

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST

Zbornik radova 34. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

Beograd, 2021. | Tom III

34.
godina



Izdavanje ove publikacije omogućilo je nemačko Savezno ministarstvo za privrednu saradnju i razvoj putem projekta Nemačko-srpske razvojne saradnje "Podrška Ministarstvu pravde u reformi Upravnog suda Srbije", koji sprovodi GIZ.



немачка
сарадња
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Implemented by:

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Nalazi, stavovi, mišljenja i preporuke autora izneti u ovoj publikaciji ne odražavaju nužno stavove
Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

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

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

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

Universitas Iuris Naturalis Copaonici

34. Susret

34th Meeting

**PRIMENA PRAVA
I PRAVNA SIGURNOST
APPLICATION OF LAW
AND LEGAL CERTAINTY**

Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava
– Slobodan Perović

Proceedings of the 34th Meeting of Kopaonik School of Natural Law
– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Beograd, 22. decembar 2021

Belgrade, 22 December 2021

Tom III/Volume III



Beograd, 2021

PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST
APPLICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY

Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 34th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 22. decembar 2021.

International Scientific Conference, 22 December 2021

Izdavač/Publisher

Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović
Patrijarha Gavrila 12, 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 Đorđe Đorđević, Prof. dr Nataša Delić, Dr Hajrija Mujović, Mr Gordana Petković, Prof. dr Edita Kastratović, Dr Božidar Otašević, Prof. dr Milan Škulić, Prof. dr Olga Cvejić-Jančić, 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 Nina Planojević, Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Akademik prof. dr Mirko Vasiljević, Dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Jasminka Obućina, Dr Vladimir Čolović, Dr Mirjana Glitić, 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 Rodoljub Etinski, Akademik prof. dr Radovan Vukadinović, Dr Jelena Vukadinović Marković, Prof. dr Gordana Vukadinović, Prof. dr Saša Bovan, Prof. dr Vladan Petrov.

Međunarodni naučni odbor/International Scientific Committee

Xavier Blanc-Jouvan (Professor emeritus at the University of Paris I Panthéon-Sorbonne, France), Rajko Kuzmanović (President of the Academy of Sciences and Arts of Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina), Prof. dr Gian Antonio Benacchio (University of Trento, Italy), Prof. dr Francesca Fiorentini (University of Trieste, Italy), Zoran Rašović (Montenegrin Academy of Sciences and Arts, Montenegro), Vlado Kambovski (Macedonian Academy of Sciences and Arts, North Macedonia), Prof. dr Aleksandra Maganić (Faculty of Law, University of Zagreb), Dr Mateja Durovic (King's College London, UK).

Kompjuterska obrada/Pre-print
Miodrag Panić

Dizajn korica/Cover design
Uroš Živković

Tiraž/Number of Copies: 500

Štampa/Print

FUTURA, Novi Sad

ISBN-978-86-81956-08-3 (serija) / ISBN-978-86-81956-06-9

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

Radni odnosi; Banke i bankarski poslovi

Radni odnosi

RADOJE R. BRKOVIĆ
ZORAN Ž. MARKOVIĆ

DEČJI RAD I MALOLETNIČKI RADNI ODNOSI U SRBIJI

Maloletnici predstavljaju posebno osetljivu kategoriju lica sa pravnog, socijalnog, ekonomskog, kulturološkog, psihološkog i svakog drugog aspekta. Maloletno lice je emotivno, intelektualno i fizički nedovoljno zrelo, te ne poseduje svest o pravnim posledicama pravnih akata koje preduzima. Poslovna sposobnost stiče se u određenom zakonom propisanom starosnom uzrastu koji je u nacionalnim zakonima različito određen. Svi savremeni pravni poreci u Evropi prema maloletnicima imaju zaštitnički odnos, uz predviđanje određenih povlastica i specijalnog tretmana, uključujući i njihovo radno angažovanje.

Ključne reči: maloletno lice, dete, radni odnos, pravo, zloupotrebe

U V O D

Da li se evolucijom čoveka, industrijskom revolucijom, socijalnom revolucijom i uvođenjem ljudskih prava (socijalnih prava, prava dece) najnovije generacije nešto faktički promenilo u pogledu dečjeg rada, da li se smanjuje broj dece uključen u radne aktivnosti, da li je poboljšana zaštita dece na radu? Čini se da je u tom pogledu stvarnost i dalje poražavajuća. Prema podacima Dečjeg fonda Ujedinjenih Nacija – UNICEFA (u daljim izlaganjima: UNICEF) oko 246 miliona dece u svetu

Prof. dr Radoje R. Brković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, u penziji, e-mail: rbrkovic@jura.kg.ac.rs.

Zoran Ž. Marković, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: zoran.markovic.va@outlook.com.

je uključeno u svet rada, od čega oko 70% (171 milion) dece radi u rizičnim i opasnim uslovima rada, uključujući i rudnike, rad sa hemikalijama, pesticidima i opasnim mašinama u poljoprivredi.¹ Dečji rad je i danas, kao i tokom istorije, najzastupljeniji u poljoprivredi (oko 70% ukupnih dečjih radnika), u ropskom radu se nalazi 5,7 miliona, prostituciji i/ili pornografiji 1,8 miliona i vojnoj službi (deca vojnici) 300.000.²

Sa pravnog, sociološkog, moralnog, obrazovnog i zdravstvenog stanovišta, najugroženija su deca koja rade, a uzrasta su ispod 14 godina života. U Azijskom i Pacifičkom regionu čak 19% radno angažovane dece su deca od 5 do 14 godina, a u Podсахarskoj Africi 29%.³

U radu ćemo prikazati međunarodnu i domaću regulativu kojom se deca štite od zloupotrebe njihovog rada, kao i radno-pravni položaj maloletnika u radnom odnosu sa posebnim osvrtom na pojmovne nedoumice između pojmova „dete“, „maloletnik“, „dečji rad“ i „maloletnički radni odnos“.

POJAM DETETA I MALOLETNIKA

Uopšte

Naučna literatura i istraživanja su heterogena u pogledu upotrebe termina „dečji rad“. Stoga ćemo na samom početku otvoriti dilemu u pogledu upotrebe termina „maloletnički“ i „dečji rad“. U tom smislu, postavlja se pitanje da li je ispravno pisati o radnom odnosu maloletnih lica ili o radnom odnosu ili radu dece, da li su ovi termini sinonimi, kao i da li je dečji rad šira pojmovna kategorija od maloletničkog radnog odnosa, odnosno da li se pod dečjim radom podrazumeva samo nezakonito uključivanje dece u svet rada, uključivanje dece u svet rada ispod minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa ili uopšte svaka ekonomska aktivnost deteta.

Ko je dete, a ko maloletnik? Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta u članu 1. definiše da je za svrhe te konvencije, dete ljudsko biće koje nije navršilo osamnaest godina života, ako se, na osnovu zakona koji se odnosi na dete, punoletstvo ne stiće ranije.⁴ Punoletstvo se u BiH, Ruskoj Federaciji, Republici Srbiji,

¹ „Factsheet: childlabour“, UNICEF, https://www.unicef.org/spanish/protection/files/child_labour.pdf, 5.4.2021.

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

⁴ Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/90 i *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97.

Republici Crnoj Gori i Republici Hrvatskoj stiće sa 18 godina. Ruska Federacija predviđa rešenje prema kome dete emancipacijom stiće punu poslovnu sposobnost ako ima šesnaest godina, ako radi po ugovoru o radu, ili ako se bavi poslovnim aktivnostima uz saglasnost roditelja, usvojioca ili staratelja. Maloletnik će steći punu aktivnu sposobnost (emancipacija) po odluci organa starateljstva i starateljstva – uz saglasnost roditelja, usvojioca ili staraoca, ili, u odsustvu takve saglasnosti – odlukom suda.⁵ U ovom slučaju emancipacija je povezana sa uključivanjem u svet rada, odnosno sa radnom sposobnošću. Srpsko zakonodavstvo priznaje maloletniku sa navršениh petnaest godina života pravo na rad i pravo da raspolaže zaradom ostvarenom od sopstvenog rada, ali mu ne priznaje zasnivanje radnog odnosa kao pravnu činjenicu odlučnu za potpunu emancipaciju, što je upitno rešenje. Naime, postavlja se pitanje, ako maloletnik ima pravo da radi i raspolaže svojom zaradom sa 15 godina, ako može da pod određenim uslovima zasnuje brak sa šesnaest godina, ako maloletnica može da odlučuje o prekidu trudnoće sa 16 godina, zašto ne bi i maloletnik koji je u radnom odnosu mogao da se emancipuje pod određenim uslovima.

Pojam deteta i maloletnika nisu u pravnom smislu sinonimi. Svaki maloletnik jeste dete, ali svako dete nije maloletnik jer dete može steći punoletstvo i pre navršene 18. godine života zaključenjem braka ili roditeljstvom. Maloletno lice sa navršениh šesnaest godina života može stupiti u brak uz dozvolu suda.⁶ Sud može dozvoliti sticanje potpune poslovne sposobnosti maloletnom licu koje je navršilo 16. godinu života, a postalo je roditelj i dostiglo je telesnu i duševnu zrelost potrebnu za samostalno staranje o sopstvenoj ličnosti, pravima i interesima.⁷ Maloletnik koji pre navršene 18. godine života izgubi to svojstvo zbog sticanja potpune poslovne sposobnosti, suštinski ne gubi i status deteta, već se i dalje štiti kao poseban zaštitni objekat u zakonodavstvu zbog svojih posebnih psiho-fizičkih svojstava (mlađa punoletna lica), a istovremeno i maloletna lica (deca koja nisu stekla punu poslovnu sposobnost) uživaju posebno radnopravnu ili krivičnopravnu zaštitu ili pak imaju poseban tretman u krivičnim postupcima, ako su učinioci krivičnih dela.

U pravnom sistemu Srbije postoji niz pravnih normi iz krivičnopravne oblasti koje se odnose isključivo na maloletnike. Reč je o propisima koji određuju status i položaj maloletnih učinilaca krivičnih dela i sistema sankcija koji je njima

⁵ *The Civil Code of the Russian federation*, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru-083en.pdf>, 5.4.2021.

⁶ V. čl. 23. Porodičnog zakona, *Službeni glasnik RS*, br. 18/05 i 6/15. Sud može, iz opravdanih razloga, dozvoliti sklapanje braka maloletnom licu koje je navršilo 16. godinu života, a dostiglo je telesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku.

⁷ V. čl. 11. Porodičnog zakona.

namenjen i prilagođen (vaspitne mere i alternativne kazne), potom, sistemu propisa kojim se određuje pojam, organizacija i nadležnost organa za vođenje postupka prema maloletnim učinocima krivičnih dela (maloletničko krivično pravosuđe) i na kraju, sistem propisa kojima se određuje nadležnost državnih organa pri izvršavanju izrečenih maloletničkih sankcija ili alternativnih mera, kao što su vaspitni nalozi.⁸

Posebno je značajan status maloletnih lica u građanskom pravu Republike Srbije. Maloletno lice ima pravo na izdržavanje od strane roditelja, odnosno staratelja sve do punoletstva, odnosno najduže do svoje 26. godine života, ukoliko se školuje na fakultetu. Maloletnik može da odgovara za štetu. U tom slučaju je potrebno utvrditi da li je maloletno lice samostalni ili solidarni dužnik sa svojim roditeljem ili starateljem, kao i da se utvrdi zrelost maloletnika u cilju utvrđivanja kategorije u koju maloletnik spada, po osnovu odgovornosti u smislu Zakona o obligacionim odnosima.⁹ Ukoliko je tužba za naknadu štete podneta i prema maloletniku iz društveno osetljivih grupa, utvrđivanje zrelosti takvog maloletnika starosti između 14 i 18 godina je od odlučujućeg značaja,¹⁰ i suštinski predstavlja prethodno pitanje radi pravilnog opredeljenja odgovornosti maloletnika za naknadu štete ukoliko je tužba podneta i prema maloletniku – bilo samostalno odnosno po osnovu solidarne odgovornosti.¹¹

Zakonom o zdravstvenoj zaštiti je predviđeno da su društvenom brigom za zdravlje obuhvaćena deca do navršenih 18 godina života, učenici i studenti do kraja propisanog školovanja, a najkasnije do navršenih 26 godina života. Zakon o

⁸ Navedeno prema: Dragan Jovašević, „Osnovne karakteristike novog maloletničkog krivičnog prava Republike Srbije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka* (ur. Željko Bartulović), Rijeka, 2006, 1055 i dalje.

⁹ V. čl. 160. Zakona 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.

¹⁰ Maloletna lica do navršene sedme godine života su deliktно nesposobna i za štetu koja ona prouzrokuju drugim licima odgovaraju njihovi roditelji, bez obzira na svoju krivicu. Roditelji se mogu osloboditi odgovornosti ako dokažu da postoji neki od opštih razloga za isključenje odgovornosti. Roditelji neće odgovarati ni ako je šteta nastala dok je dete bilo povereno drugom licu i ako je to lice odgovorno za štetu. Dete do navršene sedme godine života može, ipak, iz razloga pravičnosti biti obavezano da nadoknadi štetu koju je drugome prouzrokovalo pod uslovom da se nadoknada ne može dobiti od lica koje je bilo dužno da vodi nadzor nad njim i da je materijalno stanje deteta (štetnika) znatno povoljnije od materijalnog stanja oštećenog. V. čl. 165–169. Zakona o obligacionim odnosima.

¹¹ Dragan Obradović, „Deca iz društveno osetljivih grupa u sukobu sa zakonom i pitanje naknade štete“, *Bezbednost saobraćaja, osiguranje i naknada štete* (ur. Zdravko Petrović), Beograd, 2015, 471 i dalje.

ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja štiti dete kao poseban zaštitni objekat u sferi zdravstvene zaštite i omogućava da dete može u svakom slučaju da ostvari pravo na zdravstvenu zaštitu, bez obzira da li to može da učini u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstvena zaštita i zdravstveno osiguranje. Detetom, u smislu ovog zakona, smatra se lice do navršanih 18 godina života.¹² U ovom kontekstu posebno je zanimljivo pitanje zašto se i maloletnik koji se emancipovao zaključenjem braka smatra detetom jer nije navršio 18 godina života, a nije zaposleno lice, tako da pod određenim uslovima može da ostvari pravo na zdravstvenu zaštitu po osnovu ovog zakona.

Zaključujemo da se u zakonodavstvu Republike Srbije termin „maloletnik“ koristi kada se utvrđuju prava i obaveze deteta koje nije steklo punu poslovnu sposobnost, ali da termin dete obuhvata, u pojedinim situacijama, i lica koja su navršila 18 godina života i stekla potpunu poslovnu sposobnost (pravo na izdržavanje deteta do navršanih 26 godina života ako se nalazi na školovanju na fakultetu).

Pojam „dečji rad“

Odrediti pojam dečjeg rada nije jednostavno jer prvo treba utvrditi kriterijume za određivanje tog pojma.¹³ Ukoliko se prilikom određivanja pojma dečjeg rada pođe od pojma deteta kao lica mlađeg od 18 godina i izjednačavanja pojmova dete i maloletnik, onda je nesumnjivo svaki rad lica mlađeg od 18 godina dečji rad, što bi bilo primereno i srpskom jeziku i srpskom pravu. Možemo konstatovati da je to širi pojam dečjeg rada. Većina ove zaposlene dece označava se kao „dete“, a to su u stvari radnici koji „pomažu svojoj porodici kod kuće, na porodičnoj farmi ili u porodičnom poslu“. Ekonomska istraživanja o „dečjem radu“ imaju tendenciju da se usredsrede na ove uobičajene aktivnosti zbog njihove veće rasprostranjenosti i relativne lakoće u prikupljanju podataka o tipičnim vrstama aktivnosti koje deca obavljaju.¹⁴

U užem smislu, pri definisanju dečjeg rada potrebno je poći od podele na legalan i ilegalan dečji rad i koliko je taj rad štetan za dete, a koristan za druge. Dečji rad je legalan, ukoliko su ispoštovane sve preporuke Međunarodne organizacije

¹² Čl. 2, st. 1. Zakona o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja, *Službeni glasnik RS*, br. 104/13.

¹³ Izraz „dečji rad“ dočarava slike dece okovane u fabrikama, prodane kao robovi, ili prisiljene na prostituciju. Srećom, dok mnoga deca rade u zemljama u razvoju, malo ko doživljava takva zverstva. Eric V. Edmonds, „Child labour“, *Discussion Paper No. 2606*, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn, 2007, 6, <https://ftp.iza.org/dp2606.pdf>, 5.10.2021.

¹⁴ *Ibidem*.

rada (u daljim izlaganjima: MOR) i ukoliko je dete radno angažovano shodno tim preporukama.¹⁵ Radi pravilnog razumevanja ovog teksta i statistički iznetih podataka pridržavaćemo se definicije dečjeg rada MOR-a. Prema ovoj definiciji „dečji radnik“ je ekonomski aktivno dete mlađe od 12 godina koje radi jedan ili više sati nedeljno, ekonomski aktivno dete od 14 godina i mlađe koje radi najmanje 14 sati nedeljno ili jedan ili više sati nedeljno u aktivnostima koje su „opasne po prirodu ili okolnostima“, kao i dete od 17 godina i mlađe koje radi u „najgorim oblicima dečjeg rada“ (trgovina ljudima, deca u ropstvu ili na prisilnom radu, oružani sukob, prostitucija, pornografija).¹⁶ Prema tome, pojam dečji rad se koristi u najužem smislu kao nelegalan, rad koji šteti budućoj dobrobiti dece. Maloletnički radni odnos je termin koji se koristi za zakonit radni odnos deteta (maloletnog lica) zasnovan u skladu sa odredbama nacionalnog zakona.

Konvencijom MOR-a broj 138 o minimalnim godinama starosti za zasnivanje radnog odnosa, predviđeno je da će svaka članica koja ratifikuje ovu konvenciju precizirati minimalne godine starosti za zasnivanje radnog odnosa ili rada na svojoj teritoriji i na prevoznim sredstvima registrovanim na njenoj teritoriji, a da minimalne godine starosti ne treba da budu ispod godina starosti završavanja obaveznog školovanja i u svakom slučaju, nikako ispod 15 godina.¹⁷ Minimalne godine starosti za zasnivanje radnog odnosa ili rada na radnim mestima kod kojih su uslovi rada takvi da mogu da ugroze zdravlje, sigurnost ili moral mladih ne treba da bude ispod 18 godina.¹⁸ Konvencijom se omogućava rad licima od 13 do 15 godina starosti na lakšim radovima koji nisu štetni po njihovo zdravlje ili razvoj i koji ne idu na štetu njihovog školovanja.¹⁹

Pored termina „dečji rad“, MOR koristi i izraz „deca koja rade“ i „ekonomski aktivna deca“. Poslednja dva termina odnose se na decu koja rade više od jednog časa tokom sedmodnevnog perioda. Rad dece može biti plaćen ili neplaćen, na tržištu ili ne, redovan rad ili povremeni rad i kao što smo rekli ilegalan i legalan. Ako kao kriterijum za diferenciranje legalnog od ilegalnog dečjeg rada uzmemo godine starosti za zasnivanje ranog odnosa, odnosno za rad dece, onda se u najužem smislu dečjim radom smatra samo rad pre sticanja minimalnih godina starosti za zasnivanje

¹⁵ Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, 85 i dalje.

¹⁶ E. V. Edmonds, op. cit., 8 i dalje.

¹⁷ V. čl. 1. i 2. Konvencije broj 138 o minimalnim godinama starosti za zasnivanje radnog odnosa, Zakon o ratifikaciji Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 138 o minimalnim godinama starosti za zasnivanje radnog odnosa, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 14/1982.

¹⁸ Čl. 3. Konvencije broj 138.

¹⁹ Čl. 7. Konvencije broj 138.

radnog odnosa. Nakon te starosne granice ne radi se više o dečjem ilegalnom radu, već o maloletničkom radnom odnosu ili legalnom maloletničkom radu.

Shodno navedenom, termin „dečji rad“ treba upotrebljavati u najužem pojmovnom značenju, kao rad dece pre navršetka godina starosti potrebnih po nacionalnom zakonu za zasnivanje radnog odnosa i u tom slučaju se uglavnom radi o ilegalnom dečjem radu, osim ako nije reč o radu lica od 13 do 15 godina starosti na lakšim radovima koji nisu štetni po njihovo zdravlje ili razvoj i koji ne idu na štetu njihovog školovanja.

Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima deteta, utvrđena je potreba da deca budu zaštićena od ekonomskog iskorišćavanja i od obavljanja bilo kog posla koji bi mogao da bude opasan ili bi ometao školovanje deteta ili bio štetan po zdravlje deteta ili za fizički, duševni, moralni ili društveni razvoj deteta. Konvencijom su postavljeni zahtevi da strane ugovornice obezbede minimalnu starosnu granicu za zapošljavanje, regulišu radno vreme i uslove zapošljavanja. Pored toga Konvencijom je propisano obezbeđenje odgovarajuće kazne ili druge sankcije, kako bi se osigurala efikasna primena ovog pravila Konvencije.²⁰ Ovaj zahtev nije postavljen Konvencijom broj 138.

Iz samog pojma dečjeg rada proističu i njegove karakteristike: da se radi o radu lica pre sticanja starosne granice za zasnivanje radnog odnosa u skladu sa nacionalnim zakonom, o teškom radu, o radu koji prelazi određeni vremenski period u toku nedelje, kao i da nije reč o radu u sklopu školovanja.²¹ Putem ovih karakteristika iz pojma dečjeg rada se isključuje povremeno i privremeno poma-ganje u kući, rad u sklopu školovanja pod propisanim uslovima, rad na lakšim poslovima koji ne škode zdravlju i školovanju. Osnovi cilj isključenja dece iz sveta rada je upravo u tome da se deci ostavi dovoljno vremena za obrazovanje, odmor i razonodu, kao i da se omogući razvoj detetove ličnosti, talenta i mentalnih i fizičkih sposobnosti. Svako ima pravo na odmor i razonodu, uključujući razumno ograničenje radnog vremena i povremeno plaćeni odmor.²² S druge strane, kako bi pomenuta prava dece bila u potpunosti ostvarena, potrebno je da postoje odgovarajući društveno-ekonomski uslovi koji će omogućiti roditeljima dece,

²⁰ V. čl. 32. Konvencije Ujedinjenih Nacija o pravima deteta.

²¹ Rad koji obavljaju deca i omladina u školama za opšte, stručno ili tehničko obrazovanje ili u drugim ustanovama za obuku, odnosno na rad u preduzećima koji obavljaju lica koja imaju najmanje 14 godina, kada se taj rad obavlja u skladu sa uslovima koje je propisao nadležni organ, a sve u cilju a) tečaja obrazovanja ili obuke za koje je škola, odnosno ustanova obuke prvenstveno odgovorna, b) programa obuke koji se uglavnom ili u celini izvodi u preduzeću, a koji je odobrio nadležni organ, i c) programa upućivanja, odnosno orijentacije čiji je cilj da olakša izbor zanimanja ili vrste stručnog osposobljavanja. (V. čl. 6. Konvencije broj 138).

²² V. Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima, <http://bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Univerzalna-deklaracija-o-ljudskim-pravima-1948.pdf>, 15.4.2021.

kao i deci, da uživaju svoja prava, što nam ukazuje da je potrebno analizirati i razloge dečjeg rada, kao i maloletničkih radnih odnosa.

Prema podacima iznetim u studiji „Child labor and health: a systematic literature review of the impacts of child labor on child’s health in low- and middle-income countries“, dečji rad ostaje glavna briga za javno zdravlje u slabo i srednje razvijenim zemljama, jer je povezan sa nepovoljnim uticajima i ishodima po fizičko i mentalno zdravlje dece.²³

Dečji rad u prošlosti i danas i njegovi uzroci

Deca su kroz istoriju često bila eksploatisana i to na najtežim poslovima – u poljoprivredi, industriji i rudnicima. Na tim poslovima preovladavao je težak fizički rad, rad sa povećanim stepenom rizika od povreda, smenski i noćni rad, rad u rudnicima i na velikim visinama, što je vodilo čestim povredama maloletnika, nekad i sa tragičnim posledicama. Maloletnici su radno bili angažovani najviše u periodu industrijske revolucije gde su radili vrlo teške i rizične poslove, bez ograničenog radnog vremena. U Engleskoj je već u prvoj polovini 19. veka uočeno da neograničeno radno vreme narušava zdravlje zaposlenih, uzrokuje veliki broj povreda na radu, povećanu smrtnost i smanjuje produktivnost na radu, tako da je radno vreme dece ograničeno na 12 časova dnevno.

Danas je smanjeno angažovanje dece u rudarstvu i teškoj industriji, ali je i dalje zastupljeno u poljoprivredi, lakoj industriji, naročito tekstilnoj, kao i angažovanje dece na kućnim pomoćnim poslovima i pornografskoj produkciji. Poseban problem kod dečjeg rada u poljoprivredi i na kućnim poslovima je što roditelji najčešće nisu svesni da se radi o iskorišćavanju dece, odnosno da takvi oblici rada onemogućavaju decu da kvalitetno žive, obrazuju se i razvijaju. U Srbiji je gotovo dve trećine celokupne zloupotrebe dečjeg rada dece uzrasta od 15 do 17 godina života zastupljeno u sektoru poljoprivrede, šumarstva i ribarstva i 56,5%, od čega 59,4% u porodičnim gazdinstvima.²⁴ Što se tiče dečjeg rada dece uzrasta

²³ Ibrahim Abdalla, Salama M. Abdalla, Mohammed Jafer, Jihad Abdelgadir, Nane de Vries, „Child labor and health: a systematic literature review of the impacts of child labor on child’s health in low- and middle-income countries“, *Journal of Public Health*, Vol. 41, No. 1, Oxford, 2019, 18–26, Identifikovano je ukupno 25 studija, od kojih je većina bila „cross-sectional“. Utvrđeno je da je dečji rad povezan sa brojem negativnih zdravstvenih ishoda, uključujući, ali bez ograničenja, loš rast, neuhranjenost, veću učestalost zaraznih i sistemskih bolesti, poremećaje ponašanja i emocija i smanjenu efikasnost suočavanja. Kvalitet uključenih studija ocijenjen je kao fer do dobar.

²⁴ Brza procena zloupotrebe dečjeg rada u poljoprivredi u Republici Srbiji, Međunarodna organizacija rada – Odssek za fundamentalne principe i prava na radu, 2018, <https://secons.net/files/publications/107-publication.pdf>, 5.10.2021.

od 5 do 17 godina, u Srbiji 10% dečje populacije učestvuje u dečjem radu,²⁵ dok je evropski prosek 8,2%, a svetski 13,3%.²⁶

Iskorenjivanju teškog dečjeg rada doprinela je Konvencija broj 182 o najgorim oblicima dečjeg rada,²⁷ kao i Preporuka broj 190 o zabrani i hitnoj akciji za ukidanje najgorih oblika dečjeg rada. Cilj donošenja ove Konvencije i Preporuke je eliminacija najgorih oblika dečjeg rada uz aktivnu međunarodnu saradnju. Konvencija definiše najgore oblike dečjeg rada: (a) sve oblike ropstva ili običaja sličnih ropstvu, kao što su prodaja i krijumčarenje dece, dužničko ropstvo i kmetstvo i prinudni ili obavezni rad, uključujući prinudno ili obavezno regrutovanje dece za učešće u oružanim sukobima; (b) korišćenje, nabavljanje ili nuđenje deteta radi prostitucije, proizvodnje pornografije ili za pornografske predstave; (c) korišćenje, nabavljanje ili nuđenje deteta za nedozvoljene aktivnosti, naročito za proizvodnju i krijumčarenje droge onako kako su definisane relevantnim međunarodnim ugovorima; (d) rad koji je, po svojoj prirodi ili okolnostima u kojima se obavlja, verovatno štetan po zdravlje, bezbednost ili moral dece.

Preporuka broj 190 MOR-a sadrži programe akcija koje hitno treba koncipirati i realizovati u konsultaciji sa nacionalnim vladama i udruženjima poslodavaca i radnika, uz maksimalno poštovanje interesa ugrožene dece, kao i članova njihovih porodica i svih drugih, sa njima povezanih lica. Te akcije najpre podrazumevaju identifikaciju i osuđivanje najtežih oblika dečjeg rada, kao i onemogućavanje radnog angažovanja dece, štiteći ih od represija i obezbeđujući im uslove za rehabilitaciju i socijalnu integraciju, kojim bi se rešili njihovi vaspitni, psihički i fizički problemi. Preporuka posebnu pažnju posvećuje mlađoj deci, ženskoj deci, problemu prikrivenih radnih situacija u kojima su naročito ugrožena ženska deca, ugroženim kategorijama dece sa posebnim potrebama.

²⁵ „Srbija – istraživanje višestrukih pokazatelja položaja žena i dece 2019 – (Srbija MICS 2019)“ i „Srbija – romska naselja istraživanje višestrukih pokazatelja položaja žena i dece 2019“ (Srbija – romska naselja MICS 2019), UNICEF, 2020. Republički zavod za statistiku je, kao deo globalnog programa MICS (*Multiple Indicator Cluster Survey*), 2019. godine sproveo ta dva istraživanja, a stručnu podršku za sprovođenje istraživanja je obezbedio Dečiji fond Ujedinjenih nacija (UNICEF). Finansijsku podršku su obezbedili UNICEF, Instrument za pretprijetnu pomoć (IPA) 2018, Vlada Republike Srbije i Populacioni fond Ujedinjenih nacija (UNFPA), https://www.stat.gov.rs/media/5611/mics6_izvestaj_srbija.pdf, 6.10.2021.

²⁶ „Child labour global estimates 2020, trends and road forward“, ILO and UNICEF, 2021, 82. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipecc/documents/publication/wcms_797515.pdf, 5.10.2021.

²⁷ Zakon o potvrđivanju Konvencije MOR broj 182 o najgorim oblicima dečjeg rada i Preporuka MOR-a broj 190 o zabrani i hitnoj akciji za ukidanje najgorih oblika dečjeg rada, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/03.

Najzad, mere podrazumevaju informisanje društva i njegovo mobilisanje u cilju zaštite dece od najtežih oblika rada.

Polja koja su identifikovana Konvencijom broj 138 i Preporukom broj 190, a u kojima se najčešće javlja dečji rad, istovremeno ukazuju i na uzroke dečjeg rada. Dečji rad je posledica siromaštva i socijalnih prilika dece i njihovih roditelja, kao i obrazovnih normi.²⁸ Do dečjeg rada je pretežno dolazilo usled teških socijalnih i materijalnih prilika maloletnika i njihovih roditelja, visoke stope nezaposlenosti i siromaštva, neobrazovanosti i edukativne zaostalosti, loših porodičnih prilika i odnosa između roditelja i dece, eksploatatorskog odnosa prema maloletnim licima, koja su često bila i predmet trgovine, a njihov rad dobro unovčavan. Maloletnici su uglavnom bili neadekvatno plaćani, i dobijali su nekvalitetnu hranu, koja nije adekvatna njihovom uzrastu i potrebama razvoja organizma.²⁹ Loši materijalni uslovi su glavni razlog za stupanje maloletnih lica u zakonit radni odnos. Stupanje maloletnika u radni odnos ima za posledicu njihovo odvajanje od obrazovnog sistema, posebno od formalnog obrazovanja jer više nemaju vremena za pohađanje redovnih škola. Upravo je to razlog što je Konvencijom broj 138, kao jedan od uslova za određivanje minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa, određen uzrast posle završetka obaveznog školovanja (uglavnom osnovnog).

Kao najdrastičniji vidovi eksploatacije maloletnih lica mogu se javiti prosjachenje i prostitucija. Kod prosjachenja, maloletnici često bivaju prinuđeni da po ulicama i drugim javnim mestima mole za materijalne priloge, a u svrhu efikasnosti izvršenja ovih zadataka, često ih obogaljuju i onesposobljavaju za normalne životne funkcije. Kod prostitucije, maloletnice se eksploatišu u cilju pružanja seksualnih usluga. One obično imaju svoje „poslodavce“, poznatije pod nazivom „makroi“, koji ubiraju glavnice materijalne koristi od njihovog rada, dok one dobijaju manji deo zarade.³⁰ Istovremeno ova aktivnost je i seksualno zlostavljanje i podrazumeva uključivanje deteta u seksualnu aktivnost koja nije u skladu sa njegovim uzrastom i zrelošću, koju ono ne shvata u potpunosti, sa kojom nije saglasno i kojom se krše zakoni ili socijalni tabui društva.³¹

²⁸ „Poslodavci i dečji rad“, Međunarodna organizacija rada, Priština, 2009, 7, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/publication/wcms_169137.pdf, 15.04.2021.

²⁹ Radoje Brković, *Nezakonit radni odnos*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 1998, 58.

³⁰ Dragan Bataveljić, „Najstariji zanat – specifičan oblik pružanja usluga“, *Usluge i zaštita korisnika* (ur. Miodrag Mičović), Institut za pravne i društvene nauke, Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu, Kragujevac, 2015, 1181.

³¹ V. Mirjana Sredojević, „Krivičnopravna zaštita maloletnog lica od zapuštanja i zlostavljanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 76, godina LVI, 2017, 253 i dalje.

Visoka stopa nezaposlenosti takođe predstavlja loš socijalni faktor koji produbljuje socijalnu krizu i negativno utiče na maloletnički rad. Tržište rada je zasićeno radnom snagom različitih kvalifikacija, naspram koje postoji suficit poslovnih ponuda. Takva nesrazmera dovodi do pada cene rada, poslodavci se nalaze u povlašćenom položaju u odnosu na radnike, te mogu da vrše strogu selekciju i izbor kadrova pri zapošljavanju. Maloletna lica kao radna snaga često imaju prednost u pojedinim poslovima u odnosu na punoletna lica i to zbog svoje snage i izdržljivosti, dok im s druge strane nedostaju iskustvo i znanje. Jasno je da su maloletnim licima dostupni poslovi za koje nije potreban visok nivo obrazovanja i koji su po svom karakteru teži i zahtevniji. Takođe, maloletnim licima se isplaćuju manje zarade, te su oni isplativiji poslodavcima.

Nizak nivo obrazovanja maloletnika koji stupaju u radni odnos ranije je bio česta pojava, što je i danas slučaj u industrijski nerazvijenim zemljama i zemljama u razvoju. Nizak nivo obrazovanja determiniše loš status dece na radnom mestu i sredini u kojoj rade. Deci je uskraćeno osnovno pravo na obrazovanje usled teških ekonomskih i socijalnih prilika, koje su ih naterale da još u periodu maloletstva preuzmu na sebe funkciju izdržavalaca porodica i ekonomski produktivnih lica.

U Evropi i Sjedinjenim Američkim Državama, dečji rad i školovanje su dva prožimajuća procesa, naročito u školovanju za industrijska zanimanja i kroz sistem „dualnog obrazovanja“. U „dualnom obrazovanju“ učenje kroz rad je osnovni način sticanja znanja, a istovremeno putem ovog procesa školovanja, industrija regrutuje kadrove, a maloletnici osiguravaju radna mesta. Negativna strana ovog sistema je što je reč o poslovima koji su slabo plaćeni jer poslodavci smatraju da u procesu „školovanja“ gube na efikasnosti, angažuju svoje iskusne kadrove u obuci mladih i troše dosta repromaterijala.

Dečji rad u uslovima pandemije korona virusa kovid 19

Ove godine pandemija COVID-19 je nastavila da šteti zdravlju i blagostanju milijardi ljudi, razorene su ekonomije i dalje se pogoršava ekonomska nejednakost u celom svetu. Tokom 2020. godine, oko 100 miliona ljudi više je gurnuto u krajnje siromaštvo u odnosu na prethodni period, a između 720 i 811 miliona ljudi se suočilo sa glađu, što je čak 161 milion ljudi više nego tokom 2019. godine. Zatvaranje škola dovelo je do toga da je 1,6 milijardi učenika napustilo školu. Poremećaji u zdravstvenim uslugama značili su da se mnoge nezarazne bolesti i bolesti koje se mogu sprečiti ne leče. Žene, devojke i deca su posebno teško pogođene ovim širokim uticajima jer je postalo više verovatno će izgubiti posao ili ostati

van škole.³² U celom svetu je došlo do pada potrošnje usled ograničenih putovanja, zatvaranja granica, zatvaranja unutar zemalja i transfera iz legalnih ekonomskih u sive ekonomske tokove.

Tokom 2020. godine u svetu je izgubljeno 114 miliona radnih mesta, a MOR procenjuje da je izgubljeno radno vreme 2020. godine (u poređenju sa nivoima pre pandemije) bilo ekvivalentno 255 miliona radnih mesta sa punim radnim vremenom.³³ Ekonomska recesija dodatno utiče na rast porast nezaposlenosti i siromaštva, a posledično tome i na porast dečjeg rada. MOR i UNICEF procenjuju da bi samo ove godine oko 40 do 60 miliona ljudi moglo pasti u ekstremno siromaštvo.³⁴

Sa siromaštvom dolazi i dečiji rad. Domaćinstva koriste sva raspoloživa sredstva za preživljavanje pa i dečji rad. Procenjuje se da porast siromaštva od 1% dovodi do povećanja dečijeg rada za najmanje 0,7 procentnih poena.³⁵ Posebno je bio izražen problem praćenja *online* nastave u ruralnim područjima pa su deca na podstrek roditelja bila više angažovana na poslovima u domaćinstvu.³⁶ Nesumnjivo je da će na duži rok kovid 19 dovesti do većeg angažovanja dece u slabo i srednje razvijenim zemljama, naročito u poljoprivredi i lakšim trgovačkim poslovima, kako bi se nadomestio gubitak roditeljskih prihoda. Sugerise se da bi jedna od posledica kovid 19 mogla da rezultira nezaposlenošću roditelja, bolešću ili smrću, padom prihoda domaćinstva, a deca će biti prisiljena na rad kako bi zadovoljila osnovne potrebe članova svoje porodice. Kada siromaštvo potraje roditelji su primorani da šalju svoju decu na posao.³⁷

Daljem rastu dečjeg rada može da doprinese i dosadašnji stav da deca u manjoj meri podležu zaražavanju korona virusom kovid 19, što bi moglo da utiče na odluke poslodavaca da podstiču zapošljavanje dece.

³² „From Crisis to Green, Resilient, and Inclusive Recovery“, *The World Bank Annual Report 2021*, Washington DC, 2021, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/36067>, 6.10.2021.

³³ „COVID-19 and the world of work“, *ILO Monitor*, Seventh edition, 2021, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_766949/lang--en/index.htm, 06.10.2021.

³⁴ Ahmad Md. Abdul, Parry K. Yvonne, Willis Eileen, „Spillover Trends of Child Labor During the Coronavirus Crisis – an Unnoticed Wake-Up Call“, *Public Health*, Vol. 8, 2020, 488, <https://www.frontiersin.org/article/10.3389/fpubh.2020.00488>, 6.10.2021.

³⁵ COVID-19 and Child Labour: A time of crisis, a time to act, 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_747421.pdf, 6.10.2021.

³⁶ Navedeno prema: A. Md. Abdul, P. Yvonne K., W. Eileen, op. cit.; Jo Becker, „Covid-19 Pandemic Threatens Progress on Child Labor“, 2020, <https://reliefweb.int/report/world/covid-19-pandemic-threatens-progress-child-labor>, 06.10.2021.

³⁷ Navedeno prema: A. Md. Abdul, P. Yvonne K., W. Eileen, op. cit; Joydeb Sasmal, Jorge Guillen, „Poverty, educational failure and the child-labour trap: the Indian experience“, *Global Business Review*, 2015, 270–280. <https://reliefweb.int/report/world/covid-19-pandemic-threatens-progress-child-labor>, 6.10.2021.

MALOLETNIČKI RADNI ODNOSI

Godine života kao uslov za zasnivanje radnog odnosa, odnosno za bavljenje samostalnom delatnošću

Godine života predstavljaju jedan od osnovnih uslova za zasnivanje radnog odnosa, pored ispunjenosti drugih uslova za rad na određenim poslovima. Ovaj uslov je nastao kao zahtev radničke klase, a u cilju poboljšanja njenog položaja i kao interes društva za zaštitu svog razvoja. Sprovođenjem ovog uslova obezbeđuje se zapošljavanje fizički i psihički zrele ličnosti.³⁸ Određivanje minimalne starosne granice za zasnivanje radnog odnosa je u funkciji zaštite zdravlja dece, omogućavanja njihovog pravilnog psihofizičkog razvoja i obezbeđivanja redovnog pohađanja škole. Zapošljavanje dece treba da bude izuzetak, a ne pravilo. Najniža granica za zasnivanje radnog odnosa u svetu je dvanaest godina (npr. Iran, Zambija, Vijetnam), a najviša granica u smislu minimalnih godina za zasnivanje radnog odnosa je 17 godina, što je slučaj na Kubi.³⁹

Srpskim zakonodavstvom je utvrđena granica od najmanje 15 godina života za zasnivanje radnog odnosa,⁴⁰ ali ovaj uslov nije eksplicitno propisan za ugovor o delu, ugovor o stručnom osposobljavanju i usavršavanju i ugovor o privremenim i povremenim poslovima. Analognim tumačenjem može se zaključiti da se ovaj uslov ima primeniti i kod ugovora o stručnom osposobljavanju i usavršavanju jer se ovaj ugovor zaključuje radi obavljanja pripravnčkog staža, odnosno polaganja stručnog ispita, kad je to zakonom, odnosno pravilnikom predviđeno kao poseban uslov za samostalan rad u struci. Isto pravilo se može primeniti i kod zaključivanja ugovora o radu na neodređeno ili određeno vreme preko agencije za privremeno zapošljavanje.⁴¹

Zakonom o zadrugama je propisano da status zadrugara studentsko-omladinске zadruge može steći lice koje nije mlađe od 15 godina niti starije od 30 godina, što nam ukazuje da se ugovor o privremenim i povremenim poslovima preko omladinске ili studentske zadruge ne može zaključiti sa licem mlađim od 15 godina.⁴²

³⁸ R. Brković, op. cit., 49.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Čl. 24, stav 1. Zakona o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 13/17 i 113/17.

⁴¹ Zakon o agencijskom zapošljavanju, *Službeni glasnik RS*, br. 86/19. Ovaj zakon primenjuje se na sve ustupljene zaposlene bez obzira na vrstu radnog odnosa i radno vreme. Agencija sa ustupljenim zaposlenim zaključuje ugovor o radu na neodređeno ili ugovor o radu na određeno vreme koje je jednako vremenu ustupanja poslodavcu korisniku, u skladu sa ovim zakonom i zakonom kojim se uređuje rad.

⁴² V. čl. 23 Zakona o zadrugama, *Službeni glasnik RS*, br. 112/15.

Porodičnim zakonom je propisano da dete koje je navršilo 15. godinu života može preduzimati pravne poslove kojima upravlja i raspolaže svojom zaradom ili imovinom koju je steklo sopstvenim radom.⁴³ Na ovaj način dete stiče tzv. radnu poslovnu sposobnost,⁴⁴ ali je dužno da od tih prihoda delimično podmiruje potrebe svog izdržavanja, odnosno izdržavanju roditelja i maloletnog brata odnosno sestre. Ako maloletnom licu prestane radni odnos pre punoletstva, ono gubi i poslovnu i procesnu sposobnost za prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa.⁴⁵ Prema tome puna emancipacija pre navršene 18. godine života može se steći samo brakom i ne prestaje eventualnim razvodom braka pre navršenih 18 godina života.

Posebno pitanje predstavlja sposobnost za zaključivanje ugovora o delu. Poslodavac može sa određenim licem da zaključi ugovor o delu, radi obavljanja poslova koji su van delatnosti poslodavca, a koji imaju za predmet samostalnu izradu ili opravku određene stvari, samostalno izvršenje određenog fizičkog ili intelektualnog posla.⁴⁶ Ugovorom o delu poslenik (preduzimač, izvođač radova) obavezuje se da obavi određeni posao, kao što je izrada ili opravka neke stvari ili izvršenje nekog fizičkog ili intelektualnog rada i sl., a naručilac se obavezuje da mu za to plati naknadu.⁴⁷ Ugovorom o delu fizičko lice suštinski ustupa uz naknadu svoj rad drugom licu i za to dobija određenu naknadu, odnosno stiče zaradu, te se shodno tome mogu primeniti pravila Porodičnog zakona da dete koje je navršilo 15 godina života može preduzimati pravne poslove kojima upravlja i raspolaže svojom zaradom ili imovinom koju je steklo sopstvenim radom.

Pored opštih pravila za zasnivanje maloletničkog radnog odnosa u pogledu godina života i pravila o sticanju i raspolaganju prihodima utvrđenim porodičnim zakonodavstvom, treba uzeti u obzir i pravne propise kojima se koriguju opšta pravila u cilju zaštite života i zdravlja maloletnika usled izloženosti opasnim, naročito teškim, napornim i za zdravlje štetnim uslovima rada u skladu sa propisima o radu i bezbednosti i zdravlju na radu.⁴⁸

⁴³ Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, 72/11 – drugi zakon i 6/15. V. Rešenje US RS – 101/09 i Odluku US RS – 18/11.

⁴⁴ Dragoljub Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1996, 331 i 332.

⁴⁵ Zoran Ivošević, *Komentar Zakona o osnovama radnih odnosa*, Savremena administracija, Beograd, 1997, 27.

⁴⁶ V. čl. 199. Zakona o radu.

⁴⁷ V. čl. 600. Zakona o obligacionim odnosima.

⁴⁸ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 101/05, 91/15 i 113/17 – drugi zakon.

Zakonom o radu Republike Srbije (čl. 12. st. 4) je predviđena posebna zaštita za lica mlađa od 18 godina života. Da bi se mogao zasnovati radni odnos sa maloletnim licem, neophodna je pisana saglasnost roditelja ili staratelja, uz obavezu da rad na kom će on biti angažovan, ne ugrožava njegovo zdravlje, moral i proces obrazovanja i da nije zakonom zabranjen. Pored pisane saglasnosti roditelja, odnosno staratelja, maloletno lice mora imati i nalaz lekara, kojim se utvrđuje njegova radna sposobnost. Maloletnici u Srbiji ne smeju da obavljaju naročito teške poslove, koji iziskuju fizički rad, rad pod zemljom, rad u vodi, na velikim visinama, rad koji bi podrazumevao izlaganje štetnom zračenju koje je podobno da izazove kancerogena i nasledna oboljenja, narušavanje zdravlja usled velike hladnoće ili toplote, buke ili vibracije. Posebno se zabranjuje prekovremeni rad i noćni rad za maloletna lica.⁴⁹

Rešenja u pravima Crne Gore i Hrvatske

Crnogorsko pravo. – Zakonom o radu Crne Gore je propisano da su opšti uslovi za zasnivanje radnog odnosa: da je lice navršilo najmanje 15 godina života i da ima opštu zdravstvenu sposobnost. Međutim, lice koje se nalazi na obaveznom osnovnom školovanju ne može da se zaposli.⁵⁰ Uslovi za zasnivanje radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina u Crnoj Gori su isti kao u Republici Srbiji, odnosno potrebna je i pisana saglasnost roditelja, odnosno staratelja, uz nalaz lekara, kojim se utvrđuje njegova radna sposobnost pod uslovom da takav rad ne ugrožava njegovo zdravlje, razvoj, moral i obrazovanje, odnosno da takav rad nije zabranjen zakonom. Pored toga maloletnici uživaju i posebnu zaštitu na radu te se zabranjuje prekovremeni rad lica mlađih od 18 godina, propisuje minimalno trajanje godišnjeg odmora od 24 radna dana, nedeljnog odmora u trajanju od dva uzastopna dana, od kojih je jedan nedelja, zabranjuje rad van mesta prebivališta, odnosno boravišta i poslovi sa povećanim rizikom.⁵¹ Porodičnim zakonom Crne Gore je predviđeno da dete samostalno upravlja i raspolaže imovinom koju stekne radom, a da maloletni članovi porodične zajednice koju su navršili 15 godina života učestvuju u upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom samostalno. Prema tome u Crnoj Gori samo je radnim zakonodavstvom predviđeno sticanje radne poslovne sposobnosti, dok porodično zakonodavstvo ne predviđa minimalnu dob

⁴⁹ V. Slobodanka Kovačević-Perić, „Zabrana dečjeg rada *de iure vs. de facto*“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1, godina 19, Beograd, 2015, 119–128.

⁵⁰ V. čl. 20. Zakona o radu Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 74/19, <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-radu.html>, 1.11.2020.

⁵¹ V. čl. 12. Zakona o radu Crne Gore.

u tom pogledu. UNICEF je objavio da je u dečjem radu dece od 5 do 17 godina za period od 2012. do 2019. godine angažovano 8% dece u Crnoj Gori.⁵²

Hrvatsko pravo. – U Republici Hrvatskoj je propisano da se osoba mlađa od 15 godina ili osoba s 15 i starija od 15, a mlađa od 18 godina koja pohađa obavezno osnovno obrazovanje, ne sme zaposliti.⁵³ Maloletnik zasniva radni odnos po ovlašćenju zakonskog zastupnika, a zakonski zastupnik može u svako vreme raskinuti radni odnos maloletnog lica.⁵⁴ Hrvatskim radnim zakonodavstvom je uređeno da se maloletnik ne sme zaposliti na poslovima koji mogu ugroziti njegovu bezbednost, zdravlje, moral ili razvoj, a posebnim pravilnikom su uređeni bliži poslovi na kojima se ne sme zaposliti maloletnik,⁵⁵ odnosno poslovi na kojima maloletnik može raditi i aktivnostima u kojima može učestvovati.⁵⁶ Obiteljskim zakonom je uređeno da dete koje je navršilo 15 godina života može samostalno preduzimati pravne radnje, odnosno zaključivati pravne poslove i preuzimati obaveze u visini iznosa koji zarađuje, te raspolagati svojom zaradom pod uslovom da ne ugrožava svoje izdržavanje.⁵⁷ Hrvatski zakonodavac je na ovaj način delimično ograničio detetu slobodu raspolaganja zaradom, ali u cilju obezbeđivanja njegove imovinske sigurnosti i izbegavanja prezaduženosti, jačanja finansijske odgovornosti i suzbijanja eventualnog rasipništva i lakoće trošenja koje je karakteristično za ovo doba života. Hrvatska je ratifikovala Konvenciju broj 138 o minimalnim godinama života za zasnivanje radnog

⁵² „Percentage of children aged 5–17 years engaged in child labour“ (Multiple Indicator Cluster Survey 2018), podaci ažurirani u bazi podataka februara 2021. godine, <https://data.unicef.org/topic/child-protection/child-labour/>, 6.10.2021.

⁵³ V. čl. 19. Zakona o radu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17 i 98/19, <https://zakon.hr/z/307/Zakon-o-radu>, 10.11.2020.

⁵⁴ V. član 20. Zakona o radu Republike Hrvatske.

⁵⁵ Pravilnik o poslovima na kojima se ne smije zaposliti maloljetnik, *Narodne novine*, br. 89/15. Ovim pravilnikom su u pravni sistem Republike Hrvatske implementirani pravni propisi Evrpske Unije: Direktiva Vijeća 94/33/EZ od 22. lipnja 1994. o zaštiti mladih ljudi na radu, Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2014/27/EU od 26. veljače 2014. o izmjeni Direktiva Vijeća 92/58/EEZ, 92/85/EEZ, 94/33/EZ, 98/24/EZ i Direktive 2004/37/EZ Europskog parlamenta i Vijeća kako bi se uskladile s Uredbom (EZ) br. 1272/2008 o razvrstavanju, označavanju i pakiranju tvari i smjesa i Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2007/30/EU o izmjeni Direktive Vijeća 89/391/EEZ, njezinih pojedinačnih direktiva i direktiva Vijeća 83/477/EEZ, 91/383/EEZ, 92/29/EEZ i 94/33/EZ s ciljem pojednostavljivanja i racionalizacije izvješća o praktičnoj promjeni, https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2015_08_89_1742.html, 5.1.2021.

⁵⁶ Pravilnik o poslovima na kojima maloljetnik može raditi i o aktivnostima u kojima smije sudjelovati, *Narodne novine*, br. 62/10 i 93/14, <http://uznr.mrms.hr/wp-content/uploads/propisi2/nacionalni/rsp015.pdf>, 6.10.2021.

⁵⁷ Obiteljski zakon, *Narodne novine*, br. 103/15 i 98/19, <https://zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>, 6.10.2021.

odnosa još 1991. godine, a Konvenciju broj 182 tokom 2001. godine. Zakonom o radu Republike Hrvatske i podzakonskim aktima donetim na osnovu ovog zakona Hrvatska je implementirala u svoje zakonodavstvo tri ključne odredbe Konvencije broj 138: da se ne mogu zaposliti lica mlađa od 15 godina, da njihovo zapošljavanje ne škodi pohađanju škole i da je nadležni organ odredio delatnosti u kojima ova lica mogu raditi. Prema UNICEF-u za Hrvatsku nema podataka o dečjem radu dece od 5 do 17 godina (broju radno angažovane dece) za period od 2012. do 2019. godine.⁵⁸

ZAKLJUČAK

Dečji rad i maloletnički radni odnos su različiti pojmovi i različiti pravni instituti koji se međusobno prepliću, ali često ne postoji jasna diferencijacija između ovih pojmova ni u stručnoj, a naročito u laičkoj javnosti. Dečji rad koji se ne realizuje u skladu sa principom „najboljeg interesa deteta“ i preporukama Međunarodne organizacije rada je zloupotreba rada dece i negativna pojava sa višestrukim posledicama po dete i po društvo. Društvo koje počiva na dečjem radu osuđeno je na stagnaciju, a potom i na nazadovanje jer se deca isključuju iz obrazovnog procesa ili im se ostavlja nedovoljno vremena za obrazovni proces čime ukidamo pretpostavke za dalji razvoj društva.

Deca angažovana u nezakonitom dečjem radu nisu samo uskraćena za obrazovanje, već se nepravilno psiho-fizički razvijaju i rastu u neadekvatnom socijalnom miljeu sa mogućnošću usvajanja pogrešnih društvenih stavova i degradacijom pozitivnih društvenih vrednosti.

U Republici Srbiji nije razvijen normativni okvir za suzbijanje dečjeg rada i on se prvenstveno zasniva na krivičnopravnoj regulativi. Najgori oblici dečjeg rada su inkriminirani kao krivična dela Krivičnim zakonom Republike Srbije: posredovanje u vršenju prostitucije,⁵⁹ prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju,⁶⁰ zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica,⁶¹ prinudno zaključenje braka,⁶² kao i iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu.⁶³

⁵⁸ „Percentage of children aged 5–17 years engaged in child labour“, podaci ažurirani februar 2021. godine, <https://data.unicef.org/topic/child-protection/child-labour/>, 6.10.2021.

⁵⁹ V. čl. 184. Krivičnog zakonika.

⁶⁰ V. čl. 185. Krivičnog zakonika.

⁶¹ V. čl. 193. Krivičnog zakonika.

⁶² V. čl. 187a Krivičnog zakonika.

⁶³ V. čl. 185b Krivičnog zakonika.

Porodični zakon predviđa lišenje roditeljskog prava za roditelja ako izrabljuje dete sileći ga na preterani rad, ili na rad koji ugrožava moral, zdravlje ili obrazovanje deteta, odnosno na rad koji je zabranjen zakonom.⁶⁴ Norme kojima se sankcioniše zloupotreba dečjeg rada su rasute u našem zakonodavstvu i često izmiču i socijalnim radnicima i drugim nadležnim državnim organima za suzbijanje zloupotrebe dečjeg rada. Inspekcijske službe nemaju nadležnost ukoliko nađu na radu lice mlađe od 15 godina života. Sve ovo navodi na zaključak da bi sistematizovanje propisa o zabrani zloupotrebe dečjeg rada bilo potrebno i korisno.

Prof. Dr. RADOJE R. BRKOVIĆ
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Kragujevac
ZORAN Ž. MARKOVIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Kragujevac

MINORES LABOUR RELATIONS IN MODERN LEGAL SYSTEMS

Summary

Minores represent a particularly sensitive category of persons, from the legal, social, economic, cultural, psychological and any other aspect. Most of the contemporary national legislations in Europe provide for the minors protection in the field of labour law, with the presumption of certain privileges and special treatment. The paper deals with the issue of minors working relations, focusing on the relevant legislative solutions and the most important practical problems.

Key words: minor, child, employment, law, abuse

Literatura

- Abdalla I., Abdalla M. S., Jafer M., Abdelgadir J., De Vries N., „Child labor and health: a systematic literature review of the impacts of child labor on child's health in low- and middle-income countries“, *Journal of Public Health*, Vol. 41, No. 1, Oxford, 2019.
- Abdul M. A., Yvonne K. P., Eileen W., „Spillover Trends of Child Labor During the Coronavirus Crisis – an Unnoticed Wake-Up Call“, *Public Health*, Vol. 8, 2020, <https://www.frontiersin.org/article/10.3389/fpubh.2020.00488>.
- Bataveljić D., „Najstariji zanat – specifičan oblik pružanja usluga“, *Usluge i zaštita korisnika* (ur. Miodrag Mićović), Institut za pravne i društvene nauke, Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu, Kragujevac, 2015.

⁶⁴ V. član 81. Porodičnog zakona.

- Becker J., „Covid-19 Pandemic Threatens Progress on Child Labor“, 2020, <https://reliefweb.int/report/world/covid-19-pandemic-threatens-progress-child-labor>.
- Brković R., *Nezakonit radni odnos*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 1998.
- Edmonds E. V., „Child labour“, *Discussion Paper No. 2606*, Bonn, 2007, <https://ftp.iza.org/dp2606.pdf>.
- Ivošević Z., *Komentar Zakona o osnovama radnih odnosa*, Savremena administracija, Beograd, 1997.
- Jovašević D., „Osnovne karakteristike novog maloletničkog krivičnog prava Republike Srbije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka* (ur. Željko Bartulović), Rijeka, 2006.
- Kovačević-Perić S., *Zabrana dečjeg rada de iure vs. de facto*, *Radno i socijalno pravo*, broj 1, godina 19, Beograd, 2015.
- Obradović D., „Deca iz društveno osetljivih grupa u sukobu sa zakonom i pitanje naknade štete“, *Bezbednost saobraćaja, osiguranje i naknada štete* (ur. Zdravko Petrović), Beograd, 2015.
- Sasmal J. J., Guillen J., „Poverty, educational failure and the child-labour trap: the Indian experience“ *Global Business Review*, 2015, <https://reliefweb.int/report/world/covid-19-pandemic-threatens-progress-child-labor>.
- Sredojević M., „Krivičnopravna zaštita maloletnog lica od zapuštanja i zlostavljanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 76, god. LVI, Niš, 2017.
- Stojanović D., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1996.
- Šunderić B., *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 07.10.2021.

Prihvaćen: 28.10.2021.

PREGLEDNI RAD

PRAVNI OKVIR I STVARNI POLOŽAJ ZAPOSLENE ŽENE ZA VREME TRUDNOĆE I POROĐAJA

Zaposlena žena za vreme trudnoće i porođaja ima pravo na posebnu zaštitu, koja je obezbeđena i definisana odredbama više zakona, pre svega Zakonom o radu, Zakonom o zdravstvenom osiguranju ali i drugim zakonima, kao što je na primer novi Zakon o rodnoj ravnopravnosti. Osim toga, posebnu podršku i zaštitu pre i posle porođaja majkama jemči Ustav Republike Srbije. Predmet ovog rada je posebna zaštita zaposlene žene za vreme trudnoće i porođaja, važeći pravni okvir, kao i stvarni položaj. Rešavanje problema nedovoljnog rađanja iziskuje pružanje sistemske i sveobuhvatne podrške roditeljima i porodici, a posebna zaštita za vreme trudnoće i porođaja predstavlja slojevito i kompleksno pravo, koje je u funkciji, kako zaštite žene koja jedina ima ovu specifičnu ulogu u biološkoj reprodukciji stanovništva, tako i zaštite deteta.

Ključne reči: posebna zaštita, trudnoća, porođaj, zdravstvena zaštita, novčana naknada

U V O D

Izazov usklađivanja porodičnog i profesionalnog života ima više značajnih dimenzija. Bračnost i roditeljstvo su i dalje veoma visoko na skali prioriteta populacije u Republici Srbiji ali, kako je već nekoliko decenija nivo rađanja dece ispod potreba zamene generacija, sveobuhvatna podrška i pomoć koja ide u više pravaca mora da bude u fokusu kreatora javne politike.

Dr Vesna Bilbija, viši savetnik u Upravnom sudu Republike Srbije, e-mail: vesna_bilbija@yahoo.com.

Da bi praktične politike koje za cilj imaju poboljšanje usklađivanja rada i roditeljstva bile efektivne, neophodna su odgovarajuća zakonska rešenja ali je neophodno i unaprediti praksu i stavove o odnosu rada i roditeljstva kod poslodavaca i stanovništva. Radna kultura je često nedovoljno osetljiva za planiranje porodice ali i obaveze roditelja, te je potrebno obezbediti ambijent koji omogućava roditeljima da kombinuju poslovne obaveze i porodični život. Prilikom donošenja odluke o rađanju drugog i svakog narednog deteta, veći značaj može imati kompletno iskustvo roditelja u vezi sa rađanjem i prvim godinama života prvorođenog deteta u odnosu na ekonomsku cenu njegovog podizanja. Psihološka cena rađanja obuhvata i odnos prema ženama na porođaju. Neprijatni doživljaji sa prethodnim porođajem u uslovi- ma odloženog rađanja mogu da doprinesu odustajanju od rađanja sledećeg deteta.¹

Svakako je više pitanja koja mogu poneti epitet najdelikatnijeg populacionog pitanja današnjice u Republici Srbiji, a među njima je i ono kako omogućiti potencijalnim roditeljima u savremenom društvu da realizuju dve svoje važne potrebe – da rade i da budu roditelji. Odgovarajući normativni okvir u sferi rada je korak ka postizanju tog cilja. To znači da je potrebno usvojiti adekvatna zakonska rešenja, pažljivo pratiti njihovu primenu i vršiti odgovarajuće izmene propisa, ukoliko se pokaže da ima prostora za unapređenje. Takav normativni okvir počinje od ustava, koji je najviši opšti pravni akt u sistemu opštih pravnih akata jedne države.

Ustavom Republike Srbije² predviđena je posebna zaštita porodice, majke, samohranog roditelja i deteta³ koja, između ostalog, podrazumeva da se majci pruža posebna podrška i zaštita pre i posle porođaja.⁴ Sledeći ovu ustavnu odredbu, posebna zaštita se obezbeđuje u skladu sa zakonom.

RADNOPRAVNI POLOŽAJ PREMA ODREDBAMA ZAKONA O RADU

Zakonom o radu⁵ ženi se jamči pravo na posebnu zaštitu iz razloga vezanih za trudnoću i porođaj. Ovo pravo je u funkciji, kako zaštite žene koja jedina ima ovu specifičnu ulogu u biološkoj reprodukciji stanovništva, tako i u funkciji zaštite deteta.

¹ V. više u Strategiji podsticanja rađanja koju je donela Vlada Republike Srbije i koja je objavljena u Sužbenom glasniku RS, br. 25/2018, a u kojoj se kao opšti cilj održivog demografskog razvoja Republike Srbije u dugoročnoj perspektivi postavlja stacionarno stanovništvo tj. stanovništvo u kome će sledeće generacije biti iste veličine kao i postojeće. Dostupno na internet stranici: <https://www.mdpp.gov.rs/doc/strategije/Strategija-podsticanja-radjanja-2018.pdf>.

² Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

³ Čl. 66. Ustava RS.

⁴ Čl. 66. st. 3 Ustava RS.

⁵ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje, dalje u tekstu i u fusnotama: ZOR.

Zaštita zaposlenih uređena je u VII glavi ZOR.⁶ Pored opšte zaštite na radu, ovaj deo Zakona uključuje zaštitu ličnih podataka, zaštitu omladine, zaštitu materinstva, porođiljsko odsustvo i odsustvo sa rada radi nege deteta, odsustvo sa rada radi posebne nege deteta ili druge osobe, te zaštitu osoba sa invaliditetom i zaposlenog sa zdravstvenim smetnjama. Pravo na posebnu zaštitu za vreme trudnoće i porođaja predstavlja osnovno pravo žene iz radnog odnosa. Ovo pravo je slojevito i kompleksno, a svoj pravni izraz nalazi u zabrani rada na poslovima koji su štetni za zdravlje žene i deteta, zaštiti u okviru instituta radnog vremena i odsustvu zbog trudnoće i porođaja.⁷ Naime, propisano je da zaposlena za vreme trudnoće i zaposlena koja doji dete ne može da radi na poslovima koji su, po nalazu nadležnog zdravstvenog organa, štetni za njeno zdravlje i zdravlje deteta, a naročito na poslovima koji zahtevaju podizanje tereta ili na kojima postoji štetno zračenje ili izloženost ekstremnim temperaturama i vibracijama, dok je za poslodavca propisana dužnost da u ovom slučaju obezbedi obavljanje drugih odgovarajućih poslova, a ako takvih poslova nema, da je uputi na plaćeno odsustvo. Takođe, ne može ni da radi prekovremeno i noću, ako bi takav rad bio štetan za njeno zdravlje i zdravlje deteta, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa. Propisano je i da zaposlena za vreme trudnoće ima pravo na plaćeno odsustvo sa rada u toku dana radi obavljanja zdravstvenih pregleda u vezi sa trudnoćom, određenih od strane izabranog lekara u skladu sa zakonom, o čemu je dužna da blagovremeno obavesti poslodavca.

U okviru zaštite materinstva, Zakon o radu je predvideo i da jedan od roditelja sa detetom do tri godine života može da radi prekovremeno, odnosno noću, samo uz svoju pisanu saglasnost, što se odnosi i na samohranog roditelja koji ima dete do sedam godina života ili dete koje je težak invalid. Pisana saglasnost je potrebna i da bi poslodavac mogao da izvrši preraspodelu radnog vremena zaposlenoj ženi za vreme trudnoće i zaposlenom roditelju sa detetom mlađim od tri godine života ili detetom sa težim stepenom psihofizičke ometenosti. Insistira se na pisanoj formi saglasnosti iz više razloga. Izgovorena reč je manje pouzdana od napisane. Pisana forma primorava ženu da dobro razmisli o radu u režimu preraspodele radnog vremena. Uz to, olakšava dokazivanje činjenice da je saglasna da radi u tom režimu i istovremeno onemogućava eventualne zloupotrebe. Zadovoljena je ukoliko je napisana ručno ili nekim tehničkim sredstvom (npr. Kompjuterom) i svojeručno potpisana od strane trudnice.⁸ Ovdje se

⁶ Glava VII ZOR obuhvata odredbe čl. 80 do čl. 103.

⁷ Dragana Radovanović, „Posebna zaštita za vreme trudnoće i porođaja u svetlu Zakona o radu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LXIV, Niš, 2013, 242.

⁸ Sima Avramović i dr., *Leksikon građanskog prava*, Nomos, Beograd, 1996, 811.

moramo saglasiti da je saglasnost opoziva, jer suprotno nije u interesu žene. Sledstveno tome, opoziv mora biti dat, takođe, u pisanoj formi.⁹

Poslodavac je dužan da zaposlenoj ženi, koja se vrati na rad pre isteka godinu dana od rođenja deteta, obezbedi pravo na jednu ili više dnevnih pauza u toku dnevnog rada u ukupnom trajanju od 90 minuta ili na skraćenje dnevnog radnog vremena u trajanju od 90 minuta, kako bi mogla da doji svoje dete, ako dnevno radno vreme zaposlene žene iznosi šest i više časova, pri čemu se ta pauza odnosno skraćenje računaju u radno vreme, a naknada zaposlenoj po tom osnovu isplaćuje se u visini osnovne zarade, uvećane za minuli rad.

Zakonom o radu obuhvaćeno je i porodiljsko odsustvo i odsustvo sa rada radi nege deteta. Naime, zaposlena žena ima pravo na odsustvo sa rada zbog trudnoće i porođaja tj. na porodiljsko odsustvo, kao i odsustvo sa rada radi nege deteta, u ukupnom trajanju od 365 dana. Svoje pravo da otpočne porodiljsko odsustvo na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa zaposlena žena ima najranije 45 dana, a obavezno 28 dana pre vremena određenog za porođaj, pri čemu porodiljsko odsustvo traje do navršena tri meseca od dana porođaja,¹⁰ a po isteku porodiljskog odsustva, ima pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta do isteka 365 dana od dana otpočinjanja porodiljskog odsustva.¹¹ Za vreme porodiljskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta zaposlena žena ima pravo na naknadu zarade, u skladu sa zakonom. Prvim izmenama i dopunama Zakona o radu,¹² u članu 94. stav 1. izvršene su promene koje se odnose na dužinu porodiljskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta za treće i svako naredno novorođeno dete. Naime, umesto prava na porodiljsko odsustvo i odsustvo sa rada radi nege deteta u ukupnom trajanju od dve godine za treće i četvrto dete, prema novom članu 94a zaposlena žena ima pravo na porodiljsko odsustvo i odsustvo sa rada radi nege

⁹ Zoran Ivošević, Milan Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, 207.

¹⁰ Pravo da koristi porodiljsko odsustvo u trajanju do navršena tri meseca od dana porođaja ima i zaposlena žena ako se dete rodi mrtvo ili umre pre isteka porodiljskog odsustva.

¹¹ Treba reći da otac može da koristi pravo na porodiljsko u slučaju kad majka napusti dete, umre ili je iz drugih opravdanih razloga sprečena da koristi to pravo (izdržavanje kazne zatvora, teža bolest i dr.), a to pravo ima i kada majka nije u radnom odnosu. Potom, otac deteta može da koristi i pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta do isteka 365 dana od dana otpočinjanja porodiljskog odsustva. Za vreme porodiljskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta zaposlena žena, odnosno otac deteta, ima pravo na naknadu zarade, u skladu sa zakonom.

¹² Zakon o imenama i dopunama Zakona o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 61/05. Predviđeno je da su odredbe navedenog Zakona u primeni od 19.07.2005. godine, s tim da će se odredbe člana 94a ovog Zakona primenjivati od 1. januara 2006. godine.

deteta za treće i svako naredno novorođeno dete u ukupnom trajanju od dve godine. Ovo pravo ima i zaposlena žena koja u prvom porođaju rodi troje ili više dece, kao i zaposlena žena koja je rodila jedno, dvoje ili troje dece a u narednom porođaju rodi dvoje ili više dece .

POLOŽAJ ZAPOSLENE ŽENE ZA VREME TRUDNOĆE
I POROĐAJA PREMA ODREDBAMA ZAKONA
O ZDRAVSTVENOM OSIGURANJU

Zakonom o zdravstvenom osiguranju¹³ uređuje se zdravstveno osiguranje u Republici Srbiji. Zdravstveno osiguranje u Republici Srbiji je obavezno zdravstveno osiguranje i dobrovoljno zdravstveno osiguranje. Prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, prema odredbama člana 49. Zakona o zdravstvenom osiguranju jesu pravo na zdravstvenu zaštitu¹⁴ i pravo na novčane naknade.¹⁵

Pravo na zdravstvenu zaštitu

Položaj zaposlene žene za vreme trudnoće i porođaja određen je, kako načinom na koji je propisano pravo na zdravstvenu zaštitu, tako i propisanim obimom prava na novčane naknade.

Pravo na zdravstvenu zaštitu, između ostalog, obuhvata preglede i lečenje u vezi sa planiranjem porodice, u toku trudnoće, porođaja i do 12 meseci nakon porođaja, što je propisano odredbama člana 52. stav 1. tačka 2) Zakona o zdravstvenom osiguranju.¹⁶ Konkretno, u vezi sa planiranjem porodice, u toku trudnoće, porođaja i do 12 meseci nakon porođaja obezbeđuje se:

- 1) dijagnostika i lečenje steriliteta;
- 2) pregledi i lečenje koji se odnose na trudnoću (uključujući prenatalni period, porođaj i postporođajni period), stanja koja mogu da izazovu komplikaciju trudnoće, kao i prekid trudnoće iz medicinskih razloga) s tim da se pod pregledom

¹³ Zakon o zdravstvenom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, broj 25/2019. dalje u tekstu i u fusnotama: ZZO.

¹⁴ Pravo na zdravstvenu zaštitu propisano je odredbama čl.51-čl.70. ZZO.

¹⁵ Pravo na novčane naknade propisano je odredbama čl. 71-109. ZZO.

¹⁶ Istim članom obuhvaćena su i sledeća prava na zdravstvenu zaštitu, odnosno pravo na mere prevencije i ranog otkrivanja bolesti; preglede i lečenje u slučaju bolesti i povrede; preglede i lečenje bolesti usta i zuba; medicinsku rehabilitaciju u slučaju bolesti i povrede; lekove i medicinska sredstva.

podrazumeva prenatalno i genetsko testiranje i druge preventivne mere, u skladu sa medicinskim standardima;

3) stacionarno lečenje kada je medicinski neophodno i porođaj u zdravstvenoj ustanovi;

4) patronažne posete i pomoć porodilji i rutinska nega novorođenčeta od strane patronažne sestre.

Prava na zdravstvenu zaštitu i prava na novčane naknade su, posmatrano iz položaja zaposlene žene za vreme trudnoće i porođaja, povezana i prepliću se. Prava na zdravstvenu zaštitu obezbeđena odredbama Zakona o zdravstvenom osiguranju ne mogu uvek da se ostvare u nadležnim zdravstvenim ustanovama. Iz najrazličitijih razloga, žene su prinuđene da se radi dobijanja odgovarajuće zdravstvene zaštite za vreme trudnoće i porođaja obrate privatnim ordinacijama i klinikama, što iziskuje dodatna novčana sredstva.

Pravo na novčane naknade

Pravo na novčane naknade obezbeđeno Zakonom o zdravstvenom osiguranju obuhvata: 1) pravo na naknadu zarade, odnosno naknadu plate za vreme privremene sprečenosti za rad osiguranika i 2) pravo na naknadu troškova prevoza u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite.¹⁷

Naknada zarade za vreme privremene sprečenosti za rad pripada osiguranicima iz člana 72. ovog zakona, ako je zdravstveno stanje osiguranika, odnosno člana njegove uže porodice takvo da je osiguranik sprečen za rad iz razloga propisanih ovim zakonom, bez obzira na isplatioca naknade zarade, i to ako je privremeno sprečen za rad zbog bolesti ili komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće.¹⁸

Visina naknade zarade za vreme privremene sprečenosti za rad osiguranika, koja se obezbeđuje iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja, kao i iz sredstava poslodavca, propisana je odredbama člana 95. Zakona o zdravstvenom osiguranju.

Opšte pravilo da visina naknade zarade koja se obezbeđuje iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja, kao i iz sredstava poslodavca u slučajevima iz člana 73. stav 1. tač. 1), 4), 5) i 7) ovog Zakona iznosi 65% od osnova za naknadu zarade, trpi određene izuzetke, a ti izuzeci se, pored situacije kada je privremena sprečenost za rad nastala usled profesionalne bolesti ili povrede na radu, zatim iz

¹⁷ Čl. 71. ZZO.

¹⁸ Čl. 73. stav 1. tač 3) ZZO.

razloga dobrovoljnog davanja organa, ćelija i tkiva, izuzev dobrovoljnog davanja krvi, te produženja prava na naknadu zarade zbog nege člana uže porodice u slučaju teškog oštećenja zdravstvenog stanja deteta do navršениh 18 godina života zbog teškog oštećenja moždanih struktura, maligne bolesti, ili drugog teškog pogoršanja zdravstvenog stanja deteta, odnose i na slučaj ako je privremena sprečenost za rad nastala zbog bolesti ili komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće.

Konkretno, u slučaju privremene sprečenosti za rad iz člana 73. stav 1. tačka 3) ovog Zakona (ako je osiguranik privremeno sprečen za rad zbog bolesti ili komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće), za prvih 30 dana privremene sprečenosti za rad visina naknade zarade, koju isplaćuje poslodavac iz svojih sredstava, obezbeđuje se u iznosu od 100% od osnova za naknadu zarade.¹⁹ Dalje, u istoj situaciji tj. u slučaju privremene sprečenosti za rad iz člana 73. stav 1. tačka 3) ovog Zakona, počev od 31. dana privremene sprečenosti za rad, visina naknade zarade obezbeđuje se u iznosu od 100% od osnova za naknadu zarade, s tim što se iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja obezbeđuje iznos od 65% od osnova za naknadu zarade, kao i iznos od 35% od osnova za naknadu zarade iz sredstava budžeta Republike Srbije.²⁰ Sredstva u iznosu od 35% od osnova za naknadu zarade iz stava 4. ovog člana, prenose se Republičkom fondu koji u ime i za račun budžeta Republike Srbije uplaćuje sredstva na račun poslodavca iz stava 3. ovog člana.²¹ Dakle, naknadu zarade za slučajeve privremene sprečenosti za rad za prvih 30 dana sprečenosti za rad obezbeđuje poslodavac iz svojih sredstava, a od 31. dana naknadu zarade obezbeđuje Republički fond.

Važno je razgraničiti pravo na trudničko bolovanje i pravo na porodiljsko odsustvo: trudničko bolovanje je pravo vezano za zdravstveno osiguranje zaposlenih koje je regulisano Zakonom o zdravstvenom osiguranju, a isplatu naknade vrši Republički fond za zdravstveno osiguranje. Preciznije, u slučaju privremene sprečenosti za rad zbog bolesti ili komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće u prvih 30 dana, troškove trudničkog bolovanja snosi poslodavac iz ličnih sredstava (pri čemu poslodavac obezbeđuje 65% od utvrđenog osnova, a 35% zarade isplaćuje RFZO na teret budžeta Republike Srbije), a počev od 31. dana privremene sprečenosti za rad, naknadu zarade isplaćuje RFZO, dok pravo na naknadu zarade za vreme porodiljskog odsustva nije pravo iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, već je regulisano Zakonom o finansijskoj podršci porodici sa decom i za isplatu naknade zarade zadužena je lokalna samouprava.

¹⁹ Čl. 95. stav 3. ZZO.

²⁰ Čl. 95. stav 4 ZZO.

²¹ Čl. 95. stav 5. ZZO.

*Značajne zakonske novine vezane za utvrđivanje
privremene sprečenosti za rad i obračun naknade zarade
za vreme privremene sprečenosti za rad*

Stupanjem na snagu važećeg Zakona o zdravstvenom osiguranju dana 11.04.2019. godine prestao je da važi Zakon o zdravstvenom osiguranju,²² kao i relevantni podzakonski akti i pojedine odredbe određenih zakona.²³

U odnosu na prethodni Zakon o zdravstvenom osiguranju, sada važećim zakonom predviđene su brojne novine vezane za utvrđivanje privremene sprečenosti za rad i obračun naknade zarade za vreme privremene sprečenosti za rad, od kojih se određene odnose i na položaj zaposlene žene za vreme trudnoće i porođaja.

Naime, izmenjene su nadležnosti stručno-medicinskih organa Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje, tj. izabranog lekara i lekarskih komisija, koji utvrđuju nastupanje i trajanje privremene sprečenosti za rad. Prema prethodnom zakonskom rešenju, izabrani lekar je cenio privremenu sprečenost za rad za prvih 30 dana sprečenosti za rad, a nakon toga, ukoliko je smatrao da sprečenost za rad i dalje traje, predlagao je prvostepenoj lekarskoj komisiji produženje sprečenosti za rad i nakon 30 dana trajanja bolovanja. Važeće zakonsko rešenje podrazumeva da izabrani lekar utvrđuje privremenu sprečenost za rad osiguranika do 60 dana sprečenosti za rad²⁴ i da je dužan da osiguranika uputi na prvostepenu lekarsku komisiju po isteku 60 dana ukupne sprečenosti za rad.

Navedena izmena uticala je na tzv. „povezivanje bolovanja“. Budući da se sprečenosti za rad povezuju u pogledu osnova, visine i isplatioca naknade zarade onda kada je osiguranik privremeno sprečen za rad zbog jedne bolesti ili povrede, a narednog dana (bez prekida), odnosno najduže u roku od šest dana od poslednjeg dana prethodne sprečenosti za rad, bude sprečen za rad zbog iste ili druge bolesti ili povrede, izabrani lekar je sada dužan da osiguranika uputi na prvostepenu lekarsku komisiju po isteku 60 dana ukupne sprečenosti za rad, a u skladu sa sadašnjim ovlašćenjem lekara da ceni prvih 60 dana bolovanja. U situaciji da je osiguranik privremeno sprečen za rad zbog iste ili dve različite bolesti, odnosno povrede,

²² *Službeni glasnik RS*, br. 107/05, 109/05 – ispravka, 57/11, 110/12 – US, 119/12, 99/14, 123/14, 126/14 – US, 106/15 i 10/16 – dr. zakon.

²³ Tačnije, stupanjem na snagu važećeg Zakona o zdravstvenom osiguranju prestale su da važe i Uredba o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju (*Službeni glasnik RS*, br. 108/08 i 49/09); član 33. stav 1. tačka 13) Zakona o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva (*Službeni glasnik RS*, br. 123/14, 106/15 i 105/17); član 38. st. 2. i 3. Zakona o pravima pacijenata (*Službeni glasnik RS*, broj 45/13 i Pravilnik o načinu i postupku zaštite prava osiguranih lica Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje (*Službeni glasnik RS*, broj 68/13).

²⁴ Osim u slučajevima utvrđivanja privremene sprečenosti za rad zbog nege teško obolelog deteta.

sa prekidom između sprečenosti za rad koji je duži od šest dana od poslednjeg dana prethodne sprečenosti za rad, dani sprečenosti za rad se ne povezuju (u pogledu osnova, visine i isplatioca naknade zarade), izabrani lekar je dužan da osiguranika uputi na prvostepenu lekarsku komisiju ako je osiguranik bio sprečen za rad u ukupnom trajanju od 60 dana u periodu od 90 dana.²⁵

Imajući u vidu da se ukazala potreba za daljim unapređenjem sistema obaveznog zdravstvenog osiguranja, a koja se ogleda u odgovarajućim rešenjima koja se odnose na ostvarivanje prava na naknadu zarade usled privremene sprečenosti za rad usled bolesti ili povrede, Ministarstvo zdravlja je u postupku pripreme Nacrta zakona o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenom osiguranju, organizovalo javnu raspravu o Nacrtu zakona o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenom osiguranju i to u periodu od 04. februara 2021. godine do 28. februara 2021. godine. Učesnici u javnoj raspravi su predstavnici državnih organa, javnih službi, predstavnici zdravstvenih ustanova, stručna javnost, udruženja i drugi zainteresovani učesnici.²⁶

Kako se navodi u obrazloženjima predloženih rešenja, Nacrtom Zakona o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenom osiguranju,²⁷ predlažu se nova

²⁵ U pitanju su novine iz odredbi čl.lan 75. ZZO koji glasi:

„U slučaju da je osiguranik privremeno sprečen za rad zbog jedne bolesti ili povrede, a narednog dana (bez prekida), odnosno najduže u roku od šest dana od poslednjeg dana prethodne sprečenosti za rad, bude sprečen za rad zbog iste ili druge bolesti ili povrede, dani sprečenosti za rad povezuju se u pogledu osnova, visine i isplatioca naknade zarade.

U slučaju da je osiguranik privremeno sprečen za rad zbog iste ili dve različite bolesti, odnosno povrede, sa prekidom između sprečenosti za rad koji je duži od šest dana od poslednjeg dana prethodne sprečenosti za rad, dani sprečenosti za rad ne povezuju se u pogledu osnova, visine i isplatioca naknade zarade.

U slučaju iz stava 1. ovog člana izabrani lekar dužan je da osiguranika uputi na prvostepenu lekarsku komisiju po isteku 60 dana ukupne sprečenosti za rad.

U slučaju iz stava 2. ovog člana izabrani lekar dužan je da osiguranika uputi na prvostepenu lekarsku komisiju ako je osiguranik bio sprečen za rad u ukupnom trajanju od 60 dana u periodu od 90 dana od dana koji prethodi privremenoj sprečenosti za rad nastaloj posle prekida privremene sprečenosti za rad.

U slučaju da je osiguranik privremeno sprečen za rad iz jednog od razloga iz člana 73. stav 1. ovog zakona, a zatim bez prekida (naredni dan) bude sprečen za rad iz drugog razloga privremene sprečenosti za rad iz člana 73. stav 1. ovog zakona, dani privremene sprečenosti za rad osiguranika ne povezuju se u pogledu osnova, visine i isplatioca naknade zarade.

U slučaju iz stava 5. ovog člana, izabrani lekar dužan je da osiguranika uputi na prvostepenu lekarsku komisiju po isteku 90 dana ukupne sprečenosti za rad, osim u slučaju iz člana 78. stav 3. ovog zakona.“

²⁶ Dostupno na internet stranici Ministarstva zdravlja Republike Srbije: https://www.zdravlje.gov.rs/view_file.php?file_id=1887&cache=sr.

²⁷ Tekst Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenom osiguranju, dostupan na <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/180221/180221-vest12.html>, kao i https://www.zdravlje.gov.rs/view_file.php?file_id=1888&cache=sr.

rešenja kojima se olakšava ostvarivanje tog prava osiguranicima, kao i samim poslodavcima. Tako, predlaže se da osiguranik, odnosno član njegove porodice ne dostavlja potvrdu o privremenoj sprečenosti za rad poslodavcu, kako je važeće rešenje, već tu informaciju elektronskim putem dostavlja izabrani lekar poslodavcu. Takođe, poslodavac više ne vrši obračun naknade zarade, već to radi Republički fond za zdravstveno osiguranje (koji je do sada vršio tu kontrolu obračuna), na osnovu podataka o uplaćenim porezima i doprinosima za tog osiguranika, a koje dobija službenim putem od Poreske uprave. Taj obračun, kao i samu naknadu zarade, kako je predloženo, Republički fond za zdravstveno osiguranje dostavlja, odnosno uplaćuje poslodavcu u kraćem roku (15 dana) u odnosu na važeće rešenje (30 dana). Na taj način izbegnuto je dvostruko vršenje obračuna naknade zarade i čitav postupak je pojednostavljen.

Dalje, predloženo je da osiguranice u slučaju privremene sprečenosti za rad zbog bolesti ili komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće, ostvaruju prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja bez obzira da li je uplaćen dospeli doprinos, dakle i pravo na naknadu zarade zbog privremene sprečenosti za rad, a što nije slučaj prema važećem rešenju. Naime, prema važećem rešenju, u slučaju kada nisu uplaćeni dospeli doprinosi za zdravstveno osiguranje, osiguranica, u skladu sa posebnim zakonom, može ostvariti pravo na zdravstvenu zaštitu i prava na naknadu troškova prevoza u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite.

Takođe, jedno od rešenja sadržano u Nacrtu zakona je i uvođenje definicije retkih bolesti po prvi put u pravne propise u Republici Srbiji, te potreba da se pojedine važeće odredbe definišu na precizniji način, čime se omogućava nedvosmislena primena pojedinih zakonskih rešenja, a što je uočeno u periodu od početka primene Zakona o zdravstvenom osiguranju i dr.

Zdravstvene usluge koje se obezbeđuju iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja

Pored prava na zdravstvenu zaštitu i prava na novčane naknade, Zakonom o zdravstvenom osiguranju predviđenesu i zdravstvene usluge koje se obezbeđuju iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja. Među njima su propisane i taksativno nabrojane zdravstvene usluge koje se obezbeđuju u celosti na teret sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja, kao i one koje se obezbeđuju u visini od najmanje 95%, 80%, te u visini od najmanje 65% od cene zdravstvene usluge iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja.²⁸ Zdravstvene usluge koje su od uticaja na položaj zaposlene žene za vreme trudnoće i porođaja podrazumevaju preglede

²⁸ Čl. 131. st. 1. ZZO.

i lečenje u vezi sa planiranjem porodice, trudnoćom, porođajem i u postporođajnom periodu, uključujući prekid trudnoće iz medicinskih razloga i iste se obezbeđuju u celosti na teret sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja.²⁹

NEKE TEŠKOĆE STVARNOG POLOŽAJA ZAPOSLENE ŽENE ZA VREME TRUDNOĆE I POROĐAJA

Trudničko bolovanje je pravo koje ima zaposlena žena i ono može da se otvori odmah na početku trudnoće, ako ginekolog ustanovi da je zaposlenoj potrebno mirovanje, može da se produži sve do porođaja, u kom slučaju se na trudničko nadovezuje porodiljsko odsustvo.³⁰ Kako je rečeno, visina naknade za trudničko bolovanje iznosi 100% osnova, s tim da troškove bolovanja za prvih 30 dana snosi poslodavac, a posle 31. dana država tj. Republički fond za zdravstveno osiguranje. Dešava se, međutim, da trudnica svedoči situaciji u kojoj naknada koju prima nije ista u toku celokupnog perioda, iako je za oba perioda prosek 100% osnova i iako se uzima u obzir prosečna zarada ostvarena za prethodnih 12 meseci pre meseca u kom je nastupila privremena sprečenost za rad. Naime, drugačiji je osnov za obračun naknade iz razloga što se zarada saglasno odredbi čl. 105. ZOR³¹ sastoji od zarade za obavljeni rad i vreme provedeno na radu, zarade po osnovu doprinosa zaposlenog poslovnom uspehu poslodavca (nagrade, bonusi i sl.) i drugih primanja po osnovu radnog odnosa, u skladu sa opštim aktom i ugovorom o radu. Prema odredbi čl. 87. stav 2. ZZO zaradu čini zarada za obavljeni rad i vreme provedeno na radu, utvrđena u skladu sa propisima o radu, i to 1) osnovna zarada zaposlenog; 2) deo zarade za radni učinak; 3) uvećana zarada.

Kašnjenja u isplatama trudničkih naknada su teškoće koje svakako zabrinjavaju zaposlenu ženu koja je na održavanju trudnoće, i koja bi morala da se posveti

²⁹ Čl. 131. st. 1. tač. 1) alineja (2) ZZO.

³⁰ Zaposlena žena ima pravo da otpočne porodiljsko odsustvo na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa najranije 45 dana, a obavezno 28 dana pre vremena određenog za porođaj, čl. 94. st. 1 ZOR.

³¹ Zarada iz člana 104. stav 1. ovog Zakona sastoji se od zarade za obavljeni rad i vreme provedeno na radu, zarade po osnovu doprinosa zaposlenog poslovnom uspehu poslodavca (nagrade, bonusi i sl.) i drugih primanja po osnovu radnog odnosa, u skladu sa opštim aktom i ugovorom o radu.

Pod zaradom u smislu stava 1. ovog člana smatra se zarada koja sadrži porez i doprinose koji se plaćaju iz zarade.

Pod zaradom u smislu stava 1 ovog člana smatraju se sva primanja iz radnog odnosa, osim primanja iz člana 14, člana 42. stav 3. tač. 4) i 5), člana 118. tač. 1-4), člana 119, člana 120. tačka 1) i člana 158. ovog Zakona.

jedino očuvanju svog zdravlja i zdravlja bebe koju nosi. Međutim, naknade u velikom broju slučajeva kasne i po nekoliko meseci. Budući da za prvih 30 dana trudničkog bolovanja poslodavac isplaćuje naknadu direktno trudnici, zastoje se javljaju u periodu nakon 30 dana. Prema Zakonu o zdravstvenom osiguranju, RFZO je obavezan da izvrši uplate trudnici u roku od mesec dana od prijema dokumentacije od poslodavca, koja mora biti uredna i kompletna, pa se procedura javlja kao dosta komplikovana i spora. Naravno, veliki broj poslodavaca izmiruje svoje obaveze savesno, međutim, kako je predviđena obaveza poslodavca da dostavi obračun Fondu, ali nije propisan rok u kome poslodavac to treba da učini, dešava se da poslodavci ne podnose blagovremeno obračune, ali time ne čine nikakav prekršaj, jer nisu vezani nikakvim rokom. Posledice ovakvog ponašanja snose roditelji, pa imajući u vidu da je to momenat kada ih očekuju povećani troškovi i brojni izdaci za bebu, onda se u državi koja svojim merama populacione politike podstiče rađanje, ovo ne bi trebalo dešavati.

POLOŽAJ ZAPOSLENE ŽENE ZA VREME TRUDNOĆE I POROĐAJA PREMA ODREDBAMA DRUGIH ZAKONA

Zakonom o finansijskoj podršci porodici sa decom³² uređuje se finansijska podrška porodici sa decom, koja se, u smislu tog Zakona, dodeljuje radi: 1) poboljšanja uslova za zadovoljavanje osnovnih potreba dece; 2) usklađivanja rada i roditeljstva; 3) posebnog podsticaja i podrške roditeljima da ostvare željeni broj dece; 4) poboljšanja materijalnog položaja porodica sa decom, porodica sa decom sa smetnjama u razvoju i invaliditetom i porodica sa decom bez roditeljskog staranja.

Kako je ranije istaknuto, pravo na trudničko bolovanje je pravo vezano za zdravstveno osiguranje zaposlenih, regulisano Zakonom o zdravstvenom osiguranju, dok pravo na naknadu zarade za vreme porodiljskog odsustva nije pravo iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, već je regulisano Zakonom o finansijskoj podršci porodici sa decom. Što se tiče zaposlene žene koja je trudna, svakako joj je važno da zna kolika će biti visina naknade zarade odnosno naknade plate za vreme porodiljskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta. Koliko će imati prihoda to zavisi od toga da li je zaposlena imala platu vezano 18 meseci pre otvaranja trudničkog bolovanja, ili porodiljskog ako nije koristila trudničko. Ako jeste, imaće 100% nadoknade tokom porodiljskog odsustva, a saglasno odredbi čl 13. st. 1. Zakona o finansijskoj podršci porodicama sa decom, osnovica naknade

³² Zakon o finansijskoj podršci porodici sa decom, *Službeni glasnik RS*, br.113/17, 50/2018, 46/2021 – odluka US, 51/2021 – odluka US, 53/2021 – odluka US i 66/2021.

zarade, odnosno naknade plate za vreme porodiljskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta utvrđuje se na osnovu zbira mesečnih osnovica na koji su plaćeni doprinosi na primanja koja imaju karakter zarade, za poslednjih 18 meseci koji prethode prvom mesecu otpočinjanja odsustva zbog komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće, ili porodiljskog odsustva, ukoliko nije korišćeno odsustvo zbog komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće. Propisano je i da mesečna osnovica naknade zarade, odnosno naknade plate predstavlja bruto obračunsku vrednost. Saglasno odredbama čl. 14. istog zakona, utvrđivanje mesečne osnovice naknade zarade odnosno naknade plate, vrši nadležni organ jedinice lokalne samouprave na osnovu podataka o visini osnovice na koju su plaćeni doprinosi na primanja koja imaju karakter zarade, odnosno plate a koji su evidentirani u Centralnom registru obaveznog socijalnog osiguranja, na dan podnošenja zahteva za ostvarivanje prava. Mesečni iznos naknade zarade, odnosno naknade plate obračunava se na osnovu utvrđene mesečne osnovice naknade zarade, odnosno naknade plate u srazmeri broja radnih dana u petodnevnoj radnoj nedelji, u kojima se ostvaruje pravo u datom mesecu i ukupnog broja radnih dana u tom mesecu, a pripadajući iznos naknade zarade ne umanjuje se po osnovu novčanih obustava, rate kredita i slično, već je primalac naknade zarade odnosno naknade plate dužan da te obaveze izmiri lično ili preko poslodavca.

Zakonom o rodnoj ravnopravnosti koji je donet 2021. godine³³ uređuju se pojam, značenje i mere politike za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti, vrste planskih akata u oblasti rodne ravnopravnosti i način izveštavanja o njihovoj realizaciji, institucionalni okvir za ostvarivanje rodne ravnopravnosti, nadzor nad primenom zakona i druga pitanja od značaja za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti.

Od značaja za položaj zaposlene žene za vreme trudnoće i porođaja je odredba člana 33. Zakona o rodnoj ravnopravnosti, prema kojoj je poslodavac dužan da zaposlenog, po povratku sa odsustva sa rada zbog trudnoće, porodiljskog odsustva, odsustva radi nege deteta, odsustva radi posebne nege deteta, usvojenja, hraniteljstva, starateljstva, vrati na iste ili druge ekvivalentne poslove. Zabranjen je premeštaj ili upućivanje na rad kod drugog poslodavca, ukoliko je to za zaposlenog nepovoljnije, osim ako je to učinjeno u skladu sa nalazom nadležnog zdravstvenog organa, odnosno drugog nadležnog organa ili zbog organizacionih promena kod poslodavca odnosno promene unutrašnjeg uređenja državnog organa, organa autonomne pokrajine i organa jedinice lokalne samouprave, koji su izvršeni u skladu sa zakonom. Odsustvovanje sa posla zbog trudnoće (i drugih navedenih razloga) ne može biti razlog za uskraćivanje prava na: 1) stručno usavršavanje i dodatno

³³ Zakon o rodnoj ravnopravnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 52/2021.

obrazovanje; 2) napredovanje i sticanje višeg zvanja, odnosno premeštaja na neposredno više izvršilačko radno mesto, po osnovu stečenih uslova, u skladu sa zakonom; 3) korišćenje svih poboljšanja radnih uslova obezbeđenih tokom odsustva. Takođe, vreme tokom kojeg je zaposleni odsustvovao sa rada zbog trudnoće (i drugih navedenih razloga) neće se računati kod procene uspešnosti rada u ukupnom vremenskom periodu u kome se uspešnost rada računa.

ZAKLJUČAK

Kako bi ostvarila svoja zakonom obezbeđena prava, zaposlena žena za vreme trudnoće i porođaja mora da ima u vidu navedene „nemedicinske“ okolnosti i da opravdano očekuje pomoć, kako od strane nadležnog izabranog lekara, tako i od službi poslodavca koji obavljaju poslove vezane za odsustvo zaposlenih i isplatu zarade odnosno naknade zarade. Odluka o roditeljstvu jeste pitanje individualne odluke potencijalnih roditelja ali, kada se ima u vidu postojeći problem nedovoljnog rađanja i (više) decenijska diskusija o „beloj kugi“, takva odluka svakako zavisi od optimalnih uslova za ispunjenje osnovnih potreba jedne porodice, kao i od konkretne podrške putem zakona koji regulišu oblast društvenog života u kojima se odvija praksa roditeljstva. Funkciji roditeljstva neophodno je pristupiti uz sistemsku i sveobuhvatnu podršku jer je splet faktora koji utiče na stopu nataliteta u Republici Srbiji veoma kompleksan, baš kao što su i teškoće sa kojima se suočavaju građani naše zemlje koji su u ulozi roditelja ili koji planiraju roditeljstvo.

Dr. VESNA BILBIJA
Senior Advisor at the Administrative Court
of the Republic of Serbia

LEGAL FRAME AND ACTUAL STATE OF AN EMPLOYED WOMAN DURING PREGNANCY AND AFTER GIVING BIRTH

Summary

An employed woman during pregnancy and after giving birth has a right to special protection, which is provided and defined by multiple laws, above all by the Labour Law and the Health Insurance Law, as well as other laws, for example Gender Equality Law. Beside that, special support and protection of mothers before and after giving birth is guaranteed by the Constitution of the Republic of Serbia. The topic of this paper is the special protection of the employed women during pregnancy and after giving birth. In order to solve the problem of insufficient birth rates it is necessary to provide systematic and comprehensive support for the parents and families, and special protection during

pregnancy and after giving birth represents layered and complex right, which is in function of the protection of the woman who solely has this specific role in biological reproduction of the population, as well as in function of protection of children.

Key words: special protection, pregnancy, giving birth, health protection, financial compensation

Literatura

Avramović S., i dr., *Leksikon građanskog prava*, Nomos, Beograd, 1996.

Ivošević Z., Ivošević M., *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.

Radovanović D., „Posebna zaštita za vreme trudnoće i porođaja u svetlu Zakona o radu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, LXIV, Niš, 2013.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 11.09.2021.

Prihvaćen: 01.10.2021.

STRUČNI RAD

VIDA VILIĆ
KOSANA BEKER

RODNA DIMENZIJA PANDEMIJE KOVID-19: ANGAŽOVANOST SINDIKATA NA SUZBIJANJU RODNO ZASNOVANOG NASILJA I NASILJA U PORODICI

Tokom pandemije, žene su ponele veći teret, jer je gotovo 70% radne snage u zdravstvenoj zaštiti ženskog pola, što ih čini izloženijim većem riziku od infekcije. Postojeća zakonska regulativa nudi dobar pravni okvir za sindikate da postanu aktivniji u unapređivanju rodne ravnopravnosti. Čak i pre izbijanja pandemije, sindikati su se uključili u borbu protiv nasilja u porodici, dovodeći u vezu odnos između nasilja u porodici i rada na radnom mestu. Sindikati, duboko zabrinuti zbog sve većeg broja slučajeva nasilja u porodici zbog pandemije korona virusa, pokušavaju da razviju nove mehanizme za zaštitu žena ne samo od korona virusa, već i od nasilja i diskriminacije, putem dobro uspostavljenih ženskih mreža, koje su se pokazale ključnim u identifikovanju i ukazivanju na alarmantni porast broja slučajeva nasilja u porodici. Cilj ovog rada je da istakne da su zaključavanje i socijalna izolacija presudni faktori porasta broja slučajeva rodno zasnovanog nasilja koje pogađa zaposlene žene čak i na njihovom radnom mestu i da predstavi neke primere dobre sindikalne prakse tokom pandemije.

Ključne reči: korona virus, nasilje u porodici, rodno zasnovano nasilje prema ženama, sindikati

Dr Vida Vilić, pomoćnik direktora za pravne poslove, Klinika za stomatologiju Niš, e-mail: vila979@gmail.com.

Dr Kosana Beker, programski direktor, Udruženje građanki FemPlatz Pančevo, e-mail: kosana@beker.rs.

U V O D

Kovid-19 nije rodno neutralan, jer su žene širom sveta pretrpele više različityh posledica zatvaranja i ograničenja kretanja zbog pandemije korona virusa. Pandemija nanosi štetu zdravstvenom, socijalnom i ekonomskom blagostanju širom sveta, a žene su u centru svih događanja. Žene čine gotovo 70% radne snage u zdravstvenoj zaštiti, što ih čini izloženijim većem riziku od infekcije. U isto vreme, žene takođe snose veliki deo tereta kod kuće, s obzirom na zatvaranje škola i ustanova za brigu o deci i dugotrajnu neravnopravnost kada je u pitanju neplaćeni rad. Žene se takođe suočavaju sa visokim rizicima od gubitka posla i zarade koja im je neophodna za život, a suočene su i sa povećanim rizicima od nasilja, eksploatacije, zlostavljanja ili uznemiravanja tokom trajanja krize i zabrane/ograničenja kretanja.

U ovom radu iznosimo zapažanja da zaključavanje i socijalna izolacija širom sveta čine jedan od presudnih faktora za porast broja slučajeva rodno zasnovanog nasilja koje pogađa zaposlene žene, kako u porodičnoj i privatnoj sferi života, tako i na radnom mestu. Naša zapažanja su podstaknuta i tvrdnjom Ujedinjenih nacija, koje su saopštile da korona virus trostruko pogađa žene: zbog zdravlja, zbog porodičnog nasilja i zbog brige o drugima.¹ Takođe, u radu predstavljamo i neke od primera dobre sindikalne prakse tokom pandemije.

RODNA DIMENZIJA POSLEDICA PANDEMIJE KORONA VIRUSA

Širom sveta aktivistkinje za ženska prava prijavljuju značajno povećanje broja poziva zbog rodno zasnovanog nasilja i nasilja u porodici. Da bi se zaustavio ovaj nagli porast nasilja, potrebni su kolektivni napori i akcije na globalnom nivou. Opterećenost zdravstvenih usluga i prihvatilišta za žrtve nasilja u porodici je ogromna, a preopterećene su i linije za pomoć, zbog čega je pokrenuta kampanja o podizanju svesti o alarmantnom porastu nasilja u porodici tokom kovida-19 sa porukom da svi treba da podrže i pomognu ženama žrtvama nasilja ako znaju ili sumnjaju da su izložene nekom obliku nasilja.²

Potencijalne posledice kovida-19 poput veće nezaposlenosti (i za žene i za muškarce), izgubljenih zarada i nesigurnosti posla, posebno su opasne za žene

¹ UN Women - The Shadow Pandemic: Violence against women during COVID-19, <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/in-focus-gender-equality-in-covid-19-response/violence-against-women-during-covid-19>, 14.06.2021.

² *Ibidem.*

u nasilnim vezama, jer je ekonomska kontrola ključno sredstvo nasilnika.³ Finansijska nesigurnost može da prisili žrtve da ostanu sa zlostavljačima. Brzo rastuće oslanjanje na digitalnu tehnologiju tokom zabrane ili ograničenja kretanja takođe ima implikacije na rodno zasnovano nasilje: digitalni uređaji predstavljaju jedan od načina da žene izbegnu nasilje, ali takođe pružaju mogućnost zlostavljačima da povećaju svoju kontrolu nad njima i da svoje žrtve još više otuđe od spoljnog sveta, kontrolišući njihove digitalne uređaje, poput mobilnih telefona i računara.

MOGUĆNOST ANGAŽOVANJA SINDIKATA NA SUZBIJANJU RODNO ZASNOVANOG NASILJA I NASILJA U PORODICI

I pre izbivanja pandemije, sindikati su ukazivali na neophodnost uključivanja u borbu protiv nasilja u porodici, u kontekstu radne angažovanosti žene, praveći vezu između zlostavljanja u porodici i na poslu. Pojedini izveštaji pokazuju da je tokom 2009. godine 20% žrtava nasilja u porodici moralo da odsustvuje sa posla bar mesec dana ili duže, da 56% žena koje su zlostavljane u porodici barem pet puta mesečno kasne na posao, a da 53% žena bar tri dana mesečno odsustvuju sa posla.⁴

Nasilje u porodici se u velikoj meri reflektuje na ekonomiju i prihode koje poslodavci ostvaruju: gubici koje je nasilje u porodici nanelo poslodavcima u Sjedinjenim Američkim Državama tokom 2016. godine procenjeno je na 1,5 milijardu dolara,⁵ dok se na prostoru zemalja Evropske unije „cena“ koju države plaćaju za posledice porodičnog nasilja procenjuje na 228 milijardi era godišnje.⁶

Evropska konfederacija sindikata već je bila veoma aktivna u ukazivanju na rodnu ravnopravnost na radnom mestu. Nakon što je 2017. godine objavila izveštaj „Sigurne kod kuće, sigurne na poslu“⁷ u kome su prvi put date smernice

³ OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19) - Women at the core of the fight against COVID-19 crisis, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis-553a8269/>, 04.06.2021.

⁴ Irish Congress of Trade Unions: Domestic violence and the Workplace, Findings from the Survey, https://www.ictuni.org/download/pdf/final_ictu_domestic_violence.pdf, 28.05.2021.

⁵ The economic costs of violence against women, UN Women, <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2016/9/speech-by-lakshmi-puri-on-economic-costs-of-violence-against-women>, 06.05.2021.

⁶ EIGE (European Institute for Gender Equality) (2014) Estimating the costs of gender-based violence in the European Union. European Institute for Gender Equality. Vilnius: EIGE. <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/estimating-costs-in-european-union#:~:text=The%20findings%20from%20this%20UK,cost%20of%20gender%2Dbased%20violence>, 28.05.2021.

⁷ Safe at home, safe at work, <https://www.etuc.org/en/document/safe-home-safe-work-final-report-national-country-studies>, 16.06.2021.

sindikativima kako da se ophode prema nasilju i zlostavljanju žena na radnom mestu i kako da ih eliminišu, ove smernice su preuzete u 40 kolektivnih ugovora iz 11 zemalja članica Evropske unije.⁸ U Danskoj, na primer, sindikati su organizovali seriju treninga koji su se odnosili na povezanost nasilja u porodici i nasilja na radnom mestu; u Francuskoj su Kolektivnim ugovorom između poslodavaca *La Poste*, *Carrefour* supermarketa i *Peugeot-Citroën* regulisani slučajevi porodičnog nasilja, a brojni sindikati širom Evrope su se udružili sa nevladinim organizacijama kako bi zajedničkim delovanjem podigli svest o obimu i ozbiljnosti nasilja u porodici prema ženama i kako bi se borili protiv svih oblika nasilja prema ženama.⁹

Sindikati u Sjedinjenim Američkim Državama već decenijama se bore protiv nasilja u porodici i nasilja na radnom mestu: neki sindikati su nasilje u porodici i seksualno nasilje stavili visoko na svoju društvenu, pravnu i političku agendu, dok su drugi sindikati počeli da osmišljavaju inovativne edukativne materijale i treninge za članstvo u sindikatima, ali i načine kako da podrže svoje članice koje se suočavaju sa nasiljem u porodici.¹⁰

Porast porodičnog nasilja koji je primećen od početka pandemije takođe je izvor javne zabrinutosti.¹¹ U nedostatku mreža socijalne sigurnosti i adekvatne podrške u smislu sigurnosti prihoda, mnoge radnice zaposlene u neformalnim sektorima, posebno u zemljama u razvoju, jedva da imaju drugog izbora već da nastave da rade uprkos ograničenjima u kretanju i smanjenju socijalnih kontakata.¹² Nacionalna linija za pomoć žrtvama nasilja u porodici (*The National Domestic Abuse helpline*) u Velikoj Britaniji prijavila je porast broja poziva od 25% od kada je počelo ograničavanje kretanja zbog korona virusa, kao i povećanje broj poseta njihovom sajtu za 150% (*Elliott*, 2020). Zbog pandemije, veliki broj žena radi od kuće, izolovane su od kolektiva, koji u slučajevima nasilja u porodici može da bude značajna

⁸ New ILO Convention gives right to work without violence and harassment, <https://www.etc.org/en/pressrelease/new-ilo-convention-gives-right-work-without-violence-and-harassment>, 16.06.2021.

⁹ Montserrat Mir Roca, *Trade Unions Take A Stand To End Violence Against Women*, 25.11.2016, <https://www.socialeurope.eu/trade-unions-take-stand-end-violence-women>, 16.06.2021.

¹⁰ Union Responses to Domestic and Sexual Violence, and Stalking, San Francisco, CA: Futures Without Violence, <https://www.workplacesrespond.org/resource-library/can-unions-prevent-respond-workplace-violence/>, 12.06.2021.

¹¹ Amanda Taub, „A New COVID-19 Crisis: Domestic Abuse Rises Worldwide“, *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>, 16.06.2021.

¹² ILO Policy Brief on COVID-19, Pillar 3: Protecting workers in the workplace, https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739049/lang-en/index.htm, 02.06.2021.

podrška i pomoć za žrtvu. Od Španije do Poljske, prijavljen je porast brojeva nasilja u porodici za 30%, dok je broj femicida u Velikoj Britaniji više nego udvostručen.¹³

Širom sveta, sindikati su duboko zabrinuti zbog sve većeg broja slučajeva nasilja u porodici zbog korona virusa i pokušavaju da razviju nove mehanizme kojima bi zaštitili žene od nasilja i diskriminacije, jednako kao i od samog virusa. Mnogi sindikati imaju dobro uspostavljene ženske mreže za borbu protiv diskriminacije, koje su se pokazale ključnim u identifikovanju i rešavanju alarmantnog povećanja slučajeva porodičnog nasilja.

SINDIKALNE AKTIVNOSTI NA SUZBIJANJU RODNO ZASNOVANOG NASILJA I NASILJA U PORODICI TOKOM PANDEMIJE

Sindikati u Italiji su među prvima otpočeli borbu za zaštitu zdravlja zdravstvenih radnika odmah po početku pandemije,¹⁴ ali su se aktivirali i u borbi protiv nasilja u porodici, tražeći da se tokom trajanja pandemije, učinilac a ne žrtva smesti u sklonište.¹⁵ U Belgiji, sindikat Femmes CSC izneo je vladi listu najboljih praksi, u kome se potencira na uključivanju i jačanju postojećih usluga usmerenih na pružanje podrške žrtvama, otvaranje 24-časovnih telefonskih linija za pomoć, korišćenje apoteka kao službi preko kojih bi se prijavljivalo nasilje i policijska kontrola domaćinstava sa prethodno zabeleženim slučajevima nasilja i porodici.¹⁶ U Španiji, sindikati FSC-CCOO su pokrenuli kampanju za podizanje svesti o dostupnim načinima za borbu protiv nasilja u porodici.¹⁷ U Turskoj, gde je samo u toku marta 2020. godine bilo 29 femicida, sindikati su zajedno sa ženskim nevladinim organizacijama apelovali na donošenje posebnog hitnog akcionog plana i organizovanje posebnog treninga za zaposlene u sudstvu i policiji.¹⁸

¹³ Women and their unions are battling a double crisis: Covid-19 and domestic violence, <https://www.uni-europa.org/2020/04/women-and-their-unions-are-battling-a-double-crisis-covid-19-and-domestic-violence/>, 23.05.2021.

¹⁴ COVID-19: Italian unions sign vital new agreement on safety of health workers, <https://www.epso.org/article/covid-19-italian-unions-sign-vital-new-agreement-safety-health-workers>, 17.05.2021.

¹⁵ Rakhi Ghoshal, „Twin public health emergencies: Covid-19 and domestic violence“, *Indian Journal of Medical Ethics*, V (3), <https://ijme.in/articles/twin-public-health-emergencies-covid-19-and-domestic-violence/>, 01.06.2021.

¹⁶ Women and their unions are battling a double crisis: Covid-19 and domestic violence, <https://www.uni-europa.org/2020/04/women-and-their-unions-are-battling-a-double-crisis-covid-19-and-domestic-violence/>, 23.05.2021.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

U Francuskoj, *CGT Unilever* sindikat je pozvao vladu da žrtve nasilja u porodici za vreme trajanja zabrane kretanja počne da smešta u napuštene prazne kuće umesto u popunjene sigurne kuće, kao i da im obezbedi besplatne osnovne životne namirnice.¹⁹

U Velikoj Britaniji, Kongres sindikata je napravio interaktivni vodič za sindikate koji sadrži korisne praktične savete o tome kako uočiti znake nasilja među koleginicama i na radnom mestu i na koji način se može pomoći žrtvi i rešiti problem.²⁰ Slične mere žele da preduzmu i drugi sindikati širom sveta, kako bi svoje članice organizovano zaštitili od partnerskog nasilja i nasilja u porodici. Zbog slabe dostupnosti zdravstvenog sistema koji je zagušen borbom protiv korona virusa, interesantan je predlog sindikata da se u Južnoafričkoj Republici uvedu posebne mobilne klinike koje bi se bavile žrtvama rodno zasnovanog nasilja dok traje pandemija korona virusa.²¹

U Kanadi, sindikati od početka pandemije ukazuju na porast rizika od nasilja u porodici, usled opasnosti od korona virusa i primene nekih preventivnih zdravstvenih mera. Preporuka da što više ljudi ostane u svojim kućama, zajedno sa rastućim pritiskom od neizvesnosti očuvanja radnog mesta i finansijske stabilnosti, može da poveća rizik od nasilja u porodici koje je u slučajevima izolacije veoma opasno po žrtvu. Širom Kanade osposobljene su sigurne kuće za smeštaj žena kao i privremeni smeštaji za žrtve nasilja u porodici, a federalne i lokalne vlasti u Kanadi su najavile da će se i u situaciji pandemije truditi da obezbede dovoljno finansijskih sredstava za ovu namenu.²² Muškarci članovi kanadskog *Unifora*, sindikata koji čini više od 315.000 zaposlenih, organizovali su u septembru 2020. godine šetnju kroz Toronto obučeni u pink cipele na štiklu, sa ciljem da prikupe novac za fondove pomoći ženama i deci žrtvama nasilja u porodici.²³ Osim poruke da treba

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Domestic and Intimate Partner Violence and COVID-19, <https://aflcio.org/covid-19/domestic-and-intimate-partner-violence-and-covid-19>, 16.06.2021.

²¹ *Ibidem*.

²² Home is not safe for everyone: Domestic violence during a pandemic, <https://canadianlabour.ca/home-is-not-safe-for-everyone-domestic-violence-during-a-pandemic/>, 15.06.2021.

²³ Njihovom šetnjom uspele su da prikupe 134.000 kanadskih dolara koji će biti uplaćeni organizaciji *Halton Women's Place*, koja obezbeđuje smeštaj i pružanje osnovnih usluga ženama koje su preživele fizičko, psihičko i seksualno nasilje i njihovoj deci. V. Members of Unifor walk in pink high heels downtown to raise money for women's shelter, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/unifor-for-hope-in-high-heels-walk-toronto-halton-womens-place-domestic-violence-1.5731400>, 02.10.2020, i Unifor raises \$134,000 to aid domestic violence victims, <https://www.unifor.org/en/whats-new/press-room/unifor-raises-134000-aid-domestic-violence-victims>, 17.06.2021.

pružiti podršku ženama i deci koji su preživeli porodično nasilje, druga važna poruka je da i muškarci treba da preuzmu odgovornost za borbu protiv rodno zasnovanog nasilja.

U nadi da će valjano odgovoriti na povećani broj slučajeva rodno zasnovanog nasilja tokom pandemije korona virusa, unija sindikata u Latinskoj Americi i Karipskoj regiji otpočela je u Brazilu projekat „Sindikalnim aktivizmom protiv rodno zasnovanog nasilja“.²⁴ Izraelska unija sindikata (*Histadrut*) u junu 2020. godine osmislila je televizijsku kampanju kojom je pozvala na prestanak nasilja prema ženama, kako kod kuće, tako i na poslu i kojom je apelovala na žene da prijave sve slučajeve nasilja i zlostavljanja.²⁵ Nasilje u porodici bilo je veliki problem i pre izbijanja pandemije korona virusa, a ograničenje i zabrana kretanja još više je pogoršalo problem, pa je pokret radnica i volonterki ovog sindikata preduzeo praktične korake u direktnoj pomoći ženama koje doživljavaju porodično nasilje, tako što su osnovale sklonište i telefonsku liniju za pomoć. Sindikat je istakao kako su žene u Izraelu najteže pogođene pandemijom zbog velike nezaposlenosti (od 792.000 prijavljenih nezaposlenih tokom marta i aprila 2020. godine, 55,7% su žene),²⁶ neplaćenog rada i porasta nasilja u porodici.

Međunarodna unija zaposlenih u delatnosti ishrane, poljoprivrede, hotelijerstva, restorana, keteringa, duvana i sličnih delatnosti (*The International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Associations – IUF*)²⁷ sastavljena je od 425 sindikata iz 127 država i njeno članstvo broji oko 10 miliona zaposlenih. Ova Unija je kao svoje primarne ciljeve od početka pandemije postavila očuvanje radnih mesta i očuvanje zdravlja radnika koji idu na posao uprkos pandemiji i ograničenju kretanja. Zdravlje i bezbednost zavise od života bez seksualnog nasilja, nasilja u porodici i različitih vrsta uznemiravanja.²⁸

²⁴ Projekat je osmišljen kao webinar koji je išao uživo preko društvene mreže Facebook, pratilo ga je 1448 posetilaca među kojima su bile članice 66 sindikata iz Brazila, Perua, Ekvadora, Argentine, Hondurasa, Kostarike, Gvatemale, Kolumbije, Meksika, Paname, Urugvaja i Jamajke. V. Brazil Trade union activism vs. gender-based violence pushed, <https://www.bwint.org/cms/brazil-trade-union-activism-vs-gender-based-violence-pushed-2010>, 04.06.2021.

²⁵ Israeli unions launch TV ad on violence against women, <https://www.bwint.org/cms/news-72/israeli-unions-launch-tv-ad-on-violence-against-women-1886>, 18.06.2021.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Međunarodna unija sindikata koji predstavljaju radnike koji se bave zemljoradnjom i proizvodnjom bilja, pripremom i proizvodnjom hrane i jela, hotelijerstvom, rade u ugostiteljstvu i službenju hrane ili u bilo kojoj od faza prerade duvana.

²⁸ International Labour Organisation - Violence and Harassment Convention No. 190, 2019, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190, 05.10.2020; International Labour Organisation - Violence and Harassment Recommendation

Kao što je već navedeno, sindikati širom sveta vrše pritisak na vlade svojih zemalja da deluju kako bi sprečili nasilje u porodici i ratifikovali Konvencijom o nasilju i zlostavljanju i preporuke MOR-a br. 206,²⁹ dva međunarodna instrumenta koja predstavljaju nasilje u porodici kao element koji utiče na zaposlenost, zdravlje i bezbednost zaposlene žene. Zaposlena se od nasilja u porodici štiti kroz svoje radno mesto, bez obzira da li je to radno mesto u prostorijama poslodavca ili u dnevnoj sobi, kakav je slučaj sa radom od kuće.³⁰

*DV@WORKNET*³¹ prepoznaje nasilje u porodici kao problem koji utiče ne samo na pojedince i na porodice, već i na društvenu zajednicu i društvo u celini, jer nasilje u porodici utiče na zaposlene žene u smislu prouzrokovanja većih ekonomskih troškova poslodavcima. U prvom izveštaju koji je *DV@WORKNET* objavio a koji se odnosi na pandemiju korona virusa,³² glavni fokus je na kompanijama, poslodavcima, poslovnim udruženjima, menadžerima i vođama timova, radnicima i sindikatima, koji su, pored međunarodnih organizacija, vladinih agencija, nevladinih organizacija i organizacija za podršku nasilju u porodici prepoznati kao ključni u borbi protiv rodno zasnovanog nasilja i nasilja u porodici. U ovom izveštaju, posebno su obrađene teme poput nasilja u porodici i bezbednosti zaposlenih,

No. 206, 2019, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206,05.10.2020; We cannot let domestic violence accompany the spread of COVID-19, <http://www.iuf.org/w/?q=node/7584>, 21.06.2021.

²⁹ Sindikalni pokret je veoma jak i istrajan u borbi protiv nasilja u porodici širom sveta za vreme pandemije. V. Tula Connell, „Women & Their Unions Stand Strong during COVID-19“, <https://www.solidaritycenter.org/women-their-unions-stand-strong-during-covid-19/>, 20.06.2021; Union responses to gender-based violence and the COVID-19 pandemic, <https://www.ituc-csi.org/union-responses-to-gender-based>, 22.05.2021; Protecting women's rights during Covid-19, <http://www.industrialunion.org/protecting-women-rights-in-during-covid-19>, 20.06.2021.

³⁰ Domestic violence invades the workplace: Why ILO C190 is needed in the time of Covid-19, <https://uniglobalunion.org/news/domestic-violence-invades-workplace-why-ilo-c190-needed-time-covid-19>, 28.05.2021.

³¹ *DV@WORKNET* predstavlja međunarodni tim istraživača, stručnjaka za nasilje u porodici, članova društvenih i radnih organizacija i zaposlenih ljudi koji se bave proučavanjem uticaja nasilja u porodici na radnom mestu. Ovaj tim eksperata je utvrdio da 1) zaposlene žene koje trpe nasilje u porodici na poslu nisu dovoljno koncentrisane, najčešće imaju niže zarade, češće menjaju posao i najčešće zaključuju ugovore na određeno vreme; i 2) je postojanje radnog odnosa jedan od bitnih preduslova da žena napusti nasilnu vezu, da ima finansijsku sigurnost, da održi u najvećoj meri standard života i da ima novac da izdržava sebe i decu. V. *DV@WORKNET* – about us, <http://dvatworknet.org/about/about-us>, 31.05.2021.

³² Ludo, McFerran, Jane Pillinger, Barb MacQuarrie, „*DV@WORKNET* COVID-19 BRIEFINGS: Briefing 2: Domestic violence and work safety strategies and plans during the Covid-19 crisis“, <http://dvatworknet.org/sites/dvatworknet.org/files/dvatwork-covid19-brief2.pdf>, 31.05.2021.

uvažavanje potreba zaposlenih u različitim stadijumima porodičnog nasilja, postupanje poslodavca u slučajevima kada je zaposleni žrtva porodičnog nasilja i kada je zaposleni nasilnik. U izveštaju su analizirane dugotrajne posledice krize prouzrokovane pandemijom korona virusa i uticaja pandemije na nasilje u porodici koje se reflektuje i na radno mesto zaposlenog,³³ a date su i konkretne preporuke za zaposlene i sindikalne predstavnike šta mogu da učine u slučajevima porodičnog nasilja koji se pojave za vreme trajanja pandemije korona virusa.³⁴ Ovaj deo izveštaja pruža „informacije i smernice o neposrednim i dugoročnim akcijama koje treba preduzeti kao odgovor na povećani rizik od porodičnog nasilja tokom krize korona virusa“,³⁵ a posebno o tome kako zaposleni koji se suočavaju sa nasiljem u porodici mogu biti zaštićeni i podržani. Posebna pažnja posvećena je zaposlenima koji rade od kuće, ali i zaposlenima koji, uprkos situaciji nasilja u kojoj se nalaze, moraju da nastave da pružaju usluge i za vreme trajanja pandemije.

Situacija u Srbiji sa evidencijom slučajeva nasilja u porodici prema ženama ne razlikuje se mnogo od one u svetu. Vanredno stanje u Srbiji uvedeno je 15. marta 2020. godine, a ukinuto 6. maja 2020. godine, a za to vreme su primenjivane različite mere – fizička izolacija, distanciranje i zabrana/ograničavanje kretanja. Nema javno dostupnih podataka o broju krivičnih i prekršajnih predmeta koji se odnose na nasilje u porodici koji su pokrenuti u toku vanrednog stanja, kao ni o aktivnosti sindikata u Srbiji na suzbijanju i podnošenju inicijativa državnim nadležnim telima i mehanizmima borbe protiv ove vrste nasilja.

ZAKLJUČAK

Na međunarodnom nivou, društvena, kulturna, regulatorna i politička uloga sindikata zavisi od države do države i prilično je različita. Globalno posmatrano, najčešće pominjani primeri dobre prakse delovanja sindikata u svetu odnose se na postizanje promena kada su u pitanju fleksibilni ugovori o radu, borba za ekonomske podsticaje radnicima, priznavanje šireg prava na zaštitu roditeljstva, uključujući priznavanje prava na plaćeno odsustvo očevima radi nege deteta, duže plaćeno

³³ Jane Pillinger, Ludo McFerron, Barb MacQuarrie, „DV@WORKNET COVID-19 BRIEFINGS: Briefing 3: The Covid-19 crisis and work-related domestic violence supports in the long term“, <http://dvatworknet.org/sites/dvatworknet.org/files/dvatwork-covid19-brief3.pdf>, 31.05.2021.

³⁴ Jane Pillinger, Ludo McFerran, Barb MacQuarrie, Robin Runge, Lisa Kelly, „DV@WORKNET COVID-19 BRIEFINGS: Briefing 4: Domestic violence and the Covid-19 crisis - what can workers and trade unions do?“, http://dvatworknet.org/sites/dvatworknet.org/files/dvatwork-covid19-brief4_0.pdf, 31.05.2021.

³⁵ *Ibidem*.

odsustvo sa posla radi posebne nege deteta, kao i pravo na plaćeno odsustvo radi nege bolesnog člana porodice.³⁶

Rodna ravnopravnost je prepoznata kao sastavni deo boljeg balansiranja porodičnog i profesionalnog života, a cilj mnogih aktivnosti koje su postale primeri dobre prakse bili su poboljšanje poštovanja principa rodne ravnopravnosti, poput sačinjavanja planova rodne ravnopravnosti u Španiji ili sveobuhvatnog nadzora nad mehanizmima za poštovanje rodne ravnopravnosti u Portugalu. Sekcije žena u sindikatima su prepoznate kao veoma bitna tela preko kojih treba da ide zastupanje i zagovaranje balansa porodičnog i profesionalnog života žene, kao i promovisanje sveukupne zaštite prava žena na radnom mestu.³⁷

U situaciji oslabljenih institucija i opšte socijalne dezintegracije, krize političkog sistema i uloge političkih partija, sindikati su i dalje organizacije koje okupljaju članstvo, imaju svoju strukturu koju treba očuvati i ojačati. Zbog toga je neophodna saradnja i osnaživanje sindikata, uključujući i sekcije žena i žene koje učestvuju u procesima odlučivanja u sindikatima, kao i okupljanje organizacija civilnog društva i lokalnih zajednica, kako bi se podstakla saradnja sa sindikatima.

Ciljajući na suzbijanje rodne diskriminacije, promovisanjem jednakih zarada za muškarce i žene koji obavljaju iste poslove i podsticanjem povećanja broja žena u organima upravljanja i u procesu donošenja odluka, sindikati mogu da efektivno doprinesu prevazilaženju rodnog jaza u radnopravnim i socijalnim odnosima u društvu. Postojeći jaz mora šire da se sagleda u kontekstu rodne neravnopravnosti, kroz rešavanje problema dostupnosti uglavnom slabije plaćenih poslova ženama, potcenjivanju njihovih sposobnosti, znanja i veština, nejednake podele rada u okviru porodice u smislu brige o domaćinstvu, deci i starijim članovima porodice, češće zapošljavanja žena na određeno vreme ili radno angažovanje kroz rad van radnog odnosa. Samim tim, sindikatima se savetuje jačanje kapaciteta u pogledu rodne ravnopravnosti i rodne diskriminacije, u cilju boljeg prepoznavanja i evidentiranja ovakvih slučajeva na tržištu rada.

Žene su u lošijem položaju na tržištu rada, predstavljaju manjinu među zaposlenima a većinu među radno sposobnim stanovništvom. Teške posledice na ekonomski položaj žena tek će nastupiti, jer je već vidljivo da će doći do ogromnih potresa u brojnim sektorima, a otpuštanja će najviše pogoditi ranjive i ugrožene

³⁶ Paula Franklin, Barbara Helfferich, „Syndicat European Trade Union Rebalance: Trade unions' strategies and good practices to promote work-life balance“, https://www.researchgate.net/publication/337112143_Rebalance_Trade_unions%27_strategies_and_good_practices_to_promote_work-life_balance, 18.05.2021.

³⁷ ETUC - Women in Trade Unions in Europe: Bridging the Gaps (2007), https://www.etuc.org/sites/default/files/English_complet_1.pdf, 29.05.2021.

grupe, posebno žene. Sagledavanje sektora u kojima se žene nalaze na prvoj liniji, jasno ukazuju osetljivost njihovog položaja, a to su žene u zdravstvu, žene u ustanovama socijalne zaštite, žene u obrazovanju, žene u trgovini, žene u proizvodnji hrane, bilo neposredno u poljoprivredi, bilo u prerađivačkoj prehrambenoj industriji, žene u državnoj upravi, žene kao podrška članovima domaćinstva, samozaposlene žene, žene koje pripadaju posebno osetljivim grupama, često izložene diskriminaciji po više osnova, kao što su Romkinje, starije radnice i neformalno zaposlene žene.

Ranije svetske krize pokazale su da države ne mogu same da prevaziđu sve izazove koji su im nametnuti. Zbog same prirode krize koju je izazvala pandemija korona virusa, više nego ikada je neophodan kreativan i konstruktivan socijalni dijalog između vlada, sa jedne strane i predstavnika radnika i poslodavaca, sa druge strane. Socijalni dijalog podrazumeva sve vrste pregovaranja, konsultacija i razmene informacija između predstavnika državnih vlasti, radnika i poslodavaca, kako bi se postigao zajednički interes u oblasti ekonomije, rada i socijalne politike.³⁸ Imajući u vidu pandemiju korona virusa, neophodno je da sindikati deluju u okviru mogućih ishoda krize, odnosno, da se spreče efekti smanjenja zarada u javnom sektoru koje će dovesti do direktnog smanjenja ekonomske moći žena, zbog čega je upravo u periodu krize neophodno bolje sindikalno organizovanje u javnom sektoru.

Što se aktivnosti sindikata u domenu borbe protiv rodno zasnovanog nasilja i nasilja u porodici u Srbiji tiče, jedan od ključnih problema je nedovoljna posvećenost sindikata temama koje se tiču žena, odnosno, temama koje češće pogađaju žene. U ovom kontekstu, žene su češće pogođene različitim tretmanima u radnoj sredini, priznavanjem zakonom garantovanih prava, razlikama u vidovima sindikalnog delovanja i korenima ženskog sindikalizma, rodno zasnovanom diskriminacijom i mobingom, seksualnim i drugim uznemiravanjem na radnom mestu, kao nasiljem u porodici čiji se efekti odražavaju i na radnu sredinu. Evidentna su i prava koja proizlaze iz zaštite materинства, a koja se posebno tiču zaštite radnopravnog statusa žene dok se nalazi na trudničkom, porodiljskom odsustvu i/ili odsustvu sa rada radi nege deteta i/ili odsustvu sa rada radi posebne nege deteta i zaštite od diskriminacije prilikom zapošljavanja i napredovanja žene u zavisnosti od njenog roditeljskog statusa ili uslovljavanje njenog izbora gubitkom radnog mesta.

Zaposlenim ženama je neophodno omogućiti balans između privatnog i profesionalnog života, jer šta god da zaposlena žena radi i čime god da se bavi,

³⁸ ILO Policy Brief on COVID-19, Pillar 4: Relying on social dialogue for solutions, https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739050/lang--en/index.htm, 02.06.2021.

nju pored karijere i rada na poslu, u najvećem broju slučajeva očekuje i onaj drugi, neplaćeni rad, rad bez radnog vremena, koji za nju počinje onog momenta kada dođe sa posla. U posebno teškom položaju su samohrane majke koje moraju da rade kako bi obezbedile egzistenciju, dok su s druge strane jedini roditelj, koji treba da bude dostupan za sve detetove potrebe. Treba imati u vidu da veliki broj poslodavaca nema dovoljno razumevanja za ove probleme.

Dr. VIDA VILIĆ

Clinic of Dentistry Niš, Assistant Director for Legal Matters
Research Associate in Social Science – Law and Criminology

Dr. KOSANA BEKER

Programme Manager, Association FemPlatz Pančevo

GENDER DIMENSION OF THE COVID-19 PANDEMIC: TRADE UNION INVOLVEMENT IN COMBAT WITH GENDER-BASED VIOLENCE AND DOMESTIC VIOLENCE

Summary

During the pandemic, women bore a greater burden, as almost 70% of the health care workforce are female, which made them more in risk of infection. Existing legal regulation offers a good framework for the trade unions to become more active in advancing gender equality. Even before the outbreak of the pandemic, trade unions got involved in fighting domestic violence, making a connection between domestic and work abuse. Unions are deeply concerned about the growing number of domestic violence cases due to coronavirus, trying to develop new mechanisms to protect women not only from virus, but also from violence and discrimination, through well-established women's networks, which have proven crucial in identifying and addressing the alarming increase in domestic violence cases. The aim of this article is to highlight that the lockdown and social isolation are crucial factors in occurrence of gender-based violence which affects women in workplace environment, and to present some examples of good trade union's praxis during the pandemic.

Key words: coronavirus, domestic violence, genderbased violence against women, trade unions

Literatura

Brazil Trade union activism vs. gender-based violence pushed, objavljeno 15.09.2020, <https://www.bwint.org/cms/brazil-trade-union-activism-vs-gender-based-violence-pushed-2010>.

Connell T., „Women & Their Unions Stand Strong during COVID-19“, objavljeno 21.04.2020, <https://www.solidaritycenter.org/women-their-unions-stand-strong-during-covid-19/>.

- COVID-19: Italian unions sign vital new agreement on safety of health workers, <https://www.epsu.org/article/covid-19-italian-unions-sign-vital-new-agreement-safety-health-workers>.
- Domestic and Intimate Partner Violence and COVID-19, <https://aflcio.org/covid-19/domestic-and-intimate-partner-violence-and-covid-19>.
- Domestic violence invades the workplace: Why ILO C190 is needed in the time of Covid-19, objavljeno 06.09.2020, <https://uniglobalunion.org/news/domestic-violence-invades-workplace-why-ilo-c190-needed-time-covid-19>.
- DV@WORKNET – about us, <http://dvatworknet.org/about/about-us>.
- EIGE (European Institute for Gender Equality) (2014), Estimating the costs of gender-based violence in the European Union. European Institute for Gender Equality. Vilnius: EIGE. <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/estimating-costs-in-european-union#:~:text=The%20findings%20from%20this%20UK,cost%20of%20gender%2Dbased%20violence>.
- ETUC - Women in Trade Unions in Europe: Bridging the Gaps (2007), https://www.etuc.org/sites/default/files/English_complet_1.pdf.
- Franklin P., Helfferich B., „Syndicat European Trade Union Rebalance: Trade unions’ strategies and good practices to promote work-life balance“, https://www.researchgate.net/publication/337112143_Rebalance_Trade_unions%27_strategies_and_good_practices_to_promote_work-life_balance.
- Ghoshal R., „Twin public health emergencies: Covid-19 and domestic violence“, *Indian Journal of Medical Ethics*, V (3), str. 195-199. 2020, <https://ijme.in/articles/twin-public-health-emergencies-covid-19-and-domestic-violence/>.
- Home is not safe for everyone: Domestic violence during a pandemic, objavljeno 26.03.2020, <https://canadianlabour.ca/home-is-not-safe-for-everyone-domestic-violence-during-a-pandemic/>.
- https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739050/lang--en/index.htm.
- ILO Policy Brief on COVID-19, Pillar 3: Protecting workers in the workplace, https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739049/lang--en/index.htm.
- ILO Policy Brief on COVID-19, Pillar 4: Relying on social dialogue for solutions.
- International Labour Organisation - Violence and Harassment Convention No. 190, 2019, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190.
- International Labour Organisation - Violence and Harassment Recommendation No. 206, 2019, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206.

- Irish Congress of Trade Unions: Domestic violence and the Workplace, Findings from the Survey, https://www.ictuni.org/download/pdf/final_ictu_domestic_violence.pdf.
- Israeli unions launch TV ad on violence against women, objavljeno 08.06.2020, <https://www.bwint.org/cms/news-72/israeli-unions-launch-tv-ad-on-violence-against-women-1886>.
- McFerran L., Pillinger J., MacQuarrie B., „DV@WORKNET COVID-19 BRIEFINGS: Briefing 2: Domestic violence and work safety strategies and plans during the Covid-19 crisis“, <http://dvatworknet.org/sites/dvatworknet.org/files/dvatwork-covid19-brief2.pdf>.
- Members of Unifor walk in pink high heels downtown to raise money for women's shelter, objavljeno 19.09.2020, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/unifor-hope-in-high-heels-walk-toronto-halton-womens-place-domestic-violence-1.5731400>.
- New ILO Convention gives right to work without violence and harassment, objavljeno 21.06.2019, <https://www.etuc.org/en/pressrelease/new-ilo-convention-gives-right-work-without-violence-and-harassment>.
- OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19) - Women at the core of the fight against COVID-19 crisis, objavljeno 1.04.2020, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis-553a8269/>.
- Pillinger J., McFerran L., MacQuarrie B., Runge R., Kelly L., „DV@WORKNET COVID-19 BRIEFINGS: Briefing 4: Domestic violence and the Covid-19 crisis - what can workers and trade unions do?“, http://dvatworknet.org/sites/dvatworknet.org/files/dvatwork-covid19-brief4_0.pdf.
- Pillinger J., McFerran L., MacQuarrie B., „DV@WORKNET COVID-19 BRIEFINGS: Briefing 3: The Covid-19 crisis and work-related domestic violence supports in the long term“, <http://dvatworknet.org/sites/dvatworknet.org/files/dvatwork-covid19-brief3.pdf>.
- Protecting women's rights during Covid-19, objavljeno 09.04. 2020, <http://www.industriall-union.org/protecting-women-rights-in-during-covid-19>.
- Roca M., „Trade Unions Take A Stand To End Violence Against Women“, objavljeno 25.11.2016, <https://www.socialeurope.eu/trade-unions-take-stand-end-violence-women>.
- Safe at home, safe at work, objavljeno 12.06.2017, <https://www.etuc.org/en/document/safe-home-safe-work-final-report-national-country-studies>.
- Taub A.manda Taub, „A New COVID-19 Crisis: Domestic Abuse Rises Worldwide“, The New York Times, objavljeno 06.04.2020, <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>.
- The economic costs of violence against women, UN Women, objavljeno 21.09.2016, <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2016/9/speech-by-lakshmi-puri-on-economic>

costs-of-violence-against-women.

UN Women - The Shadow Pandemic: Violence against women during COVID-19, <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/in-focus-gender-equality-in-covid-19-response/violence-against-women-during-covid-19>.

Unifor raises \$134,000 to aid domestic violence victims, objavljeno 19.09.2020, <https://www.unifor.org/en/whats-new/press-room/unifor-raises-134000-aid-domestic-violence-victims>.

Union responses to gender-based violence and the COVID-19 pandemic, objavljeno 22.06.2020, <https://www.ituc-csi.org/union-responses-to-gender-based>.

Urban B.Z., Urban, Wagner K.C. Wagner, Union Responses to Domestic and Sexual Violence, and Stalking, San Francisco, CA: Futures Without Violence, 2000, <https://www.workplacesrespond.org/resource-library/can-unions-prevent-respond-workplace-violence/>.

We cannot let domestic violence accompany the spread of COVID-19, objavljeno 17.04.2020, <http://www.iuf.org/w/?q=node/7584>.

Women and their unions are battling a double crisis: Covid-19 and domestic violence, objavljeno 20.04.2020, <https://www.uni-europa.org/2020/04/women-and-their-unions-are-battling-a-double-crisis-covid-19-and-domestic-violence/>.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 29.06.2021.
Prihvaćen: 30.07.2021.

STRUČNI RAD

MIRJANA KNEŽEVIĆ

OBRNUTA HIPOTEKA – NEKA OD PITANJA

Autor nastoji u radu da predstavi institut „obrnute hipoteke“, kao finansijski proizvod oblikovan za osobe starije životne dobi, najčešće penzionere, koji na osnovu vlasništva nad svojom nekretninom dobijaju mesečne prihode. Konstituisanjem obrnute hipoteke, vlasniku nekretnine se omogućava ostanak u njoj do kraja života, dok ona ujedno služi kao osnov za dobijanje prihoda. Obrnuta hipoteka predstavlja oblik kreditiranja, u kojem je sve drugačije uređeno u odnosu na tradicionalni oblik hipotekarnog kredita. Kod hipotekarnog kreditiranja nekretnina se stiče mesečnim plaćanjem određenog novčanog iznosa, dok kod obrnute hipoteke vrednost nekretnine gubi se u vlasništvu, na ime mesečnih primanja. Kod tradicionalnog hipotekarnog kredita, dužnik duguje plaćanje, dok kod obrnutog hipotekarnog kreditiranja dužnik mesečno prima određeni novčani iznos na osnovu vlasništva nad svojom nekretninom. Uporednopravnom analizom pravnog okvira instituta obrnute hipoteke, postavlja se pitanje pravne sigurnosti ne samo zajmoprimca, već i banke kao zajmodavca. Poslovna praksa banaka u narednom periodu treba da pruži odgovor na pitanje da li je nepovoljna starosna struktura i nedovoljno dobra finansijska situacija pensionera dovoljan pokretač za regulatore finansijskog tržišta i zakonopisca za adekvatno pravno ustrojstvo instituta obrnute hipoteke.

Ključne reči: obrnuto hipotekarno kreditiranje, uporedna praksa

U V O D

Brojne su implikacije demografskih promena kako u Republici Srbiji, tako i u zemljama u okruženju. Do njih je došlo kroz proces tranzicije, deindustrijalizacije i procese sprovedene privatizacije primenom različitih modela (kroz podelu

Prof. dr Mirjana Knežević, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: mknezevic@kg.ac.rs.

besplatnih akcija i vaučera, kupovinu udela i akcija s popustom, konvertovanjem duga u udele, pretvaranjem sredstava na ime manje isplaćenih zarada u udele, i dr.), gde je svaki od navedenih modela privatizacije u praksi pokazao manjkavosti usled nedoslednosti u primeni propisa i brojnih neetičkih postupaka.¹ Osiromašenje stanovništva se pojavljuje kao primarna posledica takvog procesa,² a zatim i starenje stanovništva kao posledica demografskih tranzicija.³ Republika Srbija, se nalazi u tzv. završnoj fazi demografskog razvoja, gde se starenje stanovništva odvija pod uticajem pada nataliteta. S druge strane, pad mortaliteta je ubrzavao demografsko starenje kroz povećanje učešća starijih u ukupnom broju stanovnika Republike Srbije.⁴ Znači, jedno od osnovnih obeležja populacionog razvoja u našoj zemlji, je intenzivno demografsko starenje.

Produženo trajanje života, posmatrano u širem društvenom kontekstu, pokreće brojna pitanja poput pitanja ekonomski sigurnog, udobnog a pre svega dostojanstvenog starenja osoba u starijem životnom dobu. Priroda ovog problema je pokretač mnogih teorijskih, ne samo socioloških, već i ekonomskih pitanja koja u poslednje vreme u zemljama u okruženju prelaze na polje zakonodavne aktivnosti. Demografske promene se karakterišu trenutno povećanjem broja starije populacije (korisnika penzija, socijalne pomoći, poljoprivrednici bez poljoprivredne penzije, itd.), povećanjem njihove ekonomske nesigurnosti, pre svega zbog niskih primanja. Mnogi od njih su vlasnici nepokretnosti (kuća, stanova) u kojima žive i koje ne nameravaju za života da prodaju. Do povećanja njihove finansijske moći kroz mesečna primanja, mogu doći korištenjem finansijske tehnike hipotekarnog kreditiranja, tzv. „obrnute hipoteke“ (*Reverse Mortgage*).⁵

Obrnuta hipoteka, kao model finansiranja osoba starije životne dobi se primenjuje u mnogim zemljama, ali domaći pravni okvir ne poznaje ovaj institut. Jedno od obeležja populacionog razvoja u Republici Srbiji jeste intenzivno demografsko starenje, tako da se prema toj osnovnoj karakteristici približavamo tržištima

¹ Jelena Milosavljević, Isidora Milošević, „Privatizacija u Republici Srbiji“, *Civitas*, br.2, 2019, 101-113.

² Ivana Božić-Miljković, „Razvojni i bezbedonosno-geopolitički aspekti demografskih promena u Jugoistočnoj Srbiji“, *Megatrend revija*, br. 3, 2018, 69-84.

³ Jelena Stojiljković Gnjatović, „Teorijski i konceptualni okvir izučavanja starenja stanovništva“, *Stanovništvo*, br. 2, 2019, 13-33.

⁴ Petar Golubović, Suzana Marković-Krstić, „Starosna struktura i prosečna starost stanovništva kao pokazatelji demografskog razvoja nekih balkanskih zemalja“, *Ekonomika*, br. 4-5, 2004, 315-322.

⁵ Vlado Leko, Branka Tuškan, „Finansiranje osoba starije životne dobi tehnikom obrnute hipoteke“, *Računovodstvo i finansije*, br. 6, 133-143.

zemalja na kojima opstaje institut obrnute hipoteke. Republika Srbija ne samo da ne poznaje obrnuto hipotekarno kreditiranje, već se ne vide ni naznake njegovog kreiranja niti primene u bližoj budućnosti. Smatramo da se isticanjem osnovnih funkcija banaka u savremenom privrednom okruženju i primenom pravnog okvira njihovog poslovanja, nalazimo daleko od ovako definisanog pravca njihovog razvoja. Pojedine zemlje iz okruženja idu u pravcu pružanja odgovora na stvorene socioekonomske osnove za primenu ovog finansijskog proizvoda, što se posmatra kroz uporednopravni prikaz u daljem tekstu.⁶

POJAM OBRNUTE HIPOTEKE

Osobama starije životne dobi, koje su stambeno obezbeđene, ali bez dovoljno novčanih sredstava za udoban, zdravstveno siguran i dostojanstven život, u mnogim zemljama se daje mogućnost povećanja njihovih mesečnih primanja kroz primenu finansijskog proizvoda obrnute hipoteke. Obrnuta hipoteka predstavlja kredit koji se namiruje iz založene imovine. Dužniku se odobrava kredit na osnovu nekretnine čiji je on vlasnik, a banka dobija pravo da nakon smrti dužnika preuzme njegovu nekretninu i iz njene vrednosti naplati stvorena dugovanja. Specifičnost kredita odobrenog po osnovu obrnute hipoteke, predstavlja to što ga dužnici ne otplaćuju, niti ga naslednici nasleđuju. On je potpuno odvojen od zaostavštine dužnika, tj. on se isključivo isplaćuje iz vrednosti nekretnine koja je na ime kredita data banci, tj. u njegovu otplatu ne ulaze sredstva koja predstavljaju uštedevinu dužnika, njegovu penziju niti eventualno druga nepokretna i pokretna imovina.

Poput pravila da se velika investiciona ulaganja ne mogu ostvariti bez novčanih sredstava u vidu kredita, funkcioniše i donekle novo, pravilo savremene poslovne prakse banaka da se kreditima investiraju i manja ulaganja (nabavka nameštaja, odlazak na odmor, u banju, itd.). U savremenom okruženju razvoj životnog standarda u jednoj zemlji se sve više vezuje za razvoj samih kreditnih odnosa. Posmatrano sa aspekta društvene reprodukcije, kreditni odnosi omogućavaju likvidnost i kontinuitet u proizvodnji i prometu, kao i uravnoteženje robnovčanih tokova. Krediti omogućavaju normalne društvene odnose između proizvodnje, raspodele i prometa, i na taj način utiču na ubrzavanje proširene reprodukcije.⁷ Pitanje kod obrnute hipoteke koje se postavlja u kontekstu prethodnog izlaganja, šta je to „obrnuto“, tj. specifično u odnosu na tradicionalno hipotekarno kreditiranje.

⁶ Maja Laklija, Silvia Rusac, Nino Žganec, „Trendovi u skrbi za osobe starije životne dobi u Republici Hrvatskoj i u zemljama Europske unije“, *Revija za socijalnu politiku*, 2008, vol. 15, No. 2, 171-188.

⁷ Mirjana Knežević, „Ugovor o kreditu kao uslužni posao“, *Uslužni poslovi* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, Pravni fakultet: Institut za pravne i društvene nauke, 2014, 279-291.

Reč „kredit“ potiče od latinske reči *credo*, što znači verujem, tako da banka i odobrava kredite samo onim licima za koje veruje da će iz njihove nekretnine biti vraćena data novčana sredstva. Kod obrnute hipoteke odobrava se takav kredit kod kojeg se materijalna kreditna sposobnost ispituje kroz materijalnu vrednost založene nekretnine. Umesto kreditne sposobnosti dužnika, proverava se prodajna „sposobnost“, tj. tržišna vrednost založene nekretnine kod banke.⁸ Za razliku od tradicionalnog ugovora o kreditu obezbeđenog hipotekom na nepokretnosti, obrnuta hipoteka se konstituiše na finansijskom tržištu po drugačijim principima.⁹ Zapravo, kao razlog nezaključenja ovog ugovora ne može biti razlog kreditne (ne)sposobnosti dužnika. To se ne uzima u razmatranje prilikom odobravanja ove vrste kredita. Kredit se vraća iz novčanih sredstava ostvarenih prodajom nekretnine nakon smrti dužnika. Novčana sredstva dobijena za života dužnika su već potrošena, tako da se ovaj kredit u literature navodi kao „posmrtni kredit, povratna hipoteka ili doživotna hipoteka“.¹⁰ Sredstva su potrošena, odobrena novčana sredstva troše se za života a kredit se vraća prodajom nekretnine, koju su oni založili kod banke, nakon njihove smrti. Za razliku od klasične hipoteke, gde dužnik na početku ugovornog odnosa poseduje vrlo malo ili uopšte ne poseduje nekretninu, kod obrnute hipoteke dužnik poseduje nekretninu. Zatim, na kraju ugovornog odnosa kod klasične hipoteke dužnik poseduje nekretninu u celosti, dok kod obrnute hipoteke dužnik uglavnom ne poseduje ništa od nekretnine. Nekretnina koja je privatni kapital jednog lica predstavlja efektivno bogatstvo samo ako može da se proda ili pozajmi. U takvim situacijama se pojavljuju obrnute hipoteke. Osobe starije životne dobi, pre svega penzioneri koji imaju ograničena primanja, odlučuju se na ovu vrstu finansijskog proizvoda banaka. Njihov pravni položaj kod ugovora o obrnutoj hipoteci možemo da poredimo sa uređenjem ugovora o kreditu. Uz ukazivanje na specifičnost ovog instituta uočavamo razlike i način njegovog funkcionisanja.

Ekonomska doktrina kredit određuje kao savremeni bankarski posao zasnovan na plasmanu novčanih sredstava. Pravna teorija ugovor o kreditu određuju kao bankarski posao na osnovu koga banka pozajmljuje svom klijentu određenu

⁸ Joseph Weber, Echo Chang, „The Reverse Mortgage and Its Ethical Concerns“, *Journal of Personal Finance*, 2006, vol. 5, No. 1, 37.

⁹ Tuškan B., „Uloga i potencijal obrnute hipoteke u ponudi štedno – ulagačkih proizvoda na finansijskom tržištu“, *Hrvatski dani osiguranja 2018* (ur. Ćurković Marijan; Krišto Jakša; Zorić, Damir), Zagreb, Hrvatski ured za osiguranje, 2018, 70-83.

¹⁰ Jakob Nakić, „Obrnuta hipoteka – novum ili još jedna prevara?“, *Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, Pravni fakultet: Institut za pravne i društvene nauke, 2019, 259-282.

ugovorenu novčanu sumu, a klijent se obavezuje da je vrati u ugovorenom roku, na ugovoreni način kao i da banci plati određenu naknadu (u formi kamate).¹¹ Dužnik svoju obavezu da banci plati određenu naknadu u formi kamate, ostvaruje tako što se ona uračunava u vrednost nekretnine.

Prema drugima, ugovor o kreditu se određuje kao dvostrano obavezujući pravni posao između kreditora i dužnika kojim se jedna strana (kreditor) obavezuje da će drugoj strani (debitoru, dužniku) staviti na raspolaganje određenu sumu novca (tj. da tu sumu novca u određenom roku neće zahtevati), ili da će za nju preuzeti odgovornost prema trećem licu, dok se druga strana obavezuje da će dobijenu sumu koristiti u skladu sa ugovorenim uslovima i da će je po proteku određenog vremena vratiti s kamatom, a za slučaj preuzimanja odgovornosti prema trećem licu, da će platiti određenu proviziju.¹² I kod ovog pojmovnog određenja ugovora o kreditu možemo da tumačimo i kredit dobijen po osnovu obrnute hipoteke. Ugovor se zaključuje između banke i dužnika, kojim se banka obavezuje da drugoj strani, dužniku, stavi na raspolaganje određenu sumu novca na ugovoreni način u vidu mesečnih primanja. Dužnik je u obavezi da dobijena sredstva koristi u skladu sa ugovorenim uslovima i da će tako dobijena suma biti vraćena uz kamatu i proviziju uračunatu u vrednost date nekretnine banci u zakup, iz novčanih sredstava ostvarenih prodajom nakon smrti dužnika. Ukoliko kreditiranje posmatramo šire, kao transakciju novčanih vrednosti a ne samo kao isključivi posao banke,¹³ kao karakteristiku kreditiranja možemo opravdati institutom obrnute hipoteke koja postoji u mnogim zemljama.

Zemlje pripadnice romanskog pravnog sistema, tradicionalni ugovor o kreditu određuje i reguliše kao ugovor o zajmu koji nastaje u trenutku samog dodeljivanja novca, a ugovor zaključen između banke i klijenta u pismenoj formi predstavlja obećanje zaključenja budućeg ugovora.¹⁴ Prema italijanskom Građanskom zakoniku¹⁵ ugovor o kreditu određuje kao otvaranje bankarskog kredita. „Otvaranje bankarskog kredita je ugovor kojim se banka obavezuje da će držati na raspolaganju drugoj strani iznos novca, na određeno ili neodređeno vreme. Ukoliko nije drugačije ugovoreno, lice u čiju je korist kredit otvoren može ga koristiti u više delova, na uobičajeni način i može, naknadnim uplatama, obnavljati kredit koji

¹¹ Zoran Antonijević, *Privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1989, 410.

¹² Stevan Šogorov, *Bankarsko pravo*, Poslovni biro SB, Novi Sad, 2004, 102.

¹³ Miroslav Vitez, *Berze hartija od vrednosti i berzanski poslovi*, Kultura, Bački Petrovac i Ekonomski fakultet, Subotica, 2000, 65.

¹⁴ Član 1892. francuskog Građanskog zakonika iz 1804.

¹⁵ Član 1842. italijanskog Građanskog zakonika iz 1942.

mu stoji na raspolaganju.“ Prema švajcarskom Zakoniku o obligacijama ugovor o kreditu nije posebno uređen, već samo ugovor o zajmu.¹⁶

OBRNUTA HIPOTEKA U SAD-U

U SAD-u 2008. godine se dešava najveći pad berze ne računajući period od Velike krize (poznate još kao i Velika depresija). Globalni ekonomski krah koji je počeo 1928. godine, trajao je do 1939. Smatra se da je to bio najduži i najoštriji sunovrat industrijalizovanog zapadnog sveta do velike recesije. Sa padom berze, od 2006-2008 god. došlo je i do pada oko 25% vrednosti kuće. Kasnije dolazi do povećanja broja penzionera i lica koja se nalaze u periodu očekivanja penzije, koja imaju nedovoljno sredstava kao osnov za penziona primanja. Sa jedne strane, nedostatak ušteđevine za penzionerske dane, a sa druge strane niski penzioni dohoci stvaraju potrebu da se u takvim društvenim okolnostima kreiraju novi finansijski proizvodi za penzionere u cilju obezbeđivanja dodatnih prihoda.¹⁷

Podaci pokazuju da u SAD-u postoje demografski opravdani razlozi za jačanje instituta obrnute hipoteke. Svakog dana u SAD-u više od deset hiljada ljudi napuni šezdeset pet godina.¹⁸ Ova vrsta hipotekarnih zajmova je dostupna vlasnicima kuća, starih 62 godine i više. U SAD-u, vlasnik kuće koji ima 62 ili više godina, na ime nekretnine koju poseduje može od banke dobiti novčana sredstva u obliku paušalnog iznosa, fiksne mesečne isplate ili kreditne linije. Prema Nacionalnom udruženju za povrat hipotekarnih kredita, vlasnici domova starih 62 godine i stariji držali su 7,14 biliona američkih dolara u vlasništvu kuća u prvom tromesečju 2019. Taj broj je najveći, računajući period od 2000. godine, pri čemu je očigledno da je za starija lica koja su u penziji, ogroman izvor bogatstva kapital kuće.¹⁹

Jačanjem programa hipotekarnog kreditiranja koji osigurava Vlada, stvara se tržište koje pruža brojne mogućnosti osobama starije dobi. Postoje tri vrste obrnute hipoteke (jednonamenske obrnute hipoteke, povratne hipoteke koje su savezno osigurane i vlasničke obrnute hipoteke). Najzastupljenija je hipoteka za konverziju domaćeg kapitala ili HECM. HECM predstavlja gotovo sve obrnute hipoteke koje zajmodavci nude na kućne vrednosti ispod 765.600 američkih dolara. HECM će

¹⁶ Član 312-318. švajcarskog Zakonika o obligacijama iz 1911.

¹⁷ Rose Clarence, „The Effective Use of Reverse Mortgages in Retirement“, *Journal of Financial Service Professionals*, 2009, 1-8, <http://www.sfsp.net/pittsburgh/collection/TheEffectiveUseofReverseMortgagesinRetirement.pdf>, 22.05.2021.

¹⁸ John Salter, „Home equity and retirement distribution risk management“, *Journal of Financial Service Professionals*, vol. 67, Issue 2, 2013, 16.

¹⁹ Reverse Mortgage, <https://www.investopedia.com/mortgage/reverse-mortgage/>, 24.04.2021.

verovatno biti skuplji od tradicionalnog stambenog zajma, pored toga što ima visoke početne troškove. To je najčešće korišćena obrnuta hipoteka jer nema ograničenja prihoda ili medicinske potrebe, a zajam se može koristiti iz bilo kog razloga. Jednonamensku obrnutu hipoteku nude državne, lokalne i neprofitne agencije. To je najjeftinija opcija za obrnuti hipotekarni zajam. Vlasnička obrnuta hipoteka koristi se za kuću koja ima visoku vrednost (na kućne vrednosti iznad 765.600 dolara), i nisu savezno osigurane, tako da nemaju avansne ili mesečne premije osiguranja hipoteke. Vlasnik kuće ne mora ništa da plaća po hipoteci za konverziju vlasničkog kapitala dok ne dospe, dok mesečne premije smanjuju iznos koji vlasnik kuće može da pozajmi. Vlasnička povratna hipoteka ili HECM, je pitanje koje ne gubi na aktuelnosti kod budućih korisnika. Njih između ostalog, opredeljuje mogućnost zajmodavca da naplaćuje veće kamate a pozajmljuje manje, u odnosu na vrednost kuće, kako bi nadomestio izostanak osiguranja. Činjenica da veliki procenat lica starijih od 62 godine, koji su vlasnici kuće, najviše interesuje hipoteka za konverziju domaćeg kapitala i to kroz uzimanje kreditne linije ili primanje mesečnog prihoda.²⁰

Dugovanje po osnovu zajma dospeva nakon smrti zajmoprimaca. Zajmodavci strukturiraju transakciju tako da iznos zajma ne prelazi vrednost kuće, a zajmoprimac neće biti odgovoran za plaćanje razlike ako zajam postane veći od vrednosti kuće. Jedan od načina da se ovo dogodi je pad tržišne vrednosti kuće ili ako ako zajmoprimac dugo živi. Obrnuta hipoteka funkcioniše tako što imalac svojine na nekretnini ne vrši plaćanja zajmodavcu, već zajmodavac vrši plaćanja vlasniku nekretnine dok on ima obavezu plaćanja samo kamate na primljeni prihod, a koji se uračunava u iznos odobrenog zajma. Ne dolazi do promene vlasništva sve do smrti, jedino što se dug vlasnika povećava a vrednost nekretnine smanjuje.

Plaćanja od strane zajmodavca se vrše na jedan od sledećih načina: paušalno, kroz jednake mesečne isplate, oročene isplate, kroz kreditne linije, jednake mesečne isplate plus kreditne linije, kratkoročne isplate plus kreditne linije. Ukoliko se pribavlja sav prihod paušalno, onda je kamata fiksna. Kod jednakih mesečnih isplata funkcioniše plan zakupa, dok kod oročene isplate zajmoprimac dobija jednake mesečne isplate za određeni vremenski period koji on sam određuje. Kada se oformi kreditna linija, pozajmljivanje novca može da se vrši po potrebi, dok kod jednakih mesečnih isplata sa kreditnom linijom uvek postoji mogućnost pristupanja kreditnoj liniji i obezbeđivanju veće sume novca u odnosu na jednake mesečne isplate. Kod kratkoročnih isplata sa kreditnom linijom, jednake mesečne isplate se vrše za određeni period, s tim da postoji mogućnost da se pristupi kreditnoj liniji.

²⁰ What Are the Different Types of Reverse Mortgages? <https://www.investopedia.com/mortgage/reverse-mortgage/types/>, 07.02.2021.

OBRNUTA HIPOTEKA U VELIKOJ BRITANIJU

Više od pola veka u Velikoj Britaniji se razvija institut obrnute hipoteke, sa tendencijom prilagođavanja oblika potrebama na tržištu.²¹ Postoje tri vrste obrnute hipoteke: kamatne hipoteke, zajednički uvažavajući planovi, i kapitalizirani kamatni krediti. U praksi su prisutni samo kapitalizirani kamatni krediti (zajmovi sa kapitalizovanim kamatom).

Starosna granica za uzimanje obrnute hipoteke je od 55-60 godina. Kamatne hipoteke su bili tradicionalni nepovratni krediti u kojima se kamata otplaćivala periodično. Sa gubitkom poreskih olakšica, izgubili su i značaj a samim tim i prisustvo na tržištu. Poput njih, sa tržišta su nestali i zajednički uvažavajući planovi, kao beskamatni krediti kod kojih su kreditne institucije najčešće uzimale deo kuće pod garanciju.

Kod kapitaliziranih kamatnih kredita, kreditna institucija odobrava kredit koji se isplaćuje tokom jednog ili nekoliko vremenskih perioda ili kao redovni prihod. Vremenom, njegova količina se povećava, dok je kamatna stopa nepromenljiva. Kamate se ne plaćaju za vreme trajanja kredita, već se kapitalizovana kamata plaća na godišnjem nivou. Sam naziv – zajmovi sa kapitalizovanim kamatom nam pokazuju karakteristiku ove vrste obrnute hipoteke. Početni troškovi su niži a kamatne stope više u poređenju sa obrnutom hipotekom u SAD-u.

OBRNUTA HIPOTEKA U POLJSKOJ

Prikazom rešenja pitanja obrnute hipoteke u zemljama anglosaksonskog pravnog sistema, postavlja se pitanje njegovog prisustva u zemljama iz okruženja i šire. Pravni okvir uređenja predmetnog instituta u Poljskoj, po mišljenju mnogih autora je najbliži pravnoj kulturi domaćih prostora i prostora iz bližeg okruženja. U Poljskoj institut obrnute hipoteke je uređen posebnim Zakonom o obrnutim hipotekarnim kreditima još od 2014. godine²² (u daljem tekstu ZOHK).²³ Zakon definiše pravila i postupak za zaključivanje obrnutog hipotekarnog ugovora, prava i obaveze ugovornih strana i pravila za izmirenje obaveza koje iz ugovora proizilaze.

²¹ Paula Lopes, Joao Cocco, „Reverse Mortgage Design“, 2015 Meeting Papers, Issue 632, Society for Economic Dynamics, 2015, 65. <https://www.nottingham.ac.uk/cfm/documents/seminars/2014-15/joao-cocco.pdf>.

²² Zakon o obrnutom hipotekarnom kreditu, *Dz.U. 2014 poz. 1585. (Ustawa o odwróconym kredycie hipotecznym, Reverse Mortgage Act)* Dostupno na: *Ustawa o odwróconym kredycie hipotecznym – odwróc.kred.hipot. (lexlege.pl)*.

²³ J. Nakić, *op.cit.*, 272.

Zajam se osigurava hipotekom na nekretnini koja je u vlasništvu zajmoprimaca, i njegova otplata se odgađa do određenog trenutka koji je nepoznat u vreme zaključenja ugovora. To je trenutak smrti zajmoprimaca. Zajam se otplaćuje iz iznosa vrednosti dobijene prodajom nekretnine. Ugovorom o obrnutoj hipoteci banka se obavezuje da će na neodređeno vreme pružiti zajmoprimcu određeni iznos sredstava čija će se otplata izvršiti nakon zajmoprimčeve smrti, a zajmoprimac se obavezuje da obezbedi sigurnost za otplatu ovog iznosa zajedno sa dospelim kamatama i ostalim troškovima (čl. 4. st. 1. ZOHK). Zajmoprimac može biti fizičko lice koje je vlasnik nepokretnosti ili koje ima pravo zadružnog vlasništva nad prostorijama ili pravo trajnog plodouživanja, kao i suvlasnik nekretnine, ili koje ima pravo na udeo u zadružnom pravu svojine na prostoriji ili u pravu trajnog plodouživanja (čl. 4, st. 2, ZOHK). Zajmodavac može biti banka, predstavništvo strane banke, predstavništvo kreditne institucije ili kreditna institucija koja obavlja prekograničnu delatnost (čl. 2, st. 2, ZOHK). Kod utvrđivanja iznosa obrnute hipoteke polazi se od tržišne vrednosti nepokretnosti koja je u vlasništvu zajmoprimca ili na koju zajmoprimac ima pravo trajnog plodouživanja ili pravo zadružnog vlasništva (čl. 6, st. 1, 2, ZOHK). Iznos obrnute hipoteke isplaćuje se paušalno ili na rate, za period i u iznosu naznačenim u ugovoru, ali ne duže do smrti zajmoprimca (čl. 7, st. 1, ZOHK).

Ugovor o obrnutom hipotekarnom kreditu

Pre zaključivanja ugovora o obrnutom hipotekarnom kreditu, banka je u obavezi, najmanje 14 dana pre zaključenja ugovora, da pruži zajmoprimcu potrebne informacije o ponudi obrnute hipoteke, a u cilju zaštite njegovih prava. Informacije se pružaju u formi obrasca, bilo elektronski ili u papirnom obliku sa podacima o banci, iznosu obrnute hipoteke, načinu njenog utvrđivanja. Zajmoprimac mora da bude informisan o načinu utvrđivanja visine kamate i uslovima za njenu promenu, kao i o iznosu i načinu plaćanja ostalih troškova. Zatim, o načinu obezbeđenja potraživanja banke, kao i o svojim pravima i obavezama i pravilima za poravnanje obrnute hipoteke (čl. 8. ZOHK). Na osnovu dostavljenih dokumenata zajmoprimca, banka procenjuje stanje i istoriju obaveza zajmoprimca i pravni status njegove imovine (čl. 9. ZOHK). Ona odlučuje da li je vrednost i pravni status nekretnine zadovoljavajući za otplatu odobrenog kredita. Zakon ne precizira koje nekretnine mogu da predstavljaju osnov dobijanja kredita. Smatramo da su to: kuće, stanovi i zemljišta.

Ugovor o obrnutom hipotekarnom zajmu zaključuje se u pismenoj formi i u njemu su sadržani sledeći elementi: podaci o ugovornim stranama, iznos obrnute hipoteke, tržišna vrednost nekretnine, datum, iznos i način plaćanja iznosa obrnute hipoteke, način obezbeđenja potraživanja banke, kamata, troškovi, način praćenja vrednosti

nekretnine, prava zajmoprimca (pravo na odustajanje od ugovora, na prevremenu otplatu, i raskid ugovora), pravila i datum dospelosti ugovornih obaveza, kontakt osobe nakon smrti zajmoprimca (čl. 10. ZOHK). Zakon reguliše obavezu da se ne raspolože pravima koja predstavljaju obezbeđenje zajma, tako da se ugovorom o obrnutom hipotekarnom kreditu, zajmoprimac može obavezati da bez pristanka banke neće preneti vlasništvo nad nekretninom, koja predstavlja jamstvo za zajam (čl. 11. ZOHK).

Prava i obaveze ugovornih strana

Zakon definiše pravo zajmoprimca da odustane od zaključenog ugovora o obrnutom hipotekarnom kreditu bez navođenja razloga, u roku od 30 dana od dana zaključenja, bez snošenja dodatnih troškova (čl. 12. ZOHK). Zajmoprimac je u obavezi da vrati isplaćeni iznos zajma banci, sa dospelim kamatama do datuma odustajanja od ugovora. Zajmoprimac ima pravo da vrati celokupan ili deo dugovanog iznosa, pri čemu banka ne zaračunava nikakvu proviziju (čl. 13. ZOHK). Zakon propisuje rok od 30 dana za realizovanje prava na raskid ugovora (čl. 14. ZOHK). U slučaju neizvršenja zakonom definisanih obaveze banke, zajmoprimac može da raskine ugovor. Pravo na raskidanje ugovora može da se ostvari, ukoliko banka nije ispunila obavezu pružanja informacija zajmoprimcu u formi obrasca informacija, ili ugovor nije sastavljen u formi i sa sadržajem koji propisuje zakon (čl. 15. ZOHK). Zajmoprimac je u obavezi da za vreme trajanja ugovora o obrnutom hipotekarnom kreditu osigura nekretninu i da se stara da ona bude u neoštećenom stanju uzimajući u obzir uobičajenu upotrebu vršenu u skladu sa njenom namenom, (tekuće popravke), i uredno plaćati porez. U slučaju neispunjavanja navedenih obaveza, banka poziva zajmoprimca da ih ispuni u roku od 60 dana. U suprotnom, banka zahteva od zajmoprimca da ga ovlasti da izvršava ovu obavezu u njegovo ime. (čl. 16. ZOHK). Banka ima pravo da raskine ugovor o obrnutom hipotekarnom kreditu, pod uslovima koji su taksativno nabrojani u zakonu (čl. 17. ZOHK), pri čemu obustavlja isplatu.

Poravnanje obrnute hipoteke

Banka nema pravo da zahteva otplatu kredita pre smrti zajmoprimca, osim u slučajevima kada je ugovor raskinut. Tek nakon smrti u roku od godinu dana, ukupan iznos kredita se plaća i u njega ulaze zbir povučenog iznosa obrnutog hipotekarnog kredita, kamata i drugih troškova koje nije platio zajmoprimac pre otplate kredita. Ukoliko je obrnuta hipoteka data većem broju zajmoprimaca (bračnim drugovima), ukupan iznos koji treba platiti dospeva takođe godinu dana nakon smrti zadnjeg zajmoprimca (čl. 20. ZOHK). Nakon smrti zajmoprimca, banka sprovodi aktivnosti oglašavanja

njegove smrti na propisan način, i pozivanja navedene osobe za kontakt u ugovoru. Naslednici zajmoprimca, u roku od 12 meseci od dana smrti zajmoprimca ili poslednjeg zajmoprimca, mogu da vrate ukupan iznos zajma koji treba platiti i zadržati pravo na imovinu (čl. 21. ZOHK), pri čemu potraživanje banke prestaje. U suprotnom, ako naslednici ne plate zajam, vlasništvo nad nekretninom će biti preneto na banku.

Banka obračunava kamate i druge troškove do dana otplate ukupnog iznosa koji treba platiti ili prenosi na banku vlasništvo nad nekretninom ili prava koje predstavlja jemstvo za odobreni kredit. Ovaj ugovor se zaključuje sa naslednicima zajmoprimca. Banka može da zahteva isplatu obrnutog hipotekarnog kredita samo iz vrednosti predmetne nekretnine.

Ukoliko banka uđe u stečajni postupak, ugovor o obrnutom hipotekarnom kreditu se raskida u odnosu na neizvršeni deo (čl. 32. ZOHK). Odmah nakon proglašenja stečaja banke, stečajni upravnik podnosi nadležnom okružnom sudu zahtev za smanjenje hipotekarnog iznosa na iznos koji odgovara ukupnom iznosu za plaćanje, uz rezervu da će se kamate obračunavati do datuma stečaja banke (čl. 33. ZOHK).

ZAKLJUČAK

Obrnuta hipoteka predstavlja finansijski proizvod kreiran za finansiranje potrošnje osoba starije životne dobi. Na ovaj način se koristi stambeni kapital pojedinca tako da se u njemu ostaje do kraja života. Starenje stanovništva, pad penzionog osiguranja i ekonomska iscrpljenost su razlozi koji povećavaju potražnju za obrnutom hipotekom na tržištu mnogih zemalja. Obrnuta hipoteka vodi ka otuđenju ili smanjenju vrednosti nekretnine što može da stvori nezadovoljstvo naslednika. Srpska tradicija je nasleđivanje porodične imovine, tako da je ovaj proizvod daleko od realne mogućnosti uključivanja u pravni okvir i sprovođenja u domaćoj praksi. Težište zadatka je na strani zakonodavca u stvaranju adekvatnih pravnih rešenja za uključivanje instituta obrnute hipoteke u bankarsku praksu zemalja koja ga ne poznaju. Zakonsko uređenje ugovora o obrnutom hipotekarnom kreditu u Poljskoj može da posluži kao primer dobre prakse u sprovođenju obrnute hipoteke. Prednosti obrnute hipoteke su finansijske ali i psihološke prirode. Zajmoprimac dobije vrednost nekretnine kao izvor prihoda, a u isto vreme ostaje u njoj kao njen vlasnik do kraja života. Nije primoran na iseljenje, jer ostaje u njoj i uporedo koristi njenu procenjenju vrednost. Sve dok zajam ne dospe na naplatu, ne traži se njegova otplata. Banka može da traži otplatu zajma samo iz nekretnine na koju je podignut hipotekarni zajam. Kao nedostatke obrnute hipoteke možemo da izdvojimo mogućnost kreiranja visokih troškova koji vraćanje obrnute hipoteke čine skupim. Zatim, definisane obaveze zajmoprimca da održava nekretninu, plaća porez na imovinu i osigurava

istu uz ostale troškove nekretnine. Uz navedene nedostatke, bitno je izdvojiti i nedovoljnu informisanost o pravima i obavezama ugovornih strana čime može da se naruši pravna sigurnost. Ukoliko se posmatra stvarna vrednost nekretnine i dobijeni iznos, njihov odnos je uglavnom neadekvatan, a u isto vreme se oduzima nasleđnicima pravo na porodično nasleđe. Mišljenja smo da je prerano govoriti o uvođenju obrnute hipoteke na srpsko tržište, pogotovo zbog toga što tradicionalne vrednosti i dalje jačaju institut porodičnog nasleđivanja i porodične brige, što je ujedno i najveća vrednost srpskog društva. Ostaje nam ugovor o doživotnom izdržavanju kao uređen pravni posao čiji su ciljevi ekonomski i društveno opravdani.

Prof. Dr. MIRJANA KNEŽEVIĆ
Full Professor, Faculty of Economics
University of Kragujevac

REVERSE MORTGAGE - SOME OF THE QUESTIONS

Summary

The author tries to present the institute of “reverse mortgage”, as a financial product designed for the elderly, most often retirees, who receive monthly income based on the ownership of their real estate. By constituting a reverse mortgage, the property owner is allowed to stay in it for the rest of his life, while it also serves as a basis for obtaining income. Reverse mortgage is a form of lending, in which everything is regulated differently compared to the traditional form of mortgage lending. In the case of mortgage lending, real estate is acquired by monthly payment of a certain amount of money, while in the case of a reverse mortgage, the value of the property in ownership is lost, in the name of monthly income. In the case of a traditional mortgage loan, the debtor owes payment, while in the case of a reverse mortgage loan, the debtor receives a certain amount of money per month based on the ownership of his real estate. Comparative legal analysis of the legal framework of the reverse mortgage institute raises the question of legal security not only of the borrower, but also of the bank as a lender. The business practice of banks in the coming period should provide an answer to the question of whether the unfavorable age structure and insufficiently good financial situation of pensioners is a sufficient driver for financial market regulators and legislators for adequate legal structure of reverse mortgage institutes.

Key words: reverse mortgage lending, comparative practice

Literatura

Antonijević Z., *Privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1989.

Božić-Miljković I., „Razvojni i bezbedonosno-geopolitički aspekti demografskih promena u Jugoistočnoj Srbiji“, *Megatrend revija*, br. 3, 2018.

Clarence R., „The Effective Use of Reverse Mortgages in Retirement“, *Journal of Financial Service Professionals*, 2009, 1-8. <http://www.sfsp.net/pittsburgh/collection/TheEffective-UseofReverseMortgagesinRetirement.pdf>.

- Golubović P., Marković-Krstić S., „Starosna struktura i prosečna starost stanovništva kao pokazatelji demografskog razvoja nekih balkanskih zemalja“, *Ekonomika*, br. 4-5, 2004.
- Knežević M., „Ugovor o kreditu kao uslužni posao“, *Uslužni poslovi* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, Pravni fakultet: Institut za pravne i društvene nauke, 2014.
- Laklija M., Rusac S., Žganec N., „Trendovi u skrbi za osobe starije životne dobi u Republici Hrvatskoj i u zemljama Europske unije“, *Revija za socijalnu politiku*, 2008, vol. 15, No. 2, 2008.
- Leko V., Tuškan B., „Finansiranje osoba starije životne dobi tehnikom obrnute hipoteke“, *Računovodstvo i finansije*, br. 6, 2009.
- Lopes P., Cocco J., „Reverse Mortgage Design“, 2015 Meeting Papers, Issue 632, Society for Economic Dynamics, 2015. <https://www.nottingham.ac.uk/cfcm/documents/seminars/2014-15/joao-cocco.pdf>.
- Milosavljević, J., Milošević I., „Privatizacija u Republici Srbiji“, *Civitas*, br. 2, 2019.
- Nakić J., „Obrnuta hipoteka – novum ili još jedna prevara?“, *Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, Pravni fakultet: Institut za pravne i društvene nauke, 2019.
- Reverse Mortgage, <https://www.investopedia.com/mortgage/reverse-mortgage/>.
- Salter J., „Home equity and retirement distribution risk management“, *Journal of Financial Service Professionals*, vol. 67, Issue 2, 2013.
- Šogorov S., *Bankarsko pravo*, Poslovni biro SB, Novi Sad, 2004.
- Stojiljković Gnjatović J., „Teorijski i konceptualni okvir izučavanja starenja stanovništva“, *Stanovništvo*, br. 2, 2019.
- Tuškan B., „Uloga i potencijal obrnute hipoteke u ponudi štedno – ulagačkih proizvoda na financijskom tržištu“, *Hrvatski dani osiguranja 2018* (ur. Ćurković Marijan; Krišto Jakša; Zorić, Damir), Hrvatski ured za osiguranje, Zagreb, 2018.
- Vitez M., *Berze hartija od vrednosti i berzanski poslovi*, Kultura, Bački Petrovac i Ekonomski fakultet, Subotica, 2000.
- Weber J., Chang E., „The Reverse Mortgage and Its Ethical Concerns“, *Journal of Personal Finance*, vol. 5, No. 1, 2006.
- What Are the Different Types of Reverse Mortgages? <https://www.investopedia.com/mortgage/reverse-mortgage/types/>.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 24.08.2021.

Prihvaćen: 20.09.2021.

PREGLEDNI RAD

PREDRAG KNEŽEVIĆ
NATAŠA STOILJKOVIĆ

POSLEDICE NIŠTAVOSTI I RASKIDA KOD UGOVORA O KREDITU

U okviru opšte teme „Primena prava i pravna sigurnost“, u ovom radu je prethodno dat rezime dosadašnje sudske prakse u pogledu valjanosti ugovornih odredbi i pravnih posledica ništavosti i raskida kod ugovora o kreditu, a da bi se analizirale pravne posledice ništavosti kod određenih specifičnih slučajeva u praksi. Gotovo da nema bitne odredbe ugovora o kreditu čija valjanost nije bila predmet ocene suda. Očekivanja ugovornih strana, ostvarenje svrhe ugovora, ravnopravnost ugovornih strana, dopuštenost, određenost ili određivost obaveza, savesnost i poštenje prilikom zasnivanja ugovornog odnosa, ekvivalentnost prestacija, zabrana zloupotrebe prava, dužnost uzdržavanja od postupaka prouzrokovanja štete u obligacionom odnosu, predstavljaju elemente pravne sigurnosti koji su dovedeni u pitanje u odlukama sudova. Jednostrano povećanje kamata, nedokumentovani troškovi obrade kredita, primena neadekvatne valutne klauzule, nedosledna primena kursa, osiguranje kredita na štetu korisnika kredita, zah-tevale su intervenciju suda, kako bi se otklonile povrede primene prava, a posebno primene članova 12,13,14,16 i 21. Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO). Otklanjanje posledica pravne nesigurnosti i primene prava protivno svrsi postojanja neke pravne norme je u proglašenju ništavosti ugovora, ništavosti nekih njegovih odredbi ili njegov raskid zbog prome-njenih okolnosti, a satisfakcija oštećene strane je vraćanje neosnovano stečenog od druge strane. U radu je poseban fokus dat na situacije isticanja ništavosti kada je banka raskinula ugovor o kreditu zbog neispunjenja, kada je nakon raskida realizovala hipoteku na nepokretnosti koja je služila za obezbeđenje kredita, kao i na slučajeve kada se Nacionalna korporacija za osiguranje

Mr Predrag Knežević, advokat iz Beograda, e-mail: knezps@gmail.com.

Nataša Stoiljković, advokat iz Beograda, e-mail: stoiljkovicbgd@gmail.com.

stambenih kredita (u daljem tekstu: NKOSK) pojavljuje sa tužbenim zahtevima po osnovu regresnog prava po ugovoru o osiguranju kredita zaključenog sa bankom.

Ključne reči: ugovor o kreditu, valutna klauzula, troškovi obrade kredita, ništavost ugovora, osiguranje kredita

KAUZA UGOVORA I UGOVARANJE VALUTNE KLAUZULE U ŠVAJCARSKIM FRANCIMA

Kauza kod ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom

Da bi ugovor punovažno nastao, mora postojati dopušten osnov (kauza) ugovora, kako pri nastanku ugovora, tako i za sve vreme trajanja ugovornog odnosa. Nesporno je da su banke korisnicima kredita ugovorom stavljale na raspolaganje, kako je predviđeno članom 1065. ZOO, određeni iznos novčanih sredstava i to u dinarima, uz valutnu klauzulu zasnovanu na odredbi člana 395. ZOO i odredbi člana 34. stav 8. Zakona o deviznom poslovanju¹ sa razlogom obezbeđenja banke kao poverioca od moguće inflacije, koja bi obezvređila obavezu dužnika, zbog čega bi banke pretrpele štetu. Ova klauzula ima za jedini cilj očuvanje vrednosti novčane obaveze izražene u dinarima. Osnov (kauza) preuzimanja navedene ugovorne obaveze jedne strane, jeste zaštita banke, koja bi u vreme inflacije, trebalo da je štiti kao poverioca od obezvređenja novca. Međutim, zbog enormnog skoka kursa, valutna klauzula u švajcarskim francima dovela je do obrnute situacije u odnosu na onu zbog koje je uspostavljena, tako da pri enormnom rastu kursa sada dužnik trpi štetu, a poverilac profitira. Na taj način povređen je cilj, svrha, kauza (osnov) takve odredbe, jer je došlo do teškog poremećaja ekvivalentnosti uzajamnih davanja ugovarača i to na štetu dužnika, tako da je kauza (osnov) takve odredbe naknadno otpala a ugovor iz tog razloga postao apsolutno ništav shodno odredbi člana 52. ZOO.

Posledice ugovaranja valutne klauzule u švajcarskim francima

Banka, kao finansijski stručnjak, morala je predvideti mogućnost rasta kursa švajcarskog franka i morala je prilikom zaključenja ugovora u pisanom obliku upozoriti korisnika kredita na negativne posledice koje bi mogla izazvati primena ove valutne klauzule. Takav pristup banke kao davaoca kredita predstavlja njenu zakonsku obavezu iz člana 12. ZOO koja obavezuje učesnike da se pri zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa pridržavaju načela savesnosti i poštenja.

¹ Zakon o deviznom poslovanju, *Sl. glasnik RS*, br. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014, 30/2018.

Posebno pitanje valjanosti valutne klauzule u švajcarskim francima, koje je razmatrao i Vrhovni kasacioni sud² je pitanje pod kojim uslovima je banka na međunarodnom deviznom tržištu pribavila kreditna sredstva koja je plasirala korisniku kredita, po kom kursu je izvršen transfer tih sredstava, odnosno da li je banka u obavezi da pribavljena sredstva vrati u toj ili drugoj valuti i po kom kursu se vrši obračun njenog duga što su odlučne činjenice za utvrđivanje opstanka valutne klauzule u švajcarskim francima.

U slučajevima kada nije došlo do pribavljanja sredstava na međunarodnom bankarskom tržištu od strane banke već je banka samo izvršila indeksaciju valutnom klauzulom u švajcarskim francima ili preindeksirala valutnu klauzulu iz eura u švajcarske franke, pa je tako samo na osnovu fiktivne indeksacije stekla enormnu protivpravnu imovinsku korist na štetu korisnika kredita, sledi apsolutna ništavost ovog ugovora, odnosno njegovih odredbi.

Da su krediti sa valutnom klauzulom u švajcarskim francima rizični, ukazala je i Narodna banka Srbije kada je 2011. godine donela Odluku o merama za očuvanje i jačanje stabilnosti finansijskog sistema³ kojom je određeno da „banka može fizičkom licu odobriti kredit koji je indeksiran deviznom klauzulom – pod uslovom da je valuta obaveze evro.“ Reč je o prinudnom propisu, sa obavezom poštovanja od 30.06.2011. godine, koji važi za sve poslovne banke, a kojim je NBS dodatno utvrdila evro kao obračunsku valutu u Srbiji, iako je on to faktički i bio.

Primena propisa o zaštiti korisnika usluga

Princip poštenog prometa u obligacionim odnosima potrošača, odnosno korisnika usluga, kao i davaoca usluga razrađen je i odredbama Zakona o zaštiti potrošača⁴ kojim je propisano kao osnovno načelo pravo potrošača na informisanost, a ta prava se shodno primenjuju i na davaoce finansijskih usluga. Ispunjenje tih obaveza mora se ceniti sa stanovišta nesporno stručnog znanja banke kao davaoca kredita i njene obaveze da iskustveno sagleda ranije promene kursa švajcarskog franka i objektivno oceni da li je enorman rast kursa te valute bio očekivan u ugovornom periodu vraćanja odobrenih kreditnih sredstava.

² Pravno shvatanje usvojeno na sednici Građanskog odeljenja VKS održanoj 2. Aprila 2019 godine.

³ Odluka o merama za očuvanje i jačanje stabilnosti finansijskog sistema, *Sl.glasnik RS*, br. 34/2011.

⁴ Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. glasnik RS*, br. 79/05, odredbe čl. 3. st. 1. tač. 2., 11., čl. 17. st. 1. i 2. i čl. 18. i važeći Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. glasnik RS*, br. 62/14, 6/16 i dr. Zakon i 44/18 – dr. Zakon, odredbe čl. 41., čl. 42. i čl. 43.

Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga⁵ konstituisano je opšte pravo korisnika kredita na obaveštenje u skladu sa odredbom čl. 13., kao i obaveza informisanja korisnika kredita u predugovornoj fazi ustanovljena odredbom čl. 15. tog Zakona. Zato se saglasno svim navedenim zakonskim odredbama mora ceniti i pravna valjanost ugovora o kreditu, odnosno njegovih pojedinih odredbi.

Nepoštovanje zakonskih odredbi može dovesti do apsolutne ništavosti ugovora u celini ili njegovih pojedinih odredbi u skladu sa odredbom člana 103., odnosno člana 105. ZOO. Osim toga, sankcija ništavosti nepravičnih ugovornih odredbi izričito je propisana i odredbom čl. 43. važećeg Zakona o zaštiti potrošača.

Evropski propisi i sudske odluke o zaštiti korisnika usluga

Direktivom Evropske zajednice 93/13/EEZ o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima, odredbom člana 3. definisano je:

1. Ugovorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori smatra se nepoštenom ako protivno načelu savesnosti i poštenja, na štetu potrošača, uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obavezama strana, proizašlih iz ugovora.

2. Uvek se smatra da se o nekoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ako je ona sastavljena unapred pa potrošač nije mogao uticati na njen sadržaj, posebno u kontekstu unapred formulisanog tipskog ugovora.

Republika Srbija tokom 2008. donela je Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica sa jedne, i Republike Srbije sa druge strane⁶ u kome je odredbom člana 78. predviđena obaveza Republike Srbije ne samo da uskladi svoje zakonodavstvo o zaštiti potrošača sa zaštitom koja je na snazi u Evropskoj zajednici, već i da sprovodi aktivnu politiku zaštite potrošača i dostigne nivo zaštite potrošača jednak onom koji postoji u Evropskoj zajednici.

OSTALI RAZLOZI NIŠTAVOSTI ODREDBI UGOVORA O KREDITU

Određenost i odredivost predmeta Ugovora o kreditu

Predmet obaveze iz ugovora mora biti moguć, dopušten, određen, odnosno odrediv, kako je to navedeno u odredbi člana 46. stav 2. ZOO.

⁵ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Sl. glasnik RS*, br. 36/11, 139/14.

⁶ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica sa jedne i Republike Srbije sa druge strane, *Sl. glasnik RS*, Međunarodni ugovori, br. 83/2008.

Članom 1066. stav 2. ZOO propisano je da iznos, kao i uslovi davanja, korišćenja i vraćanja kredita predstavljaju bitne elemente ugovora o kreditu, a predmet obaveze, kao bitan element ugovora mora biti određen ili odrediv u smislu pomenutog člana 46. stav 2. ZOO, s tim da se pod odredivošću, kako je to predviđeno članom 50. stav 1. ZOO, smatra da je predmet obaveze odrediv ako ugovor sadrži podatke pomoću kojih se može odrediti ili su strane ostavile trećem licu da to odredi.

Kamatna stopa je neodređena i neodrediva, kada njenu visinu određuje banka i to na način što može da je menja jednostranim izmenama kamatne stope i ostalih troškova ugovora kroz izmene akta poslovne politike i to od trenutka donošenja akta, bez zaključivanja posebnog aneksa ugovora.

Ugovorna kamata kao deo novčane obaveze korisnika kredita i naknada koju on plaća banci za korišćenje novčanih sredstava odobrenog kredita, mora da bude izričito i jasno ugovorena i određena u pogledu visine ili načina njenog obračunavanja, pa odredba ugovora o kreditu o promenljivoj ugovornoj kamatnoj stopi koja zavisi od akata poslovne politike banke, ne sadrži jasne parametre za određivanje i obračun njene visine, i kao takva, primenom članova 11.,12.,13.,14.,16. i 21. ZOO, predstavlja ništavu odredbu ugovora.⁷

Naše mišljenje je da nepridržavanje načela zabrane zloupotrebe prava i načela savesnosti i poštenja koji su sastavni deo javnog poretka, čini zaključeni ugovor ništavim, prema odredbi člana 103. stav 1. ZOO i to u celini.

Klauzule o naplati provizije i naknada za obradu i praćenje kredita

Naplata jednokratne naknade troškova za obradu kroz efektivnu kamatnu stopu i istovremeno ugovaranje naplate kroz zadržavanje dela sredstava u trenutku puštanja kredita u tečaj predstavlja povredu načela savesnosti i poštenja.

Kada banka u postupku odobrenja kredita korisniku prezentuje obračun naknade troškova obrade kredita kroz efektivnu kamatnu stopu, tada ugovaranje njihove naplate kroz zadržavanje dela sredstava u trenutku puštanja kredita u tečaj predstavlja povredu načela savesnosti i poštenja.⁸

Pravo banke da obračunava određene troškove povodom zaključenja Ugovora o kreditu proizilazi i iz odredbe člana 43. Zakona o bankama⁹ kojim je predviđena mogućnost jedinstvenog načina obračuna i objavljivanja troškova, kamata

⁷ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev. 1976/16 od 22.06.2017.

⁸ Sentenca iz presude Vrhovnog kasacionog suda prev. 75/2020 od 04.06.2020. godine, usvojena na sednici Građanskog odeljenja od 16.03.2021. godine.

⁹ Zakon o bankama, *Sl. glasnik RS*, br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015.

i naknada bankarskih usluga i to naročito po osnovu depozitnih i kreditnih poslova. Ovo pravo banke je dalje definisano određenim podzakonskim aktima i to Odlukom Narodne banke Srbije o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope na kredite i depozite, koja je važila u vreme zaključenja predmetnog ugovora¹⁰ i Uputstvom za primenu Odluke o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope za depozite i kredite kojima su propisani bliži uslovi obračuna i objavljivanja troškova, kamata i bankarskih usluga po osnovu kreditnih poslova, kao i bliži uslovi i način obaveštavanja klijenata banke. Saglasno tački 5. Odluke ponuda banke za zaključenje Ugovora o kreditu treba da sadrži podatke koji se uključuju u obračun efektivne kamatne stope u koju spadaju i iznosi naknada i troškova, koje banka obračunava klijentu u postupku odobravanja kredita. Ponuda mora da bude sačinjena tako da podaci iz iste budu jasni i nedvosmisleni, što se odnosi i na troškove obrade kredita, te moraju da budu iskazani kroz obračun efektivne kamatne stope.¹¹

U preinačujućoj presudi po reviziji Vrhovni kasacioni sud poništava odredbu ugovora koja glasi „Korisnik kredita je saglasan da banka prilikom isplate kredita zadrži 0,5% od iznosa odobrenog kredita, na ime troškova obrade kredita.“ U obrazloženju ove presude se navodi da troškovi obrade kredita u odnosu na mehanizam njihovog obračuna i naplate podrazumevaju da se oni iskazuju u efektivnoj kamatnoj stopi te da stoga ugovaranje naplate troškova obrade kredita u jednokratnom iznosu i to zadržavanjem dela sredstava iz odobrenog kredita, a ujedno i njihovim uključivanjem u efektivnu kamatnu stopu dovodi do neravnopravnosti učesnika obligacionih odnosa u korist banke. Svi prihodi banke iz ugovora o kreditu moraju se naplaćivati kroz efektivnu kamatnu stopu, dok je suprotno postupanje protivno načelu savesnosti i poštenja i jednake vrednosti uzajamnih davanja. Ako su tim povodom učinjeni propusti doveli do konstituisanja nepravičnih ugovornih odredbi na štetu tužioca i nepoštovanja osnovnih načela obligacionog prava iz člana 12, 15. i 16. ZOO, isti se moraju ceniti kod odlučivanja o zahtevu za ništavost ugovora.¹²

Suprotno ovom stavu Vrhovnog kasacionog suda, da se svi prihodi banke iz ugovora o kreditu moraju naplaćivati kroz efektivnu kamatnu stopu, punomoćnici banaka u svojim podnescima iznose tezu da se efektivana kamatna stopa, odnosno efektivna kamata ne naplaćuje od korisnika već da predstavlja informaciju o ukupnim troškovima kredita i čini deo informisanja koju banka duguje korisniku, a ne obavezu korisnika prema banci. Autori se ne slažu sa ovom tezom jer je u postupcima

¹⁰ Odluka Narodne banke Srbije o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope na kredite i depozite, *Sl. glasnik RS*, br. 57/06.

¹¹ Presuda Privrednog apelacionog suda Pž 1831/19 od 18.06.2020.

¹² Presuda Vrhovnog kasacionog suda Prev. 90/2021 od 11.03.2021.

putem veštačenja utvrđivano da su banke jednokratno zadržavale deo sredstava na ime naknade troškova za obradu kredita u trenutku puštanja kredita, a istovremeno isto naplaćivala kroz anuitete, što je utvrđivano iz anuitetnog plana otplate.

Klauzule o plaćanju premije osiguranja kod Nacionalne korporacije

Gotovo identičan slučaj nezakonitog poslovanja banaka primenjen pri ugovaranju stambenih kredita sa osiguranjem kredita kod Nacionalne korporacije doveo je korisnike kredita u nepravičan položaj iz razloga što davalac kredita nije predočio korisniku kredita uslove aktiviranja obezbeđenja u vidu osiguranja potraživanja banke, sadržaj ugovora o osiguranju kredita, da li je isti zaključen u ime i za račun banke ili u ime banke a za račun korisnika ili u ime i za račun korisnika, kao ni o statusu korisnika kredita koji nije ugovorna strana ugovora zaključenog između NKOSK i poslovne banke.

Takvim ugovaranjem, banka je postupila suprotno načelima iz čl. 10., 11. i 15. ZOO-a, te su stoga sporne ugovorne odredbe suprotne članu 1065. ZOO-a, iz koga proizlazi da nema osnova da banka posebno i dodatno naplaćuje još jedan vid svoje usluge, označavajući ga kao trošak (naknada) obrade kreditnog zahtev i premije osiguranja, jer sve svoje usluge naplaćuje kroz ugovorenu kamatu na dati iznos kredita.

Ugovorom o kreditu obavezuje se korisnik kredita da pre puštanja kredita u tečaj plati banci proviziju u procentu od iznosa odobrenog kredita na ime premije osiguranja kod NKOSK.

U slučajevima preindeksacije valutne klauzule iz eura u švajcarski franak, korisnik kredita je obavezan da plati banci proviziju u procentu od iznosa kredita na ime naknade za preindeksiranje, kao i proviziju u procentu od iznosa kredita na ime dodatne premije osiguranja kod NKOSK.

U navedenoj situaciji, s obzirom da je premija osiguranja kredita korisnika kredita dodatno naplaćena pre puštanja kredita u korišćenje, korisnik kredita bi imao pravo na podnošenje tužbe za utvrđenje ništavosti navedene odredbe, kao i isplatu na ime sticanja bez osnova, primenom člana 210. ZOO-a sa kamatom od sticanja u smislu člana 214. ZOO-a.¹³

Na ovaj način banka je prevalila plaćanje premije osiguranja, a koje je isključivo u interesu banke, na korisnika kredita što je takođe zloupotreba prava kao što je i napred navedeno kod provizije za obradu kredita, jer se od korisnika kredita traži da plati dug bilo banci bilo Nacionalnoj korporaciji po osnovu regresnog prava, pa ugovor o osiguranju po kome se plaća premija ne štiti interese korisnika kredita, niti je on u bilo kakvom odnosu sa Nacionalnom korporacijom kao osigurani, već je to banka pa nema ni osnova za prevaljivanje premije.

¹³ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev 4705/20 od 25.11.2020.

Osim što je za korisnika kredita ostao nepoznat mehanizam po kome se određuje visina troškova premije osiguranja kod Nacionalne korporacije, što ga dovodi u neravnopravan položaj u odnosu na banku, banka nije mogla da naplati ove troškove budući da je u tom pravnom poslu banka strana ugovornica, te je u vezi tih troškova ona ta obavezna strana. U tom smislu, prema stanovištu suda su ove odredbe ugovora o kreditu ništave primenom člana 103. Stav 1. i člana 105. Stav 1. ZOO.¹⁴

Ništavost odredbi ugovora protivnim osnovnim načelima ZOO

Osnovna načela ZOO, kao imperativni propisi, moraju se poštovati prilikom zasnivanja ugovornih odnosa, pa i u predmetnom ugovoru. Tako je članom 10. ZOO propisano: „*Strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji.*“ Ovo znači da je sloboda ugovaranja oboriva pretpostavka, ograničena uslovima iz ovog člana.

Članom 11. propisano je „*Strane u obligacionom odnosu su ravnopravne.*“ Upravo nametanjem ugovora pripremljenih od strane banke po principu „uzmi ili ostavi“ narušeno je ovo načelo.

Članom 13. je propisano: „*Zabranjeno je vršenje prava iz obligacionih odnosa protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato.*“ Insistiranje Banke na pravu valutnu klauzulu i njenom opstanku u CHF, bez obzira na posledice koje prouzrokuje za korisnika kredita, upravo je vršenje prava protivno cilju zbog koga je takva klauzula zaključena, a to je zaštita od umanjenja vrednosti dinarskih sredstava koja je dala, a ne okorišćavanje činjenicom da je valuta u kojoj je klauzula utvrđena enormno povećana u odnosu na dinar, pa dug postaje neopravdano i značajno povećan.

