku vlast i moć, u vođenju i usmeravanju ovih aktivnosti.²⁰

Svi delovi sektora pravosuđa trebali bi da se iznova pripreme i aktiviraju, a u najvažnijim pitanjima za pravosuđe i da zajednički nastupaju, da bi se u narednoj fazi rada na ustavnim promenama u Narodnoj skupštini, omogućio njihov tretman i učešće saglasno specifičnoj ustavnoj poziciji pravosuđa, posebno sudske vlasti. Da li će se kroz unifikaciju najviših standarda demokratije i nezavisnosti sudstva u budućem Ustavu reafirmirati pravosuđe kao garant vladavine prava i savremenog demokratskog razvoja Srbije ili je reč o “kamuflaži mehanizama kojima će politika (političke stranke, bez obzira koje ideologije) i dalje držati sudije na kratkom povocu”²¹ videćemo i osetiti u profesionalnom i u ličnom statusu, ali i u stanju u društva, privredi i u ostvarivanju prava i sloboda, narednih meseci i godina.

nekoliko godina koje su tome prethodile pre može tvrditi da je funkcionisanje organa vlasti imalo osnovna obeležja parlamentarizma. Kroz oba ta perioda nastavljeno je jačanje partokratije, koja briše sve granice između nadležnosti državnih organa i vodi nekontrolisanoj vladavini relativno male grupe ljudi. Kao osnovna slabost u primeni klasičnih vrednosti načela podele vlasti, ostaje i dalje nedovoljna nezavisnost sudske vlasti”. Bogoljub Milosavljević, “Načelo podele vlasti u Ustavu i ustavnoj praksi Republike Srbije”, *Pravni zapisi*, Tom III, br. 1, Beograd, 2012, 18–19. V. detaljnije o razvoju podele vlasti u: *Ustav Srbije – kritička analiza*, Beogradski forum za svet ravnopravnih, Beograd, 2007; Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija K. Adenauer, Beograd, 2009.

²⁰ Setimo se samo reforme pravosuđa, i posebno reizbora svih nosilaca pravosudnih funkcija 2009. godine. I danas kad se pojavi bilo kakva kritika odnosa izvršne i zakonodavne vlasti prema sudskoj ili kritika nekih zakonodavnih predloga izvršne vlasti, nastaje blokada. Stručna ali i najšira javnost, ostaje uglavnom uskraćena za relevantne informacije, stav ili diskusiju. Umesto toga, *ad personam* se javno prozivaju i vređaju od strane najviših državnih funkcionera, poslanika i tabloida, pojedine sudije ili tužioci koji su se usudili da izreknu kritički ili suprotan stav. Zašto nadležni organi ne reaguju, iako im je to ustavna, zakonska ili obaveza iz usvojenog Kodeksa ponašanja?

²¹ Ratko Marković, *Amandmanska majstorija*, Politika, Beograd, 27.2.2018.

SAVO ĐURĐIĆ

Judge of the Court of Appeal in Novi Sad
and member of High Judicial Council

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS
AND JUDICIAL INDEPENDENCE – IN THE LIGHT OF THE PROPOSED
CHANGES TO THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA –

Summary

The result of the discussion about the text of the constitutional amendments of the Ministry of Justice, especially in terms of new solutions regarding the constitutional principle of separation of powers, seems more like a half-hearted and unsuccessful attempt at maintaining the status quo than a burst of constitutional energy by a society keen on achieving judicial independence. One of the questions put by the initiator of the constitutional amendments that is left without the answer is the position on the constitutional principle regarding the division of power referred to in the Article 4 of the Constitution of the Republic of Serbia, in paragraphs 3 and 4, which are in mutual discord. In this article the author analyzed the document *Legal Analysis of the Constitutional Framework on the Judiciary of the Republic of Serbia* and *Key positions on the Working Version of the Draft Amendments to the Constitution of the Republic of Serbia* on 20 February 2018. The principle of *checks and balances* (mutual checks and balances) is the principle of reactions between legislative and executive powers and it may exist, although not necessarily, in a modern democratic legal state. Necessary to such a state is the *division of powers* into three technically separate parts: legislative, executive and judicial. All three separate powers need *independent judiciary*.

Key words: rule of law, separation of powers, judicial independence, changes to the constitution

Literatura

- Boljević D., *Ustavni sud Republike Srbije i pravosudna reforma*, Dosije, Beograd, 2019.
- Galić B., *Podela vlasti u Ustavu Republike Srbije iz 2006. godine – ključni principi organizacije vlasti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2017.
- Kandić T., *Sudska vlast u Republici Srbiji*, Dosije studio, Beograd, 2015.
- Milosavljević B., “Načelo podele vlasti u Ustavu i ustavnoj praksi Republike Srbije”, *Pravni zapisi*, Tom III, br. 1, Beograd, 2012.
- Orlović S., *Načelo podele vlasti u ustavnom razvoju Srbije*, Pravni fakultet u Beogradu, 2008.
- Pajvančić M., *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija K. Adenauer, Beograd, 2009.

Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine, Zbornik radova, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018.

Ustav Srbije – kritička analiza, (ur. Ratko Marković), Beogradski forum za svet ravnopravnih, Beograd, 2007.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 05.10.2020.

Prihvaćen: 23.10.2020.

PREGLEDNI RAD

HAMDİJA ŠARKINOVIĆ

OGRANIČAVANJE LJUDSKIH PRAVA I SLOBODA U PRAKSI USTAVNOG SUDA CRNE GORE U DOBA KORONA VIRUSA

Rad se bavi preduzetim mjerama u vezi s korona virusom SARS-CoV-2 i zaraznom bolešću COVID-19 na osnovu Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti koje su definisane kao "vanredna situacija". Ustav Crne Gore i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda priznaje i "ograničenje" ("limitation") osnovnih prava i sloboda zaštićenih Ustavom i "odstupanje" ("derogation") od tih prava. "Ograničenje" podrazumijeva lakši stepen miješanja, jer se može izvršiti i bez proglašenja "vanrednog stanja", a "odstupanje" podrazumijeva teži stepen miješanja, jer se ne smije izvršiti bez proglašenja vanrednog stanja. Ustavni sud Crne Gore je, sagledavajući ograničenja u svijetlu konkretnog predmeta u cjelini i u kontekstu okolnosti situacije izazvane virusom SARS-CoV-2, utvrdio da je preduzetim mjerama postignuta pravična ravnoteža između potrebe da se zaštiti zdravlje i životi građana, s jedne strane, i pravo na slobodu kretanja i slobodu okupljanja lica koji su u vezi s novim korona virusom te ograničenje sloboda, s druge strane, odnosno da ograničenje prava tih lica za njih nije predstavljalo nesrazmjeran teret u odnosu na cilj kojem se težilo.

Ključne riječi: Ustav Crne Gore, Ustavni sud Crne Gore, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ograničavanje/derogacija ljudskih prava i osnovnih sloboda za vrijeme pandemije korona virusa

U V O D

Zbog globalne pandemije zarazne bolesti COVID-19 uzrokovane virusom SARS-CoV-2, države članice Savjeta Evrope, koje su ujedno i stranke Konvenci-

Hamdija Šarkinović, sudija Ustavnog suda Crne Gore i doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: hamdija.sarkinovic@ustavnisud.me.

je za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u nastavku teksta: Konvencija ili EKLJP), preduzele su iste ili slične mjere protiv širenja opasnog virusa, u različitom obimu i intenzitetu, čime su ograničile više ljudskih prava i osnovnih sloboda zajemčenih Konvencijom, prvenstveno slobodu kretanja i slobodu okupljanja. Ograničenja pojedinih drugih prava i sloboda u najvećoj su mjeri derivati tih primarnih ograničenja, a u nekim državama ograničenja se protežu i na prava koja ne deriviraju iz primarnih ograničenja slobode kretanja i okupljanja, poput prava na slobodu izražavanja, privatni i porodični život, porodična okupljanja, sahrane i dr.

Određba člana 15 Konvencije omogućava državama strankama da u vanrednim prilikama derogiraju u ograničenom obimu i pod nadzorom Evropskog suda za ljudska prava (u nastavku teksta ESLJP) svoje obaveze osiguranja određenih prava i sloboda zajemčenih Konvencijom. Brzo širenje korona virusa i opasnost za život koju sa sobom nosi i težak teret koji leži na zdravstvu zbog liječenja osoba oboljelih od bolesti korona virus, koju taj virus prouzrokuje, dovelo je do nametanja brojnih ograničenja normalnom načinu života u državama članicama Savjeta Evrope. Ta ograničenja nužno utiču na uživanje prava i sloboda zajemčenih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima nezavisno od toga je li njihovo nametanje pratilo obavještenje o derogiranju obaveza iz člana 15 Konvencije.

Izazov koji korona virus postavlja u odnosu na opasnost za život i tjelesni integritet nesumnjivo ima obavezu da angažuje pozitivne obaveze države članice u odnosu na poštovanje prava na život iz člana 2¹ i prava na poštovanje privatnog života iz člana 8 Konvencije. Nedovoljni koraci u informisanju javnosti o rizicima koje nosi zaraza korona virusom i u savjetovanju određenih preventivnih koraka mogu rezultirati povredom pozitivne obaveze preduzimanja nužnih mjera za zaštitu života, kao što je to bio slučaj u nekim drugim okolnostima koje je Sud razmatrao.

U prvom dijelu rada obrađuje se ograničenje ljudskih prava i sloboda u skladu s Konvencijom i relevantna sudska praksa ESLJP, od prava na slobodu i bezbjednost, preko prava na slobodu kretanja, do prava na imovinu.

U drugom dijelu rada obrađuju se akti kojima su privremeno ograničavana ljudska prava i slobode u Crnoj Gori za vrijeme pandemije korona virusa.

¹ Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Strasbourški *acquis*, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb: Novi informator d.o.o., 2014, 76, 182.

OGRANIČENJE/DEROGIRANJE U VRIJEME
VANREDNOG STANJA

Odredbama člana 15 Konvencije je propisano, da u vrijeme rata ili drugog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda svaka visoka ugovorna stranka može, u obimu koji je strogo određen potrebama tih vanrednih prilika, preduzeti mjere koje derogiraju njene obaveze iz ove Konvencije, uz uslov da te mjere nisu nespojive s njenim ostalim obavezama po međunarodnom pravu, s tim da se na osnovu ove odredbe ne može derogirati član 2, osim za slučajeve smrti prouzrokovane zakonitim ratnim dejstvima, niti članovi 3, 4 (stav 1) i 7.3.² Svaka visoka ugovorna stranka koja se posluži tim pravom derogiranja svojih obaveza mora generalnog sekretara Savjeta Evrope u cijelosti obavijestiti o mjerama koje je preduzela i o razlozima zbog kojih je to učinila. Ona će takođe obavijestiti generalnog sekretara Savjeta Evrope o prestanku djelovanja tih mjera i o ponovnoj punoj primjeni svih odredaba Konvencije.

Prema tome, član 15 Konvencije omogućuje državama strankama da u vanrednim prilikama derogiraju, u ograničenom obimu i pod nadzorom Evropskog suda za ljudska prava, svoje obaveze osiguranja određenih prava i sloboda zajamčenih Konvencijom. Kad se podnosilac zahtjeva žali da mu je povrijeđeno neko pravo tokom perioda derogacije, dosadašnja sudska praksa pokazuje da Sud prvo ispituje meritum slučaja, tj. da li će se osporena mjera, koja je dovela do povrede konvencijskog prava, opravdati na osnovu materijalnog člana Konvencije kojom se to pravo uređuje. Ako se ona ne može opravdati kroz mjerodavni član Konvencije, Sud to utvrđuje, pa zbog izjavljene derogacije nastavlja ispitivanje razmatrajući samo podnesene derogacije. Prvo ispituje je li derogacija bila valjana, što uključuje ispitivanje jesu li bile ispunjene sve pretpostavke iz člana 15 Konvencije za njeno izjavljivanje.³ Dopusšteno je i osporavanje valjanosti same derogacije koju je država izjavila. Međutim, ako je država izjavila derogaciju, ali stranke u postupku ne traže da Sud primijeni član 15 Konvencije na konkretan slučaj, onda Sud neće

² Riječ je o apsolutnoj zabrani derogacije: zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (član 3), zabrane ropstva ili ropstvu sličnog odnosa (član 4 stav 1), načela *nullum crimen nulla poena sine lege* (član 7) i načela *ne bis in idem* (član 4 Protokola br. 7). Za razliku od njih derogacija člana 1 Protokola br. 13 uz Konvenciju (ukidanje smrtne kazne) samo je relativne naravi jer zabrana derogacije ne važi ako je riječ o smrti prouzrokovanoj zakonitim ratnim djelovanjem.

³ *A. i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 3455/05, 19. februar 2009, par. 161; *Lawless protiv Irske* (br. 3), br. 332/57, 1. jul 1961, par. 15.

ispitivati je li situacija na koju se podnosilac žalio bila pokrivena valjanom derogacijom.⁴

Kad je riječ o nadzornim ovlaštenjima Suda u primjeni člana 15 Konvencije, osnovni pristup sadržan je u presudi *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (P), br. 5310/71, 18. januara 1978, § 207, i glasi:

“(a) Uloga Suda

207. Ograničenost nadzornih ovlaštenja Suda posebno je vidljiva kad je riječ o članu 15. Na svakoj je državi ugovornici na prvom mjestu, zbog njene odgovornosti za ‘opstanak [njenog] naroda’, da odredi kad je taj opstanak ugrožen ‘vanrednim stanjem’ i, ako jeste, koliko je daleko potrebno ići u pokušaju da se opasnost prevlada. Zbog njihovog neposrednog i stalnog kontakta s prijetećom nuždom trenutka, nacionalne su vlasti u načelu u boljem položaju od međunarodnog suda da prosude da li postoji takvo vanredno stanje te priroda i obim derogacije nužni da bi se ono otklonilo. U tom pitanju član 15 stav 1 ostavlja tim vlastima široku slobodu odlučivanja.

Nezavisno od toga, države ne uživaju neograničenu slobodu u tom području. Sud koji je, zajedno s Komisijom, odgovoran za osiguranje nadzora nad obavezama država (član 19) ovlašten je da presudi da li su države prekoračile ‘obim koji je strogo određen potrebama krize’. Nacionalni stepen slobodne procjene prati, prema tome, evropski nadzor (*European supervision*).”

Iako postupaju pod “evropskim nadzorom”, države članice u primjeni člana 15 Konvencije imaju izuzetno široko područje slobodne procjene te nije potrebno prethodno formalno proglasiti vanredno stanje u zemlji da bi država pribjegli derogiranju svojih obaveza na osnovu člana 15 Konvencije. Dovoljno je da u jednom zakonu država odstupi od neke obaveze iz Konvencije i to obrazloži postojanjem “vanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda” u smislu člana 15 Konvencije. Da li je zaista postojalo takvo stanje, ocjenjuje sam Sud u postupku.⁵

Postupanje države u odnosu na bilo koji oblik bolesti nije do sada bilo značajno zastupljeno u zahtjevima pred Evropskim sudom za ljudska prava, a uglavnom se odnosilo na liječenje zatvorenika od hepatitisa, AIDS-a i tuberkuloze, u jednom slučaju je pritvoreno lice od AIDS-a i u jednom je nametnut karantin zbog kojeg je jedan član porodice bio spriječen da posjeti drugog člana porodice,

⁴ European Court of Human Rights, Guide on Article 15 of the Convention – Derogation in time of emergency, Last update: 31.12.2019, tačke 4. i 5, str. 5, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf, 3.4.2020.

⁵ *A. i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 3455/05, 19. februar 2009, par. 175–181.

čime su otvorili pitanja vezano za poštovanje prava na slobodu i sigurnost iz člana 5, odnosno poštovanje prava na porodični život iz člana 8 EKLJP.

Prijetnja prouzrokovana korona virusom zavisi od zemlje o kojoj je riječ, bilo stvarna ili neposredna, takva je da uključuje čitavu naciju i utiče na nastavak organizovanog života u zemlji.⁶ Sva ograničenja –zasnivala se na derogaciji ili ne – moraju imati pravni osnov, koji uključuje i poštovanje relevantnih ustavnih jamstava i zahtjeva države članice o kojoj je riječ.⁷

Opasnost koju korona virus predstavlja za život i tjelesni integritet nesumnjivo angažuje pozitivne obaveze države članice u odnosu na poštovanje prava na život iz člana 2 i prava na poštovanje privatnog života iz člana 8 Konvencije. Naime, postoji prostor za tvrdnju da nedovoljni koraci u informisanju javnosti o rizicima koje nosi zaraza korona virusom i u savjetovanju određenih preventivnih koraka mogu rezultirati povredom pozitivne obaveze preduzimanja nužnih mjera za zaštitu života, kao što je to bio slučaj u nekim drugim okolnostima koje je Sud razmatrao. Jednom kad postane jasna priroda mjera potrebnih za savladavanje prijetnje, a država je ta koja treba da ih preduzme – posebno kroz ograničenje aktivnosti koje bi mogli preduzimati građani – tada bi se propust da se usvoje mogao sagledati kao povreda pozitivnih obaveza iz člana 2 i 8 Konvencije.⁸

U suočavanju s opasnostima za život i tjelesni integritet mora se voditi računa o operativnim odabirima koje država mora napraviti u pogledu prioriteta i resursa.⁹ Ipak, jednom kad postane jasna priroda mjera potrebnih za savladavanje prijetnje, a država je ta koja ih treba preduzeti – posebno kroz ograničenje aktivnosti koje bi mogli preduzimati građani – tada bi se njihovo neusvajanje moglo sagledati kao povreda pozitivnih obaveza iz člana 2 i 8 Konvencije.¹⁰ Lakše je procijeniti sposobnost države za djelovanje nego prosuditi koje su to mjere što bi ih trebalo preduzeti, pogotovo ako u najboljem načinu postupanja postoji sukobljeno medicinsko i naučno mišljenje.

Pandemiju korona virusa posebno teškom čini to što odgovor ne može biti lokalna i što je prekogranična saradnja nesumnjivo ključna te, iako bi mogla postojati odgovornost zbog nepreduzimanja nekih prisilnih mjera za suzbijanje ponašanja koje dovodi u opasnost život i tjelesni integritet drugih – poput ignorisanja zahtjeva za socijalnu distancu, nesumljivo će postojati granice do kojih će

⁶ *A. i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 3455/05, 19. februar 2009.

⁷ *Mehmet Hasan Altan protiv Turske*, br. 13237/17, 20. mart 2018.

⁸ *Finogenov i drugi protiv Rusije*, br. 18299/03, 20. decembar 2011.

⁹ *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 23452/94.

¹⁰ *Finogenov i drugi protiv Rusije*, br. 18299/03, 20. decembar 2011.

to biti izvedivo kad se uporedi s ponašanjem pojedinaca, čiji je identitet moguće utvrditi, koji ometaju druge u uživanju prava i sloboda iz Konvencije.¹¹

OGRANIČAVANJE SLOBODA I PRAVA ZA VRIJEME EPIDEMIJE KORONA VIRUSA U CRNOJ GORI

Naredbe Ministarstva zdravlja i ograničavanje ljudskih prava i sloboda

Naredbama o sprovođenju mjera za sprečavanje infekcije izazvane novim korona virusom, o zabrani putovanja putnika iz Crne Gore avio-saobraćajem na sjever Republike Italije u Milano i Bolonju, kao i ulazak putnika iz tih destinacija u Crnu Goru i za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa i njihovih izmjena i dopuna, koje je na prijedlog Instituta za javno zdravlje Crne Gore donijelo Ministarstvo zdravlja Crne Gore u periodu od 13. marta 2020. godine do 31. marta 2020. godine, između ostalih, propisane su sljedeće mjere:

Privremena zabrana putovanja putnika iz Crne Gore na sjever Republike Italije u Milano i Bolonju, područja zahvaćena epidemijom zarazne bolesti izazvane novim korona virusom, kao i ulazak putnika u Crnu Goru iz tih destinacija. – (Tačka I Naredbe o zabrani putovanja putnika iz Crne Gore avio-saobraćajem na sjever Republike Italije u Milano i Bolonju kao i ulazak putnika iz tih destinacija u Crnu Goru¹²). Naredba je prestala da važi saglasno odredbi člana 5 alineja 1 Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa, od 29. juna 2020. godine, kad je i stupila na snagu.¹³

Obavezna samoizolacija za sve crnogorske državljane, kao i za strance koji imaju stalni ili privremeni boravak u Crnoj Gori, koji dolaze iz inostranstva, a na osnovu rješenja zdravstveno sanitarne inspekcije. – (Član 1 stav 1 tačka 2 stav 1 Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa¹⁴). Naredba je prestala da važi saglasno odredbi člana 2 Naredbe o izmjeni i dopuni Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa (od 5. juna 2020. godine, kada je i stupila na snagu¹⁵).

¹¹ *Identoba i drugi protiv Gruzije*, br. 73235/12, 12. jul 2015.

¹² *Službeni list Crne Gore*, broj 14/20.

¹³ *Službeni list Crne Gore*, broj 50/20.

¹⁴ *Službeni list Crne Gore*, broj 15/20.

¹⁵ *Službeni list Crne Gore*, broj 50/20.

Obaveza smještaja u karantin lica koja su bila ili za koja se sumnja da su bila u kontaktu sa licima oboljelim od novog korona virusa ili sa licima za koja postoji sumnja da su oboljela od ove bolesti, kao i lica koja dolaze iz zemalja sa visokim nivoom lokalne transmisije virusa. Lica koja su bila u kontaktu sa oboljelim od novog korona virusa moraju biti sama u prostoriji u karantinu. – (Član 1 tačka 6 Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa.¹⁶ Mjera i dalje na snazi¹⁷).

Obaveza zdravstveno-sanitarne inspekcije i Uprave policije da u maksimalno mogućoj mjeri pojačaju aktivnosti nadzora svih lica kojima je izrečena mjera samoizolacije, njihovih članova domaćinstva, kao i osoba koje su ih dovezle od graničnog prelaza do mjesta stanovanja. Ako utvrde da ova lica ne postupaju po izrečenoj mjeri, zdravstveno-sanitarna inspekcija i Uprava policije odmah će podnijeti krivičnu prijavu nadležnom državnom tužilaštvu zbog izvršenja krivičnog djela, za nepostupanje po zdravstvenim propisima za suzbijanje opasne zarazne bolesti, za koje je propisana kazna zatvora do jedne godine. – (Član 1 tačka 1 Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa¹⁸). Naredba je prestala da važi saglasno odredbi člana 3 alineja 1 Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa, kada je stupila na snagu, a primjenjuje se od 1. juna 2020. godine.¹⁹

Zabrana prevoza više od dvije odrasle osobe u putničkom motornom vozilu u isto vrijeme. – (Član 1 tačka 2 Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa²⁰). Odredba člana 1 stav 1 tačka 2 Naredbe izmijenjena odredbama člana 1 Naredbe o izmjeni i dopuni Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa,²¹ kada je i stupila na snagu. Izmijenjena odredbama člana 1 tačka 2 Naredba glasi:

“2) zabrana prevoza više od dva punoljetna lica u putničkom motornom vozilu u isto vrijeme, osim ako se prevoze članovi zajedničkog porodičnog domaćinstva. Ova zabrana ne odnosi se na vozila pravnih lica kojima se vrši prevoz

¹⁶ Službeni list Crne Gore, broj 17/20.

¹⁷ Mjera i dalje na snazi.

¹⁸ Službeni list Crne Gore, broj 19/20.

¹⁹ Službeni list Crne Gore, broj 50/20, od 29. maja 2020. godine.

²⁰ Službeni list Crne Gore, broj 19/20.

²¹ Službeni list Crne Gore, broj 20/20, od 20. marta 2020. godine.

zaposlenih, vozila predstavnika medija i vozila koja se koriste za potrebe hitnih interventnih službi (zdravstvo, policija, vojska, vatrogasne službe i sl.)”.

Zabrana prisustva i zadržavanja više od dva lica zajedno na otvorenom javnom mjestu (trotoari, trgovi, ulice, parkovi, šetališta, plaže i sl.), osim za lica koja obavljaju svoje redovne radne zadatke. – (Član 1 tačka 3 Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa²²). Odredba člana 1 stav 1 tačka 3 Naredbe izmijenjena je odredbom člana 1 Naredbe o izmjeni i dopuni Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa,²³ kad je i stupila na snagu. Izmijenjena odredba člana 1 tačka 2 Naredbe glasi:

“3) zabrana prisustva i zadržavanja na svim javnim površinama više od jednog lica, osim za dijete mlađe od 12 godina života, dijete sa poremećajima iz autističnog spektra i drugim smetnjama u razvoju i lica koja koriste invalidska kolica, uz prisustvo jednog roditelja, staratelja, usvojioca, hranioca, pratioca ili drugog punoljetnog člana porodičnog domaćinstva. Ova zabrana ne odnosi se na lica koja obavljaju redovne radne zadatke u djelatnostima dozvoljenim naredbama.”

Zabrana okupljanja u objektima stanovanja licima koja nijesu članovi zajedničkog porodičnog domaćinstva. – (Član 1 stav 1 tačka 4 Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa²⁴). Naredba je prestala da važi saglasno odredbi člana 3 Naredbe o izmjeni i dopuni Naredbe za preduzimanje privremenih mjera za sprečavanje unošenja u zemlju, suzbijanje i sprečavanje prenošenja novog korona virusa,²⁵ od 21. aprila 2020. godine, kada je i stupila na snagu.

*Naredbom o proglašavanju epidemije zarazne bolesti COVID-19*²⁶ – proglašena je epidemija zarazne bolesti korona virusa zbog koje je ugroženo čitavo područje Crne Gore te da se za vrijeme trajanja epidemije zarazne bolesti korona virusa preduzimaju mjere koje propisuju nadležni organi, s tim da ista stupa na snagu danom objavljivanja u “Službenom listu Crne Gore”. Naredba je prestala da važi saglasno odredbi člana 3 Naredbe o proglašavanju prestanka epidemije zarazne bolesti korona virusa od 3. juna 2020. godine, kad i stupila na snagu.²⁷

²² Službeni list Crne Gore, broj 22/20.

²³ Službeni list Crne Gore, broj 31/20, od 8. aprila 2020. godine.

²⁴ Službeni list Crne Gore, broj 26/20.

²⁵ Službeni list Crne Gore, broj 35/20.

²⁶ Službeni list Crne Gore, broj 24/20.

²⁷ Službeni list Crne Gore, broj 52/20.

Aktivnosti Nacionalno koordinacionog tijela (NKT)

Vlada je proglasila 12 objekata za karantine: Studentski dom *Krost*, Institut *Dr Simo Milošević*, Policijska akademija, Zoganje, ReSpa, Trening centar Crvenog krsta i hotele *Castellastva*, *Lighthouse*, *Vučje*, *Vocco*, *Holiday Village* i *Wahels*. Ukupni smještajni kapacitet u karantinima je 1.249 soba s toaletom, odnosno 2.573 kreveta. Iz sredstava donacije UNDP-a opremljeni su mobilijarom i tehničkim uređajima karantini Zoganje i Policijska akademija. U svrhu preventivne zaštite zdravstvenih radnika od kontakata s ostalim slojevima stanovništva, na uslugu su zdravstvenom sistemu stavljeni hoteli *Premijer* i *Podgorica* u Podgorici, *Onogošt* u Nikšiću, *Sidro* u Baru i *Berane* u Beranama.²⁸

Uloga *Zdravstveno-sanitarne inspekcije* u čitavom procesu je višestruka, kompleksna i višedimenzionalna. Njena aktivnost čini vezivno tkivo aktivnosti svih drugih segmenata u stanju epidemioloških izazova koje nosi sprečavanja importacije i širenja zarazne bolesti izazvane novim sojem korona virusa. Prije svega, ogledala se u aktivnostima u procjeni ispunjenosti uslova objekata određenih za karantine, u vršenju poslova inspeksijskog nadzora s ciljem sprečavanja importacije i širenja zarazne bolesti izazvane novim sojem korona virusa u zemlji i na graničnim prelazima (vazdušni, kopneni, željeznički, pomorski), a potom i u vršenju nadzora u domovima za stare u Pljevljima, Bijelom Polju, Risnu, Danilovgradu, JU Centar *Ljubović*, JU Zavod *Komanski most* i JU Dječiji dom *Mladost Bijela*.²⁹

Operativni štab za sprovođenje aktivnosti u vezi s povratkom crnogorskih državljana iz inostranstva.

²⁸ Informacija o dosad preduzetim aktivnostima na suočavanju s epidemijom COVID-19 Vlade Crne Gore, broj 07-2422 od 20. aprila 2020. godine, 19–20.

²⁹ Od 18. marta Zdravstveno-sanitarna inspekcija donijela je 14.244 rješenja, i to: 2.609 rješenja o stavljanju pod zdravstveni nadzor, 7.850 rješenja o samoizolaciji, o produženju samoizolacije, samoizolaciji poslije karantina, 1.671 rješenje o stavljanju u karantin i institucionalnu samoizolaciju, 2.109 rješenja o samoizolaciji i produženju samoizolacije (oboljelih, zbog kontakta s oboljelim ili sumnje zbog kontakta s oboljelim), 5 rješenja o izdavanju sanitarnih saglasnosti. Zbog sumnje na kontakt s oboljelim izdata su 226 rješenja za 1.376 lica o samoizolaciji za stanovnike na Koniku, Vrela Ribnička. Na osnovu rješenja zdravstveno-sanitarne inspekcije, u skladu s Naredbom, u karantine je bilo smješteno 1.665 lica. Najveći broj smještenih lica u jednom danu je bio 1.188, dok se na dan 18. aprila u karantinima nalazi 425 lica. Zdravstveno-sanitarna inspekcija je, u cilju kontrole sprovođenja rješenja o samoizolaciji, sa službenicima Centara bezbjednosti kontrolisala 2.214 rješenja o samoizolaciji, od kojih nijesu ispoštovana 33 rješenja, a 31 lice je zbog kršenja mjere samoizolacije smješteno u karantin. Na rješenja zdravstveno-sanitarnih inspektora izjavljeno je 12 žalbi. Tri su odbijene – jedna kao neblagovremena i dvije kao neosnovane. Ostalih devet žalbi su u postupku rješavanja.

U izvještajnom periodu u Crnu Goru su doputovala 9.562 crnogorska državljana (od toga 5.957 putnika – vozača teretnih motornih vozila, 1.630 preko Aerodroma Podgorica. Iz Crne Gore je otputovalo 16.036 stranih državljana, od toga 2.865 preko Aerodroma Podgorica. Odobreni su prelasci državne granice i tranzit kroz teritoriju Crne Gore: za 475 lica – stranih državljana, od toga pod policijskom pratnjom za 412 lica u 24 slučaja, bez policijske pratnje 63 lica, u tranzitu, u 12 slučajeva.³⁰

Podaci o obolijevanju, oporavku i umiranju na dan 18. aprila 2020. – Na dan 18. aprila 2020. u Crnoj Gori je ukupno potvrđeno 305 slučajeva infekcije SARS-CoV2 (novi korona virus) počevši od prvog slučaja 17. marta, od čega je trenutno aktivnih 245 slučajeva; ukupno je na SARS-CoV2 urađeno 4.292 testova; ukupno oporavljeno 55 slučajeva (oporavkom se računaju dva uzastopna negativna testa na SARS-CoV2); od čega je 27 bilo bolnički liječeno, a 28 se oporavljalo u kućnim uslovima – ukupni mortalitet je 5 slučajeva; od pojave prvog slučaja ukupno je bilo hospitalizovano 70 pacijenata, od čega je 38 trenutno na hospitalizaciji (uz to, 27 otpuštenih pacijenata i 5 preminulih); od pojave prvog slučaja detektovano je 25 zdravstvenih radnika pozitivnih na SARS-CoV2, od kojih su 2 oporavljena i trenutno postoje 23 aktivna slučaja. Jedan SARS-CoV2 pozitivan zdravstveni radnik trenutno je na bolničkom liječenju u KCCG; od pojave prvog slučaja mjere samoizolacije izrečene su za 232 zdravstvena radnika. Trenutno je hospitalizovano u Kliničkom centru Crne Gore 17 pacijenata (12 na Klinici za infektivne bolesti; 2 u poluintenzivnoj jedinici Interne klinike i 3 u intenzivnoj jedinici); u OB Berane 2 pacijenta; u OB Nikšić 7 pacijenata; u OB Bar 12 pacijenata. Ukupan broj pacijenata na mehaničkoj ventilaciji je 2 i oba se nalaze u intenzivnoj jedinici Interne klinike u Kliničkom centru Crne Gore. Ukupan broj hospitalizovanih pacijenata na dan 18. aprila je 38. Trenutno se pod epidemiološkim nadzorom (u samoizolaciji i karantinima) nalazi 3.631 građanin.³¹

Uprava policije Crne Gore je, u skladu sa svojim djelokrugom rada, uzela učešće u obezbjeđivanju i sprovođenju zaštite stanovništva od inficiranja novim korona virusom. S tim u vezi, od 27. januara je na graničnim prelazima prilikom ulaska putnika u Crnu Goru Zdravstveno-sanitarna inspekcija počela da sprovodi zdravstveni nadzor putnika koji dolaze iz NR Kine i drugih pogođenih područja i teritorija na kojima je registrovana zarazna bolest korona virus. Izdati su odgovarajući nalozi u cilju koordinacije i sinhronizacije svih službi na graničnim prela-

³⁰ Informacija o dosad preduzetim aktivnostima na suočavanju s epidemijom COVID-19 Vlade Crne Gore broj 07-2422 od 20. aprila 2020. godine, 24-25.

³¹ Informacija o dosada preduzetim aktivnostima na suočavanju sa epidemijom COVID-19 Vlade Crne Gore broj 07-2422 od 20. aprila 2020. godine, 50.

zima i pružanja pomoći od strane policijskih službenika sanitarnim inspektorima prilikom obavljanja poslova na graničnim prelazima. Istovremeno je trebvana odgovarajuća zaštitna oprema. Po prirodi stvari, u vrhu prioriteta Uprave policije u ovim okolnostima bilo je i jeste staranje o sprovođenju značajnog broja naredbi Ministarstva zdravlja iz djelokruga policije, odnosno obavljanje poslova sprečavanja vršenja i otkrivanja krivičnog djela “nepostupanje po zdravstvenim propisima za suzbijanje opasne zarazne bolesti” iz člana 287 Krivičnog zakonika i teških djela protiv zdravlja ljudi iz člana 302 Krivičnog zakonika, odnosno pronalaženje učinilaca ovih krivičnih djela i njihovo dovođenje nadležnim organima.

Policijski službenici su, direktno ili indirektno, sprovodili nadzor nad primjenom većine od preko 90 mjera propisanih naredbama Ministarstva zdravlja, donesenim do trenutka sačinjavanja ove informacije. Najintenzivnije je vršen nadzor nad primjenom mjera koje su se odnosile na zabranu izlaska iz objekta stanovanja u propisanom vremenu; zabranu prisustva i zadržavanja više od dva, odnosno jednog lica zajedno na otvorenom javnom mjestu; zabranu prevoza više od dva punoljetna lica u putničkom motornom vozilu u isto vrijeme; zabranu putničkog međugradskog saobraćaja; nepridržavanje mjere samoizolacije lica; zabranu rada određenih objekata i nepridržavanje mjere zatvaranja određenih objekata i zabranu izlaska s određene teritorije, područja itd.

U kontekstu naprijed navedenog, tj. zbog nepridržavanja mjera i kršenja zabrana, u proteklom periodu službenici Uprave policije podnijeli su ukupno 741 krivičnu prijavu protiv 994 lica zbog postojanja osnovane sumnje da su počinila 896 krivičnih djela protiv zdravlja ljudi i ostalih djela vezanih za zaraznu bolest korona virus.

Osnovna državna tužilaštva u Crnoj Gori saglasno zakonskim ovlaštenjima za vrijeme trajanja pandemije korona virusa preuzimala su zakonske mjere.

Od 17.3.2020. do 23.7.2020. godine u osnovnim državnim tužilaštvima bilo je saslušano 2.116 osumnjičenih, od čega 73 svjedoka. Zbog izvršenog krivičnog djela nepostupanje po zdravstvenim propisima za suzbijanje opasne zarazne bolesti iz člana 287 Krivičnog zakonika formiran je 1661 predmet, za krivično djelo prenošenje opasne zarazne bolesti iz člana 288 Krivičnog zakonika Crne Gore i zbog krivičnog djela izazivanje panike i nereda 9 predmeta. Sporazum o priznanju krivice je postignut u 110 predmeta, čija se kazna kretala od 200 do 1000 eura. Tužilačka zadržavanja vršena su u 57 predmeta, a broj odbačenih krivičnih prijava je 115.³²

³² Podaci su urađeni na osnovu dopisa: Osnovnih državnih tužilaštava iz Crne Gore dostavljenih po zahtjevu Vrhovnog državnog tužilaštva Crne Gore od 23. 7. 2020. godine.

Zbog izvršenja krivičnog djela izazivanja panike i nereda iz člana 398 Krivičnog zakonika formirano je ukupno 9 predmeta, od toga u Podgorici,³³ Bijelom Polju³⁴ i Kotoru³⁵ po 2 i jedan u Rožajama.³⁶

Odredbama člana 398 Krivičnog zakonika Crne Gore krivično djelo “izazivanje panike i nereda” zasniva se na posljedicama koje proizlaze iz određenog oblika govora (tj. panika, narušavanje javnog reda ili mira, osujećenje ili značajnije ometanje sprovođenja odluka i mjera državnih organa ili organizacija koje imaju javna ovlašćenja). Drugim riječima, ove posljedice moraju se pokazati prije nego što osoba bude proglašena krivom za izvršenje ovog djela. Te su posljedice subjektivne prirode i mogu se različito tumačiti u zavisnosti od osobe koja čita zakonsku odredbu. Stoga je ova odredba otvorena za zloupotrebu. Državni organi su tako koristili konstrukciju “mogao da izazove paniku”, što po Krivičnom zakoniku uopšte ne predstavlja element krivičnog djela “izazivanje panike i nereda”. Shodno tome, prema zakonu Crne Gore, u ovim slučajevima nijesu obezbijeđeni nikakvi dokazi da je krivično djelo uopšte počinjeno. Sama odredba nije u skladu s međunarodnim standardima ljudskih prava, konkretno prava na slobodu izražavanja. Na primjer, dokazi da je ta odredba neprecizna i kao takva suprotna međunarodnim standardima o zakonitosti mogu se naći u proizvoljnim radnjama policije, tužilaštva i istražnih sudija koji su postupali u četiri slučaja koja su detaljno opisana u ovom izvještaju. Pomenuta je odredba Zakona neprecizna, a za posljedicu ima proizvoljno tumačenje izraza *lažne vijesti* i *panika*, kao i predviđenu kaznu zatvora do tri godine, koja nesrazmjerno ograničava slobodu izražavanja.