Članom 15. je propisano: „*U zasnivanju dvostranih ugovora strane polaze od načela jednake vrednosti uzajamnih davanja.*“ Nametnutim odredbama ugovora o kreditu svakako je povređeno navedeno načelo ZOO.

Članom 16. je propisano: „*Svako je dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta.*“

Posledice ništavosti ugovora

Odredbom čl. 104. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima uređene su posledice ništavosti ugovora kojom je predviđeno da je svaka ugovorna strana dužna da vrati drugoj sve ono što je primila po osnovu takvog ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se priroda onog što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati

¹⁴ Presuda Višeg suda u Novom Sadu Gž. 2347/19 od 29.06.2021.

odgovarajuća naknada u novcu, prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, ukoliko zakon šta drugo ne određuje.

U slučaju kada sud utvrdi apsolutnu ništavost ugovora u celini korisnik kredita bi bio u obavezi da banci vrati celokupan iznos primljene glavnice u dinarima sa zakonskom zateznom kamatom od trenutka kada su mu kreditna sredstva isplaćena. Sa druge strane, banka bi bila u obavezi da korisniku kredita vrati sve primljene iznose dinarskih anuiteta uvećano za zakonsku zateznu kamatu od dana isplate svakog pojedinačnog anuiteta.

U slučaju delimične ništavosti banka bi bila dužna da vrati korisniku kredita ono što je primila po osnovu ništave odredbe ugovora u dinarima sa zakonskom zateznom kamatom od dana sticanja do isplate, odnosno povraćaja. Ovo se odnosi na troškove kredita, premije osiguranja kod NKOSK i razlike u kamati i kursnim razlikama.

Posledica vraćanja datog na osnovu ništave odredbe, otvorila je pitanje načina ostvarivanja prava na isplatu stečenog bez osnova, kao i pitanja obračuna zakonske zatezne kamate i zastarelosti.

Saglasno odredbi čl. 361. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima, zastarelost počinje da teče prvog dana posle dana kada je poverilac imao pravo da zahteva ispunjenje obaveze, ukoliko zakonom nije šta drugo propisano za pojedine slučajeve.

Kako je prethodno potrebno utvrđenje ništavosti odredbe ugovora, početak roka zastarelosti potraživanja korisnika kredita, sada poverioca kome banka vraća novčani iznos po pravilima koja važe za vraćanje stečenog bez osnova, vezuje se za momenat utvrđenja ništavosti.

Prema odredbama čl. 210. i čl. 214. Zakona o obligacionim odnosima, poveriocu pripada zatezna kamata od dana sticanja sredstava, kada je utvrđeno da je banka neosnovano stekla odnosna novčana sredstva, pa do isplate.¹⁵

Posledice raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti

Kada sud usvoji zahtev za raskid ugovora nastupiće i sve pravne posledice raskida predviđene odredbom člana 132. ZOO. To znači da će korisnik kredita biti u obavezi da banci vrati celokupan iznos primljene glavnice, odnosno odobrenog mu kredita u dinarima sa zakonskom zateznom kamatom od trenutka kada su mu kreditna sredstva isplaćena. Obaveza primljenog se konstituiše i na strani bankodavaoca kredita. Davalac kredita će biti u obavezi da korisniku kredita vrati sve primljene iznose dinarskih anuiteta do trenutka kada je raskid izvršen. I u tom slučaju primljeni anuiteti se moraju vratiti u dinarskom iznosu koji je uplaćen banci

¹⁵ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev. 3053/2020 od 19.11.2020.

uvećan za zakonsku zateznu kamatu od dana isplate svakog pojedinačnog anuiteta. To su opšte pravne posledice raskida svakog ugovora koje po sili zakona nastaju i u slučaju raskida ugovora o kreditu zbog promenjenih okolnosti. Stoga je isključena mogućnost vraćanja primljenog uz preračun isplaćenog dinarskog iznosa po kursu valute koja je ugovorom opredeljena kao valorimeter. To je pravno nedopušten zahtev jer sa raskidom ugovora otpada mogućnost dalje primene valutne klauzule i preračuna isplaćene glavnice korisniku kredita u adekvatni dinarski iznos po kursu valute obračuna na dan vraćanja.¹⁶

Suprotno stavu da će korisnik kredita biti u obavezi da banci vrati celokupan iznos primljene glavnice, odnosno odobrenog mu kredita u dinarima sa zakonskom zateznom kamatom od trenutka kada su mu kreditna sredstva isplaćena, postoje mišljenja da je nakon raskida ugovora o kreditu korisnik dužan da vrati preostali iznos glavnice sa ugovorenom (nominalnom) kamatom, ako je ona viša od propisane zatezne kamate prema članu 277 stav 2 ZOO. Autori se ne slažu sa ovim stavom jer su mišljenja da nije reč o raskidu ugovora zbog zadocnjenja kada se primenjuje odredba člana 277 stav 2 ZOO, već o raskidu ugovora zbog promenjenih okolnosti do kojih je upravo došlo zbog primene valutne klauzule i promenljive kamatne stope protivno načelu savesnosti i poštenja i ekvivalentnosti uzajamnih davanja.

Utvrđenje ništavosti raskinutog ugovora zbog neispunjenja

Brojni su slučajevi u praksi da su korisnici kredita kao tužioci tražili utvrđenje ništavosti ugovora koji je banka raskinula zbog neispunjenja.

U takvim slučajevima sudovi zaključuju da je predmetni ugovor o kreditu raskinut jednostranom izjavom volje tužene banke, zbog neizvršenja ugovornih obaveza od strane korisnika kredita, odnosno usled uzroka koji je nastao naknadno – nakon njegovog zaključenja, što znači da je ugovor proizvodio pravno dejstvo u periodu od zaključenja do raskida.

Međutim, i pravo ili pravni odnos koji više ne postoji može biti predmet utvrđenja, ako je njegovo ranije postojanje osnov nekog zahteva u sadašnjosti.

Predmet tužbenog zahteva je utvrđenje ništavosti raskinutog ugovora, a u slučaju osnovanosti tužbenog zahteva – pravna posledica apsolutne ništavosti proizvodiće pravno dejstvo *ex tunc*, što znači od njegovog zaključenja, odnosno smatraće se kao da ugovor nikada nije ni zaključen.

¹⁶ V. Dragiša Slijepčević, „Primena valutne klauzule i promenljive kamatne stope u ugovoru o kreditu“, *Pravni život*, Tom III, br. 11, Beograd, 2016, 416.

Imajući u vidu različite pravne posledice apsolutne ništavosti ugovora i raskida istog, kao i postojanje razlike u posledicama ništavosti i raskida ugovora u odnosu na ugovorne strane što je regulisano odredbama člana 104. i 132. Zakona o obligacionim odnosima, Vrhovni kasacioni sud nalazi da tužilac ima pravni interes za podnošenje tužbe za utvrđenje ništavosti predmetnog ugovora o kreditu, bez obzira na činjenicu što je isti već raskinut, jer bi u slučaju usvajanja takvog zahteva posledice u odnosu na njega mogle biti drugačije, povoljnije nego u slučaju raskida.¹⁷

Isticanje ništavosti po tužbi NKOSK

Kod stambenih kredita osiguranih kod NKOSK, banka i NKOSK su imale zaključen Ugovor o regulisanju međusobnih obaveza u poslovima osiguranja potraživanja po osnovu stambenih kredita. Navedenim ugovorom NKOSK se obavezivao da će pod ugovorenim uslovima, za pojedinačne ugovore o kreditu izdavati polis osiguranja, te da će ako nastupi osigurani slučaj isplatiti osiguraniku-banci ukupnu sumu nenaplaćenih anuiteta do momenta proglašenja kredita dospelim u celosti, redovne mesečne anuitete od momenta proglašenja kredita dospelim do momenta prodaje imovine, kao i 75% neto ostvarenog gubitka banke. Nakon prodaje nekretnine, sredstva po osnovu prodaje raspoređuju se tako što se NKOSK vraća ukupna suma anuiteta plaćena od strane NKOSK banci, banka naplaćuje svoje potraživanje a višak sredstava se prenosi korisniku kredita. Međutim, ukoliko sredstva od prodaje nisu dovoljna za namirenje potraživanja banke, ta razlika se smatra neto gubitkom banke, a na osnovu zahteva banke po ugovoru o osiguranju, 75% neto gubitka NKOSK isplaćuje banci.

Nakon isplate 75% gubitka banci NKOSK podnosi tužbe protiv korisnika kredita za ovaj iznos pozivajući se na odredbu člana 300. ZOO kojom je propisano, da kada obavezu ispuni lice koje ima neki pravni interes u tome, na njega prelazi po samom zakonu u času ispunjenja poveriočevo potraživanje sa svim sporednim pravima, te da u tom smislu, u momentu isplate naknade iz osiguranja, prelaze na osiguravača sva osiguranikova prava prema odgovornom licu, do visine isplaćene nakande. Odgovornim licem NKOSK smatra korisnika kredita koji je odgovoran za nastupanje osiguranog slučaja budući da nije izmirivao svoje obaveze po osnovu osiguranog kredita.

Prvi prigovori tuženih korisnika kredita su bili prigovori nedostatka aktivne legitimacije jer nisu ni u kakvom odnosu sa NKOSK.

Nadalje, tuženi korisnik kredita ima pravo i na sve prigovore koje je imao prema banci, jer ako je potraživanje banke prešlo na NKOSK po samom zakonu, onda shodno odredbama člana 300. i člana 440. ZOO, kada potraživanje po bilo

¹⁷ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev 2286/2018 od 26.09.2018.

kom osnovu pređe sa poverioca na treće lice, dužnik može isticati prigovore prema prijemniku koje ima prema njemu kao i prigovore koje je mogao istaći prema poveriocu, uključujući i prigovor da dug ne postoji ili je isplaćen.

Kako se radi o prigovorima ništavosti ugovora o kreditu i pojedinih odredbi ugovora to sud na ništavost ugovora pazi po službenoj dužnosti i dužan je da utvrđuje da li su ugovorne obaveze protivne prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima iz člana 103. ZOO. Na to upućuje odredba čl. 109. stav 1. ZOO. Sud je dužan da pazi na ništavost i kada se tužbenim zahtevom ne traži njeno utvrđenje ali odluka o samom zahtevu zavisi od te bitne činjenice.

Od ništavosti ovih odredbi zavisi visina potraživanja banke a samim tim i NKOSK, pa Sud u parničnom postupku po službenoj dužnosti mora o tome voditi računa.

Radi utvrđivanja posledica ništavosti veštačenjem se utvrđuje da li je bilo uslova za raskid ugovora o kreditu zbog neispunjenja i da li je banka pretrpela neto gubitak koji NKOSK potražuje na osnovu regresnog prava. U nama poznatim slučajevima veštačenjem je utvrđivano da je korisnik kredita bio u pretplati i na dan raskida ugovora zbog neispunjenja, a i nakon prodaje hipotekovane nepokretnosti tako da banka nije pretrpela neto gubitak koji je naplatila od NKOSK, a koji NKOSK po osnovu regresa potražuje od korisnika kredita, već obrnuto, postoji dug banke prema korisniku kredita po osnovu preplate.

Korisniku kredita stoji na raspolaganju i posebna tužba prema banci za utvrđenje ništavosti prethodno raskinutog ugovora u kom postupku bi se utvrdila visina potraživanja banke ili pretplata korisnika kredita.

OČUVANJE PRAVNOG PORETKA I PRAVNE SIGURNOSTI

U skladu sa sudskom praksom Vrhovnog kasacionog suda i zauzetim pravnim stavovima, donete presude su postale pravnosnažne, a deo njih je i izvršen.

Ne nalazeći pravično rešenje kojim bi se očuvao pravni poredak i princip pravne sigurnosti, a istovremeno i smanjio pritisak na pravosuđe i banke, predloženo je rešenje kojim se dezavuišu dosadašnja sudska praksa i pravni stavovi kroz autetična tumačenja ZOO, Zakona o zaštiti potrošača i Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

Posebno je neumesan predlog za autentično tumačenje odredbe člana 1066. ZOO kojim bi bio izmenjen njen smisao, a koja važi od donošenja ZOO 1978. godine.

Ovim je pokušano da se odredbe ugovora o troškovima kredita, provizijama i naknadama, i premiji za osiguranje kredita proglase valjanim bez obzira da li su transparentne, precizne ili samo paušalno određene i bez obzira na informisanost korisnika kredita o njihovim posledicama.

To predstavlja narušavanje načela zabrane zloupotrebe prava i načela save-
snosti i poštenja kao temeljnih principa pravne sigurnosti, a na kojima su bazirani
i sudska praksa i pravna shvatanja.

Usvajanje autentičnog tumačenja kako je predloženo, predstavljalo bi naru-
šavanje ravnopravnosti građana pred sudskom vlašću jer bi bili u ostvarenju svojih
prava neravnopravni građani koji su dobili pravnosnažne presude u svoju korist,
građani koji su ih izvršili i povratili sredstva, građani koji su podneli tužbe a po-
stupci su u toku i građani koji su imali pravni osnov za podnošenje tužbi.

Iako ovaj predlog nije realizovan, pokušaj promene sudske prakse ovim pu-
tem uz obrazloženje da se tim putem rasterećuju sudovi, prema stavu autora ovog
rada, neprihvatljiv je sa stanovišta pravne sigurnosti.

ZAKLJUČAK

Na osnovu izložene analize, može se uopšteno zaključiti da bi usvajanje pred-
loga kojim se dezavuiše dosadašnja sudska praksa kroz autentično tumačenje ZOO,
Zakona o zaštiti potrošača i Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, predstavl-
jalo narušavanje ravnopravnosti građana pred sudskom vlašću, onih koj su ostvarili
svoje pravo i onih koji tek treba da ga ostvare, povredu principa pravne sigurnosti,
kao i ugrožavanje pravnog poretka. Ovaj predlog za autentično tumačenje je povu-
čen, ali i svaki drugi način kojim bi se menjala već formirana sudska praksa i pravni
stavovi primenjeni u velikom broju slučajeva, stvorili bi osnov za pravnu nesigurnost.

PREDRAG KNEŽEVIĆ, LL.M.

Attorney at Law, Belgrade

NATAŠA STOILJKOVIĆ

Attorney at Law, Belgrade

CONSEQUENCES OF NULLITY AND TERMINATION OF LOAN AGREEMENT

Summary

This paper summarizes the existing case law regarding the validity of contractual provisions
and legal consequences of nullity and termination of loan agreements, in order to analyse the legal
consequences of nullity in certain specific cases in practice. There are almost no important provisions
of a loan agreement whose validity has not been the subject of a court's assessment. Expectations
of the contracting parties, performance of the purpose of the contract, equality of the contracting parties,
permissibility, definiteness or determinability of contractual obligations, the principle of good faith
and fair dealing, the principle of equal consideration, prohibition of misuse of rights, prohibition of

causing damage, represent elements of legal certainty that have been called into question by court decisions. Unilateral interest rate increases, undocumented loan processing costs, application of inadequate currency clause, inconsistent application of exchange rates, loan insurance to the detriment of loan beneficiaries, have required court intervention to remove breaches in the application of the law, and in particular the application of Articles 12, 13, 14, 16 and 21 of the Law of Obligations. Removal of the consequences of legal uncertainty and application of the law contrary to the purpose of a certain legal norm is achieved by declaring the contract or some of its provisions null or void, or terminating contract due to changed circumstances (hardship) and the relief to the injured party is achieved by the other party returning what it had unjustifiably acquired. The paper focuses on situations of seeking nullity when the bank terminated a loan agreement due to default, when after the termination it realized a mortgage on real estate used to secure the loan, as well as on cases when the National Corporation for Housing Loan Insurance appears with claims based on the right of recourse under the loan insurance contract concluded with a bank. Any attempt to change the established case law regarding the nullity of illegal provisions applicable to the loan on the basis of which citizens exercised their rights, so that in the future these rights cannot be exercised, is a violation of legal security and rule of law.

Key words: loan agreement, currency clause, loan processing costs, nullity of contract, termination of agreement

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 21.09.2021.

Prihvaćen: 22.10.2021.

INFORMATIVNI PRILOG

PREDRAG ĆATIĆ

JASNI I NEDVOSMISLENI PODACI O TROŠKOVIMA KREDITA U PRAVNOM STAVU VKS O DOZVOLJENOSTI UGOVARANJA TROŠKOVA KREDITA

Građansko veće Vrhovnog kasacionog suda (u daljem tekstu: VKS) je na svojoj sednici od 16.09.2021. godine usvojilo Dopunu pravnog stava o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita (u daljem tekstu: Dopuna pravnog stava) kojim je dopunjen Pravni stav o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita, zauzet na sednici istog veća održanoj dana 22.05.2018. godine (Pravni stav). Prema Pravnom stavu, banka ima pravo na naplatu troškova i naknada bankarskih usluga, pa odredba ugovora o kreditu, kojom se korisnik kredita obavezuje da banci plati troškove kredita, nije ništavan pod uslovom da je ponuda banke sadržala jasne i nedvosmislene podatke o troškovima kredita. Sudska praksa formirana primenom Pravnog stava zauzela je stav da se pod „jasnim i nedvosmislenim podacima o troškovima kredita“ podrazumeva obaveštenje korisniku kredita o strukturi ovih troškova, podstičući korisnike kredita da masovno tuže banke. Dopunom pravnog stava, VKS konstatuje da banka nije dužna da posebno dokazuje strukturu i visinu troškova koji su obuhvaćeni zbirnim iznosom troškova kredita, navedenim u ponudi koju je korisnik kredita prihvatio zaključenjem ugovora o kreditu. Jedan od razloga za ponovno razmatranje usvojenog Pravnog stava i donošenje njegove dopune, VKS nalazi i u načinu na koji je taj Pravni stav protumačen i primenjen u sudskoj praksi. Cilj ovog rada je da ukaže na poreklo pojma „jasni i nedvosmisleni podaci o troškovima kredita“, čije tumačenje je ključ razumevanja celine pravnog problema kojem smo svedočili svih ovih godina.

Ključne reči: kredit, banke, korisnici kredita, troškovi kredita

Predrag Ćatić, specijalista za pravne poslove, Udruženje banaka Srbije, e-mail: predrag.catic@ubs-asb.com.

PREDMET RAZLIČITOG TUMAČENJA

Različito tumačenje Pravnog stava VKS-a u sudskoj praksi od 2018. do 2021. godine svelo se na pitanje šta se podrazumeva pod pojmom „jasni i nedvosmisleni podaci o troškovima kredita“.

Pojedini sudovi su zauzimali stav da banka ima pravo na naplatu troškova i naknada bankarskih usluga koji moraju biti poznati na dan obračuna i naplaćivati se kroz efektivnu kamatnu stopu, u procentualnom iznosu. U iznetom smislu, stav na osnovu kog je odbijen tužbeni zahtev da sud utvrdi ništavom odredbu ugovora o kreditu koja uređuje naknadu za obradu kredita, može se za ovu grupu presuda uzeti kao karakterističan, a to je da: „Naknada banke za izvršenu finansijsku uslugu, nije isto što i stvarni trošak koji banka, u slučaju da je isti nastao, mora transparentno prikazati objašnjavajući korisniku kredita, već u fazi predugovaranja, na šta se ti troškovi odnose i zašto su opredeljeni u takvim iznosima. U konkretnom slučaju tužilja je pristupila zaključenju ugovora, upoznata sa činjenicom da će platiti naknadu u iznosu od 1.879,23 dinara, pri čemu ova naknada ne sadrži u sebi nikakve skrivene troškove, jer ona i ne predstavlja stvarni trošak koji je banka imala, već, kako je ukazano, naknadu koja banci pripada na ime pruženih finansijskih usluga, a koju u formi fiksne jednokratne naknade plaća korisnik kredita, ovde tužilja.“¹

S druge strane stoje odluke u kojima sudovi zauzimaju stav da banke nisu imale pravo da ugovaraju i naplaćuju naknade za obradu kredita jer nisu dokazale opravdanost ugovorene visine tih naknada. Zajednički stav na kome se zasnivaju pomenute odluke može se izdvojiti u sledećem delu obrazloženja jedne presude iz ove grupe: „Tužena (banka – prim. autora) nije dokazala na šta se odnose troškovi naknade za obradu kredita, a nejasna je i pravna priroda naplate premije osiguranja.“²

Pojašnjenja radi, sporno pitanje se ne odnosi na to da li je u dokumentaciji koja prati ugovor o kreditu, i to u Planu otplate kredita, Osnovnim elementima ugovora o kreditu, Ponudi za zaključenje ugovora o kreditu i drugim, sadržana informacija o visini naknade i drugim troškovima poznatim u trenutku njihovog sačinjavanja, čak je i nesporno u predmetma iz ove grupe da je ta informacija precizno navedna i određena, sa napomenom da ulazi u obračun efektivne kamatne stope. Sporno je naime da li se tako precizno određena naknada dalje mora, decidno za svaki pojedini slučaj, obrazlagati u cilju pravdanja njene visine ili ne.

¹ Privredni apelacioni sud u presudama: 12 Pž 63/12 od 27.11.2019. godine; 5 Pž 4718/18 od 24.10.2019. godine; Apelacioni sud u Novom Sadu u Presudi Gž. 147/21 od 10.02.2021. godine, Viši sud u Pančevu u Presudi 1 Gž.204/20 od 16.06.2020. godine, i drugi.

² Vrhovni kasacioni sud, Rev 4660/2020 od 22.10.2020. godine.

Inače, odredba kojom je ugovoreno plaćanje naknade za obradu kredita nije neodređena niti neodređiva odredba ugovora, već upravo suprotno, jasno i precizno ugovorena, međutim predmet sporova koji su predmet ove analize odnosi se na dokazivost strukture tako ugovorene naknade. Drugim rečima, tužbama, kao i presudama iz navedene druge grupe, traži se da banka dokaže iz kojih razloga je na svaki pojedini i konkretan kredit od korisnika kredita tražila i sa njim ugovorila upravo onu visinu naknade za obradu kredita koja je predmet tužbenog zahteva. Ilustrativan primer u tom smislu predstavlja Rešenje VKS Rev 2038/2019 od 26.06.2019. godine, gde postupajuće veće VKS-a, rešavajući o reviziji tužene banke, ne prihvata odlučivanje o reviziji kao izuzetno dozvoljenoj, u smislu člana 404. ZPP i to iz razloga navedenog na drugoj strani obrazloženja ovog Rešenja, koji glasi:

„Pravosnažnom presudom utvrđena je ništavost odredbe Ugovora o adaptaciji i rekonstrukciji stambenih objekata kojom je predviđeno pravo tužene banke da od tužioca, kao korisnika kredita, naplati troškove obrade kredita i puštanja kredita u tečaj u procentualnom iznosu u odnosu na ukupan iznos kredita i obavezana je tužena da isplati iznos koji mu je po ovom osnovu odmah po isplati sredstava kredita naplatila, sa zakonskom kamatom od dana sticanja bez osnova do isplate. Ovo zbog toga što tužena nije dokazala na šta se odnose troškovi obrade kreditnog zahteva i puštanje kredita u korišćenje u visini od 0,5% od iznosa odobrenog kredita, koji su tužiocu naplaćeni.

Nižestepeni sudovi su, na osnovnu utvrđenog činjeničnog stanja doneli odluku u skladu sa pravnim stavom Vrhovnog kasacionog suda, o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita usvojenim na sednici Građanskog odeljenja, održanoj 22.05.2018. godine i izraženim u brojnim presudama Vrhovnog kasacionog suda. Prema ovom pravnom stavu, banka ima pravo na naplatu troškova i naknada bankarskih usluga pa odredba ugovora o kreditu kojom se korisnik kredita obavezuje da banci plati troškove kredita nije ništava pod uslovom da je ponuda banke sadržavala jasne i nedvosmislene o troškovima kredita. Troškovi obrade kredita i puštanje kredita u tečaj kao i drugi troškovi koje banka obračunava korisniku prilikom odobravanja kredita ili koji su poznati na dan obračuna i koje banka obračunava korisniku u toku realizacije ugovora o kreditu, mogu biti iskazani u procentualnom iznosu i napaćuju se samo kroz obračun efektivne kamatne stope.

Iz navedenog razloga nisu ispunjeni uslovi da se u ovoj parnici prihvati odlučivanje o reviziji tužene kao o izuzetnodozvoljenoj.“

Presuđujući na taj način u navedenom sporu, postupajuće veće VKS-a ne daje objašnjenje šta je to tužena banka uradila suprotno od onoga što je Građansko odeljenje istog Suda našlo u svom Pravnom stavu od 22.05.2018. godine kao neophodno da bi odredba o spornoj naknadi bila pravno održiva.

POREKLO POJMA „JASNI I NEDVOSMISLENI PODACI O TROŠKOVIMA
KREDITA“ U PRAVNOM STAVU VKS-A

VKS je u svom Pravnom stavu pošao od odredbe člana 103. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, prema kojoj je ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima ništav ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje šta drugo. Ispitujući pravni osnov za eventualnu ništavost predmetne odredbe ugovora o kreditu, VKS dalje analizira materiljno-pravne propise relevantne za rešenje ovog pitanja i konstatuje da:

– su odredbama čl. 1065-1068. Zakona o obligacionim odnosima uređeni pojam ugovora o kreditu, njegova forma i sadržina, otkaz davaoca kredita, odustajanje od ugovora i vraćanje kredita pre roka. U ovom kontekstu ugovor o kreditu mora biti sačinjen u pismenoj formi i njime se utvrđuje iznos, kao i uslovi davanja, korišćenja i vraćanja kredita (član 1066.);

– je odredbom člana 4. stav 1. tačka 2) Zakona o bankama (*Službeni glasnik RS*, br. 107/05, 91/10 i 14/15) propisano da banka može, između ostalog, obavljati i kreditne poslove (davanje i uzimanje kredita);

– odredaba člana 42. citiranog Zakona o bankama ukazuje da se na ugovor zaključen između banke i korisnika kredita primenjuju opšti uslovi poslovanja banke, koje je banka dužna da istakne u svojim prostorijama na vidnom mestu, i to najmanje 15 dana pre njihove primene;

– odredbom člana 43. navedenog zakona utvrđeno je da Narodna banka Srbije može propisati jedinstveni način obračuna i objavljivanja troškova, kamata i naknada bankarskih usluga, i to naročito po osnovu depozitnih i kreditnih poslova;

– Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga (*Službeni glasnik RS*, br. 36/11 i 139/14) u članu 9. stav 3. izričito propisuje da opšti uslovi poslovanja obuhvataju i akte kojima se utvrđuju naknade i drugi troškovi koje davalac finansijskih usluga naplaćuje korisnicima;

– je „Narodna banka Srbije dana 30.06.2006. godine donela Odluku o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope na depozite i kredite (u daljem tekstu: Odluka), koja je objavljena u *Službenom glasniku RS*, broj 57/06, a koja je stupila na snagu 01.10.2006. godine. Ova Odluka važila je u vreme zaključenja ugovora o kreditu koji su predmet sudskih sporova i od izuzetnog je značaja za rešavanje spornih pitanja koja se odnose na dozvoljenost ugovaranja troškova kredita. Odlukom se propisuje jedinstveni način obračuna i objavljivanja troškova, kamata i naknada bankarskih usluga, i to naročito po osnovu depozitnih i kreditnih poslova (u daljem tekstu: efektivna kamatna stopa), kao i bliži uslovi

i način obaveštavanja klijenata banke (tačka 1. stav 1.). Jedinostveni način obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope banka primenjuje u postupku obavljanja depozitnih i kreditnih poslova iz člana 4. Zakona o bankama (tačka 1. stav 2.). Efektivna kamatna stopa iskazuje se u procentima s dve decimale, uz zaokruživanje druge decimale, i važi od dana obračuna (tačka 4)“;

– tačka 5. citirane Odluke glasi: „Ponuda banke koja se odnosi na depozite koje banka prima, odnosno na kredite koje odobrava treba da jasno i nedvosmisleno sadrži sledeće podatke:

1) podatke koji se uključuju u obračun efektivne kamatne stope i to: visinu nominalne kamatne stope na depozit, odnosno kredit; iznos naknada i troškova koje banka obračunava klijentu u postupku polaganja depozita, odnosno odobravanja kredita i iznos naknada i troškova koji su poznati na dan obračuna i koje banka obračunava korisniku kredita u toku realizacije ugovora o depozitu, odnosno kreditu;

2) podatke koji se ne uključuju u obračun efektivne kamatne stope, i to: kriterijume za revalorizaciju i za indeksiranje depozita, odnosno kredita, podatak o stranoj valuti kojom se kredit indeksira ili drugi kriterijum za revalorizaciju i za indeksiranje depozita, odnosno kredita; troškove koji nisu poznati na dan obračuna a mogu nastati u toku realizacije ugovora o depozitu, odnosno kreditu; troškove procene vrednosti nepokretnosti i pokretnih stvari, premije osiguranja ili druge naknade u vezi sa sredstvima obezbeđenja kredita, troškove upisa u registar kod nadležnog organa, troškove pribavljanja izvoda iz zemljišnih knjiga, troškove pribavljanja uverenja, potvrda, dozvola i rešenja nadležnih organa, troškove Kreditnog biroa i druge troškove.

Podaci iz stava 1. ove tačke treba da budu uvedeni i iskazani u ponudi iz tog stava tako da korisnika kredita nijednog trenutka ne dovedu u zabludu što se tiče bilo kog elementa tih podataka.

– odredba tačke 7. stav 2. Odluke, pri zaključivanju ugovora o kreditu banka uz ugovor uručuje korisniku kredita jedan primerak plana otplate ovog kredita, kao i pregled bitnih elemenata tog kredita koji sadrži podatke koji se uključuju u obračun efektivne kamatne stope, kao i one koji se ne uključuju u taj obračun. Podaci koji se uključuju u obračun efektivne kamatne stope su: iznos kredita, period otplate, nominalna kamatna stopa, efektivna kamatna stopa, ukupan iznos kamate koja se plaća u toku korišćenja kredita, ukupan iznos drugih troškova koje korisnik kredita treba da plati u toku korišćenja kredita i iznos otplatne rate, dok se u obračun efektivne kamatne stope ne uključuju podaci iz tačke 5. stav 1. odredba pod 2) ove odluke.“

Prema tome, „jasni i nedvosmisleni podaci o troškovima“ su pojam koji VKS u Pravnom stavu preuzima iz Odluke NBS o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope na depozite i kredite, pa taj pojam mora

imati značenje dato u navedenoj Odluci jer VKS svojim Pravnim stavom ovom pojmu nije dao neko drugo značenje.

Zakon o bankama, pored odredbi koje je naveo VKS u svom Pravnom stavu, u tački 5 stava 1 člana 73, propisuje naležnost Upravnog odbora banke da usvoji opšte uslove poslovanja banke. Tarifa naknada koje naplaćuje banka su deo opštih uslova poslovanja, a njih donosi Upravni odbor banke u zakonom propisanoj proceduri i na osnovu zakonom propisanog ovlašćenja.

VKS zaključuje u jednom delu obrazloženja Pravnog stava da „Iz navedenog proizlazi da efektivna kamatna stopa u sebi sadrži naknade i troškove koji su nastali prilikom odobravanja kredita i koji će nastati u toku realizacije ugovora o kreditu, a koji su poznati prilikom njegovog obračuna. U većini sudskih sporova tužbenim zahtevom se traži oglašavanje ništavim odredba ugovora o kreditu kojima je utvrđeno pravo banke da od korisnika kredita naplati troškove obrade kredita i puštanja kredita u tečaj. S obzirom na to da troškovi obrade kredita nastaju prilikom odobravanja kredita, a da su troškovi puštanja kredita u tečaj poznati na dan obračuna kredita, ti troškovi moraju biti uključeni u obračun efektivne kamatne stope i mogu biti naplaćeni samo kroz obračun efektivne kamatne stope.“

Obrazloženje Pravnog stava VKS-a ni na jednom mestu ne ukazuje na propis ili odredbu prema kojoj bi ugovaranje naknade troškova obrade kredita bilo zabranjeno odnosno protivno nekom prinudnom propisu, javnom poretku ili dobrim običajima, već naprotiv izričito konstatuje:

„Odredbe o naknadi troškova kredita se ne mogu podvesti ni pod jedan slučaj nepravičnih ugovornih odredaba nabrojanih u čl. 44. i 45. Zakona o zaštiti potrošača (*Službeni glasnik RS*, broj 73/10), koje se smatraju ništavim jer imaju za posledicu značajnu nesrazmeru u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu potrošača“.

Kako je moguće da ovako obrazloženje Pravnog stava sudska praksa tumači na način kako je naveden Rešenju VKS Rev 2038/2019 od 26.06.2019. godine verovatno će pokazati neka buduća istraživanja.

ZAKLJUČAK

Pojam „jasni i nedvosmisleni podaci o troškovima kredita“ u smislu tačke 5. stav 1. podtačka 1. alineja 2 Odluke o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope na depozite i kredite, koju je u okviru svoje Zakonom propisane nadležnosti donela Narodna banka Srbije, znači da je naknada za obradu kreditnog zahteva i puštanje kredita u tečaj jasno iskazana u Ponudi banke, Pregledu bitnih elemenata kredita i drugoj dokumentaciji uz Ugovor o kreditu, a ne da je data struktura troškova banke koja se ovom naknadom namiruje.

Dopunom pravnog stava iz 2021. godine, VKS daje pojašnjenje svog Pravnog stava iz 2018. godine upravo u smislu da banke, ugovarajući naknadu za obradu kredita u skladu sa Odlukom NBS o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope na depozite i kredite, nisu dužne da daju strukturu ovih troškova i da tako ugovarajući korisnicima kredita nisu nametnule ništavu odredbu ugovora.

PREDRAG ČATIĆ
Legal Affairs Specialist
Association of Serbian Banks

CLEAR AND UNAMBIGUOUS DATA ON LOAN COSTS
IN THE LEGAL POSITION OF THE SCC ON THE PERMISSIBILITY
OF CONTRACTING LOAN COSTS

Summary

The Civil Council of the Supreme Court of Cassation (hereinafter: SCC), at its session on September 16, 2021, adopted the Supplement to the legal position on the admissibility of contracting loan costs (hereinafter: the Addendum to the legal position) which amended the Legal position on the admissibility of contracting loan costs taken at the session of the same panel held on 22.05.2018. years (Legal position). According to the Legal position, the bank has the right to collect costs and fees for banking services, so the provision of the loan agreement, which obliges the borrower to pay the loan costs to the bank, is not void provided that the bank's offer contained clear and unambiguous data on loan costs. The case law formed by the application of the Legal Position has taken the position that clear and unambiguous data on loan costs means informing the loan user about the structure of these costs, encouraging loan users to sue banks en masse. By supplementing the Legal Position, through Addendum of Legal Position, the Supreme Court of Cassation states that the bank is not obliged to prove the structure and amount of costs that are included in the total amount of loan costs, stated in the offer that is the borrower accepted by concluding the loan agreement. One of the reasons for reconsidering the adopted Legal Position and adopting its amendment, SCC found, among other reasons, in the way in which that Legal Position was interpreted and applied in court practice. The aim of this paper is to point out the origin of the term „clear and unambiguous data on loan costs“, the interpretation of which is the key to understanding the whole legal problem that we have witnessed all these years.

Key words: loan, banks, loan users, loan costs

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 24.09.2021.
Prihvaćen: 20.10.2021.

INFORMATIVNI PRILOG

ČETVRTA KATEDRA

**PRAVO
NA INTELEKTUALNU
TVOREVINU**

NIKOLA MILOSAVLJEVIĆ

ZAŠTITA AMBALAŽE PROIZVODA ŽIGOM SA OSVRTOM NA INSTITUT TRADE DRESS

Zakon o žigovima izmenjen je u jeku krize izazvane korona virusom. Izmene koje je sa sobom doneo novi zakon su brojne i u dosta slučajeva suštinske. Prema rešenju novog Zakona, izričito je predviđeno da se pored oblika proizvoda kao trodimenzionalni znak može registovati i pakovanje odnosno ambalaža proizvoda. Imajući u vidu da dosadašnja praksa nije stavljala poseban akcenat na razlike u registrovanju ambalaže i oblika proizvoda, autor u ovom radu primenom sociološkog metoda najpre ukazuje na definiciju i značaj ambalaže u privrednom prometu, kao i specifičnosti koje su za nju vezane. Nakon toga, primenom komparativnog metoda autor nastoji da analizira institut trade dress prava SAD koji je značajan po tome što je primarno nastao kao oblik zaštite ambalaže u pravu žiga. Cilj ovako zamišljenog rada jeste da se baci svetlo na specifičnost ambalaže kao predmeta zaštite u pravu žiga, kao i da se ukaže na iskustvo i pozitivne primere koje baštini pravo SAD u ovom domenu.

Ključne reči: ambalaža, žig, trodimenzionalni žig, trade dress

U V O D

Izmenama Zakona o žigu iz 2020. godine¹ koje su prošle gotovo neprimećene usled pandemije korona virusa, promenjeno je nabranjanje mogućih formi žiga. Između ostalog, u čl. 4. Zakona o žigovima izričito je navedeno da se žig može

Nikola Milosavljević, master prava, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: mmilosavljevic@jura.kg.ac.rs.

¹ Zakon o žigovima, Sl. Glasnik RS, br. 6/2020.

sastojati „iz trodimenzionalnih oblika, oblika robe ili njenog pakovanja“. Ambalaža proizvoda (mada Zakon koristi termin pakovanje) je i do sada bila šticeana u pravu žiga s tim da je obično u teoriji i praksi podvođena pod pojam trodimenzionalnog znaka. Nije pravljena posebna razlika između zaštite žigom oblika proizvoda od njegove ambalaže. Postavlja se pitanje da li je ovakvo izdvajanje ambalaže proizvoda od oblika proizvoda kao bilo neophodno i osnovano.

Za odgovor na ovo pitanje od pomoći nam može biti praksa sudova Sjedinjenih Američkih Država (SAD) u pogledu primene instituta *trade dress*, koji je originalno podrazumevao zaštitu žigom ambalaže proizvoda, a tek kasnije se proširio i na zaštitu oblika proizvoda. Pored toga, neophodno je da ukažemo na značaj koji ambalaža ima u marketingu proizvoda, kao i na specifičnosti njene zaštite žigom. Otuda će u prvom delu rada biti razmotreno pitanje pojma, vrsta i značaja ambalaže, a nakon toga će biti ispitani pojam i uslovi zaštite instituta *trade dress* američkog prava, uz komparaciju sa pravom Evropske Unije (EU) i pravom Republike Srbije.

POJAM, VRSTE I ZNAČAJ AMBALAŽE

Zakon o žigovima ne sadrži definiciju pojma „pakovanje“ upotrebljenog u citiranoj odredbi. Prema shvatanju u teoriji dizajna postoji razlika između pojma ambalaža i pojma pakovanje. Ambalaža, najjednostavnije rečeno, predstavlja sredstvo u koje se stavlja proizvod, a koje može predstavljati i integralnu celinu sa proizvodom.² Ambalaža predstavlja posude različitih karakteristika u kojima se čuvaju proizvodi u toku prometa do konačne upotrebe.³ S druge strane, pakovanje predstavlja postupak opremanja proizvoda ambalažom (uz operacije merenja, kontrole, etiketiranja i dr.)⁴ ili postupak stavljanja proizvoda u ambalažu uz prateće radnje.⁵ Prema tome po stavu dizajnerske struke pakovanje predstavlja ambalažu u njenoj dinamici – proces ambalažiranja proizvoda, ali i ostale prateće radnje koje se preduzimaju. Pakovanje je otuda širi pojam od pojma ambalaže te stoga ova dva pojma ne predstavljaju sinonim. Ipak, teško je pretpostaviti da je zakonodavac pod pojmom „pakovanje“ imao u vidu proces pripremanja proizvoda za prodaju, već je

² Lozica Ivanović i dr., *Industrijski dizajn*, Fakultet inženjerskih nauka, Kragujevac, 2015, 357; Siniša Kuzmanović, *Industrijski dizajn*, Fakultet tehničkih nauka, Novi Sad, 2010, 179.

³ Ljiljana Novaković, *Uticao dizajna na konkurenciju*, Zadužbina Andrejević, Beograd, 2012, 50.

⁴ *Ibidem*, 49.

⁵ L. Ivanović, op. cit., 367; S. Kuzmanović, op. cit., 185.

verovatno upotrebio kolokvijalno značenje pojma „pakovanje“ kao sinonim pojmu „ambalaža“, kako ga shvata dizajnerska struka.⁶

Ambalažu je moguće deliti po različitim kriterijumima. Jedna od osnovnih je podela na primarnu (prodajnu), sekundarnu (grupnu) i tercijarnu (transportnu) ambalažu. Pod primarnom ambalažom podrazumeva se ambalaža koja prijanja uz sam pojedinačni proizvod (npr. papirić od bombone). Sekundarna ambalaža predstavlja ambalažu u koju se grupiše veći broj pojedinačnih proizvoda malih dimenzija (npr. kesica bombona), a tercijarna je ambalaža u kojoj se roba transportuje do prodajnih objekata (npr. kutija).⁷ Pored ove trihotomne postoji i dihotomna podela na unutrašnju (u kojoj se proizvod pojavljuje u prometu) i spoljašnju (transportnu) ambalažu, gde se unutrašnja ambalaža deli na neodvojivu (primarnu) i odvojivu (sekundarnu) ambalažu.⁸ Pored ove podele teorija dizajna poznaje i podele na povratnu i nepovratnu ambalažu, odvojivu i neodvojivu (kod koje nije moguća upotreba proizvoda bez istovremenog korišćenja ambalaže – npr. pasta za zube),⁹ krutu, polukrutu i meku ambalažu¹⁰ i podelu prema materijalu od koga je sačinjena (plastična, drvena, metalna... i dr.).¹¹ Sa aspekta zaštite ambalaže žigom, nama je od prvenstvenog značaja podela na primarnu, sekundarnu i tercijarnu ambalažu, budući da samo sekundarna ambalaža ispunjava uslove da bude zaštićena žigom. Ovo zato što se prosečni potrošač prilikom donošenja odluke o kupovini proizvoda susreće upravo sa ovom vrstom ambalaže u prodaji. Samim tim kod ove vrste ambalaže postoji mogućnost postizanja distinktivnosti. Primarna ambalaža bi eventualno mogla ostvariti uslov distinktivnosti ukoliko bi proizvođač vršio aktivnu reklamu pojedinačnog raspakovanog proizvoda u primarnoj ambalaži.¹² Transportnu ambalažu po pravilu potrošač ne sreće u prometu, te su mogućnosti za postizanje distinktivnosti ove ambalaže vrlo ograničene.

Iako smo na početku istakli da ambalaža predstavlja sredstvo u koje se proizvod pakuje, pogrešno bi bilo smatrati da je ambalaža samo to. „Ambalaža

⁶ Treba međutim reći da ni teorija dizajna nije dosledna u upotrebi pojma pakovanje kao procesa, već se često koristi i kao sinonim za „ambalažu“. V. Miroslav Fruht, *Grafički dizajn*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 2004, 114.

⁷ Lj. Novaković, op. cit., 52-53.

⁸ L. Ivanović i dr., op. cit., 358.

⁹ Lj. Novaković, op. cit., 53-54.

¹⁰ S. Kuzmanović, op. cit., 181.

¹¹ L. Ivanović i dr., op. cit., 359.

¹² Kao u slučaju „Kinder“[®] čokolade ili krem bananica.

predstavlja optimalnu kombinaciju tehničkih, propagandno-psiholoških i ekonomskih elemenata.¹³ Ambalaža mora pružiti odgovarajuću zaštitu osnovnom proizvodu i odgovarati svojoj nameni, odnosno olakšati upotrebu proizvoda. Pored toga ambalaže u pojedinim slučajevima mogu potrošačima služiti i za druge namene, zbog čega su takvi proizvodi atraktivniji potrošačima. Pritom, ambalaža ne sme izazivati dodatne troškove i tako nepotrebno povećavati cenu proizvoda, čineći ga nekonkurentnijim. Takođe, ona mora ispunjavati likovno-estetske zahteve kako bi potrošačima bila dopadljiva i privlačna. U slučaju tzv. impulsne kupovine kod koje potrošač ne primenjuje dovoljnu pažnju pri izboru proizvoda, likovno-estetski elementi mogu presudno uticati na odluku potrošača o kupovini. Drugim rečima, u svetu u kome je potrošač bombardovan mnoštvom proizvoda i reklama, ambalaža proizvoda i njena prepoznatljivost mogu upravo biti odlučujući.¹⁴ Otuda se u razvijenim državama upotrebljavaju naučni rezultati psihologije i različiti testovi, kako bi se stvorila ambalaža koja bi poslužila prepoznatljivosti proizvoda.¹⁵ Ono što je za zaštitu žigom od posebnog značaja jeste da ambalaža služi, između ostalog i za identifikaciji proizvoda. Ambalaža šta više mora tu funkciju obaviti brzo, odnosno mora biti lako prepoznatljiva. U uslovima brze impulsivne kupovine, ukoliko potrošač ne nađe brzo i lako proizvod koji želi postojati opasnost da odustane od kupovine tog proizvoda i kupi drugi. Stoga je vrlo važno da ambalaža proizvod učini uočljivijim, zbog čega je vrlo značajan dizajn same ambalaže.¹⁶

Kao što vidimo, ambalaža, potpuno isto kao i verbalni ili grafički znak, vrši identifikaciju proizvoda i ukazivanje na poreklo proizvoda. U starim radnjama, kada je od prodavca traženo da preda proizvod kupcu, značaj verbalnog znaka je bio daleko veći. Međutim, danas, u uslovima pretežno samoposlužnih radnji – marketa, ovaj značaj je dodatno naglašen, budući da će većina kupaca pre uočiti ambalažu nego verbalni ili grafički znak. Otuda je više nego jasno da postoji potreba zaštite ambalaže žigom, imajući u vidu privredna kretanja i običaje u prometu. Međutim, postavlja se pitanje da li je sama činjenica da ambalaža može ukazivati na poreklo proizvoda dovoljna da opravda zaštitu žigom ili se moraju ispuniti i drugi uslovi.

¹³ Lj. Novaković, op. cit., 61.

¹⁴ M. Fruht, op. cit., 114-119.

¹⁵ U tom smislu se primenjuju i različiti testovi poput VIEW testa, prema kome ambalaža mora biti *Visible* – vidljiva, *Informative* – informativna, *Emotional* – emocionalna i *Workable* – praktična, više o tome Lj. Novaković, op. cit., 61.

¹⁶ M. Fruht, op. cit., 117-118.

INSTITUT TRADE DRESS PRAVA SAD

Pojam trade dress-a

Pošto smo ranije ukazali da pravo Republike Srbije do skora nije izričito priznavalo mogućnost da ambalaža bude zaštićena žigom, potrebno je ispitati kakvo iskustvo u tom pogledu postoji u uporednom pravu. U tom smislu posebno je interesantan institut prava SAD *trade dress* (eng. izgled proizvoda). Ovaj institut je specifičan po tome što je primarno nastao u pravu zaštite od nelojalne konkurencije kao institut kojim su se štitili ambalaža proizvoda, omot proizvoda, posude i natpisi na njima. Kasnije će postepeno *trade dress* biti preuzet i u pravo žiga, a obim zaštite će se proširiti i na oblik proizvoda i druge elemente.¹⁷ Kao definicija *trade dress-a* obično se uzima definicija koju je iznedrio Federalni apelacioni sud SAD u presudi *John H. Harland Co. v. Clarke Checks, Inc.* iz 1983. godine prema kojoj *trade dress* predstavlja „ukupan izgled proizvoda koji može podrazumevati veličinu, oblik, boju ili kombinaciju boja, teksturu, crteže ili posebne prodajne tehnike“.¹⁸ Ovoj definiciji je srodna i definicija prema kojoj se *trade dress* odnosi na ukupan izgled proizvoda ili usluge, koji može podrazumevati boje ili crteže, ili natpise na proizvodu, izgled ambalaže ili oblik samog proizvoda, pa čak i boju proizvoda.¹⁹ S druge strane Vrhovni sud SAD je u presudi *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.* iz 1992. godine upotrebio nešto kraću definiciju prema kojoj je *trade dress* „ukupan izgled robe ili usluge kojom se oni prezentuju potrošačima.“²⁰ Takođe postoji i definicija

¹⁷ Jessica Litman, „The Problem of Functional Features: Trade Dress Infringement under Section 43(a) of the Lanham Act“, *Columbia Law Review*, tom 1, br. 82, 1982, <https://www.jstor.org/stable/1122239>, 13.08.2021, 79.

¹⁸ V. Danielle Rubano, „Trade Dress: Who Should Bear the Burden of Proving or Disproving Functionality in a Section 43(a) Infringement Claim?“, *The Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, tom 1, br. 6, 1995, <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol6/iss1/7>, 13.08.2021, 345; Joel W. Reese, „Defining the Elements of Trade Dress Infringement under Section 43(a) of the Lanham Act“, *Texas Intellectual Property Law Journal*, tom 2, br. 103., 1994, <http://www.tiplj.org/wp-content/uploads/Volumes/v2/v2p103.pdf>, 13.08.2021, 104; William F. Gaske, „Trade Dress Protection: Inherent Distinctiveness as an Alternative to Secondary Meaning“, *Fordham Law Review*, tom 6, br. 57, 1989, <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol57/iss6/17>, 13.08.2021, 1123; Gary Myers, „Statutory interpretation, property rights, and boundaries: The nature and limits of protection in trademark dilution, trade dress, and product configuration cases“, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, tom 4, br. 23, 1999, <https://heionline.org/>, 13.08.2021, 242.

¹⁹ Graeme B. Dinwoodie, Mark D. Janis, *Trade Dress and Design Law*, Wolters Kluwer, Austin-Boston, 2010, 41.

²⁰ Theodore H. Davis Jr., „Copying in the Shadow of the Constitution: The Rational Limits of Trade Dress Protection“, *Minnesota Law Review*, br. 80, 1996, <https://scholarship.law.umn>.

prema kojoj je *trade dress* „ukupan izgled predstavljen oblikom proizvoda ili njegovom ambalažom.²¹ Takođe, pojam „ukupan izgled“ treba tumačiti usko, pa će tako *trade dress* obuhvatati kompletnu sliku proizvoda sa svim sastavnim delovima.²² Drugim rečima, titular *trade dress*-a ne mora imati monopol nad svim sastavnim delovima *trade dress*-a pojedinačno, već nad izgledom proizvoda koji gradi njihova kombinacija.²³

Kao što vidimo, definicija *trade dress*-a neodoljivo podseća na definiciju industrijskog dizajna, posebno imajući u vidu nabrojane elemente od kojih je sačinjen. Međutim, ukoliko uporedimo tekst Direktive 98/71/EC²⁴ o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna videćemo da se dizajn definiše kao „*appearance of whole product...*“, dok se u originalu definicije *trade dress*-a koristi „*total image of product...*“. Iako termini „*appearance*“ i „*image*“ nemaju potpuno isto značenje, jer se prvi više odnosi na fizičku pojavu predmeta, dok je drugi više vezan za predstavu koja postoji kod pojedinca o nekom predmetu, suštinski se njima označava ista stvar. Reč je o izgledu proizvoda kojim se on plasira na tržište. Prema tome, iako *trade dress* u svojoj suštini predstavlja žig, koji se štiti po Lanamovom zakonu (*Lanham's act*), po svojoj definiciji on je veoma blizak industrijskom dizajnu definisanom u evropskom pravu. S druge strane, iako ne postoji definicija trodimenzionalnog znaka u našem Zakonu o žigovima, isti je prvenstveno okrenut izgledu proizvoda i njegovoj konfiguraciji.²⁵ *Trade dress* je daleko širi po obimu, budući da on obuhvata prvenstveno ambalažu proizvoda, ali i natpise, grafičke elemente, oblik, teksturu, a u slučaju usluga zvuk, miris, dekor i sve ostale elemente koji utiču na ukupan utisak – percepciju koju potrošač ima o proizvodu. *Trade dress* prema tome predstavlja sliku koja se kod potrošača gradi o proizvodu sa svim sastavnim elementima koja postaje prepoznatljiva kao simbol određenog proizvođača ili pružioca usluge. Stoga je pogrešno izjednačavati *trade dress* sa trodimenzionalnim žigom, budući da su obim i pristup njegovoj zaštiti drugačiji.

[edu/mlr/2408?utm_source=scholarship.law.umn.edu%2Fmlr%2F2408&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages](https://mlr/2408?utm_source=scholarship.law.umn.edu%2Fmlr%2F2408&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages), 13.08.2021, 597-598.

²¹ Carl Caslowitz, „Trade Dress and Section 43(A) of the Lanham Act: Protection For ‘Total Image’ of the Visual Displays of Software Applications“, IDEA: *The Journal of Law and Technology* 1993, <https://ipmall.law.unh.edu/>, 13.08.2021, 187.

²² W. Gaske, op. cit., 1123.

²³ C. Caslowitz, op. cit., 188.

²⁴ Direktiva 98/71/EC Evropskog parlamenta i saveta od 13.10.1998. godine o pravnoj zaštiti dizajna OJ L 289/28.

²⁵ Vladimir Marić, *Forma žiga: muzički žig, trodimenzionalni žig, žig sačinjen iz boja, žigovi i lična imena, žigovi i moral*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2003, 41.

Zaštita *trade dress*-a se razvila iz tzv. *common law of unfair competition* – prava sudskih običaja vezanih za zaštitu od neloyalne konkurencije, koja je postojala u okvirima saveznih država. Međutim donošenjem Lanamovog zakona o zaštiti žigova na federalnom nivou u čl. 32 je najpre zaštićen *trade dress* registrovan kod Federalnog zavoda za patente i žigove, a nakon izmena čl. 43(a) data je mogućnost da se u pravu žiga zaštiti i *trade dress* koji nije registrovan.²⁶ Uvođenjem ovog člana, Američki kongres je po stavu izraženom u teoriji kodifikovao sudsko običajno pravo (*common law*) neloyalne konkurencije, koje do tada nije pripadalo pisanom pravu.²⁷ Članom 43(a) Lanamovog zakona zapravo je pružena zaštita od nedozvoljenog kopiranja tuđeg proizvoda kojim se sprečavaju opasnost zamene i pogrešno ukazivanje na poreklo proizvoda.²⁸ Drugim rečima iako je kopiranje – imitacija u osnovi dozvoljena i predstavlja osnovu zdrave konkurencije, ako bi takvo kopiranje moglo da pogrešno ukaže na poreklo proizvoda tako da potrošač pomisli da je reč o drugom proizvođaču, ono će biti nedozvoljeno. Iz ovakve konstrukcije čl. 43(a) sudovi su indirektno razvili zaštitu neregistrovanog *trade dress*-a stvarajući specifično precedentno pravo vezano za ovaj institut. Pritom su u određenim slučajevima korišćena i rezonovanja koja su ranije primenjivana u običajnom pravu sudova saveznih država u zaštiti od neloyalne konkurencije. Tako će sudovi tumačeći navedeni član izvesti tri uslova zaštite *trade dress*-a. Prvi uslov podrazumeva da tužilac dokaže postojanje opasnosti zamene. Drugi uslov je uslov distinktivnosti *trade dress*-a, čiji teret dokazivanja ponovo snosi tužilac. Treći uslov tzv. uslov (ne) funkcionalnosti, je preuzet iz običajnog prava neloyalne konkurencije (budući da tekst Lanamovog zakona ranije nije sadržao odredbu o uslovu funkcionalnosti), podrazumeva da *trade dress* ne sme biti funkcionalan, odnosno da njegovi funkcionalni elementi moraju ostati u javnom domenu.²⁹ Radi potpune analize ove teme potrebno je da se ovim uslovima posvetimo pojedinačno.

Distinktivnost

Distinktivnost predstavlja osnovni uslov zaštite svakog žiga, bez obzira na formu. Ugrubo rečeno distinktivnost predstavlja podobnost određenog znaka da se njime vrši razlikovanje robe i usluga na tržištu. Drugim rečima distinktivnost podrazumeva postojanje misaone veze između znaka i robe koju taj znak

²⁶ G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 211.

²⁷ W. Gaske, op. cit., 1125.

²⁸ D. Rubano, op. cit., 346

²⁹ *Ibidem*.

identifikuje.³⁰ Sudovi u SAD, kao i evropski, priznaju da znak može postati distinktivan na dva načina. Jedan je da znak sam po sebi bude distinktivan ili drugim rečima da je inherentno („urođeno“) distinktivan. Druga mogućnost je da tu distinktivnost znak stekne upotrebom u prometu. Drugačije rečeno, iako znak sam po sebi nije bio podoban za razlikovanje roba i usluga, prosečni potrošači su se vremenom navikli da taj znak predstavlja ukazivanje na poreklo, odnosno da je znak stekao „sekundarno značenje“. Pristup sudova SAD u oceni postojanja distinktivnosti³¹ se nešto razlikuje od evropskih sudova. Naime, za postojanje inherentne distinktivnosti sudovi primenjuju tzv. Aberkrombi spektar (*Abercrombie spectrum*). Reč je o kriterijumu iz presude Federalnog apelacionog suda za drugo područje *Aberchrombie and Fitch Co. v. Hunting World, Inc* iz 1976. godine u kome je sud izvršio podelu (napravio spektar) znakova na generične, deskriptivne, sugestivne i arbitrerne (fantastične). Sud je zatim zaključio da samo sugestivni i arbitrerne znakovi mogu biti inherentno distinktivni.³² Za ovakve znakove se pretpostavlja da imaju tzv. sekundarno značenje i da se njima može vršiti razlikovanje roba i usluga. Nasuprot njima znakovi koji nisu sugestivni i arbitrarne, nisu inherentno distinktivni i za njih se mora dokazati da su usled upotrebe stekli sekundarno značenje. Pritom, u američkoj teoriji se ovo poslednje smatra težom situacijom za tužioca. Ovo zato što tužilac mora putem istraživanja tržišta, ispitivanjem javnog mnjenja, ekonomskih veštačenja o udelu na tržištu, utvrđivanjem postojanja namere da se iskopira proizvod, dokaže da je njegov znak zaista distinktivan. Reč je o skupim i nepozudanim dokaznim sredstvima koja za tužioca često mogu imati nepovoljan ishod.³³

Međutim ni do inherentne distinktivnosti se ne dolazi tako lako. Potrebno je da stepen distinktivnosti bude veći kako bi se znak smatrao inherentno distinktivnim, a ta ocena je u rukama suda.³⁴ Ovo je posebno značajno kada je reč o našoj temi. Naime, ono u čemu se i američki i evropski pravници slažu jeste da su dizajn proizvoda, njegova konfiguracija, boja, izgled uopšte po pravilu znakovi manje distinktivne moći. Ovo zato što potrošači u njima uglavnom ne vide ukazivanje na poreklo i diferenciranje proizvoda od dugih proizvođača, već

³⁰ G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 64.

³¹ Budući da je registracija znaka u pravu SAD od strane zavoda samo *prima facie* dokaz da žig postoji, jer se samo pravo stiče u prometu, sudovi SAD su ti koji daju poslednju reč o tome da li znak ispunjava uslove da bude žig, a ne Zavod za patente i žigove.

³² G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 65.

³³ W. Gaske, op. cit., 1135-1136.

³⁴ *Ibidem*, 1137.

dekoraciju i estetsko-funkcionalne elemente.³⁵ Pojedini američki autori idu toliko daleko da tvrde da je njihova zaštita u pravu žiga apsolutno nemoguća i suprotna suštini žiga.³⁶

S druge strane praksa je pokazala, a i većina pravnika u SAD stoji na tom stanovištu, da elementi izgleda proizvoda, boja, oblik, ambalaža i drugo mogu steći distinktivnost. Distinktivnost *trade dress*-a kroz sticanje sekundarnog značenja, gotovo da od samog početka nije bila osporavana.³⁷ Kada je, pak, reč o inherentnoj distinktivnosti za *trade dress*, Federalni apelacioni sudovi su bili podeljeni. Za američke sudove stepen inherentne distinktivnosti podrazumeva, kao što smo naveli, jedan viši stepen distinktivnosti, dok ovi znakovi uglavnom imaju slabu distinktivnost. Interesantno je da, iako se američki i evropski sudovi slažu oko toga da su znakovi koji se sastoje od elemenata dizajna proizvoda po pravilu slabe distinktivnosti, prag distinktivnosti koji žig treba da dostigne u evropskim pravnim sistemima se smatra niskim ili uobičajenim, dok američki sudovi zahtevaju viši stepen distinktivnosti.

Ipak i pored toga, dešavalo se da pojedine apelacije priznaju *trade dress* za papuče u obliku medvedih šapa, nalazeći da originalnost ovakvog rešenja za dizajn opravdava i viši stepen distinktivnosti.³⁸ Takođe nešto kasnije je u presudi *Seabrook Foods, Inc. V. Bar-Well Foods, Ltd.* iz 1977. godine Sud za patente i carine³⁹ ocenio da je inherentno distinktivna ambalaža – kesa za zamrznutu hranu.⁴⁰ Spor o postojanju inherentne distinktivnosti kod *trade dress*-a koji je postojao između apelacionih sudova rešen je presudom Vrhovnog suda SAD *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.* iz 1992. godine u kojoj je ovaj sud, odlučujući o distinktivnosti izgleda meksičkog restorana kao *trade dress*-a za uslugu,⁴¹ prvi put primenio

³⁵ Božin Vlašković, „Trodimenzionalni žigovi i žigovi u boji“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, Beograd, 2011, 834.

³⁶ Glynn S. Lunney Jr. „Trademark Monopolies“, *Emory Law Journal*, tom 2, br. 48, 1999, <https://heinonline.org/>, 373 i dalje.

³⁷ To je važno već u presudama sa početka XX veka poput *Flagg Mfg. Co. V. Holway* iz 1901. godine, navedeno prema G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 43.

³⁸ *Animal Fair, Inc. v. Amfesco Industries, Inc.*, iz 1986. godine navedeno prema W. Gaske, op. cit., 1129. Vrlo je interesantno kako na ovom primeru američki sud iz postojanja originalnosti razvija postojanje uslova distinktivnosti nalazeći da upravo zato što je rešenje jedinstveno ono mora biti i inherentno distinktivno, jer će proizvođač u prometu biti poznat po svom originalnom rešenju.

³⁹ Upravni sud za oblast intelektualne svojine i carinskog prava.

⁴⁰ G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 67.

⁴¹ Interesantno je da evropsko, pa i naše pravo zaštite industrijskog dizajna ne poznaje mogućnost zaštite dizajna za uslugu već samo za proizvod-robu.

Aberkrombi test za *trade dress*, nakon čega je bilo jasno da *trade dress* može biti inherentno distinktivan.

Međutim, ovim nisu bila rešena sva sporna pitanja. Naime, postavilo se pitanje da li se distinktivnost ceni isto kada je reč o obliku proizvoda i njegovoj ambalaži. Tako je Federalni apealcioni sud za drugo područje u presudi *Fun-da-mental Too, Ltd v. Gemmy indus, Inc.* iz 1997. godine izrazio stav da je u oceni distinktivnosti oblika proizvoda potrebno biti rigorozniji u odnosu na ocenu distinktivnosti ambalaže, jer „se potrošači više oslanjaju na ambalažu proizvoda nego na njegov oblik kao indikator porekla.“⁴² Vrhovni sud SAD-a će u presudi *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co., Inc.* iz 1995. godine ocenjujući mogućnosti zaštite boje proizvoda žigom ukazati da boja proizvoda kao element konfiguracije odnosno dizajna proizvoda može steći distinktivnost samo kao i svi ostali deskriptivni znakovi, upotrebom u prometu, ali ne i inherentno. Takođe, bio je izražen i pomalo nejasan stav da razlika u rezonovanju u pogledu mogućnosti sticanja inherentne distinktivnosti izgleda restorana i boje u presuda *Two pesos i Qualitex* potiče otuda što je izgled restorana u presudi *Two pesos* praktično predstavljao ambalažu proizvoda, te samim tim i *trade dress*, dok je boja element dizajna proizvoda za koju ne važi mogućnost postizanja inherentne distinktivnosti.⁴³ Ovakav stav je bio neubedljiv imajući u vidu da se, kao što smo ranije naveli i boja po američkom pravu smatra *trade dress*-om. Epilog ove rasprave se desio 2000. godine u presudi *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.* u kojoj je Vrhovni sud SAD konačno razlučio oblik i druge elemente samog proizvoda od ambalaže proizvoda kao predmete zaštite u pravu žiga. Po rezonovanju izraženom u ovoj presudi, iako oblik i druga svojstva proizvoda, mogu predstavljati *trade dress*, baš kao i ambalaža proizvoda, zbog činjenice da potrošači u ambalaži vide indikator porekla proizvoda pre nego u obliku samog proizvoda, ambalaža proizvoda može biti inherentno distinktivna, ali ne i njegov oblik, za koji se mora dokazati da je u prometu stekao sekundarno značenje.⁴⁴

Ovakvo rezonovanje je veoma bitno za naše pravo imajući u vidu da naš novi zakon navodi da je kao trodimenzionalni žig moguće zaštititi i oblik i ambalažu proizvoda. Upravo dikcija ovog člana ukazuje na potrebu različitog tretiranja oblika i ambalaže proizvoda u oceni njihove distinktivnosti. U dosadašnjoj praksi našeg Zavoda prilikom zaštite trodimenzionalnog žiga nije pravljena razlika između oblika proizvoda i njegove ambalaže, iako su najčešće prijave trodimenzionalnih

⁴² G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 77.

⁴³ G. Myers, op. cit, 253.

⁴⁴ G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit.,88.

znakova upravo bile ambalaže – flaše.⁴⁵ Zavod je prilikom ocene distinktivnosti cenio isključivo oblik proizvoda, isključujući, boju proizvoda, natpise, etiketu i druge elemente.⁴⁶ Otuda je vrlo značajno da ukažemo na stav sudova SAD da ambalaža proizvoda, kao skup različitih elemenata može imati veću moć obeležavanja u odnosu na oblik proizvoda, koji po pravilu za prosečnog potrošača ne predstavlja ukazivanje na poreklo. Pritom treba ukazati i na praksu nemačkog Patentnog suda prema kojoj postoji mogućnost da na tržištu automobila i sam oblik proizvoda – automobila bude inherentno distinktivan, imajući u vidu da je na ovom tržištu uobičajeno da se u obliku automobila vidi ukazivanje na poreklo proizvoda.⁴⁷ Otuda je po našem mišljenju preteran stav američkih sudova da oblik proizvoda ne može biti inherentno distinktivan. Na tržištu automobila i drugim tržištima gde se proizvod prodaje bez ambalaže, upravo oblik proizvoda i njegovi karakteristični elementi mogu ukazivati na poreklo tog proizvoda i vršiti njegovu identifikaciju. Ovo pritom ne znači da u oceni distinktivnosti oblika proizvoda ne treba biti rigorozniji u odnosu na ocenu distinktivnosti ambalaže.

Funkcionalnost

Funkcionalnost predmeta zaštite, odnosno odsustvo funkcionalnosti predstavlja drugi bitan uslov zaštite *trade dress*-om. Doktrinu funkcionalnosti u američkom pravu razvili su sudovi preuzimajući je iz prava nelojalne konkurencije,⁴⁸ nakon čega je reformom uneta i u Lanamov zakon.⁴⁹ Suština ove doktrine podrazumeva da se žigom ne mogu zaštititi funkcionalni elementi proizvoda. Ovo prvenstveno zbog toga što bi se na taj način ograničavala konkurencija i onemogućavali ostali konkurenti da se koriste tim elementima koji su neophodni za plasiranje proizvoda na tržištu. Funkcionalne (po američkom pravu i estetske – ornamentalne) karakteristike proizvoda se prvenstveno štite patentom. Monopol koji pravni sistem priznaje pronalazaču i njegovom sledbeniku za korišćenje patenta mora biti vremenski ograničen kako se ne bi sprečavao privredni razvoj. Otuda postoji realna ekonomska potreba da nakon isteka patentne zaštite pojedinac ne zadrži beskonačno (što bi u slučaju priznanja žiga bilo moguće) monopol na upotrebu tog pronalaska. Pored toga Ustav SAD garantuje kao prirodno pravo građanima SAD da se

⁴⁵ V. Marić, op. cit., 44.

⁴⁶ *Ibidem*, 46.

⁴⁷ Odluka nemačkog Saveznog patentnog suda od 13.10.2004. godine *Porsche Boxter*, navedeno prema B. Vlašković, op. cit. 837.

⁴⁸ J. Litman, op. cit., 82.

⁴⁹ G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 111.

koriste patentima koji su prešli u javni domen, te doktrina funkcionalnosti u SAD ima i svoj ustavni osnov.⁵⁰

Sudovi SAD su u svojoj dugogodišnjoj primeni razvili različita tumačenja doktrine funkcionalnosti. Ranije američko pravo je poznavalo striktnu podelu na utilitarnu i estetsku funkcionalnost. Ovo zato što je „obična“ – utilitarna funkcionalnost podrazumevala da se ne može *trade dress*-om zaštititi element proizvoda koji je koristan, utilitaran, dok je estetska funkcionalnost podrazumevala da se ne može zaštititi estetski element proizvoda ukoliko bi se dokazalo da baš on dovodi do odluke potrošača da kupi taj proizvod.⁵¹ Vremenom će ova doktrina menjati svoj oblik, pa će tako u presudi *Wallace Int’L Silversmiths, Inc. v. Godinger Silver Art Co., Inc* iz 1990. godine sud zauzeti stanovište da tužilac ne može monopolisati izgled baroknog posuđa, ne zbog toga što on doprinosi vrednosti stvari, već estetski elementi koji čine neki predmet baroknim (ili mu daju takav izgled) moraju ostati dostupni konkurenciji.⁵²

Doktrina funkcionalnosti će vremenom menjati svoj oblik. Tako će najpre u odluci *In re Morton Norwich*, biti zauzet stav da izgled proizvoda nije funkcionalan ukoliko su konkurenti imali alternativne mogućnosti u pogledu izbora izgleda proizvoda. Test alternativnog izgleda će postepeno biti napuštan, pa će nakon toga biti primenjivan stav iz presude Vrhovnog suda SAD *Inwood laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.* iz 1982. godine, kojom je definisano da je proizvod funkcionalan ukoliko je „neophodan za upotrebu ili svrhu proizvoda ili bitno utiče na cenu ili kvalitet proizvoda“. Ovakav tzv. dualni test je podrazumevao dvostruku zabranu kako onih elemenata koji su neophodni, tako i onih koji značajno doprinose vrednosti stvari, iako veza između njih nije bila sasvim jasna. Konačno će Vrhovni sud SAD u ranije navedenoj presudi *Qualitex* i presudi *TraFFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.* iz 2001. godine zauzeti stav da je funkcionalan onaj izgled proizvoda koji ograničava, povređuje (*hinder*) konkurenciju. Iako mogućnost alternativnog dizajna suštinski podrazumeva da konkurencija nije ograničena, postojanje alternativnog dizajna ne znači da konkurencija nije povređena na drugi

⁵⁰ V. Theodore H. Davis Jr., „Copying in the Shadow of the Constitution: The Rational Limits of Trade Dress Protection“, *Minnesota Law Review*, br. 80, 1996, https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2408?utm_source=scholarship.law.umn.edu%2Fmlr%2F2408&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, 13.08.2021, 619-627.

⁵¹ Ovo je stav izražen u kritikovanoj presudi *Pagliero v. Wallace China* u kome je Federalni apelacioni sud našao da se ne može *trade dress*-om zaštititi hotelski porcelan, jer su upravo njegovi estetski elementi bili značajni za odluku kupaca o njihovoj kupovini (drugim rečima biraju se upravo po lepoti), te je estetika ovakvih elemenata funkcionalna. G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 127.

⁵² *Ibidem*, 127.

način.⁵³ Pritom treba naglasiti da se američki Federalni apelacioni sudovi zavisno od područja razlikuju u pogledu toga da li je teret dokazivanja funkcionalnosti na tuženom odnosno nefunkcionalnosti na tužiocu.⁵⁴

Primena uslova funkcionalnosti nije strana ni evropskom pravu, samim tim ni domaćem pravu žiga. Zakon o žigovima⁵⁵ predviđa u čl. 5. st. 1. tač. 4. da se kao žig ne može registrovati znak koji se sastoji isključivo od oblika ili drugog obeležja određenog prirodom robe ili oblika ili drugog obeležja robe neophodnog za dobitanje određenog tehničkog rezultata ili od oblika ili drugog obeležja koji daje bitnu vrednost robi. Jasno se vidi da je razvoj američke doktrine uticao i na razvoj evropskog rešenja. Takođe treba reći da je i Sud pravde Evropske unije svoje rezonovanje u presudi C-299/99 *Philips v. Remington* od 18.06.2002. godine upodobio novijim shvatanjima Vrhovnog suda SAD izraženim u presudi *TraFFix*. U ovoj presudi Sud pravde Evropske unije će izraziti stav da činjenica da su bili dostupni i drugi izgledi električnog brijача sem onog kakav je napravio *Philips*, ne znači da ovakav dizajn nije funkcionalan budući da se ovom formom postiže određeni tehnički rezultat. Prema tome odbačen je test alternativnog dizajna kao adekvatna odbrana za prigovor funkcionalnosti.⁵⁶

Kada je reč o našoj temi konkretno treba reći da ambalaža po pravilu neće biti sporna sa aspekta funkcionalnosti. Doktrina funkcionalnosti je u američko pravo uvedena upravo onda kada je *trade dress* počeo u sebe da obuhvata i izgled proizvoda, a ne samo ambalažu. Ipak u odluci *In re Morton Norwich* je upravo odlučivano o funkcionalnosti ambalaže sredstva za čišćenje sa prskalicom, ali je sud našao da ambalaža nije bila funkcionalna budući da su postojale i drugi izgledi ambalaže koji su bili dostupni konkurenciji. Treba reći da su proizvođači u izboru ambalaže u načelu slobodniji u izboru za razliku od izbora dizajna i oblika samog proizvoda. Ipak ranije smo rekli da ambalaža mora ispuniti brojne zadatke: funkcionalne, ekonomske, estetske, propagandne i druge. Otuda ne treba prenebregnuti mogućnost da u konkretnoj situaciji ambalaža bude funkcionalna ukoliko bi konkurenti bili ograničeni u pogledu mogućeg izbora ambalaže usled ovih faktora, ili bi izbor drugačije ambalaže za njih predstavljao nesrazmernu obavezu.

⁵³ Harold R. Weinberg, „Trademark Law, Functional Design Features, and the Trouble with Traffix“, *Journal of Intellectual Property Law*, tom 1, br. 9, 2001, <https://heinonline.org/>, 13.08.2021, 15-26.

⁵⁴ V. D. Rubano, op. cit., 362 et sq.

⁵⁵ Koji je u ovom delu u celosti harmonizovan sa odgovarajućim direktivama Evropske unije.

⁵⁶ Božin Vlašković, „Trodimenzionalni znakovi koji nisu podesni za zaštitu žigom“, *Pravne i infrastrukturne osnove za razvoj ekonomije zasnovane na znanju* (ur. Božin Vlašković), knjiga druga, Kragujevac, 2013, 80.

Postojanje opasnosti zamene

Opasnost zamene za razliku od prethodna dva uslova nije vezan za postojanje *trade dress*-a već za postojanje njegove povrede. Suština ovog uslova podrazumeva da sličnost između znaka tužioca i tuženog mora biti takva da postoji opasnost zamene, tj. da se može desiti da potrošač zameni robu i usluge tužioca za robu i usluge tuženog. Američki Federalni apelacioni sudovi za različita područja primenjuju različite višestruke kriterijume za ocenu postojanja ovog uslova. Međutim kod svih sudova se pojavljuje isti način rezonovanja u smislu da je jedan od uslova uvek vezan za nameru tuženog, drugi za postojanje „stvarne zamene“ odnosno stvarnog slučaja da je došlo do zamene i da postoji grupa „ekonomskih“ uslova koji se od područja do područja razlikuju (sličnost znakova, sličnost robe i usluga kanali prodaje, snaga obeležavanja starijeg žiga, stepen reklamiranja i dr.).⁵⁷

Ovi faktori se primenjuju za ocenu postojanja opasnosti zamene bilo kog žiga, ali su posebno interesantni kada se vrši ocena sličnosti dve ambalaže. Tako na primer je Federalni apelacioni sud za 11-to područje u presudi *Ambrit, Inc. v. Kraft, Inc.* iz 1986. godine odlučivao o sličnosti omota i pakovanja sladoleda na štapiću dva proizvođača. Sporna u konkretnom slučaju bila je činjenica da je tužilac prodavao sladoled „Klondike“ u srebrnom omotu sa slikom polarnog medveda, dok je tuženi prodavao sladoled sa natpisom „Polar baŕ“ u srebrnoj foliji sa slikom polarnog medveda koji stoji na slovima. Oba proizvođača su prodavala sladolede u pakovanju od po 6 komada. U konkretnom slučaju sud je našao da postoji opasnost zamene nalazeći da reč „Polar baŕ“ evocira sliku polarnog medveda na sladoledu Klondike.⁵⁸ Iako nije neuobičajeno ni za evropske sudove vršenje poređenja žiga u slici i u reči,⁵⁹ specifičnost američkog prava je u tome što je cenjen izgled celokupne ambalaže, njene boje, verbalnih elemenata, natpisa, crteža – gde polarni medvedi jednog i drugog proizvođača nisu predstavljali registrovani žig, već dekoraciju, kao i način distribucije (pakovanje po 6 komada). Drugim rečima američki sudovi prilikom ocene postojanja povrede, cene ambalažu u njenoj potpunosti.

Pored ove specifičnosti postoje i druge. Interesantno je da se prilikom ocene sličnosti, opasnost zamene ne ceni uvek sa stanovišta potrošača, već i sa stanovišta opšte javnosti.⁶⁰ Pored klasične opasnosti zamene u momentu kupovine, američko

⁵⁷ G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 213.

⁵⁸ *Ibidem*, 219-228.

⁵⁹ Ksenija Vlašković, *Razvoj pravne zaštite poznatih žigova u nemačkom pravu i pravu Evropske unije*, Institut za uporedno pravo, Kragujevac, 2016, 22.

⁶⁰ J.W. Reese, op. cit. 122.

pravo poznaje i opasnost zamene nakon same kupovine, gde se ocena vrši ne sa stanovišta „prosečnog potrošača“, već sa stanovišta opšte javnosti. Tako je u presudi *Ferrari v. Roberts* iz 1991. godine Federalni apelacioni sud za šesto područje našao da neovlašćeno kopiranje Ferarijevog čuvenog modela *Testarossa* od strane lica koje prodaje „automobile koji se sastavljaju iz delova“ (eng. *kit-car*) može naneti povredu Ferarijevom ugledu i jedinstvenosti upravo zbog toga što Ferari svoju poslovnu politiku zasniva na unikatnosti i malom broju prodatih modela. Otuda bi u opštoj javnosti (a ne kod prosečnog potrošača) mogla da nastane opasnost zamene usled koje bi Ferari trpeo štetu, jer bi njegov model bio povezivan sa jeftinom maketom.⁶¹ Pritom treba ukazati da i među američkim pravnicima ima shvatanja da sudovi na ovaj način skreću u zaštitu od razvodnjavanja.⁶²

ZAKLJUČAK

Kao što smo iz prethodne kratke analize videli, ambalaža kao deo proizvoda nikako ne može biti zanemarena. Potrebno je uložiti mnogo energije, znanja i rada kako bi ambalaža ostvarila svoje tehničke, ekonomske, estetske i komunikacione funkcije. Pored toga, u svetu u kome dominira kupovina u supermarketima u kojima važe pravila samoposluživanja, značaj ambalaže se za robu široke potrošnje nameće kao bar jednako važan nazivu ili drugom znaku proizvoda. Pri tome potrebno je imati u vidu da naziv kao verbalni element može biti posmatran i kao deo ambalaže. Stoga, ambalaža može postati distinktivni element proizvoda kojim se on izdvaja u odnosu na proizvode drugog konkurenta, a to otvara mesta mogućnosti zaštite ambalaže žigom.

Iako je u Srbiji ambalaža i ranije bila šticiena kao oblik trodimenzionalnog žiga, novo zakonsko rešenje upravo ističe i izdvaja pakovanje, odnosno ambalažu, kao posebnu formu žiga. Koristeći se iskustvima prava SAD u vezi sa institutom *trade dress*, uočili smo da postoje razlike u oceni distinktivnosti i uslova nefunkcionalnosti ambalaže u odnosu na oblik proizvoda. Tako će ambalaža uvek davati veću mogućnost za arbitrarnost u izboru njenog izgleda nego što je to slučaj za oblikom proizvoda. Samim tim, uslov distinktivnosti će uvek pre biti ispunjen kod ambalaže nego kod oblika proizvoda. Ovo se načelno odnosi i na uslov nefunkcionalnosti ali potrebno je imati u vidu da se ambalažom ostvaruju brojne funkcije, te treba biti oprezan u oceni da li su svi elementi ambalaže zaista nefunkcionalni. Uz sve to, smatramo pravilnim pristup američkog prava u delu da pri oceni ispunjenosti uslova treba ceniti ambalažu kao celinu.

⁶¹ G. Dinwoodie, M. Janis, op. cit., 255-262

⁶² *Ibidem*, 266.

NIKOLA MILOSAVLJEVIĆ, LL.M.
Assistant, Faculty of Law
University of Kragujevac

TRADEMARK PROTECTION FOR PRODUCT PACKAGING WITH ANALYSIS OF TRADE DRESS INSTITUTE

Summary

The Serbian Trademark Law had been reformed during the coronavirus crisis. The reforms that were made are numerous and in many cases very important. One of the changes that had been made is that the new law explicitly enumerates product packaging as a form of threedimensional mark, besides product shape. Bearing in mind that legal practitioners so far haven't emphasized the difference between trademark protection for product packaging and trademark protection for product shape, using the sociological method, the author of this paper at first examines the definition and importance of product packaging in a business transaction, as well as the particularities that refer to it. After that author intends to analyze the trade dress, as a US law institute that was originally used for trademark protection of product packaging. The aim of such a paper is to emphasize particularities of product packaging as a mark, as well as to point out the good examples that the USA has in this matter.

Key words: product packaging, trademark, three-dimensional mark, trade dress

Literatura

- Caslowitz C., „Trade Dress and Section 43(A) of the Lanham Act: Protection For ‘Total Image’ of the Visual Displays of Software Applications“, *IDEA: The Journal of Law and Technology* 1993, <https://ipmall.law.unh.edu/>.
- Davis T. H. Jr., „Copying in the Shadow of the Constitution: The Rational Limits of Trade Dress Protection“, *Minnesota Law Review*, br. 80, 1996, https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2408?utm_source=scholarship.law.umn.edu%2Fmlr%2F2408&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.
- Dinwoodie G. B., Janis M. D., *Trade Dress and Design Law*, Wolters Kluwer, Austin-Boston, 2010.
- Fruht M., Rakić M., Rakić I., *Grafički dizajn: kreacija za tržište*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 2004.
- Gaske W. F., „Trade Dress Protection: Inherent Distinctiveness as an Alternative to Secondary Meaning“, *Fordham Law Review*, tom 6, br. 57, 1989, <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol57/iss6/17>.
- Ivanović L. i dr., *Industrijski dizajn*, Fakultet inženjerskih nauka, Kragujevac, 2015.
- Litman J., „The Problem of Functional Features: Trade Dress Infringement under Section 43(a) of the Lanham Act“, *Columbia Law Review*, tom 1, br. 82, 1982, <https://www.jstor.org/stable/1122239>.

- Lunney G. S. Jr. „Trademark Monopolies“, *Emory Law Journal*, tom 2, br. 48 1999, <https://heinonline.org/>.
- Kuzmanović S., *Industrijski dizajn*, Fakultet tehničkih nauka, Novi Sad, 2010.
- Marić V., *Forma žiga: muzički žig, trodimenzionalni žig, žig sačinjen iz boja, žigovi i lična imena, žigovi i moral*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2003.
- Myers G., „Statutory interpretation, property rights, and boundaries: The nature and limits of protection in trademark dilution, trade dress, and product configuration cases“, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, tom 4, br. 23, 1999, <https://heinonline.org/>.
- Novaković Lj., *Uticaj dizajna na konkurenciju*, Zadužbina Andrejević, Beograd, 2012.
- Reese J. W., „Defining the Elements of Trade Dress Infringement under Section 43(a) of the Lanham Act“, *Texas Intellectual Property Law Journal*, tom 2, br. 103, 1994, <http://www.tiplj.org/wp-content/uploads/Volumes/v2/v2p103.pdf>.
- Rubano D., „Trade Dress: Who Should Bear the Burden of Proving or Disproving Functionality in a Section 43(a) Infringement Claim?“, *The Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, tom 1, br. 6, 1995, <https://ir.lawnet.fordham.edu/ipj/vol6/iss1/7>.
- Vlašković B., „Trodimenzionalni žigovi i žigovi u boji“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, Beograd, 2011.
- Vlašković B., „Trodimenzionalni znakovi koji nisu podesni za zaštitu žigom“, *Pravne i infrastrukturne osnove za razvoj ekonomije zasnovane na znanju* (ur. Božin Vlašković), knjiga druga, Kragujevac, 2013.
- Vlašković K., *Razvoj pravne zaštite poznatih žigova u nemačkom pravu i pravu Evropske unije*, Institut za uporedno pravo, Kragujevac, 2016.
- Weinberg H. R., „Trademark Law, Functional Design Features, and the Trouble with Traffix“, *Journal of Intellectual Property Law*, tom 1, br. 9, 2001, <https://heinonline.org/>.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 08.09.2021.

Prihvaćen: 07.10.2021.

PREGLEDNI RAD

PETA KATEDRA

PRAVO NA PRAVDU

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

GORDANA STANKOVIĆ

PROMENE I NOVA ZAKONSKA REŠENJA U DOMENU VANPARNIČNE PROCEDURE

Zakon o vanparničnom postupku (1982) koji datira iz prošlog milenijuma preživeo je mnoge ustavne promene koje su se događale na našim prostorima i predstavlja pravi „pravni metuzalem“. Iako ne sadrži idealna rešenja, u toku dugogodišnje primene nije ozbiljnije menjan i dopunjavan čak i u periodima najintenzivnije zakonodavne aktivnosti u tranzicionom periodu početkom ovog veka. I pored toga, tokom vremena, vanparnična procedura je doživljavala određene promene koje su bile rezultat ne samo shodne primene pravila parničnog postupka već i raznih zakonodavnih zahvata kojima je zona vanparnične procedure sužavana ili širena, tako da taj trend traje i dalje.

Ključne reči: vanparnični postupak, posebni vanparnični postupci

U V O D

Zakon o vanparničnom postupku (1982)¹ koji datira iz prošlog milenijuma preživeo je mnoge ustavne promene koje su se događale na našim prostorima i predstavlja pravi „pravni metuzalem.“ Iako ne sadrži idealna rešenja, u toku dugogodišnje primene nije ozbiljnije menjan i dopunjavan tako da je čak i u periodima najintenzivnije zakonodavne aktivnosti u tranzicionom periodu,

Prof. dr Gordana Stanković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, u penziji, e-mail: gordanastankovic10@gmail.com.

¹ Zakon o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon, 85/12, 45/13 – dr. zakon, br. 55/14, 6/15, 106/15 – dr. zakon. U daljem tekstu uobičajena skraćenica ZVP (1982).

kada se događao pravi zakonodavni stampedo, ostao na marginama interesovanja zakonodavca te je redovno izostajala njegova reforma² mada se po pravilima ovog građanskog sudskog postupka ostvaruju i štite osnovna ljudska prava i štiti društveni interes. Višedecenijsko trajanje ZVP (1982) ne treba shvatiti kao njegovu posebnu vrednost jer njegova pojedina rešenja ne predstavljaju adekvatan normativni odgovor na promenjene ili novonastale pravno-političke potrebe ili na potrebu da se otklone pojedini pravnotehnički nedostaci i obezbedi ostvarivanje evropskih pravnih standarda u skladu sa savremenim civilizacijskim razvojem ili uskladi sa ratifikovanim konvencijama.³ Verovatno je na takav stav zakonodavca uticala okolnost da ne postoji jednoobrazan vanparnični postupak kao uniformni metod pravne zaštite,⁴ da su vanparnični postupci mnogobrojni, različiti i heterogeni jer su prilagođeni pojedinoj vanparničnoj pravnoj stvari, da se pojedini posebni vanparnični postupak može urediti drugim, posebnim zakonom, ali i zapostavljenost vanparnične materije uopšte kao posledica tzv. parcelizacije sudске prakse⁵ i nedovoljno i sporadično interesovanje pravne teorije za probleme vanparnične procedure.⁶

Iako je ZVP (1982) u toku dugogodišnje primene menjan i dopunjavan samo nekoliko puta, normativnim zahvatima zakonodavca prilikom donošenja pojedinih zakona zona vanparnične procedure sužavana je ili širena zavisno od pravno-političkih stavova i konkretnih legislativnih potreba. Taj trend je i dalje u toku s tim da u poslednje vreme počinje da raste broj posebnih vanparničnih postupaka. Tome doprinosi i okolnost što se, kad treba regulisati pravnu zaštitu građanskih subjektivnih prava a nije u pitanju građanskopravni spor, smatra da je vanparnični postupak onaj postupak građanskopravne zaštite koji nije parnični.⁷

² O potrebi reforme vanparnične procedure: Gordana Stanković, *Zakon o vanparničnom postupku*, Objašnjenja, tumačenja i stvarni registar, četvrto izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 17.

³ V. Gordana Stanković, „Načelo izjašnjavanja učesnika u vanparničnom postupku,“ *Pravni život*, br. 11, Beograd, 2013, 683.

⁴ O tome, Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020, 584.

⁵ Vanparnični postupak se, po pravilu, završava kod drugostepenog suda (višeg suda ili Privrednog apelacionog suda) tako da Vrhovni kasacioni sud samo u malom broju slučajeva dolazi u poziciju da izvrši kontrolu zakonitosti i da ujednači sudsku praksu u interesu pravne sigurnosti.

⁶ O tome, Gordana Stanković, Uvodni referat „Dvadeset godina Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije,“ *Zbornik radova, „Dvadeset godina Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije“*, Pravni fakultet, Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 2003, 3.

⁷ V. Gordana Stanković, Ljubica Mandić, *Vanparnično procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2013, 12.

IZMENE I DOPUNE ZVP (1982)

Posle tridesetogodišnje primene ZVP (1982) prvi put⁸ je bio noveliran Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku iz 2012.⁹ kojim je uređen poseban statusni vanparnični postupak za utvrđivanje vremena i mesta rođenja¹⁰ lica koje nije upisano u matične knjige rođenih na način koji je predviđen propisima kojima je uređeno vođenje matičnih knjiga da bi se omogućilo da tzv. pravno nevidljiva lica¹¹ mogu da regulišu svoj pravni status i da ostvaruju sva prava koja pripadaju građanima Republike Srbije.

Druga novela ZVP (1982) izvršena je Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku 2014.¹² kada su izvršene najnužnije izmene u opštim odredbama¹³ i samo u pojedinim posebnim vanparničnim postupcima. Zakonodavac je procenio, bez obzira na to što je uočena potreba za sveobuhvatnom promenom vanparnične procedure, da nije potrebno donošenje novog zakona jer je zaključio da se određeni pravno-politički ciljevi mogu postići i kroz minimalne izmene i dopune postojećeg metoda pravne zaštite¹⁴ kao i kroz pravilo o shodnoj primeni pravila novelirne parnične procedure predviđeno odredbom člana 30. stav 2. ZVP (1982).¹⁵

⁸ Prilikom prvog noveliranja ZVP (1982) zakonodavac je, međutim, propustio priliku da ovaj zakon uskladi s odredbama Ustava iz 2006, s odredbama drugih zakona i ratifikovanim konvencijama, sa pojedinim opšteprihvaćenim pravnim standardima.

⁹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 85/12.

¹⁰ V. Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, drugo izdanje, *Službeni glasnik*, Beograd, 2020. 361; Milena Trgovčević Prokić, Gordana Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*, *Službeni glasnik*, Beograd, 2018, 118; G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 656.

¹¹ Detaljno, Gordana Stanković, „Postupak za dokazivanje rođenja,“ *Pravni život*, br. 11, Beograd, 2015, 565.

¹² Zakon o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 55/14.

¹³ Izmenama koje su izvršene u opštim odredbama praktično je samo započela dugo očekivana reforma vanparnične procedure kao deo ukupne reforme civilne procedure.

¹⁴ V. obrazloženje Zakona o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 55/14.

¹⁵ Treba primetiti da je shodna primena pravila parničnog postupka u pojedinim vanparničnim stvarima posebno otežana posle reforme ZPP (2011) koji je zasnovan na doslednoj primeni raspravnog principa i ograničenoj ulozi suda u formiranju činjenične podloge za odlučivanje, na principu eventualnosti i sistemu prekluzija. Mnoge vanparnične pravne stvari, međutim, zasnovane su na istražnom principu jer u njima dominira javni interes. U ZPP (2011) napušten je istražni princip

Treća izmena ZVP (1982) izvršena je početkom 2015. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku¹⁶ kada su izmenjene pojedine odredbe koje se odnose na povereničku funkciju javnog beležnika¹⁷ i na njegovo postupanje i ovlašćenja u postupku za sastavljanje isprava.¹⁸

PROMENE U ZONI VANPARNIČNE PROCEDURE

U toku dugogodišnjeg važenja i primene ZVP (1982), dolazilo je do njegovih direktnih ili indirektnih promena koje su bile posledica različitih zakonodavnih zahvata. Iako ZVP (1982) nije menjan dugi niz godina, tokom njegove primene događale su se određene promene u pogledu obima normiranja ovog metoda građanskopravne zaštite. Zona vanparnične delatnosti se tokom vremena i sužavala i širila zavisno od poteza koje je povlačio zakonodavac u određenom vremenskom trenutku, od pravopolitičkih potreba, ali i od same sudske prakse koja je kreativno popunjavala nastale zakonske praznine.

Sužavanje zone vanparnične delatnosti, ispoljilo se, pre svega, u tome što je postupak overe prepisa isprava u jednom periodu bio u paralelnoj nadležnosti suda i organa uprave.

Iako su u pogledu zemljoknjižnog postupka dugo primenjivana stara pravna pravila, uvođenjem katastra nepokretnosti sužena je oblast vanparnične delatnosti, dok je formiranjem Agencije za privredne registre jedan poseban sudski vanparnični postupak iz nadležnosti privrednih sudova pretvoren u vansudski postupak jer se pravila ove vanparnične procedure više ne primenjuju na registraciju privrednih subjekata.¹⁹

u pogledu formiranja činjeničnog supstrata, dok je za mnoge vanparnične postupke, zbog dominacije javnog interesa i potrebe da se pruži zaštitnička pomoć, bitno da činjenično stanje, kao podloga za sudsku odluku, bude istinito, pravilno i tačno utvrđeno. Osim toga, pojedina postojeća zakonska rešenja u ZVP ne omogućavaju ostvarivanje standarda pravne zaštite koji proizlaze iz odredbe člana 6. Konvencije o ljudskim pravima i slobodama, bez obzira na to što sud treba neposredno da primeni konvencijske norme koje su ratifikacijom postale sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka. Isto tako, pojedina fundamentalna procesna načela, i zbog shodne primene pravila ZPP i zbog novih zakonskih rešenja koja su doneli novi zakoni, pretrpela su određenu promenu i nova odstupanja u operacionalizaciji, kao što je to npr. slučaj sa načelom neposrednosti koje je doživelo određena ograničenja poveravanjem pojedinih procesnih radnji javnim beležnicima i sudijskim pomoćnicima.

¹⁶ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 6/15.

¹⁷ Odredba člana 30a ZVP.

¹⁸ Odredba člana 172. ZVP.

¹⁹ V. odredbu člana 88. Zakona o registraciji privrednih subjekata, *Službeni glasnik RS*, br. 55/04.

Zakon o nasleđivanju (1995)²⁰ stavio je van snage odredbe ZVP (1982) koje su se odnosile na postupak za sastavljanje sudskog testamenta²¹ i na sadržinu rešenja o nasleđivanju koja se odnosila na situaciju kad ostavilac nema naslednike.²²

Jedna od indirektnih promena ZVP (1982) bila je posledica donošenja Porodičnog zakona (2005)²³ koji je pojedine vanparnične stvari pretvorio u parnične stvari i od dece i roditelja, ali i od supružnika (među kojima postoji sporazum o razvodu), načinio parničare i kad među njima nema ni spora, ni sukoba interesa. Procenjeno je da je parnični postupak kvalitetniji metod pravne zaštite u odnosu na vanparnični zbog niza procesnih garancija koje pruža i da je on pogodniji metod pravne zaštite u nizu porodičnopравnih stvari.

Donošenjem Zakona o javnom beležništvu (2011),²⁴ kojim su ponovo uvedeni javni beležnici u naš pravni sistem, propisana je njihova nadležnost²⁵ u sferi evidenciono-tehničke i normativno-certifikacione vanparnične delatnosti,²⁶ koje ne predstavljaju suđenje i na taj način stvoreni su preduslovi za smanjivanje obima sudskih predmeta u domenu vanparnične procedure.²⁷ Kasnijim izmenama i dopunama ZJB (2011) direktno su menjana pojedina zakonska rešenja u ZVP (1982). Izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu iz decembra 2015.²⁸ zakonodavac je ukinuo odredbu člana 30i ZVP (1982) i na nov način regulisao pitanje nagrade i naknade troškova postupka javnom beležniku u poverenim

²⁰ Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/03 - US, 6/15.

²¹ Odredbe čl. 176. i 181. ZVP (1982).

²² Odredba člana 127. ZVP (1982).

²³ Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, 72/11 - dr. zakon, 6/15.

²⁴ Zakon o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS*, br. 31/11, 85/12. 19/13, 55/14 - dr. zakon, 93/14 - dr. zakon, 121/14, 6/15, 106/15. U daljem tekstu ZJB (2011).

²⁵ Određivanje nadležnosti javnih beležnika u ovom domenu bilo je u skladu i sa Preporukom R (86) 12 iz 1986, kojom je Komitet ministara Saveta Evrope preporučio postepeno smanjivanje sudske delatnosti u domenu koji nije suđenje, ali i sa domaćom pravnom tradicijom jer je poznato da je u prvoj jugoslovenskoj državi, Kraljevini Jugoslaviji, 1930. uvedeno javno beležništvo koje je posle Drugog svetskog rada ukinuto. Nacionalna strategija reforme pravosuđa, doneta u novom milenijumu, predviđala je ponovno uvođenje javnih beležnika u domaći pravni sistem.

²⁶ O funkcijama javnih beležnika detaljno, Gordana Stanković, Ljubica Mandić, *Vanparnično procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2013, 312; Gordana Stanković, Ljubica Mandić, *Organizaciono građansko procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2013, 168.

²⁷ Pored postupka za overu, postupka za solemnizaciju, postupka za javnobeležničku potvrdu, javnobeležničkog depozita, u okvir javnobeležničke delatnosti spada i sastavljanje javnobeležničkih isprava i zapisnika. Detaljno: M. Trgovčević Prokić, G. Stanković, op. cit., 204.

²⁸ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS*, br. 106/15.

vanparničnim pravnim stvarima²⁹ da bi otklonio uočene probleme koji su se javljali u praksi sudova i javnih beležnika.

Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama³⁰ iz 2013. regulisao je poseban vanparnični postupak za prinudnu hospitalizaciju lica sa mentalnim smetnjama³¹ tako da su danom stupanja na snagu ovog zakona prestale da važe odredbe ZVP (1982) kojima je bio uređen postupak za zadržavanje u zdravstvenoj organizaciji koja obavlja delatnost u oblasti neuropsihijatrije.³²

Zakonom o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa (2014)³³ sužena je nadležnost osnovnih sudova u vanparničnim stvarima propisana ranijim zakonima³⁴ jer je zakonodavac vanparnični postupak za overavanje potpisa, rukopisa i prepisa preneo u nadležnost javnih beležnika s obzirom na to da one po svojoj pravnoj prirodi spadaju u domen njegove legalizacijske funkcije.

S druge strane, dolazilo je i do širenja područja primene ZVP (1982). Ono se ispoljilo još u vreme dok je postojala SFRJ, neposredno posle donošenja ZVP (1982). Iako je bio republički zakon, ZVP (1982) primenjivan je i na nekadašnje savezne vanparnične stvari jer u nekadašnjoj federaciji nikada nije donet savezni zakon o vanparničnom postupku i sudovi su samoinicijativno započeli primenu opštih pravila ZVP (1982) i u saveznim vanparničnim pravnim stvarima umesto predratnih pravnih pravila da bi popunili pravnu prazninu, iako je on bio

²⁹ Novele Zakona o javnim beležnicima predvidele su da nagradu za rad i naknadu troškova određuje javni beležnik prema Javnobeležničkoj tarifi, kao i da nadzor u pogledu obračuna i naplate troškova i nagrade vrše Javnobeležnička komora i ministarstvo nadležno za pravosuđe. Na taj način smanjeni su i angažovanje i materijalni troškovi sudovima i, istovremeno, obezbeđena neophodna kontrola u interesu učesnika u postupku i zaštite njihovih interesa, kao i države u pogledu njenih prihoda.

³⁰ Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, *Službeni glasnik RS*, br. 45/13.

³¹ V. Slavka Lakićević, Zoran Kovačević, *Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama sa komentarom*, Beograd, 2016.

³² Detaljno, Dušica Palačković, „Sudski odobrena hospitalizacija“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2013, 345.

³³ Zakon o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa, *Službeni glasnik RS*, br. 93/14, 22/15, 87/18.

³⁴ U ovim pravnim stvarima bila je predviđena vremenski ograničena paralelna nadležnost osnovnih sudova i javnih beležnika tako što je bilo predviđeno da do 1. marta 2017. osnovni sudovi sprovode postupak za overavanje potpisa, rukopisa i prepisa. Da bi se obezbedilo pružanje usluga pravnim subjektima u gradovima i opštinama za koje nisu u to vreme bili imenovani javni beležnici predviđeno je da postupak overe potpisa, rukopisa i prepisa i dalje sprovode osnovni sudovi, sudske jedinice, kao i prijemne kancelarije osnovnih sudova kao povereni posao i posle 1. marta 2017. po pravilima o shodnoj primeni odredaba Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa i zakona kojim se uređuje javnobeležnička delatnost do imenovanja javnih beležnika i u tim gradovima i opštinama.

republički zakon, Posle secesije i prestanka postojanja državne zajednice Srbija i Crna Gora, ZVP (1982) je postao osnovni izvor vanparnične procedure.

Područje primene ZVP (1982) kasnije je šireno prilikom donošenja novih zakona koji su uređivali pojedine vanparnične postupke, kao što su npr. Zakon o privrednim društvima (2004),³⁵ Zakon o privrednim društvima (2011),³⁶ Zakon o rehabilitaciji (2011),³⁷ Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama (2013) ili Zakon o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova (2014),³⁸ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku (2015).³⁹ Zakon o nasleđivanju (1995) predviđeo je direktno i indirektno niz vanparničnih postupaka u naslednopravnim stvarima i tako proširio domen primene vanparnične procedure.⁴⁰ I ratifikacijom pojedinih međunarodnih multilateralnih konvencija, kao što je npr. Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece iz 1980,⁴¹ indirektno je šireno područje primene ZVP (1982) jer posebnim propisima nisu bila uređena pravila sudskog postupka za primenu ove konvencije, tako da se u postupku izdavanja naloga za povratak deteta primenjuju opšte odredbe ZVP (1982).

³⁵ Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04.

³⁶ Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/11, 99/11, 83/14 – dr. zakon, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19.

³⁷ Zakonodavac je propustio da u prvom Zakonu o rehabilitaciji, *Službeni glasnik RS*, br. 33/06) izričito predvidi metod sudske zaštite, te je tadašnji Vrhovni sud Srbije svojim tumačenjem da se u pravnim stvarima koje se odnose na rehabilitaciju postupa po pravilima vanparnične procedure popunio ovu zakonsku prazninu.

³⁸ Odredbe čl. 8a–8v Zakona o uređenju sudova (*Službeni glasnik RS*, br. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – dr. zakon, 78/11 – dr. zakon, 101/11, 101/13, 40/15 – dr. zakon, 106/15, 13/16, 108/16, 113/17. 65/18 – US, 87/18, 88/ 18 – US), kojima je bio regulisan vanparnični postupak u kome se odlučivalo o povredi prava na suđenje u razumnom roku odredbom člana 36. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku (*Službeni glasnik RS*, br. 40/15), stavljene su van snage od 1. januara 2016. tj. njegovim stupanjem na snagu.

³⁹ Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku (*Službeni glasnik RS*, br. 40/15) uređeni su vanparnični postupak za čije je sprovođenje nadležan predsednik onog suda pred kojim je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku, kao i parnični postupak koji se vodi radi pravičnog zadovoljenja i naknade štete zbog povrede ovog funkcionalnog ljudskog prava. O tome detaljno: Gordana Stanković, „Postupak za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku“, Četrnaesto međunarodno savetovanje „Oktobarski pravnički dani“, Zbornik radova *Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema*, Banja Luka, 2017; Gordana Stanković, Postupak za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, *Pravni informator*, br.10, Beograd, 2013.

⁴⁰ Gordana Stanković, „Vanparnični postupci u naslednopravnim stvarima,“ Zbornik radova *Novine u Zakonu o nasleđivanju*, Pravni fakultet, Kragujevac, 1998, 25.

⁴¹ Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece od 1980. godine, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/91.

Porodični zakon (2005) predvideo je i nov vanparnični postupak za sudsku emancipaciju maloletnog roditelja⁴² ali ga nije regulisao jer je predvideo da se odredbe ZVP (1982), koje se odnose na postupak za davanje dozvole za stupanje u brak, iako se radi o vanparničnom postupku u jednoj porodičnoj stvari, shodno primenjuju i u postupku za sudsku emancipaciju maloletnog roditelja do uređenja ovog posebnog vanparničnog postupka zakonom iako se radi o statusnom vanparničnom postupku.⁴³ Nažalost, ovaj poseban vanparnični postupak još uvek nije uređen ZVP (1982), iako je od vremena donošenja Porodičnog zakona dva puta bio menjan i dopunjavan.

Izmenama Zakona o sudskim taksama⁴⁴ iz decembra 2015. bile su predviđene nove odredbe⁴⁵ koje su od značaja za pitanje troškova u vanparničnom postupku.⁴⁶

Indirektna izmena ZVP (1982) izvršena je i Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu (2015)⁴⁷ koji je predvideo da odredba člana 30i ZVP (1982) prestaje da važi danom stupanja na snagu ovog zakona tj. 29. decembra 2015. Odredbom člana 30i ZVP (1982) bilo je uređeno pitanje nagrade javnom beležniku i naknade troškova postupka koji je vanparnični sud poverio

⁴² V. Gordana Stanković, „Vanparnični postupak za sticanje poslovne sposobnosti“, *Pravni život*, br. 13, Beograd, 2008, 171; Gordana Stanković, „Postupak za sticanje poslovne sposobnosti“, *Zbornik vo čest na Stefan Georgijevski*, Praven fakultet „Justinijan Prvi“ – Skopje, 2009, 27.

⁴³ V. odredbu člana 360. Porodičnog zakona (2005).

⁴⁴ Zakon o sudskim taksama, *Službeni glasnik RS*, br. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01 – dr. zakon, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08 – dr. zakon, 31/09, 101/11, 93/12, 93/14 i 106/15, 95718.

⁴⁵ Propisana je, pre svega, visina sudske takse koja se plaća sudu (u onim opštinama u kojima nisu imenovani javni beležnici) u postupku za sastavljanje isprava o pravnim poslovima koje imaju oblik javnobeležničkog zapisa. Osim toga, propisano je i da su učesnici oslobođeni od plaćanja sudskih taksi za radnje i postupke koje je sud poverio javnim beležnicima, tako da učesnik plaća javnom beležniku samo naknadu troškova i nagradu prema Javnobeležničkoj tarifi. Na taj način zakonodavac je smanjio troškove postupka koji padaju na teret učesnika i sprečio da oni plaćaju duple troškove odnosno da pored sudske takse, koju su platili sudu prilikom pokretanja postupka plaćaju i sudske takse za pruženu pravosudnu uslugu za one radnje koje su odlukom suda poverene javnom beležniku i koje on preduzima umesto suda.

⁴⁶ Bez obzira na to što navedeno zakonsko rešenje omogućava rasterećenje sudova od pojedinih vanparničnih stvari i što oslobađa učesnike od daljeg plaćanja sudskih taksi, postavlja se pitanje da li je pravično da učesnici u postupku koji nije poveren javnom beležniku plaćaju sudske takse za podneske i sudske odluke za razliku od učesnika iz poverenog postupka koji su od njih oslobođeni, ali koji zato plaćaju nagradu javnom beležniku (koja je znatno veća od sudskih taksi) iako nisu zahтеvali da javni beležnik postupa umesto suda.

⁴⁷ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS*, br. 106/15.

javnom beležniku na identičan način kao i odredbom člana 140. Zakona o javnim beležnicima (2011) pre njenog noveliranja. Izmenama Zakona o javnom beležništvu iz decembra 2015. zakonodavac je na nov način regulisao pitanje naknade i nagrade troškova postupka javnom beležniku u poverenim vanparničnim pravnim stvarima da bi otklonio evidentne probleme koji su se javljali u praksi sudova⁴⁸ i javnih beležnika.⁴⁹ Novele Zakona o javnim beležnicima predvidele su da nagradu za rad i naknadu troškova određuje javni beležnik prema Javnobeležničkoj tarifi,⁵⁰ kao i da nadzor u pogledu obračuna i naplate troškova i nagrade vrše Javnobeležnička komora i ministarstvo nadležno za pravosuđe.⁵¹ Na taj način smanjeni su i angažovanje i materijalni troškovi sudovima i, istovremeno, obezbeđena neophodna kontrola u interesu učesnika u postupku i zaštite njihovih interesa, kao i države u pogledu njenih prihoda.

NOVI VANPARNIČNI POSTUPCI

Donošenjem novih zakona nastavljeno je širenje kruga posebnih vanparničnih postupaka s tim što se prilikom normiranja posebnih vanparničnih postupaka zakonodavac koristio različitim zakonodavnim tehnikama. Pojedini vanparnični postupak je ili uređen potpuno uz shodnu primenu pravila parničnog postupka ili je samo fragmentarno regulisan tako što je sadržao odredbu koja upućuje na shodnu

⁴⁸ Odredbama ZVP (1982) koje su bile predviđene novelama ZVP (1982) iz 2014. bilo je predviđeno da se naknada i nagrada za rad javnih beležnika kao poverenika suda isplaćuje iz budžeta suda. Ta odredba izazvala je u praksi probleme i sudovima i javnim beležnicima. Sudovi, po pravilu, nisu imali dovoljno sredstava za isplatu nagrade i naknade jer su nedostajala sredstva za isplatu odbrana po službenoj dužnosti u krivičnim postupcima kao i za angažovanje sudija porotnika i veštaka, te zbog ograničenih sredstava i zbog odgovornosti za zakonitu, namensku i ekonomičnu upotrebu budžetskih sredstava nisu poveravali čak ni sastavljanje smrtovnica javnim beležnicima. Na taj način postupali su u skladu i sa aktom Visokog saveta sudstva br. 401-050-102/2015 od 11. marta 2015. koji je praktično zaustavio proces dejudicijalizacije jer je insistirao na tome da sudovi ne poveravaju javnim beležnicima ni sastavljanje smrtovnice da to ne bi uticalo na trošenje budžetskih sredstava.

⁴⁹ Javni beležnici su bili dužni da plate sudsku taksu prilikom podnošenja zahteva sudu za isplatu nagrade i naknade, kao i da plate porez na neuplaćenu naknadu i nagradu za rad, jer su kopiju podneska u kome su zahtevali nagradu i naknadu podnosili poreskoj upravi i prijavljivali prihod koji nisu ostvarili, a od naplaćene nagrade bez PDV, na ime takse za javni prihod za obavljenju uslugu bili su dužni da uplate 30% od naplaćene nagrade u roku od 15 dana.

⁵⁰ Javnobeležnička tarifa, *Službeni glasnik RS*, br. 91/14, 103/14, 138/14, 12/16, 17/17, 67/17, 98/17, 14/19, 49/19, 17/20, 91/20, 36/21.

⁵¹ Naplata nagrade i naknade suprotno Javnobeležničkoj tarifi predstavlja disciplinski prestup.

primenu nekog drugog vanparničnog postupka,⁵² ili je samo predviđeno da se u određenoj pravnoj stvari postupa po pravilima vanparničnog postupka, a ponekad je iz same prirode tog postupka proizlazilo da je vanparnični⁵³ jer predmet postupka nije bio građanskopravni spor.

Kad zakonodavac nije izričito predvideo metod pravne zaštite u pojedinoj građanskopravnoj stvari, a nije u pitanju građanskopravni spor koji treba rešiti u parnici, nesumnjivo je da je metod pravne zaštite vanparnična procedura i to posebno kad je potrebno da se titularu prava pruži zaštitnička pomoć u realizaciji statusa ili prava ili kad je za vršenje preobražajnog prava potrebno sadejstvo suda jer se željena pravna promena može ostvariti samo sudskom odlukom.⁵⁴

Ukoliko je pojedini vanparnični postupak samo fragmentarno regulisan ili je predviđeno da se u konkretnoj situaciji postupa po pravilima vanparničnog postupka,⁵⁵ primenjuju se opšta pravila vanparničnog postupka koja su sadržana u opštim odredbama ZVP (1982) je one, pored osnovnih načela vanparnične procedure, sadrže pojedina organizaciona i funkcionalna procesna pravila koja važe za sve vanparnične postupke ukoliko zakonodavac prilikom normiranja pojedinog posebnog vanparničnog postupka nije predvideo neko drugo pravilo procedure.

Izmenama i dopunama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 2019.⁵⁶ u odredbi noveliranog člana 28. predviđen je poseban statusni vanparnični postupak za utvrđenje vanbračnog statusa vanbračnog partnera kao metod pravne zaštite koji može da pokrene vanbračni partner kad postoji potreba za ovim vidom pravne zaštite. S obzirom na to da se vanbračno partnerstvo kod nas

⁵² Tako je npr. odredbom člana 360. PZ (2005) predviđeno da će se u statusnom postupku za sudsku emancipaciju shodno primenjivati odredbe porodičnog vanparničnog postupka za davanje dozvole za stupanje u brak. Ili, da se u porodičnom vanparničnom postupku za produženje roditeljskog prava shodno primenjuju odredbe statusnog postupka za lišenje i vraćanje poslovne sposobnosti.

⁵³ Takav je slučaj na primer bio sa prvim Zakonom o rehabilitaciji (*Službeni glasnik RS*, br. 33/06) u kome nije bilo izričito predviđeno po kojim se pravilima građanskog sudskog postupka postupa.

⁵⁴ Zavisno od vrste prava u pitanju, zakonodavac predviđa parnični ili vanparnični postupak kao redovni pravni put za ostvarivanje pravne promene kad se ona ne može ishoditi jednostranom ili dvostranom izjavom volje titulara prava.

⁵⁵ O tome, G. Stanković, M. Trgovčević Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, op. cit., 25.

⁵⁶ Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, *Sl. glasnik RS*, br. 34/03, 64/04 – odluka US, 84/04 – dr. zakon 85/05, 101/05 – dr. zakon, 63/06 – odluka US, 5/09, 107/09, 101/10, 93/12, 62/13, 108/13, 75/14, 142/14, 73/18, 46/19 – odluka US i 86/19. U daljem tekstu: ZPIO (2003).

ne registruje u javnim knjigama, zakonodavac je predvideo vanparnični postupak kao metod pravne zaštite u kome će nadživeli vanbračni partner osiguranika moći da ishodi sudsku odluku kojom će biti utvrđen njegov status vanbračnog partnera iz vanbračne zajednice i kojom će moći, kao javnom ispravom, da u postupku ostvarivanja prava na porodičnu penziju dokaže da ispunjava zakonski uslov koji se tiče njegovog porodičnog statusa.

Odredba člana 28. Novela ZPIO (2003) iz 2019. višestruko je značajna. Ovom odredbom zakonodavac je izjednačio supružnika i vanbračnog partnera u pogledu prava na sticanje prava na porodičnu penziju i na taj način eliminisao diskriminatorski odnos prema vanbračnoj zajednici i vanbračnom partneru osiguranika u domenu penzionog osiguranja, priznao pravo vanbračnom partneru na porodičnu penziju i po prestanku vanbračne zajednice, ukoliko mu je po njenom prestanku u sudskom postupku utvrđeno pravo na izdržavanje, regulisao uslove pod kojima vanbračni partner može ostvariti pravo na porodičnu penziju i predvideo kojim redovnim pravnim putem i na koji način vanbračni partner može da dokaže svoj vanbračni status.

S obzirom na to da postupak za utvrđenje vanbračnog statusa vanbračnog partnera⁵⁷ nije celovito regulisan zakonom jer ga je zakonodavac samo imenovao kao vanparnični postupak, u vanparničnim pravnim stvarima za koje zakonodavac nije propisao posebna pravila procedure primenjuju se opšta pravila vanparničnog postupka⁵⁸ sadržana u opštim odredbama ZVP (1982) koja regulišu, pored osnovnih načela vanparnične procedure regulišu i tzv. procesnu statiku i procesnu dinamiku.

Zakon o utvrđivanju činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji,⁵⁹ koji je donet da bi se utvrdile pogodne činjenice na osnovu izvedenih dokaza u sudskom postupku radi utvrđivanja istine o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji, predstavlja nov poseban vanparnični postupak kojim je samo

⁵⁷ O ovom postupku detaljno, Gordana Stanković, Milena Trgovčević-Prokić, „Postupak za utvrđenje statusa vanbračnog partnera, Zbornik sažetaka, Međunarodni naučni skup *Pravni sistem u vremenu nove realnosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini u Kosovskoj Mitrovici, 2021, 59; Gordana Stanković, Milena Trgovčević-Prokić, „Procedure for establishing the status of common-law partner“, Thematic Conference Proceedings, International Scientific Conference „*Legal system in the period of the new reality*“, Faculty of Law, University of Priština in Kosovska Mitrovica, 2021, 163.

⁵⁸ V. G. Stanković, Lj. Mandić, *Vanparnično procesno pravo*, op. cit., 15; M. Trgovčević Prokić, G. Stanković, op. cit., 14.

⁵⁹ Zakon o utvrđivanju činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji, *Službeni glasnik RS*, br. 18/20.

privremeno proširena zona vanparnične procedure jer je ovaj zakon, koji je donet da bi se izvršile obaveze Republike Srbije iz presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Jovanović protiv Srbije* (predstavka br. 21794/09),⁶⁰ mogao da se pokrene u roku od šest meseci od dana stupanja na snagu ovog zakona.⁶¹

Novе promene u domenu vanparnične procedure najavljene su nedavno objavljenim Prednacrtom zakona o izmenama i dopunama Porodičnog zakona.⁶² Promene se, između ostalog, odnose i na postupak kojim se određuju mere koje se tiču poslovne sposobnosti lica umanjениh sposobnosti, na postupak za produženje roditeljskog prava i na postupak za sudsku emancipaciju.

U pogledu postupka koji se odnosi na mere zaštite lica umanjениh sposobnosti, Prednacrt zakona o izmenama i dopunama Porodičnog zakona predviđa isključivo meru delimičnog ograničavanja poslovne sposobnosti, tako da više neće postojati potpuno lišenje poslovne sposobnosti. Prednacrt definitivno predviđa promenu tradicionalnog naziva koji se u rubrumu koristio za označavanje instituta lišenja poslovne sposobnosti. Treba očekivati da se, po usvajanju predloženih novela PZ (2005) izmene i odredbe ZVP (1982) koje za odnose na poseban statusni vanparnični postupak u kome se izriču zaštitne mere licima umanjenede poslovne sposobnosti,⁶³

⁶⁰ Evropski sud je, zbog postojanja određenog broja potencijalnih podnosilaca koji su bili u sličnoj situaciji, u odluci posebno naglasio da je država dužna da izvrši sve presude Evropskog suda koje se odnose na sličnu situaciju izborom mera opšte i (po potrebi) individualne prirode kako bi se okončala nastala povreda Konvencije i pružilo odgovarajuće obeštećenje u cilju otklanjanja nastupelih posledica. Evropski sud je naložio Srbiji da u roku od jedne godine od pravnosnažnosti presude u slučaju *Jovanović protiv Srbije* preduzme sve potrebne mere (po mogućstvu u vidu donošenja posebnog zakona) kojima će da se uspostavi mehanizam usmeren na obeštećenje svih roditelja koji su u sličnoj situaciji kao podnositeljka predstavke da bi se omogućilo da se roditeljima pruže uverljivi odgovori o sudbini njihove dece, kao i da im se pruži odgovarajuća naknada kada je to potrebno.

⁶¹ Odredba člana 17. Zakona o utvrđivanju činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji.

⁶² Prednacrt Zakona o izmenama i dopunama Porodičnog zakona koji je objavljen na sajtu Ministarstva za brigu o porodici i demografiju 12.5.2021, (<http://minbpd.gov.rs/zakoni/zakoni-u-pripremi>) (20.5.2021), objavljen je i na sajtu Advokatske komore Vojvodine, <https://akv.org.rs/prednacrt-zakona-izmene-porodicni-zakon/?script=lat>, odakle je preuzet na: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/260721/260721-vest10.html>, 14.7.2021.

⁶³ Iako su novelama ZVP (1982) iz 2014. odredbe kojima je regulisan postupak za lišenje poslovne sposobnosti normirane u skladu sa Preporukoma br. R (99) 4 Komiteta ministara država-članicama o načelima koja se tiču pravne zaštite punoletnih osoba umanjenede sposobnosti iz februara 1999 (u daljem tekstu Preporuka Saveta Evrope), u tekstu ZVP (1982) za označavanje vanparničnog postupka i rubrume, nije upotrebljena terminologija iz Preporuke Saveta Evrope u kojoj se ovaj postupak imenuje kao „postupak za ustanovljenje mere zaštite punoletne osobe umanjenede sposobnosti.“

kao i na postupak za produženje roditeljskog prava⁶⁴ u kome se supsidijarno i shodno primenjuju odredbe postupka za lišenje poslovne sposobnosti.

Predloženim izmenama PZ (2005),⁶⁵ kao i ZVP (1982), ipak neće biti usklađeni sa Ustavom (2006) koji poslovnu sposobnost tretira kao jedno od ljudskih prava i koji ne predviđa mogućnost ograničavanja ovog ljudskog prava,⁶⁶ te je zbog toga bilo neophodno da se i u predloženim izmenama PZ (2005) delimično ograničenje poslovne sposobnosti tretira kao posebna mera zaštite jednog lica koje ima potrebu da, zbog umanjениh sposobnosti, bude zaštićeno u skladu sa zakonom u pogledu prava i obaveza.⁶⁷

Odredbama Prednacrtа predviđena su, pored porodičnopравnih posledica izrečene mere ograničenja poslovne sposobnosti, i pojedina pravila vanparnične procedure u postupku za ograničenje poslovne sposobnosti, u postupku za preispitivanje ograničenja poslovne sposobnosti⁶⁸ i u postupku za prestanak ograničenja poslovne sposobnosti. Pre svega, odredbama Prednacrtа biće izmenjena odredba ZVP (1982) koja se odnosi na dokazni postupak jer je predviđeno da umesto veštačenja najmanje dva lekara odgovarajuće specijalnosti, koji treba da daju nalaz i mišljenje o stanju mentalnog zdravlja i sposobnosti za rasuđivanje lica prema kome se postupak vodi, o obimu, sadržaju i dužini trajanja ograničenja poslovne sposobnosti treba da se izjasni sudski veštаk u nalazu i mišljenju. S obzirom na to da je imenica sudski veštаk upotrebljena u jednini, vanparnični sud će, ukoliko se predložena izmena usvoji, određivati samo jednog veštaka radi veštačenja stanja mentalnog zdravlja i sposobnosti za rasuđivanje i taj sudski veštаk, po prirodi stvari,

⁶⁴ Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, „Postupak za produženje roditeljskog prava“, Zbornik radova *Porodični zakon – dvanaest godina posle*, Pravni fakultet Union i Službeni glasnik, Beograd, 2018, 337.

⁶⁵ Interesantno je da su u sredstvima javnog informisanja posle objavljivanja Prednacrtа pažnju medijskih poslenica privukle uglavnom odredbe o fizičkom kažnjavanju dece.

⁶⁶ Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava ne predviđa izričito i direktno poslovnu sposobnost kao jedno od osnovnih ljudskih prava. Međutim, ograničenje poslovne sposobnosti predstavlja ozbiljno mešanje u pravo pojedinca na poštovanje privatnog života (odredba člana 8. EK). Takav stav zauzeo je Evropski sud za ljudska prava u nizu svojih odluka kao i u slučaju *Salontaji – Drobnjak protiv Srbije*. (V. *Salontaji – Drobnjak protiv Srbije*, predstavka br. 36500/2005, par. 144).

⁶⁷ Odredbom člana 44. Prednacrtа predviđeno je da se punoletnom licu koje svojim postupcima neposredno ugrožava sopstvena prava i interese ili prava i interese drugih lica može ograničiti poslovna sposobnost.

⁶⁸ Prema odredbi člana 44. Prednacrtа, postupak preispitivanja ograničenja poslovne sposobnosti mora započeti najkasnije 60 dana pre isteka roka trajanja ograničenja, a okončati se najkasnije do dana isteka roka trajanja ograničenja.

može da bude samo specijalista neuropsihijatar. Ovo zakonsko rešenje uticaće u dobroj meri na smanjenje troškova veštačenja koji pogađaju lice prema kome se postupak vodi, što je posebno značajno jer se oficijelni postupak preispitivanja određene mere ograničenja poslovne sposobnosti periodično ponavlja u interesu lica prema kome se postupak vodi i koje te troškove mora da podnese ukoliko iz neznanja nije koristilo pravo na oslododjenje od troškova postupka ili nije blagovremeno zahtevalo da bude od ovih troškova oslobođeno.

Odredbama Prednacrta predviđena je sadržina sudske odluke koja se donosi u ovom postupku. Prema Prednacrtnu, u odluci o ograničenju poslovne sposobnosti sud će biti dužan da odredi: pravne poslove koje lice ograničene poslovne sposobnosti ne može samostalno preduzimati, pravne poslove koje ono može samostalno preduzimati i pravne poslove koje ono može preduzimati uz podršku i prethodnu saglasnost postavljenog staratelja, kao i rok trajanja ograničenja, a koji ne može biti duži od tri godine.

Okolnost da Prednacrt predviđa samo delimično ograničavanje poslovne sposobnosti kao meru zaštite lica umanjene poslovne sposobnosti i da predviđa postupak za preispitivanje ograničenja poslovne sposobnosti, može da izazove određene probleme. Pre svega, to će u određenoj meri uticati i na obim poslova vanparničnog suda koji po službenoj dužnosti mora da vodi računa o pokretanju ovog postupka i o razumnom roku u kome treba da ga sprovede zbog posledica koje mogu da nastanu zbog propusta suda. S obzirom na to da postoje određene kategorije mentalnih bolesti koje se progresivno razvijaju i kod kojih ne može da dođe do regresije i poboljšanja zdravlja postavlja se i pitanje da li je svrsishodno da se periodično sprovodi postupak za preispitivanje ograničenja poslovne sposobnosti, da se ta lica pozivaju u sud iako to nije u interesu njihovog zdravlja, da se ponavlja veštačenje u kome će biti konstatovano pogoršanje zdravstvenog statusa i da se konačno izlažu troškovima postupka koji nisu mali s obzirom na naknadu koja se plaća veštaku i koja pogađa lice prema kome se postupak vodi ukoliko ono nije oslobođeno prethodnog snošenja ovih troškova i koji će, u slučaju oslobađanja od snošenja troškova postupka, pogađati sudski budžet.

Prednacrt u odredbama kojima reguliše postupak za prestanak ograničenja poslovne sposobnosti predviđa da ova mera prestaje ne samo kada prestanu razlozi zbog kojih je poslovna sposobnost bila ograničena, već i ukoliko se u zakonom predviđenom roku za pokretanje postupka za preispitivanje ograničenja poslovne sposobnosti ne pokrene ili ne okonča postupak preispitivanja ograničenja poslovne sposobnosti. Ovo zakonsko rešenje može da izazove određene probleme u praksi jer redaktori Prednacrta nisu dovoljno vodili računa o implikacijama predloženih rešenja. Ukoliko se oficijelni postupak za preispitivanje ograničenja poslovne

sposobnosti eventualno ne pokrene u roku koji je određen sudskom odlukom, ograničenje poslovne sposobnosti pretaće po samom zakonu, ali ta činjenica neće biti konstatovana sudskom odlukom i u tom slučaju neće postojati mogućnost da se nastala statusna promena registruje u matičnim knjigama. S druge strane, zbog propusta suda da pokrene i okonča postupak u zakonskom roku, neograničenu poslovnu sposobnost mogu ponovo da steknu i lica koja su obolela od ozbiljnih mentalnih bolesti kod kojih ne postoji mogućnost poboljšanja zdravstvenog stanja što može da izazove niz posledica u pravnim odnosima.

ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Vanparnična procedura je tokom vremena u našoj zemlji doživljavala određene promene koje su bile rezultat raznih zakonodavnih zahvata kojima je zona vanparnične procedure sužavana ili širena, te taj trend traje i dalje tako da nova zakonska rešenja, usvojena ili čije se usvajanje očekuje u najskorije vreme, upravo šire oblast primene vanparnične procedure. Ovakva situacija na normativnom planu direktna je posledica činjenice da vanparnični postupak nije uniforman i jednoobrazan metod građanskopravne pravne zaštite, da se zakonodavac prilikom zakonskog regulisanja vanparničnog postupka služi različitim normativnim tehnikama i da se pravila posebne vanparnične procedure, zbog svog instrumentalnog karaktera, prilikom normiranja vanparnične pravne zaštite prilagođavaju određenoj vrsti i prirodi vanparnične pravne stvari.

Prof. Dr. GORDANA STANKOVIĆ
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Niš

CHANGES AND NEW LEGAL SOLUTIONS IN THE DOMAIN OF NON-CONTENTIOUS PROCEDURE

Summary

The Law on Non-contentious Procedure (1982), which dates from the last millennium, has survived many constitutional changes that took place in our region and is a real “legal methuselah.” Although it does not contain ideal solutions, periods of the most intensive legislative activity in the transition period at the beginning of this century. Nevertheless, over time, the non-contentious procedure has undergone certain changes that were the result not only of the similar application of the rules of civil procedure but also of various legislative interventions that narrowed or expanded the area of non-contentious procedure, so this trend continues.

Key words: non-contentious proceedings, special non-contentious proceedings

Literatura

- Lakićević S., Kovačević Z., *Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama sa komentarom*, Beograd, 2016.
- Palačković D., „Sudski odobrena hospitalizacija“, *Pravni život*, br.9, Beograd, 2013.
- Stanković G., *Zakon o vanparničnom postupku*, Objašnjenja, tumačenja i stvarni registar, četvrto izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Stanković G., „Načelo izjašnjavanja učesnika u vanparničnom postupku“, *Pravni život*, br.11, Beograd, 2013.
- Stanković G., Boranijašević V., *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020.
- Stanković G., Uvodni referat „Dvadeset godina Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije“, Zbornik radova *Dvadeset godina Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije*, Pravni fakultet, Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 2003.
- Stanković G., Mandić Lj., *Vanparnično procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2013.
- Stanković G., Mandić Lj., *Organizaciono građansko procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2013.
- Stanković G., Trgovčević Prokić M., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, drugo izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Stanković G., „Postupak za dokazivanje rođenja“, *Pravni život*, br.11, Beograd, 2015.
- Stanković G., „Postupak za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku“, Četrnaesto međunarodno savetovanje *Oktobarski pravnički dani*, Zbornik radova *Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema*, Banja Luka, 2017.
- Stanković G., „Postupak za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku“, *Pravni informator*, br.10, Beograd, 2013.
- Stanković G., „Vanparnični postupci u naslednopravnim stvarima“, Zbornik radova *Novine u Zakonu o nasleđivanju*, Pravni fakultet, Kragujevac, 1998.
- Stanković G., „Vanparnični postupak za sticanje poslovne sposobnosti“, *Pravni život*, br. 13, Beograd, 2008.
- Stanković G., „Postupak za sticanje poslovne sposobnosti“, *Zbornik vo čest na Stefan Georgijevski*, Praven fakultet „Justinijan Prvi“ – Skopje, 2009.
- Stanković G., Trgovčević Prokić M., „Postupak za produženje roditeljskog prava“, Zbornik radova *Porodični zakon – dvanaest godina posle*, Pravni fakultet Union i Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Stanković G., Trgovčević-Prokić M., „Postupak za utvrđenje statusa vanbračnog partnera“, Zbornik sažetaka, Međunarodni naučni skup *Pravni sistem u vremenu nove realnosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini u Kosovskoj Mitrovici, 2021.

Stanković G., Trgovčević-Prokić M., „Procedure for establishing the status of common-law partner“, Thematic Conference Proceedings, International Scientific Conference *Legal system in the period of the new reality*, Faculty of Law, University of Priština in Kosovska Mitrovica, 2021.

Trgovčević-Prokić M., Stanković G., *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 24.08.2021.

Prihvaćen: 06.09.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DUŠICA PALAČKOVIĆ
SANDA ĆORAC

PRETPOSTAVKE ZA DONOŠENJE PRESUDE NA OSNOVU PRIZNANJA

Jednostranom parničnom radnjom kojom priznaje tužbeni zahtev tuženi stvara novu procesnu situaciju i mogućnost da sud donese presudu na osnovu priznanja. U radu su izneti neki od opšteprihvaćenih stavova teorije i sudske prakse povodom ove presude, ali i dileme i različiti pristupi o nekim pitanjima povezanim uz pretpostavke za njeno donošenje. Sumarno zakonsko regulisanje pretpostavki za donošenje ove presude, kao i neodređenost pojmova koje zakonodavac koristi pri formulisanju nedozvoljenih raspolaganja stranaka, uslovljava izuzetno složene zadatke sudija u oceni njihove ispunjenosti.

Ključne reči: presuda na osnovu priznanja, posebne pretpostavke za donošenje, tužbeni zahtev i predlog za donošenje, dozvoljena raspolaganja stranaka, izjava o priznanju tužbenog zahteva

U V O D

U teoriji procesnog prava postoji nesporna saglasnost o tome da je presuda na osnovu priznanja posledica stranačke dispozicije, odnosno izričitog disponiranja tužbenim zahtevom (predmetom spora) od strane tužioca. No, već prilikom

Prof. dr Dušica Palačković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, u penziji, e-mail: dudapalackovic@gmail.com.

Dr Sanda Ćorac, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: scorac@jura.kg.ac.rs.

nastojanja na pojmovnom određenju presude na osnovu priznanja, mišljenja se razlikuju. Tako, prema jednom mišljenju, reč je o tzv. procesnoj presudi,¹ dok je prema drugom reč o dispozitivnoj presudi,² odnosno dispozitivnoj presudi u užem smislu.³ Ni kada je reč o kvalifikaciji same radnje priznanja nema saglasnosti. Prema jednom od stavova reč je o parničnoj radnji stranke koja sama po sebi, dakle neposredno, bez sudske odluke, stvara novu procesnu situaciju,⁴ dok je prema drugom reč o posrednoj parničnoj radnji, pa je za meritorno okončanje spora, pored radnje priznanja neophodno da sud donese svoju odluku o prihvatanju tužbenog zahteva koja se temelji na toj radnji.⁵

Kako su u parničnom postupku presude donete na osnovu usmenog kontradiktornog raspravljanja pravila, to ishod takve rasprave omogućava sudu da formira činjeničnu podlogu za odluku kojom usvaja ili odbija tužbeni zahtev. No, prilikom donošenja presude kojoj ne prethodi usmena kontradiktorna rasprava, kakva je i presuda na osnovu priznanja, sud nema obavezu razgraničenja pravno relevantnih i za ishod spora nebitnih činjenica, dalje, spornih od nespornih, kao ni izvođenja dokaza o činjenicama koje su sporne. Ne utvrđuje se tačnost iznesenih stranačkih tvrdnji niti se kroz postupak sudskog silogizma donosi meritorna odluka već su ovlašćenja suda ograničena na ispitivanje ispunjenosti uslova koje procesni zakon predviđa za donošenje ovih presuda. Pored toga, osobenost presuda koje se donose bez kontradiktornog raspravljanja je i da sud *ex officio* ispituje dopuštenost raspolaganja stranaka, odnosno da raspolaganja nisu u suprotnosti sa čl. 3 st. 3 Zakona o parničnom postupku.⁶ Specifičnost ovih presuda ogleda se i u sadržini njihovog obrazloženja, ali i u izričitoj zabrani njihovog donošenja u nekim sporovima (što je posebna tema o kojoj u ovom radu neće biti reči). Nesporno je, dakle, već iz navedenog, da u odnosu na presudu na osnovu priznanja postoje teorijske nesaglasnosti. Ovome treba pridodati i okolnost da neodređenost i složenost pojmova koje koristi

¹ U procesne se presude, pored presude na osnovu priznanja, prema ovom stavu, ubrajaju i presuda na osnovu odricanja, presuda zbog propuštanja, presuda zbog izostanka i presuda bez kontradiktornog raspravljanja, a kriterijum je da li se za ocenu osnovanosti tužbenog zahteva pretežno primenjuje materijalno (sve presude koje se donose na osnovu kontradiktornih raspravljanja) ili procesno pravo. Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, 432.

² Mihajlo Dika, „Presuda na temelju priznanja“, *Zbornik PFZ*, br. 5-6, Zagreb, 2012, 1886, u daljem tekstu: M. Dika (2012).

³ Više, kod Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo – Sudske odluke i sudska nagodba*, Zagreb, 2013, 185, u daljem tekstu: M. Dika (2013).

⁴ B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, op. cit., 260.

⁵ Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, 597.

⁶ 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, u daljem tekstu: ZPP.

čl. 3 st. 3 ZPP uslovljava teškoće u praksi, odnosno njihovom tumačenju, razjašnjenju i otkrivanju sadržine pri čemu sud ima široka ovlašćenja, a često je u prilici i da u ovom procesu pribavlja obaveštenja kako bi odlučio o dopuštenosti priznanja. Stoga je svakako opravdano izneti neke od opšteprihvaćenih stavova u teoriji i praksi, ali i dileme i različite pristupe koji su prisutni, kao i preovlađujuće, odnosno argumentovane i prihvatljive stavove o uslovima koji moraju biti ispunjeni prilikom donošenja specifične presude kakva je presuda na osnovu priznanja.

Zakon o parničnom postupku u čl. 348 sumarno reguliše mogućnost donošenja presude na osnovu priznanja, pa, tako, u st.1, određuje da „Ako tuženi do zaključenja glavne rasprave prizna tužbeni zahtev, sud će bez daljeg raspravljanja da donese presudu kojom usvaja tužbeni zahtev (presuda na osnovu priznanja)“. Dakle, pominje se jedan od uslova za njeno donošenje – da je tuženi priznao tužbeni zahtev i određuje momenat do koga to mora u postupku biti učinjeno. Uz to, odredbom st. 2, obavezuje se sud, kako je već nevedeno, da onemoguću raspolaganja stranaka protivna čl. 3 st. 3 ZPP, što bi se moralo razumeti kao još jedan od zakonskih uslova za donošenje ove presude.

U teoriji se, međutim, prepoznaje niz posebnih pretpostavki koje moraju biti ispunjene da bi presuda na osnovu priznanja mogla da se donese. Svakako da je prva od njih dopuštenost tužbe koja se procenjuje prema procesnim uslovima (procesnim pretpostavkama) *in concreto*, što znači da postojanje neotklonjivih procesnih smetnji, kao i nepostojanje pozitivno određenih uslova onemogućava meritorno odlučivanje, odnosno pružanje pravne zaštite, i o čemu ne treba posebno govoriti upravo za presudu koja je tema rada. Ostali uslovi, odnosno pretpostavke zahtevaju, međutim, širi komentar.

TUŽBENI ZAHTEV

Kako se u odredbi čl. 348 st.1 ZPP navodi da tuženi mora priznati „tužbeni zahtev“, to je nesporno da svaka vrsta tužbenog zahteva – kondemnatorni, deklarativni i konstitutivni, može biti predmet priznanja. Zakon ne pominje glavni i sporedne zahteve tužbe, ali se u teoriji iznosi da se uz glavni mogu priznati i neki sporedni zahtevi.⁷ Pored zahteva iznesenog u tužbi i neki drugi zahtevi izneseni tokom parnice imaju karakteristike tužbenog zahteva pa se priznanje može i na njih odnositi. Pri tome se misli na zahtev protivtužbe,⁸ ali i incidentni zahtev

⁷ M. Dika (2012), 1896. Ovaj Autor navodi da ima situacija kada se sporedni zahtev može i samostalno priznati, npr. zahtev za naknadu parničnih troškova nastao po osnovu krivice stranke, kao što se neki sporedni zahtevi nikada ne mogu samostalno priznati, npr. zahtev za plaćanje kamate bez priznanja zahteva za isplatu novčanog duga.

⁸ ZPP, čl.198 st.1.

za utvrđenje.⁹ Bez obzira na pravnu prirodu i cilj zbog koga se tuženi u parnici pod zakonskim uslovima može braniti prigovorom radi prebijanja u teoriji se smatra da je moguće priznati i „prigovor radi prebijanja“ uz obrazloženje da se on podnosi uslovno, odnosno ako bude prihvaćen tužbeni zahtev, pa bi i priznanje prigovora bilo uslovno.¹⁰ Reč je, svakako, o situaciji kada tuženi nije priznao tužbeni zahtev i time ga učinio nespornim. Uz to, okolnost uslovnosti u ovoj situaciji ne protivi se stavu da izjava o priznanju ne može, kao parnična radnja, biti uslovljena (ograničena uslovom ili rokom, npr.) jer se ovakav stav odnosi samo na vanprocesne događaje, a u ovom slučaju reč je upravo o uslovljavanju događajem u samoj parnici.¹¹

Tužbeni zahtev mora biti određen, odnosno individualizovan kako bi mogao biti priznat.¹² Ukoliko je tužbom kumulativno spojeno više tužbenih zahteva moguće je priznanje svih ili samo nekih. Čini se da se pravna priroda tzv. alternativnog spajanja,¹³ kao i alternativnog ovlašćenja tuženog,¹⁴ protivi mogućnosti priznanja tužbenog zahteva, dok kada je u pitanju eventualno spajanje,¹⁵ izvesno bi bilo da tuženi može priznati prvi od više istaknutih zahteva i time sprečiti raspravljanje o drugom, ili drugim, eventualnim, ali je problematično da li bi mogao priznati eventualni, s obzirom da je na tužiocu obaveza određivanja redosleda ispitivanja osnovanosti iznesenih zahteva, a to svakako upućuje i na svojevrsan značaj koji zahtevi za njega imaju. U teoriji se stoga kao rešenje nudi stav da priznanje eventualnog zahteva dejstvuje tek pošto primarni bude odbijen upravo uz obrazloženje da je meritorno odlučivanje o eventualnom moguće tek pošto se primarni odbije.¹⁶ Takođe, prema stavu prof. Poznića, ukoliko je priznat eventualni zahtev, a ne primarni, dejstvo priznanja nastupa samo ukoliko primarni bude odmah po priznanju eventualnog povučen.¹⁷

⁹ ZPP, čl.195. Pri tome, stav je teorije da bi se priznanje postojanja prejudicijelnog prava ili pravnog odnosa kada nema izričitog incidentnog zahteva tretiralo kao priznanje činjenice. M. Dika (2012), 1897-1898.

¹⁰ M. Dika (2012), 1897. Isti Autor navodi i stav austrijske teorije da bi se mogao priznati i samo osnov tužbenog zahteva u parnici u kojoj je sporan i osnov i visina potraživanja, što bi vodilo donošenju međupresude na osnovu priznanja, a da je takvo ređenje prihvaćeno i u slovenačkom pravu.

¹¹ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, op. cit., 257.

¹² Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2009, 766, u daljem tekstu: Komentar.

¹³ Više B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, op. cit., 321-323; B. Poznić, Komentar, 444.

¹⁴ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, op. cit., 323.

¹⁵ ZPP, čl.197 st.2-3.

¹⁶ Tako B. Poznić, Komentar, 442.

¹⁷ *Ibidem*.

DOZVOLJENA RASPOLAGANJA STRANAKA

Zakon propisuje kao negativan uslov da se presuda na osnovu priznanja ne sme doneti u situacijama kada je izričito isključena zakonom za neke vrste sporova. Zatim, nedopuštenost raspolaganja postoji i kada su ona protivna prinudnim propisima, javnom poretku, pravilima morala i dobrim običajima.¹⁸ Iz rečenog sledi međutim, da su dve situacije nesporne, odnosno načelno ne stvaraju probleme u praksi – kada postoji izričita zabrana donošenja ove vrste presude i, u drugoj situaciji, kada je reč o prinudnopravnim propisima. O ostalim pojmovima koje koristi zakonodavac u odredbi čl. 3 st. 3 ZPP, osim toga što nisu zakonom definisani, ni u teoriji nema jedinstvenog gledišta, a ukazuje se i na složenost pojmova.¹⁹

Kao i za ostale stranačke dispozicije u parnici, sud je i kod priznanja tužbenog zahteva u obavezi (primenom istražne maksime)²⁰ da nedvosmisleno utvrdi da li je ono dopušteno prema napred navedenim parametrima. Ocena dopuštenosti i prema stavu sudske prakse vrši se *in concreto*.²¹ To je nužan uslov čije neispunjenje vodi nastavku postupka i presudi na osnovu kontradiktorne rasprave. U tom slučaju sud će sprovesti postupak i na osnovu rezultata raspravljanja i izviđanja doneti presudu.²² O tome da nema uslova za donošenje presude na osnovu priznanja sud

¹⁸ U tom smislu se izjašnjava i sudska praksa. V. presudu Apelacionog suda u Nišu, Gž. 853/2017 od 2.2.2017; presudu Osnovnog suda u Jagodini, P.br.154/19 od 29.7.2019; presudu Vrhovnog kasacionog suda, Rev.1843/2015(2) od 22.10.2015; presudu Vrhovnog kasacionog suda, Gž1.21/17 od 11.5.2017.

¹⁹ Na primer, o složenosti pojma javni poredak dovoljno govori stav prof.Perovića koji navodi da je to pojam čuven po svojoj nepreciznosti, nejasnosti i neuhvatljivosti, da je to jedna ka-učuk norma koja se može svakako savijati, satkana od mnoštva osnovnih principa koje prihvata jedna društvena zajednica u svom trajanju i to principa filozofske, etičke, ekonomske, političke i pravne prirode koji ulaze u svet regula javnog poretka posredstvom odgovarajućih društvenih normi i to prinudnih pravnih normi i moralnih imperativa (Slobodan Perović, „Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak“, *Zbornik PFZ*, vol. 56, Posebni broj, 403,404,412) ili stav prof. Tomića da javni poredak dopušta da svako uživa svoja prava poštujući prava drugih i ujedno je minimalna društvena disciplina za funkcionisanje ustanova javne vlasti i za dobrobit društva (Zoran Tomić, „Javni poredak – pojam i struktura“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2019, 37).

²⁰ U tom smislu je i presuda Privrednog suda u Požarevcu, P.br.152/16 od 16.1.2017. delimično potvrđena – delimično ukinuta presudom Privrednog apelacionog suda u Beogradu Pž. 1502/17 od 15.3.2017.

²¹ V. rešenje Višeg suda u Valjevu, Gž. 918/20 od 4.1.2021.

²² Nevena Petrušić, Dragoljub Simonović, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2011, 636.

ne donosi nikakvu posebnu odluku već svoje razloge treba da iznese u odluci kojom okončava postupak – u kontradiktornoj presudi, rešenju o odbacivanju tužbe, itd.²³

Kako je ispitivanje dopuštenosti raspolaganja zapravo i najkomplikovaniji elemenat kod presude na osnovu priznanja,²⁴ zakonodavac je, u nastojanju da olakša položaj suda, predvideo da se može odložiti donošenje ove presude ako je potrebno da se o okolnostima na osnovu kojih se odlučuje o dopuštenosti raspolaganja zahtevom prethodno „pribave obaveštenja“ (čl.348 st.3 ZPP). Navedena formulacija, međutim, *per se* nije jasna, odnosno ne daje koncizan odgovor na pitanje šta se podrazumeva pod pribavljanjem obaveštenja od strane suda. U teoriji se ovaj pojam tumači *in favorem* ovlašćenja suda da utvrđuje činjenice i izvodi dokaze, a onda na utvrđene činjenice primeni materijalno pravo, dakle vodi kontradiktorni²⁵ kontrolni postupak.²⁶ Odnosno, ovakvo ovlašćenje suda smatra se izuzetkom od pravila da se povodom priznanja tužbenog zahteva sud ne upušta u ocenu činjenica nevedenih u tužbi.²⁷ Ovakav stav zapravo upućuje na to da bez obzira što u proverama koje podrazumeva čl.3 st.3 ZPP sud ima istražna ovlašćenja, svoj zaključak ne bi smeo izvoditi samo na osnovu postupanja *ex officio*, već da se i strankama mora omogućiti učešće u ovakvom, kontrolnom postupku.

Takođe, pribavljanje obaveštenja sasvim sigurno podrazumeva i obavezu suda da se o činjenicama od kojih zavisi dopuštenost disponiranja tužbenim zahtevom obavesti i od organa javne vlasti, odnosno državnih organa. Učešće stranaka, odnosno kontradiktorna procedura u ovim okolnostima neophodna je ukoliko sud posumnja da postoji namera da se presuda izdejstvuje *in fraudem legis* ili da stranke nisu iznele sve činjenice od značaja za ocenu dopuštenosti raspolaganja.²⁸ S tim u vezi je i stav da obična nekonkluzivnost tužbe usled okolnosti da iz iznesenih činjenica primenom materijalnog prava ne sledi tražena pravna posledica nije prepreka donošenju presude na osnovu priznanja osim ako se njenim donošenjem ne bi sankcionisala (objektivno) nedopuštena dispozicija.²⁹

²³ M. Dika (2013), 200 (o ovom stavu i povezanosti uz predlog za donošenje presude više u narednom delu rada).

²⁴ O dopuštenosti raspolaganja tužbenim zahtevom izjašnjava se i sudska praksa. V. presudu Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž.1995/2016(1) od 29.9.2017; rešenje Višeg suda u Valjevu, Gž.889/2017 od 15.11.2018.

²⁵ Na to upućuje i navod prof. Poznića da se radi utvrđivanja činjenica povezanih uz dopuštenost raspolaganja stranaka može zakazati ročište. V. B. Poznić, Komentar, 770.

²⁶ M. Dika (2012), 1903.

²⁷ B. Poznić, Komentar, 769.

²⁸ *Ibidem*, 770.

²⁹ M. Dika (2012), 1903.

PREDLOG ZA DONOŠENJE PRESUDE NA OSNOVU PRIZNANJA

Prema zakonskom rešenju, ako je priznanje tužbenog zahteva dopušteno, sud bez raspravljanja stranaka donosi presudu kojom usvaja tužiočev zahtev.³⁰ Pri tome, zakonodavac ne pominje izričito da li je potreban predlog tužioca u tom smislu. Moglo bi se reći da u našoj teoriji građanskog procesnog prava postoji veliki stepen saglasnosti da predlog tužioca nije neophodan.³¹ Međutim, to svakako ne isključuje mogućnost da takav predlog ipak bude stavljen, odnosno ne zabranjuje ga. U situaciji kada je predlog podnesen u teoriji nema saglasnosti o obavezama suda u odnosu na predlog kao stranačku parničnu radnju.

Prema prof. Diki, ako bi predlog da se donese presuda na osnovu priznanja bio podnet, o njemu nema potrebe doneti posebnu odluku već bi razlozi bili izneti u odluci kojom se postupak okončava – kontradiktornoj presudi ili rešenju o odbacivanju tužbe i sl. Zaključak sledi primenom argumenta *a contrario* – zato što predlog nije izričito predviđen kao kod presuda na osnovu propuštanja i zbog izostanka gde je ovaj uslov izričito predviđen prema pravu Hrvatske i gde je sud stoga u obavezi da donese posebnu odluku o odbijanju predloga stranke koja se može pobijati posebnom žalbom. Protiv donošenja posebne odluke o odbijanju predloga govorili bi i razlozi procesne ekonomije i ekspeditivnosti.³² Suprotno tome, prof. Poznić smatra da se po predlogu mora doneti posebna odluka u formi rešenja i da je protiv njega dozvoljena posebna žalba. To da se u zakonu ne pominje posebna žalba protiv rešenja kojim se odbija predlog tužioca za donošenje presude na osnovu priznanja za Autora je argument da se ono može pobijati posebnom žalbom, uz analogiju na presudu zbog izostanka.³³ Prof. Stanković smatra da ukoliko sud odbije da donese presudu na osnovu priznanja, jer je zaključio da nisu ispunjeni uslovi za njeno donošenje mora doneti rešenje kojim odbija da je donese i protiv tog rešenja je dozvoljena žalba.³⁴ Ipak, podnošenje predloga za donošenje ove presude Autorka zapravo ograničeno prihvata. Naime, ukoliko tuženi u izjavi o priznanju ne upotrebljava zakonski termin pa sud ne protumači pravilno njegovu izjavu ili je prosto previdi, tužilac bi imao pravo da predloži da sud donese presudu na osnovu priznanja bez obzira na to što je sud po službenoj

³⁰ ZPP, čl.348 st.1-2.

³¹ N. Petrušić, D. Simonović, op.cit., 636, B. Poznić, Komentar, 768, G. Stanković, „Priznanje tužbenog zahteva“, *Pravni život*, br. 11, 2018, 625, u daljem tekstu: G. Stanković (2018), a identičan stav nalazimo i u hrvatskoj teoriji, M. Dika (2012), 1903, S. Triva, M. Dika, op. cit., 599.

³² M. Dika (2012), 1902–1903, M. Dika (2013), 200.

³³ B. Poznić, Komentar, 771.

³⁴ G. Stanković (2018), 624.

dužnosti dužan da je donese.³⁵ Takođe, navodi da je prema stavu teorije koja se poziva na izričitu zakonsku odredbu, žalba protiv rešenja prvostepenog suda uvek dozvoljena ako zakonom nije drukčije propisano, kao i da bi pravo na žalbu na rešenje o odbijanju da se donese presuda na osnovu priznanja, pored tužioca, imao i tuženi.³⁶ Pravni interes tuženog za izjavljivanje žalbe na ovo rešenje postoji stoga što bi, ukoliko se postupak nastavi i okonča kondemnatornom presudom kojom je usvojen tužbeni zahtev za njega nastala dužnost da naknadi uvećane troškove postupka.³⁷ Prof. Jakšić takođe, bez šireg elaboriranja, navodi da ako bi sud protivno zakonu odbio da donese presudu na osnovu priznanja stranke bi imale pravo na posebnu žalbu.³⁸

U našoj sudskoj praksi nalazimo treći stav, koji nam se čini prihvatljivim, kako sa aspekta zakonskog regulisanja presude na osnovu priznanja, tako sa aspekta nemogućnosti zabrane strankama da ističu svoje predloge pa i za donošenje ove presude, ali i sa aspekta efikasnosti postupka i potencirano oficijelnog postupanja suda prilikom donošenja presuda koje su posledica stranačkih disponiranja. Naime, ako je stranka predložila njeno donošenje uprkos nepostojanja zakonske obaveze sud donosi rešenje kojim se odbija predlog za njeno donošenje kao neosnovan, ali samostalna žalba protiv ovakvog rešenja nije dozvoljena.³⁹

IZJAVA O PRIZNANJU TUŽBENOG ZAHTEVA I KONKLUZIVNOST TUŽBE

Osnovna pretpostavka za donošenje presude na osnovu priznanja je izjava (volje) tuženog u postupku pred sudom da priznaje tužbeni zahtev.⁴⁰ Davanjem te izjave tuženi se saglašava sa donošenjem presude čiji će zahtev biti prihvaćen

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ G. Stanković (2018), 624, koja navodi stav B. Poznića, Komentar, 711.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2021, 565.

³⁹ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž.959/2015 od 18.5.2016. U odluci se navodi da je po prethodnom preispitivanju dozvoljenosti žalbe drugostepeni sud našao da žalba protiv rešenja prvostepenog suda kojim se odbija predlog stranke za donošenje presude na osnovu priznanja nije dozvoljena stoga što zakon ne propisuje obavezu suda da donose pismeni otpripravak rešenja kojim se odbija predlog za donošenje presude na osnovu priznanja, niti je propisano pravo na isticanje posebne žalbe na rešenje o tom predlogu.

⁴⁰ Ukoliko tuženi ne prizna tužbeni zahtev onako kako je isti tužilac postavio, nema uslova za donošenje presude na osnovu priznanja (vid. presudu Privrednog suda u Požarevcu, P.br. 92/19 od 6.9.2019. ukinutu rešenjem Privrednog apelacionog suda, Pž. 5486/19 od 20.8.2020).

nezavisno od toga da li je zasnovan na zakonu ili ne.⁴¹ Ipak, priznanje tužbenog zahteva nije surogat odluke, niti samo po sebi proizvodi dejstva odluke.⁴²

Priznanje se može odnositi na tužbeni zahtev u celini, ili jedan, ili više zahteva ili deo jednog od zahteva pod uslovom deljivosti, pravne ili faktičke, o čemu identičan stav ima i naša sudska praksa.⁴³

Sama izjava o priznanju definiše se u teoriji na različite načine. Tako, prema jednom stavu to je „jednostrana parnična radnja tuženog kojom on pred sudom izričito izjavljuje da je tužiočev zahtev za pružanje pravne zaštite određenog sadržaja na zakonu osnovan“.⁴⁴ Polazeći od toga da tuženi može priznati tužbeni zahtev i kada ga ne smatra osnovanim ili čak izjaviti da ga smatra neosnovanim, ali ga ipak priznaje, smisao priznanja bio bi da se ovom izjavom tuženi „saglašava s donošenjem presude kojom će zahtev biti prihvaćen“ pa je priznanje „relativno apstraktna izjava u odnosu na premise za odlučivanje o zahtevu koje bi sud bio dužan utvrditi da do njega nije došlo“.⁴⁵ Ili, izričita izjava volje da se tužbeni zahtev bez daljeg raspravljanja prihvati.⁴⁶ Stoga se u nauci opravdano smatra da je definisanje izjave o priznanju tužbenog zahteva kao izjave kojom se priznaje osnovanost tog zahteva zapravo nepotrebna fikcija.⁴⁷

Nepodeljen stav u nauci građanskog procesnog prava je da je reč o „čistoj“ parničnoj radnji, izjavi koja je relevantna samo kada je data u postupku pred sudom, čija se punovažnost i dejstva uređuju normama procesnog prava, odnosno koja nema materijalnopravne elemente, kakvi se prepoznaju kod sudskog poravnjanja na primer.⁴⁸ Ipak, u teoriji se o priznanju govori kao o tzv. materijalnoj dispoziciji, odnosno materijalnoj dispozitivnoj radnji uz obrazloženje da se njome neposredno determiniše sadržina presude,⁴⁹ ili, da je njen konačni rezultat izvršetak parnice s dejstvom kao da je meritorno odlučeno o tužbenom zahtevu.⁵⁰

⁴¹ M. Dika (2013), 187.

⁴² G. Stanković, V. Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020, 451.

⁴³ Tako, npr., rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 58/2014 od 20.7.2015; presuda Višeg suda u Čačku, Gž. 41/15 od 11.3.2015; presuda Opštinskog suda u Nišu, P.br.1619/06 od 21.2.2007; rešenje Opštinskog suda Niš, P.br.1619/06 od 2.3.2007. i presuda Okružnog suda u Nišu, Gž. 2966/07 od 30.7.2007. – Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu, br. 26/2008.

⁴⁴ S. Triva, M. Dika, op. cit., 597.

⁴⁵ M. Dika (2012), 1888-1889.

⁴⁶ *Ibidem*, 1889.

⁴⁷ B. Poznić, Komentar, 764.

⁴⁸ Umesto svih, B. Poznić, Komentar, 764.

⁴⁹ M. Dika (2012), 1894.

⁵⁰ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, op. cit., 418.

Priznanje je, takođe, čista jednostrana parnična radnja koja postiže dejstvo samim saopštavanjem sudu. Naime, za protivljenje priznanju tužilac bi, eventualno, prema stavu teorije, imao pravni interes samo ukoliko bi presudu trebalo priznati i izvršiti u državi koja ne dopušta priznanje ove vrste presuda.⁵¹ Obaveštavanje tužioca da je izjava o priznanju data od interesa je u pogledu tužiočevog zahteva za naknadu troškova postupka ili za učestvovanje u kontradiktornoj raspravi o dopuštenosti samog priznanja.⁵² O tome da li je reč o parničnoj radnji neposrednog ili posrednog dejstva nema pune saglasnosti u nauci građanskog procesnog prava.⁵³ Mada različiti stavovi nemaju praktičnog značaja, nesporno je da se izjava o priznanju ispituje od strane suda s aspekta njene dopuštenosti, ali ne i osnovanosti.

Opšti je stav da priznanje ne može biti ograničeno uslovom, rokom ili na drugi način,⁵⁴ ali nam se čini da bi, s obzirom na opšti stav o parničnim radnjama koji glasi da se njihovo dejstvo ne može ograničiti vanprocesnim događajem, što je već pomenuto i u ovom radu, nema smetnji da se i izjava o priznanju tužbenog zahteva može ograničiti procesnim događajem.⁵⁵

Izjavu o priznanju tužbenog zahteva tuženi u parnici mora dati *expressis verbis*,⁵⁶ do zaključenja glavne rasprave⁵⁷ pred prvostenenim sudom, u toku pripremanja glavne rasprave i izvan ročišta za glavnu raspravu,⁵⁸ ali ne pre nego što je tuženom dostavljena tužba.⁵⁹ Takođe, izjava o priznanju može se dati i na raspravi

⁵¹ M. Dika (2012), 1894.

⁵² *Ibidem*, 1894–1895.

⁵³ Za prof. Trivu i prof. Diku, npr., reč je o radnji posrednog dejstva jer je za nastupanje njegovog dejstva neophodna odluka suda kojom usvaja tužbeni zahtev na osnovu radnje priznanja (S. Triva, M. Dika, op.cit., 598.). Za prof. Poznića i prof. Rakić-Vodinelić, međutim, reč je o radnji koja u parnici ima neposredno dejstvo, odnosno sama po sebi, bez odluke suda stvara novu procesnu situaciju, ali iznose da radnja priznanja predstavlja odlučujući osnov za donošenje presude na osnovu priznanja (B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, op. cit., 260).

⁵⁴ Uz to, u teoriji se ističe da nije dopušteno fiktivno priznanje, odnosno simulovano ili učinjeno radi ostvarenja nedopuštenog cilja. Branko Čalija, Sanjin Omanović, *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000, 262.

⁵⁵ U tom smislu šire elaborira i M. Dika (2012), 1895.

⁵⁶ V. rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 8849/10 od 27.01.2011. – Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu, broj 2/2011; rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž.1216/2015 od 15.10.2015; rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 9516/2013 od 16.7.2014. – Sudska praksa privrednih sudova – Bilten br. 1/2015.

⁵⁷ Tako i sudska praksa, npr. presuda Višeg suda u Požarevcu, Gž. 288/2013(2012) od 9.4.2013.

⁵⁸ ZPP, čl.291 st.1 i čl.327 st.3.

⁵⁹ Priznanje tužbenog zahteva nije punovažno ako je dato pre nego što je tuženom dostavljena tužba (presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž2. 6788/2013 od 10.10.2013.)

u ponovljenom postupku posle vraćanja pravne stvari na ponovno suđenje u žalbenom postupku, na ročištu po predlogu za ponavljanje postupka, kao i na ročištu za izvođenje dokaza pred zamoljenim sudom ukoliko tuženi prisustvuje tom ročištu.⁶⁰ Priznanje ne proizvodi dejstvo ako tužilac povuče tužbu pre donošenja presude, a tuženi se, kad je to potrebno, sa povlačenjem saglasi, a ovo mišljenje zasnovano je na shvatanju da nema smisla pružiti tužiocu zaštitu presudom koju on više ne traži.⁶¹ Može biti dato usmeno na ročištu, podneskom ili usmeno na zapisnik pred sudom.⁶²

Od priznanja tužbenog zahteva treba razlikovati priznanje činjenica.⁶³ Priznata činjenica samo je deo činjeničnog osnova presude u koji ulazi bez dokazivanja.⁶⁴ Od principa da se priznata činjenica ne dokazuje ZPP propisuje odstupanje.⁶⁵ Izjavu o priznanju činjenica mogu dati obe stranke i izjava ne mora biti data, i najčešće se i ne daje, izričito, već se zaključak o tome izvodi iz procesnog ponašanja stranke. Činjenično priznanje je priznanje jedne ili svih činjenica koje čine tzv. *premissa minor* sudskog silogizma, koji sud svakako mora izvesti u donošenju presude. Priznanje tužbenog zahteva, za pojedine autore je priznanje pravne osnovanosti konkluzije koju je formulisao tužilac u svojoj tužbi kroz predlog presude. Za druge, pak, priznanje tužbenog zahteva je „redovno“ i priznanje činjenica, ali to ne smatraju odlučujućim za donošenje presude. Odlučujuća je sama procesna volja tuženog da se presudi kako tužilac predlaže.⁶⁶

⁶⁰ G. Stanković (2018), 615.

⁶¹ B. Poznić, Komentar, 768.

⁶² ZPP, čl.327 st.3.

⁶³ V. Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž.9063/10 od 24.6.2010. – Bilten Apelacionog suda u Beogradu, broj 1/2010; presuda Opštinskog suda u Vrnjačkoj Banji, P.br. 325/06 od 9.8.2008. i rešenje Okružnog suda u Kraljevu, Gž.br. 3119/08 od 24.2.2009. – Bilten Okružnog suda u Kraljevu, br. 2/2009.; rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž.2097/2014 od 20.3.2014.

⁶⁴ Tako i sudska praksa, odnosno da „priznanje činjenica pred sudom ima za posledicu da te činjenice, po pravilu, ne treba dokazivati“ (rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž.2035/2007 od 27.06.2007. – Bilten sudske prakse Okružnog suda u Novom Sadu, br. 12/2007).

⁶⁵ Odredbom čl.230 st.2 ZPP propisano je da sud može da odluči da se dokazuju i priznate činjenice ako smatra da stranka njihovim priznanjem ide za tim da raspoláže zahtevom kojim ne može raspolagati (čl.3 st.3). U tom smislu je i stav prof. Poznića koji navodi da ta odredba dolazi do primene u sporu u kome sud proverava postojanje činjenice po službenoj dužnosti iz čega proističe da pomenuta odredba ima širi smisao od onoga koji se izražava zakonskim tekstom, jer se primenjuje kad god bi priznanje moglo da dovede do nedopuštene pravne posledice a ne samo kada se kod suda rađa sumnja da je ono izjavljeno *in fraudem legis*. B. Poznić, Komentar, 579.

⁶⁶ B. Poznić, V. Rakić-Vodinielić, op.cit., 440.

Suštinski, poklapanje ova dva priznanja je ne samo moguće, već i najčešće u praksi – tuženi će priznati tužbeni zahtev upravo ukoliko je siguran da je zahtev osnovan stoga što činjenice, koje je naveo tužilac ili do kojih se došlo tokom rasprave, govore tako, a onda je i sam zaključak tužioca u pogledu pravne posledice naveden u tužbi tačan. Ali, razlika u pristupu suda je očigledna. Tako, kod činjeničnog priznanja sud mora procenjivati da li iz takvih činjenica, koje direktno ulaze u činjenični osnov presude, u sklopu svih drugih, sledi pravna posledica koju tužilac traži, odnosno sledi osnovanost tužbenog zahteva. U kontekstu presude na osnovu priznanja, ovo se može povezati uz problem konkluzivnosti tužbenog zahteva, odnosno „da tužbeni zahtev po materijalnom pravu proističe iz činjenica iz kojih ga tužilac izvodi“.⁶⁷ Stav je teorije, međutim, da se izjava o priznanju tiče tužbenog zahteva, predloga izreke presude čije se donošenje traži, zaključka silogizma tužbe, nezavisno od toga da li iz činjenica navedenih u tužbi proizilazi primenom merodavne norme materijalnog prava zaključak o njenoj osnovanosti.⁶⁸ U tom smislu konkluzivnost tužbe sama po sebi nije pretpostavka za donošenje presude na osnovu priznanja,⁶⁹ jer će sud biti dužan da donese tu presudu i kad se na osnovu činjenica navedenih u tužbi primenom merodavne norme materijalnog prava ne bi moglo doći do zaključka o osnovanosti priznatog zahteva, osim ako priznanje ne bi bilo dato sa ciljem ishodovanja meritornog rešenja spora koje bi bilo protivno čl.3 st.3 ZPP.⁷⁰ U teoriji se u vezi sa konkluzivnošću tužbe ističe da je razumno pretpostaviti da tuženi priznaje osnovanost konkluzije jer priznaje istinitost i pravilnost premisa na kojima je građena ali to u kontekstu dispozitivnih građanskopravnih ovlašćenja stranaka nije i nužno, pa stoga ni relevantno.⁷¹ Sud treba takvu presudu da izrekne i kad tuženi stavlja do znanja da činjenične tvrdnje tužioca ne smatra istinitim ili da tužba nije konkluzivna, ali da on uprkos tome priznaje zahtev.⁷² Ograničenjem presude na osnovu priznanja na slučajeve konkluzivne tužbe priznanje zahteva bilo bi praktično izjednačeno sa priznanjem činjenične osnove zahteva.⁷³

⁶⁷ V. Rakić-Vodinelić, „Zakon o parničnom postupku Srbije 2011“, *Pravni zapisi*, br. 2, Beograd, 2011, 544.

⁶⁸ M. Dika (2013), 190.

⁶⁹ U tom smislu Marko Knežević, *Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2014, 423.

⁷⁰ M. Dika (2013), 190.

⁷¹ S. Triva, M. Dika, op.cit., 598.

⁷² B. Poznić, Komentar, 765.

⁷³ *Ibidem*, 771.

Kod priznanja nema dalje rasprave o osnovanosti tužbenog zahteva, sud ne utvrđuje „materijalnu istinu“, nema potrebe za korišćenjem postupka sudskog silogizma u donošenju presude kojom usvaja zahtev tužbe. Postupak u kome sud donosi presudu na osnovu priznanja, pošto je data izjava o priznanju tužbenog zahteva, prestaje da bude kontradiktoran i postaje sumaran jer sud u nastavku postupka samo ispituje da li je dopuštena izjava o priznanju tužbenog zahteva.⁷⁴ Dakle u potpunosti se eliminiše klasičan sudski silogizam: sud ne utvrđuje stanje stvari, niti on primenjuje materijalno pravo na takvo utvrđenje.⁷⁵ Ovo, pak, utiče na specifične razloge za izjavljivanje žalbe kojom se pobija ovakva presuda. Odnosno, ona se ne može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja niti zbog pogrešne primene materijalnog prava, ali je moguće pobijati je zbog bitnih povreda parničnog postupka i nedostataka u izjavi volje (zabluda, prinuda, prevara).⁷⁶ Zapravo, nedostaci u formiranju izjave volje na kojoj se temelji presuda postaju nedostaci same presude.⁷⁷

Priznanje tužbenog zahteva je opoziva radnja i za dejstvo opoziva nije potrebna saglasnost tužioca. Takođe, nije potrebno obrazlagati opoziv priznanja, a moguće ga je učiniti usmeno do zaključenja glavne rasprave, a podneskom do donošenja presude (up. čl.348 st.4 ZPP). U slučaju opoziva priznanja nastavlja se postupak i sud donosi presudu po kontradiktornim zahtevima stranaka. Opozivanje izjave o priznanju neće uvek biti moguće, npr., ukoliko je izjava data na ročištu i sud konstatuje da su ispunjeni uslovi za donošenje presude na osnovu priznanja, zaključi raspravu i donese ovu presudu neće biti mogućnosti da se izjava opozove.⁷⁸ Ipak, treba istaći razlike u pogledu dejstva opoziva priznanja tužbenog zahteva i činjeničnog priznanja. Ovo drugo ne uslovljava oduzimanje dejstva izjave *per se* već sud, po slobodnom uverenju, ceni da li će uzeti za priznatu ili za osporenu činjenicu koja je prvo priznata, a zatim je izjava o priznanju opozvana.⁷⁹

Kad su u pitanju subjekti ovlašćeni za priznanje tužbenog zahteva, to je najpre tuženi, njegov punomoćnik advokat na osnovu izdatog punomoćja za vođenje parnice, a ostala lica koja po ZPP mogu biti punomoćnici, kao i zakonski zastupnik

⁷⁴ G. Stanković (2018), 614.

⁷⁵ M. Knežević, op.cit., 423.

⁷⁶ ZPP, čl.373 st.3 i čl.374 st.2 t.6

⁷⁷ M. Dika (2013), 203.

⁷⁸ G. Stanković (2018), 628.

⁷⁹ ZPP, čl.348 st.4.

samo na osnovu posebnog punomoćja.⁸⁰ Kako je u pitanju nepovoljna parnična radnja priznanje koje bi dao jedan ili samo neki od jedinstvenih suparničara ne bi imala dejstvo.⁸¹ Kada su u pitanju obični suparničari izjava o priznanju koju da jedan od njih ima dejstvo samo prema njemu, ali to povlači posledicu da drugi suparničari ne bi mogli izjaviti žalbu protiv ove presude na osnovu priznanja. Izjavu ne bi mogao dati ni obični umešač na strani tuženog iz istog razloga nepovoljnosti parnične radnje za procesni položaj stranke.

ZAKLJUČAK

Donošenje presude na osnovu priznanja podrazumeva prethodno ispunjenje pozitivno postavljenih uslova koji se odnose na priznanje tužbenog zahteva od strane tuženog i određenje momenta do koga to mora u postupku biti učinjeno, ali i negativnih, koji se pre svega odnose na činjenicu da se ova presuda ne sme doneti na osnovu nedopuštenog raspolaganja stranaka i u situacijama kada je zakonom izričito isključena za neke vrste sporova. Ovu presudu ZPP samo sumarno normira, bez regulisanja posebnosti, što uslovljava probleme u sudskoj praksi. Stoga se u teoriji široko elaboriraju uslovi, odnosno pretpostavke koje moraju biti ispunjene za njeno donošenje. Pri tome se pojam „tužbeni zahtev“ veoma široko tumači, za razliku od izjave o priznanju tužbenog zahteva koja mora biti izričita i nedvosmislena. Ocena dopuštenosti raspolaganja primenom čl.3 st.3 ZPP stvara značajne probleme u praksi usled neodređenosti pojmova koji se koriste, pre svega pojma „javni poredak“ (ali moral i dobri običaji svakako). Pri tome, priznanje tužbenog zahteva ne treba povezivati uz priznanje činjenica, jer su posledice ova dva priznanja različite. Takođe, predlog za donošenje presude na osnovu priznanja prema tekstu ZPP nije neophodan, ali se ne isključuje. Teorijski stavovi o mogućem postupanju suda razlikuju se u pogledu obaveze suda povodom takvog predloga. Čini se najcelishodnijim stav prihvaćen u ovim situacijama u praksi sudova – ako sud zaključi da nema uslova za donošenje presude na osnovu priznanja, rešenjem odbija predlog, ali samostalna žalba protiv ovakvog

⁸⁰ ZPP, čl.348 st.1, čl.89 st.2, čl.85. st.2 i 4, čl.78. Ovaj stav potvrđuje i sudska praksa. Vid. presudu Osnovnog suda u Čačku, P.br. 456/19 od 17.10.2019. i presudu Višeg suda u Čačku, Gž.598/20 od 1.2.2020. Ipak, ne može se doneti presuda na osnovu priznanja od strane prvostepenog suda, ako punomoćnik tuženika, koji je bračni drug tuženiku, nema posebno, izričito ovlašćenje za priznanje tužbenog zahteva. V. presudu Osnovnog suda u Čačku, P.br. 142/18 od 17.04.2020. i rešenje Višeg suda u Čačku, Gž. 168/20 od 7.10.2020.

⁸¹ Takav stav nalazimo i u sudskoj praksi. V. presudu Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 4152/2007 od 02.10.2008. – Bilten sudske prakse Okružnog suda u Novom Sadu, br. 14/2008.

rešenja ne bi bila dozvoljena stoga što bi razlozi na koje se poziva žalilac zapravo mogli biti isti oni na koje se može pozivati i u žalbi na presudu na osnovu priznanja. Naime, predlog se odbija upravo zbog neispunjenosti svih ili nekih uslova za donošenje ove presude.

Prof. Dr. DUŠICA PALAČKOVIĆ
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Kragujevac

Dr. SANDA ĆORAC
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

PRESUMPTIONS FOR VERDICT BASED ON CONFESSION

Summary

By unilateral litigation, by which it acknowledges the claim, the defendant creates a new procedural situation and the possibility for the court to render a judgment based on the confession. The paper presents some of the generally accepted views of theory and court practice regarding this verdict, but also the dilemmas and different approaches on some issues related to the assumptions for its adoption. Summarized legal regulation of the assumptions for passing this judgment, as well as the vagueness of the terms used by the legislator in formulating the disallowed dispositions of the parties, conditions the extremely complex tasks of judges in assessing their fulfillment.

Key words: verdict based on confession, special preconditions for passing, claim and motion for passing, allowed dispositions of the parties, statement of acknowledgment of the claim

Literatura

- Čalija B., Omanović S., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000.
- Dika M., „Presuda na temelju priznanja“, *Zbornik PFZ*, br. 5-6, Zagreb, 2012.
- Dika M., *Građansko pranično pravo – Sudske odluke i sudska nagodba*, Zagreb, 2013.
- Jakšić A., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2021.
- Knežević M., *Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2014.
- Perović S., „Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56, Posebni broj, Zagreb, 2006.
- Petrušić N., Simonović D., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2011.
- Poznić B., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2009.
- Poznić B., Rakić-Vodinelić V., *Građansko proceno pravo*, Beograd, 2015.

Rakić-Vodinić V., „Zakon o parničnom postupku Srbije 2011“, *Pravni zapisi*, br. 2, Beograd, 2011.

Stanković G., „Priznanje tužbenog zahteva“, *Pravni život*, br.11, Beograd, 2018.

Stanković G., Boranijašević V., *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020 .

Tomić Z., „Javni poredak – pojam i struktura“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2019.

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

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 22.09.2021.

Prihvaćen: 02.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NIKOLA BODIROGA

POSEBNA REVIZIJA U PARNIČNOM POSTUPKU REPUBLIKE SRBIJE

Posebna revizija uvedena je u srpsko parnično procesno zakonodavstvo Zakonom o parničnom postupku iz 2004. godine. U obrazloženju novog zakonskog rešenja navedeno je da se ovaj vanredni pravni lek uvodi radi ujednačavanja sudske prakse i omogućavanja najvišem sudu u Republici Srbiji da obezbedi jedinstvenu primenu prava i zaštiti pravnu sigurnost. Pravo na izjavljivanje opšte revizije bilo je šire postavljeno nego danas, a osim toga predviđeni su bili i drugi vanredni pravni lekovi o čijoj osnovanosti je odlučivao tadašnji Vrhovni sud (direktna revizija i zahtev za zaštitu zakonitosti). Samo jedan član Zakona o parničnom postupku iz 2004.godine bio je posvećen posebnoj reviziji, što je u praksi stvaralo brojna sporna pitanja, nedoumice i probleme. Uz određene izmene posebna revizija je nastavila da postoji i u Zakonu o parničnom postupku iz 2011.godine, da bi zakonska regulativa bila neznatno promenjena izmenama ovog zakona koje su usvojene 2014.godine. Paralelno s tim, pravo na izjavljivanje opšte revizije pretrpelo je određena ograničenja. Krajem maja 2021.godine objavljen je Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, kojim je pravo na izjavljivanje opšte revizije konceptijski drugačije uređeno, a institut posebne revizije je detaljnije regulisan. U radu ćemo kritički analizirati važeći zakonski režim posebne revizije kao vanrednog pravnog leka, ali i predložene izmene koje su sadržane u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku.

Ključne reči: posebna revizija, opseg primene i značaj, problemi u praksi, predlozi izmena

Prof. dr Nikola Bodiroga, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu,
e-mail: bodiroga@ius.bg.ac.rs.

ISTORIJSKI RAZVOJ POSEBNE REVIZIJE U PARNIČNOM
PROCESNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Zakon o parničnom postupku iz 2004. godine

Zakon o parničnom postupku iz 2004. godine¹ prvi put pored (opšte) revizije uvodi i posebnu reviziju, odnosno reviziju po dopuštenju. Revizija je postala vanredan pravni lek Zakonom o parničnom postupku iz 1977. godine² i od tada je pravo na izjavljivanje revizije bilo postepeno redukovano, pre svega povećavanjem imovinskog cenzusa za njeno izjavljivanje. Zakon o parničnom postupku iz 2004. godine pored opšte revizije uvodi u naš pravni sistem i posebnu reviziju, s tim što se posebna revizija, uz ispunjenost zakonom propisanih uslova, mogla izjaviti samo kada izjavljivanje opšte revizije nije bilo moguće. Drugim rečima, pravo na izjavljivanje opšte revizije isključivalo je izjavljivanje posebne revizije. Da bi se moglo odlučivati o posebnoj reviziji, pored ostalog bilo je neophodno da se u konkretnom parničnom postupku ne može izjaviti opšta revizija. Zbog toga je neophodno sagledati odredbe ZPP 2004 kojima je bilo uređeno pravo na izjavljivanje opšte revizije.

Protiv pravnosnažne presude donesene u drugom stepenu, stranke su mogle da izjave reviziju u roku od 30 dana od dana dostavljanja prepisa presude (čl. 394, st. 1 ZPP 2004). Revizija je bila dozvoljena u imovinskopравnim sporovima pod uslovom da je vrednost predmeta spora pobijanog dela drugostepene presude prelazila 500.000 dinara (čl. 394, st. 2 i 3 ZPP 2004).

Izuzetno, i kad se radilo o tužbenom zahtevu iz stava 2 i 3 gde vrednost predmeta spora nije prelazila propisani imovinski cenzus, revizija je uvek bila dozvoljena: 1) u parnicama o pravu na izdržavanje ili o pravu na ukidanje izdržavanja; 2) u sporovima o pravu na naknadu štete zbog izgubljenog izdržavanja usled smrti davaoca izdržavanja; 3) u imovinskim sporovima koji nastanu iz protivustavnih i protivzakonitih pojedinačnih akata i radnji kojima se pravna ili fizička lica zavisno od sedišta, odnosno prebivališta stavljaju u neravnopravan položaj na jedinstvenom tržištu ili na drugi način narušava jedinstvo jugoslovenskog tržišta, uključujući i parnice o naknadi štete, koja se time prouzrokuje; 4) u sporovima zbog povrede autorskog prava, zaštite i upotrebe pronalaska i tehničkih unapređenja, uzoraka, modela i žigova, firme ili naziva, kao i u sporovima iz nelojalne utakmice i monopolističkih ponašanja kada se ne odnose na

¹ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04.

² Zakon o parničnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91 i *Službeni list SRJ* br. 27/92, 24/94, 12/98, 15/98 i 3/2002.

imovinskopravni zahtev (čl. 394, st. 4 ZPP 2004). U postupku o privrednim sporovima revizija nije bila dozvoljena ako vrednost predmeta spora pobijenog dela pravnosnažne presude nije prelazila 2.500.000 dinara. Revizija u privrednim sporovima uvek je bila dozvoljena u sporovima iz čl.394, st. 4, t. 3 i 4 ZPP (čl.486 ZPP 2004).

Posebna revizija bila je uređena članom 395 ZPP 2004. Prema odredbi tog člana revizija je izuzetno bila dozvoljena i protiv drugostepene presude koja se nije mogla pobijati revizijom po odredbama člana 394 ZPP (opšta revizija), ako je po oceni apelacionog suda o dopuštenosti revizije bilo potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa, ujednači sudska praksa ili kad je bilo potrebno novo tumačenje prava. Iz citirane odredbe člana 395 ZPP 2004 proizlazi da je izjavljivanje posebne revizije bilo moguće samo u onim parničnim postupcima u kojima nije postojalo pravo na izjavljivanje opšte revizije, ali pod uslovom da je apelacioni sud dopustio izjavljivanje posebne revizije. Odluka apelacionog suda zavisila je od potrebe razmatranja pravnih pitanja od opšteg interesa, ujednačavanja sudske prakse ili davanja novog tumačenja prava. Na ovom mestu treba napomenuti da su apelacioni sudovi u Srbiji počeli da rade 1. januara 2010. godine, a sam postupak, razlozi za izjavljivanje i način odlučivanja o posebnoj reviziji nisu bili zakonom propisani, iz čega se moglo zaključiti da se na ta pitanja primenjuju odredbe ZPP kojima je uređena opšta revizija. U skladu sa zaključkom usvojenim na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda, apelacioni sud u sednici veća daje ocenu izuzetne dozvoljenosti revizije po članu 395 ZPP, u formi obrazloženog rešenja čija izreka glasi: „Predlaže se Vrhovnom kasacionom sudu odlučivanje o izjavljenoj reviziji u smislu člana 395 ZPP.“ Protiv ovog rešenja nije dozvoljena posebna žalba.³ Ukoliko bi apelacioni sud odbio da dozvoli izjavljivanje revizije u skladu sa članom 395 ZPP, protiv te odluke je prema stavu Ustavnog suda bilo moguće izjaviti žalbu Vrhovnom kasacionom sudu.⁴ Uvođenje posebne revizije objašnjavalo se nastojanjem da se ojača uloga Vrhovnog suda Srbije u obezbeđivanju jedinstvene primene prava i pravne sigurnosti.⁵

³ Zaključak usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 9. februara 2010. godine, navedeno prema Nikola Bodiroga, *Građansko procesno pravo: Praktikum*, Beograd 2011, 239.

⁴ Odluka Ustavnog suda Už-2233/2011 od 29.2.2011.godine, dostupno na internet stranici Ustavnog suda <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/9603/?NOLAYOUT=1>, 20.9.2021. Prema stavu iznetom u odluci Ustavnog suda odluka apelacionog suda da ne dozvoli izjavljivanje revizije u smislu člana 395 ZPP predstavlja prvostepenu odluku protiv koje mora biti garantovano pravo na izjavljivanje žalbe.

⁵ Gordana Stanković, *Zakon o parničnom postupku: Predgovor*, IP Justinijan, Beograd 2004, 29.

Zakonom o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine,⁶ drastično su povećani revizijski cenzusi na 100.000 evra u opštem parničnom postupku, odnosno na 300.000 evra u postupku o privrednim sporovima,⁷ ali se član 395 ZPP koji je normirao posebnu reviziju nije menjao.

Zakon o parničnom postupku iz 2011. godine

Novi Zakon o parničnom postupku usvojen je 2011. godine i stupio je na snagu 1. februara 2012. godine.⁸ Ovaj zakon zadržao je visok revizijski cenzus kako u opštem parničnom postupku, tako i u postupku u privrednim sporovima. Prema članu 403, stav 1 ZPP protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu stranke su mogle da izjave reviziju u roku od 30 dana od dana dostavljanja presude. Revizija je bila dozvoljena uvek kada je to posebnim zakonom bilo propisano (čl. 403, st. 2 ZPP).⁹ Revizija nije bila dozvoljena u imovinskopравnim sporovima kada se tužbeni zahtev odnosio na utvrđenje prava svojine na nepokretnostima ili potraživanje u novcu, na predaju stvari ili izvršenje neke druge činidbe, ako vrednost predmeta spora pobijenog dela pravnosnažne presude nije prelazila dinarsku protivvrednost 100.000 evra prema srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (čl. 403, st. 3 ZPP). U privrednim sporovima imovinskopравni cenzus za izjavljivanje revizije iznosio je 300.000 evra (čl.485 ZPP).

Zakonom o parničnom postupku iz 2011. godine zadržan je institut posebne revizije, štaviše to je prvi zakon kojim se uvodi termin „posebna revizija“. U pitanju je vanredni pravni lek kojim se ostvaruju specifični pravno-politički ciljevi.¹⁰

⁶ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 111/09.

⁷ Odlukom Ustavnog suda IY3– 2/2010 od 14.3.2013. godine odbijen je zahtev za utvrđivanje neustavnosti odredaba ZID ZPP 2009 kojima je povećan cenzus za izjavljivanje revizije na 100.000 evra u opštem parničnom postupku, odnosno na 300.000 u privrednim sporovima, videti Nikola Bodiřoga, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd 2019, 100–111.

⁸ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011.

⁹ Pojedini posebni zakoni u svojim odredbama propisuju da je revizija u posebnim parničnim postupcima uvek dozvoljena. Navešćemo neke primere. Članom 208 Porodičnog zakona propisano je da je revizija uvek dozvoljena u postupcima u vezi s porodičnim odnosima, ako ovim zakonom nije drugačije određeno. Članom 214a Zakona o autorskim i srodnim pravima propisano je da je revizija uvek dozvoljena u sporovima zbog povrede autorskog i srodnih prava kada se ne odnose na imovinskopравni zahtev. Članom 41, stav 4 Zakona o zabrani diskriminacije propisano je da je revizija uvek dozvoljena u postupcima koji se vode po odredbama ovog Zakona.

¹⁰ Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Grđansko procesno pravo*, Niš 2020, 507; Ranko Keča, Marko Knežević, *Grđansko procesno pravo: Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd 2016, 361.

U skladu sa članom 404, stav 1 ZPP 2011 revizija je izuzetno dozvoljena zbog pogrešne primene materijalnog prava i protiv drugostepene presude koja ne bi mogla da se pobija revizijom, ako je po oceni apelacionog suda, odnosno Vrhovnog kasacionog suda potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse, kao i ako je potrebno novo tumačenje prava (posebna revizija). Članom 404, stav 2 ZPP 2011 bilo je propisano da o dozvoljenosti posebne revizije odlučuje apelacioni sud u veću od troje sudija koji nisu učestvovali u donošenju drugostepene presude. Ukoliko bi veće troje sudija apelacionog suda odbilo da dozvoli izjavljivanje revizije, protiv tog rešenja mogla se izjaviti žalba Vrhovnom kasacionom sudu (čl. 404, st. 3 ZPP).

Ako uporedimo član 395 ZPP 2004 i član 404 ZPP 2011, mogli bismo da primetimo određene razlike. Naime, prema odredbi člana 404 ZPP 2011, potreba za izjavljivanjem posebne revizije postoji u većem broju situacija: razmatranje pravnih pitanja od opšteg interesa; razmatranje pravnih pitanja u interesu ravnopravnosti građana; ujednačavanje sudske prakse i potreba za novim tumačenjem prava. Kao razlog za izjavljivanje posebne revizije bila je propisana samo pogrešna primena materijalnog prava, ali ne i bitne povrede odredaba parničnog postupka. Sam postupak odlučivanja o dozvoljenosti posebne revizije je bio preciznije uređen. O tome je odluku donosilo veće troje sudija apelacionog suda, ali to nije moglo biti isto veće koje je donelo drugostepenu presudu. Međutim, odluka veće apelacionog suda o dozvoljenosti posebne revizije mogla se pobijati žalbom, i to samo u slučaju da tom odlukom stranci nije bilo dozvoljeno da izjavi posebnu reviziju. Tada je stranka mogla da izjavi žalbu Vrhovnom kasacionom sudu.

REŠENJA U VAŽEĆEM ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU

Zakon o parničnom postupku iz 2011. godine pretrpeo je određene izmene. Najpre je odlukom Ustavnog suda proglašen neustavnim član 85, stav 1 i 2 kojim je bilo uređeno ko može biti punomoćnik u parničnom postupku. Istom odlukom Ustavni sud je proglasio neustavnim celu 36. glavu Zakona o parničnom postupku kojom je bio normiran postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana.¹¹ Godinu dana kasnije, 2014. godine, donet je Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku.¹² Potom je Zakon o parničnom postupku

¹¹ Odluka Ustavnog suda IY3–51/2012 od 23. maja 2013. godine, videti Nikola Bodiroga, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd 2019, 18–26, 147–161.

¹² Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014.

izmenjen 2018. godine¹³ i dopunjen 2020. godine.¹⁴ Za temu našeg rada najbitnije su izmene iz 2014. godine jer su te izmene, pored ostalog, obuhvatile i opštu i posebnu reviziju.

Zakonom o izmenama i dopuna Zakona o parničnom postupku iz 2014. godine, znatno je prošireno pravo na izjavljivanje opšte revizije. Prema odredbi člana 403 ZPP koja je i danas na snazi protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu, stranke mogu da izjave reviziju u roku od 30 dana od dana dostavljanja presude (st.1). Revizija je uvek dozvoljena ako je: 1) to posebnim zakonom propisano; 2) drugostepeni sud preinačio prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka; 3) drugostepeni sud usvojio žalbu, ukinuo prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka (st.2). Revizija nije dozvoljena u imovinskopravnim sporovima ako vrednost predmeta spora pobijenog dela pravnosnažne presude ne prelazi dinarsku protivvrednost od 40.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (st.3). U privrednim sporovima revizija nije dozvoljena ako vrednost pobijenog dela pravnosnažne presude ne prelazi dinarsku protivvrednost od 100.000 evra prema srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (čl. 485 ZPP).

Iz citiranih zakonskih odredaba može se zaključiti nekoliko stvari. Prvo, imovinski cenzus za opštu reviziju smanjen je sa 100.000 evra na 40.000 evra u opštem parničnom postupku i sa 300.000 evra na 100.000 evra u privrednim sporovima. Nezavisno od vrednosti predmeta spora, opšta revizija je uvek dozvoljena protiv preinačujuće presude drugostepenog suda i protiv presude drugostepenog suda kojom je taj sud usvojio žalbu, ukinuo prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka, naravno sve pod uslovom da se ne radi o parničnim postupcima u kojima je pravo na izjavljivanje revizije isključeno na osnovu posebne zakonske odredbe (postupci u sporovima male vrednosti, postupci zbog smetanja državnine i dr.). Opšta revizija je dozvoljena uvek kada je to posebnim zakonom propisano, a u prethodnom delu rada naveli smo neke primere posebnih zakona koji propisuju dozvoljenost revizije u određenim sporovima. Na taj način je pristup Vrhovnom kasacionom sudu značajno olakšan, a time i povećan broj postupaka u kojima postoji trostepeno odlučivanje.

Posebnoj reviziji i dalje je ostao posvećen samo jedan član Zakona o parničnom postupku. Članom 404, stav 1 ZPP propisano je da je revizija izuzetno dozvoljena zbog pogrešne primene materijalnog prava i protiv drugostepene presude koja ne bi mogla da se pobija revizijom, ako je po oceni Vrhovnog kasacionog

¹³ Zakon o izmenama Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

¹⁴ Zakon o dopuni Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

suda potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse, kao i ako je potrebno novo tumačenje prava (posebna revizija). Članom 404, stav 2 ZPP propisano je da o dozvoljenosti i osnovanosti posebne revizije odlučuje Vrhovni kasacioni sud u veću od pet sudija.

Postojanje samo jednog člana ZPP koji se bavi normiranjem posebne revizije otvara brojna pitanja. U kom roku se podnosi posebna revizija? Da li se posebna revizija podnosi sudu koji je doneo prvostepenu presudu i kakva su u tom slučaju njegova ovlašćenja? Da li protivna stranka ima pravo da odgovori na posebnu reviziju, i u kom roku? Kakve odluke Vrhovni kasacioni sud može da donese o posebnoj reviziji? Ne postoji odredba ZPP koja upućuje na primenu onih pravila koja se odnose na opštu reviziju.

U praksi posebna revizija se podnosi sudu koji je doneo prvostepenu presudu. Taj sud ispituje procesne pretpostavke za izjavljivanje posebne revizije. Sud koji je doneo prvostepenu presudu može odbaciti neblagovremenu, nedozvoljenu ili nepotpunu posebnu reviziju. Posebna revizija je nedozvoljena ako: 1) je posebnu reviziju izjavilo lice koje nije ovlašćeno na podnošenje posebne revizije; 2) posebna revizija nije izjavljena preko punomoćnika advokata, izuzev kada je stranka advokat; 3) je izjavilo lice koje je povuklo posebnu reviziju; 5) lice koje je izjavilo posebnu reviziju nema pravni interes za njeno podnošenje.

Ukoliko sud koji je odlučivao u prvom stepenu ne odbaci posebnu reviziju kao neblagovremenu, nepotpunu ili nedozvoljenu, bio bi dužan da je dostavi protivnoj stranci na odgovor. Protivna stranka ima pravo, ne i obavezu, da na posebnu reviziju odgovori. Tek nakon što protivna stranka odgovori ili nakon što protekne rok za davanje odgovora, spisi bi se preko drugostepenog suda dostavili Vrhovnom kasacionom sudu.

Vrhovni kasacioni sud ima ista ovlašćenja u pogledu ispitivanja blagovremenosti, potpunosti i dozvoljenosti revizije, kao i sud koji je doneo prvostepenu presudu. To znači da taj sud može odbaciti posebnu reviziju kao neblagovremenu, nepotpunu ili nedozvoljenu ukoliko to nije učinio prvostepeni sud. Pored navedenih situacija, Vrhovni kasacioni sud ima ovlašćenje da ne dozvoli odlučivanje o posebnoj reviziji, ukoliko nađe da ne postoji potreba za razmatranjem pravnih pitanja od opšteg interesa ili pravnih pitanja u interesu ravnopravnosti građana, odnosno da ne postoji potreba za ujednačavanjem sudske prakse ili potreba za novim tumačenjem prava. Ukoliko Vrhovni kasacioni sud rešenjem ne odbaci posebnu reviziju iz nekog od navedenih razloga, onda se u izreci presude dozvoljava njeno izjavljivanje i istovremeno odlučuje o njenoj osnovanosti. Odluke o dozvoljenosti i o osnovanosti posebne revizije VKS donosi u veću od pet sudija.

Jedini razlog zbog kog se može izjaviti posebna revizija jeste pogrešna primena materijalnog prava. Inače na pravilnu primenu materijalnog prava i drugostepeni sud i revizijski sud paze po službenoj dužnosti. Nijedna bitna povreda odredaba parničnog postupka ne može biti razlog za izjavljivanje posebne revizije. To se odnosi kako na bitne povrede iz člana 374, stav 1 ZPP (relativno bitne povrede), ali i na bitne povrede iz člana 374, stav 2 ZPP (apsolutno bitne povrede).

Razlog zbog kog se posebna revizija može izjaviti (pogrešna primena materijalnog prava) nužno ima za posledicu i odluke koje VKS može doneti o osnovanosti posebne revizije. Ukoliko je posebna revizija neosnovana, odnosno ukoliko nije došlo do pogrešne primene materijalnog prava, VKS će presudom odbiti posebnu reviziju kao neosnovanu. Ukoliko je posebna revizija osnovana (materijalno pravo je pogrešno primenjeno), VKS će presudom usvojiti posebnu reviziju i preinačiti presudu drugostepenog suda. Ukoliko je zbog pogrešne primene materijalnog prava došlo do nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, pa se zbog toga ne može preinačiti presuda drugostepenog suda, VKS će rešenjem ukinuti presudu drugostepenog i prvostepenog suda ili samo presudu drugostepenog suda i vratiti predmet na novo suđenje pred prvostepenim, odnosno pred drugostepenim sudom.

INICIJATIVA OPŠTE SEDNICE VKS ZA IZMENU ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU

Krajem 2019. godine opšta sednica VKS usvojila je inicijativu za izmene i dopune Zakona o parničnom postupku.¹⁵ Najveći deo te inicijative odnosi se na zakonsko uređenje opšte i posebne revizije. Sudije VKS su predložile brisanje odredaba člana 403, stav 2, tačke 2 i 3 ZPP. To su zakonske odredbe koje propisuju da je, nezavisno od vrednosti predmeta spora, opšta revizija uvek dozvoljena protiv presude drugostepenog suda kojom je taj sud preinačio prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka, kao i protiv presude drugostepenog suda kojom je taj sud usvojio žalbu, ukinuo prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka. O delu inicijative VKS za izmenu zakonskog regulisanja opšte revizije smo već pisali,¹⁶ a na ovom mestu ćemo još jednom izneti stavove o ovom predlogu. Najpre, ne mogu se prihvatiti argumenti koji su poslužili za omogućavanje izjavljivanja opšte revizije

¹⁵ Inicijativa Opšte sednice VKS za izmenu Zakona o parničnom postupku, <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Inicijativa%20Opste%20sednice%20Vrhovnog%20kasacionog%20suda%20za%20izmenu%20Zakona%20o%20parnicnom%20postupku.pdf>, 19.9.2021.

¹⁶ Nikola Bodiroga, „O inicijativi VKS za izmenu Zakona o parničnom postupku“, *Pravo i privreda*, br. 3, Beograd, 2020, 117–140.

protiv preinačujuće drugostepene presude, a prema kojima je preinačujuća drugostepena presuda uvek nova presuda u materijalnompravnom smislu, te da se u tom slučaju mora obezbediti pravo na pravni lek stranci na čiju štetu je izvršeno preinačenje. Takav zaključak iznet je u obrazloženju jedne odluke Ustavnog suda kojom je odlučivano o ustavnosti odredaba ZPP 2004 kojima je bilo uređeno pravo na izjavljivanje revizije.¹⁷ Da je ovakav stav Ustavnog suda pravno neutemeljen, jasno se može zaključiti analizom razloga za preinačenje prvostepene presude propisanih članom 394 ZPP. Drugostepeni sud će preinačiti prvostepenu presudu ako: 1) je na osnovu rasprave utvrdio drugačije činjenično stanje nego što je ono u prvostepenoj presudi; 2) je prvostepeni sud pogrešno ocenio isprave ili posredno izvedene dokaze, a odluka prvostepenog suda je isključivo zasnovana na tim dokazima; 3) je prvostepeni sud iz činjenica koje je utvrdio izveo nepravilan zaključak o postojanju drugih činjenica na kojima je zasnovana presuda; 4) smatra da je činjenično stanje u prvostepenoj presudi pravilno utvrđeno, ali je prvostepeni sud pogrešno primenio materijalno pravo. Do drugačije primene materijalnog prava od strane drugostepenog suda dolazi u situacijama propisanim u tačkama 1) i 4), dok su razlozi za preinačenje iz tačaka 2) i 3) posledica grešaka u zaključivanju prvostepenog suda, odnosno grešaka u oceni posredno izvedenih dokaza. To ne opravdava dozvoljenost revizije protiv svake preinačujuće presude drugostepenog suda. Isto važi i kada je drugostepeni sud usvojio žalbu, ukinuo prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka. Vrsta drugostepene presude kao osnov za izjavljivanje revizije ne može se opravdati ni uporednopravno ni teorijski. U tom delu inicijativa VKS za brisanje odredaba člana 403, stav 2, tačke 2 i 3 može se braniti.