Navedena zakonska odredba ne ispunjava uslove propisane u članu 1 Ustava Crne Gore, vezano za vladavinu prava. Vladavina prava nije samo formalna primjena pravnih instrumenata, nego vladavina pravde i zaštita svih članova društva od pretjerane moći onih koji vladaju. “Pravna objektivnost, u svojim različitim aspektima, je ono što označava podjelu između vladavine prava i vladavine ljudi.”³⁷

Odluka Ustavnog suda Crne Gore U-I br. 76/98 od 18. maja 2008. godine najbolje određuje vladavinu prava. “Premda pretpostavlja punu ustavnost i zakonitost u smislu člana 5. Ustava, vladavina prava je više od samog zahtjeva za postupanjem u skladu sa zakonom: ona uključuje i zahtjeve koji se tiču sadržaja zakona. Stoga vladavina prava sama po sebi ne može biti pravo u istom smislu u kojem su to zakoni koje donosi zakonodavac. Vladavina prava nije samo vladavi-

³³ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Podgorica, Tu br. 596/20 od 27. jula 2020. godine.

³⁴ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Bijelo Polje, Tu br. 311/20 od 27. jula 2020. godine.

³⁵ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Podgorica, Tu br. 215/20 od 24. jula 2020. godine.

³⁶ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Rožaje, Tu br. 307/20 od 23. jula 2020. godine.

³⁷ Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2007.

na zakona, već vladavina po pravu koja – uz zahtjev za ustavnošću i zakonitošću, kao najvažnijim načelom svakog uređenog pravnog poretka – sadrži i dopunske zahtjeve koji se tiču samih zakona i njihovog sadržaja. U tom smislu Sud osobito ističe da u pravnom poretku utemeljenom na vladavini prava zakoni moraju biti opšti i jednaki za sve, a zakonske posljedice trebaju biti izvjesne za one na koje će se zakon primijeniti. Sud takođe napominje da zakonske posljedice moraju biti primjerene legitimnim očekivanjima stranaka u svakom konkretnom slučaju u kojem se zakon na njih neposredno primjenjuje. Nadalje, Sud ističe da je načelo diobe vlasti iz člana 4 Ustava jedno od onih pravila za ustrojstvo državne vlasti koja su korisna utoliko ukoliko služe vladavini prava i brane je. Iako samo po sebi nema nezavisnu vrijednost, načelo diobe vlasti jedno je od elemenata vladavine prava jer sprečava mogućnost koncentracije ovlaštenja i političke moći (samo) u jednom tijelu. Sud pri tom ističe da se odijeljenost triju vlasti ne treba tumačiti mehanički jer su sve tri državne vlasti funkcionalno isprepletene i međusobno prožete mnoštvom najrazličitijih odnosa i međuuticaja, s pretežnim ciljem uzajamnog nadzora. Iz toga slijedi da jedan od temeljnih zahtjeva koji moraju biti ispunjeni da bi se neki zakon mogao proglasiti sukladnim načelu vladavine prava jest izvjesnost u odnosu prema svima na koje se Zakon treba primijeniti... Načelo vladavine prava biće poštovano samo u slučaju ako zakonske odredbe budu dovoljno određene i prema onima na koje se odnose, kako u pogledu njihovih prava i obaveza, tako i u pogledu postupka u kojem se o tim pravima i obavezama odlučuje, a posljedice koje će izazvati u konkretnom slučaju primjerene legitimnim očekivanjima stranaka na koje se primjenjuju.”

Zbog izvršenog krivičnog djela nepostupanje po zdravstvenim propisima za suzbijanje opasne bolesti iz člana 287 Krivičnog zakonika Crne Gore najviše je procesuiranih lica bilo u Nikšiću – 487, od kojih i nekoliko sveštenih lica, u Podgorici je bilo 383, Kolašinu 14,³⁸ Plavu 43,³⁹ Beranama 86,⁴⁰ Bijelom Polju 70, Pljevljima 105,⁴¹ Cetinje 30,⁴² Herceg Novom 156,⁴³ Kotoru 183, Baru 270,⁴⁴ Ulcinju 89⁴⁵ i Rožajama 48.

³⁸ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Kolašin, Tu br. 253/20 od 27. jula 2020. godine.

³⁹ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Plav, Tu br. 261/20 od 27. jula 2020. godine.

⁴⁰ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Berane, Tu br. 466/20 od 27. jula 2020. godine.

⁴¹ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Bijelo Polje, Tu br. 362/20 od 24. jula 2020. godine.

⁴² Akt Osnovnog državnog tužilaštva Pljevlja, Tu br. 326/20 od 24. jula 2020. godine.

⁴³ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Herceg Novi, Tu br. 228/20 od 24. jula 2020. godine.

⁴⁴ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Bar, Tu br. 199/20 od 23. jula 2020. godine.

⁴⁵ Akt Osnovnog državnog tužilaštva Ulcinj, Tu br. 204/20 od 23. jula 2020. godine.

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu ozbiljnost vanredne situacije u vezi sa zaraznom bolešću COVID-19, veliku opasnost koju je korona virus predstavljao za zdravlje svih građana u Crnoj Gori, kao i procjenu nadležnih organa medicinske struke da postoji opasnost od situacije u kojoj bi odjednom veliki broj ljudi bio zaražen i u potrebi za medicinskom pomoći, polazeći od stava Evropskog suda, prema kojem ocjena potrebe za ograničenjem nekog ustavnog ili konvencijskog prava, pa i ograničenja na slobodu kretanja i slobodu okupljanja, spada u polje slobodne procjene (*margin of appreciation*) države ugovornice, za nametnutim ograničenjem postojala je "hitna društvena potreba" za preduzimanje navedenih mjera.

Sagledavajući osporena ograničenja u svijetlu konkretnog predmeta u cjelini i u kontekstu okolnosti situacije izazvane novim korona virusom, osporenim mjerama postignuta je pravična ravnoteža između potrebe da se zaštiti zdravlje i životi građana, s jedne strane, i pravo na slobodu kretanja i slobodu okupljanja lica kojima su u vezi sa tim virusom te slobode ograničene, s druge strane, odnosno da ograničenje prava tih lica za njih nije predstavljalo nesrazmjern teret u odnosu na cilj kojem se težilo. Sloboda kretanja je od početka vremen-ski i prostorno bila ograničena, uz brojne izuzetke u pogledu ograničenja primjene te mjere na rizične grupe i druga lica koja obavljaju redovne radne zadatke u djelatnostima dozvoljenim naredbama.⁴⁶ Sloboda okupljanja, takođe, nije potpu-

⁴⁶ "Zabrana boravka na otvorenom javnom prostoru, u periodu od 5 do 19 časova, djeci mlađoj od 12 godina života, bez prisustva jednog roditelja, staratelja, usvojioca, hranioca ili drugog punoljetnog člana porodičnog domaćinstva, uz obavezu pridržavanja propisane mjere udaljenosti od drugih lica najmanje dva metra. Zabrana izlaska iz objekata stanovanja građanima, ponedjeljkom do petka u vremenu od 19 časova do 5 časova narednog dana, subotom od 13 do 5 časova narednog dana, a nedjeljom od 11 do 5 časova narednog dana. Izuzetno, za vrijeme trajanja ove zabrane lica koja izvode kućne ljubimce mogu da borave na javnoj površini najviše 60 minuta. Ova zabrana ne odnosi se na lica koja obavljaju redovne radne zadatke u djelatnostima dozvoljenim naredbama, zaposlene kod stranih diplomatsko-konzularnih predstavništava, lica koja pružaju usluge od javnog interesa, a nezamjenljiv su uslov života i rada građana (zdravstvo, inspeksijski organi policija, vojska, službe bezbjednosti, vatrogasne službe, komunalne službe, mediji uključujući lica koja gostuju u medijskim emisijama, poljoprivredne djelatnosti na gazdinstvima i sl.), što se dokazuje potvrdom koju izdaje poslodavac, kao i osobe koje njeguju lica koja usljed bolesti, stanja ili posljedica povrede nijesu sposobna da samostalno obavljaju svakodnevne životne aktivnosti, što se dokazuje potvrdom koju izdaje izabrani doktor ovih lica. Mogućnost boravka djece sa poremećajima iz autističnog spektra i lica koja koriste invalidska kolica, u pratnji jednog lica, najviše 60 minuta dnevno, za vrijeme trajanja zabrane izlaska iz objekata stanovanja. Zabrana prevoza više od dva punoljetna lica u putničkom motornom vozilu u isto vrijeme, osim ako se prevoze članovi zajedničkog porodičnog domaćinstva. Ova zabrana ne odnosi se na vozila pravnih lica kojima se vrši prevoz zaposlenih, vozila predstavnika medija i vozila koja se koriste za potrebe hitnih interventnih službi (zdravstvo, policija, vojska, vatrogasne službe i sl.) i dr."

no zabranjena, već ograničena na okupljanja u zatvorenim i na otvorenim javnim mjestima,⁴⁷ a zdravstvena struka ne poznaje blaže i efikasnije mjere za savladavanje širenja bolesti korona virusa, zbog čega je zabrana kretanja i okupljanja, odnosno zabrana kontakata, još uvijek, jedino moguće i efikasno rješenje. Bez takve mjere bolest bi se širila bez kontrole, što bi dovelo do nemogućnosti djelovanja zdravstvenog sistema, eksponencijalnog rasta oboljelih, opterećenja zdravstvenog sistema, što bi u konačnom imalo nepopravljive posljedice po javno zdravlje, naročito za ona lica koja bi zbog bolesti izgubila život.

Primjenom preduzetih mjera ostvarena je svrha zbog koje su uvedene ("očuvanje zdravlja", "sprečavanja širenja zaraznih bolesti" i "ugrožavanje zdravlja") tako da je 2. juna 2020. godine Ministarstvo zdravlja, na prijedlog Instituta za javno zdravlje, nakon 28 dana od pojave posljednjeg slučaja zaraze, proglasilo prestanak epidemije zarazne bolesti korona virusom. Takođe, odnos cilja i korišćenja sredstava ograničenja, po ocjeni Ustavnog suda, proporcionalan je jer je osporenim mjerama ustanovljen prihvatljiv stepen srazmjernosti između intenziteta ograničenja i potrebe za tim ograničenjem, odnosno da ograničenje prava na slobodu kretanja i slobodu okupljanja odgovara važnosti cilja koji se želio postići ("očuvanje zdravlja", "sprečavanja širenja zaraznih bolesti" i "ugrožavanje zdravlja") i da je u skladu s odredbama člana 24 Ustava primjereno legitimnom cilju. Ograničenja bilo koje lične slobode, pa i slobode kretanja i slobode okupljanja, u odnosu na opasnost po život od manjeg je značaja. Imajući u vidu navedeno, kao i da se u konkretnom slučaju ne radi o apsolutnoj zabrani slobode kretanja i slobode okupljanja, garantovanih odredbama člana 39 stav 1, člana 52 stav 1 Ustava, člana 11 stav 1 Evropske konvencije i člana 2 st. 1 i 2 Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju, već o njihovom privremenom ograničenju u javnom interesu, pod uslovima propisanim Zakonom i podzakonskim aktima, Ustavni sud je utvrdio da posljedice kontinuiranih mjera zaštite od epidemije izazvane novim korona virusom nijesu bile nepodnošljive do mjere u kojoj bi sama suština tih sloboda bila dovedena u pitanje.

⁴⁷ "Zabrana prisustva i zadržavanja na svim javnim površinama više od jednog lica, osim za dijete mlađe od 12 godina života, dijete sa poremećajima iz autističnog spektra i drugim smetnjama u razvoju i lica koja koriste invalidska kolica, uz prisustvo jednog roditelja, staratelja, usvojioaca, hranioaca, pratioca ili drugog punoljetnog člana porodičnog domaćinstva. Ova zabrana ne odnosi se na lica koja obavljaju redovne radne zadatke u djelatnostima dozvoljenim naredbama. Zabrana prisustva i zadržavanja lica na plažama (riječnim, jezerskim i morskim), uređenim i neuređenim kupalištima i izletištima. Zabrana sportskih i rekreativnih aktivnosti na svim javnim površinama, osim individualnih rekreativnih fizičkih aktivnosti, uz obavezu pridržavanja propisane mjere udaljenosti od drugih lica najmanje dva metra. Zabrana organizovanja svadbi. Obavljanje sahrane umrlih lica isključivo u užem krugu porodice. Zabrana okupljanja u objektima stanovanja licima koja nije su članovi zajedničkog porodičnog domaćinstva i dr."

Tokom ove međunarodne zdravstvene krize Crna Gora mora da promoviše i štiti sva ljudska prava, uključujući prava na privatnost i slobodu izražavanja, prema standardu koji postavlja međunarodno pravo. To znači da sve vanredne mjere kojima se ljudska prava ograničavaju u svrhu javnog zdravlja treba da ispunjavaju zahtjeve zakonitosti, neophodnosti i proporcionalnosti i da ne budu diskriminatorne. Shodno tome, Crna Gora treba da razmotri manje restriktivne mjere za ispunjavanje legitimnih ciljeva kojima teži, kao što je zaštita javnog zdravlja. Treba preispitati ustavnost odredaba člana 398 Krivičnog zakonika Crne Gore sa staništa vladavine prava, jer nije u skladu s međunarodnim standardima prava na slobodu izražavanja i treba ga bez odlaganja ukinuti, te sve krivične postupke koji su u toku, a pokrenuti su na osnovu člana 398 KZCG, treba odmah obustaviti, i ne bi trebalo pokretati nove krivične postupke na osnovu ove odredbe.

HAMDIJA ŠARKINOVIĆ
Judge of the Constitutional Court
of Montenegro

RESTRICTION OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS IN THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF MONTENEGRO IN THE TIME OF CORONAVIRUS

Summary

The article tackles the actions taken related to coronavirus SARS-CoV-2 and the contagious disease COVID-19 based on the Law on protection of the population from contagious diseases, and which were defined as “emergencies”. The Constitution of Montenegro and European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms recognize both limitations to human rights and constitutionally protected freedoms and derogation of those rights. Limitation implies a lighter degree of interference because it can be done without the declaration of the state of emergency, whereas derogation implies a greater degree of interference because it cannot be done without the declaration of the state of emergency. By looking at the restrictions in light of the specific problem as a whole and in context of circumstances triggered by the virus SARS-CoV-2, the Constitutional Court found that the taken actions reached a just balance between the need for protection of health and lives of citizens as well as the right to freedom of movement and freedom of assembly connected to the new coronavirus on the one side, and that limitations to freedoms on the other side, i.e. for the limitations of rights of those persons did not present a burden which was disproportionate to the goal which was aimed at.

Key words: Constitution of Montenegro, Constitutional Court of Montenegro, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, limitation/derogation of human rights and fundamental freedoms during the pandemic of coronavirus

Literatura

- Bačić A., “Određbe o “stanju nužnosti” u Ustavu Republike Hrvatske iz 1990. godine”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Tom 34, br. 45–46, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 1997.
- Gardašević Đ., *Ograničenje ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim situacijama*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Zagreb, 2010.
- Kramer M., *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2007.
- Omejac J., “Izvanredno stanje u pravnoj teoriji i ustavima pojedinih zemalja”, *Pravni vjesnik*, Tom 12, 1996.
- Omejac J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Strasbourški *acquis*, drugo dopunjeno izdanje, Zagreb: Novi informator d.o.o., 2014.
- Smerdl B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne Novine, Zagreb, 2013.
- Šević S., *Ustavnost izvanrednog stanja*, Zagreb, Lux, 1999.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 23.09.2020.

Prihvaćen: 11.10.2020.

PREGLEDNI RAD

OSMAN KADRIU

VANREDNO STANJE U JEDNOJ ZEMLJI I PRAVNA MOGUĆNOST OGRANIČENJA LJUDSKIH PRAVA

U radu se analiziraju ključna pitanja koja se odnose na ljudska prava i njihovo ostvarenje. Kao posebno značajno u tom smislu izdvaja se pitanje pravne mogućnosti ograničenja ljudskih prava u situaciji proglašenja vanrednog stanja. Ova ograničenja u radu su analizirana sa stanovišta odgovarajućih rešenja međunarodnog i nacionalnog prava. U tim okvirima, posebna pažnja posvećena je odredbama pojedinih međunarodnih dokumenata koji se odnose na oblast ljudskih prava. U radu su posebno razmotrene moguće zloupotrebe ljudskih prava u situaciji proglašenja vanrednog stanja. Rad se zaključuje izlaganjem specifičnosti ustavnog sistema Republike Severne Makedonije, pri čemu se posebno analizira uloga Ustavnog suda u zaštiti ljudskih prava u slučaju proglašenja vanrednog stanja.

Ključne reči: ljudska prava, vanredno stanje, ograničenje, međunarodni dokumenti

U V O D

Ljudska prava predstavljaju najznačajniju tekovinu koju je čovek izvojevao u novovekovnoj borbi. Ljudskim pravima se, između ostalog, obezbeđuje zaštita fizičkog i moralnog integriteta svakog čoveka pojedinačno odnosno svih ljudi u jednoj zajednici. Time čovek dobija status ličnosti i subjektprava. To nas upućuje na zaključak da postoji razlika između ova dva pojma - između čoveka i ličnosti.

U političkoj misli su brojne definicije ličnosti u društvu. Ličnost u punom smislu predstavlja proizvod društveno-istorijskog razvitka čoveka kao generičnog

Prof. dr Osman Kadriu, sudija Ustavnog suda Republike Severna Makedonija.

bića. Posebnosti generičnog bića čoveka karakterišu: njegova svest, stvaralačke sposobnosti, društvenost, rad kao stvaralačka sposobnost, koji na taj način čine čoveka “bićem prakse”. Od brojnih definicija u koje, zbog ograničenog prostora u ovom radu, nećemo ulaziti, pažnju zasluđuje definicija ličnosti prema mislima Džona Loka (*John Locke*). Po Loku, ličnost se određuje kao “misleće, inteligentno biće koji ima razum i refleksiju i može shvatiti “ja” kao sebe samog”.¹

Prema izloženom, odlika ljudske ličnosti je pravno uređenje i garancija ljudskih prava. Ljudskim pravima utvrđuje se pravni položaj pojedinca prema organima vlasti. No, politička borba za osvajanje ljudskih prava bila je duga, teška i složena. U robovlasničkom društvu, kao što je poznato, čovek je, kao pripadnik konkretne grupe ili klase, bio predmet svojine, a ne subjekt prava. Pravni status čoveka se određivao rođenjem u jednoj ili u drugoj društvenoj klasi. U toj političkoj borbi trebalo je, prethodno, afirmisati shvatanje da razlike među ljudima ne nastaju rođenjem ili nasleđem. Naprotiv, ljudi se rađaju jednaki. Razlike među ljudima su društvenog porekla.