Ono što je interesantnije za potrebe ovog rada jeste stav VKS o posebnoj reviziji. Prema navodima iz inicijative opšte sednice VKS odlučivanje o posebnoj reviziji prema sada važećem zakonskom režimu u potpunosti je blokiralo rad najvišeg suda, sprečavajući ga da se bavi onim pitanjima koja po važnosti zaslužuju posebnu pažnju ovog suda. U periodu od 2016. do 2019. godine procenat predmeta primljenih po posebnoj reviziji u odnosu na ukupan broj revizijskih predmeta se uvećao sa 28,5% (2016) na 56,8% (2019, zaključno sa 31.10.2019. godine). Navodi se kako je broj predmeta po posebnoj reviziji zapravo još veći, ali se statistički ne može iskazati. Dalje se ističe kako je u svega 5% slučajeva VKS prihvatio da odlučuje o posebnoj reviziji, dok je u 95% slučajeva doneto rešenje o odbacivanju posebne revizije. U praksi se ne poštuju uslovi iz odredbe člana 404 ZPP, pa se posebna revizija često podnosi bez ikakvog obrazloženja. To sve zahteva povećano angažovanje VKS i sprečava ga u ostvarivanju njegovih ustavnih i zakonskih nadležnosti.

¹⁷ Rešenje Ustavnog suda IY3– 1242/2010 od 30.6.2011. godine, navedeno prema Nikola Bodiřoga, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd 2019, 86–89.

Zbog svega navedenog VKS najpre predlaže da se zakonom precizno propiše uslovi na osnovu kojih će se ceniti dozvoljenost posebne revizije. U tom smislu prema stavu sudija VKS ovaj vanredni pravni lek bi trebalo dozvoliti samo kada postoji potreba za razmatranjem pravnih pitanja koja su važna za pravnu sigurnost ili za razvoj prava kroz sudsku praksu, a naročito: 1) ako o tom pravnom pitanju revizijski sud nije zauzeo stav, a postoji različita praksa drugostepenih sudova; 2) ako se radi o pravnom pitanju o kojem je revizijski sud već zauzeo stav, ali se odlukom drugostepenog suda odstupa od zauzetog pravnog stava, a za odstupanje ne postoje opravdani razlozi; 3) ako se radi o pravnom pitanju o kojem je revizijski sud zauzeo stav i odluka drugostepenog suda se zasniva na tom stavu, ali je taj stav potrebno preispitati zbog razloga koji su utvrđeni u toku postupka, promena u zakonodavstvu, zaključenih međunarodnih ugovora ili zbog stavova Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava. Sam postupak izjavljivanja i odlučivanja o posebnoj reviziji bi se prema predlogu VKS odvijao u dve faze. Najpre bi stranka trebalo da se obrati predlogom da joj VKS dozvoli izjavljivanje posebne revizije. U tom predlogu stranka bi morala da precizno navede o kom pravnom pitanju VKS treba da zauzme stav, kao i da priloži dokaze na kojima se zasniva potreba za zauzimanjem stava o tom pravnom pitanju. Tek ako VKS dozvoli izjavljivanje posebne revizije, stranka bi mogla da je podnese, ali samo u odnosu na to pravno pitanje u odnosu na koje je VKS dozvolio njeno izjavljivanje. Tek nakon toga bi VKS odlučivao o posebnoj reviziji. Predlog VKS postupak izjavljivanja i odlučivanja o posebnoj reviziji usložnjava i pretvara u dvofazni postupak. To s jedne strane produžava samo trajanje postupka, ali i uvećava troškove, jer stranka mora u svakoj od ove dve faze postupka da bude zastupana od strane punomoćnika iz reda advokata. U poređenju sa sadašnjim zakonskim rešenjem, postupak bi bio nesumnjivo detaljnije uređen, ali je pitanje koji bi se pravopolitički ciljevi ostvarili ukoliko bi se usvojile izmene koje predlaže VKS. Svakako da bi podnosilac posebne revizije morao da detaljnije obrazloži podnetu posebnu reviziju, da precizira razloge zbog kojih postoji potreba za zauzimanjem pravnih stavova o određenim pravnim pitanjima, te da u tom smislu podnese i odgovarajuće dokaze. Zapravo se teret dokazivanja potrebe za zauzimanjem pravnog stava u postupku odlučivanja o posebnoj reviziji prebacuje na njenog podnosioca. Poseban problem jeste to što se revident obraća predlogom za dozvolu revizije, pa tek ako taj predlog bude usvojen, revident u određenom roku od dana prijema rešenja kojim se odobrava izjavljivanje posebne revizije, podnosi posebnu reviziju u odnosu na pitanje koje je precizirano u odobrenju. Iako je postupak odlučivanja o posebnoj reviziji postupak koji zahteva angažovanje VKS kao najvišeg suda u Republici Srbiji, smatramo da predlozi koje je dala opšta

sednica VKS zapravo imaju za posledicu nepotrebnu formalizaciju samog postupka, a na štetu ostvarivanja prava stranaka i pravne sigurnosti uopšte.

NACRT ZAKONA O IZMENAMA I DOPUNAMA
ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU

Krajem maja 2021. godine na sajtu Ministarstva pravde objavljen je Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku.¹⁸ Nacrtom su predviđene brojne izmene, a jedna od najznačajnijih odnosi se na opštu i posebnu reviziju.

U pogledu opšte revizije, Nacrtom je predviđeno ukidanje revizijskog cenzusa kao kriterijuma za ocenu dozvoljenosti revizije. Prema sadašnjem zakonskom rešenju opšta revizija je uvek dozvoljena protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu u slučaju da vrednost pobijenog dela te presude prelazi 40.000 evra u opštem parničnom postupku, odnosno 100.000 evra u privrednim sporovima prema srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (čl. 403, st. 3 ZPP i čl. 485 ZPP). Nacrtom se predlaže brisanje ove zakonske odredbe, a opšta revizija bi bila dozvoljena u tri situacije: 1) kada je to posebnim zakonom propisano; 2) kada je apelacioni sud preinačio prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka; 3) kada je apelacioni sud usvojio žalbu, ukinuo prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka. Već smo napomenuli da postoje određeni posebni zakoni kojima se propisuje dozvoljenost revizije u određenim parničnim postupcima (Zakon o zabrani diskriminacije, Porodični zakon, itd.). Kada je u pitanju dozvoljenost opšte revizije prema odredbama Nacrta ZPP, izjavljivanje revizije se omogućava samo protiv presuda apelacionih sudova, i to u zavisnosti od vrste presude koju je doneo apelacioni sud (preinačujuća presuda i presuda kojom je apelacioni sud usvojio žalbu, ukinuo prvostepenu presudu i odlučio zahtevima stranaka). Ako je apelacioni sud odbio žalbu kao neosnovanu i potvrdio prvostepenu presudu, revizija može biti dozvoljena samo ako je to propisano posebnim zakonom, dok prema odredbama Nacrta ZPP protiv potvrđujuće presude apelacionog suda, revizija nije dozvoljena, bez obzira na vrednost predmeta spora. Ukoliko je, primera radi, vrednost predmeta spora 1.000.000 evra, a apelacioni sud je potvrdio prvostepenu presudu, opšta revizija protiv te presude ne bi bila dozvoljena. Dakle, kada se presudom apelacionog suda potvrđuje presuda prvostepenog suda ma kolika da je vrednost predmeta spora, opšta

¹⁸ Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, <https://mpravde.gov.rs/obavestenje/33408/nacrt-zakona-o-izmenama-i-dopunama-zakona-o-parnicnom-postupku-1952021-godine.php>, 18.9.2021.

revizija ne bi bila dozvoljena. Kada postoji saglasnost apelacionog i prvostepenog suda, prema odredbama Nacrta ZPP, nema potrebe za izjavljivanjem opšte revizije. Samo kada apelacioni sud preinačuje prvostepenu presudu i sam odlučuje o zahtevima stranaka i onda kada usvaja žalbu, ukida prvostepenu presudu i odlučuje o zahtevima stranaka, protiv takvih presuda apelacionog suda mogla bi se izjaviti opšta revizija (čl.102 Nacrta).

Posebna revizija bi se prema tekstu Nacrta mogla izjavljivati samo u onim sporovima u kojima nije dozvoljeno izjavljivanje opšte revizije, uz ispunjenost detaljno određenih zakonskih uslova. Odnos posebne i opšte revizije je i dalje zasnovan na odnosu isključivosti, što znači da postojanje prava na izjavljivanje opšte revizije protiv presude apelacionog suda isključuje pravo stranke da tu presudu pobija posebnom revizijom. U skladu sa predloženim članom 420a, posebna revizija bi se mogla izjaviti protiv presude apelacionog suda koja ne bi mogla da se pobija opštom revizijom i to samo ako je odlučivanje o posebnoj reviziji potrebno da bi se razmotrila pravna pitanja od značaja za obezbeđivanje jedinstvene primene prava i ravnopravnost svih u njegovoj primeni, odnosno radi obezbeđenja pravne sigurnosti ili razvoja prava kroz sudsku praksu. Za razliku od sadašnjeg zakonskog rešenja, Nacrtom je taksativno definisano kada se smatra da postoji potreba za odlučivanjem o posebnoj reviziji. To su sledeće situacije: 1) ako se radi o pravnom pitanju koje je presudom apelacionog suda rešeno suprotno ustanovljenoj sudskoj praksi Vrhovnog kasacionog suda; 2) ako se radi o pravnom pitanju u odnosu na koje ne postoji stav u sudskoj praksi Vrhovnog kasacionog suda; 3) ako se radi o pravnom pitanju o kome u presudama različitih veća istog apelacionog suda ili različitih apelacionih sudova nije zauzeto isto pravno shvatanje; 4) ako se radi o pravnom pitanju o kome postoji jedinstvena praksa Vrhovnog kasacionog suda i apelacionih sudova, ali se zbog zaključenog međunarodnog ugovora ili promena u zakonodavstvu iskazuje potreba za zauzimanjem novog tumačenja prava i zauzimanjem novog pravnog stava o tom pitanju; 5) ako se radi o pravnom pitanju o kome postoji jedinstvena sudska praksa Vrhovnog kasacionog suda i apelacionih sudova koja se zbog zauzetog pravnog stava u odlukama Evropskog suda za ljudska prava ili Ustavnog suda mora preispitati.

Jedini razlog zbog kojeg bi se prema Nacrtu posebna revizija mogla izjaviti jeste pogrešna primena materijalnog prava, ali se ovaj vanredni pravni lek ne bi mogao izjaviti zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka. Posebna revizija bi se mogla podneti samo preko punomoćnika iz reda advokata. O dozvoljenosti i o osnovanosti posebne revizije odlučivalo bi veće VKS u sastavu od pet sudija.

Normirana je i sadržina posebne revizije, odnosno propisani su njeni obavezni elementi (čl. 420b Nacrta). To su: 1) označenje da se radi o posebnoj revizi-

ji; 2) označenje presude koja se pobija; 3) razlog za izjavljivanje posebne revizije; 4) izjavu da li se presuda pobija u celini ili određenom delu; 5) navođenje pravnih pitanja koja je potrebno razmotriti ukoliko se posebna revizija podnosi radi razmatranja pravnih pitanja u interesu ravnopravnosti građana o kojima ne postoji sudska praksa Vrhovnog kasacionog suda; 6) označenje odluka Vrhovnog kasacionog suda i odluka apelacionih sudova kojima se ukazuje na postojanje neujednačene sudske prakse o određenom pravnom pitanju, ako se revizija izjavljuje zbog neujednačene sudske prakse; 7) razloge zbog kojih je neophodno novo tumačenje prava ako se posebna revizija podnosi zbog potrebe za novim tumačenjem prava; 8) označenje odluka Evropskog suda za ljudska prava i odluka Ustavnog suda zbog kojih je potrebno preispitati sudsku praksu Vrhovnog kasacionog suda i sudsku praksu apelacionih sudova, ako se posebna revizija izjavljuje zbog potrebe za preispitivanjem sudske prakse Vrhovnog kasacionog suda, odnosno sudske prakse apelacionih sudova; 9) potpis podnosioca. Ako se posebna revizija poziva na sudsku praksu apelacionih sudova moraju se priložiti i presude tih sudova kojima se ukazuje na postojanje neujednačene sudske prakse. Ako se u posebnoj reviziji ističe potreba za novim tumačenjem prava koje se uslovljava preispitivanjem postojećeg, odnosno zauzimanjem novog pravnog stava, u posebnoj reviziji moraju se navesti odredbe zakona, odnosno međunarodnog ugovora koje to potvrđuju, odnosno citirati pravna shvatanja Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava. Uz posebnu reviziju mogu se priložiti i objavljena naučna i stručna mišljenja koja su data na zahtev stranke u vezi sa spornim pravnim pitanjem.

Posebna revizija bi se podnosila u roku od 30 dana od dana dostavljanja stranci drugostepene presude koja se ne može pobijati opštom revizijom u skladu sa članom 403 ZPP. Podnošenje posebne revizije ne sprečava izvršenje pravnosnažne presude protiv koje je izjavljena.

Nacrtom je osmišljena drugačija uloga prvostepenog suda. Njemu se podnosi posebna revizija, a prvostepeni sud je, u roku od osam dana od dana prijema dostavlja protivnoj stranci na odgovor.¹⁹ Protivna stranka može da odgovori u roku od 30 dana, ukoliko ne odgovori ne snosi nikakve štetne posledice. Nakon prijema odgovora ili proteka roka za davanje odgovora, prvostepeni sud dostavlja posebnu reviziju, odgovor ukoliko je podnet i spise predmeta Vrhovnom kasacionom sudu preko drugostepenog suda (čl. 420v Nacrta).

Ukoliko posebna revizija nije podneta u roku od 30 dana od dana dostavljanja drugostepene presude, VKS će je odbaciti kao neblagovremenu. Ako posebna

¹⁹ Prema odredbama Nacrta prvostepeni sud ne bi imao ovlašćenje da odbaci posebnu reviziju usled nedostatka procesnih pretpostavki za njeno izjavljivanje (neblagovremenost, nepotpunost, nedozvoljenost).

revizija ne sadrži sve elemente propisane članom 420b kojima se dokazuje postojanje potrebe za odlučivanjem o posebnoj reviziji VKS će je odbaciti kao nepotpunu. Posebna revizija će biti odbačena kao nedozvoljena ako: 1) je posebnu reviziju izjavilo lice koje nije ovlašćeno na izjavljivanje posebne revizije; 2) posebna revizija nije izjavljena preko punomoćnika advokata izuzev ako je sama stranka advokat; 3) je izjavilo lice koje je povuklo posebnu reviziju; 4) lice koje je izjavilo posebnu reviziju nema pravni interes za njeno podnošenje; 5) ne postoji potreba za razmatranjem pravnih pitanja koja su od značaja za jedinstvenu primenu prava, ravnopravnost građana, pravnu sigurnost ili razvoj prava kroz sudsku praksu. Odluka o odbacivanju posebne revizije kao neblagovremene, nedozvoljene ili nepotpune donosi se u formi rešenja, a donosi je veće u sastavu od pet sudija. Protiv tog rešenja nije dozvoljena žalba, a u obrazloženju tog rešenja navešće se samo razlozi koji opravdavaju donošenje takve odluke (čl. 420g Nacrta).

O osnovanosti posebne revizije VKS donosi odluku na osnovu nejavne sednice veća ili na osnovu održane javne rasprave. Javna rasprava će se održati ako veće oceni da je to od izuzetnog značaja za obezbeđenje pravne sigurnosti građana ili zauzimanje pravnog stava o novom tumačenju prava. Odluku o održavanju javne rasprave donosi veće po sopstvenoj inicijativi ili na predlog stranaka (čl. 420d Nacrta).

Na raspravu se pozivaju stranke, njihovi zastupnici i punomoćnici, a mogu se pozvati i naučni radnici ili stručna lica koja mogu doprineti ustanovljenju novog tumačenjem prava u sudskoj praksi. Rasprava počinje izlaganjem sudije izvestioca o relevantnim razlozima i odlučnim činjenicama za rešenje pravnog pitanja. U svom izveštaju sudija izvestioca ne daje mišljenje o osnovanosti posebne revizije. Nakon izlaganja sudije izvestioca podnosilac revizije ukratko iznosi obrazloženje svojih razloga i podnetih dokaza koji su od značaja za odluku o osnovanosti posebne revizije. O posebnoj reviziji na raspravi se može izjasniti i protivna stranka koja je podnela pisani odgovor na reviziju. Raspravom rukovodi predsednik veća vodeći računa da se postavljena pitanja strankama i prisutnim i naučnim radnicima, odnosno stručnim licima kreću u granicama ispitivanja posebne revizije u odnosu na pravno pitanje zbog kog je posebna revizija izjavljena. Po zaključenju rasprave VKS donosi odluku (čl. 420đ Nacrta).

Posebno su normirane odluke koje VKS donosi o posebnoj reviziji. Ukoliko VKS utvrdi da ne postoje razlozi navedeni u posebnoj reviziji doneće presudu kojom odbija posebnu reviziju kao neosnovanu. Ako VKS nađe da je materijalno pravo pogrešno primenjeno doneće presudu kojom usvaja posebnu reviziju i preinačuje pobijanu presudu. Kada VKS utvrdi da je zbog pogrešne primene materijalnog prava činjenično stanje nepotpuno utvrđeno i da zbog toga nema uslova za

preinačenje drugostepene presude, rešenjem će ukinuti u celini ili delimično presudu prvostepenog i drugostepenog suda ili samo presudu drugostepenog suda i predmet vratiti na ponovno suđenje prvostepenom, odnosno drugostepenom sudu (čl. 420e Nacrta).

Sudiji koji se ne slaže sa izrekom ili obrazloženjem odluke veća ima pravo na izdvojeno mišljenje zasnovano na argumentima koje je izneo u toku većanja predloženoj odluci. Izdvojeno mišljenje sudija je dužan da usmeno najavi na sednici veća posle donošenja odluke. Sudija je dužan da u roku od sedam dana od dana prijema teksta odluke o posebnoj reviziji dostavi predsedniku veća obrazloženje svog izdvojenog mišljenja. Ako izdvojeno mišljenje nije dostavljeno predsedniku veća do isteka propisanog roka, doneta odluka veća se otpravlja iz suda. Blagovremeno dostavljeno izdvojeno mišljenje se prilaže uz odluku veća i zajedno s predmetom dostavlja prvostepenom sudu preko drugostepenog suda (čl. 420ž Nacrta).

UMESTO ZAKLJUČKA

Kada se analiziraju odredbe Nacrta Zakona o parničnom postupku kojima se uređuju opšta i posebna revizija može se izvesti nekoliko zaključaka. Prvi je da se zakonodavac opredelio za sužavanje prava na izjavljivanje opšte revizije. Sada važeći zakonski koncept omogućava izjavljivanje opšte revizije uvek kada vrednost predmeta spora pobijenog dela drugostepene presude prelazi iznos od 40.000 evra (100.000 evra u privrednim sporovima), nezavisno od toga kakvu presudu je doneo drugostepeni sud. Pored toga, opšta revizija je dozvoljena prema vrsti presude koju je doneo drugostepeni sud, čak i kada je vrednost predmeta spora pobijenog dela pravnosnažne presude ispod 40.000 evra. To su situacije u kojima je drugostepeni sud preinačio prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka i kada je drugostepeni sud usvojio žalbu, ukinuo prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka. Na kraju, opšta revizija je dozvoljena i kada je to propisano posebnim zakonom.

Nacrt ZPP-a vezuje dozvoljenost opšte revizije samo za vrstu presude koju je doneo apelacioni sud, odnosno opšta revizija bi bila dozvoljena protiv preinačujuće presude apelacionog suda i protiv presude apelacionog suda kojom je taj sud usvojio žalbu, ukinuo prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka. Dakle, bez obzira na to koliko bi bila vrednost predmeta spora pobijenog dela pravnosnažne presude, opšta revizija bi bila dozvoljena samo u zavisnosti od vrste presude koju je doneo apelacioni sud. Spor izuzetno velike vrednosti ne bi mogao biti iznet pred VKS, ako je apelacioni sud odbio žalbu kao neosnovanu i potvrdio

presudu prvostepenog suda. Pored dozvoljenosti opšte revizije prema vrsti presude apelacionog suda, opšta revizija bi uvek bila dozvoljena i kada je to propisano posebnim zakonom.

Imajući u vidu izmenjeni i suženi koncept prava na opštu reviziju, to znatno daje na značaju posebnoj reviziji koja pre svega služi ujednačavanju sudske prakse u parničnom postupku. Da bi posebna revizija bila dozvoljena najpre je neophodno da se radi o sporu u kojem nije dozvoljeno izjavljivanje opšte revizije. Uzmimo za primer imovinskopravni spor vrednosti 1.000.000 evra, a prvostepeni sud je odbio tužbeni zahtev u celosti, dok je apelacioni sud odbio žalbu tužioca kao neosnovanu i potvrdio prvostepenu presudu. U tom primeru prema odredbama Nacrta, opšta revizija ne bi bila dozvoljena. Da bi VKS u toj situaciji odlučivao o posebnoj reviziji tužioca, neophodno bi bilo da tužilac dokaže da postoji potreba za razmatranjem pravnih pitanja od opšteg interesa ili pravnih pitanja od značaja za pravnu sigurnost i razvoj prava kroz sudsku praksu, odnosno da postoji neka od taksativno nabrojanih situacija u čl. 420b Nacrta. Samo tada bi VKS u opisanom primeru mogao da razmatra posebnu reviziju tužioca u meritumu.

Imajući u vidu uslove za dozvoljenost izjavljivanja opšte i posebne revizije, moglo bi se desiti da izjavljivanje opšte revizije postane izuzetak, a izjavljivanje posebne revizije pravilo. Na ovakve primedbe se može odgovoriti, da bi svaki parnični postupak trebalo da se okonča u drugom stepenu, a da obraćanje sudu trećeg stepena treba da bude izuzetak. Članom 36, stav 2 Ustava Srbije propisano je da se svakom garantuje pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojim se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. S pozivom na ovu ustavnu odredbu se navodi kako je dužnost zakonodavca da omogući dvostепенost u sudskim postupcima, dok je propisivanje vanrednih pravnih lekova stvar zakonodavne politike i procene celishodnosti.²⁰ Članom 143, stav 4 i 5 Ustava Srbije propisano je da VKS najviši sud u Republici Srbiji i da je sedište VKS u Beogradu.²¹

²⁰ Ovakav stav zauzima Ustavni sud u svojoj odluci IY3– 2/ 2010 od 14.3.2013. godine, navedeno prema Nikola Bodiřoga, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd 2019, 377.

²¹ Odredbama važećeg Ustava Srbije nije prepoznata uloga VKS u ujednačavanju sudske prakse, štaviše u tekstu važećeg Ustava Vrhovnom kasacionom sudu posvećena su samo dva stava člana 143, dok je ceo član 144 Ustava posvećen predsedniku Vrhovnog kasacionog suda. Prema tekstu akta o promeni Ustava koji je utvrdio Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo na sednici 6. septembra 2021. godine, Amandmanom V („Uređenje sudova“) kojim se zamenjuje naziv člana 143 i član 143 Ustava propisano je da je Vrhovni sud najviši sud u Republici Srbiji, bez pominjanja uloge Vrhovnog suda u ujednačavanju sudske prakse. Tekst akta o promeni Ustava koji je u trenutku pisanja ovog rada predstavlja na javnim slušanjima može se naći na adresi http://www.parlament.gov.rs/Odr%C5%BEano_Osmo_javno_slu%C5%A1anje_o_promenama_Ustava_Republike_Srbije_u_oblasti_pravosu%C4%91a.42647.941.html, 20.9.2021.

Članom 30 Zakona o uređenju sudova²² koji nosi naziv „Nadležnost u suđenju“ propisano je da VKS odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima izjavljenim na odluke sudova Republike Srbije i u drugim stvarima određenim zakonom (stav 1). Vrhovni kasacioni sud odlučuje o sukobu nadležnosti između sudova, ako za odlučivanje nije nadležan neki drugi sud, kao i prenošenju nadležnosti radi lakšeg vođenja postupka ili drugih važnih razloga. Članom 31 ZurS („Nadležnost izvan suđenja“) propisano je da VKS obezbeđuje jedinstvenu sudsku primenu prava i jednakost stranaka u sudskim postupcima; razmatra primenu zakona i drugih propisa i rad sudova; imenuje sudije Ustavnog suda, daje mišljenje o kandidatu za predsednika VKS i vrši druge nadležnosti određene zakonom.

Citirane ustavne i zakonske odredbe ukazuju na to da je nadležnost VKS u parničnom postupku usmerena na odlučivanje o vanrednim pravnim lekovima, ali i na ujednačavanje sudske prakse.²³ Kada su u pitanju vanredni pravni lekovi, pored opšte revizije koja je redukovana prema odredbama Nacrta i posebne revizije za čije izjavljivanje Nacrt predviđa strože uslove, napomenimo da se protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu može podneti zahtev od strane republičkog javnog tužioca, ukoliko republički javni tužilac smatra da je presudom povređen zakon na štetu javnog interesa. Ovaj vanredni pravni lek bi prema tekstu Nacrta ZPP-a mogao da se izjavi protiv svake pravnosnažne sudske odluke kojom se postupak okončava (presude ili rešenja), nezavisno od toga da li je parnični postupak pravnosnažno okončan u prvom ili u drugom stepenu (čl. 422–425). Predlog za ponavljanje postupka koji je vođen pred Vrhovnim kasacionim sudom može se podneti iz razloga propisanih članom 426, tač. 1), 6), 11) i 12). To je propisano članom 433a važećeg ZPP koji zadržava i Nacrt. Zbog toga se ne može tvrditi da bi se usvajanjem rešenja u pogledu opšte i posebne revizije koja predviđa Nacrt ZPP-a oduzela nadležnost VKS-u da odlučuje o vanrednim pravnim lekovima i da bi nadležnost najvišeg suda bila svedena samo na ujednačavanje sudske prakse.

Izbacivanje cenzusa za izjavljivanje revizije jeste u skladu sa tendencijama koje postoje u uporednom pravu, pa čak i u skladu sa tendencijama koje postoje u pravu država nastalih raspadom SFRJ.²⁴ Preporukom Saveta Evrope (95) 5 o uvođenju

²² Zakon o uređenju sudova–ZurS, *Službeni glasnik RS*, br. 116 /2008, 104/ 2009, 101/ 2010, 31/ 2011 – dr. zakon, 78/ 2011 – dr. zakon, 101/ 2011, 101/ 2013, 40/ 2015 – dr.zakon, 106 /2015, 13/ 2016, 108/ 2016, 113/ 2017, 65/ 2018 – US, 87/2018, 88 /2018 – US.

²³ Videli smo da je članom 31 Zakona o uređenju sudova ujednačavanje sudske prakse određeno kao nadležnost koju VKS vrši izvan suđenja.

²⁴ U nemačkom pravu postoji koncept revizije po dopuštenju, odnosno revizija protiv drugostepne presude je dozvoljena ukoliko je neophodno razmotriti pravna pitanja od opšteg interesa,

i unapređenju žalbenih postupaka u građanskim i privrednim stvarima²⁵ IV poglavlje („Sud trećeg stepena“) bavi se situacijama u kojima bi bilo opravdano dozvoliti strankama da se obraćaju sudu trećeg stepena. Na prvom mestu treba imati u vidu da je predmet već bio razmatran i rešavan od strane prvostepenog i drugostepenog suda. Zbog toga bi prema odredbi člana 7 Preporuke, sud trećeg stepena trebalo da preliminarno rešava sporna pravna pitanja koja su od značaja za presuđenje u većem broju slučajeva i da se bavi onim predmetima koji su od značaja za razvoj prava ili za obezbeđivanje jedinstvene primene prava.

razvoj prava ili ujednačavanje sudske prakse (paragraf 543 nemačkog ZPO), dostupno na adresi <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>, 19.9.2021. Na ovom mestu treba napomenuti da je revizija u SR Nemačkoj redovan pravni lek, videti Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Petter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, Verlag C.H.Beck, München 2010, 819–820; Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht*, Verlag Franz Vahlen, München 2010, 420–423. Članovima 382 i 382a ZPP Republike Hrvatske propisano je da stranke mogu protiv drugostepene presude izjaviti reviziju ukoliko je to propisano zakonom ili ako im to odobri Vrhovni sud Hrvatske. Bez odobrenja Vrhovnog suda Hrvatske, odnosno na osnovu zakonske odredbe stranke mogu izjaviti reviziju u sporu: –o postojanju ugovora o radu, odnosno prestanku radnog odnosa ili utvrđenju postojanja radnog odnosa; –o utvrđivanju majčinstva ili očinstva; –u povodu tužbi radi zaštite od diskriminacije; –u povodu tužbi radi objave ispravka informacije (član 382a, stav 2 ZPP RH). U svim drugim parničnim postupcima, revizija protiv drugostepene presude može se izjaviti samo ako to odobri Vrhovni sud Hrvatske, pri čemu stranka mora da najpre podnese predlog za dopuštenje revizije, a Vrhovni sud Hrvatske će dozvoliti izjavljivanje revizije pod istim onim uslovima koji su predviđeni u odredbama Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku koji je izradila Radna grupa Ministarstva pravde Republike Srbije. Tek nakon što Vrhovni sud Hrvatske odobri izjavljivanje revizije, stranka može podneti reviziju u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke Vrhovnog suda o dozvoljenosti revizije. Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku ne predviđa postojanje ove dve faze (predlog za dozvolu posebne revizije i podnošenje posebne revizije), već se odmah podnosi posebna revizija, pa ako je VKS ne odbaci kao neblagovremenu, nedozvoljenu ili nepotpunu, odmah odlučuje o njenoj osnovanosti. Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske dostupan je na adresi zakon.hr/z/134/Zakon-o-parnicnom-postupku, 19.9.2021. Identičan koncept revizije po dopuštenu Vrhovnog suda poznaje i ZPP Republike Slovenije (čl. 367, 367a–367č). Zakon o parničnom postupku Republike Slovenije dostupan je na adresi <https://zakonodaja.com/zakon/zpp>, 19.9.2021. Imovinski cenzus kao kriterijum za dozvoljenost revizije zadržava ZPP Crne Gore, gde vrednost pobijenog dela pravnosnažne presude donete u drugom stepenu treba da prelazi iznos od 20.000 evra (čl.397, st.2 i 3). Pored revizije po cenzusu u imovinskopравnim sporovima, ZPP Crne Gore dozvoljava i izjavljivanje revizije u pojedinim sporovima nezavisno od vrednosti predmeta spora i u slučajevima propisanim posebnim zakonom. Pored toga u Crnoj Gori postoji i posebna revizija (čl.397a). Zakon o parničnom postupku Crne Gore dostupan je na adresi <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-parnicnom-postupku.html>, 19.9.2021.

²⁵ Preporuka Saveta Evrope (95) 5 o uvođenju i unapređenju žalbenih postupaka u građanskim i trgovinskim stvarima, dostupna na adresi <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/>, 19.9.2021.

Uzimajući u obzir sve napred navedeno, regulisanje opšte i posebne revizije na način na koji je to izvršeno u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku jeste u skladu s tendencijama u uporednom pravu i nastojanjem da se Vrhovni kasacioni sud u parničnom postupku bavi onim pravnim pitanjima koja to zaslužuju po svom značaju za ravnopravnost građana, pravnu sigurnost, razvoj prava kroz sudsku praksu i obezbeđivanje jedinstvene primene prava. Pitanje koje se pritom postavlja jeste na koji način će se to odraziti na kvalitet sudske prakse u Republici Srbiji, pri čemu se naročito misli na praksu drugostepenih sudova. Ukoliko se rešenja iz Nacrta usvoje, odluke drugostepenih sudova bile bi podložne kontroli u manjem broju slučajeva u odnosu na rešenja predviđena važećim ZPP-om, a pitanje je da li bi onda to imalo za posledicu povećanje broja ustavnih žalbi koje bi stranke podnosile Ustavnom sudu.

Prof. Dr. NIKOLA BODIROGA
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

SPECIAL APPEAL ON POINTS OF LAW IN SERBIAN CIVIL PROCEDURE CODE

Summary

The purpose of this paper was to tackle the special appeal on the points of law in Serbian Civil Procedure Code. This extraordinary legal remedy has been introduced into Serbian civil procedure in 2004, however it became operational in 2010 when appellate courts have started to work. Special appeal on the points of law has been regulated based on the provisions of German and Austrian Civil Procedure Code, but in our legal framework it has not produced the results that have been expected. That is why the Serbian Court of Cassation has filed proposals for more detailed regulation of this legal remedy. Following that proposals, a draft of the changes to the Serbian Civil Procedure Code made by the working group of Serbian Ministry of Justice has been presented. In this paper have analysed the current provisions of Serbian Civil Procedure Code dealing with special appeal on the points of law and we have scrutinised the proposals drafted by the working group formed by Serbian Ministry of Justice. If this proposals are passed by the Serbian Parliament the Supreme Court of Cassation will mostly deal with cases relevant for securing uniform application of law and equality of the parties and with cases that involve legal issues of general interest. However, it will reduce the acces of the parties to the highest court in a country struggling with great inconfidence and dissatisfaction with the courts of lower instances.

Key words: special appeal on the points of law, scope of application, challenges and problems, possible changes to the Civil Procedure Code

Literatura

- Bodiroga N., *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd, 2019.
- Bodiroga N., „O inicijativi Vrhovnog kasacionog suda za izmenu Zakona o parničnom postupku“, *Pravo i privreda*, br. 3, Beograd, 2020.
- Bodiroga N., *Novi Zakon o parničnom postupku*, Beograd, 2012.
- Bodiroga N., *Građansko procesno pravo: Praktikum*, Beograd, 2011.
- Keča R., Knežević M., *Građansko procesno pravo: Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd, 2016.
- Poznić B., Rakić–Vodinešić V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015.
- Poznić B., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2009.
- Rosenberg L., Schwab, K.H., Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 2010.
- Schilken E., *Zivilprozessrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2010.
- Stanković G., Boranijašević V., *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020.
- Stanković G., Mandić, Lj., *Organizaciono građansko procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2013.
- Stanković G., *Zakon o parničnom postupku: Predgovor*, IP Justinijan, Beograd, 2004.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 25.09.2021.

Prihvaćen: 04.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NEBOJŠA ŠARKIĆ
MLADEN NIKOLIĆ

PROTIVIZVRŠENJE

Članak je posvećen institutu protivizvršenja. Reč je o postupku koji je sastavni deo izvršnog postupka, u kom pod zakonom određenim uslovima izvršni dužnik ostvaruje pravo da mu izvršni poverilac vrati ono što je dobio sprovođenjem izvršenja. Postoje sličnosti između protivizvršenja i instituta sticanja bez osnova, jer postupku protivizvršenja prethodi otpadanje nekog od osnova po kom je izvršni poverilac bio delimično ili u celosti namiren u izvršnom postupku. Stranke u materijalnom pravnom smislu menjaju uloge jer izvršni poverilac postaje dužnik, a izvršni dužnik poverilac. U članku je dat kratak pregled osnovnih pravila (i time promena) iz svih zakona koja su uređivala postupak protivizvršenja na prostorima Republike Srbije u periodu od 1930. godine do danas, uz detaljniji prikaz rešenja iz aktuelnog Zakona o izvršenju i obezbeđenju. Ukazano je da izvršni dužnik ukoliko su ispunjeni zakonom propisani uslovi i ako je predlog za protivizvršenje podnet u propisanom roku, svoje pravo ostvaruje u okviru izvršnog postupka (brže i ekonomičnije), a u suprotnom svoje pravo na vraćanje onog što je izvršni poverilac dobio sprovođenjem izvršenja ostvaruje u parničnom postupku.

Ključne reči: protivizvršenje, izvršni poverilac, izvršni dužnik, sud, rešenje

Prof. dr Nebojša Šarkić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu,
e-mail: info@pravnofakultet.rs.

Mladen Nikolić, sudija Privrednog apelacionog suda u Beogradu, e-mail: mladenn1959@gmail.com.

U V O D N E N A P O M E N E

Institut protivizvršenja poznat je u svim uporedno pravnim sistemima. U svim zakonima koji su doneti i primenjivani na našoj teritoriji takođe je u različitim oblicima bio predviđen institut protivizvršenja.

Pojednostavljeno rečeno, institut protivizvršenja je mera zaštite izvršnog dužnika. Njome se omogućuje da se otklone pravne situacije koje mogu nastati ukoliko se od trenutka sprovođenja izvršenja promene okolnosti tako da se sprovedeno izvršenje smatra nezakonitim. Iako ove životne situacije nisu česte one mogu nastupiti usled delovanja vanrednih pravnih sredstava (npr. revizijska presuda Vrhovnog suda kojom se ukida izvršna isprava, odluka suda koji je odlučivao kojim se dozvoljava ponavljanje postupka, odluka Ustavnog suda kojom se utvrđuju određene povrede prava i poništava izvršna isprava, ukidanje potvrde o izvršnosti, ukidanje rešenja o izvršenju i sl).

Institut protivizvršenja je veoma korisno i specifično pravno sredstvo i njegovo postojanje predstavljao je najjači argument u sukobu između onih koji su u tadašnjoj jugoslovenskoj pravnoj teoriji zagovarali sprovođenje izvršenja tek nakon pravnosnažnosti u izvršnom postupku u odnosu na one (među koje spadaju i autori ovoga teksta) koji su smatrali da se izvršenje mora sprovesti odmah nakon donošenja rešenja o izvršenju, osim u zakonom izuzetno propisanim slučajevima. Pravni lek u izvršnom postupku (prigovor ili žalba), služi kao zaštitni mehanizam da se omogući izvršnom dužniku eventualno otklanjanje posledica nepravilnih i nezakonitih odluka.

Upravo argumentom brzog sprovođenja izvršenja, može se pravdati postojanje instituta protivizvršenja kojim bi se u onom malom broju slučajeva kada za to ima potrebe mogao zaštititi izvršni dužnik. Kako se u procentualno minimalnom broju slučajeva utvrđuju nezakonitosti i nepravilnosti u prethodnom postupku u kome je doneta izvršna isprava pogrešno bi bilo da se svi postupci odlažu do pravnosnažnosti rešenja o izvršenju, kada postoji i pravilno se primenjuje institut protivizvršenja.

U svojoj samoj suštini protivizvršenje se deli na dva segmenta. U prvom segmentu zakonodavac uređuje (u drugom delu ćemo prikazati različitost zakonskih rešenja), kada je uopšte dozvoljeno tražiti protivizvršenje, odnosno po kojim se zakonom predviđenim razlozima može tražiti protivizvršenje. Drugi deo ovoga pravnog instituta zapravo podrazumeva sprovođenje izvršenja s tim što će sada materijalno-pravnu ulogu izvršnog poverioca imati dosadašnji izvršni dužnik, a ulogu izvršnog dužnika preuzima raniji izvršni poverilac. Drugi segment instituta protivizvršenja zapravo trebalo bi da obezbedi pravilno i zakonito vraćanje onoga što je oduzeto izvršnom dužniku ili da uspostavi pređašnje stanje pre sprovođenja izvršenja.

„Protivizvršenje je sredstvo za ostvarivanje povraćaja u pređašnje stanje. Kada se posle sprovođenja izvršenja ili dobrovoljnog namirenja u toku izvršnog postupka izvršni naslov usled tužbe zbog ništavosti ili usled tužbe za obnavljanje ili iz bilo kog drugog razloga ukine ili proglasi nevažećim ili preinači, onda pređašnji dužnik može voditi izvršenje protiv pređašnjeg tražioca izvršenja u cilju da mu povрати stvari koje je ovaj primio na osnovu izvršnog naslova docnije proglašenog ništavim, nevaljanim ili ukinutim“.¹

U svojoj biti, protivizvršenje je gotovo izjednačeno sa pravnim institutom sticanja bez osnova. Naime, ukoliko se desila neka od okolnosti koje su razlog za protivizvršenje, izvršni dužnik u promenjenim okolnostima uvek ima na raspolaganju i parnični postupak za utvrđivanje sticanja bez osnova. Ovde je pravni osnov izvršnog dužnika upravo činjenica da je otpao pravni osnov po kome je izvršni poverilac pokrenuo i sproveo postupak izvršenja, nešto primio, a kako za to nema više pravnog osnova, sada je opravdano da se pravna situacija vrati u pređašnje stanje, te da se otklone nepravilnosti sprovedene procedure, ili je možda dva puta namiren.

STICANJE BEZ OSNOVA

Predlog za protivizvršenje je u pravnom smislu reči pravno sredstvo koje ima velikih sličnosti sa tužbom zbog sticanja bez osnova o kojoj se odlučuje po pravilima parničnog postupka. Tužba mora biti kondemnatorna i u njoj dužnik u postupku traži u svojstvu tužioca da se izvršnom poveriocu (sada tuženi) naloži da pravno i faktičko stanje vrati u pređašnje stanje (vrati primljeno).

Zakon o obligacionim odnosima određuje da onaj ko je dug platio dva puta ima pravo tražiti vraćanje onog što je dato po opštim pravilima o sticanju bez osnova. No, ono što svakako otežava ovu proceduru jeste činjenica da nakon pravnosnažnosti odluke o sticanju bez osnova u parničnom postupku raniji dužnik (sada tužilac) mora ponovo da pokreće izvršni postupak i da sprovede izvršenje. To svakako otežava kompletnu situaciju jer je više nego jasno i logično da postupak protivizvršenja pruža neuporedivo bržu i efikasniju zaštitu u otklanjanju učinjene nepravilnosti.

„Oba se pravna puta u suštini, temelje na obveznopravnom institutu stjecanja bez osnova, pa će se pravila o stjecanju bez osnova primjenjivati i u kognicijskom stadiju protuizvršenja pri prosuđivanju pitanja postoji li obveza vraćanja onog što se dobilo izvršenjem i u kojoj mjeri ona postaji (na primjer pravila u opsegu vraćanja,

¹ Dionis Godina, *Priručnik novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 1932, 124.

naknadi troškova i sl. – 214, 215 ZOO). U oba će se postupka primjenjivati i određena pravna pravila izvršnog prava kada je potrebno utvrditi da li je bilo pravne osnove za stjecanje, tj. da li su postojale zakonske pretpostavke za izvršenje².

Istorijski posmatrano, institut protivizvršenja je nastao znatno kasnije. On je nastao kao praktično rešenje alternative za parnicu zbog sticanja bez osnova.

PRIKAZ RAZLIČITIH ZAKONSKIH REŠENJA

Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 1930. godine predvideo je mogućnost protivizvršenja u slučajevima: ako je prvobitni izvršni naslov pravosnažno ukinut; ako je prvobitni izvršni naslov proglašen nevažećim po tužbi zbog ništavosti; ako je prvobitno izvršni naslov proglašen da je bez učinka (bez učinka je izvršni naslov ako je proglašen kao takav presudom donesenom po pobjojnoj tužbi); ako je prvobitni izvršni naslov u celini ili delimično preinačen; i ako je izvršenik u toku izvršnog postupka sam izmirio zahtev izvršnog naslova. Možemo slobodno reći da je zakonom predviđeno kao cilj protivizvršenja da raniji tražilac izvršenja povрати ono što mu je izvršenik dao po osnovu izvršnog naslova docnije poništenog ili ukinutog.³

Zakon o izvršnom postupku iz 1978. godine⁴ je kao razloge za protivizvršenje predvideo sledeće: ako je izvršna isprava pravosnažno ukinuta, preinačena, poništena ili stavljena van snage; ako je u toku izvršnog postupka namireno poveriočevo potraživanje; ako je rešenje o izvršenju pravosnažno ukinuto ili preinačeno; ako je izvršenje koje je sprovedeno na novčanim sredstvima koja se vode na računu dužnika kod organizacije koja obavlja poslove platnog prometa ili isplatom u gotovom novcu proglašeno nedopuštenim.

Bitno je reći da je podnošenje predloga za protivizvršenje vremenski ograničeno na rok od tri meseca od dana kada je dužnik saznao za razloge za protivizvršenje (subjektivni rok), a najdocnije u roku od jedne godine od dana okončanja izvršnog postupka (objektivni rok).⁵

² Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo*, Zagreb, 1980, 304.

³ O protivizvršenju prema odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 1930. godine v. D. Godina, op. cit., 52-54; Borislav Blagojević, *Sistem izvršnoga postupka*, Beograd, 1938, 250-256; Eugen Majhsner, *Zakon o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 1938, 241-244; Ferdo Čulinović, Ivo Matijević, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 1938, 1275-1283.

⁴ *Službeni list SFRJ*, br. 20/78, 6/82, br. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91 i *Službeni list SRJ*, br. 27/92.

⁵ V. detaljnije, Nebojša Šarkić, Dragan Rašić, *Priručnik za primenu Zakona o izvršnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1990, 160-163; Jovan Jerković, „Protivizvršenje (reegzecucija)“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 1, 1980, 1-12; Aleksandar Ignjatović, *Protivizvršenje*,

Zakon o izvršnom postupku iz 2000. godine⁶ propisivao je tri razloga za protivizvršenje i to: ako je izvršna isprava pravnosnažno ukinuta, preinačena, poništena ili stavljena van snage; ako je u toku izvršnog postupka namireno poveriočevo potraživanje; ako je rešenje o izvršenju pravnosnažno ukinuto ili preinačeno, dakle oni su identični kao u Zakonu o izvršnom postupku iz 1978. godine. Rokovi za podnošenje predloga za protivizvršenje su bili isti kao u zakonu iz 1978. godine.⁷

Zakon o izvršnom postupku iz 2004. godine⁸ u odredbi čl. 59 predviđa da, pošto je izvršenje već sprovedeno, izvršni dužnik može sudu podneti predlog za protivizvršenje zahtevajući da mu izvršni poverilac vrati ono što je izvršenjem dobio ako je: izvršna isprava pravnosnažno ukinuta, preinačena, poništena ili na drugi način stavljena van snage; ako je u toku izvršnog postupka dobrovoljno izmireno poveriočevo potraživanje; ako je rešenje o izvršenju pravnosnažno ukinuto ili preinačeno, te ako je pravnosnažnom sudskom odlukom utvrđena nedopustivost izvršenja. Dakle ponovo četiri razloga, ali je rok za podnošenje značajno skraćen i iznosio je 30 dana od dana dostavljanja odluke po kojoj izvršna isprava ili rešenje o izvršenju gubi snagu, a 15 dana od okončanja izvršnog postupka u slučaju dobrovoljnog izmirenja potraživanja u toku izvršnog postupka.⁹

Ono što je zajedničko za navedena tri zakona (iz 1978. godine, iz 2000. godine i 2004. godine) jeste da se postupak protivizvršenja sastoji iz dve faze. Prva je odlučivanje o predlogu za protivizvršenje izvršnog dužnika. U toj fazi dominira načelo kontradiktornosti i raspravljanja jer se predlog dostavlja izvršnom poveriocu na izjašnjenje sa mogućnošću održavanja ročišta u slučaju da izvršni poverilac ospori predlog. Rešenje kojim se predlog usvaja i izvršni poverilac obavezuje da vrati ono što je izvršenjem dobio nakon pravnosnažnosti dobija svojstvo izvršne isprave. Time je prva faza postupka okončana. Druga faza je predstavljala jedan klasičan izvršni postupak koji raniji izvršni dužnik inicira predlogom za izvršenje i u kom se donosi rešenje o protivizvršenju (po formi i sadržini kao rešenje o izvršenju) i koji se sprovodi po svim pravilima izvršnog postupka.

20 godina Zakona o izvršnom postupku, Niš, 1999, 99-106; Borivoje Poznić, „Predmet i načela Zakona o izvršnom postupku“, Zbornik radova *Izvršenje sudskih odluka*, Beograd, 1979, 27.

⁶ *Službeni list SRJ*, br. 28/2000.

⁷ V. detaljnije, Nikola Bodiširoga, *Teorija izvršnog postupka*, Beograd, 2002, 298; Gordana Stanković, „Protivizvršenje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* (ur. Dara Milenović), 2000/2001, 18-27.

⁸ *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 125/04.

⁹ Detaljnije, Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, SG, Beograd, 2009, 351-356; Borivoje Živković, „Protivizvršenje i neke dileme“, *Sudska praksa*, Beograd, 2009, 55-60; Vladimir Boranijašević, „Zakon o izvršnom postupku Republike Srbije i odredbe o protivizvršenju“, *Pravni život*, br. 3-4, Beograd, 2005, 117-132; Ranka Račić, „Protivizvršenje“, *Pravna riječ*, br. 5, Banja Luka, 2008, 239-252.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju¹⁰ kojim su u pravni sistem uvedeni izvršitelji (kasnije javni izvršitelji) propisivao je iste razloge za protivizvršenje kao i Zakon o izvršnom postupku iz 2004. godine, ali je skratio raniji rok od 30 dana (dan dostavljanja odluke po kojoj izvršna isprava ili rešenje o izvršenju gubi snagu) za podnošenje predloga za protivizvršenje na 15 dana, a rok u slučaju dobrovoljnog izmirenja potraživanja u toku izvršnog postupka je ostao isti – 15 dana. Ipak najznačajnija promena je bila ta što su ranije dve faze postupka objedinjene u jednu, tako da je po dostavljanju predloga izvršnom poveriocu (nije predviđena mogućnost održavanja ročišta) i isteka roka za izjašnjenje sud u slučaju ispunjenosti uslova donosio rešenje o protivizvršenju kojim je istovremeno nalagao izvršnom poveriocu da u roku od 5 radnih dana vrati izvršnom dužniku ono što je primio ali i određivao izvršenje u cilju vraćanja primljenog.¹¹

PROTIVIZVRŠENJE PREMA ODREDBAMA VAŽEĆEG ZAKONA O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU^{12, 13}

Predlog za protivizvršenje

Odredbama čl. 113-119. Zakona o izvršenju i obezbeđenju uređen je postupak protivizvršenja.

Osnovni preduslov da bi izvršni dužnik mogao podneti predlog za protivizvršenje jeste da je izvršenje već sprovedeno, bilo u celosti bilo delimično, tj. da je izvršni poverilac u celini ili u jednom delu namiren u svom potraživanju. Dakle, preduslov više nije okončanje izvršnog postupka (što je bilo pogrešno u tekstu pre Zakona o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2019. godine), nego da je izvršenje sprovedeno.

Paricioni rok u kome izvršni poverilac može da vrati ono što je primio delimično sprovedenim izvršenjem ili izvršenjem sprovedenim u celosti je osam dana od dana kada primi rešenje kojim je dozvoljeno protivizvršenje. U cilju ubrzanja

¹⁰ *Službeni glasnik Republike Srbije*, br.31/11, 99/11 dr. zakon, 109/13 – odluka US, 55/14 I 139/14.

¹¹ V. detaljnije, Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, Beograd, 2013, 186-187.

¹² Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje, 113/17 – autentično tumačenje, 54/19, 9/20 – autentično tumačenje.

¹³ V. Mladen Nikolić, Nebojša Šarkić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, *Službeni glasnik*, Beograd, 2020, 256-267; Mladen Nikolić, Nebojša Šarkić, „Specifična pravna sredstva u izvršnom postupku“, *Novine u izvršnom zakonodavstvu Srbije* (ur. Nebojša Šarkić), Glosarijum, Beograd, 2020, 32-70.

postupka propisano je i da se u predlogu za protivizvršenje mora naznačiti sredstvo i predmet izvršenja. To znači da se istovremeno i određuje izvršenje rešenja kojim je dozvoljeno protivizvršenje ukoliko izvršni poverilac u paricionom roku ne vrati ono što je primio. Iako stranke i u postupku protivizvršenja zadržavaju iste nazive – izvršni poverilac i izvršni dužnik – njihov položaj se u materijalnopravnom smislu menja, tako da je u stvari izvršni dužnik poverilac, a izvršni poverilac dužnik i on treba da vrati izvršnom dužniku ono što je primio u postupku izvršenja. Imajući u vidu navedeno, protivizvršenje predstavlja sastavni deo izvršnog postupka.

Nadležnost suda

Sud je isključivo nadležan da odlučuje o predlogu za protivizvršenje. Zakonodavac se opredelio da na drugačiji način uredi mesnu nadležnost suda koji odlučuje o predlogu za protivizvršenje. Svi prethodni zakoni koji su uređivali izvršni postupak propisivali su da se predlog za protivizvršenje podnosi sudu, ne naznačavajući bliže koji je to sud, ali je praksa logično zauzela stanovište da se predlog za protivizvršenje podnosi istom sudu koji je doneo rešenje o izvršenju protiv izvršnog dužnika.

Sada je to promenjeno i mesna nadležnost je uređena na drugačiji način. Određujući da se predlog za protivizvršenje podnosi sudu koji je mesno nadležan da izvršnom dužniku prinudno vrati ono što je izvršni poverilac primio, zakonodavac je uspostavio mesnu nadležnost po prebivalištu, boravištu ili sedištu izvršnog poverioca, nevezano od činjenice koji je sud doneo rešenje o izvršenju. Kako je odredbom čl. 7. Zakona o izvršenju i obezbeđenju propisano da je za odlučivanje o predlogu za izvršenje ili obezbeđenje opšte mesno nadležan sud na čijem području izvršni dužnik ima prebivalište ili boravište, odnosno sedište, to i proizlazi mesna nadležnost suda za odlučivanje o predlogu za protivizvršenje prema prebivalištu, boravištu ili sedištu izvršnog poverioca. Naravno, ovu mesnu nadležnost može opredeliti i sredstvo izvršenja koje u predlogu za protivizvršenje naznači izvršni dužnik, jer ukoliko je to npr. izvršenje na nepokretnosti ili ukoliko predlaže zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari onda će biti mesno nadležan sud na čijem se području nalazi nepokretnost.

Moramo primetiti da zakonodavac govori o sudu koji je mesno nadležan da izvršnom dužniku prinudno vrati ono što je izvršni poverilac primio, što s obzirom na odredbu čl. 4. stav 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju prema kojoj su javni izvršitelji isključivo nadležni za izvršenje rešenja o usvajanju predloga za protivizvršenje (osim ukoliko je u pitanju isključiva nadležnost suda, porodične stvari, vraćanje zaposlenog na rad, činjenje, nečinjenje i trpljenje), to po pravilu sud neće

prinudno vraćati izvršnom dužniku ono što je izvršni poverilac primio, nego će to učiniti javni izvršitelj. Odredba stava 2. čl. 114. Zakona o izvršenju i obezbeđenju jasno upućuje da o predlogu za protivizvršenje isključivo odlučuje sud, a ne javni izvršitelj.

Mišljenja smo da bi bilo i ispravnije i jednostavnije da je zakonodavac uredio mesnu nadležnost suda za odlučivanje o predlogu za protivizvršenje na način da to bude onaj sud koji je i odredio izvršenje. Ovako, imajući u vidu mesnu nadležnost propisanu u čl. 114. stav 1, sud koji je dozvolio izvršenje će predmet, zajedno sa spisima javnog izvršitelja koji je sprovodio izvršenje, morati dostaviti na uvid sudu kome se u skladu sa čl. 114. stav 1. obratio izvršni dužnik sa predlogom za protivizvršenje. Navedeno je neophodno, kako bi sud koji odlučuje o predlogu za protivizvršenje utvrdio sve bitne činjenice za odlučivanje o osnovanosti tog predloga.

Ukoliko predlog za protivizvršenje ne sadrži sve obavezne elemente propisane u čl. 114. stav 2, a isto je propisano i u čl. 113. stav 2, predlog će se rešenjem suda odbaciti sa strogom sankcijom da se to čini bez prethodnog predloga na dopunu (dakle i ako stranku ne zastupa punomoćnik advokat).

Imajući u vidu propisano u odredbi čl. 4. stav 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju da su javni izvršitelji isključivo nadležni za izvršenje rešenja o usvajanju predloga za protivizvršenje (uz izuzetke koje smo naveli) postavlja se pitanje da li je predlog za protivizvršenje potpun i uredan ukoliko nije naznačen i konkretan javni izvršitelj koji će sprovesti izvršenje rešenja o protivizvršenju. Mišljenja smo da je reč o otklonjivom nedostatku i da je tada sud u obavezi da predlog za protivizvršenje koji ne sadrži ime konkretnog javnog izvršitelja vrati podnosiocu na dopunu uz upozorenje da će ukoliko ne postupi po nalogu predlog biti odbačen, odnosno smatrati se povučenim.

Razlozi za protivizvršenje

Ranijim razlozima (bilo ih je četiri) dodat je i razlog prema kome se predlog za protivizvršenje može podneti ako je izvršni poverilac primio više od svog potraživanja ili ako prilikom izvršenja na zaradi ili drugim stalnim novčanim primanjima nisu poštovane odredbe o ograničenju izvršenja.

Jedan razlog se odnosi na određene promene koje mogu nastati u odnosu na svojstvo izvršne isprave. Naravno, pre svega to može biti činjenica da je izvršna isprava koja je bila pravnosnažna i izvršna ili konačna, ukinuta, preinačena, poništena, stavljena van snage ili je na drugi način utvrđeno da nema dejstvo. Ove okolnosti mogu se desiti ako je na primer Vrhovni kasacioni sud po reviziji ukinuo odluku koja predstavlja izvršnu ispravu ili ju je preinačio. U upravnom postupku

to može da bude situacija kada je Upravni sud poništio akt upravnog organa koji se odnosio na novčana potraživanja, a koji je bio podoban za izvršenje. U ovu kategoriju mogu spadati i situacije u kojima sud utvrdi da zaključeno poravnanje nije u skladu sa zakonom i poništi ga ili da nisu nastupile okolnosti za sprovođenje poravnanja koje je doneo sud ili javni beležnik kao javnobeležnički akt. Zakon predviđa da se predlog za protivizvršenje, ako su ispunjeni navedeni uslovi može podneti u roku od 30 dana od kada je izvršni dužnik primio odluku o gubitku svojstva izvršne isprave koja je predstavljala osnov za izvršenje.

Predlog za protivizvršenje može se podneti i u slučaju da je u toku samog izvršnog postupka izvršni dužnik dobrovoljno namirio potraživanje izvršnog poverioca mimo suda ili izvršitelja, te je tako izvršni poverilac dvostruko namiren. I ovde je rok od 30 dana od kada je izvršenje sprovedeno. Ovakva situacija se može desiti ako se izvršenje sprovodi na primer od strane zaposlenog prema poslodavcu, te se izvršenje sprovodi preko računa poslodavca. Ne znajući da je pokrenut postupak za sprovođenje preko računa, poslodavac može i dobrovoljno namiriti radniku npr. neisplaćenu zaradu, te se tako u praksi dešava da dođe do dvostrukog namirenja. Ovakav predlog za protivizvršenje dakle može biti korektiv da izvršni dužnik ne bude oštećen a izvršni poverilac bude dva puta namiren.

Predlog za protivizvršenje od strane izvršnog dužnika može se podneti i u slučaju da je rešenje o izvršenju koje predstavlja osnov za sprovođenje izvršenja ukinuto ili preinačeno u drugostepenom postupku. U tom slučaju, predlog za izvršenje mora biti podnet u roku od 30 dana od kada je izvršni dužnik primio odluku. Identična situacija može se desiti ako je u pitanju privremena mera kojom se nalaže ispunjenje neke obaveze ili neka činidba, a potom je ta privremena mera stavljena van snage, te se samim tim ne može ni govoriti o postojanju osnova za izvršenje.

Takođe, predlog za protivizvršenje može se podneti ako je pravnosnažnom sudskom odlukom utvrđena nedozvoljenost izvršenja, a u roku od 30 dana od kada je izvršni dužnik primio odluku. Da bi se izbeglo dvostruko vođenje postupka i pravo ostvarilo u jednostavnijem i bržem postupku, zakonodavac je predvideo da izvršni dužnik ne može da ostvaruje potraživanja u parničnom postupku dok ne istekne rok u kome može da predloži protivizvršenje. Dakle, u rokovima od 30 dana od kada je nastao uslov za protivizvršenje (primljena odluka o ukidanju, preinačenju ili poništenju izvršne isprave i sl).

Ukoliko bi izvršni dužnik pre isteka roka od 30 dana podneo tužbu prema izvršnom poveriocu, radi sticanja bez osnova, parnični sud bi takvu tužbu odbacio, jer izvršni dužnik nema pravni interes za vođenje parničnog postupka pošto ima drugi pravni put koji je jednostavniji i efikasniji za ostvarenje svog prava.

Mišljenja smo da zakonodavac kao razlog za protivizvršenje nije trebalo da uvrsti nepoštovanje ograničenja propisanih ovim zakonom, kada se izvršenje sprovodi na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima. Tu je, naime, reč o situaciji u kojoj bi se prilikom sprovođenja izvršenja na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima zaplenilo više od 1/2 zarade izvršnog dužnika ili više od 1/4 ukoliko je u pitanju minimalna zarada, što bi po slovu zakona bio dovoljan razlog da izvršni dužnik zatraži protivizvršenje. Međutim, po našem mišljenju ovaj razlog, (kada se ne poštuju odredbe o ograničenju na zaradi) bio bi razlog da se podnese zahtev za otklanjanje nepravilnosti u skladu sa čl. 148. ovog zakona. Naime, može se desiti da prilikom sprovođenja izvršenja na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima izvršnog dužnika nisu poštovane odredbe o ograničenju, ali da sprovođenjem izvršenja izvršni poverilac, imajući u vidu njegovo ukupno potraživanje, nije primio više od onoga što mu pripada po rešenju o izvršenju, odnosno izvršnoj ispravi. Dakle, prilikom sprovođenja izvršenja zahvaćeno je od njegove zarade više nego što je dozvoljeno po zakonu, ali je potraživanje izvršnog poverioca u konačnom namireno upravo u onom obimu u kome je i dosuđeno izvršnom ispravom, odnosno za koji je određeno rešenjem o izvršenju. Stoga smo mišljenja da predviđeni razlog ne predstavlja razlog za protivizvršenje nego razlog za podnošenje zahteva za otklanjanje nepravilnosti.

U praksi je bilo logičnih pitanja da li se može tražiti protivizvršenje ukoliko je izvršni dužnik nakon dobijanja izvršne isprave dobrovoljno namirio potraživanje ili na drugi način postupio prema izvršnoj ispravi.

Zakon ovakvu mogućnost ne omogućava jer se postupak protivizvršenja, po slovu zakona, isključivo vezuje za započeti postupak izvršenja. Argumentacija za ovakvo pravno shvatanje leži u činjenici da se procesnopravni položaj dužnika, u odnosu na poverioca, može konstituisati samo na osnovu postojećeg stanja u kome je izvršni poverilac na osnovu validne izvršne isprave inicirao pokretanje izvršnog postupka. Dakle, da bismo mogli da govorimo o protivizvršenju, moramo najpre da konstituišemo izvršni postupak. Nešto drugačija situacija, prema našem mišljenju, postoji u slučajevima kada je došlo do dobrovoljnog ispunjenja obaveze nakon započetog izvršnog postupka. Prema našem mišljenju problem se ne mora vezivati za rešenje koje je predviđeno u čl. 115. stav 1. tačka 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju (dvostruko namirenje), već bi se to moglo tretirati kao ma koje ispunjenje obaveze iz izvršne isprave. Ovde pravimo razliku između dve moguće situacije. U prvoj situaciji dolazi do dvostrukog namirenja, i to dobrovoljno od strane izvršnog dužnika, ali je i izvršenje sprovedeno radnjama suda odnosno javnog izvršitelja. Druga situacija je kada je došlo do dobrovoljnog namirenja bez aktivnosti suda, odnosno javnog izvršitelja, ali nakon podnetog predloga za

izvršenje, a u međuvremenu je došlo do nekog od razloga koji omogućavaju započinjanje postupka protivizvršenja (čl. 115. stav 1. tač. 1-5 Zakona o izvršenju i obezbeđenju).

Postojeće zakonsko rešenje, čini se, destimuliše dobrovoljnost sprovođenja izvršenja, jer se praktično izvršni dužnik, koji je u paricionom roku dobrovoljno postupio po izvršnoj ispravi, dovodi u nepovoljniji položaj u odnosu na onog izvršnog dužnika koji je čekao aktivnosti suda ili javnog izvršitelja. Onaj izvršni dužnik koji je dobrovoljno postupio po izvršnoj ispravi, u slučaju ispunjenja uslova za protivizvršenje moraće da se dodatno angažuje i da pokrene parnični postupak kako bi u parničnom postupku dokazao neosnovanost obogaćenja.

Uprkos činjenici da nam se sa stanovišta pravičnosti ovaj prigovor u stručnoj javnosti čini logičnim i opravdanim ipak je zakonodavac morao da se opredeli za postojeće rešenje, kojim se sprovođenje protivizvršenja vezuje, u skladu sa zakonom, sa započetim postupkom izvršenja.

Najjači argument svakako da bi se mogao istaći zbog striktne primene načela formalnog legaliteta koje važi u izvršnom postupku. Naime, postojala bi mogućnost osporavanja osnova po kome je, na primer, neka uplata stigla izvršnom poveriocu od strane izvršnog dužnika u slučaju dobrovoljnog izvršenja u paricionom roku. Na primer, izvršni poverilac bi mogao da ističe prigovor da mu je novac koji je izvršni dužnik uplatio po nekom drugom pravnom osnovu ili da mu nije uplatio celokupan iznos i sl. U ovakvoj situaciji sud bi opet morao da utvrđuje postojanje duga, šta je zapravo bila svrha namirenja, da li je namirenje sprovedeno u celosti ili ne, te da li je možda izvršni dužnik uplatio manju ili veću svotu novca. U svakom slučaju sadašnje rešenje se čini delotvornim uz mogućnost izvršnog dužnika da odmah obavesti izvršnog poverioca o tome da je dobrovoljno postupio po izvršnoj ispravi i da se tako obezbedi za eventualno dalje dokazivanje.

Postupak po predlogu za protivizvršenje

Za razliku od predloga za izvršenje, koji se pre nego što se o njemu odluči ne dostavlja izvršnom dužniku na izjašnjenje, predlog izvršnog dužnika za protivizvršenje dostavlja se izvršnom poveriocu, koji se o njemu može izjasniti (uslov je da ne postoje zakonski razlozi za odbacivanje predloga). Izvršni poverilac ima rok od osam dana da se izjasni na podneti predlog za protivizvršenje, a sud će bilo da se izvršni poverilac izjasnio i osporio predlog ili se nije izjasnio, ocenjujući sve okolnosti slučaja, kao i isprave koje je podneo izvršni dužnik, predlog usvojiti ili odbiti. Ukoliko se izvršni poverilac izjasnio (što se u praksi retko događa), da je predlog osnovan, sud će takav predlog izvršnog dužnika u svakom slučaju usvojiti.

Sadržina rešenja o usvajanju predloga za protivizvršenje

Usvajajući predlog za protivizvršenje i polazeći od sadržine predloga sud donosi rešenje koje, slično kao kod rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, ima dva dela koji čine celinu. U prvom delu rešenja sud nalaže izvršnom poveriocu da izvršnom dužniku vrati sve ono što je primio izvršenjem i ostavlja mu paricioni rok od osam dana da dobrovoljno postupi. Treba napomenuti da kada je u pitanju novčano potraživanje izvršni poverilac vraća ukupan iznos koji je primio, te dakle izvršni dužnik nema pravo da potražuje zateznu kamatu na ukupni iznos koji je izvršni poverilac naplatio bilo od dana kada je izvršenje sprovedeno, bilo od dana kada je podnet predlog za protivizvršenje. Izvršni poverilac je bio savestan i on je po osnovu rešenja o izvršenju, a i prethodno donete izvršne isprave, naplatio ono što mu po tom osnovu i pripada. Drugi deo rešenja o protivizvršenju sadrži sredstva i predmet izvršenja. Pravni lek protiv rešenja o usvajanju predloga za protivizvršenja je žalba, ali treba naglasiti i da je i protiv odluke kojom se odbacuje ili odbija predlog za protivizvršenje pravni lek žalba. Ovo iz razloga jer se o predlogu odlučuje rešenjem, a saglasno odredbi čl. 24. stav 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju žalbom se uvek može pobijati rešenje ako zakonom nije određeno da žalba nije dozvoljena i da se takvo rešenje pobija prigovorom. U ovom slučaju, u čl. 114. i u čl. 116. Zakona o izvršenju i obezbeđenju nije propisano da je pravni lek prigovor, niti je propisano da žalba nije dozvoljena.

Izvršni poverilac rešenje o protivizvršenju može pobijati žalbom u roku od osam dana od dana prijema, a žalba nema suspenzivno dejstvo. Izuzetak je da žalba odlaže izvršenje rešenja o protivizvršenju, tj. dela kojim su određeni sredstvo i predmet izvršenja samo pod uslovom da izvršni poverilac uz žalbu položi i jemstvo u visini potraživanja izvršnog dužnika, s tim da se razlozi žalbe odnose na pobijanje celog rešenja ili dela rešenja kojim je naloženo izvršnom poveriocu da vrati ono što je primio u postupku izvršenja. Zakonodavac, ne vodeći računa o tome da se, osim za novčane obaveze, izvršenje može sprovesti i za nenovčane, u čl. 117. stav 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju propisuje da se jemstvo polaže u visini potraživanja. Kod novčanog potraživanja će se jednostavno utvrditi visina potraživanja izvršnog dužnika, ali kod nenovčanih ne, te smatramo da je u ovlašćenju suda da procenjujući konkretne okolnosti nekog slučaja i značaj nenovčane obaveze i odredi visinu jemstva. U svakom slučaju, kod protivizvršenja, kada je u pitanju nenovčana obaveza ne može se isključiti primena odredbe čl. 117. stav 2. niti se može isključiti pravo izvršnog poverioca na polaganje jemstva.

Ukoliko izvršni poverilac pobija samo deo rešenja u kome su određeni sredstvo i predmet izvršenja, žalba nema suspenzivno dejstvo, i nije predviđena mogućnost polaganja jemstva. Dakle, sprovedeće se izvršenje rešenja o protivizvršenju.

U postupku odlučivanja o žalbi protiv rešenja o protivizvršenju žalba se ne dostavlja obavezno izvršnom dužniku na odgovor, ali dostavljanje nije isključeno, a u svemu ostalom shodno se primenjuju odredbe o žalbi protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave.

Nemogućnost protivizvršenja

Postoje određeni slučajevi tzv. nemogućnosti sprovođenja protivizvršenja. To su slučajevi kada su nastupile takve stvarne ili pravne promene da povraćaj više nije moguć (uništenje ili otuđenje stvari, prestanak određenih prava, potpuno ili znatno uništenje upotrebne ili funkcionalne vrednosti stvari i sl). To će najčešće biti slučaj kod nenovčanih obaveza, jer kada su u pitanju novčane obaveze retko ili gotovo nikada neće nastupiti neke stvarne promene da bi povraćaj novčanog iznosa postao nemoguć. Kod nenovčanih obaveza, ukoliko je predmet obaveze bila individualno određena stvar osim što individualno određena stvar može propasti, pravna nemogućnost vraćanja predmeta je moguća i u situaciji kada je izvršni poverilac istom raspolagao u međuvremenu. Tada se ne može zahtevati protivizvršenje jer za to nema objektivnih pretpostavki. Po našem mišljenju, sadržina stava 1. čl. 118. Zakona o izvršenju i obezbeđenju upućuje po pravilu samo na nenovčane obaveze, jer se govori o predmetu na kome su nastupile stvarne ili pravne promene. U ovom slučaju, izvršni dužnik može odmah da ostvaruje svoje pravo u parničnom postupku, ne čekajući protek roka od 30 dana iz čl. 115. Zakona o izvršenju i obezbeđenju. U ovom slučaju izvršni dužnik će u parničnom postupku postaviti zahtev za naknadu štete prema izvršnom poveriocu, s obzirom na to da predmet na kome su nastupile stvarne ili pravne promene neće moći zahtevati ni tužbom.

Shodna primena na treća lica

Reč je o novini u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju i njome se utvrđuje mogućnost da predlog za protivizvršenje može podneti i treće lice i to u slučaju da je izvršenje sprovedeno na predmetu na kome je pravnosnažnom sudskom odlukom utvrđena nedozvoljenost izvršenja. Ovu situaciju treba posmatrati u kontekstu odredaba o pravima trećeg lica.¹⁴

U slučaju da je treće lice uspeo u parničnom postupku, ono ima pravo da odmah traži protivizvršenje, ukoliko je u parničnom postupku utvrđeno da su neki od predmeta izvršenja njegovo vlasništvo, te da se na njima ne može sprovođiti izvršenje.

¹⁴ V. odredbe čl. 108-112 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

Rok od 30 dana za podnošenje predloga za protivizvršenje za treće lice počine teći od dana kada treće lice primi pravnosnažnu odluku kojom je usvojen njegov zahtev i utvrđena nedozvoljenost izvršenja. Navedeni rok je zakonski rok, i ukoliko ga treće lice ne ispoštuje, predlog će biti odbačen, te bi tada treće lice svoj zahtev za ostvarenje prava na predmetu za koje je uspelo u parnici za nedozvoljenost izvršenja ostvarivalo u novom parničnom postupku, kao što bi to moglo i učiniti po isteku roka od 30 dana od kada je primilo pravnosnažnu odluku kojom je usvojen njegov zahtev za nedozvoljenost izvršenja, a da prethodno nije podnelo predlog za protivizvršenje. Odredbe Zakona o izvršenju i obezbeđenju koje regulišu uslove za podnošenje predloga za protivizvršenje, sadržinu predloga za protivizvršenje, mesnu nadležnost suda, sam postupak, potom sadržinu rešenja o usvajanju predloga za protivizvršenje, pravni lek, ali i nemogućnost protivizvršenja primenjuju se i u postupku u kome treće lice podnese predlog za protivizvršenje.

UMESTO ZAKLJUČKA

Institut protivizvršenja ima izuzetan značaj. On je pravičan jer omogućava brzu i kvalitetnu zaštitu prava izvršnog dužnika u slučaju da je u međuvremenu od trenutka sprovođenja izvršenja došlo do promenjenih okolnosti koje utiču na postojanje pravnog osnova za validnost sprovedenog izvršenja.

Zakonodavac se uglavnom više bavi preduslovima za donošenje odluke o protivizvršenju kao i ograničenjem vremenskog okvira u kome je protivizvršenje dozvoljeno.

Nama se pak čini da nedostaju preciznije odredbe o tome kako će se sam postupak protivizvršenja sprovoditi kod nenovčanih obaveza. Ovo pitanje naime nije zanimljivo kod novčanih potraživanja jer se teško mogu i u stručnom članku zamisliti nekakvi problemi u toj situaciji.

Povraćaj datog je osnov protivizvršenja, te će se u postupku protivizvršenja obezbediti da je obaveza izvršnog poverioca, pošto je namiren da vrati sve ono što je primio. Međutim, zakonodavac nije ni na koji način uredio pitanje niti upućuje na mogućnost opravdanih mogućih prigovora koji bi nastupili recimo kod protivizvršenja useljenja u stan ili poslovni prostor. Da li i u kojoj meri bi se u izvršnom postupku moglo konstatovati da je došlo do promene strukture stana ili poslovnog prostora, oštećenje instalacija, promena namene i slično.

Ukoliko bi se tražio na primer povraćaj deteta zbog promenjenih okolnosti koje su napred opisane, može li se isticati prigovor da kada je dete predato roditelju A) da je roditelj B) dao kompletnu na primer garderobu deteta, njegove knjige, muzički stub, sportsku opremu i slično, a da se protivizvršenje svelo samo na predaju deteta bez drugih navedenih pogodnosti.

Pojednostavljeno rečeno, naša ideja, ma koliko se činilo da je nepotrebno iznosimo, svodi se na to da bi možda u nekoj od naknadnih izmena zakona trebalo predvideti i sledeće situacije: da li se u postupku protivizvršenja može od strane izvršnog dužnika tražiti da izvršni poverilac vrati i ono što je dobio, a što predstavlja prirodni ili neophodni prateći deo osnovnog potraživanja koje je ranije rešenjem o izvršenju dodeljeno izvršnom povericu, a nije izričito naznačeno u rešenju o izvršenju i izvršnoj ispravi. Naime, protivizvršenje je nekada faktički u potpunosti izjednačeno po obimu i sadržini sa izvršenjem, a nekada i ne ili bi se ipak u navedenoj situaciji stranke morale upućivati na parnicu u kojoj bi ostvarivale eventualna prava.

Prof. Dr. NEBOJŠA ŠARKIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University Union, Belgrade
MLADEN NIKOLIĆ
Judge of the Commercial Appellate Court

COUNTERENFORCEMENT

Summary

This article concerns the legal term - counterenforcement. It is a procedure which is a part of enforcement proceedings, where, on conditions prescribed by the law, an enforcement debtor gains the right to get back what was received by an enforcement creditor during enforcement. There are similarities between counterenforcement and unjust enrichment, because counterenforcement is preceded by the loss of one of the bases on which an enforcement creditor was partially or completely satisfied in enforcement proceedings. Parties switch roles, because the enforcement creditor becomes a debtor and the enforcement debtor becomes a creditor. The article presents a brief overview of the basic rules (and therefore, changes) prescribed by all the laws that regulated counterenforcement proceedings in the Republic of Serbia from 1930 until today, with a detailed account of solutions provided by the current Law on Enforcement and Security Interest. It is pointed out that an enforcement debtor can fulfil his right in enforcement proceedings (faster and more economical) if the conditions prescribed by the law are met and if a motion to counterenforce was submitted in time, otherwise, his right to get back what was received by an enforcement creditor during enforcement can be fulfilled in civil proceedings.

Key words: counterenforcement, enforcement creditor, enforcement debtor, court, decision

Literatura

- Blagojević B., *Sistem izvršnoga postupka*, Beograd, 1938.
Bodiroga N., *Teorija izvršnog postupka*, Beograd, 2002.
Boranijašević V., „Zakon o izvršnom postupku Republike Srbije i odredbe o protivizvršenju“, *Pravni život*, br. 3-4, Beograd, 2005.

- Čulinović F., Matijević I., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 1938.
- Godina D., *Priručnik novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 1932.
- Ignjatović A., „Protivizvršenje“, Zbornik radova *Dvadeset godina Zakona o izvršnom postupku*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 1999.
- Jerković J., „Protivizvršenje (reegzekucija)“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br.1, 1980.
- Majhsner I., *Zakon o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 1938.
- Nikolić M., Šarkić N., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Nikolić M., Šarkić M., „Specifična pravna sredstva u izvršnom postupku“, Zbornik radova *Novine u izvršnom zakonodavstvu Srbije* (ur. Nebojša Šarkić), Glosarijum, Beograd, 2020.
- Poznić B., „Predmet i načela Zakona o izvršnom postupku“, Zbornik radova *Izvršenje sudskih odluka*, Beograd, 1979
- Račić R., „Protivizvršenje“, *Pravna riječ*, br. 5, Banja Luka, 2008.
- Stanković G., Protivizvršenje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 2000/2001.
- Šarkić N., Rašić D., *Priručnik za primenu Zakona o izvršnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1990.
- Šarkić N., Nikolić M., *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- Šarkić N., Nikolić M., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, Beograd, 2013.
- Triva S., Belajec V., Dika M., *Sudsko izvršno pravo*, Zagreb, 1980.
- Živković B., „Protivizvršenje i neke dileme“, *Sudska praksa*, Beograd, 2009.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 04.07.2021.

Prihvaćen: 03.09.2021.

PREGLEDNI RAD

OSTVARIVANJE PRAVA VANBRAČNOG PARTNERA U POSTUPKU PRAVNE ZAŠTITE

Vanbračnom partneru priznati su vanbračni status i mnoga prava u domenu porodičnog prava. Vanbračni partneri, iako su izjednačeni sa supružnicima u pogledu porodičnih prava i obaveza, ipak još uvek ne uživaju ista prava kao i supružnici na terenu naslednog ili procesnog prava. Tek nedavno, odredbom člana 28a Novela Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju zakonodavac je novim zakonskim rešenjem učinio jedan od koraka na planu poboljšanja prava vanbračnog partnera jer su izjednačeni supružnik i vanbračni partner iz heterogenih zajednica u pogledu prava na sticanje prava na porodičnu penziju i na taj način eliminisan je diskriminator-ski odnos prema vanbračnoj zajednici i vanbračnom partneru osiguranika u domenu penzionog osiguranja. Novelama ovog zakona eliminisane su teškoće vanbračnog partnera koji se redovno susretao s problemom dokazivanja svog statusa u svakom postupku pravne zaštite u kome je ostvarivao svoja prava jer se vanbračna zajednica ne registruje u javnim knjigama.

Ključne reči: status vanbračnog partnera, vanbračna zajednica, nasledna ovlašćenja vanbračnih partnera, postupak za utvrđivanje statusa vanbračnog partnera

U V O D

Porodični zakon Republike Srbije,¹ brak i vanbračnu zajednicu tretira kao dva pravna instituta, kao i zasnovanu bračnu i vanbračnu porodicu. U pravnim sistemima pojedinih država (npr. Holandija, Švedska, Norveška, Portugal, Danska,

Dr Milena Trgovčević Prokić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, e-mail: milenaprok@gmail.com.

¹ Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, 72/11, 6/15 (u daljem tekstu: PZ).

Finska, Nemačka dr.)² te razlike nema jer istopolni partneri mogu zaključiti brak pod jednakim uslovima kao i heterogeni partneri. U domaćem pravu istopolne zajednice ne uživaju pravnu zaštitu, niti proizvode pravna dejstva. U Republici Srbiji još uvek nije donet Zakon o istopolnim zajednicama, iako je pripremljen Nacrt predloga zakona o istopolnim zajednicama.³

Vanbračni partneri u domaćem pravu još uvek ne uživaju ista prava kao i supružnici u pojedinim segmentima pravnog sistema kao što je to slučaj na primer na terenu naslednog ili procesnog prava,⁴ što i predstavlja povod za pisanje ovog rada.

Razlike u tretmanu supružnika i vanbračnih partnera postoje i u uporednom pravu s tim što vanbračni partneri mogu da budu u istopolnim i heteropolnim zajednicama. Međutim, u pravnim sistemima pojedinih država, kao npr. Grčke,⁵ Francuske,⁶ Češke,⁷ Slovenije⁸ ili Hrvatske,⁹ vanbračnu odnosno faktičku zajednicu

² U Holandiji je Zakon o braku između istopolnih partnera donet 1. aprila 2000, u Španiji 3. jula 2005, u Norveškoj 1. januara 2009, u Švedskoj 1. maja 2009, u Portugalu 5. juna 2010, u Danskoj 2012, u Finskoj 1. marta 2017. i u Nemačkoj 20. jula 2017. V. Jelena Vidić, „Naslednopravni položaj srodnika u pravoj nishodnoj liniji, supružnika i vanbračnih partnera“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, tom XLV, br. 2, Novi Sad, 2011, 305–307; Saša Gajin, *Model Zakona o istopolnim zajednicama*, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2013, 9–10.

³ Javne rasprave, Javna rasprava o Predlogu nacrtu zakona o istopolnim zajednicama, <https://www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php>, 4.3. 2021; Nacrt predloga zakona o istopolnim zajednicama od 04.03.2021,

⁴ Zakonodavac je novim zakonskim rešenjem nedavno učinio jedan od koraka na planu poboljšanja statusa vanbračnog partnera jer je odredbom čl. 28a Novela Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 34/03, 64/04 – odluka USRS, 84/04 – dr. zakon 85/05, 101/05 – dr. zakon, 63/06 – odluka USRS, 5/09, 107/09, 101/10, 93/12, 62/13, 108/13, 75/14, 142/14, 73/18, 46/19 – odluka US i 86/19 (u daljem tekstu: ZPIO Srbije) izjednačen je status supružnika i vanbračnog partnera iz heterogenih zajednica u pogledu prava na sticanje prava na porodičnu penziju i na taj način eliminisan je diskriminatorski odnos prema vanbračnoj zajednici i vanbračnom partneru osiguranika u domenu penzionog osiguranja.

⁵ Zakon Grčke (gr. ΝΟΜΟΣ 4356/2015, ΥΠ’ ΑΡΙΘ. 4356 ΦΕΚ Α’ 181/24.12.2015), https://www.kodiko.gr/nomologia/document_navigation/140974/nomos-4356-2015, 28.8.2020.

⁶ Zakon Francuske o građanskom paktu o solidarnosti (fr. Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n°265 du 16 novembre 1999), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000761717/2020-09-21/>, 16.8.2020.

⁷ Zakon o registrovanom partnerstvu Češke (čš. Zákon č. 115/2006 Sb. o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů, Sbirka Zakonu ČR, částka 38/2006), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2006-115>, 21.8.2020.

⁸ Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti, *Uradni list RS*, br. 65/05 (u daljem tekstu: ZRIPS Slovenije).

⁹ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, *Narodne novine*, br. 92/14 (u daljem tekstu: ZŽPOIP Hrvatske).

na isti način mogu registrovati istopolni i heterogeni partneri, te im se na taj način omogućava ne samo da lako dokažu svoj status, već i da vrše priznata prava. Isto tako, postoji i tendencija da vanbračni partneri iz istopolnih i heterogenih zajednica ulaze u krug zakonskih naslednika. U pravnom sistemu Severne Irske¹⁰ dozvoljeno je sklapanje braka istopolnim partnerima, a registracija partnerstva i heterogenim partnerima. U državama koje su donele zakone o sklapanju braka istopolnih partnera, kao što su Švedska,¹¹ Danska,¹² Finska,¹³ Holandija,¹⁴ Španija¹⁵ i Nemačka,¹⁶ faktička partnerstva nije moguće registrovati, a već registrovani partneri zadržavaju prava koja su im priznata u Zakonu o istopolnom partnerstvu.

VANBRAČNA ZAJEDNICA

Odredbama PZ regulisan je, pored braka, i vanbračni status vanbračnih partnera,¹⁷ tako što su predviđena njihova prava i dužnosti u toku i po prestanku njihove zajednice života. Na taj način vanbračna zajednica doživela je preobražaj

¹⁰ Zakon o istopolnom braku i registrovanom partnerstvu različitog pola Severne Irske (engl. The Marriage (Same-sex Couples) and Civil Partnership (Opposite-sex Couples) (Northern Ireland), <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/1514/contents/made>, 15.8.2020.

¹¹ Zakon o registrovanom partnerstvu Švedske (šve. Lag om registrerat partnerskap, Svensk författningssamling 1994: 1117), https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19941117-om-registrerat-partnerskap_sfs-1994-1117, 21.9.2020.

¹² Zakon o registrovanom partnerstvu Danske (dan. Lov om registreret partnerskab, Lov nr. 372 af 7. 6. 1989, Lovtidende Lov om registreret partnerskab, Lov nr. 372 af 7. juni 1989, Lovtidende A), <https://danmarkshistorien.dk/leksikon-og-kilder/vis/materiale/lov-om-registreret-partnerska, 7. 6. 1989/>, 15.9.2020.

¹³ Zakon o registrovanom partnerstvu Finske (fin. Lag om registrerat partnerskap, 2001/950), <https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/2001/20010950>, 21.9.2021.

¹⁴ Zakon o registrovanom partnerstvu Holandije (hol. Lov om registreret partnerskab, Lov nr. 372 af 7. 6. 1989, <https://danmarkshistorien.dk/leksikon-og-kilder/vis/materiale/lovom-registreret-partnerskab-7.06.1989/>, 15.9.2020.

¹⁵ Građanski zakon Španije (šp. Código Civil, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25/07/1889), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, 20.8.2020.

¹⁶ Zakon o registrovanom partnerstvu Nemačke (nem. Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft od 16.2.2001), <http://www.gesetze-iminternet.de/lpartg/>, 17.8.2020.

¹⁷ Pravno regulisanje vanbračnog statusa prevashodno je bilo izraz pravno-političkog stava da treba zaštititi ekonomski slabijeg partnera kad drugi partner ne želi ili neće da formalizuje njihov partnerski odnos sklapanjem braka i koji nije svestan posledica činjenice da nije u braku, dok je u nešto manjoj meri bilo dominantno postizanje rodne ravnopravnosti i antidiskriminacionog stava ili favorizovanje autonomija volje partnera da izaberu da njihov odnos ili zajednica života budu alternativa braku jer ne žele brak.

jer je od faktičke zajednice postala pravni institut i forma zajedničkog života partnera koja predstavlja alternativu braku. Nedostatak zakonske forme koji karakteriše brak, kod vanbračne zajednice kompenzuje se pravnim pravilima koja se odnose na dužinu trajanja zajedničkog života vanbračnih partnera,¹⁸ na ispunjavanje porodičnih prava i dužnosti ekvivalentnih pravima i dužnostima supružnika, na nepostojanje bračnih smetnji prilikom zasnivanja vanbračne zajednice i na rođenje zajedničke dece koja imaju ista prava kao i bračna deca u svim sferama društvenog života.

U pravnoj literaturi su date različite definicije vanbračne zajednice, sa insistiranjem na pojedinim njenim konstitutivnim elementima. Pojedini autori,¹⁹ vanbračnu zajednicu definišu kao životnu zajednicu jedne žene i jednog muškarca koji nisu sklopili brak. Često se u teoriji kao uslov za priznanje pravnog dejstva vanbračne zajednice navode element trajnosti, stabilnosti, sličnost sa brakom, a ponekad i rođenje zajedničkog deteta,²⁰ a kao konstitutivne elemente vanbračne zajednice pojedini autori navode naročito njenu stabilnost i duže trajanje, odnosno notornost koja je izdvaja kao posebni kvalitet.

VANBRAČNO PARTNERSTVO I PROCESNA OVLAŠĆENJA

Vanbračno partnerstvo u građanskim sudskim postupcima utiče na priznavanje pojedinih procesnih prava ili ovlašćenja ili na mogućnost njihovog vršenja. Ono redovno predstavlja razlog za isključenje sudije, sudije porotnika, javnog beležnika, javnog izvršitelja, njegovog zamenika i pomoćnika, veštaka, prevodioca, tumača znakovnog jezika i zapisničara, kao i službenih lica u postupku javne prodaje u postupku izvršenja, te su u tom pogledu vanbračni partneri izjednačeni sa supružnicima.

S druge strane, za razliku od supružnika, vanbračni partner ne može da bude punomoćnik vanbračnog partnera kao stranke u postupku pravne zaštite.²¹

¹⁸ Čl. 4, st. 1 PZ. Trajanje zajednice je konstitutivni element vanbračne zajednice. Ustavni sud je odbio predlog za utvđivanje neustavnosti čl. 4, st. 1 PZ koji vanbračnu zajednicu definiše kao trajnu zajednicu života žene i muškarca. V. Odluka Ustavnog suda Srbije, IU -347/2005 od 22.7.2010.

¹⁹ Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet Univeziteta u Beogradu, Beograd, 2005, 157.

²⁰ Zoran Ponjavić, *Porodično pravo*, Pravni fakultet Kragujevac, Kragujevac, 2007, 122.

²¹ V. Gordana Stanković, *Zakon o parničnom postupku, Objašnjenja, tumačenje i stvarni registar*, četrnaesto izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 44; Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 2013, 206; Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Sven, Niš, 2020, 172.

Zakonodavac je u Zakonu o parničnom postupku, s obzirom na usvojeni princip slobodnog zastupanja, propisao da punomoćnik fizičkog lica može biti advokat, predstavnik službe pravne pomoći jedinice lokalne samouprave kao i krvni srodnik u pravoj liniji, brat, sestra ili supružnik,²² a izostavio je vanbračnog partnera. Verovatno je smatrao da vanbračni partner mora da dokaže svoj status da bi mogao da se javi u ulozi punomoćnika drugog vanbračnog partnera, a to bi uticalo na efikasnost postupka. Pojedini autori,²³ smatraju da odredbu čl. 85, st. 2. ZPP treba „šire tumačiti i da s obzirom na odredbe Ustava²⁴ i PZ (2005) treba omogućiti i da vanbračni partner bude punomoćnik stranke u postupku.“ Smatramo da svakako treba dozvoliti vanbračnom partneru da bude punomoćnik svog partnera, posebno u situaciji kada već ima sudsku odluku o vanbračnom statusu, kao i da je potrebno uvesti u naš pravni sistem registraciju vanbračnih partnera i omogućiti im da lakše dokazuju svoj status.

NASLEDNOPRAVNI POLOŽAJ VANBRAČNOG PARTNERA

Tokom društvenog razvoja menjao se odnos prema vanbračnoj zajednici i vanbračnoj porodici u sferi naslednog prava.

Rimsko pravo pridavalo je značaj dužini trajanja vanbračne zajednice u pogledu sticanja prava na nasleđe vanbračnog partnera. Ženi koja je živela u vanbračnoj zajednici sa muškarcem neprekidno godinu dana priznavana su određena nasledna prava na zaostavštini njenog vanbračnog partnera.²⁵

Iako u domaćem pravu vanbračni partneri još uvek ne uživaju ista prava kao i supružnici na terenu naslednog prava u uporednom pravu postoji tendencija da vanbračni partner ulazi u krug zakonskih naslednika. U pojedinim regionalnim pravnim sistemima svojstvo zakonskog naslednika priznato je vanbračnom partneru iz heterogenih zajednica, odnosno vanbračni partner izjednačen je sa supružnikom, kao što je to na primer slučaj u Crnoj Gori,²⁶ Federaciji Bosne i Hercegovine,²⁷

²² Čl. 85. st. 2. Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US, 55/14, 87/18 i 18/20 (u daljem tekstu: ZPP Srbije).

²³ Gordana Stanković, „Predgovor“, *Zakon o parničnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2014, 44.

²⁴ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06 (u daljem tekstu: Ustav RS).

²⁵ V. Gaj, *Institucije*, Nolit, Beograd, 1982.

²⁶ Čl. 4, st. 1. i čl. 9, st. 2. Zakona o nasljeđivanju Republike Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 74/08.

²⁷ Čl. 19. Zakona o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine*, br. 80/14.

dok su Slovenija²⁸ i Hrvatska²⁹ priznale zakonsko nasleđivanje i istopolnim partnerima iz vanbračnih zajednica. I u pojedinim državama Evrope slična je situacija te je zakonsko nasleđivanje priznato heterogenim i istopolnim partnerima, kao u Grčkoj, Irskoj, Austriji,³⁰ Češkoj i dr. Iako kvalitativno izjednačenje uticaja činjenice vanbračne zajednice sa činjenicom srodstva u danas savremenim pravnim sistemima predstavlja pravilo, konkretan naslednopravni položaj vanbračnog partnera nije u svima njima isti. Raznolikost regulative u pogledu načina rešavanja ovog pitanja javlja se kao posledica uticaja različitih istorijskih, društvenih, ekonomskih, kulturnih, socijalnih, moralnih i političkih faktora.

U domenu naslednog prava u našem pravnom sistemu vanbračni partner ne spada u krug redovnih zakonskih naslednika taksativno navedenih u zakonu. Vanbračni partner može samo da bude testamentarni naslednik ostavioca. Zakonodavac nije uzeo u obzir bitne činjenice kao što su zajedničko dete vanbračnih partnera i dužinu trajanja vanbračne zajednice, iako je Ustav RS izjednačio brak i vanbračnu zajednicu u skladu sa zakonom. PZ (2005) brak i vanbračnu zajednicu tretira kao dva pravna instituta. Vanbračni partneri imaju ista prava i dužnosti u okviru porodičnih odnosa kao i supružnici pod uslovima koji su predviđeni zakonom.³¹

Vanbračnom partneru su uskraćena nasledna prava po osnovu zakona, iako je zakon najčešći osnov za nasleđivanje u odnosu na testament. Ovakvo zakonsko rešenje u suprotnosti je, s jedne strane, sa porodičnopravnim karakterom nasleđivanja,³²

²⁸ Čl. 4a Zakona o dedovanju, *Uradni list SRS*, br. 15/76, 23/78; *Uradni list RS*, br. 17/91, 13/94, 82/94, 117/00, 67/01, 83/01, 73/04 i 31/odl. US i 63/16.

²⁹ Čl. 8 Zakon o nasleđivanju Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15.

³⁰ Građanski zakon Austrije (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, StF: JGS Nr. 946/1811), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, 16.8.2020; Zakon o imenama i dopunama Zakona o nasleđivanju Austrije donet je 30. jula 2015, u primeni od 1. januara 2017. (Erbrechts-Änderungsgesetz (ErbRÄG), BGBl. I Nr. 87/2015), https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_I_87/BGBLA_2015_I_87.pdfsig., 15.8.2020.

³¹ Vanbračni partneri imaju pravo na usvajanje deteta (čl. 101, PZ), pravo na izdržavanje (čl. 152 PZ), pravo na zajedničku svojinu (čl. 191 PZ), pravo na zaštitu od nasilja u porodici (čl. 197 PZ). Osim toga, ocem deteta koje je začeto uz biomedicinsku pomoć smatra se i vanbračni partner majke, pod uslovom da je za postupak biomedicinski potpomognutog oplodjenja dao pristanak u pismenoj formi (čl. 58, st. 2 PZ).

³² Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, „Procedure for establishing the status of common-law partner“, *Legal system in the period of the new reality* (ur. Zdravko Grujić), Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica, 2021, 167.

a s druge, i sa odredbama Zakona o zabrani diskriminacije³³ i sa ratifikovanom Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.³⁴

Da bi mogao da ostvari svoja prava, s obzirom na to da se ne nalazi u krugu zakonskih naslednika ostavioca, vanbračni partner je prinuđen da posle smrti ostavioca pokreće parnični postupak i da zahteva da se iz zaostavštine izdvoji njegov doprinos zaostavštini po osnovu zajedničkog sticanja u toku trajanja vanbračne zajednice.

Vanbračni partner je diskriminisan jer nema ni pravo na izdvajanje predmeta domaćinstva manje vrednosti, iako je i on bio u zajednici života i zajedničkom domaćinstvu sa ostaviocem kao i uži članovi porodice koji imaju ovo pravo.³⁵

Vanbračni partner ostavioca prema odredbama Zakona o nasleđivanju³⁶ ne može da bude zaveštajni (testamentarni) svedok bez obzira što ne ulazi u krug zakonskih naslednika.

Treba primetiti da je Nacrt predloga zakona o istopolnim zajednicama, u skladu s praksom Evropskog suda, regulisao i pitanje nasleđivanja partnera u istopolnoj zajednici. Prema Nacrtu predlogu zakona o istopolnim zajednicama, u pogledu prava na nasleđe primenjivale bi se odredbe Zakona o nasleđivanju, te bi partner iz istopolne zajednice u pravu nasleđivanja bio izjednačen sa supružnikom kad je reč o zakonskom redu nasleđivanja. Lica koja su živela u neregistrovanim odnosno neformalnim istopolnim zajednicama imala bi sva prava priznata vanbračnoj zajednici.

Prema Predlogu zakona o istopolnim zajednicama partneri iz neformalnih, odnosno vanbračnih istopolnih zajednica, ne spadaju u krug zakonskih naslednika, kao i vanbračni partneri iz heterogenih zajednica. Partneri mogu imati samo

³³ Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/09.

³⁴ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u konvenciju i prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, *Službeni list SCG* –, br. 9/03, 5/05, 7/05 i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10, 10/15.

³⁵ V. Milena Trgovčević Prokić, *Nasledno pravo i postupak za raspravljanje zaostavštine, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2020, 52.

³⁶ Čl. 113, ZN Srbije.

isti položaj kao vanbračni partneri iz heterogenih zajednica. U suprotnom, odnosno ako bi se prihvatilo stanovište da partneri iz neregistrovanih zajednica mogu da se međusobno nasleđuju, ovakvo zakonsko rešenje izazivalo bi diskriminaciju u odnosu na heterogene partnere koji žive u bračnim i vanbračnim zajednicama kako to pojedini autori i navode.³⁷

S obzirom na to da je u pripremi predlog za izmenu i dopunu Zakona o zabrani diskriminacije da bi se novelirala pojedina zakonska rešenja u cilju obezbeđivanja jednakog tretmana pojedinaca i grupa u raznim oblastima društvenog života, to je i prilika, iako ovaj zakon nije matični za domen nasleđivanja, da se izmeni i status vanbračnog partnera u pogledu zakonskog nasleđivanja, što je u skladu sa preporukama Komisije EU i Evropske komisije protiv rasizma i netolerancije (ECRI).

Vanbračni partner treba da ima isti naslednopravni položaj kao i supružnik. Pojedini autori (npr. Svorcan)³⁸ smatraju da treba zakonom odrediti da vanbračni partner može biti zakonski naslednik svog partnera uz određene uslove.³⁹ Smatramo da bi naslednopravni položaj partnera iz faktičkih, odnosno stabilnih heterogenih i istopolnih zajednica trebalo da bude jednak naslednopravnom položaju supružnika, te da je potrebno normativno omogućiti vanbračnim partnerima iz heterogenih i istopolnih zajednica da svoj status registruju pred matičarem u interesu pravne sigurnosti. S obzirom na koncepciju vanbračne zajednice u našem pravnom sistemu, ona ne bi mogla da stekne svojstvo činjenice koja bi predstavljala osnov

³⁷ Analiza novog paketa antidiskriminacionih zakona, vebinar pod nazivom: *Sprečavanje ili afirmacija diskriminacije – analiza novog paketa antidiskriminacionih zakona u organizaciji Instituta za evropske studije u Beogradu*, 28.8.2021. <https://stanjestvari.com>.

³⁸ Slobodan Svorcan, *Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 1999, 87.

³⁹ Ti uslovi su sledeći: a) ako je ta vanbračna zajednica po svojim karakteristikama u svemu izgledala kao bračna zajednica; b) ako je ta vanbračna zajednica postojala u momentu smrti vanbračnog partnera; v) ako je ta vanbračna zajednica trajala neprekidno najmanje tri godine pre smrti vanbračnog partnera, ukoliko su vanbračni partneri imali zajedničke dece, odnosno ako je trajala neprekidno, najmanje sedam godina pre smrti vanbračnog partnera, ukoliko vanbračni partneri nemaju zajedničke dece; g) ako su vanbračni partneri postali punoletni i poslovno sposobni u momentu kada su počeli da teku rokovi iz tačke v); d) ako vanbračni partneri nisu u krvnom srodstvu do određenog stepena srodstva; đ) ako vanbračni partneri nisu u srodstvu po tazbini do određenog stepena srodstva, e) ako vanbračni partneri nisu u građanskom srodstvu, i) ž) ako nijedan od vanbračnih partnera nije bio u braku u momentu kada su počeli da teku rokovi iz tačke v) i u toku trajanja tih rokova sve do momenta smrti vanbračnog partnera, ili, ako brak nije razveden, da je bila trajno prestala zajednica života između vanbračnog partnera i lica sa kojim je on bio u braku u momentu početka rokova iz tačke v), te da je takvo stanje postojalo u toku trajanja tih rokova do smrti vanbračnog partnera. S. Svorcan, op. cit., 172.

pozivanja na nasleđivanje jer jedina mogućnost za utvrđivanje statusa vanbračnog partnera jeste utvrđivanje ove činjenice u sudskom postupku.⁴⁰

U većini pravnih sistema vanbračna zajednica može proizvoditi odgovarajuća pravna dejstva, pa i naslednopravna. Vanbračna zajednica u mnogim pravnim sistemima predstavlja osnov pozivanja na nasleđe. Pojedini pravni sistemi priznaju zakonska nasledna prava heterogenim i istopolnim partnerima samo iz registrovanih vanbračnih zajednica, kao što je slučaj u pravu Slovenije, Hrvatske, Grčke, Češke, Mađarske,⁴¹ dok pojedina prava ne zahtevaju kao uslov registraciju istopolnih partnera kada su u pitanju nasledna prava, kao što je, na primer, slučaj u pravu Austrije.

Iako u pravnom sistemu Rusije nije normirana vanbračna zajednica, vanbračni partner ostavioca u ruskom pravu može imati svojstvo zakonskog naslednika, pod pretpostavkom ispunjenja određenih zakonom propisanih uslova,⁴² koji se odnose na nesposobnost za rad, izdržavanje od strane ostavioca i postojanje zajednice života sa ostaviocem najmanje godinu dana pre njegove smrti.

U Francuskoj vanbračni partneri ne ulaze u krug zakonskih naslednika već imaju pravo da nakon smrti ostavioca stanuju godinu dana u zajedničkom domu na teret naslednika koji pokrivaju troškove zakupnine.

S druge strane, Evropski sud za ljudska prava u svojim odlukama priznao je istopolnim partnerima u stabilnim zajednicama pravo na nasleđivanje, našavši da se ova lica nalaze u situaciji uporedivoj sa onom u kojoj se nalaze supružnici ili vanbračni partneri heteroseksualne orijentacije.⁴³ Evropski sud za ljudska prava zauzeo je jasan stav da je obaveza države da obezbedi ambijent u kome će osobe

⁴⁰ Jelena Vidić Trninić, „Vanbračni partner kao zakonski naslednik u savremenim pravima Evrope“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, tom LX, br. 68, Niš, 2014, 424. „U sudskom postupku status vanbračnog partnera dokazuje se analogijom sa odredbama porodičnog prava, u kojem se u postupku trajnost vanbračne zajednice, postavlja kao faktičko pitanje i u svakom konkretnom slučaju se mora posebno dokazivati.“

⁴¹ Zakon o registrovanom partnerstvu Mađarske, 2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról, Retrieved 11, February 2014, http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A0900029.TV, 30.7.2016.

⁴² Čl. 1148, st. 2 Građanskog kodeksa Ruske Federacije – Гражданский кодекс Российской Федерации от 1994 года, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34154/#dst0, 1.9.2020.

⁴³ U presudi Karner protiv Austrije, ESLJP našao je da je došlo do diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije u pogledu uživanja prava na privatni i porodični život garantovanog Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. *Karner v. Austria*, 40016/98, Council of Europe: European Court of Human Rights, 24 July 2003), www.coe.hudoc.com, 5.10.2016.

homoseksualne orijentacije ostvarivati svoje pravo na privatan i porodični život, bez diskriminacije, garantovano Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁴⁴

Nasledna prava vanbračnih partnera

U domaćem pravu, u domenu naslednog prava, istopolni i heterogeni partneri iz vanbračnih zajednica i danas imaju određena prava i mogu sačiniti testament i zaključiti ugovor o doživotnom izdržavanju. Međutim, s obzirom na postojeća zakonska rešenja, vanbračni partneri iz istopolnih zajednica ne mogu zaključiti ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života jer ovaj ugovor mogu zaključiti samo lica u određenom srodničkom odnosu, odnosno predak, supružnik i potomci. Vanbračni partneri iz heterogenih zajednica ne mogu zaključiti ovaj ugovor ni međusobno, međutim mogu ga zaključiti sa decom ukoliko ih imaju.

U pojedinim državama nastalim na prostoru bivše SFRJ, kao što su Republika Crna Gora, Federacija BiH, Republika Slovenija i Republika Hrvatska, izjednačen je nasledni položaj supružnika i vanbračnog partnera.

U Republici Crnoj Gori i Federaciji BiH, ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života, ustupilac može zaključiti sa heteroseksualnim partnerom iz vanbračne zajednice, a u pravima Republike Slovenije i Republike Hrvatske, bilo sa heteroseksualnim, bilo sa istopolnim vanbračnim partnerom, kako iz registrovane, tako i iz neregistrovane, odnosno faktičke vanbračne zajednice, s obzirom na to da su ove države donele zakon o registraciji istopolne partnerske zajednice, što je već rečeno.

Ugovor o doživotnom izdržavanju

Ugovor o doživotnom izdržavanju nije protivan ni zakonu ni prirodi braka, jer se njime primaocu izdržavanja pruža izdržavanje koje prevazilazi meru i uslove koji su propisani Porodičnim zakonom, tako da ugovor mogu da zakluče heterogeni i istopolni partneri iz vanbračnih zajednica. Međutim, pojedinim odredbama ZN ograničena je sloboda ugovaranja pošto je odredbom čl. 196 ZN propisano posebno ograničenje za ugovorače, i za neregistrovane vanbračne partnere faktičkih zajednica jer neće moći da zakluče ugovor ako se vanbračni partner stara u okviru svog zanimanja o primaocu izdržavanja ukoliko ne dobije saglasnost od nadležnog organa starateljstva.

⁴⁴ V. presudu *Oliari and Others v. Italy*, 18766/11, 21 July 2015.), www.coe.hudoc.com, 2.9.2016.

Isto tako, ograničena je i primena pojedinih odredba ZN kada su vanbračni partneri u pitanju. Pravne posledice smrti davaoca izdržavanja ne mogu nastupiti kada su ugovorači vanbračni partneri, osim ako davalac izdržavanja ima decu. ZN propisuje da ukoliko davalac izdržavanja umre, njegovi potomci i supružnik preuzimaju obavezu izdržavanja. Supružnik i potomci davaoca imaju pravo na naknadu za učinjeno izdržavanje, ako nisu u stanju da preuzmu ugovorne obaveze. Obaveza doživotnog izdržavanja opterećuje ne samo davaoca izdržavanja nego i najbliže članove njegove porodice, iako ne učestvuju neposredno u staranju o primaocu. Isto tako, raskid ugovora usled smrti davaoca izdržavanja ne može se zahtevati ako davalac izdržavanja nema prvostepene naslednike. Smatramo, pored toga, da je krug lica koja mogu da naslede poziciju davaoca izdržavanja određen previše usko i previše kruto, interes primaoca izdržavanja da odluči od koga će primati izdržavanje nije adekvatno zaštićen, nije rešeno pitanje naknade za prethodno učinjeno izdržavanje u slučajevima kada se ugovor raskida.⁴⁵

Javnobeležnički postupak

Ugovor o doživotnom izdržavanju je formalni pravni posao. Forma ima konstitutivni karakter – forma *ad solemnitatem*. Forma ovog ugovora je javne prirode, a formalnosti se sastoje od zaključenja ugovora u formi – solemnizacije,⁴⁶ odnosno potvrđivanja sadržine ugovora pred javnim beležnikom.⁴⁷ Prilikom potvrđivanja (solemnizacije) ugovora javni beležnik je dužan da ugovornike naročito upozori na

⁴⁵ Miloš Vukotić, „Pravne posledice smrti davaoca izdržavanja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, tom LXIX, br. 1, Beograd, 2021, 210.

⁴⁶ V. Milena Trgovčević Prokić, „Izmene zakona o javnom beležništvu“, *Novi propisi u Republici Srbiji: Zbornik radova* (ur. Nebojša Šarkić), Beograd, 2015. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS*, br. 106/15, eliminisana je terminološka neujednačenost jer je korišćenje termina *overa* u zakonskom tekstu mogla da izazove zabunu s obzirom na to da termin postupak za *overu* predstavlja poseban vanparnični postupak koji se razlikuje od solemnizacije. Na ovaj način zakonodavac je prilikom noveliranja ovog zakonskog teksta indirektno nastojao da ispuni zahtev koji Ustavni sud Srbije postavlja u svojim odlukama kad su u pitanju procesni zakoni. Ustavni sud u svojim odlukama insistira da pravne norme budu određene i precizne, jer to predstavlja sastavni deo vladavine prava.

⁴⁷ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž br. 2338/14 od 16.7.2015: „Saglasnost volja ugovornih strana kod ugovora o doživotnom izdržavanju nema pravno dejstvo ukoliko nije izražena u zakonom propisanoj formi, a kada bitni elementi ugovora nisu uneti u zapisnik o overi ugovora, potpisi ugovornih strana na zapisniku o overi ne mogu da nadomeste nedostatak potpisa na samom ugovoru.“ Izmenama Zakona o nasleđivanju iz 2015, propisano je da se ugovor o doživotnom izdržavanju (čl. 195), ugovor o raspodeli imovine za života (čl. 184) i ugovor o prenosu naslednog dela moraju zaključiti u obliku javnobeležničke potvrđene (solemnizovane) isprave.

to da imovina koja je predmet ugovora ne ulazi u zaostavštinu primaoca izdržavanja i da se njome ne mogu namiriti njegovi nužni naslednici, o čemu stavlja napomenu u klauzuli o potvrđivanju. Propisivanjem obavezne forme ne obezbeđuje se samo za svedočenje volje ugovornih strana, nego se i ugovornim stranama ukazuje na značaj pravnog posla koji su preduzele. Nepoštovanje ove forme sankcionisano je ništavošću, a to je jedan vid ograničenja slobode ugovaranja.⁴⁸

Dužnost pouke i upozorenja

Javni beležnik je dužan da prilikom potvrđivanja isprava unese pouku i upozorenje kada su izjave stranaka nejasne, nerazumljive i dvosmislene. Ovo upozorenje javni beležnik mora da unese u klauzulu kao i napomenu da je stranke upozorio na pravne posledice pravnog posla. Ali, ako stranke ostanu pri zahtevu da žele da zaključe takav posao, javni beležnik je dužan da potvrdi ili sačini takvu ispravu. Javni beležnik mora da pazi i da li je pravni posao ništav, naročito kada privatna isprava sadrži pravni posao koji je fiktivan ili simulovan.⁴⁹ U uporednom pravu je opšte usvojeno da se na ništavost ugovora pazi po službenoj dužnosti. Kada konstatuje ništavost ugovora, javni beležnik mora da odbije službenu radnju. Odbijanje službene radnje ispoljava se u zaštiti interesa stranaka i pravnoj sigurnosti neophodnoj u pravnom saobraćaju.⁵⁰ Ukoliko javnobeležnički zapis ne sadrži pouku i kada je potrebno upozorenje, on neće proizvoditi pravno dejstvo jer gubi svojstvo javne isprave.⁵¹ Upozorenje i pouka su sankcija za nevaljanost pravnog posla sadržanog u privatnoj ispravi. Pouka je sastavni deo javnobeležničke isprave i njen bitni element, koji se uočava kao efikasan naročito kod rizičnih pravnih poslova. Nedostatak upozorenja i pouke i kod

⁴⁸ Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Privredna štampa, Beograd, 1981, 153: „Ugovorne strane prilikom zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju svoje odnose regulišu u skladu sa načelom slobode ugovaranja, pod kojim se u najširem smislu smatra sloboda ugovornog uređenja pravnih odnosa, sloboda odlučivanja, izbora i regulisanja tih odnosa. Ipak, autonomija volje u mnogim slučajevima ne može biti neograničena.“

⁴⁹ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 485/95 od 14.10.1994, Zbirka sudskih odluka Vrhovnog suda Srbije 1945–1952, 124: „Ništav je ugovor koji predstavlja fiktivno poravnanje da bi se izigrali interesi trećeg lica, kao i simulovan pravni posao da bi se izbegla zakonska obaveza ili protivpravno oštetilo treće lice.“

⁵⁰ Milena Trgovčević Prokić, *Ovlašćenje javnog beležnika i organizacija beležništva*, Službeni glasnik, Beograd, 2013, 231–233.

⁵¹ Čl. 84. u vezi čl. 172. Zakona o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS*, br. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – dr. zakon, 93/14 – dr. zakon, 121/14, 6/15 i 106/15; Zakona o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon, 85/12, 45/13 – dr. zakon, 55/14, 6/15 i 106/15.

potvrđivanja sadržine privatnih ugovora proizvodi apsolutnu ništavost takvog ugovora i gubljenje autentičnosti. Ukoliko javni beležnik ne unese pouku i upozorenje, on službeno odgovara, jer je njegova opšta dužnost da pouči stranke u postupku.

Ostvarivanje naslednih prava vanbračnog partnera u sudskom postupku

Nasledna prava vanbračni partner ostvaruje, pre svega, u ostavinskom postupku ukoliko je testamentarni naslednik ili legatar.⁵² Svoja naslednopravna ovlašćenja on vrši davanjem nasledničke izjave u ostavinskom postupku kao jedan od učesnika. U ovom postupku on pretenduje da bude oglašen za naslednika, legatara ili da mu pripadnu neka prava iz zaostavštine. Ukoliko u toku ostavinskog postupka nasledni učesnici ospore da su ispunjeni zakonski uslovi npr. u pogledu forme testamenta, tada sud prekida postupak i upućuje na parnični postupak naslednog učesnika čije pravo smatra manje verovatnim. To je naslednik koji tvrdi da uslovi predviđeni zakonom za konkretnu formu testamenta nisu ispunjeni. Ostavinski sud prekida ostavinski postupak ukoliko su u toku ostavinskog postupka među zainteresovanim licima sporna činjenična pitanja od kojih zavisi primena prava. Ovo zakonsko rešenje predstavlja, u stvari, ograničenje delatnosti ostavinskog suda da donosi sve odluke o pitanjima nasleđivanja.

Ukoliko u toku ostavinskog postupka dođe do spora u pogledu punovažnosti testamenta ili ako vanbračnom partneru budu osporena nasledna prava kao testamentarnom nasledniku, vanbračni partner će svoja prava ostvarivati u parničnom postupku.

Po pravnosnažnosti ostavinskog rešenja, vanbračni partner će imati pravo da pojedina prava ostvaruje i u korektivnim parnicama.⁵³

Pravnosnažno rešenje o nasleđivanju ima svoje subjektivne i objektivne granice pravnosnažnosti i vezuju samo lica koja su učestvovala u ostavinskom postupku dok se objektivne granice pravnosnažnosti odnose na činjenice koje su bile poznate u ostavinskom postupku. Pravnosnažnost rešenja o nasleđivanju ne sprečava pokretanje parničnog postupka. Učesnik koji je učestvovao u ostavinskoj raspravi može i posle pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju da svoja prava ostvaruje u parničnom postupku. Pravosnažno rešenje o nasleđivanju vezuje stranke samo

⁵² V. sudsku praksu, Rešenje Višeg suda u Požarevcu, Gž br. 858/14 od 9.9.2014: „Učesnici u ostavinskom postupku su naslednici umrlog i to zakonski i testamentarni, legatari, Republika Srbija koju zastupa Državno pravobranilaštvo, ukoliko nema naslednika, kao i izvršilac testamenta. Lice u čiju korist je ostavilac raspolagao ugovorom o doživotnom izdržavanju i ugovorom o poklonu – nije učesnik u ostavinskom postupku.“

⁵³ M. Trgovčević Prokić (2013), op. cit., 278–280.

u pogledu odluke o pravu nasleđa i o legatu. Stranke mogu ne samo isticati zahteve koji se zasnivaju na pravu svojine i drugom pravu nezavisno od nasleđa, već mogu u parnici ostvariti pravo na nasleđe. To znači da pravosnažno rešenje vezuje stranke koje su učestvovalе u postupku raspravljanja zaostavštine samo u pogledu prava i obaveza koje proizlaze iz prava nasleđivanja.⁵⁴

Ukoliko je nakon pravosnažno okončanog ostavinskog postupka pronađen testament kojim je vanbračni partner postavljen za legatara tada on može tužbom za utvrđenje da zahteva od lica koja su dužna da ispune legat da se utvrdi obaveza dužnika legata prema njemu.

Vanbračni partner koji zahteva da mu nešto pripadne po osnovu vanbračne tekovine ili koji se javlja kao davalac doživotnog izdržavanja svoja subjektivna prava po osnovu pravnih odnosa sa ostaviocem, a ne po osnovu nasleđivanja, može da ostvari kao sporedni učesnik u ostavinskom postupku koji će svoja prava i pravne interese ostvarivati u parničnom postupku.

U parničnom postupku vanbračni partner će, nezavisno od svog svojstva testamentarnog naslednika, ostvarivati svoja prava koja se odnose na izdvajanje njegovog doprinosa u uvećanju vrednosti ostaviočeve imovine.

U parničnom postupku vanbračni partner će štiti svoja prava kao stranka ukoliko se radi o parnicama povodom zaključenih naslednopravnih ugovora.

UTVRĐIVANJE STATUSA VANBRAČNOG PARTNERA U SUDSKOM POSTUPKU

Status vanbračnog partnera predviđen je odredbama PZ koji je uredio vanbračnu zajednicu kao poseban pravni institut, ali nije regulisao upis vanbračne zajednice u javne knjige tako da vanbračni partner nema validnu javnu ispravu kojom može da dokaže svoj status kad ima potrebu i pravni interes da dokaže svoj status da bi mogao da vrši i stekne određena građanska subjektivna prava.

Postupak za registrovanje statusa vanbračnog partnera nije regulisan u odredbama PZ niti je predviđen postupak za utvrđenje vanbračnog statusa iako su ovim materijalnopравnim zakonom uređeni pojedini posebni građanski sudski postupci ili je zakonodavac predvideo vanparničnu pravnu zaštitu u pojedinim situacijama. Zakonodavac je propustio da u zakonski tekst unese odredbu da se vanbračni status može utvrditi u vanparničnom postupku jer se i inače u ovom građanskom sudskom postupku odlučuje o pojedinim statusnim pitanjima kao što je

⁵⁴ Rešenje Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, Rev. br. 499/82 od 23.12.1982, *Bilten Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine*, Ustavni sud BiH, br. 1/83, Sarajevo, 35; Milena Trgovčević Prokić, „Prenošenje ovlašćenja iz ostavinskog postupka na javnog beležnika“, *Pravni život*, br. 12, Beograd, 2000, 135.

dokazivanje rođenja, dokazivanje smrti, proglašenje nestalog lica za umrlo, lišenje i ograničavanje poslovne sposobnosti.⁵⁵ Ukoliko se o pojedinim statusnim pravima ne vode javne knjige, statusna prava se redovno i po pravilu ostvaruju u vanparničnom postupku jer je on, između ostalog, i predviđen za takav vid pravne zaštite.⁵⁶

Kako u PZ nije predviđen i propisan redovni pravni put za utvrđenje vanbračnog statusa vanbračnog partnera kad se vanbračni status ne može dokazati nijednim pravnim aktom pošto se ne registruje u javnim knjigama, vanbračni partner se redovno susretao s problemom dokazivanja svog statusa u svakom postupku pravne zaštite u kome je ostvarivao svoja prava. Pitanje njegovog statusa uvek je bilo prethodno pravno pitanje koje je rešavano u adhezionom postupku. Očigledno je da je zbog toga vanbračni partner bio u nepovoljnom položaju jer je morao da dokazuje svoj status predlaganjem svedoka da bi ostvario pojedina zakonom priznata prava, a s druge strane, to je uticalo i na dužinu sudskih postupaka, a samim tim i na ekonomičnost i efikasnost.

Do poboljšanja statusa vanbračnog partnera došlo je Novelama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju iz 2019. godine. Odredbama ovog zakona nisu samo proširena prava vanbračnog partnera, već mu je omogućeno da sudskom odlukom dokazuje svoj vanbračni status. Prava koja su priznata vanbračnom partneru odredbama noveliranog ZPIO predstavljaju usklađivanje zakonskih rešenja u domenu penzionog osiguranja sa odredbama PZ koji je izjednačio brak i vanbračnu zajednicu ali i sa Ustavom Republike Srbije.

Odredbom člana 28. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju izjednačen je status supružnika i vanbračnog partnera iz heterogenih zajednica u pogledu prava na sticanje prava na porodičnu penziju i na taj način eliminisan je diskriminatorski odnos prema vanbračnoj zajednici i vanbračnom partneru osiguranika u domenu penzionog osiguranja.⁵⁷ Predviđena je minimalna dužina trajanja vanbračne zajednice u odredbi čl. 28 ZPIO kao jedan od uslova za ostvarivanje prava na porodičnu penziju što ukazuje na okolnost da je vanbračna zajednica vanbračnih partnera zasnovana sa namerom da traje jer je trajnost vanbračne zajednice njeno bitno obeležje. Ukoliko vanbračni partneri imaju zajedničko maloletno dete, trajanje vanbračne zajednice vanbračnih partnera nije od značaja jer se na ovaj način štiti vanbračna porodica preminulog osiguranika.

⁵⁵ Milena Trgovčević Prokić, Gordana Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 31.

⁵⁶ V. Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 65–67; Milena Trgovčević Prokić, „Porodičnopravna zaštita u vanparničnom postupku“, *Sistem porodičnopravne zaštite u Srbiji* (ur. Nebojša Šarkić), Beograd, 2009.

⁵⁷ G. Stanković, M. Trgovčević Prokić (2019), op. cit., 173.

Ako je došlo do prestanka zajednice života vanbračnih partnera, izdržavani vanbračni partner⁵⁸ moći će da ostvari pravo na porodičnu penziju posle smrti osiguranika,⁵⁹ pod uslovom da mu je sudskom presudom utvrđeno pravo na izdržavanje.⁶⁰

Može se zaključiti da je odredba čl. 28 Novela ZPIO višestruko značajna. Ovom odredbom zakonodavac je izjednačio supružnika i vanbračnog partnera u pogledu prava na sticanje prava na porodičnu penziju i na taj način eliminisao diskriminatorski odnos prema vanbračnoj zajednici i vanbračnom partneru i u ovom domenu izjednačene su bračna i vanbračna porodica.

Pravnosnažnu odluku vanparničnog suda kojom je utvrđen vanbračni status vanbračnog partnera, kao javnu ispravu, vanbračni partner moći će da koristi u svim postupcima pravne zaštite u kojima je njegov status pravno relevantna činjenica od čijeg postojanja zavisi sticanje ili vršenje pojedinih građanskih subjektivnih prava.

Dr. MILENA TRGOVČEVIĆ PROKIĆ
Professor, Faculty of Law
University Union, Belgrade

EXERCISING THE RIGHTS OF THE COMMON-LAW PARTNER IN THE LEGAL PROTECTION PROCEDURE

Summary

The common-law partner is granted extramarital status and many rights in the domain of family law. The common-law partners, although equal to spouses in terms of family rights and obligations, still do not enjoy all rights. The common-law partners still do not enjoy the same rights as spouses in the field of inheritance or procedural law. Only recently, by the provision of Article 28

⁵⁸ Izdržavanje između vanbračnih partnera prvi put je u našem pravu bilo predviđeno i regulisano odredbama Zakona o braku i porodičnim odnosima, *Službeni glasnik SRS*, br. 22/80, 24/84 – dr. zakon i 11/88, *Službeni glasnik RS*, br. 22/93, 25/93 – ispr. 35/94, 46/95 – dr. zakon i 29/01. Za razliku od navedenog zakona, PZ (2005) predviđa izdržavanje vanbračnih partnera u toku trajanja vanbračne zajednice i po njenom prestanku. Posle prestanka vanbračne zajednice vanbračni partner ima pravo na izdržavanje koje može da ostvari sudskim putem, podizanjem tužbe u roku od godinu dana od dana prestanka zajednice života vanbračnih partnera ili od dana kada je učinjeno poslednje faktičko davanje na ime izdržavanja. Izdržavanje vanbračnog partnera određeno sudskom odlukom traje određeno vreme, a najduže pet godina po prestanku vanbračne zajednice. Međutim, pravo na izdržavanje može se produžiti i posle isteka petogodišnjeg roka iz naročito opravdanih razloga zbog kojih vanbračni partner kao poverilac izdržavanja ne može da privređuje.

⁵⁹ Čl. 28, st. 3. ZPIO Srbije.

⁶⁰ V. G. Stanković, M. Trgovčević Prokić (2019), op. cit., 176.

a Amended Law on Pension and Disability Insurance, the legislator made one of the steps in terms of improving the status of common-law partner because the status of spouses and common-law partners from heterogeneous communities is equal in terms of the right to family pension. and in that way the discriminatory attitude towards the common-law union and the common-law partner of the insured in the field of pension insurance has been eliminated. The amendments to this law eliminated the difficulties of an common-law partner who regularly encountered the problem of proving his status in every legal protection procedure in which he exercised his rights because the common-law union is not registered in the public books.

Key words: common-law partner status, common-law union, hereditary powers of of common-law partners, procedure for determining the status of common-law partner

Literatura

- Draškić M., *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005. Gaj, *Institucije*, Nolit, Beograd, 1982.
- Gajin S., *Model Zakona o istopolnim zajednicama*, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2013.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Privredna štampa, Beograd, 1981.
- Ponjavić Z., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Kragujevac, Kragujevac, 2007.
- Stanković G., *Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 2013.
- Stanković G., „Predgovor“, *Zakon o parničnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2014.
- Stanković G., *Zakon o parničnom postupku, Objašnjenja, tumačenje i stvarni registar*, četrnaesto izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Stanković G., Boranijašević V., *Građansko procesno pravo*, Sven, Niš, 2020.
- Stanković G., Trgovčević Prokić M., „Procedure for establishing the status of common-law partner“, *Legal system in the period of the new reality* (ur. Zdravko Grujić), Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica, 2021.
- Stanković G., Trgovčević Prokić M., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Svorcan S., *Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 1999.
- Svorcan S., „Nasledna prava vanbačnog partnera“, *Zbornik radova Dvadeset godina Zakona o nasleđivanju* (ur. Nataša Stojanović, Novak Krstić), Niš, 2016.
- Trgovčević Prokić M., *Ovlašćenje javnog beležnika i organizacija beležništva*, Službeni glasnik, 2013.
- Trgovčević Prokić M., *Nasledno pravo i postupak za raspravljanje zaostavštine, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, 2020.
- Trgovčević Prokić M., „Prenošenje ovlašćenja iz ostavinskog postupka na javnog beležnika“, *Pravni život*, tom LI, br. 12, Beograd, 2000.

- Trgovčević Prokić M., „Porodičnopravna zaštita u vanparničnom postupku“, *Sistem porodičnopravne zaštite u Srbiji* (ur. Nebojša Šarkić), Beograd, 2009.
- Trgovčević Prokić M., „Izmene zakona o javnom beležništvu“, *Novi propisi u Republici Srbiji: Zbornik radova* (ur. Nebojša Šarkić), Beograd, 2015.
- Trgovčević Prokić M., Stanković G., *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Vidić J., „Naslednopravni položaj srodnika u pravoj nishodnoj liniji, supružnika i vanbračnih partnera“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, tom XLV, br. 2, Novi Sad, 2011.
- Vidić Trninić V., „Vanbračni partner kao zakonski naslednik u savremenim pravima Evrope“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, tom LX, br. 68, Niš, 2014.
- Vukotić M., „Pravne posledice smrti davaoca izdržavanja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, tom LXIX, br. 1, Beograd, 2021.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 04.10.2021.

Prihvaćen: 24.10.2021.

PREGLEDNI RAD

SUĐENJE NA DALJINU KAO IZAZOV ZA PRAVOSUĐE

U većini pravosudnih sistema u Evropi se, po pravilu, sudski postupci sprovode na način da su svi učesnici u postupku prisutni u sudnici, a suđenja na daljinu primenjuje u izuzetnim slučajevima. Tokom pandemije izazvane virusom Kovid-19, neki sudovi su nastavili sa održavanjem ročišta u sudnicama, uz socijalno distanciranje, dok su u drugim sudovima sva ročišta odložena, osim u predmetima koji ne trpe odlaganje, što je sve dovelo do različitog, negde ograničenog, pristupa pravdi. Do početka pandemije, sudije su retko pribegavale suđenjima na daljinu, za razliku od današnjih dana, kada je ovaj način suđenja postao veoma važan, često primenjivan, a ponekad i neophodan. Takve novine nametnule su potrebu za uvođenjem određenih zakonodavnih promena u sudska pravila, povećanu upotrebu elektronskih komunikacija, video konferencija i često su podrazumevale potrebu za dodatnim obukama sudija i ostalih zaposlenih u pravosuđu. Sudije, u takvim okolnostima, imaju tešku ulogu i zadatak u održavanju kvaliteta suđenja, pa tako u svakom slučaju treba da ispituju da li su ispunjeni standardi za održavanje suđenja na daljinu, bez da budu ugrožena osnovna ljudska prava, pre svega prava koja se odnose na pravično suđenje, iz člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Neke od mera preduzetih u pojedinim državama u cilju održavanja suđenja na daljinu su umanjile poverenje i oslabile položaj suda kao treće grane vlasti, jer su mnoga pravila, koja se odnose na suđenja, menjana u vrlo kratkom roku, ponekad prerano, bez neophodnih istraživanja i razmatranja posledica. Suđenje na daljinu, na određeni način menja procesnu kulturu u pravosuđu, što nije uvek dobrodošlo među sudijama i čini se da još uvek postoji niz poteškoća i sumnji da se iskoriste prednosti takvog načina suđenja.

Ključne reči: pravično suđenje, ljudska prava, pravosuđe, pandemija, suđenje na daljinu

U V O D

Pandemija Kovid-19 primorala je kako sudove širom sveta, tako i Sud pravde Evropske unije, kao i sve druge institucije Evropske unije, da rade pod posebnim merama koje su neretko podrazumevale karantin, socijalno distanciranje i druge mere u cilju očuvanja javnog zdravlja.¹

Na rad sudova su posebno uticale mere primenjivane zbog pandemije izazvane virusom Kovid-19 (u daljem tekstu: pandemija), jer se rad sudova u velikoj meri oslanja na lične interakcije, pri tome vezan je za fizički prostor sudnice i ne može se lako replicirati u virtuelnom okruženju. Slično tome, pouzdanost svedoka ili iskrenost namera stranaka u sukobu, mnogo je teže ustanoviti putem telefonske ili internet veze, nego njihovim prisustvom direktnom saslušanju u sudnici.

Pre pandemije, mnogi sudovi su eksperimentisali sa tehnološkim inovacijama, ali vrlo mali broj ovih inicijativa je do sada transformisao rad redovnih sudova, a radikalnije preispitivanje načina pružanja pravosudnih usluga, u smislu drugačijeg sprovođenja sudskih postupaka, u 21. veku, bilo je još sporadičnije. Međutim, pandemija je dramatično povećala hitnost ovih inovacija.²

UTICAJ PANDEMIJE NA SUDSKE POSTUPKE

Očekivano je da pandemija Kovid-19 unapredi digitalizaciju sudskih postupaka kao i rad sudova, uprkos nedostatku brzog interneta, odgovarajućeg hardvera (kamere, mikrofoni) i odgovarajućeg softvera (programa za video konferencije itd.).

Međutim, iz proceduralne perspektive, rađaju se ozbiljnije poteškoće. Naime, da bi suđenja mogla da se odvijaju na daljinu, potrebno je uvesti određene zakonodavne promene u pravila sudskog postupka, u pravcu upotrebe elektronskih komunikacija i video konferencija. I pored toga postoje poteškoće kako navesti sudije da iskoriste mogućnosti koje postojeća pravila nude, što je sve u vezi sa procesnom tradicijom suđenja u sudnici. Jedno od rešenja je uspostavljanje privremenih pravila ili praktičnih uputstava koja bi važila u određenom periodu zavisno od zdravstvenog bilansa. Većina sudova je periodično u toku pandemije bila formalno ili faktički zatvorena za javnost. Neki sudovi su nastavili održavanje ročišta u sudnicama,

¹ O uticaju pandemije na EU institucije videti: Bart Krans, Anna Nylund, David Bamford, Laura Ervo, Frédérique Ferrand, Aleš Galič, Wolfgang Hau, Jordi Nieva Fenoll, Clement Salung Petersen, Catherine Piché, Piotr Rylski, Elisabetta Silvestri, John Sorabji, Vigita Věbraité, Hermes Zanetti jr, 2020. „Civil Justice and Covid-19“, <https://doi.org/10.7557/sr.2020>, 5. januar 2021.

² „Peace, justice and inclusion in the Pandemic“, *Pathfinders for peaceful, just and inclusive societies*, May 2020, <https://www.sdg16.plus/covid>, 19. avgust 2021.

uz socijalno distanciranje. U mnogim zemljama su praktično sva ročišta odložena, osim u hitnim predmetima, koji ne trpe odlaganje, čak i u zemljama sa visoko digitalizovanim sudovima, ali se postavilo pitanje uspostavljanja kriterijuma za „hitne predmete“. U našem pravnom sistemu je Sudskim poslovníkom propisano koji se predmeti imaju rešavati hitno, odnosno koji predmeti ne trpe odlaganja.³ Jasno je da je elektronska komunikacija najvažnija za rešavanje ovog problema. Prilagođavanje mrežnim i daljinskim postupcima očigledno su rešenje za trenutne izazove, što bi moglo da se ustanovi kao održivo rešenje ili čak kao trajno pravilo, jer ovakva vremena zahtevaju pragmatizam, a ne formalizam. Sudije bi, u tom slučaju, trebalo da vode i organizuju ročište na način da se osigura da su činjenična, pravna argumentacija, kao i ispitivanje dokaza, adekvatni i da sudija i stranke (njihovi advokati) smisleno komuniciraju, što u nekim slučajevima može da predstavlja mnogo složeniji proces od instaliranja potrebne tehnološke infrastrukture. Činjenica da neki sudovi i sudije već održavaju ročišta na daljinu, dok drugi i dalje nastavljaju da odlažu ročišta, rezultira varijacijama u pristupu sudu i pravdi u mnogim zemljama. Stoga je negde prevagnulo načelo pismenosti u sudskim postupcima, tako da su se postupci vodili na bazi razmene podnesaka, što ujedno predstavlja i izvestan kulturološki pomak u svetlu procesnih prava i obaveza. Nadalje, upitno je i kako omogućiti javnosti pristup raspravama koje su se održavale na daljinu, a za koje, po slovu zakona, važi načelo javnosti. Jedno od mogućih rešenja bilo bi emitovanje suđenja na veb strancama konkretnog suda. Od uticaja na prilagođavanje novim izazovima je svakako i vrsta sudskog sistema u pogledu operativnosti. Naime, u rigidnijim proceduralnim sistemima, sudijama je teže da prilagode postupak trenutnoj situaciji, za razliku od onih fleksibilnijih u kojima diskrecija sudija ima primat u rukovođenju postupkom.⁴ U Republici Srbiji je tokom pandemije izazvane virusom Kovid-19, većina suđenja odlagana i sudovi su bili zatvoreni, osim u hitnim slučajevima gde su ročišta održavana uz mere socijalnog distanciranja.⁵

Nastala situacija može i da se odrazi na kvalitet sudskog procesa, te u svakom pojedinačnom slučaju treba ispitati da li postoje svi uslovi da se suđenje na daljinu održi bez ugrožavanja osnovnih ljudskih prava i prava koja se tiču pravičnog suđenja. Neke od ovih i drugih mera mogu umanjiti poverenje u pravosuđe i oslabiti

³ Čl. 50 Sudskog poslovníka (*Službeni glasnik RS*, br. 110/2009..... 93/2019).

⁴ U pojedinim zemljama su usvojena neka od navedenih rešenja. O tome više: B.Krans, A. Nylund, D. Bamford, L. Ervo, F. Ferrand, A. Galič, W. Hau, J. Nieva Fenoll, C. Salung Petersen, C. Piché, P. Rylski, E. Silvestri, J. Sorabji, V. Věbraité, H. Zaneti jr, 2020, op.cit.

⁵ Više o pravnom okviru i praksi za suđenje na daljinu u Republici Srbiji, Ivana Krstić, Olga Tešović, Ivana Milovanović, Dušan Dakić, „Suđenje na daljinu pravni okvir i praksa“, *Forum sudija Srbije*, Beograd, 2021, 30-67.

poziciju sudstva kao treće grane državne vlasti, budući da su mnoga pravila doneta u vrlo kratkom periodu bez sprovođenja potrebnih istraživanja i razmatranja posledica. U svakom slučaju, prerano je ukazivati na dugoročne efekte situacije izazvane pandemijom Kovid-19.

UTICAJ PANDEMIJE NA NA LJUDSKA PRAVA

Prema međunarodnom pravu ljudskih prava, sva su ljudska prava međusobno povezana, univerzalna, nedeljiva što nadalje znači da nijedno pravo nije važnije od drugog prava.⁶ Uprkos tome, tokom pandemije izazvane širenjem virusa Kovid-19, davanje prioriteta zaštiti prava na život i zdravlje, koja su direktno ugrožena i mere koje su imale za cilj zaštitu ovih prava, u nekim slučajevima su čak ugrozile i narušile širi status zaštite ljudskih prava, koji predstavlja kamen temeljac evropskih društava. Zatvaranje stanovništva tokom pandemije i uvođenje zabrane kretanja, koje mere su uvele mnoge evropske države, ujedno su sadržale i brojna ograničenja ljudskih prava garantovanih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁷ Činjenica je da je ograničenje kretanja bilo uvedeno u cilju sprečavanja širenja virusa, ali je ono istovremeno narušilo druga ljudska prava, kao što su pravo na porodični život i socijalni i ekonomski život.

Evropski sud za ljudska prava pravi distinkciju između lišavanja slobode, zaštićene članom 5. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁸ (u daljem tekstu: Konvencija) i pukog ograničenja slobode kretanja,

⁶ Nella Popović, „Politika ljudskih prava Evropske unije“, *Politička misao*, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, vol. XLV, br. 3-4, Zagreb, 2008, 161–185.

⁷ „COVID-19 and the Impact on Human Rights“ *The Aire Centar*, <https://www.airecentre.org/news/covid-19-and-the-western-balkans>, april 2021.

⁸ Čl.5. st.1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: „Svako ima pravo na slobodu i bezbednost ličnosti. Niko ne može biti lišen slobode osim u sledećim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom: a) u slučaju zakonitog lišenja slobode na osnovu presude nadležnog suda; b) u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode zbog neizvršenja zakonite sudske odluke ili radi obezbeđenja ispunjenja neke obaveze propisane zakonom; c) u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju; d) u slučaju lišenja slobode maloletnog lica na osnovu zakonite odluke u svrhu vaspitnog nadzora ili zakonitog lišenja slobode radi njegovog privođenja nadležnom organu; e) u slučaju zakonitog lišenja slobode da bi se sprečilo širenje zaraznih bolesti, kao i zakonitog lišenja slobode duševno poremećenih lica, alkoholičara ili uživalaca droge ili skitnica; f) u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode lica da bi se sprečilo njegov neovlašćeni ulazak u zemlju, ili lica protiv koga se preduzimaju mere u cilju deportacije ili ekstradicije.“

zaštićenog članom 2. Protokola 4 uz Konvenciju⁹, pa tako ukazuje da polazna tačka mora biti specifična situacija lišenja ili ograničenja, koja mora uzeti u obzir čitav niz faktora kao što su vrsta, trajanje, efekti i način primene predmetne mere. Upravo u slučaju *De Tommaso* protiv Italije,¹⁰ Evropski sud za ljudska prava je ukazao na razliku između lišenja slobode u odnosu na ograničenje kretanja. U ovom predmetu Sud je zaključio da se vodi računa o „vrsti“ i „načinu sprovođenja“ predmetne mere da bi se imao u vidu na specifični kontekst i okolnosti u vezi sa vrstama ograničenja. Zapravo, kontekst u kome se preduzima mera je važan, s obzirom na situacije koje se često javljaju u savremenom društvu gde javnost može biti pozvana da trpi ograničenja slobode kretanja ili sloboda u interesu opšteg dobra. Naime u slučaju *Austin* protiv Ujedinjenog Kraljevstva,¹¹ isti sud je ukazao da polazna tačka pre odluke da li je nekome ograničena sloboda kretanja ili je lišen slobode, mora biti konkretna situacija i u obzir mora biti uzet veliki broj kriterijuma kao što je tip mere, njeno trajanje, efekti i način implementacije.¹²

Kada sprovode mere zaštite u cilju sprečavanja širenja pandemije, države imaju obaveze prema Konvenciji koje se tiču zakonitosti, neophodnosti i proporcionalnosti usvojenih ograničenja, uključujući pozitivne mere za zaštitu posebno osetljivih kategorija stanovništva. U tom smislu mora postojati jasna ravnoteža između kolektivne zaštite i zaštite individualnih prava, i postizanjem ove ravnoteže individualna prava ne bi trebalo žrtvovati, bez preke potrebe.¹³

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u članu 15., predviđa mogućnost da u vreme rata ili druge javne vanredne situacije, koje ugrožavaju život nacije, država može preduzeti mere kojima će odstupiti od zaštite

⁹ Čl. 2. Protokola 4 uz Konvenciju: „Svako ko se zakonito nalazi na teritoriji jedne države ima, na toj teritoriji, pravo na slobodu kretanja i slobodu izbora boravišta. Svako je slobodan da napusti bilo koju zemlju, uključujući i sopstvenu. Nikakva ograničenja ne mogu se postaviti u odnosu na vršenje ovih prava sem onih koja su u skladu sa zakonom i koja su neophodna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti ili javne sigurnosti, radi očuvanja javnog poretka, za sprečavanje kriminala, za zaštitu zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Prava iz stava 1. mogu se, takođe, u izvesnim oblastima podvrgnuti ograničenjima koja su uvedena u skladu sa zakonom i opravdana javnim interesom u demokratskom društvu.“

¹⁰ U presudi *De Tommaso* protiv Italije, predstavka br. 43395/09 od dana 23. februara 2017. godine Sud nalazi da, imajući u vidu efekat nadzora i način sprovođenja mera, ograničenja koja proističu iz takve mere ne predstavljaju lišenje slobode u smislu čl.5 st.1. Konvencije, već samo ograničenje podnosiocve slobode kretanja iz čl.2. Protokola 4 uz Konvenciju.

¹¹ *Austin* i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, predstavke br. 39692/09, 40713/09 i 41008/09, presuda od 15. marta 2012. godine, paragraf 57.

¹² *Ibidem*.

¹³ „COVID-19 and the Impact on Human Rights“ The Aire Centar, op.cit. ,11.

ljudskih prava prema Konvenciji.¹⁴ U pandemiji Kovid-19, kao i u drugim vanrednim situacijama gde su države smatrale neophodnim pribegavanje merama odstupanja, Sud u Strazburu je uzeo u obzir činjenicu da vlade država imaju obavezu i odgovornost da zaštite život nacije i živote svojih građana. Odstupanje prema članu 15. Konvencije ne daje državama potpuno diskreciono pravo u vezi sa njihovim akcijama. To ih ne oslobađa u potpunosti od obaveza iz Evropske konvencije niti od dužnosti zaštite, nego član 15. Konvencije predviđa da država može da odstupa od svojih obaveza prema određenom članu samo u onoj meri u kojoj strogo zahtevaju uslovi situacije i samo ako mere koje preduzimaju nisu u suprotnosti sa drugim obavezama prema međunarodnom pravu.¹⁵ Odlučujuća je uloga nacionalnih parlamenata da primena vanrednih mera poštuje principe zakonitosti i proporcionalnosti, u nekim slučajevima se može pribeci i zaštiti putem institucije Zaštitnika građana, kako bi se osiguralo da upravni organi u vanrednim okolnostima postupaju u skladu sa zahtevanim standardima zaštite ljudskih, ustavom zagarantovanih prava.

Tamo gde postoji snažno opravdanje koje nalaže primenu suđenja na daljinu, ročišta bi trebalo održavati samo ako postoje odgovarajuće zaštitne mere gde postoje potencijalne pretnje ostvarivanju prava na pravično suđenje. Kao sporno se, takođe, može pojaviti i pravo na pristup advokatu odnosno punomoćniku, kao i efikasna pravna pomoć tokom i nakon suđenja na daljinu, zatim, efikasno učešće u postupku, koje u slučajevima suđenja na daljinu može da bude često ometeno usled kvaliteta video opreme, te pristup informacijama. Postupci suđenja na daljinu imaju implikacije na prava svih učesnika u postupku, ali njihov uticaj je bez sumnje posebno ozbiljan za ugrožene kategorije učesnika, pre svega one sa posebnim potrebama (kao što je tumačenje i potrebe za prevođenjem).¹⁶

¹⁴ Čl.15. Konvencije: „U doba rata ili druge javne opasnosti koja preti opstanku nacije, svaka Visoka strana ugovornica može da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza po ovoj Konvenciji, i to u najnužnijoj meri koju iziskuje hitnost situacije, s tim da takve mere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu. Prethodna odredba ne dopušta odstupanja od člana 2. osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, ili člana 3., 4. (stav 1.) i 7. Svaka Visoka strana ugovornica koja koristi svoje pravo da odstupa od odredbi Konvencije obaveštava u potpunosti generalnog sekretara Saveta Evrope o merama koje preduzima i razlozima za njih. Ona takođe obaveštava generalnog sekretara Saveta Evrope kada takve mere prestanu da deluju i kada odredbe Konvencije ponovo počnu da se primenjuju u potpunosti.“

¹⁵ O proporcionalnosti mera odstupanja u smislu čl.15. Konvencije v. slučaj *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* – 14553/89 and 14554/89 presuda od 26.5.1993.godine.

¹⁶ „Safeguarding the right to a fair trial during the coronavirus pandemic: remote criminal justice proceedings“, *Fair trials*, 30 March, 2020. <https://www.fairtrials.org/sites/default/files/Safeguarding%20the%20right%20to%20a%20fair%20trial%20during%20the%20coronavirus%20pandemic%20remote%20criminal%20justice%20proceedings.pdf>, 8. januar 2021.

Teško vreme pandemije koronavirusa u kome živimo, predstavlja velike izazove za pravosudni sistem. Svetska razmera krize izazvana virusom Kovid-19, suočila nas je, ponovo u našoj istoriji, sa većitom krhkošću čovečanstva. Na sudijama je ogroman teret i dužnost da ostanu dostojni svoje funkcije i uloge u društvu, a to je obezbeđivanje pravde i u ovako složenim okolnostima.¹⁷ Na strukturalnom nivou, pravosuđe mora pažljivo nadgledati sprovođenje zakona i u vanrednim situacijama koje su odobrile nacionalne vlasti. Pravovremeni, čak i hitni odgovori na takve situacije mogu se u nekim slučajevima suprotstaviti principima demokratske uprave, obezbeđivanju ljudskih prava i vladavini prava. U svim zemljama koje se odluče za primenu ograničenja ustavnog poretka neizbežno će se pojaviti rizik od podiranja uloge pravosuđa, čuvara ljudskih prava i građanskih sloboda, i ova suštinska uloga nezavisnih sudova ne bi smela da bude uzdrmana u sadašnjoj krizi. Činjenica, u celom svetu su naponi da se uspori širenje virusa, uticali na funkcionisanje pravosudnog sistema, u pojedinim slučajevima ga i paralizovali. Upravo u ovakvoj situaciji bi sudija trebalo da bude dostupan i na raspolaganju građanima, posebno u slučajevima koji zahtevaju obezbeđivanje i zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda.¹⁸

ODSTUPANJE OD LJUDSKIH PRAVA U VANREDNIM SITUACIJAMA

Obim mera preduzetih kao odgovor na trenutnu pretnju od Kovid-19 i način na koji se primenjuju se znatno razlikuje od države do države u različitim vremenjskim periodima. Dok neke restriktivne mere koje su usvojile države članice mogu biti opravdane na osnovu uobičajenih odredbi Konvencije, koja se odnosi na zaštitu zdravlja,¹⁹ mere izuzetne prirode mogu zahtevati odstupanja od obaveze država prema Konvenciji. Svaka država treba da proceni da li mere koje usvaja opravdavaju takvo odstupanje, u zavisnosti od prirode i obima ograničenja koja se primenjuju na prava i slobode zaštićene Konvencijom. Mogućnost država da to učine je važna karakteristika sistema, omogućavajući dalju primenu Konvencije i njenog nadzornog mehanizma čak i u najkritičnijim vremenima. Svako odstupanje proceniće Evropski sud za ljudska prava (Sud) u slučajevima koji bi bili dovedeni pred njega. Sud je državama odobrio veliku slobodu na polju procene do kada je potrebno odstupanje od ljudskih prava u pokušaju da se prevaziđe hitna situacija. Zbog njihovog direktnog i kontinuiranog kontakta sa hitnim potrebama trenutka, nacionalne vlasti su u principu

¹⁷ V. B.Krans, A. Nylund, D. Bamford, L. Ervo, F. Ferrand, A. Galič, W. Hau, J. Nieva Fenoll, C. Salung Petersen, C. Piché, P. Rylski, E. Silvestri, J. Sorabji, V. Vèbraité, H. Zaneti jr, 2020, op.cit.

¹⁸ José Igreja Matos „Access to Justice in Times of Judicial Lockdown“, <https://www.unodc.org/dohadecaration/en/news/2020/03/access-to-justice-in-times-of-judicial-lockdown.html>, 8. januar 2021.

¹⁹ V. čl. 5. stav 1.e, stav 2. člana 8. do 11. Konvencije i čl. 2. st. 3. Protokola br. 4 uz Konvenciju.

u boljem položaju od međunarodnih sudija u odluci o prisustvu takve vanredne situacije i o prirodi i obimu odstupanja od ljudskih prava zagwarantovanih ustavnim i konvencijskim poretkom, neophodnim za njegovo sprečavanje. Po ovom pitanju član 15. stav 1. ostavlja vlastima široko polje slobodne procene.²⁰

Određena konvencijska prava ne dozvoljavaju nikakvo odstupanje: pravo na život, osim u kontekstu zakonitih ratnih dela (član 2.), zabrana mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kazna (član 3.), zabrana ropstva i podaništva (član 4. stav 1.) i pravilo „kazna bez zakona“ (član 7.). Ne može se izuzeti od ukidanja smrtno kazne ili prava da vam se ne sudi ili ne kažnjava dva puta (protokoli br. 6 i 13, kao i član 4. Protokola br. 7).

Odstupanje prema članu 15. ne zavisi od formalnog usvajanja vanrednog stanja ili bilo koji sličan režim na nacionalnom nivou. Istovremeno, svako odstupanje mora imati jasnu osnovu u domaćem zakonu u cilju zaštite od samovolje i mora biti strogo neophodan za borbu protiv „vanredne situacije“. Države moraju imati na umu da sve preduzete mere treba da teže zaštititi demokratskog poretka od pretnji po njega, i treba uložiti sve napore da se zaštite vrednosti demokratskog društva, kao što su pluralizam i tolerancija. Izuzeci od standarda koje propisuje Konvencija, nikada ne mogu opravdati nijednu akciju ako se ona kosi sa najvažnijim konvencijskim zahtevima zakonitosti i proporcionalnosti.

Potrebno je osigurati da i u ovakvim okolnostima ljudska prava ipak budu poštovana, pre svega kroz poštovanje vladavine zakona i demokratskih principa u vanrednim situacijama, primenom načela zakonitosti, zatim ograničenjem trajanja režima vanrednog stanja, ograničenjem primene zakona o vanrednim situacijama uspostavom principa nužnosti, dakle da najoštrije mere (ograničenja kretanja i sl.) budu primenjivane vrlo restriktivno. Takođe je potrebno pažljivo raspodeliti ovlašćenja i vršiti provere radnji izvršne vlasti tokom vanredne situacije, te obezbediti zaštitu od kriminala i zaštititi žrtve zločina. Najzad, važno je održati standarde u oblasti zaštite ljudskih prava pre svega u pogledu očuvanja prava na život,²¹ zabrane mučenja i neljudskih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja²² i briga i pravo na pristup zdravlju.²³

Pored toga, u ovakvim okolnostima potrebno je osigurati i pravo na slobodu i sigurnost (član 5. Konvencije) i pravo na pravično suđenje (član 6. Konvencije).

²⁰ *Council of Europe* „Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis“, SG/Inf(2020)11, 7 April 2020, <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>, 8. januar 2021.

²¹ Čl. 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

²² Čl. 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

²³ Čl. 11. revidirane Evropske socijalne povelje.

Naime, mere bez presedana preduzete kao odgovor na Kovid-19 mogu uticati na sposobnost države da garantuje pravo na slobodu i bezbednost i da menjaju redovno funkcionisanje pravosudnog sistema. Član 5.1. (e) precizira da je sprečavanje širenja zaraznih bolesti jedan od razloga zbog kojih lice može biti lišeno slobode. Pre nego što se pribegne takvim merama od država se očekuje da kontrolišu postojanje relevantnog pravnog osnova i da razmotre da li su mere lišenja slobode neophodne i da li postoji alternativa. Mere koje imaju za cilj prilagođavanje novim uslovima funkcionisanja pravosudnog sistema i ostvarivanju pristupa sudovima, treba da budu osmišljene na način kompatibilan sa odredbama koje propisuju pravo na pravično suđenje u smislu člana 6. Konvencije.²⁴

Odstupanja prema članu 15. Konvencije mogu proširiti opseg dozvoljenih mera prema čl. 5. i 6. Konvencije i proširiti manevarski prostor državnih vlasti u poštovanju određenih vremenskih ograničenja i drugih uobičajenih proceduralnih zahteva. Međutim, čak i u ovakvim okolnostima, zabrana pritvora bez pravnog osnova, kao i potreba da se pritvorenicima obezbede osnovne zaštitne mere, poput pristupa lekaru, advokatu ili najbližem srodniku, u principu treba da bude poštovana, jer je obaveza države da osigura da suđenja ispunjavaju osnovni zahtev pravičnosti, da poštuju pretpostavku nevinosti i osigura da ne budu preduzeti koraci kojima bi se ometala nezavisnost sudija.²⁵

Pravosudni sistem i njegovi akteri igraju ključnu ulogu u nadzoru i odgovornosti, ali i u očuvanju prava onih koji su „zapostavljeni“ tokom ove krize. Prilagođeni pristupi pravdi mogu uključivati: jačanje nezavisnih unutrašnjih i spoljnih mehanizama nadzora i odgovornosti, obezbeđivanje pristupa besplatnoj pravnoj pomoći za one na koje neopravdano utiču novodoneti hitni propisi ili mere, zastupanje po službenoj dužnosti, saveti i pomoć zatvorenicima i pritvorenicima, kako bi se obezbedilo oslobađanje ili upotreba mera bez pritvora i alternative zatvoru. Uz pravosudne organe, važnu ulogu u obezbeđivanju pristupa pravdi igraju pružaoci pravne pomoći, odnosno advokatske komore, advokati pro bono, kao i drugi akteri, poput civilnog društva i pravnih zastupnika u zajednici, nacionalne institucije za ljudska prava i kancelarija ombudsmana.²⁶

Dakle, odstupanja od ljudskih prava i u vremenu krize, kao što je ovo izazvano pandemijom virusa Kovid-19, moraju da budu izuzetna, neophodna demokratskom društvu, isključivo u svrhu očuvanja javnog zdravlja, s tim u vezi prava na život, a na sudovima je zadatak da, u takvim okolnostima, očuvaju zahteve pravičnog suđenja.

²⁴ *Council of Europe* „Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis“, SG/Inf(2020)11, op.cit.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Guidance Note* „Ensuring Access to Justice in the Context of COVID-19“, UNDOC, May 2020, 10.

ZAKLJUČAK

Zdravstvena kriza izazvana virusom Kovid-19, sa ozbiljnim socijalnim i društvenim posledicama, stvorila je izazove za pravosudnu profesiju i ujedinila je u razmišljanju o inovativnim merama koje se mogu primeniti u sudskim postupcima. I pored prednosti koje suđenja na daljinu nesumnjivo pružaju, potrebno je otkloniti poteškoće koje mogu da se jave u proceduralnom smislu, neretko uvesti određene izmene u sudske poslovnike, u pravcu veće upotrebe elektronskih komunikacija i video konferencija u suđenjima. Osim toga, potrebno je mnogo rada na prilagođavanju sudija i pravosudnog osoblja na novu „procesnu kulturu“.

Tokom vođenja postupka na daljinu, sudija je dužan da, kombinacijom mera kojima se obezbeđuje i osigurava pravičnost u sudskim postupcima, u smislu člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, održava standarde ljudskih prava u svakoj fazi postupka, ujedno spreči slabljenje poverenja u pravosuđe, kao treće grane vlasti, otkloni eventualnu sumnju da bi suđenje na daljinu, kao novi način suđenja, moglo ugroziti osnovne postulate pravičnog suđenja i najzad, istakne prednosti suđenja na daljinu, upravo na polju unapređenja prava na pravično suđenje.

Dr. BILJANA LEPOTIĆ
Judge of the Basic Court of Novi Sad

REMOTE TRIAL DURING THE PANDEMIC AS A CHALLENGE FOR JUDICIARY

Summary

Most judicial systems in Europe apply direct hearings in the courtroom as a rule and remote trials as an exception. During the Covid 19 pandemic, some courts continued with courtroom hearings, with social distancing, while in other courts, all hearings have been postponed, except in urgent cases, which all led to a different, somewhere limited, approach to justice. Until the pandemic, judges rarely resorted to the remote trials, unlike nowadays, when this way of judging has become very important and sometimes more than necessary. Such novelties in trials required introduction of certain legislative changes in the rules of court procedure, increased use of electronic communications, video conferencing and often implied additional trainings for judges and other employees in judiciary. Judges have difficult role and task in maintaining quality of the trial, while in each case, they should examine whether standards for remote judging are met, without compromising fundamental human rights and rights related to a fair trial, according to the article 6 of European Convention on Human Rights. Some of the measures taken due to the remote judging, may undermine confidence and weaken the position of the judiciary as a third branch of government, since many rules are adopted

in a very short period of time, sometimes prematurely, without necessary research and consideration of consequences. Remote judging, in some way, changes procedural culture in judiciary, which is not always welcomed among judges and it seems that there are still a number of difficulties and doubts to take advantage from it.

Key words: fair trial, human rights, judiciary, pandemic, remote judging

Literatura

Council of Europe „Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis“, SG/Inf(2020)11, <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>.

„COVID-19 and the Impact on Human Rights“, *The Aire Centar*, <https://www.airecentre.org/news/covid-19-and-the-western-balkans>.

Guidance Note „Ensuring Access to Justice in the Context of COVID-19“, UNDOC, May 2020.

Krans B., Nylund A., Bamford D., Ervo L., Ferrand F., Galič A., Wolfgang Hau, Jordi Nieva Fenoll, Clement Salung Petersen, Catherine Piché, Piotr Rylski, Elisabetta Silvestri, John Sorabji, Vigita Vėbraitė, Hermes Zaneti jr, 2020, „Civil Justice and Covid-19“, <https://doi.org/10.7557/sr.2020>.

Krstić I., Tešović O., Milovanović I., Dakić D., „Suđenje na daljinu pravni okvir i praksa“, *Forum sudija Srbije*, Beograd, 2021.

Matos J. I., „Access to Justice in Times of Judicial Lockdown“, <https://www.unodc.org/doha-declaration/en/news/2020/03/access-to-justice-in-times-of-judicial-lockdown.html>.

„Peace, justice and inclusion in the Pandemic“, *Pathfinders for peaceful, just and inclusive societies*, May 2020, <https://www.sdg16.plus/covid-19>.

Popović N., „Politika ljudskih prava Evropske unije“, *Politička misao*, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, vol. XLV, br. 3-4, Zagreb, 2008.

„Safeguarding the right to a fair trial during the coronavirus pandemic: remote criminal justice proceedings“, *Fair trails*, 30 March, 2020. <https://www.fairtrials.org/sites/default/files/Safeguarding%20the%20right%20to%20a%20fair%20trial%20during%20the%20coronavirus%20pandemic%20remote%20criminal%20justice%20proceedings.pdf>.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 23.09.2021.

Prihvaćen: 16.10.2021.

PREGLEDNI RAD

MILOŠ VUKČEVIĆ

TUŽBA ZA ZAŠTITU KOLEKTIVNIH INTERESA POTROŠAČA U CRNOGORSKOM ZAKONODAVSTVU I PRAKSI

Crna Gora je još 2014. godine donjela važeći Zakon o zaštiti potrošača¹ koji je predvidio institut tužbe za zaštitu kolektivnih interesa potrošača (u daljem tekstu: kolektivna tužba). Prvi put je ovakva tužba podnjeta u januaru 2020. godine od strane Centra za zaštitu potrošača (CEZAP-a) protiv jedne banke u Crnoj Gori i godinu dana nakon toga, u januaru 2021. godine donjeta je i prva presuda (prvostepena) kojom je usvojen tužbeni zahtjev i utvrđena povreda kolektivnih prava potrošača. Iako crnogorsko zakonodavstvo poznaje institut kolektivne tužbe već duže od šest godina, do sada ona nije korišćena kao sredstvo za zaštitu potrošača, pa njene učinke/rezultate nije moguće mjeriti. Autor u radu pojašnjava sam institut kolektivne tužbe, analizirajući pri tome norme crnogorskog zakonodavstva koje je uređuju, ali i njenu svrhu i sam pojam zaštite kolektivnih interesa potrošača, čija definicija nije propisana kako domaćim, tako ni evropskim propisima. Pored toga što se u radu navode razlozi zbog kojih je kolektivna tužba rijetko korišćen pravni instrument, autor opisuje i prvi „živi“ predmet koji je po kolektivnoj tužbi pokrenut pred Osnovnim sudom u Podgorici koji je donio usvajajuću prvostepenu presudu, sa nadom da će ovakvih i sličnih predmeta biti sve više u budućnosti, što će neminovno dovesti i do jačanja kolektivne svijesti potrošača.

Ključne riječi: kolektivna tužba, kolektivni interesi, zaštita potrošača, zakon

Dr Miloš Vukčević, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta „Mediteran“ u Podgorici, advokat, e-mail: milos.vukcevic@unimediteran.net.

¹ Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni list Crne Gore*, br. 002/14.

U V O D

Crna Gora je 2014. godine donjela savremen Zakon o zaštiti potrošača kojim je, između ostalog, uredila i zaštitu kolektivnih interesa potrošača putem instituta tužbe kojom se štite kolektivni interesi potrošača (kolektivna tužba). Pravni osnov za uvođenje navedene tužbe potrebno je tražiti u pravnoj tekovini EU koja propisuje odnose između trgovaca i potrošača.² To međutim ne znači da je proces stvaranja kolektivne zaštite potrošača u Crnoj Gori okončan. Uzimajući u obzir da mnoge zemlje EU nisu do kraja uredile ovu materiju, dok neke elemente pravnog uređenja kolektivne zaštite potrošača treba preispitati i dopuniti u budućnosti,³ jasno je da zakonodavcu Crne Gore predstoji još dosta posla. U radu se daju pojašnjenja specifičnosti ove tužbe, analizira njena svrha, kao i dejstvo presude donjete po kolektivnoj tužbi.

Iako se pitanje zaštite potrošača prvo javilo u Sjedinjenim Američkim Državama i to još sredinom XX vijeka,⁴ ideju i pravni osnov za uređenjem instituta kolektivne tužbe crnogorski zakonodavac pronalazi u Uputstvu 2009/22/EZ o sudskim i upravnim zabranama za zaštitu prava potrošača⁵ (u daljem tekstu Uputstvo), koje je u cjelosti prenešeno u Zakon o zaštiti potrošača shodno obavezama koje je Crna Gora preuzela u procesu evropskih integracija, a po osnovu čl. 78. SSP, koji obavezuje Crnu Goru da svu svoju legislativu harmonizuje sa pravnom tekovinom EU. Važno je napomenuti da je poslednjim izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača,⁶ Crna Gora djelimično uskladila svoje zakonodavstvo i sa skoro donesenim Uputstvom EU 2020/1828 o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača⁷ kojim je stavljeno van pravne snage Uputstvo 2009/22/EZ. Novim Uputstvom EU 2020/1828 ovlašćene su određene organizacije ili državni organi zemalja članica EU da traže mjere zabrane ili mjere ispravljanja štete u ime skupa potrošača putem predstavničkih tužbi. Mjere zabrane su mjere kojima se na određeno vrijeme ili trajno zabranjuje praksa kojom se krše kolektivni interesi potrošača.

² V. Willem V. Boom, Marco Loos, *Collective Enforcement of Consumer Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007.

³ Marko Baretić, „Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj nakon ulaska u EU-jesmo li implementacijom europskog prava izgradili sustav zaštite potrošača?“, *Jačanje zaštite potrošača u Srbiji*, Ministarstvo za spoljnu i unutrašnju trgovinu i komunikaciju Republike Srbije, Beograd, 2013.

⁴ Više, Rose E. Lawrence, „The Role of Interest Groups in Collective Interest Policy-Making: Consumer Protection in Norway and the United States“, *European Journal of Political Research*, vol. 9, 1982.

⁵ Uputstvo 2009/22/EZ od 23. aprila 2009., *Službeni list EU*, br. L 110/30.

⁶ Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni list Crne Gore* br. 67/2019.

⁷ Uputstvo EU 2020/1828 Evropskog parlamenta i Savjeta o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju van pravne snage Uputstva 2009/22/EZ, *Službeni list EU*, br. L 409/1 od 04.12.2020.

Mjere ispravljanja štete zahtjevaju od trgovca da potrošaču pruži zaštitu putem primjene pravnih sredstava zaštite kao što su naknada štete, popravaka, sniženje ili povraćaj uplaćene cijene, raskid ugovora i sl. Uputstvo ima za cilj da obezbjedi primjenu kolektivnih tužbi u svim zemljama članicama EU, kako bi iste bile dostupne svim potrošačima, i kako bi se na nivou cijele EU postigla zaštita potrošača na visokom nivou. Takođe, svrha ovog Uputstva se ogleda u pravilnom funkcionisanju unutrašnjeg tržišta i unaprijeđenju pristupa sudu od strane potrošača.

U tom smislu, crnogorski Zakon o zaštiti potrošača pristupio značajnom i cjelovitom uređenju predmetnog pitanja. Poput Uputstva, Zakon o zaštiti potrošača daje mogućnost kolektivne zaštite prava potrošača, u cilju eliminisanja postupanja koja nisu u skladu postojećom legislativom kojom se uređuje oblast zaštite prava potrošača. Tu ulaze u obzir postupanja trgovaca koja su u suprotnosti sa Zakonom o zaštiti potrošača, ali i sa drugim zakonima, poput Zakona o potrošačkim kreditima, Zakona o elektronskoj trgovini, Zakona o lijekovima i drugim zakonima. Pojedinačna procesno pravna sredstva, kako domaća tako i evropska, ne obezbjeđuju uvijek pravovremeni prestanak postupanja trgovaca kojima se krše kolektivni interesi potrošača. Iz tog razloga Zakon o zaštiti potrošača pažljivo uređuje krug „lica“ koja su ovlašćena za podizanje kolektivne tužbe.

U radu se prvo polazi od negativne definicije – šta nisu kolektivni interesi potrošača, a potom se analizira koji su to kolektivni interesi potrošača, odnosno analizira se svrha i cilj parnice pokrenute po ovoj tužbi. Pored analize normi crnogorskog zakonodavstva koje uređuju institut kolektivne tužbe, daje se prikaz i prvog predmeta koji je po kolektivnoj tužbi pokrenut pred nadležnim sudom i koji nije okončan.

POJAM I SVRHA KOLEKTIVNE TUŽBE

Zakon o zaštiti potrošača⁸ ne sadrži definiciju kolektivne tužbe, ali se shodno zakonskim odredbama može definisati kao tužba koja se može podnijeti protiv svih onih trgovaca koji korišćenjem ugovornih odredbi ili poslovne prakse koji su nepošteni, krše prava potrošača. Kolektivna tužba se može podići i protiv individualnog trgovca ili grupe, ali i protiv komora, drugih udruženja i nosioca kodeksa koji podstrekavaju korišćenje poslovne prakse koja je nepoštena.⁹ Dakle, tužena strana može biti individualni trgovac, ali i grupa trgovaca i razne vrste udruženja trgovaca i nosioci kodeksa. Kolektivnom tužbom traži se od tužene strane da prestane sa tim radnjama kojima se krše prava potrošača.

⁸ Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni list Crne Gore*, br. 002/14, 006/14, 043/15, 070/17, 067/19.

⁹ Zakon o zaštiti potrošača, čl. 118., st. 2.

Poput Zakona o zaštiti potrošača, ni u Uputstvu ne postoji pojam šta su to kolektivni interesi, ali Uputstvo propisuje da „kolektivni interesi predstavljaju interese koji ne znače prost zbir interesa ugroženih pojedinaca“, i ovakvim stavom „se ne postavlja pitanje podnošenja individualnih tužbi od strane lica koja su oštećena prekršajem“. Iz navedenog proizilazi da interesi nekoliko desetina, pa i više hiljada lica koja su pretrpjela štetu nekim postupanjem trgovca ne predstavlja kršenje kolektivnih interesa shodno Zakonu o zaštiti potrošača, već kršenje interesa ukupnog broja tih lica, odnosno potrošača. Dakle, ono što je najčešće primjer pogrešnog razumjevanja pojma kolektivne tužbe, jeste što se ona poistovjećuje sa tužbom koju je podnijelo više tužilaca, što je pogrešno stanovište jer je kod kolektivne tužbe najčešće jedan tužilac – nevladino udruženje ili organ uprave koji se bave pravima potrošača. Važno je istaći da je Sud pravde EU u jednoj svojoj presudi ukazao na specifičnost kolektivnih interesa potrošača.¹⁰ U ovom predmetu Sud pravde EU je zauzeo jasan stav da kolektivna tužba ne proizilazi iz ugovornih odnosa, već je njen cilj da se zaštiti veći kolektivni interes potrošača, pa je njen pravni osnov u vanugovornim obavezama. Dakle, po shvatanju Suda pravde EU kolektivna tužba sa zahtjevom da se zabrani korišćenje ugovornih odredbi koje se smatraju nepoštenim je tužba u vezi prekršaja shodno članu 5. Briselske konvencije (Uredba Brisel I¹¹).

Svrha postupka pokrenutog po kolektivnoj tužbi nije da se provjerava zakonitost pojedinačnih, već zaključenih ugovora ili da se donosi odluka o npr. nadoknadi štete, isplati duga, utvrđivanju ništavosti ugovornih odredbi i sl. Njena svrha je da natjera trgovca da prestane da preduzima nezakonite radnje u budućnosti. Najčešće, u postupcima pokrenutim po kolektivnim tužbama nema individualnog zahtjeva ili kršenja interesa potrošača u pojedinačnom ugovoru. Kolektivni interesi potrošača se odnose na one slučajeve kada pravo pojedinca još uvijek nije povrijeđeno, i upravo u tome se ogleda razlika između interesa pojedinog potrošača od kolektivnog interesa.

OVLAŠĆENI TUŽIOCI – AKTIVNA LEGITIMACIJA

Kolektivnu tužbu ne mogu podnijeti fizička lica, već podnosioci ove tužbe mogu biti: Ministarstvo ekonomije, kao i državne institucije, samostalne organizacije i nezavisna pravna lica čija jurisdikcija obuhvata oblast zaštite prava potrošača.¹² Takođe podnosilac ove tužbe može da bude i organizacija potrošača ukoliko

¹⁰ Predmet Suda pravde EU br. C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation protiv Karl Heinz Henkel*, oktobar 2002.

¹¹ Uredba Saveta (EC) br. 44/2001, *Službeni list EZ*, br. L 12/1.

¹² Zakon o zaštiti potrošača, čl. 119.

ispunjava navedene uslove: da je upisana u evidenciju koju vodi nadležni organ jednu godinu ili duže; da ima pravnika, koji ima tri ili više godina iskustva na pravnim poslovima i da egzistira u stvarnosti i ima rezultate u oblasti zaštite prava potrošača¹³.

Navedene uslove cijeni Ministarstvo ekonomije koje utvrđuje spisak organizacija koje mogu podnijeti kolektivnu tužbu i koju će nakon ulaska Crne Gore u EU dostavljati i Evropskoj komisiji. Važno je napomenuti, da će nakon ulaska Crne Gore u EU navedene organizacije za zaštitu potrošača moći pokretati postupke po kolektivnoj tužbi i pred nadležnim organom drugih država članica EU.

Ovlašćenje za podnošenje kolektivnih tužbi, prvenstveno ima Ministarstvo ekonomije koje vrši nadzor nad sprovođenjem Zakona, kao i državne institucije koje su nadležne za zaštitu potrošača, ali i nevladina udruženja čija oblast djelovanja obuhvata zaštitu potrošača. Razlog zbog koga se zakonodavac opredjelio da ovlašćenje za podnošenje kolektivnih tužbi, pored nevladinih udruženja, ima i Ministarstvo ekonomije i državne institucije, treba tražiti u činjenici da nevladina udruženja nisu u dovoljnoj mjeri afirmisana u oblasti zaštite potrošača, pa se ne može isključivo njima prepustiti navedeno ovlašćenje. Međutim, ovlašćenje za podnošenje kolektivne tužbe nemaju sve nevladine organizacije, već samo one koje ispunjavaju uslove iz člana 169. Zakona. Na kraju, uzimajući u obzir da postupanja koja povrijeđuju kolektivni interes, ne rijetko povrijeđuju i regule tržišne utakmice čime se ugrožava i konkurencija, Zakonom o zaštiti potrošača je *locus standi* za podizanje ove tužbe dodjeljena i komorama i trgovačkim udruženjima.

POSEBNA PRAVILA POSTUPKA

Za razliku od klasične tužbe u parnici, gdje opomena pred utuženje nije obavezujuća, kada je u pitanju kolektivna tužba situacija je drugačija. Naime, prije podnošenja kolektivne tužbe, tužilac je dužan da tuženog upozori pisanim putem da će, ukoliko ne prestane sa radnjama kojima ugrožava kolektivne interese, podnijeti kolektivnu tužbu.¹⁴ Tužilac ne smije podignuti ovu tužbu prije nego što istekne period od četrnajest dana, računajući od dana kada je dostavljeno upozorenje.

Kada je u pitanju određivanje nadležnosti suda, sud opšte nadležnosti stvarno je nadležan za podnošenje kolektivnih tužbi, dok se mjesna nadležnost određuje prema sjedištu lica koje je tuženo, zapravo udjela tog lica, odnosno organizacionog djela, ako predmet proističe iz posla te organizacione cjeline. Vrijednost predmeta

¹³ Zakon o zaštiti potrošača, čl. 169. st 1.

¹⁴ Zakon o zaštiti potrošača, čl. 120.

spora utvrdiće sud u iznosu koji ne smije preći pet hiljada eura, iako stvarna vrijednost spora može biti daleko veća. Dakle, intencija zakonodavca je bila da rizik plaćanja troškova u slučaju gubitka spora bude minimalan.¹⁵ Na osnovu navedenog ne treba izvući pogrešan zaključak da ova tužba nije dozvoljena u slučajevima kada stvarna vrijednost prevazilazi pet hiljada EUR, već je cilj kolektivne tužbe da bez obzira na realnu finansijsku vrijednost, određena vrijednost spora ne može preći iznos propisan zakonom, čime su sudski troškovi svedeni na minimum u slučaju gubitka spora.

Ne smije se pokrenuti još jedan, novi spor u cilju zaštite kolektivnih prava potrošača, kada je u pitanju istovjetni tužbeni zahtjev i gdje je tuženi isto lice, za cijelo vrijeme dok traje postupak pokrenut po kolektivnoj tužbi. Navedeno je propisano u cilju zaštite opravdanih i zakonskih očekivanja trgovaca, čime se nastoji obezbjediti da ne bude veći broj parnica o identičnom slučaju. Međutim, potrošač može da pokrene parnicu za nadoknadu štete ili za poništaj ugovornih odredbi, odnosno svaki drugi postupak u cilju zaštite potrošačkih prava koja mu pripadaju shodno zakonu. Dakle, kolektivna zaštita ne sprečava potrošača, da zaštitu prava iz pojedinačnog sporazuma, ostvaruje u zasebnim parničnim postupcima.

Kao što je već rečeno, zaštita kolektivnih interesa potrošača proizvodi efekat za buduće vrijeme i ne može uticati na pojedinačna prava iz sporazuma. Bez obzira što izvršenje sudske odluke po opštem pravilu može tražiti samo tužilac, u cilju djelotvornije zaštite pred sudom, navedeno pravo se, na temelju Zakona o zaštiti potrošača daje i pojedincu.¹⁶ Presuda dobijena u postupku po kolektivnoj tužbi proizvodi dejstvo samo za buduće ponašanje trgovaca i nema nikakvo dejstvo na već zaključene ugovore. Takvo se dejstvo postiže u predmetima u kojima se zabranjuje korišćenje ugovornih odredbi koje su nepoštene. Ukoliko se trgovcu korišćenje pojedinih članova ugovora zabrani, te će se zabrane on pridržavati za sve buduće ugovore koje treba da zaključi. Tako, u parničnom postupku trgovac se ne bi mogao pozivati na navedene ugovorne odredbe, kako bi zastupao svoje stavove i prigovarao tužilačkim navodima. Ukoliko bi se ipak pozvao na te ugovorne odredbe, na taj način bi kršio svoju obavezu iz presude koja je dobijena u kolektivnoj parnici.

Kada su u pitanju ostala opšta procesna pitanja postupka koja nisu uređena Zakonom o zaštiti potrošača, supsidijarno se primjenjuju odredbe Zakon o parničnom postupku, dok kada je u pitanju izvršenje primjenjuje se Zakon o izvršnom

¹⁵ Shodno Advokatskoj tarifi Crne Gore tarifnom broju 5 tačka 1, za sporove do 5.000 eura advokatu pripada najmanja nagrada, koja po radnji iznosi 100 eura.

¹⁶ Zakon o zaštiti potrošača, čl. 124. st. 1.

postupku, shodno kojem se prvo daje upozorenje, a onda i izriču novčane kazne dužniku koji nastavlja sa zabranjenom radnjom.¹⁷

DEJSTVO ODLUKE SUDA

Sud će usvojiti tužbeni zahtjev i utvrditi povredu ovog ili drugih zakona ukoliko je kolektivna tužba osnovana, dok će od tuženog zahtjevati da prestane sa radnjama koje su suprotne kolektivnim interesima potrošača i ukoliko je u mogućnosti da sprovede aktivnosti kako bi se otklonila šteta. Takođe, sud će mu izreći zabranu da se tako ili slično tome ponaša u budućnosti, narediti mu da objavi presudu i ispravku nepoštenog oglašavanja, ako je to moguće primjeniti.¹⁸

Važno je istaći da izvršenje pravosnažne sudske odluke donjete po kolektivnoj tužbi, osim tužioca i drugih ovlašćenih lica, ima pravo zatražiti i svako lice koje ima pravni interes. Interesantno je osvrnuti se na mogućnost koju propisuje Zakon o zaštiti potrošača u članu 126., a to je da je potrošač ovlašćen da se u posebnoj parnici poziva na presudu o postojanju povrede kolektivnih interesa potrošača, odnosno da je sud u postupku kada odlučuje po individualnoj tužbi vezan pravosnažnom odlukom iz postupka po kolektivnoj tužbi. Iako je ovo pravno pitanje predmet različitih tumačenja, autor je mišljenja da se ovim ne dira u osnovno ljudsko pravo – pravo na pravično suđenje zagarantovano članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, odnosno u pravo stranke da učestvuje u postupku, i da presuda, koja je donjeta u parnici, u kojem to lice nije moglo da učestvuje, ne smije biti na njegovu štetu. Po mišljenju autora, taj trgovac je već imao priliku da učestvuje i zastupa sebe u postupku po kolektivnoj tužbi, pa ne može biti sporno da negativan ishod tog postupka proizvodi efekat i u narednim postupcima pokrenutim po pojedinačnim tužbama potrošača. Uzimajući u obzir načelo *inter partes*, odnosno da presuda proizvodi dejstvo samo između stranaka, kao i osnovno pravo stranke da učestvuje u postupku, jasno je da trgovac, odnosno postupajući sudija ne može biti vezan presudom donesenom u kolektivnoj parnici između potrošača i nekog drugog trgovca. Međutim, u ovim slučajevima postupajući sudija bi trebalo da „uzima u obzir“ pravosnažnu presudu donesenu u postupku po kolektivnoj tužbi u cilju ujednačavanja sudske prakse i stvaranja pravne sigurnosti.

U navedenom postupku ne može se tražiti od suda da utvrdi ništavost pojedinih ugovora ili njihovih dijelova, kao što se ne može tražiti ni naknada štete,

¹⁷ Zakon o izvršenju i obezbjeđenju, *Službeni list Crne Gore*, br. 036/11, 028/14, 022/17, 076/17, 025/19, čl. 220 i 221.

¹⁸ Zakon o zaštiti potrošača čl. 123.

smanjenje cijene ili vraćanje uplaćenog novca. Za zaštitu svojih pojedinačnih prava, fizičko lice – potrošač mora da pokrene poseban postupak u kojem se može pozivati na presudu dobijenu u kolektivnoj parnici, kojom je utvrđeno kršenje interesa potrošača. Na taj način se ide u korist potrošača i više od garancija, koje propisuje Uputstvo.¹⁹

PRIMJER IZ SUDSKE PRAKSE

Centar za zaštitu potrošača je preko svog punomoćnika advokata (autora) u januaru mjesecu 2020. godine podnio prvu kolektivnu tužbu protiv jedne banke kojom je traženo od suda da utvrdi da je tužena povredila čl. 23. st. 2. Zakona o potrošačkim kreditima²⁰ određujući naknadu za prijevremeno zatvaranje kredita u vrijednosti od 1% iznosa kredita koji se prije vremena vraća, čime je ujedno povrijedila kolektivna prava potrošača time, kao i da joj se zabrani da u ugovorima koje nudi potrošačima određuje naknadu za prijevremenu otplatu kredita u procentu, zavisno od iznosa kredita, odnosno od iznosa kredita koji se prijevremeno otplaćuje. Naime, prema mišljenju autora takva ugovorna odredba suprotna je odredbi čl. 23. st. 2. Zakona o potrošačkim kreditima, kojom je određeno da ukoliko se kredit prije vremena otplaćuje, davalac kredita ima pravo na pravičnu i objektivnu naknadu troškova koji moraju biti opravdani i direktno povezani s otplatom kredita prije vremena. Navedena odredba čl. 23. st. 2. Zakona o potrošačkim kreditima, kao i odredbe čl. 23. st. 3. i 4. Zakona, usklađene su s odredbom čl. 16. Uputstva EU 2008/48 o ugovorima o potrošačkim kreditima²¹ te bi, stoga, te odredbe Zakona o potrošačkim kreditima trebalo tumačiti u skladu s navedenim uputstvom, kao i tumačenjima tog uputstva od strane Suda pravde Europske unije. Odredba čl. 23. st. 2. Zakona o potrošačkim kreditima upućuje na zaključak kako naknada za zatvaranje kredita prije vremena ne može biti određena relativno, u procentu iznosa kredita koji se prijevremeno otplaćuje, već nužno mora biti određena apsolutno, u fiksnom nominalnom novčanom iznosu. Naime, kao što je navedeno u odredbi čl. 23. st. 2. Zakona o potrošačkim kreditima, naknada koju naplaćuje kreditor u slučaju prijevremene otplate kredita predstavlja pravičnu i objektivnu naknadu troškova koji su opravdani i direktno povezani s otplatom kredita prije vremena. Riječ je, dakle, o naknadi troškova kreditora koji su neposredno vezani uz prijevremenu otplatu kredita, a ne o izmakloj dobiti, koju bi kreditor ostvario da je ugovor o kreditu ispunjen u vremenskom periodu kako je bilo inicijalno ugovoreno.

¹⁹ Uputstvo, čl. 125.

²⁰ Zakon o potrošačkim kreditima, *Službeni list Crne Gore*, br. 035/13, 073/17, 072/19.

²¹ Uputstvo EU 2008/48 o ugovorima o potrošačkim kreditima, *Službeni list EU*, br. L 133/66.

Ti troškovi na koje kreditor ima pravo moraju biti određeni pravedno i objektivno. Drugim riječima, oni moraju odražavati objektivnu vrijednost dodatnog posla koje tužena obavlja zbog prijevremene otplate kredita. Do istog zaključka dolazi Opšti pravobranilac (Advocate General) Suda pravde Europske unije u predmetu C-383/18, u kojem naglašava da čl. 16. st. 2. Direktive 2008/48 o potrošačkim kreditima, koji sadržajno odgovara odredbi čl. 23. st. 2. Zakona o potrošačkim kreditima, govori o »troškovima«, a ne o »gubicima« kreditora, što znači da je ta odredba namijenjena naknadi troškova nastalih kao rezultat prijevremene isplate, a ne koristi koju je kreditor propustio prijevremenom otplatom.²² Po prirodi stvari, određivanje naknade za prijevremenu otplatu kredita u procentu ne predstavlja pravičnu i objektivnu naknadu troškova koji su opravdani i direktno povezani s otplatom kredita prije vremena. Takvim načinom određivanja visine naknade, svaki potrošač plaća naknadu u različitoj visini, iako je posao koji kreditor mora obaviti u pogledu prijevremene otplate kredita jednak u pogledu svakog kredita, bez obzira na to koliki je iznos kredita, tačnije kolika je vrijednost iznosa kredita koji se otplaćuje prije vremena. U tom smislu, ova nužnost bi morala biti određena apsolutno, u fiksnom nominalnom novčanom iznosu, a ne u procentu. Dakle, odredbama člana 23. Zakona o potrošačkim kreditima ne daje se kreditoru pravo da u svakom pojedinom slučaju odredi tu naknadu u maksimalnom iznosu od 1%, bez obzira na stvarne troškove koje je kreditor imao zbog prijevremenog zatvaranja kredita, već se tek, kao što je to navedeno u preambuli Direktive 2008/48, utvrđuje gornja granica kompenzacije u smislu paušalnog iznosa.

Osnovni sud u Podgorici je u januaru 2021. godine donio prvostepenu presudu kojom je usvojio tužbeni zahtjev i utvrdio da je tužena banka povrijedila kolektivna prava potrošača, određujući naknadu za prijevremenu otplatu kredita u iznosima od 1%, odnosno 0,5% iznosa kredita koji se prijevremeno otplaćuje. Takođe, ovom presudom se zabranjuje banci da u ugovorima koje nudi potrošačima određuje naknadu za prijevremenu otplatu kredita u procentima, zavisno od iznosa kredita koji se prijevremeno otplaćuje. U obrazloženju presude sud je je našao da su povrijeđene odredbe čl. 23. st. 2. Zakona o potrošačkim kreditima, jer je odredbama čl. 23. st. 3. i 4. Zakona o potrošačkim kreditima predviđeno da *„predmetna naknada ne smije preći 1%, odnosno 0,5% kredita, što znači da je dozvoljeno ugovarati manji iznos koji je potrebno odrediti u svakom konkretnom slučaju, a shodno odredbi člana 23. st. 2. Zakona o potrošačkim kreditima, koja kreditoru omogućava naknadu opravdanih troškova neposredno povezanih sa prijevremenom otplatom, pa se kao logično nameće pitanje, zašto tužena zanemaruje konkretnu odredbu i ugovara*

²² Mišljenje Opšteg pravobranioca Gerarda Hogana u predmetu C – 383/18 koji se vodio pred Sudom pravde EU.

*predmetnu naknadu u maksimalnim iznosima, jer nije riječ o izmakloj dobiti, već o administrativnim troškovima koji se ne vezuju za iznos kredita niti za dan otplate, dok je u st. 3. i 4. propisan maksimalan iznos naknade kako bi se potrošači zaštitili od eventualnih zloupotreba i koji treba da posluži kreditoru kao odrednica do koje je dozvoljeno ugovarati predmetnu naknadu, a ne da tužena u svakom konkretnom slučaju ugovara maksimalan iznos iste i na taj način dovodi u nepovoljan položaj potrošače koji su otplaćivali veći iznos kredita.*²³

Interesantno je istaći da se prvostepeni sud osvrnuo i na navode banke da su lica koja su otplatila manji iznos kredita dovedeni u nepovoljniji položaj. Po mišljenju suda, ovakvi navodi banke su neosnovani, iz razloga što lice koje je otplatilo veći iznos kredita ne može biti „kažnjeno“ isplatom veće naknade za prijevremenu otplatu kredita. Važno je istaći i da se sud pozvao na Mišljenje Opšteg pravobranioca Suda pravde EU dato u predmetu C-383/18 od 23. maja 2019. godine u vezi sa tumačenjem Uputstva EU 2008/48 o ugovorima o potrošačkim kreditima, nalazeći da, iako predmetno mišljenje ne obavezuje, sud je stanovišta da navedeni slučaj treba tumačiti na način na koji je Sud pravde EU tumačio odredbe navedenog Uputstva EU. Na navedenu presudu Osnovnog suda u Podgorici, tužena banka je uložila žalbu i predmet se nalazi kod Višeg suda u Podgorici.

Takođe, važno je istaći da je CEZAP preko svog punomoćnika (autora) podnio upozorenje i protiv druge banke kojim je tražio da ta banka prestane sa postupanjem kojim narušava kolektivne interese potrošača, odnosno da prestane da naplaćujete naknadu za zatvaranje transakcionog računa i naknadu za zatvaranje kartice, u iznosima od 3 odnosno 5 eura shodno svojoj Odluci o naknadama za poslovanje sa fizičkim licima (potrošačima). Naime, prema mišljenju autora ovakvo postupanje banke koja naplaćuje naknadu u iznosu od 3 EUR za zatvaranje transakcionog računa i naknadu u iznosu od 5 EUR za zatvaranje kartice, protivno je odredbama Zakona o zaštiti potrošača – korisnika finansijskih usluga²⁴ i to konkretno odredbi čl. 34. st. 3. Zakona o zaštiti potrošača – korisnika finansijskih usluga, kojom se propisuje da potrošač ima pravo na besplatno gašenje računa, te odredbi čl. 35. st. 7. Zakona o zaštiti potrošača – korisnika finansijskih usluga, kojom je određeno da korisnik ima pravo na besplatno zatvaranje kartice. Dakle, autor je mišljenja da navedene naknade koje naplaćuje banka se primjenjuju na sve odnose s potrošačima, pa se njihovom primjenom narušavaju kolektivni interesi potrošača. Kršenje prava ne odnosi se samo na pojedinog potrošača. Naprotiv, radi se o masovnom kršenju prava kojim se oštećuju brojni potrošači.

²³ Presuda Osnovnog suda u Podgorici P. br. 709/20 od 14.01.2021. godine.

²⁴ Zakon o zaštiti potrošača – korisnika finansijskih usluga, *Službeni list Crne Gore*, br. 043/15.

Važno je istaći da je ova banka postupila vrlo odgovorno i da je prihvatila upozorenje i u svom odgovoru se obavezala da će prestati sa naplatama navedenih naknada za zatvaranje računa i za zatvaranje kartica ubuduće. U svom odgovoru je navela da je izmjenila Odluku o naknadama za poslovanje sa fizičkim licima koja je na snazi od 01.01.2020. godine i po kojoj se bez naknada vrši zatvaranje transakcionih računa koji su otvoreni u periodu kraćem od 12 mjeseci i zatvaranje kreditnih kartica. Dakle, to je prvi uspjeh koji je postignut na polju zaštite potrošača, koristeći se institutom upozorenja po kojem je trgovac postupio, ne ostavljajući prostor tužiocu da podnese kolektivnu tužbu.

ZAKLJUČAK

Uvođenjem kolektivne tužbe u crnogorsko zakonodavstvo, stvara se prilika da, u korist kolektivnog interesa, Ministarstvo i drugi državni organi mogu podnijeti tužbu za zabranu ponašanja koje je protivno propisima kojima se štite prava potrošača (nepoštena poslovna praksa i ugovorne odredbe), a što ne može uticati na propisane nadležnosti Uprave za inspeksijske poslove, koja svoje poslove obavlja u skladu sa posebnim zakonima. Dakle, pojedinačno fizička lica i trgovci nisu aktivno legitimisani u kolektivnoj parnici. Svrha postupka je da se izdejstuje sudska zabrana za nastavak takvog nezakonitog ponašanja – znači sa dejstvom *pro future*.

Prikazan primjer u članku, da je jedan trgovac (banka) u Crnoj Gori prihvatio upozorenje da prestane sa ponašanjem kojim se narušavaju kolektivni interesi potrošača, govori u prilog da se radi o veoma efikasnom procesno pravnom sredstvu na polju zaštite kolektivnih interesa potrošača. Zbog čega se ovaj institut rijetko koristi u praksi, ne samo u Crnoj Gori, već u većini zemalja jugoistočne Evrope,²⁵ postoje brojni razlozi: nedovoljno razvijena svijest kod potrošača da imaju pravo na kolektivno obeštećenje; nedostatak obrazovanja o pravima potrošača kod kvalifikovanih pravnika, sudija i advokata; nedovoljna motivacija advokata za podnošenje tužbe; nepostojanje izgrađene sudske prakse; nepoznavanje stranog jezika, kako bi se mogla proučavati praksa Suda pravde EU i nacionalnih sudova država članica EU.

Prednosti kolektivne tužbe su višestruki. Umjesto, na primjer stotinu ili dvije stotine individualnih tužbi, i isto toliko pokrenutih sudskih postupaka, dovoljna je jedna kolektivna tužba i jedan sudski postupak kojim bi obuhvatio sve ugrožene

²⁵ Kolektivna tužba u Srbiji je neustavna, a zaštitila bi na stotinu potrošača, <https://www.021.rs/story/Info/Srbija/182230/Kolektivna-tuzba-u-Srbiji-neustavna-a-zastitila-bi-na-stotine-potrosaca.html>, 20.09.2020.

potrošače. O značaju i efektu kolektivne tužbe možda najviše govori slučaj od prije 20 godina kada je organizacija za zaštitu potrošača DEKO podnijela kolektivnu tužbu protiv jednog telekomunikacionog operatora u Portugaliji i ostvarila uspjeh na sudu jer je taj operator obračunavao komunikacije koje nisu bile uspostavljene, dok je krajnji rezultat presude bio taj da su svi stanovnici ove države telefonirali besplatno mjesec dana.²⁶ Takođe, prednosti kolektivne tužbe su vidljive i kod aktuelnih individualnih sporova koje su protiv banaka u Srbiji pokrenuli građani, a u vezi sa naplatom troškova obrade kredita. Umjesto na desetine hiljada pokrenutih sporova po individualnim tužbama, jednom kolektivnom tužbom mogli bi se obuhvatiti svi ugroženi potrošači u Srbiji. U tom smislu, institut kolektivne tužbe zaista doprinosi ostvarivanju pravne sigurnosti kod potrošača.

Kada je u pitanju kolektivna zaštita potrošača, Crna Gora je u potpunosti prenjela pravnu tekovinu Evropske unije u svoje nacionalno zakonodavstvo i stvorila dobar zakonodavni okvir. Međutim, izostala je implementacija. Autor je mišljenja da će uspjeh koji je postignut korišćenjem upozorenja protiv jedne banke u Crnoj Gori koja je prestala da naplaćuje naknadu za zatvaranje kartice i transakcionog računa, kao i prva, doduše prvostepena presuda po kolektivnoj tužbi (u toku je postupak po žalbi pred Višim sudom), podstaći veću upotrebu ovog procesno pravnog sredstva i samim tim obezbjediti i bolju implementaciju propisa u pogledu zaštita prava potrošača. Poseban značaj presude Osnovnog suda u Podgorici ogleda se i u tome što se sud pozvao, ili bolje rečeno uzeo u obzir pravo EU (odredbe čl. 16. Direktive EU 2008/48 o ugovorima o potrošačkim kreditima) i njeno tumačenje od strane Opšteg pravobranioca Suda pravde prilikom obrazlaganja presude. Iako pravo EU i praksa Suda pravde EU u Luksemburgu nije obavezujuća za crnogorske sudove, jer Crna Gora nije članica EU, ipak autor smatra da je prvostepeni sud ispravno postupio. Naime, i sudovi država kandidata za članstvo u EU bi morali, prilikom primjene domaćih propisa u koje su u procesu usklađivanja unešene odredbe propisa EU (*acquis communautaire*), tumačiti domaće propise u skladu sa evropskim, uzimajući u obzir i tumačenje analognih odredbi propisa EU koje je dao Sud pravde EU. Na ovakvu obavezu domaćih sudova ukazuje i čl. 78. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji propisuje da će Crna Gora nastojati da sve svoje postojeće i buduće propise uskladi sa pravnom tekovinom EU, a pod kojom se podrazumjeva i praksa Suda pravde EU. Takođe, presuda je značajna i zbog pregovaračkog Poglavlja 28 – zaštita potrošača, zato što pokazuje da sudovi u Crnoj Gori, kroz primjenu usklađenih domaćih propisa, uspješno primjenjuju i pravnu tekovinu EU u praksi.

²⁶ *Ibidem.*

Dr. MILOŠ VUKČEVIĆ
Associate Professor, University „Mediterran“
Podgorica

COLLECTIVE LAWSUIT IN MONTENEGRIN LEGISLATION AND PRACTICE

Summary

In 2014, Montenegro adopted a modern and up-to-date Consumer Protection Law, which, among other legislation, edited the protection of consumers, through an institute of a Lawsuit for the protection of the collective rights of consumers (hereinafter: collective lawsuit) into the system of the Montenegrin legal system. The Montenegrin legislator drew the motive and basis for the regulation of the collective lawsuit from the *acquis communautaire* which regulates the relations between traders and consumers. The Article provides explanations of the specifics of this lawsuit, analyzes its purpose, and the effect of judgment rendered in the collective lawsuit. It first starts from a negative definition – what are not the collective interests, and then analyzes what would be collective interests of consumers, another word saying, purpose of a procedure initiated by a collective lawsuit is subject of this article. Also, author presents a review of the first judgment rendered by the Basic Court in Podgorica.

Key words: collective lawsuit, collective interests, consumer protection, law

Literatura

- Baretić M., „Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj nakon ulaska u EU – jesmo li implementacijom europskog prava izgradili sustav zaštite potrošača?“, *Jačanje zaštite potrošača u Srbiji*, Ministarstvo za spoljnu i unutrašnju trgovinu i komunikaciju Republike Srbije, Beograd, 2013.
- Boom V. W., Loos M., *Collective Enforcement of Consumer Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007.
- Lawrence E. R., „The Role of Interest Groups in Collective Interest Policy-Making: Consumer Protection in Norway and the United States“, *European Journal of Political Research*, vol. 9, 1982.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 23.09.2021.
Prihvaćen: 11.10.2021.

STRUČNI RAD

VLADIMIR M. VRHOVŠEK
VLADIMIR V. KOZAR

PRIMENOM PRAVA KROZ SUDSKU PRAKSU DO PRAVNE SIGURNOSTI

– Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi u praksi –

U radu su prikazane zakonske odredbe, stavovi sudske prakse i pravne literature o naknadi nematerijalne štete u slučaju saobraćajne nezgode kada je sačinjen i potpisan Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi. Odredbama Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima propisano je da je Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi propisani obrazac koji učesnici u saobraćajnoj nezgodi popunjavaju nakon saobraćajne nezgode sa manjom materijalnom štetom. Vozač, odnosno učesnik saobraćajne nezgode u kojoj je nastala samo manja materijalna šteta dužan je da popuni Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi u slučaju da ovlašćeno lice ne vrši uviđaj saobraćajne nezgode. Osiguravajuća društva su dužna da vode evidenciju o saobraćajnim nezgodama za koje je sačinjen Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi. Rad se bavi analizom pomenutih pitanja, fokusirajući se na relevantne stavove sudske prakse.

Ključne reči: nematerijalna šteta, Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi, sudovi, primena prava, sudska praksa

O EVROPSKOM IZVEŠTAJU O SAOBRAĆAJNOJ NEZGODI

Osiguranje motornih vozila zauzima u skoro svim evropskim zemljama prvo mesto u ukupnoj premiji svih vrsta neživotnih osiguranja, po broju i iznosu

Vladimir M. Vrhovšek, sudija Višeg suda u Beogradu, e-mail: vladimirvrhovsek@gmail.com.

Prof. dr Vladimir V. Kozar, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, e-mail: kozarv@pravni-fakultet.info.

isplaćenih odšteta i velikom broju drugih pokazatelja o poslovanju osiguravajućih društava. Pritom, poseban značaj za građane svake zemlje ima obavezno osiguranje od građanske odgovornosti prilikom upotrebe motornih vozila, bez obzira na to da li su ujedno vlasnici motornog vozila i osiguranici od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima (auto-odgovornost), ili su posredi treća oštećena lica. Svaka država je zainteresovana da na njenoj teritoriji osiguranje od auto-odgovornosti bude obavezno i da se osiguravajuća društva na odgovarajući način, u skladu sa vrstom delatnosti koju obavljaju, što više uključe u aktivnosti i mere državnih organa kojima se obezbeđuje slobodno kretanje lica i motornih vozila. U tom pogledu, posebno mesto pripada naporima Evropske unije da proširi, pojača i učvrsti unutrašnje tržište motornih vozila.

Jedno od važnih rešenja predstavlja i upotreba Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi (European report on the accident), koji u znatnoj meri olakšava i ubrzava drumski saobraćaj, a istovremeno omogućava pravo na naknadu štete i skraćuje ceo postupak. U svim zemljama, skoro po pravilu, odmah po uvođenju Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi, pored pomenutih pozitivnih posledica, iskrsavaju i razni problemi koji otežavaju njegovu upotrebu.¹

Korišćenje Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi omogućava da se oštećena vozila brže uklanjaju sa kolovoza i da se ne zaustavlja saobraćaj, što u znatnoj meri povećava bezbednost na drumu, te olakšava i ubrzava promet vozila. Mogućnost da se ne izađe na uviđaj saobraćajnih nezgoda bez povređenih, odnosno poginulih lica, kada je pričinjena samo manja materijalna šteta, znatno smanjuje posao saobraćajne policije koja ne mora da dođe, izvrši uviđaj i vrati se sa lica mesta – a izbegavaju se i administrativni poslovi vezani za pisanje izveštaja, izradu skice mesta udesa, pokretanje prekršajnog ili sudskog postupka i drugih poslova u zavisnosti od vrste i broja učesnika u saobraćajnoj nezgodi.

Pored ove materijalne, izveštaj ima i drugu značajnu prednost, koja se ogleda u bržem izlasku na mesto udesa u kojima ima povređenih, odnosno poginulih lica i na nezgode sa većom materijalnom štetom, što olakšava i ubrzava saobraćaj i stvara uslove da saobraćajna policija veći deo vremena posveti poslovima kontrole i regulisanja saobraćaja, ali i preventivnom delovanju koje, u krajnjoj liniji, doprinosi smanjivanju broja saobraćajnih nesreća, broja povređenih i poginulih lica i iznosa za naknadu štete. Zbog toga što Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi ne zahteva priznavanje odgovornosti u vezi s nastankom saobraćajnog udesa, saobraćajna policija ne pokreće prekršajni ili krivični postupak, što bi, u suprotnom, uveliko uposlilo i prekršajne sudije, tužilaštva i sudove.

¹ Milan B. Cerović, „Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi“, *Tokovi osiguranja*, br. 1, Beograd, 2013, 22, 23, 27 i 31.

Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi sadrži sve podatke neophodne za podnošenje zahteva za naknadu štete osiguravajućem društvu kod kojeg je vlasnik motornog vozila kojim je izazvana nezgoda zaključio ugovor o osiguranju od auto-odgovornosti. Izveštaj u potpunosti zamenjuje veći broj dokumenata kao što je zapisnik policije, potvrda o osiguranju, prijava o pokretanju prekršajnog postupka, rešenje prekršajnog suda ili presuda suda i drugih dokaza o podacima koje ovaj obrazac sadrži, u zavisnosti od vrste i okolnosti nezgode. Za pribavljanje ovih dokaza, pored vremena, neophodni su i finansijski izdaci za takse i druge troškove, što se sačinjavanjem Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi izbegava. Pored pogodnosti koje pruža oštećenom licu, Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi i društvu za osiguranje omogućava da se brže obavi sve poslove i procedure u vezi sa prijemom zahteva, procenom, likvidacijom i isplatom štete. Ukoliko postoji potreba, društvo ima pravo da koristi i izvođenje drugih dokaza u vezi s nastankom nezgode i visinom štete.

Međutim, upotrebu Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi uglavnom prate problemi koji su, pre svega, karakteristika domaće zakonodavne regulative i prakse. Radi se o teškoćama u vezi sa procenom visine manje materijalne štete na mestu nezgode i o kratkom vremenu za ujednačavanje sudske prakse. S obzirom na dosadašnju praksu, može se reći da nije rešeno ni pitanje visine manje materijalne štete, što u značajnoj meri stvara probleme prilikom naknade štete, tako da veliki broj trećih oštećenih lica, umesto da to pravo ostvari lakše i brže, mora da ga ostvari preko suda, što je znatno komplikovaniji i sporiji način. Imamo li u vidu i to da je Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi opšteprihvaćen u skoro svim evropskim državama, nije realno da se kod nas njegova upotreba ukine. Naprotiv, sasvim je sigurno da će se sve više proširivati. Realnije je očekivati da će se u dogledno vreme obrazac izveštaja upotrebljavati u svim slučajevima kad nastane samo materijalna šteta (bez ograničenja), uz uslov da nema povređenih, odnosno poginulih lica.²

OSIGURAVAJUĆA DRUŠTVA I EVROPSKI IZVEŠTAJ O SAOBRAĆAJNOJ NEZGODI

Osiguravajuća društva su, po Zakonu o bezbednosti saobraćaja na putevima, dužna da vode evidenciju o saobraćajnim nezgodama za koje je sačinjen Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi, a i da prilikom izdavanja polise obaveznog osiguranja od auto-odgovornosti osiguraniku izdaju i Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi.³

² M. B. Cerović, op. cit., 19.

³ Odredbe člana 173. st. 1. i 3. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima – ZOBS, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – odluka US, 55/2014, 96/2015 – dr. zakon, 9/2016 – odluka US, 24/2018, 41/2018, 41/2018 – dr. zakon, 87/2018, 23/2019 i 128/2020 – dr. zakon.

Tako je u „Uslovima za obavezno osiguranje vlasnika motornih vozila od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima“ kompanije „Dunav osiguranje“ a.d.o. određeno da je „Osiguravač dužan da ugovaraču osiguranja pri zaključenju ugovora o osiguranju uruči ove Uslove koji čine sastavni deo ugovora o osiguranju (polise), kao i Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi.“⁴

Kako je internet javno dostupna globalna mreža koja pruža činjenice koje su opštepoznate, jer su iste dostupne svakome – svako može pristupiti internetu putem mobilnog telefona, tableta, desktop računara, laptopa i to sa bilo kojeg mesta – iz parka, sa ulice, iz kafića, restorana, internet kafea, od kuće, sa posla itd., a opštepoznate činjenice se ne dokazuju,⁵ to je osiguravajuće društvo, kompanija „Dunav osiguranje“ a.d.o., kao takvo, preko pomenute globalne mreže, upoznao javnost da su prema novom Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju svi vozači motornih vozila, pored polise od auto-odgovornosti, dužni da u vozilu imaju primerak Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi i da ga pokažu na zahtev ovlašćenog službenog lica. Svi klijenti koji zaključe polisu auto-odgovornosti kod kompanije „Dunav osiguranje“ uz polisu dobijaju besplatno Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi. Istovremeno, navedeno osiguravajuće društvo je na isti način javnost obavestilo da je Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi standardan obrazac koji se koristi u celoj Evropi i validan je umesto policijskog izveštaja u slučaju manjih materijalnih šteta u saobraćajnim nezgodama gde nema povređenih lica, a gde su se učesnici saglasili o odgovornosti za nastanak nezgode.

Učesnici saobraćajne nezgode su u navedenim slučajevima dužni da popune i potpišu Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi u skladu sa uputstvom na poledini izveštaja (popunjen obrazac ne predstavlja priznavanje odgovornosti, već jedino utvrđivanje identiteta učesnika). Nakon popunjavanja Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi, ukoliko je nezgodu prouzrokovao osiguranik „Dunav osiguranja“, potrebno je da oba učesnika u nezgodi, sa svojim vozilima i neophodnom dokumentacijom (u što kraćem roku, bez vršenja bilo kakvih popravki na vozilima) dođu u najbližu poslovnicu „Dunav osiguranja“ radi davanja izjava, prijavljivanja štete, procene i upoređivanja vozila, ili da za sve neophodne informacije pozovu kontakt centar kompanije „Dunav osiguranje“ putem besplatnog broja.⁶

⁴ Odredba člana 8. tačka 1. Uslova „Dunav osiguranje“ a.d.o. za obavezno osiguranje vlasnika motornih vozila od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima.

⁵ Odredba člana 230. stav 4. Zakona o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – US, 74/2013 – US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.

⁶ Čemu služi Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi?, <https://www.dunav.com/portfolio/auto-odgovornost/>, 20.09.2021.

MEDIJI I EVROPSKI IZVEŠTAJ O SAOBRAĆAJNOJ NEZGODI

Svojevremeno je u medijima, tačnije u dnevnom listu „Danas“, rubrika „Društvo“, preko već navedene globalne mreže, dana 25.01.2019. godine, objavljen tekst pod naslovom „Kada se popunjava EU izveštaj o saobraćajnoj nesreći?“, preuzet sa portala „Kamatica“. U tom tekstu je pod pomenutim naslovom javnosti saopšteno da saobraćajni udes bez povređenih i sa minimalnom materijalnom štetom, u kome se oba vozača slažu čija je krivica, može da prođe popunjavanjem „EU izveštaja o saobraćajnoj nezgodi“, koji svaki vozač mora da ima u svom autu. Javnosti je takođe saopšteno i to da je osnovni uslov za popunjavanje EU izveštaja da nema povređenih. Međutim, u praksi se dešava da se ovaj formular popuni, učesnici saobraćajne nesreće razidu, a tek kasnije se ustanovi da je neko povređen. U takvom slučaju se prilikom posete lekaru mora obavezno napomenuti da je povreda nastala usled saobraćajne nezgode, a lekar je dužan da pozove policiju, koja po dolasku u bolnicu sačinjava takozvanu „dopunu predmeta“. Na osnovu te dopune je moguće tražiti naknadu nematerijalne štete.⁷

Ukoliko uzmemo u obzir da su mediji dužni da istinito, potpuno i blagovremeno obaveštavaju javnost o pitanjima od javnog značaja,⁸ kao i da u našem društvu, *važi* nepisano pravilo da kada nešto piše u novinama onda je to tako, preći ćemo na analizu odnosa Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi i sudske prakse.

ODNOS EVROPSKOG IZVEŠTAJA O SAOBRAĆAJNOJ NEZGODI I SUDSKE PRAKSE

Sudska zaštita prava na naknadu kako materijalne, tako i nematerijalne štete, oštećenom se pruža u za to zakonom propisanom postupku – parničnom postupku. Kako smo već i konstatovali, sud je taj koji na osnovu savesne i brižljive ocene svakog dokaza zasebno, svih dokaza kao celine i na osnovu rezultata celokupnog postupka, utvrđuje činjenice bitne za odlučivanje, uz posebnu napomenu da je sud taj koji odlučuje koji će se dokazi izvesti radi utvrđivanja pomenutih bitnih činjenica, a da su stranke te, koje su dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice i da će sud razmotriti i utvrditi samo činjenice koje su stranke iznele i da izvede samo dokaze koje su stranke predložile.⁹

⁷ Kada se popunjava EU izveštaj o saobraćajnoj nesreći?, <https://www.danas.rs/drustvo/kada-se-popunjava-eu-izvestaj-o-saobracajnoj-nesreci/>, 20.09.2021.

⁸ Odredba člana 5. stav 2. Zakona o javnom informisanju i medijima, *Službeni glasnik RS*, br. 83/2014, 58/2015 i 12/2016 – autentično tumačenje.

⁹ Odredbe čl. 7. st. 1. i 2, 8. i 229. stav 2. Zakona o parničnom postupku.

U prilog navedenom valja istaći da je sada važeći Zakon o parničnom postupku napustio koncept utvrđivanja materijalne istine kroz istražno načelo, odnosno načelo oficijelnosti, u kom slučaju je sud mogao da izvede dokaze bez obzira da li su ih stranke predložile, te se sada zasniva na raspravnom načelu, kao primarnom. Stranke su dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. Sud će u toku postupka utvrđivati činjenice od kojih zavisi odluka o osnovanosti zahteva i to iz korpusa iznetih činjenica i predloženih dokaza. Samo radi sprečavanja zloupotrebe prava, sud je ovlašćen da utvrdi činjenice koje stranke nisu iznele i izvede dokaze koje stranke nisu predložile u dva slučaja: ako iz rezultata rasprave i dokazivanja proizilazi da stranke raspolažu zahtevima kojima ne mogu raspolagati (član 3. stav 3. ZPP) ili kada je to posebnim propisima predviđeno (npr. u statusnim sporovima u porodičnom pravu),¹⁰ dalje u situaciji kad se primenjuju procesne imperativne norme. Pošto se ispune zakonom propisani uslovi za donošenje odluke, sud će doneti odluku.

Na opisani način, sud će postupati i po zahtevu oštećenog za naknadu nematerijalne štete, prouzrokovane oštećenom u saobraćajnoj nezgodi, nakon koje je sačinjen Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi i koji je oštećeni, kao tužilac, sudu podneo kao dokaz u prilog iznetoj činjenici, da je uzrok posledice – nematerijalne štete koju je pretrpeo, saobraćajna nezgoda, zbog koje je, sačinjen Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi.

SUDSKA PRAKSA O MOGUĆNOSTI NAKNADE NEMATERIJALNE ŠTETE PROUZROKOVANE U SAOBRAĆAJNOJ NEZGODI ZA KOJU JE SAČINJEN EVROPSKI IZVEŠTAJ O SAOBRAĆAJNOJ NEZGODI

Iz niza sudskih odluka proizašla je sudska praksa o mogućnosti naknade nematerijalne štete prouzrokovane u saobraćajnoj nezgodi za koju je sačinjen Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi – „kada postoji uzročno posledična veza između saobraćajne nezgode i pretrpljenog straha od strane tužilaca, kao oštećenih, tužioci, imaju pravo na naknadu nematerijalne štete, bez obzira što je u Evropskom izveštaju o saobraćajnoj nezgodi, naznačeno da je u saobraćajnoj nezgodi pretrpljena samo manja materijalna šteta, a sve ukoliko jačina straha i njegovo trajanje to opravdava u smislu člana 200. ZOO. Odgovornost osiguravača, kao tuženog zasnovana je na odredbama čl. 940. i 941. ZOO, jer osiguravač odgovara za štetu, koju je prouzrokovao njegov osiguranik i iz razloga što je članom 200. istog zakona propisano da za pretrpljeni strah, sud će ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito ako jačina straha i njegovo trajanje to

¹⁰ Ljubica Milutinović, „Primena pravila o teretu dokazivanja“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 3, Beograd, 2007.

opravdava dosuditi pravičnu novčanu naknadu nezavisno od naknade materijalne štete i u njenom odsustvu. Sud, a kako je to već i konstatovano u smislu člana 200. ZOO, može dosuditi naknadu nematerijalne štete nezavisno od naknade materijalne štete i u njenom odsustvu, kada je evidentno da postoji uzročno posledična veza između saobraćajne nezgode i pretrpljenog straha od strane tužilaca, pa tužiocima imaju pravo na naknadu nematerijalne štete bez obzira što u Evropskom izveštaju stoji da je pretrpljena samo manja materijalna šteta. Sud visinu dosuđene naknade nematerijalne štete tužiocima utvrđuje, na osnovu ovlašćenja iz člana 224. ZPP.¹¹

U slučajevima kada tužilac potražuje naknadu nematerijalne štete, a pri tom u saobraćajnoj nezgodi nije pretrpeo telesne povrede, stav sudske prakse je da „član 200. ZOO naknadu za strah ne uslovljava postojanjem telesnih povreda, te s toga potpisani Evropski izveštaj o nezgodi ne isključuje pravo oštećenih na naknadu nematerijalne štete za pretrpljeni strah. Činjenica da je u Evropskom izveštaju o nezgodi naznačeno da u predmetnoj saobraćajnoj nezgodi nije bilo povređenih lica, ne znači da tužiocima ne pripada pravo na naknadu nematerijalne štete za pretrpljeni strah, jer, a kako je to već i konstatovano u smislu člana 200. ZOO, dosuđenje naknade za strah, ne uslovljava se postojanjem telesnih povreda. Dakle, činjenica da tužiocima u predmetnoj saobraćajnoj nezgodi, nisu pretrpeli telesne povrede, nije od uticaja na pravo tužilaca na naknadu nematerijalne štete za strah.“¹²

Takođe, sudska praksa je dala i odgovor na pitanje da li je potrebno da službena lica pristupe mestu saobraćajne nezgode, kada se naknadno potražuje nematerijalna šteta – „činjenica da učesnici u saobraćajnoj nezgodi nisu pozvali policiju radi sačinjavanja zapisnika i da usled toga nisu postupili po ZOBS, nisu od uticaja na tužiočevo pravo na naknadu nematerijalne štete, jer ti navodi mogu biti eventualno od uticaja na neku drugu vrstu odgovornosti npr. administrativnu ali ne i na građanskopravnu odgovornost štetnika, koji je drugome prouzrokovao štetu, pa ni na odgovornost štetnikovog osiguravača, koji je u obavezi da naknadi štetu, čiji je uzrok saobraćajna nezgoda, a koju je prouzrokovao osiguravačev osiguranik. U tom smislu sud se prilikom odlučivanja u ovom konkretnom slučaju pravilno pozvao na član 918. ZOO.“¹³

Prema sudskoj praksi „potpisivanje Evropskog izveštaja ne može biti osnov za naknadu nematerijalne štete ali to ne isključuje mogućnost obeštećenja u sudskom postupku. Iako pomenuti Izveštaj ne može biti osnov za naknadu nematerijalne štete, isti, kao takav ne isključuje mogućnost obeštećenja u sudskom postupku, u kome se shodno članu 220. ZPP, po predlogu stranaka, a od strane suda izvode

¹¹ Presuda Osnovnog suda u Zrenjaninu P 1758/10 od 03.03.2011. godine.

¹² Presuda Višeg suda u Zrenjaninu Gž 637/11 od 26.10.2011. godine, kojom je potvrđena presuda Osnovnog suda u Zrenjaninu P 1758/10 od 03.03.2011. godine.

¹³ Presuda Višeg suda u Leskovcu Gž 1288/13 od 19.09.2013. godine.

i drugi dokazi. Upravo tim drugim dokazima – medicinskom dokumentacijom priloženom od strane tužioca i medicinskim veštačenjem utvrđena je težina povreda, koje je tužilac zadobio, kao i koje su posledice tih povreda po tužioca. Navedene dokaze, sud je pravilno cenio u smislu člana 8. ZPP i u odnosu na to tužiocu utvrdio visinu novčanog obeštećenja, koje je tužiocu dosudio u smislu člana 200. ZOO, a sve iz razloga što je pomenuto saglasno sa pravnom prirodom i društvenom svrhom ovog instituta odnosno predstavlja pravičnu naknadu nematerijalne štete za tražene vidove štete, adekvatno trpljenju od strane tužioca, kao oštećenog.¹⁴

Prema stvovima sudske prakse, „sačinjavanje Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi je jedan od načina vansudske nagodbe u vezi sa nastalom štetom, kada je na licu mesta procenjena manja šteta. Nesporna odgovornost jednog od učesnika, proizlazi iz nesporne krivice vozača, čije je vozilo osigurano kod osiguravača, jer je osiguranik tuženog uz izveštaj dao i pisanu izjavu po kojoj je prednjim delom svoga vozila udario u zadnju levu stranu vozila, koje je osigurano kod tužioca. Svrha sačinjavanja Evropskog izveštaja je da se olakša utvrđivanje činjenice, koje se odnose na nastalu saobraćajnu nezgodu, kada je prisutna mala šteta, a ne da se utvrđuje visina štete koja se može platiti oštećenom licu i na taj način da se isključi pravo društva oštećenog da zahteva razliku do stvarno isplaćenog iznosa na ime stvarno nastale štete. Prema tome, kako je to već i konstatovano, sačinjavanje Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi je jedan od načina vansudske nagodbe u vezi sa nastalom štetom kada je na licu mesta procenjena šteta, uz nespornu odgovornost jednog od učesnika u saobraćaju. U ovom konkretnom slučaju je nesporna krivica vozača čije je vozilo osigurano kod tuženog, jer je uz izveštaj dao i pisanu izjavu po kojoj je prednjim delom svoga vozila udario u zadnju levu stranu vozila, koje je osigurano kod tužioca. S obzirom na to da je vozilo, kojim je prouzrokovana predmetna saobraćajna nezgoda bilo osigurano kod tuženog po polisi osiguranja od autoodgovornosti u trenutku prouzrokovanja predmetne saobraćajne nezgode za tuženog je nastupio osigurani slučaj, koji tuženog saglasno tome obavezuje na naknadu štete kako svom osiguraniku, tako i nekom trećem licu.“¹⁵

Nizom sudskih odluka koje kao takve čine sudsku praksu, Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi se može koristiti kao dokaz da je „uzrok nematerijalne štete, čiju naknadu po određenim vidovima, tužilja predmetnom tužbom od tuženog potražuje, saobraćajna nesreća, koja se nesporno dogodila i koju je prouzrokovao osiguranik tuženog i za koju je odgovoran – odgovornost istog potvrđena je Evropskim izveštajem o saobraćajnoj nesreći, koji je potpisan od strane tužilje, kao oštećene i pomenutog osiguranika tuženog, kao štetnika.

¹⁴ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž 5411/13 od 08.10.2014. godine.

¹⁵ Presuda Privrednog apelacionog suda Pž 3439/13 od 14.11.2013. godine.

Prema odredbi člana 940. stav 1. ZOO, osiguravač odgovara za štetu, nastalu osiguranim slučajem, ukoliko tu štetu zahteva oštećeni. Po odredbi člana 941. stav 1. istog zakona, oštećeni može zahtevati naknadu štete direktno od osiguravača, koju (štetu) je pretrpeo događajem za koji odgovara osiguranik. Iz svih navedenih razloga, nije od uticaja činjenica što ovde tužilja nije u vezi sa predmetnom saobraćajnom nesrećom pozvala nadležni organ – MUP. Naime, po oceni svih okolnosti štetnog događaja, vrste i težine povrede tužilje, te utvrđeni intenzitet i dužinu trajanja fizičkih bolova i straha kod tužilje, ovaj sud nalazi da bi pravična novčana naknada tužilji za štetu koju je pretrpela u vidu fizičkih bolova i pretrpljenog straha bila naknada u određenom novčanom iznosu za pretrpljene fizičke bolove i za pretrpljeni strah. Sve preko navedenih novčanih iznosa bilo bi suprotno cilju, kome naknada nematerijalne štete i služi. Tužilja nema prava na naknadu nematerijalne štete za umanjenje OŽA u potraživanom iznosu, a iz razloga što tužilja tu nematerijalnu štetu nije pretrpela odnosno ista tužilji nije prouzrokovana odigravanjem predmetnog događaja – saobraćajne nesreće. Podsećanja radi, veštaci, kojima je povereno veštačenje u ovoj pravnoj stvari od strane suda, su mišljenja da u ovom konkretnom slučaju kod tužilje nema umanjenja OŽA.¹⁶

Iz prezentovane sudske prakse, nesumnjivo proizlazi da iako Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi ne može biti osnov za naknadu nematerijalne štete, on kao takav ne isključuje mogućnost obeštećenja u sudskom postupku, u kome se shodno opštim odredbama Zakona o parničnom postupku, po predlogu stranaka, a od strane suda izvode i drugi dokazi. Upravo tim drugim dokazima – medicinskom dokumentacijom priloženom od strane oštećenog, kao tužioca i medicinskim veštačenjem utvrđuje se uzročno posledična veza između nastale štete i pretrpljene povrede, težina povreda, koje je tužilac, kao oštećeni zadobio, kao i koje su posledice tih povreda po oštećenog, kao tužioca. Navedene dokaze, sud ceni u smislu opštih odredaba Zakona o parničnom postupku i u odnosu na to oštećenom, kao tužiocu utvrđuje visinu novčanog obeštećenja, koje oštećenom, kao tužiocu dosuđuje, u smislu odredaba Zakona o obligacionim odnosima, koje se odnose na naknadu nematerijalne štete, a sve iz razloga što je pomenuto saglasno sa pravnom prirodom i društvenom svrhom ovog instituta odnosno predstavlja pravičnu naknadu nematerijalne štete za tražene vidove štete, adekvatno trpljenju od strane oštećenog, kao tužioca. Valja podsetiti, da smo na početku ovog rada, tačnije u delu pod naslovom „O Evropskom izveštaju o saobraćajnoj nezgodi“, citirali Milana B. Cerovića koji je između ostalog, naveo i da „društvo ima pravo da koristi i izvođenje drugih dokaza u vezi s nastankom nezgode i visinom štete“, pa ukoliko

¹⁶ Presuda Višeg suda u Beogradu GŽ 13351/18 od 31.03.2021. godine.

društvo (za osiguranje) ima to pravo, sud je zakonom ovlašćen da to čini, odnosno da prilikom odlučivanja o naknadi nematerijalne štete prouzrokovane u saobraćajnoj nezgodi, nakon koje je sačinjen Evropski izveštaj, isti Izveštaj ceni, kao dokaz, a i druge dokaze priložene od strane stranke u prilog tome.

ZAKLJUČAK

Sačinjavanje Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi ne može biti osnov za naknadu nematerijalne štete ali to ne isključuje mogućnost obeštećenja u sudskom postupku. Sud je taj koji sprovodi pomenuti postupak i pošto se steknu svi zakonom propisani uslovi, sud donosi odluku. Niz sudskih odluka, kojima se pravna norma primenjuje na isti način, na isti životni događaj jeste sudska praksa. Sudska praksa ima ključnu ulogu u obezbeđenju pravne zaštite građana, te kao takva doprinosi pravnoj sigurnosti. Na kraju, ne sme se izostaviti da „Sudija treba da se stara da uvidi istinu i sudi po sopstvenom uverenju, gde se to po zakonu zahteva; da bude nepristrasan i savestan i stvar iscrpno izvidi, a da li će se svetu dopasti njegova odluka o tome ne treba da vodi računa, jer građani idu u sud po pravdu, a šta je pravda kazuje sudija, jer sudija poznaje pravo.“¹⁷

VLADIMIR M. VRHOVŠEK

Judge of the High Court in Belgrade

Dr. VLADIMIR V. KOZAR

Full Professor, Faculty of Law for Commerce

and Judiciary in Novi Sad, University Business Academy in Novi Sad

APPLYING LAW THROUGH COURT PRACTICE TO LEGAL SECURITY

- European Report on Traffic Accidents -

Summary

The paper presents the legal provisions, the court practice and the opinions of legal science regarding compensation for non-pecuniary damage when the European Report on Traffic Accidents is prepared and signed. The provisions of the Law on Road Traffic Safety stipulates that the European Report on Traffic Accidents is a prescribed form that participants in a traffic accident fill out after a traffic accident with minor pecuniary damage. The driver, ie the participant in a traffic accident in which only minor pecuniary damage occurred, is obliged to fill the European Report (form) on Traffic

¹⁷ Laza Urošević, „Šta je sve potrebno da postaneš „pravedni sudija“?“, *Izbor sudske prakse*, br. 1, Beograd, 2010, 10-15.

Accidents in the case when the authorized person does not investigate the traffic accident. Insurance companies are obliged to keep record on traffic accidents for which the European Report on Traffic Accidents has been prepared. The paper deals with the abovementioned questions focusing on the relevant views of the court practice.

Key words: non-pecuniary damage, European Report on Traffic Accidents, courts, law enforcement, court practice

Literatura

- Boljević D., *Ujednačavanje sudske prakse – između pravne sigurnosti i sudijske nezavisnosti*, Društvo sudija, Beograd, 2015.
- Cerović B. M., „Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi“, *Tokovi osiguranja*, br. 1, Beograd, 2013.
- Čemu služi Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi?, <https://www.dunav.com/portfolio/auto-odgovornost/>.
- Kada se popunjava EU izveštaj o saobraćajnoj nesreći?, <https://www.danas.rs/drustvo/kada-se-popunjava-eu-izvestaj-o-saobracajnoj-nesreci/>.
- Milutinović Lj., „Primena pravila o teretu dokazivanja“, *Biltena sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 3, Beograd, 2007.
- Urošević L., „Šta je sve potrebno da postaneš „pravedni sudija“?“, *Izbor sudske prakse*, br. 1, Beograd, 2010.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 11.09.2021.

Prihvaćen: 06.10.2021.

STRUČNI RAD

RODOLJUB ETINSKI

**KOMPLEKSNOST ODNOSA PRAVNE I OPŠTE SIGURNOSTI:
UPOREDNA ANALIZA PRISTUPA EVROPSKOG SUDA ZA
LJUDSKA PRAVA I MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA**

Pravna sigurnost je elemenat opšte sigurnosti, koja obuhvata zaštitu života, dostojanstva, porodice, privatnosti, imovine i drugih osnovnih prava. Sa stanovišta opšte sigurnosti važno je uspostaviti ispravan odnos između pravne sigurnosti i ostalih komponenti opšte sigurnosti. Članak razmatra ovaj odnos kroz uporednu analizu dva predmeta Evropskog suda za ljudska prava i jednog predmeta Međunarodnog krivičnog suda. Poruka članka je da neki previsoki standardi u pogledu nekih karakteristika prava, koje je primenio Evropski sud za ljudska prava u dva navedena predmeta, mogu da imaju negativno dejstvo na opštu sigurnost.

Ključne reči: Pravna sigurnost, opšta sigurnost, ljudska prava

U V O D

Sigurnost bi mogla da bude definisana kao situacija u kojoj su život, dostojanstvo, porodica i imovina pojedinca zaštićeni i u kojoj je pojedinac zaštićen od arbitrarnog vršenja vlasti. Pojedinac očekuje da će tu zaštitu pružiti politička zajednica građana, odnosno država. Opšte mesto prirodnopravne teorije jeste da je fundamentalni razlog postojanja države i prava upravo pružanje ove zaštite. Pošto su ljudska prava postala deo međunarodnog prava i pošto su ustanovljene međunarodne institucije radi zaštite ljudskih prava, očekivanja pojedinca su usmerena i prema međunarodnoj zajednici, odnosno nadležnim međunarodnim institucijama.

Prof. dr Rodoljub Etinski, Pravni fakultet Univerziteta Donja Gorica, Pravni fakultet Univerziteta Novi Sad, e-mail: Rodoljub.Etinski@hotmail.com.

Važna komponenta sigurnosti jeste pravna sigurnost, odnosno pravna izvesnost.¹ Pravna sigurnost je kompleksna tvorevina koja obuhvata različite elemente. Predvidljivost u pogledu dejstva prava i delanja državnih organa je važan element pravne sigurnosti. Rešavanje pravnih sporova u razumnom roku je važno za pravnu izvesnost. Tome služe rokovi u pravu ili pravila kao što su *res judicata* ili *ne bis in idem*. Tome služi, takođe, konzistentnost i doslednost u tumačenju prava i, povezano sa tim, sudska hijerarhija.

Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950. godine i praksa Evropskog suda za ljudska prava čine veliki evropski doprinos jačanju opšte sigurnosti putem prava i, posebno, pravne sigurnosti. Konvencijom su zajemčena osnovna ljudska prava kojoma se štiti život, dostojanstvo, samoodređenje, privatnost, porodica, verska ubeđenja, imovina i sl. Njom se, dakle, štite prava koja čine korpus opšte ljudske sigurnosti. Prema tumačenju Evropskog suda za ljudska prava, pravna sigurnost je važna komponenta koncepta vladavine prava, koji čini element predmeta i cilja Konvencije i koji je inherentan svim članovima Konvencije. Osnovni cilj Statuta Međunarodnog krivičnog suda iz 1998. godine jeste da doprinese zaštiti života i dostojanstva civila i ratnih zarobljenika u situacijama na koje se primenjuje. Jedan od ciljeva Statuta je, takođe, da obezbedi i pravnu sigurnost za sve i, posebno, za lica protiv kojih se vodi postupak pred tim Sudom.

U nekim slučajevima može da dođe do suprotnosti između opšte sigurnosti u smislu zaštite osnovnih ljudskih prava i pravne sigurnosti, odnosno potreba za izvesnošću u pravnom poretku.² To je veoma jasno u pogledu rokova. Ako se neka procesna radnja ne preduzme u propisanom roku, gubi se pravo na sudsku zaštitu, ma koliko da je važan predmet te sudske zaštite. Tako, ako se predstavka ne podnese Evropskom sudu za ljudska prava u roku od četiri meseca, gubi se pravo na zaštitu, ma kako teška povreda ljudskog prava može da bude u pitanju. U ovom primeru opšta sigurnost je žrtvovana pravnoj sigurnosti. Ovde je potreba za pravnom izvesnošću nadvladala potrebu za opštom sigurnošću. To nije tako u nekim drugim slučajevima mogućeg sukoba između pravne sigurnosti i opšte sigurnosti. Važan element pravne sigurnosti jeste doslednost u tumačenju prava. Evropski sud za ljudska prava smatra doslednost u tumačenju veoma važnom. Međutim, kada promenjene opšte okolnosti u državama članicama ili konkretne okolnosti nekog slučaja zahtevaju novo tumačenje, kojim će se pružiti adekvatnija i viša zaštita nekom

¹ O istoriji pravne sigurnosti v. Jean-Francois Gerkens, „Legal Certainty v Legal Precision“, *Fundamina*, vol. 16, no. 1, 2010, 121-129.

² O odnosu pravne sigurnosti i pravde v. Stefano Berteau, „Towards a New Paradigm of Legal Certainty“, *Legisprudence*, vol. 2, no. 1, 2008, 25-46.

pravu, Evropski sud će odstupiti od ranijeg tumačenja i usvojiće novo tumačenje. U ovom slučaju socijalna i pravna evolucija dobija prevagu nad pravnom sigurnošću.

Materija pravne sigurnosti i njen odnos sa opštoj sigurnosti su, zaista, kompleksni. Uporedna analiza dva predmeta Evropskog suda za ljudska prava – *Medvedjev i drugi p. Francuske* iz 2010. i *Hasan i drugi p. Francuske* iz 2014. – i predmeta Međunarodnog krivičnog suda *Tužilac v. Ruto & Sang* iz 2016. će pokazati tu kompleksnost. Predmeti Evropskog suda za ljudska prava se odnose na predvidljivost i druge kvalitete prava u kontekstu prava na slobodu, zajemčenog članom 5. Evropske konvencije. Predmet Međunarodnog krivičnog suda odnosi se na neka proceduralna pitanja u vezi sa okončanjem postupka i na član 7., koji definiše zločin protiv čovečnosti.

PREDSTAVLJANJE I ANALIZA TRI PREDMETA

Medvedjev i drugi p. Francuske, 2010

Predmet se ticao povrede prava na slobodu i sigurnost, kako je ono zajemčeno članom 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ovo nije, naravno, jedini predmet u kome se Evropski sud bavio poštovanjem ljudskih prava u aktivnostima država na moru, ali je on stekao status presedana.³ Pravo na slobodu i sigurnost je od navječeg značaja u hijerarhiji vrednosti na kojima počiva Konvencija, a kako tu hijerarhiju vidi Sud.⁴ U slučaju lišenja slobode, prema mišljenju Suda, posebnu važnost ima načelo pravne sigurnosti.⁵ Od suštinske je važnosti, zato, kaže Sud, da uslovi lišenja slobode na osnovu domaćeg i/ili međunarodnog prava budu jasno definisani tako da zadovolje standarde zakonitosti. Standarde zakonitosti je razvio Sud u svojoj praksi kao autonomne standarde, koji zahtevaju da „pravo bude dovoljno precizno da izbegne sve rizike arbitrarnosti i da omogući građanima – ako je potrebno, uz odgovarajući savet – da predvide, u obimu koji je razuman u datim okolnostima slučaja, posledice koje data aktivnost može da uzrokuje.“⁶ Pitanje na koje je Veliko veće bilo pozvano da odgovori bilo je da li su mornari na brodu, koji prevozi drogu, mogli da predvide da mogu da budu lišeni slobode na palubi svog

³ V. pregled drugih predmeta kod Wilson Brian, „Human Rights and Maritime Law Enforcement“, *Stanford Journal of International Law*, vol. 52, no. 2, 2016, 265-267.

⁴ *Medvedyev and Others v. France* (pred. br. 3394/03) Presuda Velikog veća od 29. marta 2010., para 76.

⁵ *Ibidem*, para 80.

⁶ *Ibidem*, para 80.

broda, dok ovaj plovi na moru, od strane posade vojnog broda države čije državljanstvo nije imao niti brod na kome su se nalazili, niti oni sami? Drugim rečima, pitanje je bilo da li su mornari, koji su se nalazili na brodu kojim je prenošena droga, mogli da predvide da mogu biti uhapšeni od strane vlasti druge države dok plove morem?

Činjenice slučaja su sledeće. Trgovački brod *Winner*, koji je plovio pod kambodžanskom zastavom, a pripadao je jednoj kompaniji sa Maršalskih Ostrva, pobudio je sumnju više država da prenosi veliku količinu droge sa namerom da je pretovari u glisere kod Kanarskih Ostrva i, zatim, isporuči u Evropi.⁷ Francuska institucija, nadležna za suzbijanje trgovine drogom, je želela da presretne i prerese brod. Kako je brod plovio pod zastavom Kambodže, Francuska je tražila i dobila saglasnost Kambodže za tu akciju. U diplomatskoj noti, koju je Ministarstvo spoljnih poslova Kambodže dostavilo ambasadi Francuske u Pnompenju je, između ostalog, stajalo da „Vlada Kambodže ovlašćuje francuske vlasti da presretnu, pretresu i preduzmu pravnu akciju protiv broda *Winner*“.⁸ Jedna francuska fregata je, zatim, dobila nalog francuskih pomorskih vlasti da presretne i prerese *Winner*. Fregata je našla *Winner* u vodama Zelenortskih Ostrva, koja su u pogledu plovidbe potpadala pod režim otvorenog mora, 13. juna 2002 godine.⁹ Brod nije ima istaknutu zastavu, plovio je sporo, ali je iznenada promenio smer, ugrožavajući bezbednost fregate i nastojeći da pobegne. Pokušaji posade fregate da uspostave radio vezi sa posadom broda su bili bez uspeha i posle hitaca upozorenja i hitaca ispaljenih u brod, ovaj se zaustavio. Posada fregate je videla kako je sa broda bačeno više paketa u more. Jedan paket je kasnije našla i u njemu je bilo 100 kilograma kokaina. Pošto su francuski specijalci prešli na palubu *Winner-a*, posada tog broda nije bila voljna da se povinuje naredbama specijalaca te su ovi pucali po palubi. Jedan metak se odbio i ranio jednog mornara, koji je kasnije preminuo u bolnici u Dakaru.¹⁰ Članovi posade *Winner-a* bili su, zatim, zatvoreni u svoje kabine pod vojnom stražom u kojima su ostali trinaest dana, dok je jedan tegljač vukao brod u francusku luku Brest. Ova operacija je izvršena po naredbi pomorskog prefekta, a na zahtev javnog tužioca iz Bresta.¹¹ Javno tužilaštvo u Brestu je otvorilo istragu 24. juna, a dva dana kasnije *Winner* je dovučen u luku. Po prispeću u luku, mornari sa broda su izvedeni

⁷ *Ibidem*, para 9.

⁸ *Ibidem*, para 10.

⁹ U paragrafu 13 Presude stoji da je brod naden u vodama Zelenortskih Ostrva. Na drugim mestima u presudi se događaj opisuje kao da se desio na otvorenom moru. Prema tome, te vode su mogle da budu spoljni morski pojas ili isključiva ekonomska zona Zelenortskih Ostrva. U paragrafu 131 Presude Veliko veće kaže da je brod bio na otvorenom moru pored obala Zelenortskih Ostrva.

¹⁰ *Ibidem*, para 13.

¹¹ *Ibidem*, para 14, 15.

pred istražnog sudiju.¹² Mornari su optuženi i zadržani u pritvoru. Neki od njih su pravosnažno osuđeni. Odgovarajući na zahtev francuske ambasade u Pnompenu 2008., Ministarstvo spoljnih poslova Kambodže je potvrdilo da je diplomatskom notom od 7. juna 2002. godine „zaista ovlastilo francuske vlasti da presretnu i izvrše sve neophodne operacije za presretanje, zaplenu i pravne postupke protiv broda *Winner*, koji je plovio pod kambodžanskom zastavom, ali takođe protiv svih članova posade.“¹³

Relevantni propisi člana 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima glase:

„1. Svako ima pravo na slobodu i bezbednost ličnosti. Niko ne može biti lišen slobode osim u sledećim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom:

c) u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstva po njegovom izvršenju.“

Nije bilo sporno da je u pitanju bilo lišenje slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast.¹⁴ Sporno je bilo da li je hapšenje izvršeno zakonito, dakle na osnovu prava koje zadovoljava standarde pravne sigurnosti.

Na međunarodnom planu, suzbijanje trgovine drogom na moru je uređeno Jedinstvenom UN Konvencijom o narkotičkim drogama iz 1961., Konvencijom UN o pravu mora iz 1982., Konvencijom UN o nezakonitoj trgovini narkotičkim drogama i psihotropnim supstancama iz 1988. Kambodža nije, međutim, ugovornica nijednog od ovih ugovora te su njihovi propisi ne primenjivi. Unutrašnji propis je bio Zakon br. 94-589 od 15. jula 1994. o uslovima vršenja ovlašćenja države na moru. Primena Zakona je ograničena na brodove država ugovornica Konvencije UN iz 1988. godine i na brodove koji nisu istakli zastavu ili nemaju državljanstvo.

Propisi ugovora nisu, dakle, bili primenjivi, a Veliko veće je konstatovalo da Francuska nije pokazala da postoji običajno pravno pravilo koje bi bilo pravni osnov za akcije u konkretnom slučaju.¹⁵ Pored toga, ono je smatralo da Francuski zakon donet radi implementacije Konvencije UN iz 1988. i da on ne može da ima veću snagu od međunarodnih ugovora niti načela o isključivoj nadležnosti države čiju zastavu brod vije.¹⁶

¹² *Ibidem*, para 17- 19.

¹³ *Ibidem*, para 26.

¹⁴ *Ibidem*, para 82.

¹⁵ *Ibidem*, para 85.

¹⁶ *Ibidem*, para 91.

Ipak, ključno pitanje je bilo da li su mornari na kambodžanskom brodu u konkretnim okolnostima slučaja mogli da predvide, čak i uz stručnu pomoć, da mogu da dospeju pod francusku jurisdikciju, dakle pod primenu francuskog Zakona? Veliko veće je na to odgovorilo odrečno.¹⁷ Veliko veće je razmatralo pitanje da li se sporazum postignut između Francuske i Kambodže u junu 2002. godine, kojim je Kambodža dala pristanak da francuska ratna mornarica presretne i pretrese brod i preduzme druge pravne akcije, obezbedio pravnu osnovu za lišenje slobode mornara. Veliko veće nije osporavalo validnost ovog *ad hoc* sporazuma, ali nije bilo zadovoljno njegovim sadržajem.¹⁸ Ono je primetilo da kambodžanska nota pominje „brod *Winner*, koji vije kambodžansku zastavu“ kao jedini predmet sporazuma, iskazujući saglasnost u pogledu presretanja, pretresanja broda i pravnih akcija protiv broda. Sudbina posade, smatralo je Veliko veće, nije bila dovoljno jasno obuhvaćena ovim sporazumom.¹⁹ Veliko veće nije, dakle, moglo da utvrdi da je lišenje slobode članova posade bilo predmet ovog sporazuma. Dakle, ovaj sporazum Veliko veće nije moglo da kvalifikuje kao „jasno definisano pravo“, prema standardima Suda.²⁰ Veliko veće je smatralo da kambodžanska nota iz 2008., kojom Kambodža objašnjava da se saglasnost iz 2002. odnosi i na pravne akcije protiv članova broda ne može da bude odlučujuća jer se pojavila šest godina posle događaja, nije bila dostupna podnosiocima predstavke u postupku pred većem i Francuska je prezentirala tek u postupku pred Velikim većem.²¹ Pored toga, Veliko veće je smatralo da kambodžanska diplomatska nota nije zadovoljila zahtev „predvidljivosti“.²² Francuska nije pokazala da je postojala dugotrajna praksa saradnje sa Kambodžom u pogledu suzbijanja trgovine drogom. Imajući u vidu da je bio u pitanju *ad hoc* sporazum i da Kambodža nije bila ugovornica ugovora koji su se odnosili na trgovinu drogom na moru, Veliko veće je našlo da uslov „predvidljivosti“, čak i uz dobijanje stručne pomoći, nije bio ispunjen. U vezi sa tim Veliko veće kaže da predvidljivost kažnjavanja za trgovinu drogom ne bi trebalo mešati sa predvidljivošću zakona koji je osnov lišenja slobode.²³ Za žaljenje je, primetilo je Veliko veće, što međunarodni naponi u borbi protiv trgovine drogom na otvorenom moru nisu bolje koordinisani imajući u vidu rastuću globalnu dimenziju

¹⁷ *Ibidem*, para 92.

¹⁸ *Ibidem*, para 94-98.

¹⁹ *Ibidem*, para 99.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, para 100.

²³ *Ibidem*.

ovog problema.²⁴ Ono smatra da bi razvoj međunarodnog prava u pravcu onog što postoji u pogledu borbe protiv piraterije, dakle u pogledu uspostavljanja univerzalne jurisdikcije u pogledu sprečavanja trgovine drogom na otvorenom moru, bio značajan napredak.²⁵ Veliko veće je, dakle, odlučilo, kao i veće, da postoji povreda stava 1. člana 5. Evropske konvencije, dakle da je lišenje slobode bilo arbitrerno. Imajući u vidu okolnosti predmeta, Veliko veće je primetilo da je jedino usko tumačenje pravnog osnova lišenja slobode ispravno.²⁶ Odluka je doneta sa deset glasova prema sedam. Posledica kršenja je bila obaveza Francuske da nadoknadi moralnu štetu svakom mornaru u iznosu od 5000 eura, kao i plaćanje troškova zastupanja svima zajedno u iznosu od 10 000 eura.

Sledeće pitanje pred Evropskim sudom u ovom predmetu bilo je da li je Francuska povredila stav 3. člana 5. Evropske konvencije. Stav 3. glasi:

„Svako ko je uhapšen ili lišen slobode shodno odredbama iz stava 1 (c) ovog člana mora bez odlaganja biti izveden pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom određeno da obavlja sudske funkcije i mora imati pravo da mu se sudi u razumnom roku ili da bude pušten na slobodu do suđenja...“

Mornari lišeni slobode izvedeni su pred istražnog sudiju trinaest dana posle lišenja slobode, kako je to već rečeno, kada je *Winner* dovučen u luku Brest. U jednom ranijem predmetu Evropski sud je našao da je zadržavanjem uhapšenih lica u trajanju od četiri dana i šest časova pre izvođenja pred sudiju država povredila stav 3. člana 5.²⁷ U drugom predmetu, *Rigopoulos*, uporedivim sa predmetom *Medvedyev*, Sud je, međutim, odlučio da boravak lica lišenih slobode na brodu, dok je brod plovio do luke, u trajanju od 16 dana nije činilo povredu, imajući u vidu „sasvim izuzetne okolnosti“.²⁸ U tom predmetu je Sud našao, takođe, da kašnjenje uzrokovano četrdesetročasovnim otporom posade španskim vlastima ne može da se pripíše tim vlastima. Imajući u vidu slične okolnosti u ovom predmetu, Veliko veće je odlučilo sa 9 prema 8 glasova sudija da nije bilo povrede stava 3. člana 5. Odluka Velikog veća u vezi sa ovim pitanjem postala je presedan koji su sledili kako sam Evropski sud tako i nacionalni sudovi.²⁹

²⁴ *Ibidem*, para 101.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, para 102.

²⁷ *Ibidem*, para 129.

²⁸ *Ibidem*, para 130.

²⁹ V. W. Brian, op. cit., 276, 281; Marta Bo, „Hassan and Others v. France; Ali Samatar and Others v. France“, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 30, no. 3, 2015, 551-558.

Sudije koje su glasale protiv odluke većine da postoji povreda stava 1. člana 5. odbacili su usko tumačenje sadržaja kambodžanske note iz 2002. u smislu da je ona ovlasila francuske vlasti da preduzimaju akcije prema brodu, ali ne i prema posadi, navodeći da je takvo tumačenje nelogično.³⁰ Odvajanje posade i broda u slučaju pretresa je, prema njihovom mišljenju, teško moguće. Ove sudije su se složile da diplomatska nota ne ispunjava sve uslove koje pravo treba da ispunjava prema case law-u Suda, dakle uslove u pogledu dostupnosti i predvidljivosti. Što se tiče dostupnosti, odnosno javnosti diplomatske note, oni su mislili da su okolnosti predmeta zahtevali tajnost, jer bi javnost kompromitovala celu akciju.³¹ Smatrali su, takođe, da i predvidljivost nije trebalo da se ocenjuje na standardni način. Jer je posadi ili bar nekima bilo poznato kakav tovar nose i da ih to izlaže riziku.³² „U osnovi, potrebno je biti realan u ovako izuzetnim okolnostima“ primetile su sudije.

Sudije koje su glasale protiv odluke da nema povrede stava 3. člana 5. osporavale su uporedivost činjenica iz ovog predmeta sa činjenicama iz predmeta *Rigopoulos*. U predmetu *Rigopoulos* članovi posade su bili pod vlašću ne javnog tužioca, kao u ovom predmetu, već Centralnog istražnog suda u Madridu, oni su obavешteni o svojoj situaciji i pravima.³³ U roku od dva dana, španski sud je doneo odluku o pritvoru posade. U roku od nedelju dana članovi posade su imali pristup advokatima.³⁴ Ove sudije nisu osporavale da „sasvim izuzetne okolnosti“ mogu, zaista, da opravdaju odstupanje od rokova predviđenih stavom 3. člana 5., ali smatraju da takve okolnosti treba da budu „nepremostive“ ili bar takve da vlasti nisu mogle razumno da predvide situaciju i da ispune svoju obavezu.³⁵ Ove sudije su smatrale da je bilo više mogućnosti da francuske vlasti ispune svoju obavezu u datim okolnostima, kao, na primer, da je na palubu francuske fregate ukrcan sudija, kada su ukrcani profesionalci za borbu protiv trgovine narkoticima i kada se znalo da članovi posade mogu da budu lišeni slobode.³⁶ Druga mogućnost je bila da se posada *Winner*-a transportuje brže do luke Brest na vojnom brodu.³⁷

³⁰ Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Costa, Casadevall, Birsan, Garlicki, Hajizev, Šikota and Nicolaou, para 7.

³¹ *Ibidem*, para 9.

³² *Ibidem*.

³³ Joint Partly dissenting Opinion of Judges Tulkins, Bonello, Zupančić, Spielmann, Tsotsoria, Power and Poalelungi, para 5.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, para 6.

³⁶ *Ibidem*, para 8.

³⁷ *Ibidem*, para 9.

Hassan i drugi p. Francuske, 2014

Predmet se tiče legalnosti hapšenja pirata u smislu stavova 1. i 3. člana 5. Evropske konvencije. Radi oslobađanja dvoje francuskih državljana, koje su oteli pirati u međunarodnim vodama kod Somalije 2. septembra 2008. godine, tako što su zaposeli jahtu koja je plovila pod francuskom zastavom, francuske pomorske snage su preduzele akciju 16. septembra u teritorijalnim vodama Somalije, tokom koje su neki otmičari lišeni života, a drugi uhapšeni.³⁸ Na osnovu saglasnosti Somalije, uhapšeni pirati su posle nekoliko dana prebačeni u Francusku radi suđenja.

Francuska vojna akcija je izvedena na osnovu Rezolucije Saveta bezbednosti UN br. 1816 od 2. juna 2008. godine. Paragrafom 7 ove Rezolucije ovlašćene su države, koje su saradivale sa Somalijom, u borbi protiv pirata i oružane pljačke da preuzmu sve neophodne mere radi suzbijanja akata piraterije i oružane pljačke u teritorijalnim vodama Somalije, a koje bi mogle da preuzmu na otvorenom moru, saglasno pravu mora.³⁹ Saglasno članu 105. Konvencije UN o pravu mora, svaka država je ovlašćena da na otvorenom moru zapleni piratski brod i uhapsi osobe i zapleni imovinu na brodu.⁴⁰ Francuskim pravom, koje je važno u vreme otimice, bila je predviđena primena francuskog Krivičnog zakona na lica koja su učinila na brodovima pod francuskom zastavom ili protiv tih brodova ili francuskih državljana.⁴¹ 2011. godine Francuska je donela nove propise o hapšenju lica na moru. Ministar pravde Francuske je u jednom cirkularu primetio da do donošenja tih novih propisa Francuska nije imala zakonodavstvo o represiji piratskih akata prilagođeno Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima.⁴²

Veće Evropskog suda za ljudska prava je našlo da je Rezolucija Saveta bezbednosti br. 1816 bila valjana pravna osnova za lišenje slobode.⁴³ Ono istražuje, zatim, kvalitet pravne osnove u smislu predvidljivosti i preciznosti i nalazi da je Rezolucijom obezbeđena predvidljivost.⁴⁴ Ono nalazi, međutim, da francuski zakon, koji je važio u vreme hapšenja, nije sadržao nijedno pravilo koje definiše uslove lišenja slobode, odnosno pravni postupak kontrole lišenja slobode. Ono se poziva

³⁸ *Hassan et autres c. France* (pred. br. 46695/10 i 54588/10) Presuda od 4. decembra 2014, para 5-9.

³⁹ *Ibidem*, para 36.

⁴⁰ *Ibidem*, para 35.

⁴¹ *Ibidem*, para 28.

⁴² *Ibidem*, para 31.

⁴³ *Ibidem*, para 66.

⁴⁴ *Ibidem*, para 67.

i na cirkular ministra pravde kojim ovaj konstatuje da do propisa donetih 2011. godine francuski propisi nisu bili prilagođeni zahtevima Konvencije i konstatuje da hapšenje pirata nije bilo saglasno zahtevima stava 1. člana 5. Evropske konvencije.⁴⁵ Ono je konstatovalo, takođe, da je Francuska prekršila i stav 3. člana 5. pošto uhapšena lica nije blagovremeno izvela pred sudiju, jer je proteklo gotovo sedam dana od njihovog hapšenja.⁴⁶ U stvari, veće je smatralo da je Francuska pogrešila kada je uhapšena lica, pošto su ova prevezena na teritoriju Francuske, stavila u 48-časovni policijski pritvor, umesto da ih je odmah izvela pred sudiju.⁴⁷

Tužilac v. Ruto & Sang, 2016

Tužilac je tvrdio da je postojala mreža, koja je imala zajednički plan oružane osvete protiv pripadnika nekih plemena, koja su na izborima podržala protivničku političku partiju.⁴⁸ Na čelu mreže, prema tužiocu, stajao je William Samoei Ruto, poslanik u Parlamentu Kenije, ispod njega su bili neki političari i biznismeni iz plemena, njih 13, a treći nivo su činili neki mlađi pripadnici plemena.⁴⁹ Tužilac je kvalifikovao akte oružane osvete, koji su uključivali lišenje života pripadnika nekih plemena, kao zločin protiv čovečnosti.

Pošto je tužilaštvo izvelo dokaze, odbrana je tražila oslobađajuću presudu bez daljeg suđenja, tvrdeći da izvedeni dokazi ne opravdavaju nastavak postupka. Zasta, veće je našlo da tužilac nije dostavio dovoljno dokaza o postojanju mreže ili zajedničkog plana, što čini jedan elemenat zločina protiv čovečnosti.⁵⁰ Tužilaštvo i Sud su bili pod velikim političkim pritiskom. Vlada Kenije je vršila pritisak na Sud i predlagala je afričkim državama da se povuku iz Statuta, obraćala se Savetu bezbednosti i tražila da ovaj odloži vođenje postupka.⁵¹ Intervenisala je Afrička unija i tražila okončanje postupka.⁵² Svedoci su bili pod velikim pritiskom. Nekoliko ključnih svedoka se povuklo.⁵³ U takvoj situaciji dvojica sudija (većina tročlanog veća)

⁴⁵ *Ibidem*, para 69-72.

⁴⁶ *Ibidem*, para 104.

⁴⁷ *Ibidem*, para 100.

⁴⁸ Prikaz ovog predmeta je u skraćenom obliku preuzet od Rodoljub Etinski, *Tumačenje međunarodnih ugovora: pravila i praksa*, Univerzitet Donja Gorica, Podgorica, 2020, 397-414.

⁴⁹ *Prosecutor v Ruto & Sang* No.: ICC-01/09-01/11, 5. april 2016. (*Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal*), Reasons of Judge Eboe-Osuji, para 25 – 32.

⁵⁰ *Ibidem*, para 33, 131.

⁵¹ *Ibidem*, para 163.

⁵² *Ibidem*, para 212.

⁵³ *Ibidem*, para 148.

odlučila je da prekine postupak, ali bez prejudiciranja, kako nevinosti optuženih, tako i nastavka postupka. Ovakav način obustavljanja postupka nije eksplicitno predviđen Statutom Međunarodnog krivičnog suda. Bila je to odluka sudija Fremr-a i Eboe-Osui-a. Odluka o prekidu postupka doneta je u proceduri odlučivanja o održivosti postupka, a na osnovu proceduralnog instrumenta „*no case to answer*.“ Ta procedura i taj proceduralni instrument nisu eksplicitno predviđeni Statutom niti Pravilima Suda, već je on impliciran, prema mišljenju sudija, u ovlašćenjima veća, kako su ona određena u članovima 64. (3) (a)⁵⁴, 64. (6) (f)⁵⁵, 66. (1)⁵⁶ i 67. (1)⁵⁷ Statuta i članu 134. Pravila^{58,59}

Veće je konstatovalo da instrument potiče iz *common law* tradicije i pokazalo je da instrumenti sličnog karaktera postoje u Australiji, Kanadi i SAD.⁶⁰ Takav instrument je korišćen i u praksi *ad hoc* tribunala.⁶¹ Njegovo postojanje u drugim

⁵⁴ Član 64. (3) (a) glasi: „3. Nakon što, u skladu sa odredbama Statuta Sudećem veću bude dodeljen predmet, ono je ovlašćeno da: (a) obavli konsultacije sa strankama u postupku te da se odluči za primenu onih pravila postupka koja će obezbediti pravično suđenje uz punu ekonomičnost postupka.“

⁵⁵ Član 64. (6) (f) glasi: „6. Po potrebi, Sudeće veće može kako pre otpočinjanja suđenja tako i u samom toku suđenja, da: (f) donosi odluku o svim drugim bitnim pitanjima.“

⁵⁶ Član 66. (1) glasi: „Niko se ne može smatrati krivim dok se njegova krivica ne dokaže pred Sudom u skladu sa zakonom i pravilima postupka koje ovaj Sud primenjuje.“

⁵⁷ U član 67. (1) nabrojana su prava optuženog: „U svim slučajevima optuženja, okrivljeni, u skladu sa odredbama Statuta, ima pravo na javno saslušanje koje treba da bude sprovedeno na pravičan i nepristrasan način i u skladu sa sledećim minimumom garancija koje treba da budu primenjene prema svakom okrivljenom bez izuzetka:...

(c) Da mu se sudi bez nepotrebnog odlaganja;...

(i) Na okrivljenog se ne može prebaciti teret dokazivanja njegove krivice.“

⁵⁸ Član 134. Pravila glasi: „1. Prior to the commencement of the trial, the Trial Chamber on its own motion, or at the request of the Prosecutor or the defence, may rule on any issue concerning the conduct of the proceedings. Any request from the Prosecutor or the defence shall be in writing and, unless the request is for an *ex parte* procedure, served on the other party. For all requests other than those submitted for an *ex parte* procedure, the other party shall have the opportunity to file a response“.

2. At the commencement of the trial, the Trial Chamber shall ask the Prosecutor and the defence whether they have any objections or observations concerning the conduct of the proceedings which have arisen since the confirmation hearings. Such objections or observations may not be raised or made again on a subsequent occasion in the trial proceedings, without leave of the Trial Chamber in this proceeding.

3. After the commencement of the trial, the Trial Chamber, on its own motion, or at the request of the Prosecutor or the defence, may rule on issues that arise during the course of the trial.“

⁵⁹ *Prosecutor v Ruto & Sang* No.: ICC-01/09-01/11, (Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on ‘No Case to Answer’ Motions)), 3 June 2014. para 12, 15.

⁶⁰ *Ibidem*, para 11.

⁶¹ *Ibidem*.

jurisdikcijama nije odlučujuće, kaže veće i saopštava da osnova za korišćenje predloga „*no case to answer*“ mora da bude derivirana iz statutarnog okvira Suda, imajući u vidu da bi svrha tog predloga trebalo da bude ispunjena u posebnom institucionalnom i pravnom kontekstu u kome Sud deluje.⁶² Procedura „*no case to answer*“ zasniva se, kaže veće, na rezonovanju da optuženi ne bi trebalo da se angažuje na pripremi odgovora na optužnicu, kada su dokazi tužioca nedovoljni.⁶³ To rezonovanje, prema mišljenju veća, proističe iz prava optuženog, uključivši temeljno pravo na prezumpciju nevinosti i na pošten i brz postupak, a koja su zajemčena u članovima 66. (1) i 67. (1) Statuta. Pored toga, veće vidi osnovu za ovu proceduru u članu 64. (3)(a) Statuta, kojim je predviđeno da će se veće savetovati sa strankama i usvojiti takve procedure koje su nužne za pošteno i ekspeditivno vođenje postupka, kao i u članu 64. (6) (f) koji ovlašćuje veće da odluči o svakoj relevantnoj stvari.⁶⁴ Ta procedura je saglasna, takođe, prema shvatanju veća, sa članom 64. (2) Statuta, u kome je data opšta obaveza da veće obezbedi da suđenje bude pošteno i ekspeditivno na način da se poštuju prava optuženog i da se pokaže dužna pažnja za žrtve i svedoke.⁶⁵ Odstranjivanjem optužbi za koje se nađe da nisu dovoljno podržane dokazima posle okončanja izvođenja dokaza od strane tužioca, „*no case to answer*“ procedura, kaže veće, doprinosi kraćem i koncentrisanijem suđenju, postizanju veće sudske ekonomije i boljeg administriranja pravde i zaštite prava optuženog.⁶⁶ Veće je svesno da je učešće žrtava u postupku specijalna karakteristika postupka, ali nalazi da to nije po sebi prepreka proceduri „*no case to answer*“.⁶⁷ Treba dodati da se tužilac nije protivio korišćenju ovog proceduralnog sredstva.

Pored toga, sudija Fremr je dao svoje tumačenje načela *ne bis in idem*, a sudija Chile Eboe-Osuji je dao tumačenje izraza „politički program“ koji se pojavljuje u kontekstualnom elementu zločina protiv čovečnosti. Da bi se sagledalo dejstvo odluke važno je uzeti u obzir oba tumačenja.

Iznoseći svoje razloge u prilog svog glasanja za odluku veća, sudija Robert Fremr se osvrće na, kako kaže, preterano strogu formulaciju načela *ne bis in idem* u članu 20. Statuta, koja nije više saglasna sa savremenim krivičnim zakonima država, te je zato našao opravdanim da ostavi otvorenom mogućnost ponovnog procesuiranja optuženog, ukoliko bi novi dokazi, koji sada nisu dostupni tužiocu,

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*, para 12.

⁶⁴ *Ibidem*, para 15.

⁶⁵ *Ibidem*, para 16.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

to opravdali.⁶⁸ Stav 1. člana 20. Statuta glasi: „Nikome se pred ovim Sudom neće suditi za ponašanje koje čini biće krivičnog dela za koje ga je ovaj Sud već osudio ili oslobodio, izuzev u slučajevima predviđenim Statutom.“ Proces „*no case to answer*“ ne završava osuđujućom niti oslobađajućom presudom, već ukidanjem optužbe i obustavljanjem postupka.

Sudija Fremr se pozvao na krivične zakone tri zemlje, donete u periodu 2003–2013, koji dozvoljavaju ponovno suđenje, ako se dođe do dokaza koji nisu bili dostupni tužiocu u vreme prvog suđenja, kao i na Protokol br. 7 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima iz 1984. Stav 2. član 4. Protokola br. 7 uz Evropsku konvenciju kaže da načelo *ne bis in idem* ne sprečava ponovno otvaranje postupka ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede, koja je mogla da utiče na ishod postupka.

U okviru tumačenja propisa o zločinu protiv čovečnosti, veće tumači termin „organizacija,“ odnosno „političkog programa organizacije“ (organizational policy) u članu 7 (2) (a) Statuta. Taj propis u zvaničnom prevodu glasi: „(a) pod ‘napadom usmerenim protiv civilnog stanovništva’ smatra se delovanje koje se zasniva na izvršenju više radnji preciziranih u stavu 1. ovog člana, a koje se preduzimaju protiv civilnog stanovništva, kao takvog, pri čemu je ovakvo delovanje proisteklo na osnovu ili povodom političkog programa države ili kakve druge organizacije koja je svojim programom podstrekavala da se takvo delo izvrši.“⁶⁹

U predmetu *The Prosecutor v. Germain Katanga* veće je konstatovalo da Statut i Elementi zločina ne definišu značenje termina „organizacija“, ali da tekst ova dva osnovna dokumenta jasno upućuje na dva preliminarne nalaza. Pravi se razlika između države i organizacije, jer se koristi disjunktivni veznik „ili“.⁷⁰ Organizacija treba da ima dovoljno sredstava da promoviše i ohrabruje napad, jer je u Elementima zločina rečeno da organizacija ili država mora „aktivno da promoviše ili ohrabruje“ napad protiv civilnog stanovništva.⁷¹ Veće polazi od običnog značenja termina „organizacija“ koje stavlja, zatim, u kontekst. Pozivom na neke lingvističke izvore veće nalazi da termin „organizacija“ znači „udruženje, bez obzira da li njime upravljaju

⁶⁸ *Prosecutor v Ruto & Sang* (Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal), Reasons of Judge Fremr, para 148.

⁶⁹ Sl. list SRJ, Međ. ug. 5/2001. U engleskom originalu propis glasi: (a) „Attack directed against any civilian population’ means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack.“

⁷⁰ *The Prosecutor v. Germain Katanga*, No. ICC-01/04–01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, para 1117.

⁷¹ *Ibidem*.

institucije, koje sebi postavljaju posebne ciljeve.⁷² Radi utvrđivanja jasnih kontura značenja ovog termina, veće analizira kontekst. Ono je zapazilo da je organizacija u članu 7. (2) (a) vezana za napad na civilno stanovništvo, dakle za samo postojanje napada, a ne za njegovu sistematsku prirodu i rasprostranjenost i da je, zato, potrebno da organizacija raspolaže resursima, sredstvima i sposobnošću da dovede do izvršavanja napada ili operacije koja uključuje višestruko činjenje akata.⁷³ Dovoljno je, zato, kaže veće, da organizacija ima set struktura ili mehanizama, bez obzira kakvi su, koji su dovoljno efikasni da obezbede koordinaciju za izvršavanje napada.⁷⁴ Imajući u vidu moderno asimetrično ratovanje, veće kaže, da se ne može isključiti da privatni entitet, sastavljen od grupe ljudi ima za cilj napad na civilno stanovništvo, dakle grupa koja ne poseduje razvijene strukture koje bi se mogle opisati kao kvazi država.⁷⁵ Karakteristike sistematičnosti i rasprostranjenosti napada ne impliciraju, kaže veće, da organizacija mora da bude strukturirana po obličju države.⁷⁶ Dovoljni su, prema mišljenju veća, sposobnost za preduzimanje akcije, uzajamni sporazum i koordinacija, kao i članstvo, sredstva i resursi koji omogućuju napad.⁷⁷ Pored običnog značenja i konteksta, veće konsultuje običajna pravna pravila – opštu praksu prihvaćenu kao pravo – kako su identifikovana od *ad hoc* tribunala. Ovi su potvrdili da su nedržavni akteri takođe mogući izvršioci zločina protiv čovečnosti.⁷⁸ Osvrćući se na predmet i cilj Statuta, veće primećuje da restriktivno razumevanje organizacije kao kvazi države ne bi bilo u skladu sa ciljem – kažnjavanjem najtežih zločina.⁷⁹

Imajući u vidu ishod u ovom predmetu, kao i mogućnost da se kasnije jave slični slučajevi masovnog stradanja civila u rasprostranjenim i sistematskim napadima, a iza kojih ne bi stajala neka organizacija, što bi prema aktuelnom tumačenju isključilo zločin protiv čovečnosti i ostavilo stradale civile bez pravde, sudija Eboe-Osui preispituje tumačenje izraza „politički program“ i „organizacija“ iz člana 7. (2) (a). On istražuje da li bi termin „politički program“ mogao da znači „koordinirani tok akcije“ bez obzira na broj saučenika. Pita se da li bi koncept napada na civilno stanovništvo mogao da uključi ponašanje jednog pojedinca, koji je izvršio višestruke opsežne napade protiv nevinih civila na sistematski način ili jedan planiran

⁷² *Ibidem*, para 1119.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*, para 1120.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*, para 1121.

⁷⁹ *Ibidem*, para 1122.

napad velikih razmera koji je naneo rasprostranjene povrede civilnom stanovništvu.⁸⁰ Imajući u vidu predmet i, naročito, cilj Statuta smatra da bi takvo tumačenje bilo ne samo ispravno nego i moguće. Nije se ustezao da primeti da je moguće da su ugovornice napravile grešku u formulisanju člana 7. (2) (a).⁸¹

Da bi se razumeli motivi sudije Eboe-Osuji trebalo bi se kratko osvrnuti na činjenice predmeta. U Keniji se ponavljalo postizborno etničko nasilje 1992., 1997., i 2007., koje je uključivalo civilne žrtve i koje je karakterisalo nekažnjivost. Pošto je Međunarodni krivični sud počeo istragu protiv dvojice osumnjičenih, postizborno nasilje je značajno smanjeno. Dvojica optuženih su oslobođeni zbog nedostatka dokaza i kompromitovanja dokaznog postupka. Jedan od ključnih stubova njihove odbrane bio je da nema zločina protiv čovečnosti, jer oni nisu sproveli politiku države niti neke organizacije. Postojala je sumnja da su iza nasilja stajali politički lideri. Motiv sudije Eboe-Osuji je bio, verovatno, da u situaciji kada nije bilo dokaza da je zaista postojala neka organizacija koja je stajala iza nasilja, a koja bi imala atribute koje je odredio Međunarodni krivični sud za postojanje organizacije, i kada bi oslobađajuća presuda mogla da podstakne na nova postizborna nasilja, trebalo je nešto učiniti da se to spreči. Motiv je bio da odluka Međunarodnog krivičnog suda ima preventivno dejstvo. Ukoliko bi se ponovilo postizborno nasilje, njegovo tumačenje bi svakako olakšalo međunarodnom tužiocu da pokrene novu istragu, čak iako ne bi bilo dokaza da neka organizacija stoji iza nasilja.

U tom pravcu ide i mišljenje sudije Fremr-a koji je, pozivom na uporednu praksu država, koji je našao da preterano striktna formulacija načela *ne bis in idem* iz člana 20. Statuta nije više saglasna sa savremenim krivičnim zakonima u brojnim zemljama, te je ostavio mogućnost novog suđenja, ako se nađu dokazi.⁸² Ako bi se ponovilo nasilje i ako opet ne bi bilo dokaza o tome da je nasiljem upravljala organizacija a ne pojedinci, svejedno, ako bi se prihvatilo tumačenje sudije Eboe-Osuji novo suđenje bi bilo moguće.

ANALIZA IZLOŽENIH PREDMETA

Akosedva predmeta Evropskog suda za ljudska prava uporede sa nekim drugim ranijim predmetima, koji su se odnosili na druga ljudska prava, može da se primeti razlika u pristupu Evropskog suda u pogledu kvaliteta koje zakon treba da zadovolji.

⁸⁰ *Prosecutor v Ruto & Sang* No.: ICC-01/09-01/11, 5. april 2016. (Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal), Reasons of Judge Eboe-Osuji, para 302.

⁸¹ V. iscrpan prikaz ovog tumačenja kod R. Etinski, op. cit., 407-414.

⁸² *Prosecutor v Ruto & Sang* (Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal), Reasons of Judge Fremr, para 148.

Može, tako, da se predpostavi da rigoroznost kojom Sud ispituje te kvalitete zavisi od prirode ili važnost nekog ljudskog prava. Pitanje kvaliteta koje zakon treba da poseduje da bi bio u saglasnosti sa zahtevom pravne sigurnosti postavljeno je relativno rano u praksi Evropskog suda u predmetu *Sandey Tajms* 1979. godine. U tom predmetu pitanje je postavljeno u kontekstu propisa *common law*-a, dakle britanskog nepisanog prava, kojim se štiti neometano vođenje sudskog postupka. Evropski sud je tu ustanovio dva zahteva u pogledu kvaliteta zakona. Prvi zahtev se odnosio na dostupnost zakona, dakle na to da građanin treba da ima na raspolaganju pravnu indikaciju koja je adekvatna u okolnostima pravnih pravila u datom slučaju.⁸³ Drugi zahtev se odnosi na to da pravno pravilo treba da bude dovoljno jasno formulisano tako da omogući građaninu da upravlja svojim ponašanjem. Građanin treba da bude sposoban da, ako je potrebno uz stručni savet, predvidi, u obimu koji je razuman u datim okolnostima, posledice koje data aktivnost može da ima.⁸⁴ Plenarno veće je, dalje, primetilo u tom predmetu, da ove posledice ne treba da budu predvidljive sa apsolutnom sigurnošću, jer iskustvo pokazuje da to nije moguće.⁸⁵ Pored toga, Plenarno veće je tada primetilo, i to je naročito važno za našu analizu, da iako je izvesnost u pravu veoma poželjna, ona ne bi smela da se pretvori u pravnu rigidnost i da onemogući da se pravo drži koraka sa promenljivim okolnostima.⁸⁶ Prema tome, kaže Plenarno veće, mnogi zakoni su nužno sačinjeni od termina koji su u većem ili manjem obimu nejasni i čije tumačenje i primena jesu stvar prakse.⁸⁷

U predmetu *Medvedjev* Veliko veće je naglasilo značaj načela pravne sigurnosti u kontekstu lišenja slobode.⁸⁸ Pozivajući se na svoju praksu sa kraja devedesetih i početka 2000-tih godina, Veliko veće kaže da je od suštinskog značaja da uslovi lišenja slobode na osnovu domaćeg i/ili međunarodnog prava budu jasno definisani i da samo pravo bude predvidljivo u svojoj primeni. To znači da pravo treba da zadovolji standard „zakonitosti“ uspostavljene Konvencijom, „standard koji zahteva da celokupno pravo bude dovoljno precizno da izbegne sve rizike arbitrarnosti i da omogući građanima – ako je potrebno uz odgovarajući savet – da predvide, do nivoa koji je razuman u okolnostima slučaja, posledice koje data aktivnost može da uzrokuje.“⁸⁹

⁸³ *The Sunday Times v. The United Kingdom* (pred.. br. 6538/74) Presuda 26 april 1979, para 49.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Medvedjev*, para 80.

⁸⁹ *Ibidem*.

Postoji značajna razlika u pogledu definisanja kvaliteta zakona, odnosno prava u predmetu *Sandey Tajms* i *Medvedjev*. U drugom predmetu se ne pominju okolnosti slučaja, koje mogu da budu relevantne za određivanje kvaliteta prava, niti se pominje potreba izbegavanja rigidnosti. Evropski sud za ljudska prava razvio je, tako, bar dve formulacije kvaliteta koje treba da ispunjava pravo, saglasno načelu pravne izvesnosti, jednu „tvrđu“ za potrebe člana 5. Evropske konvencije⁹⁰ i drugu „mekšu“ za potrebe drugih članova.⁹¹ Tvrđa varijanta nije, dakle, prvi put korišćena u predmetu *Medvedjev*, ali je u tom predmetu prvi put primenjena u okolnostima akcije države na otvorenom moru, dakle u novim, specifičnim okolnostima.

U literaturi prevladaju neutralni ili pozitivni pristupi presudama Evropskog suda za ljudska prava u dva predstavljena predmeta.⁹² Jedna autorka je usamljena u svom kritičkom i negativnom pristupu. Ona navodi u vezi sa predmetom *Medvedjev* da je opšte prihvaćeno u doktrini da termin „presretanje“ broda označava zaustavljanje broda, ukrcavanje na palubu, uzapćenje broda i tovara i hapšenje posade.⁹³ Ona kritikuje formalistički pristup obavezama država prema ljudskim pravima, koji je slep za konkretne okolnosti, i koji može da umanja delotvornost borbe protiv trgovine drogom na moru, piratstva i sličnih kriminalnih aktivnosti.⁹⁴

Videli smo, takođe, da su se članovi Velikog veća u predmetu *Medvedjev* podelili i da su odluke u pogledu kršenja stava 1. člana 5. i nekršenja stava 3. istog člana donete većinom glasova. Nije bilo sporno da međunarodnopravni akt, u konkretnom slučaju sporazum zaključen razmenom diplomatskih nota između Kambodže i Francuske, može da bude pravni osnov lišenja slobode u smislu stava 1. člana 5., ali je bilo sporno da li kambodžanska nota iz 2002. godine, ima kvalitete koje treba

⁹⁰ Npr. *Steel and Others v. The United Kingdom* (pred. Br. 24838/94), Presuda od 23 septembra 1998, para 54.

⁹¹ Npr. *Kudrevičius and Others v. Lithuania* (pred. br. 37553/05) Presuda od 15 oktobra 2015, para 109.

⁹² Gianmatteo Breda, Jean Paul Pierini, „Legal Issues Surrounding Maritime Counterdrug Operations and the Related Question of Detention as Highlighted in the *Medvedyev and Others v. France* Decision of the European Court of Human Rights“, *Military Law and Law of War Review*, vol. 47, no. 1, 2008, 167-198. Andreas Fischer-Lescano, Lena Kreck, „Piracy and Human Rights: Legal Issues in the Fight against Piracy within the Context of the European Operation *Atalanta*“, *German Yearbook of International Law*, 52, 2009, 545. Papastavridis Efthymios, „European Court of Human Rights *Medvedyev et al v France* (Grand Chamber, Application No 3394/03) Judgment of 29 March 2010“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, no. 3, July 2010, 867-882.

⁹³ Marta Szuniewicz, „Problems and Challenges of the ECHR's Extraterritorial Application to Law-Enforcement Operations at Sea“, *International Community Law Review*, vol. 17, no. 4-5, 2015, 459.

⁹⁴ *Ibidem*, 473.

da ima zakon, a kako ih je odredio Evropski sud, dakle kvalitete dostupnosti, dovoljne određenosti i predvidljivosti. Većina sudija je smatrala da to nije bio slučaj, dok je manjina pozivala na realnost u konkretnim specifičnim okolnostima. Većina je, naravno, bila svesna važnosti borbe protiv trgovine drogom, ali je smatrala da i u okolnostima borbe protiv trgovine drogom na moru, uslovi lišenja slobode moraju da budu jasno i precizno određeni. Sa druge strane, većina je priznala relevantnost posebnih okolnosti dešavanja na moru u vezi sa transportom uhapšenih osoba brodom do Francuske u trajanju od 16 dana bez izvođenja pred istražnog sudiju i nije smatrala taj period povredom obaveze da se lice lišeno slobode izvede pred sudiju „bez odlaganja.“

U vezi sa prvom odlukom o postojanju kršenja stava 1. člana 5. može da se postavi pitanje da li lica koja su umešana u trgovinu drogom mogu da očekuju da će biti uhapšeni? Bez obzira na konkretne pravne propise, teško je pretpostaviti da neko ko učestvuje u prenosu droge morem ne može da predvidi da može da bude uhapšen, ako njegov brod bude presretnut i ako droga bude otkrivena. Čak i ako bi taj bio ekspert za pravo mora i znao za postojeću prazninu u pravu mora u pogledu trgovine drogom, odnosno da ratni brod druge države ne sme da zaustavi trgovački brod kada sumnja da ovaj prenosi drogu, ili ako bi dobio takvo mišljenje nekog pravnog eksperta, opet ne bi mogao da bude siguran da država zastave koju brod vije neće dati pristanak drugoj državi da njen ratni brod presretne i pretrese brod, što se u ovom predmetu zaista desilo. Sadžaj note nije, međutim, bio dovoljno precizan. Kambodža je ovlasila Francusku da preduzme mere prema brodu, ali ne i da hapsi članove posade. Ali i da je nota sadržala izričito ovlašćenje u pogledu hapšenja članova posade, ona opet ne bi ispunjavala kvalitet koje je utvrdio Sud, ne bi bila dostupna. Da je nota bila odmah objavljena ona bi, kako je to primetila manjina sudija, mogla da kompromituje celu akciju. U konkretnim okolnostima Francuska je bila lišena mogućnosti da preduzme akciju na otvorenom moru protiv trgovaca drogom, a da pri tom ne povredi stav 1. člana 5. Evropske konvencije. Može da se postavi pitanje šta bi bilo saglasnije predmetu i cilju Evropske konvencije – preduzimanje akcije radi suzbijanja trgovine drogom na moru ili ne preduzimanje? Sa druge strane, imajući u vidu savremene telekomunikacione i transportne mogućnosti, Francuska je mogla da obezbedi kontakt uhapšenih sa braniocima i njihovo pojavljivanje pred sudijom i pre nego što je brod doveden do francuske teritorije. Bilo je više razloga da Veliko veće nadje da je svojim nedelovanjem Francuska povredila svoju obavezu iz stava 3. člana 5. u pogledu izvođenja uhapšenih lica bez odlaganja pred sudiju. Bilo je više opravdanja da se posebne okolnosti dešavanja na otvorenom moru uvažavaju u pogledu stava 1. nego stava 3.

Sledeći tumačenje stava 1. člana 5. u predmetu *Medvedjev*, veće je otišlo još dalje u pogrešnom pravcu u predmetu *Hasan*. U tom predmetu veće je našlo da je postojao pravni osnov u Rezoluciji Saveta bezbednosti br. 1816, da je zahtev predvidljivosti ispunjen, ali da tada važeće francusko pravo nije sadržavalo odgovarajuće propise o postupku lišavanja slobode na otvorenom moru. U prilog ovog stava veća išao je cirkular Ministra pravde Francuske u kome je rečeno da su ti propisi doneti tek 2011. godine. U ovom predmetu veće podiže standard zakonitosti hapšenja, zahtevajući da nacionalno pravo ispunjava standarde, iako se akt hapšenja obavlja na osnovu međunarodnog prava. Rezolucijom Saveta bezbednosti je predviđena primena člana 105. Konvencije UN o pravu mora, a ovaj član izričito omogućava hapšenje pirata. Pirati su, dakle, uhapšeni na osnovu izričitog međunarodnog propisa, koji je bio dostupan i koji je zajedno sa Rezolucijom obezbeđivao predvidljivost. Pirati, koji su delovali u vodama oko obala Somalije su znali ili su, svakako, mogli da znaju da mogu biti uhapšeni u teritorijalnim vodama Somalije od strane oružanih snaga druge države. Sa malim kašnjenjem oni su izvedeni pred istražnog sudiju u Francuskoj. Nije lako razumeti šta tu nije bilo u skladu sa stavom 1. člana 5. Propisi o hapšenju koje je Francuska donela 2011. godine, doneti su kako bi se francusko pravo usaglasilo sa presudom Evropskog suda u predmetu *Medvedjev*.⁹⁵ Presuda u predmetu *Medvedjev* doneta je 2010. godine, a hapšenje u predmetu *Hasan* se dogodilo 2008. godine. Može da se kaže da je veće primenilo retroaktivno tumačenje Evropskog suda iz 2010. na akt iz 2008, što nije saglasno sa načelom pravne sigurnosti.

Veće Međunarodnog krivičnog suda išlo je u sasvim drugom pravcu u predmetu *Tužilac v. Ruto & Sang*. Ono je uvelo novi procesni institut „*no case to answer*,” koji nije eksplicitno naveden u Statutu i koji optužena lica ostavlja u nezvesnosti. Ona nisu oslobođena optužbe, niti su osuđena, već ostaje mogućnost novog suđenja. To svakako nije nešto što ide u prilog njihovoj pravnoj sigurnosti. Mišljenja sudija Fremr-a i Eboe-Osuji-a, koji su činili većinu u veću, dalje snižavaju nivo pravne sigurnosti. Sudija Fremr smatra da je formulacija načela *ne bis in idem* u Statutu prevaziđena i da razvoj krivičnopravnog zakonodavstva u državama članicama ide u pravcu ostavljanja mogućnosti da se vodi novi postupak, ako se dođe do novih dokaza. Sudija Eboe-Osuji tumači propise o zločinu čovečnosti u članu 7. Statuta na način da taj zločin može da izvede pojedinac bez učešća neke organizacije, što je suprotno tekstu člana 7. Obojica sudija su bila motivisana potrebom za preventivnom akcijom protiv ponavljanja postizbornog nasilja u Keniji koje je odnosilo ljudske živote. Oni su, dakle, dali prednost opštoj sigurnosti pred pravnom sigurnošću.

⁹⁵ Marta Bo, op. cit., 554.

Pristup veća Međunarodnog krivičnog suda u predmetu *Tužilac v. Ruto & Sang* je potpuno suprotan pristupu Evropskog suda za ljudska prava u predmetima *Medvedjev* i *Hasan*. Navedeni predmeti nisu sasvim uporedivi u pogledu prava i činjenica, ali sva tri predmeta obuhvataju odnos opšte sigurnosti i pravne sigurnosti, dakle odnos čije razmatranje čini predmet ovog članka. Podižući standarde koje pravo treba da ispuni u velike visine, Evropski sud za ljudska prava je dao primat pravnoj sigurnosti. Suprotno tome, veće Međunarodnog krivičnog suda je relativizovalo standarde koje pravo treba da ispuni u pogledu pravne sigurnosti i stavilo je težište na opštu sigurnost.

ZAKLJUČCI

Tekst je posvećen razmatranju odnosa između opšte i pravne sigurnosti. Pod opštom sigurnošću razume se situacija u kojoj su zaštićeni ljudski život, dostojanstvo, porodica, dom, imovina i druga osnovna prava. Pravna sigurnost obuhvata različite elemente kao što su dostupnost i jasnost prava, predvidljivost u pogledu dejstva prava i delanja državne vlasti ili načela *res judicata* ili *ne bis in idem*. Pravna sigurnost je svakako komponenta opšte sigurnosti. Sa druge strane, važan element opšte sigurnosti je ispravan odnos između zaštite pravne sigurnosti i osnovnih ljudskih dobara, kao što su život, dostojanstvo itd.

Odnos između opšte i pravne sigurnosti je ispitivan kroz uporednu analizu presuda u dva predmeta Evropskog suda za ljudska prava – *Medvedjev* i *Hasan* – i presude i mišljenja sudija u predmetu Međunarodnog krivičnog suda – *Tužilac v. Ruto & Sang*. Analizirani predmeti nisu sasvim uporedivi u pogledu činjenica i prava, ali sva tri se tiču predmeta ovog članka, dakle odnosa opšte i pravne sigurnosti. Analiza pokazuje suprotne pristupe dva međunarodna suda u odnosu pravne i opšte sigurnosti. Evropski sud za ljudska prava je u navedena dva predmeta stavio naglasak na pravnu sigurnost, dok je veće Međunarodnog krivičnog suda dalo prednost opštoj sigurnosti.

Moguće je da Evropski sud za ljudska prava nije uspostavio pravu ravnotežu između nekih visokih standarda pravne izvesnosti i opšte sigurnosti u posebnim, konkretnim okolnostima tih predmeta. Visoki standardi pravne izvesnosti, dakle dostupnost i transparentnost prava, dovoljna preciznost koja omogućava predvidljivost dejstva prava i sl. su naročito važni u pitanjima koja nisu jasna laicima. U stvarima kao što je trgovina drogom ili piraterija ona nemaju nužno tako veliki značaj. U takvim oblastima oni mogu da služe za traženje „rupa u zakonu“ za bavljenje nedozvoljenim aktivnostima, a Evropska konvencija o ljudskim pravima nije doneta radi tog cilja. Dva predmeta pokazuju da dosledno, odnosno jednako

tumačenje prava, što je jedan od elemenata pravne izvesnosti, može, u nekim slučajevima da daje loš rezultat. Tumačenje stava 1. člana 5. Evropske konvencije u predmetu *Medvedjev* je podelilo sudije i nije uvažilo posebne okolnosti slučaja. Ono je značajno pogoršano u predmetu *Hasan*.

Moguće je da Evropski sud za ljudska prava deluje ponekad kao „učitelj“ ljudskih prava i da svojim presudama podučava države kako da unaprede poštovanje ljudskih prava. Moguće je da je to bio slučaj i u navedena dva predmeta. Francuska je obavezana presudama u ova dva predmeta da plati naknadu štete u iznosu o nekoliko hiljada evra. Podnosioci predstavki su dobili relativno mala novčana obeštećenja za povrede člana 5. Efekti predmeta sa stanovišta podnosioca predstavki su bili gotovo simbolički. Francuska i druge pomorske države ugovornice Evropske konvencije će dopuniti svoje propise o hapšenju lica na moru saglasno navedenim presudama.

S druge strane, visoki standardi u pogledu određenosti i preciznosti prava, koji su primenjeni u ovim presudama Evropskog suda za ljudska prava, mogu da budu zloupotrebjeni u nekim ugovornicama Evropske konvencije o ljudskim pravima. Previsoki standardi u pogledu određenosti i preciznosti pravnih pravila mogu da ugroze stvarnu zaštitu ljudskih prava omogućujući da počinioци teških krivičnih dela u nekim situacijama ostanu nekažnjeni.

Prof. Dr. RODOLJUB ETINSKI
Full Professor, University Donja Gorica,
University of Novi Sad

COMPLEXITY OF RELATIONSHIP BETWEEN LEGAL
AND GENERAL SECURITY: COMPARATIVE ANALYSIS OF
APPROACHES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

The legal security is an important component of general security. The general security includes, *inter alia*, protection of human life, dignity, family, privacy and other basic rights. The general security requires, also, a proper relationship between legal security and other components of general security. The article explores the relationship through comparative analysis of two cases of the European Court of Human Rights – *Medvedyev* and *Hassan* – and the case of the International Criminal Court - *Prosecutor v Ruto & Sang*. The cases are not quite comparable by fact and law, but substantial issue of all three cases was the relationship between legal and general security. The article argues that the European Court of Human Rights favored legal security and that the International Criminal Court gave primacy to general security. The message of the article is that too high standards regarding qualities of law, as applied by the European Court of Human Rights in the mentioned cases, may diminish general security.

Key words: legal security, general security, human rights

Literatura

- Bertea S., „Towards a New Paradigm of Legal Certainty“, *Legisprudence*, vol. 2, no. 1, 2008.
- Bo M., „Hassan and Others v. France; Ali Samatar and Others v. France“, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 30, no. 3, 2015.
- Breda G., Pierini, J. P., „Legal Issues Surrounding Maritime Counterdrug Operations and the Related Question of Detention as Highlighted in the Medvedyev and Others v. France Decision of the European Court of Human Rights“, *Military Law and Law of War Review*, vol. 47, no. 1, 2008.
- Brian W., „Human Rights and Maritime Law Enforcement“, *Stanford Journal of International Law*, vol. 52, no. 2, 2016.
- Etinski R., *Tumačenje međunarodnih ugovora: pravila i praksa*, Univerzitet Donja Gorica, Podgorica, 2020.
- Fischer-Lescano A., Kreck. L., „Piracy and Human Rights: Legal Issues in the Fight against Piracy within the Context of the European Operation Atalanta“, *German Yearbook of International Law*, 52, 2009.
- Gerkens J-F., „Legal Certainty v Legal Precision“, *Fundamina*, vol. 16, no. 1, 2010.
- Papastavridis E., „European Court of Human Rights Medvedyev et al v France (Grand Chamber, Application No 3394/03) Judgment of 29 March 2010“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, no. 3, July 2010.
- Szuniewicz M., „Problems and Challenges of the ECHR's Extraterritorial Application to Law-Enforcement Operations at Sea“, *International Community Law Review*, vol. 17, no. 4-5, 2015.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 22.09.2021.
Prihvaćen: 10.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

IVANA KRSTIĆ

PRAVO NA DRŽAVLJANSTVO ZA OSOBE POD MEĐUNARODNOM ZAŠTITOM

Rad se bavi pristupom državljanstvu za lica pod međunarodnom zaštitom, odnosno za izbeglice i lica sa supsidijarnom zaštitom. U prvom delu se govori o značaju državljanstva koje se posmatra kroz prizmu ljudskih prava. Takođe se navodi i član 34. Konvencije o statusu izbeglica koji nameće državama ugovornicama određene obaveze u ovoj oblasti: 1) da u najvećoj mogućoj meri omoguće naturalizaciju; 2) da ubrzaju postupak naturalizacije i 3) da u najvećoj mogućoj meri smanje takse i troškove tog postupka. U radu je dat uporedno-pravni prikaz koji je ilustrovao da najveći broj država uvodi posebnu odredbu o sticanju državljanstva za lica pod međunarodnom zaštitom, da su pojedini uslovi olakšani (neprekinut i zakonit boravak u kraćem trajanju od opšteg režima), da se često odustaje od odredbe o odricanju prethodnog državljanstva i upotrebi službenih dokumenata iz zemlje porekla. S druge strane, od ovih lica se traži da ne predstavljaju rizik po bezbednost države te da nemaju krivični dosije, ili da ga imaju samo za lakša krivična dela, kao i da pokažu da su se integrisala u novo društvo. U Republici Srbiji lica koja su dobila međunarodnu zaštitu ne mogu ostvariti i pravo na pristup državljanstvu. Autorka kritikuje ovu nemogućnost i nudi rešenja u vidu izmene relevantnih zakona kako bi Republika Srbija odgovorila na svoje međunarodne obaveze i omogućila naturalizaciju i punu integraciju ovih lica.

Ključne reči: državljanstvo, izbeglice, naturalizacija, boravak, stalno nastanjenje

U V O D

Državljanstvo predstavlja pravnu vezu pojedinca i države, koja je veoma jaka jer omogućava pojedincu sticanje svih prava i zaštitu kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom nivou. Ona najmanje podrazumeva njegovo pravo da boravi

Prof. dr Ivana Krstić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ikrstic@ius.bg.ac.rs.

u toj državi, kao i da mu ne bude zabranjen ulazak u nju, ili da iz nje bude prote-
ran.¹ Iako nema jasne definicije državljanstva, ilustrativan je stav Međuameričkog
suda za ljudska prava da je u pitanju „politička i pravna veza koja povezuje poje-
dinca sa konkretnom državom i obavezuje ga da prema njoj bude lojalan i veran,
čime ostvaruje pravo na diplomatsku zaštitu.“² Takođe, državljanstvo dozvoljava
državi da proširi svoju suverenost do određenog stepena jer je odgovorna za svoje
državljanke koji se nalaze u inostranstvu.³ Međutim, ova veza između pojedinca i
države mora biti stvarna i efektivna, a može se ostvariti rođenjem, prebivalištem
ili poreklom.⁴

Za razliku od apatrida koji nemaju takvu vezu sa državom, lica koja se nalaze
pod međunarodnom zaštitom ne ostvaruju ovu vezu sa državom porekla.⁵ Zato je
njihov položaj na međunarodnom planu specifičan, a prestanak izbegličkog statusa
u vidu dobijanja novog državljanstva države prijema usled postojećih kriza u dr-
žavama koje generišu izbeglice, postaje sve realnije rešenje. Međutim, neke države
imaju restriktivna rešenja u pogledu mogućnosti za dobijanje državljanstva za izbe-
glice, iako bi za njih ova mogućnost morala postojati i biti relativno brza.⁶ Razloge
treba tražiti, pre svega, u tome da su ova lica progonjena od strane sopstvene države
ili se suočavaju sa pretnjama po sopstveni fizički i psihički integritet, kao i da imaju
potrebu za učesćem u političkom životu zajednice.⁷ Treba imati u vidu da veliki
broj izbeglica dugi vremenski period nije u prilici da se vrati u zemlju porekla,
a većina nije ni motivisana za povratak zbog pretrpljenog straha i bola.⁸ Takođe,
brojne međunarodne konvencije ukazuju na potrebu smanjenja apatridije i prizna-
nja državljanstva osobama koje nemaju državljanstvo, a izbeglice se mogu smatrati

¹ Bridget Anderson, „Citizenship: What is It and Why Does It Matter?“, *The Migration Ob-
servatory*, 28 March 2011.

² *Castillo-Petruzzi et al v. Peru*, IACHR [ser.C] No. 52, presuda od 30. maja 1999., para 99.

³ Više o granicama, izbeglicama i državljanstvo v. u Randall Hansen, „State Controls: Bor-
ders, Refugees, and Citizenship“, *The Oxford Handbook on Refugee and Forced Migration Studies*
(eds. Elena Fiddian-Qasimiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona), June 2014.

⁴ V. International Court of Justice, Nottebohm (*Liechtenstein v. Guatemala*), Judgment of
6 April. 1955.; European Convention on Nationality, European Treaty Series – No. 166, Strasbourg
6.11.1997.

⁵ Više o političkim i ideološkim osnovama apatridije kroz prizmu izbeglištva v. u *Refugees
Now* (eds. Kelly Oliver, Lisa M. Madura, Sabeen Ahmed), Rowman & Littlefield, 2019.

⁶ Više o tome, David Owen, „Citizenship and the marginalities of migrants“, *Critical Review
in Social and Political Philosophy*, vol, 16, 2013, 326-343.

⁷ Matthew Price, *Rethinking Asylum*, Cambridge University Press, 2009, 248.

⁸ David Owen, „Refugees, EU Citizenship and the Common European Asylum System, a
Normative Dilemma for EU Integration“, *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 22, 2019, 349.

de facto apatridima jer ne uživaju zaštitu sopstvene države. S druge strane, država azila u odnosu na njih ima *loco civitatis*, što implicira posebnu obavezu da prizna da su ova lica pretrpela progon i da su ranjiva u odnosu na zemlju azila.⁹

U radu su obuhvaćene izbeglice i lica koja su dobila supsidijarnu zaštitu, jer se radi o dve kategorije lica kojima je priznata međunarodna zaštita.¹⁰ Pod izbeglicom se podrazumeva lice koje se zbog opravdanog straha od progona zbog svoje rase, veroispovesti, nacionalne pripadnosti, pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili zbog svojih političkih uverenja, ne nalazi u državi svog porekla i nije u mogućnosti ili zbog tog straha ne želi da se stavi pod zaštitu države, kao i lice bez državljanstva koje se nalazi izvan države svog uobičajenog boravišta i koje ne može ili zbog tog straha ne želi da se vrati u tu državu.¹¹ Pod licem koje uživa supsidijarnu zaštitu podrazumeva se lice koje se ne kvalifikuje kao izbeglica, ali kod kojeg postoje značajni razlozi za verovanje da bi osoba, ako se vrati u zemlju porekla, ili u slučaju lica bez državljanstva u zemlju u kojoj je ranije boravila, suočila sa stvarnim rizikom da pretrpi ozbiljnu štetu.¹²

PRAVO NA DRŽAVLJANSTVO U MEĐUNARODNIM STANDARDIMA

Opšti univerzalni instrumenti

Pravo na državljanstvo predstavlja deo korpusa o ljudskim pravima. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima u članu 15. stav 1. svakom licu garantuje pravo na državljanstvo.¹³ Dalje, Univerzalna deklaracija zabranjuje arbitrarno lišavanje državljanstva ili odricanje od prava da lice promeni državljanstvo.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima ima nešto drugačiji pristup kod pitanja državljanstva, te u članu 24. stav 3. garantuje svakom detetu pravo na državljanstvo.¹⁴ Komitet za ljudska prava, telo osnovano radi nadzora nad

⁹ Više o ovome, David Owen, „In Loco civitatis: on the normative structure of refugeehood and the international refugee regime“, *Migration in political theory* (eds. Sarah Fine, Lea Ypi), Oxford University Press, 2016, 269-290.

¹⁰ V. član 2. b) EU Kvalifikacione direktive. Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011. on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast).

¹¹ Član 2. A. stav 2. Konvencije o statusu izbeglica.

¹² Član 2. f) EU Kvalifikacione direktive.

¹³ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Rezolucija Generalne skupštine 217, 10. decembar 1948.

¹⁴ *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/1971.

implementacijom prava koja su garantovana samim Paktom, dalo je detaljnije tumačenje ovog člana u Opštem komentaru br. 17.¹⁵ Tako Komitet navodi da je cilj ove odredbe da spreči situaciju u kojoj bi dete uživalo manju zaštitu zbog apatridije, ali ne uvodi ni obavezu države da prizna državljanstvo svakom detetu koje se rodi na njejoj teritoriji.¹⁶ S druge strane, od država se očekuje da usvoji sve odgovarajuće mere, sopstvene ili u saradnji sa drugim državama, kako bi obezbedile da svako dete ima državljanstvo, bez diskriminacije po osnovu državljanstva jednog ili oba roditelja.¹⁷

I Konvencija o pravima deteta dalje uređuje ovo pitanje u članu 7. gde se precizira da se dete prijavljuje odmah nakon rođenja i da od tog momenta ima pravo na državljanstvo.¹⁸ Konvencija nalaže državama da obezbede ostvarivanje ovog prava u skladu sa nacionalnim propisima, ali i svojim međunarodnim obavezama, posebno ukoliko bi dete dospelo u rizik od apatridije.

Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena u članu 9. nalaže državama članicama da priznaju ženama jednaka prava kao i muškarcima na sticanje, promenu i zadržavanje državljanstva, naročito u slučaju sklapanja braka sa stranim državljaninom ili promene državljanstva supruga tokom trajanja braka.¹⁹ Posebno se traži preduzimanje mera kako žena u takvim situacijama ne bi postala lice bez državljanstva, odnosno bila prisiljena da uzme državljanstvo svog supruga. Takođe, Konvencija garantuje ženama jednaka prava, kao i muškarcima, u pogledu državljanstva dece. Ovo pitanje je dalje regulisano u Opštem komentaru br. 21 Komiteta za eliminaciju diskriminacije žena,²⁰ gde se posebno naglašava da je državljanstvo od kritične važnosti za puno učešće u društvu.²¹ Prvi put se posebno ukazuje na činjenicu da države obično daju državljanstvo onim licima koja su rođena na njejoj teritoriji, ali da to može biti i iz humanitarnih razloga, kao što je apatridija. Nema nje državljanstva onemogućava žene da koriste svoje pravo glasa, da uzmu učešće u javnim službama, a mogu ih dovesti i u situaciju da ne mogu da koriste socijalne programe, niti da promene mesto boravka. Komitet u Opštoj preporuci br. 32 dalje precizira da državljanstvo utiče i na slobodu kretanja, kao i na uživanje prava poput prava na obrazovanje, zdravstvenu zaštitu, imovinu i zaposlenje.²²

¹⁵ CCPR: General Comment No. 17, Article 24 (Rights of the Child), 7 April 1989.

¹⁶ *Ibidem*, para. 8.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/90.

¹⁹ *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/81.

²⁰ CEDAW, General recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations (1994).

²¹ *Ibidem*, 2.

²² CEDAW, General recommendation No. 32 on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women, 14 November 2014, para. 53.

Konačno, Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom u članu 18. garantuje slobodu kretanja i državljanstvo.²³ Od država se traži da osobama sa invaliditetom priznaju slobodan izbor boravišta i državljanstvo na ravnopravnoj osnovi sa drugima, uključujući pravo na sticanje i promenu državljanstva, odnosno zabranu lišenja državljanstva samovoljno ili zbog invaliditeta. Takođe, u Konvenciji se traži da ove osobe ne budu lišene mogućnosti da pribave, poseduju i koriste dokumentaciju u vezi sa njihovim državljanstvom, odnosno da iskoriste postupke, poput imigracionog, radi lakšeg ostvarenja prava na slobodu kretanja. Deci sa invaliditetom se garantuje da odmah po rođenju imaju pravo na sticanje državljanstva.²⁴

Navedeni međunarodni instrumenti ne garantuju pravo lica na konkretno državljanstvo, ali ukazuju da apatridija može uticati na uživanje niza ljudskih prava i da države treba da uvedu propise kojima će izjednačiti mogućnosti za sticanje i gubitak državljanstva, kao i propise kojima se izbegavaju situacije u kojima lice može ostati bez državljanstva, naročito deca.

Univerzalni specijalizovani instrumenti

Konvencija o statusu izbeglica iz 1951. godine predstavlja okosnicu izbegličke zaštite.²⁵ Konvencija definiše ko se smatra izbeglicom, kao i ko ne može uživati ovaj status, i garantuje listu prava koja pripadaju licu koje je dobilo međunarodnu zaštitu. U ova prava spadaju: nediskriminacija,²⁶ sloboda veroispovesti,²⁷ pravo na pokretnu i nepokretnu imovinu,²⁸ pravo na industrijsku i intelektualnu svojinu,²⁹ pravo udruživanja,³⁰ pravo na pravosuđe,³¹ sloboda kretanja,³² zabrana proterivanja.³³ Konvencija ne dira u ostala prava koja izbeglicama mogu pripadati na osnovu drugih međunarodnih instrumenata, kao što je i pitanje državljanstva. Ipak, i sama Konvencija u članu 34. traži od država da omoguće, u najvećoj mogućoj meri, asimilaciju i naturalizaciju izbeglica. Drugim rečima, Konvencija ne zahteva od država priznanje

²³ *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 42/2009.

²⁴ Član 18. stav 2. Konvencije.

²⁵ *Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 7/60.

²⁶ Član 3. Konvencije.

²⁷ Član 4. Konvencije.

²⁸ Član 13. Konvencije.

²⁹ Član 14. Konvencije.

³⁰ Član 15. Konvencije.

³¹ Član 16. Konvencije.

³² Član 26. Konvencije.

³³ Član 33. Konvencije.

državljanstva. Ipak, države će posebno nastojati da ubrzaju naturalizaciju i da smanje, u najvećoj mogućoj meri, takse i troškove tog postupka. Drugim rečima, iz Konvencije proizlazi da država treba u najvećoj mogućoj meri da olakša pristup državljanstvu, da taj postupak treba da bude ubrzan i da troškovi treba da budu manji nego u redovnim okolnostima. Olakšanje naturalizacije zahteva se i Statutom UNHCR-a, gde se traži od država da promovišu asimilaciju izbeglica, a posebno njihovu naturalizaciju.³⁴ Štaviše, i u Zaključcima Izvršnog komiteta UNHCR-a priznaje se potreba za trajnim i održivim rešenjima za izbeglice, koja uključuju njihovu integraciju.³⁵

Na međunarodnom planu su donete još tri specijalizovane konvencije koje se odnose na državljanstvo. Prva, Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva³⁶ garantuje određena prava licima koja nemaju pravnu vezu ni sa jednom državom. Između ostalog, član 32. nalaže državama da olakšaju, u granicama mogućnosti, asimilaciju i naturalizaciju ovih lica, kao i da omoguće ubrzanje i smanjenje troškova postupka za dobijanje državljanstva. Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva ima za cilj da motiviše države da dodele državljanstvo licu koje se nalazi na njihovoj teritoriji, a koje bi u suprotnom ostalo bez državljanstva.³⁷ Između ostalog, Konvencija kao jedan od uslova za dodelu državljanstva u ovom slučaju propisuje obavezu stalnog boravka za ovo lice tokom perioda koji odredi sama država, ali koji ne bi trebalo da bude duži od 5 godina neposredno pre podnošenja zahteva, niti duži od 10 godina ukupno.³⁸ Takođe se traži da lice nije bilo osuđivano za krivično delo protiv nacionalne bezbednosti i da nije osuđivano na zatvorsku kaznu od pet ili više godina za neko krivično delo.³⁹ Konačno, Konvencija o državljanstvu udate žene proklamuje da sklapanje i razvod braka, kao i promena državljanstva muža za vreme trajanja braka, ne mogu imati *ipso facto* dejstvo na državljanstvo žene.⁴⁰

Regionalni instrumenti

Za Republiku Srbiju od posebnog značaja su izvori doneti pod okriljem Saveta Evrope i Evropske unije.

³⁴ Statute of the Office of the United Nations Commissioner for Refugees, 14 December 1950, Art. 2, e).

³⁵ UNHCR, Conclusions adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees, 1975-2009, No. 1-109, para. 181.

³⁶ *Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 9/59.

³⁷ *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 8/2011.

³⁸ Član 1. stav 2. b) Konvencije.

³⁹ Član 1. stav 2. c) Konvencije.

⁴⁰ *Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 7/1958, član 1.

Izvori Saveta Evrope

Najznačajnija konvencija Saveta Evrope za zaštitu ljudskih prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima,⁴¹ ne garantuje pravo na državljanstvo, niti garantuje pravo na azil. Ipak, Evropski sud za ljudska prava se u svojoj jurisprudenciji bavio nekim aspektima koji imaju veze i sa naturalizacijom migranata/izbeglica, u vezi sa članom 8. Evropske konvencije, a posebno u pogledu dozvole boravka ili ozakonjenja njihovog statusa u zemlji prijema, odnosno visine takse za podnošenje zahteva za boravišnom dozvolom.⁴² Posebno se naglašava zaštita privatnog života migranata od neizvesnosti zbog neregulisanog statusa i boravka u stranoj zemlji, što zahteva od države preduzimanje pozitivnih mera za pružanje delotvornih i pristupačnih načina za zaštitu prava na privatni život.⁴³ Sud je pronašao povredu člana 8. Evropske konvencije i zbog raznih komplikacija, nastalih za lica bez državljanstva da regulišu pravni i boravišni status, što je negativno uticalo na njihovo uživanje prava na privatni život.⁴⁴ Iako Evropska konvencija ne garantuje pravo na državljanstvo, pojedini aspekti ovog pitanja poput arbitrarnog odbijanja državljanstva, mogu dovesti do kršenja člana 8. Evropske konvencije, posebno kada takvo odbijanje ima uticaj na privatni život.⁴⁵

S druge strane, pod okriljem Saveta Evrope doneta je Evropska konvencija o državljanstvu, koju Republika Srbija još uvek nije prihvatila. Ipak, i ova Konvencija je bazirana na dobro ustanovljenim principima: 1) da svako ima pravo na državljanstvo; 2) da treba izbegavati apatridiju; 3) da niko neće arbitrarno biti lišen državljanstva i 4) da brak ili razvod braka, odnosno promena državljanstva jednog supružnika, ne dovodi do automatskog uticaja na državljanstvo drugog supružnika.⁴⁶ Konvencija još sadrži neke važne principe, kao što su razuman rok za proceduru, pisano obrazloženje za odbijanje državljanstva, pravo na žalbu na odluku o odbijanju državljanstva.⁴⁷

Tokom vremena, Parlamentarna skupština i Savet Evrope donosili su preporuke koje su se odnosile na pitanje državljanstva, a posebno na državljanstvo

⁴¹ Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, br. 9/2003,5/2005, 7/2005, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 12/2010, 10/2015.

⁴² V. na primer, *G.R. v. the Netherlands*, predstavka br. 22251/07, presuda od 10. januara 2021; *Pormes v. the Netherlands*, predstavka br. 25402/14, presuda od 28. jula 2020.

⁴³ *Abuhmaid v. Ukraine*, predstavka br. 31183/13, presuda od 12. januara 2017, para. 118.

⁴⁴ *V. Hoti v. Croatia*, predstavka br. 63311/14, presuda od 26. aprila 2018; *Sudita Keita v. Hungary*, predstavka br. 42321/15, presuda od 12. maja 2020.

⁴⁵ V. na primer, *Genovese v. Malta*, predstavka br. 53124/09, presuda od 11. oktobra 2011.

⁴⁶ Član 4. Evropske konvencije o državljanstvu.

⁴⁷ Članovi 10-13. Evropske konvencije o državljanstvu.

izbeglica. Tako je u jednoj rezoluciji Parlamentarne skupštine iz 1969. godine od država traženo da olakšaju naturalizaciju, da široko tumače zakonske uslove za dobijanje državljanstva, posebno uzimajući u obzir njihov ukupan period boravka u zemlji porekla i činjenicu da su usvojili način života nove zajednice.⁴⁸ Od država se očekuje da smanje ili uklone zakonske prepreke za naturalizaciju, kao što je smanjenje roka na 5 godina kada je on duži, propisivanje razumnih troškova za obradu zahteva, razumni rok za donošenje odluke i zahteva da izbeglice dokažu gubitak svog prethodnog državljanstva.⁴⁹

Izvori Evropske unije

Povelja o osnovnim pravima u EU predstavlja glavni instrument za zaštitu ljudskih prava u Evropskoj uniji.⁵⁰ Povelja ne garantuje pravo na državljanstvo, ali priznaje pravo na azil (član 18.) i zabranjuje diskriminaciju po osnovu državljanstva (član 21. stav 2.).

Evropska unija je uspostavila tzv. zajednički evropski sistem azila i donela nekoliko direktiva kojima se ova oblast unifikuje na nivou organizacije. Direktiva o kvalifikaciji za međunarodnu zaštitu ima za cilj da harmonizuje uslove kojima se definiše ko može uživati međunarodnu zaštitu. Član 11. Direktive predviđa uslove za prestanak izbegličkog statusa, a kao jedan od njih predviđa se i sticanje novog državljanstva. Takođe, ubrzo nakon priznanja međunarodne zaštite, lice ima pravo na boravišnu dozvolu, koja mora biti važeća najmanje 3 godine i može se produžiti, osim ako ozbiljni razlozi nacionalne bezbednosti ili javnog poretka ne zahtevaju drugačije.⁵¹ Iako Direktiva ne priznaje pravo na državljanstvo za izbeglice, jasno je da ono predstavlja konačan izraz integracije izbeglice u novo društvo.

Direktiva o statusu trećih državljana koji imaju status stranca na trajnom boravku vodi ka harmonizaciji uslova za sticanje trajnog boravka stranaca, čime se promovise uzajamno poverenje država članica EU.⁵² Ovaj status priznaje se licima

⁴⁸ Parliamentary Assembly, Resolution 564 (1969), Acquisition by refugees of the nationality of their country of residence, 30 September 1969.

⁴⁹ *Ibidem*, para. 9.1. V. i Committee of Ministers, Recommendation no. R. (84) 21, on the Acquisition by Refugees of the Nationality of the Host Country, 14 November 1984.

⁵⁰ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2012/C 326/02.

⁵¹ Član 24. Kvalifikacione direktive.

⁵² Directive 2003/1090EC from 25 November 2003. concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

koji zakonito i kontinuirano borave na teritoriji države članice najmanje 5 godina.⁵³ Makar polovina perioda od podnošenja zahteva za azil do dobijanja boravišne dozvole treba da se uračuna u ovaj period, a ukoliko se radi o trajanju od najmanje 18 meseci, onda i ceo period. Uslovi za dobijanje ovog statusa su: 1) stabilni i regularni izvori prihoda koji su dovoljni da pokriju lične i troškove članova porodice, kao i 2) zdravstveno osiguranje.

ISKUSTVO DRŽAVA ČLANICA EU

Države članice Evropske unije na različite načine regulišu pitanje prava na državljanstvo za izbeglice. Neke države predviđaju uobičajenu proceduru i vreme za dobijanje državljanstva, uz uslove koji se tiču dužine boravka, poznavanja jezika, nekažnjivost i finansijsku samostalnost. Što se dužine boravka tiče, ona varira od 3 godine u Poljskoj, do 10 godina u Austriji, Italiji, Litvaniji, Sloveniji i Španiji.⁵⁴ Prosečna dužina iznosi oko 6,5 godina. Pojedine države zahtevaju i odricanje od prethodnog državljanstva, poput Austrije, Bugarske, Estonije, Nemačke i Holandije.⁵⁵ Od 27 država članica EU, 20 predviđa posebne olakšice za izbeglice u postupku prijema u državljanstvo.⁵⁶ Ove posebne olakšice tiču se dužine boravka na teritoriji države prijema koji je kraći za izbeglice i obično podrazumeva i uračunavanje vremena za vođenje postupka azila, kao i činjenica da se ovim licima zbog njihovog posebnog statusa ne traži odricanje od državljanstva države porekla. Takođe, države se razlikuju međusobno i po tome da li se uslovi za dobijanje državljanstva nalaze u opštim zakonima koji regulišu pitanje državljanstva, ili u zakonima koji regulišu položaj stranaca, odnosno izbeglica.

U Nemačkoj, izbeglice i lica sa supsidijarnom zaštitom imaju pristup prijemu u državljanstvo pod uslovima propisanim Zakonom o državljanstvu.⁵⁷ U zakonu se traži neprekidan boravak od 8 godina, uz uračunavanje perioda od podnošenja zahteva za dobijanje azila. Ovaj period može se smanjiti na 7 godina ukoliko

⁵³ Član 1. Direktive. Pod ovim se podrazumevaju odsustva do 6 meseci, a u ukupnom trajanju do 10 meseci.

⁵⁴ D. Owen (2019), op.cit., 351.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ U pitanju su sledeće zemlje: Austrija, Bugarska, Češka Republika, Danska, Finska, Francuska, Nemačka, Grčka, Mađarska, Irska, Italija, Litvanija, Luksemburg, Holandija, Poljska, Rumunija, Slovačka, Slovenija, Španija i Švedska.

⁵⁷ Staatsangehörigkeitsgesetz, StAG, Reich Law Gazette I, 583 – Federal Law Gazette III 102-1), as last amended by the Act of 23 July 1999 (Federal Law Gazette I), 1618, <https://www.legislationline.org/documents/id/5479>, 1.10.2021.

su kandidati uspešno pohađali kurs za integraciju, ali i na 6 godina ukoliko su se posebno integrirali u društvo. Ostali uslovi su: da lice ima regulisan boravak, da lice može da izdržava sebe i članove porodice, bez oslanjanja na sistem socijalne zaštite, privrženost Ustavu i nepreduzimanje aktivnosti kojima se on vređa, da osoba ima znanje jezika na B1 nivou, da je uspešno položila test državljanstva i da nije učinila teško krivično delo (manji prestupi su prihvatljivi). Za izbeglice je propisana i posebna olakšica u pogledu izuzimanja uslova otpusta iz državljanstva države porekla, zajedno sa još nekim kategorijama lica.⁵⁸

U Francuskoj, uživaoci međunarodne zaštite mogu steći državljanstvo deklaracijom (ukoliko su rođeni u Francuskoj, ili do trinaeste godine života), ili dekretom, na osnovu Građanskog zakona i Dekreta o državljanstvu iz 1993. godine.⁵⁹ Uslovi koje lice mora da ispuni su: 5 godina regularnog boravka, poznavanje francuskog jezika koje podrazumeva vođenje konverzacije na bilo koju temu (dokaz diploma ili dokument o jezičkim sposobnostima), dokaz o poznavanju francuske kulture, istorije, institucija, običaja i njenog mesta u svetu, neosuđivanost za krivično delo učinjeno tokom boravka u Francuskoj, a za koje se može izreći kazna zatvora duža od 6 meseci, kao i potpuno poštovanje vrednosti i simbola Francuske.⁶⁰ Neophodan uslov je integracija u francusko društvo. Izbeglice mogu aplicirati za državljanstvo odmah nakon što dobiju azil, dok imaoici supsidijarne zaštite moraju sačekati period od 5 godina. Ovaj period može biti skraćen na 2 godine ukoliko lica diplomiraju nakon dve godine na francuskom univerzitetu, ukoliko se posebno istaknu, ili ukoliko dokažu da su dobro integrisani.⁶¹

U Belgiji, izbeglice i lica sa supsidijarnom zaštitom mogu dobiti državljanstvo na osnovu Zakonika o državljanstvu, po posebnim uslovima.⁶² Uslovi su 5 godina neprekidnog legalnog boravka i integracija, ili 10 godina zakonitog boravka. Od 2018. godine, u dužinu boravka se uračunava i dužina trajanja procedure za dobijanje azila. Prva opcija podrazumeva dokaz o poznavanju jezika, društvenu integraciju i ekonomsku

⁵⁸ U pitanju su starije osobe koje bi otpust iz stranog državljanstva doveo do neproportionalnih teškoća, u slučaju velikih teškoća poput visokih taksi za otpust ili nedostojanstvene procedure i u slučaju značajnih prepreka, posebno ekonomskih.

⁵⁹ Decree no. 93-1962 relating to citizenship declarations, naturalisation, reintegration, loss, forfeit and withdrawal of the French citizenship decisions, 13 December 1993.

⁶⁰ AIDA, ECRE, Country Report for France: Naturalisation, 18 March 2021, dostupno na https://asylumineurope.org/reports/country/france/content-international-protection/status-and-residence/naturalisation/#_ftn1, 1.10.2021.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Law on Belgian Nationality Code, Belgian Gazette, 14 December 2012, <https://emmbelgium.be/sites/default/files/attachments/12.12.04-codenationalitebelge.pdf>, 1.10.2021.

participaciju. Društvena integracija se može dokazati završenim kursom za stručno osposobljavanje u trajanju od 400 sati, završenim kursom za integraciju, zaposlenjem u trajanju od 5 godina ili dobijanjem diplome.⁶³ Poznavanje jezika je dokazano automatski dokazivanjem integracije. U slučaju boravka od 10 godina bez značajnijeg prekida, ne traži se poseban dokaz o integraciji. Ipak, poznavanje jezika uključeno je i ovde kao i dokaz o učešću u društvu. Iako nije definisan pojam učešća u društvu, on ne podrazumeva društvo pojedinaca istog porekla kao i lice, a podrazumeva pohađanje škole, obuke za stručno usavršavanje, članstvo u udruženjima.⁶⁴

U Italiji, izbeglice i lica sa supsidijarnom zaštitom imaju pristup državljanstvu na osnovu Zakona o državljanstvu.⁶⁵ Zahtevani period boravka za izbeglice je 5 godina, dok je za lica sa supsidijarnom zaštitom 10 godina. Najveći izazov u praksi je dobijanje građanskog statusa u vidu upisa u matične knjige, jer nakon što lica dobiju međunarodnu zaštitu, ona nemaju pomoć oko obezbeđenja stanovanja, te su teško mogla da ispune ovaj uslov. Zato je Ustavni sud Italije doneo odluku da ovaj režim narušava načelo jednakosti i da se ovo pravo mora priznati izbeglicama.⁶⁶ Od 2018. godine, kao dodatni uslovi se traže: poznavanje jezika na najmanje B1 nivou, uz diplomu kursa sertifikovanog od strane ministarstva za obrazovanje, kao i neosuđivanost za krivično delo terorizma,⁶⁷ samostalno izdržavanje u prethodne tri godine (prihodi moraju biti iznad prosečnih), originalni izvod iz matične knjige rođenih, kao i krivični dosije iz države porekla (oba dokumenta moraju biti originalna) i prevedeni na italijanski jezik kod tumača.⁶⁸ Izbeglice ove dokumente mogu da zamene izjavom i zakletvom koja je potpisana od strane suda i koju su potvrdila dva svedoka. Sud u Rimu je u građanskom postupku 2019. godine prihvatio kao dokaz i izjavu potpisanu od strane žene iz Sijera Leonea, uzimajući u obzir rizik u kojem bi bila obraćajući se direktno vlastima zemlje porekla.⁶⁹ Ipak, lica sa supsidijarnom zaštitom nemaju ovu mogućnost.

⁶³ AIDA, ECRE, *Country report for Belgium: Naturalisation*, 1 April 2021, <https://asylumineurope.org/reports/country/belgium/content-international-protection/status-and-residence/naturalisation/>, 1.10.2021.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Citizenship Act, inserted by Article 14 Decree Law 113/2018 and L 132/2018.

⁶⁶ Constitutional Court of Italy, no. 186/2020, 9 July 2020, <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2020&numero=186>, 1.10.2021.

⁶⁷ AIDA, ECRE, *Country report for Italy: Naturalisation*, 3 June 2021, <https://asylumineurope.org/reports/country/italy/content-international-protection/status-and-residence/naturalisation/>, 1.10.2021.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Civil Court of Rome, decision 21785, 13 November 2019.

U Španiji, izbeglice i lica sa supsidijarnom zaštitom imaju pravo na državljanstvo. Dužina boravka za izbeglice iznosi 5 godina, dok je za lica sa supsidijarnom zaštitom 10 godina.⁷⁰ Intervju o integraciji zamenjen je sa dva ispitivanja ili testa koja su u nadležnosti Instituta Servantes. Prvi test procenjuje poznavanje jezika, dok je drugi test posvećen ispitivanju nivoa poznavanja društvenih, kulturnih i ustavnih aspekata zemlje (sastoji se od 25 pitanja, a da bi se položilo, kandidat mora odgovoriti tačno na 13 pitanja).⁷¹

U Austriji, izbeglice i lica sa supsidijarnom zaštitom imaju pravo na prijem u državljanstvo na osnovu Zakona o državljanstvu.⁷² Zakon predviđa različite uslove za ova lica u pogledu dužine boravka. Za izbeglice se zahteva zakonit i neprekinut boravak u trajanju od 10 godina, pri čemu je uključena dužina trajanja procedure za dobijanje azila. Uslov za to je da nije pokrenuta ili okončana procedura za ukidanje izbegličkog statusa, zbog nekih uslova zbog kojih se ovaj status gubi. Za lica sa supsidijarnom zaštitom taj period je 15 godina, osim ukoliko prvo ne dobiju stalni boravak nakon 5 godina i apliciraju za državljanstvo nakon još toliko vremena (ukupno 10 godina). Od lica se traži da ispune sledeće uslove: da imaju dovoljno prihoda u poslednje 3 godine, dokaz o poznavanju jezika (najmanje sertifikat B1), uspešno položen kurs za integraciju i odsustvo krivičnog dosijea. Za obe kategorije lica period boravka može biti skraćen na dva načina: a) ukoliko imaju znanje jezika na B2 nivou ili b) ukoliko imaju znanje jezika na B1 nivou i dokaz da su se integrisali u društvo. Dokaz za integraciju predstavlja najmanje trogodišnji volonterski rad ili aktivnost u društvenoj oblasti, koja služi opštem dobru i predstavlja dodatnu vrednost za zemlju. Ukoliko lica ispunjavaju ove kriterijume i opšte uslove, period čekanja za dobijanje državljanstva može se smanjiti na 6 godina.⁷³

Konačno, u Švedskoj, lica sa izbegličkim statusom i lica sa supsidijarnom zaštitom mogu dobiti državljanstvo na osnovu Zakona o državljanstvu i stiču pravo na privremeni boravak od trenutka priznanja međunarodnog statusa.⁷⁴ Privremeni boravak se izbeglicama dodeljuje na 3 godine, nakon čega mogu steći

⁷⁰ AIDA, ECRE, *Country report for Spain*, 25 March 2021, <https://asylumineurope.org/reports/country/spain/content-international-protection/status-and-residence/naturalisation/>, 1.10.2021.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Federal Law on Austrian Nationality, Federal Law Gazette of the Republic of Austria, FLG No. 311/1985, last amended FLG I No. 188/2013, https://www.legislationline.org/download/id/6267/file/Austria_Law_citizenship_1985_am2013_en.pdf, 1.10.2021.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ The Swedish Citizenship Act, SFS 2001:82, March 2001, <https://www.refworld.org/pdfid/420cadf64.pdf>, 1.10.2021.

stalni boravak. Kako bi stekli uslove za stalni boravak moraju imati dovoljno sredstava za samostalno izdržavanje i ne smeju imati krivični dosije.⁷⁵ Licima sa supsidijarnom zaštitom se dodeljuje pravo na privremeni boravak na 13 meseci. Nakon toga, može se zahtevati produženje. Ukoliko lice ima privremeni boravak u trajanju od 3 godine, može aplicirati za stalni boravak. Nakon dobijanja stalnog boravka, opšti režim je da lice neprekinuto boravi u ovoj zemlji 5 godina i da namerava da ostane u Švedskoj, dok se za izbeglice traži da lice ima 4 godine boravka u ovoj zemlji. Za prijem u državljanstvo potrebno je da lice može da dokaže svoj identitet, da ima stalni boravak, pravo na prebivalište i ličnu kartu, kao i da se lepo ponaša u Švedskoj.

Ono što se može zaključiti iz pregleda prakse u pojedinim zemljama članicama EU koje imaju razvijen sistem azila jeste da priznaju pravo na državljanstvo licima pod međunarodnom zaštitom, da je to pravo sadržano u Zakonu o državljanstvu i da predviđaju posebne uslove za ova lica, pri čemu je duži period boravka potreban za lica koja su dobila supsidijarnu zaštitu.

ISKUSTVO ZEMALJA U REGIONU

Zemlje članice EU

U Bugarskoj, Zakonom o bugarskom državljanstvu predviđeni su uslovi za prijem izbeglica i lica sa supsidijarnom zaštitom u državljanstvo.⁷⁶ Za izbeglice se zahteva 3 godine boravka, dok za lica sa supsidijarnom zaštitom neophodan period iznosi 5 godina.⁷⁷ Pored ovog vremenskog uslova, zahteva se da lice nema krivični dosije, da ima dovoljno sredstava ili posao koji mu dozvoljava da se samostalno izdržava, kao i da poznaje bugarski jezik. Znanje jezika podrazumeva govor, čitanje i pisanje na bugarskom i dokazuje se diplomom lokalne škole ili univerziteta, odnosno položenim testom koji je prilagođen kandidatima za naturalizaciju.⁷⁸

U Rumuniji, izbeglice i lica sa supsidijarnom zaštitom imaju pravo na prijem u državljanstvo na osnovu Zakona o državljanstvu, koji u članu 8. stav 1. postavlja

⁷⁵ AIDA, ECRE, *Country report for Sweden: Naturalisation*, 21 April 2021, https://asylumineurope.org/reports/country/sweden/content-international-protection/status-and-residence/naturalisation/#_ftn1, 1.10.2021.

⁷⁶ Bulgarian Citizenship Act, Prom. SG. 136/18 November 1998, last amended SG. 21/13 March 2021, <http://www.bulgarian-citizenship.com/bulgarian-citizenship-act/>, 1.10.2021.

⁷⁷ AIDA, *Country Report for Bulgaria*, 2019, p. 78, https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2020/02/report-download_aida_bg_2019update.pdf, 1.10.2021.

⁷⁸ *Ibidem*.

uslove za dobijanje državljanstva.⁷⁹ Tako se za izbeglice zahteva kontinuirani boravak od 4 godine, dok se za lica sa supsidijarnom zaštitom zahteva 8 godina, što je opšti režim za strance.⁸⁰ Pored toga, uslovi za dobijanje državljanstva su sledeći: da lice svojim ponašanjem pokazuje lojalnost Rumuniji, da ne preduzima ili ne podržava aktivnosti koje su protivne vladavini prava ili nacionalnoj bezbednosti i da pruži izjavu da nije podržavalo takve aktivnosti u prošlosti, da ima sredstva za pristojan život, da je poznato po dobrom ponašanju, odnosno da nije osuđen u zemlji ili inostranstvu za povrede koje bi ga učinile nedostojnim da postane rumunski državljanin, kao i da poznaje rumunski jezik i osnovne pojmove rumunske kulture i civilizacije, koja je dovoljna da se lice integriše u društveni život.⁸¹

U Hrvatskoj, član 8. Zakona o hrvatskom državljanstvu predviđa uslove za prijem u državljanstvo stranaca.⁸² Uslovi predviđaju dužinu boravka od 8 godina i stalnu boravišnu dozvolu, otpust iz stranog državljanstva ili dokaz da će otpust biti dobijen, ukoliko lice bude dobilo hrvatsko državljanstvo, poznavanje hrvatskog i latinice, kao i poznavanje hrvatske kulture i socijalnog sistema, poštovanje pravnog poretka Hrvatske, izmirenje svih poreskih i drugih finansijskih obaveza prema javnim institucijama, kao i da ne postoje smetnje iz razloga bezbednosti Hrvatske.⁸³ Kako je pitanje dobijanja zvaničnih dokumenata od strane države porekla često objektivno otežano, zakon predviđa da će biti uzeti u obzir zvanični hrvatski dokumenti, zajedno sa drugim ispravama koje lice poseduje. Ovo pravilo predviđeno je članom 77. Zakona o međunarodnoj i privremenoj zaštiti stranaca, kako bi se licima olakšao pristup pravima.⁸⁴ Takođe, ukoliko lice ne može da se odrekne državljanstva, niti da dobije potvrdu da će otpust dobiti prijemom u hrvatsko državljanstvo, može se izdati potvrda o garanciji prijema u državljanstvo, ukoliko ispunjava ostale uslove, i važi na period od dve godine (član 8.a).

Iz iskustva zemalja u regionu, a koje su članice EU, može se zaključiti da postoje posebne olakšice za prijem u državljanstvo za lica sa međunarodnom zaštitom, posebno u pogledu priznanja dokumenata, kao i dužine neprekidnog boravka

⁷⁹ Romanian Citizenship Law, no. 21, 1 March 1991, amended on 13 August, 2010, https://www.legislationline.org/download/id/5943/file/Romania_Citizenship_law_2010_en.pdf, 1.10.2021.

⁸⁰ AIDA, Country Report for Romania, 2019, p. 136, https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2020/04/report-download_aida_ro_2019update.pdf, 1.10.2021.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Zakon o hrvatskom državljanstvu, *Narodne novine*, br. 53/1991, 70/1991, 28/1992, 113/1993, 4/1994, 130/2011, 110/2015, 102/2019, na snazi od 1.1.2020.

⁸³ AIDA, Country Report for Croatia, 2020, 117, https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/05/AIDA-HR_2020update.pdf, 1.10.2021.

⁸⁴ *Ibidem*.

na teritoriji države prijema, koja je posebno u slučaju Rumunije i Bugarske kraća od proseka – 3, odnosno 4 godine za izbeglice.

Zemlje kandidati za prijem u članstvo EU

U našem neposrednom okruženju dve države predviđaju mogućnost za dobijanje državljanstva za lica pod međunarodnom zaštitom – Crna Gora i Makedonija, dok Srbija, Bosna i Hercegovina i Albanija ne predviđaju takvu mogućnost.

U Crnoj Gori, Zakon o međunarodnoj i privremenoj zaštiti stranaca⁸⁵ iz 2017. godine predviđa da izbeglica i lice sa supsidijarnom zaštitom može steći crnogorsko državljanstvo na osnovu Zakona o crnogorskom državljanstvu.⁸⁶ Član 8. Zakona o crnogorskom državljanstvu predviđa uslove za sticanje državljanstva prijemom, dok član 13. predviđa uslove koji se primenjuju na lica sa priznatim statusom izbeglice. Drugim rečima, za lica pod međunarodnom zaštitom ne traže se svi opšti uslovi, uzimajući u obzir njihov specifičan status. Uslovi zahtevaju da lice ima zakoniti i neprekidni boravak u trajanju od 10 godina pre podnošenja zahteva za prijem u državljanstvo, da ima otpust iz državljanstva, da u Crnoj Gori ili drugoj državi nije pravosnažno osuđeno na bezuslovnu kaznu zatvora dužu od 1 godine za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti ili su prestale pravne posledice osude, da ne postoje smetnje iz razloga bezbednosti Crne Gore, kao i da je lice izmirilo poreske i druge zakonske obaveze. Izbeglice imaju olakšice u pogledu izuzimanja uslova obezbeđenog smeštaja, stalnog izvora prihoda i poznavanja crnogorskog jezika, a ne traži im se ni otpust iz državljanstva države porekla. Za lica sa supsidijarnom zaštitom primenjuju se opšti uslovi, propisani član 8. Zakona o državljanstvu, kao i za strance.

U Severnoj Makedoniji, član 7. Zakona o državljanstvu predviđa uslove za sticanje državljanstva prijemom, dok član 7.a) predviđa posebne olakšice za izbeglice i lica bez državljanstva.⁸⁷ Izbeglica i lice bez državljanstva mogu steći državljanstvo prijemom ukoliko zakonito i neprekidno borave na teritoriji Makedonije duže od 6 godina (za strance se traži 8 godina), ukoliko nisu osuđeni na kaznu zatvora od 1 godine za delo učinjeno na teritoriji Severne Makedonije, niti se protiv njih vodi postupak za delo koje se u Severnoj Makedoniji goni po službenoj dužnosti,

⁸⁵ *Službeni list Crne Gore*, 2/2017, 3/2019.

⁸⁶ *Službeni list Crne Gore*, 13/2008, 40/2010, 28/2011, 46/2011, 20/2014 – odluka US, 54/2016, 73/2019, član 55. stav 1. tač. 1; član 90.

⁸⁷ Law on Citizenship of the Republic of Macedonia, 12 November 1992, mended on 22 February 2004, <https://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/8238>, 1.10.2021.

kao i da protiv njih nije pokrenut krivični postupak u Makedoniji. Takođe, zahtevaju se i opšti uslovi, a to su: poznavanje makedonskog jezika, obezbeđen smeštaj i stalni izvori prihoda dovoljni za izdržavanje, da licu nije zabranjen boravak u državi prijema, da ne predstavlja opasnost za državu, kao i da potpiše zakletvu da će biti lojalan novoj državi. Severna Makedonija ne zahteva za izbeglice otpust iz državljanstva, a u toj situaciji će se od lica tražiti da se odrekne svog prethodnog državljanstva.⁸⁸

Ova dva primera iz okruženja pokazuju da zakoni kojima se uređuju državljanstvo uvode posebnu odredbu za izbeglice, da su ti uslovi modifikovani u odnosu na opšti režim, posebno u vidu odustajanja od insistiranja na otpustu prethodnog državljanstva.

PRAVNI OKVIR REPUBLIKE SRBIJE

U Republici Srbiji, od trenutka regulisanja postupka za dobijanje azila, nije bila predviđena mogućnost da lica koja uživaju međunarodnu zaštitu mogu podneti zahtev za prijem u državljanstvo, iako je već rečeno da Konvencija o statusu izbeglica propisuje da svaka država ima obavezu da u najvećoj mogućoj meri olakša pristup državljanstvu ovim licima.⁸⁹ Tako Zakon o azilu iz 2007. godine⁹⁰ nije predvideo takvu mogućnost, a ovaj režim nije izmenjen ni donošenjem Zakona o azilu i privremenoj zaštiti.⁹¹ Izbeglici ili licu kojem je odobrena supsidijarna zaštita na osnovu člana 59. pripada niz prava, ali ne i pravo na državljanstvo. Oni imaju pravo na boravak, ali to nije boravak u smislu Zakona o strancima,⁹² koji se i inače ne primenjuje na lica kojima je dodeljena međunarodna zaštita.⁹³

Zakon o državljanstvu Srbije predviđa nekoliko načina za sticanje srpskog državljanstva, među kojima je i prijem.⁹⁴ Član 14. Zakona ovu mogućnost daje strancu kojem je odobreno stalno nastanjenje u Srbiji. Kako se na lice koje je dobilo međunarodnu zaštitu ne primenjuje Zakon o strancima, ono nije ni

⁸⁸ Refworld, UNHCR, Macedonia: Acquisition of Macedonian citizenship by naturalization; whether a spouse with another citizenship would be granted authorization to enter and reside in Macedonia with his/her Macedonian spouse and, if so, the procedures and possibilities to acquire Macedonian citizenship (February 2006), <https://www.refworld.org/docid/45f1477d2f.html>, 1.10.2021.

⁸⁹ Član 34. Konvencije o statusu izbeglica.

⁹⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007.

⁹¹ *Službeni glasnik RS*, br. 24/2018.

⁹² *Službeni glasnik RS*, br. 24/2018, 31/2019.

⁹³ Član 2., stav 1. tač. 1. Zakona o strancima.

⁹⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 135/2004, 90/2007, 24/2018.

u mogućnosti da dobije stalno nastanjenje, koje je preduslov za prijem u državljanstvo. Stalno nastanjenje predstavlja dozvolu za dugotrajni boravak u Srbiji,⁹⁵ a može se dati licu koje je boravilo neprekidno u Srbiji duže od 5 godina, na osnovu odobrenja za privremeni boravak.⁹⁶ Međutim, lica pod međunarodnom zaštitom, iako mogu boraviti neprekidno u Srbiji duže od 5 godina, ne mogu ispuniti ovaj uslov jer se pravo na njihov boravak ne vodi kao „privremeni boravak“ iz Zakona o strancima. Da bi lice steklo stalno nastanjenje, mora da ispuni sledeće uslove: da ima važeći strani pasoš, dokaz da poseduje sredstva za izdržavanje, dokaz o zdravstvenom osiguranju, prijavu adrese stanovanja u Srbiji, dokaz o opravdanosti zahteva za odobrenje stalnog nastanjenja i dokaz o uplati propisane administrativne takse.⁹⁷ Među stalnim nastanjenjem u posebnim slučajevima zakon predviđa i lice kome je odobren privremeni boravak iz razloga humanosti, ili to nalaže interes Republike Srbije.⁹⁸ S druge strane, Zakon o državljanstvu u članu 14. propisuje sledeće uslove za dobijanje državljanstva prijemom: 1) da je lice navršilo 18 godina života i da mu nije oduzeta poslovna sposobnost; 2) da ima otpust iz stranog državljanstva ili da podnese dokaz da će otpust dobiti ako bude primljen u državljanstvo Republike Srbije; 3) da je do podnošenja zahteva najmanje tri godine neprekidno imao prijavljeno prebivalište na teritoriji Republike Srbije; 4) da podnese pisanu izjavu da Republiku Srbiju smatra svojom državom. Ako strana država ne dozvoljava otpust iz državljanstva, ili za otpust postavlja uslove koje stranac ne može ispuniti, ispunjenost ovog uslova ne traži se ako podnosilac zahteva podnese izjavu da se odriče stranog državljanstva u slučaju sticanja državljanstva Republike Srbije. Odricanje ili gubitak ranijeg državljanstva neće se zahtevati ako to nije moguće, ili se ne može razumno očekivati. Štaviše, član 15. jasno propisuje da se strancu koji je podneo zahtev za prijem u državljanstvo Republike Srbije, a nema otpust iz stranog državljanstva ili dokaz da će otpust dobiti ako bude primljen u državljanstvo Republike Srbije, može, na njegov zahtev, izdati potvrda da će biti primljen u državljanstvo Republike Srbije ako ispunjava ostale gore navedene uslove.

Da bi se omogućio pristup procesu naturalizacije za lica pod međunarodnom zaštitom, neophodno je izmeniti postojeće propise. Već je rečeno da iako izbeglice i uživaoci supsidijarne zaštite imaju pravo na boravak u Srbiji, njihov poseban status ne predviđa put ka naturalizaciji, jer se njihov boravak po osnovu pomenutog zakona

⁹⁵ Član 67. stav 1. Zakona o strancima.

⁹⁶ Član 67. stav 2. Zakona o strancima.

⁹⁷ Član 70. Zakona o strancima.

⁹⁸ Član 68. stav 1. tač. 4. Zakona o strancima.

ne poistovećuje sa privremenim boravkom, niti stalnim nastanjenjem iz Zakona o strancima. Tako bi se u Zakon o azilu i privremenoj zaštiti mogla uvesti odredba kojom bi se definisalo da lice koje dobije izbegličku ili supsidijarnu zaštitu ima pravo na privremeni boravak u Republici Srbiji. Takođe, u delu koji reguliše prava ovih lica, trebalo bi uključiti i pravo na državljanstvo. Druga mogućnost bi bila da Zakon o strancima predvidi posebnu odredbu o privremenom boravku za ova lica i pravo na njihovo stalno nastanjenje, koje bi na osnovu dominantnog uporednog modela moglo da se stekne nakon neprekinutog boravka u Srbiji u trajanju od 5 godina, nakon čega lice može prijaviti prebivalište.⁹⁹ Ovo formalno otvara prostor za pristupanje državljanstvu, jer stranac na osnovu članu 14. stav 3. Zakona o državljanstvu mora da ima prijavljeno prebivalište u trajanju dužem od 3 godine. Takođe, član 70. Zakona o strancima trebalo bi da predvidi olakšane uslove za dobijanje statusa stalno nastanjenog lica, imajući u vidu specifičan položaj lica pod međunarodnom zaštitom i potrebu olakšanog pristupa naturalizaciji. Ovo podrazumeva i olakšane uslove za prijem u državljanstvo, te bi ovo podrazumevalo i uvođenje novog člana u Zakon o državljanstvu, gde bi bili propisani uslovi za dobijanje državljanstva za izbeglice i lica sa supsidijarnom zaštitom. Tako bi trebalo predvideti da se ovim licima ne traži otpust iz državljanstva, imajući u vidu njihovu vezu sa državom porekla, kao i da troškovi postupka budu razumni, a sam postupak ubrzan. S druge strane, imajući u vidu uporedni prikaz, od ovih lica bi se očekivalo da pokažu dovoljnu integrisanost u srpsko društvo, poznavanje njenog jezika i kulture, kao i čist krivični dosije na teritoriji Republike Srbije.

Čak bi i samo Zakon o državljanstvu, bez izmene drugih zakona, mogao da uvede odredbu kojom bi priznao mogućnost prijema u državljanstvo po osnovu „boravka“ iz Zakona o azilu i privremenoj zaštiti, nakon proteka određenog perioda. Na osnovu ovog rešenja, nije potrebno priznati izbeglicama stalno nastanjenje, kao ni prijavu prebivališta, već bi se postupku prijema u državljanstvo pristupilo nakon određenog perioda od priznanja prava na utočište i supsidijarnu zaštitu. Ovaj član bi takođe uključivao određene uslove u pogledu znanja jezika, kulture, običaja, kao i olakšice u pogledu taksi i izuzimanje uslova o odricanju ili otpustu iz državljanstva. U uporednom rešenju obično je ovo pitanje i regulisano samo Zakonom o državljanstvu, što se čini najjednostavnijim rešenjem. Konačno, trebalo bi uzeti u obzir iskustvo Italije i Hrvatske i od ovih lica tražiti prvenstveno zvanične srpske dokumente, zajedno sa drugim ispravama koje lice poseduje, ili im omogućiti da u slučaju njihovih nedostataka dokumente mogu zameniti izjavom svedoka.

⁹⁹ Član 110. stav 5. Zakona o strancima.

ZAKLJUČAK

Pravo na državljanstvo još uvek predstavlja unutrašnje pitanje države, koja samostalno propisuje kategorije lica i uslove pod kojima ona mogu ostvariti pravnu vezu sa njom. Međutim, kako je to Stalni sud Međunarodne pravde istakao u savetodavnom mišljenju o nacionalnim dekretima u Tunisu i Maroku 1923. godine, „pitanje da li je određeno pitanje u okviru unutrašnje nadležnosti države ili nije, predstavlja relativno pitanje; ono zavisi od razvoja međunarodnih odnosa.“¹⁰⁰ Danas, sa brojnim međunarodnim konvencijama koje priznaju pravo na državljanstvo kao ljudsko pravo, nema sumnje da ovo pitanje nije više u domenu stroge unutrašnje nadležnosti države, a naročito u odnosu na lica koja ne uživaju zaštitu države porekla. Konvencija o statusu izbeglica u članu 34. jasno nameće tri obaveze koje države treba da ispune u ovoj oblasti: 1) da u najvećoj mogućoj meri omoguće naturalizaciju; 2) da ubrzaju postupak naturalizacije i 3) da u najvećoj mogućoj meri smanje takse i troškove tog postupka. Izbeglica ne može dugi niz godina biti u ovom statusu jer to utiče na njegovo samovrednovanje, psihičku stabilnost i potrebu da planira svoj život i utiče na svoju sudbinu. Jedan od načina da izgubi ovaj status jeste da stekne novo državljanstvo i uživa zaštitu zemlje čije je državljanstvo steklo.¹⁰¹ Mnogo su ređe situacije u kojima se ovo lice vraća u zemlju porekla jer se uslovi u njoj sporo menjaju, a rane zbog kojih je lice napustilo svoju zemlju u većini slučajeva nikada ne zarastu. Zato je važno da zemlje uvedu mogućnost dobijanja državljanstva za ova lica i najveći broj razvijenih zemalja ima takvu praksu. Uporedno-pravni prikaz u ovom radu pokazao je da najveći broj država uvodi posebnu odredbu o sticanju državljanstva za lica pod međunarodnom zaštitom, da su pojedini uslovi olakšani (neprekinut i zakonit boravak u kraćem trajanju od opšteg režima), odustajanje od odredbe o odricanju prethodnog državljanstva i upotrebi službenih dokumenata. S druge strane, od ovih lica se traži da ne predstavljaju rizik po bezbednost države te da nemaju krivični dosije, ili da ga imaju samo za lakša krivična dela, kao i da pokažu da su se integrisala u novo društvo.

Republika Srbija je 2007. godine uvela u svoj pravni sistem poseban postupak azila i priznala prava kako tražiocima azila, tako i izbeglicama i licima koja su dobila supsidijarnu zaštitu. Međutim, nije predvidela i postupak za dobijanje državljanstva za ova lica. Na taj način, ne samo da Srbija ne postupa po svojim međunarodnim

¹⁰⁰ Permanent Court of International Justice, Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (French Zone) on 8 November 1921, Advisory Opinion, 7 February 1923, para. 40. Ovaj stav je potvrđen i u članu 1. Haške konvenciji o pojedinim pitanjima koja se odnose na sukob nacionalnih prava. V. Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of National Laws.

¹⁰¹ Član C. stav 1. tač. 3. Konvencije o statusu izbeglica.

obavezama, već i onemogućava lica da se u potpunosti integrišu u srpsko društvo. Zato je neophodno, bez odlaganja, pristupiti izmenama postojećih zakona kako bi se ova mogućnost stekla. Najlakši i najbrži put bio bi izmena Zakona o državljanstvu, gde bi „boravak“ iz Zakona o azilu nakon određenog broja godina neprekinutog i zakonitog boravka u Republici Srbiji vodio ka državljanstvu. Sveukupan vremenski period za dobijanje državljanstva bio bi u rasponu od 5 do 8 godina, s tim što bi bilo poželjno da se u ovaj rok uračuna i vreme za vođenje postupka azila. Druga mogućnost bi zahtevala izmenu Zakona o azilu i privremenoj zaštiti ili Zakona o strancima, gde bi se „boravak“ iz Zakona o azilu i privremenoj zaštiti izjednačio sa „privremenim boravkom“ iz Zakona o strancima i vodio ka stalnom nastanjenju i prijavi prebivališta. Ovo rešenje čini se komplikovanijim i dužim, te bi mu trebalo pristupiti samo ukoliko nema konsenzusa za prvim načinom. Važno je naglasiti da bi Zakon o državljanstvu morao sadržati posebne uslove za prijem u državljanstvo lica pod međunarodnom zaštitom, čime bi uvažio njihov specifičan položaj. Ipak, u uporednom pravu je dozvoljeno pravljenje razlike između uslova za dobijanje državljanstva za izbeglice i lica sa supsidijarnom zaštitom, te bi ta mogućnost postojala i za Republiku Srbiju. Konačno, treba naglasiti da iskustvo zemalja koje ovim licima priznaju pravo na državljanstvo pokazuje da nema velikog broja lica koja za ovim pravom posežu. Razloge treba tražiti u tome što veći broj izbeglica nikada ne izgubi nadu da će se vratiti u zemlju porekla, a mnogi su svesni da državljanstvo nosi sa sobom i ozbiljne obaveze, a ne samo pravo. Tim pre ovo rešenje treba uvesti u pravni sistem Republike Srbije kako bi se ovo pravo priznalo licima koja Srbiju doživljavaju kao svoju novu zemlju, dobro su integrisani i žele u njoj da grade svoju budućnost.

Prof. Dr. IVANA KRSTIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

THE RIGHT TO CITIZENSHIP FOR PERSONS WITH INTERNATIONAL PROTECTION

Summary

This paper deals with the recognition of the right to citizenship for persons under international protection, i.e., for refugees and persons with subsidiary protection. The first part discusses the importance of citizenship, which is viewed through the prism of human rights. Also, Article 34 of the Convention Relating to the Status of Refugees, which imposes certain obligations on States parties in this area is particularly underlined. Those obligations are as follow: 1) to enable naturalization to the greatest extent possible; 2) to speed up the naturalization process, and 3) to reduce the fees and costs

of that procedure as much as possible. The paper presents a comparative legal review which showed that most countries introduce a special provision on acquiring citizenship for persons under international protection, that certain conditions are facilitated (uninterrupted and legal stay for a shorter period than the general regime), waiving the provision on renunciation of previous citizenship and the use of official documents. On the other hand, these persons are required not to pose a risk to the security of the state and not to have criminal records, have it only for minor crimes, and show that they have integrated into the new society. In the Republic of Serbia, persons who have received international protection cannot exercise the right to access the citizenship. The author criticizes this impossibility and offers solutions in amending the relevant laws for the Republic of Serbia to respond to its international obligations and to enable the naturalization and full integration of these persons.

Key words: citizenship, refugees, naturalisation, residence, permanent residence

Literatura

- Anderson B., „Citizenship: What is It and Why Does It Matter?“, *The Migration Observatory*, 28 March 2011.
- Hansen R., „State Controls: Borders, Refugees, and Citizenship“, *The Oxford Handbook on Refugee and Forced Migration Studies* (eds. Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona), June 2014.
- Owen D., „Citizenship and the marginalities of migrants“, *Critical Review in Social and Political Philosophy*, vol. 16, 2013.
- Owen D., „Refugees, EU Citizenship and the Common European Asylum System, a Normative Dilemma for EU Integration“, *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 22, 2019.
- Owen D., „In Loco civitatis: on the normative structure of refugeehood and the international refugee regime“, *Migration in political theory* (eds. S. Fine, L. Ypi), Oxford University Press, 2016.
- Price M., *Rethinking Asylum*, Cambridge University Press, 2009.
- Refugees Now* (eds. Oliver K., Madura L. M., Ahmed S.), Rowman & Littlefield, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 12.10.2021.

Prihvaćen: 28.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

BORIS KRIVOKAPIĆ

O NEKIM TERMINOLOŠKIM NEPRECIZNOSTIMA NA NAŠEM JEZIKU U OBLASTI MEĐUNARODNOG PRAVA

Rad se bavi nekim terminološkim nepreciznostima i netačnostima koje se susreću u svakodnevnom govoru ali i u pravnoj literaturi i praksi na našem jeziku u vezi sa određenim pojavama i institutima iz domena međunarodnog prava. Autor ukazuje na značaj preciznog jezika u oblasti prava, zatim daje dvadesetak konkretnih primera u kojima se koriste pogrešni ili nedovoljno precizni termini i objašnjava u čemu je problem. To čini sa nadom da će njegov prilog doprineti da se određene netačnosti izbegnu ili isprave, kao i sa željom da isprovocira diskusiju, sve u cilju da se postignu najbolji rezultati. Reči su instrumenti pravnika (i praktičara i teoretičara), što dovoljno govori da nikada nije suviše tragati za optimalnim rešenjima.

Ključne reči: *međunarodno pravo, pravo, jezik, termini*

U V O D

Hirurzi imaju skalpele, arhitekta lenjire, informatičari kompjutere, teniseri reketu, vojnici puške itd. Razume se, svi oni koriste i druga pomagala da bi bili što efikasniji u onome čime se bave. Ipak, pomenuta sredstva su karakteristična za odnosne delatnosti.

Uz neophodno opšte i posebno pravničko znanje, pravnici imaju logiku i jezik. Ovde nas zanima upravo jezik, a iznad svega određeni termini. Premda je

Akademik prof. dr Boris Krivokapić, redovni profesor Poslovnog i pravnog fakulteta Univerziteta „MB“ u Beogradu i Pravnog fakulteta Samarskog nacionalnog univerziteta „S. P. Koroljov“, Samara, e-mail: krivokapicboris@yahoo.com.

bogat i precizan jezik (fond reči, stil itd.) važan u skoro svim domenima društvenih odnosa, za pravnike on je od izuzetnog značaja. Jer misao se izražava rečima. I ako ta misao (a ona može biti i deo sudske presude kojom se odlučuje o nečijoj slobodi ili čak životu) nije izražena tačno i precizno, posledice mogu biti teške, pa i neispravive.

U svakodnevnom životu, određene jezičke nepreciznosti najčešće ne proizvode štetne posledice. Tako, kada neko kaže: „Ja sam se njemu lepo izvinuo, a on se i dalje ljuti“, svako će razumeti o čemu je reč, premda je zapravo saopštena misao, ne da je neko zatražio oprostaj (izvinio se), već da je nešto iščasio, uganuo i slično (izvinuo). Takvih primera je bezbroj.¹

Ponekad je sve posledica nesavršenosti samog jezika i trapavog izbora moguće fraze. Tako na primer u inače jezički ispravnom sročenom obaveštenju: „Dete ujeo kuće“ nije jasno ko je koga ujeo. Najverovatnije je pas ujeo dete, ali se ne može isključiti ni obrnuto.

Često samo odsustvo ili mesto interpunkcijskih znakova izaziva zbunjenost ili daje drugačije značenje. Dovoljno je da podsetimo na čuveno Pitijino proročanstvo: *Ibis redibis numquam peribis in bello* koje, zavisno od pauze prigovoru odnosno mesta gde se stavi zapeta, može da se razume kao: „Ići ćeš, vratićeš se, nikada nećeš poginuti u ratu“, ali i kao „Ići ćeš, nikada se nećeš vratiti, poginućeš u ratu“. Razume se, ima i drugih opštepoznatih primera, kao što je na primer: „Dok sam sedeo na krevetu ugledah pauka“, gde značenje (ovde: o tome ko je na krevetu, autor iskaza ili pauk) zavisi od intonacije odnosno pauze u govoru ili od mesta gde se stavi zapeta.

Ako u navedenim i sličnim slučajevima može doći do nesporazuma, u pravu sve to može dobiti sasvim drugačiju dimenziju. U tom smislu, dovoljno je podsetiti na poznati primer u kojem čak samo mesto gde se nalazi zapeta odlučuje i o sudbini odnosno lica. Konkretno, u presudi ili naredbi: „Osloboditi, nemoj pogubiti!“, jasno je izražena zapovest da se zatvorenik ne pogubi, već pusti na slobodu. Međutim, dovoljno je (greškom ili namerno) pomeriti zapetu za samo jedno mesto, tako da stane iza naredne reči i dobija se sasvim suprotan smisao: „Osloboditi nemoj, pogubiti!“. I umesto u slobodu, nesrećnik ide na gubilište.

¹ Iz raznih razloga ponekad se i svesno koriste pogrešni termini. Tako se u nekim slučajevima iza naziva „more“ (termin za označavanje velike slane vodene mase) zapravo krije slatkovodno jezero (npr. Galilejsko more), dok s druge strane ima pravih mora koja svojim nazivima pogrešno sugerišu da se radi o nečemu drugom (npr. Persijski zaliv, Meksički zaliv itd.). Da li je neka vodena masa more ili nešto drugo (npr. jezero) važno je sa pravnog stanovišta, posebno kada njene obale pripadaju raznim državama. U tom slučaju od kvalifikacije te mase (a sa time je povezano i nazivanje) zavisi odgovor na mnoga pravna pitanja, između ostalog o tome kako treba da se izvrši razgraničenje, da li postoji teritorijalno more itd.

Ostajući u realnim okvirima, karakterističnim za svakodnevni život, jasno je da ako se nešto pogrešno imenuje, velika je šansa i da se pogrešno ili nepotpuno razume, a posebno da se pomeša sa nečim drugim. Sve to lako dovodi do zabude koja, kada su u pitanju pravni odnosi, može da ima vrlo ozbiljne posledice. Čak i ako te posledice izostanu, svejedno je reč o pogrešnoj terminologiji, što u pravu, koje je vrlo precizno i logično, ne sme da se toleriše.

Navešćemo ovde dva primera koja su sreću u svakodnevnom govoru, pa i u praksi ponekih državnih službenika.

Tako se vrlo često govori o *antidatiranju*, što je besmisleno, jer sugeriše da se čini nešto suprotno od datiranja (grč. *anti* – protiv). A pošto je datiranje naziv za stavljanje na neki dokument datuma (dana, meseca i godine kada je sačinjen, potpisan i slično), to bi značilo da se čini nešto suprotno od toga.² Zapravo se misli na *antedatiranje* (sa slovom „e“) što je naziv za datiranje nekog dokumenta retroaktivno, unazad. To se čini tako što se on iz nekog razloga datira nekim datumom iz prošlosti (pre dana kada je stvarno sačinjen). Naziv potiče od lat. *ante*, pre + *datum*, datum, od *dare*, dati. Reč je dakle o *ante-* (pre) a ne *anti-* (protiv) datiranju.

Ponekad se može čuti i pominjanje veštačenja od strane grafologa, sa ciljem da se utvrdi da li je odnosno lice napisalo neki tekst. Međutim, tu se zapravo misli na veštaka grafoskopske struke. Naime, grafolog (grč. *grapho*, pišem + *logos*, znanje, nauka) je onaj koji govori o ličnosti (njenom karakteru) na osnovu rukopisa, dok se stručnjak koji je kompetentan da utvrđuje istovetnost rukopisa i posebno potpisa naziva grafoskopom (grč. *grapho*, pišem + *skopeo*, gledam).

Kako smo se postepeno približili temi koja je predmet ovog rada, vreme je da pređemo i neposredno na nju.

Tokom godina potpisnik ovih redova zapazio je da se u pravnoj i pravno-političkoj literaturi javljaju određene greške i nepreciznosti koje uglavnom prolaze neopaženo ili makar ne dovode do nekih ozbiljnih negativnih posledica. Ipak, one su nepotrebne, a ponekad mogu biti i štetne. U radu će biti ukazano na samo neke od njih i to one koje su vezane za međunarodno pravo odnosno delom za međunarodne odnose. Pošto pripadaju sasvim različitim materijama (pravo oružanih sukoba, ljudska prava, međunarodno krivično pravo, međunarodne organizacije itd.), termini će biti izloženi, ne po nekom logičkom principu, već abecednim redom.

Većina pogrešnih primena ne bi smela da bude svojstvena onima koji se bave međunarodnim pravom. Međutim, u vode međunarodnog prava povremeno zalaze i oni koji su teoretičari ili praktičari na drugim poljima prava, kao i oni koji uopšte nisu pravnici.

² Šta bi to moglo biti? Brisanje unetog datuma tako da akt ostane bez njega? Niti je uobičajeno da se to radi niti se to tako zove.

Prilikom sastavljanja ove liste javilo se pitanje da li navesti konkretne primere pogrešnog korišćenja odnosnih termina u smislu citiranja nekih od akata ili radova. Odustali smo od toga, ne želeći da se pomisli da je ovaj prilog uperen protiv bilo koga, kao i zbog toga što bi izdvajanje samo nekih dokumenata ili radova moglo biti pogrešno protumačeno. Izuzetno, dato je ukazivanje na Krivični zakonik Srbije, sa verom da to nikoga neće povrediti.

KONKRETNI PRIMERI

Na ovom mestu će biti izloženo nekoliko konkretnih primera koji se relativno često susreću u govoru i pravnoj literaturi na našem jeziku. Svi su vezani samo za međunarodno javno pravo i međunarodne odnose. Neki od njih uče se već na osnovnim studijama međunarodnog prava ali je utisak da kasnije mnogi zaborave njihovo pravo značenje.

1. *Agresivan i agresorski rat*. – Često se govori o agresivnom ratu, kao drugom nazivu za agresiju u međunarodnim odnosima. Između ostalog, i Krivični zakonik Srbije (2005, sa kasnijim izmenama) u čl. 386. pogrešno govori o agresivnom ratu, misleći na rat kojim se vrši agresija (oružani napad na drugu državu). To je, međutim, pogrešno.

Pravilan naziv za tu pojavu je *agresorski rat*. To je onaj rat koji je započet protivno pravilima međunarodnog prava o zabrani sile u međunarodnim odnosima. Bliže gledajući, to je rat kojim je prekršen međunarodni mir. Takav karakter rata odnosi se samo na napadača (agresora), dok će isti oružani sukob gledano sa pozicije žrtve napada biti odbrambeni odnosno oslobodilački.

Da podsetimo, u prošlosti su države imale pravo da vode rat kad god smatraju da je to opravdano sa stanovišta njihovih interesa – imale su *jus ad bellum* (pravo na rat) odnosno *jus belli gerendi* (pravo na vođenje rata). Međutim, posle Prvog svetskog rata, Paktom Društva naroda (1919), a zatim i drugim važnim međunarodnopravnim dokumentima³ uvedena su ograničenja ovog prava, koja su se ogledala u obavezi da se pre otpočinjanja neprijateljstava učine svi razumni napori da se spor reši mirnim putem odnosno u odricanju od primene rata kao instrumenta spoljne politike u odnosima između ugovornika. Rat koji bi bio započet protivno ovim pravilima, smatran je agresorskim. U naše vreme, kada je Poveljom UN i čitavim savremenim međunarodnim pravom utvrđena potpuna zabrana upotrebe sile, planiranje i vođenje takvog rata predstavlja međunarodni zločin.

³ Lokarnski pakt (1925), Brijan-Kelogov pakt (1928), Generalni akt o mirnom rešavanju međunarodnih sporova (1928), Savedra Lamasa pakt (1933) i dr. Boris Krivokapić, *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, Beograd 57-62.

Postoji i termin *agresivan rat*, ali tu se misli na nešto drugo. To je naziv za ofanzivan rat, onaj rat koji se vodi napadačkim (ofanzivnim, aktivnim) dejstvima, bez obzira na to ko ga vodi – onaj ko je počeo rat ili onaj protiv koga je rat počeo. Prema tome, agresivan rat (aktivan, napadački rat) može voditi i žrtva agresije. Umesto da se brani iz zaklona, povlači i slično, ona može peduzeti kontranapad na nekom ili svim delovima vojišta ili čak u pozadini agresora. Uostalom, istorija je mnogo puta dokazala da je napad najbolja odbrana.⁴

Ukratko, postoji razlika između izraza *agresorski rat* (rat agresora, rat kojim je prekršen međunarodni mir) i *agresivnog rata* (rat koji se vodi napadački, bez obzira na to ko ga je i kako otpočeo).

2. *Angarija i angarijacija*. – Ponekad se ova dva termina pogrešno koriste kao sinonimi, s tim da se često ono što je zapravo angarijacija naziva angarijom.⁵

Angarija (lat. *angaria*, kuluk, kulučenje, od grč. *angareia*, prinuda; pers. *angaria*, carev kurir, ovlašćen za rekviziciju prevoznih sredstava) je naziv za staro međunarodno-pravno običajno pravilo po kojem zaraćena strana ima pravo (lat. *jus angariae*) da u svojim lukama i teritorijalnim vodama, na teritoriji koja je pod njenom okupacijom, tj. u lukama i obalnom moru protivnika (ali ne i na otvorenom moru) uzapti neutralne trgovačke brodove i njihovu posadu prisili da po njenim nalogima, za njene potrebe i u njenu korist vrši prevoz oružja, opreme, trupa i sl. Vlasništvo nad takvim brodom ostaje nepromenjeno ali on menja zastavu i plovi pod zastavom odnosne zaraćene države. Država koja vrši angariju dužna je da unapred plati zakupninu ili vozarinu.

Premda tragove takve prakse nalazimo još u antičkoj Grčkoj, uzimanje brodova u angariju dostiže vrhunac tek u XVII veku, kada prerasta u pravilo međunarodnog običajnog prava. Ono je predviđeno i jednim brojem dvostranih međunarodnih ugovora. Usled preciziranja i jačanja prava neutralnih država, to pravo se od kraja XVIII veka sve više gubi, a javljaju se i međunarodni ugovori koji ga izričito zabranjuju (npr. prusko-danski ugovor iz 1818, italijansko-dominikanski ugovor iz 1886). Od XIX veka nije zabeležen nijedan slučaj angarije.

Danas se smatra da je pravo angarije zastarelo, te da nije u skladu sa postojećim ratnim pravom, posebno zato što bi bilo protivno savremenim rešenjima

⁴ I obrnuto, i agresor može u toku sukoba da se opredeli za defanzivna dejstva – može prekinuti dalje napredovanje, utvrditi se, ukopati se i podići bunkere, utvrđenja, prepreke od bodljikave žice, može ispred svojih pozicija položiti mine itd. To može učiniti iz raznih razloga – zato što je ostvario planirane ciljeve (npr. zauzeo je deo teritorije protivnika), zato što nema snage za dalje napredovanje itd. Agresor može biti prinuđen na defanzivan rat i zato što je njegov protivnik (žrtva agresije) uspešno odbio napad i krenuo u protivnapad.

⁵ *Vojna enciklopedija* (ur. Nikola Gažević), tom 1, Beograd, 1970, 148; Davorin Rudolf, *Enciklopedijski rječnik međunarodnog prava mora*, Split, 1989, 20-21.

o pravima i obavezama neutralnih država (brodova). Ovo zato što bi tako neutralni brod i njegova posada bili prisiljeni da se, protiv svoje volje, stave u službu jedne strane u sukobu i izlože napadima njenog protivnika. Uz to, ona bi u praksi bila skopčana sa raznim mogućim zloupotrebama.

Ponekad se *angarijom* ili makar *modernom angarijom* pogrešno naziva nešto što se pravilno zove *angarijacija* (nlat. *angariatio*). Reč je o međunarodnim pravom priznatom pravu strane u sukobu da uz naknadu rekvirira brodove i drugu imovinu neutralnih državljana na teritoriji pod svojom vlašću, da ih upotrebi ili uništi. Takve mere preduzimale su čak i neke neutralne države za vreme Prvog i Drugog svetskog rata. Tu se zapravo radi samo o jednom vidu rekvizicije koju priznaje i savremeno međunarodno pravo i za njih u principu važe opšta načela o rekviziciji. Situacija je slična kao kod rekvizicije drugih prevoznih sredstava – automobila, kamiona itd.⁶

Ovako shvaćena rekvizicija neutralnih trgovačkih brodova dozvoljena je samo uz ispunjenje određenih uslova: 1) može se vršiti samo u lukama i obalnom moru države koja vrši rekviziciju i u obalnom moru njenog protivnika koje je pod vlašću te države; 2) može se vršiti samo kada je ta mera zaista neophodna zbog neodložne vojne potrebe; 3) mora se platiti puna odšteta; 4) rekvizicija se odnosi samo na sam brod (ne proteže se na brodsku posadu).

Ukratko, dok je prava angarija iz prošlosti podrazumevala primoravanje neutralnih brodova i njihovih posada da uz unapred plaćenu naknadu obave prevoz po nalogu i u korist odnosne sile, angarijacija je institut savremenog prava oružanih sukoba i svodi se na jedan vid rekvizicije. Važeće međunarodno pravo oružanih sukoba ne priznaje pravo angarije.

3. *Bonas fides*. – Ovaj termin se ponekad koristi kao sinonim za *bona fide* (u dobroj veri, pošteno, iskreno, savesno, sa dobrim namerama), pri čemu se misli da je reč o množini. To je, međutim, pogrešno (množina bi bila *bonis fidebus*).

4. *Državna granica i granična linija*. – Državna granica se često doživljava kao linija koja razdvaja teritorije dveju država. Ako je razumljivo da se to čini u svakodnevnom govoru, neobično je da se takav pristup ponekad susreće i u pravnoj i stručnoj literaturi, pa čak i u pojedinim ugovorima o razgraničenju, koji govore o graničnoj crti.

To, međutim, nije tačno. Naime, takvo shvatanje bi bilo ispravno ukoliko bi državna teritorija predstavljala samo horizontalno postavljenu ravan, što nije slučaj.

Na isti način kao što državnu teritoriju čini trodimenzionalni prostor, sastavljen od kopna odnosno vode na površini Zemlje ali i od vazdušnog stuba iznad njih i utrobe planete ispod njih, tako i državne granice predstavljaju ravni koje vertikalno

⁶ B. Krivokapić, op. cit., 772.

presecajući Zemljinu površinu, sežu u njenu dubinu i izdižu se visoko iznad planete.⁷ Prema tome, državne granice svake države izvire iz središta Zemljinog jezgra, prolaze kroz linije kojima je omeđena teritorija te države na površini kopna odnosno vode, produžavaju svoj put kroz vazdušni omotač i nestaju u svemiru (uglavnom se smatra da je njihov najveći domet i ujedno kraj države teritorije na visini oko 100 km iznad površine Zemlje (tzv. Karmanova linija).⁸

To znači da su državne granice vertikalno postavljene ravni koje određuju krajnji domašaj državne teritorije odnosno krajnje tačke do kojih se prostire teritorijalni suverenitet date države.

Za razliku od toga, crte koje na površini Zemlje razdvajaju teritorije raznih država nazivaju se *graničnim linijama*, one su horizontalno postavljene i u suštini predstavljaju tek maleni odsečak u ravni koja čini državnu granicu.⁹

5. *Državni teror i državni terorizam*. – Ponekad se pogrešno govori o državnom terorizmu, a misli se zapravo na državni teror.

Državni teror (lat. *terror*, užas, strah, zastrašivanje) je naziv za zloupotrebu državnog aparata radi strahovlade i uspostavljanja i održavanja takvih odnosa i procesa u društvu koji odgovaraju onima u čijim rukama se nalazi državna vlast (određena klasa, kasta, verska grupa i slično.). Primeri su režimi u Hitlerovoj Nemačkoj, Staljinovom SSSR-u, Pinočeovom Čileu itd.

Može se govoriti i o državnom terorizmu, ali onda se misli na nešto drugo. Na međunarodnom planu tako se označava situacija koja postoji kada neka država stoji

⁷ Ovakvo određenje državnih granica javlja se i u međunarodnim ugovorima. Tako, čl. 1. Ugovora između SR Jugoslavije i Republike Makedonije o protezanju i opisu državne granice (2001) precizira da je državna granica „ravan koja vertikalno seče površinu zemlje i deli teritorije dve zemlje, njihov vazdušni prostor, i prostor ispod površine zemlje“. Državna granica se u osnovi na isti način, samo još preciznije definiše u unutrašnjim propisima država. Tako npr. u Srbiji čl. 2/1 Zakona o zaštiti državne granice (2008) utvrđuje: „Državna granica je zamišljena vertikalna ravan koja se graničnom linijom prostire po Zemljinoj površini i odvaja prostor Republike Srbije, njegov kopneni deo, unutrašnje vode, vazdušni prostor i prostor ispod površine zemlje od prostora susednih država. U smislu kontrole državne granice pod državnom granicom se smatraju i područja graničnih prelaza na aerodromima i pristaništima preko kojih se odvija međunarodni saobraćaj“. Ovde je granica definisana prilično precizno, ali istovremeno i nešto šire i nešto uže nego što je uobičajeno u međunarodnom pravu kod određenja granice na opšti način. Šire – obuhvatanjem vazdušnih i vodenih luka, a uže – nepominjanjem granica na moru (jer Srbije nema more) i nepredviđanjem razgraničenja sa bilo kojim prostorima koji nisu državne teritorije susednih zemalja (jer takvih prostora nema – npr. pošto nema teritorijalno more, Srbija se ne graniči ni sa otvorenim morem).

⁸ Boris Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2017, 726, 843.

⁹ Tako npr. čl. 2/2 već pomenutog Zakona o zaštiti državne granice (2008) utvrđuje da je granična linija „obeležena ili zamišljena linija kojom se na Zemljinoj površini proteže državna granica“.

iza akcija terorista (organizuje ih, pomaže, finansira itd.), a posebno kad sami državni organi preduzimaju terorističke akte sa stranim elementom – ubistvo političkih protivnika u inostranstvu od strane tajnih službi, otmice stranih civilnih vazduhoplova uz upotrebu ratnog vazduhoplovstva itd. U posebnom značenju državnim terorizmom naziva se i agresivno ponašanje pojedinih država prema drugim zemljama (npr. ograničeno i selektivno bombardovanje ciljeva na teritoriji druge države bez otpočinjanja širih ratnih dejstava, upadi i akcije komandosa na tuđoj teritoriji za vreme mira, bezobzirno ponašanje okupacionih vlasti na teritoriji koju kontrolišu i sl.). Savremeno međunarodno pravo zabranjuje, ne samo agresiju, već i svaku upotrebu sile i pretnju silom i predviđa mogućnost primene sankcija protiv prekršioca.

6. *Eksteritorijalnost i ekstrateritorijalnost.* – Ova dva termina imaju zapravo isto značenje. Izraz *eksteritorijalnost* je od lat. *ex-* iz, a *ekstrateritorijalnost* od lat. *extra* – izvan, preko, s tim da je drugi deo obe reči od *territoralis* – onaj koji se odnosi na dato područje. Premda je, strogo uzev, pravilniji drugi, koriste se oba, pa se čak u našoj praksi i literaturi češće javlja prvi oblik (*eksteritorijalnost*).

Oba termina označavaju pravni položaj lica ili stvari koje su prema međunarodnom pravu ili zakonodavstvu strane države u kojoj se nalaze, u nekom pogledu izuzeti od akata vlasti, zakonodavstva ili sudstva te države i uživaju određene privilegije i imunitete. Primeri su položaj šefa države, diplomatskih predstavnika, diplomatskih misija, ratnih brodova, određenih vojnih jedinica, predstavništava međunarodnih organizacija itd.

7. *Nacionalizam i šovinizam.* – Često se, posebno pod uticajem stranih izvora i faktora, u negativnom kontekstu govori o srpskom ili nekom drugom nacionalizmu.

Međutim, *nacionalizam* (od lat. *natio*, narod) ne znači ništa drugo nego rodoljublje. Tako se naziva snažan osećaj pripadnosti sopstvenoj naciji, a takođe i društveni pokret odnosno skup ideja i akcija u cilju buđenja nacionalne svesti, oslobođenja od tuđinske vlasti, ujedinjenja i stvaranja nacionalne države (države datog naroda).¹⁰

Negativna pojava na koju se zapravo obično misli je *šovinizam*.¹¹ *To je reč koja označava propagiranje nacionalne isključivosti, suprotstavljanje interesa jedne nacije interesima drugih nacija, izazivanje i širenje nacionalne mržnje, nacionalne*

¹⁰ Aljoša Mimica, Marija Bogdanović (prir.), *Sociološki rečnik*, Beograd, 2007, 342-344.

¹¹ Naziv je izveden od imena Nikole Šovena (*Nicolas Chauvin*), bivšeg Napoleonovog vojnika i vatrenog pristalice njegove osvajačke politike koji je nastavio sa neumerenim veličanjem Napoleona i nakon njegovog kraha. Kao primer nakaradnog patriotizma postao je predmet šala i karikatura, a tridesetih godina XIX veka i junak nekoliko francuskih komedija. Njegovo ime se ustalilo kao opšti naziv za naivnog, ostrašćenog i isključivog rodoljuba. A. Mimica Aljoša, M. Bogdanović, op. cit., 607-608.

isključivosti, osećaja prezira i mržnje prema drugim narodima, a u širem značenju, svaku isključivost, omalovažavanje drugih grupa i slično.

8. *Nacionalne i etničke manjine*. – Za označavanje manjinskih društvenih grupa koje se odlikuju etničkim (nacionalnim) osobenostima, zakonodavstva država, pa tako i Ustav i propisi Srbije, uglavnom koriste naziv *nacionalne manjine*. On se često koristi i na međunarodnom planu, posebno u Evropi.

Ipak, on ne odgovara u potpunosti svojoj svrsi pošto, strogo uzev, ne obuhvata one zajednice koje se po svojim etničkim karakteristikama razlikuju od većinskog stanovništva ali ne predstavljaju deo neke druge nacije tj. nemaju matičnu državu svog naroda (Romi, Goranci, Kurdi i dr.).

Stoga se kao podesniji nameće termin *etničke manjine*. On ima širi domašaj i odnosi se na sve manjinske kolektivitete koji se od većinskog stanovništva razlikuju po etničkim osobenostima pri čemu se (za razliku od termina „nacionalne manjine“) ne insistira na tome da oni čine deo neke nacije. Drugim rečima, *nacionalna manjina* je uvek i *etnička* ali *etnička manjina* ne mora uvek biti i *nacionalna*.

Na taj način, bilo bi najispravnije da se govori upravo o etničkim manjinama. I pored toga, u praksi se često prednost daje izrazu *nacionalna manjina* ili se ova dva termina koriste istovremeno. Primer na međunarodnom planu je Deklaracija UN o pravima pripadnika nacionalnih ili etničkih, verskih i jezičkih manjina (1992).¹²

Ustav Srbije (čl. 75-80) koristi izraz *nacionalne manjine*, što nije pogrešno ali, strogo uzev, ostavlja po strani one etničke manjine koje nisu istovremeno nacionalne.

Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina (2002)¹³ u čl. 2/1 daje vrlo široku definiciju izraza *nacionalna manjina* i u čl. 2/2 precizira da će se nacionalnim manjinama u smislu tog Zakona smatrati „sve grupe državljana koji se nazivaju ili određuju kao narodi, nacionalne i etničke zajednice, nacionalne i etničke grupe, nacionalnosti i narodnosti, a koje ispunjavaju uslove iz stava 1. ovog člana.“ Štaviše, u čl. 4/2, Zakon precizira da će organi vlasti donositi pravne akte i preduzeti mere iz stava 1 tog člana i cilju popravljanja položaja lica koja pripadaju *romskoj nacionalnoj manjini*.

Sve to ne bi bilo potrebno da se zakonodavac opredelio za pojam *etnička*, a ne *nacionalna manjina*. Time bi mnogo jasnije postigao ono što je hteo – zaštitu za sve etničke zajednice koje se nalaze u manjinskom položaju.

¹² Milan Paunović, Boris Krivokapić, Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Beograd, 2021, 278-282.

¹³ Usvojen kao propis tadašnje SR Jugoslavije a nakon osamostaljenja Srbije po osnovu sukcesije nastavio da se primenjuje kao deo njenog zakonodavstva.

Kada je reč o položaju Roma, ma šta definisao zakonodavac, oni, objektivno gledajući, nisu nacionalna već *etnička manjina*. Jasna i potpuno opravdana namera zakonodavca da Romima zajamči isti stepen zaštite kao i nacionalnim manjinama, pa u izvesnom smislu i veći, nije sporna ali ostaje da žalimo što nije pravnotehnički bolje uobličena. Ovde se ne radi o korpusu zajamčenih prava, on mora biti isti, pa i donekle veći nego kod ostalih manjina, već o tome da se dosledno koriste određene kategorije i instituti. Verujemo da bi u perspektivi bilo bolje da se u našem pravnom sistemu ne govori o nacionalnim, već o etničkim manjinama ili o manjinskim etničkim zajednicama, čime bi bile obuhvaćene sve ciljane grupe bez potrebe da se vrši nasilje nad stvarnošću.

9. *Naoružanje*. – Ponekad se ovaj termin koristi za označavanje davanja oružja onima koji ga nemaju, nemaju dovoljno, nemaju odgovarajuće oružje i slično, posebno kada se misli na takav proces. Tako se npr. kaže da je država A obezbedila ili pomogla naoružanje države B ili nekog drugog subjekta (npr. ustanika). To je pogrešno, jer je ispravna reč *naoružavanje*.

S druge strane, reč *naoružanje* ima nekoliko značenja, među kojima naročito predstavlja sinonim za oružje (npr. teško naoružanje), a naročito za skup svih oružja neke države, čitav njen arsenal odnosno ukupnu rezervu određene vrste oružja (npr. nuklearno naoružanje) ili skup svog oružja neke vojne jedinice (npr. naoružanje ratnog broda).

10. *Organizacija za bezbednost i saradnju u Evropi*. – Ova organizacija je kod nas poznata pod skraćenicom OEBS iz čega je spontano izveden naziv *Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju* koji se veoma široko koristi u praksi.

Međutim, on je pogrešan, pošto, s jedne strane, ne odgovara prevodu s engleskog i drugih zvaničnih jezika,¹⁴ dok s druge strane, sugeriše da se radi o zatvorenim procesima i odnosima između evropskih država, a reč je, naprotiv, o odnosima u vezi s bezbednošću u Evropi ali uz učešće i niza drugih vanevropskih država.¹⁵ Naziv, dakle, u skladu sa ciljevima ove organizacije, odgovara na pitanje *gde se obezbeđuje bezbednost, a ne između koga*.¹⁶

¹⁴ Engl. *Organization for Security and Co-operation in Europe*, fr. *Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe*, rus. *Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе* itd.

¹⁵ SAD i Kanada su od samog početka bile uključene u procese koji su doveli do nastanka OEBS, a kasnije su u članstvo primljene i azijske države koje su nastale raspadom SSSR.

¹⁶ Sve je posledica činjenice da je OEBS nastao transformacijom nekadašnje Konferencije o bezbednosti i saradnji u Evropi, koja se od jednokratnog skupa u Helsinkiju 1975. godine pretvorila u proces. Za njeno označavanje se kod nas iz praktičnih razloga odomacila skraćenica KEBS jer je to daleko lakše za izgovor nego KBSE, kako bi inače trebalo da glasi skraćeni naziv Konferencije. Ova logika je kasnije primenjena i na OEBS.

11. *Pirati i gusari*. – Ovi pojmovi se često mešaju, čak i među pravnicima. Suprotno onome što misle mnogi, to nisu sinonimi, već nazivi za potpuno različite pojave.

Najprostije rečeno, piratstvo je naziv za pomorsko razbojništvo, razbojništvo na otvorenom moru (mestu koje nije pod jurisdikcijom nijedne države).¹⁷ To je jedno od najstarijih međunarodnih krivičnih dela. U naše vreme najvažnija međunarodna pravna pravila o pomorskom piratstvu sadržana su u čl. 14–22 Konvencije o otvorenom moru (1958) i čl. 100–107 Konvencije UN o pravu mora (1982). Ove konvencije (čl. 15. prve i čl. 101. druge) daju identičnu definiciju prema kojoj, piratstvo je: „Svaki nezakoniti akt nasilja, zadržavanja ili bilo kakva pljačka, počinjeni u lične svrhe od strane posade ili putnika nekog privatnog broda ili privatnog vazduhoplova, a koji su upereni: a) na otvorenom moru protiv drugog broda ili vazduhoplova ili protiv lica ili dobara na njima; b) protiv broda ili vazduhoplova, lica ili dobara u mestu koje ne potpada pod jurisdikciju ni jedne države.“ Premda je u jednom trenutku izgledalo da je iskorenjeno, piratstvo je i u naše vreme ozbiljan međunarodni problem.¹⁸

S druge strane, gusarenjem je u prošlosti nazivana nasilna akcija na moru koju je na osnovu posebnog ovlašćenja vladara ili vlade (tzv. gusarskog pisma, gusarskog naloga) mogao preduzeti naoružani privatni brod učestvujući u ratu protiv neprijatelja. Tim putem države su, u cilju nadoknađivanja nedovoljne snage i veličine sopstvene ratne flote ili radi njenog rasterećenja od određenih zadataka, domaćim ali i stranim privatnim licima, vlasnicima brodova, davale za pravo da napadaju i uzapćuju neprijateljske ratne i trgovačke brodove, neutralne brodove koji se bave krijumčarenjem i neprijateljske kolonije. Deo plena odlazio je vladaru, a ostalo su delili zapovednik i posada gusarskog broda – to je bila njihova nagrada i motivacija i istovremeno naknada za troškove i rizike (pretpljenju štetu, moguću

¹⁷ Ranije su piratima nazivani i uglavnom na samo jedan način (smrću) kažnjavani učinioци svih teških krivičnih dela na moru, pa tako i razbojnici koji su s mora napadali gradove na obali, pomorci koji su trgovali robovima u vreme kad je to postalo zabranjeno, posada pobunjenog ratnog broda itd. Danas se, međutim, ostali kriminalni akti na moru i u vezi sa morem tretiraju kao posebna krivična dela – npr. trgovina robovima, nezakonita dela protiv bezbednosti plovidbe, međunarodni terorizam itd. Više, Boris Krivokapić, „Međunarodna krivična dela nasilja na moru“, *Međunarodna krivična dela* (ur. Sreto Nogo), tematski međunarodni naučni skup Udruženja za međunarodno krivično pravo, Tara, 2013, 198-214.

¹⁸ Angus Konstam, *The History of Pirates*, New York 1999; *Piracy and Maritime Crime: Historical and Modern case Studies* (eds. Bruce A Elleman, Andrew Forbes, David Rosenberg), Naval War College Press 2010; *Piracy and Maritime Security* (ed. Stefan Mair), Stiftung Wassenschaft und Politik, Berlin 2011; Boris Krivokapić, *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd, 2011, 635-716; *Maritime Piracy I-II*, United Nations, New York and Geneva, 2014.

smrt, invalidnost i sl.). Ova praksa je pod određenim uslovima bila dopuštena i u vreme rata i u vreme mira (u miru kao vid tzv. privatnih represalija). Njeno zlatno doba bilo je između XV i XIX veka, kada su gusare imale praktično sve ozbiljne pomorske sile. Ako su dejstvovali u granicama datih ovlašćenja, gusari su, kad bi bili zarobljeni, imali pravo na status ratnih zarobljenika (za razliku od pirata koji su kao obični razbojnici oduvek surovo kažnjavani).

U XIX veku dolazi do postepenog napuštanja instituta gusarenja. S jedne strane, ratne mornarice država znatno su ojačale, te je potreba za privatnim borcima opala. Takođe, zbog velikog napretka ratne tehnike, sve je teže bilo pretvarati privatne (trgovačke) brodove u ratne. Najzad, praksa je ukazivala na suviše veliki broj zloupotreba – gusari su se često otimali svakoj kontroli i postajali pirati. Sve to imalo je za posledicu da su države postepeno počele da se odriču usluga gusara. Gusarenje je ograničeno nizom jednostranih i dvostranih deklaracija i sporazuma, a definitivno ukinuto i zabranjeno Pariskom pomorskom deklaracijom (1856). Od tada je zakoniti napad na moru mogao da izvede samo ratni brod, a svi drugi napadi morali su se smatrati morskim razbojništvom (piratstvom).

12. *Pomorsko pravo i pravo mora*. – I ove reči se često koriste kao sinonimi. Međutim, to je pogrešno.

Pravo mora je oblast međunarodnog javnog prava koja sadrži norme o razgraničenju pojedinih delova mora i pravnom režimu u njima, a delom i neka druga pravna pravila u vezi sa morem.¹⁹

Naprotiv, *pomorsko pravo* je naziv za skup pravnih pravila unutrašnjeg (državnog) prava država kojima se uređuju pitanja vezana za pomorsku plovidbu. Ono se razlikuje od prava mora kao dela međunarodnog javnog prava i po predmetu regulisanja i po subjektima i po izvorima prava. U pogledu predmeta regulisanja, pomorsko pravo je uglavnom ograničeno na pitanja vezana za pomorsku plovidbu i njenu bezbednost (tzv. upravno pomorsko pravo) i imovinskopravne odnosno privatnopravne odnose na moru (tzv. imovinsko pomorsko pravo). Dok su osnovni subjekti međunarodnog prava mora države, glavni subjekti pomorskog prava su fizička i pravna lica. Dok su glavni izvori prava mora – odgovarajući izvori međunarodnog

¹⁹ Robin Churchill, Vaughan Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 1999; Vladimir Đuro Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima*, Rijeka, 2002; Shigeru Oda, *Fifty Years of the Law of the Sea*, Kluwer Law International, 2003; David Anderson, *Modern Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012; *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (eds. Donald R. Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott, Tim Stephens), Oxford University Press, 2015; Donald R. Rothwell, *The International Law of the Sea*, Bloomsbury Publishing PLC, 2016.

javnog prava, u prvom redu relevantni međunarodnopravni ugovori i običajna pravna pravila, izvori pomorskog prava su pre svega nacionalni propisi država. Ipak u nekim oblastima (posebno kod regulisanja bezbednosti plovidbe, obaveze spasavanja na moru i dr.) razlika između pomorskog i prava mora nije tako oštra, zato što su ovi odnosi uređeni delom međunarodnim, a delom unutrašnjim pravnim propisima.²⁰

13. *Pozitivna diskriminacija*. – Ovaj termin se ponekad (pogrešno) koristi da bi se označile raznovrsne mere društvene podrške koje se preduzimaju u korist određenih grupa (etničke manjine, domorodački narodi, žene itd.) i njihovih pripadnika, kako bi se otklonile posledice diskriminacije i, zavisno od slučaja, nasilne asimilacije odnosno zapostavljanja kojima su te grupe ranije bile izložene. Uveo ga je 1975. američki sociolog Glejzer (*Nathan Glaser*) i bio je jedno vreme dosta popularan. Ubrzo je, međutim, uglavnom napušten zato što sadrži suštinsku nelogičnost (da diskriminacija, koja se uvek shvata i žigoše kao negativna pojava, može biti pozitivna).

Iz tih razloga se za označavanje ovog pojma koriste drugi, adekvatniji nazivi, među kojima naročito *podsticajne mere*, *afirmativna akcija*, *preferencijalni tretman*, *mere društvene podrške* i slično.²¹

14. *Prava čoveka i ljudska prava*. – Za označavanje osnovnih međunarodnopravno zaštićenih ljudskih prava i sloboda kao i posebnu zaštitu pojedinih kategorija ljudi posle Drugog svetskog rata korišćen je izraz *prava čoveka*. Ubrzo je zamenjen terminom „ljudska prava“ na insistiranje Elenor Ruzvelt (supruga predsednika SAD, Frenklina D. Ruzvelta), koja je smatrala da se iz izraza „prava čoveka“ ne vidi dovoljno da se ta prava u jednakoj meri odnose i na žene. Naime, na engleskom taj termin glasi *rights of man*, a *man* znači i *čovek*, ali i *muškarac*. I zaista, u Povelji UN (čl. 1/3, 13/1/b, 68) pominju se *ljudska prava*; kada su UN 1946. godine osnovale specijalizovano telo za ovu materiju, njegov naziv bio je Komisija UN za ljudska prava; kada je Generalna skupština 1948. usvojila prvi važan dokument u ovoj oblasti njegov naziv bio je Sveopšta deklaracija UN o ljudskim pravima (*Universal Declaration on Human Rights*).²²

²⁰ Miodrag Trajković, *Pomorsko pravo*, Beograd, 1977; Ivo Grabovac, *Hrvatsko pomorsko pravo i međunarodne konvencije*, Split, 1995; Ivo Grabovac, *Plovidbeno pravo Republike Hrvatske*, Split, 2003; Robert Force, *Admiralty and Maritime Law*, Federal Judicial Center, 2004.

²¹ M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, op. cit., 255-257.

²² Elenor Ruzvelt (*Eleanor Roosevelt*) bila je prvi predsednik Komisije za ljudska prava, predsedavala je odborom koji je sačinio tekst Deklaracije i dala je važan doprinos konačnom izgledu tog dokumenta.

Međutim, kod nas se termin *prava čoveka* zadržao dosta dugo, pa se i danas može ponekad čuti, istina retko. Uostalom, čak i sada se na sajtu UN može naći srpski prevod pomenute deklaracije kao *Opšta deklaracija o pravima čoveka*.²³ Razlog je, po svemu sudeći to što su tako glasili zvanični prevodi Deklaracije i drugih relevantnih dokumenata i činjenica da u srpskom jeziku reč čovek znači prvenstveno ljudsko biće, a tek u nekim slučajevima i muškarac.

Ipak, i u srpskom jeziku je pravilnije koristiti termin *ljudska prava*, koji se, uostalom, odomaćio.

15. *Ratište i vojište*. – U svakodnevnom govoru pod ratištem se ima u vidu mesto gde se vode borbe. Stoga se može čuti da je neko „bio na ratištu“ i slično. Međutim, vojni stručnjaci i oni koji se bave međunarodnim ratnim pravom vrlo precizno prave razliku između nekoliko kategorija poprišta rata, što znači onih područja u kojima je dozvoljeno izvođenje neprijateljstava.²⁴ Kriterijum razlikovanja je šta se tu zaista dešava – da li se tu u načelu mogu voditi ratne operacije, da li se tu one zaista i vode ili je, čak u toku borba.²⁵ U tom pogledu razlikuju se ratište, vojište i bojište.

Ratištem se naziva prostor u kome zaraćene strane smeju da pripremaju i izvode ratna dejstva, bez obzira na to da li to zaista i čine. Drugim rečima, ovaj pojam obuhvata, ne samo sve prostore na kojima se zaista izvode ratne operacije zaraćenih strana, već i one na kojima se takve operacije ne izvode. Oni su, međutim, važni zato što i na njima u nekom trenutku u budućnosti mogu da počnu ratna dejstva, kao i zbog toga što su povezani sa neposrednim neprijateljstvima utoliko što predstavljaju izvore ratnog potencijala odnosnih sila (popuna ljudstva; remont sredstava i opreme; proizvodnja i snabdevanje trupa hranom, oružjem, municijom, gorivom; odmor i obuka boraca; lečenje ranjenika i bolesnika itd.). Ratište obuhvata celokupnu teritoriju strana u sukobu, područja koja nisu pod suverenitetom zaraćenih država, ali se po nekom drugom osnovu nalaze pod vlašću neke od njih (okupirane teritorije, vojne baze u neutralnim državama i dr.), otvoreno more i vazdušni prostor iznad njega, kao i druge prostore koji nisu ni pod čijom vlašću.

²³ *Opšta deklaracija o pravima čoveka*, UN, Human Rights, Office of the High Commissioner, www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=src5, 6.9.2021.

²⁴ Vekoslav Kolb, „Ratiše, vojišna prostorija i borbena prostorija“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 3, 1956, 413-423; Zoran Vučinić, *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*, Beograd, 2006, 158-160; Jann K. Kleffner, „Scope of Application of Humanitarian Law“, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (ed. Dieter Fleck), Oxford University Press, 2013, 43-78. B. Krivokapić, *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, op. cit., 591-596.

²⁵ Vođenje ratnih operacija nije isto što i neposredna borba. Ratne operacije mogu se sastojati u raznim oblicima pokreta trupa, njihovom premeštaju, ukopavanju, postavljanju mina i slično.

Ratište ne obuhvata teritorije neutralnih država, internacionalizovane teritorije, neutralizovana i demilitarizovana područja.

Sa druge strane, *vojište* (područje ratnih operacija, vojišna prostorija) je određeni deo ratišta (kopna, mora i vazdušnog prostora iznad njih) na kojem se izvode ratne operacije i dejstva širih razmera.²⁶ Premda je u Drugom svetskom ratu učestvovala 61 država, sa 131,5 miliona km² ukupne površine, ratne operacije nisu obuhvatile ceo prostor (ratište), već su vođene na teritorijama 40 država (Istočni front, delovi severne Afrike, južne i zapadne Evrope i Dalekog istoka) na površini od oko 30 miliona km². Samo ona je predstavljala vojište. U Korejskom ratu (1950–1953) ratište je obuhvatalo teritorije svih država koje su učestvovala u sukobu, ali je vojište bila samo Koreja. Tokom NATO agresije na Jugoslaviju (1999), ratište su činile teritorije Jugoslavije i svih država agresora ali je vojište bila samo teritorija Jugoslavije.

Konačno, *bojište* (borbena zona) je prostor na kopnu ili moru (i vazdušni prostor iznad njih) na kojem se neposredno izvode borbena dejstva ili, drugim rečima, onaj deo ratišta gde se stvarno vode borbe. To je uži pojam od vojišta i samo je njegov prednji, istureni deo.

Za razliku od ratišta, koje se u principu ne menja, osim pojavom nove strane u sukobu ili izlaskom iz sukoba (npr. zaključenjem separatnog mira) neke od država koje su učestvovala u sukobu, vojište i bojište su promenjive kategorije, koje zavise od hoda ratnih operacija.

16. *Rimski sud*. – U delu naše pravne literature, posebno među krivičarima, iz nekog razloga raširio se naziv *Rimski sud* za Međunarodni krivični sud. Tačno je da je Međunarodni krivični sud osnovan Rimskim statutom (potpisan u Rimu 17.7.1998) ali sam Sud nema sedište u Rimu, da bi se mogao zvati Rimskim.

Uostalom, ogromna većina međunarodnih sudova osnovana je međunarodnim ugovorom, pa ipak nigde se mesto potpisivanja ugovora ne uzima kao deo naziv suda. Od mnoštva primera pomenućemo samo Međunarodni sud za pravo mora (osnovan Konvencijom UN o pravu mora, potpisanom u Montego Beju 1982) i Evropski sud za ljudska prava (osnovan Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, potpisanom u Rimu 1950), čije je sedište u Strazburu. Uostalom, Haški tribunal osnovan je rezolucijom Saveta bezbednosti donetom na sednici u Njujorku, pa se ne zove Njujorškim sudom.