Pojmovno određivanje ljudskih prava je važno i predstavlja prethodno pitanje. Kao pojam, ljudska prava izviru iz duhovnog nasleđa škole prirodnog prava. U učenjima škole prirodnog prava, između ostalog, snažno se kritikuju privilegije feudalnog staleža, diskriminacija i svemoć apsolutističke vlasti. Bogata je pravna, politička, sociološka i filozofska literatura o naučnim shvatanjima ljudskih prava.²

U pojmovnom određivanju ljudskih prava, njihova sadržina se koristi, posebno danas, u različite svrhe. Naime, sadržina ljudskih prava se koristi i u ideološko – propagandne svrhe. Sa ove tačke gledišta, ljudska prava se javljaju “više kao ideologija a manje kao stvarni program emancipacije od diskriminacije”.³

Kad je reč o ljudskim pravima i slobodama, danas skoro niko javno ne osporava njihovo poštovanje i potrebu za njihovim ostvarivanjem. Međutim, i u današnje vreme postoji, nekad više a nekad manje, raskorak između utvrđenih i proklamovanih ljudskih prava, s jedne, i njihovog efikasnog i kvalitetnog ostvarivanja u stvarnosti, s druge strane. Zbog toga se politička borba produđuva i traje u kontinuitetu skoro u svim delovima sveta, što upućuje na zaključak o potrebi preduzimanja konkretnih mera, kako od strane pojedinih zemalja tako i od strane međunarodne zajednice kao celine.

¹ Konkretnije o definicijama ličnosti i u Đorđe Miljković, Jovan Đorđević, *Politička enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1975, 514–515.

² Profesor Slobodan Perović je napisao jedinstveno delo o ljudskim pravima pod nazivom *Ljudska prava tekovina škole prirodnog prava*, Beograd, 1998.

³ Konkretnije, Ljubomir Tadić, *Politikološki leksikon*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1996, 122.

Brojne su mere i aktivnosti koje se preduzimaju u cilju ostvarivanja ljudskih prava. Od mera koja se preduzimaju, prvo i najznačajnije mesto zauzimaju pravne norme. Drugim rečima, treba pravnom regulativom utvrditi ljudska prava i predvideti konkretne mehanizme za njihovo efikasno i kvalitetno ostvarivanje. U tom pogledu su doneti brojni pravni akti u okviru svake države. Međunarodna zajednica, u tom smislu, prednjači sa brojnim međunarodnim aktima i dokumentima.

Međutim, kao što se može primetiti iz samog naslova ovog rada, ključno pitanje koje se tretira i istražuje tiče se ograničenja ljudskih prava u konkretnim zajednicama i pod konkretnim uslovima, odnosno situacijama. Ovako postavljeno pitanje može da prouzrokuje izvesne protivrečnosti. Ovo zbog opšte poznate činjenice da su ljudska prava univerzalna i za njih i njihovo ostvarivanje ne treba da ima nikakvih barikada. Ovo opšte pravilo predstavlja načelo i važan princip kako u unutrašnjem tako i u međunarodnom pravu. Međutim, od svakog pravila, u konkretnim slučajevima i pod tačno predviđenim uslovima, mogu postojati izuzeci.

Ono što je važno kod pitanja ograničenja ljudskih prava, je: prvo, da se ono može predvideti samo u pravno uređenim situacijama; drugo, pod tačno utvrđenim uslovima; treće, u strogo formalnom postupku; četvrto, samo za vreme predviđeno ustavom jedne zemlje ili zakonom u saglasnosti sa ustavom i peto, i u slučajevima ograničenja ljudskih prava, ustavom jedne zemlje se predviđa zabrana da se ograniče konkretna neopoziva prava čak i u vanrednom stanju, proglašenom u jednoj zemlji.

Ovako postavljen problem zahteva da se najpre učini osvrt na pravnu regulativu ljudskih prava, a zatim na važne novine u pogledu ograničenja ljudskih prava u slučajevima proglašenja vanrednog stanja.

POZITIVNA REGULATIVA O LJUDSKIM PRAVIMA I PROBLEM NJIHOVOG OGRANIČENJA

Analiza pozitivne regulative ljudskih prava zahteva da se uzmu u razmatranje važni akti ustavnog karaktera. To govori o značaju ljudskih prava kao pravne i političke vrednosti u jednom društvu. Sama činjenica da se ljudska prava utvrđuju i proklamuju ustavom kao najvišim pravnim aktom jedne zemlje (*materia constitutionis*) najbolje govori o njihovom značaju. U različitim periodima razvitka ljudskog društva postojale su razlike i u pogledu pravnog uređenja ljudskih prava. U teoriji o razvitku ljudskih prava i njihovog pravnog uređenja se govori o razlikama u pravnom uređenju korpusa ljudskih prava, nekada i sada. Njihove specifičnosti predmet su daljih izlaganja u ovom radu.

Pravno uređenje ljudskih prava u prošlosti

U teoriji ustavnog prava, prvim pisanim dokumentom ustavnog karaktera smatra se Velika povelja o slobodama (*Magna carta libertatum*), doneta u Engleskoj 1215. godine. U jednom delu pravne nauke se smatra da Velika povelja predstavlja i prvi dokument ustavnopravnog karaktera o ljudskim pravima. Prema ovom stanovištu, Velika povelja je prvi pravni akt koji je garantovao slobode čoveka, razume se, kako to veoma dobro podvlači prof. Slobodan Perović, “u skladu sa tadašnjim prilikama”.⁴ Ipak, preovlađuje stanovište da su Velikom poveljom “ljudska prava” u suštini predstavljala rezervisana prava za najviše plemstvo u Engleskoj.⁵

U prilog drugog stanovišta, između ostalog, se navodi i sledeće. Institucionalizacija ljudskih prava je povezana i odnosi se na jedan drugi period. Reč je o građanskom društvu. Ili, prema terminologiji marksizma, reč je o buržoaskom društvu odnosno kapitalizmu kao posebnoj ekonomskoj društvenoj i političkoj formaciji.⁶ Znači, uspostavljanje ljudskih prava je povezano sa građanskim društvom, sa kapitalizmom. Za razvoj kapitalističkih odnosa proizvodnje, priznanje ljudskih prava predstavlja pretpostavku. Ovaj razvoj je počivao na tržištu, na slobodnom kretanju kapitala, radne snage i robe.⁷

U procesu razvoja društvenih odnosa u građanskom društvu, buržoazija je, korak po korak, kako sporazumima, tako i oružanim putem, osvajala konkretna područja ljudskih prava. Tim putem učinjeni su i prvi koraci u odstranjivanju svake formalne diskriminacije u oblasti ljudskih prava.

Navedene težnje u ostvarivanju ljudskih prava predstavljaju i predmet pravnog regulisanja, prvo kroz donošenje deklaracija, a zatim i kroz donošenje ustava u pojedinim zemljama. Od važnih deklaracija, na prvom mestu potrebno je navesti Deklaraciju o nezavisnosti SAD iz 1776. godine. Iste godine u Virdžiniji je usvojena Povelja o pravima Virdžinije sa posebno naglašenim pravima na: život, slobodu, svojinu, i pravom na nastojanje da se ostvari sreća.⁸ Od važnih deklaracija, bez sumnje, od posebnog je značaja francuska Deklaracija o pravima čoveka

⁴ O tome konkretnije u delu prof. Slobodana Perovića, *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996, 99.

⁵ Konkretnije, Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Službeni glasnik, Beograd, 1995, 559.

⁶ Opširnije o tome, Stevan Vračar, “Korelacija pravne države i državnog prava”, *Pravna država, poreklo i budućnost jedne ideje* (ur. Danilo Basta i Diter Miler), Beograd, 1991, 32–33.

⁷ R. Marković, op. cit., 559.

⁸ S. Perović, *Prirodno pravo i sud*, op. cit., 100.

i građanina od 1789. godine. Potrebno je primetiti da ova materija, iako ustavne prirode, nije inkorporirana u ustavni tekst, a radi se o svečanoj izjavi nadustavne vrednosti. Na taj način proklamovana ljudska prava u ovoj Deklaraciji prerastaju u državnopravnu tekovinu Francuske revolucije.⁹

Sa učvršćivanjem političke vlasti savremenog građanskog društva, ljudska prava postaju sastavni deo formalnog ustavnog poretka. No, tada se javlja drugi problem u vezi ljudskih prava, a to je njihovo ostvarivanje u praksi.¹⁰

Pravna mogućnost ograničenja ljudskih prava i savremeno pravo

Savremeno pravo u kontinuitetu posvećuje “dužnu pažnju” ljudskim pravima. To čini na dva nivoa i to: prvo, na nivou pravnog normiranja i drugo, što je veoma važno ako ne i najvažnije, na nivou njihovog ostvarivanja. Ovo drugo je posebno važno iz razloga što kao što je podvučeno i u samom Uvodu ovog rada, još uvek postoji raskorak između proklamovanih ljudskih prava u relevantnim dokumentima i njihovog ostvarivanja. U ovom pogledu i sa ove tačke gledišta važi pravilo da ljudska prava, proklamovana u dokumentima, a faktički neostvarena, predstavljaju “spisak lepih želja”.

U kontekstu pravnog uređivanja ljudskih prava i njihove pravne zaštite postavlja se i pitanja mogućnosti njihovog ograničenja. U slučajevima ograničenja ljudskih prava uvek postoji potencijalna mogućnost da vlast vrši zloupotrebu svoje pozicije u državi. Drugim rečima, postoji mogućnost da institucija ograničenja ljudskih prava u slučaju proglašenja vanrednog stanja, od strane vlasti bude zloupotrebljena.

Zloupotrebe se mogu kretati u dva pravca. Prvo, uspostavljanje ograničenja odnosno odstupanje od određenih prava i sloboda iako za tim ne postoji potreba. Druga povreda je još teža i ima dalekosežne posledice. To će biti slučaj ako se vrši ograničenje onih ljudskih prava za koja postoji posebna zabrana za njihovo ograničenje. U ovom drugom slučaju, u pitanju su one slobode i prava koja su izuzete iz grupe ljudskih prava koja mogu biti ograničena u slučaju proglašenja vanrednog stanja.

Ovim pitanjima bave se nacionalna pravni propisi i međunarodna pravna regulativa, bilo da su u pitanju međunarodni akti na nivou cele međunarodne zajednice ili akti i dokumenti regionalnog domena, a time i značaja. U nastavku ovog rada pokušaćemo da izložimo najvažnije novine po pitanjima ograničenja ljudskih prava u slučaju proglašenja vanrednog stanja.

⁹ Opširnije, S. Vračar, op. cit., 33.

¹⁰ R. Marković, op. cit., 561–562.

Nacionalno pravo i pitanje ljudskih prava i mogućnosti njihovih ograničenja.

– Nacionalno pravo svake zemlje, posebno onih zemalja koje se opredeljuju za demokratsko uređenje, posebno i na odgovarajućem nivou uređuje i proklamuje ljudska prava i slobode građana. Kao predmet odnosno materija regulisanja, ljudska prava imaju ustavni karakter. Ona se utvrđuju i proklamuju ustavnim normama. Činjenica da su u proklamovana ustavom, kao najvišim pravnim aktom jedne zemlje, najbolje se potvrđuje njihov značaj i status u jednoj zemlji.

Savremeni ustavi u njihovom normativnom delu sadrže ceo kompleks ustavnih normi o ljudskim pravima i slobodama građana. Skoro je redovan slučaj da savremeni ustavi u svojim uvodnim normativnim delovima regulišu ljudska prava i slobode građana. Ono što je važno tiče se tendencije savremenih ustava da sadrže značajan broj odredaba kojima proklamuju ljudska prava i slobode. Primera radi, Ustav Republike Severne Makedonije, iz 1991. godine sadrži jednu trećinu odredaba o ljudskim pravima od ukupnog broja svojih članova.¹¹

Jedna od karakteristika ustavom zagwarantovanih ljudskih prava i sloboda je njihovo neposredno ostvarivanje na osnovu ustava. U čemu je namera ustavotvorca koji propisuje i zahteva neposredno ostvarenje ljudskih prava na osnovu ustava? Cilj je jasan. Ljudska prava se, kao što je podvučeno u radu, utvrđuju i garantuju ustavom zemlje u pitanju. Neposredno ostvarivanje ljudskih prava na osnovu ustava omogućava da se spreči pojava priznanja ljudskih prava ustavnim aktom a da se potom drugim aktom (zakonom) ista prava oduzmu ili suze. Prema tome, zakonodavac u pogledu garancije ljudskih prava i njihovog ostvarenja nema ovlašćenje da utiče na obim ljudskih prava koji utvrđuje ustavotvorac.¹²

U navedenom kontekstu ipak je potrebno jedno objašnjenje. Načelno se ljudska prava ostvaruju neposredno samo na osnovu ustava jedne zemlje i njegovih konkretnih odredaba. No, za pojedina konkretna ljudska prava, po pravilu iz razloga njihove kompleksnosti, ustav sadrži upućujuću normu i zahteva donošenje posebnog zakona. Zakonodavac koji ima obavezu da donese konkretan zakon, na osnovu upućujuće ustavne norme, zakonom obezbeđuje način i postupak ostvarivanja konkretnog prava odnosno konkretne slobode. Prema tome, ako je intervencija zakona u oblasti ustavom zagwarantovanih prava dopuštena, ona se

¹¹ Ustav Republike Severne Makedonije je objavljen u *Službenom vesniku RM*, br. 52/1991. Ima ukupno 134 članova. Odredbama članova 9–60 Ustava, regulišu se i ustavno uređuju i proklamuju Osnovne slobode i prava čoveka i građanina. U istom broju *Službenog vesnika* je objavljen i Ustavni zakon o sprovođenju Ustava Republike Makedonije.

¹² Jedno ovakvo opredeljenje se brani i od strane prof. Ratka Markovića, op. cit, 609–610. Na istom stanovištu je i prof. Svetomir Škarić, *Ustavno pravo*, Skopje, 2015, na više mesta u knjizi – udžbeniku.

mora svesti samo na propisivanje načina njihovog ostvarenja. Zakonom ne može da se dodirne i njihovu sadržinu ili obim.¹³

U komparativnom ustavnom pravu nije mali broj slučajeva donošenja posebnih zakona kojima se propisuje način ostvarivanja ustavom proklamovanih ljudskih prava i sloboda.¹⁴

Pri nespornoj činjenici da se ljudska prava proklamuju samo ustavom jedne zemlje, isto pravilo – *mutatis mutandis* važi i za konkretna ograničenja. To drugim rečima znači da se ljudska prava i slobode mogu ograničiti samo u slučajevima utvrđenim ustavom. Ustavna norma upućuje na ograničen broj slučajeva i primenjuje princip enumeracije – *numerus clausus* slučajeva u kojima može doći do ograničenja konkretnih ljudskih prava. I još konkretnije, u dve situacije mogu se propisati mere kojima se odstupa, odnosno kojima se ograničavaju konkretna prava i slobode zajamčene ustavom jedne zemlje. Reč je o proglašenju ratnog stanja i o proglašenju vanrednog stanja. U pogledu proglašenja ratnog stanja situacija je jasna. U radu se zadržavamo na proglašenju vanrednog stanja.

Međunarodno pravo i ljudska prava sa posebnim osvrtom na njihovo ograničenje. – Značaj ljudskih prava se potvrđuje još jednom važnom činjenicom. Reč je o tome da se korpus osnovnih ljudskih prava i sloboda garantuje međunarodnim normama. Brojni su međunarodni akti (konvencije, rezolucije, preporuke, paktovi i drugi dokumenti) kojima se utvrđuju i regulišu ljudska prava i osnovne slobode.¹⁵

Imajući u vidu potrebe ovog rada, osvrnućemo se samo na najvažnije međunarodne akte, sa posebnim akcentom na rešenja konkretnih dokumenata koji se odnose na ograničenja ljudskih prava u situacijama vanrednog stanja.

Važan međunarodni dokument je Povelja Ujedinjenih nacija iz 1945. godine. U Povelji se između ostalog naglašava da su narodi, koji stvaraju Ujedinjene nacije, rešeni da ponovo potvrde “veru u osnovna prava čoveka”. Ovo stoji u uvodnom delu Povelje. Značajne su odredbe člana 13 Povelje. Odredbama ovog člana se insistira na unapređenju međunarodne saradnje u više oblasti društvenih

¹³ R. Marković, op. cit., 609.

¹⁴ Tako na primer, u Severnoj Makedoniji, od osamostaljivanja ove Republike, od 1991. godine, za skoro 30 godina Skupština ove Republike je donela preko 30 zakona kojima se propisuje način i postupak ostvarivanja konkretnih ljudskih prava i sloboda, garantovanih Ustavom.

¹⁵ Prema našim analizama i istraživanjima iz oblasti ljudskih prava, ima preko 100 međunarodnih akata koje regulišu ljudska prava.

odnosa, uključujući i ostvarivanje prava čoveka i osnovnih sloboda za sve, bez obzira na rasu, pol, jezik ili veroispovest.¹⁶

Značajan dokument predstavlja Univerzalna deklaracija o pravima čoveka iz 1948. godine koji faktički predstavlja jednu vrstu kodifikacije ljudskih prava. Deklaracija nije samo svečena preporuka Generalne skupštine Organizacije Ujedinjenih nacija. Prema rečima Vojina Dimitrijevića, ona predstavlja “izvor međunarodnog prava, ne kao međunarodni ugovor, već ili kao običajna pravila ili kao opšta pravila koja priznaju civilizirani narodi”.¹⁷

Na planu ostvarivanje ljudskih prava značajnu ulogu imaju međunarodni pakti o pravima čoveka. U pitanju su Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Ova dva pakta su usvojena od strana generalne skupštine Organizacije Ujedinjenih nacija 1966.godine, a stupila su na snagu 1976. godine.¹⁸

Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, između ostalog, izričito i na jasan način se rešavaju pitanja vanrednog stanja i mogućnosti ograničenja ljudskih prava.

Izričitim odredbama Pakta o građanskim i političkim pravima se predviđa mogućnost ograničenja ljudskih prava u slučaju vanrednog stanja. No, u tom smislu i za jedno takvo opredeljenje, Pakt postavlja i zahteva ispunjenje konkretnih uslova. Prvo, državama članicama je omogućeno da preduzmu konkretne mere u slučajevima kada je opstanak nacije ugrožen izvanrednom opasnošću. Mere se odnose na privremeno ukidanje obaveza države utvrđenih Paktom. Drugi uslov je jednako važan. Obim ukidanja obaveza države je determinisan strogo određenim zahtevima same situacije koja je nastala i koja nalaže preduzimanje takvih koraka. U pogledu vanrednih okolnosti se zahteva da njihovo postojanje bude utvrđeno i proglašeno zvaničnim putem. Sledeći uslov tiče se zabrane da ograničavanje prava i sloboda u situaciji vanrednog stanja prouzrokuje ograničenje drugih sloboda i prava koja se proklamuju međunarodnim pravom.¹⁹

U navedenom Paktu posebno se sankcioniše pojava diskriminacije, koja se sankcioniše u svim savremenim ustavima, kao i u važnim međunarodnim doku-

¹⁶ Povelja Ujedinjenih nacija je usvojena na Konferenciji Ujedinjenih nacija od strane predstavnika 51 države, održanoj u San Francisku, dana 26 juna 1945. godine. Stupila je na snagu 24 oktobra 1945. godine.

¹⁷ Misli prof. Dimitrijevića su citirane u delu prof. R. Markovića, op. cit., 561.

¹⁸ Dva pakta su usvojeni od strane Generalne skupštine OUN, dana 16.12.1966. godine. Pošto ih je ratifikovao potreban broj država (35). Stupili su na snagu 1976. godine, što znači posle 10 godina od njihovog usvajanja. Jugoslavija je ratifikovala oba pakta 1971. godine.