16. *Savet Evrope i Evropski savet*. – Danas se to ne događa, ali u našoj literaturi od pre dvadesetak godina ponekad je korišćen izraz *Evropski savet* za

²⁶ Više, *Vojna enciklopedija* (gl. ur. Nikola Gažević), tom 10, Beograd, 1975, 547-548.

međunarodnu organizaciju koju je pravilno zvati *Savet Evrope*. Taj drugi naziv je jedini pravilan prevod sa npr. eng. *Council of Europe*.

Ova pogrešna terminologija izazivala je utoliko veću štetu, imajući u vidu da je istovremeno zaista postojao *Evropski savet* (eng. *European Council*) ali se radilo o političkom telu koje je, premda neformalno, u stvarnosti bilo najviši politički organ Evropske unije. Lisabonski ugovor (2009) definisao je ga je kao zvaničnu instituciju EU i precizirao njegovu ulogu i sastav (šefovi država ili vlada država članica, ministri inostranih poslova i predsednik Evropske komisije).

17. *Veto u Savetu bezbednosti UN*. – Često se govori o pravu veta stalnih članova Saveta bezbednosti UN, što, strogo uzev, nije ispravno. Premda Povelja UN nigde izričito ne pominje veto, u čl. 27 precizira da se odluke Saveta bezbednosti po svim pitanjima, osim o pitanjima procedure, donose potvrdnim glasovima devet članova, uključujući potvrdne glasove stalnih članova, s tim da se pri donošenju odluka koje se tiču mirnog rešavanja sporova strana u sporu uzdržava od glasanja. Na taj način, shodno slovu Povelje, nijedna odluka o suštinskim pitanjima ne može biti doneta bez pristanka svih pet stalnih članova Saveta (Francuska, Kina, Rusija, SAD i Ujedinjeno Kraljevstvo) što znači da bi svaki stalni član tog organa mogao sprečiti donošenje takve odluke glasajući protiv predloga, ali i prostim uzdržavanjem od glasanja.

I pored toga, u praksi je izgrađeno shvatanje da efekat veta ima samo izričito protivljenje stalnog člana Saveta bezbednosti, te da njegov uzdržani glas ne sprečava donošenje odluke. Isto važi i ukoliko je stalni član odsutan – odluka kojom je Savet bezbednosti 1950. utvrdio da je Severna Koreja napala Južnu i pozvao države članice da pomognu žrtvi agresije, doneta je bez učešća Sovjetskog Saveza koji je u to vreme bojkotovao rad Saveta.

Ovaj mehanizam je relativno često korišćen u praksi, posebno u vreme Hladnog rata, ali, strogo uzev, to nije pravi veto. Klasičan veto je pravo jednog subjekta da zabrani odluke drugog subjekta, što ovde nije slučaj pošto stalni članovi nisu spoljni faktor, već su deo samog Saveta bezbednosti i ne zabranjuju tuđe odluke, već sprečavaju donošenje odluke Saveta.

18. *Životna okolina odnosno sredina*. – U štampi ali i u delu pravne literature mogu se sresti termini *životna okolina* i *čovekova okolina*, za označenje onoga što je ispravno nazivati *životna sredina* ili samo *sredina*.

Ovo zato što reč *okolina* znači okruženje, nešto što se nalazi oko odnosnog subjekta, ali čega on nije deo. Naprotiv, čovek je deo sveta na koji se misli, te je ispravan termin *sredina*. Uostalom, u engleskom jeziku, na kojem su sačinjeni najvažniji relevantni dokumenti, postoje različiti termini za okolinu (*surroundings*) i sredinu (*environment*).

ZAKLJUČAK

Sve napred rečeno izloženo je sa iskrenom namerom da se doprinese izbegavanju određenih terminoloških nepreciznosti i nedoslednosti koje se ponekad javljaju u praksi i pravnoj literaturi povodom izvesnih pojava i instituta međunarodnog prava. Autor će biti iskreno obradovan ako njegova zapažanja isprovociraju polemiku, sve u cilju da se postignu najbolji rezultati. Reči su instrumenti pravnika (i praktičara i teoretičara), što dovoljno govori o tome da nikada nije suviše tragati za optimalnim rešenjima.

Prof. Dr. BORIS KRIVOKAPIĆ
Full Professor, Business and Law Faculty
“MB” University, Belgrade and
Law Faculty Samara National University
“S. P. Korolev”, Samara

ON SOME TERMINOLOGICAL PROBLEMS IN SERBIAN LANGUAGE IN THE FIELD OF INTERNATIONAL LAW

Summary

The paper deals with some terminological imprecisions and inaccuracies encountered in Serbian language in relation to a number of phenomena and institutes in the field of international law. The author points to the importance of precise language in the field of law, then gives some twenty concrete examples in which wrong or not precise terms are used in everyday speech as well as in legal literature and practice and explains what the problem is. He does this with the hope that his contribution will help to avoid or correct certain inaccuracies, as well as with the desire to provoke discussion, with the aim of achieving the best results. Words are instruments of jurists (both practitioners and theorists), which says enough about the fact that it is never superfluous to seek optimal solutions.

Key words: international law, law, language, terms

Literatura

- Anderson D., *Modern Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
Churchill R., Lowe V., *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 1999.
Degan V. Đ., *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima*, Rijeka, 2002.
Force R., *Admiralty and Maritime Law*, Federal Judicial Center, 2004.
Grabovac I., *Hrvatsko pomorsko pravo i međunarodne konvencije*, Split, 1995.
Grabovac I., *Plovidbeno pravo Republike Hrvatske*, Split, 2003.

- Kleffner J. K., „Scope of Application of Humanitarian Law“, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (ed. D. Fleck), Oxford University Press, 2013.
- Kolb V., „Ratiše, vojišna prostorija i borbena prostorija“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 3, 1956.
- Konstam A., *The History of Pirates*, New York, 1999.
- Krivokapić B., *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd, 2011.
- Krivokapić B., „Međunarodna krivična dela nasilja na moru“, *Međunarodna krivična dela* (ur. S. Nogo), tematski međunarodni naučni skup Udruženja za međunarodno krivično pravo, Tara, 2013.
- Krivokapić B. *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, Beograd, 2017.
- Krivokapić B. *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2017.
- Maritime Piracy I-II*, United Nations, New York and Geneva, 2014.
- Mimica A., Bogdanović M. (prir.), *Sociološki rečnik*, Beograd, 2007.
- Oda S., *Fifty Years of the Law of the Sea*, Kluwer Law International, 2003.
- Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Beograd, 2021.
- Piracy and Maritime Security* (ed. S. Mair), Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlin, 2011.
- Piracy and Maritime Crime: Historical and Modern Case Studies* (eds. B. A. Elleman, A. Forbes, D. Rosenberg), Naval War College Press, 2010.
- Rothwell D. R., *The International Law of the Sea*, Bloomsbury Publishing PLC, 2016.
- Rudolf D., *Enciklopedijski rječnik međunarodnog prava mora*, Split, 1989.
- Tanaka Y., *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012.
- The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (eds. D. R. Rothwell, A. G. Oude Elferink, K. N. Scott, T. Stephens), Oxford University Press, 2015.
- Trajković M., *Pomorsko pravo*, Beograd, 1977.
- Vojna enciklopedija* (gl. ur. N. Gažević), tom 1, Beograd, 1970.
- Vojna enciklopedija* (gl. ur. N. Gažević), tom 10, Beograd, 1975.
- Vučinić Z. *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*, Beograd, 2006.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 06.09.2021.

Prihvaćen: 30.09.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MIROVNE OPERACIJE UJEDINJENIH NACIJA

U predmetnoj studiji, raspravlja se o mirovnim operacijama Ujedinjenih nacija u kontekstu razvoja savremenih međunarodnih odnosa i međunarodnog prava. Budući da da Povelja Ujedinjenih nacija predstavlja bez sumnje, fundamentalni – pravni akt bez čijeg postojanja bi bilo teško zamisliti ovaj razvoj, autor je u analizi mirovnih operacija ispitao ono, što se u kolokvijalnom jeziku naziva „Pravom Ujedinjenih nacija“ nalazeći da mirovne operacije, iako predstaju jednu od najvažnijih delatnosti svetske organizacije, nigde nisu izričito navedene, niti su regulisane pravilima ovog prava. S obzirom na međuzavisnost koja postoji između evolucije međunarodnog prava i međunarodnih odnosa s jedne strane, i primene Povelje sa druge strane, autor u radu zaključuje da mirovne operacije predstavljaju funkcionalni deo sistema kolektivne bezbednosti čiji su ciljevi – izraženi u ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija koji odražavaju univerzalne vrednosti međunarodne zajednice u očuvanju svetskog mira i bezbednosti. Za pravilno razumevanje mirovnih operacija otud je prema njegovom mišljenju potrebno solidno poznavanje pravila pravnog tumačenja normativnog dela „prava Ujedinjenih nacija“, kao i razumevanje evolucije njegove primene u međunarodnoj praksi kako bi se na naučno prihvatljiv način shvatila i suština njegove „progresije“ u sistemu međunarodnih odnosa koja je dovela do izmene pozitivne osnove savremenog međunarodnog pravnog poretka.

Ključne reči: mirovne operacije, Povelja, Ujedinjene nacije, Savet bezbednosti, kolektivna bezbednost

U V O D N E N A P O M E N E

U međunarodnopravnoj doktrini postoji saglasnost da Povelja Ujedinjenih nacija ne predviđa i ne reguliše mirovne operacije, ali da su one sasvim sigurno jedna od najvažnijih aktivnosti svetske organizacije na planu očuvanja svetskog mira i bezbednosti. Poznato je tako da tokom održavanja osnivačke konferencije Ujedinjenih nacija u San Fancisku 1945. godine, i u toku sastavljanja pripremnih radova na izradi Povelje, mirovne operacije nisu bile pomenute kao posebno ovlašćenje Saveta bezbednosti.¹ Prethodni pokušaji oživljavanja uloge Komiteta vojnog štaba ili eventualna dopuna ili revizija Povelje takođe nisu imali uspeha na ovom planu. Ustanovljavanje Specijalnog komiteta UN za mirovne operacije rezolucijom Generalne skupštine 2006 (XIX) od 18. februara 1965. godine, kao njenog pomoćnog tela takođe nije dalo rezultate mada je postignut izvesni *modus vivendi* kojim je priznata primarna odgovornost Saveta bezbednosti u ovoj oblasti.² Glavni razlog za neuspeh bila je ideološka, a potom i vojno-politička podeljenost sveta na istočni i zapadni blok u periodu Hladnog rata, a koja je dovodila do mnogobrojnih opstrukcija u izvođenju mirovnih operacija. Iako početne vizije o organizovanju međunarodnih mirovnih snaga nisu prihvaćene, sve veće angažovanje Saveta bezbednosti u regulisanju ključnih svetskih problema doprinelo je konceptualizaciji osnovnih obeležja mirovnih operacija.³ Razlozi za nastanak i razvoj mirovnih operacija otud se više ne dovode u pitanje. Razlozi potiču iz ciljeva i principa Ujedinjenih nacija koji odražavaju univerzalne vrednosti međunarodne zajednice i koji su generalno formulisani u Preambuli Povelje svetske organizacije na način kojim se jasno naglašava da su, „narodi Ujedinjenih nacija ujedinili svoje snage radi održanja međunarodnog mira i bezbednosti“, a potom i da su preuzeli obavezu da „obezbede – da se oružana sila ne upotrebljava izuzev u opštem interesu“.⁴ S obzirom da mirovne

¹ Dan Ciobanu, „The Power of the Security Council to organize Peace-Keeping Operations“, *United Nations Peace-Keeping, Legal Essays*, (ed. A. Cassese), Sijthoff&Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1978, 15 i dalje; Ruth B. Russel, Jeannette E. Muther, *A History of United Nations Charter: The Role of the United States, 1940–1945*, Brookings Institutions, Washington, 1958, 1-1140.

² Specijalni Komitet UN za mirovne operacije, osnovan je rezolucijom Generalne skupštine br. 2006 (XIX) od 18. februara 1965. godine. Na osnovu izveštaja o radu Komiteta, kao i na osnovu evolucije sprovođenja mirovnih operacija u praksi, proizilazi da su države postigle izvesni *modus vivendi* kojim je priznata primarna odgovornost Saveta bezbednosti u ovoj oblasti. V. Erik Suy, „United Nations Peacekeeping System“, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Elsevier, Amsterdam, vol. IV, 2000, 1145.

³ Maurice Flory, „L’Organisation des Nations Unies et les opérations de maintien de la paix“, *Annuaire Française de Droit International*, 1965, 453.

⁴ *Povelja Ujedinjenih nacija*, Milan Šahović, Bogdan Babović (prev.), Informacioni centar Ujedinjenih nacija, Beograd, 1977.

operacije imaju za prevashodan cilj očuvanje svetskog mira i bezbednosti, mere i akcije koje su Ujedinjene nacije preduzimale na tom planu u proteklih više od 70 godina, predstavljale su suštinski zamenu za druge načine rešavanja sporova u okviru predviđenog sistema kolektivne bezbednosti, a koji su mogli prouzrokovati oružane sukobe širih međunarodnih razmera.⁵ Koliko su mirovne operacije tome doprinele govori i podatak da je do sada u 71 mirovnoj misiji više od milion ljudi iz 125 zemalja širom sveta uzelo učešće u vojnim, policijskim i civilnim snagama pod zastavom UN.⁶ Uz to, počev od 1948. godine, do danas, svoj život je dalo 4138 pripadnika mirovnih snaga iz skoro 100 zemalja.⁷ Sledstveno, mirovne operacije predstavljaju nesumnjivo nezamenljive oblike angažovanja Ujedinjenih nacija u očuvanju međunarodnog mira i bezbednosti koje proizilazi iz operativnih aktivnosti njenog glavnog izvršno-političkog organa – Saveta bezbednosti.

MEĐUNARODNOPRAVNA KONCEPTUALIZACIJA MIROVNIH OPERACIJA

Mirovne operacije i „Pravo Ujedinjenih nacija“

U međunarodnopravnoj doktrini od samog početka preduzimanja mirovnih operacija, postavljala su se dva, po prirodi, konceptualna pitanja. Prvo se odnosilo na pronalaženje osnova za organizovanje mirovnih operacija, dok se drugo pitanje ticalo nadležnosti Saveta bezbednosti i Generalne skupštine u pogledu njihovog sprovođenja u praksi. Podeljenost mišljenja oko pravne konceptualizacije mirovnih operacija s jedne strane je dovela do stanovišta koja uvažavaju međunarodnu praksu, dok sa druge strane su usvojeni pristupi koji validnost prakse uslovljavaju njenom verifikacijom na osnovu pravila sadržanih u Povelji.⁸ Pošto međunarodna praksa nije pružila uporište za dosledna tumačenja pravila o mirovnim operacijama, pošlo se od ekstenzivnih interpretacija Povelje koja su imala za cilj da utvrde osnov za organizovanje mirovnih operacija, odnosno da odgovore na pitanje osnova nadležnosti Saveta bezbednosti i Generalne skupštine u domenu njihovog sprovođenja. Tako je osnov za preduzimanje mirovnih akcija najpre nađen u Glavi VI i ovlašćenjima iz člana 33. i člana 34. Povelje koji regulišu načine i sredstva mirnog rešavanja sporova ili situacija koje mogu da

⁵ Rosalyn Higgins, *United Nations Peacekeeping 1946-1967*, Documents and Commentary, Royal Institute of International Affairs Publications, Oxford University Press, vol. II, 1969, 1-674.

⁶ „UN Peacekeeping: 70 Years of Service & Sacrifice“, United Nations, <https://peacekeeping.un.org/en/un-peacekeeping-70-years-of-service-sacrifice>, 23.09.2021.

⁷ „Fatalities“, United Nations, <https://peacekeeping.un.org/en/fatalities>, 23.09.2021.

⁸ D. Ciobanu, op. cit., p. 16.

ugroze međunarodni mir i bezbednost.⁹ Pomenutim članovima ne isključuje se mogućnost da Savet bezbednosti ispita i preporuči drugačije postupke ili načine mirnog rešavanja sporova ili situacija (član 36. tačka 1. i član 37. tačka 2.). Kako ovlašćenje u pogledu mirnog rešavanja sporova nije u isključivoj nadležnosti Saveta bezbednosti, već i u nadležnosti Generalne skupštine, navedena shvatanja nisu prihvaćena u praksi.

Zbog pomenute činjenice, u međunarodnopravnoj doktrini iznet je nešto drugačiji stav po kome se mirovne operacije zasnivaju na nepisanim pravilima koja su uhvatila korene još od momenta postizanja međudržavnog dogovora o primeni mera predviđenih Glavom VII.¹⁰ Konceptualno obrazloženje za izneto stanovište polazi od interpretacije odredbe iz člana 41. Povelje koja predstavlja osnovu za donošenje odluke Saveta bezbednosti o primeni mera neoružanog karaktera.¹¹ U obrazloženju se naglašava mogućnost primene opštih načela poput načela zabrane upotrebe sile ili pretnje silom protiv teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti bilo koje države. U kontekstu mirovnih operacija koje bi povlačile upotrebu oružane sile, odredba člana 41. Povelje bila bi *contradictio in subiecto*. Budući da se ekstenzivnim shvatanjima nisu mogli obrazložiti slučajevi upotrebe oružane sile prilikom izvođenja mirovnih operacija, kao osnov za njihovo organizovanje predložen je član 40. Povelje koji propisuje ovlašćenje Saveta bezbednosti da usvaja privremene mere. Mogućnost upotrebe člana 40., kao titulusa za izvođenje mirovnih operacija, prvi put je pomenuta od Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija Daga Hamaršelda prilikom izvođenja mirovnih operacija u Kongu (*United Nations Operation in the Congo*), 1960. godine.¹² Isto rešenje izneto je i od Generalnog sekretara Butrosa Gاليا, 1992. godine, u „Agendi za mir“ u kojoj je dat predlog za uspostavljanje operacija za nametanje mira.¹³ Koncept koji predviđa član 40. Povelje za pravnu osnovu organizovanja mirovnih operacija nije relevantan, jer njegova upotreba, kako je to svojevremeno utvrdio i Međunarodni sud pravde, vezana je neposredno za primenu člana 41. i člana 42. kroz odredbu iz člana 39. Povelje. Postojeća konstatacija nije zanemarljiva, ako se uzme u obzir činjenica da se član 40. primenjuje prethodno u odnosu na prinudne mere propisane članom 41. i članom 42. Povelje.¹⁴ Naime, pre nego preporuči ili odluči o merama predviđenim u članu 39,

⁹ „Certain Expenses of the United Nations“, Advisory Opinion, *International Court of Justice Reports*, 1962, pp. 163-172.

¹⁰ Bruno Simma, *The Charter of United Nations: A Commentary*, University Press, Oxford, 2002, 648 i dalje.

¹¹ Louis B. Sohn, „The Authority of the United Nations to Establish and Maintain a Permanent United Nations Force“, *American Journal of International Law*, vol. 52, 1958, 530.

¹² *Security Council Official Records*, 920th meeting, 1960, 19.

¹³ „Agenda for Peace“ *International Legal Materials*, vol. 31, 1992, 953, 967.

¹⁴ „Certain Expenses of the United Nations“, op. cit., 275.

a koje se odnose na mere predviđene članom 41. i članom 42, Savet bezbednosti može pozvati zainteresovane strane da se povinuju privremenim merama za koje Savet bezbednosti smatra da su potrebne ili poželjne. Ako nađe da se privremene mere ne izvršavaju, Savet bezbednosti je ovlašćen da odluči o primeni prinudnih mera prema opštem principu da „jedno isključuje drugo“ (*inclusio unius, exclusio alterius*). Kako je mandat mirovnih snaga koje izvode mirovnu operaciju ograničen stalnom kontrolom Saveta bezbednosti, otuda se predlaže da se mirovne operacije sprovode u skladu sa odredbama sadržanim u članu 42. Povelje.¹⁵ Pozivanje na član 42., kao na pravni osnov za izvođenje mirovnih operacija nije potpuno ispravno, ako se prihvati stanovište da mirovne operacije *stricto sensu*, ne uključuju oružane akcije, osim u slučajevima samoodbrane. Tako, kada se u članu 42. navodi da Savet bezbednosti, „(...) može preduzeti takvu akciju vazduhoplovnim, pomorskim ili kopnenim snagama koja je neophodna radi održanja ili uspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti (...)“; ne vidi se jasan razlog da se pod „akcijom“ podrazumeva isključivo primena oružane sile.

Nedostatak Komiteta vojnog štaba pod direktnom kontrolom Saveta bezbednosti na osnovu obaveze iz člana 46. i člana 47. Povelje, takođe ne može biti presudan argument u korist prihvatanja iznetog stanovišta.¹⁶ Uzimajući u obzir da primena člana 42. nije moguća bez primene člana 39., koji upućuje na primenu mera predviđenih članom 41. i članom 42., ali ni bez primene člana 43. Povelje koji se odnosi na specijalne sporazume kojima se Savetu bezbednosti stavljaju na raspolaganje nacionalni kontingenti oružanih snaga, navedena konstatacija o neprihvatljivosti člana 42. kao isključive osnove za organizovanje mirovnih operacija čini se mnogo uverljivijom.¹⁷ Pored stanovišta po kome se osnov za organizovanje mirovnih snaga nalazi u odredbama sadržanim u Glavi VI i Glavi VII Povelje, u doktrini su izneta i nešto drugačija stanovišta. Tako se navodi da je burni razvoj međunarodnih odnosa doveo do shvatanja da se osnov za organizovanje mirovnih snaga nalazi i u tzv. Glavi VI ½

¹⁵ Georg Schwarzenberger, „Report on Problems of a United Nations Force“, *International Law Association Conference*, Hamburg, vol. 49, 1960, 137 i dalje.

¹⁶ Alexander Orakhelashvili, „The Legal Basis of the UN Operations“, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, 2003, 485-524.

¹⁷ U praksi je potpuno prihvaćeno da je komandovanje mirovnim operacijama, kao i vršenje svih drugih funkcija za koje Savet bezbednosti nađe da bi bile korisne u sprovođenju tih ovlašćenja povereno Generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija shodno odredbi iz člana 98. Povelje. Međutim, „poveravanje ovlašćenja“ koja propisuje član 98. Povelje, ne znači prenošenje ili delegiranja ovlašćenja analogno rešenjima prisutnim u unutrašnjem pravu. Kako je Generalni sekretar glavni administrativni službenik svetske organizacije, u okviru njegovih institucionalnih zadataka ulaze dužnosti i obaveze u vezi sprovođenja odluka Saveta bezbednosti po principu „od slučaja do slučaja“, što onemogućava direktnu primenu člana 43. Povelje, po kojoj sve članice Ujedinjenih nacija imaju obavezu da stave na raspolaganje Savetu bezbednosti sopstvene oružane snage.

koja kombinuje mere prevencije i mere represije.¹⁸ Teorijski veoma zanimljivo jeste shvatanje po kome se legalna baza za organizovanje mirovnih operacija nalazi u članu 29. Povelje, kojim se propisuje mogućnost osnivanja pomoćnih organa Saveta bezbednosti.¹⁹ Budući da se osnivanje pomoćnih organa Saveta bezbednosti ne može razlučiti od prenosa njegovih ovlašćenja, tako se ni ustanovljavanje mirovnih snaga ne može odvojeno posmatrati van konteksta ovlašćenja Saveta bezbednosti da organizuje mirovne operacije.²⁰ Sledstveno bi bilo moguće da koncepcija o pomoćnim organima kao legalnoj osnovi za organizovanje mirovnih operacija polazi od pogrešne premise po kojoj se formiranje mirovnih snaga vrši na osnovu izglasavanja odluke o proceduralnim, a ne o suštinskim pitanjima (član 27. tačka 3.), što odlučivanje o mirovnim operacijama zaista jeste (*ubi idem ratio, ibi eadem jus*).

*Mirovne operacije i međunarodnopravni koncept
o „inherentnim ovlašćenjima“*

Na osnovu prethodno iznete analize „pravom Ujedinjenih nacija“, moglo bi se zaključiti da ne postoje pojedinačne odredbe u Povelji kojim bi bilo moguće utvrditi postojanje ovlašćenja Saveta bezbednosti da organizuje mirovne operacije. Odsustvo izričito propisanih funkcionalnih ovlašćenja, pravna doktrina nadomestila je raznim teorijskim koncepcijama o „inherentnim“ ili „implicitiranim“ ovlašćenjima.²¹ Koncepcije polaze od hipoteze da Ujedinjene nacije poseduju ovlašćenja koja nisu izričito predviđena Poveljom, a koja suštinski proizilaze iz izvršavanja njenih dužnosti.²² Navedenu hipotezu nemoguće je prihvatiti, jer bi tako postavljena hipoteza predstavljala uvod u široku interpretaciju ciljeva i načela iz Povelje, koja *per se*, ne može predstavljati legalnu, već voluntarističku osnovu za delovanje nekakve „super države“, što Ujedinjene nacije svakako nisu.²³ U vezi sa iznetim

¹⁸ Navedena konstatacija se vezuje za Daga Hamaršelda, bivšeg Generalnog sekretara UN. V. Obrad Račić, *Ujedinjene nacije između moći i prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, 105; Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, Bojan Tubić, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2021, 242.

¹⁹ Giad Draper, „The Legal Limitation upon the Employment of Weapons by the United Nations Force in the Congo“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, 1963, 392.

²⁰ Derek W. Bowett, *United Nations Forces: A Legal Study*, Stevens and Sons, London, 1967, 178.

²¹ Grigory I. Tunkin, „The Legal Nature of the United Nations“, *Recueil des Cours, Académie de Droit International, la Haye*, vol. 119, 1966, 21 i dalje.

²² „Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations“, *International Court of Justice Reports*, 1949, 182.

²³ „Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)“, *International Court of Justice Reports*, 1971, 341.

konceptualnim pristupima za određivanje pravnog osnova mirovnih operacija dodatno se nadovezuje i pitanje „generalnih“ ovlašćenja Saveta bezbednosti. Pošto koncept „generalnih ovlašćenja“ oponira konceptu „specifičnih ovlašćenja“, jer se po stavu 1. člana 24. propisuje prvenstvena odgovornost Saveta bezbednosti za održavanje međunarodnog mira, a po stavu 2. člana 24. implicitno se ukazuje na specifična ovlašćenja poverena Savetu bezbednosti radi obavljanja dužnosti utvrđenih u Glavama VI, VII, VIII i IX, podela na „specifična“ ili „generalna“ ovlašćenja mora se sagledavati kontekstu „inherentnih“ ovlašćenja Saveta bezbednosti.

S jedne strane „inherentna“ ovlašćenja Saveta bezbednosti polaze od determinacije ciljeva Ujedinjenih nacija, a sa druge strane, koncept „generalnih ovlašćenja“ proizilazi iz teksta Povelje koji prezumira opšta ovlašćenja i nadležnosti Saveta bezbednosti. Razlika koja postoji ima mali značaj za međunarodnu praksu, jer oba slučaja moraju proći isti test koji podrazumeva prihvatanje pretpostavljenih ovlašćenja od država članica Ujedinjenih nacija.²⁴ Prihvatanje pretpostavljenih ovlašćenja za organizovanje mirovnih operacija zavisice od okolnosti slučaja i odgovora na pitanja, da li su ovlašćenja implicitno sadržana u Povelji odnosno, da li su ovlašćenja naknadno prihvaćena od Saveta bezbednosti? Navedena diferencijacija s pragmatičkog stanovišta može imati značenje prihvatanja pretpostavljenih ovlašćenja Saveta bezbednosti na osnovu tumačenja slova i duha Povelje ili na osnovu tumačenja koja bi izneo Savet bezbednosti, a čija bi važnost zavisila od odobravanja svih članica svetske organizacije.²⁵ Na kraju ove analize može se zaključiti da bez obzira da li se ovlašćenja Saveta bezbednosti da organizuje mirovne operacije posmatraju kroz „inherentna“, implicirana“, „generalna“ ili „prihvaćena“ ovlašćenja, njihovo izvršavanje mora biti u okviru Povelje Ujedinjenih nacija.²⁶

Mirovne operacije i međunarodnopravni koncept o prenosu ovlašćenja na upotrebu sile

Koncept o prenosu ovlašćenja na upotrebu sile proizilazi iz moći Saveta bezbednosti da donosi odluke o prinudnim merama. Iz toga se dalje izvodi zaključak da Savet bezbednosti ima i ovlašćenje da preporuči organizovanje mirovnih operacija prema pravilu da, *qui facit id quod plus est, facit id quod minus est*. Pri tome se ne ulazi dublje u objašnjenja karaktera ovlašćenja koja poseduje Savet bezbednosti

²⁴ John W. Halderman, „Legal Basis for United Nations Armed Forces“, *American Journal of International Law*, vol. 56, 1962, 972 i dalje.

²⁵ „Impact of the Characteristics of the Charter upon its Interpretation“, *Current Problems of International Law* (ed. Antonio Cassese), Giuffrè, Milano, 1975, 69-72.

²⁶ D. Ciobanu, op. cit., 15-41.

niti se objašnjava osnov njihovog posedovanja. Takođe se ovo ovlašćenje ne poistovećuje sa ovlašćenjem davanja odobrenja državama da upotrebe silu koje inače nije propisano članom 42. Povelje.²⁷ Međutim, bezrezervnom primenom navedenog principa omogućava se Savetu bezbednosti da preduzme različite prinudne akcije, pa čak i prenos ovlašćenja na upotrebu sile u smislu člana 48. koji propisuje da, „akciju potrebnu za izvršenje odluka Saveta bezbednosti u svrhu održanja međunarodnog mira i bezbednosti preduzimaju svi članovi Ujedinjenih nacija ili neki od njih, prema odluci Saveta bezbednosti“. U većini slučajeva, učešće država članica u sprovođenju navedenih odluka Saveta bezbednosti neposredno ili posredstvom odgovarajućih međunarodnih organizacija, ne pruža dovoljnu osnovu za izvođenje mirovnih operacija.²⁸ Logično bi otud bilo postaviti pitanje, da li je prenos funkcionalnih ovlašćenja na upotrebu sile Saveta bezbednosti zaista pravno utemeljen?²⁹

U međunarodnopravnoj doktrini pitanje prenosa ovlašćenja na upotrebu sile razmatra se u kontekstu primene opštih pravnih principa. Ako se pođe od odredbe iz člana 24. Povelje po kojoj države članice Ujedinjenih nacija poveravaju Savetu bezbednosti prvenstvenu odgovornost za održavanje međunarodnog mira i bezbednosti, onda poledično ovom prenosu, ne postoji mogućnost da Savet bezbednosti dalje prenosi ovlašćenja na države, jer prema opštem principu, *delegatus non potest delegare*, zabranjuje se svaki dalji prenos već prenetih ovlašćenja. Drugim rečima, Savet bezbednosti nema nadležnost da prenosi ovlašćenja koja su mu države prethodno poverile u izvršavanju propisanih zadataka, a tumačenje člana 24. Povelje, prema principima iz unutrašnjeg prava, međunarodnopravno nije prihvatljivo. Terminologija koja se koristi u pomenutom članu ne može se shvatati bukvalno. Formulacija je pre način da se iskaže da Savet bezbednosti ima isključivu nadležnost u vezi sa upotrebom oružane sile u međunarodnim odnosima, uz jedini propisani izuzetak koji se tiče upotrebe prava na samoodbranu. Ako se pođe od pretpostavke da bi član 24. mogao biti tumačen u smislu koncepta o prenosu ovlašćenja, onda bi države članice imale pravo da samoinicijativno odlučuju o upotrebi sile kadgod im se prohte, jer prema opštem principu, opunomoćenik (*delegans*), može uvek prihvatiti ovlašćenje koje mu je preneo punomoćnik (*delegatus*). Pomenuto tumačenje u odnosima između država i Saveta bezbednosti, moglo bi prouzrokovati krajnje apsurdne situacije. Otud član 24. Povelje ne može

²⁷ Niels Blokker, „Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Secretary Council to Authorize the Use of force by Coalitions of the Able and Willing“, *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, 541-568.

²⁸ D. W. Bowett, op. cit., 284 i dalje.

²⁹ John Quigley, „The Privatization of Security Council Enforcement Actions: A Threat to Multilateralism“, *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, 1996, 249.

biti interpretiran isključivo u smislu prenosa ovlašćenja koji za rezultat ima primenljivost principa *delegatus not potest delegare*, već takođe, i kao osnovno pravilo za preduzimanje svih akcija Saveta bezbednosti koje nisu izričito navedene u Povelji. Poslednja mogućnost naravno, uvek će zavistiti od procene nužnosti održavanja međunarodnog mira i bezbednosti.

U međunarodnopravnoj doktrini, pored navedenog koncepta postoji i koncept koji teži da pomiri princip *delegatus not potest delegare*, sa prenosom funkcionalnih ovlašćenja na upotrebu sile sa Saveta bezbednosti na države.³⁰ Koncept polazi od pretpostavke da član 24. Povelje sadrži princip kojim dolazi do stvarnog prenosa ovlašćenja sa država na Svet bezbednosti. Principom se ne sprečava dalji, takozvani „sekundarni prenos funkcionalnih ovlašćenja sa Saveta bezbednosti na države“. Ovaj prenos ovlašćenja implicira određene uslove koji uključuju prethodno utvrđivanje postojanja pretnje miru, povrede mira ili akta agresije. Prenos ovlašćenja *per se*, obuhvata i neograničenu moć komandovanja, široka diskreciona ovlašćenja i njihova izvršavanja koja nisu jasno precizirana Poveljom. Konačno, nameće nam se zaključak da prenos ovlašćenja na upotrebu sile valja odvojeno posmatrati u odnosu na ovlašćenja Saveta bezbednosti da organizuje mirovne operacije ili da provodi prinudne mere. Prenos ovlašćenja na upotrebu sile valja tumačiti po principu, *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*, to jest, što restriktivnije. Ispitivanjem premisa pomenutog koncepta ne može se izvesti neki logičan zaključak, jer princip *delegatus not potest delegare*, ne trpi izuzetke osim u slučaju izričitog odobravanja prenosa ovlašćenja od strane opunomoćenika (*delegans*). Bilo bi ispravnije stanovište po kome Povelja Ujedinjenih nacija ne dopušta prenos ovlašćenja za upotrebu sile sa Saveta bezbednosti na države. Razloge za prihvatanje pomenutog stanovišta bilo bi moguće naći u intenciji osnivača Ujedinjenih nacija koja je manifestovana u želji da se moć oružane sile koncentriše u rukama univerzalne međunarodne organizacije, a ne u rukama pojedinih država. Pomenutim pristupom doprinelo bi se povećanju objektivnosti i nepristrasnosti vojnih akcija koje preduzima svetska organizacija.

Na kraju valja uočiti da su razvojem ideje o zajedničkim vrednostima međunarodne zajednice, sazrela i ovlašćenja Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija. Sa novom konstelacijom političkih snaga u svetu, Svet je dopustio mogućnost uspostavljanja potpuno drugačijeg stanja u međunarodnim odnosima, čime je izvorna ideja o nedopustivosti prenosa ovlašćenja na upotrebu sile na države pretrpela značajne transformacije. Iako je pomenuto ponašanje Saveta bezbednosti naišlo na protivljenje velikog broja država, prenos ovlašćenja na upotrebu sile postao je

³⁰ Dan Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of Its Chapter VII Powers*, University Press, Oxford, 1999, 22-46.

nepisano pravilo u savremenoj međunarodnoj praksi.³¹ Bez nekog konkretnog razmatranja pravnih posledica ovakvog postupanja, u nastavku analize iznećemo niz primera iz bogate međunarodne prakse koji ukazuju i na postojeće fenomenološko stanje i najvažnije izazove sa kojima se suočavaju Ujedinjene nacije od početka sprovođenja mirovnih operacija.

MIROVNE OPERACIJE UJEDINJENIH NACIJA U MEĐUNARODNOJ PRAKSI

Iz međunarodne prakse proizilazi razlikovanje tri generacije mirovnih operacija Ujedinjenih nacija.³² Prva generacija obuhvata period od 1947. do 1956. godine, u kojem periodu su mirovne operacije preduzimane s ciljem vršenja posmatračkih misija i diplomatskog posredovanja, kao i drugih oblika preventivne diplomatije. Druga generacija mirovnih operacija obuhvata period od 1956. do 1988. godine, u kojem su mirovne operacije preduzimane pre svega radi očuvanja mira (*peace-keeping operations*). I treća generacija mirovnih operacija obuhvata period od 1988. godine do danas, u kojem su preduzimane (ili se još preduzimaju), višedimenzionalne mirovne operacije višenamenskog karaktera radi uspostavljanja mira (*peace-making operations*), nametanja mira (*peace-enforcement operations*) ili post-konfliktne izgradnje mira (*peace-building operations*).³³

U prvoj i drugoj generaciji preduzeto je svega 15 operacija sa različitim intenzitetom i obimom nadležnosti. U početnom periodu od 1948. do 1956. godine, operacije su retko dovodile do okončanja spora između sukobljenih strana budući da su imale ograničeni diplomatski i vojni karakter (npr. posmatračke misije u toku građanskog rata u Grčkoj na granici sa Jugoslavijom, Bugarskom i Albanijom, nakon indo-pakistanskog rata 1947. godine u oblasti Kašmira i Đama, i tokom izraelsko-arapskog rata 1948. godine, tokom Korejskog rata 1950-1953). U periodu neposrednog delovanja od 1956. do 1967. godine, mirovne operacije

³¹ Benedetto Conforti, *The Law and the Practice of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, 208 i dalje.

³² U doktrini je izvršena kategorizacija mirovnih operacija za vreme Hladnog rata i nakon njegovog završetka. Uslovno se sve mirovne operacije u hladnoratovskom periodu razvrstavaju kao „početne mirovne operacije“ (1948-1956), „neposredne mirovne operacije“ (1956-1967), „neaktivne mirovne operacije“ (1967-1973) i „aktivne mirovne operacije“ (1974-1987). V. Stephen Hill, Shahin Malik, *Peacekeeping and the United Nations*, Brookfield, Dartmouth, 1996, ch. 2. Za podelu mirovnih operacija nakon Hladnog rata v. Marrack Goulding, „The Evolution of United Nations Peacekeeping“, *International Affairs*, vol. 69, no. 3, 1993, 469 i dalje.

³³ „UN Peacekeeping – Past Peacekeeping Operations“, United Nations. <http://www.un.org/en/peacekeeping/operations/past.shtml>, 23.09.2021.

su bile više usmerene ka očuvanju mira i rešavanju konflikta između država (npr. počev od formiranja UN Emergency Force – UNEF tokom Suecke krize 1956. godine, na inicijativu kanadskog premijera Lestera Pirsonsa, zatim UN Observation Group – UNOGIL tokom Libanske krize 1958. godine, UN Observation Mission – UNYOM tokom građanskog rata u Jemenu 1963. godine, UN Operation – ONUC tokom Kongoanske krize i dekolonizacije od 1960. do 1964. godine, UN Security Force – UNSF tokom dekolonizacije Zapadne Nove Gvineje od 1962-1963. godine, UN Observation Mission – UNIPOM posle indijsko-pakistanskog rata 1965. godine, i UN Peacekeeping Force – UNFICYP, u vreme Kiparske krize 1964. godine). Period pasiviziranja mirovnih operacija trajao je od 1967. do 1973. godine. Nakon njegovog okončanja, nastupio je period ponovne aktivacije od 1974. do 1987. godine, (npr. UN Emergency Force -UNEF II kao „tampon snage“ između Izraela i Egipta 1973-1979. godine, UN Disengagement Observer Force – UNDOF, mirovne snage raspoređene na Golanskoj visoravni između Izraela i Sirije 1974, UN Interim Force – UNIFIL, mirovne snage za očuvanje mira u Južnom Libanu 1978).

U periodu prve i druge generacije mirovnih operacija koji se poklapa sa periodom Hladnog rata između velikih sila, Savet bezbednosti težio je da deluje proaktivno tako što je prenosom dela svojih ovlašćenja shodno odredbi iz člana 98. Povelje, praktično poveravao Generalnom sekretaru upravljanje i koordinaciju mirovnim snagama (*Peace-Keeping Forces*), i mirovnim misijama (*Peace-Keeping Mission*), te obavljanje i drugih dužnosti za koje bi našao da bi bile korisne u sprovođenju mirovnih operacija po principu „od slučaja do slučaja“. Pravni osnov za delovanje na terenu bile su rezolucije Saveta bezbednosti i zaključeni međunarodni sporazumi sa državama članicama (*Status of Force Agreement*). Operacije bi po pravilu počinjale posle sklapanja primirja, ali pre nego što bi se pregovorima postiglo konačno rešenje sukoba. Zbog hladnoratovskog ambijenta u kojima su mirovne misije delovale, konačna rešenja često nisu bila postignuta. Konflikti su bili zamrznuti, a delovanje mirovnih snaga bilo je pasivizirano ili svedeno na praćenje ili nadzor nad prekidom vatre ili na razdvajanje sukobljenih strana i uspostavljanje tampon zona s ciljem smirivanja napetosti. Konačno, promene u međunarodnim odnosima nakon Hladnog rata dovele su do izvesnog progressa.

Treća generacija mirovnih operacija, za razliku od prve i druge generacije dobila je višedimenzionalni karakter. Ovakav napredak bio je posledica novih tipova političkih kriza u svetu koje su zahtevale novu organizacionu strukturu i funkcionalna ovlašćenja mirovnih misija. Mirovne operacije treće generacije obično su počinjale nakon uspešno završenih pregovora i sa mandatom da pomognu stranama da sprovedu postignute sporazume. Pored vojnih odredbi, postignuti sporazumi obuhvatali su čitavu skaldu civilnih odnosa, od klasičnog nadziranja primirja, pregrupisanja, demobilizacije, demilitarizacije i uključivanja oružanih snaga u civilni

život, do kontrole povratka izbeglica i raseljenih lica, njihove pravne i socijalne reintegracije i rekonzilijacije na unutrašnjem planu. U tom pogledu, mirovne snage su imale višedimenzionalnu vojno-civilnu komponentu i mogle su delovati zajedno sa osobljem svetske organizacije u pružanju humanitarne pomoći stanovništvu, u praćenju sprovođenja sporazuma zaključenih između različitih sukobljenih frakcija, u osiguranju stabilnog okruženja, u vršenju nadzora nad postojećim administrativnim strukturama, nad poštovanjem vladavine prava, te posebno ljudskih prava, u sprovođenju sistemskih reformi i ekonomskog oporavka zemlje. U nekim slučajevima mirovne operacije su anticipirale uspostavljanje i nametanje mira, odnosno učešće u tzv. multifunkcionalnom održavanju mira koje je podrazumevalo političku rekonfiguraciju teritorija u post-konfliktnom periodu ili njihovu internacionalizaciju odnosno, uspostavljanje međunarodnih teritorijalnih administracija.³⁴ Mirovne operacije treće generacije neretko su bile i odgovor međunarodne zajednice na zaostale unutrašnje političke podele i trvenja, kao i na građanske ratove unutar granica nacionalnih teritorija podsticane tokom Hladnoga rata. U određenim slučajevima operacije su imale više uspeha, kao na primer u Kambodži (UN Advance Mission – UNAMIC, 1991-1992. godine, UN Transitional Authority – UNTAC, 1992-1993. godine) Mozambiku (UN Operation- UNOMOZ, 1992-1994. godine), Salvadoru (UN Observer Mission – ONUSAL, 1991-1995. godine) i Istočnom Timoru (UN Mission – UNAMET, 1999. godine, UN Transitional Administration – UNTAET, 1999-2002. godine, Mission of Support – UNMISSET, 2002-2005. godine, UN Integrated Mission – UNMIT, 2006-2012. godine),³⁵ dok su u drugim slučajevima imale manje uspeha kao na primer u Angoli (UN Verification Mission – UNAVEM I, II, III 1988-1997. godine), bivšoj Jugoslaviji (UN Protection Force – UNPROFOR, 1992-1995. godine), Somaliji (UN Operation – UNOSOM I i II, 1992-1995. godine), Ugandi i Ruandi (UN Observer Mission – UNOMUR, 1993-1994. godine, UN Assistance Mission – UNAMIR, 1993-1996. godine), i u Haitiju (UN Mission – UNSMIH, 1996-1997. godine, UN Transition Mission – UNTMIH, 1997. godine, UN Civilian Police Mission – MIPONUH, 1997-2000.

³⁴ U periodu nakon završetka Hladnog rata, bilo je više slučajeva prelaznih uprava nad teritorijama. Savet bezbednosti autorizovao je uspostavljanje administracije Ujedinjenih nacija u Kambodži 1992. godine (United Nations Transitional Authority in Cambodia – UNTAC), u Somaliji 1993. godine (United Nations Operation in Somalia – UNOSOM II), u Bosni i Hercegovini 1995. godine (United Nations Mission in Bosnia and Herzegovina – UNMIBH), u Istočnoj Slavoniji, Baranji i Zapadnom Sremu 1996. godine (United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium – UNTAES), u Kosovu i Metohiji 1999. godine (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo – UNMIK), u Istočnom Timoru 1999. godine (United Nations Transitional Administration in East Timor – UNTAET) i u Iraku 2003. godine (Coalition Provisional Authority – CPA).

³⁵ Od 2002. godine, Srbija je participirala u misiji UNMISSET. Pored toga, Srbija je participirala i u misijama UN u Liberiji, Kongu, Obali Slonovače, Burundiju, itd.

godine, General Assembly International Civilian Support Mission – MICAH, 2000-2001. godine, UN Stabilization Mission – MINUSTAH, 2004- 2017. godine).

Generalno posmatrajući, mirovne operacije treće generacije preduzimane su u svim slučajevima u kojima je bilo utvrđeno da bi to bilo politički celishodno bez obzira na karakter sukoba. Ujedinjene nacije su tako bile prisutne u Avganistanu i Pakistanu (UN Good Offices Mission – UNGOMAP, 1988-1990. godine), Iraku i Iranu (UN Iran-Iraq Military Observer Group – UNIIMOG, 1988-1991. godine), Namibiji (UN Transition Assistance Group, 1989-1990. godine), Nikaragvi (UN Observer Group in Central America – ONUCA, 1989-1990. godine), Iraku i Kuvajtu (UN Iraq-Kuwait Observation Mission – UNIKOM, 1991-2003. godine), Libiji i Čadu (Aouzou Strip Observer Group – UNASOG, 1994. godine), Liberiji (UN Observer Mission – UNOMIL, 1993-1997. godine, UN Mission – UNMIL, 2003-2018. godine), Tadžikistanu (UN Mission of Observers – UNMOT, 1994-2000. godine), Gruziji (UN Observer Mission – UNOMIG, 1993-2000. godine), Hrvatskoj (UN Confidence Restoration Operation – UNCRO, 1994-1996. godine i UN Transitional Authority in Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium – UNTAES, 1996- 1998. godine, UN Mission of Observers in Prevlaka – UNMOP, 1996-2002. godine, UN Civilian Police Support Group – UNPSG, 1998. godine), Bosni i Hercegovini (UN Mission – UNMBIH, 1995-2002. godine), Makedoniji (UN Preventive Deployment Force – UNPREDEP, 1999-2005. godine), Gvatemali (UN Verification Mission – MINUGUA, 1997. godine), Siera Leoneu (UN Observer Mission – UNOMSIL, 1998-1999. godine i UN Mission – UNAMSIL, 1999-2005. godine), Centralnoj Afričkoj Republici (UN Mission – MINURCA, 1998-2000. godine) Demokratskoj Republici Kongo (UN Observer Mission – MONUC, 1999-2010. godine), Etiopiji i Eritreji (UN Mission – UNMEE, 2000-2008. godine), Burundiju (UN Operation in Burundi – ONUB, 2004-2007. godine), Obali Slonovače (UN Operation – UNOCI, 2004-2017. godine), Sudanu (UN Mission – UNMIS, 2005-2011. godine), Centralno Afričkoj Republici i Čadu (UN Mission – MINURCAT, 2007-2010. godine), i Siriji (UN Supervision Mission – UNSMIS, 2012. godine).

Iz navedenog proizilazi da u novoj konstelaciji međunarodnih odnosa, uspeh u očuvanju mira nije bio ni malo lak zadatak i da je zavisio od poštovanja principa saglasnosti strana u sporu, nepristrasnosti i zabrane upotrebe sile osim u samoodbrani.³⁶ Mirovne operacije Ujedinjenih nacija treće generacije podrazumevale su

³⁶ S jedne strane, za optimalno ostvarivanje mirovnih operacija pretpostavljao se poziv ili saglasnost zemlje domaćina, nepristrasnost u odnosu na učesnike u sukobu, minimalna upotreba sile u samoodbrani, jasan i praktičan mandat, integrisana vojna komanda i jedinstvena politička vlast. Sa druge strane pak, za samo izvođenje mirovnih operacija bilo je potrebno poštovati određenu proceduru u sprovođenju akcija.

uglavnom međunarodne intervencije uz pristanak države ili država na čijoj su teritoriji bile smeštene. U određenim unutrašnjim krizama dolazilo je međutim, i do ozbiljnih odstupanja od navedenih principa. Činioci koji su uticali da operacije za očuvanje mira izgube pristanak strana u sukobu, da se njihovi izvršioi ponašaju na način za koji se videlo da je pristrasan i da predstavlja upotrebu sile mimo prava na samoodbranu, vidljivi su kod operacija u kojima je mandat mirovnih snaga proširen na tzv. humanitarnu zaštitu civilnog stanovništva i učešće u procesu nacionalnog pomirenja. Budući da međunarodne probleme koji imaju dublje političke i istorijske korene nije moguće rešavati brzo i u ograničenom vremenskom roku, Ujedinjene nacije su primenjivale diplomatska sredstva i načine pokretanja političkih procesa koji bi omogućili postepenu izgradnju poverenja, pomirenja i postizanja sporazumnih rešenja. Politički procesi u prethodnom periodu često su nailazili na razočarenja i nazadovanja (na primer, u Ruandi, Bosni i Hercegovini, ali i drugde), i gotovo kao po nekom pravilu, trajali su duže nego što se očekivalo.³⁷ Ovakva dešavanja bila su sasvim logična, jer trajanje mandata mirovnih operacija ničim nije bilo limitirano, a Savet bezbednosti je odluku o tome prepuštao Generalnom sekretaru koji se u većini slučajeva ponašao oportunistički i u skladu sa trenutnim međunarodnim političkim okolnostima. Ako se tome doda i potpuno nova uloga tzv. Specijalnog predstavnika Generalnog sekretara u upravljanju mirovnim misijama, onda je jasno zašto su postojeća očekivanja bila preterana u odnosu na realne mogućnosti.

Iako prema pretežno prihvaćenom stanovištu u međunarodnoj zajednici, mirovne snage Ujedinjenih nacija ne bi trebalo da koriste silu da bi se politički procesi ubrzali, to nažalost nije bio slučaj i u međunarodnoj praksi. Kako su se konflikti javljali u različitim oblicima i sa različitim intenzitetima, klasične mirovne operacije očuvanja mira (*peace-keeping operations*), prerasle su vremenom u operacije za uspostavljanje mira (*peace-making operations*), operacije za nametanje mira (*peace-enforcement operations*) i operacije za post-konfliktnu izgradnju mira (*peace-building operations*).³⁸ Sukcesivno proširivanje nadležnosti mirovnih operacija doprinelo je njihovom geografskom širenju, ali i ostvarivanju geopolitičkih interesa određenih država (uglavnom, velikih sila). Postojeće stanje doprinelo je prećutoj „podeli rada“ unutar samih Ujedinjenih nacija (pre svega između Saveta bezbednosti i Sekretarijata na čelu sa Generalnim sekretarom, a u posebnim situacijama i između Saveta bezbednosti i Generalne skupštine), ali i između Ujedinjenih nacija i država članica, odnosno i svih

³⁷ Za većinu do sada preduzetih mirovnih operacija trajanje mandata nije bilo limitirano. Budući da Savet bezbednosti nije određivao trajanje mirovnih operacija, odluku je donosio Generalni sekretar. Iz pomenute prakse proizašao je princip prolongiranja mirovnih operacija. Održavanje stalnog kontakta između Generalnog sekretara i Saveta bezbednosti osiguravalo je doslednu primenu principa.

³⁸ „Supplement to Agenda for Peace“, United Nations, S/1995/1.

drugih učesnika u mirovnim operacijama – od regionalnih međunarodnih organizacija, do raznih međunarodnih sporazuma, ustanova i tela.³⁹ Mirovne aktivnosti dobile su time potpuno nova obeležja koja se manifestuju kao „meki“, „tvrđi“ i „kombinovani“ oblici mirovnih operacija kojima se uveliko „nagrizaju“ principi univezalnosti i solidarnosti utvrđeni Poveljom.⁴⁰

Danas su u međunarodnoj zajednici prisutne mirovne misije Ujedinjenih nacija na Bliskom Istoku (UN Truce Supervision Organisation – UNTSO, od 1948. godine), u Siriji, Libanu i Izraelu (UN Disengagement Observer Force – UNDOF, na Golanu od 1974. godine), Libanu (UN Interim Force – UNIFIL, od 1978. godine), Indiji i Pakistanu (UN Military Observer Group – UNMOGIP, od 1949. godine), Maroku i Republici Sahravi (UN Mission for the Referendum in Western Sahara – MINURSO, od 1991. godine), Kongu, (UN Organisation Stabilisation Mission – MONUSCO, od 2010. godine), Sudanu (UN Interim Security Force for Abyei – UNISFA, od 2011. godine), Južnom Sudanu (UN Mission – UNMISS, od 2011. godine), Maliju (UN Multidimensional Integrated Stabilisation Mission – MINUSMA, od 2013. godine), Centralnoj Afričkoj Republici (UN Multidimensional Integrated Stabilisation Mission – MINUSCA, od 2014. godine), Kipru (UN

³⁹ U međunarodnoj praksi za vreme Hladnog rata, ali i nakon njegovog završetka, bilo je prisutno preduzimanje oružanih akcija regionalnih vojno-političkih organizacija bez odobrenja Saveta bezbednosti. Iako su ove regionalne organizacije osnovane s ciljem očuvanja prava na kolektivnu samoodbranu na osnovu člana 51. Povelje, svojom intervencionističkom politikom izlazile su iz okvira propisanog Glavom VIII Povelje, a njihove akcije nisu predstavljale dokaz o postojanju običajnog međunarodnog pravila. Suštinski, akcijama preduzetim bez odobrenja Saveta bezbednosti, regionalne organizacije podrivale su univerzalni sistem kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija. Revitalizacija Saveta bezbednosti u periodu nakon Hladnog rata imala je reperkusije na njegov odnos prema regionalnim organizacijama. Veliki broj rezolucija kojima se Savet bezbednosti obraćao državama članicama ili direktno regionalnim organizacijama preporučivao je ili je autorizovao usvajanje prinudnih mera izričito na bazi Glave VII i s pozivom na Glavu VIII. V. Tom J. Farer, „The Role of Regional Organizations in International Peace-making and Peace-keeping: Legal, Political, and Military Problems“, *Blauhelme in einer turbulenten Welt* (ed. W. Kiihne), Baden-Baden, 1993, 275 i dalje; Zsuzsanna Deen-Racsmany, „A Redistribution of Authority Between the UN and Regional Organizations in the Field of the Maintenance of Peace and Security?“, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, 297-331.

⁴⁰ Prenos nadležnosti Ujedinjenih nacija na Evropsku uniju u Makedoniji (International Police Task Force) primer je za „meke“ mirovne operacije. Učešća NATO u komandovanju međunarodnim snagama u Avganistanu (International Security Assistance Force) primer je za „tvrde“ operacije. Dobre primere za „kombinovane“ mirovne operacije predstavljaju ECOMOG (Economic Community of West African States Monitoring Group), u Zapadnoj Africi, CEMAC (Communauté économique et monétaire des États de l'Afrique centrale), u Centralnoj Africi i SADC (South African Development Community Conference), u Južnoj Africi. V. Pascal Teixeira, „The Security Council at the Dawn of the Twenty-First Century: To What Extent is it Willing and Able to Maintain International Peace and Security?“, *United Nations Institute for Disarmament Research*, Geneva, 2003, 70.

Peacekeeping Force – UNFICYP, od 1964. godine), i Kosovu (UN Interim Administration Mission in Kosovo – UNMIK, od 1999. godine).⁴¹

ZAKLJUČAK

U zaključnom sagledavanju uloge mirovnih operacija Ujedinjenih nacija, va-
lja se podsetiti da su to bile uglavnom snage koje su imale tzv. interpozicionu ulogu
tj. ulogu snaga za razdvajanje zaraćenih strana (*interposition forces*). Njihov zadatak
sastojao se u pružanju pomoći u uspostavljanju i održavanju mira i bezbednosti, bez
upotrebe oružane sile osim u svrhu samoodbrane. Ovlašćenja mirovnih snaga bila
su dosta šira od ovlašćenja posredničkih i posmatračkih mirovnih misija, istražnih
komisija ili grupa za uspostavljanje primirja. Iako je u nekim situacijama dolazilo
i do preklapanja aktivnosti, to bitnije nije uticalo na razliku koja postoji i ona se
ogleda ne samo u kvantitativnom, već i u kvalitativnom smislu. Kvalitativne razlike
proizilaze iz okolnosti da su mirovne snage Ujedinjenih nacija u nekim situacijama
imale mogućnost da upotrebe ograničenu oružanu silu. U drugim situacijama pak,
mirovne snage imale su zadatak da nametnu mir. U praksi se upravo dešavalo da se
snage za održavanje mira pretvore u snage za nametanje mira.

Za optimalno uspostavljanje mirovnih operacije u većini slučajeva pretpo-
stavljao se poziv ili saglasnost zemlje domaćina (u nekim slučajevima i inicijativa
nekih od glavnih organa Ujedinjenih nacija ili samog Generalnog sekretara), potom
nepristrasnost i neutralnost u odnosu na učesnike u sukobu, minimalna upotreba
sile u samoodbrani, jasan, praktičan i oročen mandat, integrisana i efektivno struk-
turirana vojna komanda, kao i jedinstvena politička podrška zasnovana na poštova-
nju pravila i principa opšteg međunarodnog prava. Takođe, za uspostavljanje mirov-
nih operacija pretpostavljalo se i poštovanje rezolucija Saveta bezbednosti kojima se
odobrava mandat mirovnim misijama. Iako su rezolucije pružale dovoljan pravni
osnov za uspostavljanje mirovnih operacija, rezolucije ipak nisu bile potpuna garan-
cija da će operacije biti legitimno sredstvo za održavanje međunarodnog mira i bez-
bednosti. Na to je uostalom svojevremeno ukazao i Generalni sekretar Ujedinjenih
nacija Butros Gali kada je preduzeo akciju za ocenu dotadašnjih mirovnih operacija
a iz koje je proizašao čuveni izveštaj Panela Ujedinjenih nacija za mirovne operacije
iz 2000. godine nazvan po njegovom predsedniku Alžircu Lakhdar Brahimiju u ko-
jem je konstatovano da se ojačavanje uloge mirovnih operacija može dogoditi kroz
primenu tzv. izlaznih strategija (*Exit Strategies*), koje obuhvataju snažnu, postojanu

⁴¹ „United Nations Peacekeeping Operations, Special Political Missions and Other Political
Presences“, United Nations, <https://www.unmissions.org/>, 23.09.2021.

i jasnu pomoć čitave međunarodne zajednice kako bi se ranije uočeni nedostaci otklonili, a konačna mirovna rešenja efikasnije unapredila.⁴²

Izvesni pomak na planu „izlaznih strategija“ napravljen je sa strateškim predlogom Generalnog sekretara Kofija Anana, sadržanim u izveštaju iz 2005. pod nazivom: „U većoj slobodi: Ka razvoju, sigurnosti i ljudskim pravima za sve“.⁴³ Generalni sekretar je njime pozvao države članice da preuzmu veću odgovornost za zaštitu sopstvene populacije (*Responsibility to Protect*), od genocida i drugih masovnih zločina, etničkog čišćenja ili ozbiljnog kršenja ljudskih prava kroz reafirmaciju uloge Saveta bezbednosti u univerzalnom sistemu kolektivne bezbednosti. Reafirmacija uloge Saveta bezbednosti u preduzimanju mirovnih operacija otud je dosta specifična, jer je u međunarodnoj praksi podrazumevala pre svega, preduzimanje mera prevencije. Te mere su preduzimane uglavnom po sopstvenoj inicijativi, po upozorenju Generalne skupštine, Generalnog sekretara, pa čak i države koja nije članica Ujedinjenih nacija, ali koja je strana u sporu. Prevencija je u prethodnom periodu obuhvatala jasno sagledavanje spora ili situacije koja može dovesti do spora, učestvovanje u pregovorima, kao i u prepoznavanje prvih znakova mogućeg oružanog sukoba. Neuspeh prevencije dovodio bi do faze eskalacije, kada je Savet angažovanjem mirovnih snaga uspevao da prevaziđe konflikt i da dovede do deeskalacije sukoba uz eventualno uključivanje treće strane. U poslednjoj fazi mirovnih operacija, Savet bezbednosti bi preduzimanjem konkretnih akcija doprinio okončanju konflikta. Na izneta način, funkcionisale su klasične mirovne operacije za očuvanje mira, koje nisu imale za cilj da uvedu sankcije ili kolektivno obezbeđenje.

Evolucijom sistema kolektivne bezbednosti došlo je do proširivanja obima i značenja mirovnih operacija. To je značajno očitovano nakon završetka Hladnog rata, kada je Savet bezbednosti proširio svoje nadležnosti na ovom planu. Proširivanje nadležnosti dovelo je do izvesnih devijacija u primeni principa univerzalnosti i solidarnosti na kojima je počivao dotadašnji sistem kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija. S obzirom na pojavu novih vrsti konflikata i pretnji po međunarodni mir i bezbednost, klasične mirovne operacije nisu mogle da odgovore zahtevima vremena zbog čega je došlo do prerastanja klasičnih mirovnih operacija u operacije za uspostavljanje mira, operacije za nametanje mira i operacije za post-konfliktnu izgradnju mira. Ove poslednje, umnogome su doprinele osnivanju Komisije za izgradnju mira (*Peace Building Commission*), 2005. godine, čiji je zadatak bio koncentrisan primarno

⁴² „Report of Panel on United Nations Peace Operations“, A/55/305-S/2000/809 of 21 August 2000, Annex; *Politics of Peacekeeping in the Post-Cold War Era* (eds. David S. Sörenson, Pia Christina Wood), Frank Cass, New York, 2005, 1-219.

⁴³ „A More Secure World: Our Shared Responsibility“, *Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change*, UN Doc. A/59/565, 2 December 2004.

na preduzimanje akcija u zemljama koje su izašle iz sukoba, a u kojima je trebalo sprovesti konkretne akcijske planove i dugoročne strategije za rekonstrukciju i izgradnju mira. Geografsko širenje mirovnih operacija dovelo je do prećutne „podele rada“ unutar samih Ujedinjenih nacija i to, pre svega, između Saveta bezbednosti i Sekretarijata na čelu sa Generalnim sekretarom, a u posebnim situacijama i između Saveta bezbednosti i Generalne skupštine kao i između Ujedinjenih nacija i država članica, odnosno i svih drugih učesnika u mirovnim operacijama – od regionalnih organizacija, do raznih međunarodnih sporazuma, agencija i tela.

Suočavanje Ujedinjenih nacija sa novim pretnjama i izazovima po svetski mir, doprinelo je do sada neviđenom obimu i domašaju mirovnih misija, povećanom broju aktera i potpuno novim obeležjima koja se manifestuju kroz „meke“, „tvrde“ i „kombinovane“ oblike mirovnih operacija. Konačno, podstaknute najboljom praksom u izvođenju mirovnih operacija, Ujedinjene nacije su posredstvom Generalnog sekretara Ban Ki Muna 2007. godine, izvršile restrukturiranje administrativnog aparata u oblasti mirovnih operacija formiranjem Odeljenja za mirovne operacije (*Department of Peacekeeping Operations*), Odeljenja za političke poslove (*Department of Political Affairs*) i Odeljenja za podršku na terenu (*Department of Field Support*).⁴⁴ U prethodnom periodu, ova tela su pokrenula projekte koji obuhvataju izradu smernica merodavnih za profesionalno planiranje, upravljanje i izvođenje mirovnih operacija, kao i proširivanje njihovog dejstva u saradnji sa regionalnim organizacijama i specijalizovanim agencijama svetske organizacije.

Dr. DUŠKO DIMITRIJEVIĆ
Professorial Fellow, Institute of International
Politics and Economics, Belgrade

UNITED NATIONS PEACE OPERATIONS

Summary

In the present study, the United Nations peacekeeping operations are discussed in the context of the development of contemporary international relations and international law. Since the United Nations Charter is undoubtedly a fundamental legal act without which it would be difficult to imagine this development, the author examined in peacekeeping operations what is colloquially called “United Nations Law” and found that peacekeeping operations, although one of the most important activities of the world organization, are not explicitly mentioned anywhere, nor are they regulated by the rules of this law. Taking into account the interdependence between the evolution of international

⁴⁴ „Strengthening of the capacity of the Organization in peacekeeping operations“, General Assembly, 15 March 2007, A/RES/61/L.54/.

law and international relations on the one hand, and the application of the Charter on the other, the author concludes that peacekeeping operations are a functional part of a collective security system whose goals are expressed in the universal values of the international community in preserving world peace and security. In his opinion, a proper understanding of peacekeeping operations requires a solid knowledge of the rules of legal interpretation of the normative part of "United Nations law", as well as an understanding of the evolution of its application in international practice in order to understand the essence of its "progression" relations that led to a change in the positive basis of the contemporary international legal order.

Key words: peacekeeping operations, Charter, United Nations, Security Council, collective security

Literatura

- Blokker N., „Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Secretary Council to Authorize the Use of force by Coalitions of the Able and Willing“, *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000.
- Bowett D. W., *United Nations Forces: A Legal Study*, London, Stevens and Sons, 1967.
- Ciobanu D., „The Power of the Security Council to organize Peace-Keeping Operations“, *United Nations Peace-Keeping, Legal Essays* (ed. Cassese A.), Alphen aan den Rijn, Sijthoff&Noordhoff, 1978.
- Conforti B., *The Law and the Practice of the United Nations*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Current Problems of International Law* (ed. Cassese A.), Milano, Giuffrè, 1975.
- Deen-Racsmany Z., „A Redistribution of Authority Between the UN and Regional Organizations in the Field of the Maintenance of Peace and Security?“, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000.
- Draper G., „The Legal Limitation upon the Employment of Weapons by the United Nations Force in the Congo“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, 1963.
- Etinski R., Đajić R., Tubić B., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2021.
- Farer T. J., „The Role of Regional Organizations in International Peace-making and Peace-keeping: Legal, Political, and Military Problems“, *Blauhelme in einer turbulenten Welt* (ed. W. Kiihne), Baden-Baden, 1993.
- Flory M., „L'Organisation des Nations Unies et les opérations de maintien de la paix“, *Annuaire Française de Droit International*, 1965.
- Goulding M., „The Evolution of United Nations Peacekeeping“, *International Affairs*, vol. 69, no. 3, 1993.
- Halderman J.W., „Legal Basis for United Nations Armed Forces“, *American Journal of International Law*, vol. 56, 1962.
- Higgins R., *United Nations Peacekeeping 1946-1967*, Documents and Commentary, Royal Institute of International Affairs Publications, Oxford, University Press, 1969.

- Hill S., Malik S., *Peacekeeping and the United Nations*, Dartmouth, Brookfield, 1996.
- Orakhelashvili A., „The Legal Basis of the UN Operations“, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, 2003.
- Politics of Peacekeeping in the Post-Cold War Era* (eds. Sörenson D. S., Wood P. C.), Frank Cass, New York, 2005.
- Quigley J., „The Privatization of Security Council Enforcement Actions: A Threat to Multilateralism“, *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, 1996.
- Račić O., *Ujedinjene nacije između moći i prava*, Beograd, Službeni glasnik, 2010.
- Russel R. B., Muther J. E., *A History of United Nations Charter: The Role of the United States, 1940–1945*, Washington, Brookings Institutions, 1958.
- Sarooshi D., *The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of Its Chapter VII Powers*, Oxford, University Press, 1999.
- Schwarzenberger G., „Report on Problems of a United Nations Force“, *International Law Association Conference*, Hamburg, vol. 49, 1960.
- Simma B., *The Charter of United Nations: A Commentary*, Oxford, University Press, 2002.
- Sohn L. S., „The Authority of the United Nations to Establish and Maintain a Permanent United Nations Force“, *American Journal of International Law*, vol. 52, 1958.
- Suy E., „United Nations Peacekeeping System“, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier, 2000.
- Teixeira P., „The Security Council at the Dawn of the Twenty-First Century: To What Extent is it Willing and Able to Maintain International Peace and Security?“, *United Nations Institute for Disarmament Research*, Geneva, 2003.
- Tunkin G. I., „The Legal Nature of the United Nations“, *Recueil des Cours, Académie de Droit International, la Haye*, vol. 119, 1966.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 25.09.2021.

Prihvaćen: 14.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

GORDANA GASMI
DRAGAN PRLJA

UGROŽAVANJE LJUDSKIH PRAVA I VEŠTAČKA INTELIGENCIJA

Veštačka inteligencija shvaćena kao softver, koji sadrži algoritamske modele i koji može da izvršava zadatke svojstvene inteligentnim bićima bazirane na rasuđivanju, otkrivanju značenja, generalizovanju, i učenju iz prethodnih iskustava, našla je primenu u kreiranju mnogobrojnih proizvoda i usluga. To su autonomna vozila, roboti, sistemi za biometrijsku identifikaciju, za upravljanje saobraćajem, snabdevanje vodom, plinom, grejanjem, strujom, sistemi u obrazovanju, javnoj upravi, za ocenjivanje kreditne sposobnosti, za krivično gonjenje, itd. Na žalost, pored mnogobrojnih pozitivnih efekata korišćenja tehnologija baziranih na veštačkoj inteligenciji, postoje i negativni efekti. Jedan od tih negativnih efekata je ugrožavanje osnovnih građanskih i političkih prava i socijalnih, ekonomskih i kulturnih prava. Da bi se obezbedila pravna sigurnost, efikasna primena prava i zaštita ljudskih prava, neophodno je da nacionalna zakonodavstva donesu posebne propise, koji bi regulisali upotrebu veštačke inteligencije. Evropska unija je u aprilu 2021. godine usvojila Predlog Uredbe o utvrđivanju usaglašenih pravila o veštačkoj inteligenciji. Predlog predstavlja putokaz državama članicama i onima koje to žele da postanu, kako da promene svoje zakonodavstvo i obezbede uspešnu primenu prava, pravnu sigurnost i zaštitu ljudskih prava.

Ključne reči: ljudska prava, veštačka inteligencija, primena prava, pravna sigurnost, Evropska unija

Dr Gordana Gasmi, naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: gordana.gasmi@gmail.com.

Dr Dragan Prlja, naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: dprlja@gmail.com.

U V O D

Veštačka inteligencija predstavlja novu stepenicu tehnološkog i naučnog razvoja koja će imati ogroman uticaj na način funkcionisanja sveta kakvog poznajemo.¹ Zahvaljujući velikom napretku u pogledu računarske snage, sve sofisticiranijim algoritmima i količini podataka bez presedana, veštačka inteligencija dobila je i veliku ekonomsku vrednost. Zahvaljujući algoritmima koji vrše predviđanja na bazi velike količine podataka, veštačka inteligencija prema nekim procenama donosi oko 2 biliona dolara današnjoj globalnoj ekonomiji, a može se očekivati da to bude 16 biliona dolara do 2030. godine i činiće više od 10 posto bruto svetskog proizvoda.² Sisteme veštačke inteligencije čine softveri čiji je zadatak da za zadani skup ciljeva koje odredi čovek generišu izlazne rezultate kao što su sadržaj, predviđanja, preporuke ili odluke koji utiču na okolinu sa kojom je sistem u interakciji, bilo u fizičkoj ili digitalnoj dimenziji. Mogu se projektovati tako da rade na različitom nivou autonomije i da se upotrebljavaju samostalno ili kao sastavni deo nekog proizvoda. Ti softveri razvijaju se na bazi metoda mašinskog učenja, ili metoda zasnovanih na logici ili znanju, ili na bazi statističkih pristupa, Bayesovske procedure, metoda pretraživanja i optimizacije. Neki autori smatraju da se pod veštačkom inteligencijom podrazumevaju novi informacioni sistemi koji su sposobni da samostalno uče i da preduzimaju različite aktivnosti, onako kako to čini inteligentno ljudsko biće.³

U nastanak proizvoda i usluga baziranih na veštačkoj inteligenciji uključen je veliki broj aktera, a potrebno je i da se ispune mnogobrojni preduslovi. Prvi preduslov je da je obezbeđena velika količina podataka na bazi kojih će se razviti proizvod ili usluga. Za brzu obradu tih podataka potrebni su moćni računari sa izrazito brzim čipovima i kompleksne onlajn platforme koje proizvođačima daju neophodne resurse kako bi mogli svoje algoritme da testiraju i proveravaju. Na kraju lanca proizvodnje nalaze se kompanije koje će komercijalno ili nekomercijalno distribuirati proizvode i usluge bazirane na veštačkoj inteligenciji i države koje pojedinačno ili u saradnji sa drugim državama treba da stvore bezbedno okruženje za kreiranje, primenu i kontrolu sistema veštačke inteligencije.

¹ Stefan Andonović, „Normativni aspekti veštačke inteligencije u radu organa uprave u Republici Srbiji“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima EU* (ur. Snežana Soković), Pravni fakultet, Kragujevac, 2020, 142.

² Charlotte Stanton *et al.*, What the Machine Learning Value Chain Means for Geopolitics, <https://carnegieendowment.org/2019/08/05/what-machine-learning-value-chain-means-for-geopolitics-pub-79631>, 20.09.2021.

³ Stefan Andonović, „Strateško-pravni okvir veštačke inteligencije u uporednom pravu“, *Strani pravni život*, br.3, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2020, 112.

Proizvodi i usluge zasnovani na veštačkoj inteligenciji danas se nalaze u masovnoj upotrebi: autonomna vozila, razne vrste robota, sistemi za biometrijsku identifikaciju i kategorizaciju pojedinaca, sistemi za upravljanje saobraćajem, snabdevanjem vodom, strujom, plinom, grejanjem, električnom energijom, sistemi u obrazovanju namenjeni ocenjivanju i upisivanju, sistemi za ocenjivanje kreditnog rejtinga pojedinaca, sistemi veštačke inteligencije u zapošljavanju i upravljanju radnicima, sistemi namenjeni nadležnim organima vlasti za odobravanje raznih usluga i vidova pomoći, sistemi namenjeni pravosuđu i organima krivičnog gonjenja, sistemi namenjeni hitnim službama, sistemi namenjeni organima vlasti za kontrolu putnih isprava, viza, azila, migranata, sistemi namenjeni demokratskim procesima (elektronsko glasanje i sl.), i mnogi drugi sistemi. Njihovom upotrebom ostvaruju se optimizacija operacija, bolja raspodela resursa, poboljšanje predviđanja, personalizacija pružanja usluga, pozitivni efekti na očuvanje života i zdravlja ljudi, očuvanje životne sredine itd. Upotrebom autonomnih vozila koja kontroliše veštačka inteligencija, u budućnosti će se gotovo eliminisati broj saobraćajnih nesreća i ljudskih žrtva. Ove mnogobrojne pozitivne efekte koje donosi upotreba veštačke inteligencije prate i mnogobrojni izazovi koji se odnose na pojedince i predstavljaju ugrožavanje ljudskih prava.

UGROŽAVANJE LJUDSKIH PRAVA I VEŠTAČKA INTELIGENCIJA

Upotrebom proizvoda i usluga baziranih na veštačkoj inteligenciji dolazi do mogućnosti ugrožavanja osnovnih prava pojedinaca na dostojanstvo, na poštovanje privatnog života, na zaštitu podataka, prava na nediskriminaciju, prava na ravnopravnost žena i muškaraca, prava na slobodu izražavanja i slobodu okupljanja, prava na efikasan pravni lek, na pošteno suđenje i pretpostavku nevinosti, prava na dobru upravu, prava na poštene i pravične radne uslove, prava potrošača, prava dece i osoba sa invaliditetom, prava na zaštitu okoline i prava na zdravlje i bezbednost ljudi.

Pravo na slobodu izražavanja bilo je drastično ugroženo kada su Fejsbuk i Kembriđ analitika distribuirali polutačne ili netačne informacije i na taj način ugrožavali ljudsko pravo na slobodu izražavanja odnosno pravo građana da slobodno učestvuju u vođenju javnih poslova i glasaju na izborima. U pitanju su bili milioni ljudi koji nisu mogli da svoje pravo na slobodu izražavanja zaštite adekvatnim pravnim lekom.⁴

⁴ Diane Desierto, Human Rights in the Era of Automation and Artificial Intelligence, <https://www.ejiltalk.org/human-rights-in-the-era-of-automation-and-artificial-intelligence/>, 09.10.2021.

Korišćenje sistema veštačke inteligencije u pravosuđu može da negativno utiče na pravo na pravično suđenje, ukoliko je odluka donesena uz upotrebu algoritma, a zaposleni u pravosuđu nemaju dovoljan nivo razumevanja veštačke inteligencije kako bi obezbedili da odluke donesene uz njenu pomoć budu nediskriminatorne. Sistem za biometrijsko prepoznavanje lica i glasa, može ugroziti privatnost pojedinaca. Sistemi veštačke inteligencije koji prikupljaju i analiziraju velike količine podataka o pojedincima mogu predviđati njihovo ponašanje, mogu uticati na promenu njihovog ponašanja, mogu ugroziti njihovu privatnost na primer otkrivajući izraz njihovog lica, emocionalno stanje, otkucaje srca, fizičku lokaciju, itd. Sistemi za biometrijsko prepoznavanje lica mogu sprečiti građane da ostvaruju svoje pravo na slobodu izražavanja, udruživanja i okupljanja i tako mogu imati negativan efekat na društvenu solidarnost i učešće u demokratским procesima. Delovanje *Chatbot*-ova⁵ i stvaranje nesumnjivo falsifikovanog sadržaja (*Deep Fake*)⁶ od strane sistema zasnovanog na algoritmu i veštačkoj inteligenciji može uticati na sposobnost pojedinca da izgradi stavove na pouzdanim informacijama. Na taj način se manipuliše pojedincima i ugrožava njihovo pravo da budu informisani kako bi mogli da učestvuju u procesima demokratskog odlučivanja.

Sistemi veštačke inteligencije zasnovani na pristrasnim informacijama mogu prouzrokovati algoritamsku diskriminaciju, odnosno diskriminatorne algoritamske odluke ili ponašanja. Ako sistem veštačke inteligencije uči na bazi prethodnih podataka zasnovanih na diskriminatornim odlukama, onda i on sam može na bazi „povratnih petlji“ da donosi diskriminatorne odluke, odnosno može da ugrozi ljudska prava. Recimo ako su u prošlosti na određena radna mesta zapošljavani mnogo više muškarci u odnosu na žene, onda će sistem veštačke inteligencije na osnovu učenja na predhodnim primerima i u budućnosti diskriminisati žene pri zapošljavanju na ta radna mesta. Sistemi veštačke inteligencije namenjeni praćenju ponašanja zaposlenih i donošenju odluka od strane algoritma mogu negativno uticati na ostvarivanje socijalnih i ekonomskih prava zaposlenih. Zaposleni se mogu suočiti sa greškama sistema veštačke inteligencije, koje za posledicu imaju neopravdano manju platu, neisplaćen regres, neadekvatno raspoređivanje na drugo

⁵ *Chatbot*-ovi su kompjuterski programi koji simuliraju ljude u razgovoru putem glasa ili tekstualnim porukama. Na ovaj način se ljudi mogu dovesti u zabludu da komuniciraju sa drugim ljudima a u stvari oni komuniciraju sa kompjuterskim programom zasnovanim na veštačkoj inteligenciji.

⁶ *Deep Fake* – lažne informacije stvorene digitalnim izmenama na fotografijama ili video snimcima tako da neka osoba izgleda kao da je neko drugi, odnosno da je nešto uradila ili rekla što zapravo nije uradila niti je rekla. Na ovaj način se zlonamerno šire lažne informacije.

radno mesto, itd. Posledica upravljanja algoritma radnim procesima može biti dehumanizacija i ugrožavanje prava zaposlenih. Sistemi veštačke inteligencije koji upravljaju sofisticiranim oružjima, kao što su roboti snajperi ili dronovi sa namenom ubijanja pojedinaca ili grupa ljudi već su u upotrebi i ugrožavaju najbitnije među ljudskim pravima, pravo na život.

Proizvodi i usluge bazirani na tehnologiji veštačke inteligencije imaju potencijal da ugroze ljudska prava, demokratiju i vladavinu prava. Predviđanje ljudskog ponašanja, identifikacija pokazatelja bolesti, procena rizika, neopravdana pristranost pri odlučivanju samo su neki od razloga koji zahtevaju ozbiljna razmatranja pitanja zabrane nekih proizvoda i usluga baziranih na tehnologiji veštačke inteligencije, zabranu nekih sistema veštačke inteligencije i uspostavljanje kontrole nad visoko-rizičnim sistemima veštačke inteligencije. Zaštita ljudskih prava od opasnosti koje donosi upotreba tehnologije bazirane na veštačkoj inteligenciji mora biti prioritet u delovanju međunarodnih organizacija i svih država.⁷

ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA OD OPASNOSTI KOJE DONOSI VEŠTAČKA INTELIGENCIJA

Međunarodni akti koji štite ljudska prava su pre svega Deklaracija UN o ljudskim pravima iz 1948. godine, Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima UN iz 1966. godine, EU Povelja o osnovnim pravima iz 2009. godine, kao i tematske konvencije: Konvencija o zaštiti pojedinaca u odnosu na automatsku obradu podataka o ličnosti Saveta Evrope iz 1981. godine, Konvencija UN o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama iz 1981. godine, Konvencija o sajber kriminalu Saveta Evrope iz 2001. godine, itd.

Pravni okvir baziran na postojećim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima namenjen da zaštiti pojedince i njihova osnovna ljudska prava od potencijalnog ugrožavanja od strane proizvoda i usluga baziranih na tehnologiji veštačke inteligencije može se kreirati kroz zaštitu devet grupa prava: ljudsko dostojanstvo, ljudska sloboda i bezbednost, pravo na fizički i mentalni integritet i zaštitu okoline, pravo na nediskriminaciju, pravo na transparentnost, pravo na

⁷ Savet Evrope doneo je niz preporuka, deklaracija i smernica u kojima poziva države članice da preduzmu niz mera u vezi sa pravnim regulisanjem različitih aspekata upotrebe veštačke inteligencije. Više o tome, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/work-in-progress>, 09.10.2021.

poštovanje privatnog i porodičnog života i zaštitu podataka, pravo na pravne lekove, pravo na demokratiju i pravo na vladavinu prava.⁸

Pravo na ljudsko dostojanstvo proističe iz prava na život garantovanog odredbama člana 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu EKLJP).⁹ U tom pravnom kontekstu se štiti pravo na fizički i mentalni integritet i zbog toga pojedinac mora biti informisan da je u interakciji sa sistemom veštačke inteligencije, a ne sa ljudskim bićem kako bi mogao da odbije interakciju sa sistemom veštačke inteligencije, ako bi ta komunikacija mogla negativno uticati na ljudsko dostojanstvo. Primer mogućeg ugrožavanja ljudskog dostojanstva može biti tehnologija prepoznavanja lica na nekom javnom događaju na bazi tehnologije veštačke inteligencije gde može da dođe i dolazi do pogrešnog podudaranja i neprikladnog ponašanja policije, što potencijalno narušava dostojanstvo osobe koja je zaustavljena.¹⁰

Iz prava na slobodu i bezbednost baziranog na članu 5. EKLJP proističe pravo pojedinca da ne bude predmet isključivo automatizovanog odlučivanja na bazi veštačke inteligencije kada takvo odlučivanje proizvodi pravne posledice ili na sličan način značajno utiče na pojedinca, odnosno pravo da može da ospori takvu odluku i zahteva da takva odluka bude kontrolisana od strane čoveka. U okviru ovog prava trebalo bi pojedincima obezbediti pravo da odluče da budu isključeni iz sistema veštačke inteligencije koji može omogućiti manipulaciju putem profilisanja ili predviđanja, kao i pravo da pojedinci izaberu, kada je to moguće, da komuniciraju sa čovekom, a ne sa robotom.¹¹

Pravo na život, fizički i mentalni integritet i zaštita čovekove okoline garantovano je članom 2. EKLJP. Iz ovih prava proističe obaveza onih koji kreiraju proizvode i usluge na bazi tehnologije veštačke inteligencije da preduzmu odgovarajuće mere kako bi se izbegla svaka fizička i psihička povreda pojedinaca i ugrožavanje čovekove okoline.

⁸ David Leslie *et al.*, Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and Rule of Law: a Primer, The Council of Europe, <https://rm.coe.int/primer-en-new-cover-pages-coe-english-compressed-2754-7186-0228-v-1/1680a2fd4a>, 20.09.2021.

⁹ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005, i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.

¹⁰ FRA, Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-facial-recognition-technology-focus-paper-1_en.pdf, 09.10.2021.

¹¹ European Parliament, The ethics of artificial intelligence: Issues and initiatives, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/634452/EPRS_STU\(2020\)634452_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/634452/EPRS_STU(2020)634452_EN.pdf), 09.10.2021.

Zabrana diskriminacije i jednak tretman utvrđeni su odredbama člana 14. EKLJP pa se moraju poštovati kada je u pitanju rad sistema veštačke inteligencije koji mogu izazvati nepravedno kategorizovanje pojedinaca i posledično njihovu diskriminaciju, takozvanu algoritamsku diskriminaciju (zdravstvo, socialna zaštita, pravosuđe, zapošljavanje, azil, migracije, itd.). Algoritamska diskriminacija se javlja kada odluka donesena na osnovu algoritma stvara neopravdanu i proizvoljnu prednost određenim grupama u odnosu na druge kod zapošljavanja, dobijanja kredita, socijalne pomoći, zdravstvene zaštite, obrazovanja. Amazon je koristio od 2014. godine softver baziran na veštačkoj inteligenciji kako bi pronalazio i procenjivao biografije kandidata za posao koje su se nalazile na internetu. Proces mašinskog učenja bio je baziran na obrascima reči koje bi ukazivale na uspešnost zaposlenih. Ustanovljeno je da sistem nije rodno neutralan, odnosno da daje neopravdanu prednost muškarcima u odnosu na žene.¹²

Pravo na transparentnost odnosno blagovremeno informisanje o odlukama koje proizvode pravno dejstvo ili na drugi način značajno utiču na pojedince, garantovano je Konvencijom o zaštiti pojedinaca u odnosu na automatsku obradu podataka o ličnosti Saveta Evrope.¹³ U skladu sa ovim pravom pojedinci bi morali biti obavešteni o tome kako funkcionišu sistemi veštačke inteligencije, koje podatke koriste, na bazi koje logike odlučuju, a ta obaveštenja moraju biti data na način koji je razumljiv za pojedince dopuštajući im da efikasno zaštite svoja prava.

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života normirano je članom 8. EKLJP, a može biti ugroženo od strane proizvoda ili usluga baziranih na tehnologiji veštačke inteligencije profilisanjem, prepoznavanjem emocija, prepoznavanjem pojedinaca, praćenjem, itd. U okviru ovog prava spada i pravo na zaštitu podataka,¹⁴ koje se može kršiti od strane sistema veštačke inteligencije, neovlašćenim prikupljanjem, obradom i distribucijom podataka o pojedincima.

Pravo na delotvoran pravni lek povodom kršenja prava i sloboda, garantovano je članom 13. EKLJP. Ovo pravo se mora odnositi i na obezbeđivanje efikasnih i pristupačnih pravnih lekova kada povreda ili šteta po pojedinca nastupi upotrebom proizvoda i usluga baziranih na tehnologiji veštačke inteligencije.

Pravo na demokratiju obuhvata pravo na slobodu izražavanja, okupljanja i udruživanja koji su regulisani članovima 10. i 11. EKLJP, pravo na slobodne

¹² Carsten Orwat, Risk of Discrimination through the Use of Algorithms, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/EN/homepage/_documents/download_disk_risiken_verwendung_von_algorithmen.pdf?__blob=publicationFile&v=1, 09.10.2021.

¹³ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Council of Europe, Strasbourg, 28.1.1981, <https://rm.coe.int/1680078b37>, 20.09.2021.

¹⁴ Stefan Andonović, Dragan Prlja, *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2020, 33.

i poštene izbore, jednako i slobodno pravo glasa, kao i jednaku mogućnost glasača da forimiraju svoje mišljenje mogu biti ugroženi na različite načine radom sistema veštačke inteligencije (Chatbot-ova, stvaranje nesumnjivo falsifikovanog sadržaja – Deep Fake, itd.)

Pravo na vladavinu prava obuhvata pravo na pravično suđenje zasnovano na članu 6. EKLJP, pravo na sudsku nezavisnost i nepristrasnost, kao i pravo na delotvoran pravni lek, te moraju biti zaštićeni u kontekstu štete koja može nastupiti ugrožavanjem ovih prava od strane sistema veštačke inteligencije. Tehnologije zasnovane na veštačkoj inteligenciji mogu promeniti prirodu odluke koja se odnosi na pojedinca, a koju bi on mogao osporiti, na primer na osnovu pogrešnog prepoznavanja lica.¹⁵

Kako bi se zaštitila mnogobrojna ljudska prava ugrožena od strane proizvoda i usluga baziranih na tehnologiji veštačke inteligencije, neophodno je stvoriti pravni regulatorni okvir koji sa jedne strane obuhvata obavezujuće norme (takozvano tvrdo pravo), a sa druge strane neobavezujuće norme (takozvano meko pravo). U okviru obavezujućih normi neophodno je da se sa jedne strane, precizno definišu obaveze onih koji stvaraju i koriste proizvode, usluge i sisteme bazirane na tehnologiji veštačke inteligencije, a sa druge strane, da se definiše rigorozan sistem sankcija i obezbedi njegova efikasna primena. U okviru neobavezujućih normi potrebno je stvoriti što veći broj preporuka, deklaracija, vodiča, principa i standarda dobre prakse, kao i kodeksa ponašanja, koji će se primenjivati i poštovati kako bi se podigli standardi bezbednosti upotrebe tehnologije bazirane na veštačkoj inteligenciji.

Evropska unija (EU)¹⁶ utvrdila je sedam aspekata koji su ključni da bi se obezbedilo bezbedno i odgovorno kreiranje i upotreba proizvoda i usluga baziranih na tehnologiji veštačke inteligencije i zaštite ljudskih prava. To su: kontrola od strane čoveka, sigurni i bezbedni algoritmi, poštovanje privatnosti i zaštite podataka, transparentnost, nediskriminacija, društvena dobrobit i odgovornost.¹⁷

Postojeći pravni okvir na međunarodnom, regionalnom i nacionalnom nivou nije dovoljan kako bi obezbedio efikasnu zaštitu ljudskih prava ugroženih upotrebom proizvoda, usluga i sistema baziranih na upotrebi tehnologije veštačke

¹⁵ European Parliament, Artificial Intelligence and Law Enforcement: Impact on Fundamental Rights, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/656295/IPOL_STU\(2020\)656295_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/656295/IPOL_STU(2020)656295_EN.pdf), 09.10.2021.

¹⁶ European Commission, White paper on Artificial Intelligence, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf, V. više o pristupu EU i pravnom okviru za regulisanje veštačke inteligencije na <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>.

¹⁷ Irina Moroianu Zlatescu, Claudia Elena Marinica, „Some Legal Perspectives on Artificial Intelligence and Human Rights“, *Fiat Iustitia Review of Juridical Studies*, No. 2, Cluj-Napoca, 2020, 40-41.

inteligencije. Zbog toga je potrebno da se postojeća pravna regulativa izmeni i dopuni, kao i da se donesu potpuno novi propisi.

Jedna od mogućnosti koja se razmatra je donošenje dodatnog protokola EKLJP kojim bi se definisala dodatna prava u kontekstu upotrebe tehnologije veštačke inteligencije¹⁸ ili alternativno izmena konvencija Saveta Evrope: Konvencije o sajber kriminalu¹⁹ i Konvencije o zaštiti pojedinaca u odnosu na automatsku obradu podataka o ličnosti. Ovi predlozi predstavljaju tek početak borbe za zaštitu ljudskih prava od ugrožavanja od strane veštačke inteligencije.

PREDLOG UREDBE EU O VEŠTAČKOJ INTELIGENCIJI

Na bazi pravnih propisa koji garantuju osnovna ljudska prava, na međunarodnom, regionalnom i nacionalnom nivou svakako će se donositi propisi koja će nastojati da obezbede bezbednu i kontrolisanu upotrebu sistema veštačke inteligencije. Prvi koraci u tom pravcu napravljeni su usvajanjem niza dokumenata, preporuka i deklaracija od strane institucija EU i Saveta Evrope: Deklaracija Komiteta ministara Saveta Evrope o manipulativnim sposobnostima algoritamskih procesa 2019. godine,²⁰ Izgradnja poverenja u veštačku inteligenciju usredsređenu na čoveka 2019. godine,²¹ Bela knjiga o veštačkoj inteligenciji – Evropski pristup izuzetnosti i poverenju 2020. godine,²² Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o uticaju algoritamskih sistema na ljudska prava 2020. godine,²³ Podsticanje Evropskog puta ka veštačkoj inteligenciji 2021. godine,²⁴ Deklaracija Komiteta ministara

¹⁸ D. Leslie *et al.*, op. cit. 29.

¹⁹ Convention on Cybercrime, Council of Europe, Budapest, 23.11.2001, <https://rm.coe.int/1680081561>, 20.09.2021.

²⁰ Declaration by the Committee of Ministers on the Manipulative Capabilities of Algorithmic Processes, Council of Europe, Decl (13.2.2019)1, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=090000168092dd4b, 21.9.2021.

²¹ Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 8.4.2019. COM (2019) 168 final.

²² White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust, European Commission, Brussels, 19.2.2020. COM(2020) 65 final.

²³ Recommendation CM/Rec (2020) 1 of the Committee of Ministers to Member States on the Human Rights Impacts of Algorithmic Systems, Council of Europe, 8.4.2020, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=09000016809e1154, 21.9.2021.

²⁴ Fostering a European approach to Artificial Intelligence, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 21.4.2021. COM(2021) 205 final.

Saveta Evrope o rizicima donošenja odluka uz pomoć računara i veštačke inteligencije u oblasti socijalne zaštite 2021. godine,²⁵ i u aprilu 2021. godine usvajanje Predloga Uredbe EU o veštačkoj inteligenciji od strane Parlamenta i Saveta EU.²⁶

EU pristup izazovima proisteklim iz upotrebe veštačke inteligencije zasnovan je na posebnom tretmanu visoko-rizičnih sistema veštačke inteligencije u odnosu na one koji to nisu. Za visoko-rizične sisteme koji stvaraju visoki rizik za zdravlje, bezbednost i osnovna prava pojedinaca uspostavljaju se posebna pravila i mehanizam primene tih pravila. Pravilima se utvrđuju pravni zahtevi u pogledu podataka i upravljanja podacima, dokumentacije i vođenja evidencije, transparentnosti i informisanja korisnika, kontrole od strane čoveka, otpornosti, tačnosti i bezbednosti koji se odnose na proizvođače, uvoznike, distributere, ovlašćene zastupnike i korisnike.

Predviđeno je da se na nivou Evropske unije osnuje Evropski odbor za veštačku inteligenciju, a na nivou pojedinih država organi koji će utvrđivati usaglašenost sa zahtevima iz Uredbe i da se odrede nadzorni organi. Evropski odbor za veštačku inteligenciju će činiti predstavnici država članica i Evropske komisije. Nacionalne organe za ocenu usaglašenosti će imenovati nadležno nacionalno telo, a oni će ocenjivati usaglašenost sa pouzdanim sistemima upravljanja kvalitetom i upravljanja rizikom. Takođe će pratiti sistem veštačke inteligencije nakon stavljanja na tržište i izdavaće sertifikate o njegovoj usaglašenosti sa zahtevima iz Uredbe. Nacionalno nadzorno telo će kontrolisati primenu i drastično će kažnjavati proizvođače koji se ne pridržavaju propisanih odredbi kaznama i do 30 miliona evra, odnosno do 6 % ukupnog godišnjeg prometa preduzeća u svetu za prethodnu finansijsku godinu. Pored ovih obavezujućih pravnih normi, predloženim mehanizmom pravne regulative predviđa se i kreiranje kodeksa ponašanja koji bi dobrovoljno poštovali proizvođači visoko-rizičnih sistema veštačke inteligencije, kao i proizvođači sistema veštačke inteligencije koji nisu visoko-rizični.

U Prilozima Predloga Uredbe EU o veštačkoj inteligenciji definisane su tehnike i metodi sistema veštačke inteligencije, nabrojani su visoko-rizični sistemi veštačke inteligencije, definisane su obaveze u vezi sa tehničkom dokumentacijom,

²⁵ The Risks of Computer-Assisted or Artificial-Intelligence-Enabled Decision Making in the Field of the Social Safety Net, Council of Europe, Decl (17.3.2021) 2, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a1cb98, 21.09.2021.

²⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, European Commission, Brussels, 21.4.2021. COM(2021) 206 final, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF, 20.09.2021.

definisani su elementi EU izjave o usaglašenosti, definisan je postupak ocenjivanja usaglašenosti na osnovu unutrašnje kontrole, na osnovu ocenjivanja sistema upravljanja kvalitetom i na osnovu ocenjivanja tehničke dokumentacije, definisan je i skup informacija koje se moraju dostaviti pri registraciji visoko-rizičnih sistema veštačke inteligencije u bazi podataka EU kojom upravlja Evropska komisija. U cilju podsticanja inovacija u području veštačke inteligencije osnivanjem kontrolisanog okruženja za eksperimentisanje i testiranje u fazi razvoja i pre nego se sistemi veštačke inteligencije stave na tržište, Predlogom Uredbe EU o veštačkoj inteligenciji predviđeno je uspostavljanje zajedničkih pravila za izolovana okruženja za veštačku inteligenciju sa posebnim pravnim režimom, pre svega kako bi se pomoglo malim i srednjim preduzećima i novo-osnovanim (*start-up*) preduzećima. Na ovaj način ustanovio bi se pravni osnov za upotrebu ličnih podataka prikupljenih u druge svrhe za razvoj određenih sistema veštačke inteligencije u javnom interesu u izolovanom okruženju.

Na nacionalnom nivou države članice EU biće u obavezi da svoje zakonodavstvo usaglase sa odredbama Uredbe o veštačkoj inteligenciji kada ona bude usvojena. Očekuje se usvajanje ove Uredbe u toku naredne 2022. godine, a njena primena se očekuje od 2024. godine. Očekuje se da i države koje žele da postanu članice EU takođe svoje zakonodavstvo usaglase sa odredbama Uredbe i izgrade mehanizme koji će omogućiti bezbedno korišćenje visoko-rizičnih sistema veštačke inteligencije i pravnu sigurnost. Složeni pravni okvir zahteva donošenje novih propisa i izmenu postojećih propisa koji imaju obavezujuće dejstvo i onih koji nemaju obavezujuće dejstvo. U prvu kategoriju svakako spada poseban zakon o veštačkoj inteligenciji sa strogim mehanizmom sankcija koji će obezbediti efikasnu primenu. Iskustvo sa Opštom Uredbom EU o zaštiti podataka (GDPR) pokazalo je kako visoki novčani iznosi sankcija utiču na poštovanje pravnog propisa. U drugu kategoriju neobavezujućih pravila spadaju profesionalni kodeksi ponašanja na nacionalnom nivou i preporuke i deklaracije pre svega međunarodnih organizacija, kao što je Savet Evrope.

ZAKLJUČAK

Veštačka inteligencija danas već ima ogroman uticaj na razvoj ekonomije i društva i na sve nas, a razumno je pretpostaviti da će se taj uticaj vremenom i povećavati. Ona donosi mnoge, kako pozitivne efekte, tako i opasnosti i rizike. Ovom izazovu moramo se suprotstaviti kreiranjem mehanizama za kontrolu visoko-rizičnih sistema veštačke inteligencije uz maksimalno poštovanje ljudskih prava, a ako je potrebno ustanovljavanjem i novih.

EU ima za cilj da postane svetski lider u oblasti stvaranja bezbednog okruženja za korišćenje veštačke inteligencije. Ostvarivanje tog cilja podrazumeva i stvaranje adekvatnog etičkog i pravnog okvira za razvijanje i upotrebu proizvoda i usluga baziranih na tehnologijama veštačke inteligencije. Poslednjih nekoliko godina u okviru EU i Saveta Evrope usvojen je niz dokumenata, preporuka, deklaracija, kao i predloga u cilju podizanja svesti o ugroženosti ljudskih prava i potrebi njihove zaštite kroz stvaranje adekvatnog pravnog okvira zasnovanog na obavezujućim i neobavezujućim normama.

Najcelovitiji pristup zaštiti ljudskih prava od proizvoda i usluga baziranih na tehnologijama veštačke inteligencije sadržan je u Predlogu Uredbe EU o veštačkoj inteligenciji. Otuda će pravna rešenja obuhvaćena ovom budućom Uredbom EU svakako predstavljati kamen temeljac za regulisanje ovog pitanja u nacionalnim okvirima država članica EU, kao i mnogih drugih država.

Dr. GORDANA GASMI
Research Associate, Institute of Comparative Law
Belgrade

Dr. DRAGAN PRLJA
Research Associate, Institute of Comparative Law
Belgrade

ENDANGER OF HUMAN RIGHTS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Summary

Artificial intelligence, understood as software that contains algorithmic models that can perform tasks inherent in intelligent beings based on reasoning, discovery of meaning, generalization, and learning from previous experiences, has found application in the creation of numerous products and services. These are autonomous vehicles, robots, systems for biometric identification, for traffic management, water supply, gas, heating, electricity, systems in education, public administration, for assessing credit-worthiness, for criminal prosecution, etc. Unfortunately, in addition to the many positive effects of using technologies based on artificial intelligence, there are also negative effects. One of these negative effects is the threat to fundamental civil and political rights and social, economic and cultural rights. In order to ensure legal certainty, the effective application of rights and the protection of human rights, it is necessary for national legislation to enact special regulations governing the use of artificial intelligence. In April 2021, the European Union adopted the Proposal for a Regulation on the establishment of harmonized rules on artificial intelligence. The proposal is a roadmap for Member States and those who aspire to become EU member, to change their legislation and ensure the successful implementation of the law, legal certainty and the protection of human rights.

Key words: human rights, artificial intelligence, law enforcement, legal certainty, European Union

Literatura

- Andonović S., „Normativni aspekti veštačke inteligencije u radu organa uprave u Republici Srbiji“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima EU*, (Ur. Snežana Soković), Pravni fakultet, Kragujevac, 2020.
- Andonović S., „Strateško-pravni okvir veštačke inteligencije u uporednom pravu“, *Strani pravni život*, br. 3, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2020.
- Andonović S., Prlja D., *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2020.
- Carsten Orwat, Risk of Discrimination through the Use of Algorithms, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/EN/homepage/_documents/download_diskr_risiken_verwendung_von_algorithmen.pdf?__blob=publicationFile&v=
- Desierto D., Human Rights in the Era of Automation and Artificial Intelligence, <https://www.ejiltalk.org/human-rights-in-the-era-of-automation-and-artificial-intelligence/>, 09.10.2021.
- Leslie D., et al., *Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and Rule of Law: a Primer*, The Council of Europe, 2021.
- Stanton Ch., et al., What the Machine Learning Value Chain Means for Geopolitics, <https://carnegieendowment.org/2019/08/05/what-machine-learning-value-chain-means-for-geopolitics-pub-79631>.
- Zlatescu I. M., Marinica C. E., „Some Legal Perspectives on Artificial Intelligence and Human Rights“, *Fiat Iustitia Review of Juridical Studies*, No. 2, Cluj-Napoca, 2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 27.09.2021.

Prihvaćen: 20.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ
RADOVAN VUKADINOVIĆ

REFORMA ODLUČIVANJA O PRETHODNOM PITANJU U PRAVU EU

Pravo Evropske unije stvaraju organi Unije na nadnacionalnom nivou (Savet, Evropski parlament i Evropska komisija), a primenjuju ga nacionalni upravni i sudski organi u državama članicama. Nadnacionalni način stvaranja i nacionalni način primene nosi opasnost da isti propisi budu različito tumačeni u državama članicama što može da ugrozi ostvarivanje ne samo zajedničkih dogovorenih makro ciljeva na nivou Unije, kao što je nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, već i delotvornu zaštitu individualnih prava. Opasnost je tim veća ako se ima u vidu da države članice pripadaju različitim pravnim sistemima (civil i common law) i različitim pravnim kulturama. Da bi se izbegla ili ublažila opasnost od različitog tumačenja, Ugovorom o osnivanju Evropske unije propisana je obaveza nacionalnih sudova koji primenjuju pravo EU da u postupku odlučivanja o prethodnom pitanju od Suda pravde EU traže tumačenje nejasnih odredbi prava EU i ocenu njihove pravne valjanosti. Međutim, posle gotovo 40 godina od primene kriterijuma koje je Sud pravde utvrdio u presudi donetoj u predmetu „CILFIT“, sve češće se iznose predlozi za reformu tako ustanovljenih kriterijuma, koji čine predmet analize ovog rada.

Ključne reči: prethodni postupak, pravo EU, Sud pravde, nacionalni sudovi, izuzeci

Dr Jelena Vukadinović Marković, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: jelena_vuk83@yahoo.com.

Akademik prof. dr Radovan Vukadinović, Univerzitet u Kragujevcu, e-mail: radevuk2010@gmail.com.

POTREBA ZA POSTUPKOM ODLUČIVANJA
O PRETHODNOM PITANJU

Nadnacionalni način stvaranja prava EU izvan država članica i nacionalna primena tako stvorenog prava na nivou država članica Unije, uslovili su poseban odnos država članica i Evropske unije (Unije ili EU), što se odrazilo i na način organizacije i međusobni odnos sudova Unije i sudova država članica. U generalnom smislu, ovaj odnos karakteriše obaveza država članica da „pruže neophodnu pravnu pomoć da bi se obezbedila delotvorna pravna zaštita u oblastima koje su pokrivene pravom Unije.“¹ Obezbeđivanje delotvorne pravne zaštite, pre svega kroz zaštitu subjektivnih prava koja potiču iz prava EU, se ostvaruje saradnjom nacionalnih sudova i sudova EU, kroz koordinaciju i sudski dijalog u postupku odlučivanja o prethodnom pitanju i kroz poštovanje principa proceduralne autonomije. Kad je reč o postupku prethodnog odlučivanja, uzori su traženi u nekim postupcima koji su bili poznati u unutrašnjim pravima pojedinih država članica, pre svega u nemačkom, italijanskom i francuskom pravu. U nemačkom i italijanskom pravu određeni predmeti su mogli biti predmet tumačenja od strane ustavnih sudova, dok su francuski sudovi takvu pomoć mogli da traže od administrativnih sudova.² U pravu EU, ulogu ustavnog i vrhovnog suda je preuzeo Sud pravde EU.³ Svoj odnos prema nacionalnim sudovima, Sud pravde je definisao vrlo rano nakon stupanja na snagu Rimskog ugovora o EEZ, kad je u više presuda nacionalnim sudovima priznao karakter sudova Zajednice/Unije,⁴ a međusobni odnos nacionalnih sudova i Suda pravde široko definisao kao odnos saradnje⁵ ili „dijalektički odnos“⁶ u kome nacionalni sudovi

¹ Čl. 19. (1) Ugovora o Evropskoj uniji (UEU).

² Morten Broberg, Niels Fenger, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice*, Third Edition, OUP, 2021, 3-4.

³ Bo Vesterdorf, „A constitutional court for the EU?“, *Int'l J Con Law*, Vol. 4, No. 4, 2006, 607-617; Francis G. Jacobs, „Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court?“, *Constitutional Adjudication in European Community and National Law: Essays for the Hon. Mr. Justice T. F. O'Higgins*, Butterworths, 1992, 25.

⁴ V. presudu Suda pravde u predmtu C-106/77 *Simmenthal 237/82 Jongeneel Kaas BV and Others v State of the Netherlands and Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, ECLI:EU:C:1978:49; Opinion of Advocate General Mancini EU:C:1983:294, para 12.

⁵ Takis Tridimas, „National Courts Dialogue, cooperation and instability“, *The Oxford Handbook of European Union Law* (eds. Antony Arnull, Damian Chalmers), OUP 2015, 403; Koen Lenaerts, Ignace Maselis, Kathleen Gutman, Janek Tomasz Nowak, *EU Procedural Law*, OUP, 2014, marg. br. 6.19, 232.

⁶ Antony Arnull, „Judicial Dialogue in the European Union“, *The Philosophical Foundations of European Union Law* (eds. Julie Dickson, Pavlos Eleftheriadis), UOP, 2012, 109.

imaju ulogu „čuvara EU pravnog poretka.“⁷ Sadržinu koordinacije i sudskog dijaloga⁸ čine ovlašćenja Suda pravde da tumači pravo EU i odlučuje o njegovoj punovažnosti i pravu nacionalnih sudova da od Suda pravde traže tumačenje nejasnih odredbi kroz postupak odlučivanja o prethodnom pitanju. O značaju ovog postupka Sud pravde se u presudi donetoj u predmetu *Ognjanov* izjasno kao „ključnom“ za sudski sistem EU,⁹ dok je u presudi donetoj u predmetu *Achmea* (*Ahmea*), kao jedan od zadataka prethodnog odlučivanja naveo i očuvanje njegove autonomije.¹⁰

SVRHA ODLUČIVANJA O PRETHODNOM PITANJU

Bez obzira što EU nije država, već neobični i jedinstveni savez država,¹¹ EU funkcioniše na poštovanju principa vladavine prava, pri čemu pravo služi za zakonito ostvarivanje politički dogovorenih ciljeva od strane država članica. Međutim, za razliku od nacionalnih ili državnih pravnih poredaka koje karakteriše jedinstveni pravni poredak, u pravnom poretku EU istovremeno funkcionišu dve vrste propisa: nadnacionalni, koje donose organi Unije, i nacionalni, koje donose države članice. Nacionalnim propisima regulišu se pitanja koja nisu u nadležnosti EU i implementiraju propisi EU, pre svega, komunitarne direktive. Ne retko se dešava da se rešenja u implementirajućim propisima država članica razlikuju i da nisu u skladu sa pravom EU. Sa druge strane, u EU su za više od pola veka postojanja doneti brojni EU propisi koji se mogu različito tumačiti, posebno kad se pitanje njihove primene postavi pred nacionalnim sudovima u državama članicama sa različitom pravnom kulturom i tradicijom.

Prema nekim procenama, pravni sistem EU čine brojni i raznovrsni propisi, kojih ima na oko 150000 stranica i u više hiljada presuda Suda pravde EU.¹² Prema predmetu regulisanja, u pitanju su, pre svega, propisi kojima se reguliše nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, ali i brojni drugi odnosi izvan tzv. „ekonomskog“

⁷ Opinion 1/09 [Agreement on a Unified Patent Litigation System] EU:C:2011:123, para 66.

⁸ T. Tridimas, op.cit., 405, navodi da ovaj odnos karakteriše demokratičnost, hijerarhija i saradnja, dijalektika, diskrecija i pokretljivost sudskih ovlašćenja.

⁹ C-614/14 *Ognjanov* EU:C:2016:514, para 15; Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law Text, Cases, and Materials*, OUP, 2020, 496. navode da je čl. 267. UFEU jedna od najvažnih odredbi Ugovora.

¹⁰ C-284/16, *Achmea*, EU:C:2018:158, para 37.

¹¹ V. presudu nemačkog Saveznog ustavnog suda u predmetu *Manfred Brunner and Others v. The European Union Treaty* (Cases 2 BvR 2134/92 & 2159/92); [1994] 1 C.M.L.R. 57 1993 WL 965303 (BverfG (Ger)).

¹² Radovan Vukadinović, Jelena Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Beograd 2020, 110.

ili privrednog prava Unije. Teškoće u njihovom praćenju i analizi nastaju delom zbog složene i osobene prirode Unije (i njenog *sui generis* prava), a delom i zbog nepostojanja jasne klasifikacije i hijerarhije izvora prava Unije.¹³ Sa druge strane, države članice u kojima se ovi propisi tumače, primenjuju i svoje nacionalne ili unutrašnje propise. Zbog toga nacionalne sudije i upravni organi pravo EU često doživljavaju kao strano ili spolja nametnuto pravo čije odredbe valja prvo razumeti pa onda primeniti. Imajući u vidu opasnost da različita tumačenja mogu dovesti u pitanje ostvarivanje zajednički dogovorenih ciljeva, kao i potrebu za delotvornom zaštitom subjektivnih individualnih prava, ugovorima o osnivanju EU Sudu pravde je poverena uloga da se stara o punovažnosti i tumačenju prava EU kroz postupak koji se označava kao postupak odlučivanja o prethodnom pitanju (*preliminary rulings*). Sadržinu odluke o prethodnom pitanju čini objašnjenje i preciziranje značenja i domet pravnog pravila, onako kako bi ono trebalo biti shvaćeno i primenjeno od stupanja na snagu.¹⁴ Tumačenjem nejasnih odredbi EU prava Sud pravde ne samo što doprinosi harmonizaciji prava već i njegovoj doslednoj i jednoobraznoj primeni i međusobnoj usklađenosti, posebno kad Sud u postupku tumačenja popunjava pravne praznine. Obavezu da obezbedi „jedinstvo pravnog poretka EU“ Sud pravde je isticao u brojnim odlukama.¹⁵ U tom cilju je i nacionalnim sudovima koji ne sude u poslednjoj instanci dato pravo da se obraćaju Sudu pravde kako bi se sprečilo uspostavljanje različite nacionalne sudske prakse koja nije u skladu sa pravom Unije.¹⁶ U dosadašnjoj praksi Sud pravde je ove procese označavao i kao ujednačeno tumačenje i primena prava Unije¹⁷; dobra ili pravilna primena i ujednačeno tumačenje¹⁸; a ponekad čak samo kao ujednačena primena.¹⁹

¹³ O pokušaju sistematizacije, v. P. Craig, G. de Burca, op.cit., 136-154; Radovan Vukadinović, „Pokušaj sistematizacije i rangiranja (hijerarhije) izvora prava Evropskih zajednica“, *Pravni život*, br. 12, Beograd, 2005, 529-539.

¹⁴ C-300/17, *Hochtief v Budapest Főváros Önkormányzata*, ECLI:EU:C:2018:635, para 55; C-61/79, *Denkavit italiana*, EU:C:1980:100, od 13. januara 2004, tač.16; C-453/00, *Kühne & Heitz*, EU:C:2004:17, tač. 21.

¹⁵ 166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (No 1) [1974] ECR 33; Opinion 1/09, para 83, Opinion 2/13 [Agreement on Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] EU:C:2014:2454, para 176.

¹⁶ V. C-416/17, *Commission v France*, tač. 109; C-3/16, *Aquino*, EU:C:2017:209, tač. 33.

¹⁷ C-107/76 *Hoffmann-Laroche*, EU:C:1977:89, tač. 5; Preporuka Suda Evropske unije namenjena nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka, *Official Journal of the European Union*, C 257/1.

¹⁸ C-283/81, *CILFIT i dr.*, EU:C:1982:335, tač. 7, Mišljenje 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sistema rešavanja sporova koji se odnose na patente, od 8. marta 2011) EU:C:2011:123, tač. 84.

¹⁹ Presude u C-366/10, *Air Transport Association of America i dr.*, EU:C:2011:864, tač. 47; C-72/15, *Rosneft*, EU:C:2017:236, tač. 80.

U postupcima *ocene valjanosti* ili punovažnosti prava EU, Sud u prethodnom postupku kroz ocenu valjanosti akata Unije na indirektan način obezbeđuje „komunitarnu zakonitost“ nacionalnog prava. Direktan nadzor valjanosti nacionalnog prava Sud ostvaruje odlučujući o direktnim tužbama iz članova 258-260 UFEU.²⁰

OSNOV I PREDMET ODLUČIVANJA O PRETHODNOM PITANJU

Pravni osnov za uspostavljanje postupka prethodnog odlučivanja u širem smislu se nalazi u principu iskrene saradnje ili lojalnosti država članica i EU čije je poštovanje propisano odredbama člana 4.(3) UEU. Prema odredbama ovog člana: „... Unija i države članice u punom uzajamnom poštovanju, pomažu jedni drugima u ispunjavanju zadataka koji proizilaze iz Ugovora.“ Istim članom je propisano da su u tom cilju, države članice dužne da „preduzmu sve mere, opšteg ili posebnog karaktera, koje su neophodne da bi se obezbedilo ispunjenje obaveza koje proizilaze iz Ugovora ili akata organa Unije.“ Saradnja nacionalnih sudova i sudova Unije se realizuje na direktan ili indirektan način. Direktna saradnja (i kontrola) je regulisana članovima 258-260. UFEU, kojima je Komisiji, državama članicama i pojedincima (pod određenim uslovima iz čl. 263. UFEU) dato pravo da se u slučaju povrede komunitarnih pravila direktno obrate sudovima Unije. Tako je odredbom člana 259. UFEU dato pravo državama članicama da pred Sudom pravde pokrenu direktan postupak protiv druge države članice ako smatraju da druga država članica nije ispunila neku obavezu koja proizilazi iz Ugovora.

Za raziku od postupka po direktnim tužbama, postupak prethodnog odlučivanja je zamišljen kao instrument saradnje, a ne hijerarhije između Suda pravde i nacionalnih sudova.²¹ Suštinu saradnje čini pomoć koju Sud pravde svojim tumačenjem daje nacionalnim sudovima u rešavanju konkretnog predmeta. Sud, međutim, ne rešava predmet niti se bavi primenom prava. Primena prava je u nadležnosti nacionalnih sudova.²²

U užem smislu, osnov obaveze upućivanja je sadržan u odredbama člana 267. UFEU, prema kojima je Sud pravde nadležan da donosi odluke o prethodnom pitanju koja se odnose na „Ugovore“ i „akte organa, tela, ureda (službi) ili

²⁰ Koen Lenaerts, „The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union“, *C.M.L. Rev.*, 2007, 1625–2659.

²¹ V. Christian Dadomo, Noëlle Quéniwet, *European Union Law*, Hall and Stott Publishing Ltd 2020, 144.

²² C-2/06, *Kempter v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ECLI:EU:C:2008:78, tač. 41.

agencija Unije“.²³ Pod navedenom formulacijom treba razumeti da predmet tumačenja mogu biti:²⁴

1. UEU, UFEU i Ugovor o Evroatomu (Ugovori) i drugi instrumenti i principi prava Unije koji imaju status primarnog prava Unije;
2. akti organa, tela, službi ili agencija Unije;
3. međunarodni sporazumi koje je zaključila Unija i akti tela koja su njima osnovana i
4. odredbe prava Unije na koje upućuju nacionalno pravo.

Imajući u vidu podelu nadležnosti između Suda pravde i nacionalnih sudova, Sud pravde može da tumači i ceni punovažnost prava Unije, ali ne i nacionalnih propisa, makar se oni odnosili na implementiranje propisa Unije,²⁵ kao što su direktive. Sud pravde može da tumači i sopstvene presude koje je doneo u prethodnom postupku u slučaju kad nacionalni sudovi imaju „teškoće u shvatanju i primeni istih.“²⁶

Pravo nacionalnih sudova i tribunala²⁷ da pred Sudom pravde pokrenu postupak prethodnog odlučivanja, donekle se razlikuje zavisno od toga da li se od Suda traži ocena *punovažnosti* ili *tumačenje* akata Unije. Kad je u pitanju ocena punovažnosti akta Unije, *svi* nacionalni sudovi pred kojima se postavi to pitanje, ako je odluka o tome neophodna za rešenje spora, mogu da pokrenu postupak prethodnog odlučivanja. Da li će pokrenuti postupak zavisi od toga da li nacionalni sud smatra da je sporni akt Unije punovažan ili nije. Ako smatra *da je punovažan*, odluku o tome može doneti sam, bez pokretanja postupka. Ali, ako smatra *da nije punovažan*, odluku o nepunovažnosti ne može doneti sam, već se mora obratiti Sudu pravde i odluku doneti u skladu sa dobijenim mišljenjem.

Sudu pravde, međutim, nije dato pravo da preliminarno odlučuje o *punovažnosti* primarnih izvora prava EU, punovažnosti sopstvenih presuda, kao ni da tumači i ceni punovažnost akata koji su isključeni odredbama člana 276. UFEU,

²³ U neslužbenom prevodu „...institucija, organa ili tela Unije“.

²⁴ Koen Lenaerts, Ignace Maselis, Kathleen Gutman, Janek Tomasz Nowak, *EU Procedural Law*, OUP 2014, 216, marg. br. 6.04.

²⁵ M. Broberg, N. Fenger, *op.cit.*, 121.

²⁶ K. Lenaerts i dr., *op.cit.*, 222, marg. 6.11. i iscrpnu sudsku praksu u napomeni br. 46. U teoriji se predmet ovakvog tumačenja shvata na različite načine. V. i M. Broberg and N. Fenger, *op.cit.*, 101.

²⁷ Pojam „tribunala“ nije predmet ovog rada. V. Jaime Rodriguez Medal, „Concept of a court or tribunal under the reference for a preliminary ruling: who can refer questions to the Court of Justice of the EU?“, *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, no. 1, 2015, 104-146.

članom 23.(1) UEU, da odlučuje o punovažnosti međunarodnih sporazuma između EU i trećih država i međunarodnih organizacija, ali ne i akata organa EU koji su ih zaključili, i o punovažnosti EU akata koji su obuhvaćeni izuzecima.

Kad je reč o *tumačenju* prava EU, pravi se razlika između nacionalnih sudova koji su *dužni* i sudova koji su *ovlašćeni* da pokrenu postupak prethodnog odlučivanja. U tom cilju je u UFEU napravljena razlika između nacionalnih sudova protiv čijih odluka u unutrašnjem pravu nisu dozvoljeni pravni lekovi (koji sude u poslednjoj instanci) i ostalih nižih sudova, protiv čijih odluka je moguće koristiti pravne lekove. U prvom slučaju, nacionalni sudovi su dužni da se u okviru CLFIT kriterijuma obrate Sudu pravde i zatraže tumačenje sporne odredbe. Iako je odredba člana 267.(3) UFEU prilično jasna, postavljeno je pitanje da li je reč o sudovima protiv čijih odluka u konkretnom predmetu nisu dozvoljeni pravni lekovi (*in concreto*) ili sudovi protiv čijih *svih* odluka nisu dozvoljeni pravni lekovi (*in abstracto*).²⁸ Prihvatanjem jednog ili drugog shvatanja značajno se širi pravo obraćanja (i na niže sudove) ili se sužava broj sudova (samo na vrhovne, ustavne ili kasacione), u slučaju apstraktnog shvatanja. Sud pravde se opredelio za konkretno shvatanje.

Odluku o obraćanju Sudu pravde donose isključivo nacionalni sudovi. U slučaju da se ne obrate, čine povredu prava Unije, odnosno odredbi člana 267. UFEU. U takvoj situaciji, Komisija može da pokrene postupak predviđen odredbama člana 258. UFEU. Navedenim odredbama Komisiji je dato pravo da, nakon što državi članici pruži priliku da iznese svoje primedbe, da obrazloženo mišljenje. Međutim, Komisija po pravilu neće pokrenuti postupak ako je reč o propustu samo nižeg nacionalnog suda da se obrati Sudu pravde, već tek ako to propusti sud poslednje instance.²⁹ Sankcije koje se pri tome mogu izreći su bazirane na povredi nacionalnog pravila kojima je propisano da presude donosi nadležni sud.³⁰ Neupućivanje zahteva za prethodnim mišljenjem Sudu pravde znači i povredu člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP) o pravu na fer postupak kojim se garantuje da će se nacionalni sudovi poslednje instance obratiti Sudu pravde. Na kraju, povreda postupka prethodnog odlučivanja može pokrenuti pitanje odgovornosti države članice za naknadu tako nastale štete.³¹

²⁸ V. Zlatan Meškić, Darko Samardžić, *Pravo Evropske unije*, knj. I, TDP, 2012, 448.

²⁹ V. Schima, komentar uz čl. 267. UFEU, u Manuel Kellerbauer, Marcus Klamert, Jonathan Tomkin, *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, OUP, 2019, 1832, mar. br. 38.

³⁰ M. Kellerbauer i dr., op.cit., marg. br. 39 navode u tom smislu ustave Nemačke i Austrije.

³¹ C-224/ 01, *Köbler*, EU:C:2003:513; C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito*, ECLI:EU:C:2015:565.

Ograničenja i izuzeci

U pravima nekih država članica pravo nacionalnih sudova da se obrate Sudu pravde zahtevom za prethodno odlučivanje onemogućeno je unutrašnjim propisima ili praksom viših sudova.

Unutrašnjim propisima može biti propisana obaveza nacionalnih sudova da, u predmetima koji se odnose na pravo Unije prvo pokrenu postupak ocene ustavnosti kako bi se utvrdilo da li je odredba nacionalnog prava u skladu sa Ustavom. Međutim, prema shvatanju Suda pravde, u situacijama kad je pokrenut postupak ocene ustavnosti pravila nacionalnog prava, nacionalni sud „ne gubi pravo, niti se ne oslobađa obaveze, predviđene u članu 267. UFEU-a, da Sudu uputi pitanja u pogledu tumačenja ili valjanosti prava Unije.“ To se, između ostalog obrazlaže principom delotvornosti prava Unije. Naime, „delotvornost prava Unije bila bi u opasnosti ako bi pokretanje obaveznog postupka pred ustavnim sudom moglo sprečiti nacionalnog sudiju, koji odlučuje u predmetu koji se odnosi na pravo Unije, u ostvarivanju prava koje mu daje član 267. UFEU-a da Sudu uputi pitanja o tumačenju ili o valjanosti prava Unije kako bi mogao odlučiti je li odredba nacionalnog prava u skladu s njim.“³² Ovakvim stavom Sud je još jednom potvrdio pravo nacionalnih sudova (i sudija) da, pozivajući se na saradnju i nadređenost prava Unije „slobodno i u bilo kojoj fazi postupka“,³³ čak i na kraju incidentnog postupka za ocenu ustavnosti, upute Sudu bilo koje prethodno pitanje koje smatraju potrebnim. Drugačije rečeno, pokrenuti incidentni postupak kontrole ustavnosti ne sprječava nacionalni sud pred kojim se vodi glavni postupak da se obrati Sudu pravde zahtevom za tumačenje ili ocenu punovažnosti konkretnog propisa. U generalnom smislu Sud smatra „da postojanje nekog nacionalnog procesnog pravila ne može dovesti u pitanje pravo nacionalnih sudova da upute Sudu zahtev za prethodnu odluku kada imaju dilemu, kao što je to slučaj u glavnom postupku, o tumačenju prava Unije.“³⁴ Kad nacionalni sud u takvim situacijama dobije tumačenje od Suda pravde dužan je da ga sprovede bez obzira na odluku višeg suda³⁵ i na pravilo *res iudicata*.

U slučaju nacionalnih sudova koji ne sude u poslednjoj instanci, postavljeno je pitanje da li viši sudovi mogu ograničiti niže sudove u pokretanju postupka

³² C-5/14, tač. 34. kao i presude *Mecanarte*, C-348/89, EU:C:1991:278, tač. 39, 45. i 46; *Melki i Abdeli*, C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, tač. 45; C-112/13, EU:C:2014:2195, tač. 38.

³³ C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH v Hauptzollamt Osnabrück*, tač. 35.

³⁴ Tač. 37., kao i presuda *Križan i dr.*, C-416/10, EU:C:2013:8, tač. 67. i tamo navedena sudska praksa; C-173/09, *Georgi Ivanov v Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa (Elchinov)*, tač. 25; C-396/09 *Interedil*, ECLI:EU:C:2011:671, tač. 35.

³⁵ *Elchinov*, tač. 30.

prethodnog odlučivanja, ili je to *pravo* nacionalnih sudova.³⁶ Na ovo pitanje Sud je relativno rano odgovorio u presudi donetoj u predmetu *Rheinmühlen* stavom da „pravilo nacionalnog prava kojim je sud obavezan presudom višeg suda u pogledu pravnog pitanja ne može lišiti niže sudove njihovog ovlašćenja da Sudu pravde upute zahtev za prethodno tumačenje komunitarnog prava“.³⁷ Takvim nacionalnim pravilima kojima bi se dozvolila žalba na odluku nacionalnog suda da pokrene postupak prethodnog odlučivanja pred Sudom pravde, bi se kršila „autonomna nadležnost koja je odredbama člana 267. UFEU dodeljena referentnom sudu“.³⁸

Nacionalni sudovi ne mogu biti sprečeni da pokrenu postupak tumačenja ni kad su prema domaćim pravilima obavezani odlukom višeg suda koji je našao da je domaće pravo u skladu sa pravom EU.³⁹ Isto važi i u slučaju kad je presuda vrhovnih pravosudnih organa, kao što je na primer, Državni savet Italije (*Consiglia di Stato*), postala pravnosnažna prema nacionalnom pravu. Takva odluka ne može biti prepreka da pred Sudom pravde bude pokrenut postupak za odluku o prethodnom pitanju.⁴⁰ Ako je nadređeni (viši) nacionalni sud već doneo odluku o tumačenju, a nakon toga nacionalni sud uputi zahtev Sudu za tumačenjem istog predmeta, odluka Suda obavezuje niži sud koji je zatražio tumačenje, čak i ako je u koliziji sa ranijom odlukom višeg suda.⁴¹

DEJSTVO ODLUKE O PRETHODNOM PITANJU

Odluke o prethodnom pitanju proizvode različito dejstvo, zavisno od toga da li su u pitanju presude o tumačenju (interpretativne presude), ili presude o punovažnosti ili zakonitosti akata Unije. Međutim, interpretativnom presudom Sud pravde ne rešava konkretan slučaj koji je u toku pred nacionalnim sudom, već svojim tumačenjem pomaže nacionalnom sudu da ga reši u duhu saradnje, lojalnosti i jednoobrazne primene prava EU. Iako neposredno ne rešava konkretni spor, interpretativna presuda proizvodi široko pravno dejstvo ne samo na učesnike glavnog

³⁶ Morten Broberg, Niels Fenger, „Preliminary references as a right: But a right for whom? The Extent to which Preliminary Reference Decisions can be Subject to Appeal“, *European Law Review*, 36 (2), 2011, 276-288.

³⁷ *Rheinmühlen-Düsseldorf v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (166/73) [1974] E.C.R. 33, tač. 4.

³⁸ Case C-210/06, *Cartesio*, [2008] ECR I-9641 para. 95.

³⁹ M. Broberg, N. Fenger, (2021), op.cit., 87.

⁴⁰ Case C-42/13 *Cartiera Dell'Adda* ECLI:EU:C:2014:2345, paras 23– 8.

⁴¹ M. Broberg, N. Fenger (2021), op.cit., 88, napomena 166.

spora, već i na ostale subjekte komunitarnog prava. Otuda je kod interpretativnih presuda potrebno analizirati njihovo dejstvo na nacionalne sudove koji su uputili zahtev za tumačenjem, kao i vremensko i retroaktivno dejstvo.⁴²

Dejstvo interpretativnih presuda

Interpretativna presuda Suda pravde obavezuju ne samo nacionalni sud koji je uputio zahtev za prethodno odlučivanje (referentni sud),⁴³ već i sve nacionalne sudove koji budu odlučivali u kasnijim fazama u tom predmetu,⁴⁴ na primer niže sudove kojima je vraćen predmet sa tumačenjem na suđenje.⁴⁵ To proizilazi iz svrhe upućivanja i uloge koju u tumačenju i primeni prava EU imaju nacionalni sudovi i Sud pravde. Ako nacionalni sudovi ne postupe po dobijenom tumačenju⁴⁶ rizikuju da im presude budu ukinute po žalbi, a takvo ponašanje bude pripisano odnosnoj državi kao povreda prava EU. Komisija može pokrenuti postupak protiv države članice zbog povrede prava EU i kad nacionalni sud ne zatraži prethodno mišljenje, ako je na to bio obavezan. Osim što obavezuje referentni sud, interpretativna presuda obavezuje i nacionalne sudove koji u datim predmetima odlučuju po žalbi kao apelacioni sudovi, kao i ostale sudove koji sude u kasnijim fazama postupka. Na to ne utiče činjenica da se referentni sud može ponovo obratiti Sudu pravde za razjašnjenje dobijene odluke, kad ima teškoće da je razume ili primeni, kao i ako Sudu pravde postavi novo pitanje i podnese nove elemente za razmatranje.⁴⁷ Sudove obavezuje ne samo izreka (operativni deo presude), već i obrazloženje, u smislu da presudu tumače u skladu sa odnosnim delovima obrazloženja.⁴⁸ I pored toga, interpretativne presude nemaju karakter precedenata.⁴⁹

⁴² Alina Kaczorowska, *European Union Law*, Routledge, 2016, 414, tač. 14.6; K. Lenaerts, op.cit., 244; M. Broberg, N. Fenger (2021), op.cit., 399; Radovan Vukadinović, *Evropska ekonomska zajednica*, Beograd, 1991, 135; P. Craig, G. de Burca, op.cit., 460. Schima u M. Kellerbauer i dr., op.cit., 1838.

⁴³ Case 52/ 76, *Benedetti*, EU:C:1977:16, tač. 26; Case C-173/09, *Elchinov*, tač. 29.

⁴⁴ Z. Meškić, D. Samardžić, op.cit., 451.

⁴⁵ M. Broberg, N.Fenger, (2021), op.cit., 406; C-166/73, *Rheinmühlen II*, tač. 4.

⁴⁶ V. C-206/01 *Arsenal Football Club v Matthew Reed*, ECLI:EU:C:2002:651.

⁴⁷ C-244/80 *Foglia v Novello II* ECLI:EU:C:1981:302; C-634/15 *Sokoll- Seebacher and Others* ECLI:EU:C:2016:510, para 19, i tamo navedenu sudsku praksu.

⁴⁸ M. Broberg, N. Fenger, (2021), op.cit., 400, 408; C-135/77, *Robert Bosch GmbH v Hauptzollamt Hildesheim*, para. 4.

⁴⁹ R. Vukadinović (1999), op.cit., 135; Schima, op.cit., 1838.

Osim što se interpretativnim presudama u „najmanju ruku“⁵⁰ priznaje *inter partes* dejstvo, postavlja se pitanje i njihovog *erga omnes* dejstva ili dejstva izvan glavnog postupka. Drugačije rečeno, da li interpretativna presuda obavezuje i ostale nacionalne sudove u srodnim budućim slučajevima. U Ugovoru o osnivanju ovo pitanje nije regulisano, dok su u pravnoj teoriji mišljenja podeljena. Ipak, preovladava shvatanje o *erga omnes* dejstvu.⁵¹ Sud pravde je o ovom pitanju u presudi donetoj u predmetu *SpA International Chemical Corporation*⁵² zauzeo stav da se, uprkos ranijem stavu po kome se o pitanju o kome je Sud već odlučivao i doneo presudu, može ponovo pokrenuti postupak,⁵³ ne može reći da tumačenje koje je dao Sud nema (obavezujuću) snagu „prema svim nacionalnim sudovima...“⁵⁴ Budući da u prethodnom postupku ne postoje stranke u klasičnom smislu,⁵⁵ teško je govoriti o obavezujućem dejstvu *inter partes*,⁵⁶ pa im je po „samoj prirodi“⁵⁷ priznato *erga omnes* dejstvo. Tome doprinosi i njen deklarativni karakter kojom se ne stvara novo pravilo, već daje objašnjenje kako razumeti postojeće, čiji sastavni deo postaje presuda kojoj se priznaje opšte dejstvo. Postoji i shvatanje o *faktičkom erga omnes* dejstvu, prema kome interpretativne presude podsećaju na presude nacionalnih Vrhovnih sudova u kontinentalnim pravnim sistemima. Takve presude formalno pravno ne obavezuju nacionalne sudove, ali ih oni poštuju imajući u vidu autoritet njihovih donosilaca. Za priznanje *faktičkog erga omnes* dejstva se navode dva razloga: karakter postupka odlučivanja o prethodnom pitanju i svrha postupka. U pogledu karaktera postupka, navodi se da to nije klasičan *inter partes* postupak sa uobičajenim strankama, već se tumačenje koje Sud pravde daje odnosi na veliki broj zainteresovanih.⁵⁸ Što se tiče svrhe, osnovna svrha odlučivanja o prethodnom pitanju je da se putem uniformnog tumačenja pruži pomoć nacionalnim sudovima u jednoobraznoj primeni prava EU u svim državama članicama. To se može postići samo obavezujućim odlukama.

⁵⁰ Z. Meškić, D. Samardžić, op.cit., 451.

⁵¹ M. Broberg, N. Fenger (2021), op.cit., 406. i napomena 37.

⁵² C-66/80, *SpA International Chemical Corporation v Amministrazione Delle Finanze Dello Stato*.

⁵³ C-28-30/62, *Da Costa*; C-29/68, *Milch-, Fett- und Eier-Kontor* ECR 165.

⁵⁴ C-66/80, *SpA International Chemical Corporation v Amministrazione Delle Finanze Dello Stato*, ECLI:EU:C:1981:102, 1204.

⁵⁵ V. C-69/85 *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co., Federal Republic of Germany*, Rešenje od 5. marta 1986, ECLI:EU:C:1986:104, tač. 14, 952.

⁵⁶ *Suprotno v. A. Toth, „The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects“*, *Yearbook of European Law*, vol. 4, 1984, 1.

⁵⁷ K. Lenaerts i dr., op.cit., marg. br. 6.30, 6.31, 244-5.

⁵⁸ *Ibidem*.

Kao posebno, može se postaviti pitanje značaja i obaveznosti interpretativne presude u kojoj je Sud dao tumačenje na nepostavljena pitanja, budući da je ovlašćen da ne samo preformuliše pitanja koja mu je postavio referentni sud, već i da umesto njih postavi nova. Vrhovni sudovi pojedinih država članica (na primer *Conseil d'Etat*) su u početku smatrali da njihove sudove obavezuje takva presuda samo u okviru i obimu postavljenih pitanja. Kasnije su svi sudovi, s većim ili manjim „gundanjem“ prihvatili i takve interpretativne presude Suda pravde.⁵⁹

Vremensko dejstvo interpretativnih presuda. – Sud pravde je interpretativnim presudama po pravilu priznao dejstvo i na odnose koji su nastali pre donošenja presude ili pokretanja postupka preliminarnog odlučivanja (*ex tunc*).⁶⁰ Međutim, doslednu i potpunu primenu pravila o retroaktivnom dejstvu, ugrožavaju različiti rokovi zastarelosti koji postoje u nacionalnim pravima i rizik od ozbiljnih ekonomskih i socijalnih posledica. Međutim, postoje dva osnovna nedostatka.⁶¹ Imajući u vidu i princip legitimnih očekivanja, Sud pravde je predvideo dva izuzetka od primena retroaktivnog dejstva. Retroaktivno dejstvo se neće primeniti na odnose i poslove koji su nastali u dobroj veri i ako postoji rizik da bi primena pravila dovela do ozbiljnih praktičnih ekonomskih i socijalnih posledica. Samo rizik od ozbiljnih finansijskih teškoća nije dovoljan.⁶² Ako se poziva na izuzetke, Sud ih mora navesti u presudi u kojoj je dao tumačenje.⁶³ Sud pravde je u praksi retko odobravao ove izuzetke.⁶⁴

Dejstvo presude o punovažnosti

U pogledu dejstva presuda u kojima je Sud odlučivao o *punovažnosti* (zakonitosti), potrebno je razlikovati presude u kojima je utvrđena nezakonitost (ništavost) i u kojima je utvrđena punovažnost akta Unije. U prvom slučaju, presuda Suda o ništavosti akta organa Unije „iako je direktno upućena samo nacionalnom sudiji koji se obratio Sudu, pruža dovoljno razloga drugom sudu da smatra taj

⁵⁹ M. Broberg, N. Fenger (2021), op.cit., 401 i dalje.

⁶⁰ 61/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Denkavit Italiana Srl* ECLI:EU:C:1980:100, tač. 16; C-453/00, *Kühne & Heitz v. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, ECLI:EU:C:2004:17, tač. 22. U teoriji v. G. Bebr, „Preliminary Rulings of the Court of Justice: Their Authority and Temporal Effect“, *Common Market Law Review*, vol. 18, 1981, 475, 491.

⁶¹ A. Kaczorowska, op.cit., 415.

⁶² K. Lenaerts i dr, op.cit., 247, tač. 6.34. i tamo navedenu praksu u nap. br. 166.

⁶³ Schima, op.cit., 1839, marg. br. 64.

⁶⁴ Nebojša Raičević, „Dejstvo odluke Evropskog suda pravde o prethodnom pitanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68, Niš, 2014, 832.

akt ništavim za potrebe donošenja odluke koju sam treba da donese.⁶⁵ I odluke Suda kojom utvrđuje da je akt punovažan obavezuje nacionalne sudove, ali sudovi mogu po drugom osnovu kasnije pokrenuti postupak prethodnog odlučivanja njihove valjanosti.⁶⁶ Međutim, Sud pravde ne smatra presude kojima je utvrdio punovažnost presuđenom stvari. To se može zaključiti i iz načina na koji formuliše svoje odluke. Naime, u slučaju da kad nađe da je osporeni akt zakonit, Sud ne koristi pozitivnu formulaciju (da je akt punovažan), već samo zaključuje da tokom ispitivanja nije otkrio ništa što bi uticalo na punovažnost akta.⁶⁷ Na taj način Sud drži „otvorena vrata“ za naknadno utvrđivanje nezakonitosti u istom predmetu, u novom postupku preliminarnog odlučivanja, koji može pokrenuti pre nego što donese presudu, ako raspoložuje novim činjenicama.⁶⁸ Presude Suda pravde u kojima je utvrdio nezakonitost ili zakonitost osporenog akta Unije, obavezuju nacionalne sudove kod donošenja odluke u glavnom postupku.⁶⁹ U prvom slučaju da u interesu pravne sigurnosti ne primeni takav ništav akt, u drugom, da ga u interesu jednoobrazne primene prava Unije, primeni.⁷⁰ Međutim, i u slučaju interpretativnih presuda i presuda o punovažnosti, nacionalni sud može pokrenuti postupak razjašnjenja datog tumačenja ili ponovne ocene zakonitosti, zbog novih činjenica, pa dok traje novi postupak nacionalni sudovi neće primenjivati donetu odluku Suda.

I nacionalni sudovi mogu delimično da odlučuju o punovažnosti akata Unije. Kad se u postupku koji je pokrenut pred njim ne postavi pitanje punovažnosti, niti sud sumnja u punovažnost akata Unije koji treba primeniti, ne mora tražiti preliminarnu ocenu Suda pravde.⁷¹ Međutim, nacionalni sud ne može odlučiti o ništavosti akta Unije, niti proglasiti nevažećom analognu odredbu nekog akta koji je Sud pravde proglasio nevažećom.⁷²

⁶⁵ C-66/80, *SpA International Chemical Corporation v Amministrazione delle finanze dello Stato*, tač. 13, 18a.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ M. Boberg, N. Fenger (2021), op.cit., 405 i tamo navedena presuda u predmetu C-14/10 *Nickel Institute* ECLI:EU:C:2011:503.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ C-69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v Federal Republic of Germany*, rešenje ECLI:EU:C:1986:104, tač. 13.

⁷⁰ C-66/80, *SpA International Chemical Corporation, Rome v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, tač. 12.

⁷¹ 314/85 *Foto-Frost v Hauptzollamt Lubeck-Ost*. ECLI:EU:C:1987:452.

⁷² N. Raičević, op.cit., 837, kao i C-461/03 *Gaston Schul Douane-expediteur BV v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit* ECLI:EU:C:2005:742.

Ako sud smatra da akt Unije nije punovažan, ne može sam doneti odluku o tome, već se mora obratiti Sudu pravde za prethodnu odluku u skladu sa kojom će postupiti u daljem postupku.

U pogledu dejstva presude o punovažnosti, izvan glavnog postupka, potrebno je razlikovati presude u kojima je Sud pravde utvrdio punovažnost i presude u kojima je našao da je sporni akt Unije nepunovažan. Prve presude nacionalni sudovi mogu primeniti, osim ako veruju da su nepunovažni i pokrenu ponovni postupak prethodnog odlučivanja.

Druge presude su formalno upućene referentom sudu, ali obavezuju sve nacionalne sudije da takav akt smatraju ništavim (*erga omnes* dejstvo). Ako je osporeni akt proglašen ništavim, Sud pravde ima diskreciono pravo da uzimajući u obzir načelo pravne sigurnosti i legitimnih očekivanja, ograniči *ex nunc* dejstvo svojih presuda. *Ex nunc* ograničenjem interpretativne presude ne sme se dovesti u pitanje sudska zaštita prava koja pojedinci stižu iz komunitarnog prava.⁷³

Sud pravde može oglasiti ništavim samo deo akta Unije.⁷⁴

CILFIT IZUZECI I MOGUĆA REFORMA

<https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/the-court-of-justice-of-the-european-union-ultima-ratio-for-saving-the-independence-of-the-judges-in-romania-a-commentary-of-the-cjeu-preliminary-ruling-in-c%E2%80%91183-19-c%E2%80%91127-19/Nedugo> nakon stupanja na snagu Rimskog ugovora o EEZ, i donošenja presude u predmetu *Van Gend*,⁷⁵ Sud pravde je bio pozvan da se u predmetu *Da Costa*⁷⁶ izjasni o precedentnoj vrednosti svojih presuda.⁷⁷ U svojoj presudi Sud je ponovio obavezu nacionalnih sudova koji sude u poslednjoj instanci da moraju pokrenuti postupak odlučivanja o prethodnom pitanju izuzev kada je Sud već doneo odluku „o sadržinski identičnom pitanju.“ Istovremeno, Sud pravde je zauzeo i stav da nacionalni sud može, ako nađe za shodno,

⁷³ C-262/96 *Sema Süriül v Bundesanstalt für Arbeit*, ECLI:EU:C:1999:228.

⁷⁴ A. Kaczorowska, op.cit., 419.

⁷⁵ C-26/62 *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, ECLI:EU:C:1963:1.

⁷⁶ C-28-30/62 *Da Costa en Schaake NV and Ors v Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 31 EU:C:1963:6.

⁷⁷ V. Kieran Bradley, *Vertical Precedent at the Court of Justice of the European Union: When Push Comes to Shove*, 53 i dalje. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fmedia.bloomsburyprofessional.com%2Frep%2Ffiles%2F9781849466653sample.pdf&clen=108638&chunk=true> / 30.09.2021.

isti predmet ponovo uputiti Sudu i od njega zahtevati dodatno tumačenje kao razjašnjenje prethodno datog tumačenja. Deset godina kasnije, Sud je granice svoje nadležnosti u pogledu tumačenja i obaveze nacionalnih sudova u tom pogledu, rezimirao u presudi donetoj u predmetu CILFIT,⁷⁸ u kojoj je definisao okolnosti pod kojim nacionalni sud koji sudi u poslednjoj instanci nije dužan da se obrati Sudu pravde za tumačenje.

U pitanju je bio spor između italijanskog uvoznika vune i italijanskog Ministarstva zdravlja u vezi takse za inspekcijski pregled uvezene vune. Kad je predmet dospao do italijanskog Vrhovnog kasacionog suda (Italian Court of Cassation – *Corte Suprema Di Cassazione*), Sud je uputio prethodno pitanje Sudu pravde uprkos protivljenju Ministarstva da za tim ne postoji potreba jer je odgovor na pitanje očigledan. U zahtevu za tumačenjem, Kasacioni sud je tražio od Suda pravde da odgovori da li bi „u određenim okolnostima obaveza definisana trećim stavom člana 267. UFEU ipak mogla biti ograničena.“ Drugačije rečeno, postoje li izuzeci kad se nacionalni sud protiv čijih odluka nisu dozvoljeni pravni lekovi ne mora obratiti Sudu pravde i tražiti od njega tumačenje. U svojoj presudi Sud načelno ističe da se odredbe prava Unije moraju razmatrati u sopstvenom kontekstu i tumačiti u svetlu prava Unije (Zajednice) kao celine, njegovih ciljeva i stepena razvoja u trenutku kad data odredba treba da se primeni.⁷⁹ U odgovoru na postavljeno pitanje, Sud je našao da sud protiv čije odluke nije dozvoljen pravni lek prema nacionalnom pravu, ne mora tražiti prethodno tumačenje ako:

1. postavljeno pitanje nije važno za presudu;
2. je Sud pravde na isto pravno pitanje već dao odgovor u sličnom slučaju (*acte éclairé*);
3. je pravilna primena prava EU toliko očigledna da ne ostavlja prostor za razumnu sumnju u pogledu načina na koji bi postavljeno pitanje trebalo rešiti (*acte claire*).

Kasnija praksa Suda pravde (nakon CILFIT presude) pokazuje da pozivanje na prva dva izuzetka nije stvaralo posebne teškoće. Međutim, poteškoće je stvaralo tumačenje trećeg izuzetka (*acte claire*) jer je za postojanje i utvrđivanje razumne sumnje trebalo uzeti u obzir karakteristike svojstvene pravu Zajednice i rizik koji nosi razilaženje sudske prakse unutar Unije.⁸⁰

⁷⁸ C-77/83, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health*, ECLI:EU:C:1984:91.

⁷⁹ Tačke 20. i 21. CILFIT presude.

⁸⁰ Tačka 21. CILFIT. V. i *Ferreira da Silva e Brito i dr.*, C-160/14, EU:C:2015:565, tač. 38. i 39.; *Association France Nature Environnement*, C-379/15, EU:C:2016:603, tač. 50.; C-72/14 i C-197/14 *X and van Dijk*, EU:C:2015:564. V. Agne Limante, „Recent Developments in the Acte Clair Case Law of the EU Court of Justice: Towards a more Flexible Approach“, *JCMS* 2016, vol. 54, 1384.

Na poteškoće u tumačenju *acte clair* izuzetka su u nizu slučajeva počev od *Ferreira da Silva*⁸¹ i *X and van Dijk*⁸² do *Rete Ferroviaria*,⁸³ ukazivali, pre svega, opšti pravobranioci,⁸⁴ kao i deo pravne teorije⁸⁵ zalažući se za uže⁸⁶ ili šire⁸⁷ tumačenje. Tako jedan od opštih pravobranilaca smatra da je verovatnoća da budu ispunjeni svi uslovi iz CILFIT presude jednaka verovatnoći susreta sa jednorogom.⁸⁸ Kritike na račun nejasno formulisanih izuzetaka koji su kvalifikovani i kao „osinje gnezdo“,⁸⁹ su naročito osnažene u poslednje vreme, a opšti pravobranilac Bobek ih je u mišljenju datom u predmetu *Rete Ferroviaria*⁹⁰ sintetizovao u predlog za reformu.

Generalni pravobranilac Bobek predlaže da Sud utvrdi da su domaći sudovi poslednje instance dužni uputiti predmet na prethodno odlučivanje o tumačenju prava EU, pod uslovom da su ispunjena tri kumulativna uslova: (i) da (predmetom) se pokreće opšte pitanje tumačenja prava EU; (ii) koje je razumno moguće tumačiti

⁸¹ C-160/14 *Ferreira da Silva*, EU:C:2015:565.

⁸² C-72/14 i C-197/14 *X and van Dijk*, EU:C:2015:564.

⁸³ C-561/19, *Conorzio Italian Management and Catania Multiservizi SpA v Rete Ferroviaria Italiana SpA* ECLI:EU:C:2021:291.

⁸⁴ Mišljenje opšteg pravobranioca Jacobs u C-338/95 *Wiener SI*, EU:C:1997:352 i Ruiz-Jarabo Colomer u C-461/03 *Gaston Schul*, EU:C:2005:415.

⁸⁵ V. Morten Broberg, „Acte Clair Revisited: Adapting the Acte Clair Criteria to the Demands of the Times“, *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, 1383-97; Annika Obert, „Zur Zukunft der CILFIT-Doktrin – Zugleich eine Anmerkung zu den Schlussanträgen von GA Bobek in C-561/19 (Conorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA/Rete Ferroviaria Italiana SpA)“, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, vol. 18, 2021, 150.

David Edward, „Reform of Article 234 Procedure: The Limits of the Possible“, *Liber Amicorum in honour Lord Slynn of Hadley* (ed. D. O’Keefe), vol. I, Kluwer Law International, 2000, 119 i „CILFIT and Foto-Frost in their Historical and Procedural Context“, *The Past and Future of EU Law The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (eds. Miguel Poiares Maduro, Loïc Azoulay), Hart Publishing, 2010, 173-184. Philip Allott, „Preliminary Rulings – Another Infant Disease“ *EL Rev*, vol. 25 (5), 2000, 538.

⁸⁶ Hjalte Rasmussen, „The European Court’s Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. (Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?)“, *European Law Review*, vol. 9, 1984, 242-59.

⁸⁷ Takis Tridimas, „Knocking on Heaven’s Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure“, *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003, 9-50; M. Broberg, op.cit., 1383-97.

⁸⁸ AG Wahl u C-72/14 i C-197/14 X i T. A. van Dijk, EU:C:2015:564, tač. 62.

⁸⁹ Mišljenje opšteg pravobranioca M. Bobeka u predmetu C-561/19 *Conorzio Italian Management and Catania Multiservizi SpA v Rete Ferroviaria Italiana SpA*, tač. 2.

⁹⁰ C-152/17, *Conorzio Italian Management and Catania Multiservizi SpA v Rete Ferroviaria Italiana SpA*, ECLI:EU:C:2018:264.

na više načina; (iii) ako se način na koji treba tumačiti pitanje u pogledu prava Unije o kome je reč ne može izvesti iz postojeće sudske prakse Suda pravde.⁹¹

U pravnoj teoriji se ističe da problemi ne leže u presudi donetoj u predmetu CILFIT, već u samom tekstu člana 267. UFEU u kome nema mesta za *acte clair* doktrinu, niti za drugo ograničenje obaveze upućivanja na prethodno odlučivanje.⁹²

PRAVCI MOGUĆE REFORME SISTEMA PRETHODNOG ODLUČIVANJA

U nizu mišljenja, od kojih je poslednje dato u predmetu *Consorzio Italian Management and Catania Multiservizi SpA v Rete Ferroviaria*, opšti pravobranilac ističe potrebu da se izvrši reforma postupka odlučivanja o prethodnom pitanju,⁹³ pre svega, obaveza najviših nacionalnih sudova da upute zahtev za prethodnu odluku, novim tumačenjem presude donete u predmetu CILFIT.⁹⁴

U teoriji se predlaže reforma u više pravaca i na više načina⁹⁵: prenosom dela nadležnosti na opšti sud, korišćenjem tzv. svetla zelene procedure (*green light procedure*), dokumentarnom kontrolom (*docket controle*), uvođenjem decentralizovanih sudova.

U prvom slučaju se predviđa mogućnost da i Opšti sud EU odlučuje o prethodnim pitanjima u posebnim oblastima utvrđenim Statutom, kao što je već predviđeno odredbama člana 256. UFEU.⁹⁶ Međutim, uprkos značajnom porastu broja predmeta koji su upućeni Sudu pravde, do ovog momenta Opštem sudu nije poverena takva nadležnost niti su određene posebne oblasti. Jedan od razloga su teškoće oko identifikovanja „posebnih oblasti prava“, kao i rizik da bi prenošenje slučajeva (predmeta) Opštem

⁹¹ Tačka 181.

⁹² David Edward (2000), *op.cit.*, 120-1.

⁹³ Consiglio di Stato (Državno veće Italije), kao najviši nacionalni sud, uputilo je 2017. Sudu zahtev za prethodnu odluku u postupku koji se odnosio na spor o ugovoru o pružanju usluga čišćenja na određenim italijanskim železničkim stajalištima. Sud je 2018. doneo presudu (C-152/17). Stranke u tom postupku potom su zatražile da Državno veće uputi i druga prethodna pitanja. Stoga je 2019. Sudu uputio još tri pitanja. U skladu sa zahtevom Suda, opšti pravobranilac M. Bobek je dao mišljenje u kome se bavi isključivo prvim pitanjem, u kome Državno veće pita mora li, u okolnostima koje su slične opisanim, najviši nacionalni sud uputiti zahtev za prethodnu odluku o pitanju tumačenja prava Unije.

⁹⁴ O pokušajima vrhovnih sudova pojedinih država članica da ospore obaveznost obraćanja Sudu pravde ili primene dobijeno tumačenje, v. C-15/2014, DI, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of A, [https://microsoft-word-TRA-DOC-EN-DIV-C-0000-2016-201611022-05_01\(domstol.dk\)](https://microsoft-word-TRA-DOC-EN-DIV-C-0000-2016-201611022-05_01(domstol.dk)), 10.09.2021; Nemački BVerfG, *Judgment of the Second Senate of 05 May 2020, DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915*, paras 119; 154; 163.

⁹⁵ M. Broberg, N. Fenger (2021), *op.cit.*, 20 i dalje.

⁹⁶ V. i čl. 62b. Statuta i čl. 194-95. Pravila postupka (Poslovnika o radu Suda pravde).

sudu moglo da kompromituje potrebe za jednoobraznim tumačenjem.⁹⁷ Međutim, i kad bude dobio nadležnost, odluke Opšteg suda neće uvek biti konačne. UFEU i Pravilnikom o postupku je predviđeno pravo Suda pravde da u izuzetnim okolnostima pod uslovima i u okviru ograničenja koja su predviđena Statutom, preispita odluku Opšteg suda, kad postoji ozbiljan rizik od povrede jedinstva i doslednosti prava Unije. U tom slučaju, Sud pravde odluku donosi po ubrzanom postupku. I sam Opšti sud može Sudu pravde uputiti zahtev za prethodnu odluku ako predmet koji je pred njim pokrenut zahteva načelnu odluku koja može uticati na jedinstvo i doslednost EU prava.

Drugi pravac reforme je označen kao postupak zelenog svetla (green light procedre). Prema ovom postupku nacionalni sudovi će biti podsticani ili čak i obavezani da u zahtevu za tumačenjem navedu i odgovor koji sugerišu.⁹⁸ Sud pravde može prihvatiti sugestiju i dati mu „zeleno svetlo“ sa ili bez izmena. Kad se ne slaže sa predlogom, ili iz drugih razloga, Sud će pustiti predlog u redovnu proceduru za prethodno odlučivanje. Varijantu ovog modela čini „postupak crvenog svetla“ (*red light procedure*). Ovde nacionalni sud šalje i nacrt presude Sudu pravde zajedno sa preliminarnim zahtevom. Ako Sud pravde ne odgovori u okviru datog roka, nacrt presude nacionalnog suda postaje konačan.

Model „dokumentarne kontrole“ predviđa prethodnu dokumentarnu strukturnu kontrolu od strane Suda pravde zahteva za preliminarno odlučivanje i njihovo razvrstavanje u manje ili više značajne i važne sa stanovišta obezbeđenja jednoobraznosti i daljeg razvoja prava EU. Tako bi Sud pravde više pažnje mogao da posveti važnim pitanjima, ali istovremeno nosi rizik da bude ometena sudska saradnja između nacionalnih sudova i Suda pravde.⁹⁹ Rizik bi se mogao umanjiti ako se kombinuje dokumentarna kontrola sa postupkom zelenog svetla.

Razmišlja se i o ograničavanju prava na preliminarno odlučivanje samo na nacionalne sudove koji sude u poslednjoj instanci. Dosadašnja praksa i priliv zahteva pokazuju da bi se na ovaj način značajno smanjio broj zahteva a time i prosečan rok za odlučivanje.¹⁰⁰ Međutim, to bi podstaklo stranke da vode postupke do najviših sudova samo zato da bi obezbedili pravo da od Suda pravde traže tumačenje u prethodnom postupku. Jedan od nedostataka ovog sistema je što brojna važna pitanja neće dospeti do Suda pravde jer stranke nemaju interesa da spor vode do suda poslednje instance.

⁹⁷ M. Broberg, N. Fenger (2021), op.cit., 23.

⁹⁸ M. Broberg, N. Fenger (2021), op.cit., 24.

⁹⁹ Anthony Arnall, „Judicial Architecture or Judicial Folly? The Challenge Facing the EU“, *The Future of the Judicial System of the European Union* (eds. Alan Dashwood, Agnus C Johnston), 2001, 41, 45

¹⁰⁰ M. Broberg, N. Fenger (2021), op.cit., 26.

Kao radikalni pravac reformi navodi se decentralizacija sudskog sistema Unije uspostavljanjem brojnih regionalnih sudova ili formiranjem posebnih veća specijalizovanih za pravo EU u već postojećim nacionalnim sudovima. Prema radikalnom shvatanju,¹⁰¹ osnovna svrha postuka prethodnog odlučivanja nije da obezbedi jednoobraznu primenu prava EU u svim državama članicama, već da se ono primenjuje kao deo unutrašnjeg nacionalnog prava, bez spoljne intervencije ili podsticaja.¹⁰²

Postoje i mišljenja da bi reformu trebalo sprovesti specijalizacijom postupka prethodnog odlučivanja.¹⁰³

U državama članicama kao i među organima Unije nema saglasnosti ni da li su reforme neophodne, niti u kom pravcu bi ih trebalo sprovesti.

Tako su u predmetu *Ferroviana* nemačka vlada i Komisija iznele stav da nema razloga ni na koji način preispitivati presudu CILFIT. Nemačka vlada naglašava da su presude CILFIT izdržali test vremena te da ih treba zadržati. Italijanska vlada poziva na pronalaženje bolje ravnoteže između obaveze upućivanja zahteva i dobrog sudovanja. Vlada navodi da bi najviši sudovi član 267. treći stav UFEU-a povredili samo ako ne bi uzeli u obzir pitanja u pogledu prava Unije koje stranke ističu ili ako bi ih bez ikakvog razloga proglasili neosnovanima. Vlada smatra da su ti razlozi ključni. Francuska vlada navodi da kriterijume iz presude CILFIT treba (ponovno) tumačiti s obzirom na opštu svrhu člana 267. UFEU-a i trenutno stanje prava Unije, vodeći računa o strukturnim promenama koje su nastupile.

ZAKLJUČAK

Kao i neka druga pitanja iz prava EU, i pitanje preliminarne odlučivanja ima ne samo pravni, već i politički karakter i značaj. U pravnom smislu, postojećim rešenjima iz člana 267. UFEU koja nisu menjana od Rimskog ugovora, nacionalni sudovi su obavezani u primeni prava EU da traže pomoć Suda pravde kako u tumačenju tako i u oceni zakonitosti prava EU, koje je Sud pravde razradio u presudi donetoj u predmetu CILFIT.

Bez obzira što se odnos koji se u postupku prethodnog odlučivanja uspostavlja između nacionalnih sudova i Suda pravde kvalifikuje kao odnos saradnje

¹⁰¹ Vid. Jaron Bajwa, „Grow Up!: Rethinking the Preliminary Reference Procedure from the Perspective of Maturity“, *LSE Law Review*, vol. 6, 2020, 65.

¹⁰² J. Bajwa, op.cit., 66.

¹⁰³ Jacobs Matthias, Munder Matthias, Barbara Richter, „Subject Matter Specialization of European Union Jurisdiction in the Preliminary Rulings Procedure“, *German Law Journal*, vol. 20, 2019, 1222.

i dijaloga, a ne kao hijerarhijski odnos višeg i nižeg suda, u praksi se čini da je prisutan i odnos hijerarhije. U prilog takvog karaktera govori obaveza (a ne diskrecija nacionalnih sudova da traže mišljenje (i pomoć) Suda pravde, i pravo Suda da preformuliše postavljena pitanja u svom odgovoru, kao poslednjeg sudije u oceni postojanja nezakonitosti. Tako se kroz odnose preliminarnog odlučivanja manifestuje zapravo odnos država članica i Unije, a kroz ulogu i ovlašćenja Suda pravde pokušaj federalizacije prava EU.

Ako je takva centralizacija (federalizacija) i bila poželjna i moguća sa šest država članica, sve češće se čuju zahtevi za reformu, tako što bi o upućivanju na prethodno odlučivanje odlučivali nacionalni sudovi kroz široko tumačenje novih uslova. Otuda se čini da bi predloženu reformu trebalo posmatrati u sklopu drugih principa, kao što je princip fleksibilnosti, uz rizik da nova „demokratizacija“ i decentralizacija sudovanja može dalje oslabiti poverenje u princip lojalnosti i iskrene saradnje.

Dr. JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ
Research Associate, Institute of Comparative Law
Belgrade

Academician Prof. Dr. RADOVAN VUKADINOVIĆ
Full Professor, University of Kragujevac

THE REFORM OF PRELIMINARY RULING PROCEDURE IN EU LAW

Summary

European Union Law is created by supranational EU bodies (the European Council, the European Parliament and the European Commission) and is applied by the national administrative and judicial bodies of each member state. Such national implementation of supranationally formulated law inherently carries the risk of the same provision being differently interpreted by member states, which in turn jeopardizes not only the achievement of jointly set macro goals for the Union – such as the undisturbed functioning of the internal market – but also threatens the effective protection of individual rights. This risk is only augmented by the fact that member states belong to different legal systems (civil vs. common law) and different legal cultures. To avoid or, at least, ameliorate the dangers of heterogeneous legal interpretation, the Treaty on the Functioning of the European Union stipulates that when a national court implementing EU law finds a provision of EU law ambiguous, said court must seek interpretation and an assessment of the provision's legal validity from the Court of Justice of the European Union, which then responds with a preliminary ruling. However, after 40 years of their application, the criteria for determining whether a member state is obligated to seek a preliminary ruling from the Court of Justice – established by the Court of Justice in „CILFIT v Ministry of Health“ – have been subject to growing criticism. This paper provides an in-depth analysis of the CILFIT criteria and discusses the increasingly frequent proposals for their reform.

Key words: preliminary ruling, EU law, Court of Justice, national courts, exceptions

Literatura

- Allott P., „Preliminary Rulings – Another Infant Disease“, *European Law Review*, vol. 25, no. 5, 2000.
- Arnall A., „Judicial Dialogue in the European Union“, *The Philosophical Foundations of European Union Law* (eds. Julie Dickson, Pavlos Eleftheriadis), OUP, 2012.
- Arnall A., „Judicial Architecture or Judicial Folly? The Challenge Facing the EU“, *The Future of the Judicial System of the European Union* (eds. Allan Dashwood, Agnus C Johnston), Bloomsbury Publishing, 2001.
- Bajwa J., „Grow Up!: Rethinking the Preliminary Reference Procedure from the Perspective of Maturity“, *LSE Law Review*, vol. 6, 2020.
- Bebr G., „Preliminary Rulings of the Court of Justice: Their Authority and Temporal Effect“, *Common Market Law Review*, vol. 18, 1981.
- Bradley K., Vertical Precedent at the Court of Justice of the European Union: When Push Comes to Shove, <chrome-extension://efaidnbmnnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fmedia.bloomsburyprofessional.com%2Frep%2Ffiles%2F9781849466653sample.pdf&clen=108638&chunk=true>.
- Broberg M., Fenger N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Broberg M., Fenger N., „Preliminary references as a right: But a right for whom? The Extent to which Preliminary Reference Decisions can be Subject to Appeal“, *European Law Review*, vol. 36, issue 2, 2011.
- Broberg M., „Acte Clair Revisited: Adapting the Acte Clair Criteria to the Demands of the Times“, *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008.
- Craig P., de Burca G., *EU Law, Text, Cases, and Materials*, OUP, 2020.
- Dadomo C., Quénivet N., *European Union Law*, Hall and Stott Publishing Ltd, 2020.
- Edward D., „Reform of Article 234 Procedure: The Limits of the Possible“, *Liber Amicorum in honour Lord Slynn of Hadley* (ed. O’Keeffe D.), vol. I, Kluwer Law International, 2000, 119.
- Jacobs F. G., „Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court?“, *Constitutional Adjudication in European Community and National Law: Essays for tje Hon.Mr.Justice T. F. O’Higgins*, Butterworths, 1992.
- Münder J., Münder M., Richter B., „Subject Matter Specialization of European Union Jurisdiction in the Preliminary Rulings Procedure“, *German Law Journal*, vol. 20, 2019.
- Kaczorowska A., *European Union Law*, Routledge, 2016.
- Lenaerts K., „The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union“, *Common Market Law Review*, 2007.
- Lenaerts K., Maselis I., Gutman K., Nowak J.T., *EU Procedural Law*, OUP, 2014.
- Limante A., „Recent Developments in the Acte Clair Case Law of the EU Court of Justice: Towards a more Flexible Approach“, *JCMS*, vol. 54, 2016, 1384.

- Maduro M. P., Azoulai L., „CILFIT and Foto-Frost in their Historical and Procedural Context“, *The Past and Future of EU Law The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010.
- Medal J. R., „Concept of a court or tribunal under the reference for a preliminary ruling : who can refer questions to the Court of Justice of the EU?“, *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, no. 1, 2015.
- Meškić Z., Samardžić D., *Pravo Evropske unije*, I, TDP, 2012.
- Obert A., „Zur Zukunft der CILFIT-Doktrin – Zugleich eine Anmerkung zu den Schlussanträgen von GA Bobek in C-561/19 (Consortio Italian Management, Catania Multiservizi SpA/Rete Ferroviaria Italiana SpA)“, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, vol. 18, 2021.
- Raičević N., „Dejstvo odluke Evropskog suda pravde o prethodnom pitanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68, Niš, 2014.
- Rasmussen H., „The European Court’s Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. (Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?)“, *European Law Review*, vol. 9, 1984.
- Schima, komentar uz član 267. UFEU (eds. Kellerbauer M., Klamert M., Tomkin J.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, OUP 2019.
- Toth A., „The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects“, *Yearbook of European Law*, vol. 4, 1984.
- Tridimas T., „Knocking on Heaven’s Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure“, *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003.
- Tridimas T., „National Courts Dialogue, cooperation and instability“, *The Oxford Handbook of European Union Law* (eds. Arnulf A., Chalmers D.), OUP, 2015.
- Vesterdorf B., „A constitutional court for the EU?“, *Int’l J Con Law*, vol. 4, no. 4 , 2006.
- Vukadinović R., *Evropska ekonomska zajednica*, Beograd, 1991.
- Vukadinović R., „Pokušaj sistematizacije i rangiranja (hijerarhije) izvora prava Evropskih zajednica“, *Pravni život*, br. 12, Beograd, 2005.
- Vukadinović R., Vukadinović Marković J., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Beograd, 2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 03.10.2021.

Prihvaćen: 23.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

GIAN ANTONIO BENACCHIO

KOJE PRAVILO PRIMENITI? SLOŽEN ODNOS IZMEĐU PRAVA EVROPSKE UNIJE I PRAVA DRŽAVA ČLANICA

Sistem izvora prava, a time i zakona ili pravila koja se mogu primeniti na konkretan slučaj, kako u pogledu odnosa između građanina i države, tako i u pogledu odnosa između privatnih lica, onako kako je utvrđeno u principima koja je razvio Sud u Luksemburgu, nije nimalo jasan i formalizovan. U pitanju je sistem koji ne nudi uvek jasna, precizna i jednoznačna rešenja, već ponekad nastoji da „sakrije prašinu ispod tepiha“ umesto da se otvoreno suoči sa situacijom. Ono što nedostaje evropskom modelu jeste regulatorna odredba koja će utvrditi odnos između komunitarnih i nacionalnih pravila i postaviti čvrst oslonac pravnim aktima Unije, daleko iznad oskudnog sadržaja čl. 288. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Trenutni model zasniva se gotovo isključivo na sudskoj praksi Suda pravde i na osetljivosti nacionalnih sudova, kao i na evoluciji oba suda. U tom smislu, u izjavi Međuvladine konferencije priloženoj Lisabonskom ugovoru utvrđuje se da komunitarno pravo ima prednost nad nacionalnim pravima ali se i dodaje „pod uslovima koje je utvrdio Sud pravde“. Ovo je, po mišljenju autora, vrlo malo za tako važan poredak kao što je poredak Evropske unije koji je usmeren na više od 500 miliona ljudi. Sve to na teret fizičkih i pravnih lica koja se suočavaju sa teškoćama u identifikaciji propisa koji je potrebno primeniti.

Ključne reči: Evropska unija, odnos izvora nacionalnog i EU prava, sud Evropske unije, zahtev za prethodno odlučivanje

Prof. dr Gian Antonio Benacchio, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Trentu,
e-mail: g.benacchio@unitn.it.

U V O D

Sposobnost pravnog poretka Evropske unije da efikasno utiče na nacionalna prava, na usklađivanje nacionalnih zakona, odnosno mogućnost da ostvari sam cilj zbog koga je osnovana *Evropska ekonomska zajednica*, bez sumnje predstavlja jedno od centralnih i najosetljivijih pitanja celokupnog sistema Unije i njenog odnosa sa njenim državama članicama.

Ostvarenje postavljenih ciljeva komunitarnog prava ne zavisi samo od njega samog, od pravnog poretka na kojem se zasniva, od njegovih pravila, organizacije, sposobnosti i volje njegovih institucija (Komisija, Parlament, Veće), već pre svega zavisi od država članica i od otpora koji one mogu pružiti uvođenju novih principa i pravila koje nameće Brisel.

Samo u retkim slučajevima pomenuti otpor proističe iz činjenice da države članice ne žele da usvoje evropska pravila, koje ocenjuju kao nedovoljno prihvatljiva, a nekad i štetna. U većem broju slučajeva, taj otpor zavisi od ustavnih pravila država članica, principa, pravne tradicije, kao i sudske prakse i doktrine koje nekad, čak i nesvesno, stvaraju *prepreke* efikasnosti evropskih pravila unutar sopstvenog pravnog poretka.

Ove prepreke mogu nastati iz različitih uzroka, na primer mogu se javiti kao posledica primene starih principa, nasleđenih pravnih shvatanja prevaziđenih tokom vremena ili kao posledica potrebe da se odgovori na osnovne i bitne nužnosti svakog pravnog poretka, kao što su na primer načelo *pravne sigurnosti* ili načelo *zaštite legitimnih očekivanja* (*poveravanje*).

U istoriji Zajednice, a zatim i Evropske unije, odnos između komunitarnog i nacionalnog prava oduvek je bio izvor sukoba između Evropske unije i država članica. Tako je i danas, pre svega usled pitanja primata u odlučivanju o pravilima i standardima koje treba primeniti unutar sopstvenog državnog uređenja. To drugim rečima znači održavanje autonomije i kontrole nad izvorima prava, nad onim što se može i onim što se ne može primeniti u sopstvenoj državi.

Danas, nakon višegodišnjih rasprava, uključujući i političke rasprave, o oštrim i otvorenim sukobima između Suda pravde (Sud Evropske unije) s jedne strane i ustavnih sudova i nacionalnih vrhovnih sudova s druge strane, izvesno je da se odnosi između komunitarnog i nacionalnog pravnog poretka u većini slučajeva rešavaju na osnovu principa *primata komunitarnog prava*.

Međutim, reč je o još uvek „nestabilnom“ rezultatu, koji ne otklanja sve sumnje i neizvesnosti, tako da i dalje postoji problem odnosa između komunitarnih propisa i nacionalnih propisa koji su u sukobu s komunitarnim propisima.

Tako, sudovi često usvajaju nezadovoljavajuća rešenja za građane, upravu, privredne subjekte, pravnike itd., baš zbog toga što postoji neizvesnost u pogledu pravila koja treba primeniti na konkretan slučaj i konkretne subjekte.

VREDNOST KOMUNITARNOG PRAVA U ODNOSU NA NACIONALNO PRAVO

Pomenuti „nestabilan“ rezultat postignut je nakon dugog dijaloga između Suda Evropske unije i Ustavnog suda i većeg broja presuda koje je doneo Ustavni sud.

Kad je reč o pravnom poretku Republike Italije, polazna tačka je čl. 11. Ustava, prema kome Italija „pristaje na ograničenja suvereniteta koja su potrebna jednom državnom poretku da se osigura mir i pravda među Narodima“.¹

Na osnovu ove premise, jedan deo doktrine je stavio akcenat na „prenos delimične zakonodavne nadležnosti“. Drugi deo doktrine, kao i savremena sudska praksa, smatra da je u pitanju odnos između dva različita poretka koja su međusobno usklađena, tako da nacionalni pravni poredak ustupa mesto komunitarnom pravnom poretku u oblastima za koje je nadležan. Ipak, autori naklonjeniji komunitarnom pravnom poretku, pre svega na osnovu poznate presude *Simmenthal*,² naglašavaju da prvenstvo ima zakonodavstvo Evropske unije. Vrednost ovih protivrečnih teorija ogleda se prvenstveno u tome što pokušavaju da opravdaju, s pravne tačke gledišta, potrebu primene komunitarnog prava.

Međutim, u tom kontekstu se ne ističe dovoljno činjenica da je Evropska unija nastala na osnovu sporazuma (Ugovora) kojim su predviđena „pravila igre“, ograničenja i uslovi pod kojima svaka ugovorna strana ostvaruje svoja prava i ispunjava svoje obaveze. Pri tome, nijedna odredba Ugovora ne zahteva od strana da zauvek ostanu u Zajednici; oni koji ne dele više njene interese, mogu u bilo kom trenutku da napuste Zajednicu (kao npr. Breksit) ali ako ostanu u Zajednici, dužni su da poštuju njena pravila.

Iz tih razloga, u ovom radu nećemo se baviti pitanjem teorije odnosa između Evropske unije i država članica i teorijskog opravdanja da pravo Evropske unije ima prednost nad nacionalnim pravom. U radu ćemo analizirati i proveriti,

¹ Tvorcii Ustava iz 1948. godine mislili su na UN koje su osnovane 1945. godine, a ne na Evropsku zajednicu koja je formirana mnogo kasnije. Međutim, to ne znači da se predmetna odredba ne može primeniti na slučaj Evropske unije.

² C-106/1977, *Ministero delle Finanze della Repubblica Italiana v. Simmenthal SpA*.

na konkretnoj činjeničnoj osnovi, posledice koje obavezna i obavezujuća primena komunitarnog prava može imati za upravu i za građane.

Odluka krivičnog odeljenja Kasacionog suda³ o kojoj će biti reči, na krajnje jasan i jednostavan način navodi kakav je odnos između komunitarnog prava i nacionalnih zakona, kao i način na koji sudija treba da postupi nakon što Sud pravde potvrdi određene principe. Ova odluka je i danas veoma aktuelna i objašnjava, ako ne sve, ono bar najvažnije uslove predmetnog odnosa.

Prema ovoj Odluci, „u skladu s principima koje je potvrdio Ustavni sud,⁴ uslovi za neposrednu primenu komunitarnog zakona na teritoriji države članice postoje, ne samo kada su u pitanju *uredbe*, već i *interpretativne odluke* Suda pravde i *direktive* koje važe za države članice, ukoliko su one, s materijalne tačke gledišta, *bezuslovne i dovoljno precizne*“. „Kada ovi uslovi postoje, pojedinci mogu tražiti od sudije da primeni direktive u državi (bez obzira na to što ih država odmah nije usvojila ili ih je usvojila na neodgovarajući način), kako *ne bi došlo do primene pravila nacionalnog zakona koje nije u skladu s pomenutim direktivama*.“

Drugim rečima, jednoglasno je usvojeno da se komunitarno pravo u celini, a posebno Sporazumi o osnivanju, uredbe⁵ uključujući i tzv. *self-executing* direktive, odnosno *dovoljno precizne i bezuslovne* direktive,⁶ moraju primeniti (moraju ga primeniti barem *sudije* bilo kog stepena), čak i kada su u nacionalnom pravnom poretku na snazi propisi koji su u koliziji s evropskim propisima (pa dakle ova nacionalna prava ne treba primeniti), pod uslovom da je istekao rok za usvajanje komunitarne odredbe.

Stoga, prema trenutnom stanju stvari, tokom sudskog postupka mogu nastati dva scenarija: a) ako je nacionalni zakon u suprotnosti sa komunitarnim zakonom koji se *može* direktno primeniti (Osnivački ugovor, uredba, *self-executing* direktive), sudija mora da primeni komunitarni zakon; b) ako je nacionalni zakon u suprotnosti s komunitarnim zakonom koji se *ne može* direktno primeniti

³ Kasac. kriv. sud, 1. jul 1999, br. 9983.

⁴ Odluka br.170 od 1984, odnosno br. 113 od 1985, br. 389 od 1989.

⁵ Prva odluka u istoriji koja se bavila ovom temom, doneta je 1963, od strane Suda pravde, C-26/62, *Van Gend & Loos*: koji je formulisao poznati princip prema kojem se „*propisi Sporazuma i uredbe mogu direktno primeniti od strane nacionalnih sudova, a da nije potrebno čekati odluku o utvrđivanju povrede i o osudi države zbog neispunjenja komunitarnih obaveza*“.

⁶ Ovom principu prethodi odluka Suda pravde, 1979., C-148/78 (*Ratti*) u kojoj se doslovno tvrdi da „*ako je istina da se Uredbe mogu direktno primeniti (čl. 288. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije), to ne znači da i druge kategorije akata ne mogu nikada proizvesti slične efekte. Uostalom, država ne može tražiti od svojih građana da oni snose posledice zbog toga što ona (država) nije ispunila obaveze Evropske unije.*“

(*non self-executing* direktive), sudija mora pokrenuti pitanje ustavnosti pred Ustavnim sudom zbog neslaganja sa čl. 11.⁷ i čl. 117.⁸ Ustava Italije.⁹

Svemu tome treba dodati i princip obavezujućeg dejstva odluka Suda pravde, bez obzira da li su one donete nakon podnošenja zahteva za prethodno odlučivanje ili nakon postupka kojim se utvrđuje da je država članica učinila. Ove odluke Suda pravde se direktno primjenjuju i moraju ih se pridržavati, ne samo sudovi države koja je poslala zahtev za prethodno odlučivanje ili države za koju je utvrđeno da je učinila prekršaj i nije ispunila obaveze, već i bilo koji drugi sud bilo koje druge države članice koja ima zakone ili odredbe slične onima koje su predmet odluke Suda u Luksemburgu. S ovim principom saglasan je i Ustavni sud.¹⁰

Ova situacija stabilnosti, iako privremena, stvorena odlukom Ustavnog suda iz 1984. godine¹¹ ipak je narušena nakon nekoliko godina „nesrećnom“ odlukom Suda pravde, poznatom kao *F. Ili Costanzo*.¹² U odluci je po prvi put istaknut novi princip: *ne samo da sudije moraju da primene evropsko pravilo čak i onda kada je ono sadržano u direktivama koje još nisu sprovedene ali su dovoljno precizne i bezuslovne, već to evropsko pravilo mora da primeni i celokupna teritorijalna javna uprava*. S ovim principom se dve godine kasnije saglasio i Ustavni sud.¹³

⁷ Prema kojem „Italija dozvoljava ... ograničenja suvereniteta neophodna za poredak koji osigurava mir i pravdu među narodima, promoviše i favorizuje međunarodne organizacije koje idu u tom pravcu“.

⁸ „Zakonodavnu vlast vrše država i regije u skladu s Ustavom, kao i s ograničenjima koja nameću pravni poredak Evropske unije i međunarodne obaveze“.

⁹ Primjenjuje se, međutim, teorija tzv. protiv-ograničenja na osnovu koje, u slučaju da dođe do konflikta između evropskih propisa i osnovnih principa Ustava, sudija uvek može pokrenuti pitanje ustavne legitimnosti kako bi procenio da li će dozvoliti primenu komunitarnih propisa. O ovom pitanju se izjasnio Ustavni sud u poznatoj odluci br.183/1973 (*Frontini*): „... u slučaju da institucije Evropske unije donesu propise koji su u suprotnosti s osnovnim principima našeg Ustava, Ustavni sud će uvek garantovati pravosudni nadzor kako bi se uverio da je Ugovor stalno usklađen s osnovnim principima Ustava“.

¹⁰ Ustavni sud, br. 113 od 1985, kada su u pitanju odluke donete na osnovu čl. 267. Ugovora o funkcionisanju EU (tzv. *zahtev za prethodno odlučivanje*) i Ustavni sud, br. 389 od 1989, kada su u pitanju odluke donete na osnovu čl. 258. Ugovora o funkcionisanju EU (tzv. *žalba zbog neispunjenja*).

¹¹ Ustavni sud 8. jun 1984, br. 170, *Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, čime se prekida dvadesetogodišnji sukob sa Sudom pravde.

¹² C-103/88, *Flli Costanzo v. Comune di Milano*.

¹³ Odluka od 18. aprila 1991, br. 168, *Industria Dolciaria Giampaoli c. Ufficio Registro di Ancona*: „Porezni obveznik bi mogao prigovoriti državnoj upravi mogućnost direktne primene evropskog propisa sadržanog u direktivi s obzirom da je ovaj propis bio dovoljno precizan i bezuslovan“.

U pitanju je princip čija primena povlači složene posledice koje je teško otклонiti, tako da i danas u doktrini i sudskoj praksi postoje brojna neslaganja u tom pogledu. Tim putem se otežava već nestabilna situacija neizvesnosti u kojoj se nalaze subjekti prava.

Pre svega, teško je zamisliti da službenici javne uprave u regijama, pokrajinama, opštinama (posebno malim opštinama) mogu imati potrebno znanje da ocene da je neka direktiva *dovoljno* precizna ali da je zakonodavac nije pravilno sproveo, pa da takva direktiva mora da prevlada nad važećim zakonom. U tom smislu, teško je zamisliti da bi ovi službenici preuzeli na sebe odgovornost da ne primene nacionalni zakon.

Drugo, to znači da će javna uprava radije, kad god je to moguće, poslati predmet upravnom sudu. Ona će, po pravilu, doneti meru protiv koje se može podneti žalba regionalnom upravnom sudu, čega je javna uprava potpuno i svesna, a upravni sud ima pravo, u slučaju sumnje, da obustavi postupak i podnese Sudu pravde zahtev za prethodno odlučivanje. Ovaj zahtev je instrument kojim raspolaže isključivo sud (civilni, krivični, upravni, ustavni) ali ne i javna uprava.

SUDBINA ANTI-KOMUNITARNOG UPRAVNOG AKTA

Polazeći od utvrđenog principa da, u slučaju da je nacionalni propis u suprotnosti s komunitarnim propisom, komunitarni zakon mora da prevlada nad nacionalnim zakonom, predmet rasprave u doktrini i sudskoj praksi odnosi se na pitanje sudbine upravnog akta koji je usvojen protivno evropskom pravu.

Doktrina se kreće između najmanje tri teze: ništavost ili nepostojanje upravnog akta koji je suprotan s evropskim pravom,¹⁴ neprimenjivanje tog akta (što je slučaj i sa zakonskim odredbama) i teza, koja preovlađuje u administrativnoj praksi, prema kojoj mera doneta u skladu s nacionalnim pravom, koja, međutim, krši *self-executing* direktivu, ne predstavlja ništav, već *nezakoniti* akt. Ovaj poslednji slučaj podrazumeva neprimenjivanje nacionalnog propisa, odnosno sudija upravnog suda *poništava* upravni akt nakon žalbe koju podnese lice koje smatra da je povreda učinjena putem usvajanja upravnog akta u suprotnosti s evropskom odredbom.

Međutim, neizvesnost koja postoji u opisanoj situaciji i posledice koje snosi fizičko lice jasno su istaknute u nedavnom primeru koji ćemo izložiti.¹⁵

¹⁴ Prema čl. 21. *septies* Zakona 241/1990, koji reguliše ništavost administrativne odredbe, ništava je administrativna odredba kojoj nedostaju bitni elementi, koju organ koji je istu doneo, po zakonu nema pravo da donese ili koja odredba je usvojena tako što su učinjene iste greške koje su već kritikovane na sudu odnosno kada se upravna odredba kosi s odlukom sudije.

¹⁵ Inače, u praksi postoji veći broj sličnih primera. U oblasti upravnog procesnog prava potrebno je uzeti u obzir zapažanja koja je izneo Ezio Maria Barbieri u „*Ricorso principale e ricorso*”

Godine 2019. Državno veće, vrhovni organ upravnog sudstva, izjavilo je da: „... prema tezi koja je dominantna u sudskoj praksi, a s kojom se slaže i Veće, uprava je obavezna da ne primeni nacionalni propis koji se kosi s komunitarnim zakonom, posebno kada je ovo košenje potvrđeno u odluci Suda pravde Evropske Unije ...“.¹⁶ Naredne godine, međutim, Tar (Regionalni upravni sud)¹⁷ je doneo sasvim suprotnu odluku.

Pitanje se odnosilo na problem kupališta duž plaža na Jadranu i Tirenskom moru u Italiji, koja se oduvek daju u koncesiju malim firmama na vrlo dug period, čak i na 30 godina. To je praksa koja se, i pored toga što se može opravdati tradicijom dužom od sto godina i sistemom zasnovanim na porodičnom upravljanju kupališnim objektima do te mere da predstavljaju odliku ovih objekata koju korisnik, a posebno stranac veoma ceni, ipak kosi s evropskim propisima u oblasti konkurencije, domaćeg tržišta i prava poslovnog nastanjivanja.

Naime, godine 2006. u Direktivi o uslugama na domaćem unutrašnjem tržištu¹⁸ utvrđeno je da nisu više kompatibilne s evropskim pravom, a posebno s čl. 49. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, odluke prema kojima se automatski obnavljaju „dozvole“ za korišćenje državnog pomorskog dobra koja se odnose na kupališta, pa je 2008. godine Evropska komisija pokrenula postupak protiv Italije zbog kršenja ovog pravila odnosno zbog toga što nije postupila onako kako nalaže komunitarno pravo.

Kao što često biva, italijanski zakonodavac, na insistiranje poslovnih udruženja i zbog društvenih i političkih posledica koje bi navedena mera mogla izazvati, nije ništa promenio i ostavio je na snazi stare odredbe i staru praksu.

Desetak godina kasnije, Sud u Luksemburgu je, nakon prijema zahteva za prethodno odlučivanje koji mu je poslao Regionalni upravni sud u Lombardiji,¹⁹ doneo odluku u kojoj se utvrđuje da italijansko zakonodavstvo i praksa automatske obnove dozvola za upravljanje kupalištima nisu kompatibilni s Direktivom iz 2006. godine ni sa drugim odredbama komunitarnog prava.

incidentale escludente in materia di appalti pubblici“, u kojima se ističe da Sud pravde podriva neke principe državnog upravnog procesnog prava (CGUE, C-333/18, od 5. septembar 2019), *Rivista Trimestrale degli Appalti*, No.1, 2020, 278 i dalje; odnosno Alessandro Botto, „Le infinite sfumature del reale nell'evoluzione dell'approccio per l'individuazione dell'organismo di diritto pubblico“, *Rivista trimestrale degli appalti*, No. 2, 2021, 511-518 kada su u pitanju javni ugovori i određivanje organa javnog prava.

¹⁶ Odluka Državnog veća od 18. novembra 2019, br. 7874.

¹⁷ Odluka Regionalnog upravnog suda u Pulji, od 27. novembra 2020, br. 1321.

¹⁸ Direktiva 2006/123, 12. decembar 2006, čl. 12., §§ 1. i 2., tzv. direktiva *Bolkestein*.

¹⁹ Sud pravde, 14. jul 2016, spojene parnice C-458/14 i C-67/15.

Zakonodavac Republike Italije odlučio je 2018. godine da usvoji zakon koji će *privremeno* dozvoliti javnim upravama nadležnim za svoje delove plaža da produže dozvole za upravljanje kupalištima na državnim plažama do 2033. godine.²⁰

Na osnovu ovog Zakona, koji je u očiglednoj suprotnosti s Direktivom Evropske unije (zbog čega je Evropska komisija 2020. godine pokrenula protiv Italije još jedan prekršajni postupak),²¹ neke opštine su odobrile obnovu dozvole tako što su se prilagodile nacionalnom zakonu iz 2018. godine ali su zatim, kada su shvatile da su prekršile i Direktivu Evropske unije i odluku Suda pravde, donele odluku o povlačenju obnovljene dozvole. Nakon toga, vlasnici nekih kupališta podneli su žalbu protiv povlačenja dozvole regionalnom upravnom sudu.

Regionalni upravni sud u Pulji je 2020. godine usvojio veoma važnu odluku koja se, kako je istaknuto, kosi i sa odlukom samog Državnog veća. U tom smislu, Sud u Pulji je utvrdio da bi „bilo potpuno nelogično smatrati da moć neprimene nacionalnog zakona, koju i nacionalni pravni poredak i pravni poredak Evropske unije daju sudiji, može da se dodeli jednostavno i automatski, opštinskom službeniku, pa čak i da bude za ovoga obavezujući, s obzirom da ovaj službenik nema (što nije slučajno) mogućnost da koristi druga pravna sredstva (kao što su zahtev za prethodno odlučivanje) niti može da uputi zahtev Ustavnom sudu.“²²

Ova odluka dovodi u pitanje princip za koji se činilo da je već konsolidovan i usvojen od strane Kasacionog i Ustavnog suda i u isto vreme stavlja akcenat na brojne odluke koje se s vremena na vreme donose i izražavaju „nelagodnost“ koja postoji u velikom delu doktrine i u upravnoj i običnoj sudskoj praksi. Ovom odlukom nastoji se sprečiti povećanje broja slučajeva neizvesnosti u ovom domenu; njome se takođe naglašava paradoksalna činjenica koja je usledila u ovom slučaju: neke su uprave odobrile obnovu dozvole do 2033. godine, druge to nisu dozvolile, dok su neke produžetak dozvole odobrile (na osnovu zakona iz 2006. godine) ali su ga posle ukinule.

Iz izloženog proističe zaključak o „krhkosti“ sistema u pogledu izvesnosti primenjivog zakona. Ova „krhkost“ ne proizlazi toliko iz evropskih principa

²⁰ Za detaljnu analizu opisane situacije, Piero Bellandi, Cristina Possi, „Dalle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'impresa balneare: analisi della riforma operata dalla Legge n. 145/2018 e considerazioni de iure condendo“, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, No. 2, 2020, 371-407; Giannangelo Marchegiani, „La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea“, *Urbanistica e appalti*, No. 2, 2021, 153 i dalje.

²¹ Postupak br. 2020_4118 pokrenut je slanjem službene opomene u smislu čl. 258. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

²² Regionalni upravni sud Pulja – Lecce, 18. novembar 2020.

direktnog dejstva i direktne primene *self-executing* direktiva (tj. direktiva koje su dovoljno precizne i bezuslovne), već pre svega iz činjenice da zakonodavac nije preterano sklon da se prilagodi komunitarnim pravilima u vreme i na način koje predviđaju i prihvataju sve države članice. Drugim rečima, ako bi zakonodavac poštovao komunitarne obaveze sprovođenja direktiva, ne bi nastali problemi poput prethodno izloženog. Isto tako, u oktobru 2020. godine protiv Italije je pokrenuto 89 prekršajnih postupaka, od kojih 63 zbog kršenja komunitarnog zakona i 26 zbog neusvajanja direktiva.

CENTRALNO MESTO KOJE ZAUZIMA INSTITUT „ZAHTEV ZA PRETHODNO ODLUČIVANJE“

Prethodno izloženi slučaj navodi na još jedno razmišljanje, ovog puta vezano za institut *zahteva za prethodno odlučivanje*. Reč je o institutu koji se, prema Ugovoru o funkcionisanju EU (čl. 267), odnosi na pravilno tumačenje komunitarnog prava. Zapravo, ovaj institut se faktički koristi (i) da se određeni nacionalni propis, koji je u suprotnosti sa evropskim propisom ili, dosta češće, sa tumačenjem evropskog prava od strane Suda, utvrdi i proglasi da nekompatibilnim s komunitarnim pravom.

Ključna reč koju koriste sudije iz Luksemburga je „*kosi se sa ...*“, što znači da je nacionalni propis „*prepreka, u suprotnosti sa ...*“, pa se stoga mora odbaciti. To znači, međutim, da *zahtev za prethodno odlučivanje* može koristiti i nacionalni sud kada se od Suda zahteva da se izjasni o onome o čemu on (nacionalni sud) ne želi da se izjasni čak i kad bi mogao to da učini.²³

Na primer, ako je u pitanju nacionalni propis koji se jasno kosi sa komunitarnim pravom, ali koji ima snažnu društvenu ili ekonomsku vrednost, tako da katalizuje interes javnog mnjenja i medija (kao što je slučaj s kupališnim objektima), nije isključeno da se sudija može osetiti nelagodno ako izjavi da se nacionalni propis, koji je široko prihvaćen i branjen u domaćoj javnosti ne može primeniti, zbog čega će, po pravilu, izbegavati da bude „odgovoran“ za donošenje potencijalno nepopularne odluke.

Ipak, osim ovog pretpostavljenog slučaja, izvesno je da se sa *zahtevom za prethodno odlučivanje* može postići bitan cilj, a on se ogleda u sprečavanju da odluka bude osporena u kasnijoj fazi. Zapravo, kao što je istaknuto, na odluku Evropskog suda u kojoj je ovaj Sud izrazio svoje mišljenje prema kojem se ne može

²³ Diana Urania Galetta, „Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE“, *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, (ur. Pier Luigi Portaluri), Collana della Facoltà di Giurisprudenza – Università del Salento, Napoli, 2012, 121 i dalje, fokusira se na funkciji zahteva za prethodno odlučivanje i na nove kritične profile.

primeniti sporni nacionalni propis, primenjuje se princip obaveznog i obavezujućeg dejstva za sve sudove i za sve zemlje, čak i za one koje nisu podnele zahtev za prethodno odlučivanje, već poseduju nacionalne propise slične propisima o kojima se izjasnio Evropski sud.

Drugim rečima, nakon prejudicijelne (prethodne) odluke, sudija je prinuđen da donese odluku u skladu s odlukom Suda pravde, pa stoga neće primeniti nacionalni propis, tako da neće sebe izložiti opasnosti da bude osuđen zbog odgovornosti koja proizilazi iz činjenice da nije primenio komunitarno pravo, ili tačnije, pravila sadržana u izreci odluke Suda pravde.²⁴

Važnost i centralno mesto koje ima institut zahteva za prethodno odlučivanje kada je u pitanju odnos između komunitarnog prava i nacionalnog prava potvrđuje i činjenica da već nekoliko godina i Ustavni sud šalje Sudu pravde zahteve za prethodno odlučivanje.

Ustavni sud Republike Italije do 2013. godine jasno je pokazao da je zatvoren u pogledu mogućnosti korišćenja zahteva za prethodno odlučivanje, s obzirom da je isključio mogućnost da se kvalifikuje kao „pravosudni organ“ (preduslov koji omogućava, u smislu čl. 267.3. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, obraćanje Evropskom sudu). Tek 2013. godine Veće je izdalo prvu²⁵ odluku za zahtev za prethodno odlučivanje (rešenje br. 207 od 3. jula 2013. godine), nakon čega su usledila još dva slučaja, 2017. i 2019. godine.

Ovo otvaranje je od velikog značaja. Prihvatanjem ideje da se Ustavni sud, „sudija zakona“, najviša pravosudna institucija u našem pravnom poretku, obrati drugom sudu kako bi utvrdio da li se njegov propis kosi s evropskim pravom, učinjen je još jedan značajan korak napred prema željenom dijalogu između sudova koji bi trebalo da predstavlja najefikasniji način da se izbegnu odluke koje su u uzajamnoj koliziji i koje time stvaraju nesigurnost po pitanju valjanosti i primene nacionalnih i komunitarnih propisa.

U istom smislu, to je i znak zrelosti odnosa između komunitarnog prava i nacionalnog prava, koji se više ne zasniva na potvrđivanju nadmoći ili prvenstva, niti na obnovljenim i opasnim suverenitetima, već isključivo na saradnji i deljenju zajedničkog cilja kojeg čine ciljevi Evropske unije,²⁶ odnosno institucije u kojoj

²⁴ V. odluku C-173/03, 13 juna 2006, *Traghetti del Mediterraneo*.

²⁵ Tačnije, italijanski Sud je već ranije uputio Evropskom sudu zahtev za prethodno odlučivanje, ali je (rešenje br. 103 od 13. februara 2008.) bio u pitanju postupak ustavne legitimnosti i to prvenstveno, a ne slučajno, kako se, naime, dogodilo 2013.

²⁶ Na ovu temu nedavno je bilo reči u Edoardo Chiti, „Il dialogo tra Corti nell’ordinamento europeo“, *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 3, 2021, 296-297. Kao i Sabino Cassese, „Il futuro del diritto pubblico“, *Giornale di diritto amministrativo*, Vol. 2, 2017, 176 i dalje.

svaka članica učestvuje slobodno i na dobrovoljnoj osnovi, a da u isto vreme ne budu ugrožene vrednosti poput autonomije, nezavisnosti i suvereniteta.

Uostalom, upravo na osnovu zajedničkog stvaranja evropskih akata može se zaključiti da smisao Evropske unije nije u ustupanju suvereniteta ili moći od strane država, već u mogućnosti, koja u nekim slučajevima postaje i potreba, da se s evropskim *partnerima* podele strateški izbori u globalizovanom svetu, u kojem političke granice ne mogu više da spreče cirkulaciju preduzeća i usluga, robe i ljudi. Drugim rečima, nakon što je prihvaćeno da je u svakom slučaju povoljnije razraditi i u nekim oblastima podeliti strateške izbore radi poboljšanja, pre svega, efikasnosti tržišta javne nabavke, nekadašnji strahovi od navodnog ustupanja suvereniteta pretvorili su se u svestan oblik prekograničnog deljenja ciljeva i regulatornih instrumenata.

ZAKLJUČCI

Iz učinjenog pogleda na odluke nedavno usvojene od strane upravnih sudova može se zaključiti da je pitanje još uvek otvoreno i da je u perspektivi neko skorije rešenje.