¹⁹ Konkretnije o tome, član 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

mentima. U ovom smislu, Pakt podvlači da obim ograničenja sloboda i prava u situaciji vanrednog stanja ne sme da bude uslovljen diskriminacijom zasnovanom isključivo na rasi, boji, jeziku, veroispovesti ili društvenom poretku.²⁰

Predviđajući ovakvu mogućnost ograničenja, pa čak i ukidanja konkretnih sloboda i prava u vanrednim situacijama, Pakt predviđa i druga rešenja. Naime, Paktom se izričito zabranjuje da određena prava i slobode budu ograničena odnosno ukidana. Reč je o najbitnijim vrednostima čoveka i njihovoj zaštiti. Odredbama člana 4 Pakta o građanskim i političkim pravima taksativno su navedena prava i slobode za koja organ države u vanrednom stanju nema ovlašćenje “ni na kakvo odstupanje”.²¹

Pored međunarodnih akata, u sistemu zaštite ljudskih prava i sloboda, a u okviru međunarodnog prava, poseban značaj imaju i regionalni akti. Od njih navodimo na primer: Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine; Evropsku socijalnu povelju iz 1965. godine; Američku konvenciju o ljudskim pravima iz 1969. godine; Afričku povelju o pravima čoveka i naroda, usvoje-
nu 1981. godine, koja je stupila na snagu 1986. godine.

Za ljudska prava je od posebne važnosti Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.²² U vezi sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima postoji jedna važna specifičnost. Naime, o povredi ljudskih prava garantovanih Konvencijom rešava i odlučuje Evropski sud za ljudska prava. Ovo je važan mehanizam koji mogu koristiti građani zemalja – članica Saveta Evrope. Odluke Evropskog suda za ljudska prava su obavezne za sve države koje su pristale na takvu proceduru. Sedište suda je u Strazburu u Francuskoj.²³

Od regionalnih međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, Evropska konvencija sadrži značajna rešenja u pogledu ograničenja ljudskih prava za vreme vanrednog stanja. Tom pitanju posvećene su odredbe člana 15 Konvencije. U doba rata ili druge javne opasnosti koja pretilo opstanku nacije, svaka Visoka strana ugovornica može da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza po Konvenciji. Međutim, to treba da bude u najnužnijoj meri koju iziskuje hitnost situacije. Isto tako se predviđa da preduzete mere ne smeju da budu u suprotnosti sa

²⁰ O tome i u delu dr Vladana A. Vasiljevića, “Ljudska prava u vanrednim prilikama”, *Analiza Pravnog fakulteta*, br. 1–2, Beograd, 1993.

²¹ Konkretnije o tome, član 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. U stavu 2 člana 4 navedenog Pakta su citirani članovi kojima se uređuju slobode i prava za koja ne važi režim ograničenja u vanrednom stanju. U pitanju su članovi 6, 7, 8 (stav 1 i 2), 11, 15, 16 i 17.

²² Konvencija je usvojena od Saveta evrope u Rimu 1950.godine. Stupila na snagu 1953. godine.

²³ Opširnije, prof. R. Marković, op. cit., 563.

njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu. Ova rešenja su, u najvećoj meri usklađena sa rešenjima člana 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, o čemu je prethodno bilo reči.²⁴

Pored ograničenja ljudskih prava u navedenim slučajevima, Evropska konvencija predviđa i zabranu da se ograniče konkretna prava u slučaju proglašenja vanrednog stanja. Ne mogu se ograničiti: pravo na život, osim slučajeva izvršenja smrtne kazne predviđene zakonom jedne zemlje; zabrana mučenja; zabrana ropstva ili ropskog položaja određenog lica, kao i pravila da kažnjavanje može biti ostvareno samo za ona krivična dela koja su zakonom konkretne zemlje predviđena kao takva i samo za kaznu predviđenu zakonom.²⁵

VANREDNO STANJE I MOGUĆNOST KRŠENJA LJUDSKIH PRAVA

Zaokružićemo ovaj rad, ukratko, i pitanjem mogućnosti kršenja ljudskih prava za vreme vanrednog stanja. Radi celovite predstave u tom pogledu, zadržaćemo se na tri pitanja. To su, prvo, načelno opredeljenje i važna pravila o mogućnostima kršenja ljudskih prava; drugo, uloga ustavnog sudstva u vanrednim situacijama i treće, nekoliko napomena o ustavnim rešenjima pitanja vanrednog stanja u Republici Severnoj Makedoniji.

Važna pravila o mogućnostima kršenja ljudskih prava

U dosadašnjim izlaganjima je učinjen pokušaj da se analizira i istražuje pitanje ljudskih prava, sa posebnim osvrtom na njihovu povredu ili uopšte nemogućnost ostvarenja zbog vanrednog stanja. Istraživanje je izvršeno sa aspekta pravne i političke misli kao i, što je posebno važno, sa aspekta pravne regulative. Ovo drugo, kako u nacionalnom pravu jedne zemlje, tako i u međunarodnom pravu.

Problem kršenja ljudskih prava može se pojaviti u dva slučaja. Prvi je onaj kada se ustavom jedne zemlje uređuje pitanje vanrednog stanja, no, u pogledu ograničenja ili eventualno ukidanja konkretnih sloboda i konkretnih prava, preduzete mere nisu bile adekvatne i odgovarajuće. Drugie slučaj, kao problem je još teži - kada se vrši ograničenje ili ukidanje onih sloboda ili prava za koja po ustavu jedne zemlje to ne sme da se vrši.

²⁴ Konkretnije o tome, član 15 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

²⁵ U vezi navedenih prava i sloboda za koja ne može biti ograničenja, članovi 2, 3, 4 (stav 1) i 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

U prvom slučaju kada se preduzetim merama mogu ograničiti određena prava i slobode, razlozi za njihovo eventualno kršenje su brojni. Prvo, može se desiti da ocena o potrebi proglašenja i uspostavljanja vanrednog stanja bude pogrešna. Ovo zbog toga što je i samo vanredno stanje, kao pojam, kao politička i pravna institucija, veoma složeno. U ustavnopravnoj teoriji i u nacionalnim ustavima, okolnosti i razlozi za uspostavljanje vanrednog stanja mogu biti neprecizno navedeni. Zbog njihove nepreciznosti i odluka o proglašenju vanrednog stanja može da bude pogrešna. To proizlazi iz sledećeg. Kao okolnosti i razlozi koji se smatraju podobnim za uspostavljanje vanrednog stanja, u upotrebi su sledeći pravni izrazi: “ugroženost opstanka nacije ili države zbog neke javne opasnosti”; “epidemija”; “prirodne katastrofe (nepogode)”; ustav Albanije spominje i stanje koje nastaje zbog “prirodne nesreće”.²⁶ U vezi pogrešne ocene stanja kao vanrednog, pogrešan će biti i osnov ograničenja konkretnih prava i sloboda. Važan je i drugi kriterijum. Naime, obim mera treba da bude strogo određen zahtevima situacije. Na to upućuje i rešenje člana 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

Do kršenja slobode i prava u vanrednom stanju može doći i zloupotrebom ovlašćenja ili njihovim prekoračenjima od strane izvršne vlasti. Naime, u slučaju vanrednog stanja, ukoliko parlament nije u funkciji, ustavom vlada dobija posebne i važne nadležnosti. Tačnije rečeno, vlada dobija deo nadležnosti zakonodavne vlasti. Ona donosi uredbe sa zakonskom snagom. Uredbe sa zakonskom snagom imaju status zakona putem kojih se preduzimaju mere za prevazilaženje vanrednog stanja. Tim merama, iz razloga navedenih u ovom osvrtu, može se povrediti određeno ustavom proklamovano pravo ili sloboda.

Druga je ona situacija kada se krši određeno pravo ili sloboda za koju postoji ustavna zabrana. Ovde je situacija jasna. Ustavom svake zemlje taksativno je navedeno koja prava i slobode ne smeju biti ograničena ili eventualno ukidana u ratnom stanju ili, u našem slučaju, u vanrednom stanju. U zavisnosti od ocene ustavotvorca jedne zemlje, tako se utvrđuje “lista” sloboda i prava za koje važi apsolutna zabrana njihovog ograničenja za vreme vanrednog stanja. U Republici Severnoj Makedoniji zabrana ograničenja se odnosi na 7 sloboda i prava (slično kao što je sankcionisano odredbama člana 4 Pakta o građanskim i političkim pravima). U tom pogledu određene zemlje prednjače u propisivanju zabrane ograničenja ljudskih prava u vanrednom stanju. Tako na primer, u Albaniji taj broj iznosi 19, u Srbiji 17, a i u drugim zemljama situacija je slična.²⁷

²⁶ O tome i u članovima 170–176 Ustava Albanije. Ustav Albanije je usvojen na referendumu, održanom 22.11.1998. godine.

²⁷ U odredbama člana 54 Ustava Severne Makedonije ograničenje ljudskih prava ne može se odnositi na: pravo na život; zabranu mučenja nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja;

Uloga i nadležnost ustavnog sudstva u vanrednom stanju

Uloga i značaj ustavnog sudstva u svakoj zemlji su od posebne važnosti. Njegova nadležnost je utvrđena ustavom jedne zemlje. Brojne su nadležnosti ustavnog sudstva. Na prvom mestu reč je o normativnoj kontroli ustavnosti i zakonitosti. Savremeni ustavi sadrže važna rešenja i o ustavnosudskoj zaštiti ljudskih prava.

U situacijama proglašenja vanrednog stanja u jednoj zemlji ustavni sud zemlje, slobodan sam da kažem, dobija "vanredne okolnosti". Ovo iz razloga što u slučaju proglašenja vanrednog stanja, četiri institucije imaju nezamenljivu ulogu, nadležnost a time i odgovornost. To su: parlament zemlje, predsednik države, vlada i, bez svake sumnje, ustavni sud.

Ustavni sud zemlje i u situacijama vanrednog stanja ocenjuje ustavnost i zakonitost pravnih akata koje donosi parlament, šef države i vlada. Naročito je važno ceniti ustavnost pravnih akata u slučaju kada u vanrednom stanju parlament zemlje nije funkcionalan. U takvim situacijama vlada preuzima deo nadležnosti zakonodavca. Vlada donosi uredbе sa zakonskom snagom koje imaju status zakona. Prema mišljenju koje preovlađuje u ustavnopravnoj teoriji, za uredbе sa zakonskom snagom koje imaju status zakona, može se zahtevati samo ocena ustavnosti. U praksi se tako i postupa. Pri činjenici da se uredbama sa zakonskom snagom mogu povrediti ljudska prava, a u situaciji kada parlament ne radi, ustavni sud ostaje jedini "pravni kontrolor" akata koje donosi vlada i šef države.

Nešto o novinama ustavnog sistema Severne Makedonije u vezi sa vanrednim stanjem

Republika Severna Makedonija još uvek nema zakon o vanrednom stanju. Pitanja povezana sa ratnim stanjem, s jedne, i vanrednim stanjem, s druge strane, uređena su ustavnim rešenjima. U pitanju su odredbe Ustava sadržane u Glavi VII – Odbrana Republike, ratno i vanredno stanje.²⁸

Iako su u pitanju samo odredbe Ustava kojima se uređuje i pitanje vanrednog stanja, one su veoma precizne i podobne za sprovođenje i primenu u konkretnim situacijama. U vezi sa vanrednim stanjem, Ustav predviđa da takvo sta-

pravnu određenost krivičnih dela i kazni; slobodu uverenja, savesti i mišljenja; javno izražavanje mišljenja; slobodu veroispovesti; i zabranu diskriminacije. Ustavom Albanije ova pitanja su sankcionirana u odredbama člana 175. Ustav Srbije od 2006. godine, u odredbama člana 202 predviđa da "ni u kom slučaju" mere odstupanja nisu dozvoljene za sledeće slobode i prava. Takvih ima 17.

²⁸ Konkretnije o tome, odredbe članova 122–128 Ustava Republike od 1991. godine.

nje nastaje u slučaju većih prirodnih nepogoda ili epidemija. Odbredbama Ustava isto tako se uređuje postupak utvrđenja postojanja vanrednog stanja. Postojanje vanrednog stanja može se utvrditi na celoj teritoriji Republike ili u njenom delu.²⁹

Postojanje vanrednog stanja utvrđuje Skupština (Sobranie) Republike na osnovu predloga predsednika Republike, Vlade ili najmanje 30 poslanika. Odluka kojom se uvrđuje postojanje vanrednog stanja donosi se dvotrećinskom većinom. Pri činjenici da Skupština Republike broji 120 poslanika, to znači da ta većina iznosi minimum 80 poslanika. Odluka o vanrednom stanju ima važnost od najviše 30 dana.³⁰

U slučajevima kada Skupština Republike ne može da se sastane, odluku o proglašenju vanrednog stanja donosi predsednik Republike i dostavlja je Skupštini na potvrđivanje čim ona bude u mogućnosti da se sastane. U situaciji vanrednog stanja, Vlada, u skladu sa Ustavom, donosi uredbе sa zakonskom snagom čije trajanje je ograničeno do završetka vanrednog stanja.

Prilikom proglašenja vanrednog stanja u martu 2020. godine, postupak proglašenja vanrednog stanja je tekao nešto drugačije, no ipak u skladu sa Ustavom. U Republici Severnoj Makedoniji u periodu od skoro 30 godina, od njenog osamostaljenja 1991. godine, nije bilo proglašenja ratnog ili vanrednog stanja. Pojava pandemije – COVID-19 u martu 2020. godine nametnula je imperativni zahtev za proglašenjem vanrednog stanja. Pandemiju je proglasila Svetska zdravstvena organizacija.³¹ Ova teška bolest, “nepredvidljivi neprijatelj”, veoma negativno se odrazila na sva područja života, posebno u sferi javnog zdravlja, u ekonomiji, u obrazovanju, kulturi i drugim sferama društvenog života. Ona predstavlja u pravom smislu višu silu – *vis major* sa posledicama svetskih razmera.

U vreme proglašenja pandemije COVID-19, Skupština Republike je bila raspuštena sopstvenom Odlukom, a sa ciljem da se organizuju i sprovedu prevremeni parlamentarni izbori, zakazani za 12. april 2020. godine.³²

U ovakvoj situaciji, predsednik Republike je, postupajući strogo po Ustavu, ispunio ustavnu obavezu i po predlogu Vlade doneo Odluku o proglašenju vanrednog stanja (u skladu sa poglavljem – Odluka o utvrđenju vanrednog stanja) od

²⁹ O tome član 125 stav 1 i 2 Ustava.

³⁰ O tome član 125 stav 3 Ustava Republike.

³¹ Odlukom Svetske zdravstvene organizacije od 11. marta 2020. godine proglašena je pandemija COVID-19. Inače izraz *pandemija* potiče iz grčkog jezika i u medicinskoj terminologiji označava bolest koja pogađa ceo narod, zemlju, region, kontinent ili ceo svet.

³² Odluka o raspuštanju Skupštine je doneta 16. februara 2020. godine i ista je objavljena u *Službenom vesniku RSM*, br. 43/2020.

18. marta 2020.godine.³³ Odluka je imala važnost 30 dana. S obzirom da istekom ovog roka nisu prestali uzroci proglašenja vanrednog stanja, predsednik Republike je doneo još 4 odluke o proglašenju vanrednog stanja. Nije reč o produženju vanrednog stanja s obzirom da takva mogućnost nije predviđena Ustavom. U pitanju su posebne i samostalne odluke o svakom novoutvrđenom vanrednom stanju.

Vlada Republike je za vreme trajanja vanrednog stanja donela više od 150 uredbi sa zakonskom snagom. Bilo je više inicijativa pred Ustavnim sudom za ocenu njihove ustavnosti.³⁴

Još nešto o odlukama predsednika Republike. Postupajući na navedeni način, predsednik Republike, kao šef države, je iskoristio pravo, ali i ispunio Ustavnu obavezu, da reagujući hrabro, odlučno, kompetentno i odgovorno, pozitivno odgovori na političkopravne i društvene zahteve teškog vremena u kome se našla Republika Severna Makedonija. Time je šef države, maksimalno doprineo da se ostvari funkcija predsednika Republike.³⁵

Prof. Dr. OSMAN KADRIU
Judge of the Constitutional Court of the Republic
of North Macedonia

A STATE OF EMERGENCY IN A COUNTRY AND THE LEGAL POSSIBILITY OF RESTRICTING HUMAN RIGHTS

Summary

In this paper, the author made an attempt to answer key questions that concern human rights and their realization. However, a key issue for the human rights corps is the legal possibility of their restriction or deviation in situations of declaring a state of emergency. The issue of human rights restrictions is analyzed and researched firstly from the aspect of legal regulation in both national and international law. In the latter case, the provisions of certain international acts and documents are analyzed separately. With regard to taking measures in emergency situations, the paper underlines concrete, but possible abuses of power and human rights violations. The paper concludes

³³ Prva Odluka predsednika Republike o proglašenju vanrednog stanja je doneta 18 marta 2020. godine i ista je objavljena u *Službenom vesniku RSM*, br. 68/2020.

³⁴ Raduje činjenica da od ukupnog broja inicijativa podnesenih od konkretnih subjekata, a protiv uredbi sa zakonskom snagom, više od 97% njih su odbijene odnosno odbačene, što znači da su uredbi Vlade potvrđene odlukama Ustavnog suda Republike Severne Makedonije.

³⁵ Potrebno je navesti da je bilo inicijativa pred Ustavnim sudom Republike da se oceni ustavnost i zakonitost donesenih odluka o proglašenju vanrednog stanja. Nijedna inicijativa nije prihvaćena. Sve odluke su potvrđene kao odluke donesene saglasno Ustavom.

with certain specifics of the constitutional system of North Macedonia with special emphasis on the role of the Constitutional Court in the protection of human rights when a state of emergency is declared in the country.

Key words: human rights, state of emergency, restriction, international documents

Literatura

- Marković R., *Ustavno pravo i političke institucije*, Službeni glasnik, Beograd, 1995.
- Miljković Đ., Đorđević J., *Politička enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1975.
- Perović S., *Ljudska prava tekovina škole prirodnog prava*, Beograd, 1998.
- Perović S., *Prirodno pravo i sud*, Pravni fakultet, Beograd, 1996.
- Škarić S., *Ustavno pravo*, Skopje, 2015.
- Tadić Lj., *Politikološki leksikon*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1996.
- Vasiljević V. A., “Ljudska prava u vanrednim prilikama”, *Anali Pravnog fakulteta*, br. 1–2, Beograd, 1993.
- Vračar S., “Korelacija pravne države i državnog prava”, *Pravna država, poreklo i budućnost jedne ideje* (ur. Danilo Basta i Diter Miler), Beograd, 1991.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 29.09.2020.

Prihvaćen: 15.10.2020.