Sistem izvora prava, a time i zakona ili pravila koja se mogu primeniti na konkretan slučaj, kako u pogledu odnosa između građanina i države, tako i u pogledu odnosa između privatnih lica, onako kako je utvrđeno u principima koje je razvio Sud u Luksemburgu, nije nimalo jasan i formalizovan. U pitanju je sistem koji ne nudi uvek jasna, precizna i jednoznačna rešenja, već ponekad nastoji da „sakrije prašinu ispod tepiha“ umesto da se otvoreno suoči sa situacijom.

Ono što nedostaje evropskom modelu jeste regulatorna odredba koja će utvrditi odnos između komunitarnih pravila i nacionalnih pravila, koja će postaviti čvrst oslonac pravnim aktima Unije, daleko iznad oskudnog sadržaja čl. 288. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

Trenutni model zasniva se gotovo isključivo na sudskoj praksi Suda pravde i na osetljivosti nacionalnih sudova, kao i na evoluciji shvatanja oba suda. Kao potvrda tome, može se istaći izjava Međuvladine konferencije priložene Lisabonskom ugovoru u kojoj se ističe da komunitarno pravo ima prednost nad nacionalnim pravima, ali se i dodaje „pod uslovima koje je utvrdio Sud pravde“.

Ovo je, po mišljenju autora, vrlo malo za jedan tako značajan poredak kao što je poredak Evropske unije, usmeren na više od 500 miliona ljudi. Sve to na teret fizičkih i pravnih lica koja se suočavaju sa teškoćama u identifikaciji propisa koji treba primeniti.

Ovo je jedan od nedostataka komunitarnog prava, koji se ogleda i u znatno većem broju zahteva za prethodno odlučivanje (poslednjih godina ovaj broj je

porastao sa 385 na 700 godišnje). U tom smislu generalni advokat Bobek u svojim vrlo zanimljivim zaključcima,²⁷ čije su mišljenje prihvatile i sudije²⁸ zahteva od Suda pravde da ograniči (ali opet intervencijom Suda a ne evropskog zakonodavca) broj zahteva za prethodno odlučivanje preko novog i drugačijeg tumačenja čl. 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

Prof. Dr. GIAN ANTONIO BENACCHIO
Full Professor, Faculty of Law
University of Trento

WHICH RULE IS TO BE APPLIED?
DIFFICULT RELATIONSHIP BETWEEN THE EU LAW
AND THE LAW OF MEMBER STATES

Summary

The system of sources of law, and therefore of the laws or regulations applicable to a particular case, both in terms of the relationship between the citizen and the state, and in terms of the relationship between private persons, as set out in the principles developed by the Court of Luxembourg, is not at all clear and formalized. It is a system that does not always offer clear, precise and unambiguous solutions, but tries at times to sweep the dust under the carpet instead of facing the situation openly. What is lacking in the European model is a regulatory provision that will explain the relationship between Community rules and national rules, that will establish a firm foothold, well above the meagre content of Art 288 of the Treaty on the Functioning of the European Union, for the legal acts of the Union. The present model is almost exclusively based on the case law of the Court of Justice and the sensitivity of the national courts, as well as on the evolution of either courts. In confirmation of this, while it is true that that Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon state that Community law has priority over national laws, they also add „under the conditions laid down by the case law [of the Court of Justice]“. This is in my opinion very little for an order as important as the European Union order, intended for more than 500 million people. All this at the expense of citizens, companies, businesses, that face the difficulty of identifying the rules to be applied.

Key words: European Union, relationship between sources of national and EU law, Court of Justice of the European Union, request for preliminary ruling

²⁷ Mišljenje generalnog advokata prezentovano je 15. aprila 2021. u predmetu C-561/19 *Conorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA / Rete Ferroviaria Italiana SpA*. Prema rečima advokata Bobeka: „Sud bi trebalo da izjavi da obaveza podnošenja zahteva za prethodno odlučivanje zavisi od ukupno tri uslova: a) treba da postoji opšte pitanje tumačenja komunitarnog prava, b) da ovo pitanje zapravo može biti predmet više tumačenja koja su razumno moguća, i c) na koje se ne može dati odgovor iz prethodne sudske prakse Suda“.

²⁸ C-561/19 od 6 oktobar 2021, *Conorzio Italian Management v. Rete Ferroviaria Italiana SpA*.

Literatura

- Barbieri E.M., „Ricorso principale e ricorso incidentale escludente in materia di appalti pubblici: la Corte di giustizia mette in crisi alcuni principi del diritto processuale amministrativo nazionale (CGUE, C-333/18, 5 settembre 2019)“, *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2020.
- Bellandi P., Possi C., „Dalle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'impresa balneare: analisi della riforma operata dalla Legge n. 145/2018 e considerazioni de iure condendo“, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, No. 2, 2020.
- Botto A., „Le infinite sfumature del reale nell'evoluzione dell'approccio per l'individuazione dell'organismo di diritto pubblico“, *Rivista trimestrale degli appalti*, No. 2, 2021.
- Cassese S., „Il futuro del diritto pubblico“, *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 2, 2017.
- Chiti E., „Il dialogo tra Corti nell'ordinamento europeo“, *Giornale di diritto amministrativo*, Vol. 3, 2021.
- Galetta D.U., „Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE“, *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti* (ed. Portaluri P.L.), Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Università del Salento, Napoli, 2012.
- Marchegiani G., „La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea“, *Urbanistica e appalti*, No. 2, 2021.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 12.10.2021.

Prihvaćen: 29.10.2021.

PREGLEDNI RAD

ALLAN FRANCIS TATHAM

ENSURING LEGAL CERTAINTY IN UNCERTAIN TIMES: THE ROLE OF BRITISH COURTS IN ENSURING THE CONTINUING APPLICATION OF EU LAW AFTER BREXIT

British courts will continue to be influenced by the case law of the CJEU after withdrawal. The European Union (Withdrawal) Act 2018 incorporates into British law most EU law and CJEU rulings applicable to the United Kingdom before the end of 2020. Under its provisions, the courts will continue to be bound by pre-2021 cases of the CJEU in their future judgments (unless certain designated superior courts determine otherwise). In addition, although British courts will not be bound by post-2020 CJEU cases, the Act allows the courts to use them if they consider it appropriate to do so. However, in the latter situation, there is little guidance given to the courts in exercising their discretion to use those cases. This article will therefore explain how the British courts are likely to approach their use of CJEU case law, dating either from before or after the end of the transition period, and discuss the impact of some recent decisions of the British courts in this matter.

Key words: British courts, interpretation of EU law, influence of CJEU case law, effect of EU law in third countries, post-transition cases

Allan Francis Tatham, Profesor en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad CEU San Pablo, Madrid, e-mail: allanfrancis.tatham@ceu.es. Some of the arguments contained in this article were initially explored in an earlier presentation, Allan F. Tatham, "A Whiter Shade of Pale? The effects of Brexit on the potential practice of UK courts in the field of EU law", XXVIII Jornadas: *Nuevo mundo, nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Granada, 18-20 September 2019. The usual disclaimer applies.

INTRODUCTION

Following the end of the transition period on 31 December 2020, the UK completed the severing of most of its direct legal links with the European Union (“EU”) that dated back to accession on 1 January 1973. Nevertheless, British courts¹ still need to continue to interpret and apply EU law within two particular contexts. First, within the scope of the 2020 Withdrawal Agreement² that was brought into domestic force by the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020,³ British courts will apply its provisions in accordance with the relevant EU law and legal principles, as interpreted by the pertinent case law of the Court of Justice of the European Union (“CJEU”). This specific “Withdrawal Agreement *acquis*” will also be subject to further judicial evolution by the EU courts⁴ since the preliminary reference procedure under Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”) will continue to be available to British courts in specified instances, e.g., with respect to citizen’s rights, until the end of 2028.⁵

Secondly, more generally, the British Parliament passed the European Union (Withdrawal) Act 2018 (“EUWA”).⁶ This legislation maintains EU law and CJEU rulings in force as a peculiar type of domestic law (“retained EU law” and “retained CJEU case law”) until such time as the UK decides to alter it.⁷ This nationalisation of EU law also provides for the (putative) continued effect of CJEU case law, dating from before and after the end of the transition period.

Moreover, in their work, British courts will also have to assess the impact in cases before them of the 2020 Trade and Cooperation Agreement (“TCA”)⁸ that now forms

¹ Throughout this work, the terms “British courts” and “UK courts” are used as shorthand for courts based in the United Kingdom.

² Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community (“WA”): [2020] OJ L 29/7.

³ European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020, c. 1 (“EU(WA)A”).

⁴ For a detailed discussion on this issue, Allan F. Tatham, “A Remembrance of Things Past: UK Courts and the EU Withdrawal Agreement”, *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije, Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (ur. Allan F. Tatham, Vitoimir Popović, Jelena Vukadinović Marković), Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka/Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2020, 605.

⁵ WA Art. 158.

⁶ European Union (Withdrawal) Act 2018, c. 16.

⁷ Allan F. Tatham, “The constitutional challenges that the Brexit negotiations have created in the United Kingdom: An overview”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, Madrid, 2018, 263, 281-285.

⁸ Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,

the basis of trade and other relations between the UK and the EU. This is an international treaty, incorporated into UK law by the European Union (Future Relationship) Act 2020 (“EUFRA”)⁹ and subject rather to the domestic judicial rules of interpretation.¹⁰

This article will focus on how – through the principle of legal certainty that underscores the EUWA – EU law and CJEU case law will continue to exert an influence over British courts’ decision-making well into the future.¹¹

ENSURING LEGAL CERTAINTY IN THE POST-2020 BRITISH LEGAL LANDSCAPE

Problem defined

The European Communities Act 1972 (“ECA”)¹² was the principal piece of legislation passed by the British Parliament that gave internal effect to EU law and CJEU rulings in the UK upon accession.¹³ As observed in 2017 by Lord Neuberger, the then President of the UK Supreme Court (“UKSC”), in the *Miller* case:¹⁴

“One of the most fundamental functions of the constitution of any state is to identify the sources of its law... [T]he 1972 Act effectively constitutes EU law as an entirely new, independent and overriding source of domestic law, and the Court of Justice as a source of binding judicial decisions about its meaning. This proposition is indeed inherent in the Secretary of State’s metaphor of the 1972 Act as a conduit pipe by which EU law is brought into the domestic UK law”.

He continued¹⁵ by postulating that, with the repeal of the ECA on the completion of the UK withdrawal transition period, EU law would cease to be a source

of the other part (“TCA”): [2020] OJ L 444/14. For a discussion of its main implications, see Allan F. Tatham, “El acuerdo con Reino Unido. Implicaciones para España”, *Documento de Trabajo: Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, No. 108/2021, RIDEE, Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2021.

⁹ European Union (Future Relationship) Act 2020, c. 29.

¹⁰ Sara Drake, “The UK Perspective on the Principle of Consistent Interpretation”, *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts* (ed. Christian N.K. Franklin), Cambridge/Antwerp/Chicago, Intersentia, 2018, 213, 233-235.

¹¹ Ian Forrester, “European Union Law in the UK after Brexit”, *Judicial Review*, No. 1, vol. 23, 2018, 45, 63-64.

¹² European Communities Act 1972, c. 68.

¹³ A.F. Tatham (2018), *op. cit.*, 271-273.

¹⁴ *R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, para. [80].

¹⁵ *Ibidem*.

of domestic law for the future, CJEU rulings would be of no more than persuasive authority and there would be no further references to the CJEU under Article 267 TFEU from British courts. Even those legal rules derived from EU law and transposed into UK law by domestic legislation would have a different status since they would no longer enjoy primacy but would be open to domestic repeal or amendment in ways that might be inconsistent with EU law.

The process of legal separation is extremely complicated given the broad extent of the EU's *acquis*¹⁶ and its deeply embedded presence in the domestic legal system after more than 40 years of UK membership. A completely straightforward solution was therefore required in view of: the enormity of the task in attempting to “domesticate” all the *acquis* in a flood of statutory rules before the end of the transition period; the lack of parliamentary time in the UK and the devolved nations’ parliaments to introduce and scrutinise all these potential new rules; and the need to keep disruption to a minimum on grounds of legal certainty with respect to already and long-established legal rights and obligations.

EU (Withdrawal) Act 2018

The solution found is contained in the EU (Withdrawal) Act 2018 (“EUWA”).¹⁷ The aims of this statute, then, were to repeal the ECA and, at the same time, to provide the statutory basis for incorporating EU law and related case law as far as practicable into British law after termination of the transition period at the end of 2020. EU law thus did not simply enter into British history as a relic of the past on New Year’s Day 2021. The process of withdrawal from the Union can accordingly only be regarded as a gradual (and, initially at least, imperceptible) “sloughing off” of EU law from British statute books and of CJEU authority from British judicial decision-making,¹⁸ what will come to be regarded as a rather drawn-out “nationalisation” process.

The EUWA makes provision for domestic courts to continue to be bound as well as be influenced by EU law and CJEU rulings.¹⁹ It does this by creating

¹⁶ Allan F. Tatham, *Enlargement of the European Union*, Kluwer Law International, Alphen an den Rijn, 2009, 327-332.

¹⁷ European Union (Withdrawal) Act 2018, c. 16 (“EUWA”), as amended by the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020, c. 1 (“EU(WA)A”), ss. 25-28.

¹⁸ Thomas Horsley, “Brexit and UK Courts: Awaiting Fresh Instruction”, *The UK after Brexit: Legal and Policy Challenges*, (ed. Michael Dougan), Intersentia, Cambridge, 2017, 73, 80-83.

¹⁹ Paul Craig, “Miller, EU law and the UK”, *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, (eds. Mark Elliott, Jack Williams, Alison Young), Hart Publishing, Oxford, 2018, 109, 121-124.

a new category of national law called “retained EU law”²⁰ consisting of all EU law²¹ in force before the end of the transition period and which will continue to be, or form part of, domestic law by virtue of that Act. The EUWA and retained EU law may subsequently be amended, replaced or repealed by a future Act of Parliament²² or by other authorities within their respective spheres. These authorities include UK ministers through delegated legislation as well as the devolved institutions in Northern Ireland, Scotland or Wales, through their own primary or secondary legislation.²³

The category of “retained EU law” contains the following elements: (a) EU-derived domestic legislation,²⁴ mostly EU directives under Article 288 TFEU previously harmonised by the UK into domestic law under section 2(2) of the ECA²⁵; and (b) EU direct legislation,²⁶ mainly EU regulations and EU decisions under Article 288 TFEU as well as EU tertiary legislation under Articles 290 and 291 TFEU. In addition, there are the “retained general principles of EU law” that cover all such principles in effect before 1 January 2021,²⁷ for example, those of legal certainty, legitimate expectations, proportionality, effectiveness and non-retroactivity²⁸. The EUWA also incorporates any other rights that were available in domestic law by virtue of section 2(1) of the ECA²⁹, including the rights contained in the EU treaties, that could previously be

²⁰ EUWA, s. 6(7).

²¹ EUWA, ss. 2 and 3.

²² An established part of the doctrine of parliamentary sovereignty that the UK Parliament cannot bind its successors: John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, 8th ed., Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2011, 164-165.

²³ EUWA, s. 7.

²⁴ EUWA, s. 2.

²⁵ ECA, s. 2(2) provided, *inter alia*: “Subject to Schedule 2 to this Act, at any time after its passing Her Majesty may by Order in Council, and any designated Minister or department may by regulations, make provision – (a) for the purpose of implementing any Community obligation of the United Kingdom, or enabling any such obligation to be implemented, or of enabling any rights enjoyed or to be enjoyed by the United Kingdom under or by virtue of the Treaties to be exercised...”.

²⁶ EUWA, s. 3.

²⁷ EUWA, s. 6(7).

²⁸ Allan F. Tatham, *EC Law in Practice: A Case Study Approach*, HVG-ORAC, Budapest, 2006, 32-42.

²⁹ ECA, s. 2(1) provided: “All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression ‘enforceable Community right’ and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies”.

relied on directly in national law without the need for specific implementing measures.³⁰ In this way, the EUWA preserves the direct effect³¹ of various rights in the Treaties and secondary legislation that had been so determined by the CJEU before 2021.

Also included is retained EU case law³² that the EUWA breaks down into two categories: First, there is “retained domestic case law” meaning any principles laid down by, and any decisions of, a court or tribunal in the UK as they had effect immediately before 31 December 2020 and in so far as they relate to retained EU law. Secondly, “retained EU case law” means any principles articulated by or decisions of the CJEU as they have effect immediately before 31 December 2020 and so far as they relate to retained EU law.

There are, though, certain areas that now fall outside the scope of retained EU law,³³ e.g., the EU Charter of Fundamental Rights (“CFR”).³⁴ However, any fundamental rights or principles that have an existence independent of the CFR are retained, and any references in CJEU case law to those fundamental rights and principles contained in the CFR are to be read as references to such rights and principles as they exist independent of the CFR.³⁵ For example, this would include the catalogue of human rights created by the CJEU in its case law and based on similar provisions in the European Convention on Human Rights (“ECHR”), the European Social Charter and various conventions of the International Labour Organisation.³⁶ In addition, the principle of supremacy of EU law does not apply to any UK enactment or rule of law passed on or after 31 January 2020³⁷ but it does continue to apply – where relevant – to the interpretation, disapplication or quashing of any enactment or rule of law preceding that date.³⁸

The provisions on the retained CJEU case law and retained general principles of EU law have an important bearing to the future approach of British courts in their dealing with EU law. By this means, the British legislator has arguably³⁹

³⁰ EUWA, s. 4.

³¹ A.F. Tatham (2006), *op. cit.*, 54-93.

³² EUWA, s. 6(7).

³³ EUWA, s. 5.

³⁴ EUWA, s. 5(4).

³⁵ EUWA, s. 5(5).

³⁶ A.F. Tatham (2006), *op. cit.*, 24-32.

³⁷ EUWA, s. 5(1).

³⁸ EUWA, s. 5(2).

³⁹ Sir David Lloyd Jones, “Brexit and the Future of English Law”, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 49, Wellington, 2018, 1, 18-20.

imposed a duty on its courts to interpret the retained EU law by means of the CJEU's own principles of interpretation of EU law⁴⁰ and different to those under domestic law. The application of CJEU principles of interpretation may ultimately turn out to be problematic. The "nationalisation" of the *acquis* by the EUWA will result in law, intended to achieve the purposes of the Union and designed to be applied within it, being transferred to and applied in a very different juridical context, namely that of an extra-Union domestic legal system. In such circumstances, the effluxion of time may result in the British courts' increasing use of their own principles of interpretation in preference to those of the CJEU.

*Post-2020 British case law on retained EU law
and retained CJEU case law*

So far, even with the few decisions made in 2021, it is possible to discern the British courts' determination to use retained EU law and retained EU case law in resolving cases before them⁴¹. Perhaps the best indication of the overall approach can be found in the words of Green, LJ in the Court of Appeal's decision in *Lipton v. BA City Flyer Ltd.*,⁴² delivered on 30 March 2021. In that case, the appellate court provided guidance on how to apply retained EU law (although it is unclear from the judgment why it was necessary to do so given that the events in question had occurred in 2018, i.e., before the end of the 2020 transition period).

The relevant facts may be briefly put. The claimant in the case, Mr. Lipton, sought compensation under Regulation (EC) 261/2004⁴³ for the cancellation of his flight from Milan to London in January 2018. The airline claimed that no compensation was due because the captain had become ill while he was off-duty and it was held at first instance that this event was covered by the "extraordinary circumstances" exception within the meaning of Article 5(3) of the 2004 Regulation. Before the Court of Appeal, the airline lost and was ordered to pay compensation.

⁴⁰ Koen Lenaerts, Piet Van Nuffel, *European Union Law*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2011, 813-815.

⁴¹ See, e.g., *Open Rights Group, R. (On the application of) v. Secretary of State for the Home Department* [2021] EWCA Civ. 800; *Secretary of State for Work and Pensions v. Hughes* [2021] EWCA Civ. 1093; *Sansó Rondón v. LexisNexis Risk Solutions UK Ltd.* [2021] EWHC 1427 (QB); *Murphy v. H.M. Revenue and Customs* [2021] EWHC 1914 (Admin).

⁴² *Lipton v. BA City Flyer Ltd.* [2021] EWCA Civ. 454.

⁴³ Regulation (EC) No. 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights: [2004] OJ L46/1.

While the focus of the Court's decision was its construction of the 2004 Regulation, it was also required to consider other instruments: (a) an international convention for the unification of certain rules applying to international air travel that was referred to in the recitals of the Regulation; (b) relevant CJEU rulings; and (c) the TCA. Consequently, in his judgment, Green LJ took the opportunity to explain, *inter alia*, how English courts should approach retained EU law and retained CJEU case law. He set out a number of basic principles applying not only to the construction of the Regulation but also to all retained EU law:⁴⁴

1. EU legislation that previously applied directly in the UK now takes effect in domestic law, as amended by domestic law. It would therefore be necessary to consider whether the “old” EU law is now domestic “retained EU law,” by looking at the EUWA to see if the “old” EU law (e.g., EU Regulations, CJEU case law, general principles of EU law) has been retained as of the end of 2020. In *Lipton*, the 2004 Regulation had been retained. Moreover, as direct EU legislation, the 2004 Regulation continued to have the same effects in UK law as it did in EU law before the end of 2020 and, thus, the doctrine of supremacy still applied to it.⁴⁵ The Regulation therefore applied and took precedence over any other measure of domestic law that was inconsistent with it.

2. Next, it would be necessary to consider whether the retained EU law has been amended or even revoked. In *Lipton*, the 2004 Regulation had taken effect in English law, as amended by the Air Passenger Rights and Air Travel Organisers' Licensing (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019.⁴⁶

3. The retained law (even as amended) should be given a purposive construction that takes into account its recitals and other principles referred to in the body of the EU legislation. This had already been approved by the *Explanatory Notes* to the EUWA that stated⁴⁷ when a national court interpreted EU retained law, it could adopt:

“a purposive approach to interpretation where the meaning of the measure is unclear (i.e. considering the purpose of the law from looking at other relevant materials such as the treaty legal base for a measure, its recitals and preambles,

⁴⁴ *Lipton*, loc. cit., paras. [52]-[82], summary at para. [83].

⁴⁵ EUWA, s. 3(1) and (2), together with s. 5(1) and (2).

⁴⁶ Air Passenger Rights and Air Travel Organisers' Licensing (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019: SI 2019/278.

⁴⁷ *Explanatory Notes, European Union (Withdrawal) Act 2018, Chapter 16*, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/pdfs/ukpgaen_20180016_en.pdf, 30.09.2021.

and the *travaux préparatoires* (working papers) leading to the adoption of the measure). It also means applying an interpretation that renders the provision of EU law compatible with the treaties and general principles of EU law. Non-binding instruments, such as recommendations and opinions, would still be available to a court to assist with interpretation of retained EU law after exit”.

In *Lipton*, the Court of Appeal construed the recitals in the 2004 Regulation to discover its object and purpose that included an emphasis on consumer protection and to determine how these affected the proper interpretation of its substantive provisions.

4. To the extent necessary, this process of interpretation would include any provision of international law that has been incorporated by reference into the retained EU law. In *Lipton*, the 1999 Montreal Convention⁴⁸ had been so incorporated into the recitals of the 2004 Regulation and so guidance could be had from it as regards the meaning of the substantive provisions of the Regulation.

5. CJEU rulings made before the end of 2020, i.e., before the end of the transition period (“retained CJEU case law”), should be used in order to determine the meaning and effect of the retained EU law. Thus CJEU cases on the 2004 Regulation and other relevant retained EU law could be used to interpret its meaning.

6. General principles of EU law that applied as at the end of 2020 (“retained general principles”) were also relevant to interpretation. They included those *derived* from retained CJEU case law and from the Charter of Fundamental Rights and the TFEU.

7. In construing and applying retained EU law, an appellate court (such as the Court of Appeal or Supreme Court, but not a court of first instance) could depart from any retained CJEU case law or any retained general principles if it considered it right to do so. This is considered in more detail in the next part of the present article.

8. The TCA and EUFRA might be relevant to the effect of existing English law if the subject matter of the English law overlaps with the subject matter of the TCA and/or EUFRA, and insofar as domestic law does not already cover the subject matter of the TCA. The provisions of the TCA and the EUFRA may be relevant to the effect of domestic law (which in this context was the Regulation as incorporated into English law) insofar as: the subject matter of the domestic law in issue overlaps with the subject matter of the TCA and/or EUFRA; or domestic law does not already cover the subject matter of the TCA.

⁴⁸ Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, Montreal, 28 May 1999, 2242 UNTS 39917.

9. If domestic law does not already reflect the substance of the TCA, domestic law takes effect in the terms of the TCA. In *Lipton*, English law already implemented the relevant TCA provisions. No further transposition was thus needed to achieve the requisite effect.

Green LJ also noted⁴⁹ that the task of the Court of Appeal in *Lipton* was relatively straightforward because, as of the date of its judgment, the new, post-Brexit, legal regime had been in place for only a few months and nothing of relevance in the CJEU case law had changed. The analysis would, however, necessarily change:⁵⁰ “As time moves on, and the case law of the CJEU evolves, then the differences between the current state of EU law and that which the Court is to take account of might become more accentuated. At that stage the analysis might become more complex”.

In the subsequent High Court judgment of *Varano v. Air Canada*,⁵¹ delivered on 17 May 2021, the claimant also pursued an action under the 2004 Regulation, seeking compensation from the defendant airline in respect of a delayed flight in April 2016. However, the defendant submitted that Green LJ’s approach in *Lipton* was wrong. Nevertheless, Deputy High Court judge (Geraint Webb QC) felt bound by the Court of Appeal’s ruling in *Lipton*, albeit observing some of the far-reaching implications of Green LJ’s analysis. Consequently, whilst the principles in Green LJ’s judgment are useful when retained EU law applies, the case is not necessarily good authority for *when* to apply retained EU law.⁵²

LIMITATIONS TO THE CONTINUING BINDING EFFECT OF RETAINED CJEU CASE LAW AFTER THE TRANSITION PERIOD

Which courts can refuse to follow a retained CJEU case?

Generally speaking, under the terms of the EUWA and the related 2020 Regulations,⁵³ British courts will remain bound by retained EU case law, unless and until the UKSC⁵⁴ or certain courts specified in those Regulations⁵⁵ decide otherwise.

⁴⁹ *Lipton*, loc. cit., para. [83].

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Varano v. Air Canada* [2021] EWHC 1336 (QB).

⁵² Amy Edwards, Karen Birch, Jason Rix, “A lesson on English law post-Brexit from the Court of Appeal”, *Allen & Overy online*, <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/a-lesson-on-english-law-post-brexit-from-the-court-of-appeal>, 30.09.2021.

⁵³ European Union (Withdrawal) Act 2018 (Relevant Court) (Retained EU Case Law) Regulations 2020 (“2020 Regulations”): SI 2020/1525.

⁵⁴ EUWA, s. 6(4)(a).

⁵⁵ 2020 Regulations, reg. 3; EUWA, s. 6(4)(ba), as inserted by EU(WA)A, s. 26(1)(b).

Such “relevant courts” include the three appellate courts of the nations of the United Kingdom – the Court of Appeal in England and Wales; the Inner House of the Court of Session (Scotland); and the Court of Appeal in Northern Ireland. It also covers the High Court of Justiciary (HCJ) as the final court of criminal appeal for Scotland.⁵⁶ By extending the power to the limited list of additional courts specified in the Regulations, in the words of the UK Government, this would help achieve its aim of appropriate and timely departure from retained EU case law by allowing such case law to evolve more quickly than otherwise might have been achieved.⁵⁷ It further stated:⁵⁸

“Such a step would also help mitigate the operational impacts on the UK Supreme Court and High Court of Justiciary in Scotland which would arise if the power were reserved solely to those courts. There are also additional benefits to the UK Supreme Court in being assisted by prior judicial dialogue on these complex issues from the Court of Appeal or the relevant appellate court in Scotland or Northern Ireland.

By restricting this power to the highest appeal courts, we will also minimise the risk of adverse impacts which may arise out of any legal uncertainty resulting from additional litigation being brought, and the risk of divergence of approach between courts across the UK”.

Under the terms of the EUWA,⁵⁹ these designated courts will carry on being *guided* in their interpretation of retained EU law⁶⁰ by the decisions of the CJEU made before the end of the transition period but these courts will *not be bound* by them. In the situation they consider that they wish to depart from such retained EU case law, the designated courts⁶¹ must apply the same test as the UKSC would apply in deciding whether or not to depart from its own previous (precedent) case law.⁶² This test is set out in the longstanding 1966 Practice Statement⁶³ that

⁵⁶ EUWA, s. 6(4)(b).

⁵⁷ *Explanatory Memorandum to European Union (Withdrawal) Act 2018 (Relevant Court) (Retained EU Case Law) Regulations*, para. 2.6, https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2020/9780348213683/pdfs/ukdsiem_9780348213683_en.pdf, 20.09.2021.

⁵⁸ *Explanatory Memorandum to European Union (Withdrawal) Act 2018 (Relevant Court) (Retained EU Case Law) Regulations*, op. cit., paras. 2.6-2.7.

⁵⁹ P. Craig, op. cit., 124; D. Lloyd Jones, op. cit., 16-17.

⁶⁰ EUWA, s. 6(7).

⁶¹ EUWA, s. 6(5).

⁶² 2020 Regulations, reg. 5; EUWA, s. 6(5); EUWA, s. 6(5A)(c), as inserted by EU(WA)A, s. 26(1)(d).

⁶³ The UKSC has not re-issued the House of Lords’ Practice Statement of 26 July 1966 (*Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 WLR 1234). According to Lord Hope, the Practice Statement

provided that the House of Lords (now the UKSC) would treat its former decisions as normally binding on itself but that it would depart from a previous decision “where it appears right to do so”. However, in announcing this new practice, Lord Gardiner immediately qualified this phrase by stating that the House of Lords would “bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law”. There is no hard and fast rule as to how this test is applied⁶⁴ although a number of relevant considerations have been identified in case law and academic discussion over the years.

In his research published in the early 1980s, Professor Alan Paterson⁶⁵ listed seven criteria that Lord Reid articulated in a series of cases between 1966 and 1975 that relate to how the House of Lords should use its new freedom to depart from its previous decisions and which appear still to be used to this day by the UKSC:

1. The freedom granted by the 1966 Practice Statement, ought to be exercised sparingly (the “use sparingly” criterion).⁶⁶

2. A decision ought not to be overruled if to do so would upset the legitimate expectations of people who have entered into contracts or settlements or otherwise regulated their affairs in reliance on the validity of that decision (the “legitimate expectations” criterion).⁶⁷

3. A decision concerning questions of construction of statutes or other documents ought not to be overruled except in rare and exceptional cases (the “construction” criterion).⁶⁸

4. (a) A decision ought not to be overruled if it would be impracticable for the Lords to foresee the consequences of departing from it (the “unforeseeable

is “part of the established jurisprudence relating to the conduct of appeals” and “has as much effect in [the Supreme] Court as it did before the Appellate Committee in the House of Lords”: *Austin v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark* [2010] UKSC 28, paras. [24]-[25].

⁶⁴ David Feldman, “Departing from Retained EU Case law”, <https://ukconstitutionallaw.org/2021/01/11/david-feldman-departing-from-retained-eu-case-law/>, 28.09.2021.

⁶⁵ Alan Paterson, *The Law Lords*, Macmillan, London, 1982, 156-157.

⁶⁶ *Jones v. Secretary of State for Social Services* [1972] A.C. 944, 966.

⁶⁷ *Ross Smith v. Ross Smith* [1963] A.C. 280, 303; *Birmingham Corporation v. West Midland Baptist (Trust) Association* [1970] A.C. 874; *Indyka v. Indyka* [1969] 1 A.C. 33, 69.

⁶⁸ See *Jones v. Secretary of State for Social Services*, loc. cit., 966. His reasoning was that since such questions could frequently go either way it was difficult to say positively that one construction was right and another was wrong. In such circumstances, he implied that it was better to stick to one interpretation than to chop and change every few years as the composition of the House varied.

consequences” criterion).⁶⁹ (b) A decision ought not to be overruled if to do so would involve a change that ought to be part of a comprehensive reform of the law. Such changes are best done “by legislation following on a wide survey of the whole field” (the “need for comprehensive reform” criterion).⁷⁰

5. In the interest of certainty, a decision ought not to be overruled merely because the Law Lords consider that it was wrongly decided. There must be some additional reasons to justify such a step (the “precedent merely wrong” criterion).⁷¹

6. A decision ought to be overruled if it causes such great uncertainty in practice that the parties’ advisers are unable to give any clear indication as to what the courts will hold the law to be (the “rectification of uncertainty” criterion).⁷²

7. A decision ought to be overruled if, in relation to some broad issue or principle, it is not considered just or in keeping with contemporary social conditions or modern conceptions of public policy (the “unjust or outmoded” criterion).⁷³

The UKSC (like its predecessor, the House of Lords) very rarely uses its power to overrule its previous cases on the grounds of legal certainty and the continuity of existing legal relations. Both courts have consistently stated that this is a power to be exercised with great caution. As Lord Bingham of Cornhill said in *Horton v Sadler*:⁷⁴ “Over the past 40 years the House has exercised its power to depart from its own precedent rarely and sparingly. It has never been thought enough to justify doing so that a later generation of Law Lords would have resolved an issue or formulated a principle differently from their predecessors”. Indeed, this reticence in overturning precedent chimes well with the UK Government’s intention in the *White Paper* that preceded the

⁶⁹ *Steadman v. Steadman* [1976] A.C. 536, 542.

⁷⁰ *Myers v. DPP* [1965] A.C. 1001, 1022; *Cassell & Co. Ltd v. Broome (No.2)* [1972] A.C. 1136, 1086; *Haughton v. Smith* [1975] A.C. 476, 500.

⁷¹ As Lord Reid emphasised in *R. v. Kneller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd.* ([1973] A.C. 435, 455), the Practice Statement “does not mean that whenever we think that a previous decision was wrong we should reverse it. In the general interest of certainty in the law we must be sure that there is some very good reason before we so act”. He accordingly refused to overturn the decision in *Shaw v. Director of Public Prosecutions* ([1962] A.C. 220) that had recognised an offence of conspiracy to corrupt public morals. This was in spite of the fact that he himself had been in the minority in *Shaw* and made plain his continued disagreement with the decision.

⁷² See *Jones v. Secretary of State for Social Services*, loc. cit., 966; *Oldendorff & Co. GmbH v. Tradax Export S.A.* [1974] A.C. 479, 533, 535.

⁷³ See *Jones v. Secretary of State for Social Services*, loc. cit.; and more generally his *dicta* in *Conway v. Rimmer* [1968] A.C. 910, 938; *Indyka v. Indyka*, loc. cit.; *British Railways Board v. Herrington* [1972] A.C. 877.

⁷⁴ *Horton v. Sadler* [2006] UKHL 27, para. [29] in a passage cited as continuing to be applicable by Lord Wilson in *Peninsula Securities Ltd v. Dunnes Stores Ltd. (Bangor) Ltd.* [2020] UKSC 36, para. [49], two decisions in which the power to depart from a previous precedent was exercised.

EUWA in which it clearly stated⁷⁵ that it would expect the UKSC to “take a similar, sparing approach to departing from [nationalised] CJEU case law”. While the list of relevant courts has been extended, it is likely that they will exercise restraint, especially in view of the fact that the UKSC (and, where relevant, the HCJ) will maintain a final say over any appeal from a lower court against its decision not to follow such a retained CJEU case precedent.

How would this work in practice?

Under the terms of the EUWA, then, even if the CJEU itself departs from its own case law after 2020, all other British courts will remain bound by retained EU case law unless and until the UKSC or another designated court decides otherwise.⁷⁶

This means⁷⁷ that British courts, in practice, are likely to follow pre-2021 CJEU rulings, except and to the extent that the UK Parliament or Government modify retained EU law. However, even if such modification were to be made, the EUWA further provides⁷⁸ that that amended retained EU law can still be interpreted by using pre-2021 CJEU rulings if doing so would be “consistent with the intention” of such modification. Assessing the “intention” of the UK Parliament or Government of those modifications is ultimately a task for statutory interpretation by the courts, as Lord Bingham stated in *Quintavalle*:⁷⁹

“The basic task of the court is to ascertain and give effect to the true meaning of what Parliament has said in the enactment to be construed.... Every statute other than a pure consolidating statute is, after all, enacted to make some change, or address some problem, or remove some blemish, or effect some improvement in the national life. The court’s task, within the permissible bounds of interpretation, is to give effect to Parliament’s purpose. So the controversial provisions should be read in the context of the statute as a whole, and the statute as a whole should be read in the historical context of the situation which led to its enactment”.

⁷⁵ Department for Exiting the European Union, *Legislating for the United Kingdom’s withdrawal from the European Union*, Cm 9446, March 2017, para. 2.17.

⁷⁶ EUWA, s. 6(4).

⁷⁷ Graeme Cowie, “The status of ‘retained EU law’”, *House of Commons Library Briefing Paper*, No. 08375, 44: <https://commonslibrary.parliament.uk/content/uploads/2018/07/The-status-of-retained-EU-law.pdf>, 01.10.2021.

⁷⁸ EUWA, s. 6(6).

⁷⁹ *R. v. Secretary of State for Health, ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance)* [2003] UKHL 13, para. [7].

In its task, the court might look not only at the parliamentary history of the modification to the retained EU law to show the intention of the UK Parliament or Government⁸⁰ but also, where appropriate, to the EU official documentation linked to the original, underlying EU law, applying the CJEU's own rules of interpretation.

Post-2020 judicial guidance for departing from retained CJEU case law

The recent decision of the Court of Appeal in *TuneIn Inc. v. Warner Music UK Ltd.*,⁸¹ delivered on 26 March 2021, provides the first senior judicial guidance on the relevant factors that the designated courts are to consider when departing from the CJEU's pre-2021 case law. The appellant operates a global online radio service, providing access to tens of thousands of music radio stations from around the world through its website and apps. It essentially acts as a "one-stop shop" for users wishing to browse, search for and listen to radio stations. It aggregates links to radio station streams, categorises and curates station lists, and recommends stations to users based on their location and other factors.

The respondent companies own or hold the exclusive licences to copyright in sound recordings of music. They sued the appellant for copyright infringement for its use of the streams on which internet radio stations were broadcast, contending that the appellant itself required a licence where it included in its service radio stations that played sound recordings within their repertoires in circumstances where those stations were not licensed for reception in the United Kingdom.

At the heart of the dispute was the key copyright concept of "communication to the public", a term that had been the subject of much debate before the CJEU and regarded in some quarters as being unsatisfactory. On appeal from the High Court, the appellant unsuccessfully invited the Court of Appeal to depart from the CJEU case law on "communication to the public". Of interest to the present discussion on the application of retained EU law, the Court of Appeal's reasoning in *TuneIn* provides an insight into when it will refuse to exercise its discretion to depart from retained CJEU case law. Arnold LJ set down eight reasons for refusing the appellant's invitation to depart:⁸²

1. There had been no change in the domestic legislation (i.e., retained EU law) so the language used was the same as that considered previously by the CJEU.⁸³

⁸⁰ *Pepper v. Hart* [1992] UKHL 3.

⁸¹ *TuneIn Inc. v. Warner Music UK Ltd.* [2021] EWCA Civ. 441.

⁸² *Ibidem.*, paras. [77]-[89].

⁸³ *Ibidem.*, para. [78].

2. There had been no change in the international legislative framework that was relevant in circumstances where the EU law in question gave effect to other international law obligations. As Arnold LJ stated:⁸⁴ “[G]iven that the issue is regulated by international treaties, courts of the Contracting States should be striving for consistency of interpretation, rather than unilaterally adopting their own interpretations”.

3. The interpretation of the relevant provision (viz., whether hyperlinking amounted to “communication to the public”) was “a difficult task” as there was no guidance in the legislation and there was a conflict in rationale. In such circumstances, the domestic court should more readily defer to the CJEU that⁸⁵ “has unrivalled experience in confronting this issue in a variety of factual scenarios. Moreover, it has developed and refined its jurisprudence over time”.

4. Distinguished academic commentary went both ways and that favoured maintaining the status quo.⁸⁶ The implication here is that the Court of Appeal might be more likely to depart from CJEU case law where academic criticism is wholly or perhaps mainly critical of such decisions.

5. Cases from other courts in countries such as Australia, Canada and the USA were materially irrelevant because⁸⁷ “the statutory framework differs in those countries and the case law cannot be said to offer settled or consistent guidance on the questions which confront the Court”. The implication was that the Court of Appeal might be more likely to depart from CJEU case law where comparable international situations existed where those other courts took a different view from the CJEU on the same or similarly-worded provisions.

6. Returning to “the drawing board and [starting] all over again ... would create considerable legal uncertainty”, for little purpose where the appellant’s own interpretation anyway might not provide it with a clear defence to an infringement in any case.⁸⁸

7. It was not sensible to depart from one CJEU case and not the remaining, later cases.⁸⁹

8. The principal, substantive reason given for departing from the established CJEU case law was weak and it was not clear that abandoning the CJEU’s approach

⁸⁴ *Ibidem.*, para. [79].

⁸⁵ *Ibidem.*, para. [80].

⁸⁶ *Ibidem.*, para. [81].

⁸⁷ *Ibidem.*, para. [82].

⁸⁸ *Ibidem.*, para. [83].

⁸⁹ *Ibidem.*, para. [87].

would assist the appellant because principles set out in other CJEU cases were enough to determine the issues against it. In addition, an alternative conclusion might be that linking to any content – that had been posted without the requisite consent of the right holder – would be an infringement.⁹⁰

Although Sir Geoffrey Vos, MR agreed that the Court of Appeal should not depart from the retained EU case law, he preferred to confine himself to fewer reasons than those given by Arnold LJ⁹¹ and instead gave two,⁹² viz.: (1) This was an area of law that derived from international treaties and that⁹³ “courts of the states that accede to such treaties should, wherever possible, be striving to achieve harmonious interpretation of them, not individualistic disharmony”. The practical lesson for those trying to maintain CJEU case law was to consult the recitals of the retained EU law in question in order to see, e.g., if it were intended to implement an international treaty; and (2) The CJEU’s approach to the law of infringement of copyright by communication to the public⁹⁴ was “neither impeding nor restricting the proper development of the law, nor is it leading to results which are unjust or contrary to public policy”. He therefore noted that it would be both “unnecessary and undesirable” for the Court of Appeal to depart from retained EU law in this case as “to do so would create legal uncertainty for no good reason”.

POSSIBLE EFFECT OF POST-2020 CJEU RULINGS AFTER WITHDRAWAL

Post-2020 CJEU rulings as “persuasive authority”

Although bound to follow pre-2021 CJEU cases as precedent (binding) authority unless otherwise determined by the relevant, designated courts, British courts are “not bound by any principles laid down, or any decisions made on or after” the end of 2020 by the CJEU.⁹⁵ However,⁹⁶ such courts “may have regard to anything done on or after [31 December 2020] by the European Court, another EU entity or the EU so far as it is relevant to any matter before the court or tribunal”.

⁹⁰ *Ibidem.*, para. [88].

⁹¹ *Ibidem.*, para. [196].

⁹² *Ibidem.*, para. [197].

⁹³ *Ibidem.*, para. [198].

⁹⁴ *Ibidem.*, paras. [201]-[202].

⁹⁵ EUWA, s. 6(1)(a).

⁹⁶ EUWA, s. 6(2), subject to EUWA, s. 6(1) and (3)-(6).

In this context, post-2020 CJEU rulings⁹⁷ would be regarded as persuasive authority as previously alluded to by Lord Neuberger, UKSC President, in the *Miller* judgment.⁹⁸

Under the common law doctrine of precedent⁹⁹, a persuasive authority¹⁰⁰ is a judgment of one court that another court may but does not have to apply when deciding a case before it: for example, the decision of a foreign court may be regarded as persuasive authority for a British court. In practice, to the extent that questions of legal principle or substance are sufficiently analogous, courts in the three jurisdictions of the United Kingdom (England and Wales; Scotland; and Northern Ireland) regularly refer to each other's judgments as persuasive authority in resolving cases before them. In a similar fashion, these British courts can further take into account as persuasive authority the case law of other (especially common law) countries, particularly Australia, Canada, Ireland, New Zealand and the United States of America. Consequently, while decisions from these jurisdictions are not binding on British courts, they carry great weight judicially speaking and are a frequent source of inspiration for cases in the UK as persuasive authority¹⁰¹.

The wording of the EUWA¹⁰² can in fact be seen as providing a “two-step” test to allow a UK court to make the determination of whether or not to follow a post-2020 ruling of the CJEU.

The requirement to “have regard to” CJEU case law

The meaning of the phrase “have regard to” was analysed in 2015 in the England and Wales High Court in the *Oratory School* case. That case involved a requirement for a faith-based school “to have regard to” Diocesan Guidance on faith-based school admissions. The judge in that case, Cobb, J., reviewed the relevant precedents and concluded:¹⁰³

⁹⁷ D. Lloyd Jones, *op. cit.*, 17-18.

⁹⁸ *Miller*, *loc. cit.*

⁹⁹ Rupert Cross, Jim W. Harris, *Precedent in English Law*, 4th ed., Clarendon Press, Oxford, 1999, 4-5.

¹⁰⁰ H. Patrick Glenn, “Persuasive Authority”, *McGill Law Journal*, vol. 32, Montreal, 1987, 261.

¹⁰¹ Elaine Mak, “Why do Dutch and UK Judges cite Foreign Law?”, *Cambridge Law Journal*, vol. 70, No. 2, 2011, 420; Keith Stanton, “Comparative Law in the House of Lords and Supreme Court”, *Common Law World Review*, vol. 42, No. 3, 2013, 269.

¹⁰² P. Craig, *op. cit.*, 124.

¹⁰³ R. (*on the application of The Governing Body of the Oratory School*) v. *The Schools Adjudicator* [2015] EWHC 1012 (Admin.), paras. [58]-[59], para. [61].

“‘have regard’ ... [means] take the ... Guidance into account and if they decide to depart from it, they must have and give ‘clear reasons’ for doing so ... ‘have regard to’ involves a greater degree of consideration than merely to ‘consult’ ... but plainly does not mean ... ‘follow’, or ‘slavishly obey’... I would add that the ‘clear reasons’ referred to ... must in my judgment objectively be proper reasons, or legitimate reasons.

In considering whether a Governing Body has ‘had regard’ to the Diocesan Guidance, it needs to demonstrate that it has considered and engaged with the Guidance, not ignored it, or merely paid lip-service to it. The reasons plainly do not need to be documented ... but it is preferable if they are. The Governing Body must further have a proper evidential basis for its decision to depart from the Diocesan Guidance....

... As for the evaluation of the reasons for departing from the Guidance, in my judgment a Schools Adjudicator should: ‘...scrutinise the reasons given by the [addressee] for departure [from the Code] with the intensity which the importance and sensitivity of the subject matter requires’ (per Lord Bingham in *Munjaz* [[2005] UKHL 58,] at [21]). Where an admission authority departs from the Diocesan Guidance in a significant or extensive way, then plainly the scrutiny which will be brought to bear upon its reasoning will be greater than if the departure is minimal”.

Cobb, J. further said that when considering when and how a decision-maker could depart from guidance or a code to which it must have regard, the legislative background or context of the document under consideration was important. Greater deference would have to be paid to guidance that had, through consultation and parliamentary sanction, the force of statutory guidance. In the later House of Lords case of *Munjaz*, statutory guidance was issued concerning the admission, detention and treatment in state hospitals of those suffering from mental disorder. Lord Bingham said:¹⁰⁴

“It is in my view plain that the Code does not have the binding effect which a statutory provision or a statutory instrument would have. It is what it purports to be, guidance and not instruction. But the matters relied on by Mr. Munjaz show that the guidance should be given great weight. It is not instruction, but it is much more than mere advice which an addressee is free to follow or not as it chooses. It is guidance which any hospital should consider with great care, and from which it should depart only if it has cogent reasons for doing so... In reviewing any challenge to a departure from the Code, the court should

¹⁰⁴ *R. v. Ashworth Hospital Authority (now Mersey Care National Health Service Trust), ex parte Munjaz* [2005] UKHL 58, par. [21].

scrutinise the reasons given by the hospital for departure with the intensity which the importance and sensitivity of the subject matter requires”.

Due to the prestige and considerable case law already amassed by the Luxembourg Court, the test to justify departure from future EU case law might be at the higher end of the deference scale meaning that CJEU rulings made after UK withdrawal would be accorded great respect by the British courts. The duty to “have regard to” post-2020 CJEU judgments would therefore appear to give considerable weight to them in the decision-making practices of British courts.

The requirement of “relevant” CJEU case law

In order to determine whether a post-2020 CJEU ruling was “relevant”, British courts are likely to evolve a test for relevancy in this situation in order to reduce their exposure to further appeal or political approbation.¹⁰⁵ Within the context of possible differences in scope and purpose between the EU law and the (UK) retained EU law, such test would need to address a number of matters, for example:

(a) whether the (underlying) EU law provision at issue (to be applied and/or interpreted) had been repealed or amended since 2020 and the extent of that repeal or amendment. It would thus be necessary to consider whether the repealed provision was replaced by a provision with the same or similar wording or not at all. Amendments would also be likewise subject to a consideration as to scope and wording;

(b) whether the linked (UK) retained EU law had itself been subject to amendment since 2020 and the extent of such amendment. It would be necessary for the court to consider how far the provision of the amended (UK) retained EU law had departed from the (underlying) EU law provision;

(c) the extent to which the new (post-2020) CJEU ruling developed EU law or its own pre-2021 case law. Consideration would need to be had to a range of matters as to whether or not the new ruling: (i) clarified the meaning of the provision at issue; (ii) represented an obvious and natural development of the CJEU’s established (pre-2021) case law or, on the contrary, amounted to a novel interpretation of the relevant EU law provision or even the overruling of previous and long-established CJEU case law; (iii) extended a (pre-2021) right, duty or obligation beyond that reasonably foreseeable from the scope or purpose of the retained EU law; or (iv) created

¹⁰⁵ On this point, see the concerns expressed by outgoing UKSC President Lord Neuberger: Clive Coleman, “UK judges need clarity after Brexit – Lord Neuberger”, *BBC News online*, <https://www.bbc.com/news/uk-40855526>, 28.09.2021.

in effect a new right, duty or obligation under EU law in which circumstance it would likely be a matter that would fall outside ambit of the retained EU law.

Possible approach of British courts

Various scenarios could arise in which the British courts would be called upon to apply this two-fold test. For example, if the EU were to pass a new Directive (after UK withdrawal) that consolidated or incorporated the provisions of a pre-2021 Directive but did not amend them (i.e., there was no effect on retained EU law), the UK courts would still be bound by the pre-2021 case law and could use new CJEU interpretations of that new Directive vis-à-vis the incorporated provisions of the old one as strong persuasive authority. In another example, if the UK were to voluntarily harmonise its laws to a post-2020 Directive, British courts would not be bound by CJEU interpretations of that new piece of EU secondary legislation as it would not constitute part of retained EU law but they could again use such interpretations as persuasive authority in their decision-making.

In any event, under the terms of *Munjaz*, the “cogent reasons” for departure from a relevant CJEU case would be subject to judicial scrutiny, the intensity of which would match the importance and sensitivity required by the subject matter of the case. While departure from post-2020 CJEU case law would therefore be possible (as persuasive authority), this would have to be clearly explained and justified and the more significant the departure the greater the scrutiny. Parties to UK cases would likely make arguments on why CJEU case law should (or should not) be regarded as relevant and the UK court would no doubt have to explain, and record, why it had (or had not) accepted such arguments. Whether the new requirements had been properly complied with could therefore become an important feature of British cases, with the reasons being subject to ultimate appeal to the UKSC or HCJ, depending on the subject matter.

First judicial guidance on use of post-2020 CJEU rulings

In the Court of Appeal case discussed above, *TuneIn v. Warner*,¹⁰⁶ Arnold, LJ, discussed what weight, if any, should be given to a case decided by the CJEU after 2020, *VG Bild*.¹⁰⁷ In his judgment, he stated:¹⁰⁸

¹⁰⁶ *TuneIn*, loc.cit.

¹⁰⁷ Case C-392/19 *VG Bild-Kunst v. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, EU:C:2021:181.

¹⁰⁸ *TuneIn*, loc. cit., para. [91].

“In my judgment, it is highly persuasive for the following reasons. First, it is one of 25 judgments on the topic of communication to the public, the other 24 of which constitute retained EU case law and which I have already concluded that this Court should not depart from. Secondly, it builds upon and further refines the CJEU’s previous jurisprudence. Thirdly, it is a decision of the Grand Chamber. Fourthly, it concerns hyperlinking and therefore is directly relevant to the issues in the present case. Fifthly, it addresses the relationship between the CJEU’s earlier decisions in *Svensson* and *Renckhoff*, which, as discussed below, the judge perceived to be in conflict with each other”.

For Arnold, LJ, then, such factors would assist future domestic courts in their duty to consider whether or not to have regard to a post-2020 ruling of the CJEU, bringing in a link between relevancy and persuasiveness.¹⁰⁹ For her part, Rose, LJ (as she then was) agreed¹¹⁰ with her fellow judges on the Court of Appeal in *TuneIn* but raised her own note of caution as to how British courts “may have regard” to cases like the CJEU in its *VG Bild* ruling and other future CJEU decisions that were not binding on domestic courts, stating:¹¹¹

“My concern is that the ability of a court or tribunal in the coming years to have regard to such future CJEU judgments should not be hindered by the fact that the pre-existing, retained law has been described in a judgment of this court, even though a decision of this court would, in general, be binding on that court or tribunal. The application of section 6(2) of the 2018 Act has yet to be fully worked out by courts and tribunals. It would be better, in my judgment, to avoid restating the CJEU’s principles in domestic judgments where they are not strictly on point since it creates a risk of confusing the status of such principles in our domestic law. So for example, in this rapidly evolving area of the law, it is entirely possible that a future judgment of the CJEU will revisit what was said in *Bezpečnostní* about graphic user interfaces. The present appeal does not engage that case law. If the CJEU were to deliver such a judgment, a court or tribunal hearing a future case about such interfaces should not be discouraged from “having regard” to that later CJEU judgment by the fact that this court has stated the law as described in [57] of *Bezpečnostní* in this tour d’horizon of the law as it currently stands”.

¹⁰⁹ This link was already made and explored in Paula Giliker, “Interpreting retained EU private law post-Brexit: Can commonwealth comparisons help us determine the future relevance of CJEU case law?”, *Common Law World Review*, vol. 48, Nos. 1-2, 2019, 15, 18, 30-37.

¹¹⁰ *TuneIn*, loc. cit., para. [184].

¹¹¹ *TuneIn*, loc. cit., para. [183].

In her opinion, then, Arnold LJ's extensive analysis and review in *TuneIn* of the relevant CJEU case law in this area¹¹² should not be regarded by British courts as the final word on the matter. Instead, British courts should be unfettered in consideration of their use of later CJEU rulings in this field in order to assist them in their decision-making.

CONCLUSION

Despite the political upheavals caused by Brexit, this article has shown that, in practical terms, the whole process of domestic legal disengagement from the EU has proceeded on the basis of the respect for the principle of legal certainty. Both the UK executive and legislature understood implicitly that a drastic rupture with EU law would have ostensibly left large tracts of the UK legal system(s) devoid of regulation, having uprooted EU law from its legislative landscape and not replanted domestic law in its stead. By means of the EUWA, the UK statutorily "domesticated" or "nationalised" EU law in general and CJEU case law in particular so that they will continue to influence the work of domestic courts, as British judges work through the legal implications of EU withdrawal and its consequent legal changes.

On the one hand, British courts have continued to follow pre-2021 CJEU rulings, at least to the extent that retained EU law does not "consciously diverge" from EU law itself.¹¹³ The provisions of the EUWA (as amended) will therefore continue to allow the British courts to rely on the significant body of retained CJEU case law that interprets retained EU law. CJEU case law will accordingly remain influential in the short to medium term, due to the similarity of the substantive provisions of UK and EU law. Legal certainty and the restrictive approach of UK superior courts in departing from previous precedent case law will also continue to ensure that the study of CJEU retained case law will be required learning for future lawyers and judges.

On the other hand, British courts are no longer strictly bound to follow the approach of post-2020 CJEU rulings and possess greater freedom to interpret retained EU law differently from their equivalent EU ones. However, the divergences are presently neither so great nor the CJEU decisions so radical a departure from previous judgments as to support noticeable changes in the attitude of British judges. Even post-2020 CJEU rulings, coming in succession to a long line of pre-2021 cases, can continue to be used as strongly persuasive authority before the British courts as Arnold LJ did with *VG Bild* in his judgment in *TuneIn*.

¹¹² *TuneIn*, loc. cit., paras. [92]-[122].

¹¹³ G. Cowie, op. cit., 45.

Still, over time, as reflected on by Green LJ in *Lipton*, the path of divergence will become more noticeable, especially as the British courts will no longer be able to refer questions on the meaning of EU law to the CJEU, the main guarantor of consistency in interpretation of EU law. Absent a statutorily-required duty of continuing consistency with evolving EU law and CJEU decisions in post-2020 cases, the focus of UK courts will inevitably turn to managing the degree of ongoing and gradual divergence.

Dr ALLAN FRANCIS TATHAM

Vanredni profesor, Univerzitet CEU San Pablo, Madrid

OBEZBEĐENJE PRAVNE SIGURNOSTI U NESIGURNIM VREMENIMA:
ULOGA BRITANSKIH SUDOVA U KONTINUIRANOJ PRIMENI PRAVA
EU POSLE BREKSIT-A

Rezime

Sudska praksa Suda pravde Evropske unije (SPEU) uticaće na britanske sudove i nakon povlačenja iz Evropske unije. Zakonom EU o povlačenju iz 2018. godine u britansko pravo inkorporisana je većina propisa EU i presuda SPEU koje se odnose na Ujedinjeno Kraljevstvo do kraja 2020. godine. Prema odredbama ovog Zakona, sudovi će u budućim presudama i dalje biti vezani presudama SPEU donetim pre 2021. godine (osim ako određeni viši sudovi ne odrede drugačije). Pored toga, iako britanski sudovi neće biti vezani presudama SPEU nakon 2020. godine, Zakon dozvoljava sudovima da ih koriste ako to smatraju prikladnim. Ipak, sudovi imaju malo smernica u pogledu primene diskrecionog prava da koriste te predmete. Polazeći od toga, u radu je izloženo kako će britanski sudovi verovatno primenjivati praksu SPEU nastalu pre ili posle završetka prelaznog perioda i analiziran je uticaj pojedinih novijih odluka britanskih sudova u pogledu ovog pitanja.

Gljučne reči: britanski sudovi, tumačenje prava EU, uticaj prakse SPEU, dejstvo prava EU u trećim zemljama, slučajevi nakon tranzicije

Bibliography

Alder J., *Constitutional and Administrative Law*, 8th edition, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2011.

Coleman C., "UK judges need clarity after Brexit – Lord Neuberger", *BBC News online*, <https://www.bbc.com/news/uk-40855526>.

Cowie G., "The status of 'retained EU law'", *House of Commons Library Briefing Paper*, No. 08375: <https://commonslibrary.parliament.uk/content/uploads/2018/07/The-status-of-retained-EU-law.pdf>.

- Craig P., “Miller, EU law and the UK”, *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, (eds. Elliott M., Williams J., Young A.), Oxford, Hart Publishing, 2018.
- Cross R., Harris J.W., *Precedent in English Law*, 4th edition, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- Department for Exiting the European Union, *Legislating for the United Kingdom’s withdrawal from the European Union*, Cm 9446, March 2017.
- Drake S., “The UK Perspective on the Principle of Consistent Interpretation”, *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts* (ed. Franklin N.K. C.), Cambridge/Antwerp/Chicago, Intersentia, 2018.
- Edwards A., Birch K., Rix J., “A lesson on English law post-Brexit from the Court of Appeal”, *Allen & Overy online*, <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/a-lesson-on-english-law-post-brexit-from-the-court-of-appeal>.
- Explanatory Memorandum to European Union (Withdrawal) Act 2018 (Relevant Court) (Retained EU Case Law) Regulations*, https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2020/9780348213683/pdfs/ukdsiem_9780348213683_en.pdf.
- Explanatory Notes, European Union (Withdrawal) Act 2018, Chapter 16*, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/pdfs/ukpgaen_20180016_en.pdf.
- Feldman D., “Departing from Retained EU Case law”, <https://ukconstitutionallaw.org/2021/01/11/david-feldman-departing-from-retained-eu-case-law/>.
- Forrester I., “European Union Law in the UK after Brexit”, *Judicial Review*, vol. 23, No. 1, 2018.
- Giliker P., “Interpreting retained EU private law post-Brexit: Can commonwealth comparisons help us determine the future relevance of CJEU case law?”, *Common Law World Review*, vol. 48, Nos. 1-2, 2019.
- Glenn H.P., “Persuasive Authority”, *McGill Law Journal*, Vol. 32, Montreal, 1987.
- Horsley T., “Brexit and UK Courts: Awaiting Fresh Instruction”, *The UK after Brexit: Legal and Policy Challenges*, (ed. Dougan M.), Intersentia, Cambridge, 2017.
- Lenaerts K., Van Nuffel P., *European Union Law*, 3rd edition, Sweet & Maxwell, London, 2011.
- Lloyd J. D., “Brexit and the Future of English Law”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49, Wellington, 2018.
- Mak E., “Why do Dutch and UK Judges cite Foreign Law?” *Cambridge Law Journal*, vol. 70, No. 2, 2011.
- Paterson A., *The Law Lords*, Macmillan, London, 1982.
- Stanton K., “Comparative Law in the House of Lords and Supreme Court”, *Common Law World Review*, vol. 42, No. 3, 2013.
- Tatham A.F., “A Remembrance of Things Past: UK Courts and the EU Withdrawal Agreement”, *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije, Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (ur. Tatham A. F., Popović V., Vukadinović Marković J.), Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka/Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2020.

- Tatham A.F., *EC Law in Practice: A Case Study Approach*, HVG-ORAC, Budapest, 2006.
- Tatham A.F., “El acuerdo con Reino Unido. Implicaciones para España”, *Documento de Trabajo: Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, No. 108/2021, RIDEE, Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2021.
- Tatham A.F., *Enlargement of the European Union*, Kluwer Law International, Alphen an den Rijn, 2009.
- Tatham A.F., “The constitutional challenges that the Brexit negotiations have created in the United Kingdom: An overview”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 59, Madrid, 2018.

Article history

Received: 01.10.2021.

Accepted: 20.10.2021.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

JELENA ČERANIĆ PERIŠIĆ

IZAZOVI EVROPSKIH INTEGRACIJA ZEMALJA ZAPADNOG BALKANA DVE DECENIJE NAKON POČETKA PROCESA

Još od Samita u Solunu 2003. godine Evropska unija izražava podršku evropskoj perspektivi regiona Zapadnog Balkana. Ipak, od tada do danas samo je jedna zemlja postala članica EU – Republika Hrvatska. Stoga se nameće pitanje da li se uzroci za ovakvu „dinamiku“ pristupanja vezuju isključivo za unutrašnje prilike u zemljama Zapadnog Balkana ili bi ih trebalo potražiti još negde. U protekle dve decenije u samoj EU situacija se promenila. Osim što je broj država članica gotovo udvostručen, EU se suočila sa nizom problema, počevši od svetske ekonomske krize, migrantske krize, Breksita, pa do globalne pandemije izazvane virusom Kovid 19. Unija je takođe spoznala da bi i u samom procesu pristupanja trebalo nešto izmeniti. Stoga je u februaru 2020. godine predložena nova metodologija proširenja EU pod nazivom „Ubrzanje procesa pristupanja – kredibilna perspektiva EU za Zapadni Balkan“. Ovaj rad predstavlja pokušaj da se, iz različitih uglova, sagledaju izazovi evropskih integracija zemalja Zapadnog Balkana u proteklih dvadeset godina – kroz prizmu izazova sa kojima se suočava sama EU, izazova sa kojima se susreću zemlje Zapadnog Balkana, kao i izazova nove metodologije proširenja EU.

Ključne reči: Zapadni Balkan, evropske integracije, Evropska unija, izazovi, nova metodologija proširenja

Prof. dr Jelena Čeranić Perišić, naučni savetnik Instituta za uporedno pravo, Beograd,
e-mail: ceranicj@gmail.com.

U V O D

Odnosi između Evropske unije i zemalja Zapadnog Balkana¹ intenzivirani su krajem devedesetih godina 20. veka, kada je počeo da se primenjuje proces ili politika stabilizacije i pridruživanja. Proces stabilizacije i pridruživanja predstavlja pravno politički okvir za postepeno partnerstvo između treće države i Evropske unije koje je u početku zasnovano na kombinaciji trgovačkih povlastica i ugovornog odnosa institucionalizovanog u sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju (SSP).² Na Samitu održanom u Solunu 2003. godine Evropska unija i njene države članice izrazile su nedvosmisleni podršku evropskoj perspektivi regiona Zapadnog Balkana.³

Uprkos tome, od tada do danas samo je jedna zemlja iz regiona Zapadnog Balkana pristupila Evropskoj uniji. Republika Hrvatska postala je punopravna članica EU 1. jula 2013. S obzirom na ovakvu „dinamiku“ pristupanja, nameće se pitanje zašto je za skoro dve decenije samo jedna zemlja iz regiona pristupila EU i da li bi uzroke za to trebalo tražiti samo na strani zemalja Zapadnog Balkana? Pokušaćemo da ovu situaciju sagledamo malo šire.

Naime, nezavisno od svih unutrašnjih izazova sa kojima su se u proteklih dve decenije suočavale zemlje iz regiona Zapadnog Balkana, činjenica je da se u tom periodu i u samoj Evropskoj uniji dosta toga promenilo. Pre svega promenio se broj država članica. Evropska unija je od početka novog milenijuma do danas prošla kroz tri talasa proširenja (2004. godine, 2007. godine i 2013. godine) i broj država članica je gotovo udvostručen. Osim povećanja broja zemalja koji je u velikoj meri uticao na funkcinisanje institucija EU, Unija se susrela i sa nizom najrazličitijih problema, počevši od ekonomske krize, migrantske krize, Breksita, pa do globalne pandemije izazvane virusom Kovid 19.

Ipak, nezavisno od navedenih faktora koji posredno utiču i na politiku proširenja, Evropska unija je, uzimajući u obzir dinamiku pristupanja zemalja Zapadnog Balkana, spoznala da bi nešto trebalo promeniti u samom procesu pregovaranja.

¹ Političko-geografski pojam Zapadnog Balkana obuhvata novoformirane države bivše SFRJ, izuzimajući Sloveniju, a uključujući Albaniju. Zapravo, institucije EU upotrebljavaju termin Zapadni Balkan kako bi označile područje Balkana koje uključuje zemlje koje nisu članice EU. Danas su to: Srbija, Crna Gora, Severna Makedonija, Bosna i Hercegovina i Albanija. Svojevremeno je ovaj termin obuhvatao i Hrvatsku, ali je ona 2013. godina postala punopravna članica EU.

² Radovan Vukadinović, Jelena Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 401-411.

³ Thessaloniki Declaration, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/PRES_03_163, 25.09.2021.

Savet EU je na sastanku održanom u novembru 2019. godine doneo odluku da bi trebalo preispitati efikasnost pregovora o pristupanju i eventualno ih reformisati.

Postupajući u skladu sa odlukom Saveta, Evropska komisija je 5. februara 2020. predložila Evropskom parlamentu, Savetu, Ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona određene izmene u pogledu pregovora za zemljama Zapadnog Balkana. Predložene izmene objedinjene su u okviru nove metodologije proširenja EU i sadržane u dokumentu pod nazivom „Ubrzanje procesa pristupanja – kredibilna perspektiva EU za Zapadni Balkan“.⁴

Nova metodologija proširenja EU zamišljena je kao instrument za prevazi- laženje zastoja u procesu proširenja EU. Povod za njeno donošenje bio je nemo- gućnost Saveta da otvori pregovore sa Severnom Makedonijom i Albanijom.⁵ Ipak, uzroci za njeno donošenje mnogo su dublji, o čemu će, između ostalog, biti reči u ovom radu.

Dakle, u proteklih dvadeset godina zemlje Zapadnog Balkana se u procesu evropskih integracija susreću sa nizom najrazličitijih izazova. Neki od njih refleksi su unutrašnjih prilika u Evropskoj uniji, a neki su inherentni prilikama u samim zemljama iz regiona. Ova lepeza izazova sa kojima se suočavaju zemlje Zapadnog Balkana u procesu evropskih integracija može se danas posmatrati na tri nivoa. Prvo kroz prizmu izazova sa kojima se suočava sama Evropska unija, nezavisno od politike proširenja. Drugo, kroz prizmu izazova sa kojima se susreću zemlje Zapadnog Balkana. I treće, kroz prizmu izazova koji proističu iz nove metodologije proširenja EU i instrumenata koje ona predviđa. Svi ovi izazovi procesa evropskih integracija povezani su i međusobno uslovljeni, tako da se ne mogu analizirati izo- lovano, već u sadejstvu, tj. kao deo mozaika.

Shodno tome, ovaj rad predstavlja pokušaj da se, iz različitih uglova, osvetle izazovi evropskih integracija zemalja zapadnog Balkana dve decenije nakon počet- ka procesa. Najpre će biti razmotreni izazovi sa kojima se suočava sama Evropska unija. Nakon toga biće predstavljeni izazovi sa kojima se susreću zemlje Zapadnog Balkana, sa fokusom na one izazove koji su zajednički svim zemljama, bez detalj- nog ulaženja u pojedinačne prilike u svakoj od njih, jer bi to prevazilazilo okvire ovog rada. Naposljetku biće ispitani izazovi nove metodologije proširenja EU, pre svega posmatrano kroz prizmu efikasnosti predviđenih instrumenata.

⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accessi- on process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 25.09.2021.

⁵ Otvaranju pregovora usprotivila se Francuska. Pored toga, protiv otvaranja pregovora sa Albanijom bile su i Danska i Holandija.

IZAZOVI SA KOJIMA SE SUOČAVA EVROPSKA UNIJA

Evropska unija se u poslednjih dvadeset godina suočava sa nizom problema koji utiču na njene unutrašnje prilike, a samim tim i na politiku proširenja. Najpre je bitno napomenuti da su se u protekle dve decenije odigrala tri talasa proširenja EU, od čega je onaj iz 2004. godine najobimniji u istoriji evropskih integracija. Godine 2008. Uniju je zahvatila najveća kriza od njenog osnivanja. Kriza koja je počela kao ekonomska vrlo brzo se proširila zahvativši sve ostale segmente privrede i društva. I dok je pokušavala da nađe izlaz iz ove krize, EU je 2015/16. godine sačekala migrantska kriza koja se smatra najvećom svetskom izbegličkom krizom našeg vremena. U sred migrantske krize, EU se suočava sa još jednom, do tada, nepoznatom situacijom, a to je da jedna država članica odlučuje da izađe iz EU. Breksitu i ostalim izazovima se, početkom 2020. godine, pridružila i globalna pandemija izazvana virusom Kovid 19 koja i dalje traje.

S obzirom na to da kriza EU zapravo uključuje nekoliko različitih ali povezanih kriza, često se naziva i poli-kriza. Svaka komponenta, tj. aspekt ove poli-krize kompleksan je na svoj način, i nijedna od tih kriza nije suštinski prevaziđena. Stoga je sveukupna slika još komplikovanija.⁶

Uzimajući sve ovo u obzir, ne iznenađuje činjenica da su evropski građani izgubili povrenje u strukture EU i uopšte EU kao projekat. Demokratski deficit⁷ predstavlja ozbiljan problem i veliku pretnju za budućnost evropskih integracija.

Proširenja Evropske unije

„Od samog osnivanja prvih Evropskih zajednica bilo je jasno da je ideja povezivanja evropskih država znatno šira od udruživanja šest država po pitanju proizvodnje i prometa ugljem i čelikom. Još tada se radilo o jednoj otvorenoj organizaciji čiji je cilj pre svega ekonomsko povezivanje država zapadne Evrope, a zatim i stvaranje jedinstvenog tržišta sa svim prednostima koje ono donosi. Kasnije su se te ideje proširile i na druge oblike čvrste povezanosti i otvorena su vrata većem broju novih članica.“⁸

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, 344–345.

⁷ Pod demokratskim deficitom se podrazumeva pojava koja označava osećaj građana da se proces integracija odvija bez njihovog učešća i mimo njihove kontrole. Problem demokratskog deficita vremenom je prerastao u opšte nezadovoljstvo evropskih građana koje je rezultiralo porastom evroskepticizma u poslednjih desetak godina. Demokratski deficit jedan je od najvećih i najizazovnijih problema u kontekstu delovanja institucija EU.

⁸ Budimir Košutić, Branko Rakić, Bojan Milisavljević, *Uvod u pravo evropskih integracija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 171.

Pad Berlinskog zida 9. novembra 1989. događaj je koji se smatra početkom ponovnog ujedinjenja Evrope. Naime, došlo je do dezintegracije celog istočnog komunističkog bloka. S jedne strane, tadašnje Evropske zajednice pokazale su spremnost da pomognu državama Centralne i istočne Evrope u njihovim nastojanjima da sprovedu reforme političkog i ekonomskog sistema kako bi ostvarile uspešne integracije u evropske strukture. S druge strane, ove države pokazale su rešenost da, u skladu sa definisanim dugoročnim spoljopolitičkim ciljem pristupanja EU, sprovedu neophodne reforme kako bi obezbedile potpunu modernizaciju društva prema evropskim standardima. Sama Evropska unija prvi put se susrela sa ovakvim tipom proširenja. Osim što je bio u pitanju veliki broj zemalja, to su bile države koje su decenijama imale potpuno drugačije društveno političko uređenje. Takve sisteme trebalo je reformisati u demokratske, ekonomski stabilne i dovoljno konkurentne za integraciju u evropsko tržište. Stoga je proces integracije za države Centralne i istočne Evrope bio veoma zahtevan i dugotrajan.

Dana 1. maja 2004. Uniji je pristupilo deset država: Poljska, Češka, Slovačka, Mađarska, Estonija, Letonija, Litvanija, Slovenija, Kipar i Malta. To je bilo najveće proširenje u istoriji evropskih integracija i Unija je prerasla u regionalnu organizaciju od 25 država članica. Par godina kasnije, 1. januara 2007, Rumunija i Bugarska takođe su postale punopravne članice EU. Naposletku, 1. jula 2013. Hrvatska je pristupila EU. Dakle, Evropske zajednice su od sektorskih regionalnih organizacija koje je činilo šest zemalja prerasle u savez od 28 država članica (toliko je EU brojala zemalja u trenutku pre nego što je Ujedinjeno Kraljevstvo donelo odluku da izađe iz EU).

S obzirom na to da su ove zemlje pre ulaska u EU imale sasvim drugačije političko i ekonomsko uređenje, pripreme za njihov ulazak u EU veoma su iscrpele i samu Uniju. Stoga ne iznenađuje što je već neko vreme u Uniji prisutan i tzv. „umor od proširenja“ (eng. *enlargement fatigue*) kao posledica talasa proširenja u prvoj dekadi 21. veka. Shodno tome, jedan od faktora koji se mora uzeti u obzir u kontekstu evropskih integracija zemalja Zapadnog Balkana jeste želja država članica EU da prihvate zemlje Zapadnog Balkana u zajednicu evropskih naroda.⁹ Ovo je nesumljivo faktor koji utiče na efikasnost politike proširenja EU.

Ekonomska kriza

Svetska ekonomska kriza nije zaobišla ni Evropsku uniju ni njene države članice. Kriza koja je počela kao ekonomska vrlo se brzo proširila, zahvativši i sve ostale segmente privrede i društva. „Još nije definisan jasan put ne samo kako

⁹ Aleksandra Rabrenović, Jelena Čeranić, *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU – prioriteti, problemi, perspektive*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, 301.

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 nepoverenja u funkcionalnost (odnosno disfunkcionalnost), ili nedovoljnu delotvornost organa Unije.¹⁰

Prvih godina krize, države članice prevashodno su se fokusirale na to kako da izbegnu najgore moguće posledice, pribegavajući uglavnom *ad hoc* merama. Zbog toga su u potpunosti zanemarile sprovođenje neophodnih strukturnih reformi i na evropskom i na nacionalnom nivou. Pragmatično gledano, ovo možda jeste racionalan način bavljenja krizom u nedostatku 'priručnika' koji bi donosioci odluka mogli da otvore i dobiju instrukcije.¹¹ Naravno, ovde se mora uzeti u obzir i nedostatak konsenzusa između i unutar država članica EU. Posledica ovakve situacije bila je da je EU mogla samo da konstatuje simptome krize, a ne i da se bori sa njenim brojnim korenima.

Kolateralna šteta prouzrokovana krizom prisutna je na nacionalnom, evropskom i globalnom nivou. Političke ekonomske, socijalne i sociološke posledice krize i dalje ograničavaju sposobnost EU da preduzme pouzdanije mere usmerene na osnovne uzroke krize.¹²

Migrantska kriza

Fenomen masivnog kretanja migranata i izbeglica sa Srednjeg istoka prema Evropi 2015/16. godine smatra se najvećom i najtežom svetskom izbegličkom krizom našeg vremena. Neočekivani talas migranata stavio je evropsku solidarnost na test, kako između zemalja koje ih primaju i onih tranzitnih, tako i prema samim izbeglicama. Iako je neophodnost formulisanja zajedničkog evropskog odgovora prepoznata na samom početku krize 2015. godine, sveobuhvatna zajednička politika je izostala. Odgovor na krizu može se okarakterisati kao disbalans između solidarnosti i bezbednosti.¹³

Nedostatak solidarnosti unutar EU bio je glavni izvor tenzija između država članica EU, ne samo u smislu dovođenja u pitanje budućnosti Šengena, već i u kontekstu šireg negativnog uticaja na koheziju unutar Unije. Čini se zapravo da je podela tereta u vezi sa migrantskom krizom bila lakmus test za evropsku solidarnost.¹⁴

¹⁰ Radovan Vukadinović, „Diferencirana integracija kao spasonosni metod integracije ili dezintegracije“, *Pravna riječ*, br. 39, Banja Luka, 2014, 543.

¹¹ Re-energising Europe, A package deal for the EU27, https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&, 29.09.2021.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Jelena Čeranic Perišić, „Migration and Security – with a Special Emphasis on Serbia as a Transit Country“, *Challenges, risks and threats for security in Europe* (eds. Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner), Zurich, 2019, 51.

Vlade država članica EU nastojale su da efikasno odgovore na krizu, ali je bilo teško postići kompromis zbog dubokih razlika među njihovim stavovima. I dalje su nepomirljiva dva tabora: oni koji tvrde da Evropljani imaju moralnu, ljudsku i pravnu obavezu da podrže one kojima je potrebna pomoć i smeštaj i one koji tvrde da Evropa mora da zaštiti samu sebe od velikog broja ljudi koji pokušavaju da stignu na evropski kontinent.¹⁵

Breksit

Na referendumu održanom 23. juna 2016. biračko telo Ujedinjenog Kraljevstva (UK) izjasnilo se za izlazak iz Evropske unije. S obzirom na to da nijedna zemlja do sada nije „okrenula leđa“ EU, Breksit predstavlja značajan momenat u istoriji evropskih integracija. Breksit se dogodio u trenutku kada se Unija suočava sa višegodišnjom krizom što doprinosi delikatnosti situacije.¹⁶

Postupak napuštanja EU predviđen je prvi put Ugovorom iz Lisabona na jednostavan i jasan način. Svaka država članica može odlučiti da se, u skladu sa svojim ustavnim propisima, povuče iz Unije. Ona svoju nameru saopštava Evropskom savetu. U svetlu orijentacije Evropskog saveta, Unija pregovara i zaključuje sporazum sa tom državom, kojim se utvrđuje način njenog povlačenja, vodeći računa o okviru njenih budućih odnosa sa Unijom. Ugovori prestaju da se primenjuju na dotičnu državu od dana stupanja na snagu sporazuma o njenom povlačenju ili, ako to nije navedeno, dve godine posle dostave obaveštenja.¹⁷

Pregovori između EU i UK o uslovima izlaska, kao i o okviru buduće saradnje, vođeni su pažljivo i detaljno. Pola veka nakon što je UK pristupilo EU, u okviru prvog talasa proširenja početkom sedamdesetih godina 20. veka,¹⁸ ekonomije EU i UK su veoma povezane. Geografska i ekonomska međuzavisnost UK i EU je realnost, drugim rečima, UK može napustiti EU, ali se ne može preseliti iz Evrope.¹⁹ Isto važi i za ekonomske veze između UK i EU.

¹⁵ Re-energising Europe, A package deal for the EU27, https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&, 29.09.2021.

¹⁶ Jelena Čeranić, Mirjana Glantić, „Evropska unija nakon Breksita – sa posebnim osvrtom na kontinentalno partnerstvo kao model za redefinisavanje odnosa između Ujedinjenog Kraljevstva i EU“, *Pravni život*, br. 12, Tom IV, Beograd, 2017, 397.

¹⁷ Čl. 50 Ugovora o Evropskoj uniji (UEU).

¹⁸ Dana 1. januara 1973. Ujedinjeno Kraljevstvo je, zajedno sa Irskom i Danskom, postalo članica Evropske ekonomske zajednice.

¹⁹ Europe after Brexit: A proposal for a continental partnership, <http://bruegel.org/2016/08/europe-after-brexit-a-proposal-for-a-continental-partnership/>, 29.09.2021.

Pregovori o uslovima izlaska UK iz EU završeni su u decembru 2019. godine, a UK zvanično je napustilo EU 31. januara 2020. Ipak, cela ova situacija dodatno je opteretila Evropsku uniju već načetu brojnim problemima.

Pandemija izazvana virusom Kovid 19

Pandemija izazvana virusom Kovid 19 i dalje traje i ima značajan uticaj na sve aspekte života, a sasvim je izvesno da će i vreme nakon ove pandemije biti praćeno velikim promenama u društvenoj stvarnosti – međunarodnom poretku, poimanju i ostvarivanju ljudskih prava i sloboda, funkcionisanju političkog života i političkih institucija, upotrebi savremenih tehnologija u poslovanju, ekonomskim tokovima i preferencijama ljudi, načinu obavljanja različitih poslova i delatnosti javnih službi itd.²⁰ Naravno i sam proces evropskih integracija biće praćen određenim promenama.

Uprkos tome što EU i dalje formalno podržava evropsku perspektivu regiona Zapadnog Balkana, poslednjih godinu i po dana, tačnije od početka pandemije, fokus EU i zemalja Zapadnog Balkana je na drugim temama, pre svega onim koje su u neposrednoj vezi sa pandemijom. Upravo u tom svetlu bi trebalo posmatrati i (ne)dinamiku procesa evropskih integracija zemalja Zapadnog Balkana u 2020. i 2021. godini.

IZAZOVI SA KOJIMA SE SUOČAVAJU ZEMLJE ZAPADNOG BALKANA

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 ispunjenjem 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 i pre nego što se dobije obećana nagrada – članstvo u EU, dok je istovremeno EU ta koja u najvećoj meri jednostrano postavlja uslove.²¹

Zemlje Zapadnog Balkana trenutno se nalaze u različitim položajima u procesu evropskih integracija. Sve one mogu se svrstati u, uslovno rečeno, tri grupe, kategorije. Prvu grupu čine zemlje koje su već otpočele pristupne pregovore. To su Srbija i Crna Gora koje se, na neki način, smatraju liderima u regionu u smislu

²⁰ Vladimir Đurić, Mirjana Glintić, *Pandemija Kovida 19: pravni izazovi i odgovori*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2021, 7.

²¹ Ana Knežević Bojović, Vesna Ćorić, Aleksandra Višekruna, „Spoljašnje uslovljavanje Evropske unije i regulatorni okviri Srbije“, *Srpska politička misao*, br. 3, Beograd, 2019, 234.

da su najnaprednije u procesu evropskih integracija (eng. *Front runners*). U drugoj grupi su zemlje koje još nisu otpočele pristupne pregovore, iako su u martu 2020. godine dobile „zeleno svetlo“ za njihov početak. To su Severna Makedonija i Albanija. I u trećoj grupi je zapravo samo jedna zemlja koja je i dalje potencijalni kandidat za priključenje EU, a to je Bosna i Hercegovina.

U pogledu napretka zemalja Zapadnog Balkana, i 2020. i 2021. godina se mogu okarakterisati kao „tapkanje u mestu“. U prvoj polovini 2020. godine, Hrvatska je preuzela predsedavanje EU u okolnostima pandemije izazvane virusom Covid 19, kao i u vrlo izazovnom političkom okruženju. Ipak, u toku hrvatskog predsedavanja, region Zapadnog Balkana vraćen je u fokus EU, o čemu najbolje svedoči Zagrebačka deklaracija.²² U drugoj polovini 2020. godine, Nemačka je preuzela predsedavanje EU. Predviđeno je da će, uprkos vanrednim okolnostima, izazvanim pandemijom, proces proširenja EU na zemlje Zapadnog Balkana biti nastavljen, a da će dinamika pregovora zavisiti pre svega od reformi u oblasti vladavine prava.²³

Međutim, u toku 2020. godine nije došlo do napretka ni u jednoj od zemalja iz regiona. Srbija nije otvorila nijedno pregovaračko poglavlje, što se nije dogodilo nikada od kada su pregovori otvoreni. U Crnoj Gori, koja jeste otvorila sva pregovaračka poglavlja, takođe nije došlo do pomaka na evropskom putu. Ni u Bosni i Hercegovini nije bilo napretka.

U Severnoj Makedoniji i Albanija situacija je bila specifična. Tokom nemačkog predsedavanja EU, u drugoj polovini 2020. godine, kao jedan od prioriteta definisano je otvaranje pregovora sa ove dve države. Uprkos tome, pregovori nisu otvoreni. Otvaranju pregovora sa Severnom Makedonijom usprotivila se Bugarska, a otvaranju pregovora sa Albanijom Holandija.

Neotvaranje pregovora sa Severnom Makedonijom i Albanijom naišlo je na negativne reakcije, pre svega u ovim zemljama, ali i šire. Ovakva konstelacija na evropskoj političkoj sceni i sve učestalija praksa stavljanja veta na otvaranje pregovora dovode u pitanje čitav koncept procesa evropskih integracija zemalja Zapadnog Balkana, i politike proširenja EU uopšte. Stiče se utisak da se ceo proces uslovljavanja svodi na bilateralne odnose pojedinih zemalja. Dakle, proces proširenja EU na zemlje Zapadnog Balkana zapravo postaje „talac bilateralnih pitanja“.²⁴

²² Zagreb Declaration, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/05/06/zagreb-declaration-6-may-2020/>, 30.09.2021.

²³ <https://www.danas.rs/politika/prosirenje-eu-bice-prioritet-nemackog-predsedavanja-uprkos-pandemiji/>, 30.09.2021.

²⁴ EU enlargement in the Western Balkans hostage of bilateral issues, <https://europeanwesternbalkans.com/2020/12/21/eu-enlargement-in-the-western-balkans-hostage-of-bilateral-issues/>, 30.09.2021.

U 2021. godine situacija se nije promenila ni tokom portugalskog predsedavanja EU u prvoj polovini 2021. godine, a sasvim je izvesno da neće ni tokom slovenačkog predsedavanja EU u drugoj polovini 2021. godine. Pregovori sa Severnom Makedonijom i Albanijom nisu otpočeli. Srbija nije otvorila nijedno pregovaračko poglavlje. Takođe do napretka na evropskom putu nije došlo ni u Crnoj Gori ni u Bosni Hercegovini. Dakle, i 2021. godina se može okarakterisati kao period stagnacije za region Zapadnog Balkana.

IZAZOVI NOVE METODOLOGIJE PROŠIRENJA EU

Nova metodologija proširenja EU doneta je početkom 2020. godine sa ciljem da doprinese prevazilaženju zastoja u procesu evropskih integracija. Shodno tome nova metodologija predviđa četiri kriterijuma: kredibilitet, jače političko usmerenje, dinamiku i predvidljivost.²⁵ Svakom od ovih kriterijuma korespondira jedan ili više pravnih instrumenata za njihovu realizaciju. To su: fokus na osnovne političke reforme, međuvladine konferencije, grupisanje pregovaračkih poglavlja u klustere i mere pozitivnih i negativnih podsticaja.²⁶

Ova metodologija izaziva veliku pažnju naučne i stručne javnosti. Mišljenja su podeljena. Jedan deo smatra da će nova metodologija „oživeti“ proces evropskih integracija zahvaljujući novim pravnim instrumentima koje predviđa. Drugi, pak, tvrde da se suštinski ništa neće promeniti, obrazlažući takav stav činjenicom da nova metodologija ne uvodi nove instrumente, već da je reč o kozmetičkim promenama odavno poznatih instrumenata prava EU, drugim rečima, da su to postojeći instrumenti prava EU samo u „novom ruhu“.²⁷

Novost i efikasnost instrumenata predviđenih novom metodologijom

Što se tiče novosti instrumenata predviđenih novom metodologijom, činjenica je da oni nisu u potpunosti novi. Fokus na vladavini prava u okviru procesa pristupanja ne može se okarakterisati kao novina. Poslednjih godina, u dokumentima Saveta i Komisije koji se tiču Zapadnog Balkana, više puta je isticano da bi fokus u okviru pristupnih pregovora trebalo da bude na vladavini prava.²⁸ U pogledu redovnog

²⁵ Jelena Čeranić Perišić, „Nova metodologija proširenja Evropske unije – instrument za prevazilaženje umora od proširenja EU“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, Tom III, Beograd, 2020, 442–447.

²⁶ *Ibidem*, 447–449.

²⁷ *Ibidem*, 439–440.

²⁸ *Ibidem*, 447–448.

održavanja međuvladinih konferencija, pojedini aspekti ovog instrumenta su već poznati. Ipak, mogućnost da predstavnici zemalja iz regiona učestvuju kao posmatrači na ključnim sastancima EU na teme koje su za njih od suštinskog značaja jeste novina. Što se tiče grupisanja pregovaračkih poglavlja u klastere, ovaj instrument je nesumnjivo nov. Čini se da bi mogao doprineti ubrzanju procesa pregovaranja, ali samo pod uslovom da neka sekundarna pitanja u manje značajnim poglavljima ne „zadržavaju“ ceo klaster.²⁹

Bliža integracija država kandidata u politike, tržište i programe EU

Deo nove metodologije kojim su predviđeni instrumenti pozitivnih i negativnih podsticaja izaziva najveću pažnju naučne i stručne javnosti, pre svega zbog instrumenta bliže integracije.³⁰ Prvi put u istoriji evropskih integracija državama kandidatima za članstvo u EU ponuđena je mogućnost bliže integracije i fazno uključivanje u pojedine politike, tržište i programe EU. Međutim, ni ovaj instrument nije potpuno nov. Naime, bliža integracija može se posmatrati kao jedan od modaliteta diferencirane integracije, fenomena koji je prisutan u EU od njenog osnivanja. U samim Osnivačkim ugovorima, kao i aktima sekundarnog zakonodavstva, mogu se naći brojni slučajevi u kojima je odobran različit položaj državama članicama EU u okviru neke od politika EU. 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.³¹ Koncept diferencirane integracije institucionalizovan je prvi put Ugovorom iz Amsterdama 1997. godine u vidu odredbi o bližoj, pojačanoj, ojačanoj 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.

Članom 20 Ugovora o EU predviđeno je da države koje žele da međusobno uspostave bližu saradnju u okviru nadležnosti koje nisu rezervisane isključivo za Uniju, mogu koristiti institucije Unije i sprovoditi 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.³²

²⁹ *Ibidem*, 448–449.

³⁰ Jelena Čeranić Perišić, „Bliža integracija zemalja Zapadnog Balkana sa Evropskom unijom na osnovu nove metodologije proširenja EU“, *Srpska politička misao*, br. 3, Beograd, 2020, 153–177.

³¹ Alexandar Stubb, *Negotiating Flexibility in European Union: Amsterdam, Nice and Beyond*, Palgrave Macmillan, Paris, 2002, 34–40.

³² Čl. 20, st. 1 Ugovora o Evropskoj uniji.

Ukoliko se napravi poređenje instrumenta bliže integracije predviđenog novom metodologijom proširenja EU sa mehanizmom bliže saradnje predviđenog Osnivačkim ugovorima, može se zaključiti da je *differentia specifica* u tome što se bliža integracija stavlja u izgled, tj. nudi zemljama kandidatima u trenutku kada one nisu članice EU. Drugim rečima, nova metodologija proširenja EU predviđa mogućnost bliže integracije i bez punopravnog članstva u EU.

Uprkos tome što se u tekstu nove metodologije ističe da je bliža integracija samo instrument pozitivnog podsticaja, deo naučne i stručne javnosti izražava rezerve u pogledu intencija ovog instrumenta. Naime, postoji bojazan da se iza ovog instrumenta zapravo skriva ozvaničenje pravnog mehanizma koji omogućava da se države kandidati trajnije zadrže izvan punopravnog članstva u EU, uz opciju bliže integracije i fazno uključivanje u pojedine politike, tržište i programe EU. Stoga se postavlja pitanje da li EU možda na ovaj način, na „mala vrata“, pokušava da uvede tzv. različite kategorije, odnosno klase, članstva u Uniji? Ovime se otvara suštinsko pitanje, a to je da li je bliža integracija zaista samo etapa, faza u procesu pristupanja ili je ona sama sebi cilj? Drugim rečima, da li je perspektiva bliže integracije da diferenciranost bude trajnog, a ne privremenog karaktera?

ZAKLJUČAK

Dve decenije nakon početka procesa evropskih integracija zemalja iz regiona Zapadnog Balkana može se konstatovati da je ovaj proces u stagnaciji, i to ne samo zbog pandemije izazvane virusom Kovid 19. Uzroci za zastoj u evropskim integracijama su brojni. U protekle dve decenije dosta toga se promenilo u samoj EU, uz sve izazove sa kojima su se suočavale zemlje Zapadnog Balkana.

Nova metodologija proširenja EU doneta je sa ciljem da ubrza proces evropskih integracija. Upravo iz tog razloga nova metodologija predviđa niz novih pravnih instrumenata. Iako oni zapravo nisu u potpunosti novi instrumenti prava EU, to nije presudno za njihovu efikasnost. Ukoliko se pravilno primenjuju u praksi, nesumnjivo je da bi oni mogli da doprinesu oživljavanju, pa samim tim i ubrzanju procesa pristupanja.³³ Međutim, nova metodologija doneta je u februaru 2020. godine, dakle samo mesec dana pre početka pandemije. Stoga se u tom kontekstu mora sagledavati i njen uničak.

Pandemija izazvana virusom Kovid 19 uticala je, između ostalog, i na zbivanja na međunarodnoj i evropskoj sceni i društvenu i političku stvarnost uopšte. Uprkos tome što EU i dalje formalno podržava evropsku perspektivu regiona Zapadnog

³³ J. Čeranić Perišić (2020a), 447–450.

Balkana, poslednjih godinu i po dana, tačnije od početka pandemije, fokus EU i zemalja Zapadnog Balkana je na drugim temama, pre svega onim koje su u neposrednoj vezi sa pandemijom. Upravo u tom svetlu bi trebalo posmatrati i (ne)dinamiku procesa evropskih integracija zemalja Zapadnog Balkana u 2020. i 2021. godini.

Prof. Dr. JELENA ČERANIĆ PERIŠIĆ
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

CHALLENGES OF EUROPEAN INTEGRATION OF THE WESTERN BALKAN COUNTRIES TWO DECADES AFTER THE BEGEGNING OF THE PROCESS

Summary

Since the Thessaloniki Summit in 2003, the European Union has expressed the support for the European perspective of the Western Balkans region. Since then, only one country became an EU Member State – Croatia. Therefore, the question arises whether the reasons for this „dynamics“ of accession should be sought regardless of internal challenges of the Western Balkans countries. The situation in the EU has tremendously changed in the past twenty years. In addition to the fact that the number of Member States has almost doubled, the EU has faced the number of problems, from the global economic crisis in 2008, migrant crises, Brexit, to the global pandemic caused by Covid 19. Despite all these factors, the EU has recognized the need that the accession process itself has to be reformed. In February 2020, a new enlargement methodology named „Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans“ was proposed. This paper presents an attempt to analyze, from different angles, challenges of the European integrations of the Western Balkans countries in the past two decades, through the prism of challenges that the EU itself is facing, challenges that the Western Balkans countries are facing, and challenges of a new enlargement methodology.

Key words: Western Balkans, European integrations, European Union, challenges, new enlargement methodology

Literatura

- Čeranić J., Glintić M., „Evropska unija nakon Breksita – sa posebnim osvrtom na kontinentalno partnerstvo kao model za redefinisane odnosa između Ujedinjenog Kraljevstva i EU“, *Pravni život*, br. 12, Tom IV, Beograd, 2017.
- Čeranić 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.
- Čeranić Perišić J., „Migration and Security – with a Special Emphasis on Serbia as a Transit Country“, *Challenges, risks and threats for security in Europe* (eds. Anreas Kellerhals, Tobias Baumgartner), Zurich, 2019.

- Ćeranić Perišić J., „Bliža integracija zemalja Zapadnog Balkana sa Evropskom unijom na osnovu nove metodologije proširenja EU“, *Srpska politička misao*, br. 3, Beograd, 2020.
- Ćeranić Perišić J., „Nova metodologija proširenja Evropske unije – instrument za prevazilaženje umora od proširenja EU“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, Tom III, Beograd, 2020.
- Đurić V., Glintić M., *Pandemija Kovida 19: pravni izazivi i odgovori*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2021.
- Knežević Bojović A., Ćorić V., Višekruna A., „Spoljašnje uslovljavanje Evropske unije i regulatorni okviri Srbije“, *Srpska politička misao*, br. 3, Beograd, 2019.
- Košutić B., Rakić B., Milisavljević B., *Uvod u pravo evropskih integracija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Stubb A., *Negotiating Flexibility in European Union: Amsterdam, Nice and Beyond*, Palgrave Macmillan, Paris, 2002.
- Rabrenović A., Ćeranić J., *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU – prioriteti, problemi, perspektive*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012.
- Vukadinović R., Vukadinović Marković J., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Vukadinović R., „Diferencirana integracija kao spasonosni metod integracije ili dezintegracije“, *Pravna riječ*, br. 39, Banja Luka, 2014.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 10.10.2021.

Prihvaćen: 27.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MATEJA DUROVIC

DUTY OF INFORMATION IN EUROPEAN PRIVATE LAW

In the legal scholarship the pre-contractual duty of information represents a widely discussed and analysed topic. The existence of numerous discussions proves rightly how actual, problematic and complex this legal notion is in reality. However, it is noticeable that these analyses do not approach the duty of information from the same perspectives. Namely, in some of the cases, the duty of information is mentioned in the narrow context of fraud, in the others as a component of good faith, then in the context of misleading omission, etc. Further to this, the rules on the duty of information in private law of EU member states are derived from different levels of sources of law: some come from the European level, such as information duties in directives on consumer protection, and some other come from the national levels, such as fraudulent non-disclosure. This all shows well how the duty of information is not a homogenous term. Therefore, this paper's main goal is to demystify the duty of information and to address all of its meanings as well as the relationship among all of these meanings.

Key words: *duty of information, EU Law, consumer protection, contract law, law and economics*

INTRODUCTION

In this paper, I am going to analyse what are the different meanings of the duty of information and how, why and what for these meanings have developed, i.e. to examine different legal, economic, social, philosophical and cultural factors

Mateja Durovic, LL.M (Cantab.), LL.M (EUI), Ph.D (EUI), Reader in Law, Kings College London, e-mail: mateja.durovic@kcl.ac.uk.

and argumentation that have influenced the development of those meaning. These first steps in my research will help me in finding the answers to two interlinked questions: one of the substantial and the other one of the formal nature. The substantial question is whether among all these meanings there is something that unites all of them, a common core, and if the answer is positive, to show what it is. Answering to this question will prove whether it is only the term ‘duty of information’ that unites these meaning, or there is something much deeper, something substantial that is the same for all of them. The formal question is why the duty of information is a fragmented institution and what were the factors and causes that have influenced its fragmentation with the final purpose to see whether this fragmentation can be cured and, if the answer is positive, to see what are the best possible manners of solving it.

This is why I have called my work the pre-contractual duty of information as the contemporary *Lernaen hydra* since this Greek mythological creature had several heads, but only one body, so these fragmented meanings of the duty of information are those heads, whereas the body should represent the common core, something that unites all of them and they are all protecting, of course if it exists at all which is something I am going to examine. Further to this, the ancient hydra was famous for the fact that once when one of its head was cut, on that place the new heads would grow. I would argue that this is also so true in case of the duty of information. The modern sword that is supposed to cut those heads, but instead of diminishing the number of the heads, it actually just causes more heads to grow, is the concept of the maximum harmonisation. Namely, the maximum harmonisation, as used in the latest documents regulating the duty of information, such as Unfair Commercial Practices Directive, does not manage to cure the fragmentation. Quite opposite to that: instead of curing it, it just causes further fragmentation. Therefore, since we have our contemporary hydra, the question is who is our contemporary Hercules, does he exist at all and where should we look for him and what is his sword made of?

This paper will address exclusively the question of the *pre-contractual duty of information*, i.e. the duty of information that is to be performed in the pre-contractual phase, before the conclusion of a contract, and will not deal with the question of the *contractual duty of information*, i.e. the duty of information once a contract has been duly concluded.¹ Consequently, in the further text, the duty of information without the adjective ‘pre-contractual’ will be used under the meaning of pre-contractual duty of information.

¹ Annette Nordhausen Scholes, “Information Requirements”, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Eds. Geraint Howells, Reiner Schulze), Sellier, 2009, 217.

In this paper, the duty of information will be analysed in its four dominant meanings:

1. as a fraudulent non-disclosure and a form of fraud; 2. as an active and general duty of contractual parties; 3. as an instrument for consumer protection; and, 4. as a toll of European fair-trading principle.

FRAUDULENT NON-DISCLOSURE

The duty of information under this meaning is understood as a fraudulent non-disclosure: the most complex form of a fraud and consent defect in contract law.² This meaning was derived in the relation to the question of the effects of silence in contract law, more precisely, with the question what kind of behaviour is capable of causing fraud, i.e. whether it is exclusively active behaviour, or it is also passive behaviour that can give right to the claim on the basis of fraud. The reasons due to which this question was raised are based on the fact that in certain legal systems the private law legislation defined exclusively active behaviour as capable of causing fraud, while not providing the same capacity of passive behaviour.³ Initially, such provisions on fraud were interpreted in a narrow sense; so passive behaviour was considered as incapable of causing fraud, both by the courts⁴ and by legal scholars.⁵ The primary reason for such an approach in civil law legal systems was based on the fact that for existence of fraud the consent of one of the parties is defected as the consequence the behaviour of the other party, and in case of passive behaviour it is hardly possible to show that it was the silence that is the cause of the consent defect, so in that case fraud is missing its mandatory element, so it cannot exist.⁶

Eventually, at one moment, that position of the law was put under consideration. This question drew particular attention in France, since in 1954, in its decision⁷

² Muriel Fabre-Magnan, Ruth Sefton-Green, "Defects of Consent in Contract law", *Towards a European Civil Code* (Eds. Arthur Hartcamp *et al.*), Kluwer Law International, 2004, 403.

³ See: Article 1269 of the Spanish Civil Code, article 1439 of the Italian Civil Code; opposite to this, other European private law codifications contain explicit provisions that fraud can be also caused by passive behaviour, see: article 253 of Portuguese Civil Code; Article 65 of the Serbian Law of Obligations.

⁴ Cass. Civ., 30 mai 1927, S. 1928.1.105.

⁵ Jacques Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, LGDJ, 1962, 89.

⁶ Alberto Trabucchi, *Il Dolo*, Cedam, Padova, 1937, 539.

⁷ Cass. Soc., 1 avril 1954, Bull. civ., Section Sociale, n 223, 171: *Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait*

which was confirmed in its later decision in 1958⁸, Cour de Cassation, accepted the claim on the basis of fraud caused by passive behaviour, concluding that fraud can also be caused by passive behaviour, by the so called *la reticence dolosive*, or fraudulent non-disclosure. The same view was also adopted in the other civil law systems where this question was disputed, such as in Spanish law, as well as in the Italian. In all of them, the purpose of the duty of information was considered to broaden the notion of fraud by imposition of the duty not to fraudulently omit any material information while concluding the contract. Therefore, first, it can be concluded that this meaning of the notion of duty of information in the one of a negative obligation: obligation not to omit disclosing of certain information by remaining silent when noticed that the other party is mistaken, or otherwise, that is also type fraudulent behaviour, that party will have right on the claim on the basis of fraud. Second, the duty of information under this meaning is used with a very narrow purpose: to sanction fraudulent passive behaviour in the pre-contractual phase to the conclusion of the contract.

On the other hand, in the English law, the functional equivalent⁹ to the civil law term of fraud is misrepresentation.¹⁰ However, a misrepresentation in the English law is understood in a wider context than a fraud in Civil law, since it can be not only fraudulent, but also negligent and innocent. In the English law, the courts faced with the same question as in French law: whether misrepresentation can be caused by passive behaviour. The answer to this question is radically different than to the one given in the civil law legal system: the English law is very strong on its general position that misrepresentation can be caused exclusively by active behaviour, and not by passive behaviour – silence.¹¹ This is because the simple omission

empêche de contracter; mais le silence ainsi garde doit être relatif à une circonstance ou à un fait que le cocontractant était excusable de ne pas connaître.

⁸ Cass. 1^{re} civ. 19 mai 1958, Bull. civ. I, n°251.

⁹ Since the institutions of different legal systems are comparable if they are functionally equivalent, if they perform similar function in different legal systems, see: Ralf Michaels, “Functional Method”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Eds. Matthias Reimann, Reinhard Zimmermann), Oxford University Press, 2008, 342.

¹⁰ Konrad Zweigert, Hein Kotz, *An Introduction to Comparative Law (translation by Tony Weir)*, 3rd ed., Oxford University Press, 1998, 424.

¹¹ *Fox v Mackreth* (1788) 2 Cox Eq Cas 320 at 320-321, per Lord Thurlow; *Arkwright v Newbold* (1881) 17 Ch D 301 at 318: where it was held that *No mere silence will ground the action of deceit*; *Smith v Hughes* (1867) L.R. 6 Q.B. 597 at 607 (Blackburn J.): *[T]here is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor. Turner v Green* [1895] 2 Ch 205; *Bradford Third Equitable Benefit Building Society v Borders* [1941] 2 All ER 205 at 211: *Mere silence, however morally wrong, will not support an action of deceit.*

of a party in the form of *mere silence* is not considered as a representation since it does not represent the statement of fact and, therefore, it is not a conduct, and the English law attaches liability responsibility exclusively to a conduct.¹² However, the general rule that silence cannot cause misrepresentation is not absolute, but it has certain exceptions: The first exception can be found in the wide interpretation of what is considered under a conduct by the English courts¹³. The second exception covers the issue of partial non-disclosure, or so called 'half-true'. In these cases, a party does not present all the facts, but just part the facts it is familiar with, so that the innocent party is misled by considering that half-true is actually full-true. Consequently, this half-true statement is considered as false statement of facts.¹⁴ The third exception includes the statements which had been true at the time of their making, or which was believed to be true by a party, but have subsequently become false and that party was familiar with that, or has discovered that statement was actually false, and, in both cases, do not inform the other party about the falsity of the statements.¹⁵ Therefore, it can be concluded that the general rule in the English law there is no generally accepted rule of the fraudulent non-disclosure. The formal reasons for that position are based on the fact that misrepresentation cannot be caused by silence, since silence is not a statement and only statement is capable of causing misrepresentation. The previously mentioned strict formal explanations why the civil law systems recognize fraudulent non-disclosure and the English law does not, do not sufficiently explain what was behind these diverse concepts. There is much more behind that.

Namely, several decades ago, in one of the first serious comparative legal studies on the notion of *dol* in French and *misrepresentation* in the English law, one of main Tag-Eldine conclusive observation was that: "*Le droit anglais admet aussi plus largement que le droit la reticence comme cause de resolution du contrat*".¹⁶

¹² John Cartwright, "Defects of Consent and Security of Contract: French and English Law Compared", *Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rudden*, (Eds. Peter Birks et al.), Oxford University Press, 2002.

¹³ *Walters v Morgan* (1861) 3 DF& J 718 at 724: [A] single word (or I may add) a nod or a wink, or a shake of the head, or a smile from the purchaser intended to induce the vendor to believe the existence of a non-existing fact, which might influence the price of the subject to be sold, by Lord Campbell LC.

¹⁴ See: *Nottingham Patent Brick and Tile Co v Butler* (1886) 16 QBD 778: where Lord Esher MR argues that if one party makes statements which were calculated to lead the other side to believe that he was stating facts within his own knowledge, and his statements in fact misled them, so that what he said amounts to a misstatement of facts.

¹⁵ *With v O'Flanagan* [1936] Ch 575; *Briess v Woolley* [1954] AC 333.

¹⁶ Yehia Tag-Eldine, *Le dol francais et la misrepresentation anglaise*, Marcel Giard - Paris, 1926, 45.

Contrary to this, later studies of the same topic have come to the exactly opposite conclusions.¹⁷ Therefore, the question to be posed here is why the French and other civil law systems have changed their initial approaches – what was behind that, and adopted the views that fraud can be caused by silence, and the English law has remained unaffected by that process.

These different approaches of the English and Continental legal systems towards the question whether silence can cause fraud is considered to be one of the biggest differences between the two legal families and that is the reason why the question of the duty of information is very attractive for comparative law. Furthermore, this difference, in spite of the fact that at first sight it might look minor because it just deals with one aspect of the fraud, is actually very important because it is related to the very basic values, foundations and ethics upon which the subjected legal systems are founded and the entire philosophy and approach to the law of contracts, and to the law in general.¹⁸ The explanation for the change of the approach can be found by the analyzing of factors that affect the changing of the law. Van Caenegem defines two kinds of factors that influence development of law in the legal history: first, technical factors as the sources of law formulated down by the lawyers and, second, social factors, that encompass broad political, socio-economic and intellectual developments and disputes which effect primarily the society, and through it the changes of law¹⁹. In the context of fraudulent non-disclosure, the social factors are those to be analysed in order to get the answer to different approaches. Namely, according to the concept of the individualism, the supreme value is found in each individual and is no existence of anything above the individuals. On the other hand, in collectivism and social existence, the society and supra-individual interests have also gained high values and it is thought to be natural and necessary for a state to intervene in order to remedy social harms. Furthermore, Brownsword points, that on the basis of diverse ruling values in societies, there are two possible ethics upon which the law of contract can be based: individualism and cooperativism. He underlines that English contract law is nowhere more portrayed as a licence for self-dealing interest than in *Smith v. Hughes*.²⁰

¹⁷ See: Ruth Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform*, Cambridge University Press, 2005.

¹⁸ Pierre Legrand, “Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared”, *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 6, 1986, 322.

¹⁹ Raoul C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge University Press, 2003, 180-181.

²⁰ Roger Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Butterworths, 2000, 30.

However, Beale rejects such an explanation, based on ethics, for the absence of fraudulent non-disclosure from English law and justifies the English approach on the fact that English law is highly influenced by commercial cases before the courts dealing with the contracts where many of the parties are very sophisticated players in highly competitive market, so they should not rely on the other party and its silence.²¹ From the perspective of economics, in the period when these changes took place a few decades ago, the economic influence on the private law was much less important than in our days, so the strength of the economic argumentation was weaker. Nevertheless, it should be pointed the Law and Economics does not approach the capability of the active and passive behaviour to cause fraud in the same way. It is considered that a lie and silence are different, since a liar makes a positive investment in manufacturing and disseminating information, which is wasted from a social standpoint, whereas in case of remaining silence there is not such an investment.²²

Therefore, it can be concluded that the different approaches to fraudulent non-disclosure among the legal systems regarding the position towards capability of silence to cause fraud primarily because of different foundations, philosophy and values upon which the entire national system of contract law is based. The argumentation of the economic nature played less important role than in case of the other meanings of the duty of information, but it is certainly true that the economic factor has been also influential in accordance with Mathis' observation that common law court principal role is bringing economic rationality in justice, opposite to the civil law systems where these possibilities of court are much more limited.²³

GENERAL PRECONTRACTUAL DUTY

The duty of information under this second meaning is understood as an active and general duty of the parties to provide each other in the pre-contractual phase to the conclusion of the contract with all relevant information upon which each of the parties may freely decide whether or not and under what conditions they will enter a contract.²⁴ The traces of such an approach to the duty of information

²¹ Hugh Beale, "The Draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure", *European Review of Contract Law*, No. 3, 2008, 328.

²² Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 7th ed., Aspen Publisher, 2007, 111.

²³ Klaus Mathis, *Efficiency instead of Justice?*, Springer, 2009, 206.

²⁴ Jacques Ghestin, *Traité de droit civil - Les obligations - Le Contrat: formation*, LGDJ, 2nd ed., 1993, 535.

can be found in the ancient Roman law, in connection to the ruling principle of *caveat emptor*. This notion understands the concept 'Let the buyer be aware' in *Emptio-Venditio* contracts, i.e. the fact that in sale-purchase contracts the buyer was the one who was supposed to take care of potential defects of the object of contract, and that a seller was not obliged to disclose them to a buyer²⁵. However, in certain cases seller was obliged to disclose information regarding the defects of the object, otherwise buyer could use against seller *actio empti* in cases where seller fraudulently did not disclose certain defects of the object²⁶. In the later stage of the development of Roman Law, *aediles curules* have widen this protection by adding new system of remedies for certain market transactions, predominantly sale of slaves and livestock.²⁷ Besides these exceptions, the duty of information had not evolved into an active and general duty. Many centuries had to pass until the duty of information was mentioned under this meaning. It is usually argued that the duty of information has developed from the fraudulent non-disclosure from which it has been derived as an active and more widespread duty.²⁸ However, this derivation did not happen accidentally or immediately. It was rather an entire process that led to it. I would argue that there are two main groups of factors that influenced it: the first ones are those coming from the changes in the national laws, whereas the second ones include those coming from the European law.

First, the duty of information as an active and general duty is in tight connection to the spreading of the good faith principle on the pre-contractual phase to the conclusion of the contract. Namely, until a few decades ago, in civil law system, the duty of good faith was prescribed to applicable only when a contract has been concluded, and not on the pre-contractual phase. However, this rule has changed, so the good faith now covers also the pre-contractual phase.²⁹ Cohen concludes that *[u]nder a good faith regime the contracting parties are no strangers. They have*

²⁵ Patrick S. Atiyah, *Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1985, 178.

²⁶ Reinard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Clarendon, 1996, 308-309.

²⁷ *Ibidem*, 311-318.

²⁸ R. Sefton-Green, *op.cit.*, 4.

²⁹ The Italian Civil Code was the first Civil Code to adopt the duty of good faith during negotiations (article 1337 of Codice Civile), see in: Muriel Fauvarque, Denis Mazeaud, *European Contract Law*, Sellier, 2008, 185; on the other hand see, the French Civil Code has kept the same approach since its adoption 1804: e.g. the article 1134 (3) of the French Code Civil which provides the duty of good faith only for execution and performance of the contract, and does not mention the pre-contractual phase. Therefore, those were the courts that developed *Obligation de contracter en bonne foi*, see: Cf. Civ. 1re, 10 mai 1989, Bull civ. I no 187, RTD civ 1989, p. 738 J. Mestre; Cass. Com., 7 avr. 1998, D., 1999.514, n.p.Chauvel.

to be considerate with each other. They rely on each other.³⁰ Consequently, the duty of information arises itself as a necessary requirement and concretisation of the duty of good faith. Subsequently, the duty of information, which used to be the component of the duty of good faith in the pre-contractual phase, has emerged and it 'has flown its own nest', eventually becoming an independent duty.³¹ Second, the other influential component was the development of European law, particularly the consumer law, on the supranational level where the duty of information is considered to be one of the most important instruments for protection of consumers. Consequently, since this concept entered national legal systems through the implementation of the directives that provide it, the idea has been to spread the provisions of the particular regime: the regime of the consumer contract law on general regime: the regime of general contract law. Further to this, besides the development of the duty of information in EU consumer law, the other factor that affected development of duty of information as a general duty were the values and ethics that Europeanization and European law have brought, overall of the *social* nature, such as social justice and protection of the weaker (in this case less informed) party in a contractual relationship.

The moral argumentation examines whether the duty of information is justified from the perspective of a moral justification. In that sense, Cicero was among the first to discuss the issue of morality in relation to the duty of information. Namely, Cicero examined what is supposed to be considered as moral in two hypothetical cases. The first one is when on the island of Rhodes there is famine and one merchant arrives from Alexandria with the food, but it is only him who knows that behind him a few other ships with the food arrive. The moral question is whether he should inform people of those ships coming or he should simply reject to disclose that information and sell the food at higher price. The second one is the case of the sale of house that has some defects (Cicero gives the example of being unsanitary) with which only the seller is familiar with, should he disclose those facts. Cicero argues that the arguments of morality require the disclosure of the facts in both of the hypothetical cases.³² Consequently, it has been considered that the general duty of information is derived from the moral obligation to talk and to inform the other party about everything the just consciousness would require to be

³⁰ Nilli Cohen, "The Effect of the Duty of Good Faith on a Previously Common Law System", *Good Faith in Contract (Concept and Context)* (Eds. Roger Brownsword, Nils J. Hird, Geraint Howells), Ashgate, 1998, 190.

³¹ Simon Whittaker, Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, 676.

³² Cicero, *De Officiis*, available in English at: http://www.stoics.com/cicero_book.html.

disclosed. Further to this, requirements of justice provide that each of the parties shall disclose to the other party all relevant information for the conclusion of the contract and to protect weaker party in a contractual relation. In this sense, the contract law is to foster those moral standards by imposing the duty of information as the instrument to protect the weaker party from the exploitative and abusive behaviour of the other party.³³

The economic approach towards the duty of information analyse economic effects and entire efficiency of the duty of information. Namely, it has been pointed that not all information asymmetries are negative, but only those where one of the parties cannot either overcome the information asymmetry at all or it can overcome it, but at the excessive cost. Otherwise, there should not be mandatory disclosure since information asymmetry is indispensable for selection processes in markets and mandatory disclosure would diminish the key incentives for producing of information. In that sense, Veljanovski finds no commercial or economic reason that would justify the obligation of one party to inform the other about everything it knows or make those information available to it. Opposite to this, imposition of a full disclosure rule would reduce the incentive of the parties to look for the information, and, consequently less information would be acquired. Therefore, the final outcome would be that not more, but less information would be available to the parties.³⁴ Posner adopts similar conclusion, that the society will be the final loser. This is because the information is not cheap to be obtained and unless people can profit information by keeping it to themselves, they will have no incentive to obtain it in the first place and the entire society will be the loser at the end. However, I would argue that the even from the aspect of the economics, the imposition of the duty of information may be justified. Firstly, the imposition of the duty of information would lead to establishment of a more trustful and less hostile ground on the market for the trade and the parties would have more incentive to participate at the market since they will fell more trust towards the other party because the other party will not hide anything relevant from it.

Secondly, the duty of information would secure a higher level of contract security since the chances of any potential later consent defects would be diminished, and consequently the chances for any future negative economic consequences on the basis of contract annulment or damages due to vitiated consent would be diminished. As Fabre Magnan has rightly argued that the negative economic analysis of the duty of information cannot represent a satisfactory ground itself alone,

³³ Dori Kimel, *From Promise to Contract*, Hart Publishing, 2003, 117-135.

³⁴ Cento Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge University Press, 2001, 145.

but that the moral component is highly important and that in numerous cases duty of information should exist and be sanctioned because it is morally wrong in spite of the fact that such an approach is economically inefficient.³⁵ Kotz also agrees that economic argumentation cannot be the exclusive base upon which the existence of the duty of information should be based.³⁶

TOOL FOR PROTECTION OF CONSUMERS

Duty of information under this meaning is understood as one of the most important instruments for protection of consumers.³⁷ Consumer law represents one of the youngest legal disciplines that has developed in the second half of the twentieth century as the consequence of the immense industrial development, the biggest economic progress ever in the history and establishment of 'consumer society'. Consequently, there was raising need for particular and additional protection of the consumer, as those who are to consume what is being produced and who participate hugely in the national economies. The development of consumer protection in Europe followed the progress of the European Union and the Internal market where it is exactly that entire creation of a more efficient and competent market that is in the consumer interest and the support of its welfare.³⁸ At the Internal market, the consumers have been understood as key players, so the particular system of protection was consequently needed and duty of information is considered to be one of its main tools. Further to these economic reasons, technical development was also pointed as the factors that affected development of the duty of information since the progressive technical development has generally made more difficult to consumers to understand the products and their possible impact due to their complexity and sophistication.³⁹

The right of consumers to be informed was recognized by the ECJ in *GB Inno BM v. CCL* judgment.⁴⁰ Furthermore, the consumer's right to be informed

³⁵ Muriel Fabre Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, 117.

³⁶ Hein Kotz, "Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 9, No. 5, 2000, 19.

³⁷ Stephen Weatherill, "Justifying the limits to party autonomy in the internal market", *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Eds. Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), de Gruyter, 2001, 180.

³⁸ Stephen Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, 2005, Elgar European Law, 25.

³⁹ A. Nordhausen Scholes, op.cit., 213.

⁴⁰ Case C-362/88, [1990] ECR I-667; for a detailed list of cases in which the ECJ mentioned and explained the term of 'informed consumer', see: Ricardo Incardona, Cristina Poncibo, "The Average

was for the first time codified in the Treaty of Amsterdam which is considered to be the most important achievement of the Treaty of Amsterdam on consumer protection.⁴¹ In spite of the fact that EU consumer law is defined as predominantly economic, and not a social law, the socio-legal factors are also important in case of information duties. Namely, the socio-legal factors approach the question of consumer as a weaker party in contractual relation where there is inequality among the bargaining powers of the parties. The consumer contracts are understood as contracts where on one side there is a trader which is perceived as economically stronger party and, more importantly, whose main purpose of conclusion of consumer contract is acquiring of profit, whereas on the other side there is consumer, economically weaker party whose main purpose of entering contract is not profit, but fulfilling of its necessary life needs. Such an approach and argumentation was underlined by the ECJ.⁴² Consequently, all the contract have to be transparent and all necessary information must be disclosed to consumer because only through that way he will be able to understand whether he really wants to conclude that contract or not.

The informational failure leads to an inefficient market, so that is considered to be the main argumentation of the economists to explain why there is need for the legal activism in the consumer markets.⁴³ The duty of information is there to cure that information asymmetry, since perfect information is one of the necessary pre-requisites for a perfect and efficient market.⁴⁴ Furthermore, the European Commission, as a regulatory authority, presents its role as supervising and correcting those market distortions caused by national legislation and the informed consumer seems to be a central plank in its consumer policy.⁴⁵ The most basic explanation from the perspective of the economics shows that

Consumer, the Unfair Commercial Practices, and the Cognitive Revolution”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 30, 2007, 24.

⁴¹ See: Jules Stuyck, “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market?”, *Common Market Law Review*, Vol. 37, 2000, 392.

⁴² See: ECJ, 13 December 2001, C-481/99, *Heininger*, [2001] ECR I-9945; ECJ, 25 October 2005, C-350/03, *Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia*, [2005] ECR I -9215.

⁴³ See: Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill, “Party Autonomy and the Role of Information – An Overview”, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Eds. Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), de Gruyter, 2001, 7.

⁴⁴ Ian Ramsay, *Rationales for Intervention in the Consumer Market Place*, Office of fair Trading, 1984, 15-16.

⁴⁵ Hugh Collins, *The European Civil Code – The Way Forward*, Cambridge University Press, 2008, 47.

only a well-informed consumer can make rational decisions and can act reasonably at the market that represents a necessary condition for functioning of an efficient market.

Consequently, the justification for the intervention on the market and imposition of mandatory disclosure rules is based on the fact that without such an imposition on the market there are informational deficiencies of consumers who generate inefficient choices that eventually lead to the market failure.⁴⁶ This was explained by Akerlof in his example with used car market. Akerlof took the example of the car market to show how important pre-requisite for an efficient market is the fact that consumer has to be well informed. Namely, at the market of second-hand cars, the good and the bad cars cannot be easily differentiated, and they look pretty much the same. The bad cars will be cheaper and that fact will cause the buyers to buy the bad cars because they are cheaper and they look very similar to good cars, so the consumer cannot distinguish their quality, but only the car price. Consequently, a buyer will buy bad car because it is cheaper. This would lead to the fact that the dishonest traders will chase away from the market the honest traders who will not have any more incentive to participate at that market. Therefore, the cost of dishonesty does not include only the amount for which the buyer is cheated, but also the loss incurred from driving legitimate business out of existence.⁴⁷ However, it can be argued, that not only consumers, but also traders profit from the information duties. Namely, it is true the information duties impose restrictions on the autonomy of traders since they are obliged to disclose certain information they would not, otherwise, share with consumers, but, on the other hand, such a regulation interferes less with trader's decision making process. This is because traders are free to make whatever products they want as long as they disclose all required information with consumers. On the basis of several practical experiments, Akerlof's approach is being put under question. Namely, a few counterarguments to this approach have been shown, predominantly by the behaviour economics which studied the behaviour of consumers in practice. The behavioural economics tries to prove that consumers actually do not behave rationally in practice. To start with, it has been argued that consumers do not use the disclosed information. The reasons for explanation why they do not use it can be explained by the facts that they do not know how to use them or even when they know to use them, they just ignore them because they are not aware of their potential importance or because of time constraint. For example, how many people,

⁴⁶ S. Weatherill, *op.cit.*, 180.

⁴⁷ George Akerlof, "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, 1970, 480-508.

even the most educated lawyers in reality read the Terms and Conditions while entering certain consumer contract of electronic trade.

Further to the observations of the behavioural economics that the consumers do not actually benefit from the information in the amount that it has been claimed to, another negative phenomenon is noticeable in relation information duties: the overload of information. Namely, it is possible to notice that there is a constant tendency of increasing the number of information to be disclosed to consumers in European law⁴⁸ which impose additional costs to traders which are eventually passed on consumers, and consumers do not profit substantially from them. In that sense, Stuyck points correctly that a “high level” of protection does not necessarily mean the “highest” level of consumer welfare.⁴⁹

The practical consequences of such a tendency are that, in cases when consumers are overloaded with the information, the information obligations may achieve the exact opposite goal of what they are supposed to achieve. Namely, due to the information overload, a consumer will, instead of grounding its decision on a rational basis, base its decisions on the irrational grounds and, moreover, they might even wrongly be of the opinion that their decision was based on a fully rational ground. Accordingly, Bolton and Dewatripont⁵⁰ argue that the regulatory efforts of the development of information duties should take care not to overload traders with information duties since they are considered to be irrelevant and unwanted, but that they should concentrate on the battle against fraud. The solution to the problem with the overload of information can be found in imposing less information duties, but which are better targeted, so that consumer can really profit from them. Consequently, only truly relevant information would be disclosed to a consumer, and this would cure the overload paradox. Further to this, I would argue that one of the most efficient means to remedy this would be the consumer education because it would really lead to a more efficient and practical application of information duties could be done by consumer education, that consumers should get familiar with what practical impacts for them represent duty of information and to know how to process and use in the best possible way. In that sense, Gomez is right when claiming that *if consumers are sophisticated, and knowledgeable of their own shortcomings in terms of self-control, firms not only are unable to*

⁴⁸ Annette Nordhausen Scholes, “Information Requirements in the E-Commerce Directive and the Proposed Directive on Unfair Commercial Practices”, *Information Rights and Obligations* (Eds. Geraint Howells, Andre Janssen, Reiner Schulze), Ashgate, 2004, 93.

⁴⁹ Jules Stuyck, “European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In or Beyond the Internal Market?”, *Common Market Law Review*, Vol. 37, 2000, 392.

⁵⁰ Patrick Bolton, Matthias Dewatripont, *Contract Theory*, MIT, 2005, 176.

*exploit consumers' weaknesses, but in fact can help them so they are not harmed, in terms of welfare, by the lack of self-control.*⁵¹

The idea that has also been raised is that the concept of protection of a weaker party – a consumer in case of B2C contracts should be spread also to particular B2B contracts: to the so called 'small businesses'.⁵² The *ratio* in those cases is same as in case of consumers: regarding the information asymmetries issue, inexperience and dependence, small businesses are equally vulnerable as consumers⁵³. Similarly to this concept, Jansen includes the contracts of commercial agency, distribution and franchise, as the contracts where, as in consumer contracts, the one of the parties, the weaker party, shall be protected by imposition of information duties to the other party. Such an intervention is explained on the basis that, first, the business that is a weaker party may not yet be a professional, but will become so only in the future, second, that there exists the relationship of trust and collaboration between the parties, and, third, that it is difficult or even impossible, for the weaker party to acquire information.⁵⁴

However, such a spread of the information duties is highly problematic. The first obstacle is already contained in the resolving and understanding of the terminology issues. Namely, it is even disputable what is understood under the notion of consumer, and how much more disputable, complex and even impossible would be to define what is considered to represent a small business. Second, if this question is approached from the perspective of the European Economic Constitution that Collins defines '*as a long-term project that is required in order to make the balance between the institutions of a liberal market order and the social protections that prevent social exclusion and undermine social cohesion*'⁵⁵, it can be concluded introducing of such provisions on protection of small businesses may be understood as being against the European Economic Constitution since it attacks that balance by putting more 'weight' on the side of social protection. Furthermore, Veneziano, from the economics perspective, argues that spread of such an approach to the businesses

⁵¹ Fernando Gomez Pomar, "The Unfair Commercial Practices: A Law and Economics Perspective", *InDret*, No. 1, 2006, 8 -10.

⁵² Edward Hondius, "The Notion of Consumer: European Union versus Member States", *Sydney Law Review*, Vol. 38, No. 1, 2006, 89.

⁵³ Martin Hesselink, *CFR & Social Justice*, Sellier, 2008, 36.

⁵⁴ Andre Janssen, "The Information Requirements in the Principles of European Private Law 'Long Term Commercial Contracts: Commercial Agency, Distribution, Franchise' – A Model for a European Civil Code?", *Information Rights and Obligations* (Eds. Geraint Howells, Andre Janssen, Reiner Schulze), Ashgate, 2004, 195.

⁵⁵ H. Collins, op.cit., 121.

in Europe would be significantly more paternalistic than the rules emerging at the rest of the world, so that it risks of putting the European businesses in less advantageous position than the ones from the rest of the world.⁵⁶

To conclude with, the imposition of the particular regime of the information duties of the same kind as in B2C contracts on certain B2B contracts (besides the potentially applicable general rule on active duty of information from general contract law) is highly problematic. The problems start from the very beginning of this idea and the understanding of the *small businesses* concept and go on with the question of economic efficiency and criteria of justice, especially in case of the existence of the general duty of information applicable in case of all B2B contracts whose content is to be developed by the courts, not only in general terms, but also in case of specific contractual regimes.

DUTY TO TRADE FAIRLY

The duty of information under this meaning is understood as the fundamental instrument for safeguard and protection of the fair trading as one of the ruling principles of the Internal Market of the European Union.⁵⁷ Namely, in 2005, after a long and complex debate⁵⁸, the European Union adopted the Unfair Commercial Practices Directive⁵⁹ addressing business to consumer relations whose main purposes are contribution to the functioning of the internal market and achieving high level of consumer protection⁶⁰. The concept of fair trading represents the principle upon which the European Union Internal Market is based.⁶¹ However, it was unclear what is the content of this concept since it was used in different forms both by European legislation and the European Court of Justice.⁶² In that sense, the UCPD is, through prohibition of misleading advertising, considered to represent

⁵⁶ Anna Veneziano, "A Common European Law on Sales", *European Private Law beyond the Common Frame of Reference* (Ed. Antoni Vaquer), Europa Law Publishing, 2008, 47.

⁵⁷ Malek Radeideh, *Fair Trading in EC Law*, Europa Law Publishing, 2005, 189.

⁵⁸ For further details on the debate and the disputes on the solutions adopted in the Directive, see: *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices* (ed. Hugh Collins), Kluwer Law International, 2004.

⁵⁹ Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, OJ 2005 L149/22.

⁶⁰ Article 1 of the Directive.

⁶¹ M. Radeideh, *op.cit.*, 242.

⁶² See: Hans W. Micklitz, "The General Clause on Unfair Practices", *Information Rights and Obligations* (Eds. Geraint Howells, Andre Janssen, Reiner Schulze), Ashgate, 2004, 83-84.

a big step forward in defining what exactly is understood under this principle in a more coherent and clear manner, by trying to put this term into a concrete shape within a united European context.⁶³

In the period before the adoption of the UCPD, the interrelationship between prohibition of misleading advertising and disclosure of information was unclear and disputable, since the ECJ did not take a clear position on that.⁶⁴ This interlink has been clarified by the provisions of the UCPD. Namely, the structure of the Directive is threefold:⁶⁵ first, there is a general clause that prohibits any kind of unfair commercial practices⁶⁶, second, there are provisions that regulate specifically prohibited practices: the misleading practices⁶⁷ that can be misleading actions and misleading omissions and the aggressive practices⁶⁸, and, third, there is part of the directive which *per nome* lists exactly which practices are considered to be misleading or aggressive⁶⁹. It is that second fold and misleading omissions that are relevant for the notion of the duty of information since it provides when certain commercial practice will be considered as misleading for non-disclosure of information. In its first paragraph, the non-disclosure is defined as a standard, as omitting *material information that the average consumer needs, according to the context, to take an informed transactional decision and thereby causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.*⁷⁰

On the basis of the wording provided in the article 7 of the UCPD, the duty of information herein is to be understood as a negative obligation: as the obligation not to omit disclosure of material information. Consequently, it can be concluded that the UCPD introduces not a direct, but an indirect general duty of information which represents the result of a compromise in the final version since the introduction of a direct and active duty of information was considered as unduly onerous and expensive for traders.⁷¹ However, it is noticeable that the substantial role of this

⁶³ Hans W. Micklitz, "Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising", *Understanding Consumer Law* (Eds. Hans W. Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott), 2009, 82.

⁶⁴ *Ibidem*, 94.

⁶⁵ Hans W. Micklitz (2004), *op.cit.*, 83-84.

⁶⁶ Article 5 of the UCPD.

⁶⁷ Article 6 and 7 of the UCPD.

⁶⁸ Articles 8 and 9 of the UCPD.

⁶⁹ Annex I to the UCPD.

⁷⁰ Article 7 of the UCPD.

⁷¹ Thomas Willhemson, "Misleading Practices", *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive* (Eds. Geraint Howells, Hans W. Micklitz, Thomas Wilhelmsson), Routledge, 2006, 146.

provision is to pose a general duty of information on competitors, but just through an indirect way, because, in case of the UCPD, substantially there is no difference before wording formulated as such and the wording in the active way which would say: *The competitor is obliged to disclose all material information*. The legal effects would be the same. Namely, if the competitors are obliged not to omit to disclose any material information, this means that in order to act in accordance with what is provided by this provision, competitors have to disclose all material information. Such a view is further supported by the subsequent paragraphs of the Article 7, which defines in what manner competitors are obliged to disclose material information, otherwise not only omitting of disclosure of material information, but also disclosure in an improper (*unclear, unintelligible, ambiguous or untimely*) way will be considered as misleading omission. It is very clear that these provisions are addressing duty of information as an active duty. If it is supposed to be a negative duty, the manners in which it is supposed to be acted would not be defined.

All in all, it can be concluded not that the UCPD introduces an indirect duty of information, but that it introduces a direct and active duty of information in an *indirect* way. Consequently, the introduction of the general duty of information is regarded as the most innovative component of the UCPD⁷². From the perspective of the Law and Economics, the Unfair Commercial Practices Directive is being criticized to have negative economic consequences. Gomez bases such a negative approach on three main arguments. First, the commercial practices represent the means of persuasion and not of informing of consumers, so prohibition of commercial practices would eliminate any kind of market tactics and the market place without advertising or marketing strategies seem to be bleaker than market place with that kind of activities. Second, the empirical studies on behaviour of consumers have shown that they are not easily fooled and persuaded by the advertising, so there is no need for such a legal intervention in this field. Third, the UCPD causes numerous costs and negative effects that characterize the paternalistic policies generally, such as elimination of free choice and potential regulatory capture by the interest groups.⁷³ Furthermore, specifically on the rules of the UCPD on misleading omission, Rubin argues that mandatory rules on disclosure in advertising are just imposing unnecessary costs without any benefits since it has been shown in practice that the existence of the mandatory rules on prohibition of misleading actions is a sufficient instrument because it causes traders to reveal negative attributes of their products due to the presumption that consumers will rationally assume that

⁷² Hans W. Micklitz, *op.cit.*, 235.

⁷³ F. Gomez Pomar, *op.cit.*, 8-10.

the advertising will omit a piece of information only if the value of that attribute of the products which will, consequently, lead to the fact that producers with the product quality above minimum will have incentive to advertise it.⁷⁴

However, I would disagree with such argumentation of both Gomez and Rubin for the following reasons. First of all, the UCPD does not prohibit all kinds of advertising tactics and strategies, but only those which are unfair and in that way it leads to fair game at the market which also includes and encourages fair advertising tactics and strategies.⁷⁵ Second, even if it is true that consumers are not easily fooled⁷⁶, one of the main points of the UCPD is developing of the trust of consumers about the market and its players, which would lead to their easier and more trustful decision making and, consequently, to a more efficient market. Namely, the transparency of the market is considered to represent the necessary condition for protecting of the autonomy and sovereignty of the decision-making process where information plays the main role. Third, it has been shown that traders are skilled in manipulating the presentation of information⁷⁷, so it is highly questionable in what way and amount traders would reveal negative attributes of their products even if they decide to do that, so that consumers can really comprehend what is understood under them. Fourth, this UCPD's goal is to secure the fair game at the market from which not only consumers would benefit, but also competitors, in an indirect way. This is because unfair commercial practices do not harm only economic interest of consumers, but also the economic interest of competitors.⁷⁸ Therefore, the UCPD protects those competitors which reject to use any of unfair tactics in order to attract consumers. All these lead to the establishment of the market and the relationship among its players, which include both the consumers and competitors, whose relationship are based on mutual confidence and trust and a more efficient market.

⁷⁴ Paolo Rubin, "Information Regulation (Including Regulation of Advertising)", *Encyclopedia of Law and Economics* (Eds. B. Bouckaert, G. De Geest), Vol. III, *The Regulation of Contracts*, Edward Elgar, 2000, 280-282.

⁷⁵ This view is explicitly confirmed in the Directive itself, see recital (6) of the UCPD: *This Directive does not affect accepted advertising and marketing practices, such as legitimate product placement, brand differentiation or the offering of incentives which may legitimately affect consumers' perceptions of products and influence their behaviour without impairing the consumer's ability to make an informed decision.*

⁷⁶ This view is also adopted by the ECJ, see e.g.: Case 470/93 *Verein Gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Koln eV v. Mars GmbH*, ECR 1995 I-1923 or Case C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb eV v. Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH* [1994] ECR I-317.

⁷⁷ Jon Hanson, Douglas Kysar, "Taking Behaviouralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation", *Harvard Law Review*, Vol. 112, 1999, 1420.

⁷⁸ See: Recital (8) of the UCPD.

FRAGMENTATION OF EUROPEAN PRIVATE LAW

In this paper, I tried to analyse under what different meaning the duty of information is used, what were the causes that influenced them, why and how they developed in certain legal systems, what is their relationship with the European Private Law and what are the current problems and challenges these meanings are facing. This examination is to deal with the two phenomena in relation to the duty of information: the first one is of formal nature, and that is the phenomenon of fragmentation, and the other one is the phenomenon of the common core of all these meaning that I am going to argue that will be the consent. One of the first analyses of the law through the prism of the fragmentation took place in international public law. Namely, Koskenniemi has noticed the process of the fragmentation of international law, which resulted in the incoherence of international law, 'forum shopping' and loss of overall control. Under the international law there has been emergence of particular legal regimes (such as international trade law or international environmental law) which are developing their own 'law' under their own untouchable shells, and under the general 'roof' of the international law shared with other regimes, but without the mutual cooperation among those diverse regimes which all leads to a chaotic situation and to the very important question: how actually the international law at all regulates certain areas since the approaches of particular regimes are so different. Koskenniemi proves this through different examples of how same notions are differently understood and applied by diverse subjects in international law and that there is no mutual cooperation among them. By using fragmentation, institutions take new tasks with the purpose to abolish all preferences, or to create firm exceptions to those preferences or to just to articulate confrontation between those preferences. Furthermore, the hierarchical order of the subjects of the international law is disputable, so fragmentation has become struggle for institutional hegemony.

This phenomenon and process of the fragmentation of the European Private Law has been also notified, not only by the legal scholarship⁷⁹, but also by the European Commission itself. The duty of information represents one of the best examples to be studied as the proof of the existence of this phenomenon and

⁷⁹ On fragmentation of the European Private Law, see: Jan M. Smits, *The Complexity of Transnational Law: Coherence and Fragmentation of Private law*, in: *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law, Antwerp 2010*, 113-130; Gralf-Peter Calliess, "Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report", *German Law Journal*, Vol 4, No. 4, 2003, 333-372; Thomas Wilhelmsson, *Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?*, 10 *ERPL*, 2002, 77-94.

of its causes, on one side, and its consequences on the other side. In that context, one of the first question to be raised is why the fragmentation a negative phenomenon, why we need to fight against it in the European Private Law. There are several reasons for that, including the economic. This is something I am going to argue later and that deserves to be analysed particular attention. In this paper, it was able to notice that the fragmentation of the duty of information has two forms: the vertical and the horizontal. The vertical understands the division of the regulation powers between the different levels in the European Union on the same institute of the duty of information, e.g. the European law provides what are the information duties, whereas the national legal systems are to provide system of remedies in case of their breach, whereas horizontal fragmentation relates to the different approaches of the regulation on the level of the same law-making subject, e.g. regulation of information duties in an incoherent way by the directives on consumer law.

This problem was noticed in the drafting process of the Unfair Commercial Practices Directive, but it attracted much more attention in case of the Directive on Consumer Rights. Nevertheless, the problem was not resolved. It has just got different form: instead of previous head of hydra, the new has grown. It is not surprising that exactly these two pieces of legislation recalls their need for adoption on the basis of fragmentation. Namely, the fragmentation can be the best justification for introduction of the maximum harmonisation. This is because the other Consumer directives require minimum harmonisation, so the member states are allowed to adopt systems of protection of consumers that offer higher level protection, and accordingly more demanding information duties. In that sense, UCPD represents one of the first trial of how the concept of maximum harmonisation is accepted by the member states. I would argue that on the example of the UCPD there is an excellent possibility of observing the fragmentation process. As it was said, the UCPD provides the maximum harmonisation, which means that in that field of law, it introduces obligation of all of the member states to offer the same level protection – neither less, nor more. Furthermore, one its main characteristic is that it introduces the general duty of information.

However, it should remain without prejudices to the national contract law. Neither does it provide the system of enforcement and remedies in case of breach of the provision of the Directive, i.e. in case of breach of the duty of information. Under those conditions, maximum harmonisation is paradoxical, since in spite of being proclaimed, it cannot be achieved because remedies would differ in different legal systems and, consequently, in case of breach, potential legal consequences would differ. It was already discussed above how applicable are remedies of contract

law in case of breach of the duty of information in the form of misleading omission. Consequently, in case of a *real* maximum harmonisation, all those remedies should be unified, so that they are available in the same forms and under same conditions in all of the twenty seven member states. Furthermore, the national courts would have to apply them in the same manner. However, by their nature those remedies belong to general contract law, so that maximum harmonisation would demand their unification which would mean the unification of a material part of the private law. This would not be the end: fraud, mistake, rules on general liability for damages are part of the well interlinked system of the private law, so changes of any them would cause serious disturbance in those systems, which could be only solved by the entire unification of the private law. The half way to the solution of a problem represents defining and understanding of the problem. On this example of the UCPD, it was able to observe what the problem is. That is the inorganic division of the competences over private law regulation in the European Union. As the solution to the problem of the fragmentation of the international law, Koskonniemi suggest the need for the mutual cooperation of the subjects of the international law. Is that solution applicable in the case of the European Private Law?! Is the cooperation the other name for modern Hercules?

CONCLUSIVE REMARKS

This paper has shown that the notion of the duty of information is not homogenous, but heterogeneous term that has several different roles which represent the heads of the ancient mythological creature of hydra. Since it is clear that the different meanings of the duty of information are hydra's heads, it is question what the body of the hydra is. Namely, the only thing that unite the independent heads is the fact that they belong to the same body, and herein it is the question what is that that unites these meanings, more precisely what is their common core? However, the starting question might actually be taken one step backward: whether at all there is a common core since it was able to observe the analysis of the duty of information which showed how different approaches to the duty of information are. Under one role, it is component of fraud, in other the general active duty for protection of consent, in third it is related to consumer protection, etc. Furthermore, the heads of hydra are not equal, some of them are bigger and more developed, some less and still have potential to grow. There difference is caused by diverse factors that influence their growth. One of the biggest differences among the heads is noticeable in case in relation to the question of the enforcement and remedies: how different the heads are in spite of the fact they belong to the same body.

As part of the conclusion, it is possible to agree with Zimmermann and Whittaker on their argument that all of the legal systems have moved away or are in the process of moving away from the approach of the contract law that focuses exclusively on party autonomy, towards an older model of contract that takes less exaggerated approach to party autonomy.⁸⁰ I would argue that in the same direction goes the pre-contractual duty of information. However, the question raised here is what the relation between the duty of information and the party autonomy is. Namely, the party autonomy is considered to represent the ruling principle upon which all systems of modern systems of contract law are based. It is performed through the freedom of contract. Namely, it is upon the will of the parties whether they want or they do not want to enter certain contract and to specify the conditions of that contract and the parties are to decide on that freely. In other words, rather than asking whether the parties gave their free and informed consent to the engagement of the rules of the law of contract, the question becomes whether the parties freely agreed to the deal that they seem to have made. However, the party autonomy is not an absolute rule, but has certain limitation. Namely, party autonomy does not lead automatically to a fair and just contract and sometimes certain legal measures are needed in order to protect potential abuse of right, i.e. potential abuse of party autonomy. This is how the party autonomy is understood in European legal systems: it is not guaranteed without any restrictions but subject to the legal order and limitation in certain cases for some interest and concepts of higher value, such as social justice⁸¹. Namely, on the other side of autonomy and individual responsibility is coercion (intervention) and social responsibility (statutory responsibility).⁸²

Therefore, in the context of social justice, the European Private Law has in its regulation to make the balance between the party autonomy on one side, and the social solidarity and protection of the weaker from the abuse of stronger players in the market, on the other side. One of the most important measures for achieving that balance is the duty of information. The duty of information and the party autonomy are regarded as two antonymous terms since the duty of information is considered as the limitation of the ruling principle of the party autonomy.

⁸⁰ S. Whittaker, R. Zimmermann, *op.cit.*, 700.

⁸¹ Dagmar Coester-Waltjen, "Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits", *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Eds. Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), de Gruyter, 2001, 48.

⁸² Hans W. Micklitz, "A Comment on Party Autonomy and Consumer Regulation in the European Community – A Plea for Consistency", *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Eds. Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber and Stephen Weatherill), de Gruyter, 2001, 197.

This is to be read: the less imposed duty of information, the more possibility to express party autonomy. However, I would argue that if the question of the relation between party autonomy and duty of information is approached from a different perspective, the outcome of the study over the relation is actually different: it turns out that the duty of information, in fact, protects party autonomy. Namely, by imposing the duty of information on the side of one party, the party autonomy of the other party is actually protected since through the duty of information the other party will receive all relevant information on which it may best decide how to perform its party autonomy since the party autonomy is performed through consent and the duty of information is there to protect the consent. Therefore, through the limitation of party autonomy of one party, the party autonomy of the other party is in reality protected through its informed consent. In that sense, the requirements for the informed consent can be understood as the expression of modern freedom of contract.⁸³ All in all, the purpose of all those heads is the protection of the consent. Therefore, there is common core of this heterogeneous term and that is that all those meanings of the duty of information are there to protect the consent of the parties.

Dr MATEJA DUROVIC
Vanredni profesor, King's College London

DUŽNOST OBAVEŠTAVANJA U EVROPSKOM PRIVATNOM PRAVU

Rezime

U pravnoj nauci, predugovorna dužnost informisanja predstavlja značajno i često analizirano pravno pitanje. O tome koliko je ovaj pravni pojam aktuelan, problematičan i složen u stvarnosti govori postojanje brojnih rasprava i teorijskih analiza. Međutim, primetno je da ove analize ne pristupaju pitanju dužnosti informisanja iz istih perspektiva. Naime, u nekim slučajevima dužnost informisanja se pominje u uskom kontekstu prevare, u drugim kao komponenta načela savesnosti i poštenja, zatim u kontekstu propuštanja kojim se obmanjuju potrošači itd. Pravila o dužnosti informisanja u privatnom pravu država članica EU potiču iz različitih nivoa izvora prava: neke dolaze sa evropskog nivoa, poput dužnosti informisanja u direktivama o zaštiti potrošača, a neke druge dolaze sa nacionalnih nivoa, poput prevare propuštanjem. Sve ovo pokazuje da dužnost informisanja nije homogen pojam. Iz tih razloga, osnovni cilj ovog rada ogleda se u pokušaju demistifikacije dužnosti informisanja, kao i u analizi svih njenih značenja i njihovog međusobnog odnosa.

Ključne reči: dužnost obaveštavanja, pravo EU, zaštita potrošača, ugovorno pravo, pravo i ekonomija

⁸³ Sjef Van Erp, "The Pre-contractual Stage", *Towards a European Civil Code* (Eds. Arthur Hartkamp *et al.*), Kluwer Law International, 2004, 366.

Bibliography

- Akerlof G., “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, 1970.
- Atiyah P.S., *Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1985.
- Beale H., “The Draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure”, *European Review of Contract Law*, No. 3, 2008.
- Bolton P., Matthias Dewatripont, *Contract Theory*, MIT, 2005.
- Brownsword R., *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Butterworths, 2000.
- Cartwright J., “Defects of Consent and Security of Contract: French and English Law Compared”, *Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rudden* (Eds. Peter Birks *et al.*), Oxford University Press, 2002.
- Coester-Waltjen D., “Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits”, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Eds. Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), de Gruyter, 2001.
- Cohen N., “The Effect of the Duty of Good Faith on a Previously Common Law System”, *Good Faith in Contract (Concept and Context)* (Eds. Roger Brownsword, Nils. J. Hird, Geraint Howells), Ashgate, 1998.
- Collins H., *The European Civil Code – The Way Forward*, Cambridge University Press, 2008.
- Fabre Magnan M., *De l’obligation d’information dans les contrats. Essai d’une théorie*, LGDJ, 1992.
- Fabre-Magnan M., Sefton-Green R., “Defects of Consent in Contract Law”, *Towards a European Civil Code* (Eds. Arthur Hartcamp *et al.*), Kluwer Law International, 2004.
- Fauvarque M., Mazeaud D., *European Contract Law*, Sellier, 2008.
- Ghestin J., *La notion d’erreur dans le droit positif actuel*, Paris, LGDJ, 1962.
- Ghestin J., *Traité de droit civil - Les obligations – Le Contrat: formation*, LGDJ, 2nd ed., 1993.
- Gomez Pomar F., “The Unfair Commercial Practices: A Law and Economics Perspective”, *InDret*, No. 1, 2006.
- Grundmann S., Kerber W., Weatherill S., “Party Autonomy and the Role of Information – an Overview”, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Eds. Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), de Gruyter, 2001.
- Hanson J., Kysar D., “Taking Behaviouralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation”, *Harvard Law Review*, Vol. 112, 1999.
- Hesselink M., *CFR & Social Justice*, Sellier, 2008.
- Hondius E., “The Notion of Consumer: European Union versus Member States”, *Sydney Law Review*, Vol. 38, No. 1, 2006.
- Incardona R., Poncibo C., “The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices, and the Cognitive Revolution”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 30, 2007.

- Janssen A., “The Information Requirements in the Principles of European Private Law ‘Long Term Commercial Contracts: Commercial Agency, Distribution, Franchise’ – A Model for a European Civil Code?”, *Information Rights and Obligations* (Eds. Geraint Howells, Andre Janssen, Reiner Schulze), Ashgate, 2004.
- Kimel D., *From Promise to Contract*, Hart Publishing, 2003.
- Kotz H., “Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 9, No. 5, 2000.
- Legrand P., “Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared”, *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 6, 1986.
- Mathis K., *Efficiency instead of Justice?*, Springer, 2009.
- Michaels R., “Functional Method”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Eds. Matthias Reimann, Reinhard Zimmermann), Oxford University Press, 2008.
- Micklitz H.W., “A Comment on Party Autonomy and Consumer Regulation in the European Community – A Plea for Consistency”, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Eds. Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), de Gruyter, 2001.
- Micklitz H. W., “The General Clause on Unfair Practices”, *Information Rights and Obligations* (Eds. Geraint Howells, Andre Janssen, Reiner Schulze), Ashgate, 2004.
- Micklitz H.W., “Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising”, *Understanding Consumer Law* (Eds. Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott), 2009.
- Nordhausen Scholes A., “Information Requirements in the E-Commerce Directive and the Proposed Directive on Unfair Commercial Practices”, *Information Rights and Obligations*, (Eds. Geraint Howells, Andre Janssen, Reiner Schulze), Ashgate, 2004.
- Nordhausen Scholes A., “Information requirements”, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Eds. Geraint Howells, Reiner Schulze), Sellier, 2009.
- Posner R., *Economic Analysis of Law*, 7th ed., Aspen Publisher, 2007.
- Radeideh M., *Fair trading in EC Law*, Europa Law Publishing, 2005.
- Ramsay I., *Rationales for Intervention in the Consumer Market Place*, Office of fair Trading, 1984.
- Rubin P., “Information Regulation (Including Regulation of Advertising)”, *Encyclopedia of Law and Economics* (Ed. B. Bouckaert, G. De Geest), Vol. III, *The Regulation of Contracts*, Edward Elgar, 2000.
- Sefton-Green R., *Mistake, Fraud and Duties to Inform*, Cambridge University Press, 2005.
- Stuyck J., “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market?”, *Common Market Law Review*, Vol. 37, 2000.
- Tag-Eldine Y., *Le dol français et la misrepresentation anglaise*, Marcel Giard - Paris, 1926.
- The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices* (ed. Collins H.), Kluwer Law International, 2004.

- Willhemson T., "Misleading Practices", *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive* (Eds. Geraint Howells, Hans W. Micklitz, Thomas Wilhelmsson), Routledge, 2006, 146.
- Trabucchi A., *Il Dolo*, Cedam, Padova, 1937.
- Van Caenegem R.C., "An Historical Introduction to Private Law", Cambridge University Press, 2003.
- Van Erp S., "The Pre-Contractual stage", *Towards a European Civil Code* (Eds. Arthur Hartkamp *et al.*), Kluwer Law International, 2004.
- Veljanovski C., *Economic Principles of Law*, Cambridge University Press, 2001.
- Veneziano A., "A Common European Law on Sales", *European Private Law beyond the Common Frame of Reference* (Ed. Antoni Vaquer), Europa Law Publishing, 2008.
- Weatherill S., "Justifying the Limits to Party Autonomy in the Internal Market", *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Eds. Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), de Gruyter, 2001.
- Weatherill S., *EU Consumer Law and Policy*, Elgar European Law, 2005.
- Whittaker S., Zimmermann R., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000.
- Zimmermann R., *The Law of Obligations*, Clarendon, 1996.
- Zweigert K., Kotz H., *An Introduction to Comparative Law (translation by Tony Weir)*, 3rd ed., Oxford University Press, 1998.

Article history

Received: 11.10.2021.

Accepted: 28.10.2021.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA
PRAVNU DRŽAVU**

**Pravna država – teorijska i praktična iskustva;
Pravna država – ustavno-pravna pitanja**

SAŠA BOVAN

**PRIMENA PRAVA KAO MIKROSOCIOLOŠKA ANALIZA:
PRIMER ZAKONA O ZAŠTITI STANOVNIŠTVA
OD ZARAZNIH BOLESTI RS**

U ovom radu se obrađuje problematika primene prava u jednom specifičnom slučaju koji je podoban za odbranu teze o tumačenju prava kao obliku mikrosociološke analize. Zapravo, ovde se govori o primeni odgovarajućih zdravstvenih propisa s obzirom na aktuelnu situaciju koju je nametnula pandemija virusa COVID 19, kada se testira hermeneutička formula po kojoj se tumačenje prava ispostavlja kao vaganje interesa polazeći od vaganja činjenica. Drugim rečima, sve dileme u ovom radu razmatraju se polazeći od ideje o kontekstualnom karakteru postupka tumačenja i primene prava, tj. polazeći od osnovnih premisa jedne sociološke teorije tumačenja prava koju smo formulisali u nizu prethodnih radova. U problematizaciji ove tematike fokus će biti na dilemi prisutnoj u stručnim krugovima koja se odnosi na mogućnost uslovljavanja i ograničavanja određenih ljudskih prava onih osoba koje se ne pridržavaju donetih epidemioloških mera i medicinskih preporuka u vreme epidemije Covid 19.

Ključne reči: tumačenje i primena prava, Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, Covid 19, sociološka teorija tumačenja i primene prava

U V O D

Izraženo najjednostavnijom definicijom, primena prava predstavlja postupanje po pravnim normama, tj. stvarno ponašanje po pravnim normama. Jedno ovakvo određenje primene prava možda na prvi pogled deluje neodređeno ili suviše lapidarno.

Prof. dr Saša Bovan, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bovan@ius.bg.ac.rs. Ovaj rad je deo projekta „Epidemija. Pravo. Društvo“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu za 2021. godinu.

Međutim, kada se imaju u vidu različiti oblici primene prava – polazeći od vrste pravnih normi (opšte ili pojedinačne pravne norme), polazeći od elemenata pravne norme (postupanje po dispoziciji ili sankciji pravne norme), polazeći od subjekata primene prava (državni organi, pravna lica i građani), te polazeći od motiva primene prava (autonomna ili heteronomna primena prava) – ispada da je predložena definicija primene prava ne samo ponajbolja, već i jedino moguća s obzirom na izložene oblike i varijacije u primeni prava. Upravo izrečenim imamo u vidu pristupe kada se, na primer kod R. Lukića, ova problematika posložnjava, reći ćemo otvoreno – nepotrebno komplikuje, pa se primena prava posmatra u tri svoja značenja: kao praktična delatnost, izvršenje sankcija ili misaoni proces.¹ Slično ovome, u smislu nepotrebnog posložnjavanja materije u pitanju, postupaju autori udžbenika iz Uvoda u pravo na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, kada pod primenom prava podrazumevaju „pronalaženje opšte pravne norme važeg prava čijom konkretizacijom rešavamo slučaj iz svakodnevnog života“.² Tako postupa i J. Stanković kada iznosi nejasnu formulaciju po kojoj se pod primenom prava podrazumeva „proces primene normativnog elementa pravnog fenomena u društvenim odnosima“.³

U odnosu na razne oblike primene prava, u ovom radu se pre svega govori o modalitetu koji podrazumeva neposredno postupanje subjekata prava po opštim pravnim normama, tj. po dispoziciji opšte pravne norme.⁴ S obzirom na problematiku koja se istražuje, neposredno postupanje po opštim pravnim normama

¹ Radomir Lukić, *Metodologija prava*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd 1977, 186-189. Tako i Dragan Mitrović, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 285-287.

² Radmila Vasić, Miodrag Jovanović, Goran Dajović, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 315.

³ Jugoslav Stanković, *Osnovi opšte sociologije prava*, III deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2000, 5. Pominjemo ovde i autore koji pretenduju na stručnost iz ove oblasti, a koji kada se radi o primeni prava niti daju pojmovno određenje primene prava niti izlažu na osnovu jasnih kriterijuma razne oblike primene prava: Danilo Vuković, *Društvo i pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 77-79.

⁴ U tom kontekstu prihvatamo podelu raznih oblika primene prava o kojoj govori T. Podgorac (polazeći od kategorizacije koju je dao L. Petražicki). Po ovom autoru, koji primenu prava označava pojmom ostvarivanja prava, ključni oblici ostvarivanja (primene) prava su: (1) poštovanje (pridržavanje) prava (ispunjavanje pravnih obaveza); (2) korišćenje prava (realizacija, ostvarivanje subjektivnih prava); (3) primena prava (primena prava delatnošću nadležnih državnih organa, pre svega sudova). Prema ovoj kategorizaciji, u našem radu u pitanju je prvi oblik primene prava, koji zapravo podrazumeva neposredno ponašanje po dispoziciji opšte pravne norme. V. Todor Podgorac, „O nužnosti zasnivanja nauke politike prava (zakonodavne politike)“, *Kriza pravnog sistema* (ur. T. Podgorac), Beograd, 1990, 41.

u konkretnom slučaju (primena odgovarajućih zdravstvenih propisa) podrazumevalo bi jedan pravni supstrat tj. jedinstvo odgovarajućih zakonskih i podzakonskih (upravnih) akata. U ovom slučaju, opet, radi preglednosti i odgovarajućeg rešavanja osnovnih pitanja koja su postavljena, i kada se radi o raznim subjektima prava, ovde se ne misli na postupanje građana već na postupanje nadležnih organa koji se ponašaju prema dispozicijama opštih pravnih normi. Tada se primena prava zapravo sastoji u tome što na osnovu višeg pravnog akta (zakona) nadležni organ donosi niži pravni akt (najčešće upravni propis) kojim se konkretizuje taj viši pravni akt.

Kada se radi o zakonskom okviru koji se razmatra, naravno, mislimo pre svega na Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti. Kada su u pitanju podzakonski akti, ovde dolaze do izražaja dve vrste upravnih akata – upravni propisi i generalni upravni akti.⁵ Inače, problematika u pitanju je tipičan primer sadejstva zakonskih i podzakonskih upravnih akata koja se ispostavlja kao nužna u pravcu početne razrade odgovarajućih zakonskih rešenja.

Kada se radi o upravnim propisima kao opštim pravnim aktima javne uprave, konkretizacija zakona (u ovom slučaju Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti) podrazumeva da se na apstraktan, tj. bezličan način bliže regulišu zahvaćeni društveni odnosi pri čemu se takvi akti odnose na neodređen broj lica i slučajeva. Imajući u vidu standardnu podelu upravnih propisa (pravilnici, naredbe, uputstva),⁶ uvođenje kovid propusnica, na primer (ta dilema je još bila prisutna u vreme izrade ovog rada), spadalo bi u kategoriju naredbi kao upravnog propisa, tj. opšteg akta javne uprave.

U slučaju primene Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti dolazi do izražaja i mogućnost donošenja generalnih upravnih akata. To su akti koji spadaju u pojedinačne pravne akte (ostaje teorijska dilema da li ih ipak svrstati u opšte upravne akte), kod kojih krug lica na koje se odnose nije do kraja određen, ali je odrediv na osnovu kriterijuma postavljenih u jednom takvom aktu. Obično se generalni pravni akti donose onda kada je potrebno hitno postupanje, kao što je slučaj u vezi epidemije Covid 19. Primer takvog pravnog akta u kontekstu osnovnih dilema ovog rada i konkretne situacije vezane za epidemiju Covid 19 jeste Odluka Medicinskog fakulteta Univerziteta u Beogradu, doneta u septembru 2021. godine, kojom se prisustvo praktičnoj nastavi studenata ovog fakulteta uslovljava vakcinacijom, PCR testom ili antigenskim testom na korona virus.

⁵ Polazimo od standardne podele upravnih pravnih akata nesporne u literaturi. Na primer, Zoran Tomić, *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 206, 216.

⁶ Z. Tomić, op. cit., 206.

Inače, upravo je ova odluka izazvala buru u stručnim (pravničkim) krugovima, sa dilemom da li se ovde radi o diskriminaciji nevakcinisanih studenata, odnosno da li se krše njihova ljudska prava zagarantovana ustavom, a s obzirom da vakcinacija ili testovi na korona virus nisu obavezni, jer takvu obavezu ne nameće niti ustav niti pomenuti zakon niti bilo koji drugi opšti pravni akt našeg pravnog sistema.

U nastavku rada pokušaćemo da u izvesnoj meri razrešimo ovu dilemu pozivajući se na sociološku teoriju tumačenja prava koju smo formulisali u seriji prethodnih radova iz oblasti pravne hermeneutike. Nadamo se da ovaj, inače jeretički pristup u teoriji pravnog rasuđivanja, gde se tumačenje prava posmatra kao model sociološke analize, može pomoći u izloženom smislu. Više od toga, testiranjem sociološke teorije tumačenja prava u izloženom smislu i na temu pravničkih dilema vezanih za probleme ljudskih prava u zdravstvenoj oblasti, želimo da skrenemo pažnju stručne javnosti na ovaj pristup u pravnoj hermeneutici jer taj pristup možda na ponajbolji način objašnjava šta se zaista dešava u sudnici kada sudije donose svoje odluke i kakva je zaista priroda tog postupka.⁷

SOCIOLOŠKO TUMAČENJE PRAVA KAO MODEL KONTEKSTUALNE ANALIZE

Sociološka teorija tumačenja prava, onako kako smo je formulisali u nizu ranijih radova, u suštini, i posmatrano u kontesktu postojećih teorija pravnog rasuđivanja, nije u toj meri jeretička zamisao kako se na prvi pogled čini.⁸ Naime, imajući u vidu dve ključne teorije tumačenja prava, subjektivnu koja tumačenje prava posmatra kao traganje za voljom zakonodavca,⁹ i objektivnu za koju je pravno

⁷ Ključni rad u kojem je izložena sociološka teorija tumačenja prava je monografija na ovu temu. V. Saša Bovan, *Pravna hermeneutika između logike i filozofije – sociološki metod u tumačenju i primeni prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.

⁸ U našoj literaturi, paradigmatičan stav u pravcu negiranja naučne tj. sociološke prirode pravnog rasuđivanja pronalazimo kod J. Hasanbegović. V. Jasminka Hasanbegović, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006, 101-102.

⁹ Robert Alexy, „Juristische Interpretation“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main, 1995, 78; Neil MacCormik, „Argumentation and Interpretation in Law“ *Ratio Juris* 6/1993, 20; Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2005, 7, 23, 89, 91, itd; Antonin Scalia, *A Matter of Intepretation, Fesral Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton – New Jersey, 1997, 23-24; Richard A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge – London, 2008, 365. Najpoznatiji zastupnik subjektivne teorije tumačenja u našoj literaturi je R. Lukić, v. Radomir D. Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, 73-74, 78, 185, itd.

tumačenje otkrivanje volje zakona,¹⁰ sociološka teorija tumačenja prava najbliža je pragmatičkoj teoriji pravnog rasuđivanja koja se zastupa u SAD, naročito kod jednog broja sudija Vrhovnog suda (najpoznatiji S. Brejer, M. Stivens),¹¹ odnosno realističkoj varijanti objektivne teorije tumačenja prava koja dominira u Evropi. Ovim teorijama je zajedničko da se tumačenje prava posmatra kao otkrivanje značenja pravne norme polazeći od aktualnih (realnih) društvenih odnosa, odnosno traganje za voljom zakona kojom se izražavaju savremene potrebe, interesi i kulturne vrednosti neke zajednice.¹²

Inače, zajednički imenitelj subjektivnih i objektivnih teorija tumačenja prava je jedna teleološka zablude, odnosno hipostaziranje velike premise jurističkog zaključivanja koja se ispoljava tako što se tumačenje prava ispostavlja kao zaključivanje polazeći od ciljeva regulisanja.¹³ Hipostaziranje (aksiomatizacija) velike premise u obe ove teorije praćena je i aksiologizacijom male premise gde se faktički kapacitet nekog slučaja posmatranog u užem ili širem socijalnom kontekstu zamenjuje neodređenim kategorijama kao što su kulturne vrednosti, savremene potrebe zajednice, itd. Upravo su veliki sporovi između predstavnika subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava pokazali da su volja zakonodavca i volja zakona najobičnije pravno hermeneutičke fikcije koje ne nude pouzdan kriterijum tumačenja prava.¹⁴

¹⁰ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin – Heidelberg, 1960, 239-240.

¹¹ Detaljnije, Mira Gur Arie, „Američka jurisprudencija u trećem milenijumu“, *Američka jurisprudencija XX veka* (ur. G. Vukadinović), Novi Sad, 2006, 9-20. O sukobu tekstualista (originalista) i zagovornika živog ustava (sudijskog aktivizma) koji je najviše došao do izraza u vreme mandata pomenutih sudija (A. Skalia – tekstualista, S. Brejer, M. Stivens – pokret živog ustava), detaljnije Frank B. Cross, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford University Press, Stanford, 2013.; Steven Calabresi, *Originalism: A Quarter – Century of Debate*, Regnery, Washington, D. C. 2007; David O. Brink, „Legal Interpretation, Objectivity and Morality“, *Objectivity in Law and Morals* (ed. B. Leiter), Cambridge, 2001, 12-57.

¹² Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München, 2003, 51-52; Andrei Marmor, *Interpretation and the Legal Theory*, Hart Publishing, Portland, 2005, 161; Franc Bidlinski, *Pravna metodologija*, CID, Podgorica, 2011, 31-32.

¹³ Tipičan primer zanemarivanja male premise u razmatranju prirode jurističkog zaključka kod K. Bekera (jedan od mlađih i poznatijih autora iz ove oblasti u Nemačkoj). V. Carsten Bäcker, „Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens“, *Rechtstheorie*, 3/2009, 494-424.

¹⁴ U najoštrijem vidu ti sporovi, ali sa poražavajućim rezultatima za obe teorije u odnosu na pitanje kriterijuma tumačenja opšte pravne norme, došli su do izražaja u diskusiji između dva velikana nemačke pravne teorije – B. Rittersa i V. Hasamera na stranicama časopisa *Pravna teorija*. V. Winfried Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche pragmatik“, *Rechtstheorie*, 1/2008, 1-22; Bernd Rütters, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie*, 3/2009, 253-284.

Sociološka teorija tumačenja prava kao izdanak hermeneutičkog realizma i pragmatizma u teoriji pravnog rasuđivanja izvodi do krajnjih konsekvenci ideju o tumačenju prava kao zaključivanju polazeći od realnih društvenih odnosa. To konačno podrazumeva dodatni fokus na činjenična pitanja, tj. hipostaziranje male premise jurističkog zaključka. Hipostaziranje male premise podrazumeva drugačiji tretman činjeničnih pitanja u kvantitativnom i kvalitativnom smislu. Kvantitativni aspekt izložene problematike izražen je u ideji da koncept pravno relevantnih činjenica zapravo sužava činjeničnu bazu sudijskog odlučivanja jer se ovim konstruktom vrši jedna hermeneutička redukcija fakata gde mnoštvo činjenica koje prolaze kroz filtere „pravne relevantnosti“ budu odbačene ili zanemarene a mogu biti relevantne za sklapanje činjeničnog mozaika nekog slučaja koji se našao pred sudijom. Kvalitativni aspekt hipostaziranja male premise podrazumeva drugačiji tretman činjeničnih pitanja gde se ona posmatraju ne samo sa stanovišta utvrđivanja činjenica nego i njihovog međusobnog odnosa. Konačno, posmatranje činjenica kroz njihov međusobni odnos podrazumeva utvrđivanje njihovog relativnog determinističkog značaja čime tumačenje prava dobija izgled jedne mikrosociološke analize u punom smislu te reči. Sve to znači da sudijsko rasuđivanje ne možemo svest na *tehne* i *fronesis* već da ono ima i dimenziju *episteme* (naučno, tj. sociološko zaključivanje), odnosno da pravno rezonovanje nije samo teleološko – normativni već i kauzalno – normativni postupak. U krajnjoj liniji, u radu iskusnih, stručnih i odgovornih sudija dolazi do izražaja upravo jedan ovakav način postupanja tj. odlučivanja, tako da sociološka teorija tumačenja prava ovako izložena pokazuje zapravo šta se stvarno dešava u sudnici onda kada se posao sudije obavlja na pravi način.¹⁵

Kada se iz izložene optike posmatraju realističke teorije tumačenja prava koje su epistemološka osnova jednog ovakvog pristupa, sociološka teorija pravnog rasuđivanja, onako kako je ovde ukratko izložena i kao izdanak realističkih teorija, u sebi nosi tvrdnju da su realističke teorije tumačenja prava, ipak, nedostatne u smislu da su primer jednog nedorečenog pragmatizma i neosvešćenog sociologizma.

¹⁵ Detaljnije o strukturi, prirodi i hermeneutičkom statusu male premise, Saša Bovan, „Pojam tumačenja prava posmatrano sa stanovišta jedne sociološke teorije pravnog rasuđivanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, Novi Sad, 2018, 1003-1007. Problematika činjeničnih pitanja detaljno se razmatra u teoriji procesnog prava (pre svega u krivičnoprocesnom i građansko procesnom pravu). Međutim, čini se da povodom ove tematike nije došlo do bliže saradnje teorije tumačenja prava i teorije dokaza iz raznih grana procesnog prava. O činjeničnim pitanjima u tom kontekstu detaljnije, Hans Joachim Koch, Helmut Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, Beck, München, 1982, 271-345; Arne Uomeier, „Der Sachverhalt im juristischen Streit“, *Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (hg. G. Kreuzbauer, S. Augener), Stuttgart, 2004, 124-133.

Teorijska podloga sociološke teorije tumačenja prava je ideja o kontekstualnom karakteru pravne interpretacije. Posmatrano kroz razvoj i odnos pojedinih društvenih nauka može se reći da fenomen kontekstualizacije predstavlja epistemološki temelj za nastanak moderne sociologije gde je ovaj pojam sinonim za sintetički pristup stvarnosti. U filozofiji takva sinonimnost postoji između pojma konteksta i celine (totaliteta). Međutim, s obzirom da tumačenje prava kao svoj predmet ima jezik, logično je da priču o kontekstualnom karakteru tumačenja započnemo sa lingvistikom, koja je rodna disciplina istraživanja jezika. Problem kontekstualizacije se tada ne ispoljava u oblasti sintakse nego semantike, a naročito lingvističke pragmatike.¹⁶

Naravno, s obzirom da problemi tumačenja prava zadiru u oblast lingvistike jer je predmet tumačenja u ovom slučaju jezik prava (svaka teorija tumačenja počiva na nekoj teoriji značenja), pored literature iz ove oblasti koju smo obradili u ranijim radovima, ovde pominjemo još jednog autora lingvističke nauke koji se izjašnjavao na ovu temu. Njemu pridajemo poseban značaj prvo stoga što se radi o danas jednom od viđenijih lingvista, drugo jer je u svom ključnom delu na temu tumačenja i razumevanja jezika posvetio veliku pažnju i posebne delove svog rada upravo pravnom tumačenju. Radi se o M. Daskalu sa Univerziteta Tel Aviv koji naglašava kako se tumačenje pravnih normi odigrava u jednom dijalektičkom prožimanju teksta i konteksta. On kaže kako: „kontekstualni faktori kao što su ideološke i političke pozicije sudionika u polemici utiču na tumačenje podjednako kao i čisto tekstualni faktori“.¹⁷ U odeljku o pravnoj interpretaciji ovaj autor neprestano naglašava i ponavlja stav o kontekstualnoj zavisnosti značenja bilo kog teksta zastupajući tada dosledno hermeneutički relativizam H. G. Gadamera (kontekstualizacija kao izraz pozadinskih pretpostavki tumača).¹⁸ Međutim, treba istaći da Daskal problem kontekstualizacije ne svodi na tumača koji je po njemu tek jedno hermeneutičko polje tumačenja. On govori, kada se radi o pravnom tumačenju, o slučaju tumačenja koji podrazumeva jedan poseban hermeneutički kontekst, a i tada o različitim nivoima konteksta kada „u jednom slučaju imamo široku kulturnološki određenu pozadinu, a u drugom, specifičnu situaciju konkretnog slučaja na koji se primenjuje zakon“.¹⁹

¹⁶ Detaljnije o problemu kontekstualizacije u lingvističkoj i filozofskoj literaturi u našem radu, Saša Bovan, „Tumačenje prava kao vrednovanje na osnovu konteksta“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 1, Beograd, 2012, 83-106.

¹⁷ Marcelo Dascal, *Interpretation and Understanding*, John Benjamins Publishing Company, Amsterdam – Philadelphia, 2003, 326.

¹⁸ M. Dascal, op. cit., 328.

¹⁹ M. Dascal, op. cit., 333.

Ne ulazeći dublje u ovu problematiku, a imajući u vidu pre svega opštu teoriju tumačenja, i polazeći od ideja M. Daskala, izveli smo model kontekstualizacije koji podrazumeva isprepletanost funkcionalnog konteksta (kontekst autorovog značenja), situacionog konteksta (aktuelni kontekst tumačenja koji je povod tumačenja i izvor interpretativnih pitanja) i individualnog konteksta (kontekst tumača koji se ispoljava kao predrasudnost u Gadamerovom i Hajdegerovom smislu).²⁰ Isprepletanost ova tri konteksta u procesu tumačenja u slučaju pravnog rasuđivanja ispoljava se, najvažnije, i kao napetost između njih, što je i razumljivo jer tumačenje i primena prava podrazumevaju spor između određenih strana i odlučivanje o ljudskim sudbinama. U našem modelu, imajući u vidu da subjektivna i objektivna teorija tumačenja prava na sadrže pouzdane kriterijume tumačenja i primene prava, ukazano je da situacioni kontekst (mala premisa jurističkog zaključka) predstavlja hermeneutički most između funkcionalnog i individualnog konteksta, odnosno najbolji put koji nam pomaže da izvedemo koliko toliko pouzdane kriterijume pravnog rezonovanja. To znači favorizovanje premise činjeničnog stanja po jednoj induktivnoj logici koja tumačenje prava posmatra kao zaključivanje od činjenica slučaja ka ciljevima regulisanja, a ne obrnuto, od ciljeva ka činjenicama.

Polazeći od izloženog, formulisali smo definiciju tumačenja prava gde se kaže da je pravna interpretacija ispunjavanje sadržinom trebanja iz opšte pravne norme (preciziranje ciljeva zakona) polazeći od činjenica slučaja tumačenja posmatranih u užem ili širem socijalnom kontekstu.

Sada se postavlja pitanje odgovarajuće primene Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti imajući u vidu izloženi pristup problematici tumačenja prava gde se ispostavlja da je primena prava jedan kauzalno – normativni postupak, odnosno postupak gde pored odgovarajućih logički operacija snažno dolazi do izražaja primena jedne mikrosociološke analize, a sve s obzirom na značaj koji se u postupku tumačenja i primene prava pridaje maloj premisi pravničkog rasuđivanja i odlučivanja (premise činjeničnog stanja).

PRIMENA ZAKONA O ZAŠTITI STANOVNIŠTVA OD ZARAZNIH BOLESTI U SVETLU JEDNE SOCIOLOŠKE TEORIJE TUMAČENJA PRAVA

U prvom koraku, u okviru ideje o kontekstualnom karakteru procesa tumačenja prava problematika primene Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti posmatra se sa stanovišta modela kontekstualizacije koji je konstruisan. Tada, polazi se od toga da je situacioni kontekst (premise činjeničnog stanja) funkcionalno

²⁰ S. Bovan, „Tumačenje prava kao vrednovanje na osnovu konteksta“, op. cit., 96.

i ontološki najvažniji aspekt te troslojne strukture (funkcionalno najvažniji jer u sebi sadrži kriterijum tumačenja, ontološki najvažniji jer je kohezionog karaktera unutar datog modela kontekstualizacije). To praktično znači da je potrebno pronaći meru zadiranja u činjenično stanje – da li ćemo se najuže držati činjenica slučaja ili se mora sagledati širi socijalni kontekst samog slučaja tumačenja. Nažalost, u slučaju primene zakona u pitanju, više je nego očigledno da se situacioni kontekst mora proširiti u najvećoj mogućoj meri s obzirom da je epidemija Covid 19 planetarnog karaktera i s obzirom na sve druge okolnosti koje prate ovu pandemiju (visoka zaraznost, veliki broj umrlih – preko pet miliona osoba za godinu i nešto više dana, opterećenost zdravstvenog sistema, visoki troškovi lečenja ovih pacijenata, fizičke i psihološke posledice kod zaraženih, lične drame kada umiru oboleli i ostavljaju decu bez staranja i egzistencije, otežana zdravstvena zaštita za obolele od drugih bolesti, generalni pad privrednog rasta u svetu i ostali poremećaji u ekonomiji, itd.).

U drugom koraku, imajući u vidu konkretan kontekst primene Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, primena pomenutog zakona podrazumeva različite modele postupanja. Onaj koji neće biti razmatran podrazumeva postupanje nadležnih organa po opštim pravnim normama koje se ispoljava putem donošenja pojedinačnih pravnih normi, odnosno onaj oblik primene koji podrazumeva izricanje sankcije (prekršaji i krivične osude). S obzirom da prema Zakonu o zaštiti zdravlja stanovništva od zaraznih bolesti i Krivičnom zakoniku RS zdravlje stanovništva predstavlja poseban predmet zaštite. Zakon o zaštiti zdravlja podrazumeva odgovarajuće kaznene odredbe, tj. prekršaje predviđene čl. 77 – 85a ovog Zakona. Poslednjim izmenama u novembru 2020. godine povećane su novčane kazne za odgovarajuće prekršaje i data dodatna ovlašćenja sanitarnoj inspekciji i komunalnoj miliciji u sprovođenju zakona. Kada se radi o krivičnom zakoniku u pitanju je mogućnost primene čl. 248. KZ (nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije), čl. 249. KZ (prenošenje zaraznih bolesti), i čl. 259, st. 1 i 2. KZ (teška dela protiv zdravlja ljudi). Ali, kako je rečeno, ovaj oblik primene Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, koji podrazumeva postupanje prekršajnih i sudskih organa neće biti razmatran ovom prilikom.

Ovde će biti reči, kako je ukazano u uvodnom delu ovog rada, o primeni dispozicija opštih pravnih normi, tj. o primeni Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti putem neposrednog postupanja nadležnih državnih (izvršnih) organa koje podrazumeva razradu zakona putem upravnih propisa čime se predviđa i neposredno postupanje građana u obliku odgovarajućih činidbi.

Međutim, osnovna dilema koja se tada postavlja tiče se ljudskih prava jer se postavlja pitanje da li obaveze koje se nameću građanima ovim zakonom i pratećim propisima podrazumevaju razne oblike diskriminacije građana.

Ovde se pre svega misli na mogućnost obavezne vakcinacije, razne vrste kovid propusnica i druga ograničenja koja se mogu nametati građanima u slučaju da nisu vakcinisani. Tako na primer, i najvažnije, Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti predviđena je mogućnost obavezne vakcinacije građana. Inače, do izmena iz novembra 2020. godine,²¹ obavezna vakcinacija je bila predviđena taksativno, za tačno određeni krug lica i pojedine zarazne bolesti (čl. 32., st. 3. Zakona). Pomenutim izmenama predviđena je obavezna vakcinacija za sva lica u cilju suzbijanja i sprečavanja širenja neke (bilo koje) zarazne bolesti (čl. 33., st. 2. Zakona). Ova mogućnost pojačana je čl. 2., st. 1., tač. 19a Zakona koji predviđa posebnu ličnu odgovornost građana u sprečavanju zaraznih bolesti. Konačno, obaveznu vakcinaciju nije teško proglasiti. Potreban je samo akt ministra uz odgovarajuća savetodavna mišljenja.

Posmatrano u regionu, obavezna vakcinacija je uvedena u Sloveniji za državne službenike (suspendovana odlukom Ustavnog suda krajem septembra 2021. godine). U Hrvatskoj je predviđena obavezna vakcinacija za medicinsko osoblje počev od sredine oktobra 2021. godine. Širom sveta ima primera kojima se predviđa obavezna vakcinacija pojedinih kategorija stanovništva ili predviđaju razni oblici kovid propusnica kojima se ograničavaju pojedina prava nevakcinisanim građanima (ukoliko nemaju PCR ili antigenski test). Tako je u Kaliforniji uvedena obavezna vakcinacija školske dece od 1. oktobra 2021. godine, a u većini evropskih zemalja su uvedene kovid propusnice, kovid pasoši, itd. Kao što se vidi iz uvodnih razmatranja, pored ograničenja predviđenih zakonima i sprovedbenim opštim aktima (upravnim propisima), postoji mogućnost nametanja pojedinih obaveza (odnosno uskraćivanja pojedinih prava) i putem generalnih upravnih akata kao što je kod nas urađeno u septembru 2021. godine na medicinskom fakultetu gde se predviđa obavezna vakcinacija (ili PCR i antigenski testovi) za studente koji pohađaju praktičnu nastavu iz pojedinih predmeta. Primera je sasvim dovoljno i nema potrebe za njihovim daljim nabranjem.

Postavlja se pitanje da li se predviđenim obavezama koje se nameću građanima u pogledu zdravstvene zaštite krše ljudska prava, odnosno vrši diskriminacija nevakcinisanih građana. I posebno, kako ova problematika izgleda iz ugla jedne sociološke teorije tumačenja prava.

Ovde je prvo potrebno vratiti se na problem kontekstualizacije Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti i na stav o značaju situacionog konteksta (premisa činjeničnog stanja) za tumačenje i primenu prava s obzirom da se kriterijum tumačenja opšte pravne norme nalazi u odgovarajućem tretmanu činjenica

²¹ *Sl. glasnik RS*, br. 136/20.

slučaja tumačenja, a sve to, konačno, radi preciziranja ciljeva zakona koji se tumači i primenjuje. Naravno, treba ponoviti još jednom da tretman činjeničnih pitanja (proširivanje ili sužavanje situacionog konteksta) zavisi od toga s kojim se ciljem preduzima tumačenje zakona. U našem slučaju, ako se, na primer, izriču prekršajne i krivične sankcije prema pojedincima zbog nepostupanja po Zakonu o zaštiti zdravlja nije potrebno preterano širiti činjeničnu osnovu slučaja tumačenja. Međutim, ako se na osnovu Zakona o zaštiti zdravlja upravnim propisom (odlukom ministra zdravlja) uvodi opšta imunizacija potrebno je maksimalno proširiti razmatranje činjenične osnove na temelju koje se donosi jedna takva odluka.²² Ovo stoga što se ovde radi o ograničavanju ljudskih prava kada je potrebno to ograničavanje obrazložiti i odbraniti polazeći od ustavne formulacije (čl. 20 Ustava RS), da se ljudska prava mogu ograničavati samo privremeno i samo kada je to neophodno i srazmerno. Gotovo smo sigurni da u ovom slučaju ne bi bilo teško odbraniti stav o potrebi opšte imunizacije, tj. stav da se aktom o opštoj imunizaciji ljudska prava ograničavaju u skladu sa ustavom. Sve ovo važi, tim pre, u svim drugim situacijama kada se parcijalnim merama (kovid pasoši, kovid propusnice, itd.) ograničavaju prava nevakcinisanih osoba.

Predviđeni tretman činjenica i tumačenje prava, po izloženoj logici i u konkretnom slučaju, u pravom smislu predstavlja model jedne razvijene sociološke analize (sociologija je, na kraju krajeva, nauka koju možda ponajbolje možemo definisati i odeliti od drugih nauka tako što ćemo reći da ona predstavlja model najsloženije kontekstualne analize), i odvija se po definiciji gde se kaže da tumačenje prava predstavlja identifikaciju i preciziranje ciljeva zakona (ispunjavanje sadržinom trebanja iz opšte pravne norme) polazeći od činjenica slučaja tumačenja posmatranih u užem ili širem socijalnom kontekstu.

Međutim, tumačenje prava po izloženoj logici gde se hipostazira mala premisa jurističkog zaključka (premissa činjeničnog stanja, situacioni kontekst), predstavlja samo jedan od modela tumačenja prava. Naime, tumačenje prava pored toga što se ispoljava kao identifikacija i preciziranje ciljeva zakona ili pojedinih pravnih instituta, vrlo često dobija oblik vaganja interesa (ciljeva) polazeći od vaganja činjenica. To su sve one situacije, nimalo retke u procesu primene prava, kada otkrivamo da su

²² Napominjemo još jednom da je razmatranje činjeničnog stanja u ovom slučaju deo postupka primene prava jer eventualni akt ministra zdravlja kojim se uvodi opšta vakcinacija, iako upravni propis koji je opšteg karaktera, ne predstavlja akt stvaranja već akt primene prava kada se vrši neposredna primena opšte pravne norme (ovde Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti) odlukom nadležnog državnog organa, pri čemu ta primena zapravo predstavlja razradu zakona koja se odvija takođe jednim opštim aktom (upravni propis u formi naredbe), samo niže pravne snage.

ciljevi zakona (pored toga što su uvek neodređeni) nejasni, ili zastareli, ili protivrečni, ili da su u odnosu konkurencije (hijerarhija ciljeva), ili pak da su suprotstavljeni.

I u ovim situacijama, po istoj logici, jedino odgovarajući tretman premise činjeničnog stanja, odnosno dubinsko razmatranje činjenica koje treba sabrati (utvrditi), ali zatim i važnije, sistematizovati, povezati i na kraju objasniti, garantuje relativno uspešno rešavanje problema odnosa između pojedinih ciljeva regulisanja zakona (pre svega hijerarhije i sukoba ciljeva).

U našem slučaju, kada se radi o primeni Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, mogućnost obavezne vakcinacije (i druge zdravstvene mere) može se uspešno odbraniti s obzirom na osnovni cilj ovog zakona a to je zaštita zdravlja stanovništva, i pri tome odbaciti prigovori da se ovde radi o ograničavanju ljudskih prava koje nije u skladu sa Ustavom RS. Sve ovo pogotovo, kada rad na činjenicama slučaja posmatramo kao model jedne sociološke analize.

Ali, postavlja se pitanje da li u konkretnom slučaju, mogućnost obavezne imunizacije dovodi do sukoba ovog zakona sa nekim drugim ciljevima našeg pravnog poretka, koji se tiču zaštite ljudskih prava, a predviđeni su samim Ustavom. Na primer, postavlja se pitanje sukoba ciljeva s obzirom na čl. 25. Ustava RS koji govori o nepovredivosti fizičkog i psihičkog integriteta. Ponovo se vraćamo na činjeničnu osnovu Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti koja se ovde ispoljava u podatku da je u svetu trenutno više od 5. miliona ljudi izgubilo živote u borbi sa virusom Covid 19. Ova činjenica, kao i ona da virus može mutirati u još smrtonosniju varijantu (jer virusi stalno mutiraju – što je notorna činjenica virusologije kao nauke), pokazuje da se u ovom slučaju ne postavlja samo pitanje zdravlja već i života velikog broja ljudi. Tada moramo imati u vidu da naš Ustav u čl. 24. posebno štiti pravo na život (kao i svi drugi ustavi), pa se polazeći od činjeničnog stanja, a imajući u vidu posebnu zaštitu prava na život koja se ovde takođe postavlja, sukob ciljeva (život i zdravlje vs. fizički i psihički integritet) lako rešava u korist života i zdravlja, čime se i tumačenjem Ustava čvrsto može braniti eventualna odluka o obaveznoj vakcinaciji kao neophodna u odbrani života i zdravlja najvećeg dela ljudske populacije. Osim toga, činjenično stanje ukazuje da se ovde radi o obaveznoj a ne prisilnoj imunizaciji, pa se i iz tog razloga ne može govoriti o povredi ovog ljudskog prava. Najzad, ne može se istaći ni prigovor koji upućuje na vršenje medicinskih oglada, jer je proces izrade vakcina prošao standardne procedure, a u masovnoj imunizaciji širom sveta vakcine su se pokazale kao bezbedne i efikasne, pogotovo kada se radi o sprečavanju težih slučajeva onda kada se i vakcinisane osobe zaraze.

Slična je situacija kada se u međusobnu konkurenciju dovedu pravo na život (čl. 24. Ustava RS) i pravo na razna i različita lična uverenja koja se štite ustavno-pravnim institutom zabrana diskriminacije (čl. 21. Ustava RS). Činjenična osnova

ovog slučaja u još većoj meri dolazi do izražaja u ovoj situaciji, pogotovo što se vrlo jednostavno i ubedljivo može odbraniti načelan stav da se opštom imunizacijom ljudska prava ne ograničavaju u meri i na način da se time krši Ustav po ovom pitanju. Čak se u ovom poslednjem slučaju (zabrana diskriminacije) može reći da vakcinisanim osobama treba pružiti posebnu zaštitu po čl. 21. st. 4. Ustava RS koji predviđa pozitivnu diskriminaciju pojedinih kategorija građana.

SOCIOLOŠKO TUMAČENJE PROPISA O ZDRAVSTVENOJ ZAŠTITI PREMA STAVU EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sve rečeno u prethodnom delu rada došlo je belodano do izražaja u poslednjoj odluci Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) iz zdravstvene oblasti, a povodom žalbe grupe građana iz Čehoslovačke koja se odnosi na obaveznu vakcinaciju od devet bolesti predviđene odgovarajućim Zakonom o zaštiti zdravlja ove države (čl. 46., st. 1. i 4. Zakona o zaštiti javnog zdravlja Češke Republike).

Žalbu je u više podnesaka počev od 2013. do 2015. godine podnela velika grupa građana smatrajući da se predeviđenom obaveznom vakcinacijom krši čl. 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koji se odnosi na zaštitu privatnog života i porodice (*Vavrička and Others v. Czech Republic* (predmet No. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19305/15, 43883/15, presuđeno 8. aprila 2021. godine).²³

Najvažniji deo ove odluke je stav ESLJP da obavezna vakcinacija od devet navedenih bolesti nije suprotna zakonu, tj, da je legalna, te da nema kršenja čl. 8. Konvencije (par. 311). Gotovo je sigurno da će imajući u vidu ovu odluku ESLJP, a u slučaju donošenja odluke o obaveznoj vakcinaciji na osnovu čl 33. st. 2., Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, ta odluka biti odbranjena i na Ustavnom sudu RS ukoliko se ospori ustavnost i zakonitost zakonske odredbe o obaveznoj vakcinaciji. Međutim, u ovom slučaju za nas je takođe važno da je ovu odluku ESLJP doneo primenom hermeneutičkog instrumenta koji se zove test proporcionalnosti.²⁴ Ovaj hermeneutički instrument se razvio u praksi ESLJP prilikom primene čl. 8 – 11. Konvencije.²⁵

²³ European Court of Human Rights, *Vavrička and Others v. Czech Republic*, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%222001-209039%22>}, 4. oktobar 2021.

²⁴ O različitim modalitetima primene testa proporcionalnosti detaljnije, Tor-Inge Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Boston – Leiden, 2015, 66-67; Bernhard Schlink, „Proportionality“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (ed. M. Rosenfeld, A. Sajo), Oxford, 2012, 726.

²⁵ O razvoju ovog pravnog sredstva v. Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, 281-283.

Primena testa proporcionalnosti odvija se u četiri koraka (podrazumeva četiri standarda). Prvi korak je davanje odgovora na pitanje da li iza odluke nacionalnog zakonodavca stoji legitimni cilj. ESLJP je utvrdio (par. 263.) da obavezna vakcinacija koja nije zasnovana na pristanku nesporno predstavlja zadiranje u privatnu sferu (čl. 8. Konvencije). Međutim, ESLJP je potom zaključio da se obaveznom imunizacijom štiti legitimni cilj, a to je zaštita zdravlja (par. 272). Zatim se utvrđeno da postoji adekvatnost između željenog cilja i sredstva za njegovo ostvarivanje (par. 277.). Takođe je utvrđeno da odluka nacionalnog zakonodavca ispunjava standard neophodnosti, tj. da je u pitanju najmanje restriktivno sredstvo za ostvarivanje legitimnog cilja (par. 291.). Konačno, ESLJP smatra da je zadovoljen i standard proporcionalnosti *stricto sensu*, odnosno da postoji ravnoteža (srazmernost) između suprotstavljenih prava i interesa (par. 306).

Pregled hermeneutičkih standarda koji čine sadržinu testa proporcionalnosti izložen je sasvim lapidarno jer naš osnovni cilj u ovom trenutku nije dublje upuštanje u prezentovanu presudu ESLJP, već da ustanovimo kakva je priroda tog postupka. Imajući u vidu i neke druge primere koje smo izložili u ranijim radovima,²⁶ smatramo da test proporcionalnosti u najvećoj meri počiva na formuli tumačenja prava kao vaganju interesa koje počiva na vaganju činjenica, odnosno da su pomenuti standardi pre svega jedan model razmatranja činjeničnih pitanja, koji se primenjuje kako bi se uspešno zahvatila sva kompleksnost društvene zbilje u nekom konkretnom slučaju. Drugim rečima, test proporcionalnosti je hermeneutički instrument koji ima naglašeno sociološku prirodu i predstavlja u svojoj suštini model sociološke analize na osnovu čega se potom izvodi zaključak o vrednostima koje se štite u nekoj konkretnoj situaciji.

Ovim se potvrđuju osnovni postulati sociološke teorije pravnog rasuđivanja na kojoj insistiramo, a koja počiva na favorizovanju male premise jurističkog zaključka i pre svega induktivnom karakteru postupka tumačenja i primene prava, kada se tumačenje prava ispoljava kao vaganje interesa polazeći od vaganja činjenica, a ne kao vaganje činjenica polazeći od apstraktnih ciljeva u opštoj pravnoj normi.

ZAKLJUČAK

Prema svemu izloženom, čini se nespornim da bi eventualna odluka nadležnih organa u našoj zemlji o uvođenju obavezne imunizacije za sva lica, tj. za sve kategorije stanovništva, prošla test ocene ustavnosti i zakonitost, ako bi do toga uopšte došlo. Međutim, važnije u ovom slučaju, a imajući u vidu osnovne ciljeve

²⁶ S. Bovan, *Pravna hermeneutika između logike i filozofije – sociološki metod u tumačenju i primeni prava*, op. cit., 157-161, 163.

rada, jeste rekonstrukcija hermeneutičkog puta koji nas može dovesti do jedne ovakve odluke. U radu je primena Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti RS posmatrana iz ugla jedne sociološke teorije tumačenja i primene prava koja ističe značaj, bolje reći primat male premise u jurističkom rasuđivanju, kada rad na činjenicama nekog slučaja dobija izgled jedne sociološke analize i predstavlja najpouzdaniji kriterijum tumačenja prava po pristupu gde se kaže da je tumačenje prava vaganje interesa polazeći od vaganja činjenica (a ne obrnuto), tj. da je tumačenje prava ispunjavanje sadržinom trebanja iz opšte pravne norme polazeći od činjenica slučaja posmatranih u užem ili širem socijalnom kontekstu. Konačno, posmatranje tumačenja i primene prava kao oblika pre svega jedne sociološke, tj. kontekstualne analize pokazalo se pouzdanim kada smo doveli u međusobni odnos i konkurenciju zaštitu zdravlja kao osnovni cilj eventualne opšte imunizacije prema pomenutom Zakonu sa nekim drugim vrednostima koje se štite Ustavom RS (zabrana diskriminacije, nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta, dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti), prilikom ispitivanja da li bi opšta i obavezna vakcinacija dovela do kršenja nekih ljudskih prava.

Prof. Dr. SAŠA BOVAN
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

APPLICATION OF LAW AS A MICROSOCIOLOGICAL ANALYSIS:
AN EXAMPLE OF THE LAW ON PROTECTION OF THE POPULATION
FROM INFECTIOUS DISEASES OF REPUBLIC OF SERBIA

Summary

This paper deals with the issue of application of law in a specific case that is suitable for the defense of the thesis on the interpretation of law as a form of sociological analysis. Given the current situation imposed by the Covid-19 virus pandemic, it analyzes the application of the appropriate health regulations, testing the hermeneutic formula according to which the interpretation of law turns out to be weighing interests starting from weighing facts. In other words, all considered dilemmas in this paper starts from the idea of the contextual character of the procedure of interpretation and application of law, ie. starting from the basic premises of a sociological theory of interpretation of law that we have been formulated in previous papers. Problematizing this topic, the focus will be on the currently present dilemma in professional circles, which refers to the possibility of conditioning and restricting certain human rights of those persons who do not adhere to the adopted epidemiological measures and medical recommendations during the epidemic Covid-19.

Key words: interpretation and application of law, Law on protection of the population from infectious diseases, Covid-19, sociological theory of interpretation and application of law

Literatura

- Alexy R., „Juristische Interpretation“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main 1995, 78.
- Arie M. G., „Američka jurisprudencija u trećem milenijumu“, *Američka jurisprudencija XX veka* (ur. G. Vukadinović), Novi Sad, 2006.
- Bäcker C., „Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens“, *Rechtstheorie* 3/2009.
- Barak A., *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2005.
- Bidlinski F., *Pravna metodologija*, CID, Podgorica 2011.
- Bovan S., „Pojam tumačenja prava posmatrano sa stanovišta jedne sociološke teorije pravnog rasuđivanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, Novi Sad, 2018.
- Bovan S., „Tumačenje prava kao vrednovanje na osnovu konteksta“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2012.
- Bovan S., *Pravna hermeneutika između logike i filozofije – sociološki metod u tumačenju i primeni prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Brink D. O., „Legal Interpretation, Objectivity and Morality“, *Objectivity in Law and Morals* (ed. B. Leiter), Cambridge, 2001.
- Calabresi S., *Originalism: A Quarter – Century of Debate*, Regnery, Washington D. C., 2007.
- Cross F. B., *The Failed Promise of Originalism*, Stanford University Press, Stanford, 2013.
- Dascal M., *Interpretation and Understanding*, John Benjamins Publishing Company, Amsterdam – Philadelphia, 2003.
- European Court of Human Rights, *Vavrička and Others v. Czech Republic*, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-209039%22%5D%7D>.
- Harbo T., *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill Nijhoff, Boston – Leiden, 2015.
- Hasanbegović J., *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006.
- Hassemer W., „Juristische Methodenlehre und richterliche pragmatik“, *Rechtstheorie*, 1/2008.
- Koch H. J., Rüssmann H., *Juristische Begründungslehre*, Beck, München, 1982.
- Larenz K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin – Heidelberg, 1960.
- Lukić R. D., *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961.
- Lukić R., *Metodologija prava*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 1977.
- MacCormik N., „Argumentation and Interpretation in Law“, *Ratio Juris*, 6/1993.
- Marmor A., *Interpretation and the Legal Theory*, Hart Publishing, Portland, 2005.

- Mitrović D., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Podgorac T., „O nužnosti zasnivanja nauke politike prava (zakonodavne politike)“, *Kriza pravnog sistema* (ur. T. Podgorac), Beograd, 1990.
- Popović D., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2012.
- Posner R. A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge – London, 2008.
- Rüthers B., „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie*, 3/2009.
- Scalia A., *A Matter of Intepretation, Fesral Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton – New Yersey, 1997.
- Schlink B., „Proportionality“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (ed. M. Rosenfeld, A. Sajo), Oxford, 2012.
- Stanković J., *Osnovi opšte sociologije prava*, III deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2000.
- Tomić Z., *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Uomeier A., „Der Sachverhalt im juristischen Streit“, *Der juruatische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (hgrs. G. Kreuzbauer, S. Augeneder), Stuttgart, 2004.
- Vasić R., Jovanović M., Dajović G., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Vuković D., *Društvo i pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Zippelius R., *Juristische Methodenlehre*, München, 2003.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 06.10.2021.

Prihvaćen: 20.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NIKOLA PANTELIĆ
MIJODRAG RADOJEVIĆ

**(ZLO)UPOTREBA MERA MILITANTNE DEMOKRATIJE
– LOJALNOST DRŽAVNIH SLUŽBENIKA I OGRANIČENJE
POLITIČKOG UDRUŽIVANJA –**

Da li se demokratija može braniti nedemokratskim sredstvima? Da li su ova sredstva u skladu sa konstitucionalnom demokratijom? Da li je moguće otkriti elemente i načela recepta kojim se uspostavlja ravnoteža između legitimnih ograničenja slobode i legitimnog interesa države da se zaštiti od svojih protivnika? Koristeći doktrinarna stanovišta i stavove jurisprudencije autori ukazuju na to da nema jednoznačnog odgovora na postavljena pitanja. Koncept militantne demokratije, nastao na iskustvu sa nacističkim režimom, primenjen je nakon Drugog svetskog rata u tadašnjoj Saveznoj Republici Nemačkoj, a zatim i u formi lustracije u postkomunističkim zemljama. Upotreba ove doktrine u praksi dovela je do kršenja ljudskih prava na slobodu izražavanja i udruživanja zajemčenih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda. Paradoksi nisu razrešeni, a lek za neprijatelje demokratije nije pronađen. U međuvremenu, širi se virus pandemije autoritarizma u Evropi.

Ključne reči: liberalna demokratija, lojalnost državne uprave, ograničenje političkog udruživanja, lustracija, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda

Mr Nikola Pantelić, zamenik javnog tužioca, Treće osnovno javno tužilaštvo u Beogradu, e-mail: panta_0008@yahoo.com.

Dr Mijodrag Radojević, naučni saradnik, Institut za političke studije, Beograd, e-mail: miodrag.radojevic@gmail.com.

ODBRANA DEMOKRATIJE PRAVNIM MERAMA

U savremenoj društvenoj teoriji dva su ontološka problema vezana za demokratiju – prvi se odnosi na poboljšanje njene efikasnosti i kapaciteta, otklanjanje onih kritika, prisutnih od antičkih vremena, koji je određuju kao lošu vladavinu utemeljenu na tiraniji većine, vladavinu prosečnih (nekompetentnih) čija je posledica poništavanje individualizma, prirodnih i urođenih prava. Drugi problem pojavljuje u obliku dileme o zaštiti demokratije od njenih neprijatelja. Sa krizom demokratije u modernom dobu, još od Francuske revolucije, aktuelizuje se rasprava o načinima njenog obračuna sa političkim neistomišljenicima. Bez obzira na to da li se radi o desnom ili levom političkom ekstremizmu, terorističkim grupama ili populističkim pokretima, koji smatraju da je u ime vere, nacije ili boljitka položaja delova društva (npr. klase) neophodno demokratiju ukinuti i zameniti drugačijim tipom političkog sistema, oni se skupa stigmatizuju kao dušmani demokratije. U etabliranim liberalnim demokratijama potraga za rešenjima, zaogrnutim u pravnu odoru, suprotstavljanja nedemokratskim pojavama i ponašanjima poprima ponekad karakter opasnih eksperimenata i dvosmislenih namera. Na primer, dramatičniji rasplet od viđenog mogao je uslediti u „prvoj zemlji demokratije“, kada je bivšem predsedniku Donaldu Trampu uskraćen pristup društvenim mrežama i sredstvima javnog informisanja, a zatim i najavljena inicijativa o zabrani ponovnog kandidovanja na sledećim predsedničkim izborima, jer je navodno podstakao političko nasilje. Zbog političkih stavova, kako je to ocenjeno u tamošnjoj političkoj javnosti, usledilo je i neuspešno „izbacivanje“ iz Predstavničkog doma kongresmena *Mardžori Tejlor Grin (Marjorie Taylor Greene)*.¹ Takođe, u posttotalitarnim sistemima, i na ovim prostorima, još uvek je aktuelna tema o primeni lustracionih mera prema pristalicama i simpatizerima bivšeg režima. S obzirom na to da su u pojedinim sredinama naslednici nekadašnjih komunista u funkcionerskim stolicama, teza o lustraciji kao meri pročišćenja u javnom životu poprima i obeležje oružja u političkoj borbi.

Ideja o tome da se javnim funkcionerima i državnim službenicima onemogućiti obavljanje svojih dužnosti i poslova nalazi svoju teorijsku podlogu u konceptu poznatim pod nazivima: militantna demokratija, borbena demokratija, odbrambena demokratija, netolerantna demokratija itd. Izvorni naziv – militatna demokratija pripada nemačkom naučniku jevrejskog porekla Karlu Levenštajnu, koji je pod parolom da se vatrom suprotstavlja vatri, odnosno kako je to kasnije reinterpetirano da nema slobode za neprijatelje demokratije, prvi upotrebio

¹ Takva mogućnost je dopuštena Ustavom, ako za ovaj predlog glasa dve trećine kongresmena i senatora u oba doma američkog predstavničkog tela.

ovaj izraz u svom poznatom članku „Militantna demokratija i osnovna prava“ objavljenom u Sjedinjenim Američkim Državama uoči Drugog svetskog rata.² Po Levenštajnu, propast Vajmarske republike posledica je njenih slabosti da prema neprijateljima demokratije primeni radikalne mere. Zbog toga, da bi vrednosti demokratije bile očuvane ona mora da se brani svim sredstvima. Iskustvo sa totalitarnim režimima desne i leve provinijencije uticalo je na to da se ova doktrina integriše u posleratni Nemački ustav. Istine radi, postoje i oni teoretičari koji smatraju da su koreni i izvori militantne demokratije stariji i da se oni mogu tražiti u Francuskoj revoluciji i Američkom ustavnom poretku. Levenštajnova doktrina, kako tvrde pojedini teoretičari, pre njene primene u Nemačkoj testirana je u SAD-u kroz agresivnu antikomunističku politiku tokom 40-ih godina prošlog veka, ali i u „izolaciji“ američkih državljana japanskog porekla tokom Drugog svetskog rata.³ Masovnije korišćenje ove doktrine usledilo je tokom hladnog rata, a zatim i nakon pada Berlinskog zida u postkomunističkim zemljama (pomenuta lustracija).

Demokratije širom sveta primenjivale su niz mera koje onemogućavaju za- govornike totalitarnih režima da iskoriste njihove slabosti. Osim zabrane političkih stranaka kao najreprezentativnije mere, koriste se i druge, manje invazivne mere, okrenute pojedincima. Ograničenje slobode govora (zbog zabrane negiranja Ho- lokausta), zabrana zloupotrebe prava i zahtevanje od državnih službenika da budu privrženi demokratskim vrednostima („lojalnost“ državnih službenika), samo su deo arsenala tzv. militantne demokratije. Primena ovih mera u Saveznoj Republici Nemačkoj, kroz proces denacifikacije ali i obračuna sa komunističkom partijom, i postkomunističkim zemljama u vidu lustracije suočila se sa nizom problema. Pre svega, konceptu militantne demokratije se upućuje prigovor da ona ograničava os- novna ljudska prava, poput prava na slobodu udruživanja i mišljenja, i da nelibe- ralnim merama brani liberalni poredak. Na konkretnim primerima, uz uvažavanje teorijskih stanovišta preispitaćemo da li su ove mere legitimne sa stanovišta uni- verzalnih vrednosti i legalne u skladu sa međunarodnim pravnim standardima, odnosno da li one, u krajnjoj meri, vode urušavanju ili jačanju pravnih sistema i vladavine prava.

² Karl Loewenstein, „Militant Democracy and Fundamental Rights“, *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3, 1937, 417–432. https://warwick.ac.uk/fac/arts/history/students/modules/hi290/seminars/revolution/lowenstein_militant_democracy_i.pdf, 11.08.2021.

³ O uticajima Levenštajnovog koncepta na Američki koncept militantne demokratije u praksi: Udi Greenberg, „Militant Democracy and Human Rights“, *New German Critique – An Interdisciplinary Journal of German Studies*, Vol. 42, No. 3, 2015, 169–195, [https://read.dukeupress.edu/new-german-critique/article-abstract/42/3%20\(126\)/169/33224/Militant-Democracy-and-Human-Rights](https://read.dukeupress.edu/new-german-critique/article-abstract/42/3%20(126)/169/33224/Militant-Democracy-and-Human-Rights), 11.08.2021.

MERE MILITANTNE DEMOKRATIJE KAO ODBRANA PORETKA

Lojalnost državnih službenika kao mera militantne demokratije

Pravni sistemi širom sveta, decenijama unazad prihvataju lojalnost državne uprave kao jedan od efikasnijih instrumenata militantne demokratije. Među prvima koji su počeli sa primenom ovog koncepta bila je Savezna Republika Nemačka. Nakon što je ideja lojalnosti javne uprave u demokratskom sistemu začeta u SR Nemačkoj, ona je prihvaćena i u nekim postkomunističkim državama, u obliku lustracije.⁴ Češka je, na primer, sledeći primer Nemačke, „agente“ koji su saradivali sa komunističkim vlastima onemogućila da se putem angažovanja u državnoj upravi približe javnim vlastima. Zbog toga je u, usko postavljenim kriterijumima, velikom broju građana onemogućeno zapošljavanje u organima državne uprave. I drugi politički režimi su se na različit način ophodili sa „nelojalnom“ državnom upravom. Za razliku od Nemačke i Češke, koje su bile rigoroznije, Poljska i Mađarska imale su popustljiviju („mekšu“) politiku lustracije. U drugim zemljama ove mere bile su simbolički odraz militantne demokratije.⁵ Srbija je, pak, bila jedinstveni primer, jer zakon o lustraciji (Zakon o odgovornosti za kršenje ljudskih prava, *Službeni glasnik RS*, br. 58/03 i 61/03 – ispr.) nikada nije bio primenjen.

Za implementaciju koncepta „lojalne državne uprave“ u arsenal militantne demokratije, velikim delom je zaslužna SR Nemačka. Savezna vlada je, u odluci od 19. decembra 1950. godine, zauzela stanovište da je nespojivo članstvo u Komunističkoj partiji Nemačke (u daljem tekstu skraćeno: KPD) sa radnim angažovanjem (službenika, zaposlenog, ili radnika) u federalnoj službi. Ovom prilikom, nadležni su se, takođe, poslužili doktrinom militantne demokratije. Zaključak je da je politika KPD nespojiva sa lojalnošću njenih članova državi, pošto je cilj stranke podrievanje liberalnog demokratskog poretka.⁶

⁴ Lustracija, kao mera suočavanja sa prošlošću, u postkomunističkim zemljama se predstavlja kao mera tranzicione pravde i primenjivala u postupcima za ekskomunikaciju iz javnog života predstavnika stare komunističke vlasti (dekomunizacije), dok se u SR Nemačkoj koncept lojalnosti javne uprave odnosio na adresate za kršenje ustava, za „dela“ počinjenja u sistemu u kome nije vladao komunistički režim, i predstavlja vrstu specifičnog *vetinga ili skrininga* – provere ispunjenosti uslova za rad u javnim službama. U oba slučaja radilo se suštinski o dekomunizaciji – ideološkom i politički motivisanom procesu (slično, Milan Cakić, „Lustracija u Evropi i Srbiji: Motivacija za donošenje Zakona o lustraciji i njihove društvene funkcije“, *Sociologija*, vol. LII, br. 3/2010, 290). U oba slučaja, legitimnost lustracije i mere lojalnosti javne uprave, koji se mogu posmatrati i kao sinonimi, opravdana je kao mera jačanja demokratskih institucija. U oba slučaja, motivi su bili i „strah od povratka u socijalizam“.

⁵ Svetlana Tyulkina, *Militant Democracy – Undemocratic Political Parties and beyond*, Central European University Department of Legal Studies, Budapest, 2011, 129.

⁶ BVefgGE 5, § 99, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html#Rn056>, 22.09.2021.

Početak sedamdesetih godina, kao odgovor na novu pretnju komunizma (agresivni program „Nove komunističke partije“: u daljem tekstu „NKP“) ustanovljen je *Berufsverbot* tj. diskvalifikacija u profesijama vezanim za javnu upravu. Da bi se suzbilo ostvarivanje programa NKP, predsednici nemačkih zemalja (*Deutsch Bundesländer*) i Savezni kancelar su najavili rigoroznu kontrolu i udaljavanje iz državne službe članova onih stranaka, koje su neprijateljski bile nastrojene prema Ustavu. Uredbe, kao instrumenti vlasti, za kojima one često i rado posežu, nisu izostale ni ovoga puta. Strah od povećanja terorističkih napada, naveo je saveznog kancelara i premijere saveznih država da 18. januara 1972. godine donesu „Uredbu o radikalima“. Predmetnim aktom zahtevalo se od kandidata za javni servis da priznaju lojalnost „slobodnom demokratskom poretku“. Svim kandidatima kod kojih nije bilo moguće utvrditi nespornu lojalnost demokratiji zaprećeno je odbacivanjem prijave za posao u javnom servisu.⁷

Podnosioci prijave za posao su bili obavezni da osiguraju svoju posvećenost slobodnom demokratskom poretku, u duhu osnovnog zakona. Štaviše, svi državni službenici su morali da se aktivno angažuju, unutar i van svoje službe, radi očuvanja poretka. Ukoliko državni službenik preduzima akcije ili je član organizacije čiji su ciljevi neustavni prema njemu se mogu preduzeti potrebne mere, a posebno treba da se razmotri njegovo uklanjanje (odnosno odbijanje) iz javne službe.⁸ Uprkos protivljenju stručne javnosti,⁹ Ustavni sud SR Nemačke je „podržao“ odluke o otpuštanju iz državne službe pripadnika neonacističkih i neokomunističkih stranaka (organizacija), zbog toga što su osvedočeni neprijatelji Ustava. U skladu sa tradicionalnom nemačkom birokratskom preciznošću obuhvaćena je skoro čitava javna uprava, od nadležnih organa i državnih službenika (pod udarom su bili zaposleni u javnim službama poput zdravstva, železnice, pošte, telekomunikacija itd.). Brojni pojedinci su bili izloženi postupku preispitivanja lojalnosti ustavnom sistemu. Kako je primenu ovih mera pratila kritika iz zemlje i inostranstva, poslednji slučaj odobravanja ovih mera zabeležen je 1975. godine. Pojedini državni službenici, koji su zbog svojih političkih stanovišta ostali bez posla, obratili su se Evropskom sudu za ljudska prava.¹⁰

⁷ Uredba je predviđala da svaki slučaj mora da bude pojedinačno ispitan i vrednovan; Opširnije, Gerald Braunthal, *Political Loyalty and Public Service in West Germany: The 1972 Decree against Radicals and Its Consequences*, University of Massachusetts Press, Massachusetts, 1990, 31.

⁸ „West German States Declare Radicals Unfit for Public Service (January 28, 1972)“, http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=898, 22.09.2021.

⁹ Najglasnija je bila „Liga demokratskih akademika“, organizacija komunističkih levo orijentisanih radikala, sačinjena od univerzitetskih profesora i osoblja, koja se usprotivila ideološkoj represiji Uredbe i sužavanju pluralizma; G. Braunthal, op. cit., 34.

¹⁰ Vojin Dimitrijević, „Ograničenja slobode udruživanja i srodnih prava dozvoljena međunarodnim pravom“ (ur. Jovica Trkulja), *Ustavno ograničenje slobode udruživanja – zbornik radova*,

Slučaj „nelojalne“ građanke Vogt. – Slučaj nemačke nastavnice, gospođe Vogt (Dorothea Vogt), kojoj je povređeno pravo na slobodu izražavanja,¹¹ poznat je širom pravnčkih krugova. Dorothea Vogt, članica Komunističke partije Nemačke (*Deutsche Kommunistische Partei* – u tekstu skraćeno: NKP) od 1972. godine, postala je nastavnica francuskog jezika u državnoj srednjoj školi, nakon čega je zasnovala stalni radni odnos (1979. godine). U skladu sa politikom *Berufsverbot*-a (zabrane obavljanja raznih zanimanja u slučaju ako državni službenik ili javni službenik preduzima aktivnosti i nedemokratska sredstva usmerena na promenu ustavnog poretka), protiv gospođe Vogt je pokrenut disciplinski postupak zbog toga što kao državni službenik nije poštovala „obavezu političke lojalnosti“ prema Ustavu.

Prema doktrini *Berufsverbot* državni službenik je u obavezi da se uzdrži od podrške grupama i strankama koje kritikuju državu i ustavni sistem. Dorothea Vogt je, uprkos tome što je, kako je konstatovao Nemački ustavni sud (Savezni ustavni sud, u daljem tekstu: SUS), „besprekorno“ obavljala svoje dužnosti, suspendovana, a zatim i otpuštena sa posla (1986), zbog članstva u Komunističkoj partiji. Nemački sudovi smatrali su da je to učinjeno na zakonit način, jer je gospođa Vogt prekršila dužnosti kao državni službenik, s obzirom na svoje političke aktivnosti u stranci koja je imala protivustavne ciljeve.¹² Sudovi Nemačke i povodom ovog slučaja zauzeli su stanovište da svaki javni službenik ima obavezu vernosti ustavnoj demokratiji, i to kako prilikom vršenja javne službe, tako i u privatnom životu. Vernost podrazumeva nedvosmisleno odricanje od politike svih grupa i pokreta koje vlast smatra štetnim po Ustav.

Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava je 1995. godine, međutim, konstatovalo da je u predmetu gđe Vogt, Republika Nemačka povredila čl. 10. i 11. Evropske konvencije o ljudskim pravima (skraćeno: EKLJP), jer je njeno razrešenje „nesrazmerno legitimnom cilju“.¹³ Prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja, Evropski sud za ljudska prava (skraćeno ESLJP) je utvrdio gđa Vogt nije davala

Ustavni sud Republike Srbije, Evropska komisija za demokratiju putem prava – Venecijanska komisija, Beograd, 2010, 78.

¹¹ Članom 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda, regulisano je pravo na slobodu izražavanja. Pravom na slobodu izražavanja žele se postići osnovne vrednosti u društvu, spoznavanje istine, razvoj demokratije i lično i profesionalno ispunjenje pojedinca. Opširnije: Dragoljub Popović i drugi, *Komentar Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2016, 245–246.

¹² *Case of Vogt V. Germany: Judgment*, Strasbourg, 26 September 1995, Application no. 17851/91, § 9–23.

¹³ *Ibidem*, § 68.

protivustavne izjave, niti je zauzela protivustavni stav. Takođe, na osnovu svega utvrđenog, uz činjenicu da SUS nije zabranio NKP, te da se jedini rizik ogledao u potencijalnoj indoktrinaciji učenika, do čega nije došlo, konstatovano je da njeno članstvo u ovoj partiji nije dovelo do „bezbednosne opasnosti“. Posebno je sagledana činjenica da NKP nije zabranjena od strane SUS, te da su, usled toga, aktivnosti podnosioca predstavke u njegovo ime bile potpuno zakonite.¹⁴ ESLJP je zauzeo stanovište da je legitimno to da je javna služba garant Ustava i demokratije i da je otkaz podnosiocu predstavke imao legitiman cilj u smislu člana 10. stav 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda. Međutim, Sud je zaključio da ovaj legitimni cilj nije proporcionalan sa slobodom izražavanja, odnosno da se neprijateljstvo prema ustavnim vrednostima, a time i legitimno ograničenje slobode, zaključuje na osnovu članstva pojedinca i njegovih aktivnosti (u konkretnom slučaju podnosilac predstavke bio je i kandidat komunističke partije na pokrajinskim izborima) u političkoj organizaciji koja kritikuje ustavni poredak.¹⁵ Dorotea Vogt, koja je vodila postupak kroz sve nacionalne instance do Evropskog suda za ljudska prava, rehabilitovana je i dobila je pravo na novčanu odštetu.

Slučaj „nelojalne“ građanke Glasenap. – U jednom sličnom primeru, ESLJP je doneo drugačiju odluku u skladu sa okolnostima slučaja. Juliji Glasenap, učiteljici iz SR Nemačke, nije zasnovan radni odnos na neodređeno vreme zbog izraženih „ekstremističkih“ stavova. Prilikom stupanja u službu, kao nastavnik-pripravnik, gđa Glasenap je potpisala izjavu „da je svesna da će njeno zaposlenje biti ukinuto ukoliko bude pripadala ili pružala pomoć organizacijama čije su aktivnosti usmerljene protiv slobodnog demokratskog ustavnog sistema“. Kasnije je potpisala i izjavu kojom prihvata razrešenje u slučaju nelojalnosti sistemu. Pokazujući svoju podršku Komunističkoj partiji Nemačke, uprkos što prema njenim rečima nije bila član te stranke, dovelo je do toga da je gospođa Glasenap ostala bez zaposlenja. ESLJP nije našao da je takvom odlukom povređen član 10. Konvencije, s obzirom na to da je suština spora, koji je prezentovan Sudu, mogućnost pristupa državnoj službi, što nije pravo koje se jemči Konvencijom. Gospođa Glasenap nije ostvarila to pravo, zbog toga što nije posedovala „lične kvalifikacije“, potrebne za javnu službu u Nemačkoj.¹⁶

¹⁴ *Case of Vogt V. Germany: Judgment*, Strasbourg, 26 September 1995, Application no. 17851/91, § 60.

¹⁵ „Proizlazi da je podnositeljka predstavke bila kažnjena zbog svog političkog stava izraženog u postupcima, koji sami po sebi nisu bili kažnjivi, a sve zbog određenog, specifičnog, nemačkog poimanja prirode službeničke odanosti državi i ustavnoj demokratiji“. D. Popović i drugi, op. cit., 248.

¹⁶ *Case of Glasenapp v. Germany*, Judgment, Strasbourg, 28 August 1986, Applications no. 9228/80, § 50–53.

Berufsverbot i temeljna ljudska prava. – SR Nemačka je primenjujući politiku *Berufsverbot* izazvala prilične probleme ne samo građanima (državnim službenicima), nego i političkim partijama desnice i levice kojima je onemogućavala da ravnopravno učestvuju u političkom životu. Na taj način, ona je narušila neke od temeljnih načela vladavine prava, potvrđenih u Evropskoj konvenciji prava i sloboda. Iako je u Nemačkoj nakon Drugog svetskog rata iznova dopušteno osnivanje komunističke stranke, država je progonila njene simpatizere, istina, samo u javnoj upravi. Radikalni politički program NKP nije bio povod novoj inicijativi za zabranu komunističke partije, uprkos navedenoj presudi o zabrani svoje prethodnice,¹⁷ koja je i zabranjena zbog marksističko-lenjinističke ideologije.¹⁸ Međutim, ako je postojanje i rad političkih stranaka krajnje desnice i levice, bio dozvoljen, ukoliko se istim, očigledno, nije ugrožavala demokratija, postavlja se pitanje legalnosti i legitimnosti *Berufsverbot*-a.

Umesto da politička organizacija, odnosno politička stranka, kao što je to Nacionaldemokratska partija Nemačke (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands* – NPD), koja ugrožava demokratska dostignuća jednog pravnog sistema, bude eventualna meta (zaštite) demokratije, primena militantne demokratije (pre)usmerena je na pojedince. Kako je, moguće da veću opasnost po demokratski poredak predstavlja državni službenik, što opravdava njegovo otpuštanje s posla, a ne stranka s fašističkim obeležjima i političkim programom?¹⁹ Tako je u skladu sa radikalnom uredbom, početkom 80-ih godina prošlog veka, u oblasti prosvete i nauke u Saveznoj Republici Nemačkoj, pokrenuto više od 11.000 postupaka i otpušteno 136 osoba zbog „nelojalnog“ ponašanja prema Ustavu.²⁰

Slična iskustva su postojala i u drugim zemljama. Američka demokratija, takođe, već decenijama unazad, neutralnog državnog službenika vidi kao apolitičnu osobu. To je čovek koji se ne bavi političkom teorijom i pitanjima koja se

¹⁷ Komunistička partija Nemačke (*Kommunistische Partei Deutschlands* – KPD) obnovila je svoju političku aktivnost nakon Drugog svetskog rata, ali je u SR Nemačkoj zabranjena 1958. godine. Umesto ove stranke, formirana je Nemačka komunistička partija (NKP) 1969. godine.

¹⁸ O zabrani političkih stranaka u Nemačkoj i odlukama ustavnog suda, v. pregledan tekst, Hans-Hajnrh Fogel (*Hans-Heinrich Vogel*), „Zabranu političkih stranaka u Nemačkoj“, op. cit., 24–29.

¹⁹ Tako je 2003. godine iz proceduralnih razloga obustavljen postupak za zabranu NPD-a u Ustavnom sudu.

²⁰ Podatak preuzet iz nemačke štampe i teksta: „Staatsknete fällig – Nach dem Erfolg einer DKP-Aktivistin drohen Entschädigungsklagen in Millionenhöhe“, *Focus magazine*, 36, 1996, https://www.focus.de/politik/deutschland/staatsknete-faellig-radikalenerlass_id_1872060.html, 17.09.2021.

tiču političke ideologije, već njegovo političko interesovanje nastaje samo u meri potrebnoj za obavljanje građanskih dužnosti, posebno u vezi sa glasanjem na izborima, a eventualna rasprava službenika o politici ne treba da ima uticaj na njegovo okruženje.²¹

Demokratska Evropa je podržala čvrst kurs protiv neistomišljenika. Potvrdu za oštriju lustracionu politiku civilnog sektora, (postkomunističke) države su dobile i od ESLJP.²² Opravdanje je tranzicioni period ka demokratiji, te se s ciljem utvrđivanja mlade demokratske vlasti, blagonaklono gledalo na ograničenje osnovnih političkih prava. Nacionalni ustavni sudovi i druge pravosudne institucije su sledile koncepcije Suda u Strazburu.²³

Sloboda udruživanja i militantna demokratija

Mogućnost političkog udruživanja, za Tokvila, nije samo suština, već i sredstvo očuvanja demokratije. Za razliku od nacija u kojima aristokratija ima ulogu sekundarnih tela koja sprečavaju zloupotrebe vlasti, u demokratijama je nužno slobodno udruživanje radi sprečavanja despotizma stranaka, tj. vladara.²⁴ S druge strane, moralna dilema o opravdanosti militantne demokratije, na prvi pogled, izgleda logična. Demokratija, kako smatraju njeni pobornici, kao najbolji politički sistem izdvaja se i po slabostima, koje postoje pod apstraktnim imenom slobode. Nensi Rozenblum smatra, da nekritičko opravdanje za zabranu partija sa nedvosmislenom antidemokratskom političkom ideologijom, kao što su fašizam ili komunizam, ne možemo *a priori* projektovati i na druge političke

²¹ David M. Levitan, „The Neutrality of the Public Service“, *Public Administration Review*, vol. 2, No. 4, 1942, 319; Vesna Adamović, Nikola Pantelić, „Autonomija ličnosti i instrumenti militantne demokratije“, *Pravni život*, br. 12/2015, Beograd, 364.

²² Ponašanje evropskih institucija bilo je dvosmisleno, pa je EU kritikovala zakone o lustraciji u Češkoj i Srbiji (M. Cakić, op. cit., 295 i 301), sa argumentima da narušavaju prava pojedinca na udruživanje. Međutim, s druge strane, Savet Evrope je doneo niz rezolucija kojima je preporučivao preduzimanje lustracije – krivičnih i upravnih postupaka prema pripadnicima starog komunističkog režima (npr. *Rezolucija 1096 (1996) o merama za razgradnju nasleđa bivših komunističkih totalitarnih sistema*, opširnije: Mijodrag Radojević, „Lustracija u Srbiji – ilustracija nemoći demokratskih promena“, *Heretikus*, br. 2/2003, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 15–17).

²³ S. Tuyulkina, op. cit., 100, Veoma je analitički predstavljena praksa ESLJP u legitimizovanju militantne demokratije kod Violete Beširević u tekstu „Ubiti pticu rugalicu? Militantna demokratija u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava“ (prir. Violeta Beširević), *Militantna demokratija*, Pravni fakultet Union, Službeni glasnik, Beograd, 2013, 87–122.

²⁴ Aleksis Tokvil, *O demokratiji u Americi*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, 2002, 169.

stranke, bez obzira na njihovu agresivnu političku taktiku. Ove mere se ne mogu, s identičnim opravdanjem, simplifikovano primeniti na sve političke stranke koje podstiču mržnju prema etničkoj ili regionalnoj grupi, na verske stranke koje se protive nekom aspektu sekularne vlasti, ili pak, one koje zastupaju separatističke programe, odnosno predstavljaju egzistencijalne izazove nacionalnom identitetu.²⁵

Zaštita demokratije zabranom političkih partija, posebno je i veoma problematično pitanje, na koje se odgovara najčešće kontra-pitanjima, ali i citiranjem poznatog Gebelsovog cinizma.²⁶ Nova koncepcija društvenih vrednosti, izvela je zaključak da slobodna utakmica političkih snaga u demokratiji mora da nađe granicu tamo gde neprijatelji demokratije, uz pomoć nje same, žele da je ukinu i uspostave poredak neslobode.²⁷ Uprkos tragičnom iskustvu sa nacizmom, nemački Ustav nije želeo da političku slobodu (bez koje, *de facto*, nema demokratije) onemogući u većoj meri nego što je potrebno (vidi član 21. Osnovnog zakona). Za zabranom političkih stranaka bi trebalo posegnuti samo ukoliko je politički kurs stranke trajno usmeren protiv demokratskog poretka, tačnije protiv elementarnih ustavnih načela, koje bi konkretno zapretile ukidanju ili ograničenju demokratskog poretka.²⁸

Džon Rols nema dilemu da li treba preduzimati meru zabrane političkih stranaka i organizacija radi očuvanja sistema. Svoje stanovište zasniva na sledećoj argumentaciji. S ciljem očuvanja katoličke vere bila je neophodna borba protiv jeresi u srednjem veku. Zbog toga, srednjovekovno društvo, manje ili više, ujedinjeno u afirmaciji katoličke vere, nije slučajno iznedrilo inkviziciju. Isto se odnosi i na bilo koju drugu filozofsku, političku ili moralnu doktrinu. Društvu ujedinjenom na „razložnoj formi utilitarizma“, neophodne su sankcije državne vlasti da bi preživelo. Takvo stanje Rols naziva „činjenicom represije“.²⁹ U našoj teoriji veoma zanimljivu tezu o militantnoj demokratiji, na osnovu Levenštajnovog shvatanja, razvija prof. dr Tanasije Marinković. Militantna demokratija je vanredna i privremena mera kojoj država pribegava kada su ugrožena ljudska prava građana. Međutim, Levenštajnovu

²⁵ Nancy L. Rosenblum, *On the Side of the Angels: An Appreciation of Parties and Partisanship*, Princeton University, United Kingdom, 2008, 17.

²⁶ „Ono što će uvek ostati jedna od najboljih šala o demokratiji jeste da je ona dala smrtonosna sredstva kojima može biti uništena“ („This will always remain one of the best jokes of democracy that it gave its deadly means by which it was destroyed“, Paul Josef Goebbels).

²⁷ Dragan M. Stojanović „Ustavno-sudska zabrana političkih stranaka“, *Pravni život*, br. 12/1996, Beograd, 310.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Džon Rols, *Politički liberalizam*, „Filip Višnjić“, Beograd, 1998, 70–71.

razumevanje militantne demokratije nije u skladu sa savremenim liberalnim tumačenjem slobode udruživanja i političkih sloboda. Militantna demokratija je legitimna mera koja je opravdana samo kada su ugrožena ljudska prava, a ne neposredno država.³⁰

Osim pobornika militantne demokratije, kojima nije sporna tendencija zaštite demokratije po svaku cenu, povremeno (i sporadično) nisu bili tihi ni njihovi oponenti,³¹ pre svih Hans Kelzen. On je pred sam krah Vajmarske Nemačke tvrdio da demokratija, da bi ostala demokratija, mora da istrpi sve pokrete koji su nastali u njoj, bez obzira na to što žele da je unište; jer demokratija koja pokušava silom da se suprotstavi želi većine naroda, prestaje da bude demokratija.³² Uprkos današnjoj nepopularnosti ove teze, jasno je da je poštovanje većine volje građana u jednoj državi ono po čemu se demokratija prepoznaje. Shodno tome, recimo, legitimna je svaka promena karaktera političkog sistema. U suprotnom, demokratski sistem se ne bi razlikovao od drugih sistema. Militantna demokratija odbacuje ovakvu logičku konstrukciju. Međutim, njene mere mogu imati suprotne efekte od namenjenih. Umesto zaštite demokratije od neprijatelja, omogućava se proizvoljno isključivanje iz političke utakmice političkih protivnika. Na taj način, umesto efikasne odbrane demokratije, nastaje plodno tlo za potkopavanje njenih temelja. Tako militantna demokratija radi za njene neprijatelje.³³

Pitanje granica do kojih se kreće demokratski poredak u sopstvenoj zaštiti, a da ne uruši sopstvenu demokratsku prirodu postavili su drugi teoretičari, u sociologiji,

³⁰ Tanasije Marinković, *Granice slobode političkog udruživanja – uporednoteorijska studija*, Dosije studio, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija, Beograd, 2014, 31.

³¹ Upućujemo na stanovišta autora u zborniku radova urednika Markusa Tila, *Militantna demokrtacija – načela u modernoj demokratiji* (Markus Thiel, *The „Militant Democracy“ Principle in Modern Democracies* (ed. Markus Thiel), London, Routledge, 2009) ili Andraš Šaja (András Sajó, „From Militant Democracy to the Preventive State?“, članak dostupan na <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-5/SAJO.WEBSITE.pdfm>, 21.08.2021); Levenštajn u pogledu postavljenog pitanja, ne da nije imao dilemu, već je smatrao da demokratiju treba zaštititi „čak i uz rizik i po cenu kršenja osnovnih principa“. V. Fred Bruinsma, David Nelken, „Introduction“, *Explorations in Legal Cultures* (eds. Fred Bruinsma, David Nelken), Reed Business BV, Gravenhage, 2007, 5. U našoj teoriji veoma zanimljivu tezu o militantnoj demokratiji, na osnovu shvatanja Levenštajna, tumači prof. dr Tanasije Marinković, on militantnu demokratiju tumači kao vanrednu i privremenu meru.

³² Damir Velički, „Koncept „borbene demokracije“ u SR Njemackoj“, *Politička misao*, Vol. XLIV, br. 4, 2007, Zagreb, 41.

³³ Carlo Invernizzi A., C., Ian Zuckerman, I., „What’s Wrong with Militant Democracy?“, *Political Studies* 2017, vol. 65(1S), <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0032321715614849>, 27.05.2017, 183–184.

filozofiji, pravnoj teoriji, poput Karla Popera, Ronalda Dvorkina i Ralfa Darendofa. Na ova pitanja pokušala je da odgovori i sudska praksa u pojedinim državama. Nakon terorističkih napada u Americi, Vrhovni sud Kanade je nastojao da uspostavi granicu odbrambene demokratije: „Pirova je pobjeda ako terorizam pobjeđujemo žrtvujući naša uverenja o vrednostima koja su u temelju demokratskog društva – slobodu, vladavinu prava, fundamentalne principe pravde – koji su *u temelju* kanadskog *konstitucionalnog poretka* (kurzivom istakli autori). Izazov parlamenta je da priprema zakone koji se efikasno bore protiv terorizma i u skladu su sa zahtevima našeg Ustava i naše međunarodne obaveze.“³⁴

Skepsa u pogledu primene mera militantne demokratije ispoljava se zbog mogućnosti zloupotrebe ovog instituta i ona je sasvim realna u političkoj praksi. U prirodi je svake vlasti da češće brine o sopstvenim interesima, nego o integritetu demokratije. Militantna demokratija je zbog toga pogodna kao manipulativni instrument, sredstvo za eliminaciju političkih takmaca koji se proglašavaju nekonstitucionalni.

Pomenuta zloupotreba može biti otklonjena, ako pravni sistem razvije jasne i transparentne procedure i kriterijume, i ako postoji nezavisnost ustavnosudskog organa. Ipak, pretnja i dalje opstaje... Venecijanska komisija ukazuje na ovaj problem. Naime, u njenim smernicama je najpre istaknuto da je svakome priznato pravo na političko udruživanje, a zabrana ili raspuštanje političkih stranaka, može da se primeni samo kao krajnja mera, odnosno ona je opravdana samo kada (stranka) zagovara upotrebu sile kao političkog sredstva za podiranje i rušenje demokratskog ustavnog poretka i kršenje ustavom zajemčenih ljudskih prava i sloboda. Najvažnija smernica odnosi se na obavezu državnog organa da oceni da li ta stranka zaista pretil demokratskom poretku i da li se ova pretnja može otkloniti manje radikalnim merama.³⁵

Praksa očuvanja demokratije, ispoljena u vidu lojalnosti državnih službenika, u kolevci ovog instituta – Nemačkoj, ispoljila je izvesne zloupotrebe. Ova mera pokazala se, u jednom periodu, i kao svojevrsni „pritajeni“ produžetak koncepta – zabrane političkih stranaka. Zahtevanje „lojalnosti“ od državnih službenika u

³⁴ Citat preuzet od Milana Podunavca, „Borbena demokratija: konstrukcija neprijatelja demokratije u istorijskim i savremenim političkim društvima“ (prir. Violeta Beširević), *Militantna demokratija*, op. cit., 70; *Suresh v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3, 2002, § 4. Odluka je dostupna na veb-strani: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1937/index.do>, 21.09.2021.

³⁵ Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures, adapted by the Venice Commission at its 41st Plenary session (Venice 10–11 Dec. 1999) CDL-INF(2000).

ustavnom sistemu Nemačke, na način iskazan u praksi, proizvelo je grube povrede osnovnih ljudskih prava građana. Prevazilaženje efekata zabrane političkih stranka iskazano, najpre, omogućavanjem reosnivanja tih stranaka, korigovano je upravo ovom merom, i to sankcionisanjem individue (državnog službenika) zbog svojih političkih stavova.

KAKO OGRANIČITI I ZAŠTITITI DEMOKRATIJU? MILITANTNA DEMOKRATIJA I KONSTITUCIONALNA DEMOKRATIJA

Konstrukcija „paradoksa demokratije“ i napetosti između konstitucionalne i militantne demokratije, često se ne sagledava na odgovarajući način. Iz same „etimologije“ sintagme „militantna demokratija“, proizlazi da demokratija ustaje protiv snaga koje bi mogle da je svrgnu. Ona brani samu sebe, kao najbolji sistem konstrukcija je kojom se opravdavaju mere uperene protiv neprijatelja demokratije. Ključna dilema, pritom, pojavljuje se u formi pitanja da li militantna demokratija može da bude konceptualizirana tako da „afirmiše jezgro konstitucionalne demokratije“.³⁶ Odgovor nije jednoznačan, niti je jednostavan. Da pojednostavimo i drugačije formulišemo pitanje, koje bi glasilo – da li postoji dobro (legitimno i efikasno) pravno sredstvo za suprostavljanje ekstremističkim političkim stavovima i neprijateljima demokratije? Pesimisti ukazuju i na to da je militantna demokratija svojevrсна, unapređena verzija klasične nemilitantne demokratije, koju karakteriše podložnost krahu. Primećuje se da (militantne) demokratije nisu spremne da prihvate legitimitet mišljenja i delanja, usmerenog na njihovo osporavanje. Militantna demokratija je protivrečna konstitucionalnoj demokratiji, jer ograničava prava i slobode pojedincima koji se ponašaju na nelegitiman način. Kako ističe Ričard Viver, jedan od najpoznatijih predstavnika američkog fuzionizma, danas su „neprijatelji slobode radikali i militantni liberali“.³⁷ Ako na tako nešto nisu spremne demokratije, kako to možemo očekivati od drugih političkih sistema, koji su poraženi u trci legitimnosti sa demokratijom. Dakle, neophodno je da napustimo teren „čiste“ demokratije i da prihvatimo da je militantna demokratija „ograničen“ oblik demokratije.³⁸

³⁶ Nenad Dimitrijević, „Militantna demokratija, konstitucionalna demokratija i osnovna prava: da li su prijatelji demokratije neprijatelji slobode?“ (prir. Violeta Beširević), *Militantna demokratija nekada i sada*, op. cit., 33.

³⁷ Ričard M. Viver, „Konzervativizam i libertarijanizam: zajednička osnova“ (prir. Aleksandar Novaković, Dušan Dostanić), *Poredak i sloboda – razgovori konzervativaca i libertarijanaca*, Službeni glasnik, 2020, 481.

³⁸ N. Dimitrijević, op. cit., 37–38.

S druge strane, ukoliko vladavinu naroda zameni normativni državotvorni koncept, pojavljuje se bezobalni prostor za diskreciono ponašanje i manipulaciju značenja i dometa onoga što se u liberalnoj tradiciji smatra jezgrom demokratije – ustavnopravnom garancijom jednakih sloboda za sve. Na primer, uoči poslednjih parlamentarnih izbora u Rusiji održanih u septembru 2021. godine najveći kritičari režima proglašeni su za ekstremiste i zabranjeno im je da se kandiduju, jer se protiv njih vode istrage. Da li se i zabrana opoziciji da učestvuje na izborima može braniti konstrukcijom militantne demokratije? Uporedno-pravnom analizom različitih ustavnopravnih sistema i pregledom različitih teorijskih stanovišta, dolazi se do zaključka da je jurisprudencija i naučna zajednica u dilemi da li posegnuti za ograničenjima fundamentalnih prava izražavanja, ako bi se time očuvala demokratija. Međutim, ona još uvek nije odredila koherentna načela kako da se na legitiman način, u skladu sa konstitucionalnom demokratijom, ograniče osnovna prava i slobode.³⁹ Zastupnici militantne demokratije ne dovode u pitanje kompatibilnost ovih mera sa načelima i vrednostima liberalne ustavne demokratije. Iako postoje različite uporedne varijacije, one se pripisuju drugačijim istorijskim putanjama tih društava, te razlikama u nacionalnim pravnim kulturama, koje iz njih proizlaze. Ustavnopravni okvir militantne demokratije potkrepljen je političkim interesom. Đovani Kapocija, italijanski teoretičar, analizirajući problem ostvarivosti militantne demokratije zaključuje da ona ipak najviše izgleda ima za uspeh u nadnacionalnim sistemima, kao što je EU. Evropska zajednica je utrla put toj mogućnosti kada je svojevremeno u ime očuvanja demokratije direktno intervenisala u unutrašnju politiku vlade Austrije („Hajder“ slučaj). Postojala je sumnja da vlada ove zemlje krši prava manjina, imigranata i izbeglica.⁴⁰ U svakom pojedinačnom slučaju pred sudom mora se tražiti ravnoteža između legitimnih ograničenja slobode i legitimnog interesa države da se zaštiti od svojih protivnika. Zamislimo, na primer, kako bi danas izgledalo stanje demokratije u Turskoj, da je partija predsednika Erdogana bila zabranjena 2003. godine. Umesto toga, zahvaljujući nedostatku kvoruma (kvalifikovane većine) prilikom odlučivanja Ustavnog suda, ova stranka je pobedila na izborima i usledilo je gašenje Ataturkovih tekovina sekularne države i parlamentarizma, progon političkih protivnika i postavljanje stubova „puzajuće diktature“. Ovakvi i slični primeri, ukazuju na to da je veoma kompleksan, dugačak i trnovit put u traganju za legitimnom i efikasnom pravnom formulom ograničenja slobode u odbrani demokratije i njenih vrednosti.

³⁹ Uporediti sa praksom ESLJP, V. Beširević, op. cit., 121.

⁴⁰ Giovanni Capocchia, „Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation“, *Annual Review of Law and Social Science*, United Kingdom, Oxford, 2013, 220.

NIKOLA PANTELIĆ, LL.M.
Deputy Public Prosecutor in the
Third Basic Public Prosecutor's Office
in Belgrade

Dr. MIJODRAG RADOJEVIĆ
Research-associate, Institute for Political Studies
Belgrade, Serbia

(AB)USE OF THE MILITANT DEMOCRACY MEASURES
– LOYALTY OF CIVIL SERVANTS AND LIMITS TO THE
POLITICAL ASSOCIATION

Summary

Can democracy be defended by non-democratic means? Are those means aligned with the constitutional democracy? Is it possible to discover the elements and principles of the recipe that would establish a balance between legitimate limitations of freedom and legitimate state interest to be protected from its enemies? By using the doctrinary jurisprudence standpoints, the authors argue that there is no single answer to those questions. The concept of militant democracy, based on the experience with the nationalsocialist regime, was implemented after the World War II in the then Federal Republic of Germany, and subsequently in the form of lustration in the post-communist countries. The application of this concept in practice has led to the violation of human rights – freedom of speech and freedom of association – guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms. The paradoxes remain unsolved, and the cure for the enemies of democracy has not been found. In the meantime, the pandemics of authoritarianism in Europe keeps spreading.

Key words: liberal democracy, loyalty of civil servants, limitations of political association, lustration, European Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms

Literatura

- Adamović V., Pantelić N., „Autonomija ličnosti i instrumenti militantne demokratije“, *Pravni život*, br. 12/2015, Beograd.
- Beširević V., „Ubiti pticu rugalicu? Militantna demokratija u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava“, *Militantna demokratija*, Violeta Beširević (prir.), Pravni fakultet Union, Službeni glasnik, Beograd, 2013.
- Braunthal G., *Political Loyalty and Public Service in West Germany: The 1972 Decree against Radicals and Its Consequences*, University of Massachusetts Press, Massachusetts, 1990.
- Bruinsma F., Nelken D., „Introduction“, *Explorations in Legal Cultures* (eds. Fred Bruinsma, David Nelken), Reed Business BV, Gravenhage, 2007.
- Cakić M., „Lustracija u Evropi i Srbiji: Motivacija za donošenje Zakona o lustraciji i njihove društvene funkcije“, *Sociologija*, vol. LII, br. 3/2010, Beograd.

- Capoccia G., „Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation“, u *Annual Review of Law and Social Science*, United Kingdom, Oxford, 2013.
- Dimitrijević N., „Militantna demokratija, konstitucionalna demokratija i osnovna prava: da li su prijatelji demokratije neprijatelji slobode?“ (prir. Violeta Beširević), *Militantna demokratija nekada i sada*, Službeni glasnik, Pravni fakultet Union, Beograd, 2013.
- Dimitrijević V., „Ograničenja slobode udruživanja i srodnih prava dozvoljena međunarodnim pravom“, *Ustavno ograničenje slobode udruživanja – zbornik radova* (ur. Jovica Trkulja), Ustavni sud Republike Srbije, Evropska komisija za demokratiju putem prava – Venecijanska komisija, Beograd, 2010.
- Fogel H.-H., „Zabrana političkih stranaka u Nemačkoj“, *Ustavno ograničenje slobode udruživanja – zbornik radova*, Ustavni sud Republike Srbije, Evropska komisija za demokratiju putem prava – Venecijanska komisija (ur. Jovica Trkulja), Beograd, 2010.
- Greenberg U., „Militant Democracy and Human Rights“, *New German Critique – An Interdisciplinary Journal of German Studies*, vol. 42, no. 3, 2015, 169–195, [https://read.dukeupress.edu/new-german-critique/article-abstract/42/3%20\(126\)/169/33224/Militant-Democracy-and-Human-Rights](https://read.dukeupress.edu/new-german-critique/article-abstract/42/3%20(126)/169/33224/Militant-Democracy-and-Human-Rights).
- Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogues Measures, adapted by the Venice Commission at its 41st Plenary session (Venice 10–11 Dec. 1999) CDL-INF(2000).
- Invernizzi A. C. C., Zuckerman I. I., „What’s Wrong with Militant Democracy?“, *Political Studies*, vol. 65(1S), 2017, 183–184, <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0032321715614849>.
- Levitan M. D., „The Neutrality of the Public Service“, *Public Administration Review*, Vol. 2, No. 4, Wiley, 1942.
- Loewenstein K., „Militant Democracy and Fundamental Rights“, *The American Political Science Review*, vol. 31, No. 3, 1937, 417–432, https://warwick.ac.uk/fac/arts/history/students/modules/hi290/seminars/revolution/lowenstein_militant_democracy_i.pdf.
- Marinković Tanasije, *Granice slobode političkog udruživanja – uporednoteorijska studija*, Dosije studio, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija, Beograd, 2014.
- Podunavac M., „Borbena demokratija: konstrukcija neprijatelja demokratije u istorijskim i savremenim političkim društvima“, *Militantna demokratija nekada i sada* (prir. Violeta Beširević), Službeni glasnik, Pravni fakultet Union, Beograd, 2013.
- Popović D. i drugi, *Komentar Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2016.
- Radojević M., „Lustracija u Srbiji – ilustracija nemoći demokratskih promena“, *Heretikus*, br. 2, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2003.
- Rols Džon, *Politički liberalizam*, „Filip Višnjić“, Beograd, 1998.
- Rosenblum Nancy, *On the Side of the Angels: An Appreciation of Parties and Partisanship*, Princeton University, United Kingdom, 2008.

- Sajó András, „From Militant Democracy to the Preventive State?“, *Cardozo Law Review*, vol 27, no. 5, 2005.
- Stojanović M. D. „Ustavno-sudska zabrana političkih stranaka“, *Pravni život*, br. 12, Beograd, 1996.
- The „Militant Democracy“ Principle in Modern Democracies* (ed. Thiel M.), London, Routledge, 2009.
- Tokvil A., *O demokratiji u Americi*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, 2002.
- Tuyulkina S., *Militant Democracy – Undemocrativ political parties and beyond*, Central European University Department of Leagal Studies, Budapest, 2011.
- Velički D., „Koncept „borbene demokracije“ u SR Njemackoj“, *Politička misao*, vol. XLIV, br. 4, Zagreb, 2007.
- Viver M. R., „Konzervativizam i libertarijanizam: zajednička osnova“ (prir. Aleksandar Novaković, Dušan Dostanić), *Poredak i sloboda – razgovori konzervativaca i libertarijanaca*, Službeni glasnik, 2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 23.09.2021.

Prihvaćen: 07.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

KRISTINA BALNOŽAN

DUŽNOST POZNAVANJA PRAVA, PRAVNA SVEST O PRAVU I PRAVNA SIGURNOST

U radu se teži prikazati da, iako dužan da zna pravo, svaki pojedinac ima (ili bi trebalo da ima) zajemčenu pravnu sigurnost tokom nastajanja i primene tog prava koje mora poznavati. Oslonac rada daju teorijske rasprave o načelu pravne sigurnosti vođene u Univerzitetu ljudskih prava tokom više od tri decenije. U tom cilju, u radu se najpre približava maksima da „nepoznavanje prava škodi „utemeljena u rimskom pravu, ali i tzv. „pravna svest o pravu“, utemeljena u zapisima Osnivača Kopaoničke škole prirodnog prava. U nastavku, sledi prikaz pravne sigurnosti kao univerzalne vrednosti autonomnog i večnog prava koje pristalice Škole prihvataju kao pravedeno po sebi, ali i shvatanja te vrednosti u pojedinim aspektima pozitivnog prava, sve u cilju odgovora na pitanje da li je savremena pravna sigurnost u „granicama tolerancije“, tj. dozvoljenog odstupanja pozitivnog od večnog prava. Zaključak rada potvrđuje davno istaknutu tezu pod obroncima Kopaonika da je heteronomno pravo težnja ka idealnom, i u pogledu pravne sigurnosti, i podsetivši pojedinca koji pravo poznavati mora, ali i sve one koji heteronomno pravo stvaraju ili primenjuju na dužnost težnje ka idealnom pravu.

Ključne reči: univerzalno pravo, pravna sigurnost, pozitivno pravo, Škola prirodnog prava, poznavanje prava

U V O D

U organizovanom civilizovanom društvu, pravna sigurnost je zajemčena svakom pojedincu i podrazumeva pravo na ličnu sigurnost, ali i sigurnost imovine, kao i jednakost pred zakonom, bez obzira na lična svojstva i nedopuštene

Kristina Balnožan, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, polaznik početne obuke Pravosudne akademije Republike Srbije, e-mail: kristinabalnozan@yahoo.com.

osnove razlikovanja, kao i zaštićenost od državne samovolje i različitog postupanja u istim ili sličnim činjeničnim situacijama. Postojanje pravne sigurnosti ili njeno odsustvo, ima važan ekonomski uticaj i društveni značaj. Služeći se rečju Osnivača Kopaoničke škole prirodnog prava,¹ načelo pravne sigurnosti ne može izolovano delovati van drugih društvenih instituta i zahteva, već je ono inkorporirano u društveni organizam i čini organsku celinu sa ekonomskom i socijalnom sigurnošću jedne zajednice.²

Vladavina prava koja obezbeđuje pravnu sigurnost je posebna pravna vrednost koja se može shvatiti kao mir i red, ali i kao stanje izvesnosti prava koje svako poznavati mora. Pravna sigurnost podrazumeva dostupnost zakona, predvidljivost i razumljivost.³ Ona nije apsolutna i njena je funkcija da zaštiti autonomiju pojedinca od državne arbitrarnosti.⁴ Pravna sigurnost, kao jedan deo pravde i kao element pravne države, uživa epitet univerzalne vrednosti.⁵ Unutrašnja vrednost pravnog sistema utiče na sve pravne postupke, počev od zakonodavnog, preko postupka njegove primene, pa do sudskog preispitivanja prava. Drugim rečima, pravnu sigurnost trebalo bi da promovišu sve tri grane vlasti, u cilju zaštite svakog pojedinca.

S druge strane, ideji sigurnosti je suprotnost njen koreleat pravna nesigurnost koja razara pravni poredak.⁶ Otuda, pravna nesigurnost se javlja kao kumulativni atribut pojma krize pravnog sistema ali pod kategoričnim zahtevom, da se određeni stepen pravne nesigurnosti mora ustanoviti na siguran način i u tom smislu je kriterijum opšteg mišljenja od bitnog značaja.⁷

U radu, se stoga najpre, približava dužnost adresata da pravo poznaje, utemeljena u rimskom pravu, ali i tzv. svest o pravu koja utemeljenje dobija u Univerzitetu ljudskih prava, a zatim i sama pravna sigurnost, shvaćena kao univerzalna vrednost večnog prava, sve u cilju odgovora na pitanje ima li zajemčene pravne

¹ O delu Osnivača Kopaoničke škole prirodnog prava – *Universitas iuris naturalis Copaonici* v. više na <https://kopaonikschool.org/osnivac-kopaonicke-skole/>, 20.09.2021.

² Slobodan Perović, *Pravno filozofske rasprave*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SRJ, Beograd, 1995, 406.

³ Rule of Law, https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Rule_of_law&lang=EN, 11.09.2021.

⁴ Patricia Popelier, „Five paradoxes on legal certainty and the lawmaker“, *Legisprudence*, vol. II, no 1, Antwerp, 2008, 48.

⁵ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Dvadeseto dopunjeno izdanje, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018, 982.

⁶ Gordana Gasmi, *Pravo i osnovi prava Evropske unije*, Univerzitet Singidunum, Beograd, 2010, 87.

⁷ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit. 541.

sigurnosti shvaćene kao univerzalne vrednosti u postupku stvaranja prava i njegove primene, spram dužnosti poznavanja prava svakog na koje se pravne regule (heteronomnog) prava odnose.

DUŽNOST POZNAVANJA PRAVA I „PРАВNA SVEST O PRAVU“

Pravna sigurnost ili, neretko nazivana, pravna izvesnost (engl. *legal certainty*) ima više funkcija i teži, ne samo da obezbedi mir i red u društvu, već i da doprinese pravnoj efikasnosti, ali i da omogućiti pojedincima da imaju dovoljno svesti i znanja o zakonu kojeg se moraju pridržavati.

Poznavanje zakona, u širem smislu te reči, od strane adresata na koje se odnosi zahteva maksima da neznanje prava škodi (*ignorantia legis nocet*) ili nepoznavanje prava nikoga ne opravdava (*ignorantia juris neminem excusat, ignorantia juris non excusat*). Maksime, poput istaknute, su samostalne sentence koje izražavaju tradicionalna pravna načela.⁸ Navedena je potvrđena fragmentom preuzetim iz Ulpianusovog komentara edikta „*Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio*“⁹ na samom početku naslova 12, 6 Digesta. Ovo pravilo rimskog prava poznato je u većini pravnih sistema¹⁰ i njegova sadržina nije sporna – ko se ogreši o (heteronomno) zakonsko pravilo, osim u izuzetnim slučajevima, ne može se pozivati na nepoznavanje prava kao opravdan razlog.¹¹

Takva spoznaja prava utemeljena u rimskom pravu i svesni odnos subjekta prema pravnoj normi, u delima Osnivača Kopaoničke škole,¹² označava se

⁸ Ksenia Gałuska, Joanna Sycz, „Latin maxims and phrases in the polish, english and french legal systems – the comparative study“, *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, vol. XXXIV, no. 47, Silesia, 2013, 14. Kako isti autori navode, u pravnom kontekstu latinski jezik se zadržao u obliku maksima, fraza ili izraza, koji su i danas sadržani u različitim pravnim tekstovima na nacionalnim jezicima.

⁹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1990, 850.

¹⁰ Na engleskom govornom području danas se sreće kao engl. „*ignorance of the law excuses not*“ ili engl. „*not knowing the law is harmful*“ u istom značenju.

¹¹ Ova maksima prepoznata je i u sudskoj praksi, u tom smislu v. odluku Apelacionog suda u Beogradu, GŽ br. 6060/10 od 12.05.2011.

¹² Kopaonička škola prirodnog prava osnovana je usled društvene potrebe da se ispune drevne zapovesti prava – pošteno živeti, nikoga ne vredati i svakom svoje dati, u njenom središtu je ljudsko dostojanstvo, a njene pristalice ideju prirodnog prava prihvataju kao pravednog po sebi. Međunarodni je događaj koji je pod pokroviteljstvom UNESCO-a od 2005.godine. Više <https://kopaonik-school.org/pokroviteljstvo-unesco-a/>, 20.09.2021.

„pravnom svešču“. Još devedesetih godina XX veka, Profesor ukazuje da je teško razvijati pravnu svest u šumi propisa, gde je ponekad i nemoguće upoznati se sa dispozicijom pravne norme, ne samo zbog komplikovanosti i nepreglednosti sistema, već i zbog čestih izmena i dopuna zakona, često i u toku iste kalendar-ske godine.¹³

PRAVNA SIGURNOST KAO UNIVERZALNA VREDNOST

Ljudska prava predstavljaju takvu univerzalnu vrednost, koja u sebi sadrži sve druge vrednosti – dostojanstvo, kulturu mira, samosvesnu slobodu, nauku, religiju, demokratsku jednakost, međukulturnu toleranciju, pravdu i aktivnu pravičnost, pravnu državu, ali i pravnu sigurnost. Jednom rečju, sve ono što čini područje univerzalne prirodne i socijalne pravde.¹⁴

Pravna država i pravna sigurnost predstavljaju univerzalne vrednosti koje je moguće dostići u uslovima demokratske kulture i primenjene koncepcije racionalnog prirodnog prava.¹⁵

Sigurnost (*secures*) predstavlja posebnu društvenu i pravnu vrednost.¹⁶ Pravna sigurnost je zapravo prazadatak prava. Deo je pravde i kao element pravne države, uživa epitet univerzalne vrednosti i zapovest je kategoričkog imperativa.¹⁷

Kao element pravde i atribut pravne države zahteva da princip legitimiteta i legaliteta mora biti postavljen tako da odstupanje od ovog principa ne sme ugroziti područje društvene tolerancije, što se može utvrditi egzaktnim putem. U tom smislu, pravna sigurnost, kao element pravde, čini jedan od atributa pravne države.¹⁸ Drugim rečima, pravna sigurnost je prirodna pravda.¹⁹

S druge strane, kao atribut kulturnog identiteta jedne zajednice, uz filozofiju, nauku, religiju, tradiciju i ustaljena pravila ponašanja, moralnu zasnovanost, jezik, ekonomsku konstituciju, tehničku civilizaciju, poverenje u zajedničke norme, socijalnu koheziju, umetnost, obrazovanost i intelektualnu kulturu, zaštitu života i zdravlja, ekološku etiku, radne navike, porodičnu strukturu, kulturu mira, pravdu

¹³ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 398.

¹⁴ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 542.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ G. Gasmi, op.cit., 87.

¹⁷ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op.cit., 1057.

¹⁸ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 407.

¹⁹ Abeceda prava Evropske unije, <http://www.europa.rs/upload/documents/publications/Abeceda%20prava%20EU%20SRB%2072%20with%20cover.pdf>, 20.09.2021.

i pravičnost, nezavisno sudstvo u kontekstu trodelne podele vlasti, pravnu država, pravna sigurnost određuje kulturni identitet jedne zajednice.²⁰

Pravna sigurnost kao vrednost (koja, kad nije zastupljena u meri koja se ne može prema opštem uverenju smestiti u polje netolerantnog odstupanja, prouzrokuje pravnu nesigurnost), traži odgovore na neka posebna pitanja – na primer, kojoj pravnoj vrednosti iz triparticije (pravda, pravna sigurnost, svrsishodnost) dati prednost u konkretnom slučaju sukoba više tih vrednosti ili kako postupiti u slučaju evidentnog postojanja „zakonskog neprava“, tj. mogućnosti postojanja „nezakonskog (nadzakonskog) prava“.

Pod svodom tog univerzalnog, prirodnog prava nastala je Kopaonička škola prirodnog prava u čijem je središtu i univerzalna vrednost pravne sigurnosti, a ovo promenljivo i nesavršeno, heteronomno pravo s njim, kako Osnivač naglašava, može biti u različitom odnosu.

ODNOS AUTONOMNOG I HETERONOMNOG PRAVA I „GRANICE TOLERANCIJE“

Na „Osamnaestom krugu naučnog punoletstva Kopaoničke škole prirodnog prava“,²¹ u prvoj deceniji XXI veka, izaslanicima Škole ukazuje se da pozitivno pravo u odnosu na prirodno pravo može biti stavljeno u tri pozicije.

Prvo, pozitivno pravo može biti u pretežnoj saglasnosti sa načelima prirodnog prava kada univerzalne vrednosti dobijaju i po broju i po kvalitetu najšire mesto. Kada se između društvenog i pravnog fakta postigne visok nivo usklađenosti, onda društvena realnost podiže ulogu i autoritet prava, jer je ono tada primenljivo pravo, pravo onih koji ga stvaraju i koje se po njemu ponašaju i nije više otuđeno pravo.²²

Drugo, pozitivno pravo može biti u podnošljivoj „raskoraku“ sa načelima prirodnog prava i kao podnošljivo nepravedno može biti primenjeno uz asistenciju odgovarajuće interpretacije kada univerzalne vrednosti dobijaju drugo skromnije mesto u kompoziciji prirodnog prava.²³

Treće, pozitivno pravo može biti u apsolutnoj protivrečnosti sa načelima prirodnog prava kada je takvo pravo nepodnošljivo nepravedeno.²⁴ Drugim rečima,

²⁰ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 469.

²¹ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 507.

²² S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 382.

²³ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 516.

²⁴ *Ibidem*.

ako norma unese više želje nego prava koje se zasniva na stvarnim društvenim odnosima, takva norma-želja, može biti samo van-pravna, deklaracija ili program, neki društveno-politički ili ekonomski akt, ne i pravna norma.²⁵

Veći stepen prisustva normi i načela prirodnog prava, čini pozitivno pravednijim i kvalitetnijim pravom, a to znači da takvo pravo u većem stepenu proklamuje i zaštićuje univerzalne vrednosti,²⁶ pa i vrednost pravne sigurnosti.

Svako je dužan da poznaje (heteronomna) prava i dužnosti, prema tekovini rimskog prava, iako su mu imanentna univezalna, autonomna i nepromenljiva prava, koja stiće samim faktom rođenja,²⁷ prema tekovini Škole prirodnog prava, a ne ta promenljiva i heteronomna. U tom smislu, u nastavku rada se otvara pitanje da li spram ovakve nesumnjive dužnosti ipak stoji i odgovarajuće pravo adresata pravne norme, odnosno odgovarajuća dužnost onih koji pravo stvaraju, primenjuju ili preispituju.

Rečima Osnivača, pravna svest pojedinca nije nezavisna od svesti, odnosno pravne svesti zakonopisca i zakonodavca, kao i svih onih koji primenjuju pravo.²⁸ Stoga se u ovom radu razmatra da li u postupku stvaranja i primene prava ima pravne sigurnosti za svakog ko je dužan da svest o pravu ima i da (promenljivo) pravo poznaje.

PRAVNA SIGURNOST I STVARANJE PRAVA

Pravna sigurnost poziva najpre zakonodavnu vlast da osigura dobar kvalitet zakona i drugih pravnih instrumenata koje usvaja, kao i njihovu zakonitost.²⁹ Drugim rečima, načelo zakonitosti i načelo pravne sigurnosti su u bliskom odnosu.³⁰

U kontekstu odgovorne zakonodavne politike, pravnu izvesnost treba razumeti u njenom „relativitetu“, kako ukazuje Rodonačelnik Škole. S jedne strane, evolucije i promene pravnih institucija su nužne i one treba da prate društvene

²⁵ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 382.

²⁶ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 516.

²⁷ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 12.

²⁸ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 398.

²⁹ O „nedostacima u kakvoći prava“ i „nedostacima u količini prava“ kao bitnim elementima krize pravnog sistema uz neobjektivnu i neprimenu prava, ugroženost načela ustavnosti i zakonitosti, pravnu nesigurnost kao notorni društveni fakt v. S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 381-404.

³⁰ Žaklina Harašić, „Zakonitost kao pravno načelo i pravni argument“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. XLVII, br. 3, Split, 2010, 752.

odnose u „svetu života“.³¹ Intenzivnija normativna aktivnost, međutim, vodi većoj „žudnji“ za pravnom sigurnošću i sve većem suočavanju sa činjenicom da je pravna sigurnost relativan koncept. Što je veća normativna aktivnost, to je zakonodavcu teže da održava predvidive i dostupne zakone, odnosno to je manje pravne sigurnosti.³² S druge strane, kumulacija pravnih ustanova mora biti prožeta načelom pravne sigurnosti koja će stalno pratiti pravo u pokretu.³³ Usložnjavanje društvenih odnosa, globalizacija, stalni ekonomski i društveni razvoj zahtevaju intenzivniju normativnu aktivnost u odnosu na period „detinjstva prava“. Postojanje pravne sigurnosti, dakle, ne sme biti ugroženo, ali ni ne sme imati toliku moć da pravne institucije „okameni u večnosti“.³⁴

Zakonodavna politika mora da vodi računa o svim relevantnim faktorima i u svakom konkretnom slučaju da pronade pravo i adekvatnu meru između želje i realnosti, jer ako preovlada želja nad realnošću, tad se silazi sa pozornice prava i ulazi u polje izvanpravnih disicplina.³⁵

PRAVNA SIGURNOST I PRIMENA PRAVA

Pravna sigurnost, od izvršne vlasti nadalje zahteva da je poštuje pri sprovođenju propisa i pri donošenju odluka uopšte ili odluka o pojedinačnim pitanjima. Stvoreno pravo nije samo sebi cilj, već ono mora biti i adekvatno primenjeno, jer ako primena prava izostane, onda njega više i nema na pozornici života.³⁶

Kada govori o domenu primene prava, Tvorac Škole naglašava da se pravna sigurnost ne ostvaruje samo poštovanjem pravnih načela, nego i poštovanjem relativne trajnosti svih drugih propisa, tzv. sitnih propisa koji su u sledstvu visokih principa.³⁷

Iako je pravna sigurnost za sve tri grane vlasti veoma važna, ta važnost je i veća u domenu primene prava budući da se svi nedostaci jednog pravnog sistema „sintetizuju u žiži efekata prava, u procesu njegove primene“.³⁸ Ukoliko u jednom pravnom sistemu izostane pravna sigurnost, kako u izvoru, tako još i

³¹ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 406.

³² P. Popeler, op.cit., 48.

³³ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 406.

³⁴ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op.cit., 407.

³⁵ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 382.

³⁶ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 400.

³⁷ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op.cit., 407.

³⁸ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 408.

više u njegovoj primeni i postupku izvršenja, kada dođe do vladavine socijalne, ekonomske i pravne nesigurnosti, onda se gubi vera u autoritet prava.³⁹

PRAVNA SIGURNOST I (SUDSKO) PREISPITIVANJE PRAVA

Sudska vlast, kao treća grana u „trouglu vlasti“, pridržava se ovog principa prilikom primene propisa i tumačenja pravnih normi. Drugačije rečeno, sudovi preispituju kvalitet zakonodavnih rešenja kroz „sito“ načela pravne sigurnosti. Sudija vodi računa da pravnu normu primeni tako da bude pravična, a pravna norma u dobroj meri ispoštovana, odnosno na sudskoj praksi je da „razmekša“ pravnu normu držeći se smisla koji joj je dao zakonodavac.⁴⁰

U tom smislu, Utemeljivač Škole, proglašavajući Deklaraciju, govori da „sudije, svojom stručnošću i savešću, nose i donose glas zakona, ali ne po načinu pozitivističkog mehanizma i automatizma, već po neophodnosti primene i interpretacije zakona u smislu legitimne pravde“.⁴¹

Pravna sigurnost garantuje predvidljivost sadržine i primene zakonskih pravila, doprinoseći na taj način obezbeđenju visokog kvaliteta sudskog sistema. Imajući ovaj cilj na umu, sudije primenjuju interpretativne principe primenljive kako u nacionalnom tako i u međunarodnom pravu.⁴²

U daljim izlaganjima se, s aspekta pravne sigurnosti, kao univerzalne vrednosti, preispituje nacionalno heteronomno pravo u pojedinim delovima, a u cilju pružanja odgovora na pitanje da li je spram pravdenog i kvalitetnog prava s njim u „pretežnoj saglasnosti“, „podnošljivom raskoraku“ ili „apsolutnoj protivrečnosti“.

PRAVNA SIGURNOST U POJEDINIM ASPEKTIMA NACIONALNOG (HETERONOMNOG) PRAVA

Ukoliko se pođe od tri moguća, prethodno izložena, odnosa prirodnog i heteronomnog prava, može se uočiti da u promenljivom, heteronomnom i nesavršenom

³⁹ S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op.cit., 1023.

⁴⁰ Radmila Kovačević Kuštrimović, „Građanski zakonik i pravično suđenje“, *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije: tematski zbornik radova*“ (ur. Nevena Petrušić), Niš, 2007, 49.

⁴¹ Deklaracija Kopaoničke Škole prirodnog prava – Slobodan Perović, dostupno na <https://kopaonikschool.org/wp-content/uploads/2019/05/DEKLARACIJA-KOPAONI%C4%8CKE-%C5%A0KOLE-PRIRODNOG-PRAVA.pdf?x78513>, 15.09.2021.

⁴² V. P. Popelier, op.cit., 58.

pravu postoje primeri različitih odnosa njegovih pravnih regula u odnosu na pravo koje mu služi kao uzor i model.

Najpre, u kontekstu zakonodavne politike, evolucije u društvenim odnosima praćene su i intenzivnijom zakonodavnom aktivnošću u odnosu na period „detinjstva“ prava kada društveni odnosi nisu u toj meri bili usloženjeni. Tako, primera radi, heteronomno pravo normira i odnose koji ranije nisu bili regulisani, pa je tako „informatička revolucija“ dovela i do uvođenja elektronskog dostavljanja u sudskim i upravnim postupcima,⁴³ usložnjavanje upravnopravnih odnosa dovelo je do uvođenja upravnog ugovora u upravnom pravu,⁴⁴ usled usložnjavanja međuljudskih odnosa uslovnjenih novim promenama u društvenim odnosima uvode se nova krivična dela koja ranije nisu bila inkriminisana.⁴⁵ S druge strane, intenzivne zakonodavne izmene, svojstvene sistemu obaveznog socijalnog osiguranja u nacionalnom promenljivom pravu,⁴⁶ ali i drugim oblastima normiranja, vode većoj „žudnji za pravnom sigurnošću“.

Nadalje, u kontekstu primene prava, pravna sigurnost je, primera radi, osnovni postulat kaznenog prava,⁴⁷ kako krivičnog, tako i prekršajnog. Pravna sigurnost je jedan od postulata upravnog postupka budući da način opštenja između organa postupka i stranke mora biti brz i efikasan na način da se omogući ekonomičnost postupka i pravna sigurnost.⁴⁸ Zajemčena je i u parničnom postupku, putem prava stranaka na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu.⁴⁹ S druge strane, u postupku izvršenja i obezbeđenja, eksplicitne garancije pravne sigurnosti nema iako je u tom domenu poštovanje načela pravne sigurnosti naročito značajno.

⁴³ Čl. 129 Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72711, 49/13, 74/13, 55/14, 87/18 i 18/20 – u daljem radu ZPP; čl. 129 Zakona o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/13, 13/16., 98/16,91/19, 91/19 – drugi zakon – u daljem radu ZOP.

⁴⁴ Čl. 22 Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/16, 95/18 – u daljem radu ZUP.

⁴⁵ Npr. krivično delo proganjanje iz čl. 138 Krivičnog zakonika, podrazumeva jednom od alternativnih radnji izvršenja dela da izvršilac dela u toku određenog vremenskog perioda uporno: protivno volji drugog lica nastoji da sa njim uspostavi kontakt neposredno, preko trećeg lica ili putem sredstava komunikacije. Ovo krivičnog delo, od ranije nije bilo poznato nacionalnom heteronomnom pravu i inkriminisano je 2017. godine.

⁴⁶ V. Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 34/03, 64/04, 84/04, 63/06, 5/09, 101/10, 93/12, 62713, 108/13, 75/14, 142714, 73/18, 46/19, 86/19 i 62/21.

⁴⁷ Čl. 34 Ustava RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006; čl. 3 ZOP, 13/16., 98/16,91/19, 91/19 – drugi zakon, čl. 1 Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09,121/09, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

⁴⁸ Čl. 56 ZUP.

⁴⁹ Čl. 2 ZPP.

Ova garantija bi se mogla obezbediti i u postupku izvršenja i obezbeđenja, shodnom primenom Zakona o parničnom postupku koji sadrži posrednu garantiju pravne sigurnosti.⁵⁰

Iz navedenih pojedinih aspekata pravnih regula nacionalnog heteronomnog prava, očitim se pokazuje, da heteronomno pravo naspram idealnog i večnog stoji u odnosu „pravedenog prava“ kada normira nove odnose jer to zahtevaju izmenjeni društveni odnosi.

Iako nominalno zajemčena, pravna sigurnost, nije za svagda i uvek i ostvarena. Ovakav zaključak ne iznenađuje budući da idealnog heteronomnog sistema prava nema, već je on samo težnja ka onom idealnom i večnom na čijim osnovima bi trebalo da počiva. Preciznije rečeno, svaki pravni sistem obiluje određenom dozom neisgurnosti, neadekvatnim normama, pa i nejednakom primenom prava, jer nema idealnog pravnog sistema.⁵¹

ZAKLJUČAK

Svako je dužan da poznaje pravo, kako to i zahteva maksima rimskog prava, ali i da ima pravnu svest o pravnoj normi, kako pojašnjava tekovina Škole prirodnog prava. Ipak, dužnost i svest o pravu često su otežane usled usložnjavanja društvenih odnosa, ali i „šume propisa“ koje adresat pravnih normi mora poznavati.

Pravna sigurnost je prirodna pravda, ali i univerzalna vrednost autonomnog i idealnog prava i jeste (ili bar trebalo) biti zajemčena svakom ko je dužan da heteronomno pravo poznaje, bez obzira da li je reč o postupku stvaranja tog prava ili o njegovoj primeni.

Stoga, iako idealnog heteronomnog sistema nema, pa takav nije ni nacionalni heteronomni sistem, potrebno je uzdati se u pravnu sigurnost shvaćenu kao univerzalnu vrednost, bez obzira da li pravo stvaramo, primenjujemo ili smo samo dužni da ga poznajemo. Toj pravnoj sigurnosti kao prirodnoj pravdi moramo da težimo, onako kako nas je pod „obroncima Kopaonika“ više od tri decenije učio, obrazovao i pod svodom prirodnog prava, vaspitavao Akademik Profesor Dr Slobodan Perović koji je Školu Univerziteta ljudskih prava pod Pančićevim vrhom utemeljio. Ukoliko pak, nad tim učenjem, obrazovanjem i prirodnim vaspitanjem, prevlada samo želja, sići će se s „pozornice prava“ i ostati u „žudnji“ za pravnom sigurnošću.

⁵⁰ Čl. 39 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16, 113/17 i 54/19.

⁵¹ S. Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op. cit., 408.

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

THE OBLIGATION TO KNOW THE LAW,
AWARNEES OF LAW AND LEGAL CERTAINTY

Summary

The paper seeks to show that, although has the obligation to know the law, every individual has (or should have) guaranteed legal certainty during the creation and application of that law that he must know. The paperwork is based on the development of the principle of legal certainty at the University of Human Rights over more than three decades. To that end, the paper first approaches the maxim that „not knowing the law is harmful“ based on Roman law, but also the so-called „awareness of law“ founded in the records of the Founder of the Kopaonik School of Natural Law. The following is an overview of legal certainty as an universal value of autonomous and eternal law, which the supporters of the School accept as just in itself, as well as understanding of the same value in certain aspects of positive law in order to reveal whether modern legal security is within permissible deviation of the positive from the eternal one. The conclusion of the paper brought us back to the beginning of the School of Natural Law, confirming the long-standing thesis under the slopes of Kopaonik that heteronomous law is the pursuit of the ideal law, in terms of legal security as well, and reminded us to the duty of striving for the ideal one.

Key words: universal law, legal security, positive law, School of Natural Law, knowledge of law

Literatura

- Gasmi G., *Pravo i osnovi prava Evropske unije*, Univerzitet Singidunum, Beograd, 2010.
- Gałuskina K., Sycz J., „Latin maxims and phrases in the polish, english and french legal systems – the comparative study“, *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, vol. XXXIV, no. 47, 2013.
- Kovačević Kuštrimović R., „Građanski zakonik i pravično suđenje“, *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije: tematski zbornik radova* (ur. Nevena Petrušić), Niš, 2007.
- Perović S., *Pravno filozofske rasprave*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SRJ, Beograd, 1995.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Popelier P., „Five paradoxes on legal certainty and the lawmaker“, *Legisprudence*, vol. II, no 1, Antwerp, 2008.
- Zimmermann R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 10.10.2021.
Prihvaćen: 28.10.2021.

PREGLEDNI RAD

VLADAN PETROV

POSTUPAK ZA PROMENU USTAVA REPUBLIKE SRBIJE U „VENECIJANSKOM OGLEDALU“

Autor u ovom radu samo naizgled analizira postupak za promenu Ustava Srbije isključivo iz ugla Venecijanske komisije i njenih standarda u vezi sa revizionom procedurom. On, u stvari, daje jednu relativno sveobuhvatnu analizu savremenog revizionog postupka uopšte i u Republici Srbiji. Njegova osnovna poruka je da se jedna od osnovnih ustavnih vrednosti danas, a to je ustavna stabilnost, ostvaruje, dobrim delom, putem normativno kvalitetno uređenog postupka za promenu ustava. U slučaju Ustava Srbije, ne može se reći da njegove revizione odredbe u celini i u pojedinim elementima ispunjavaju visoke standarde moderne evropske ustavnosti. Imajući u vidu iskustvo aktuelne promene Ustava u delu o pravosuđu, i određena poboljšanja do kojih je u ovom postupku de facto došlo, autor preporučuje da bi sledeća revizija Ustava trebalo da se odnosi i na revizione odredbe Ustava – bez toga, ustavna stabilnost i legitimnost svake buduće ustavne promene uvek će biti pod znakom pitanja.

Ključne reči: promena Ustava, Venecijanska komisija, transparentnost, inkluzivnost, ustavna stabilnost

U V O D

„Rađanje“ svakog pravnog akta zahteva jedinstvo forme i sadržine. U ustavnom pravu, pogotovo kad je o donošenju novog ustava ili promeni važećeg ustava reč, taj zahtev ima posebnu težinu. Bilo da se donosi novi ustav (totalna revizija ustava)

Prof. dr Vladan Petrov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, sudija Ustavnog suda Srbije i član Venecijanske komisije, e-mail: vpetrov@ius.bg.ac.rs. Rad je prilog projektu „Konstitucionalizam i vladavina prava u izgradnji nacionalne države – slučaj Srbije“, Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu.

bilo da se menja važeći u jednom ili više njegovih delova (parcijalna revizija ustava), najviši opšti pravni akt zasluđuje da se pri njegovom donošenju vodi računa o najvišim materijalno-pravnim i procesno-pravnim standardima.

Iako se i danas može govoriti da je ustavotvorna vlast, u načelu, suverena, odnosno pozitivnim pravom neograničena i izvorna,¹ ona nije, ako je ikada i bila, apsolutno oslobođena obaveze da makar vodi računa o najvišim sadržinskim i proceduralnim zahtevima. U ovom radu neće biti reći o prvim, već samo o drugim, pri čemu smo, kao što je naglašeno na samom početku, duboko svesni međusobne isprepletanosti zahteva sadržine i forme. U krajnjoj liniji, ako se ne drži do forme, sadržina će biti najverovatnije sporna. Istina, jedan ustav može biti donet i po sasvim originernom postupku, na primer kada se donosi prvi ustav ili kada se donosi sasvim nov ustav koji označava raskid sa dotadašnjim režimom, ali i tada, kada je on rezultat rada ustavotvorne skupštine koja nije vezana ranije propisanim postupkom za donošenje, odnosno promenu ustava, ustavotvorna procedura mora postojati i mora se poštovati. „Što se grbo rodi, vrijeme ne ispravi“, a što je izraslo iz haosa, teško da može odražavati i održavati red i poredak.

Gotovo dva i po veka od donošenja prvih modernih pisanih ustava, koji se u teoriji nazivaju ustavom u formalnom smislu, postalo je jasno da ustavotvorni, kao i revizioni postupak ne podrazumevaju samo veći stepen složenosti, ustavno-pravnim rečnikom kazano, čvrstine postupka, već i poštovanje određenih zahteva forme i procedure, od kojih su neki zapisani u ustavu, neki nisu nego se pretpostavljaju; neki se vezuju više za nacionalni ustavni identitet, a drugi za evropski, pa i svetski ustavni idenitet. Čuvar, ali i kreator, ovog drugog, koji se opet teško, može razdvojiti od prvog, u svetu moderne ustavnosti, je Komisija za demokratiju posredstvom prava, poznatija kao Venecijanska komisija. To savetodavno telo Saveta Evrope, o čijoj smo evoluciji i ulozi u promeni Ustava u Republici Srbiji ranije pisali u našoj školi,² s obzirom na svoje bogato iskustvo u ustavnoj materiji, poslednjih godina sve više pristupa sintezi ogromnog i raznolikog uporednog ustavnog materijala, objedinjuje svoja saznanja i stavove u dokumenta koja naziva kompilacije u svim najvažnijim oblastima ustavnog prava. Tako nastaju standardi Venecijanske komisije, koji nemaju strogo formalno-pravno obavezujući karakter. Ipak, s obzirom da nastaju objedinjavanjem evropskog, pa i svetskog (globalnog)

¹ Vladan Petrov, „Ustav danas – šta je ostalo od suverenosti ustavotvorca“, Zbornik radova *Državni poredak – suverenitet u vremenu globalizacije*, SANU, Beograd, 2019, 237.

² V. Vladan Petrov, Maja Prelić, „Venecijanska komisija i ustavna reforma pravosuđa u Republici Srbiji – uz jubilej 30 godina Venecijanske komisije“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, Tom III, Beograd, 2020, 523-540.

ustavnog prava, i da se u najvećoj meri oslanjaju na najbolje, osvedočene tekovine evropske demokratske ustavnosti, poštovanje ovih standarda postaje *conditio sine qua non* uspešnosti i kvaliteta jedne ustavne reforme. Drugim rečima, ispunjenost proceduralnih zahteva, poput transparentnosti, reprezentativnosti i inkluzivnosti procesa ustavne refome, u znatnoj meri određuje ili bar utiče na sadržinu ustavnih rešenja koja, u savremenom ustavnom pravu, moraju odražavati „duh“ ustavne ravnoteže. Bez te ravnoteže ili bar kontinuirane težnje da se ona donekle ostvari, nema ni ustavne stabilnosti, ključne vrednosti savremenog konstitucionalizma.³

Pošto se budemo osvrnuli na pozitivno-pravni okvir postupka za donošenje i promenu Ustava u Republici Srbiji, prema Ustavu iz 2006, iznoseći određene kritičke zamerke, o čemu smo i ranije pisali,⁴ analiziraćemo standarde Venecijanske komisije i videti koliko su ti standardi primenjeni u aktuelnom postupku promene Ustava u delu o pravosuđu, koji u momentu pisanja ovog rada ulazi u svoju završnu fazu. Na osnovu toga ćemo moći da zaključimo da li je Srbija dosegla jedan nivo ustavne kulture, koji može garantovati da će i buduće promene Ustava biti sprovedene uz poštovanje najviših savremenih demokratskih standarda, čiju suštinu čini javna rasprava, odnosno slobodno iznošenje različitih stavova i argumenata od strane svih subjekata koji su pozvani ili zainteresovani da učestvuju u postupku promene Ustava.

NEKOLIKO OBELEŽJA REVIZIONE PROCEDURE IZ UGLA KLASIČNE I SAVREMENE USTAVNOPRAVNE NAUKE

Klasična ustavnopravna nauka pravila je jasnu razliku između ustavotvorne vlasti i revizione vlasti. Prva donosi formalno novi ustav, a druga ga menja. Prva je originerna (izvorna) i pozitivnim pravom neograničena. Druga počiva na ustavu i vezana je ustavnopravnim normama. Stoga se insistiralo i na razlikovanju ove dve vlasti u proceduralnom smislu, odnosno na razlikovanju ustavotvornog i revizionog postupka. Danas je ovo razlikovanje u znatnoj meri relativizovano.⁵ Ustavi retko prave razliku između postupka za donošenje novog ustava i postupka za promenu pojedinih njegovih odredaba. Češće je prisutno razlikovanje između

³ Venice Commission, CDL-AD(2010)001, *Report on Constitutional Amendment*, Adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009).

⁴ V. Vladan Petrov, „Ustavotvorne i revizione procedure u postkomunističkoj Srbiji – bilans i pogled unapred“, Zbornik *Reviziona vlast u Srbiji – Proceduralni aspekti ustavnih promena* (ur. E. Šarčević, D. Simović), Sarajevo, 2017, 22-30.

⁵ V. Vladan Petrov, Marko Stanković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 55-56.

postupka po kojem se menjaju glavne, odnosno suštinske odredbe ustava (npr. one o načelima ustava, ljudskim pravima itd.) i postupka po kojem se menjaju ostale ustavne odredbe. To razlikovanje uglavnom se ocenjuje pozitivno, jer najvažnije odredbe ustava treba da se menjaju po težem, složenijem postupku, a ostale ustavne odredbe po nešto lakšem. Dok prvi može karakterisati i referendumsko izjašnjavanje građana o ustavnoj promeni, drugi se, po pravilu, završava u parlamentu, izglasavanjem ustavne promene pojačanom (kvalifikovanom) većinom parlamentarca. Ustavi sadrže i odredbe o zabrani promene fundamentalnih načela i vrednosti (npr. podele vlasti, oblika vladavine i sl.), tako da bi eventualna promena ovih ustavnih odredaba vodila uspostavljanju novog ustavnopravnog poretka.

Razlikovanje postupka promene manjeg broja najvažnijih ustavnih odredaba i postupka promene ostalih ustavnih odredaba omogućava, ili bi bar trebalo da omogući, postizanje veće ustavne stabilnosti kao jedne od ključnih vrednosti savremenog konstitucionalizma.⁶ S jedne strane, obezbeđuje se fleksibilnost ustava, jer se većina njegovih odredaba može promeniti kvalifikovanom odlukom parlamenta, a s druge strane, ne ugrožava se suštinska čvrstina ustava, odnosno temeljne vrednosti i osnovna obeležja ustavnopravnog poretka ostaju nepromenjeni. Razlikovanje ove dve procedure zadržava se na formalno-pravnom aspektu i ne vodi ka uspostavljanju unutrašnje ustavne hijerarhije. Ustavne odredbe imaju istu pravnu snagu bez obzira na to da li pripadaju korpusu normi koje se menjaju po težem ili po lakšem revizionom postupku. Ipak, ovo proceduralno razlikovanje implicira da postoje ustavne norme koje su „više“ i ustavne norme koje su „niže“. Na taj način se u drugoj polovini XX veka stvara osnov za teoriju nadustavne snage fundamentalnih ustavnih normi, a njena praktična primena u jurisprudenciji pojedinih evropskih ustavnih sudova proizvela je dve posledice: 1) nagoveštava se ili se čak pristupa ustavnosudskoj oceni „nižih“ ustavnih normi u odnosu prema „višim“; 2) vrši se ocena ustavnosti ustavnih amandmana, tako da oni moraju biti u saglasnosti sa ustavnim načelima, čime se obezbeđuje poštovanje načela jedinstva ustava ili celine ustavnopravnog poretka. U savremenoj ustavnopravnoj nauci, mišljenja su još uvek podeljena, ali sve više je onih koji smatraju da ustavni sudovi imaju „nadležnost koja ne mora biti izričito propisana“, „nadležnost koja se pretpostavlja“, a to je da ocenjuju usklađenost s ustavom i samih ustavnih promena (amandmana).⁷

Postupak za donošenje ili promenu ustava, po pravilu, obuhvata dve faze. Prva faza je podnošenje predloga za promenu ustava i njegovo pretvaranje u odgovorajući

⁶ Venice Commission, CDL-PI(2015)023*, Or. Engl., *Compilation of Venice Commission Opinions concerning constitutional provisions for amending the constitution*.

⁷ V. Vladan Petrov, „Prilog raspravi o kontroli ustavnosti ustavnih amandmana i ustavnih zakona“, *Pravna riječ*, br. 22, Banja Luka, 2010, 177-192.

normativni akt, a druga je rasprava i usvajanje predloga tog normativnog akta (akta o promeni ustava). Kao što smo već rekli, čitav postupak može biti okončan u parlamentu, a da se time ne dovedu u pitanje ni čvrstina (formalno-pravna karakteristika) ni legitimnost akta o promeni ustava (donosi ga predstavnik nosioca suverenosti – građana ili naroda). Postupak promene ustava može ili čak mora biti okončan na referendumu (ustavotvorni referendum koji može biti fakultativan ili obligatoran). Ipak, referendumska potvrda akta o promeni ustava ne bi smela da bude pravilo koje se primenjuje na sve ustavne odredbe. Ustavi koji traže da se akt o promeni ustava uvek potvrdi na referendumu spadaju u izrazito ili preterano čvrste ustave, što nije obeležje dobrog ustava.

U klasičnoj ustavnopravnoj nauci, pravila se razlika između autoritarnog i demokratskog postupka donošenja ili promene ustava.⁸ Oktroisanje ustava, kada ustav državi podaruje vladar (monarh) ili pakt između vladara i narodnog predstavništva, kada se ustav donosi u parlamentu ali podleže potvrdi od strane vladara, su primeri koji su gotovo iščezli. Savremeni ustavi su, sa stanovišta procedure, uvek manje ili više demokratski. Prvi demokratski način donošenja ustava postoji kada ustav donosi ustavotvorna skupština, koje se može javiti u dva oblika: 1) kao *ad hoc* telo; 2) kao skupština koja po donošenju ustava nastavlja da funkcioniše kao obična skupština. Ustavotvorna skupština je redak način donošenja ustava, a u teoriji je isticano da je to samo prividno najviše demokratski način donošenja ustava skopčan sa nizom potencijalnih opasnosti.⁹

Drugi demokratski način donošenja ustava je ustavotvorni referendum, koji može biti obavezan ili fakultativan. U prvom slučaju, to je obavezna faza u postupku donošenja ustava. U drugom, to je mogućnost koja se ostvaruje, po pravilu, kad to parlament odluči na sopstvenu inicijativu ili na zahtev određenog broja birača.

Treći demokratski način donošenja, odnosno promene ustava je kvalifikovana odluka parlamenta. Dakle, ustav donosi ili menja narodno predstavništvo kvalifikovanim većinom. Ova procedura je samo na prvi pogled slična zakonodavnoj. Zahtev kvalifikovane većine, najčešće dvotrećinske većine pokazuje se dovoljnim da obezbedi politički pluralizam i konsenzus neophodan da bude legitimacijski temelj novog ustava ili ustavne izmene.

Donošenje novog ustava u teoriji se još naziva totalna revizija ustava, a promena pojedinih ustavnih odredaba je parcijalna revizija ustava. Ipak, i ovo razlikovanje je krajnje relativno. Ako se pristupa promeni suštinskih ustavnih odredaba,

⁸ V. npr. Jean Gicquel, Jean-Éric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, Paris, 2007, 180-184.

⁹ V. V. Petrov, M. Stanković, op.cit., 55.

na primer, o obliku vladavine, sistemu vlasti i sl., onda to nije parcijalna promena ustava. To je donošenje novog ustava. Takođe, nekada su zahvati u ustavni tekst takve prirode i obima da je moguće samo formalno govoriti o parcijalnoj promeni ustava. Promena je, u stvari, takva da se teško više može govoriti o starom ustavu. Sve te različite promene ustava, ustavotvorna, odnosno reviziona provedura mora da predvidi. Ona mora biti prilagođena i prilagodljiva, takva da spreči, po mogućnosti, svaku naglu, ishitrenu ili nekontrolisanu promenu koja može voditi i ka ustavnoj revoluciji. Nijedan ustav na svetu „ne želi“ da bude zamenjen novim. Dobar ustav će „težiti“ da evoluira, a za to su od suštinske važnosti kvalitetno uređene revizione procedure.

STANDARDI VENECIJANSKE KOMISIJE U VEZI SA POSTUPKOM PROMENE USTAVA

Kada je 10. maja 1990, 18 ambasadora država članica Saveta Evrope donelo odluku da ustanovi Evropsku komisiju za demokratiju posredstvom prava, poznatiju kao Venecijansku komisiju, činilo se da će biti stvoreno samo jedno tehničko savetodavno telo. Ispostavilo se da je to bio događaj od presudnog značaja za razvoj vladavine prava i demokratije u Evropi, pa i šire.¹⁰ Prva i dugo vremena preovlađujuća uloga Venecijanske komisije bila je pomoć u pripremi i izradi ustava za tzv. nove demokratije u Centralnoj i Istočnoj Evropi, kako bi njihovi ustavni tekstovi bili u saglasnosti sa međunarodnim standardima. Za 31 godinu svog postojanja Venecijanska komisija je izgradila ozbiljnu jurisprudenciju u gotovo svim oblastima ustavnog prava, a pošto je njena prva uloga i dalje da pruža usluge državama članicama u postupku promene ustava, sasvim je prirodno da je u ovoj oblasti davno uspostavila jasne i relativno precizno definisane standarde.

Venecijanska komisija najpre polazi od stanovišta da ne postoji ni približno jedinstven model promene ustava. „Niti je moguće niti poželjno pokušati da se formuliše apstraktno optimalni model ustavnih promena. Tačka ravnoteže između rigidnosti i fleksibilnosti može biti različita od države do države, zaviseći od društvenog i političkog konteksta, ustavne kulture, godina, detalja i karakteristika ustava, i brojnih drugih faktora, pogotovo jer ta ravnoteža nije statična i može se menjati tokom vremena u skladu sa društvenim, ekonomskim i političkim transformacijama.“¹¹

¹⁰ Gianni Buquicchio, „Statement by Gianni Buquicchio President of the Venice Commission on the Occasion of the 30th Anniversary of the Establishment of the Commission“, *Venice Commission Thirty Years Quest for Democracy through Law*, Lund, 2020, 13.

¹¹ Venice Commission, CDL-AD(2013)029, Opinion on three draft Constitutional Laws amending two constitutional Laws amending the Constitution of Georgia.

Iz prethodnog proizlazi fundamentalni zahtev koji treba ostvariti svakom uspešnom ustavnom reformom. To je ustavna stabilnost, koja se, u znatnoj meri, zasniva na ravnoteži između rigidnosti i fleksibilnosti ustava, odnosno reviziono procedure. „(...) Ustavna stabilnost je važan element stabilnosti zemlje u celini i novi ustav ne treba da bude usvojen kao brzo rešenje za aktuelne političke probleme“.¹² Pod ustavnom stabilnošću Venecijanska komisija, između ostalog, podrazumeva „delotvorno jačanje stabilnosti, nezavisnosti i efikasnosti državnih institucija putem jasne podele nadležnosti i delotvornih mehanizama kočnice i ravnoteže“, kao i „dodatne mehanizme i procedure parlamentarne kontrole aktivnosti i intencija egzekutive“.¹³

Sledeći standardi su međusobno tesno povezani, gotovo da se oslanjaju jedan na drugog. To su: konsenzus, transparentnost i legitimnost. Ustavna promena treba da počiva na dubljem konsenzusu, onom koji podrazumeva usaglašenost svih ili bar značajne većine relevantnih učesnika u postupku promene ustava i drugih zainteresovanih subjekata u pogledu temeljnih vrednosti i ciljeva koje se štite i ostvaruju predloženom promenom. Politički kompromis između vladajućih partija, pa čak i vladajućih partija i opozicije, sam po sebi, nije dovoljan. Konsenzus u vezi sa promenom ustava mora biti i širi i dublji. Važnu ulogu u postizanju „najšireg mogućeg konsenzusa u datom društvu“ (još jedna uobičajena formulacija koju koristi Venecijanska komisija) ima transparentnost, odnosno javnost revizionog postupka. Ta javnost ne svodi se samo na javnu raspravu, odnosno javnu diskusiju koja se o predloženim ustavnim promenama vodi u užim, stručnim krugovima ili nešto širim, političkim krugovima. Javnost podrazumeva uključenost, odnosno obaveštenost građana o predloženim promenama, koja mora biti sveobuhvatna, objektivna i pravovremena. Javnost, takođe, obuhvata i aktivnu uključenost ili bar mogućnost za to građana kao pojedinaca ili pripadnika različitih političkih i drugih udruženja. „Kabinetski“ ustavi ili ustavi koji se pišu „iza zatvorenih vrata“, u kratkom vremenskom periodu, iz ugla moderne reviziono procedure, pripadaju prošlosti. Čak i kad bi se moglo zamisliti da takve tvorevine mogu da imaju adekvatan odnos prema društveno-političkoj stvarnosti, one bez sumnje neće imati neophodan legitimitet, odnosno dovoljan demokratski kapacitet da obezbede ustavnu stabilnost. „(...) Usvajanje novog i dobrog ustava treba da se zasniva na najširem mogućem konsenzusu unutar društva i (...) širokoj i suštinskoj debati koja uključuje različite političke snage, nevladine organizacije

¹² Venice Commission, CDL-AD(2008)015, Opinion on the Draft Constitution of Ukraine.

¹³ Venice Commission, CDL-AD(2011)002, Opinion on the concept paper on the Establishment and Functioning of the Constitutional Assembly of Ukraine.

i udruženja građana, akademske krugove i medije što je važan preduslov za usvajanje održivog teksta, prihvatljivog za celo društvo i u skladu sa demokratskim standardima. Previše rigidna vremenska ograničenja treba da budu izbegnuta a kalendar usvajanja novog ustava treba da prati napredak u debati¹⁴. Ovo su ozbiljni zahtevi i nisu samo deklarativne prirode. Koliko su upravo transparentnost, inkluzivnost (uključenost svih relevantnih činilaca u proces) i legitimnost važni u postupku promene ustava, videćemo nešto niže i na primeru promena Ustava Srbije u delu o pravosuđu.

Sadržinski najbolja rešenja *in abstracto* ne postoje, tačnije, ona, po prirodi stvari, ne mogu biti najbolja ako se do njih nije došlo kroz dijalog u otvorenom postupku u skladu sa demokratskim standardima. Nisu to samo proceduralni zahtevi. Oni su izraz i pokazatelj pravne i političke zrelosti jednog društva, njegove spremnosti i volje da sprovede ustavne reforme na način koji će odgovarati interesima građana, i to ne u političkom, već u pravno-kulturološkom smislu.

S druge strane, procedura, ma koliko značajna, ne sme da postane sama sebi svrha. Trajanje postupka promene ustava, a pre svega trajanje javne rasprave, nije samo po sebi garant kvaliteta predloženih i kasnije usvojenih ustavnih rešenja. Javna rasprava mora biti organizovana, usmerena ka cilju, sadržinski bogata i preovlađujuće konstruktivna. Učešće u javnoj raspravi onih snaga koje imaju ulogu samo da kritikuju ili opstruiraju ne može se sprečiti, ali se takvim snagama, koje su često manjinske, a dobro organizovane, ne sme dati veći prostor i značaj nego što ga objektivno zaslužuju. U suprotnom, ustavna promena će se naći na stranputici. Javna debata o promeni ustava pretvoriće se u „javnu pričaonicu“ koja je privlačna, neobavezujuća i preti da postane „trajna kategorija“. Dakle, priče o ustavu najčešće nisu usmerene na kvalitetne ustavne promene i ne dovode do njih. Njih ni u kom slučaju ne treba poistovetiti sa javnom raspravom kao demokratskim mehanizmom koji ne mora, i najčešće nije sastavni deo zvanične, odnosno formalne revizije procedure. Prava javna rasprava i nije pravno uređena, jer je u velikoj meri izraz spontane snage koja vodi ka istinskim demokratskim promenama. Stoga Venecijanska komisija, insistirajući na pravoj javnoj raspravi, prihvata da ona ne mora uvek da traje dugo, ako je dovela do neophodnog stepena konsenzusa o predloženim ustavnim promenama. „Kratkoća formalne debate ne znači da pitanje nije dovoljno razmotreno. U stvari, suštinska pitanja su raspravljena tokom duge elaboracije institucionalnog sporazuma.“¹⁵

¹⁴ Venice Commission, CDL-AD(2013)010, Opinion on the draft New Constitution of Iceland.

¹⁵ Venice Commission, CDL-AD(2012)010, Opinion on the Revision of the Constitution of Belgium.

U vezi sa fazama revizionog postupka, Venecijanska komisija preporučuje da postupak ne bude previše složen. Standard je da se svaka ustavna promena može izvršiti i odlukom kvalifikovane (po pravilu 2/3) većine parlamentaraca, ali nije isključena mogućnost sprovođenja referenduma na kojem se potvrđuje akt o promeni ustava. Referendum ne sme biti *ad hoc*, već mora biti izričito predviđen ustavom.¹⁶ Venecijanska komisija je zauzela stanovište da kvorum na referendumu, odnosno minimalan broj izašlih birača nije neophodan. To važi i za kvalifikovanu većinu na referendumu. Standard je obična većina, odnosno većina izašlih birača.

Još jedanput treba napomenuti da se svi standardi u vezi sa revizionim postupkom moraju tumačiti u svetlosti polazne tvrdnje: nema jedinstvenog modela promene ustava, a najbolji postupak za konkretnu državu zavisi od konkretnog društveno-političkog okvira, ustavne kulture, starosti ustava, odredaba koje se menjaju itd.

POSTUPAK ZA PROMENU USTAVA U REPUBLICI SRBIJI – VAŽEĆI PRAVNI OKVIR

Postupak za promenu Ustava u Republici Srbiji uređen je Ustavom Srbije iz 2006. i Poslovnikom Narodne skupštine iz 2010. Postupak se sastoji iz dve faze: 1) podnošenje i usvajanje predloga za promenu Ustava; 2) izrada i usvajanje akta o promeni Ustava.

Prva faza otpočinje podnošenjem predlog za promenu Ustava.¹⁷ Ovlašćeni predlagači za promenu Ustava su: 1) jedna trećina od ukupnog broja narodnih

¹⁶ Venice Commission, CDL-AD(2015)014, Joint Opinion on the Draft Law „On Introduction of changes and Amendments to the Constitution“ of the Kyrgyz Republic.

¹⁷ Postoji izvesna dilema kada tačno počinje postupak za promenu ustava. U postupku promene Ustava u delu o pravosuđu 2021. godine, koji je još uvek u toku u vreme pisanja rada, mogla su se čuti mišljenja da postupak formalno otpočinje usvajanjem predloga za promenu Ustava dvotrećinskom većinom svih narodnih poslanika u Narodnoj skupštini (takvog mišljenja je profesor Slobodan Orlović). Ne možemo se složiti sa takvim stanovištem. Svaki ovlašćeni predlagač svojim predlogom pokreće postupak za promenu Ustava. U tome se i ogleda status ovlašćenog predlagača – u ovlašćenju da pokrene postupak. Ukoliko se prihvati stanovište da predlog pravnog ne obavezuje, onda bi se moglo postaviti pitanje čemu služi predlog ovlašćenog predlagača. Pravna obaveznost tog predloga sastoji se u pravnoj obavezi nadležnih organa, a pre svega Narodne skupštine da postupa po njemu. Te „pripremljene radnje“ koje se tiču provere forme predloga i razmatranja njegove sadržine sastavni su deo postupka promene Ustava. Glasanjem o predlogu za promenu Ustava ne pokreće se postupak za promenu Ustava, nego se Narodna skupština izjašnjava da li je „za“ ili „protiv“ takvog predloga – da li se ide dalje u proceduru ili se ona tu okončava. Uostalom, koja bi razlika bila između inicijative i predloga, ako bi i predlog ovlašćenog predlagača morao da čeka „overu“ nadležnog organa da bi proizvodio pravno dejstvo.

poslanika; 2) predsednik Republike; 3) Vlada; 4) najmanje 150.000 birača. Predlog za promenu Ustava podnosi se u pismenom obliku, s obrazloženjem. Nadležni odbor (Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo) proverava da li je predlog podneo ovlašćeni predlagač i da li je to učinio u propisanom obliku. Narodna skupština je vezana sadržinom predloga. Drugim rečima, ne može se menjati deo ili odredba Ustava koja nije naznačena u predlogu za promenu Ustava.¹⁸ Narodna skupština odlučuje o predlogu, koji razmatra na prvoj narednoj sednici, a najranije 30 dana od donošenja predloga. Ovaj rok od 30 dana i služi da bi se u ovom periodu mogla organizovati javna rasprava o sadržini predloga. Imajući u vidu standard transparentnosti postupka Venecijanske komisije, ovaj rok, iako određen kao minimalni, u kojem ne sme da se pristupi razmatranju predloga, prekratko je određen i trebalo bi da iznosi barem 60 dana. Posle okončanja rasprave, Skupština donosi odluku za promenu Ustava dvotrećinskom većinom svih narodnih poslanika. Pri tom, ona nema ovlašćenje da menja predlog. Ona može samo da ga prihvati ili odbije. Ako ne bude postignuta zahtevana većina, ne može se pristupiti promeni Ustava povodom pitanja naznačenih u predlogu u narednih godinu dana. U toj situaciji, postupak za promenu Ustava se okončava.

Kad Narodna skupština usvoji predlog za promenu Ustava, otpočinje druga faza postupka – izrada i usvajanje akta o promeni Ustava. Ustav ne određuje ko je nadležan za izradu akta o promeni Ustava, a prema Poslovniku Skupštine to je nadležni odbor – Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo, koji većinom od ukupnog broja članova Odbora utvrđuje predlog akta o promeni Ustava, kao i predlog Ustavnog zakona za sprovođenje promene Ustava. Ustav, a ni Poslovnik Skupštine ne određuju minimalni rok od usvajanja predloga za promenu Ustava do utvrđivanja akta o promeni Ustava. Ustav takođe ne određuje u kojoj formi, odnosno kojom pravnom tehnikom će se sprovesti promena Ustava – da li putem donošenja ustavnog zakona o izmenama i dopunama Ustava ili putem ustavnih amandmana.¹⁹ Na sednici Narodne skupštine razmatraju se i predlog akta o promeni Ustava i predlog ustavnog zakona za sprovođenje Ustava. Posle rasprave, Narodna skupština

¹⁸ U tom smislu, potpuno su ustavnopravno neutemeljene tvrdnje koje su se tokom aktuelne promene Ustava u delu o pravosuđu mogle čuti, prema kojima promena Ustava o pravosuđu predstavlja „paravan“ za promenu nekih drugih ustavnih odredaba (npr. preambule, odredaba o ljudskim pravima i sl.).

¹⁹ U postupku aktuelne promene Ustava u delu o pravosuđu, odlučeno je da se primeni tehnika ustavnih amandmana. Ona nije bez nedostataka, naročito kad se, kao u konkretnom slučaju, menja čitav jedan deo Ustava. Tada se čini više primerenom tehnika promene putem ustavnog zakona. Ipak, u našoj ustavnoj tradiciji (misli se na socijalističku ustavnost, jer pre toga nije bilo parcijalnih promena ustava u Kneževini i Kraljevini Srbiji, V. P.), zastupljena je tehnika promene ustava putem ustavnih amandmana.

posebno odlučuje o svakom aktu. Narodna skupština usvaja akt o promeni Ustava dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika. Postupak se za jedan broj ustavnih odredaba ovako može i okončati. Ipak, Narodna skupština može odlučiti da akt o promeni Ustava potvrde građani na referendumu (fakultativni referendum). Tu odluku o raspisivanju referendumu, prema Poslovniku, Skupština donosi, na predlog ovlašćenog predlagača, dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika.

Narodna skupština je dužna da akt o promeni Ustava stavi na republički referendum radi potvrđivanja ako se promena Ustava odnosi na preambulu Ustava, načela Ustava, ljudska i manjinska prava u vanrednom i ratnom stanju ili postupak za promenu Ustava (obavezni referendum). Formalno, Ustav Srbije pravi razliku između postupka za promenu svojih najvažnijih odredaba i postupka za promenu ostalih odredaba. Promena prvih obavezno ide na potvrdu birača na referendumu, a drugih ne.

Kad se akt o promeni Ustava stavi na potvrđivanje, građani se na referendumu izjašnjavaju najkasnije u roku od 60 dana od dana usvajanja akta o promeni Ustava. Promena Ustava je usvojena ako je za promenu glasala većina izašlih birača. Ukidanjem kvoruma za izlaznost birača, Ustav Srbije je ispunio standard Venecijanske komisije u pogledu kvoruma.

Kad je akt o promeni Ustava potvrđen na referendumu, Narodna skupština ga proglašava i on stupa na snagu. Ako Narodna skupština ne odluči da akt o promeni Ustava stavi na potvrđivanje, promena Ustava je usvojena izglasavanjem u Narodnoj skupštini, a akt o promeni Ustava stupa na snagu kada ga proglasi Narodna skupština.

Za sprovođenje Ustava donosi se ustavni zakon dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika. Iako po svojoj sadržini predstavlja, u suštini, prelazne i završne odredbe, ovaj zakon nije formalno sastavni deo Ustava. Prema stavu Ustavnog suda,²⁰ takav akt ne sadrži materijalne ustavne norme i ne može biti predmet ocene ustavnosti, što je krajnje sporno.

Zabranjena je promena Ustava za vreme ratnog ili vanrednog stanja.²¹

²⁰ *Stavovi ustavnog suda – Prečišćen tekst*, Beograd, 2009, 39.

²¹ Od donošenja Ustava Srbije iz 2006. tri puta je formalno pokrenut revizioni postupak. Početkom 2011. više od 300.000 birača podnelo je predlog za promenu ustavne odredbe o broju narodnih poslanika. Taj predlog nikada nije uvršten u dnevni red Narodne skupštine. Drugi put je predlog za promenu Ustava u delu o pravosuđu podnela Vlada krajem 2018. godine. Ni o tom predlogu narodni poslanici tog skupštinskog saziva se nikada nisu izjasnili. Konačno, i reč je o promeni Ustava u delu o pravosuđu, koja je u toku u vreme pisanja ovog rada, Vlada je podnela formalno novi, a sadržinski isti predlog kao i 2018, početkom decembra 2020. Početkom juna 2021. Narodna skupština je

PRIGOVORI NA VAŽEĆI PRAVNI OKVIR POSTUPKA ZA PROMENU
USTAVA SRBIJE – IZ UGLA VENECIJANSKIH STANDARDA I UOPŠTE

Ustav Srbije iz 2006. donet je po postupku koji je imao ozbiljnih proceduralnih nedostataka. Nije bilo nikakve javne rasprave; dva nacрта dve tada vodeće političke partije (DS i DSS) uz podršku najveće opozicione partije (SRS) na brzinu je spojen u jedan (tako da su ostale čak i sadržinske neusklađenosti); tekst novog ustava iznet je na obavezni referendum, koji je protivno važećem zakonu trajao dva, umesto jednog dana; primenjen je Zakon o referendumu iz 1994 (sa izmenama i dopunama iz 1998), koji je već tada bio neusklađen sa većinom evropskih standarda u oblasti referenduma.

Formalno, poštovana je procedura za promenu Ustava koja je bila propisana starim ustavom (Ustav Srbije iz 1990) i činilo se, na prvi pogled, da je nova reviziono-procedura propisana Ustavom iz 2006. otklonila glavni nedostatak stare procedure – isključeno je referendumsko izjašnjavanje građana o svakoj promeni Ustava, čime je, *prima facie*, olabavljena preterana formalna čvrstina Ustava i stvorena pretpostavka da se novi ustav menja, koliko toliko, lakše, bar kad je reč o jednom broju ustavnih odredbi. Ipak, ostalo je dosta slabosti u revizionoj proceduri.

Prva takva slabost već je spomenuta gore u tekstu. Postupak promene Ustava uređen je Ustavom, ali u nekim, ni malo beznačajnim, elementima i Poslovníkom Narodne skupštine. Davno je utvrđeno da Ustav ne može da uredi sve i da ne bi smeo da ulazi u normativno detaljisanje, jer time, u izvesnom smislu, i gubi karakter najvišeg pravnog akta, ali postupak promene Ustava je isuviše bitno pitanje da bi njegovo regulisanje makar i delimično bilo prepušteno parlamentarnom poslovniku, pravnom aktu podzakonske snage.

Drugi prigovor odnosi se na ovlašćene predlagачe za promenu Ustava. Krug ovlašćenih predlagачa (određeni broj birača, najmanje 1/3 narodnih poslanika, Vlada ili predsednik Republike) javlja se, doduše retko u tom obimu, i u uporednom pravu. Ipak, kad je reč o narodnoj inicijativi za promenu Ustava, broj birača ovlašćenih da podnese predlog podignut je bez nekog racionalnog opravdanja sa najmanje 100.000 na 150.000. Teorijski posmatrano, može se reći da je ustavotvorac bio više rezervisan prema narodnoj inicijativi za promenu Ustava. Praktično, najverovatnije da je ovaj broj birača određen sasvim proizvoljno. U svakom slučaju, u tom segmentu, reviziono-procedura je bila manje demokratska od one propisane Ustavom iz 1990, koji je bio „osvedočeno“ proglašen nedemokratskim ustavom.

razmatrala i usvojila predlog za promenu Ustava u delu o pravosuđu. Na taj način se prvi put od stupanja na snagu Ustava Srbije iz 2006. ušlo u drugu fazu postupka promene Ustava – u izradu i usvajanje akta o promeni Ustava. Ako Narodna skupština usvoji akt o promeni Ustava, biće sproveden referendum, jer je reč o pitanju koje podleže obaveznom referendumu radi potvrđivanja akta o promeni Ustava.

Treći prigovor odnosi se na složenost procedure za promenu Ustava. To je dvo-fazni postupak, u kojem se najpre raspravlja o samom predlogu za promenu Ustava i na kraju ove faze on eventualno usvaja dvotrećinskom većinom svih poslanika, a potom izrađuje nacrt akta o promeni Ustava, o kojem se ponovo raspravlja i potom glasa u Narodnoj skupštini. Na to je u Mišljenju o Ustavu Srbije ukazala i Venecijanska komisija: „Najpre, propisana procedura je vrlo kompleksna, jer uključuje dva ili čak tri koraka: prvo, Narodna skupština treba da usvoji, dvotrećinskom većinom svih poslanika, predlog za promenu Ustava (član 203. stav 3), a onda ista Narodna skupština mora da usvoji akt o promeni Ustava dvotrećinskom većinom svih poslanika (član 203. stav 6). Najzad, član 205. izgleda da traži usvajanje, ponovo dvotrećinskom većinom, ustavnog zakona za sprovođenje Ustava. Brojna pitanja se postavljaju u vezi sa značajem i upotrebom ove procedure. Kakvo je pravno dejstvo usvajanja predloga za promenu Ustava? Kakav je odnos između glasanja u Narodnoj skupštini? Kakva je korist od složenosti koja proizlazi iz ove procedure? Venecijanska komisija skreće pažnju na povratak izrazito rigidnoj proceduri za promenu Ustava, kao što je bilo iskustvo Jermenije i same Srbije pod Ustavom od 28. septembra 1990. godine.“

Na ova pitanja Venecijanske komisije nadovezuju se i druga, podjednako važna: u kojoj formi se podnosi predlog za promenu Ustava – da li redigovan po članovima ili u slobodnoj formi sa obrazloženjem; kakvo je pravno dejstvo predloga – da li se samim podnošenjem predloga pokreće postupak za promenu Ustava ili tek njegovim usvajanjem u Narodnoj skupštini; drugim rečima, da li predlog pravno obavezuje Narodnu skupštinu da „uđe“ u proceduru promene Ustava ili se ona može okončati i pre njegovog eventualnog odbijanja; takođe, na koji način je Skupština sadržinski vezana predlogom itd. Tu se spisak dilema ne iscrpljuje.

Poseban prigovor odnosio bi se i na potencijalno nedovoljnu transparentnost postupka. Javna rasprava nije izričito predviđena, što samo po sebi ne može da se smatra nedostatkom, jer ovaj institut se, po pravilu, ne uređuje Ustavom. Ipak, u relativno „zgnusnutom“ redosledu „koraka“, postavlja se pitanje u kom momentu bi se ona sprovela i koliko bi objektivno dugo mogla da traje. Nema evropskog standarda u pogledu dužine trajanja javne rasprave. Venecijanska komisija samo upozorava da treba „izbegavati suviše kruta vremenska ograničenja a kalendar usvajanja novog ustava treba da prati napredak učinjen u debati“. Pošto Ustav ne određuje ni ko je nadležan da sačini akt o promeni Ustava i prateći sprovedbeni zakon već to uređuje Poslovnik Narodne skupštine koji kaže da je to Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo, javna rasprava u svim bitnim proceduralnim elementima mogla je biti uređena upravo Poslovnikom, ali to nije učinjeno.

Još jedna primedba na račun revizione procedure u Ustavu odnosi se na propust ustavotvorca da uredi većinu kojom narodni poslanici odlučuju o raspisivanju

republičkog referenduma – tzv. fakultativni referendum. Ta većina, pošto nije predviđena na ovom mestu u Ustavu, mogla bi biti jedino obična, odnosno kvorumska većina koja je Ustavom predviđena kao pravilo za odlučivanje u Narodnoj skupštini. Poslovnik Narodne skupštine, međutim, predviđa drukčiju, dvotrećinsku većinu svih narodnih poslanika. To nije pitanje za skupštinski poslovnik, jer je isuviše važan element revizione procedure. Njegova dekonstitucionalizacija dovodi u pitanje i ustavnost poslovničke odredbe koja predviđa kvalifikovanu većinu za donošenje odluke o raspisivanju tzv. fakultativnog ustavotvornog referenduma.

Prigovor koji je i sadržinske i proceduralne prirode odnosi se na način na koji su definisana pitanja o kojima se građani moraju izjasniti na referendumu, odnosno potvrditi ustavnu promenu. Reč je o preambuli Ustava, načelima Ustava, ljudskim i manjinskim pravima i slobodama, uređenju vlasti, proglašavanju ratnog i vanrednog stanja, odstupanju od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom i ratnom stanju ili samom postupku za promenu Ustava. Iako naizgled taksativno navedena, ova pitanja su uglavnom tako široko određena da se iole pažljivijim pogledom može zaključiti da obuhvataju većinu ustavnih odredaba. Venecijanska komisija nije protiv ustavotvornog referenduma, bilo da je on definisan kao mogućnost bilo kao obaveza. U ovom drugom slučaju, taj referendum je prihvatljiv samo ako se odnosi na najvažnija pitanja ustavnog poretka, koja moraju biti taksativno i vrlo precizno definisana. To nije slučaj sa Ustavom iz 2006, te zbog toga ovaj ustav i u ovom segmentu ne ispunjava standard Venecijanske komisije. Rečju, obavezni ustavotvorni referendum je, što namerno što zahvaljujući lošoj normativnoj tehnici, od izuzetka pretvoren u pravilo. Stoga se zaista postavlja pitanje da li je uopšte moguće zaključiti da je Ustav iz 2006. „mekši“ od izrazito čvrstog Ustava iz 1990.

Dodatno, posmatrano iz „Venecijanskog ogledala“, predmet referenduma, a naročito nacionalnog, ustavotvornog mora biti precizno definisan. Opšte formulacije, poput „uređenje vlasti“ kao u Ustavu iz 2006, urušavaju demokratsku proceduru revizije i otvaraju mogućnost za krajnje proizvoljna tumačenja aktuelnih nosilaca vlasti o tome da li jedno pitanje mora biti predmet referenduma ili ne. Zahvaljujući ovako neodmereno širokim formulacijama, poput ove o „uređenju vlasti“, čitav deo peti Ustava koji nosi naslov „uređenje vlasti“ menja se na obaveznom referendumu. Tako se i aktuelna reforma Ustava u delu o pravosuđu, koja je izuzetno važna za građane Srbije, mora potvrditi na referendumu, što joj daje dodatni legitimitet, ali otvara i pitanje smisla iznošenja vrlo stručnih pitanja, kao što su nadležnosti i sastav Visokog saveta sudstva, načina izbora i prestanka sudijske funkcije i sl., da o njima konačnu reč daju građani koji sa ovom materijom, u najvećoj meri, uopšte nisu upoznati. Samim tim, ne samo da se nepotrebno reviziona procedura čini

složenijom, nego se postavlja pitanje i prave legitimnosti takve revizije o pitanjima za koja se od građana traži da imaju određena specijalizovanja znanja i da se, pri tom, izjašnjavaju o čitavom jednom delu Ustava.

ZAKLJUČAK

Ustav Srbije iz 2006, odavno je u našoj nauci ocenjeno, nije naročito kvalitetan ustavni tekst. U tom pogledu, ista ocena važi i za njegove odredbe koje uređuju postupak promene Ustava. Nije ovde reč samo o tome da taj postupak daje loš „odraz“ u „Venecijanskom ogledalu“, kako nosi naziv ovaj naš rad, nego je on samo još jedna potvrda da se ustav u celini, a možda naročito njegove odredbe o reviziji ustava, ne sme donositi bez oslonca na elementarnu ustavnopravnu logiku i znanja. Mi smo u ovom radu ukazali samo na neke, možda najvažnije nedostatke revizione procedure. Da to nije samo puko teoretisanje, vidi se i po aktuelnom postupku promene Ustava, koji ulazi u završnu fazu u vreme pisanja ovog rada.

Taj postupak sprovodi se prvi put od stupanja Ustava Srbije na snagu 2006. i odnosi se samo na pravosuđe, odnosno sudsku vlast i javno tužilaštvo, a ne i na same ustavne odredbe o reviziji Ustava. U svakom slučaju, konačna odluka o promeni Ustava pašće na referendumu, ako Narodna skupština dvotrećinskom većinom svih narodnih poslanika usvoji akt o promeni Ustava. To je taj obavezni ustavotvorni referendum, koji čini ovaj postupak naročito zahtevnim i složenim.

Dosadašnje iskustvo u aktuelnom postupku promene Ustava potvrdilo je da su primedbe na račun revizionog postupka iz Ustava Srbije iz 2006. više nego osnovane. Pojedine „praznine“ ustavnopravne regulative popunjavane su određenim radnjama nadležnih državnih organa u postupku, prevashodno, Odbora za ustavna pitanja i zakonodavstvo. Vodilo se računa više nego ikad ranije o standardima Venecijanske komisije ne samo u pogledu sadržine, već i u pogledu revizione procedure (transparentnost, inkluzivnost i legitimnost postupka). Prvi put je primenjen institut kojeg naše pozitivno pravo ne poznaje kad je reč o promeni Ustava – javna rasprava. Ona je sprovedena u dva kruga – o predlogu za promenu Ustava i o nacrtu akta ustavnih amandmana kao i ustavnog zakona za sprovođenje Ustava. Iako ona nije sprovedena bez mana, od kojih je jedna relativna brzina u održavanju javnih slušanja Odbora za ustavna pitanja i zakonodavstvo, nema sumnje da su *de facto* postavljeni određeni standardi prema čijoj ispunjenosti će se vrednovati i svaka sledeća promena Ustava, bar kad je reč o njenom proceduralnom aspektu.

Ipak, ostaju brojne slabosti postupka promene Ustava Srbije iz 2006. koje smo analizirali u ovom radu, koje bi se objektivno i sveobuhvatno pravno mogle otkloniti jedino u nekoj budućoj reviziji Ustava upravo u delu koji se odnosi na revizioni postupak.

Bez sumnje, standardi Venecijanske komisije, kao i praktično iskustvo aktuelne promene Ustava, predstavljaju dobru polaznu osnovu za jednu takvu reviziju, kad do nje dođe. Ostaje da zaključimo da se, između ostalog, kvalitet jednog Ustava meri i prema normativnoj vrednosti njegovih revizionih odredaba, jer one nisu samo garant stabilnosti važećeg ustavnog poretka, već i legitimacijski „most“ ka budućem, potencijalno boljem i savršenijem ustavnom poretku.

Prof. Dr. VLADAN PETROV
Full Professor, Faculty of Law University of Belgrade,
Judge of the Constitutional Court of Serbia
Member of the Venice Commission

THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROCEDURE IN THE REPUBLIC OF SERBIA IN „THE VENICE MIRROR“

Summary

In this article, the author *prima facie* analyzes the procedure for amending the Constitution of Serbia from the point of view of the Venice Commission including its standards concerning the constitutional amendment procedure. He, in fact, gives a relatively comprehensive analysis of the contemporary amending procedure in general with a special reference to the Republic of Serbia. His main suggestion is that constitutional stability as one of the most fundamental values of contemporary constitutionalism could be realized mainly (not exclusively) by a normatively well-regulated constitutional amendment procedure. In the case of the Constitution of Serbia of 2006, it can not be said that its constitutional amendment provisions, in general and in some individual elements, meet high European standards in that field. Taking into account the experience of the current constitutional revision in the field of judiciary and some *de facto* improvements in this procedure, the author suggests a revision of the constitutional amendments provisions in the near future. Without it, constitutional stability as well as the legitimacy of any future constitutional reform will be in question.

Key words: change of the Constitution, the Venice Commission, transparency, inclusivity, constitutional stability

Literatura

Buquicchio G., „Statement by Gianni Buquicchio President of the Venice Commission on the Occasion of the 30th Anniversary of the Establishment of the Commission“, *Venice Commission Thirty Years Quest for Democracy through Law*, Lund, 2020.

Petrov V., „Prilog raspravi o kontroli ustavnosti ustavnih amandmana i ustavnih zakona“, *Pravna riječ*, br. 22, Banja Luka, 2010.

Petrov V., „Ustavotvorne i revizione procedure u postkomunističkoj Srbiji – bilans i pogled unapred“, *Zbornik Revizionna vlast u Srbiji – Proceduralni aspekti ustavnih promena* (ur. E. Šarčević, D. Simović), Sarajevo, 2017.

- Petrov V., „Ustav danas – šta je ostalo od suverenosti ustavotvorca“, Zbornik radova *Državni poredak – suverenitet u vremenu globalizacije*, SANU, Beograd, 2019.
- Petrov V., Prelić M., „Venecijanska komisija i ustavna reforma pravosuđa u Republici Srbiji – uz jubilej 30 godina Venecijanske komisije“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, Tom III, Beograd, 2020.
- Petrov V., Stanković M., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Stavovi ustavnog suda – Prečišćen tekst*, Beograd, 2009.
- Venice Commission, CDL-AD(2010)001, Report on Constitutional Amendment.
- Venice Commission, CDL-AD(2011)002, Opinion on the concept paper on the Establishment and Functioning of the Constitutional Assembly of Ukraine.
- Venice Commission, CDL-AD(2008)015, Opinion on the Draft Constitution of Ukraine.
- Venice Commission, CDL-AD(2013)029, Opinion on three draft Constitutional Laws amending two constitutional Laws amending the Constitution of Georgia.
- Venice Commission, CDL-AD(2015)014, Joint Opinion on the Draft Law „On Introduction of changes and Amendments to the Constitution“ of the Kyrgyz Republic.
- Venice Commission, CDL-PI(2015)023*, Or. Engl., Compilation of Venice Commission Opinions concerning constitutional provisions for amending the constitution.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 01.10.2021.

Prihvaćen: 18.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ZEHRA ODYAKMAZ
BAYRAM KESKİN

PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY IN DECISIONS OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT AND THE OMBUDSMAN INSTITUTION OF TURKEY

The subject of this paper is the analysis of decisions of the Turkish Constitutional Court referring to the principle of legal certainty and the Turkish Ombudsman Institution's recommendations or refusals based on this principle. The aim of our study is to show that the principle of legal certainty can be applied in a variety of cases. It is used and processed in international documents, in Turkish doctrine and in decisions of Turkish high courts. The principle of legal certainty has led to the development of similar concepts such as predictability, consistent administration, legal stability, administrative stability, trust in the administration, legitimate trust, protection of vested rights, protection of legitimate expectations and their use in court decisions. The Turkish Ombudsman Institution evaluates disputes within its jurisdiction, checking the compliance with the law and good administration principles. In addition, in its decisions it reminds the body that has filed a complaint of the freedom to seek its rights, of its legal rights. The ombudsman institution implements before courts the principle of legal certainty, which is one of the elements of a state ruled by law and other similar principles.

Key words: *legal certainty, ombudsman, legitimate expectation, equity, good administration*

Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, Head of Public Law Department, Ufuk University Law Faculty, Administrative Law Department, e-mail: odyakmaz.zehra@gmail.com.

Prof. Dr. Bayram Keskin, Dean of Faculty of Law, Kocaeli University, e-mail: b.keskin@kocaeli.edu.tr.

INTRODUCTION

Today almost all states tend to be a “state under rule of law” and recognized as a “state under rule of law”. State under rule of law refers to a state that abides by the rules it has set and knows that it is obligatory to comply with them and this provides its citizens with various assurances.

An important element of state under rule of law is the principle of “legal certainty” which forms the framework of our study. The subject of this paper is an examination of the decisions made by the Turkish Constitutional Court referring to the principle of “legal certainty” and recommendations of the Turkish Ombudsman Institution that constitute the rationale for the upcoming decisions of the Turkish Ombudsman Institution. We will present decisions of the Turkish Ombudsman Institution by explaining the facts of the cases dealt with by the ombudsman. Our purpose in doing so is to indicate both the variety of cases referable to ombudsman and also the utility of legal certainty principle in many different cases. Another purpose is to establish that the greatest assurance of “legal certainty principle” and “legal security principle” in a state under rule of law is individually the ombudsman institution itself. The point we would like to emphasize in this study is that the most important institution that implements various legal principles, which have been extensively studied and processed by the doctrine, and positive law, is not primarily the court, but the ombudsman institution.

LEGAL CERTAINTY PRINCIPLE IN INTERNATIONAL DOCUMENTS¹

International organizations have also declared their commitment to the principle of legal certainty. We can count as examples: the “Statement on the Rule of Law”² announced after the G8 Foreign Ministers meeting on 30 May 2007, the work of the Venice Commission³ in which the principle of legal certainty was examined under

¹ The principle, which is the subject of our review, is used as “legal determinacy” in American law. It is mostly discussed under the name of “legal indeterminacy”, which is the opposite of this concept. In the European legal system, it is referred to as “legal certainty”. The principle of legal certainty is one of the elements of the rule of law. Although legal certainty is a principle, it is accepted that as a legal norm, it imposes an obligation on states in terms of positive law. Abdulkadir Gülçür: “AIHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi (Examining the Principle of Legal Certainty in the Light of the Decisions of the ECtHR and the Turkish Constitutional Court)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Vol. 24, No. 1, 2018, 148-175.

² Declaration of G8 Foreign Ministers of the Rule of Law, Potsdam, 30 May 2007. <http://www.g8.utoronto.ca/foreign/formin070530-law.htm>, 18.08.2021; A. Gülçür, op.cit., 151.

³ <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=31&year=all>, 13.06.2021; A. Gülçür, op. cit., 153-154.

eight headings at the 106th General Session held on 11-12 March 2016, the decisions of the European Court of Human Rights,⁴ Article 10 of the European Code of Good Administrative Behaviour,⁵ titled “Legitimate expectations, consistency and advice”.

NATIONAL LEGISLATION

Decisions of Turkish high courts

The Court of Cassation and the Council of State, in particular the Turkish Constitutional Court, refer to principles of “legal certainty” and “legal security” in their decisions.

The 7th tax court of Istanbul applied to the Constitutional Court on the grounds that there is a closed provision in a law and this is reflected in practice, with the allegation that the provision violates the 2nd article of the Constitution, titled “Characteristics of the Republic”. The decision of Constitutional Court is briefly as follows: “One of the basic principles of the rule of law regulated in Article 2 of the Constitution is certainty. The principle of certainty means that individuals can know the rules of law in advance, and can confidently determine their attitudes and behaviours in accordance with these rules. The principle of certainty expresses not only juridical certainty, but also legal certainty in a broader sense. In other words, ensuring the certainty of legal rules does not only mean making regulations by law. Legal certainty can also be ensured by court cases and regulatory actions of the executive, provided that they meet qualitative requirements such as being accessible, knowable and predictable based on legal regulation. What is essential in the principle of legal certainty is that the consequences that will arise with the application of a legal norm are predictable in that legal order.”⁶ In this decision, the Constitutional Court emphasized that legal certainty does not only mean statutory certainty, but also that the jurisprudence of the court and the regulatory acts of the administration are within the scope.⁷

The facts of another decision of the Constitutional Court are as follows: Council of State, Board of Administrative Case Chambers filed a lawsuit at the Constitutional

⁴ For Oleksandr Volkov V. Ukraine case, see. A. Gülçür, op. cit., 159-162. For precedents from the ECtHR, see A. Gülçür, op. cit., 154-162.

⁵ Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin, “6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda Yapılması Gereken Bazı Değişiklikler (Some Changes to be Made in the Law No. 6328 on the Ombudsman Institution)”, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Essays In Honor of Zafer Gören, Ankara 2017, 687-732.

⁶ For the decision of the Constitutional Court dated 28.9.2017 and no. E.2016/198, K.2017/144, see. Official Gazette dated 18 October 2017 and no. 30214.

⁷ A. Gülçür, op. cit., 163.

Court for the annulment of certain articles of the Law on the Amendment of the Liquefied Petroleum Gas (LPG) Market Law and the Electricity Market Law, claiming that they are in violation of Articles 2 and 38 of the Constitution. The application letter is briefly as follows: In the law, the obligations of license holders operating in the LPG market for obtaining insurance, having a responsible manager and employing trained personnel are regulated repeatedly in more than one article, and administrative fines of different amounts are foreseen for the same obligations. It is claimed that the differences between these penalties are not established with clarity and certainty. It is argued that these rules are contrary to Articles 2 and 38 of the Constitution. The paragraph of the decision of the Constitutional Court regarding this issue is as follows: “One of the basic principles of the state under rule of law, which is included in Article 2 of the Constitution, is certainty. According to this principle, legal regulations must be clear, understandable and applicable in a way that does not leave any hesitation and doubt both for individuals and for the administration, and also includes protective measures against arbitrary practices by public authorities. The principle of certainty is related to legal security, and the individual should know which legal sanction or result is attached to which concrete action and perception, and which authority to intervene. Only in such case the individual can foresee the obligations that fall upon her and determine her behaviour. Legal security requires that norms should be predictable, that individuals can trust the state in all their actions and transactions, and that the state avoids methods that undermine this sense of trust in legal regulations...”⁸

Doctrine

Principle of legal certainty.- The principle of legal certainty means that the positive law is transparent and known by the public. In general terms, the principle of certainty covers not only legal certainty, but also a broader range of other principles.⁹ In accordance with the principle of legal certainty, laws and court decisions must be public, precise and clear, court decisions should be binding, laws cannot be retroactively applied, while legitimate expectations of the parties should be preserved.¹⁰ The principle of legal certainty ensures that the activities of the administration

⁸ For the decision of the Constitutional Court dated 18.1.2018 and no. E.2017/129, K.2018/6, see Official Gazette dated 13 February 2018 and no. 30331.

⁹ Harun Yilmaz, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi (Administrative Stability Principle in Turkish Administrative Law)*, 1. Edition, İstanbul November 2019, 56.

¹⁰ James Maxeiner, “Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, *Houston Journal of International Law*, Vol. 31, No.1, University of Baltimor Law, 2008, 27- 46 (from H. Yilmaz, op. cit., 62).

are stable.¹¹ The “principle of certainty of state activities” means that state’s activities are visible to a certain extent to its citizens. Along with the principle of legal certainty, the principle of openness and transparency (limpidity) should also be applied by state’s administration. These principles are the ones that round up the administration governance.¹² The condition of ensuring transparency in administrative activities is the absence of general and vague expressions that could give the administration discretionary power to act arbitrary.¹³

Legal certainty requires that individuals have no doubt about the law applicable to their actions and behaviours in a certain area and at a certain time. Legal certainty, which is an element of the principle of legal security in administrative procedural law, is that the administrative procedural rules and the implementation of these rules are clear, understandable and can direct the behaviour of individuals accordingly.¹⁴

Principle of legal security.- The principle of legal security¹⁵ is a principle applied by the state, which knows that it must provide legal security to its citizens. An important stipulation for the implementation of the principle of legal security is the assurance of fundamental rights and freedoms.¹⁶ In a state under rule of law, individuals should have the opportunity to be familiar with the rules of law that are applicable to them in order to adjust their behaviour accordingly. Otherwise, individuals would not have trust in legal security. The possibility of the administration to take retroactive actions undermines the legal security of individuals.¹⁷ In that context, frequent changes of the legal regulations will not only

¹¹ H. Yılmaz, op. cit., 62-63.

¹² Metin Günday, *İdare Hukuku* (Administrative Law), 11. Edition, Ankara 2017, 45-46.

¹³ “Legal certainty principle” or “Legal certitude principle” has been translated into English by sticking to the original expressions used by the authors in their Turkish works. H. Yılmaz, 61; A. Gülçür, op. cit., 152.

¹⁴ For detailed information on administrative procedure, see. Mehpare Çaptuğ, *İdari Usul Hakkından Hukukî Güvenlik İlkesi* (Legal Security Principle in Administrative Procedural Law), Ankara October 2020, 60-88.

¹⁵ For detailed information on the state under rule of law and legal security, see M. Çaptuğ, op. cit., 36-39, 86-88; H. Yılmaz, op. cit., 74-82; Ali Nazım Sözer, “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (A Study on the Protection of Acquired Rights in Social Insurances)”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1989, vol. 63, No. 10-11-12, October November December, 541-579.

¹⁶ H. Yılmaz, op. cit., 74-75, 77.

¹⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku* (Administrative Law), V.I., Updated 3. Edition, Bursa May 2019, 142. For the decision of the Constitutional Court dated 16.1.2014 and no. E.2013/110, K.2014/8, see. Official Gazette dated 9 May 2014 and no. 28995. For precedents from French Council of State, see K. Gözler, op. cit., 142-144.

destroy the legal stability and certainty, but in some cases, the retroactive application of the amendments to the completed and acquired legal situations will cause legal security to be damaged.¹⁸ In the context of administrative procedural law, the principle of legal security indicates that the rules of administrative procedure are specific, stable and predictable, and that individuals have confidence in the state and the administration in all their actions related to the application of these rules, and this trust is protected by law¹⁹.

Predictability.- Legal predictability is the ability of individuals to foresee the rules that are applicable to them. It enables them to plan their lives accordingly by foreseeing what consequences the implementation of these rules may lead to. The Constitutional Court has included predictability as an element in almost every decision where it refers to legal security. A decision of the Turkish Constitutional Court on the principle of legal certainty and legal security, which relates to predictability, is as follows: “One of the basic principles of the state under rule of law, which is included in Article 2 of the Constitution, is “certainty”. According to this principle, legal regulations must be clear, explicit, understandable and applicable in a way that will not leave any hesitation and doubt in terms of both individuals and the administration, and must also contain some safeguards against arbitrary practices of public authorities. The principle of certainty is related to legal security, and the individual should have the opportunity to learn from the law, with a certain precision, which legal sanction or result is attached to which concrete action and phenomenon, and which powers of intervention they provide to the public authority. Only in this case the individual can foresee her obligations and regulate her behaviour.”²⁰

In this decision, the Constitutional Court has examined the principle of legal certainty, especially within the framework of “predictability”. For a country to be identified as a state under rule of law, it is very important that the actions of public authorities are predictable for its citizens. Otherwise, the credibility of the state will be shaken by the fact that citizens do not know what are the consequences of their actions, so they cannot even be predicted. Therefore, it is understood from the approach of the Constitutional Court that it does not only consider predictability within the framework of legal certainty, but also considers it directly related to legal security.²¹ It is important that the administrative procedure is also predictable.

¹⁸ H. Yılmaz, op. cit., 76.

¹⁹ For preventive, protective, supervisory function of administrative procedural principles in providing legal security and other detailed information, see. M. Çaptuğ, op.cit., 54, 124-191.

²⁰ Bubo Çelik application (Application no:2013/3954, K.26.2.2015, prg.46.).

²¹ A. Gülçür, op. cit., 163.

In terms of the application of administrative procedure rules, predictability as a principle encompasses the predictability of the results of transactions and actions of the administration and acting in accordance with the established trust. The prerequisite for predictability in administrative procedure is the protection of vested rights and legitimate expectations.

Principle of consistent administration.- Administration does not have the opportunity to act completely freely and arbitrarily, even if the laws grant it certain freedom and discretion. On the contrary, also in matters where it has certain freedom, administration has to regulate these matters objectively in accordance with administrative texts such as bylaws and regulations or to establish legal stability with its continuous practices that comply with administrative texts. This is called the “consistent administration principle”. In the state under rule of law, the administration must also respect the acquired rights of the person.²² The “principle of consistent administration” derives from the principle of “equality before the law” in Article 10 of the Turkish Constitution.²³ Administration, also in the matters that it has the freedom to address, has to address them in an objective or well-established manner in order to ensure equal application about people and events in the same or similar situations.²⁴

Principle of legal stability.- Although the principle of administrative stability and the principle of legal stability are sometimes used synonymously, the principle of legal stability finds a wider application area. Stability in law and in its implementation is the continuity of both the rules that are set and the implementation of these rules – without prejudice to the cogent grounds. The first function of the principle of stability in law is to ensure predictability and certainty by preventing

²² For detailed information on the regulatory governance policy, see Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku- I Genel Konular (Administrative Law-I General Topics)*, Ankara 1970-1972, 133 et al; H. Yilmaz, *op. cit.*, 41-47.

²³ Article 10 of the 1982 Turkish Constitution titled “Equality before the Law”: “Everyone is equal before the law without distinction as to language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such grounds. (Paragraph added on May 7, 2004; Act No. 5170) Men and women have equal rights. The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice. (Sentence added on September 12, 2010; Act No. 5982) Measures taken for this purpose shall not be interpreted as contrary to the principle of equality. (Paragraph added on September 12, 2010; Act No. 5982) Measures to be taken for children, the elderly, disabled people, widows and orphans of martyrs as well as for the invalid and veterans shall not be considered as violation of the principle of equality. No privilege shall be granted to any individual, family, group or class. State organs and administrative authorities are obliged to act in compliance with the principle of equality before the law in all their proceedings.”

²⁴ M. Günday, *op. cit.*, 45-46; Kemal Gözler, *İdare Hukuku (Administrative Law)*, V.I., Bursa May 2019, 141-142.

frequent changes in legal rules. The second function of the principle of legal stability is to prohibit the application of a new norm to the completed legal relations^{25 26}

Administrative stability.- Administrative stability or stable administration ensures the continuity of the current administrative operations in compliance with the law, in a regular, specific and predictable manner. In other words, administrative stability is the absence of unforeseen deviations in the design, operation and direction of an administrative system over time.²⁷ While interpreting the rule, the administration should apply regulations equally to everyone. It can be said that “stability” will occur spontaneously when the administration acts in accordance with regulations.²⁸ The Constitutional Court explains the administrative stability in a decision as follows: “Administrative stability is the application of the rules in force by the public administration, as long as they remain in force, in the same manner and in every case that they comply with. Implementation of a certain rule in a different way in similar events and at different times destroys the stability of the administrative proceedings, the seriousness of the administration, and undermines the confidence of those concerned in the administration.”²⁹

There is a strong connection between the principle of certainty and the principle of administrative stability.³⁰ In this regard, the Ankara 1st Administrative Court appealed to the Constitutional Court for the annulment of an article. The administrative court writes in the petition of appeal as follows: “The principle of certainty is linked to legal security. While certainty protects the legal security of individuals, it also ensures stability in the administration....”³¹ According to the doctrine, the principle of administrative stability is accepted as the primary source for the protection of legitimate expectations.³²

²⁵ For detailed information, see H. Yilmaz, op. cit., 63-67.

²⁶ For legal stability in administrative procedural law, see M. Çaptuğ, op. cit., 82-83.

²⁷ H. Yilmaz, op. cit., 20-21.

²⁸ M. Çaptuğ, op. cit., 88.

²⁹ For the decision of the Constitutional Court dated 10.03.1977 and no. E.1976/51, K.1977/16, see Official Gazette dated 25 June 1977 and no. 15977.

³⁰ H. Yilmaz, op.cit., 60.

³¹ For the decision of the Constitutional Court dated 26.1.2012 and no. E.2011/6, K.2012/16, see Official Gazette dated 21 July 2012 and no. 28360.

³² Taha Ayhan, “Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararları Işığında Avrupa Birliği İdare Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemlerde Hukuk Güvenliği İlkesi (The Principle of Legal Security in General Regulatory Procedures in European Union Administrative Law in the Light of European Community Court Decisions)”, Amme İdaresi Dergisi, vol. 43, No. 3, September 2010, 177; Yücel Oğurlu,

Principle of trust in administration.-³³ Trust in the administration is the belief of individuals that the administration will act in accordance with the rules, predictably and fairly. Positive legal rules alone are not enough to make a state, a state under rule of law. In order to properly realize the state under rule of law, all activities of the state must be clear, stable and predictable in a way that gives confidence to individuals because individuals do not want to encounter unexpected situations while planning their lives. In accordance with the principle of “trust in administration”, individuals should have the belief that the state will not impose different practices on them in its activities. Administrative stability is one of the factors that ensure trust in the administration³⁴. In one of its decisions the Turkish Constitutional Court has associated the “principle of trust in the state” with stability. According to the Constitutional Court: “*The principle of trust in the state is one of the indispensable basic elements. Trust in the state emerges as a result of a peaceful and stable environment that the state under rule of law wants to provide.*”³⁵

Principle of legitimate trust.- The principle of legitimate trust is a principle that serves to prioritize legality in administrative transactions and activities. This principle ensures that public authorities act in accordance with the law, stably and predictably. At the same time, it is also very important in terms of protecting and developing on a legal basis the legitimate expectations and rights of individuals affected by administrative actions and activities.

Principle of protection of vested rights.- Respect for vested rights is an element of legal stability and a condition of legal security in administrative procedural law. The vested right is the opportunity for individuals to plan their future by relying on the state and the law.³⁶

Principle of protection of legitimate expectations.-³⁷ Legitimate expectations are “the expectations of the individual that the acts and actions, legal statements, commitments or ongoing administrative practices performed by public officials

İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu (The Problem of Respect for Acquired Rights and Legitimate Expectations in Administrative Law), Ankara 2003, 222.

³³ For detailed information on the principle of trust in the administration, see H. Yılmaz, op. cit., 48-55.

³⁴ H. Yılmaz, op. cit., 39-40, 48-53.

³⁵ For the decision of the Constitutional Court dated 12.12.1989 and no. E.1989/11, K.1989/48, see Official Gazette dated January 22, 1990 and no. 20410.

³⁶ M. ÇAPTUĞ, op. cit., 98-99.

³⁷ For various definitions, detailed information and exemplary decisions in Turkish doctrine on the subject of “protection of legitimate expectations”, see. H. Yılmaz, op. cit., 213-234, footnotes 454 and 455 on 213.

while fulfilling their duties that are within their authority and according to the law, will also be applied to them on the grounds of legal security”.³⁸ The Turkish Constitutional Court also considers the principle of protection of legitimate expectations as one of the general principles of law (universal law principles). According to the Constitutional Court: “When universal principles of law or general principles of law are mentioned, the superior rules of law accepted at the universal level such as non-abuse of right, good faith, commitment to contract, non-discrimination, proportionality, respect for vested rights, protection of legitimate expectations, non-retroactivity of laws, legal security, justice, equality, legality, certainty and predictability, are understood.”³⁹ According to the Constitutional Court: “...The expectation of an individual, who by trusting the laws directs his/her life and engages in legal affairs and transactions, that these laws will continue to be implemented is called legitimate expectation.”⁴⁰ The Turkish Constitutional Court associates the principle of protection of legitimate expectations with “equity” in its decisions. According to the Constitutional Court: “...The principle of legal security does not necessitate the protection of all expectations. For an expectation to be legally protected, it must reach the level of legitimate expectation. The criterion to be applied when determining whether the expectations are legitimate is “equity”. Equity is regulated in the Civil Code, and in cases where the judge is given the right of discretion, it means that the judge uses this discretion in accordance with the characteristics of the concrete case and by safeguarding the principles of justice...equity is a general principle of law...”⁴¹ The Constitutional Court, which accepts the protection of legitimate expectations as one of the requirements for the state under rule of law, states that in order for an expectation to be legally protected, the expectation must have reached the level of “legitimate expectation”. The Constitutional Court lists some criteria in its decisions to determine whether an expectation has reached the level of “legitimate expectation”. “...How close people are to obtaining this right... the effects of the rule change on obtaining this right... specifying the reasons for

³⁸ Y. Oğurlu, op. cit., 221-222; Engin Saygin, “Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz (A Comparative Analysis on Turkish and British Administrative Law Approaches to the Principle of Protection of Legitimate Expectations)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No.126, 2016, 232.

³⁹ For the decision of the Constitutional Court dated 8.11.2012 and no. E.2012/33, K.2012/174, see Official Gazette dated September 21, 2013 and no. 28772.

⁴⁰ For the decision of the Constitutional Court dated 7.11.2014 and no. E.2014/61, K.2014/166, see Official Gazette dated 19 June 2015 and no. 29391.

⁴¹ For the decision of the Constitutional Court dated 20.9.2012 and no. E.2012/65, K.2012/128, see Official Gazette dated 18 April 2013 and no. 28622.

the rule change...”.⁴² The most important function of the principle of protection of legitimate expectations is to serve the functioning of “good administration”.⁴³

FORMAT OF THE DECISIONS OF THE TURKISH OMBUDSMAN INSTITUTION

The decisions of the Ombudsman Institution are in the form of “recommendation”, “partly recommendation partly rejection”, “rejection” or “friendly settlement”. The Institution provides its reasoned decision under two headings.

Evaluation in terms of compliance with law and equity

Under this heading, the ombudsman states the applicant’s request, enumerates the relevant international and national legislation, and presents examples from the decisions of the Constitutional Court, the Court of Cassation, and the Council of State.

Evaluation in terms of good administration principles

Two different topics are covered under this heading: First of all, has the administration, which is the subject of the application, complied with the “good administration” principles in the article 6 of the Ombudsman Institution Regulation? According to the Regulation of the Ombudsman Institution (art.6.), the principles of good administration are principles such as compliance with the law, prevention of discrimination, proportionality, non-abuse of power, equality, impartiality, honesty, courtesy, transparency, accountability, compliance with legitimate expectations, protection of vested rights, right to be heard, right to defense, right to information, right to make decisions within a reasonable time, reasoning of the decisions, indication of remedies against the decision, notification of the decision without delay and protection of personal data. Secondly, it is examined whether the administration shows the “recourses against decisions” added in 2001 to the second

⁴² For the decision of the Constitutional Court dated 15.11.2017 and no. E.2016/133, K.2017/155, see. Official Gazette dated 11 January 2018 and no. 30298. For detailed information on the subject, see M. Çaptuğ, op. cit., 112-121; H. Yilmaz, op. cit., 215-216.

⁴³ CM/REC (2007) No. 7 of the Committee of Ministers Recommendation to the member states on “good administration” was prepared to define the “right to good administration”, which is accepted as a fundamental right. Recommendation No. (2007) 7 also counts “legal certainty” among the fundamental principles from which the right to good administration arises. See M. Çaptuğ, op. cit., 223.

paragraph of Article 40 of the 1982 Turkish Constitution titled as “Protection of fundamental rights and freedoms”. According to the Constitution, “The State is obliged to specify which legal remedies and authorities the relevant persons will apply to in its proceedings and their duration.” According to this provision of the Constitution, the Ombudsman Institution examines whether the administrative authority complies with this rule in its reply to the complainant.

Statement on the freedom to seek rights

According to the Law on the Ombudsman Institution (art.17/p.8), the application made to the Ombudsman Institution within the filing period suspends the ongoing term of litigation. Here, the judicial rights of the applicant, which are regulated in the Institution’s Law (art.21/p.2), are explained. According to this article; i) If the application is rejected by the Ombudsman Institution, the suspended litigation period - as of the notification of the reasoned refusal decision to the relevant person - starts to run from where it left off. ii) If the application is accepted by the Ombudsman Institution, there are two things to be done by the administrative authority, which is the subject of the application: First, the administration subject to the complaint must notify the Ombudsman Institution within 30 days of the action it has established in line with the recommendation of the Ombudsman Institution (art. 20/3). If the administration does not consider the solution suggested by the Institution to be applicable, it has to notify the Institution of its justification within 30 days. Secondly, if the administration does not proceed or take any action within thirty days in line with the advice of the Ombudsman Institution, the suspended litigation period begins to run from where it left off. There is a third situation: If the Ombudsman Institution cannot conclude its examination and research within six months from the date of application, the suspended litigation period resumes.

EXAMINATION OF THE DECISIONS OF THE
TURKISH OMBUDSMAN INSTITUTION

Decision dated 21.08.2020⁴⁴

Case.- A high school bought 44 single bunk beds for the school boarding house, could not pay for it because it could not find the funds, and the owner of the company put the school into execution. The school still did not pay. The firm

⁴⁴ Decision of the Turkish Ombudsman Institution with application no. 2020/4399 and dated 21.08.2020.

applied to the ombudsman, and the ombudsman requested information and documents from the relevant provincial directorate of national education. Provincial directorate of national education stated in its reply that it requested an allowance from the ministry, and that the relevant company could not be paid because the allowance has not been sent yet.

Evaluation in terms of compliance with law and equity.- The ombudsman made the following comment under the title of “evaluation in terms of compliance with law and equity”: The administration purchased the bunk beds on the “direct supply” method. The direct supply method is not a tender procedure, but a procurement method that provides convenience to the administrations. There is not enough allowance in the budget. It has been evaluated that changes in the income-expenditure balance should also be taken into account in the allocation of allowances, otherwise, there will be a violation of the “principles of certainty and legal security” and the right to property, which are the most important elements of the state under rule of law. Two of the basic principles of the state of law included in Article 2 of the Turkish Constitution are the principles of “legal security” and “certainty”, and it will be possible for an individual to trust the state only in a state under rule of law order in which legal security is ensured. In order to use the fundamental rights and freedoms envisaged in the Constitution and to make human rights dominant in human life, the state is obliged to protect the faith and trust of individuals in the law. In the doctrine, the requirements of the principle of legal security are specified⁴⁵. The Turkish Ombudsman Institution continues its recommendation with the “right to property”. The Ombudsman’s recommendation is based on a principle arising from the case-law of the European Court of Human Rights. Accordingly, “.....a claim may be considered as ‘property’ in accordance with Article 1 of Protocol No. 1 when its enforceability has been sufficiently demonstrated”⁴⁶

⁴⁵ i. State activities should be predictable, foreseeable.

ii. State activity is regulated in advance by the rules of law.

iii. Legal stability should be ensured as much as possible in the legal order.

iv. Against the administration’s superiority of carrying out unilateral action, a balance should be provided between the individual and the administration, with the rules of assurance (by granting individuals rights such as the right to participate, listen and defend).

v. The administration should act in accordance with the legitimate expectations of the individual.

vi. In legal arrangements, matters that damage the trust in the law and the state should be avoided.

vii. The state should create a state under rule of law in which legal security is ensured in order for the individual to develop his material and spiritual existence.

⁴⁶ European Court of Human Rights *Stran and Stratis Andreadis Greek Refineries v. Greece* 9 December 1994 *Bourdiv v. Russia*, application no. 59498/00. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60449#%22itemid%22:%22001-60449%22>}.

According to the European Court of Human Rights, especially in view of the depreciation of the currency in some states, the long-delayed payment of the debt by the High Contracting Party causes an increase in the pecuniary loss of the person with an arguable claim and leaves him in an uncertain situation.⁴⁷ In the decisions of the Turkish Constitutional Court, according to the Turkish Constitution (art. 35),⁴⁸ the property rights of individuals can only be limited by the procedures stipulated by the law and as required by the public interest. Again, in accordance with the principle of proportionality (art. 13)⁴⁹ in the Constitution, it is emphasized that if the property rights of individuals are limited, a fair balance should be established between the public interest wished to be acquired and the rights of the individual. After this information, since it was understood that the non-payment of the price of the products purchased for the boarding house of the school constitutes a violation of the principles of “certainty” and “legal security” and property rights, which are the most important elements of the state under rule of law, it was determined that the action of the administration was against the law and equity, and it was decided to make a recommendation to the administration.

*Decision dated 16.06.2020*⁵⁰

Case.- The applicant states that he applied to the competent authorities regarding the request of “dividing the road in a district in such a way as to prevent the trucks from turning in the opposite direction – due to the risk arising from the trucks – and installing the necessary lighting on the road”, but could not get any result. He adds that the road is dangerous, there is no lighting, there are accidents, and he wants the road to be divided by a median to prevent wrong turns and to install lighting on the road. The Ombudsman requested information and documents from the Turkish Electricity Distribution Company, and the company sent various official correspondences such as the governor’s office and replied as follows: “The relevant request will

⁴⁷ AKKUŞ v. Turkey, judgments of 9 July 1997 and no. 60/1996/679/869.

⁴⁸ Article 35 of the 1982 Turkish Constitution: “Everyone has the right to own and inherit property. These rights may be limited by law only in view of public interest. The exercise of the right to property shall not contravene public interest.”

⁴⁹ Article 13 of the 1982 Turkish Constitution: “Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and in conformity with the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution without infringing upon their essence. These restrictions shall not be contrary to the letter and spirit of the Constitution and the requirements of the democratic order of the society and the secular republic and the principle of proportionality.”

⁵⁰ Decision of the Turkish Ombudsman Institution with application no. 2020/26 and dated 16.06.2020.

be brought to the commission by our company. If a positive decision is made and the necessary permissions are obtained from the relevant institutions and organizations, the lighting facility will be evaluated within the scope of the investment plan.”

Evaluation in terms of compliance with law and equity.- The Ombudsman’s recommendation continues briefly as follows: One of the basic principles of the state under rule of law, which is included in the Constitution (art. 2), is “certainty”. According to this principle, the legal regulations should be clear, precise, understandable and applicable in a way that will not leave any hesitation and doubt in terms of both individuals and the administration. It is also necessary that these regulations contain protective measures against arbitrary practices by public authorities. The “principle of certainty” is linked to “legal security”. Accordingly, the individual should know which legal sanction or result is attached to which concrete action and phenomenon, and which powers of intervention they provide to the administration. Only in this case can the individual foresee the obligations that fall upon him/her and determine his/her behavior. “Legal security” requires that norms be predictable, that individuals can trust the state in all their actions and transactions, and that the state avoids procedures that undermine this sense of trust in legal regulations.⁵¹

The Ombudsman explains the reasoning for her decision based on another decision of the Constitutional Court regarding “security”: “Ensuring legal security in a state where the rule of law is dominant is one of the mandatory conditions to fulfill the state under rule of law principle. In the state under rule of law, which aims to protect the existence of the individual as a human being, it is imperative to ensure the legal security of the citizens.”⁵² Accordingly, as a requirement of the “legal security principle”, state activities must be predictable and foreseeable. Rules that force power of discretion and that lead to arbitrariness should not be included. The “principle of certainty” requires the substantive law and procedural rules to be made with a predictable clarity that will not flagrantly avert the legitimate expectations of individuals. Otherwise, the limits of the powers given are uncertain; causing the discretion to turn into arbitrariness, and the legal control of the transactions established by the use of open-ended authority granted by the law cannot be done properly due to the legal obstacle. In this context, in line with the applicant’s request, in order to ensure traffic safety and life and property safety it has been determined that, it is lawful and equitable to take all the measures as appreciated by the relevant administrations. While doing all these, it was also emphasized that the principles such as “transparency”, “accountability”, “predictability”, “certainty” should be taken into account by the administration in performing the public service.

⁵¹ Decision of the Constitutional Court dated 26.12.2013 and no. E.2013/67, K.2013/164.

⁵² Decision of the Constitutional Court dated 18.10.2003 and no. E.2003/67, K.2003/88.

Decision dated 6.12.2019⁵³

Case.- The applicant bid for a state university hospital and delivered the necessary materials to the relevant institution following the tender. In the tender contract, which was signed by both the applicant and the official of the institution, the payment date was specified as 365 days. The applicant, relying on the signature of the relevant institution, gave a large amount of material, paid the taxes, worker fees and material costs for this material, 499 days passed, as a result of the correspondence with the institution the institution replied that “he will be paid according to the cash possibilities” and did not give precise information about the date and time of payment. Claiming that he has come to the point of closing his workplace, the applicant demanded payment of his overdue receivables under the tender contract. Upon the Ombudsman’s request for information and documents about the allegations, the response of the University Rector’s Office was as follows: “There is a general letter of the Ministry of Finance that controls the order of priority in the payments at the working fund accounting offices where there is a cash shortage. In accordance with this letter, payments are made in the order of registration as cash facilities allow.”

Evaluation in terms of compliance with law and equity.- In the evaluation, the Ombudsman quoted a decision of the Constitutional Court:⁵⁴ “One of the basic principles of the state under rule of law is “certainty”. The principle of certainty is linked to legal security. And yet, the answer given by the administration was that “the payments are made in the order of registration as the cash possibilities allow.....”. This administrative action was against the law and equity. It was decided to accept the application and make a recommendation to the University Rectorate.

Decision dated 15.04.2020⁵⁵

Case.- The administration subject to the application in this case is the General Directorate of Başkent Natural Gas Distribution Corporation and the Energy Market Regulatory Authority. The applicant stated that the prepaid natural gas counters were dismantled without notice, that they were told that a mechanical counter would be installed in exchange for ... liras, and that they were forced to use

⁵³ Decision of the Turkish Ombudsman Institution with application no. 2019/7307 and dated 6.12.2019.

⁵⁴ Decision of the Constitutional Court dated 15.11.2015 and no. E.2015/70, K.2017/153.

⁵⁵ Decision of the Turkish Ombudsman Institution with application no. 2019/18649 and dated 15.04.2020.

the mechanical counter despite their request for the new counter to be prepaid. The applicant requests either a prepaid counter to be installed or a mechanical counter to be installed without payingliras. The Ombudsman requested the necessary information and documents from the administration subject to the application and received technical answers. The Ombudsman referred to the relevant articles of the Constitution, the Ombudsman Institution Law and the Natural Gas Market Law, the Consumer Protection Law, the article titled "Freedom of Contract" of the Turkish Code of Obligations, and the Natural Gas Market Distribution and Customer Services Regulation.

Evaluation in terms of compliance with law and equity. - In summary, the Ombudsman stated that the administrations should give preference to the subscriber regarding counter selection (prepaid or mechanical). The Ombudsman has included a decision of the 3rd Chamber of the Turkish Court of Cassation:⁵⁶ "... Although the administration has been granted discretion in the Tariffs Regulation regarding the use of mechanical or card counters for new subscriptions, it is obligatory for the administration to act in accordance with objective goodwill rules while exercising this discretion. In this context, the defendant administration's obligatory requirement for a card (pre-paid) counter with an additive (participating) contract, citing the regulation issued unilaterally, is clearly in contradiction with the Turkish Code of Obligations, the letter, spirit, regulatory purposes of the Laws on Consumer Protection and basic consumer rights and general principles of the law. The practice of our chamber is that the selection of counters (card, prepaid or mechanical, post-paid, reading) should be left to the subscriber....". It was stated by the Ombudsman that the information to the subscribers that their meters had to be changed was made in writing 14 days in advance, but within the framework of the current contract provisions, the change was not in accordance with the legal predictability principle for the subscribers, and in accordance with the principle of certainty and predictability the transactions should be clear, understandable, applicable and predictable. In this process, it has been evaluated that the failure to take into account the seasonal conditions and the possibility that the economic and physical conditions of the subscribers may not be adequate is also incompatible with the principle of the social state. The Ombudsman Institution concluded that the Baskent Natural Gas Distribution Joint Stock Company's forcing the applicant to use a mechanical meter without giving any preference, was against the law, equity, fundamental consumer rights and general principles of law. The Ombudsman decided to partially reject and partially accept the application. It was decided to reject the request

⁵⁶ Decision of the 3rd Chamber of the Court of Cassation dated 02.07.2015 and no. E.2014/16784, K.2015/12327.

not to collect the requested security fee in case of mechanical meter connection, to inform the subscribers in the necessary manner during the process of replacing the meters, and to advise the General Directorate of Baskent Natural Gas Distribution Joint Stock Company to provide service by determining the type of counter in line with the requests of the subscribers.

Decision dated 7.5.2020⁵⁷

Case.- In this case, the administration subject to the application is:Mayor's Office, ... Metropolitan Municipality. The applicant applied for a license from the municipality to open a car wash business on his land in a district. The mayor's office rejected this request on the grounds that the General Directorate of the Water and Sewerage Administration does not give a discharge permit for the new car and carpet washing businesses to be opened until the capacity of the wastewater treatment plants is increased. In his decision, the Ombudsman referred first to the article of the Constitution titled "Freedom of Work and Contract", the article titled "Right and duty to work", and then, as international legislation, to the regulation made in paragraph 1 of Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. According to this Convention: "States Parties to this Convention recognize the right of everyone to work and take necessary measures to protect this right. The right to work includes the right of everyone to have the opportunity to earn a living by working in a job of his choice and of which he gets."

Evaluation in terms of compliance with law and equity.- The Ombudsman evaluates the application in terms of compliance with law and equity, and according to the state under rule of law principle in Article 2 of the Constitution titled "characteristics of the Republic", the administration should act in accordance with the principles of "certainty", "stability", "predictability" and "legitimate expectation". Accordingly, the administration should avoid practices that would undermine the trust of the citizens. What is expected from the administration in the state under rule of law is to act in accordance with the obligation to be open and reliable.⁵⁸ According to the Ombudsman: ".....It has been determined that not giving a discharge permit to the new car wash facilities to prevent the collection of wastewater above their capacity can be considered reasonable for a certain period of time, and as a matter of fact, the administration has started working by preparing a project

⁵⁷ Decision of the Turkish Ombudsman Institution with application no. 2020/1413 and dated 7.5.2020.

⁵⁸ Decision of the Constitutional Court dated 31.1.2013 and no. E.2011/45, K.2013/24.

for capacity increase. However, the complainant has been waiting for a discharge permit to be granted in order to obtain a business license since a certain date. But the administration cannot give any date for the solution of the problem. Waiting for 4 years to get a business license is a long time. The amount of time the complainant will wait cannot be predicted. The late-functioning or non-functioning of the service results in the restriction of the complainant's freedom of work. It has been determined that it is contrary to the principles of "certainty" and "predictability", which are the principles of the state under rule of law, and that the administrative action taken is against law and equity." The Ombudsman Institution decided to make a recommendation to the mayor's office.

CONCLUSION

In our view, the ombudsman institution should implement the principles of the state under rule of law, and not the courts. The ombudsman institution is the one that needs to apply elements of standards such as legal determinacy, legal certainty, legal security, organized administration, administrative stability, predictability, legitimate expectations. The duty of the ombudsman institution is to examine all kinds of acts, actions, attitudes and behaviors of the administration which are related to the functioning of public services. It should check the compliance with law and equity, within the understanding of justice based on human rights, and give recommendations to relevant administration bodies. This duty indicates that the ombudsman institution is itself a guarantee of legal security.

Prof. dr ZEHRA ODYAKMAZ
Redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Ufuk

Prof. dr BAYRAM KESKIN
Dekan Pravnog fakulteta
Univerziteta Kocaeli

NAČELO PRAVNE SIGURNOSTI U ODLUKAMA TURSKOG USTAVNOG SUDA I INSTITUCIJE OMBUDSMANA TURSKE

Rezime

Predmet rada je analiza odluka Ustavnog suda Turske u kojima je primenjeno načelo pravne sigurnosti, kao i preporuka institucije ombudsmana Turske koje su zasnovane na ovom načelu. Cilj istraživanja je da pokaže kako se načelo pravne sigurnosti može primeniti u različitim situacijama.

Primena ovog načela se predviđa u međunarodnim dokumentima, diskutuje u turskoj pravnoj doktrini i koristi kao referenca u odlukama viših sudova Turske. Načelo pravne sigurnosti dovelo je do razvoja drugih pravnih principa kao što su predvidljivost, dosledna administracija, pravna stabilnost, administrativna stabilnost, poverenje u administraciju, legitimno poverenje, zaštita stečenih prava, zaštita legitimnih očekivanja i njihove primene u sudskim odlukama. Institucija ombudsmena Turske ocenjuje predmete iz njene nadležnosti i vrši proveru njihove usklađenosti sa zakonom i principima dobre administracije. Osim toga, ova institucija u svojim odlukama utvrđuje postojanje prava organa koji je podneo žalbu. Institucija ombudsmena pred sudovima primenjuje načelo pravne sigurnosti koje je jedan od elemenata pravne države, kao i druga slična načela.

Ključne reči: pravna sigurnost, ombudsman, legitimna očekivanja, pravičnost, dobra administracija

Bibliography

- Ayhan T., “Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararları Işığında Avrupa Birliği İdare Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemlerde Hukuk Güvenliği İlkesi (The Principle of Legal Security in General Regulatory Procedures in European Union Administrative Law in the Light of European Community Court Decisions)”, *Amme İdaresi Dergisi*, Vol. 43, No. 3, September 2010.
- Balta T. B., *İdare Hukuku -I Genel Konular (Administrative Law -I General Topics)*, Ankara 1970 – 1972, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 326.
- Çaptuğ M., *İdari Usûl Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi (Legal Security Principle in Administrative Procedural Law)*, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Hukuk, No. 2513, Ankara, 2020.
- Gözler K., *İdare Hukuku (Administrative Law)*, V.I., Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Bursa, 2019.
- Gülçür A., “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukukî Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi (Examining the Principle of Legal Certainty in the Light of the Decisions of the ECtHR and the Turkish Constitutional Court)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Vol. 24, No.1, June 2018.
- Günday M., *İdare Hukuku (Administrative Law)*, 11. Baskı, Ankara, 2017.
- Maxeiner J., “Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, *Houston Journal of International Law*, Vol. 31, No.1, University of Baltimor Law, 2008.
- Odyakmaz Z., Keskin B., “6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda Yapılması Gereken Bazı Değişiklikler (Some Changes to be Made in the Law No. 6328 on the Ombudsman Institution)”, *Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı (Essays In Honor of Zafer Gören)*, Ankara, 2017.
- Oğurlu Y., *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu (The Problem of Respect for Acquired Rights and Legitimate Expectations in Administrative Law)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

- Saygin E., “Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz (A Comparative Analysis on Turkish and British Administrative Law Approaches to the Principle of Protection of Legitimate Expectations)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No.126, 2016.
- Sözer A. N., “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (A Study on the Protection of Acquired Rights in Social Insurances)”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Vol. 63, No.10-11-12, October November December, 1989.
- Yılmaz H., *Türk İdare Hukukunda İdarî İstikrar İlkesi (Administrative Stability Principle in Turkish Administrative Law)*, 1. Baskı, İstanbul, 2019.

Article history

Received: 22.08.2021.

Accepted: 20.09.2021.

REVIEW PAPER

VLADIMIR ĐURIĆ

ZASTOJ U USTAVNOSUDSKOM POSTUPKU

Cilj ovog rada je da upotrebom dogmatskopravnog i uporednog metoda istraži institut zastoja u ustavnosudskom postupku. U uporednom pravu ovaj institut je veoma redak. U pravnom poretku Republike Srbije ovaj procesni institut se može primeniti na osnovu odluke Ustavnog suda, po prethodnom zahtevu donosioca osporenog opšteg akta, kako bi se otklonila uočena neustavnost odnosno nezakonitost. Analiza ukazuje na ograničenost njegovih domaćaja u zaštiti objektivne ustavnosti u Republici Srbiji i to kako zbog niza otvorenih pitanja koja nesumnjivo iziskuju normativno preciziranje tako i zbog njegovih pravnih posledica u zavisnosti od postupanja donosioca opšteg akta, kao i (ne)sistemskeg odnosa s drugim procesnim institutima u okviru istog postupka.

Ključne reči: *ustav, ustavnosudski postupak, zastoj*

USTAVNI SUDOVI I NJIHOV POSTUPAK

Savremena pravna država zasnovana je na pisanom ustavu i hijerarhijski ustrojenom pravnom poretku. Ustav shvaćen kao pravni akt je osnovni i najviši zakon, temelj čitavog pravnog poretka i pravni osnov postojanja i funkcionisanja ustavnog i političkog sistema.¹ Najviša pravna snaga ustava sledi iz značaja materije koju reguliše. Budući da je ustav akt pozitivizacije principa proceduralnog legitimiteta putem kojeg se, između ostalog, pravno utvrđuju političke granice za vlastodršce

Dr Vladimir Đurić, viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, e-mail: vdjuric12@gmail.com.

¹ Pavle Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd, 1994, 294.

i ideološki postulati i vrednosti dovode do nivoa pozitivnopravne relevancije,² jasno je da ustav reguliše najvažnija pitanja u društvu i nužno uživa najjaču pravnu snagu i da zakoni mogu da budu samo instrument njegovog ostvarivanja i primenjivanja. Osnovne principe vladavine prava kroz koje se oslikava hijerarhijski pravni poredak čine principi ustavnosti i zakonitosti, prema kojima bi svi niži pravni akti od ustava, odnosno zakona, trebalo da budu s njima u skladu, kako u pogledu svoje forme, odnosno postupka donošenja i pravne snage koju imaju, tako i u pogledu svoje sadržine. Ostvarivanje principa ustavnosti i zakonitosti iziskuje njihovu kontrolu i zaštitu. Drugim rečima, zaštita ustavnosti i zakonitosti je *condition sine qua non* njihove primene, a time i pravne države, i počiva na kontroli usaglašenosti akata i radnji sa ustavom i zakonom.

Da bi zaštita ustavnosti bila delotvorna, kontrola treba da bude široko postavljena, odnosno njen predmet treba da bude provera usaglašenosti sa ustavom što većeg broja akata i radnji, od kontrole usaglašenosti zakona sa ustavom, do pitanja ustavnosti pojedinačnih radnji. Međutim, budući da se mnogi opšti akti donose za izvršavanje zakona i da pojedinačni akti i radnje, u matrici hijerarhijski ustrojenog pravnog poretka, predstavljaju zapravo samo primenu zakona u pojedinačnim spornim i nespornim životnim situacijama, jasno je da se kontrola ustavnosti prvenstveno odnosi na kontrolu ustavnosti zakona i drugih opštih akata što čini njen najznačajniji vid. Kontrola ustavnosti opštih akata – normativna kontrola postoji u svim sistemima kontrole ustavnosti i smatra se samom suštinom ustavnog spora koji, u različitim sistemima kontrole ustavnosti, rešavaju različiti državni organi.

Stvaranje ustavnih sudova kao nezavisnih organa kojima je zaštita ustavnosti osnovna funkcija predstavlja radikalna zaokret u razvoju sistema zaštite ustavnosti i zakonitosti.³ Budući da ustavni sudovi predstavljaju organe različite i nezavisne ne samo od zakonodavne i izvršne, već i od sudske vlasti i imajući u vidu da je njihova osnovna funkcija zaštita ustavnosti, mnogi autori zaključuju da je takva institucija „najmanje opasna“ i da je nužna i legitimna u demokratskim sistemima.⁴ Rešavajući ustavne sporove čiju suštinu čine sporovi o ustavnosti zakona, ustavni sudovi štite ustav primenjujući ga i u potpunosti su njemu podređeni.

² Lidija Basta, „A Constitution as an Act of Positivation of the Legitimacy Principle“, *Rechtstheorie* 17, 1986, 111-121.

³ P. Nikolić (1994), op. cit., 301.

⁴ Pavle Nikolić, „Nužnost i legitimnost ustavnog sudstva u demokratskim sistemima“, *Pravni život*, Tom IV, br. 12, Beograd, 1995; Mauro Cappelletti, „Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle, La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe“, *Revue Internationale de Droit Comparé*, no 2, 1981.

Može se slobodno istaći da je u savremenom svetu i modernoj pravnoj nauci nesporno da je ustavno sudstvo, shvaćeno kao sudsko rešavanje sporova o ustavnosti zakona, neophodno. Ipak, čuvari ustava, kakvima se ustavni sudovi slikovito opisuju, i njihova delatnost izazivaju stalne dileme u vezi sa odnosom prema demokratiji i u vezi sa mogućnošću da kao organi bez ustavne odgovornosti, ostvare pravom neograničenu sudokratiju i zađu u sferu političkog odlučivanja. Nesporno je da je demokratski legitimitet ustavnih sudova daleko manji od predstavničkog tela izabranog na neposrednim i slobodnim izborima koje oličava *demos* kao nosioca suverenosti, ali to ne znači i da su ustavni sudovi organi čija je delatnost suprotna narodnoj suverenosti. Iako je u američkoj pravnoj nauci i praksi bilo slikovitih opaski da je „ustav ono što sudije kažu da jeste“ čime se isticala velika sloboda sudskog odlučivanja, ipak je jasno da je na kraju krajeva u demokratijama ustav izraz volje suverenog naroda. U teoriji je jasno istaknuto da ustavna kontrola, ne uprkos, već zbog postavljanja ograničenja demokratskom procesu odlučivanja, predstavlja jedan važan, ako ne i vitalan doprinos funkcionisanju i održavanju demokratije.⁵ S druge strane, kako se to u starijim radovima ispravno primećuje, nemoguće je iz ustavnog sudovanja ukloniti svako političko rezonovanje i ustavno sudstvo svesti isključivo na pravno rezonovanje, ali „radi se o tome da se političko rezonovanje svede u pravne granice“ i da se ustavni sudija putem takvog rezonovanja ne pretvori u posebnu političku vlast i ne izvrši zloupotrebu svoje osnovne sudske funkcije.⁶ Ako je ustav akt koji politiku pretvara u pravo, a jeste tako, onda je ustavni sud institucija koja bi politiku trebalo da drži dalje od prava. Upravo se u svođenju u granice prava, kako u granice ustava kao ishodišta i merila kontrole, tako i u okviru drugih akata, najčešće zakona, kojima se reguliše postupak pred ustavnim sudom, kao i u poštovanju osnovnih pravnih načela, logike i duha čitavog ustavnog prava ogleda mogućnost ograničavanja ustavnosudske vlasti, odnosno sastoji načelana odgovor na pitanje *Quis custodiet custodes*. Razume se, pravno ograničavanje politiziranja u rešavanju ustavnih sporova koji uvek imaju politički prizvuk i značenje, i svođenje stvaralačke uloge ustavnih sudova u pravne okvire, izaziva i dileme u pogledu same pravne prirode ustavnog sudstva. No, kako god se u tom smislu priroda ustavnog sudstva shvatala (a čije bi elaboriranje uveliko prevazišlo prirodu i svrhu ovog rada), nesporno je da je u nizu država čiji ustavi svoju zaštitu poveravaju ustavnom sudu, ta institucija uz državnog poglavara, parlament i vladu, najviši ustavni organ i da je, ne bez razloga, u teorijskim radovima istican stav da je ustavni sud funkcionalno najviši organ odlučivanja.⁷

⁵ Theo Öhlinger, „Ustavno-sudska kontrola“, *Pravni život*, Tom III, br. 11, Beograd, 1997, 920.

⁶ Ivo Krbek, *Ustavno sudovanje*, 1960, 11.

⁷ René Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963, 202.

Funkcionalno najviši organ odlučivanja svoje odluke donosi u odgovarajućem postupku koji bi, s jedne strane upravo u spomenutom cilju sprečavanja sudokratije i zloupotrebe ustavnosudske funkcije, trebalo da bude pravno uređen čime se obezbeđuje i pravni karakter vršenja ustavnosudske funkcije. S druge pak strane, pravno uređivanje postupka pred ustavnim sudom trebalo bi da ima i dozu otvorenosti spram primene manje radikalnih sredstava kako bi se obezbedila politička neutralnost i određena doza političkog promišljanja ustavnog suda koju ipak nije moguće izbeći u funkcionisanju ustavnih sudova, naročito u kontekstu normativne kontrole. U tom smislu, u teorijskim radovima se ističe da bi funkciju normativne kontrole trebalo ostvarivati na politički neutralan način, uz razumnu primenu, kad god je to moguće, manje radikalnih sredstava ustavnog suda, kao što su, primera radi, odluka interpretacije umesto odluke kasacije, odlaganja dejstva kasatorne odluke, zastajanje sa postupkom itd, uz opasku da vođenje računa o političkom kvalitetu normativne kontrole ne bi smelo da ide toliko daleko da bi moglo da ugrozi ili negira njen zadatak i pravni karakter.⁸ Upravo su pravna priroda i domašaj jednog od navedenih modaliteta postupanja ustavnog suda – zastajanja s postupkom predmet ovog rada. U tom smislu, čini se da bi prvi korak u analizi tog instituta trebalo da bude opšte razmatranje i sagledavanje instituta zastajanja s postupkom.

PREKID I ZASTOJ POSTUPKA

Načelno posmatrano, kod prekida i/ili zastoja postupka reč je o procesnoj soluciji koja podrazumeva da postupak ne teče određeno vreme. Međutim, u različitim pravnim postupcima, od upravnog pa do raznolikih sudskih postupaka, razlozi za primenu ovog ili ovih instituta, njihove posledice i sami procesni aspekti su veoma različiti. Za potrebe ovog rada pažnju ćemo usmeriti samo na rešenja sadržana u domaćem pravu imajući u vidu da je čl. 8. st. 1. Zakona o Ustavnom sudu (u daljem tekstu ZUS)⁹ propisano da se o pitanjima postupka pred Ustavnim sudom koja nisu uređena tim zakonom shodno primenjuju odredbe odgovarajućih procesnih zakona.

Zakonom o opštem upravnom postupku (u daljem tekstu ZUP)¹⁰ predviđeno je da se postupak prekida procesnim rešenjem organa, pri čemu zakonske

⁸ Dragan Stojanović, „Premise ustavne kontrole prava i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije“, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Ustavni sud Srbije, Beograd 2013, 118.

⁹ Zakon o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015 – dr. zakon.

¹⁰ Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016 i 95/2018 – autentično tumačenje.

odredbe razlikuju slučajeve kada se postupak *obavezno prekida* u okolnostima koje, privremeno, onemogućavaju njegovo dalje vođenje (a koje su taksativno navedene u čl. 100. st. 1. ZUP-a), dok se smetnja ne otkloni na pravno predviđeni način,¹¹ i kada je prekid *moгуć*, kao što je to pri rešavanju prethodnog pitanja – pitanja bez čijeg rešenja organ ne može da odluči o upravnoj stvari, a koje čini samostalnu pravnu celinu i za čije rešavanje je nadležan sud ili drugi organ u kom slučaju organ *može* sam da raspravi prethodno pitanje ili da prekine postupak dok sud ili drugi organ ne reše to pitanje (čl. 107. ZUP-a). Smisao prekidanja postupka je u njegovom *mirovanju*, tako da u tom razdoblju ne teku bilo koji procesni rokovi, osim onih vezanih za samo prekidanje.¹²

Zakonom o upravnim sporovima¹³ nije predviđeno mirovanje ili zastoj postupka.

Prekid i zastoj u parničnom postupku uređeni su glavom XIX Zakona o parničnom postupku (u daljem tekstu ZPP).¹⁴ Načelno posmatrano, reč je o okolnostima koje sprečavaju nesmetano odvijanje parnice.¹⁵ Kao i ZUP-om, i ZPP-om uređeni su slučajevi kada je sud *u obavezi* da utvrdi prekid postupka, s jedne, i kada *može* da ga odredi, s druge strane. U okviru prve grupe slučajeva koji se u udžbeničkoj literaturi označavaju kao okolnosti kada do prekida postupka dolazi *ex lege* pri čemu sudsko utvrđivanje prekida postupka ima deklarativni karakter, spadaju slučajevi kada do prekida postupka dolazi usled nestanka procesnih pretpostavki, kao i usled faktičke nemogućnosti vođenja postupka.¹⁶ Sud može, ali i ne mora da odredi prekid postupka ako je odlučio da sam ne rešava o prethodnom pitanju, kao i u slučaju da se stranka nalazi na području koje je zbog vanrednih događaja odsečeno od suda. U takvom slučaju odluka suda o prekidu postupka ima konstitutivno dejstvo.¹⁷ Najvažnije dejstvo prekida postupka ogleda se u tome da sud, od momenta pravosnažnosti rešenja o prekidu, ne može da preduzima nikakve procesne radnje.¹⁸ ZPP uređuje i institut zastoja u postupku koji, za razliku od prekida

¹¹ Zoran Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 454.

¹² Z. Tomić, op. cit., 455.

¹³ Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2009.

¹⁴ 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.

¹⁵ Aleksandar Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2017, 535.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ A. Jakšić, op. cit., 536.

¹⁸ *Ibidem*.

postupka, ima drugačije razloge, procesne odlike i pravne posledice. Najpre, do zastoja u postupku dolazi samo kada je to izričito predviđeno zakonom, pri čemu razlozi za zastoj ne moraju biti sadržani samo u ZPP-u. Za razliku od prekida postupka, do zastoja u postupku uvek dolazi *ex officio*. Naposljetku, takođe za razliku od prekida postupka, pravne posledice zastoja u postupku ogledaju se u tome da sud može da preduzima parnične radnje za koje postoji opasnost od odlaganja, kao i u tome da taj institut nema uticaja na rokove za preduzimanje parničnih radnji.¹⁹ Zanimljivo je uočiti da ZPP, kao ni drugi procesni zakoni, ne sadrže rešenje u pogledu prekida ili zastoja postupka u slučaju da je pokrenut ili iniciran postupak ocene ustavnosti zakona koji bi u konkretnom slučaju trebalo primeniti. Prema jednom stavu izloženom u domaćoj pravnoj nauci, sud bi trebalo da zastane s parničnim postupkom kada sud ili stranka pokrenu inicijativu za ocenu ustavnosti ili zakonitosti nekog opšteg pravnog akta pred Ustavnim sudom.²⁰

PREKID I ZASTOJ U UPOREDNOM USTAVNOM PROCESNOM PRAVU

U uporednom ustavnom procesnom pravu ima sporadičnih primera normativnih rešenja o prekidu i zastoju (suspenziji) u ustavnosudskom postupku.

Prema par. 33. st. 1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu SR Nemačke, Savezni ustavni sud može prekinuti postupak do okončanja postupka koji je u toku pred drugim sudom ako nalazi ili odluka tog drugog suda mogu biti relevantni za njegovu odluku.²¹

Članom 60. Zakona o Ustavnom sudu Mađjarske, Ustavni sud može izuzetno obustaviti (prekinuti) postupak do okončanja postupka koji je u toku pred sudom, organom vlasti, drugim državnim organom, institucijom Evropske unije ili međunarodnim organom, ako odluka koju bi Ustavni sud trebalo da donese o meritumu predmeta zavisi od odluke o pitanju koje se rešava u okviru postupka

¹⁹ A. Jakšić, op. cit., 538-539.

²⁰ *Ibidem*. Takav bi stav ipak trebalo prihvatiti s rezervom. Naime, sud je kao državni organ ovlašćeni predlagač pokretanja postupka ocene ustavnosti i zakonitosti, dok stranke mogu biti podnosioci samo inicijative Ustavnom sudu. Imajući u vidu tu razliku, čini se da bi pre trebalo stati na stanovište da bi sud, u slučaju da Ustavnom sudu podnese predlog za ocenu ustavnosti i zakonitosti, trebalo da utvrdi prekid postupka, dok bi u slučaju da stranka podnese inicijativu Ustavnom sudu trebalo da odredi zastoj u postupku.

²¹ Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1, 20.08.2021.

pred takvim organima, i ako je takva suspenzija opravdana pravnom sigurnošću, posebno važnim interesom podnosioca predstavke ili nekim drugim posebno važnim razlogom.²²

Donekle iz sličnog razloga, ali na implicitan način, formulisan je zastoj u postupku pred Ustavnim sudom Austrije. Naime, prema par. 19. st. 1. Zakona o Ustavnom sudu, odluke Ustavnog suda o podnošenju pitanja Sudu pravde Evropske unije na prethodno odlučivanje u skladu sa čl. 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije moraju se dostaviti strankama. Ako je Ustavni sud doneo takvu odluku, prema istom stavu Zakona, do prijema preliminarne odluke, on može samo poduzeti takve radnje i donositi samo one naredbe i odluke na koje se prethodnom odlukom Suda pravde ne može uticati ili kojima se pitanje ustavnosudskog spora ne rešava konačno i koje ne dozvoljavaju bilo kakvo odlaganje.

Prekid postupka pred Ustavnim sudom Španije je prema čl. 91. Organskog zakona o Ustavnom sudu moguć samo u slučaju krivičnog postupka i do njegovog okončanja.²³

Ustavno procesno pravo bivših jugoslovenskih republika takođe ne poznaje u značajnoj meri institute prekida i zastoja u ustavnosudskom postupku. Naime, Zakon o Ustavnom sudu Slovenije²⁴ i Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske²⁵ uopšte ne predviđaju takve mogućnosti. S druge pak strane, prema čl. 62. Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore,²⁶ na zahtev donosioca osporenog propisa Ustavni sud može, pre donošenja odluke o ustavnosti i zakonitosti, zastati sa postupkom i dati mogućnost donosiocu propisa da, u roku koji odredi Ustavni sud, otkloni uočene neustavnosti i nezakonitosti. Ako u tom roku neustavnost i nezakonitost ne budu otklonjeni, Ustavni sud će nastaviti postupak.

Ako se podrobnije sagledaju izloženi primeri, onda se može zaključiti da se instituti prekida i zastoja u ustavnosudskom postupku u uporednom pravu

²² Act CLI of 2011 on the Constitutional Court, <https://hunconcourt.hu/act-on-the-cc>, 21.08.2021.

²³ Organic Law 2/1979 on The Constitutional Court, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-en.pdf>, 22.08.2021.

²⁴ The Constitutional Court Act (ZUstS) (Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 64/07-official consolidated text and No. 109/12), https://www.us-rs.si/wp-content/uploads/2020/05/the.constitutional.court_act-zusts.pdf, 24.08.2021.

²⁵ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske pročišćeni tekst zakona, *Narodne novine*, 99/99, 29/02, 49/02, <https://www.zakon.hr/z/137/Ustavni-zakon-o-Ustavnom-sudu-Republike-Hrvatske>, 23.08.2021.

²⁶ Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 11/2015, <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/Zakon%20o%20Ustavnom%20sudu%20Crne%20Gore%202015.pdf>, 27.08.2021.

predviđaju kao izuzetna mera, uglavnom u kontekstu prethodnog pitanja i/ili u cilju zaštite prava i interesa stranaka, kao i da su, u određenim slučajevima, direktna posledica članstva pojedinih država u EU i odnosa koji se, u tom smislu, uspostavlja između nacionalnih sudova, uključujući i ustavne sudove, i Evropskog suda pravde. Štaviše, moglo bi se stati na stanovište da u pogledu različitih nadležnosti ustavnih sudova normativno postuliranje tih instituta više odgovara postupcima koji imaju karakter subjektivno-objektivnih i stranačkih sporova, kao što je to, primera radi postupak zaštite ustavom zajamčenih prava po ustavnoj žalbi, te da nisu primenjivi, ili bar nisu u potpunosti primenjivi, u postupku normativne kontrole kao objektivnom sporu. Pojedina rešenja iz uporednog ustavnog procesnog prava sugerišu upravo suprotno – da u postupku normativne kontrole nema prostora ni za kakvo popuštanje zakonodavcu, kao što je to, primera radi, slučaj s odredbom čl. 57. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske kojom je propisano da će Ustavni sud dovršiti postupak normativne kontrole u slučaju da je akt, koji je predmet ispitivanja, u toku postupka ustavnosudske kontrole izmenjen ili ukinut, pri čemu će, u slučaju da utvrdi neustavnost odnosno nezakonitost ukinutog odnosno izmenjenog zakona ili drugog opšteg akta, Ustavni sud doneti kasatornu odluku koja će predstavljati pravni osnov za izmenu pojedinačnih akata donetih na osnovu njegove primene.²⁷

ZASTOJ U USTAVNOM PROCESNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Prema članu 55. st. 1. ZUS-a, u toku postupka, a na zahtev donosioca osporenog opšteg akta, Ustavni sud može, pre donošenja odluke o ustavnosti ili zakonitosti, zastati sa postupkom i dati mogućnost donosiocu opšteg akta, da u određenom roku otkloni uočene neustavnosti ili nezakonitosti. Stavom 2. istog člana propisano je da će Ustavni sud nastaviti postupak ako u određenom roku neustavnost ili nezakonitost ne bude otklonjena. Dakle, ZUS predviđa *zastoj* postupka za *ocenjivanje ustavnosti ili zakonitosti opštih akata*. Od svih vidova postupka pred Ustavnim sudom, institut zastoja postupka predviđen je samo u izloženom slučaju, dakle samo u postupku normativne kontrole. Budući da je reč o veoma interesantnom i važnom procesnom institutu, njegovo potpuno pravno sagledavanje i razumevanje iziskuje najpre jezičko tumačenje citiranih normi.

Da bi do zastoja postupka eventualno došlo potrebno je najpre da je postupak *pokrenut*, što nedvosmisleno sledi iz jezičkog određenja prema kome mogućnost

²⁷ Slobodan Orlović, Nataša Rajić, „Zastoj u postupku normativne kontrole – prilog raspravi o zaštiti objektivne ustavnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, Novi Sad, 2017, 1475.

primene tog procesnog instituta postoji *u toku postupka*.²⁸ Članom 50. ZUS-a, a u vezi s članom 168. st. 1. i 2. Ustava, uređeno je pitanje pokretanja postupka. Prema tom članu ZUS-a, postupak za ocenjivanje ustavnosti ili zakonitosti opšteg akta pokreće se predlogom ovlašćenog predlagača ili rešenjem o pokretanju postupka, a postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti Ustavni sud može da pokrene i samostalno, na osnovu odluke koju donosi dvotrećinskom većinom glasova svih sudija. Dakle, moguće su tri procesne situacije u kojima, nakon pokretanja postupka, može doći do njegovog zastoja: 1) u slučaju da je postupak pokrenut podnošenjem predloga ovlašćenog predlagača, 2) nakon donošenja rešenja Ustavnog suda o pokretanju postupka povodom inicijative na koju, prema čl. 168. st. 2. Ustava, pravo ima svako pravno ili fizičko lice ili 3) nakon donošenja rešenja kojim Sud samostalno pokreće postupak.²⁹

Navođenje procesnih situacija nakon kojih može doći do eventualnog zastoja postupka je važno zbog toga što iz jezičkog tumačenja odredbi čl. 55. ZUS-a proizlazi da je primena instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole moguća *samo na zahtev donosioca osporenog akta*, a što jasno upućuje na zaključak da je sam donosilac akta svestan činjenice da je akt neustavan odnosno nezakonit, te da je neustavnost odnosno nezakonitost akta više nego očigledna.³⁰ U tom smislu, postavlja se pitanje kada donosilac akta postaje svestan te činjenice, tačnije od kada je u mogućnosti da Ustavnom sudu podnese takav zahtev. U retkim razmatranjima izloženog pitanja u domaćoj ustavnopravnoj nauci stalo se na stanovište da je postavljanje takvog zahteva od strane donosioca akta moguće bilo u odgovoru bilo u posebnom podnesku.³¹ Ipak, imajući u vidu da je članovima 32. – 36. ZUS-a uređen *prethodni postupak*, u okviru koga, prema čl. 33. st. 1. ZUS-a, na zahtev Ustavnog suda, *odgovor* na predlog, inicijativu i rešenje o pokretanju postupka za ocenjivanje ustavnosti, odnosno zakonitosti opšteg akta, daje donosilac tog akta, odnosno organ koga on ovlasti (st. 1.),³² čini se da bi

²⁸ U istom smislu da bi to značilo da je *već pokrenut* postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti i Dragan Stojanović, *Ustavno pravosuđe, Ustavno procesno pravo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2016, 171 i Dragan Stojanović, *Ustavno sudstvo, Ustavni sud Republike Srbije*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2017, 96.

²⁹ I u ovom slučaju, uprkos odredbi čl. 50. ZUS-a prema kojoj Sud samostalno pokreće postupak na osnovu *odluke*, donosi se rešenje, jer je čl. 46. t. 1. ZUS-a propisano da Sud *rešenjem* pokreće postupak za utvrđivanje neustavnosti, nezakonitosti ili nesaglasnosti sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorom.

³⁰ S. Orlović, N. Rajić, op. cit., 1476.

³¹ D. Stojanović (2016), op. cit., 171; D. Stojanović (2017), op. cit., 96.

³² Izložena odredba ZUS-a sadrži nomotehničku grešku, jer predviđa da se u prethodnom postupku daje odgovor i na predlog i na rešenje o pokretanju postupka, a postupak je podnošenjem takvog predloga, odnosno donošenjem takvog rešenja već pokrenut.

donosilac akta zahtev za određivanje zastoja u postupku mogao da izloži samo u posebnom podnesku, a ne i u odgovoru, jer na osnovu uskog jezičkog tumačenja sledi da u toku prethodnog postupka u kojem se daje odgovor donosioca akta nema mesta primeni ovog instituta.

U vezi s pitanjem kada, a trebalo bi dodati i na osnovu čega, donosilac akta postaje svestan činjenice da je akt neustavan odnosno nezakonit, te od kada je u mogućnosti da Ustavnom sudu podnese zahtev za određivanje zastoja radi otklanjanja *uočene* neustavnosti ili nezakonitosti, stoji i dilema u pogledu vezanosti Suda za navode iz predloga odnosno inicijative za pokretanje postupka normativne kontrole. Naime, prema čl. 54. st. 1. ZUS-a, Ustavni sud u postupku ocenjivanja ustavnosti ili zakonitosti nije ograničen zahtevom ovlašćenog predlagača, odnosno inicijatora, te bi se, u tom smislu, navodi koji su sadržani isključivo u predlogu, odnosno inicijativi za pokretanje postupka normativne kontrole mogli smatrati nedovoljnim putokazom za donosioca osporenog opšteg akta u svakom postupku normativne kontrole. Drugim rečima, samo na osnovu predloga, odnosno inicijative koji su mu dostavljeni na odgovor, donosilac osporenog akta ne bi u svakom konkretnom slučaju bio u mogućnosti da, pre podnošenja zahteva za određivanje zastoja u postupku, produbljeno i svestrano, sagleda sve razloge neustavnosti i nezakonitosti, jer bi, na osnovu čl. 54. st. 2. ZUS-a, i sam Sud mogao, mimo razloga navedenih u predlogu, odnosno inicijativi, da nastavi postupak kad ovlašćeni predlagač, odnosno inicijator odustane od predloga, odnosno inicijative, ako za to nađe osnova. To upućuje na zaključak da bi zahtev donosioca osporenog akta u pojedinim slučajevima mogao da predstavlja samo unapred iskazanu načelnu spremnost da pristupi otklanjanju neustavnosti i nezakonitosti.

Iz jezičkog tumačenja izložene odredbe člana 55. st. 1. ZUS-a takođe proističe da do zastoja postupka *može* doći. Drugim rečima, primena instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole predstavlja samo (procesnu) mogućnost koju Ustavni sud može da koristi, ali i ne mora.³³ Zahtev donosioca opšteg akta je nužan za određivanje zastoja, ali je određivanje zastoja isključivo u nadležnosti Suda. U pitanju je *meritorno odlučivanje* o zahtevu donosioca opšteg akta, tako da zahtev može isključivo biti odbijen ili usvojen.³⁴ Međutim, donekle i uprkos izloženoj odredbi čl. 55. ZUS-a iz koje sledi da *Sud* odlučuje o zahtevu, članom 47. st. 1. t. 9. ZUS-a propisano je da se o takvom zahtevu odlučuje aktom u formi zaključka koji, prema članu 42. v st. 1. ZUS-a, donosi Malo veće Suda. Takođe, donekle suprotno rešenju prema kome je u pitanju meritorno odlučivanje, Sud je

³³ S. Orlović, N. Rajić, op. cit., 1476.