PREGLEDNI RAD

IVICA LAZOVIĆ

PRAVO NA STANOVANJE ROMA, STANJE I MOGUĆNOSTI ZA UNAPREĐENJE

U radu se analizira stanovanje Roma u Srbiji, ove najveće etničke zajednice koja egzistira na marginama društva stotinama godina. U radu se pravi osvrt na strateška dokumenta kojima se nastoji urediti ovo složeno pitanje i prikazuje niz kontinuiranih inicijativa. Posebno se ukazuje na pokušaje rešavanja pitanja stanovanja Roma kroz dva primera loše prakse i dva primera dobre prakse. Kao primeri dobre prakse analiziraju se Orlovsko naselje u Beogradu i naselje Bangladeš u Novom Sadu, koji se smatraju za dobre primere udruženog delovanja i napora više aktera. U tim naporima je puno doprinelo i uključivanje romske zajednice i uvažavanje njenih potreba. Ipak, analiziraju se i primeri loše prakse kao što je bilo iseljavanje romskih naselja ispod mosta Gazela i kod naselja Belvil na Novom Beogradu. Ova neformalna naselja koja su se našla na putu i trasi saobraćajnica su raseljena i uklonjena uz povredu elementarnih načela ljudskosti. Da je raseljavanje ovih naselja bilo protivpravno potvrđuju i najnovije sudske presude u korist romskih porodica, a na koje se pravi osvrt. Ukazuje se na mogućnost za rešavanje problema stanovanja Roma kroz legalizaciju održivih romskih naselja uz koordinaciju svih zainteresovanih aktera, a pre svega Roma i romskih udruženja.

Ključne reči: stanovanje, Romi, romska naselja, legalizacija

PROLEGOMENA

Romi predstavljaju jednu od najvećih etničkih zajednica u Republici Srbiji, koja vekovima egzistira na marginama društva. Prema proceni Saveta Evrope,

Dr Ivica Lazović, zamenik direktora u Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova, Beograd, e-mail: ivica_lazovic@yahoo.com.

broj Roma u Srbiji iznosi oko 450.000, dok postoje tvrdnje da ih ima i do 800.000. I u Evropi se govori o 12 do 15 miliona Evropljana romskog porekla, a umerenije procene govore o broju između 7 i 9 miliona. Prema zvaničnom popisu iz 2011. godine, romska populacija u Srbiji broji 147.604 stanovnika i čini 2,05 odsto ukupnog broja stanovnika. S druge strane, zvaničan popis nije sigurno pouzdan jer veliki broj je pravno nevidljiv zbog toga što ne poseduje bilo kakve dokumente.¹

Romi su se doselili iz Indije, u desetom veku na prostore današnje Evrope. Biti Rom znači biti čovek, čak je i prevod reči Rom sa romskog jezika – čovek. Rome drugi narodi nazivaju i ciganima, ali se taj naziv smatra za pogrđnim i neprihvatljivim. Romi druge narode nazivaju “Gadžo”. Što se tiče prisustva Roma na Balkanu, prvi poznati podaci o pojavi Roma u Srbiji su iz 1467. godine u kojima se među stanovnicima tvrđave Resava pominju i petorica Cigana kovača.²

Specifikum romske zajednice je nepostojanje standardizovanog jezika i pisma, izostanak sedelačkog načina života, plemenska i religijska heterogenost te je to razlog što je odudarala od kriterijuma kojima se određuje identitet evropskih etničkih grupa. I odnos prema ovoj zajednici je karakterisala heterogenost stavova, od poricanja do težnji za asimilacijom, problematizovanja romskog pitanja, kao jedne siromašne, egzotične kulture koja se odupire svakom obliku povezivanja, do priznavanja sopstvenog problema nerazumevanja romske kulture i prihvatanja njenog očuvanja kao važne komponente evropskog multikulturalnog mozaika.³

Proučavanje Roma i romske kulture je dosta doprinela tzv. Niška romološka škola, čiji su predmet interesovanja grupa ljudi, koji po svom etničkom i istorijskom poreklu, socijalnim, kulturnim, jezičkim i drugim osobenostima i istorijskoj sudbini i svesti predstavljaju jednu posebnu društvenu zajednicu.⁴ Romski kulturni identitet u literaturi se određuje pomoću sedam vrednosti: 1. potpuna romska porodica, a ne mešani brakovi; 2. grupna solidarnost, dihotomija, Romi nasuprot neroma i romski svet i svet onih drugih; 3. jezik, koji se koristi u grupi; 4. grupni autoritet, zasnovan na principu starosti – odnos prema starim ljudima; 5. iskorišćavanje neroma – oblici rada koji ne kontrolišu neromi; 6. prostorna pokretljivost – Romi mogu biti samo naseljeni, nikako sedelački narod; 7.

¹ V. *Uslovi stanovanja i kultura stanovanja Roma – presek stanja*, Palgo Centar, Beograd, 2012, 19.

² Goran Bašić, *Umetnost preživljavanja, Gde i kako žive Romi u Srbiji*, Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd, 2004.

³ Dragan Todorović, “Romi na Balkanu i Srbiji”, *Teme*, Niš, 2011.

⁴ Dragoljub Đorđević, *Na konju s laptopom u bisagama - Uvod u romološke studije*, Prometej, Novi Sad, 2010.

kategorija prljanja – odvajanje čistog od nečistog što im omogućava osećanje nadmoći nad drugima. Najbitnije je prljanje, pokretljivost i iskorišćavanje neroma, a važno je da se ne oslanja na religijsko-konfesionalne razlike i prošlost i istorijsko pamćenje.⁵

Društveni položaj Roma u Evropi, više-manje tradicionalno obeležavaju isti problemi: 1. prostorna segregacija i život u geto naseljima (mahalama); 2. masovna nezaposlenost ili obavljanje najmanje plaćenih, necenjenih i stigmatizirajućih poslova (čistači ulica, radnici na grobljima i u mrtvačnicama, pomoćni radnici u fabrikama); 3. blokirano mogućnosti školovanja (visok procenat nepismenih i onih sa nesvršenom osnovnom školom i zanemarljiv procenat pojedinaca sa višom ili visokom stručnom spremom); 4. nizak nivo zdravstvene i socijalne zaštite; 5. odsustvo političke participacije i međunarodnog organizovanja kao resursa mobilizacije za očuvanje etničkog i kulturnog identiteta. Romi nisu uključeni u moderno življenje i njihova kulturna paradigma “biti, a ne imati” odudara od dominantnih vrednosti i društvenih i kulturoloških obrazaca vladajućih državnih, partijskih ili crkvenih evropskih institucija.⁶

Malo ko će osporiti da su Romi socijalno najugroženija nacionalna manjina, bez jake koncentracije, u neurbanizovanim staništima na periferiji gradova, ne raspolažu društvenom i političkom moći, zastupljenost im je u institucijama beznačajna, a većinski narodi i druge etničke manjine gaje duboke predrasude i stereotipe, što ih onemogućava da razvijaju više stupnjeve adaptacije i integracije na nivou primarnih i sekundarnih socijalnih veza.

PROBLEMI ROMSKOG STANOVANJA

Skoro da postoji saglasnost među istraživačima da su neadekvatni uslovi stanovanja, pored zapošljavanja, jedan od najvećih problema sa kojim se u svakodnevnom životu suočava romska zajednica ma gde da je prisutna u Evropi. Slabom razumevanju stambenih problema Roma doprinose i predrasude i pogrešne pretpostavke o uslovima stanovanja i stambenoj kulturi Roma koje su često posledica nepoznavanja realnog stanja.

Romi nisu sami dospeli u položaj u kom se nalaze, već i društvo snosi veliki deo odgovornosti za takav njihov položaj. Nije dovoljno propisati jednake uslove i prepustiti sve pojedincu. Isključenost i marginalizacija Roma je u velikoj meri posledica odnosa svih nas, pa je nedopustivo da društvo ne učestvuje u rešavanju

⁵ Dragoljub Đorđević, *Romanipen – Osnova kulturne politike i saradnje Balkanskih Roma*, Niš, 2004, 129.

⁶ D. Todorović, op. cit., 2011.

ovih problema. To posebno dolazi do izražaja kod ostvarivanja prava kao što je zdravstvena zaštita ili prijava prebivališta.⁷

U Srbiji su registrovana 593 romska naselja (veća od 100 domaćinstava), od kojih je 34,6% delimično a 35,5% potpuno nelegalno, a 43% su slamovi (bez struje oko 10%, sa tekućom vodom u stanu 47,1%, a sa kanalizacionom infrastrukturom samo 24,2%). Procena je da oko 70% populacije Roma u Srbiji živi u romskim naseljima, a da samo oko 5% Roma živi u socijalnim stanovima javnog sektora (u većinskoj populaciji taj procenat je niži, i iznosi 3%). Imajući u vidu dimenzije siromaštva i socijalne isključenosti Roma, taj procenat je izuzetno nizak. Naime, dok se u ukupnoj populaciji 14,7% stanovništva suočava sa problemima siromašnog stanovanja, to je slučaj sa 64,1% romske populacije. Strategija za unapređenje položaja Roma navodi da 39% Roma nema odgovarajuće snabdevanje vodom, a da 5% nema nikakve sanitarne uređaje (u slamovima 25%).⁸

Romi se najčešće grupišu u mahalama koje su tradicionalno naselje i imaju dobre strane kao što je očuvanje jezika i identiteta, ali i loše poput getoizacije.

Problemima stanovanja Roma se posebno bavio Odbor za proučavanje života i običaja Roma Odeljenja društvenih nauka Srpske akademije nauka i umetnosti SANU, koji je tu temu obradio kroz više zbornika: *Život na ivici: stanovanje beogradskih Roma 1919–1941*, *Svetlo i tamno: stanovanje Roma u Beogradu na prelazu 20. u 21. vek* i *Stanovanje Roma u Srbiji: stanje i izazovi*.

Aktuelni problemi stanovanja Roma se posebno detaljno sagledavaju u zborniku *Stanovanje Roma u Srbiji: stanje i izazovi*, na koji ćemo se posebno osvrnuti u ovom delu rada. Prvi od problema na koji se ukazuje jeste samogradnja romskih kuća kao dominantnog vida stanogradnje, kako u svetu tako i u Srbiji, ali ne samo kod Roma. Međutim, problem je činjenica da prema važećim domaćim propisima samogradnja nije dozvoljena. Navode se primeri organizovane samogradnje koji su tokom dvadesetog veka primenjivani u azijskim i afričkim sredinama. Vezano za te primere i stanje u zemunskom romskom naselju Vojni put gde su sve kuće tokom višedecenijskog postojanja naselja podizane kroz samogradnju, dolazi se do zaključka da je takav način izgradnje zapravo i omogućio njihovim vlasnicima i korisnicima da grade, dograđuju, oblikuju i kreiraju stambeni prostor koji prati njihove potrebe, želje, finansijske mogućnosti i estetske preferencije. Zbog svega navedenog, samogradnja bi trebalo da bude pravno regulisana i prepoznata kao realan i vitalan koncept.⁹

⁷ *Analiza glavnih prepreka i problema u pristupu Roma pravima na zdravlje i zdravstvenu zaštitu*, Praksis, Beograd, 2011, 49.

⁸ *Uslovi stanovanja i kultura stanovanja Roma – presek stanja*, op. cit., 2012, 20.

⁹ *Stanovanje Roma u Srbiji: stanje i izazovi*, (ur. T. Varadi i Z. Macura), SANU, Beograd, 2017, 15.

Zanimljivo je da je u tri popisa stanovništva, domaćinstava i stanova (1991, 2002. i 2011. godine) registrovano poboljšanje kvaliteta stanova koje nastanjuju Romi, pa se tako povećao broj soba po stanu, ukupna kvadratura i broj nužnika sa ispiranjem. Do tog podizanja kvaliteta romskog stanovanja je došlo usled izražene samogradnje na koju su Romi bili primorani jer nisu imali mogućnost ravnopravnog učešća ni na tržištu stanova ni u programima socijalnog stanovanja. Ipak, za postizanje istinskog i dugoročnog poboljšanja kvaliteta romskog stanovanja, neophodno je doneti strateška dokumenta koja se tiču unapređenja stambenih uslova Roma i posebno zakon radi uspostavljanja efikasnih mehanizama za primenu razvojnih mera.¹⁰

Poseban problem predstavlja i pravni aspekti stanovanja Roma, gde su najmarkantnija mesta problemi stanovanja u nelegalno izgrađenim, dograđenim ili nastanjenim kućama, stanovima i prostorijama. S druge strane, Romi imaju pravo na ostvarivanja međunarodno priznatog prava na stan kao jednog od osnovnih ljudskih prava, sa spornim implementacijama u domaćoj regulativi. Veliki problem su situacije iseljavanja Roma iz nelegalno podignutih objekata koje se često sprovode prinudno i uz kršenje osnovnih ljudskih prava korisnika ovih objekata. Stanovanje Roma u većini propisa nije prepoznato kao posebna tema i potrebno je da se razmotre mogućnosti prilagođavanja domaće regulative specifičnim stambenim situacijama Roma.¹¹

Međutim, stambena isključenost Roma je karakteristična ne samo za nas već i u centralnoj i jugoistočnoj Evropi, a što ukazuje profesorka Mina Petrović. Stambene isključenosti Roma su srodne u svim ovim državama, bez obzira na međusobne razlike u nivou ekonomske razvijenosti. Stambena isključenost Roma je višedimenzionalni fenomen, a procesi postsocijalističke transformacije doveli su do izraženije marginalizacije različitih ranjivih grupa, a posebno Roma. Ukazuje se i da međunarodne inicijative kao Dekada inkluzije Roma (2005–2015) ili razni lokalni programi socijalnog stanovanja, ne uspevaju bitnije da doprinesu smanjenju stambene isključenosti Roma.¹²

Romi ni u socijalističkom periodu nisu bili primaoci značajnijih socijalnih davanja i veoma retko su se nalazili na listama za dodelu društvenih stanova. Kada je socijalna sigurnost bila veća i društvene nejednakosti manje u odnosu na kapitalističko vreme između dva svetska rata ili na eru današnjih postsocijalistič-

¹⁰ *Stanovanje Roma u Srbiji: stanje i izazovi*, op. cit., 61.

¹¹ *Ibidem*, 106.

¹² *Ibidem*, 112–127.

kih transformacija, stanovanje je bilo najvidljiviji oblik siromaštva Roma i bitan pokazatelj svih drugih vidova njihove socijalne deprivacije.¹³

Teorijska razmatranja koncepta i prostorne organizacije romske kuće iznose se u tekstu “Analiza stambenih sklopova romske kuće”, gde se prostor romske kuće sagledava kao otvorena sekvenca koja počiva na širenju kadrova i dodavanju motiva, detalja, boja, materijala. To posebno važi za strukture podignute u najsiromašnijim naseljima slamovima. U takvim prostornim i životnim situacijama i ambijentima ispoljava se potpuna morfološka specifičnost romske kuće koju pre svega karakteriše princip spajanja prostora dodavanjem, dok konvencionalno prihvaćeno poimanje hijerarhije prostora zamenjuje realnost panoramskih kutija.¹⁴

Navedeni zbornik je obradio samo neke od aktuelnih problema romskog stanovanja, koji udruženi sa svim ostalim problemima koji prate ovu zajednicu doprinose lošoj opštoj situaciji. U tom kontekstu, posebnu težinu su imala dva slučaja prinudnog iseljavanja dva romska naselja o kojima će biti reči u narednom delu ovog rada, a kada se jasnije uočavala sprega svih problema romske zajednice.

SLUČAJ ROMSKOG NASELJA ISPOD MOSTA “GAZELA”

Problem stanovanja Roma u Srbiji je posebno aktuelizovao u široj javnosti slučaj naselja ispod mosta “Gazela”. Romsko naselje “Gazela” ili kako se još nezvanično nazivalo “Karton siti” nalazilo se ispod mosta Gazela i autoputa E-75, u blizini luksuznog hotela Hajat i Kontinentala, nedaleko od železničkog nasipa kojim prolazi internacionalni saobraćaj i nedaleko od ulice Vladimira Popovića koja je adresa mnogih kompanija. Površina naselja je bila oko pola kvadratnih kilometara, a lokacija je spadala među najskuplje u Srbiji. Bila je procena da u naselju živi oko 820 Roma, što naravno nikada nije bilo moguće tačno utvrditi. Naselje je nastalo osamdesetih godina prošlog veka kada su se tu naselile prve romske porodice s juga Srbije. Ovo naselje je na jedan poseban način opisala knjiga “Beograd – Gazela, jedinstveni turistički vodič kroz sirotinjsko naselje”, s namerom da širu javnost upozna sa delom grada pored koga svakodnevno prolaze, ali ga ne primećuju. Knjiga je rezultat projekta trojice Austrijanaca koji su hteli da na primeru jednog od najvećih sirotinjskih naselja u Evropi, upoznaju svet sa životom Roma u gradskom naselju. Knjiga je objavljena kao trojezična, na nemačkom, romskom i srpskom jeziku. Knjiga je koncipirana kao i turistički vodič Londona, Tokija, ili

¹³ *Ibidem*, 170–185.

¹⁴ *Stanovanje Roma u Srbiji: stanje i izazovi*, op. cit., 197.

bilo kog drugog grada na svetu, ali ironično kroz sirotinjsko naselje, kroz naselje “Gazela”.¹⁵

Kako je most “Gazela” usled starosti i pukotina koje su se pojavile na njemu morao da se rekonstruiše, naselje se isprečilo kao prepreka radovima. Tako je početak radova bio uslovljen raseljavanjem ovog naselja. Međutim, prvi pokušaji raseljavanja romskih porodica iz nehidijenskih naselja Gazela, nisu dobro prošla. Ideja je bila da se Romi rasele na periferne opštine. A kada su stanovnici npr. periferne beogradske opštine Mladenovac čuli da će se u njihov komšiluk naseliti oko 20 romskih porodica iz nehidijenskih naselja u Beogradu, otpočeli su blokadu parcele na kojoj je predviđeno postavljanje kontejnera za Rome pravdajući se da su i sami bez posla, da su fabrike zatvorene i da je smeštanje Roma u najsiromašniju beogradsku opštinu loše rešenje za sve. Ali ovo nije bio jedini slučaj jer su i u Novom Beogradu u naselju Dr Ivan Ribar isto reagovali, ali i u Ovči kao i u Boljevcu. U ovim situacijama meštani su uspeli da spreče preseljenje Roma.

Ipak, divlje naselje ispod mosta Gazela u Beogradu je od 31. avgusta 2009. godine raseljeno i 114 porodica koje su živele u naselju ispod mosta Gazela preseljeno je. Porodice koje su živele ispod Gazele, a koje imaju prebivalište u Beogradu, prema pisanju medija, preseljene su na 13 lokacija, u nove stambene kontejnere sa strujom, vodom, kanalizacijom, obezbeđenim toaletima i tuševima. Obećano je i da će deci biti omogućeno da redovno idu u školu uz besplatne udžbenike i prevoz do škola. Međutim, taj smeštaj je obezbeđen samo za porodice koje imaju prijavljeno prebivalište u glavnom gradu. Za 48 porodica koje su poreklom iz drugih gradova, nisu obezbeđeni ti uslovi, već su oni vraćeni u gradove iz kojih su otišli. Obećano im je da će im lokalne samouprave obezbediti privremeni smeštaj, do trajnog rešenja stambenog problema.¹⁶

Da su ovo bila više-manje samo obećanja koja su delimično ispunjena, svedoči i činjenica da je rekonstrukcija mosta Gazela bila pod znakom pitanja i nakon godinu dana zato što je Evropska banka za obnovu i razvoj, a koja je finansirala rekonstrukciju, tražila od vlasti da adekvatno reši pitanje Roma raseljenih u avgustu 2009. godine iz divljeg naselja izniklog ispod Gazele. U medijskim izveštavanjima godinama nakon ovog preseljenja možemo naći samo vesti o i dalje teškim uslovima života,¹⁷ a kod onih Roma koji su vraćeni u gradove iz kojih su poticali, da je život u naselju Gazela bio bolji.¹⁸

¹⁵ <http://www.beogradgazela.net/sr/leseproben.php>, 09.09.2020.

¹⁶ http://www.rtv.rs/sr_lat/drustvo/romi-raseljeni-ispod-gazele_144998.html, 09.09.2020.

¹⁷ <http://ravnopravnost.gov.rs/u-poseti-romskom-naselju-reva-u-krnjaci/>, 09.09.2020.

¹⁸ https://www.okradio.rs/vladavina-prava/pisani-tekstovi/gazela-je-bila-bolja-strasna-slika-ciganskog-rida_46007.html, 09.09.2020.

SLUČAJ ROMSKOG NASELJA PORED "BELVILLA"

Po istom principu po kojem je raseljeno naselje Gazela, raseljeno je i romsko naselje nedaleko od naselja Belvil na Novom Beogradu. Ipak, u ovom slučaju dve porodice su uspele da na sudu nakon 5 godina ostvare pravdu. Iako je broj od dve porodice oštećenih zanemarljivo mali, ipak je ostvarena značajna pobjeda. Naime, presudom Apelacionog suda u Beogradu dve romske porodice koje su bile prinudno iseljene iz "divljeg" naselja nadomak tzv. univerzitetskog naselja Belvil na Novom Beogradu, a potom smešteni u napušteno skladište u Nišu, dobilo je naknadu štete u visini od 2.600 evra sa kamatom, prema informacijama Evropskog centra za prava Roma, koji ih je zastupao u procesu koji je trajao pet godina.¹⁹ Sud se u obrazloženju presude pozvao na međunarodno pravo sadržano u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima kao osnovu za obeštećenje tužilaca. Ove dve romske porodice imale su prijavljeno prebivalište u Nišu, gde su i poslali da žive u napuštenom skladištu bez vode i struje. Oni su 2015. godine podneli tužbu protiv gradskih vlasti Beograda i Niša i Republike Srbije zbog povrede prava na dom i diskriminacije uz podršku Evropskog suda za ljudska prava, a zastupao ih tim Evropskog centra za prava Roma. U presudi je navedeno da je tužiocima povređeno pravo na stanovanje i zabrana diskriminacije po osnovu mesta prebivališta jer su tužiocima stavljeni u nepovoljniji položaj u odnosu na druge iseljene Rome kojima je bilo dozvoljeno da ostanu u Beogradu i ostvare pravo na različite oblike podrške.²⁰

Ove dve porodice nisu bile jedine, procena je da je oko 250 porodica i oko 1000 Roma 26. aprila 2012. godine prinudno iseljeno iz neformalnog naselja Belvil u Beogradu, od kojih je veliki broj bio interno raseljen sa Kosova i Metohije, a uglavnom su preseljeni u metalne kontejnere na periferiji grada koji su bili premali za mnogočlane porodice ili vraćeni u gradove gde su imali prijavljeno prebivalište.

Preseljenje od 26. aprila 2012. godine je bilo samo poslednje u nizu jer je prema informacijama Amnesti internešnala (*Amnesty International*) bilo ukupno 17 preseljenja Roma sa ove lokacije. Formalno, preseljenja su bila nužna zbog smetnje koju je ovo naselje predstavljalo na izgradnji saobraćajnica, međutim, neformalno, problem je predstavljalo i to što se ovo naselje nalazilo nedaleko od no-

¹⁹ V. <http://www.errc.org/press-releases/roma-win-court-case-against-serbian-authorities-for-2012-forced-eviction>, 09.09.2020.

²⁰ *Ibidem*.

voizgrađenog naselja Belvil koje je važno za elitno, a koje se suočilo sa slabom prodajom nekretnina.²¹

Preseljenje u neuslovne kontejnere je tada oštro kritikovano od strane brojnih organizacija i čak je ilustrativno navođeno da prema propisima Republike Srbije i zatvorski smeštaj je adekvatniji od onog koji se nudi stanovnicima naselja Belvil, jer prema Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija, svakom osuđeniku pripada četiri kvadratna metra prostora dok se do šest članova jedne porodice iz Belvila smešta u metalne kontejnere koji imaju 15 metara kvadratnih.²²

PERSPEKTIVE ZA POBOLJŠANJE STANJA

Stanovanje zadovoljava jednu od osnovnih ljudskih potreba za opstankom, fizičkom zaštitom, sigurnošću i zadovoljavanje mnogih drugih čovekovih psiholoških, socijalnih, ekonomskih i kulturnih potreba (reprodukcija i odgoj dece, rad, obrazovanje, druženje, privatnost, itd.) te je kvalitetno stanovanje uslov za egzistenciju.²³

U Srbiji se ulažu sporadični naponi da se položaj i uslovi života i stanovanja Roma poboljšaju, ali romska zajednica je marginalizovana i nedovoljno uključena u naše društvo. Programi pomoći za Rome u znatnoj meri se sprovode na nivou projektnih ili programskih aktivnosti državnih organa, lokalne samouprave i neprofitnog sektora, koji se finansiraju iz donatorskih sredstava. U principu te inicijative su usmerene ka saniranju posledica, a veoma retko ka pronalaženju uzroka teškog položaja romske populacije.

Jedna od takvih je bila i Dekada Roma 2005–2015. godine koja je od aprila 2009. godine započeta u Srbiji usvajanjem Strategije za unapređivanje položaja Roma i Akcionog plana za njeno sprovođenje,²⁴ koji obuhvata 13 oblasti: obrazovanje, stanovanje, zapošljavanje, zdravlje, kulturu, medije i informisanje, socijalnu zaštitu, pristup ličnim dokumentima, političku participaciju, suzbijanje diskriminacije, položaj žena, interno raseljena lica i povratnika na osnovu sporazuma o readmisiji. U oblasti stanovanja, Strategija zastupa integralan pristup rešavanju

²¹ <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR7013082015SERBIAN.PDF>, 09.09.2020.

²² https://www.rtv.rs/sr_ci/drustvo/amnesti-iseljenjem-roma-beograd-krsi-medjunarodne-standarde_315373.html, 09.09.2020.

²³ Mina Petrović, *Sociologija stanovanja, Stambena politika: izazovi i mogućnosti*, Institut za sociološka istraživanja, Beograd, 2004, 10.

²⁴ https://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/fajlovi/strategija_za_unapredjenje_polozaja_roma.pdf, 09.09.2020.

stambenih problema i podrazumeva primenu paralelnih, koordinisanih programa i akcija u oblasti zapošljavanja, obrazovanja, zdravstvene zaštite. Strategija takođe predviđa puno učešće Roma.²⁵

Takođe, Ministarstvo za kapitalne investicije izradilo je u maju 2007. godine smernice za legalizaciju i unapređivanje romskih naselja, budući da su te dve aktivnosti neodvojive za obezbeđivanje zadovoljavajućih životnih uslova u većini romskih naselja. Svi koraci ka unapređivanju romskih naselja, prema ovim smernicama, treba da podrazumevaju i aktivnu participaciju Roma u svim fazama unapređivanja. Preporučena forma za uključivanje je “formiranje lokalnih nevladinih organizacija koje će u zajednici sa opštinom i drugim akterima raditi na legalizaciji i unapređenju naselja”.²⁶

Navedena dokumenta su bila temelj i polazna osnova, a bilo je i uspešnih primera u praksi. Najčešće se navode dva domaća primera obnove romskih naselja primenom koncepta održive obnove. To su obnova Orlovskog naselja u Beogradu i naselja Bangladeš u Novom Sadu.

Obnova Orlovskog naselja se smatra za pozitivan primer koji ukazuje na značaj institucionalne podrške u regulisanju statusa i u opremanju naselja tokom postepenog procesa ukupne socio-ekonomske obnove, kao i na značaj fleksibilnosti i tolerancije u traganju za mogućim, odnosno realnim rešenjima. Ovo romsko naselje postoji još od 19. veka na ovoj lokaciji. Društvo za unapređenje romskih naselja počelo je rad na obnovi ovog naselja 1991. godine, polazeći od nekoliko osnovnih pretpostavki za obnovu naselja: 1. uporedna obnova u ekonomskoj, socijalnoj i prostornoj sferi, preko koordiniranih programa kako bi se izašlo iz začaranog kruga siromaštva; 2. obnova na osnovama održivog razvoja: stvaranje trajne mogućnosti obnavljanja resursa na čijim osnovama se odvija život lokalne zajednice; 3. kooperacija između većinskog društva i lokalne zajednice, pri čemu svaka od navedenih strana treba da unese one resurse kojima raspolaže; 4. obnova po principu integracije, a ne asimilacije romske zajednice u većinsko društvo: čuvanje i zaštita romskih posebnosti uz nužnu modernizaciju načina života.²⁷

Regulacionim planom naselja Mirijeva iz 2002. godine Orlovsko naselje je označeno kao zona stanovanja, te je nakon toga i legalizovano. Koordinirano je postignut i dogovor sa javnim preduzećem Gradska čistoća i regulisano iznošenje smeća; naseljska Komisija inicirala je rušenje bespravno podignutih objekata na opštinskoj parceli zvanj Andrijina livada; izrađeni su vodovod i kanalizacija u

²⁵ *Uslovi stanovanja i kultura stanovanja Roma – presek stanja*, op. cit., 27.

²⁶ *Ibidem*, 29.

²⁷ *Ibidem*.

delu naselja i asfaltirane ulice, a ovaj posao je završen 2005. Podignute su prostorijske Društva Rom Zvezdara i otvoren lokalni društveni centar. Postavljen je i pogon za reciklažu, izgrađen sportski teren i dečje igralište, otvorena kancelarija za lokalne naseljske potrebe.²⁸

Drugi primer dobre prakse imamo sa romskim naseljem Bangladeš u Novom Sadu, gde je resurse udružilo više aktera, ali sa dominantnim angažovanjem kapaciteta nevladinih organizacija, kao i unutrašnjih potencijala romske zajednice i kroz saradnju nadležnih institucija. Ideja je bila na iznalaženju fleksibilnih i konstruktivnih rešenja. Obnova naselja prišlo se po osnovu modela koji je bio zasnovan na pet ključnih i međusobno povezanih principa: 1. participacija krajnjih korisnika u svim fazama realizacije (planiranje, izvođenje, održavanje); 2. fleksibilnost (ne primenjuju se gotova rešenja već se ona traže preko participativnog pristupa u svim fazama projekta); 3. održivost (osnaživanjem Roma preko aktivnog učesća u čitavom procesu, kojim podižu svoje radne kapacitete i preuzimaju odgovornost); 4. ekonomičnost (ulaganjem vlastitog rada Romi smanjuju ukupne troškove obnove kuća i naselja); 5. sveobuhvatnost (pored poboljšanja uslova stanovanja, pokreću se aktivnosti i u oblasti javnog zagovaranja, obrazovanja, radnog osposobljavanja, zapošljavanja i samozapošljavanja).²⁹

Obnova naselja Bangladeš koja je završen u decembru 2008. godine imala je rezultat da je oko 60 kuća obnovljeno (novi krovovi, dodatna soba, kupatilo i električna energija), put do naselja je asfaltiran, a pokrenuta je i inicijativa da se centralni deo naselja uredi i na njemu postavi dečje igralište. Kako se naselje nalazilo na zemljištu u javnoj svojini, Centar za socijalni rad je potpisao ugovore o njegovom zakupu sa svim porodicama u naselju, čime je stvoren pravni osnov za sklapanje ugovora i o potrošnji električne energije. Prostorni plan Grada Novog Sada koji je usvojen u martu 2012. godine, predvideo je zadržavanje naselja na postojećem lokalitetu, čime su se stvorili preduslovi i za legalizaciju.³⁰

Posebno je važno napomenuti prednacrt Zakona o legalizaciji održivih neformalnih romskih naselja koji je pripremila Stalna konferencija romskih udruženja građana u cilju da se obezbede uslovi za legalizaciju objekata u okvirima održivih romskih naselja, što u važećim zakonskim okvirima nije moguće.³¹ Naime,

²⁸ Svetlo i tamno: stanovanje Roma u Beogradu na prelazu 20. u 21. vek, SANU, Beograd, 2016, 18.

²⁹ Uslovi stanovanja i kultura stanovanja Roma – presek stanja, op. cit., 41.

³⁰ Ibidem, 43.

³¹ https://www.ligaroma.org.rs/images/stories/prednacrt-zakona-o-legalizaciji-odrzivih-neformalnih-romskih-naselja_11.9.2014_1.pdf, 09.09.2020.

Zakon o ozakonjenju objekata, usvojen 2015. godine ne pruža mogućnost stanovnicima romskih naselja da legalizuju svoje stambene objekte.³²

Treba još naglasiti i da u članu 12. Prednacrt zakona zabranjuje prinudno iseljavanje u postupku legalizacije bez prethodnog obezbeđenja alternativnog smeštaja, po kvalitetu jednakom ili višem od uslova stanovanja u tom naselju, koji mora da odgovara kriterijumima adekvatnog stanovanja. Na ovaj način ustanovljen je standard zaštite od otuđenja objekata u široj prostornoj grupaciji koji neće biti uključeni u zonu održivog romskog naselja, odnosno objekata unutar održivih naselja koji neće moći da ispune kriterijume sigurnosti i trajnosti ili će se naći na prostoru koji mora da dobije drugu namenu pa će morati da budu uklonjeni.

Ovaj Prednacrt Zakona je pozdravljen od nezavisnih regulatornih tela, pa je tako Poverenica za zaštitu ravnopravnosti bila mišljenja da se radi o celovitom, koherentnom i izuzetno kvalitetnom tekstu i po rešenjima koje nudi, ali i po tome što su nužnost usvajanja zakona o legalizaciji održivih neformalnih romskih naselja, kao i predložena rešenja, detaljno obrazložena valjanom argumentacijom, a posebno je značajno to što je sam koncept zakona takav da nudi realna i optimalna rešenja za rešavanje jednog kompleksnog problema.³³

Brojni pravni i strateški dokumenti doneti su u Republici Srbiji sa ciljem unapređivanja položaja romske zajednice. Među zakonima poseban značaj imaju Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina iz 2002. godine³⁴, Zakon o zabrani diskriminacije iz 2009. godine³⁵ i Zakon o socijalnom stanovanju iz 2009. godine,³⁶ a koji je prestao da važi 2016. godine donošenjem Zakona o stanovanju i održavanju zgrada³⁷. Važni strateški dokumenti su Strategija za smanjenje siromaštva iz 2003. godine, Strategija za unapređivanje položaja Roma iz 2009. godine i Strategija za prevenciju i zaštitu od diskriminacije iz 2013. godine.³⁸ I nekađašnje Ministarstvo za kapitalne investicije usvojilo je Smernice za unapređivanje i legalizaciju romskih neformalnih naselja iz 2007. godine. Svi navedeni dokumenti su generalno poboljšali položaj Roma, ali je pravo na adekvatno stanovanje ostalo i dalje nedostižno za veliku većinu romske populacije.

³² V. Zakon o ozakonjenju objekata, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15.

³³ <http://ravnopravnost.gov.rs/misljenje-o-prednacrtu-zakona-o-legalizaciji-odrzivih-neformalnih-romskih-naselja/>, 09.09.2020.

³⁴ Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, *Službeni list SRJ*, br. 11/02, *Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 97/13,

³⁵ Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/09.

³⁶ Zakon o socijalnom stanovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 72/09.

³⁷ Zakona o stanovanju i održavanju zgrada, *Službeni glasnik RS*, br. 104/16.

³⁸ <http://www.gs.gov.rs/strategije-vs.html>, 09.09.2020.

Takođe, naša zemlja je potpisnica Bečke deklaracije o nacionalnim i regionalnim politikama i programima u vezi sa neformalnim naseljima u Jugoistočnoj Evropi iz 2004. godine, koja naglašava značaj zakonodavstva i predviđa da će urbana, socijalna i ekonomska integracija neformalnih naselja u celokupnu gradsku strukturu predstavljati ključni faktor u pripremi za pristupanje EU.

Prema Prednacrtu Zakona o legalizaciji održivih neformalnih romskih naselja koji je pripremila Stalna konferencija romskih udruženja građana, zahtev je da najmanje održivo romsko naselje bude sa više od 100 stanovnika romske nacionalnosti (što odgovara grupi od 20–30 stambenih jedinica), treba da postoji da se ne bi neracionalno trošila energija lokalne samouprave na veliki broj premalih grupa kuća. Ovaj kriterijum usmerava pažnju na veća naselja u kojima će se rešiti i veći broj slučajeva, a koja su po svojoj prirodi i naselja sa dužom istorijom i tradicijom.³⁹

Uslov je i da je naselje pretežno izgrađeno, odnosno rekonstruisano pre 1971. godine, neposredno je vezan za potrebu da se ne favorizuju novonastale neformalno izgrađene grupe objekata i nove improvizovane naseobine, nego da se prioritet usmeri ka naseljima koja su svoju održivost potvrdila kroz više decenija.⁴⁰ Uslov da pretežan broj pojedinačnih objekata u naselju bude od materijala koji obezbeđuju trajnost i sigurnost objekata, jeste jedan od neophodnih uslova održivosti svakog civilnog naselja, pa romska naselja ne treba da budu izuzetak. Cilj ovog zakona nije legalizacija svih romskih naselja, već samo onih koja ispunjavaju uslove održivosti. Zbog toga je neophodno jasno odrediti one situacije u kojima bi legalizacija naselja bila štetna i za stanovnike romskog naselja i za jedinicu lokalne samouprave kao celinu. To je istaknuto negativnim određenjem, odnosno preciziranjem koja naselja se neće smatrati održivim romskim naseljem ili delom naselja.⁴¹

Ideja je da će se donošenjem ovog propisa Romi osećati sigurnije i bezbednije u stanju funkcionalne i pravne integracije sopstvenih kuća i imovine. Takođe, umanjice se u znatnoj meri njihova izolovanost od ostatka zajednice, što treba da utiče na smanjenje društvene stigmatizacije i veću socijalnu i ekonomsku integraciju. Smatra se i da će se povećati bezbednost stanovnika, sigurnosni standardi objekata biće dostižniji, smanjice se velika potrošnja energije po jedinici domaćinstva i povećati energetska efikasnost.⁴²

³⁹ https://www.ligaroma.org.rs/images/stories/prednacrt-zakona-o-legalizaciji-odrzivih-neformalnih-romskih-naselja_11.9.2014_1.pdf, 09.09.2020.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

Stvoriće se mogućnosti za rešavanje problema životne sredine u neformalnim naseljima (nedostatak kanalizacije i vode, odlaganje čvrstog otpada, zagađenje vazduha, nedostatak otvorenog prostora, provetranje prostora, i sl.). Konačno, smanjiće se migracija dela stanovništva stvaranjem raspoloživog zemljišta za urbani razvoj, ali i za individualnu stambenu izgradnju.⁴³

ZAKLJUČAK

Inicijative za uređivanje stanovanja Roma postaju sve izraženije u našem društvu i možemo zaključiti da postoji čitav niz strateških dokumenta kao što su Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, Zakon o stanovanju i održavanju zgrada, Strategija za smanjenje siromaštva, Strategija za unapređivanje položaja Roma, Strategija za prevenciju i zaštitu od diskriminacije, Smernice za unapređivanje i legalizaciju romskih neformalnih naselja. Isto tako, postoji i niz bitnih studija o uslovima života i stanovanja Roma, gde se ističu radovi tzv. Niške romološke škole, zatim Odbora za proučavanje života i običaja Roma Odeljenja društvenih nauka Srpske akademije nauka i umetnosti SANU, kao i brojnih nevladinih organizacija među kojima posebno romskih kao što je Liga Roma. Opravdano se postavlja pitanje, da li ta sva dokumenta i rad doprinose poboljšanju uslova stanovanja Roma.

U ovom radu smo napravili osvrt na dva primera loše prakse i dva primera dobre prakse. Kada govorimo o primerima dobre prakse tu bi istakli Orlovsko naselje u Beogradu i naselje Bangladeš u Novom Sadu, gde se udruženim naporima postiglo puno. U tim naporima je puno doprinelo i uključivanje romske zajednice i uvažavanje njenih potreba. Ipak, mnogo lošije i traumatičnije posledice su ostavili primeri loše prakse kao što je bilo iseljavanje romskih naselja ispod mosta Gazela i kod naselja Belvil. Ova neformalna naselja koja su se našla na putu i trasi saobraćajnica su najgrublje raseljena i uklonjena uz povredu elementarnih načela ljudskosti. Da to raseljavanje nije bilo ne samo nemoralno, već i protivpravno potvrđuju i sudske presude u korist romskih porodica.

Na navedenim primerima i stečenim iskustvima se može zaključiti kako treba, a kako ne postupati. Pravi smer za rešavanje problema stanovanja Roma predstavlja legalizacija održivih romskih naselja uz koordinaciju svih zainteresovanih aktera, a pre svega Roma i romskih udruženja. Svako drugačije promišljanje i osmišljavanje mehanizama za stanovanje Roma uglavnom dovodi do još veće izolacije, getoizacije i marginalizacije romske zajednice.

⁴³ *Ibidem.*

Dr. IVICA LAZOVIĆ
Deputy director, Republic Agency for
Peaceful Settlement of Labor Disputes,
Republic of Serbia

THE RIGHT TO ROMA HOUSING, THE SITUATION
AND OPPORTUNITIES FOR IMPROVEMENT

Summary

The paper analyzes the housing of Roma in Serbia, this largest ethnic community that has existed on the margins of society for hundreds of years. The paper reviews strategic documents that seek to address this complex issue and presents a number of ongoing initiatives. Attempts to address the issue of Roma housing through two examples of bad practice and two examples of good practice are especially pointed out. Examples of good practice are the Orlovsko settlement in Belgrade and the settlement of Bangladesh in Novi Sad, which are considered to be good examples of joint action and efforts of several actors. The involvement of the Roma community and respect for its needs also contributed a lot to these efforts. However, examples of bad practice are also analyzed, such as the eviction of Roma settlements under the Gazelle Bridge and near the Belleville settlement in New Belgrade. These informal settlements that found themselves on the road and the route of the roads were displaced and removed in violation of the basic principles of humanity. That the displacement of these settlements was illegal is also confirmed by the latest court judgments in favor of Roma families, which are being reviewed. The possibility for solving the problem of Roma housing through the legalization of sustainable Roma settlements with the coordination of all interested actors, especially Roma and Roma associations, is pointed out.

Key words: housing, Roma, Roma settlements, legalization

Literatura

- Bašić G., *Umetnost preživljavanja, Gde i kako žive Romi u Srbiji*, Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd, 2004.
- Dorđević D., *Na konju s laptopom u bisagama – Uvod u romološke studije*, Prometej, Novi Sad, 2010.
- Dorđević D., *Romanipen – Osnova kulturne politike i saradnje Balkanskih Roma*, Niš, 2004.
- Petrović M., *Sociologija stanovanja. Stambena politika: izazovi i mogućnosti*, Beograd, 2004.
- Todorović D., “Romi na Balkanu i Srbiji”, *Teme*, 2011, Niš, dostupno na: https://www.npao.ni.ac.rs/files/584/Romi_na_Balkanu_i_u_Srbiji_14bc7.pdf
- Grupa autora: *Uslovi stanovanja i kultura stanovanja Roma – presek stanja*, Palgo Centar, Beograd 2012.

Varadi T., Macura Z., (ur.), *Stanovanje Roma u Srbiji: stanje i izazovi*, SANU, Beograd, 2017.

Svetlo i tamno: stanovanje Roma u Beogradu na prelazu 20. u 21. vek, SANU, Beograd, 2016.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 09.09.2020.

Prihvaćen: 07.10.2020.

PREGLEDNI RAD

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

UNIFIKACIJA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST – III tom

UNIFICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY – Vol. III

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

5. Međunarodni privredni ugovori, Arbitraža

International Commercial Contracts, Arbitration

Ugovor o faktoringu u pravu Republike Srpske

Factoring agreement in the law of the Republic of Srpska

– *akademik prof. dr Vitomir Popović*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, Republika Srpska

5

Poništaj arbitražne odluke prema odredbama UNCITRAL Model zakona

– praktična pitanja

Setting aside of arbitral awards according to the UNCITRAL Model law

– practical problems

– *prof. dr Dejan Jančićjević*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu; *prof. dr Ljubica Nikolić*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

19

661

Zabrana nepoštene trgovačke prakse u ugovornom sistemu snabdevanja poljoprivrednim i prehrambenim proizvodima The prohibition of unfair trading practices in the contractual system of providing agricultural and food products – <i>prof. dr Stefan Šokinjov</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu	35
Contract interpretation under the CISG from the perspective of Swiss law: selected issues Tumačenje ugovora prema konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe iz perspektive švajcarskog prava: izabrana pitanja – <i>Dr. Mladen Stojiljković</i> , LL.M. (Columbia), advokat, VISCHER AG, Cirih, Švajcarska	53
Medijacija u investicionim sporovima – predlozi reforme međunarodnog investicionog prava Mediation in investor-state dispute settlement – international investment law reform proposals and possible lessons for Serbia – <i>Andrea Nikolić</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu; saradnik u nastavi Fakulteta organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu i konsultant u Ministarstvu pravde Republike Srbije	65
Subjekti prava konkurencije The Notion of Undertaking in the Competition Law – <i>Aleksandra Vasić</i> , asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu	81
Ključne razlike između ugovora o distribuciji i ugovora o franšizingu Key Differences between Distribution and Franchise Agreements – <i>Jasna Bujuklić Mitrović</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, sudski saradnik u Višem sudu u Beogradu	93
The Self Fulfilling Prophecy of Due Process Paranoia Arbitražni postupak “između dve vatre” – <i>Marija Ralević</i> , student Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu . .	113
Use of Legal Tech in Germany to equalize the position of consumers and suppliers in litigation Upotreba pravne tehnologije u Nemačkoj radi izjednačenja položaja potrošača i dobavljača u sudskom postupku – <i>dr Thomas Meyer</i> , šef Programa za pravnu reformu, GIZ, Nemačka . .	133

Četvrta katedra

Fourth Department

PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU

RIGHT TO INTELLECTUAL CREATION

Industrijska svojina i Autorsko pravo

Right to Industrial Property and Copyright

Zaštita interpretatorskog prava na digitalnom tržištu

Protection of performers' rights in the digital market

– *prof. dr Sanja Danković Stepanović*, redovni profesor Fakulteta

političkih nauka Univerziteta u Beogradu

147

Perspektiva mogućnosti postojanja više titulara istog žiga u pravu Srbije

Perspective of the possibility of existence of several holders of a single trademark in the law of Serbia

– *Milica S. Samardžić*, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta

u Beogradu

163

Institut prigovora u žigovnom pravu

Opposition in trademark law

– *mr Mirela Bošković*, zastupnik za prava intelektualne svojine

185

Peta katedra

Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU

RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde

Court in Connexity of Justice

Otklanjanje nepravilnosti u postupku sprovođenja izvršenja

Elimination of irregularities in the enforcement procedure

– *prof. dr Gordana Stanković*, Univerzitet u Nišu

199

Eventualna kumulacija tužbenih zahteva

Possible cumulation of claims - some procedural dilemmas

– *prof. dr Dušica Palačković*, redovni profesor; *dr Sanda Ćorac*, docent;

Jelena Čanović, asistent, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu . .

217

663

Posledice izostanka u sporovima male vrednosti Consequences of failing to appear in small claim litigations – <i>Vladimir Vrhovšek</i> , sudija Višeg suda u Beogradu; <i>prof. dr Vladimir Kozar</i> , profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu	233
Ovlašćenja organa starateljstva u izvršavanju odluka iz porodičnih odnosa prema odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju The powers of the custodial authority in enforcement of judgements concerning family relationships under the Law on enforcement and security interest – <i>prof. dr Nebojša Šarkić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu; <i>Nina Nikolić</i> , polaznik IX generacije Pravosudne akademije	251
Formalna i faktička eksproprijacija Formal and de facto expropriation – <i>dr Milena Trgovčević Prokić</i> , profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu	269
Razlike između instituta zaustavljanja broda i zaplene broda u zakonodavstvu Republike Srbije Differences between institutes of ship arrest and seizure of the ships in the legislation of the Republic of Serbia – <i>dr Iris Bjelica Vlajić</i> , vanredni profesor, predavač u Visokoj brodarskoj školi akademskih studija u Beogradu	287
2. Međunarodni odnosi i pravda <i>International Relations and Justice</i> a) <i>Međunarodno pravo – elementi inostranosti</i> <i>International law – foreign elements</i> COVID 19 i pravila međunarodnog prava o zaštiti lica u okolnostima katastrofe COVID 19 and rules of international law on the protection of persons in the events of disasters – <i>prof. dr Rodoljub Etinski</i> , profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu; profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Donja Gorica	299

Međunarodni standardi zabrane govora mržnje i njihova primena u Republici Srbiji International standards for the prohibition of a hate speech and their application in the Republic of Serbia – <i>prof. dr Ivana Krstić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	317
Pravni položaj osoblja privatnih vojnih kompanija prema međunarodnom pravu oružanih sukoba Legal status of private military company personnel under the international law of armed conflicts – <i>prof. dr Boris Krivokapić</i> , redovni profesor i naučni savetnik, Poslovni i pravni fakultet “Union – Nikola Tesla”, Beograd i Pravni fakultet Samarskog nacionalnog univerziteta “S.P. Koroljov”, Samara (Rusija), akademik Ruske akademije prirodnih nauka – RAEN	339
Međunarodnopravni tokovi secesije država International legal flows of state secession – <i>prof. dr Duško Dimitrijević</i> , naučni savetnik Instituta za međunarodnu politiku i privredu, Beograd	353
Imunitet međunarodnih finansijskih organizacija s osvrtnom na slučaj <i>Jam et al.</i> protiv međunarodne finansijske korporacije (IFC) Immunity of international financial organizations from the perspective of <i>Jam et al.</i> versus International Finance Corporation – <i>Marija Vičić</i> , advokat u saradnji sa <i>Karanović i Partneri o.a.d.</i> ; doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	379
Uloga Međunarodnog suda pravde u zaštiti ljudskih prava The role of the International Court of justice in human rights protection – <i>Milijana Trifković</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	397
 <i>b) Pravo Evropske Unije</i> <i>European Union Law</i>	
Državna pomoć u EU u vreme pandemije COVIDA-19 EU State aid in the time of COVID-19 – <i>dr Jelena Vukadinović-Marković</i> , naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd; <i>prof. dr Radovan Vukadinović</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, član Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Republika Srpska	421

Nova metodologija proširenja Evropske unije – instrument za prevazilaženje “umora od proširenja EU” A new EU enlargement methodology – an instrument for overcoming “EU enlargement fatigue” – <i>prof. dr Jelena Čeranić Perišić</i> , viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd	437
---	-----

Šesta katedra
Sixth Department

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU
RIGHT TO LEGAL STATE

Sociološka priroda supstancijalnog metoda unifikacije prava Sociological nature of the substantive method of unification of law – <i>prof. dr Saša Bovan</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	455
Unifikacija prava, konstitucionalizam i vladavina prava Unification of law, constitutionalism and the rule of law – <i>akademik prof. dr Vlado Kambovski</i> , Makedonska akademija nauka i umetnosti, Republika Severna Makedonija	469
Sloboda kao misao i cilj vladavine prava Freedom as a thought and goal of the rule of law – <i>Nikola Pantelić</i> , zamenik javnog tužioca u Trećem osnovnom javnom tužilaštvu u Beogradu	487
Pravna politika kao vodeća pravna disciplina Legal policy as leading legal discipline – <i>dr Zoran Jelić</i> , publicista, Beograd	507

Ustavno-pravna pitanja
Constitutional Law Questions

Venecijanska komisija i ustavna reforma pravosuđa u Republici Srbiji The Venice Commission and the constitutional reform of the judiciary in the Republic of Serbia – <i>prof. dr Vladan Petrov</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, sudija Ustavnog suda Srbije, zamenik člana Venecijanske komisije za Srbiju; <i>Maja Prelić Simović</i> , zamenik direktora Pravosudne akademije, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	523
--	-----

Novi krah utopije o uspešnom višenacionalnom federalizmu u Indiji A new collapse of utopia of successful multinational federalism in India – <i>dr Marko Stanković</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	541
Pravo između obezbeđivanja pravne sigurnosti i prilagođavanja društvenim odnosima The law between ensuring legal certainty and adaptation to social relations – <i>dr Boštjan Tratar</i> , viši državni advokat, Državna advokatura Republike Slovenije, docent Fakulteta za državne i evropske studije na Brdu kod Kranja, Republika Slovenija	559
Zakonsko uređivanje učešća nacionalnih manjina u predstavničkim telima u svetlu shvatanja Ustavnog suda Srbije Legal regulation of the national minorities' participation in the representative bodies in the light of the Constitutional Court's legal reasoning – <i>dr Vladimir Đurić</i> , viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd	579
Ustavno načelo podele vlasti i nezavisnost sudstva – u svetlu predloženih promena Ustava Republike Srbije o pravosuđu The constitutional principle of separation of powers and judicial independence – in the light of the proposed changes to the Constitution of the Republic of Serbia – <i>Savo Đurđić</i> , sudija Apelacionog suda u Novom Sadu i član Visokog saveta sudstva	595
Ograničavanje ljudskih prava i sloboda u praksi Ustavnog suda Crne Gore u doba Korona virusa Restrictions on human rights and freedoms in the practice of the Constitutional Court of Montenegro in the time of corona virus – <i>Hamdija Šarkinović</i> , sudija Ustavnog suda Crne Gore, Država Crna Gora	611
Vanredno stanje u jednoj zemlji i pravna mogućnost ograničenja ljudskih prava A state of emergency in a country and the legal possibility of restricting human rights – <i>prof. dr Osman Kadriu</i> , sudija Ustavnog suda, Republika Severna Makedonija	629
	667

Pravo na stanovanje Roma, stanje i mogućnosti za unapređenje
The right to roma housing, the situation and opportunities for
improvement

– *dr Ivica Lazović*, zamjenik direktora u Republičkoj agenciji za mirno
rešavanje radnih sporova, Beograd

645

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.77/.78(082)

340.114(082)

342.721(082)

347.233(082)

342.22(082)

КОПАОНИЧКА школа природног права Слободан Перовић (33 ; 2020 ; Београд)

Unifikacija prava i pravna sigurnost : zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović : međunarodna naučna konferencija, Beograd, 23. decembar 2020. Tom 3 = Unification of law and legal certainty : collection of papers from the 33rd Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović : international scientific conference, Belgrade, december 23, 2020. Vol. 3 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2020 (Novi Sad : Futura). - 668 str. ; 24 cm

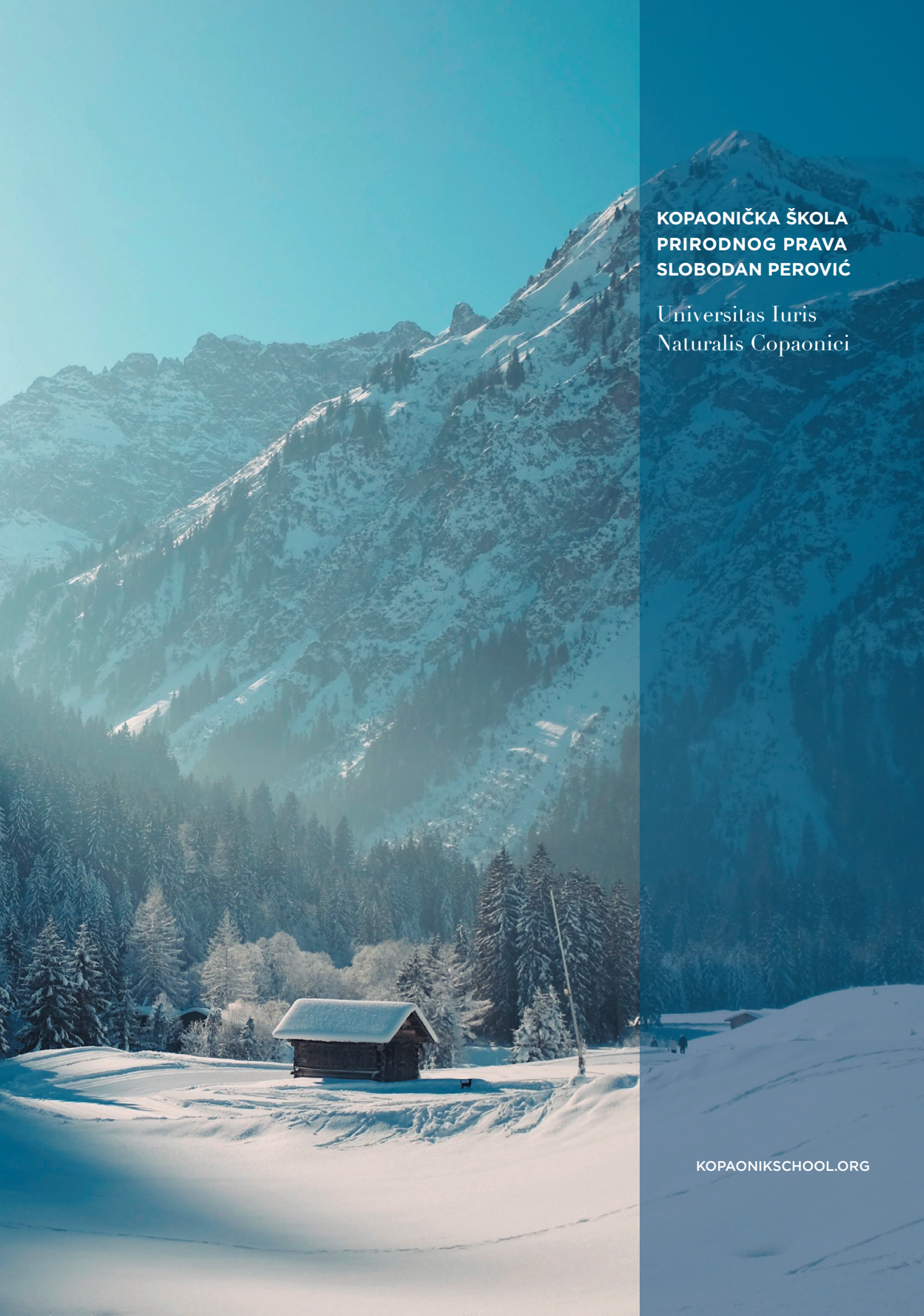
Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 300. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries.

ISBN 978-86-81956-00-7

ISBN 978-86-903009-7-6 (za izdavačku celinu)

а) Интелектуална својина -- Зборници б) Правда -- Зборници в) Право на имовину -- Зборници г) Правна држава -- Зборници

COBISS.SR-ID 28132105



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

KOPAONIKSCHOOL.ORG