³⁴ D. Stojanović (2016), op. cit., 172; D. Stojanović (2017), op. cit., 96.

u svojoj praksi stao na stanovište da se, u slučaju da je sudija izvestilac predložio konačnu odluku kojom se utvrđuje nesaglasnost opšteg akta s Ustavom ili zakonom, zahtev da se zastane s postupkom, posebnim stavom izreke takve odluke, odbacuje ili odbija.³⁵

Smisao zastajanja sa postupkom ogleđa se u *prekidu vođenja postupka*, što znači da se *odustaje od meritorne odluke, pod određenim uslovom* na čije ostvarivanje je u određenom roku obavezan donosilac akta.³⁶ Dakle, u ustavnosudskom postupku normativne kontrole, za razliku od, primera radi, parničnog postupka, nije reč o okolnostima koje sprečavaju nesmetano odvijanje postupka, već o posebnoj *meri*, pri čemu nema procesnog razlikovanja između instituta zastoja i prekida. Štaviše, procesno posmatrano, prilikom donošenja takve mere nije reč ni o klasičnom prekidu, budući da nema radnji čije se preduzimanje privremeno obustavlja, niti rokova koji prestaju da teku, već je po sredi svojevrсни *procesni instrument dijaloga* (podv.V.Đ.) donosioca osporenog akta i Ustavnog suda, koji vodi otklanjanju uočenih (očiglednih) neustavnosti i nezaklonitosti već u početnoj fazi postupka normativne kontrole.³⁷

Uslov pod kojim se odlaže meritorno odlučivanje, tačnije odložni uslov otklanjanja uočenih neustavnosti ili nezaklonitosti od strane donosioca akta, mora biti ispunjen u određenom roku koji određuje Ustavni sud. Prema shvatanju Suda oličenom u čl. 71.st.2. Poslovnika o njegovom radu, taj rok može trajati najduže šest meseci, što znači da se završava istekom onog dana u mesecu koji po svom broju odgovara danu kada je usvojen zahtev za određivanje zastoja, a, ako tog dana nema u poslednjem mesecu, rok ističe poslednjeg dana u tom mesecu. Osvrt na rok koji se utvrđuje radi otklanjanja uočenih neustavnosti ili nezaklonitosti je od značaja zbog različitih modaliteta otklanjanja takvih neustavnosti ili nezaklonitosti (videti dalji tekst). Naime, ako se uočene neustavnosti ili nezaklonitosti otklanjaju izmenama i/ili dopunama osporenog akta, onda bi takve izmene i dopune trebalo da *stupe na snagu* u okviru određenog roka.

Naposletku, ali ne i najmanje važno, u okviru jezičkog tumačenja izloženih odredbi člana 55. ZUS-a, trebalo bi se osvrnuti i na određenje prema kome se zastajanje sa postupkom određuje radi otklanjanja *uočenih* neustavnosti i zakonitosti. Pitanje na osnovu čega i od strane koga su neustavnosti ili nezaklonitosti koje bi trebalo otkloniti uočene je inače u tesnoj vezi i sa donekle već razmotrenim pitanjem kada i na osnovu čega, donosilac akta postaje svestan činjenice da je akt neustavan

³⁵ US IUo- 318/11, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/102/sr-Latn-CS/>, 30.08.2021.

³⁶ D. Stojanović (2016), op. cit., 173; D. Stojanović (2017), op. cit., 97, 98.

³⁷ S. Orlović, N. Rajić, op. cit., 1476.

odnosno nezakonit. U veoma retkim razmatranjima izloženog pitanja u domaćoj ustavnopravnoj nauci zauzeto je stanovište da je logično rešenje da se u aktu Suda kojim se određuje zastoje, pored njegovog trajanja, navedu sve uočene neustavnosti ili nezakonitosti koje moraju da se otklone u određenom roku.³⁸

Osim jezičkog tumačenja, za potpuno i svestrano razmatranje i razumevanje instituta zastoja sa ustavnosudskim postupkom normativne kontrole neophodno je sagledati domašaje tog instituta u funkciji zaštite ustavnosti i zakonitosti što se može postići analizom razloga i kriterijuma za njegovu primenu, njegovih pravnih posledica u zavisnosti od postupanja donosioca opšteg akta, kao i (ne)sistemskog odnosa s drugim procesnim institutima u okviru istog postupka.

Načelno posmatrano, do određivanja zastajanja sa postupkom trebalo bi da dođe u slučaju da Ustavni sud oceni da se na taj način efikasnije može uspostaviti stanje ustavnosti i zakonitosti, a što postoji kada je, pored stavljanja van snage osporene norme, *pozitivno delovanje donosioca norme neophodno* (podv.V.Đ.).³⁹ I obrnuto: ako za uspostavljanje stanja ustavnosti i zakonitosti nije potrebno nikakvo pozitivno delovanje donosioca akta, tačnije ako bi se uloga donosioca akta sastojala samo u stavljanju van snage osporenog akta, onda određivanje zastoja ne bi bilo opravdano.⁴⁰ Zanimljivo je uočiti da, uprkos izloženom rezonovanju, Sud u svojoj praksi stoji na stanovištu da se uočeni nedostaci mogu otkloniti: „(...) stavljanjem van snage osporenog opšteg akta u proceduri u kojoj je taj akt donet, izmenom i/ili dopunom osporenog opšteg akta ili predlaganjem nadležnom organu da donese novi opšti akt kojim će se pitanja koja su bila uređena osporenim aktom urediti saglasno Ustavu Republike Srbije, odnosno zakonu.“⁴¹ U izloženom kontekstu naročito je sporan i u teorijskim radovima, kao i u izdvojenim mišljenjima pojedinih sudija Ustavnog suda kritikovan treći modalitet ispravljanja uočene neustavnosti ili nezakonitosti, jer protivreči jezičkom tumačenju člana 55. ZUS-a i logici čitavog instituta.⁴²

Iako je Ustavni sud slobodan u procenjivanju da li je određivanje zastoja postupka celishodna mera za unapređivanje stanja ustavnosti i zakonitosti, zahtev da se očuva pravna državnost ipak nalaže ne samo potrebu da postoje, već i da se suštinski poštuju izvesni kriterijumi i standardi koji s ustavnopravnog

³⁸ D. Stojanović (2016), op. cit., 171; D. Stojanović (2017), op. cit., 96.

³⁹ D. Stojanović (2016), op. cit., 172; D. Stojanović (2017), op. cit., 96.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Zaključak o zastajanju sa postupkom IYo-870/2012, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/102/sr-Latn-CS/>, 1.09.2021.

⁴² S. Orlović, N. Rajić, op. cit., 1478.

stanovišta mogu potvrditi da je učinjena procena Ustavnog suda opravdana i u konkretnom slučaju zaista neophodna.⁴³ Osim u slučaju kada bi se uloga donosioca osporenog akta sastojala samo u stavljanju van snage tog akta, prema stavu ustavnosudske prakse i domaće doktrine, zahtev da se zastane sa postupkom ne bi trebalo prihvatiti ni u slučaju da uočeno stanje neustavnosti implicira da je došlo do povrede ljudskih i manjnskih prava ili da se očigledno odstupa od načela zabrane diskriminacije.⁴⁴

U pogledu pravnih posledica zastajanja sa postupkom u zavisnosti od postupanja donosioca opšteg akta moguće je sistemski utvrditi postojanje različitih procesnopравниh situacija. Najpre, prema članu 55. st. 2. ZUS-a, Ustavni sud će nastaviti postupak ako u određenom roku neustavnost ili nezakonitost ne bude otklonjena. Dakle, u takvom slučaju Sud je *u obavezi* da nastavi postupak.

Drugačija situacija postoji ako donosilac opšteg akta otkloni uočene neustavnosti ili nezakonitosti. Naime, tu situaciju regulišu odredbe članova 57. i 64. ZUS-a. Članom 57. t. 1. predviđeno je da će Ustavni sud obustaviti postupak kad je u toku postupka opšti akt usaglašen sa Ustavom ili zakonom, *a Ustavni sud nije ocenio da zbog posledica neustavnosti ili nezakonitosti treba doneti odluku zbog toga što nisu otklonjene posledice neustavnosti ili nezakonitosti*. Članom 64. normirano je da Ustavni sud *može* odlukom utvrditi da opšti akt nije bio u saglasnosti s Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom i u slučaju kada je u toku postupka opšti akt usaglašen sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, *ali nisu otklonjene posledice neustavnosti ili nezakonitosti*, pri čemu takva odluka Ustavnog suda ima isto pravno dejstvo kao i odluka kojom se utvrđuje da opšti akt nije u saglasnosti s Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom. Iako je u domaćoj ustavnopravnoj nauci na osnovu izloženih odredbi članova 57. i 64. ZUS-a bilo mišljenja da Ustavni sud nije u obavezi da donese utvrđujuću odluku u pogledu akta koji je, primenom instituta zastoja sa postupkom normative kontrole, usaglašen sa Ustavom, međunarodnim izvorima prava i zakonom, kada istovremeno nisu otklonjene posledice neustavnosti ili nezakonitosti koje je taj akt proizveo, a što znači da u ovakvim slučajevima može izostati pravni osnov (kasatorna odluka Ustavnog suda) po kojem se može tražiti otklanjanje posledica koje je osporeni akt proizveo u svojoj primeni u odnosu na pojedinačne pravne

⁴³ D. Stojanović (2016), op. cit., 172; D. Stojanović (2017), op. cit., 96.

⁴⁴ *Ibidem*; v. US IUo -318/11, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/102/sr-Latn-CS/>, 30.08.2021.

situacije, tačnije da pojedinačni pravni akti koji su doneti na osnovu „očigledno“ neustavnog odnosno nezakonitog akta, a kojima su povređena prava pojedinaca, neće biti podvrgnuti pravnom režimu zaštite koji obezbeđuje pravno dejstvo kasatorne ustavnosudske odluke,⁴⁵ ipak bi trebalo istaći da su izložene odredbe članova 57. i 64. ZUS-a u sistemskoj usklađenosti, ali da je upitan njihov domašaj u očuvanju objektivne ustavnosti i zaštiti prava pojedinaca.

Naime, one su sistemski usklađene, jer iz obe odredbe sledi da Ustavni sud *može* doneti odluku da opšti akt nije (bio) u saglasnosti s Ustavom i/ili zakonom, ali su njihov kvalitet i logička zasnovanost zaista upitni, jer, a to sledi iz obe odredbe, ne ustanovljavaju optimalni balans između zaštite objektivne ustavnosti i zaštite prava pojedinaca. Naime, u slučaju odredbe člana 57., Ustavni sud bi mogao da nastavi postupak iako je opšti akt usaglašen s Ustavom i/ili zakonom, ali samo kao izuzetak od opšteg pravila o obustavljanju – ako oceni da zbog posledica neustavnosti ili nezakonitosti treba doneti odluku zbog toga što nisu otklonjene posledice neustavnosti ili nezakonitosti, dok bi u slučaju člana 64. mogao odlukom utvrditi da opšti akt nije bio u saglasnosti s Ustavom i/ili zakonom, iako je taj opšti akt tokom zastoja sa postupkom usaglašen, ali nisu otklonjene posledice neustavnosti ili nezakonitosti. Dakle, u prvom slučaju Sud bi bio vlastan da, po izuzetku, nastavi postupak (ali ne nužno i da donese kasatornu odluku!), ako bi smatrao da bi odluku trebalo doneti u cilju otklanjanja posledica neustavnosti i/ili nezakonitosti, čime se prevaga daje zaštiti objektivne ustavnosti i zakonitosti, odnosno prihvatanju činjenice da je osporeni opšti akt tokom zastoja usaglašen, dok bi u drugom slučaju, upravo s izvesnom prevagom otklanjanja posledica neustavnosti i nezakonitosti, prevagu trebalo dati donošenju odluke o neustavnosti, odnosno nezakonitosti, uprkos činjenici da je osporeni akt tokom zastoja usaglašen. Na taj način se u postojećem normativnom okviru Ustavnom sudu zapravo dopušta da ulazi u ocenu posledica neustavnosti i zakonitosti sa ili bez kasatorne odluke što, načelno posmatrano, protivreći celokupnom duhu ZUS, jer onemogućava primenu čl. 60. i 61. ZUS-a kojima su regulisana pitanja sudbine opštih akata donetih za izvršenje zakona i drugih opštih akata za koje se odlukom Suda utvrdi da nisu u saglasnosti s Ustavom i zakonom, izvršenja pravosnažnih pojedinačnih akata donetih na osnovu takvih opštih akata, kao i izmene pojedinačnih konačnih i pravosnažnih akata kojima se povredjuju prava, a koji su doneti na osnovu osporenih opštih akata.

No, to nije jedini vid procesnih mogućnosti kombinovanja različitih instituta koji u postojećem normativnom okviru, a u vezi sa zastojem sa postupkom, stoje

⁴⁵ S. Orlović, N. Rajić, op. cit., 1477.

na raspolaganju Ustavnom sudu. Naime, reč je o odnosu između instituta zastoja sa postupkom i instituta odlaganja objavljivanja odluke predviđenog članom 58. st. 4. i 5. ZUS-a. Iako je ustavnosudski postupak veoma osoben, čini se ipak da sa njegovim sudskim karakterom ne bi bila kompatibilna mogućnost da se donosiocu osporenog akta dva puta ostavlja rok za otklanjanje istih neustavnosti i nezakonitosti, bez obzira što su one u prvom slučaju „uočene“ u predlogu, inicijativi i/ili aktu Suda, a drugi put istaknute u stavovima i pravnim shvatanjima Ustavnog suda u odluci čije se objavljivanje odlaže i nezavisno od toga što bi u prvom slučaju to bila posledica zahteva samog donosioca, a u drugom stava Suda o neophodnosti pružanja mogućnosti donosiocu osporenog akta da svojim delovanjem spreči nastanak pravne praznine u pravnom poretku.⁴⁶ Uprkos izloženom rezonovanju, Ustavni sud je u svojoj praksi u nekoliko slučajeva kombinovao ove institute.⁴⁷

ZAKLJUČAK

Pravno uređivanje postupka pred ustavnim sudovima kao funkcionalno najvišim organima odlučivanja bi, s jedne strane, trebalo da onemogući sudokratiju i zloupotrebu ustavnosudske funkcije, dok bi, s druge strane, trebalo da omogući političku neutralnost i određeni stepen slobode u političkom promišljanju takvih institucija. U tom smislu, institucionalizacija različitih i manje radikalnih procesnih modaliteta čini se donekle opravdanom i nužnom. U takve procesne modalitete domaći zakonodavac je uvrstio i institut zastoja sa postupkom kako bi se donosiocu osporenog akta omogućilo da u određenom roku ispravi uočene neustavnosti i nezakonitosti. Institut zastoja sa postupkom je procesni institut koji u različitim pravnim postupcima ima za cilj mirovanje postupka dok se ne otklone okolnosti koje sprečavaju njegovo nesmetano odvijanje. U uporednom ustavnom procesnom pravu, zbog prirode različitih vidova ustavnosudskih postupaka, instituti prekida i zastoja su, ako su uopšte predviđeni, normativno postulirani kao izuzetna mera čiji je cilj rešavanje prethodnog pitanja i/ili zaštita prava i interesa stranaka i/ili omogućavanje saradnje s institucijama EU. U domaćoj teoriji ustavnog procesnog prava s pravom se ističe da je reč o izuzetnoj procesnoj meri koja u postupku normativne kontrole ne sme da se pretvori u pravilo, jer bi se time suštinski obezvređila funkcija ustavne kontrole prava, a institucija ustavnog suda pretvorila u svojevrsnog

⁴⁶ Vladimir Đurić, „Retroaktivne i prospektivne korekcije ratione temporis dejstva odluka ustavnih sudova“, *Pravni život*, Tom IV, br. 12, Beograd, 2016, 559.

⁴⁷ Odluka o utvrđivanju nesaglasnosti IYo-870/2012, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/102/sr-Latn-CS/>, 1.09.2021; Odluka o utvrđivanju nesaglasnosti IUz-252/2002, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/102/sr-Latn-CS/>, 1.09.2021.

pravnog savetnika donosilaca opštih akata.⁴⁸ Način na koji je taj institut uređen u ustavnom procesnom pravu Republike Srbije ukazuje na ograničenost njegovih domašaja u zaštiti objektivne ustavnosti i to kako zbog niza otvorenih pitanja koja nesumnjivo iziskuju normativno preciziranje tako i zbog njegovih pravnih posledica u zavisnosti od postupanja donosioca opšteg akta, kao i (ne)sistemskeg odnosa s drugim procesnim institutima u okviru istog postupka.

Dr. VLADIMIR ĐURIĆ
Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

STANDSTILL IN CONSTITUTIONAL REVIEW PROCEEDINGS

Summary

The aim of this paper is to use the dogmatic and comparative law method to investigate the institute of standstill in the constitutional court procedure. In comparative law, this institute is very rare. In the legal order of the Republic of Serbia, this procedural institute could be applied on the basis of Constitutional Court's decision at the previous request of the state organ whose disputed general act is in order to eliminate the observed unconstitutionality or illegality. The analysis indicates the limitations of its scope in the protection of objective constitutionality in the Republic of Serbia, both due to a number of open issues that undoubtedly require normative clarification and due to its legal consequences depending on the actions of the state organ whose disputed general act is, as well as (non)systemic relations with other procedural institutes within the same procedure.

Key words: constitution, constitutional review proceedings, standstill

Literatura

- Basta L., „A Constitution as an Act of Positivation of the Legitimacy Principle“, *Rechtstheorie* 17, 1986.
- Cappelletti M., „Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle, La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe“, *Revue Internationale de Droit Comparé*, no 2, 1981.
- Đurić V., „Retroaktivne i prospektivne korekcije ratione temporis dejstva odluka ustavnih sudova“, *Pravni život*, Tom IV, br. 12, Beograd, 2016.
- Jakšić A., *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2017.
- Krbek I., *Ustavno sudovanje*, 1960.
- Marcic R., *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963.

⁴⁸ D. Stojanović (2016), op. cit., 172; D. Stojanović (2017), op. cit., 96.

Nikolić P., *Ustavno pravo*, Beograd, 1994.

Nikolić P., „Nužnost i legitimnost ustavnog sudstva u demokratskim sistemima“, *Pravni život*, Tom IV, br. 12, Beograd, 1995.

Öhlinger T. „Ustavno-sudska kontrola“, *Pravni život*, Tom III, br. 11, Beograd, 1997.

Orlović S., Rajić N., „Zastoj u postupku normativne kontrole – prilog raspravi o zaštiti objektivne ustavnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, Novi Sad, 2017.

Stojanović D., „Premise ustavne kontrole prava i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije“, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Ustavni sud Srbije, Beograd, 2013.

Stojanović D., *Ustavno pravosuđe, Ustavno procesno pravo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2016.

Stojanović D., *Ustavno sudstvo, Ustavni sud Republike Srbije*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2017.

Tomić Z., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2019.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 10.10.2021.

Prihvaćen: 28.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PRVI SUSPENZIVNI VETO U SRPSKOJ USTAVNOPRAVNOJ ISTORIJI

Iako se institut suspenzivnog veta u Srbiji primenjuje već više od 30 godina, u doktrini paradoksalno ne postoji saglasnost o tome kada je ovaj institut uveden u naš pravni sistem. Pored toga, prvi slučaj primene ovog predsedničkog ovlašćenja je sticajem okolnosti pao u zaborav. U ovom radu autor ukazuje na suspenzivni veto Slobodana Miloševića iz 1991. godine na Zakon o vraćanju Srpskoj pravoslavnoj crkvi zgrada – zadužbina, zgrada – legata, stambenih zgrada i građevinskog zemljišta, koji su prešli u društvenu svojinu na osnovu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta. Reč je o prvom suspenzivnom vetu u srpskoj istoriji, ali ujedno i o primeru kada se nije u proceduri posle uloženog veta postupilo u potpunosti u skladu sa odredbama tada važećeg Ustava iz 1990. godine. Posle ukazivanja na sadržinu i sve okolnosti ovog predsedničkog veta (radi sprečavanja da on sasvim padne u zaborav), kao i njegove ustavnopravne analize, autor pruža jedan pregled dalje prakse suspenzivnog veta u Srbiji. Ovo ovlašćenje je upotrebljeno do sada svega 18 puta, ali je zato ta obimom skromna praksa svojim kvalitetom interesantna i podobna za naučnu analizu.

Ključne reči: suspenzivni veto, Republika Srbija, predsednik Republike, Ustav iz 1990. godine, Sretenjski ustav

U V O D

O nekim činjenicama iz ne tako davnog političkog života je nekada teško pribaviti sasvim pouzdane podatke, čak i kada su se one dogodile pre svega tri-desetak godina. Posebno u periodima sveopšte krize, kakav je kod nas bio onaj iz

Dr Miroslav Đorđević, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, e-mail: miroslav.djordjevic@yahoo.com.

devedesetih godina XX veka, sva dešavanja se pojačano klasifikuju prema važnosti, pri čemu mnogi pravno relevantni i svakako ne beznačajni događaji padaju (ne) opravdano sasvim u drugi plan, a što se pak ne bi dogodilo u nekim redovnim okolnostima. Konsekventno je tako istraživaču danas neretko vrlo teško da nesumnjivo utvrdi i one činjenice koje je prekrpio veo zaborava uprkos tome što su mnogi akteri tih događaja i dalje među nama. Takav je donekle slučaj i kada je reč o traganju za prvim suspenzivnim vetom u srpskoj ustavnopravnoj istoriji.

Suspenzivni veto je ovlašćenje predsednika republike koje se u literaturi različito definiše, jer se u svetu javlja u nekoliko distinktivnih i međusobno bitno različitih oblika. Naša doktrina se najčešće usteže da pruži sveobuhvatnu definiciju, već se ili citiraju relevantne ustavne odredbe ili se (u udžbeničkoj literaturi) objašnjavanju pristupa opisno. Jedna od potpunijih definicija suspenzivnog veta u našem pravnom sistemu ovaj institut određuje kao „ovlašćenje predsednika republike da vrati, u ustavom predviđenom roku, zakonski predlog, jednom usvojen u parlamentu, na ponovno odlučivanje onda kada smatra da je ovaj neustavan ili necelishodan, s tim da ne može sprečiti stupanje na snagu zakona ukoliko ga parlament ponovo izglasa potrebnom većinom“.¹ Jedna opštija definicija ovog instituta, koja bi osim u našoj zemlji mogla biti primenljiva (gotovo) svuda u svetu glasi: „Suspenzivni veto je ovlašćenje predsednika republike da uslovno uskrati akt promulgacije izglasanom predlogu zakona,² dok o tome konačnu odluku ne donese neki drugi organ.“³

Iako se univerzalno smatra „klasičnim institutom“ ustavnog prava, postoji u gotovo svim republikama na svetu, a u Srbiji nesporno egzistira već trideset i jednu godinu, u našoj doktrini ne postoji konsenzus o tome kada je uložen prvi

¹ Darko Simović, Vladan Petrov, *Ustavno pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2018, 250.

² Za predmet suspenzivnog veta je bolje koristiti izraz „izglasani predlog zakona“ od termina „zakon“, jer osporeni akt to još uvek nije, a ukoliko veto bude uspešan – neće nikada ni postati. Nažalost, u literaturi, a i ustavnim tekstovima (mada ne i svim – npr. Ustav Čilea jasno pravi ovu distinkciju) je uobičajeno da se čini ova terminološka greška, koja dovodi već na prvi pogled do nelogičnih rečenica poput: „ako parlament ponovo izglasa zakon, on će postati zakon“ i sl. Valter Maksimilijan Pol piše: „Donošenje akta o promulgaciji ima višestruku funkciju. Pre svega, on označava završetak internog procesa donošenja zakona. Time je postupak zakonodavnih tela formalno doveden do kraja. Kao rezultat toga nastaje jedan zakon“ – dakle, zakona pre toga nema, već se radi o izglasanom predlogu zakona, koji možda hoće, a možda i neće postati zakon. – Walther Maximilian Pohl, *Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2001, 73.

³ Miroslav Đorđević, *Suspenzivni veto predsednika republike*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 198.

suspenzivni veto (kada je ovo ovlašćenje prvi put upotrebljeno), a nema ni potpune saglasnosti o tome kada se suspenzivni veto kao institut po prvi put uopšte našao u našem ustavnopravnom poretku. Po drugom pitanju se može reći da jasno prevladaju stavovi kako je ovo predsedničko ovlašćenje uvedeno Ustavom iz 1990. godine, mada ima i onih autora koji zastupaju tezu (ili bar ostavljaju prostor za tu mogućnost) da je suspenzivni veto bio predviđen još Sretenjskim ustavom iz 1835. godine. Kada je reč o njegovoj prvoj upotrebi, tu dolazi do određene zabune, jer je prvi suspenzivni veto sticajem okolnosti gotovo pa zaboravljen. Iako se on pominje na par mesta u literaturi (u sasvim drugačijem kontekstu), radovi koji se bave suspenzivnim vetom ga po pravilu predviđaju.⁴ Navodi se tako da je prvi vetirani akt bio Zakon o štrajku 1991. godine,⁵ a prilikom sabiranja ukupnog broja uložениh veta npr. predsednika Miloševića, jasno je da je jedan veto propušten (i to verovatno upravo onaj prvi).⁶

Ovo predsedničko ovlašćenje je izvesno po prvi put uvedeno u naš ustavnopravni sistem Ustavom iz 1990. godine, a prvi slučaj ulaganja suspenzivnog veta na neki izglasani predlog zakona je bio onaj od 25. aprila 1991. godine, kada je predsednik Slobodan Milošević (uspešno) vetirao Zakon o vraćanju Srpskoj pravoslavnoj crkvi zgrada – zadužbina, zgrada – legata, stambenih zgrada i građevinskog zemljišta, koji su prešli u društvenu svojinu na osnovu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta.

Do momenta pisanja ovih redova, srpski predsednici su svoje ovlašćenje iskoristili ukupno 18 puta, i to: Slobodan Milošević 12 puta; Milan Milutinović – nijedanput; Boris Tadić – 4 puta; Tomislav Nikolić i Aleksandar Vučić – po jedanput.

DILEMA SREtenjskog USTAVA

Iako se ovlašćenje suspenzivnog veta vezuje za republikansko, a ne monarhističko uređenje, u našoj literaturi se dakle javila dilema da li je u srpskom Sretenjskom ustavu iz 1835. godine možda postojao jedan vid suspenzivnog veta u rukama srpskog kneza. Ovim pitanjem se bavio još Slobodan Jovanović, koji je

⁴ Razlog za ovo predstavljaju možda i nepotpuni izveštaji Narodne skupštine početkom dvehiljaditih, o kojima će kasnije biti reči.

⁵ Vladan Petrov, „Suspenzivni veto predsednika Republike“, *Prava čoveka*, br. 3-6, Beograd, 2005, 85. Ovo se implicitno vidi i iz rada: Vladan Kutlešić, „Suspenzivni veto predsednika Republike Srbije“, *Pravni život*, br. 3-4, Beograd, 1992, 520 – 521.

⁶ Npr. Ratko Marković, „Moć i nemoć predsednika Republike Srbije“, *Anali*, 3-4, Beograd, 2004, 338.

(uz svo poštovanje njegovog lika i dela) sudeći po svemu pogrešno zaključio da je reč o suspenzivnom vetu.⁷ Jedan broj autora i danas ukazuje na ovu dilemu, ipak implicitno naginjujući pre odgovoru da posredi nije bio suspenzivni, već vrsta apsolutnog veta (što je u skladu sa monarhističkim uređenjem i pravom zakonodavne sankcije u kome suspenzivni veto nalazi svoju neposrednu preteču).⁸ Ima sa druge strane i onih autora koji, kako smo već naveli, i danas poput Slobodana Jovanovića decidno navode da je suspenzivni veto bio jedno od ovlašćenja koje je Sretenjski ustav davao knezu Milošu Obrenoviću⁹ ili pak jasno bar ostavljaju mogućnost za tako nešto.¹⁰ Odgovor na ovo pitanje je ipak čini se odrečan, te ubedljivijim deluju stavovi onog dela doktrine koji čvrsto stoje na stanovištu kako je u spornoj odredbi posredi bio skriveni apsolutni, a ne suspenzivni veto.¹¹

Naime, Sretenjski ustav Kneževine Srbije iz 1835. godine u čl. 14 kaže: „Knjaz ima pravo ne odobriti svakog zakona i uredbe odma, kako mu ji podnese državni Sovjet prvi i drugi put. No počem mu ih podnese i treći put s novim i iscrpljenim dokazateljstvima, koja ne idu na pagubu naroda ili protivu ustava državnoga, onda ji Knjaz odobrava; u protivnom slučaju pak neodobrava ji.“¹² Pre svega, ne treba gubiti iz vida da načelo podele vlasti po Sretenjskom ustavu, iako proklamovano, nije dosledno i sprovedeno. Parlament je bio nadležan za izvesna budžetska pitanja, ali ne i za donošenje zakona, a „zakoni i uredbe“ su bili u nadležnosti izvršnog organa – Državnog sovjeta.¹³ Gore navedeni član Sretenjskog ustava zbunjuje pre svega svojom formulacijom, a možda donekle i (iz današnjeg ugla posmatrano) arhaičnim jezikom svoje izreke. Njegovim parafraziranjem i korišćenjem savremenog jezika stvari postaju već nešto jasnije: Predlog zakona se podnosi Knezu prvi i drugi put (ukoliko ga je već jednom vratio), a onda i treći put, kada Knez može ponovo da ga odbije ukoliko smatra da je on štetan za narod

⁷ „Savet je bio zakonodavno telo, i izrađivao je sve zakonodavne projekte, kojima je Knez, kako izgleda, mogao samo dva puta odreći potvrdu (suspensivno veto)“. Ove reči Slobodana Jovanovića navodi Olivera Vučić u: Olivera Vučić, „Monarhov otpor zakonodavnoj radnji u srpskim ustavi-ma“, *Pravni život*, br. 6-7, Beograd, 1989, 1153.

⁸ V. Petrov (2005), op. cit., 63 i 82.

⁹ Srđan Đorđević, *Predsednik Republike Srbije*, Srpska reč, Kragujevac 1998, 46.

¹⁰ Slobodan Orlović, *Načelo podele vlasti u ustavnom razvoju Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2008, 64-65.

¹¹ Npr. Dragoš Jeftić, Dragoljub Popović, *Narodna pravna istorija*, Savremena administracija, Beograd, 2003, 101.

¹² Ustav Knjaževstva Srbije (1835), [http://projuris.org/RETROLEX/Ustav%20Knezevine%20Srbije_Sretenjski%20ustav%20\(1835\).pdf](http://projuris.org/RETROLEX/Ustav%20Knezevine%20Srbije_Sretenjski%20ustav%20(1835).pdf), 20.9.2021.

¹³ Ljubomirka Krkljuš, *Pravna istorija sprskog naroda*, Beograd 2009, 154-156.

(politička necelishodnost) ili Ustav (neustavnost), a nisu podnešeni novi i iscrpni dokazi koji potvrđuju suprotno („ide na pagubu naroda ili protivu ustava državnoga“, jer o tome nisu podneta „nova i iscrpljena dokazateljstva“). Dakle, pitanje postojanja eventualnog suspenzivnog veta se na kraju suštinski svodi na ocenu valjanosti i ispunjenosti „dokazateljstava“, od kojih pak zavisi Kneževa obaveznost davanja saglasnosti na dostavljeni akt. Ustav pak ne navodi ko je bio ovlašćen da ocenjuje njihovu ispunjenost.¹⁴

Kada se dilema svede na ovo pitanje, u delu literature koji ostavlja mesta da je posredi bio suspenzivni veto se onda pronalazi sledeće razmišljanje: „Ustav daje knezu pravo veta, ali je nejasno da li je veto apsolutan. Kada se knezu i po treći put podnese zakon, sada sa novim i iscrpnim dokazima da nije štetan po narod i Ustav, on će ga odobriti. Ostalo je nedorečeno ko ceni dokaze i štetnost: savet ili knez – ako ih ceni savet, veto je suspenzivan, u suprotnom, veto je apsolutan.“¹⁵

Međutim, pitanje procene valjanosti dokaza sigurno nije bilo na Državnom sovjetu, već upravo na samom Knezu.¹⁶ Ne postoji ništa što ukazuje da je on u ovom smislu vezan mišljenjem ili odlukom nekog drugog lica ili organa, a bilo bi sasvim nerealno naspram istorijskih okolnosti očekivati da se bez eksplicitne ustavne odredbe nekako podrazumevalo da to čini sam Sovjet. Da je hipotetički došlo do ove situacije, pošto nedostaje nedvosmislena ustavna norma koja bi ga primorala na prihvatanje zakona, Knez bi izvesno samo tvrdio da ponovo nema „dokazateljstva“ o tome da neki od dva razloga odbijanja nisu ispunjeni, čime bi postupak bio završen, a zakonski predlog propao. Sovjet podnosi Knezu „dokaze“, a ovaj ih „ceni“. Zato je u ovoj odredbi „sakriven“ apsolutni veto.

Izvesnu nedoumicu u literaturi verovatno stvara stil same izreke ovog člana, kojim kao da se želi prikriti prava moć koja ovde na raspolaganju stoji Knezu, ili da se pak namerno stvori konfuzno rešenje koje bi se kasnije moglo „kreativno“ tumačiti i vanpravnim sredstvima nametati (što uopšte nije isključeno kao mogući motiv ustavotvoraca, uzimajući u obzir sve istorijske okolnosti). Prva rečenica ovog člana, koja kaže da predloge Knez „prvi i drugi put“ može odbiti, vodi na (pogrešan) zaključak korišćenjem *argumentum a contrario* (koji se nameće), da on treći put nije mogao da im uskrati saglasnost. Međutim, već mu naredna rečenica daje izokola pravo da se ne saglasi ni tada („...u protivnom slučaju pak neodobrava ji“), ukoliko ne postoji „dokazateljstvo“, koje je pak izvesno bilo predmet krajnje subjektivne ocene samog Kneza. Na suspenzivni veto podseća i jasno navođenje razloga

¹⁴ M. Đorđević, op. cit., 133.

¹⁵ S. Orlović, op. cit., 64-65.

¹⁶ Ovako i O. Vučić, op. cit., 1154.

političke necelishodnosti i neustavnosti kao osnov za uskraćivanje saglasnosti odnosnom predlogu. Da je ovaj Ustav danas na snazi moglo bi se svašta prigovarati ovakvom nomotehničkom rešenju, ali bi u datom istorijskom kontekstu to bilo sasvim neumesno. Kako je Ustav iz 1835. godine bio kratkog važenja (ali nesumnjivo velikog značaja za srpsku pravnu istoriju) i prakse ovakvog veta nema, sva pitanja ostaju u teorijsko-hipotetičkom domenu, a konkretni član – jedan istorijskopравни kuriozitet.¹⁷

Institut suspenzivnog veta je tako po prvi put u naš pravni sistem uveden donošenjem Ustava iz 1990. godine, a ovu mogućnost je, kako ćemo videti, prvi put jedan srpski predsednik iskoristio već naredne 1991.

ZAKON O VRAĆANJU SRPSKOJ PRAVOSLAVNOJ CRKVI
ZGRADA – ZADUŽBINA, ZGRADA – LEGATA, STAMBENIH ZGRADA
I GRAĐEVINSKOG ZEMLJIŠTA, KOJI SU PREŠLI U DRUŠTVENU SVOJINU
NA OSNOVU ZAKONA O NACIONALIZACIJI NAJAMNIH ZGRADA
I GRAĐEVINSKOG ZEMLJIŠTA

Ovaj izglasani predlog zakona nezgrapnog imena, koji usled predsedničkog suspenzivnog veta nikada nije postao zakon, prvi je slučaj upotrebe ovog ovlašćenja u srpskoj pravnoj istoriji. Možda usled pukog sticaja okolnosti ili složenosti političkog i istorijskog trenutka u kome je uložen ovaj suspenzivni veto je izmicao pažnji i naših autora koji su se bavili problematikom ovog predsedničkog ovlašćenja.¹⁸ Čak i u pojedinim radovima nastalim ubrzo posle njegovog ulaganja on se ne pominje, takođe ni u pojedinim zvaničnim izveštajima Narodne skupštine o korišćenju suspenzivnog veta od strane predsednika Republike,¹⁹ a brojne dileme su postojale (od kojih neke ostaju i danas) po pitanju njegove sadržine, sudbine vetiranog zakonskog predloga, pa čak i samog naziva ovog akta (u literaturi se sreće nešto kraći naziv „Zakon o vraćanju Srpskoj pravoslavnoj crkvi zadužbina, legata, stambenih zgrada i građevinskog zemljišta“,²⁰ a u medijima takođe nešto skraćeni naziv „Zakon o vraćanju Srpskoj pravoslavnoj crkvi zadužbina, legata, stambenih

¹⁷ M. Đorđević, op. cit., 134.

¹⁸ U obimom skromnoj literaturi koja se kod nas bavi pitanjima suspenzivnog veta, neki od najboljih radova uopšte ne pominju ovaj akt. V. V. Kutlešić, op. cit., 520 – 521; R. Marković, op. cit., 338; V. Petrov (2005), op. cit., 85.

¹⁹ Npr. u Izveštaju o aktima vraćenim, od strane predsednika Republike Srbije, Narodnoj skupštini Republike Srbije na ponovno glasanje od 25.2.2005. – V. V. Petrov (2005), op. cit., 85.

²⁰ Nikola Samardžić, Nacionalizacija, konfiskacija i restitucija – istorijska, pravna i politička pitanja, *Limes plus*, br. 2, Beograd, 2014, 16.

zgrada i građevinskog zemljišta, koji su prešli u društvenu svojinu na osnovu Zakona o nacionalizaciji²¹).

No, kako je reč o prvom korišćenju ovog klasičnog instituta ustavnopravne nauke u našoj pravnoj istoriji, samom tom činjenicom nije nevažno dokumentovati sve (dostupne) pojedinosti i analizirati ovaj slučaj, te ga na taj način sačuvati od zaborava. Činjenica da je autor ovog teksta došao u posed kopije ovog prvog srpskog suspenzivnog veta, kao i prateće dokumentacije (prepiske Vlade i predsednika Republike Slobodana Miloševića, Vlade i Narodne skupštine, kao i izveštaja Odbora za finansije i Zakonodavnog odbora) znatno olakšava otklanjanje niza nedoumica u vezi sa ovim aktom, okolnostima pod kojima je veto uložen, njegovim odlikama i konačno – (donekle) sudbinom samog vetiranog predloga zakona.²²

Predlog Zakona o vraćanju Srpskoj pravoslavnoj crkvi zgrada – zadužbina, zgrada – legata, stambenih zgrada i građevinskog zemljišta, koji su prešli u društvenu svojinu na osnovu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta imao je samo šest članova, a predložio ga je Vojislav Nedeljković, narodni poslanik Srpskog pokreta obnove iz Novog Sada. Iako je Vlada pre rasprave konstatovala i poslanicima predočila da se „navedeni predlog zakona ne može prihvatiti“, poslanici nisu uvažili primedbe Vlade (niti stav skupštinskog Odbora za finansije od 17. aprila 1991.²³), te je predlog izglasan 18. aprila 1991. godine „uz dizanje ruku većinskih socijalista“.²⁴

Kako je sada preostalo samo da predsednik Milošević izvrši akt promulgacije, kako bi ovaj izglasani predlog zakona postao zakon, Vlada se sada njemu obratila iznevši argumente zbog kojih je takav zakon bio neustavan i neprihvatljiv. U dopisu Vlade Republike Srbije predsedniku Republike od 22. aprila 1991. godine stajalo je:

„1. Saveznim Zakonom o denacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta iz 1958. godine oduzeta je imovina svim verskim zajednicama, a donetim

²¹ Jovan Janjić, „Crkvena imovina – država Božji dužnik“, *magazin „NIN“* od 25. februara 1999. godine, <http://www.nin.co.rs/arhiva/2513/10.html>, 10.9.2021.

²² Autor ovim putem želi da još jednom iskaže svoju zahvalnost na ljubaznosti i predusretljivosti pre svega zameniku Generalnog sekretara Narodne skupštine Republike Srbije, Branku Marinkoviću, kao i Službi za odnose sa javnošću Narodne skupštine Republike Srbije na pomoći u pronalaženju primeraka suspenzivnih veta srpskih predsednika u arhivama Skupštine. Oni su na taj način pomogli, između ostalog, da i prvi veto srpske pravne istorije bude na izvestan način „ponovo otkriven“ i sačuvan od zaborava.

²³ Da je Odbor dan pre glasanja jasno zauzeo ovakav stav vidljivo je iz pisma Odbora Skupštini od 15. maja 1991. godine, u kome se pozivaju na taj „ranije zauzeti stav“. – Pismo Odbora za finansije Narodnoj skupštini Republike Srbije 14 br. 465-1793/91 od 15. maja 1991.

²⁴ J. Janjić, op. cit.

zakonom se propisuje vraćanje imovine samo Srpskoj pravoslavnoj crkvi, dok se te nepokretnosti neće vratiti drugim verskim zajednicama kojima su one takođe oduzete istim propisom, čime su suprotno Ustavu Republike Srbije verske zajednice na teritoriji Republike dovedene u neravnopravan položaj.

2. Zakonom se utvrđuje obaveza vraćanja u svojinu građevinskog zemljišta, dok prema Ustavu Republike Srbije gradsko građevinsko zemljište može biti samo u državnoj ili društvenoj svojini.

3. Pojedina zakonska rešenja u zakonu nisu do kraja izvedena (način i uslovi vraćanja i isplata naknade za stambene zgrade, a uređeni su delom za zgrade-zadužbine i zgrade-legate; nije predviđeno ko daje naknadu u drugom odgovarajućem zemljištu kada se građevinsko zemljište ne može vratiti, odnosno ko isplaćuje naknadu za to zemljište).“

Na kraju se ističe da se „posebno ukazuje da donošenje ovog zakona otvara i pitanje povraćaja i ostalih nepokretnosti drugim subjektima koje su im oduzete po Zakonu o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta.“²⁵

Predsednik Srbije Slobodan Milošević je uvažio ove argumente i 25. aprila 1991. godine je uložio prvi suspenzivni veto u srpskoj pravnoj istoriji i to iz razloga sumnje u ustavnost izglasanog predloga zakona koji mu je dostavljen na promulgaciju. Sam akt veta je naslovljen „Narodnoj skupštini Republike Srbije – predsedniku“ i nema neku posebnu formu, već je sačinjen u vidu „običnog“ pisma (što će kao karakteristika ostati sve do veta predsednika Tomislava Nikolića i Aleksandra Vučića, koji su formalnijeg izgleda, naslovljeni kao „Odluka o vraćanju Narodnoj skupštini...“, imaju izreku i obrazloženje). Sadržinski nije dublje ulaženo u razloge zbog kojih je sporni izglasani predlog zakona neustavan. Predsednik je samo ukazao na „pitanje zasnovanosti Zakona na Ustavu Republike Srbije“, te na argumente koji su mu predočeni od strane Vlade, a gore citirano mišljenje Vlade je uz suspenzivni veto predočeno parlamentu kao prilog.

U dopisu Vlade Narodnoj skupštini od 13. maja 1991. godine²⁶ se navodi kako je Narodna skupština na sednici od 26. marta 1991. godine „povodom rasprave o problematici pretvaranja društvene svojine u druge svojinske oblike, obavezala Vladu da prouči sva pitanja koja se odnose na povraćaj imovine crkvama, i da Narodnoj skupštini, do kraja 1991. godine dostavi odgovarajuće izmene zakonskih propisa“. Dalje se ističe da je „radi izvršavanja ovog zaključka

²⁵ Pismo Vlade Republike Srbije predsedniku Republike Srbije br. 360-06-326/92 od 22.4.1991. godine.

²⁶ Pismo Vlade Republike Srbije Narodnoj skupštini Republike Srbije 05 br. 06-2463/33 od 13.5.1991. godine.

Vlada preduzela odgovarajuće mere“ te da će dostaviti „u navedenom roku Narodnoj skupštini potrebne zakonske predloge“. Odbor za finansije i Zakonodavni odbor su svojim pismenima Narodnoj skupštini (plenumu) od 15. maja 1991. godine iskazali (ponovo) svoj stav da vetirani akt ne treba usvojiti, te je ponovljeno da „Narodna skupština obaveže Vladu Republike Srbije da u najkraćem mogućem roku pripremi i predloži Narodnoj skupštini zakon koji bi ispravio sve navedene manjkavosti“.²⁷

Zakon o vraćanju imovine crkvama i verskim zajednicama²⁸ je na kraju ipak donet tek 2006. godine, a o vetiranom predlogu zakona iz 1991. godine suđeci po svemu izgleda nikada nije ponovo glasanano. U izveštaju Narodne skupštine se navodi da je ovaj akt „neusvojen/povučen“,²⁹ a medijima se navodi da je tada bio „napravljen novi Nacrt zakona kojim bi trebalo da bude obezbeđeno vraćanje imovine svim verskim zajednicama, ali on više nikad nije stigao na dnevni red skupštinskog zasedanja“.³⁰ Zakon iz 2006. godine je predviđao naturalnu restituciju, dok je u slučajevima u kojima ona nije bila moguća, propisano obeštećenje u odgovarajućoj imovini ili novcu, prema tržišnoj vrednosti dobra koje se potražuje. Kao objašnjenje zašto je u tom trenutku restitucija vršena samo crkvama i verskim zajednicama, a ne i ostalima koji po istom osnovu potražuju oduzetu imovinu, navedeno je da su crkve imale „uredan popis oduzete imovine“.³¹ Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju Republike Srbije (koji važi za sve subjekte kojima je nacionalizacijom oteta imovina i koji je i dalje, uz nekoliko izmena, na snazi) donet je tek 2011. godine.³²

No, ukoliko se vratimo na 1991. godinu, izgleda da je prvim suspenzivnim vetom, tj. u proceduri koja je po njemu vođena (odnosno delom izostala), prekršen tada važeći Ustav iz 1990. godine. Uprkos načelnoj rudimentarnosti relevantne regulative u ovom Ustavu, on je prilično jasan u domenu obaveznosti ponovnog glasanja o vetiranom aktu. Kaže se da: „Predsednik Republike ukazom proglašava zakon u roku od sedam dana od njegovog usvajanja u Narodnoj skupštini. U tom roku predsednik Republike može *zahtevati* (podvukao M.Đ.) da Narodna skupština

²⁷ Pismo Odbora za finansije Narodnoj skupštini Republike Srbije 14 br. 465-1793/91 od 15. maja 1991. i Pismo Zakonodavnog odbora Narodnoj skupštini Republike Srbije 06 br. 465-1793/91 od 15. maja 1991.

²⁸ *Službeni glasnik RS* 46/2006.

²⁹ Izveštaj Narodne skupštine o aktima vraćenim, od strane predsednika Republike Srbije, Narodnoj skupštini Republike Srbije na ponovno glasanje od 16. jula 2021. godine.

³⁰ J. Janjić, op. cit.

³¹ N. Samardžić, op. cit., 46.

³² *Službeni glasnik RS* 72/2011.

ponovo glasa o zakonu“. Naredni stav dodaje da je „predsednik dužan da proglaši ponovo izglasani zakon u Narodnoj skupštini“.³³

Predsednik Milošević u svom vetu od 25. aprila 1991. godine koristi na kraju formulaciju „ocenjujem da saglasno članu 84 stav 1 Ustava Republike Srbije Narodna skupština Republike Srbije *treba* (podvukao M.Đ.) ponovo da glasa o navedenom Zakonu“. Ovakva formulacija, uz korišćenje reči *treba* umesto *zahtevam* će se zadržati u narednih deset suspenzivnih veta predsednika Miloševića, sve do 31. maja 1994. godine i suspenzivnog veta na Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće, u kome se Milošević poziva na isti član Ustava, ali ovaj put „zahteva“ da Narodna skupština o veteranom aktu „ponovo odlučuje“.³⁴ No, nezavisno od toga kakvu je formulaciju sam predsednik iskoristio, Ustav je u ovom pogledu jasan – parlament je *morao* ponovo da glasa o veteranom predlogu zakona, jer to od njega *zahteva* predsednik Republike, po slovu Ustava. Mogućnost da Narodna skupština odluči da ne glasa o veteranom aktu uvedena je Ustavom iz 2006. godine („*Ako Narodna skupština odluči da ponovo glasa* (podvukao M.Đ.) o zakonu koji je predsednik Republike vratio na odlučivanje, zakon se izglasava većinom od ukupnog broja poslanika“³⁵). Ovakva mogućnost samo bespotrebno usložnjava postupak u parlamentu³⁶ i javlja se kao kuriozitet (osim u Srbiji, ono postoji još u Litvaniji³⁷). Po Ustavu od 1990. godine to pak nije bilo moguće, te je faktičkim odustajanjem od veteranog predloga zakona prekršen Ustav.

KRATAK PREGLED DALJE PRAKSE

Od svih srpskih predsednika najviše puta je Slobodan Milošević iskoristio ovo svoje predsedničko ovlašćenje, a od svih godina, u ovom smislu je najvažnija 1991. godina, kada je uloženi prvi suspenzivni veto u srpskoj istoriji i kada je ujedno, do danas, zabeležena najfrekventnija upotreba ovog ovlašćenja (1991. je predsednik Milošević pet puta iskoristio ovo svoje pravo, a naredne 1992. godine

³³ Ustav Republike Srbije iz 1990. godine, *Službeni glasnik RS* 1/90, čl. 84.

³⁴ Tadić je u prva dva svoja veta iz 2005. godine na Zakon o radu i Zakon o Vladi upotrebio jednu generalnu formulaciju upućivanja na ustavne odredbe, odnosno „upućivanja Zakona Narodnoj skupštini na ponovno glasanje“, da bi 2006. godine u vetu na Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radiodifuziji i on jasno upotrebio ustavni izraz „zahtevam“.

³⁵ Ustav Republike Srbije iz 2006. godine, *Službeni glasnik RS* 98/2006, čl. 113 st. 2 („Proglašenje zakona“).

³⁶ M. Đorđević, op. cit., 61-61.

³⁷ Ustav Litvanije, čl. 71.

četiri puta – što zajedno čini tačno polovinu od ukupnog broja svih do sada upotrebljenih veta u srpskoj pravnoj istoriji).

Zakon o vraćanju Srpskoj pravoslavnoj crkvi zgrada – zadužbina, zgrada – legata, stambenih zgrada i građevinskog zemljišta, koji su prešli u društvenu svojinu na osnovu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (25. 4. 1991) bio je dakle prvi izglasani predlog zakona koji je jedan srpski predsednik odbio da proglasi ukazom. Iste godine je predsednik Milošević vetirao i sledeće akte: Zakon o štrajku (27. 6. 1991); Zakon o radnim odnosima (17.7.1991); Zakon o sudovima (18.7.1991); Zakon o prestanku važenja Zakona o Akademiji nauka i umetnosti Kosova (23.10.1991) i Zakon o slobodnoj kupovini i prodaji deviza po tržišnoj vrednosti u bankama Srbije (24.12.1991).

1992. godine, predsednik Milošević je suspenzivni veto upotrebio četiri puta i to na: Zakon o osnovnoj školi (26.5.1992); Zakon o srednjoj školi (26.5.1992); Zakon o višoj školi (2.6.1992) i Zakon o Javnom preduzeću „Politika“ (1.8.1992).³⁸ Naredne godine je Milošević vetirao Zakon o samostalnom obavljanju umetničke i druge delatnosti u oblasti kulture (21.4.1993), a 1994. godine je poslednji put iskoristio ovo svoje ovlašćenje, vrativši na ponovno odlučivanje Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće (31.5.1994).

Više od deset godina suspenzivni veto nije korišćen u srpskom političkom životu. Predsednik Milan Milutinović ga nije upotrebio ni jedanput,³⁹ a Srbija je

³⁸ Originalni tekst ovog suspenzivnog veta je nažalost zagubljen negde u arhivama Narodne skupštine Republike Srbije, te je ujedno i jedini od svih primeraka veta srpskih predsednika koji autoru teksta nije bio na raspolaganju prilikom pisanja ovog rada. O okolnostima pod kojim je uložena ovaj veto ipak se posredno može dosta toga saznati iz Zapisnika Drugog vanrednog zasedanja Narodne skupštine Republike Srbije u 1992. godini.

³⁹ Milan Milutinović je u intervjuu datom autoru ovog teksta istakao da je jednom želeo da iskoristi ovo svoje pravo, ali da je ipak u poslednjem trenutku odustao: „Imao sam situaciju 1998. godine gde sam bio blizu da ne potpišem Zakon o visokom školstvu. Ipak sam ga poslednjeg dana roka potpisao. Meni u konkretnom slučaju nije bio veliki problem da napišem obrazloženje suspenzivnog veta, iz vrlo prostog razloga što sam napisao jednu obimnu knjigu o budućnosti visokog školstva i uopšte o visokom školstvu kod nas i u svetu. Zato sam mogao to za pet minuta da napišem. Pogodilo me je to što je Vlada, znajući da poznajem materiju, radila u tajnosti. Bila je to Vlada Mirka Marjanovića i profesor Ratko Marković je pisao sa jednom grupom taj zakon. On je znao da ću biti protiv i svi su to krili od mene. Kada sam saznao, rekao sam im da ja to neću da potpišem. Onda su oni hteli da obustave sve... da povuku zakon iz Skupštine. Cela priča se svodila na to da je taj zakon kršio autonomiju univerziteta, jer je Vlada imenovala dekane. To je bilo onako, „prst u oko“ autonomiji univerziteta i svih fakulteta, i apsolutan presedan u istoriji univerziteta. Tako da to nije moglo. Međutim, na kraju sam legao na rudu i potpisao. To je bila jedina situacija, jer ostali zakoni su bili kako tako ok i dosta su me konsultovali. Što je najgore, više su me konsultovali kada je posle 5. oktobra došao DOS. Oni su pitali sve unapred, ali ne zbog suspenzivnog veta, nego zbog neiskustva.

u tom vremenskom okviru jedno vreme imala i jedan duži period (2003-2004) kada je funkciju predsednika Republike vršio predsednik Narodne skupštine, prvo zbog neuspešnosti predsedničkih izbora usled nedovoljnog izlaska birača, a potom zbog neraspisivanja izbora u predviđenom roku. U literaturi se ovaj period smatra „deformacijom sistema vlasti“ i naziva periodom „parlamentarnog kvazipredsednika“,⁴⁰ a u skladu sa tadašnjim ustavnopravnim okvirom predsedničkih ovlašćenja, nije bilo nemoguće (uprkos očitaj konfuziji vlasti) da takav kvazipredsednik uloži i suspenzivni veto. Ovo se pak nije dogodilo, a takav ustavnopravni propust je kasnije otklonjen Zakonom o predsedniku Republike iz 2007. godine, u kome je krug ovlašćenja vršioca dužnosti predsednika taksativno određen i u kome je između ostalog eksplicitno navedeno da je on dužan da svaki izglasani zakon proglasi ukazom.⁴¹

2005. godina je posle duže pauze značila i „ponovno otkrivanje“ ovlašćenja suspenzivnog veta predsednika Republike. Predsednik Boris Tadić je veto prvo uložio na Zakon o radu (24.2.2005). Dok primena ovog instituta početkom devedesetih godina nije izazivala veće sporove u praksi,⁴² „vaskrsnuće“ suspenzivnog veta u ustavnom životu Srbije izazvalo je određene (čini se bespredmetne) dileme, te ukazalo na to da „primena veta može biti sporna u relativno nesređenim političkim prilikama, kada nema komunikacije i saradnje između glavnih ustavnih činilaca“.⁴³ Sam povod za ulaganje veta bio je nesvakidašnji: predsednik je tvrdio da mu je na potpis dostavljen tekst koji nije u potpunosti istovetan onome koji su poslanici glasanjem usvojili. Reč je dakle bila o postojanju sumnje u grubu povredu formalne ustavnosti. Zabunu je u literaturi, kao i u postupku koji je kasnije vođen pred Ustavnim sudom, izazivala i činjenica da nije bilo sasvim jasno koji tačno akt predstavlja suspenzivni veto, jer je samo dan pre ulaganja veta predsednik Tadić poslao jedno pismo predsedniku Narodne skupštine Predragu Markoviću u kome ga obaveštava o svojim sumnjama i najavljuje veto ukoliko stvar

Đinđić mi je unapred slao zakone, pre nego što ih je čak pustio i na Vladu, i pitao: „da li valja ili ne valja?“. Imao sam čak i veći uticaj nego ranije, ali oni su znali, a to su jedanput i javno rekli: „taman posla da se bavimo njegovim smenjivanjem – čovek je nesmenjiv“. Ceo tekst intervjua dostupan u M. Đorđević, op. cit., 228-230.

⁴⁰ Đorđe Marković, „Način izbora predsednika Republike Srbije“, *Predsednik i Ustav* (ur. Vladan Petrov), Beograd, 2018, 130 – 131.

⁴¹ Zakon o predsedniku Republike, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2007, čl. 17.

⁴² V. Petrov (2005), op. cit., 85.

⁴³ Vladan Petrov, *Parlamentarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, 187.

ne bude razjašnjena. Kako objašnjenje očitije nije blagovremeno došlo, uloženi su vetovi, a parlament je u ponovnoj proceduri ponovo usvojio vetirani akt, te ga je predsednik proglasio zakonom. Tadić je potom podneo Ustavnom sudu predlog za ocenu ustavnosti tog zakona, ali se taj postupak otego sve do 31.3.2010. godine, kada je, uz saglasnost predsednika Tadića, on i okončan Zaključkom o okončaju postupka za ocenu ustavnosti Zakona o radu.⁴⁴

Iste godine je predsednik Tadić vetirao i izglasani predlog Zakona o Vladi (30.5.2005), nešto više od godinu dana kasnije veto je uloženi i na Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radiodifuziji (27.7.2006), da bi njegov poslednji suspenzivni veto bio onaj iz 2010. godine kojim je vraćen Zakon o izmenama i dopunama Zakona o porezu na dodatu vrednost (31.12.2010). Jedini uspešan veto predsednika Tadića je upravo bio ovaj poslednji, koji je ujedno i prvi suspenzivni veto uloženi u skladu sa odredbama važećeg Ustava iz 2006. godine, koji predviđa umnogome drugačiju regulativu ovog instituta u odnosu na Ustav iz 1990.

Naredni predsednik Srbije Tomislav Nikolić je (uspešno) vetirao tokom svog mandata jedan akt – Zakon o posebnim uslovima prodaje određenih nepokretnosti u svojini Republike Srbije (5.8.2015), a aktualni predsednik Srbije Aleksandar Vučić je do momenta pisanja ovih redova takođe samo jedanput iskoristio ovo svoje pravo, vrativši Zakon o izmenama i dopunama Zakona o vodama (22.7.2021) na ponovno odlučivanje.

Veta su ulagana, u skladu sa oba srpska ustava, najčešće iz razloga sumnje u ustavnost izglasanih predloga zakona, ali i sumnje u njihovu političku celishodnost. Naša praksa je pokazala da u situacijama kohabitacije nijedan suspenzivni veto predsednika nije bio uspešan, ali sa druge strane nisu bili uspešni ni svi oni koji su uloženi u trenutku kada je predsednik iza

⁴⁴ Reč je o svojevrsnom presedanu i ustavnopravno veoma zanimljivom slučaju u kome se Ustavni sud obratio predsedniku Republike pozivom da se izjasni da li on „ostaje pri podnetom predlogu“ sa obrazloženjem da se u međuvremenu promenio ustav i poslovnik, da je sam Zakon o radu pretrpeo više izmena, te da je on „već šest godina deo pravnog poretka Republike Srbije“. Predsednik Tadić nije ostao pri svom predlogu, a svoje mišljenje je u Zaključku Ustavnog suda sa vrlo bogatom argumentacijom izdvojila sudija Bosa Nenadić. Zanimljivo je takođe da je argumentacija predsednika Tadića u ovom postupku na sopstvenu štetu odstupala od karaktera izvornih radnji, te da je ceo slučaj u kome je, sudeći po svemu, u osnovi bio u pravu, usled suštinskog nerazumevanja instituta suspenzivnog veta, poprimio odlike sasvim nesvojstvene prirodi ovog instituta. Zaključak Ustavnog suda je u celosti dostupan na: www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/12017/?NOLAYOUT=1, 10.9.2021.

sebe imao parlamentarnu većinu. Takođe, suspenzivni veto Tomislava Nikolića, jedinog srpskog predsednika koji je napustio svoje članstvo u političkoj stranci čiji je do tada bio lider⁴⁵ (te stoga nije sasvim jasno da li ovde može govoriti o kohabitaciji ili ne), bio je uspešan.

ZAKLJUČAK

Srbija se donošenjem Ustava iz 1990. godine umnogome vratila na staze liberalno-demokratske ustavnosti, a ovim Ustavom je po prvi put u našoj ustavnopravnoj istoriji uveden i institut suspenzivnog veta predsednika Republike. Dosadašnja praksa nije svojim obimom posebno velika (reč je o svega 18 uloženi veta), ali je sadržinski interesantna – suspenzivna veta su ulagana usled sumnje u ustavnost i celishodnost izglasanih predloga zakona, vođeni su postupci pred Ustavnim sudom posle ponovnog izglasavanja u parlamentu, a u više slučajeva je dolazilo i do protivustavnog delovanja u nekoj od faza postupka posle ulaganja veta. Prvi suspenzivni veto u srpskoj istoriji koji je je 25. aprila 1991. godine uložio tadašnji predsednik Srbije Slobodan Milošević upravo je jedan od takvih. O vetiranom Zakonu o vraćanju Srpskoj pravoslavnoj crkvi zgrada – zadužbina, zgrada – legata, stambenih zgrada i građevinskog zemljišta, koji su prešli u društvenu svojinu na osnovu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta nije se, suprotno odredbama Ustava, ponovo glasalo u Narodnoj skupštini, a materiju koju je ovaj predlog uređivao normirao je tek deceniju i po kasnije Zakon o vraćanju imovine crkvama i verskim zajednicama. Ovaj prvi pak ostaje kao višestruko svedočanstvo – primer situacije kada poslanici vladajuće većine nisu inicijalno poslušali savet Vlade, pa je Vlada morala da se obrati predsedniku kako bi donošenje zakona bilo zaustavljeno; kao i primer prve upotrebe klasičnog ustavnopravnog instituta suspenzivnog veta u Srbiji, koji ironično, nije u potpunosti i realizovan u skladu sa tadašnjim ustavnopravnim okvirom.

⁴⁵ Reč je o neuspešnom pokušaju uspostavljanja prvog ustavnog običaja u našoj zemlji. Ni Ustav, kao ni prateće zakonodavstvo ne obavezuju srpskog predsednika Republike da napusti mesto lidera stranke ili članstvo u njoj (za razliku od, na primer, susedne Hrvatske), ali je Tomislav Nikolić to svejedno učinio. Platilo je skupu političku cenu, a njegov naslednik, aktuelni predsednik Srbije Aleksandar Vučić, nije želeo da istu grešku ponovi. „Politički krah Tomislava Nikolića bio je loša poruka svakom potonjem pretendentu na predsedničku funkciju, jer je postalo belodano jasno da realne političke moći nema bez potpore vladajuće političke stranke.“ – Darko Simović, „Kako do neutralne moderatorne vlasti predsednika Republike Srbije?“, *Predsednik i Ustav* (ur. Vladan Petrov), Beograd, 2018, 39. O pitanjima zadržavanja liderske pozicije u stranci vidi: Dejan Milić, „Da li su inkompatibilne funkcije šefa države i predsednika političke stranke? – Ustavnopravni položaj predsednika Republike Srbije“, *Parlamentarizam u Srbiji* (ur. Edin Šarčević), Sarajevo, 2018, 225 – 251.

Dr. MIROSLAV ĐORĐEVIĆ
Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

THE FIRST PRESIDENTIAL VETO IN SERBIAN CONSTITUTIONAL LEGAL HISTORY

Summary

Although the institute of presidential veto has been applied in Serbia for more than 30 years, there is no consensus within the doctrine regarding the moment when this institute was introduced into our legal system for the first time. In addition, the very first case of use of this presidential power seems to be forgotten and often overlooked in the literature. In this paper, the author points to the presidential veto of Slobodan Milosevic from 1991 on the Law on the Return of Buildings – Endowments, Buildings – Legacies, Residential Buildings and Construction Land to the Serbian Orthodox Church, which passed into social ownership on the basis of the Law on Nationalization of Rented Buildings and Construction land. This is the first presidential veto in Serbian history, but also an example of a situation when the procedure after the veto did not entirely follow the provisions of the Constitution of 1990, which was in force back at the time. After pointing out the content and all the circumstances surrounding this presidential veto (in order to prevent it from falling into oblivion), as well as analyzing it from the constitutional law perspective, the author also provides an overview of later practice of presidential veto in Serbia. This presidential power was put to use only 18 times so far. However, this modest practice is in its quality rich and interesting, hence suitable for scholarly analysis.

Key words: Presidential Veto, Republic of Serbia, President of the Republic, Constitution of 1990, Sretenje Constitution

Literatura

- Đorđević M., *Suspenzivni veto predsednika republike*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Đorđević S., *Predsednik Republike Srbije*, Srpska reč, Kragujevac, 1998.
- Krkljuš Lj., *Pravna istorija srpskog naroda*, Beograd, 2009.
- Kutlešić V., „Suspenzivni veto predsednika Republike Srbije“, *Pravni život*, br. 3-4, Beograd, 1992.
- Marković Đ., „Način izbora predsednika Republike Srbije“, *Predsednik i Ustav* (ur. Vladan Petrov), Beograd, 2018.
- Marković R., „Moć i nemoć predsednika Republike Srbije“, *Anali*, 3-4, Beograd, 2004.
- Milić D., „Da li su inkompatibilne funkcije šefa države i predsednika političke stranke? – Ustavnopravni položaj predsednika Republike Srbije“, *Parlamentarizam u Srbiji* (ur. Edin Šarčević), Sarajevo, 2018.
- Orlović S., *Načelo podele vlasti u ustavnom razvoju Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2008.

- Petrov V., „Suspendivni veto predsednika Republike“, *Prava čoveka*, br. 3-6, Beograd, 2005.
- Petrov V., *Parlamentarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.
- Pohl W. M., *Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2001.
- Samardžić N., Nacionalizacija, konfiskacija i restitucija – istorijska, pravna i politička pitanja, *Limes plus*, br. 2, Beograd, 2014.
- Simović D., „Kako do neutralne moderatorne vlasti predsednika Republike Srbije?“, *Predsednik i Ustav* (ur. Vladan Petrov), Beograd, 2018.
- Simović D., Petrov V., *Ustavno pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2018.
- Vučić O., „Monarhov otpor zakonodavnoj radnji u srpskim ustavima“, *Pravni život*, 6-7, Beograd, 1989.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 04.10.2021.

Prihvaćen: 29.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

BESFORT RAMADANI

USTAVNOSUDSKE DILEME U VEZI SA PRIMENOM ZAKONA O ZAŠTITI PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU NA IZVRŠNI POSTUPAK

Poštovanje prava na suđenje u razumnom roku je u interesu građana koji žele efikasnu zaštitu svojih povređenih prava, ali i države, koja nastoji da izbegne stvaranje loše slike o zaštiti ljudskih prava koju pruža. Zbog obima kršenja prava na suđenje u razumnom roku ovaj problem je u našem pravosudnom sistemu postao sistemski problem i kao moguć izlaz iz nastale situacije donet je Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, koji je stupio na snagu 1. januara 2016. godine. Ovim Zakonom propisana je procedura za zaštitu prava stranaka na suđenje u razumnom roku pred „redovnim sudovima“, a koja procedura se primenjuje i na izvršni postupak. Primena Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku u drugim sudskim postupcima ne pokreće posebna ustavnopravna pitanja. Međutim, praksa Ustavnog suda, za sada pokazuje da primena Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku u izvršnom postupku dovodi do ustavnopravne intervencije u većem obimu i primena pojedinih odredbi navedenog Zakona dovodi do nepravičnih rešenja koja su istovremeno u suprotnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu.

Ključne reči: suđenje u razumnom roku, izvršni postupak, Ustavni sud, izvršni dužnik, javni izvršitelj

Besfort Ramadani, master prava, savetnik Ustavnog suda Republike Srbije, e-mail: *besfort.ramadani@ustavni.sud.rs*.

U V O D N E N A P O M E N E

U pravnoj teoriji ne postoji opšta definicija prava na suđenje u razumnom roku koja bi bila primenljiva na sve slučajeve,¹ s obzirom na to da je domen primene navedenog prava izuzetno širok. Navedeno pravo štiti se, ne samo u sudskim postupcima, već i u postupcima koji se vode pred drugim državnim organima i imaocima javnih ovlašćenja, kao što je upravni postupak, disciplinski postupak, postupak pred notarom, postupak pred javnim izvršiteljem, pa čak i postupak pred Ustavnim sudom.²

Pravo na suđenje u razumnom roku je u našem pravosudnom sistemu istovremeno ustavno, konvencijsko i zakonsko pravo.

Pravo na suđenje u razumnom roku kao ustavno pravo ima svoj osnov u odredbi čl. 32. st. 1 Ustava Republike Srbije.³ Navedenom ustavnom normom je utvrđeno da svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i optužbama protiv njega.

Konvencijsko pravo na suđenje u razumnom roku je zaštićeno odredbom čl. 6. st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁴ Navedenom odredbom je utvrđeno da svako tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Evropska konvencija je sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuje (čl. 16. st. 2 Ustava).

Zaštitu zakonskom pravu na suđenje u razumnom roku u postupku pred „redovnim sudovima“ pruža Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku,⁵ koji je „prvi na liniji odbrane“ ovog prava pre Ustava i Evropske konvencije. Mnoge druge države su takođe donele slične zakone u cilju ubrzavanja sudskih postupaka.⁶

¹ Suprotno, Katarina Manojlović Andrić, Ljubica Milutinović, Snežana Andrejević, Vanja Rodić, Majda Kršikapa, Milan Bajić, *Kriterijumi za ocenu povrede prava na suđenje u razumnom roku*, Savet Evrope, Beograd, 2018, 9.

² Slavoljub Carić, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2008, 2.

³ *Službeni glasnik RS*, br. 98/06. U daljem tekstu: Ustav.

⁴ *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005, *Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015). Srbija je potpisala Evropsku konvenciju 3. aprila 2003. godine, a ratifikovala 3. marta 2004. godine. U daljem tekstu: Evropska konvencija.

⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 40/2015.

⁶ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the effectiveness of national remedies in respect of excessive length of proceedings, CDL-AD (2006.)

Najpoznatiji takav zakon donet je u Italiji i poznat je kao „Zakon Pinto“ (legge Pinto). Pravno sredstvo kojim se štiti pravo na suđenje u razumnom roku delotvorno je ako je dostupno stranci i pogodno da spreči povredu prava koja može da nastupi ili da obezbedi odgovarajuće obeštećenje za povredu koja je već nastupila.⁷ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku je prihvatio preventivni – kompenzacioni sistem (kombinovani sistem),⁸ jer ima za cilj da ubrza i spreči odugovlačenje postupka i da se licu kojom je utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku pruži naknada štete. Postoji mišljenje da se Evropski sud za ljudska prava u Odluci *Stanković protiv Srbije*, broj predstavke 41285/19, od 19. decembra 2019. godine, izjasnio da je Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku delotvoran zakon za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.⁹

Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku se primenjuje i na izvršni postupak koji nije okončan (čl. 2. st. 1 i čl. 5. st. 1). Takođe, pravo na suđenje u razumnom roku je inkorporisano u samom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine¹⁰ i to u formi načela hitnosti, koje je jedno od najvažnijih načela u izvršnom postupku (čl.15). Navedeno načelo je razrađeno u čitavom zakonu sa ciljem da se postupak ubrza i postigne posebna efikasnost.¹¹

Kao tri systemska problema koja se mogu identifikovati prilikom primene Zakona za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku na izvršni postupak jesu: 1) „neograničeno“ pravo na suđenje u razumnom roku u korist izvršnog dužnika; 2) kada se smatra da je izvršni postupak okončan, pri čemu je posebno važno pitanje da li je izvršni postupak okončan, sa aspekta navedenog zakona, onda kada

036rev, Strasbourg, 2007, 15, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)036rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)036rev-e), 19.8.2021.

⁷ Vodič za dobru praksu u pogledu domaćih pravnih lekova, sa osnovnim pravnim načelima koja se odnose na delotvoran pravni lek uopšte, Savet Evrope, 2013, <https://rm.coe.int/vodic-za-dobru-praksu-u-pogledu-domacih-pravnih-lekova/1680695aaa>, 19. 8. 2021. Vodič je usvojen na sednici Komiteta ministara dana 18. septembra 2013. godine. Evropski sud za ljudska prava je zauzeo istoветno pravno stanovište povodom navedenog pravnog pitanja u presudi donetoj u predmetu *Skordino protiv Italije*, br. 36813/97, od 29. marta 2006. godine, st. 198, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19.8.2021.

⁸ Violeta Beširević, Slavoljub Carić, Marija Draškić, Vladimir Đerić, Goran P. Ilić, Ivan Jančević, Edo Korljan, Ivana Krstić, Tanasije Marinković, Tatjana Papić, Drogoљub Popović, *Komentar konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2017, 143.

⁹ Izdvojeno mišljenje sudije Lidije Đukić na odluku Ustavnog suda UŽ-7309/2018 od 17. decembra 2020. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2021, 29. januar 2021. godine, 3.

¹⁰ *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 106/2015, 106/2016, 113/2017 54/2019.

¹¹ Ljubica Milutinović, „Načelo efikasnosti i ekonomičnosti u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju“, *Primena novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju* (red. Nebojša Šarkić), Beograd, 2016, 178.

je izvršni sud doneo rešenje o izvršenju i predmet dostavio javnom izvršitelju, radi sprovođenja izvršenja; 3) visina novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu izazvanu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u izvršnom postupku koji se vodi protiv izvršnog dužnika – državnog/društvenog preduzeća.

IZVRŠNI DUŽNIK I PRAVO NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

Pravo na suđenje u razumnom roku ima svaka stranka u sudskom postupku, što uključuje i izvršni postupak (čl. 2. st. 1 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku). Stranke u izvršnom postupku su izvršni poverilac i izvršni dužnik. U smislu Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine, izvršni poverilac označava lice čije se potraživanje namiruje u izvršnom postupku ili obezbeđuje u postupku obezbeđenja, a izvršni dužnik označava lice prema kome se potraživanje namiruje u izvršnom postupku ili obezbeđuje u postupku obezbeđenja (čl. 2. tač. 2, 3. i 4).

Kao ustavnopravno pitanje se postavlja da li izvršni dužnik uživa zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, odnosno da li uživa zaštitu ovog prava u punom obimu i u celom izvršnom postupku. Osnovni cilj izvršnog postupka je brzo i efikasno namirenje izvršnog poverioca uz što manje troškova postupka. Izvršni poverilac je, kao stranka u postupku, neposredno pravno zainteresovan da se izvršenje sprovede u najkraćem mogućem roku radi ostvarivanja svog nespornog prava priznatog izvršnom/verodostojnom ispravom. Navedena stranka u izvršnom postupku trpi stres zbog toga što ne može prinudno da ostvari svoje potraživanje (nematerijalna šteta) i duže trajanje izvršnog postupka podrazumeva i veće troškove za izvršnog poverioca (materijalna šteta), jer troškove izvršnog postupka prethodno snosi izvršni poverilac (čl. 33. st. 1 Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine). Stoga se zaštita prava na suđenje u razumnom roku u izvršnom postupku prvenstveno garantuje izvršnom poveriocu. U skladu sa tim ciljem, izvršnim zakonom je propisano da je javni izvršitelj dužan da se stara da se izvršni poverilac što bolje i povoljnije namiri (čl. 138. st. 1).

U vezi sa zaštitom prava na suđenje u razumnom roku izvršnog dužnika, treba reći da utvrđenje određenih radnji nečinjenja i perioda neaktivnosti u izvršnom postupku, samo po sebi, ne znači da je i izvršnom dužniku povređeno navedeno pravo. Naime, svako kašnjenje u izvršnom postupku je, po pravilu, direktno na štetu izvršnog poverioca, a ne izvršnog dužnika. Štaviše, određeni propusti i kašnjenje u izvršnom postupku mogu biti u korist izvršnog dužnika. Tako je Ustavni sud Bosne i Hercegovine utvrdio da je izvršni sud pravnosnažno rešenje o izvršenju dostavio banci nakon 10 meseci od dana donošenja navedenog akta, što je omogućilo izvršnom dužniku da u međuvremenu skine sredstva sa svog računa koja su bila dovoljna

za namirenje potraživanja izvršnog poverioca, da proda svoje nepokretnosti i pokretne stvari, na koji način je onemogućio namirenje potraživanja izvršnog poverioca.¹²

Ipak, izvršni dužnik uživa zaštitu prava na suđenje u razumnom roku ali, za razliku od izvršnog poverioca, njegovo pravo na suđenje u razumnom roku je ograničeno, u smislu da se izvršnom dužniku priznaje ovo pravo samo u onim procesnim situacijama u kojima se neposredno odlučuje o njegovim „građanskim pravima i obavezama“. Procesna situacija u kojima se odlučuje o pravima i obavezama izvršnog dužnika jeste postupak po pravnom sredstvu koji je izjavio dužnik. Pravo na podnošenje pravnog sredstva, pravo na donošenje i dostavljanje odluke po pravnom sredstvu u razumnom roku, predstavljaju procesne garancije koje su ustanovljene i u korist izvršnog dužnika i u našem izvršnom procesnom pravu predstavljaju ustaljeni zakonski mehanizam odbrane izvršnog dužnika od nezakonitosti i nepravilnosti koje mogu proisteći iz izvršnog postupka u fazi određivanja i sprovođenja izvršenja.¹³ Suprotno, ukoliko bi se u ustavnoj žalbi izvršni dužnik uopšteno pozvao na kašnjenja izvršnog suda, ali koja nisu imala direktno dejstvo na njegova prava, to je imalo za procesnu posledicu odbacivanje ustavne žalbe.¹⁴

Jedan od kriterijuma za utvrđenje povrede prava na suđenje u razumnom roku jeste „značaj predmeta suđenja“ odnosno značaj prava za stranku (čl. 4 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku). Izvršni dužnik u postupku prvenstveno ima obavezu da izmiri utvrđeno potraživanje iz izvršne/verodostojne isprave i njegovo pravo se ne može prepoznati na nivou izvršnog postupka u celini, već samo u izuzetnim situacijama u kojima se direktno odlučuje o njegovim pravima i pravnim interesima, a to je postupak o pravnom sredstvu u kojem se može utvrditi povreda prava na suđenje u razumnom roku izvršnom dužniku.

KADA JE OKONČAN IZVRŠNI POSTUPAK

Pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku – prigovor radi ubrzavanja postupka i žalba mogu da se podnesu dok se postupak ne okonča (čl. 5. st. 1 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku). *Izvršni postupak* se okončava obustavom ili zaključenjem (čl. 128. st. 1 Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine). Ovakvo rešenje je bilo propisano i Zakonom o izvršenju

¹² Presuda Ustavnog suda Bosne i Hercegovine AP-4209/10 od 28. marta 2014. godine, https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_bs/AP-4209-10-648127.pdf, 19.8.2021.

¹³ Odluke Ustavnog suda UŽ – 7860/2012 od 9. jula 2015. godine i UŽ – 3130/2011 od 21. maja 2014. godine, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19.8.2021.

¹⁴ Rešenja Ustavnog suda UŽ-8976/2012 godine od 16. aprila 2013. godine, UŽ-4653/12 od 13. novembra 2014. godine i UŽ – 6046/12 13. juna 2013. godine.

i obezbeđenju iz 2011. godine¹⁵ (čl. 75) i to je bio prvi izvršni zakon koji je propisivao način okončanja izvršnog postupka. Ustavni sud u svojim odlukama u postupku po ustavnoj žalbi, kada se pokrene pitanje okončanja izvršnog postupka, načelno uvek istrajava na tome da izvršni postupak može da se okonča samo obustavom ili zaključenjem, bez obzira kada je izvršni postupak pokrenut.

Kao što je navedeno, tek je Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine prvi put bilo propisano na koji način se okonačava izvršni postupak. Kada je reč o izvršnim postupcima koji su bili pokrenuti pre 2011. godine, sudovi su okončavali postupke sa pozivom na podzakonske akte, kao što je Pravilnik o unutrašnjem poslovanju sudova i Sudski poslovnik. Tako je, na primer, odredbom člana 209. stav 4. Pravilnikom o unutrašnjem poslovanju sudova¹⁶, bilo propisano da je predmet upisnika I i Iv, završen kad rešenje o izvršenju o plenidbi sredstava na računu primi blagajna. U postupku o prigovoru radi ubrzavanja postupka, „redovni sudovi“ su navedeni procesni momenat uzimali kao trenutak okončanja izvršnog postupka. U vezi sa tim, Ustavni sud je u više svojih odluka izrazio stav da se ne može izjednačiti pojam okončanja izvršnog postupka namirenjem poveriočevog potraživanja sa pojmom okončanja predmeta u sudskom upisniku, jer dostavljanje rešenja o izvršenju Narodnoj banci Srbije ne znači automatski da je izvršenje sprovedeno (da je poveriočevo potraživanje namireno), te da je postupak usled toga okončan.¹⁷ Nije retka situacija u praksi da je izvršni sud konstatovao da je „predmet rešen na drugi način“ i da je arhiviran, što se u postupku o prigovoru radi ubrzavanja postupka uzimalo kao momenat okončanja postupka, ali sama činjenica da je spis predmet arhiviran, ne znači da je izvršni postupak okončan u skladu sa zakonom odnosno da je podnosilac namirio potraživanje.¹⁸

Postoji jedna procesna situacija u kojoj se ne traži da je donet zakonski akt o okončanju postupka (rešenje o obustavi postupka), a to je kada je izvršni dužnik – pravno lice brisano iz registra privrednih subjekata. Smatra se da je izvršni postupak okončan brisanjem pravnog lica iz registra privrednih subjekata, nezavisno od

¹⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 99/2011, 109/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/1204, 139/2014.

¹⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 91/1993, 27/1995 i 29/2000.

¹⁷ Odluka Ustavnog suda UŽ-2099/2015 od 11. jula 2017. godine, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19.8.2021. Vrhovni kasacioni sud je u rešenju Ržg. 157/2017 od 28. septembra 2017. godine ponovio prethodno navedeni stav Ustavnog suda i ukazao na to da je Evropski sud za ljudska prava u presudi *Rafailović i Stevanović protiv Srbije* konstatovao da uništenje spisa predmeta ne može osloboditi tuženu državu obaveze da osigura delotvorno učešće njenog celog aparata u blagovremenom izvršenju presuda na sopstvenu inicijativu, tako što će da uspostavi efikasan sistem evidentiranja isplata dugova pre uništenja spisa predmeta.

¹⁸ Odluke Ustavnog suda UŽ-668/2018 od 17. decembra 2020. godine, UŽ-1574/2018 od 4. marta 2021. godine, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19.8.2021.

toga kada je doneto rešenje o obustavi izvršnog postupka povodom navedene zakonske činjenice, jer podnosilac koji je zaposlen kod dužnika i protiv koga ima materijalno potraživanje, dužan je da pokaže da je zainteresovan za status dužnika.¹⁹

Bitno pitanje jeste zaštitita prava na suđenje u razumnom roku pred javnim izvršiteljem. Kao problem se postavlja, da li je izvršni postupak okončan, sa aspekta Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, onda kada je izvršni sud doneo rešenje o izvršenju i predmet dostavio javnom izvršitelju, radi sprovođenja izvršenja.

U cilju efikasnijeg i delotvornijeg izvršenja, tadašnjim Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine uvedena je nova pravosudna profesija – izvršitelj ili kako se u praksi nazivao „privatni“ izvršitelj (njegov trenutni zakonski naziv jeste javni izvršitelj).²⁰ Ustavni sud je imao prilike da se izjasni o javnom izvršitelju, tako što je rešenjem IUz–782/2012 od 27. februara 2014. godine odbacio inicijative za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti odredaba Zakona o i izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine, a kojim odredbama je bilo ustanovljeno zakonsko ovlašćenje javnog izvršitelja da odlučuje o predlogu za izvršenje radi namirenja potraživanja iz komunalnih usluga (što je tradicionalno bilo ovlašćenje isključivo suda). Na ovaj način Ustavni sud je dao ustavnu snagu institutu javnog izvršitelja, pošto javni izvršitelj nije ustavna kategorija i time je izjednačio sud i javnog izvršitelja, kao organe izvršnog postupka, po pitanju poštovanja i primena procesnih garancija iz člana 32. stav 1. Ustava (što podrazumeva i zaštitu prava na suđenje u razumnom roku). Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine izvršena je nova raspodela nadležnosti između suda i javnog izvršitelja, a u korist javnog izvršitelja, mnoge nadležnosti je javni izvršitelj preuzeo od izvršnog suda. Javni izvršitelj je u skladu sa zakonskim rešenjima i primenom tih rešenja u praksi postao dominantan organ izvršnog postupka, a posledično povreda prava na suđenje u razumnom roku pred javnim izvršiteljem postalo je aktuelno pravno pitanje.

Međutim, Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku ne propisuje pravo na podnošenja prigovora radi ubrzavanja izvršnog postupka koji se vodi pred javnim izvršiteljem. Naime, u smislu navedenog zakona, stranka podnosi prigovor sudu koji vodi postupak i u rešenju kojim se prigovor usvaja i utvrđuje povreda prava na suđenje u razumnom roku predsednik suda *ukazuje sudiji* na razloge zbog

¹⁹ Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Krndija protiv Srbije*, br. predstavke 30723/09, od 27. juna 2017. godine, st. 42, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19.8.2021, Rešenje Ustavnog suda UŽ – 2208/2017 od 18. decembra 2019. godine.

²⁰ Više o (javnom) izvršitelju, Nikola Bodiroga, „Izvršitelj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (ur. Dragiša Dragić), br. 2, Novi Sad, 2011, 193–220; N. Bodiroga „Sudska kontrola rada izvršitelja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (ur. Milan Škulić), br. 2, Beograd, 2015, 61-77; Nikola Bodiroga, „Položaj javnog izvršitelja u Novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju“, *Pravo i privreda* (ur. Mirko Vasiljević), br. 4, Beograd, 2016, 440-454.

kojih je povređeno pravo stranke i *nalaže sudiji* procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak (čl. 7. st. 1 i čl. 11. st 1). Navedene zakonske odredbe predstavljaju pravni osnov da „redovni sudovi“ odbacuju prigovore za ubrzavanja postupka, sa obrazloženjem da je *postupak pred sudom okončan* i da se postupak sprovođenja izvršenja u trenutku podnošenja prigovora vodi pred javnim izvršiteljem i predsednik suda nema ovlašćenja da naloži javnom izvršitelju preduzimanje procesnih radnji koje delotvorno ubrzavaju postupak. Ustavni sud je u nizu svojih Odluka utvrdio da je ovakvo pravno stanovište „redovnih sudova“ ustavnopravno neprihvatljivo, jer zaštita prava na suđenje u razumnom roku ne može zavisiti od toga da li izvršenje sprovedi sud ili ga, umesto suda, a u ime države, sprovodi javni izvršitelj, da se faza sprovođenja izvršenja pred javnim izvršiteljem smatra sastavnim delom izvršnog postupka i da trajanje postupka pred javnim izvršiteljem može biti obuhvaćeno pravnim sredstvima iz Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.²¹

Pored navedenog, treba navesti i sledeće: Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine propisuje opšte načelno pravilo da je sud isključivo nadležan u fazi odlučivanja o predlogu za izvršenje, osim u pojedinim slučajevima (čl. 3. st. 2) („*sudska faza*“ *izvršnog postupka*). Znači, Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku može formalno da se primeni samo u navedenoj fazi izvršnog postupka. Međutim, ta faza postupka se po pravilu vrlo brzo okončava, jer se u toj fazi podnosi inicijalni podnesak – predlog za izvršenje i donosi se jedan akt – rešenje o određenju predloženog izvršenja ili rešenje o odbijanju/odbacivanju predloga za izvršenje. Stoga, u ovoj fazi postupka, po pravilu, ne dolazi do povrede prava na suđenje u razumnom roku, samo izuzetno.

Zatim, Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine propisuje opšte načelno pravilo da je javni izvršitelj isključivi organ sprovođenja izvršenja, osim u pojedinim slučajevima (čl. 4. st. 3.) („*izvršiteljska faza*“ *izvršnog postupka*). U ovoj fazi, po pravilu, dolazi do povrede prava na suđenje u razumnom roku, zbog složenosti činjeničnih i pravnih pitanja (u toj fazi dolaze do izražaja vanpravosudni razlozi koji otežavaju namirenje, npr. nemogućnost da se nađe imovina izvršnog dužnika, preduzimaju se niz različitih izvršnih radnji, donose se različiti akti protiv kojih se mogu izjaviti pravna sredstva i učestvuje veliki broj učesnika sa svojim zahtevima o kojima treba odlučiti).

Važno je istaći da, iako je javni izvršitelj isključivo nadležan za sprovođenje izvršenja, to ne znači da je u toj fazi u potpunosti isključena aktivnost suda. Naprotiv, nadzor na pravilnošću i zakonitošću radnji i akata javnog izvršitelja vrši sud,

²¹ Odluke Ustavnog suda UŽ-7451/2016 od 25. oktobra 2018 godine, UŽ-7662/18 od 23. januara 2020. godine, UŽ-4804/2018 od 18. marta 2021. godine i UŽ-2943/2019 od 20. maja 2021. godine, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19.8.2021.

u postupku o pravnim sredstvima (žalbi, prigovoru i zahtevu za otklanjanje nepravilnosti). Tako je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku u postupku koji nije vodio sud već nosilac pravosudne funkcije koji je bio pod nadzorom suda.²²

Na kraju, u skladu sa Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine, javni izvršitelj je istovremeno isključivi izvršni organ kako u fazi odlučivanja o predlogu za izvršenje, tako i u fazi sprovođenja izvršenja kod sledećih vrsta izvršnih postupaka: 1) radi namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih usluga i 2) radi namirenja novčanog potraživanja prema Republici Srbiji, autonomnoj pokrajini, jedinici lokalne samouprave (čl. 3. st. 3. i 4). Znači, kod ovih vrsta izvršnih postupaka, Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku ne može ni formalno da se primeni (ni u fazi odlučivanja o predlogu za izvršenje ni u fazi sprovođenja izvršenja), čime se izvršni poverioci iz tih postupaka stavljaju u nejednak i diskriminatorni položaj u odnosu na ostale izvršne poverioce, bez objektivnog i opravdanog razloga.

Suštinski problem u ovoj materiji jeste nesaglasnost dva zakona – Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine i Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.²³ Mada je preciznije reći da ovde postoji „vremenski raskorak“ između ova dva zakona, jer je Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine počeo da se primenjuje nakon primene Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. Ovo je važno jer je javni izvršitelj tek sa primenom Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine postao „vodeći organ“ izvršnog postupka, ono što je sud tradicionalno bio u izvršnom postupku, to je sada postao javni izvršitelj, a posledica toga jeste da je suđenje u razumnom roku pred javnim izvršiteljem u međuvremenu postalo aktuelno pravno pitanje.

VISINA NOVČANOG OBEŠTEĆENJA ZA NEIMOVINSKU ŠTETU
ZBOG POVREDE PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU
U IZVRŠNOM POSTUPKU KOJI SE VODI PROTIV
DRŽAVNOG/DRUŠTVENOG PREDUZEĆA

Pravo na isplatu novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu kao vid pravičnog zadovoljenja (u daljem tekstu: neimovinska šteta) pripada stranci kojoj je pravnosnažno usvojen prigovor radi ubrzavanja postupka (čl. 22. st. 1 Zakona

²² Presuda u predmetu *Siegel protiv Francuske*, br. predstavke 36350/97, od 28. novembra 2000. godine, st. 33-38, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, 19.8.2021. U ovom predmetu utvrđena je povreda prava na suđenje u razumnom roku u vanparničnom postupku koji je vođen pred dva notara.

²³ Nikola Bodiroga, „Izvršenje u razumnom roku i postupak pred javnim izvršiteljem“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur.Stevan Lilić), br. 9, Beograd, 2019, 165.

o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku). Ustavni sud se, načelno, nije bavio pitanjem visine dosuđene naknade nematerijalne štete izazvane povredom prava na suđenje u razumnom roku, jer takvo pravno pitanje ulazi u domen instancione sudske kontrole (a ne ustavnosudske).²⁴

Navedeni način postupanja Ustavnog suda, kada je u pitanju izvršni postupak koji se vodi protiv izvršnog dužnika koji je državno/društveno preduzeće, promjenjen je nakon donošenja Odluke Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Stanković protiv Srbije*. Navedenom Odlukom je utvrđeno, između ostalog, da je podnositeljki u parničnom postupku pravnosnažno dosuđeno 800 evra u dinarskoj protivvrednosti na ime nematerijalne štete izazvane povredom prava na suđenje u razumnom roku u izvršnom postupku koji se vodi protiv izvršnog dužnika koji je državno/društveno preduzeće. Evropski sud za ljudska prava u navedenoj odluci zaključio je da se iznos od 800 evra smatra dovoljnim zadovoljenjem. Iako se radi o Odluci (nemeritornom aktu), državne ugovornice, u smislu člana 46. Evropske konvencije, obavezuje i obrazloženje Odluka Evropskog suda za ljudska prava.²⁵

Polazeći od navedene Odluke Evropskog suda za ljudska prava, Ustavni sud je Odlukom UŽ-7309/2018 od 17. decembra 2020. godine²⁶ usvojio ustavnu žalbu 29 podnosilaca i utvrdio da im je parničnom presudom povređeno pravo na pravično suđenje zajemčeno članom 32. stav 1 Ustava. Osporenom parničnom presudom podnosiocima ustavne žalbe, kao tužiocima u parničnom postupku, dosuđeno je po 300 evra u dinarskoj protivvrednosti na ime naknade nematerijalne štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u izvršnom postupku koji je vođen protiv izvršnog dužnika koji je državno/društveno preduzeće. Kao način otklanjanja štetnih posledica, predmetnom Odlukom Ustavnog suda, utvrđeno je pravo podnosilaca na naknadu nematerijalne štete, svakom u iznosu od po 800 evra u dinarskoj protivvrednosti, umanjenom za iznose koji su već isplaćeni.

Nakon donošenja Odluke Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Stanković protiv Srbije*, sa kojom se usaglasila i praksa Ustavnog suda, dosuđenje naknade nematerijalne štete u iznosu od 800 evra u dinarskoj protivvrednosti javlja se trenutno kao jedino pravično zadovoljenje zbog povrede prava na suđenje

²⁴ Odluke Ustavnog suda UŽ-6460/2015 od 7. septembra 2017. godine, UŽ-1991/2016 od 5. aprila 2018. godine, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19.8.2021. Rešenja Ustavnog suda UŽ-8526/2016 od 27. septembra 2018. godine i UŽ-5301/2020 od 22. juna 2021. godine.

²⁵ Aleksandar Jakšić, „Dejstva presude Evropskog suda za ljudska prava u pravnom poretku Republike Srbije“, *Pravo i privreda* (ur. Mirko Vasiljević), br. 7/9, Beograd, 2015, 192-197.

²⁶ Objavljeno u *Službenom glasniku RS*, br. 6/21 od 29. januara 2021. godine i dostupno na adresi <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19.8.2021.

u razumnom roku u izvršnom postupku koji se vodi protiv državnog/društvenog preduzeća. Radi zauzimanja jedinstvenog pravnog stava po ovom pravnom pitanju potrebna je potpuna inkorporacija obrazloženja Odluke Evropskog suda u naš pravni sistem. To se može postići tako što će i „redovni sudovi“ dosuđivati naknadu nematerijalne štete u iznosu od 800 evra u dinarskoj protivvrednosti, nezavisno od kriterijuma za određivanje visine naknade nematerijalne štete propisanih Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku (čl. 30. st 2).²⁷ Poželjno da se u ovoj materiji zauzmu opšti pravni zaključci od strane Vrhovnog kasacionog suda, kao najviše sudske instance, čija je zakonska uloga da vrši ujednačavanje sudske prakse i obezbeđuje jedinstvenu primenu prava.²⁸ Drugi način za potpunu primenu obrazloženja predmetne Odluke jeste izmena i dopuna Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.²⁹

UMESTO ZAKLJUČKA

Primarni cilj Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku jeste da se sa što manje kašnjenja i troškova, dođe do cilja zbog čega su pokrenuti sudski postupci, a to je zaštita i ostvarivanje subjektivnih građanskih prava. Zato je od izuzetne važnosti da primena Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, kao pomoćnog zakona, u praksi bude nesporna, ali primena navedenog zakona na izvršni postupak pokazuje da postoje određeni sistemski problemi, a koji se mogu na najbolji način prevazići izmenama i dopunama navedenog zakona.

Kada je u pitanju izvršni dužnik i njegovo pravo na suđenje u razumnom roku, poželjno je da se Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku propiše izričita norma kojom se utvrđuje da izvršni dužnik, kao stranka u izvršnom

²⁷ Pri određivanju visine novčanog obeštećenja, Pravobranilaštvo i sud primenjuju merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku (čl. 4), pre svega složenost predmeta suđenja ili istrage, postupanje nadležnog državnog organa i stranke tokom postupka i značaj predmeta suđenja ili istrage po stranku.

²⁸ Tako je Vrhovni kasacioni sud povodom dosuđenja naknade materijalne štete, u smislu člana 31. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, zbog potpunog ili delimičnog neizvršenja potraživanja iz radnog odnosa, doneo pravni zaključak da se radnicima uvek dosuđuje naknada materijalne štete u visini iznosa utvrđenog izvršnom ispravom/rešenjem o izvršenju, dok kod drugih izvršnih postupaka za naknadu materijalne štete potrebno je da se utvrdi uzročno-posledična veza između povrede prava na suđenje u razumnom roku i nenaplaćenog potraživanja, Bilten Vrhovnog kasacionog suda (ur. Branislava Apostolović), br. 3, Beograd, 2020, 13.

²⁹ Dragoljub Popović, „Uticaj Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda na srpsko zakonodavstvo i sudsku praksu“, *Pravni zapisi*, br. 2, Pravni fakultet Univerzitet Union, Beograd, 2011, 344.

postupku, uživa ograničeno pravo na suđenje u razumnom roku i to u onim situacijama u kojima se neposredno odlučuje o njegovim pravima i obavezama.

Zatim, kako Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku nije prilagođen rešenjima iz Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine, to je strankama u izvršnom postupku uskraćeno pravo da traže zaštitu prava na suđenje u razumnom roku pred javnim izvršiteljem. Doduše, ne može se govoriti o propustu Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku da izričito uredi ovo pitanje.

Naime, Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku je zasnovan na praksi Evropskog suda za ljudska prava, odnosno presuda donetih protiv Republike Srbije, i na praksi Ustavnog suda, ali u praksi navedenih sudova (u periodu koji je prethodio donošenju navedenog zakona), su utvrđene povrede prava na suđenje u razumnom roku samo pred izvršnim sudom. Objektivni i zakonski razlozi su doprineli tome. Javni izvršitelj je u naš pravni sistem uveden Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine i u skladu sa tim zakonom svi izvršitelji su trebali da budu imenovani 2012. godine (čl. 359. st 2), ali na mnogim mestima oni nisu bili imenovani. Oni su imenovani sukcesivno 2012., 2013. i 2014. godine, tako da je javni izvršitelj dugo vremena funkcionisao kao okrnjena pravosudna profesija. Navedenim izvršnim zakonom je bila propisana konkurentna nadležanost suda i javnog izvršitelja u sprovođenju izvršenja, što znači da je od volje izvršnog poverioca zavisilo koji organ će sprovođiti izvršenje i izvršni poverilac je u većem broju slučajeva (bar u početku) tražio da izvršni sud sprovođi izvršenje, a u mnogim mestima, izvršni poverilac nije mogao da bira, jer izvršitelj nije bio imenovan. Tek nakon primene Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, 1. januara 2016. godine, počeo je da se primenjuje Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine, dana 2. jula 2016. godine, i tim izvršnim zakonom dolazi do drugačije raspodele nadležnosti između suda i javnog izvršitelja, a u korist javnog izvršitelja, čime javni izvršitelj postaje „vodeći“ organ izvršnog postupka, a posledično zaštita prava na suđenje u razumnom roku pred javnim izvršiteljem postaje jedno aktuelno pravno pitanje. Kako zakonodavac objektivno nije imao mogućnosti da se izjasni o ovom pravnom pitanju, to su izmene i dopune Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku u ovom pravcu neizbežne.

Kada je reč o visini naknade nematerijalne štete izazvane povredom prava na suđenje u razumnom roku u izvršnom postupku protiv izvršnog dužnika – državnog/društvenog preduzeća, može se reći da je to samo jedan segment prava radnika. Prava radnika (prema državnim/društvenim preduzećima) su u našem pravnosudnom sistemu rešavana u okviru zakonskih normi, dok su u praksi Evropskog suda za ljudska prava, rešavana na „krilima pravičnosti i pravednosti“. Ovo pravno pitanje predstavlja najbolji primer kako se Evropska konvencija i praksa

Evropskog suda pojavljuju kao korektor našeg nacionalnog zakonodavstva koje je u sebi moralo da inkorporira element pravičnosti i pravednosti kada je reč o ostvarivanju prava radnika.

Najpre je Evropski sud za ljudska prava radnicima dosuđivao naknadu materijalne štete u visini iznosa utvrđenog izvršnom ispravom/rešenjem o izvršenju, što je prihvatio i Ustavni sud. Sada, Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku propisuje tužbu za naknadu materijalne štete (čl. 31) i „redovni sudovi“, nakon utvrđene povrede prava na suđenje u razumnom roku u izvršnom postupku, radnicima dosuđuju naknadu materijalne štete u visini iznosa utvrđenog izvršnom ispravom/rešenjem o izvršenju (jedna od činjenica utvrđena u Odluci *Stanković protiv Srbije* jeste da je podnositeljki u posebnom parničnom postupku dosuđena naknada materijalne štete u visini iznosa utvrđenog izvršnom ispravom). Pod uticajem presuda Evropskog suda donetih protiv Srbije, tadašnjim Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine je bilo propisano da se odredbe drugih zakona koje propisuju prekid izvršnog postupka neće primenjivati u izvršnom postupku koji se sprovodi po predlogu za izvršenje radi naplate novčanog potraživanja iz radnog odnosa (čl. 9. st. 5). Kasnije su te odredbe drugih zakona vremenom brisane. Kada je reč o visini naknade nematerijalne štete izazvane povredom prava na suđenje u razumnom roku u izvršnom postupku protiv državnog/društvenog preduzeća, smatram da će i ovo pitanje vremenom dobiti svoju zakonsku formu, u vidu posebne zakonske odredbe, a imajući u vidu istorijat menjanja našeg zakonodavstva u skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, kada su u pitanju prava radnika na novčano potraživanje iz radnog odnosa.

BESFORT RAMADANI, LL.M.
Advisor to the Constitutional Court
of the Republic of Serbia

CONSTITUTION JUDICIAL DILEMMAS REGARDING THE APPLICATION
OF THE LAW ON PROTECTION OF THE RIGHT TO TRIAL WITHIN
A REASONABLE TIME IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

Summary

Respect for the right to a trial within a reasonable time is in the interest of citizens who want effective protection of their violated rights, but also of the state, which seeks to avoid creating a bad image of the protection of human rights it provides. Due to the extent of violation of the right to a trial within a reasonable time, this problem has become a systemic problem in our judicial system and the Law on protection of the right to trial within a reasonable time was passed as a possible way out.

This law prescribes the procedure for the protection of the right of parties to a trial within a reasonable time before the „regular courts“, and which procedure also applies to enforcement proceedings. The application of the Law on the protection of the right to trial within a reasonable time in other proceedings does not raise special constitutional issues. However, the practice of the Constitutional Court for now shows that the application of the Law on protection of the right to trial within a reasonable time in enforcement proceedings leads to a larger constitutional intervention and the application of certain provisions of the said law leads to unfair solutions which are at the same time contrary to the case law of the European court of human rights in Strasbourg.

Key words: trial within a reasonable time, enforcement proceeding, Constitutional Court, enforcement debtor, public enforcement agent

Literatura

- Beširević V., Carić S., Draškić M., Đerić V., Ilić P. G., Janković I., Korljan E., Krstić I., Marinović T., Papić T., Popović D., *Komentar konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2017.
- Bodiroga N., „Izvršenje u razumnom roku i postupak pred javnim izvršiteljem“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. Stevan Lilić), br. 9, Beograd, 2019.
- Carić S., *Pravo na suđenje u razumnom roku*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2008.
- Jakšić A., „Dejstva presude Evropskog suda za ljudska prava u pravnom poretku Republike Srbije“, *Pravo i privreda* (ur. Mirko Vasiljević), br. 7/9, Beograd, 2015.
- Milutinović Lj., „Načelo efikasnosti i ekonomičnosti u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju“, *Primena novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju* (red. Nebojša Šarkić), Beograd, 2016.
- Manojlović Andrić K., Milutinović Lj., Andrejević S., Rodić V., Kršikapa M., Bajić M., *Kriterijumi za ocenu povrede prava na suđenje u razumnom roku*, Savet Evrope, Beograd, 2018.
- Popović D., „Uticaj Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda na srpsko zakonodavstvo i sudsku praksu“, *Pravni zapisi*, br. 2, Pravni fakultet Univerzitet Union, Beograd, 2011.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 30.08.2021.

Prihvaćen: 23.09.2021.

PREGLEDNI RAD

BENJAMIN NURKIĆ

TEORIJSKO-TERMINOLOŠKA ANALIZA PREVODA TERMINA *THE RULE OF LAW* U USTAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Vladavina prava (the rule of law) je jedan od principa unutar ustavnog sistema Bosne i Hercegovine. Jedna od specifičnosti Ustava Bosne i Hercegovine je što zvanična verzija postoji samo na engleskom jeziku, dok su prevodi na službene jezike Bosne i Hercegovine nezvanični. U radu se analizira na koji način je termin the rule of law preveden na službene jezike Bosne i Hercegovine u Ustavu Bosne i Hercegovine i da li nezvanični prevodi Ustava Bosne i Hercegovine odgovaraju teorijsko-terminološkom značenju the rule of law principa. Autor u radu prikazuje određene nekonzistentnosti u prevodu termina the rule of law. Također, u radu autor iznosi različita mišljenja na koji način bi se termin the rule of law trebao prevesti i koristiti u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: *vladavina prava, vladavina pomoću zakona, pravna država, Ustav BiH*

U V O D N A R A Z M A T R A N J A

Ustav Bosne i Hercegovine (BiH) je dio Općeg okvirnog sporazuma za mir (Dejtonskog sporazuma), što konsekvntno povezuje ovaj Ustav sa određenim specifičnostima.¹ Jedna od specifičnosti Ustava BiH je izražena u tome da je jedina

Benjamin Nurkić, master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Tuzli, e-mail: bnurkic@bih.netba.

¹ O procesu potpisivanja Dejtonskog sporazuma i pravnoj prirodi istog, v. Kasim Trnka, *Ustavno pravo*, Fakultet za javnu upravu, Sarajevo, 2006, 95-107; Kasim Trnka, *Konstitutivnost naroda*, Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca, Sarajevo, 2000, 30-42.

zvanična verzija ovog Ustava na engleskom jeziku, dok su prevodi na službene jezike BiH neslužbeni. Jedan od razloga za takvu specifičnost se ogleda i u tome da Ustav BiH nikada nije ratifikovan od strane Parlamentarne skupštine BiH, pa stoga i ne čudi što ne postoje zvanični prevodi ovog Ustava na službene jezike BiH. Iako ne postoje službeni prevodi Ustava BiH na jezike BiH, Ustavni sud BiH ali i drugi pravosudni organi se služe tim „neslužbenim“ prevodima. U fokusu ovog rada će biti član I (2) Ustava BiH koji je kratkog sadržaja ali sa teorijsko-terminološke strane može probuditi ozbiljnu raspravu, a koliko smo upoznati, do sada prevod ovog člana sa engleskog jezika na službene jezike BiH niko nije problematizirao. U službenoj verziji Ustava BiH na engleskom jeziku član I (2) glasi: „*Bosnia and Herzegovina shall be a democratic state, which shall operate under the rule of law and with free and democratic elections.*“² dok u prevodu na bosanski jezik, isti član glasi: „Bosna i Hercegovina je demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora“.³ Sa druge strane, na hrvatskom jeziku, isti član Ustava BiH glasi: „Bosna i Hercegovina je demokratska država, koja funkcioniše sukladno zakonu i temeljem slobodnih i demokratskih izbora.“⁴ a na prevodu na srpski jezik, ova odredba Ustava BiH glasi: „Bosna i Hercegovina je demokratska država koja funkcioniše na principu vladavine prava i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora“.⁵ Na prvi pogled vidimo da postoji određena nekonzistentnost u prevodenju termina *the rule of law* na službene jezike BiH, pa tako bosanska i hrvatska verzija u prevodu glase „u skladu sa zakonom“, odnosno „sukladno zakonu“,⁶ dok na srpskom jeziku, prevod termina *the rule of law* glasi „na principu vladavine prava“. Na prvi pogled, ovakva nekonzistentnost u prevodima se ne čini spornom, ali ona nije pogrešna samo u terminološkom smislu, nego i u pravno-teorijskom.

Vladavina prava⁷ danas predstavlja univerzalan princip koji je prihvaćen od strane šire međunarodne zajednice. Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija je nakon

² Čl. I, st. 2 Ustava BiH (eng. verzija), https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/constitution-of-bih_1625734692.pdf, 18.07.2021.

³ Čl. I, st. 2 Ustava BiH (bos. verzija), https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/ustav-bih-bs_1611076095.pdf, 18.07.2021.

⁴ Čl. I, st. 2 Ustava BiH (hr. verzija), https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/ustav-bih-hr_1611085312.pdf, 18.07.2021.

⁵ Čl. I, st. 2 Ustava BiH (srp. verzija), https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/ustav-sr_1611219965.pdf, 18.07.2021.

⁶ U teorijsko-terminološkom smislu, ova dva prevoda na bosanski i hrvatski jezik su slična, tako da ćemo u daljem dijelu rada koristiti bosansku verziju „u skladu sa zakonom“.

⁷ U radu ćemo koristiti termin vladavina prava, kao prevod *the rule of law*, a kroz rad ćemo pokazati zašto je ovo najispravniji način prevodenja navedenog termina.

Hladnog rata i pada Berlinskog zida vladavinu prava označilo kao vodeći princip za iznalaženje rješenja za mnoge političke i ekonomske probleme.⁸ S tim u vezi, termin *the rule of law* se prvi put u pravnom sistemu BiH pojavljuje tek donošenjem Dejtonskog sporazuma, odnosno Ustava BiH iz 1995. godine.⁹ Nedostatak teorijskog znanja o ovom terminu je i doveo do nekonzistentnosti u prevodima na službene jezike BiH.

ORIGINALNO ZNAČENJE VLADAVINE PRAVA

Prije svega, potrebno je napomenuti da prevod termina *the rule of law* u kontekstu Ustava BiH nije isključivo jezičko pitanje, nego je usko vezano za teorijsko razumijevanje navedenog termina. Pogrešno prevođenje navedenog termina ne uzrokuje samo grešku u jezičkom smislu, nego i u pravno-teorijskom, što svakako, predstavlja veći problem od samog jezičkog nerazumijevanja termina *the rule of law*. Kako bismo utvrdili koji je najispravniji način za prevođenje navedenog termina, potrebno je posebno utvrditi šta termin *the rule of law* predstavlja. Da li je to prosta vladavina zakona ili je to vladavina nekih viših principa od ustava i zakona?

Termin *the rule of law* je prvi upotrijebio *Albert Venn Dicey* u knjizi *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* („Uvod u izučavanje ustavnog prava“), ali konceptualno, princip vladavine prava seže još od antičkih filozofa koji su se bavili problemom najprikladnijeg modela načina vladanja. U tom smislu, Aristotel je smatrao da je bolje da vlada zakon nego i jedan građanin, da ličnosti koje drže vlast treba da budu proglašene samo čuvarima i slugama zakona i da onaj koji bi vrhovnu vlast dao razumu, dao bi je ili Bogu ili zakonima. Također, Aristotel u svojim promišljanjima zaključuje da će istinski oblik vladavine zakona imati pravedne zakone, a izopćeni oblici vlasti imat će nepravedne zakone,

⁸ Jeremy Farrall, „Impossible expectations? The UN Security Council’s promotion of the rule of law after conflict“, *The Role of International Law in Rebuilding Societies after Conflict: Great Expectations* (eds. Bowden Brett, Hilary Charlesworth, Jeremy Farrall), Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 139-143.

⁹ Npr. u Ustavu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) nije postojao termin *the rule of law* (vladavina prava), već, postojale su odredbe gdje se navodi da će štiti ustavnost i zakonitost. Pa tako u čl. 204 Ustava SFRJ stoji: „Radi ostvarivanja ustavom i zakonom utvrđenih društveno-ekonomskih i političkih odnosa i radi zaštite sloboda i prava čoveka i građanina, samoupravljanja, društvene svojine, samoupravnih i drugih prava organizacija udruženog rada i drugih samoupravnih organizacija i zajednica i društveno-političkih zajednica, obezbeđuje se zaštita ustavnosti i zakonitosti.“ <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/04/Ustav-SFRJ-iz-1974.pdf>, 18.07.2021.

te zakoni kada su pravedni trebaju biti vrhovni.¹⁰ Vladavina prava, trenutni oblik, prvi put počinje dobivati pojavom filozofa liberalizma¹¹ s ciljem ograničenja moći države u odnosu prema građanima. U savremenom kontekstu, najznačajniji filozof i teoretičar koji je uspio objediniti sva razmišljanja o vladavini prava je *Friedrich Hayek*, čiji način definisanja vladavine prava odgovara ideji slobode čovjeka, a što je osnovna ideja liberalizma, a obzirom da je vladavina prava originalno nastala kao produkt liberalizma, u nastavku rada ćemo koristiti *Hayekov* način definisanja vladavine prava kao vodilju ka razrješenju problema koji smo postavili na početku rada.

Hayek, u objašnjavanju šta vladavina prava predstavlja navodi: „Prva stvar koja se mora naglasiti jeste: zato što vladavina prava znači da vlast ne smije nikada da prinudi pojedinca izuzev nametanjem nekog poznatog pravila, ona predstavlja ograničenje moći cjelokupne vlasti, uključujući i zakonodavnu. To je učenje u vezi s tim kakav zakon treba da bude, koja se tiče općih svojstava koja pojedinačni zakoni treba da posjeduju. Ovo je važno jer se danas ideja vladavine prava ponekad miješa sa zahtjevom za puku zakonitost svih postupaka vlasti. Vladavina prava, svakako, pretpostavlja potpunu zakonitost ali to nije dovoljno: ako je neki zakon vladi dao neograničenu vlast da čini ono što joj se prohtije, sve njene radnje će biti zakonite, ali sigurno neće biti pod vladavinom prava. Stoga je vladavina prava i više od konstitucionalizma: ona zahtijeva da svi zakoni budu u saglasnosti s određenim načelima.“¹² Iz ovoga vidimo da vladavina prava predstavlja metapravno učenje koje ne znači vladavinu određenih zakona, već prevlast principa koji štite čovjekovu slobodu od samovolje državne vlasti. Jedan od problema kod definisanja vladavine prava je što ne postoji unificirana definicija vladavine prava, što je i razumljivo, zbog toga što svaka definicija vladavine prava može ograničiti djelovanje vladavine prava u smislu zaštite čovjekove slobode.

Jer kako ističe *Hayek*, vladavina prava je politički ideal kojem se možemo samo približiti, ali nikada ga i dostići.¹³ Ali, za potrebe ovog rada, ovdje ćemo postaviti definiciju vladavine prava za koju smatramo da najviše odgovara savremenom pravnom kontekstu. *Sir Gerard Brennan*, bivši sudija u državi Australiji, smatra sljedeće principe karakterističnim obilježjima vladavine prava: javno

¹⁰ Ricardo Gosalbo-Bono, „The Significance of the Rule of Law and its Implications for the European Union and the United States“, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 72 No.2, 2010, 232-234.

¹¹ John Locke, Albert Dicey, Thomas Hobbes, Hugo Grotius i mnogi drugi su se, što na posredan, što na neposredan način bavili pitanjem vladavine prava.

¹² Friedrich Hayek, *Poredak slobode*, Global Book, Novi Sad, 1998, 181.

¹³ *Ibidem*, 182.

objavljivanje zakona donesenih demokratskom procedurom, javna uprava koja funkcioniše na osnovu zakona, nepristrasna primjena zakona, poštivanje prirodnih zakona pravde, vršenje pravde u skladu sa zakonom, univerzalna primjena zakona.¹⁴ Stoga, vladavina prava je princip koji uključuje mnoge komponente, kako bi se osigurala pravednost u postupanju države prema ljudima, što znači da vladavina prava nikako ne može predstavljati prostu vladavinu u skladu sa zakonom.

VLADAVINA PRAVA, VLAST U SKLADU SA ZAKONOM I PRAVNA DRŽAVA – RAZLIKE U KONCEPTIMA

U daljim izlaganjima ćemo, u mjeri kojoj je potrebno, pokazati razlike u konceptima između vladavine prava, vlasti u skladu sa zakonom i pravne države, kako bismo pokazali da se oni ne mogu izjednačavati u teorijskom smislu pa samim tim ni u terminološkom. U prethodnom dijelu rada smo označili šta vladavina prava predstavlja, a ovdje ćemo dodati, kako bismo napravili distinkciju između vladavine prava i pravne države, da je vladavina prava nastala u anglosaksonskom pravu, dok je pravna država produkt evropsko-kontinentalnog prava. Obzirom da smo već obrazložili šta vladavina prava predstavlja, sada ćemo obraditi termin „vlast u skladu sa zakonom“. Ako bismo pokušali naći ekvivalent pojmu „vlast u skladu sa zakonom“ u engleskoj pravnoj terminologiji, a da bi to zadovoljilo i terminološka, ali i teoretska pravila, tada bi to bio termin *rule by law*. Tarik Haverić *rule by law* prevodi kao vlast pomoću zakona,¹⁵ ali u nastavku rada ćemo pokazati da iako „vlast u skladu sa zakonom“ ne odgovara u potpunosti terminu *rule by law* u leksičkom smislu, u kontekstu BiH i njezine autoritarne prošlosti, u teoretskom smislu, *rule by law* u potpunosti odgovara pojmu „vlast u skladu sa zakonom“. „Vlast u skladu sa zakonom“ je postojala u bivšoj SFRJ, preciznije, princip zaštite ustavnosti i zakonitosti je postojao u Ustavu SFRJ iz 1974. godine, dok princip vladavine prava (*the rule of law*) nije postojao u ovom Ustavu.

Kako navodi Nenad Dimitrijević, upravo se na ustavnom sistemu SFRJ može primijetiti razlika između vladavine prava i vladavine zakonom (vladavine pomoću zakona), jer pravo je služilo za legitimiziranje vlasti i kao sredstvo prisile, koje istodobno nije ograničavalo vlast.¹⁶ *Rule by law* predstavlja naziv koji je

¹⁴ Tom Bingham, *The Rule of Law*, Penguin Books, London, 2010, 172.

¹⁵ Tarik Haverić, „Vladavina prava ili vladavina zakona?“, *Sveska za javno pravo* 13, Sarajevo, 2013, 9.

¹⁶ Vedrana Baričević, „Ustavi socijalističke Jugoslavije i država sljednica: kontinuitet ili diskontinuitet u koncepciji ustavnog identiteta“, *Anali Hrvatskog politološkog društva*, Zagreb, 2007, 208.

nastao kako bi se opisala „vladavina prava“ u državama sa autoritarnim režimima. Formalno, u ovakvim pravnim sistemima, poštuju se principi ustavnosti i zakonitosti ali zakoni ne služe kako bi zaštitili građane, nego kako bi osnažili i dodatno legitimizirali vlast. *Rule by law* također može predstavljati sinonim za *thin* ili formalnu definiciju vladavine prava. Takva vladavina prava je postojala u Sovjetskom Savezu ili u nacionalsocijalističkoj Njemačkoj gdje su sve institucije bile ustvari samo alat u rukama vladajućeg režima i služile su za davanje legitimiteta vladajućem režimu.

Kako navode *Tamir Moustafa* i *Tom Ginsburg*, takvi sistemi imaju izgrađen institucionalni sistem sa formalno, koliko-toliko neovisnom sudskom vlasti koja zapravo služi za: održavanje društvene kontrole i borbe protiv političkih neistomišljenika; legitimiziranja i legaliziranja postupaka vladajućeg režima; kontrolu rada administrativnih službenika i održavanje kohezije među vladajućom elitom; ispunjavanje obaveza u ekonomskoj sferi, tj. prikazivanja države sigurnom za strane investicije.¹⁷ U tim sistemima, postoji obaveza poštivanja ustava i zakona, dok se te iste norme ne ispituju u suštinskom smislu, kao kod principa vladavine prava, gdje nije dovoljno da se poštuje ustav i zakon, nego postoje i dodatni zahtjevi zadovoljenja pravde i poštivanja individualnih prava.¹⁸ Ključna razlika, naravno ne i jedina, između principa *the rule of law* i *rule by law* je u poštivanju ljudskih prava. Većina teoretičara smatra da su ljudska prava ključni segment principa vladavine prava, dok postoje teoretičari sa suprotnim stavom, kao na primjer, *Joseph Raz* koji u tom kontekstu ističe: „Nedemokratski pravni sistemi, bazirani na negiranju ljudskih prava, raširenom siromaštvu, rasnoj segregaciji, spolnoj nejednakosti, religijskom progonu, u principu odgovaraju zahtjevima vladavine prava bolje nego bilo koji pravni sistemi prosvijećenog Zapada... To bi bio nemjerljivo najgori pravni sistem, ali bi se odlikovao u jednom pogledu: u pogledu usklađenosti principu vladavine prava... Zakon može stvoriti institut ropstva bez kršenja vladavine prava.“¹⁹ Ipak, ovakav stav simbolizira usko (*thin*) shvatanje vladavine prava, što svakako nije prihvaćeno na međunarodnom nivou, štaviše, ovakvo definisanje vladavine prava se jasno i terminološki deklariše kao *rule by law*. Tome u dokaz ide i izjava Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija data 2004. godine, u kojoj je objašnjavajući principe vladavine prava, naveo: „Ona se oslanja na upravljanje gdje

¹⁷ Tom Ginsburg, Tamir Moustafa, „Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics“, *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes* (eds. Tom Ginsburg, Tamir Moustafa), Cambridge University Press, 2008, 1-13.

¹⁸ O savremenim autoritarnim režimima i vladavini prava, v. Benjamin Nurkić, „Savremeni autoritarni režimi i vladavina prava“, *Pravna misao*, br. 7-8, Sarajevo, 2020.

¹⁹ T. Bingham, op. cit., 66.

svi pojedinci, institucije, pravni entiteti, bilo privatni ili javni, uključujući i državu, imaju odgovornost prema pravnim normama koje su javno objavljene, jednakog dejstva prema svima, nezavisno primjenjive i koje su u skladu sa međunarodnim normama i standardima ljudskih prava. To zahtjeva, također, poštivanje principa supremacije prava, jednakosti pred zakonom, odgovornosti pred zakonom, pravičnu primjenu zakona, podjelu moći između tri grane vlasti, pravnu sigurnost, učestvovanje građana u odlučivanju, izbjegavanje arbitrarnog postupanja i proceduralnu i pravnu transparentnost.²⁰ Dalje, SFRJ je bila primjer države koja je funkcionisala u skladu sa ustavom i zakonom, a u kojoj su postojala systemska kršenja ljudskih prava, odnosno gdje su se ljudska prava kršila na osnovu ustava i zakona.²¹ Stoga, u SFRJ nije postojao princip *the rule of law*, nego princip *rule by law*, kako smo već i naveli. U tom smislu, razlika između vladavine prava i „vlasti na osnovu zakona“ ili „u skladu sa zakonom“, izražena je u tome što prvi princip predstavlja mnogo širi princip, dok je drugi pojam formalan i karakterističan za autoritarne države. Zahvaljujući evoluciji u tumačenju pojma *the rule of law*, danas postoji i jasna terminološka razlika između ova dva pojma koja se ogleda u nazivima *the rule of law* i *rule by law*.

Drugi pojam čije ćemo značenje uporediti sa terminom *the rule of law* je pojam *Rechtsstaat* (pravna država). Prema mišljenju *Franza Neumanna*, pod pojmom *Rechtsstaat* se mogu podrazumijevati dvije različite stvari. Za čistu pravnu nauku svaka država je pravna država, bila ona demokratska ili diktatorska, fašistička ili boljševička. U tom kontekstu *Laski* ističe: „Ali ideja *Rechtsstaat*-a je čisto konceptualni pojam. To je kategorija koja pripada sferi esencije, a ne sferi realnosti. Po njoj su vladari države vezani zakonima koji oni prave, ali ona im ostavlja slobodu da stvaraju pravo upotrebom odgovarajućih organa. Hitlerova država, jednako kao i država Velike Britanije ili Francuske ili Čehoslovačke, jeste *Rechtsstaat* u tom smislu da je diktatorska vlast prenijeta na Firera posredstvom pravnog poretka... Ideja prava *Rechtsstaat*-a je uvijek određena činjenicom da je država u stanju da, pomoću svog suvereniteta, mijenja supstancu prava.“ Takva koncepcija nije ni ispravna ni pogrešna, ona je jednostavno lišena značenja.²² U tom smislu, ovakvo tumačenje pravne države je slično pojmu *rule by law*, koji, kako *Tarik Haverić* ističe predstavlja „praznu tautologiju, a ne politički ideal“.²³

²⁰ J. Farrall, op. cit., 147.

²¹ O tome detaljnije, Leslie John Macfarlane, *Human Rights: Realities and Possibilities Northern Ireland, the Republic of Ireland, Yugoslavia and Hungary*, Palgrave Macmillan UK, 1990.

²² Franc Nojman, *Vladavina prava: politička teorija i pravni sistem u modernom društvu*, Filip Višnjić, Beograd, 2002.

²³ T. Haverić, op. cit., 6.

Kako navodi Dragutin Avramović, pravna država predstavlja pozitiviziran pojam.²⁴ Hans Kelsen je zaslužan za pozitiviziranje pojma pravne države.²⁵ Drugo tumačenje *Rechtsstaat*-a je bliže pojmu *the rule of law*. Tako Vergottini pravnu državu definiše kao pojam koji nastoji da eliminiše rizike u vezi sa neodređenim granicama vlasti. Prema tome, odluke vlasti se ne mogu prepustiti samo njima, već se moraju zasnivati na apstraktnim i općim, unaprijed određenim pravilima.²⁶ Zaslužan za suštinsko približavanje pojma *Rechtsstaat*-a pojmu *the rule of law* ima Gustav Radbruch, koji se zalagao za ponovno uspostavljanje pravne države utemeljene na određenim vrijednostima, nakon mračnog doba nacizma, u kome po njegovom mišljenju ona uopšte nije ni postojala. Njegova filozofija u tom kontekstu je glasila: „Treba da tražimo pravdu, i da istovremeno vodimo računa o pravnoj sigurnosti, jer je i ona sama jedan dio pravde, treba da ponovo izgradimo pravnu državu, koja će po mogućnosti zadovoljiti obje ideje. Demokratija je svakako jedno dobro vrijedno hvale ali pravna država je kao nasušni hljeb, kao voda za piće i kao vazduh za disanje, a najbolje u demokratiji je upravo to što je samo ona podobna da obezbijedi pravnu državu.“²⁷ Stoga, ako pravnu državu tumačimo u tom kontekstu, teorijski ona ima isto značenje kao i vladavina prava. Naravno, između pravne države i vladavine prava, osim terminološke razlike, postoji i historijska razlika. Pravna država je, kako je istaknuto, produkt evropsko-kontinentalne pravne tradicije, dok je vladavina prava produkt angloameričke pravne tradicije. Također, vladavinu prava i pravnu državu možemo dovesti u istu ravan ako pravnu državu tumačimo na suštinski način, dok je formalno tumačenje pravne države slično pojmu *rule by law*.

ISPRAVAN PREVOD POJMA *THE RULE OF LAW* U USTAVU BIH

U kontekstu ispravnog prevoda pojma *the rule of law*, na prvom mestu ćemo se osvrnuti na mišljenja Tarika Haverića i Nedima Ademovića. Oba autora tvrde da bi najispravniji način prevođenja pojma *the rule of law* u Ustavu BiH bio „pravna država“. Tarik Haverić u tom smislu ističe praksu Ujedinjenih nacija i način prevođenja pojma *the rule of law* na francuski i njemački jezik – „l'État de droit“, što je francuski prevod njemačkog termina „*der Rechtsstaat*“ (pravna država). Stoga, prema mišljenju Haverića, ne postoji razlog da se *the rule of law*

²⁴ Dragutin Avramović, „Vladavina prava i pravna država – istost ili različitost?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 2010, 429-431.

²⁵ R. Gosalbo, op. cit., 244.

²⁶ Đuzepe de Vergotini, *Uparedno ustavno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2015, 391.

²⁷ D. Avramović, op. cit., 431.

ne prevodi kao „pravna država“.²⁸ Slično, Ademović tvrdi da bi se navedeni pojam trebao prevoditi kao „pravna država“ u Ustavu BiH.²⁹ Dalje, Haverić, također, ističe da, ako se *the rule of law* ne prevodi kao „pravna država“ treba je prevoditi kao „vladavina zakona“.

Prije nego što iznesemo stav o pitanju prevoda *the rule of law* termina u Ustavu BiH, učinimo osvrt na mjesto i značaj principa vladavine prava u ustavima susjednih država. Član 1 Ustava Crne Gore glasi: „Crna Gora je nezavisna i suverena država, republikanskog oblika vladavine. Crna Gora je građanska, demokratska, ekološka i država socijalne pravde, zasnovane na vladavini prava.“³⁰ Član 3 Ustava Republike Hrvatske glasi: „Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava.“³¹ Član 3 Ustava Republike Srbije glasi: „Vladavina prava je osnovna pretpostavka Ustava i počiva na neotuđivim ljudskim pravima. Vladavina prava se ostvaruje slobodnim i neposrednim izborima, ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava, podjelom vlasti, nezavisnom sudskom vlašću i povinovanjem vlasti Ustavu i zakonu.“³²

Vidimo da je u sva tri ustava susjednih država, vladavina prava dio *materiae constitutionis*. To predstavlja jedan od argumenata da se termin *the rule of law* prevodi kao vladavina prava u Ustavu BiH, ali svakako ne i ključni argument. Mišljenja Haverića i Ademovića da se *the rule of law* treba prevoditi kao „pravna država“ je sporan u smislu postojanja različitih tumačenja pojma pravne države. Kako smo već ustanovili, pravna država se može tumačiti na formalistički i suštinski način, gdje formalistički način tumačenja pravnu državu ne dovodi u istu ravan sa pojmom *the rule of law*. Protuargument ovoj tvrdnji može biti da se i *the rule of law* može tumačiti na formalistički način, ali tada postoji terminološka razlika i tada govorimo o pojmu *rule by law*, a u Ustavu BiH jasno stoji termin *the rule of law*. Stoga, pravna država ne predstavlja prigodan termin prevoda pojma *the rule of law*

²⁸ T. Haverić, op. cit., 2.

²⁹ Nedim Ademović, Joseph Marko, Goran Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012, 74-75.

³⁰ Čl. 1 Ustava Crne Gore, <https://www.skupstina.me/me/ustav-crne-gore>, 22.07.2021.

³¹ Čl. 3 Ustava Republike Hrvatske, https://www.istra-istria.hr/fileadmin/dokumenti/upravna_tijela/VO_za_tal_nac_zaj/Instrumenti_zastite_ljudskih_prava/III.Nacionalno-unutarnje_zakonodavstvoRH/1.Ustav%2Czakoni/III-1.1.Ustav%20Republike%20Hrvatske.pdf, 22.07.2021.

³² Čl. 3 Ustava Republike Srbije, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/70-100028/ustav-republike-srbije#d1>, 22.07.2021.

u Ustavu BiH. Drugi pojam kojeg Haverić ističe kao prevod pojma *the rule of law* je „vladavina zakona“. Haverić svoju argumentaciju zasniva na leksičkom tumačenju, te je Haverić u svojoj argumentaciji sa leksičkog aspekta u pravu.³³ Problem takvog prevoda je u teorijskom smislu jer ideja vladavine prava nije u vlasti zakona, nego kako smo istakli, referirajući se na *Hayeka*, vlast višeg prava (meta prava). Zbog toga, vladavina prava, kako i *Hayek* ističe, ne znači samo vladavinu ustava ili zakona nego viših principa i od ustava i od zakona, te zbog toga, „vladavina zakona“ nije prigodan prevod za termin *the rule of law*, isto kao što ni „vladavina ustava“ ili „ustavna vladavina“ ne bi bili adekvatni prevodi. Stoga, mišljenja smo da se *the rule of law* u terminološkom i u teorijskom smislu jedino ispravno može prevesti kao „vladavina prava“, tako da jedina verzija Ustava BiH koja ispravno prevodi termin *the rule of law* je verzija na srpskom jeziku.

OPASNOST POGREŠNOG PREVOĐENJA POJMA *THE RULE OF LAW* U USTAVU BIH

Pošto smo utvrdili na koji način se jedino ispravno može prevesti termin *the rule of law* u kontekstu Ustava BiH, analizirat ćemo kakve opasnosti postoje zbog nekonzistentnog prevoda termina *the rule of law*.

Prvo, kako smo istakli, „vladavina prava“ i „vlast u skladu sa zakonom“ ne predstavljaju iste principe pa tako zbog nekonzistentnog prevoda Ustava BiH, postoji mogućnost da se Ustav BiH različito tumači i primjenjuje u ovisnosti na kojem službenom jeziku BiH se čita.

Druga opasnost može nastati kada govorimo o odnosu principa *the rule of law* sa konceptom konstitutivnosti naroda. Ako tumačimo odnos koncepta konstitutivnosti naroda sa terminom „vladavina prava“ (*the rule of law*) nalazimo da u Ustavu BiH postoje određene kontradikcije, jer termin „vladavina prava“ nije kompatibilan sa principom konstitutivnosti naroda.³⁴ To je i logično, jer je osnovni postulat vladavine prava jednakost pred zakonom, a konstitutivnost naroda na određen način privileguje pripadnike konstitutivnih naroda nauštrb građana BiH

³³ Detaljnije, T. Haverić, op. cit., 4-5.

³⁴ Iavor Rangelov, *Nationalism and the Rule of Law: Lessons from the Balkans and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 9. Vladavina prava i etnički nacionalizam su suprotstavljani pojmovi, to jest, vladavina prava i nacionalizam predstavljaju, kako ističe Rangelov, kompetitivne pojmove u smislu osiguranja legitimiteta. Etnički nacionalizam ima za cilj da zamijeni vladavinu prava u smislu osiguranja legitimiteta, i ako nacionalisti osvoje vlast, tada i dolazi do problema da nacionalistička retorika briše vladavinu prava kao princip koji osigurava legitimitet vlasti.

koji nisu pripadnici konstitutivnih naroda.³⁵ Naravno, vladavina prava nije, *per se*, suprotstavljena svakom obliku kolektivne zaštite prava određenog naroda, ali ako taj koncept diskriminira druge pojedince koji nisu pripadnici tog naroda, tada taj koncept jeste u suprotnosti sa vladavinom prava. Sa druge strane, ako upoređujemo koncept „vlast u skladu sa zakonom“, tada konstitutivnost naroda nije u suprotnosti sa tom odredbom jer, kako smo istakli, „vlast u skladu sa zakonom“ nije princip koji ima za cilj da osigura pravedan poredak, nego ima za cilj da legitimizira postojanje pravnog poretka, pa bio taj pravni poredak uspostavljen i na diskriminatorском konceptu kakav je koncept konstitutivnosti naroda. Tako da, u ovisnosti na koji način prevodimo termin *the rule of law*, možemo govoriti o suprotstavljenosti ili kompatibilnosti navedenog pojma sa konceptom konstitutivnosti naroda. Obzirom da smo već istakli da je jedini ispravan način tumačenje navedenog termina vladavina prava, član I (2) Ustava BiH je u koliziji sa konceptom konstitutivnosti naroda.

Treća opasnost nekonzistentnog prevoda termina *the rule of law* ogleda se u određivanju vrijednosti koju Ustav BiH štiti. Ako govorimo o vladavini prava kao prevodu termina *the rule of law*, tada govorimo o vrijednosti liberalizma, individualnih prava, jednakosti pred zakonom, pravde, itd., ali ako isti termin prevodimo kao „vlast u skladu sa zakonom“, tada je riječ, kako ističe Haverić, o praznoj tautologiji, ispraznom terminu koji je formalan i blizak državama sa autoritarnim ustavnim sistemima. U skladu s tim, intencija ustavotvorca u slučaju Ustava BiH je jasna jer Ustav BiH skoro kao ni jedan drugi ustav na svijetu štiti ljudska prava,³⁶ pa stoga, to je još jedan od argumenata u korist prevoda termina *the rule of law* kao principa vladavine prava. Mogući protuargument ovoj tvrdnji bi bio da cjelokupna odredba gdje stoji termin *the rule of law* glasi da će država funkcionisati na „osnovu slobodnih i demokratskih izbora“, pa se tu može istaći argument da demokratski izbori nadopunjuju autoritarni prevod termina *the rule of law* „vlast u skladu sa zakonom“, što može eventualno ublažiti autoritarnu karakteristiku navedenog prevoda. Takav stav, ako bi postojao, bi bio pogrešan jer razlika između modernih demokratskih i modernih autoritarnih država nije u održavanju demokratskih izbora s obzirom da se oni danas održavaju i u autoritarnim

³⁵ To je vidljivo i iz presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetima *Sejdić i Finci protiv BiH*, *Zornić protiv BiH*, *Pilav protiv BiH*, *Šlaku protiv BiH*. O tome detaljnije, Damir Banović, Saša Gavrić, Mariña Barreiro Mariño, *The Political System of Bosnia and Herzegovina*, Springer International Publishing, 2021. Uporediti sa Zlatan Begić, „Izborni sistem Bosne i Hercegovine: aktuelno stanje i nužne reforme u kontekstu važećih ustavnih rješenja“, *Reforma izbornog zakonodavstva Bosne i Hercegovine* (ur. Cvitković Ivan), Akademija nauke i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2021.

³⁶ David Chandler, *Bosnia: Faking Democracy After Dayton*, Pluto Press, London, 2000, 92.

državama.³⁷ Ključna razlika između demokratskih i autoritarnih država je u postojanju ili nepostojanju vladavine prava, pa bi stoga ako bi postojao ovakav argument, takav argument bio neadekvatan.

ZAKLJUČAK

U prevodima Ustava BiH sa službene verzije na engleskom jeziku na službene jezike BiH postoji nekonzistentnost u prevodenju termina *the rule of law*, što ne predstavlja samo problem terminološke prirode, nego i pravno-teorijske prirode jer takvim nekonzistentnim načinom prevodenja, princip *the rule of law* dobiva drugačije značenje od originalnog. U radu smo utvrdili da jedini ispravan način prevodenja termina *the rule of law* jeste „vladavina prava“, pa u vezi s tim, jedino ispravno prevedena verzija Ustava BiH je verzija na srpskom jeziku. Verzije Ustava BiH na bosanskom i hrvatskom jeziku su neadekvatne jer koriste prevod „u skladu sa zakonom“/ „sukladno zakonu“, što bi u teorijskom smislu ekvivalent bio princip *rule by law*. Stoga, takvi prevodi ne izražavaju namjeru ustavotvorca da BiH utemelji na vrijednostima liberalizma, individualnih prava, pravednosti, slobode. Vladavina prava je mnogo širi princip od vladavine u skladu sa zakonom, pa je iz tog razloga potrebno revidirati trenutne prevode Ustava BiH na bosanskom i hrvatskom jeziku, kako bi se na ispravan način i u terminološkom ali i u teorijskom smislu preveo termin *the rule of law*.

BENJAMIN NURKIĆ, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Tuzla

THEORETICAL-TERMINOLOGICAL ANALYSIS OF THE TRANSLATION OF THE CONCEPT OF THE RULE OF LAW IN THE CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The rule of law is one of the principles within the constitutional system of Bosnia and Herzegovina. One of the specifics of the Constitution of Bosnia and Herzegovina is that the official version exists only in English, while translations into the official languages of Bosnia and Herzegovina are unofficial. The paper analyzes how the term the rule of law is translated into the official languages of

³⁷ Vladimir Vujčić, „Politička kultura i međunacionalni odnosi u demokraciji“, *Politička misao: časopis za politikologiju*, tom. 35, br. 2, Zagreb, 1998, 25-49.

Bosnia and Herzegovina in the Constitution of Bosnia and Herzegovina and whether unofficial translations of the Constitution of Bosnia and Herzegovina correspond to the theoretical-terminological meaning of the rule of law principle. The author presents certain inconsistencies in the translation of the term the rule of law. Also, in the paper, the author presents different opinions on how the term the rule of law should be translated and used in the constitutional system of Bosnia and Herzegovina.

Key words: the rule of law, rule by law, constitutional state, Constitution of BH

Literatura

- Ademović N., Marko J., Marković G., *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012.
- Avramović D., „Vladavina prava i pravna država – istost ili različitost?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 2010.
- Banović D., Gavrić S., Mariña Barreiro M., *The Political System of Bosnia and Herzegovina*, Springer International Publishing, 2021.
- Baričević V., „Ustavi socijalističke Jugoslavije i država sljednica: kontinuitet ili diskontinuitet u koncepciji ustavnog identiteta“, *Analiza Hrvatskog politološkog društva*, Zagreb, 2007.
- Begić Z., „Izborni sistem Bosne i Hercegovine: aktuelno stanje i nužne reforme u kontekstu važećih ustavnih rješenja“, *Reforma izbornog zakonodavstva Bosne i Hercegovine*, (ur. Cvitković Ivan), Akademija nauke i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2021.
- Bingham B., *The Rule of Law*, Penguin Books, London, 2010.
- Chandler D., *Bosnia: Faking Democracy After Dayton*, Pluto Press, London, 2000.
- Farrall J., „Impossible expectations? The UN Security Council’s promotion of the rule of law after conflict“, *The Role of International Law in Rebuilding Societies after Conflict: Great Expectations*, (eds. Bowden Brett, Hilary Charlesworth, Jeremy Farrall), Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Gosalbo-Bono R., „The Significance of the Rule of Law and its Implications for the European Union and the United States“, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 72 No.2, 2010.
- Haverić T., „Vladavina prava ili vladavina zakona?“, *Sveska za javno pravo 13*, Sarajevo, 2013.
- Hayek F., *Poredak slobode*, Global Book, Novi Sad, 1998.
- Macfarlane L. J., *Human Rights: Realities and Possibilities Northern Ireland, the Republic of Ireland, Yugoslavia and Hungary*, Palgrave Macmillan UK, 1990.
- Ginsburg T., Moustafa T., „Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics“, *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*, (eds. Tom Ginsburg, Tamir Moustafa), Cambridge University Press, 2008.
- Nojman F., *Vladavina prava: politička teorija i pravni sistem u modernom društvu*, Filip Višnjić, Beograd, 2002.
- Nurkić, B., „Savremeni autoritarni režimi i vladavina prava“, *Pravna misao*, br. 7-8, Sarajevo, 2020.

- Rangelov I., *Nationalism and the Rule of Law: Lessons from the Balkans and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- Trnka K., *Konstitutivnost naroda*, Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca, Sarajevo, 2000.
- Trnka, K., *Ustavno pravo*, Fakultet za javnu upravu, Sarajevo, 2006.
- Vergotini Đ., *Uporedno ustavno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2015.
- Vujčić V., „Politička kultura i međunacionalni odnosi u demokraciji“, *Politička misao: časopis za politikologiju*, Vol. 35, No. 2, Zagreb, 1998.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 09.08.2021.

Prihvaćen: 28.08.2021.

PREGLEDNI RAD

ROK LAMPE

PRAVO NA DOSTOJANSTVO – OSNOVNO LJUDSKO I LIČNO PRAVO

Pravo na dostojanstvo danas se smatra osnovnim ljudskim i ličnim pravom. Pri tome se polazi od pretpostavke da su lična prava ljudska prava koja su zaštićena instrumentima građanskog prava i odnose se na užu sferu ličnosti pojedinaca. Poštovanje dostojanstva uključeno je u međunarodne akte o ljudskim pravima kao pozitivna i negativna obaveza država. Cilj članka je da se analizira taj pravni fenomen kroz uporednopravnu praksu, pri čemu je posebna pažnja posvećena nemačkom i slovenačkom pravu.

Ključne reči: ljudska prava, lična prava, pravo na dostojanstvo, uporedno ustavno pravo, uporedno građansko pravo

DOSTOJANSTVO KAO OSNOV SVIH LJUDSKIH PRAVA

Uopšte

Ljudsko dostojanstvo (engl. *human dignity*, nem. *menschenwürde*) potrebno je razumeti kao osnovno dobro pojedinca koje je temelj svih ljudskih prava. To je proklamovano Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima, a dostojanstvo i humanost su, u duhu pomenute deklaracije, temeljni cilj, ne samo svakog društva, nego i celog čovečanstva. Tako se u Preambuli Deklaracije naglašava da je: „Priznavanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj

Prof. dr Rok Lampe, LL.M. (University of Utah), redovni profesor, Institut za poslovno pravo, Maribor, email: rok.lampe@hotmail.com.

slobode, pravde i mira u svetu“. To je bila prva izjava o pravima i slobodama svih nas kao ljudskih bića, bez bilo kakvih razlika, koja se i dalje smatra najznačajnijom.¹

U kontekstu analize dostojanstva, pažnja će biti usmerena pre svega na slovenačku i nemačku pravnu praksu. Ustav Republike Slovenije teži pravnoj zaštiti dostojanstva kao osnovnog prava i u članu 34. garantuje pravo na lično dostojanstvo i bezbednost: „Svako ima pravo na lično dostojanstvo i bezbednost.“ Možda je bolji stav o načinu uređivanja prava na dostojanstvo zauzet u nemačkom Ustavu, odnosno Osnovnom zakonu (*Grund Gesetz*, GG), u kojem se polazi od dostojanstva kao osnova ne samo ljudskih prava nego i ustavnog sistema generalno. GG naime predviđa pravo pojedinaca na dostojanstvo u čl. 1. i 2: „Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo: njegovo poštovanje i zaštita obaveze su svih oblika državne vlasti“ (čl. 1). „Svako ima pravo na slobodan razvoj sopstvene ličnosti ukoliko ne zadire u prava drugih i ne povređuje ustavni poredak ili moral. Svako ima pravo na život i telesni integritet. Lična sloboda je garantovana. U ta prava je moguće zadirati isključivo na osnovu zakona“ (čl.2. st.1.)

Na osnovu tih odredaba, ustavnopravna praksa Nemačke oblikovala je koncept opšteg ličnog prava. Nemačka teorija, prvenstveno na osnovu stava Vrhovnog suda, definiše opšte ljudsko pravo (*das Allgemeine Persönlichkeitsrecht*) kao pravo na poštovanje ličnosti (*das recht auf Respektierung der Persönlichkeit*), odnosno pravo na poštovanje i zaštitu ljudskog dostojanstva (*das recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde*), koje mora da štiti ljudsku egzistenciju u svim njenim pojavnim oblicima.² Opšte ljudsko pravo slično definiše i profesor Larenz (*Karl Larenz*) – kao „pravo na poštovanje, pravo na integritet osobe u svakom obliku (dakle i u izgovorenoj i napisanoj reči) i razume se kao privatna i tajna sfera zaštićena od radoznalosti i nametljivosti ostalih“.³ Opšte lično pravo definisano je kao zbir svih posebnih ličnih prava.⁴ Opšte lično pravo je pravnoteorijski pojam koji je razvila pravna nauka i nije eksplicitno ograničen u nemačkom zakonodavstvu.⁵

¹ V. Sonia Harris-Short, *An „identity crisis“ in the international law of human rights*, University of Birmingham, 2003, 343–349.

² Wolfram Ehlers, *Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1977, 1.

³ Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2. Auflage, Beck's, München, 1972, 101.

⁴ „Das APR is die Summe aller besonderen Persönlichkeitsrechte“, tako Edmund Schwenk, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in amerikanischer Sicht*, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, 235.

⁵ „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein typisch zivilrechtliches Konstrukt, das von der Rechtsprechung entwickelt wurde“, iz rešenja, tj. slučaja *Herrenreiter*, BGH 1 ZR 151/56, obj. u *NJW*, 1958, 872 i dalje.

Nemačka sudska praksa je opšte lično pravo prvi put priznala 1954. godine u poznatom slučaju *Leserbriefer*. Slučaj se ponekad naziva i *Schachtbrief* odnosno *Schacht* ili *Schachentschäidung*. Njegova pozadina bio je članak objavljen u hamburškim novinama. Uvređeno lice na koje se članak odnosio ovlastilo je advokata da od uredništva zahteva ispravku teksta. Uredništvo nije uvažilo njegov zahtev, već je ga je objavilo u rubrici „Pisma čitalaca“ (*Leserbriefer*). U objavljenom tekstu uredništvo je ispustilo deo teksta u kojem je bilo naznačeno da je advokat zahtevao ispravku teksta. Takav tekst je kod čitalaca stvorio utisak da je advokat samo izneo svoje mišljenje o povređenom licu. Zbog toga je on podneo tužbu protiv uredništva kojom je zahtevao ispravku teksta i njegovo objavljivanje. Nemački savezni sud (*Bundesgerichtshof*, BGH) usvojio je tužbeni zahtev,⁶ i presudio „da je uredništvo objavljivanjem teksta za koje nije imalo ovlašćenje od nosioca prava povredilo njegovo lično pravo (*Persönlichkeitsrecht*)“.⁷ Ustavni sud je naznačio da je opšte lično pravo (APR), na osnovu člana 1. (nepovredivost ljudskog dostojanstva) i člana 2. (pravo na slobodan razvoj ličnosti) GG, Ustavom zagarantovano osnovno pravo (*Verfassungsmäßig Gewährleistetes Grundrecht*).⁸

Pomenutom presudom, BGH je temeljito definisao pojam ličnog prava utvrđujući da nemački Ustav (*Grund Gesetz*, GG) u članu 1. priznaje čoveku „pravo na poštovanje njegovog dostojanstva“ (*das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde*) i u članu 2. „pravo na slobodan razvoj njegove ličnosti“ (*das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), koju mora da poštuje svako, ukoliko to pravo ne povređuje prava drugih, dakle ukoliko nije protivustavno. Zato opšte lično pravo mora biti ustavom garantovano kao osnovno (ustavno, *Grundrecht*) pravo.⁹ Na taj način ono je zaštićeno i instrumentima građanskog prava i dobija karakter privatnog prava.

⁶ BGH 1 ZR 211/53, rešenje obj. u NJW 1954, 1404.

⁷ Michael Prinz, *Medienrecht: die Zivilrechtliche Ansprüche*, Beck's, München, 1999, 62. Sud je u obrazloženju napisao da je uredništvo objavom promenjenog teksta prekršilo tužiočevu „ličnopravnu sferu“ (*persönlichkeitsrechtliche Eigensphäre*) jer je neovlašćenom promenom teksta moglo da prouzrokuje promenjenu „sliku“ (*Persönlichkeitsbild*) tog lica. Isti stav je zauzeo BGH 1958. godine u slučaju *Tonbandaufnahme* (BGH VI ZR 164/79, rešenje, obj. u NJW 1958, 1344), kada je naglasio da se čl. 1. i 2. GG štiti APR, koje obuhvata „ličnopravnu sferu“. (*Wer ein Gespräch ohne Zustimmung des Gesprächspartners durch Anwendung eines Tonbandes (Tonträgers) festlegt, verletzt in der Regel das durch Art. 1,2 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das die Person in ihrer persönlichkeitsrechtlichen Eigentumsphäre schützt*).

⁸ Peter Schwerdtner, *Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht*, 1976, 27.

⁹ Rešenje u slučaju *Leserbriefer*, BGH 1 ZR 211/53, obj. u NJW, 1404–1405. Profesor Jarras naglašava bitnost ustavnopravnog temelja APR i njegovog vertikalnog i horizontalnog delovanja, dakle protiv pojedinaca: „*Die Aussagen des Grundgesetzes zu diesem Recht sind deshalb von besonderem Interesse, zumal si sowohl in den Beziehungen zwischen Staat und Bürger wie in den Beziehungen zwischen Bürgern zum Tragen kommen*“, Jarass, NJW, 857.

Tim putem. Sud je izričito utvrdio da je opšte lično pravo zaštićeno i Nemačkim građanskim zakonikom u paragrafu 823. kao *ein sonstiges recht*¹⁰ – neko drugo pravo.¹¹

Godine 1973. Ustavni sud SRN u slučaju *Soraya* potvrdio je dotadašnju praksu BGH o priznanju opšteg ličnog prava.¹² Opšte lično pravo je Sud priznao kao sastavni deo nemačkog građanskopravnog uređenja¹³ i ocenio da je njegov zadatak, u skladu s najbitnijim principom (*oberstes Konstitution Prinzip*) – ljudsko dostojanstvo (član 1. GG), obezbediti užu ličnu životnu sferu i očuvanje osnovnih uslova za njeno uživanje.¹⁴

Nemački Ustavni sud je više puta definisao opšte lično pravo i naglasio njegove objekte zaštite. Zadatak opšteg ličnog prava je da, u smislu najvišeg ustavnog principa, ljudskog dostojanstva (član stav 1. GG), štiti užu ličnu sferu i obezbeđuje osnovne uslove za njeno uživanje. („*Die Aufgabe des APR is es, im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Leben Sphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten*“).¹⁵

Rešenje BVerfG u slučaju Eppler – klasifikacija opšteg ličnog prava u pravnoj praksi

Opšte lično pravo na osnovu čl. 1. i 2. GG, osim brojnih teoretičara, razmatrano je i od strane nemačkog Ustavnog suda (BVerfG) u slučaju *Eppler*¹⁶ 1980. godine. Pri tome, Sud je koristio prvenstveno praksu BGH i ocenio da BGH nikad nije

¹⁰ Par. 823 (Schadensersatzpflicht): „*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des heraus entstehenden Schadens verpflichtet.*“ Profesor Sajovic za paragraf 823, zbog njegove važnosti u sistemu građanskog (ličnog, odšetnog) prava, navodi da je „osnovni nosilac zaštite prava pojedinca kao ličnosti“ u zaštiti prava pravnog subjekta na zaštitu ličnog statusa („građanskog“ položaja). Bogomir Sajovic, „Osebnostne pravice in civilno pravo“, *Pravnik*, Ljubljana, 1988, 567.

¹¹ O tome i S. Gottwald, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, Berlin, 1995, 197–199.

¹² BVerfG 34, 269, obj. u *NJW*, 1973, 1221.

¹³ „[...] zum festen Bestandteil deutscher Privatrechtsordnung geworden ist“, tj. slučaj *Lebach*, BVerfG 35, 202, obj. u *NJW*, 1985, 787.

¹⁴ *Die Aufgabe des aPR ist es, im Sinne des „obersten Konstitutionsprinzips“ der „Würde des Menschen“ (Art. 1 I GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu Gewährleisten, die sich durch die traditionellen Freiheitsgarantie nicht abschließend erfassen lassen (Eppler, BVerfG 54, 148, obj. u NJW, 1980, 2069), insbesondere gegen neue Gefährdungen der Menschlichen Persönlichkeit« (BVerfG 65, 1/41). Das Recht schützt daher vor allem gegen „Eingriffen, die geeignet sind, die engere Persönlichkeitssphäre zu beeinträchtigen“ (BVerfG 54, 148/153, 72).*

¹⁵ BVerfG 54, 148/153; 72, citirano prema: H. Jarass i B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Beck's, München, 1989, 43–44.

¹⁶ *Eppler*, BVerfG, 54, 148 i dalje.

konačno definisao opšte lično pravo, već je iz njega izvodio određena značenja, termine, izvedenice (*ausprägungen*), odnosno pravno zaštićena dobra opšteg ličnog prava (*Schutzgitter des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes*). U nemačkom pravu, opšte lično pravo štiti osam pravno zaštićenih dobara: intimnu sferu (*Intimsphäre*), privatnu sferu (*Privatsphäre*), tajnu sferu (*Geheimsphäre*), ličnu čast (*Persönliche ehre*), tzv. pravo raspolaganja na prikazivanje vlastite ličnosti (*Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen person*), pravo na vlastiti lik (*das recht am eigenen Bild*), pravo na izrečenu reč (*das recht am gesprochenen Wort*) i tzv. pravo na zaštitu od podmetanja izjava (*das recht, von der Unterschlebung nicht getaner Äußerungen verschont zu bleiben*).¹⁷ Presudom u slučaju *Eppler* Ustavni sud je usvojio tzv. teoriju sfera – *Sphärentheorie*, tj. raščlanjivanje dobara/interesa koje štiti APR, o čemu će više biti reči u narednim izlaganjima.

Ograničenja opšteg ličnog prava u nemačkom pravu

U nemačkom pravu, opšte pravo poznaje izvesna ograničenja, iako je reč o *Zentrallnorm* ustavnog prava. Ta ograničenja predviđena su u članu 2. stav 1. GG i odnose se na: 1. prava ostalih; 2. ustavni poredak i 3. prirodni zakon. U članu 2. stav 2. GG određuje se da opšte lično pravo može da se povredi samo na osnovu zakona. U teoriji (*Jarras*) skreće se pažnja na suštinski sukob (u različitim aspektima): s jedne strane se nalazi interes javnosti koji ograničava opšte lično pravo pojedinca, dok se s druge strane nalazi interes pojedinca da se očuva celovitost opšteg ličnog prava. Prilikom donošenja odluka o opravdanosti zadiranja u opšte lično pravo pojedinca presudno je odmeriti interese. Posebno osetljivo područje je „intimna sfera“ pojedinca.¹⁸

SHVATANJE DOSTOJANSTVA KAO „PRAPRAVA“ I OSNOVA OSTALIH LJUDSKIH I LIČNIH PRAVA U PRAVNOM SISTEMU SAD

Tipičan primer rasprave o pojedinačnim ljudskim pravima i njihovoj povezanosti s ljudskim dostojanstvom predstavlja diskurs profesora odštetnog prava u SAD *Prossera* i *Blousteina*. Veliki autoritet američke teorije odštetnog prava, dekan

¹⁷ Profesor Sajović upozorava da su te sfere samostalne vrednosti i tako prelaze granicu (kategorijalno-vrednosno izgrađenih pojmova) pojavnosti građanskog prava. Bogomir Sajović, „Civilno pravo in osebnostne pravice“, *Pravnik*, Ljubljana, 1991, 3.

¹⁸ Profesor *Jarass* kao dopušteno zadiranje u „intimnu sferu“ APR navodi samo ono koje sledi preovlađujući interes javnosti: izjave o svojoj privatnosti, konfiskacija medicinske dokumentacije u krivičnom postupku, psihološki testovi vojnika, konfiskacija pisama između kažnjenika i njegove porodice dopustivi su samo ako postoji konkretna opasnost itd. *Jarras*, op. cit., 85–102, 861.

Prosser objavio je 1960. godine članak „Privacy – A Legal Analysis“,¹⁹ u kome je analizirao više od 300 primera iz američke jurisprudencije povezanih s pravom na privatnost i jasno ukazao da je opšte pravo na privatnost (*common law right of privacy*) utvrđeno u američkom pravu.²⁰ Nakon objavljivanja članka i uključivanja četiri delikta koja se odnose na povredu prava na privatnost u drugo izdanje *Restatement of Torts* (neformalna kodifikacija odštetnog prava) 1964. godine, sve savezne države priznale su pravo na privatnost u celini ili delimično,²¹ te su obezbedile njegovu zaštitu instrumentima odštetnog prava. Osnovni doprinos pomenute naučne rasprave ogleda se u zaključku da u američkom pravu ne postoji jedinstveni delikt povrede prava na privatnost, već ovo pravo obuhvata četiri oblika povrede različitih interesa, koje povezuje zajednički naziv. Inače, one nemaju ništa zajedničko, osim što svaka od njih predstavlja povredu prava pojedinca da „bude ostavljen na miru“ (*to be left alone*). Svaki od četiri oblika povrede²² pojedinačno predstavlja svojevrsan delikt. U tom smislu, pojedinačnim deliktima (*torts*) smatraju se: *intrusion tort* – delikt ometanja (privatnosti), *the appropriation tort* – delikt prisvajanja, *the private facts tort* – delikt objavljivanja privatnih podataka, *the false light tort* – delikt prikazivanja u pogrešnom svetlu.

Direktan odgovor na postavljenu Prosserevu tezu predstavlja članak dekana Blousteina „Privacy as an aspect of human dignity – An Answer to Dean Prosser“,²³ objavljen 1964. godine, koji se u američkoj pravnoj teoriji ocenjuje kao značajna analiza problema povezanosti dostojanstva s pojedinim pravom. Blousteinova kritika se primarno odnosi na objekat zaštite prava na privatnost. Dok je Prosser tvrdio

¹⁹ 48 Calif. L. Rev. 383, 1960, 338–423.

²⁰ Do 1965. godine, kada je Vrhovni sud SAD presudio u slučaju *Griswold protiv Connecticuta*, pravo na privatnost je ustavom delimično priznato. Tako je Vrhovni sud pravo na privatnost priznao delimično na osnovu prava protiv neosnovane pretrage i nadzora (*right against unreasonable government searches and seizures*) i 4. amandmana. U javnom pravu pravo na privatnost štiti pojedinca od nedozvoljenih dela državnih službenika. Od 1965. godine pravo na privatnost u javnom pravu ne štiti pojedinca samo od nedozvoljenih akata državne vlasti, već obezbeđuje i ostale interese pojedinca, na primer autonomiju pojedinca u donošenju određenih ličnih odluka (kao što su sklapanje braka, prokreacija, kontracepcija itd.).

²¹ Anita L. Allen, Marc Rotenberg, *Privacy Law and Society*, 24.

²² „1. Intrusion upon the plaintiff’s seclusion or solitude, or into his private affairs; 2. Public disclosure of embarrassing facts about the plaintiff; 3. Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye; Appropriation, for the defendant’s advantage, of the plaintiff’s name or likeness.“

²³ 39 New York University Law Review, 1964, 962–1007. Dekan Bloustein, kao predstavnik tzv. *personhood human dignity school*, smatra se vodećim teoretičarem „ličnog prava“ u SAD. Poseban doprinos ovog autora ogleda se i u kritičnoj analizi prava na privatnost Warrena i Brandeisa u članku „Privacy, Tort Law, and the Constitution: Is Warren and Brandeis’ Tort Petty and Unconstitutional As Well?“, *Texas Law Review*, Vol. 46, 1968, 611.

da privatnost nije samostalna vrednost, već skup (*composite*) različitih interesa u vidu reputacije, duševnog mira i integriteta svojine,²⁴ Bloustein je zauzeo drukčiji stav. U svom radu postavio je je opštu teoriju samostalne privatnosti i zastupao stav da se suština povrede prava na privatnost ogleda u povredi ljudskog dostojanstva (*human dignity*). Bloustein je branio gledište prema kome duševna bol (*emotional distress*) koju pojedinac pretrpi zbog povrede prava na privatnost nije osnovni objekat zaštite; kad je privatnost pojedinca ugrožena, on doživljava duševnu bol koja se, kako autor smatra, javlja kao posledica napada na njegovo dostojanstvo. Prema tome, duševni bolovi su samo merilo nematerijalne štete koja je prouzrokovana pojedincu, dok je objekat zaštite prava na privatnost – ljudsko dostojanstvo.

DOSTOJANSTVO KAO TEMELJ LJUDSKIH PRAVA U USTAVU REPUBLIKE SLOVENIJE

Kako treba razumeti dostojanstvo kao pravni pojam? Smatramo da je dostojanstvo potrebno shvatati, ne samo kao posebno ljudsko pravo, već prvenstveno kao temelj ostalih ljudskih prava. I Povelja Evropske unije o osnovnim pravima u članu 1. polazi od ljudskog dostojanstva: „Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Ono se mora poštovati i štiti.“ Tako je dostojanstvo definisao i Evropski sud pravde u presudi od 9. oktobra 2001. godine u slučaju *Holandija protiv Evropskog parlamenta i Saveta*, C-377/98²⁵ i potvrdio da je osnovno pravo na ljudsko dostojanstvo deo prava Evropske unije.

Slično kao u nemačkom Ustavu koji dostojanstvo proklamuje kao jedan od osnovnih principa, u Ustavu Republike Slovenije, dostojanstvo je, kao osnov ostalih ljudskih prava, predviđeno u članu 34. (pravo na lično dostojanstvo i bezbednost): „Svako ima pravo na lično dostojanstvo i bezbednost.“

Nemačko pravo prava uzima dostojanstvo kao osnov za opšte lično pravo za koje u slovenačkom (ustavnom) pravu ne postoji *zeitgeist* osnov, te stoga ni u teoriji nije postojala potreba da se obrazloži koncept opšteg ličnog prava. Isto tako, u građanskom pravu, ideja opšteg ličnog prava nikad nije bila prihvaćena ni u teoriji ni u praksi. Kako dakle definisati odnos između dostojanstva iz člana 34. Ustava Republike Slovenije i drugih ljudskih prava? Smatramo da Ustav Republike Slovenije treba interpretirati tako da je član 34. u katalogu ljudskih prava ona opšta temeljna odredba koja garantuje pravo na dostojanstvo pojedinca, ali se konkretizuje preko

²⁴ „[...] privacy is not an independent value at all but rather a composite of the interests in reputation, emotional tranquility and intangible property“, E. J. Bloustein, op. cit., 962.

²⁵ *Holandija protiv Evropskog parlamenta i Saveta*, 2001, PSES 7079, obrazloženje u tač. 70, 78–80, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61998J0377&lg=EN.

drugih ustavom garantovanih prava. Već u sledećoj odredbi, slovenački Ustav zahteva zaštitu drugih osnovnih ljudskih dobara, kao što su ljudski i duševni integritet, te ostala lična prava. Član 35. Ustava Republike Slovenije (zaštita prava na privatnost i ličnih prava) određuje: „Garantovana je neprikosnovenost ljudskog telesnog i duhovnog integriteta, njegove privatnosti te ličnih prava.“

Pomenuta prava su u pravnoj teoriji obuhvaćena opštim ličnim pravima. Reč je o ljudskim pravima koja se odnose na najužu sferu ličnosti pojedinca i po pravilu su zaštićena građanskopravnim instrumentima. S obzirom na njihov karakter, pravni sistem im daje širu pravnu zaštitu i drugim pravnim instrumentima – krivičnim, porodičnopravnim, upravnim, ustavnim itd.

PRAVO NA ČAST I DOBRO IME KAO DIREKTNI GARANT DOSTOJANSTVA

Dostojanstvo treba razumeti kao osnov drugih ljudskih prava koja štite to temeljno dobro pojedinca. Pravo na dostojanstvo nikad nije bilo zaštićeno kao lično pravo, već je konkretizovano i zaštićeno u okviru krivičnopravne, upravne i građanskopravne zaštite. Među pojedinačnim ljudskim ili ličnim pravima, garant dostojanstva predstavlja pravo na čast i dobro ime. Reč je dakle o izvedenici (*ausfluss*) prava na dostojanstvo koje isto tako predstavlja temeljni garant telesne i duševne nepovredivosti. Pravo na čast i dobro ime najčešće se odnosi na opšte shvatanje prava na čast. Čast treba razumeti (u nedostatku zakonske definicije) kao ljudsko dostojanstvo i njegovu važnost, tj. kao unutrašnju, subjektivnu čast (mišljenje o sebi ili o vrednosti koju pojedinac poseduje kao član društva) i kao spoljnu čast koja se manifestuje vrednovanjem, odnosno priznavanjem moralnih i drugih kvaliteta pojedinca od drugih. U tom smislu, spoljna čast ima isto značenje kao ugled, odnosno dobro ime koje pojedinac uživa u društvu,²⁶ te se govori o profesionalnom ugledu, moralnom ugledu i sl.

Navešćemo konkretan primer zadiranja medija u pravo na čast i dobro ime. Novine A su 2. aprila 1996. godine, ispod fotografije na kojoj tužilac pored svog teretnog vozila u prisustvu policije obavlja alkotest objavile članak pod naslovom: „Sada znamo – zbog pijanaca ginemo! Konobaru, taksi, molim!“. Nezadovoljan objavljenim objašnjenjem tuženog u vezi s pomenutim člankom u novinama A, tužilac je u tužbi zahtevao od tuženog naknadu štete za duševne bolove, jer su bili povređeni njegova čast i njegov ugled.

Zamislimo da se ispod tako snažnog naslova nasumice pojavi naša fotografija u nekim novinama. Postoji realna mogućnost da se to dogodi jer je časopis

²⁶ Marko Šorli, „Izbrana vprašanja iz poglavja o kaznivih dejanjih zoper čast in dobro ime“, *Pravosodni bilten*, Ljubljana, 1989, 17.

upotrebio fotografiju iz arhive i ona sa člankom nije imala nikakve direktne veze. To je bio slučaj i sa tužiocem, koga su na fotografiji prepoznali poznanici i ostali stanovnici njegovog kraja. On je bio izložen mnogobrojnim pitanjima – da li je bio pijan, šta je uradio, koliko godina zatvora treba da „odleži“ i slično. Naslov ispod fotografije bio je šokantan. Pretpostavljalo se je da je on prouzrokovao saobraćajni udes i da je vozio pijan. Tuženi je delimično prihvatio zahtev tužioca i objavio objašnjenje koje nije bilo u skladu s odredbama tada važećeg Zakona o sredstvima javnog informisanja. Na osnovu svih okolnosti, nižestepeni sudovi doneli su presudu da je tuženi objavljivanjem fotografije tužioca bez njegove dozvole i šokantnim naslovom povredio ustavom zaštićena prava tužioca, i to: pravo na nepovredivost telesnog i duševnog integriteta, pravo na privatnost i lična prava i da zbog toga snosi odštetnu odgovornost prema tužiocu na osnovu čl. 154. i 157. ZOR.

Odgovornost tuženog postoji jer nije dokazao da je njegov zaposleni (urednik) postupio na pravilan način. Objavio je fotografiju tužioca bez njegovog pristanka ne sakrivajući oči fotografisanog. To je bilo (kako je utvrđeno) u suprotnosti s postupanjem tuženog u drugim slučajevima. Takvim postupanjem povređena su lična prava tužioca i on ima pravo na zaštitu svojih prava. Već samo objavljivanje fotografije bez dozvole znači zadiranje u njegovo pravo na zaštitu vlastitog lica, jer je jedino on imao pravo da odluči da li se njegova slika može objaviti. Nižestepeni sudovi su konstatovali da ovakav pristanak tuženi nije dokazao i da su drugačije interpretacije neosnovane, jer se pristanak ne pretpostavlja (to je moguće kada se za snimak dobije naknada). U takvim slučajevima se presuđuje isključivo na osnovu pravila građanskog prava. To važi i za tzv. simboličke fotografije, kada novine uz prilog objave fotografiju iz arhive (kao što je urađeno u ovom primeru). Pored nedozvoljenog objavljivanja fotografije, što je samo po sebi zadiranje u lična prava tužioca, i objava – „Sada znamo – zbog pijanaca ginemo!“; takođe znači zadiranje u njegova prava (tuženi je trebalo da postupi u skladu s odredbama tada važećeg Zakona o javnim sredstvima informisanja, („Službeni list RS“, broj 18/94), kao što su naglasili nižestepeni sudovi. Dakle, u tom slučaju je bila pravno relevantna činjenica uz kakav je naslov objavljena fotografija tužioca (što je njega prvenstveno povredilo). Za objavu pod takvim okolnostima ne postoji pravni osnov, što znači da osim ostalih elemenata građanskog delikta (šteta, nedopustivost i uzročna veza među njima) postoji i protivpravnost postupanja tuženog (to znači odštetnu odgovornost po članu 154. stav 1. i članu 158. ZOR). To takođe znači da postoji i odštetna odgovornost tuženog za štetu nanetu tužiocu u smislu odredaba čl. 170. i 171. tada važećeg ZOR.

Nižestepeni sudovi su u svojoj odluci o obliku neimovinske štete i visini odštete pravilno primenili odredbu člana 200. ZOR. Sud je dosudio i novčanu odštetu

za pretrpljene duševne bolove zbog povrede dobrog imena, časti, ugleda i zadiranja u zaštićena lična prava u skladu s okolnostima, uzimajući u obzir posebno stepen bolova i njihovo trajanje. Revizioni sud je ocenio da su nižestepeni sudovi pravilno definisali sve bitne okolnosti prilikom ocenjivanja uvređenosti tužioca, dakle opsega i trajanja duševnih bolova koji su mu naneti zbog objave tuženog.

Zadiranje u lično pravo na čast i dobro ime postoji i u slučaju uvredljive izjave: „U ... opštini možemo uz bok XX svrstati osedelog Don Juana, inače poznatog magistra muzike XY (oštećeni). Sa svojom karijerom osvajača ženskih srca je počeo pre dvadeset godina u ... gimnaziji“.²⁷ Zadiranje u lična prava vidljivo je već iz konteksta članka, u kojem je jasna namera tuženog da omalovaži tužioca. Napad na čast i dobro ime tužioca izražava se u prezrivoj i omalovažavajućem tekstu, koji sadrži negativno mišljenje o tužiocu i u podsmešljivom tonu negira priznavanje vrednosti tužioca u društvu. Izražava se i kada tuženi poriče moralnu vrednost tužioca i na uvredljiv način prikazuje njegov telesni hendikep – mucavost, dok aluzije na njegovu prošlost sadrže uvredljiv ton.²⁸

Zadiranje u lično pravo na čast i dobro ime dobija posebnu težinu kada je reč o maloletnom licu. Jedan od ilustrativnih slučajeva Vrhovnog suda RS odnosi se na objavljivanje sedam članaka o tada maloletnoj tužiteljki („S. gasi, a sve gori“; „U utorak će opet goreti“; „Otkazano gostoprimstvo“; „U utorak nije gorelo“; „Iskorišćena S.“; „Večita tajna požara u R.“; „S. palila?“). Jedanaestogodišnja tužiteljka bila je u člancima tuženog navedena imenom i prezimenom. Članci su se odnosili na njene navodno natprirodne osobine i požare na njenom imanju, pri čemu je ona označena kao mogući počinitelj. Zbog tih članaka ona je trpela duševne bolove, prvenstveno u odnosima s drugovima iz razreda i meštanima.²⁹ Vrhovni sud joj je 1999. godine dosudio odštetu na osnovu člana 200. ZOR. Oštećena je zaista počinila teže krivično delo, ali je tekst tuženog imao toliku težinu da je bila osramoćena i žigosana zbog ocene koja je zadirala u njen lični život i dodatno je osramotila.³⁰

ZAKLJUČAK

U pravu Nemčke, SAD i Slovenije dostojanstvo je, *expressis verbis* ili ne, temelj svih ljudskih prava i prava ličnosti. To je i stajalište Premaubule temeljnog međunarodnog pravnog akta o ljudskim pravima – Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.

²⁷ II Ips 762/93.

²⁸ II Ips 264/98.

²⁹ II Ips 296/02.

³⁰ II Ips 667/03.

U radu smo pokušali da prikazemo različite teorijske pristupe pitanju zaštite dostojanstva – na primer uspostavljanjem opšteg ličnog prava u nemačkom ili posebnog ličnog prava u slovenačkom pravu. Poseban pristup, vredan detaljnije analize, nalazimo u pravu SAD, koje je koncept dostojanstva razvilo kroz pravnu praksu, koja je i u kontinentalnom pravu pokretač razvoja prava. Iz tih razloga, u ovom radu nastojali smo da se fokusiramo na iskustva pravne prakse u Sloveniji i Nemačkoj u domenu prava na dostojanstvo.

Na osnovu izvršene uporednopravne analize, možemo zaključiti da su različiti pravni sistemi inkorporisali dostojanstvo u određena lična prava i predvideli pravne instrumente njihove zaštite. Tek tim putem dostojanstvo od filozofske kategorije postaje pravno zaštićena kategorija. Tako, na primer, u pravu SAD, polazeći od sudske prakse i pravne nauke, dostojanstvo je obuhvaćeno pravom na privatnost, koje se, po modernoj teoriji, ispoljava u četiri aspekta. Pojedini aspekti prava na privatnost u kontinentalnom pravu smatrali bi se pravima ličnosti. Iz tih razloga, u radu smo posebnu pažnju posvetili nemačkom pravu, čiji Ustav dostojanstvo proklamuje kao osnovnu kategoriju Ustavom zaštićenih dobara: „Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo: njegovo poštovanje i zaštita obaveze su svih oblika državne vlasti“ (čl. 1). Tim putem je uspostavljena obaveza države da preduzme sve pravne mere koje su potrebne u cilju zaštite dostojanstva pojedinca. Slično rešenje usvojeno je i u Sloveniji, čiji Ustav pravo predviđa dostojanstvo kao osnov nepovredivosti ljudskih i ličnih prava, a konkretne instrumente obezbeđuje putem građanskog, krivičnog i upravnog prava.

Prof. Dr. ROK LAMPE
Full Professor, Institute for Business Law
Maribor

THE RIGHT TO HUMAN DIGNITY – BASIC HUMAN AND PERSONAL RIGHT

Summary

The right to dignity is nowadays understood as the fundament of all human rights. Dignity is also the fundament of all personality rights, which are understood in this article – from the view point of the European continental approach – as human rights that are protected with instruments of private law. Dignity is included in international documents on human rights as positive and negative obligation imposed upon States. The aim of the article is to analyze this legal phenomenon in a comparative analysis of legal practice with emphasis on German and Slovenian law.

Key words: human rights, personal rights, right to dignity, comparative constitutional law, comparative civil law

Literatura

- Ehlers W., *Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1977.
- Gottwald S., *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, Berlin, 1995.
- Harris-Short S., *An „identity crisis“ in the international law of human rights*, University of Birmingham, 2003.
- Jarass H., Pieroth B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Beck's, München, 1989.
- Larenz K., *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Auflage, Beck's, München, 1972.
- Prinz M., Peters B., *Medienrecht: die Zivilrechtliche Ansprüche*, Beck's, München, 1999.
- Sajovic B., „Osebnostne pravice in civilno pravo“, Pravnik, Ljubljana, 1988.
- Schwerdtner P., *Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht*, 1976, 27.
- Šorli M., „Izbrana vprašanja iz poglavja o kaznivih dejanjih zoper čast in dobro ime“, *Pravosodni bilten*, Ljubljana, 1989.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 22.09.2021.

Prihvaćen: 20.10.2021.

PREGLEDNI RAD

MARKO STANKOVIĆ

VIDOVDANSKI CENTRALIZAM KAO ELEMENT USTAVNOG IDENTITETA I UZROK KRAHA KRALJEVINE SHS

Prilog obeležavanju stogodišnjice donošenja Vidovdanskog ustava

U radu je analizirana veza između izrazito centralizovanog državnog uređenja i neuspješnog funkcionisanja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca za vreme važenja Ustava iz 1921. godine. Pitanje državnog uređenja bilo je ubedljivo najspornija tačka u celokupnom ustavnom životu jugoslovenske kraljevine. Nakon uvodnih razmatranja, analizirani su ustavni nacrti koji su predviđali da se u državno uređenje Kraljevine SHS ugrade elementi federalizma. Nakon toga, prikazan je izraziti centralizam Vidovdanskog ustava, a zatim i rešenja u pogledu teritorijalnog uređenja zemlje koja su usvojena nakon njegovog suspendovanja. U zaključnim razmatranjima data je ocena (ne)uspešnosti analiziranih ustavnih rešenja.

Ključne reči: Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, Vidovdanski ustav, unitarno državno uređenje, centralizam, federalizam

UVODNA RAZMATRANJA: NASTANAK KRALJEVINE SRBA, HRVATA I SLOVENACA

Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, kasnije Kraljevina Jugoslavija, nastala je nakon Prvog svetskog rata zahvaljujući velikoj pobedi koju je u tom ratu ostvarila

Dr Marko Stanković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: stankovicm@us.bg.ac.rs. Rad je nastao kao rezultat projekta „Identitetski preobražaj Srbije“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

srpska vojska. Budući da je jedna od glavnih posledica tog rata bio nestanak četiri carstva u Evropi, između ostalog i Austrougarske dvojne monarhije, stvorili su se uslovi da se Kraljevina Srbija, koja je još u XIX veku stekla državnost i međunarodni subjektivitet, sjedini sa područjima bivše Austrougarske koju su naseljavali južnoslovenski narodi – Srbi, Hrvati i Slovenci.

Stvaranju te države prethodili su značajni istorijski događaji, a proces njenog nastanka bio je kompleksan. Nakon što je 1914. godine Austrougarska objavila rat Srbiji, koji je ubrzo prerastao u svetski rat, beleže se izvesne ideje o ujedinjenju, među kojima treba posebno istaći Nišku deklaraciju (1914), formiranje Jugoslovenskog odbora u Londonu (1915) i Crnogorskog odbora u Parizu (1917). Konkretni pokušaji realizacije ideja o zajedničkoj državi jugoslovenskih naroda bila su dva akta – Krfska deklaracija (1917) i Ženevski sporazum (1918), u kojima su bili skicirani elementi ustavnog uređenja buduće države.

Po okončanju Prvog svetskog rata, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca nije formirana u skladu sa navedenim aktima, već se činom njenog nastanka smatra razmena izjava regenta Aleksandra Karađorđevića i predstavnika Narodnog veća iz Zagreba, koja se dogodila 1. decembra 1918. godine u Beogradu, pri čemu su nekoliko dana ranije Vojvodina (Banat, Bačka i Baranja) i Crna Gora donele odluke o prisajedinjenju Kraljevini Srbiji.

PREDLOZI ZA TERITORIJALNO UREĐENJE DRŽAVE U RAZLIČITIM USTAVNIM NACRTIMA

Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca se, kao novonastala država, mogla pravno okvalifikovati sa dva stanovišta – međunarodnopravnog i ustavnopravnog. Kada je reč o međunarodnopravnom stanovištu, Kraljevina SHS je bila „stara država“ jer je ona u međunarodnopravnom pogledu bila „nastavak“ Kraljevine Srbije, budući da je preuzela čitav sistem međunarodnih ugovora koje je Kraljevina Srbija zaključila pre Prvog svetskog rata. Tako posmatrano, postojao je kontinuitet između Kraljevine Srbije i Kraljevine SHS. Sa drugog, ustavnopravnog aspekta, Kraljevina SHS je bila nova država – njen ustavni sistem nije u formalnom smislu proistekao iz Ustava Kraljevine Srbije od 1903. godine, koji je bio na snazi u momentu kada je Srbija stupila u sastav Kraljevine SHS. Ustav Kraljevine SHS donela je ustavotvorna skupština i u tom smislu je postojao diskontinuitet između Kraljevine Srbije i Kraljevine SHS.¹

Budući da je novoosnovana država bila izraz ustavnog diskontinuiteta, ustavotvorac je, formalno gledano, bio u potpunosti nezvan u stvaranju novog

¹ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2014, 110.

ustavnog poretka. To, međutim, nije bio slučaj, jer je regent Aleksandar prilikom proglašenja ujedinjenja Kraljevine Srbije (kojoj su se prethodno priključile i Vojvodina i Crna Gora) sa međunarodno nepriznatom državom austrougarskih Jugoslovena izjavio da proglašava „ujedinjenje Srbije sa zemljama nezavisne države Slovenaca, Hrvata i Srba u jedinstveno kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca“. Na taj način je regent, smatra se u nauci, prejudicirao dva ključna pitanja budućeg ustavnog aranžmana – oblik vladavine („kraljevstvo“) i oblik državnog uređenja („jedininstveno“, što je sinonim za unitarno uređenje) – i time je u velikoj meri ograničio vlast buduće ustavotvorne skupštine.²

Uprkos tome, veliki broj ustavnih nacrti koji su predstavljani pre nego što je Vidovdanski ustav donet, nije se obazirao na navedena ograničenja i predlagao je drugačija rešenja u pogledu oblika vladavine i državnog uređenja. Ključno je, bez ikakve sumnje, bilo pitanje oblika državnog uređenja. Prema rečima Slobodana Jovanovića, „glavni spor je vođen oko toga, da li će država biti uređena centralistički ili decentralistički, odnosno federalistički“.³ To pitanje je izazivalo najveće sukobe između skupštinske većine (čija su glavna uporišta bila u redovima Radikalne i Demokratske stranke), s jedne strane, i hrvatskih i slovenačkih političkih stranaka, s druge. Radikalno-demokratska većina se zalagala za unitarno uređenje, dok su hrvatski i slovenački ustavni nacrti sadržali uglavnom složeno državno uređenje, u kojem bi državna teritorija bila podeljena na velike teritorijalne jedinice – pokrajine. U tom smislu, pomena su vredni nacrti Narodnog kluba, Jugoslovenskog kluba i Josipa Smodlake.⁴ Generalno posmatrano, prvi nacrt predviđao je federalno državno uređenje, drugi je stajao na sredokraći između federalne i unitarne države, dok je treći predviđao visok stepen teritorijalne decentralizacije u unitarnoj državi, nešto nalik modelu koji se danas u teoriji kvalifikuje kao regionalna država.⁵

Nacrt Narodnog kluba

Nacrt Narodnog kluba je predstavljao odraz mišljenja hrvatske inteligencije o ustavnom uređenju novostvorene države. Narodni klub nije osporavao vlast Ustavotvorne skupštine, ali je zahtevao da se ustav donese kvalifikovanom dvotrećinskom većinom. Tim nacrtom bilo je predviđeno federalno uređenje, sa šest federalnih jedinica, dvodomnim parlamentom, ustavnom podelom nadležnosti i federalnim ustavnim sudstvom.

² Vladan Petrov, Marko Stanković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2020, 131.

³ Slobodan Jovanović, *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd, 1995, 72.

⁴ Podaci o navedenim nacrtima ustava preuzeti su iz: S. Jovanović, op. cit., 72-81.

⁵ Pogledati npr. Miodrag Jovičić, *Regionalna država – ustavnopravna studija*, Beograd, 1996, 16.

Nacrtom Narodnog kluba predviđena je podela državne oblasti na šest federalnih jedinica („pokrajina“): 1) Srbija sa Starom Srbijom i Makedonijom; 2) Hrvatska, Slavonija i Dalmacija sa Međumurjem, Istrom i ostrvima („otoci-ma“); 3) Crna Gora; 4) Bosna i Hercegovina; 5) Vojvodina (Bačka, Banat i Baranja); 6) Slovenija.⁶ Položaj federalnih jedinica bio bi utvrđen ustavom za čije bi promene „kojima bi se diralo u nadležnost pokrajina“, bio potreban „pristanak pokrajinskih sabora“. Taj deo ustava uživao bi, dakle, zaštitu pokrajinskih nadležnosti koja je karakteristična za federalne države. Pored isključivih nadležnosti države i pokrajina, nacrt Narodnog kluba predviđao je i mešovitu sferu nadležnosti, u kojoj bi država imala pravo da donosi okvirne zakone, a pokrajine bi regulisale pojedinosti. Za izvršavanje državnih i pokrajinskih zakona predviđen je tzv. dvostruki kolosek, posebni organi uprave države i pokrajina. Sumarno, pokrajine bi imale zakonodavnu i izvršnu vlast, ali bi bile lišene ustavotvorne i sudske, što je bilo ispod standarda onovremene (dualne) federalne države.

Parlament je bio zamišljen kao dvodomno telo, u kojem gornji dom ima 100 članova, od koji bi 53 birali pokrajinski sabori, a 47 pojedine organizacije i ustanove. Već na prvi pogled je jasno je da nije bilo reči o čistom modelu federalnog bikameralizma, već o mešovitom modelu koji federalni bikameralizam kombinuje sa socijalno-ekonomskim modelom. I u tom aspektu ovaj ustavni nacrt je odudarao od opšteusvojenih federalnih standarda svoga vremena.

Ustavni sud je bio predviđen kao organ koji bi rešavao sukobe nadležnosti između države i pokrajina, ali i donosio odluke o ustavnosti i državnih i pokrajinskih zakona. Prema mišljenju Slobodana Jovanovića, na sastav dvanaestočlanog Ustavnog suda pokrajinski sabori bi imali presudan uticaj.⁷ Mora se naglasiti da je ustavni sud kao poseban državni organ specijalizovan za kontrolu ustavnosti bio tek u povelju i da je bio prvi put uveden ustavima Austrije i Čehoslovačke iz 1920. godine, pa je u to vreme smatran „egzotičnom“ ustavnom institucijom.⁸

Generalno posmatrano, prema nacrtu Narodnog kluba, država bi bez sumnje bila federacija, iako federalne jedinice (pokrajine) ne bi imale ustavotvornu i sudsku vlast, što bi državno uređenje približilo modelu unitarne države sa razvijenom teritorijalnom autonomijom. Nešto drugačije je mislio Slobodan Jovanović, koji je smatrao da je nacrt koji predviđa učešće pokrajina u promeni Ustava,

⁶ Može se zapaziti da je navedena podela bila veoma slična podeli na federalne jedinice koja je usvojena posle Drugog svetskog rata u socijalističkoj Jugoslaviji, sa tom razlikom što je Makedonija u pomenutom nacrtu bila u sastavu Srbije, a Vojvodina posebna federalna jedinica, dok je u SFRJ bilo obrnuto.

⁷ S. Jovanović. op. cit., 74.

⁸ V. Petrov, M. Stanković, op. cit., 110.

postojanje Ustavnog suda i isključuje državnu prinudu nad pokrajinama državu „sve više udaljavao od tipa savezne države, gde suverenost pripada savezu, i približavao tipu državnog saveza, gde suverenost pripada državicama“.⁹ U svakom slučaju, ovaj nacrt je bez sumnje bio najviše „federalan“ od svih ustavnih nacrti.

Nacrt Jugoslovenskog kluba

Jugoslovenski klub, koji je vodio Slovenac dr Anton Korošec, bio je parlamentarna koalicija hrvatskih, slovenačkih i bunjevačko-šokačkih stranaka. Taj klub nije izradio potpun nacrt ustava, već samo izdvojeno mišljenje, ali se iz njega mogao videti stav tog kluba o najvažnijim pitanjima državne organizacije. Ipak, sasvim je očigledno da su predlozi Jugoslovenskog kluba bili mnogo više usmereni na socijalna pitanja nego na položaj pokrajina, odnosno oblik državnog uređenja.

Kada je reč o pokrajinama, Jugoslovenski klub je, kao i Narodni, prihvatao rešenje prema kojem bi državna teritorija bila podeljena na šest pokrajina, s jedinom razlikom što bi Dalmacija bila spojena sa Bosnom, a ne sa Hrvatskom i Slavonijom. Iako deluje kao zanemarljiva korekcija, ona bi, prema mišljenju Slobodana Jovanovića, imala mnogo veći domašaj: „Na taj način, pored Hrvatske i Slovenije, i Bosna postaje jedna pokrajina sa katoličkom većinom, i prema trima pravoslavnim pokrajinama dobijaju se i tri katoličke“.¹⁰

Položaj pokrajina prema ovom ustavnom nacrtu bio je manje autonoman nego prema predlogu Narodnog kluba. Pre svega, nije se zahtevao pristanak pokrajina za promenu ustava, čime su one bile lišene neposrednog učešća u vršenju ustavotvorne vlasti. Osim toga, nije bio predviđen ni Ustavni sud sa pokrajinskom dominacijom, već Državni savet, kao isključivo konfliktni organ. Podela zakonodavnih nadležnosti između države i pokrajina bila je gotovo istovetna kao u nacrtu Narodnog kluba. Konačno, kao i prema nacrtu Narodnog kluba, pokrajine ne bi imale mogućnost donošenja sopstvenih ustava, čime bi federalno načelo autonomije bilo okrnjeno.

Kad je reč o strukturi državnog parlamenta, ona je bila zamišljena kao dvodomna, ali nije bila modelirana u skladu sa federalnim, već u skladu sa socijalno-ekonomskim tipom dvodomnosti.¹¹ Dva doma bi bila ravnopravna, sa jednakim brojem članova, a sukob domova rešavao bi se na zajedničkoj sednici. U pogledu organizacije državnog zakonodavnog organa, dakle, ovaj predlog nije imao nikakve

⁹ S. Jovanović. op. cit., 76.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Više o tom modelu: R. Marković, op. cit., 294-295.

elemente federalnog državnog uređenja, to jest nije sadržao načelo participacije federalnih jedinica u vršenju ustavotvorne i zakonodavne vlasti države, čime se umnogome približavao modelu unitarne države sa teritorijalnom autonomijom. Nacrt Jugoslovenskog kluba predviđao je i institucije poluneposredne demokratije – referendum i narodnu inicijativu.

Sve u svemu, nacrt Jugoslovenskog kluba predviđao je državno uređenje koje se nalazilo na samoj granici između unitarne i federalne države. Sličnog mišljenja bio je i Slobodan Jovanović: „U pitanju pokrajina federalizam Jugoslovenskog kluba blaži je nego federalizam Narodnoga kluba. Jugoslovenski klub nije uneo u svoj nacrt ništa što bi opominjalo na državni savez i davalo pokrajinama karakter suverenih država vezanih među sobom ugovorom. (...) U tome pogledu, pokrajine Jugoslovenskog kluba više liče na autonomne oblasti nego na državice.“¹²

Nacrt Josipa Smodlake

Uprkos tome što dr Josip Smodlaka nije bio član Ustavotvorne skupštine, njegov nacrt ustava, koji je objavljen 1920. godine, bio je izuzetno relevantan jer je iskazivao stavove Hrvata sa primorja, koji su se u značajnoj meri razlikovali od stavova Hrvata iz severnijih krajeva Kraljevine.

Prema Smodlakinom nacrtu, državna teritorija bila bi podeljena na dvanaest pokrajina: 1) Podunavska Srbija, sa glavnim gradom Beogradom; 2) Vojvodina, sa glavnim gradom Novim Sadom; 3) Slavonija, sa glavnim gradom Osjekom; 4) Hrvatska, sa glavnim gradom Zagrebom; 5) Slovenija, sa glavnim gradom Ljubljanom; 6) Dalmacija, sa glavnim gradom Splitom; 7) Krajina, sa glavnim gradom Banja Lukom; 8) Bosna, sa glavnim gradom Sarajevom; 9) Primorje, sa glavnim gradom Dubrovnikom; 10) Raška, sa glavnim gradom Novim Pazarom; 11) Moravska Srbija, sa glavnim gradom Nišom, i 12) Makedonija, sa glavnim gradom Skopljem. Može se zapaziti da je Smodlakina podela na pokrajine bila dobro promišljena i vrlo konzistentna iz nekoliko razloga: prvo, on se nije držao administrativnih granica koje su postojale u vreme Austrougarske; drugo, predviđene teritorijalne oblasti nisu bile ni suviše velike ni suviše male, i treće, Smodlaka je „velike plemenske oblasti“, kakve su bile Srbija i Hrvatska, podelio na nekoliko manjih pokrajina. U tom pogledu, deluje da je ovaj nacrt bio bolji od nacrtu Narodnog i Jugoslovenskog kluba.

Smodlakin nacrt nije predviđao podelu nadležnosti između države i pokrajina kakva je karakteristična za federalne države.¹³ Nadležnost pokrajina bila

¹² S. Jovanović. op. cit., 77-78.

¹³ Opširnije, Marko Stanković, *Preobražaji federalne države – deset rasprava o promenjenoj prirodi i suštini federalizma*, Beograd 2020, 313-315.

je taksativno navedena u 16 oblasti, u kojima su one mogle da donose opšte akte sa podzakonskom snagom. Državni savet bio bi ovlašćen da ispituje i zakonitost i celishodnost pokrajinskih opštih akata – mogao je da zabrani njihovo proglašavanje kako zbog njihove nezakonitosti tako i zbog njihovog neslaganja sa državnim interesima. U tom smislu, ovaj nacrt je čak bio ispod teorijskog modela teritorijalne autonomije. Pokrajinski poslovi bili bi podeljeni na centralizovane i decentralizovane, a pokrajinska policija bila bi centralizovana. Glavni državni organ u pokrajini bio bi pokrajinski poglavica kojeg bi postavljao kralj, na predlog vlade.

Pokrajine bi, međutim, raspolagale velikom finansijskom autonomijom, pa bi im, pored određenih poreza, pripadale sve šume, rudnici i „vodene snage“, pri čemu bi u raspolaganju svojim prihodima pokrajine bile pod izvesnim državnim nadzorom. U ovom pogledu, Smodlakin predlog krio je „zamku“, jer je finansijska samostalnost pokrajina bila prevelika. Iako je u formalnom smislu pokrajinama davao malo formalne samostalnosti, Smodlakin nacrt im je davao veliku suštinu samostalnosti: kao „velike teritorijalne jedinice sa jakim finansijskim sredstvima, te pokrajine imaju, u nedostatku pravnih uslova, sve materijalne uslove samostalnosti“.¹⁴

Državni parlament bio je zamišljen kao dvodoman, sa opštedržavničkim domom, koji bi brojao 127 neposredno izabраниh članova, i predstavništvom pokrajina, koje bi imalo 100 članova. Sukob domova rešavao bi se na zajedničkoj sednici, što je bilo korektno rešenje, imajući u vidu približno jednak broj predstavnika domova. Pokrajine bi imale i svoje predstavnike u Državnom savetu, koji je bio zamišljen kao vrhovni upravni sud, ali i organ koji delimično vrši zakonodavnu funkciju, budući da bi mu bila poverena nadležnost davanja obaveznih tumačenja ustava i zakona. Tu se krila druga „zamka“ Smodlakinog predloga – organ koji je trebalo da tumači ustav i zakone bio bi pod nesumnjivom kontrolom pokrajina. Prema rečima Slobodana Jovanovića, „umesto da obezbedi autonomiju pokrajina neposrednim načinom, Smodlaka ju je obezbedio posrednim načinom – obezbedio tako, što je državnu vlast, dobrim delom, provincializirao: pokrajine gospodare u centru – i zato nije potrebno da se njihova samostalnost prema centru izričito utvrđuje“.¹⁵

No, ukoliko bi se iz Smodlakinog nacrtu uklonile dve navedene „zamke“ – prevelika finansijska samostalnost pokrajina (odnosno kada bi se brisale odredbe o njihovom „vlasništvu“ nad šumama, rudnicima i vodama) i nadležnost Državnog save-ta da daje obavezujuća tumačenja ustava i zakona – taj ustavni tekst bi najverovatnije

¹⁴ S. Jovanović, op. cit., 80.

¹⁵ S. Jovanović, op. cit., 81.

predstavljao dobro rešenje za ondašnje prilike u novostvorenoj Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, jer bi u suštini uspostavio uređenje koje je ustavnopravna teorija nekoliko decenija kasnije nazvala regionalnom državom. Prema rečima Miodraga Jovičića, regionalna država „više od federacije obezbeđuje ‚jedinstvo u različitosti‘, ali, s druge strane, izbegava preteranu koncentraciju vlasti, inače svojstvenu unitarnoj državi“.¹⁶ Stoga je, ukoliko je neophodno odabrati najbolji od tri ponuđena modela složenog državnog uređenja, tako korigovan Smodlakin model deluje kao najbolji odraz zatečene društvene realnosti nakon Prvog svetskog rata.

CENTRALIZOVANA UNITARNA DRŽAVA PREMA VIDOVDANSKOM USTAVU

Nakon višemesečnog turbulentnog rada i mnoštva trzavica, Ustavotvorna skupština je 28. juna 1921. godine, na Vidovdan, izglasala Ustav. Ona je to učinila minimalnom apsolutnom većinom (za usvajanje Ustava glasalo je 223 od ukupno 419 poslanika), a ne dvotrećinskom kako su zahtevali hrvatski i slovenački predstavnici, pri čemu su deo navedene većine bili i „kupljeni“ glasovi muslimanskih poslanika iz Bosne i Hercegovine i Makedonije.¹⁷ Nakon usvajanja u Ustavotvornoj skupštini, Ustav je potvrdio regent Aleksandar Karađorđević, zbog čega se Vidovdanski ustav svrstava među ustavne paktove.

Vidovdanski ustav je definisao državu kao ustavnu, parlamentarnu i naslednu monarhiju. Usvojeno je načelo podele vlasti u obliku parlamentarnog sistema, sa poremećenom ravnotežom u korist monarha. Ministarski savet je za svoj rad bio politički odgovoran i kralju i Narodnoj skupštini, što se u ustavnopravnoj nauci naziva dvojnim ili orleanskim parlamentarizmom. Takav model političke odgovornosti vlade postojao je i u srpskim ustavima iz 1888. i 1903. godine, koji je u novom Ustavu Kraljevine SHS očigledno oponašan.

Ustav je sadržao i odredbu o službenom jeziku, koji je nazvan „srpsko-hrvatsko-slovenačkim“. Navedena definicija službenog jezika bila je posledica fikcije o „trolepenom narodu“, koja je bila glavni argument za stvaranje zajedničke države.

¹⁶ M. Jovičić, op. cit., 16.

¹⁷ U pitanju su bili članovi Jugoslovenske muslimanske organizacije i Nacionalne turske stranke, čije je glasove Vlada obezbedila u poslednjem momentu, dajući im značajne ustupke i obećanja. Poslanici Narodnog i Jugoslovenskog kluba, koji su predlagali uvođenje federalnog uređenja u svojim nacrtima ustava, nisu učestvovali u glasanju. „Jugoslovenski klub je također već prije izjavio da neće učestvovati u daljem radu Ustavotvorne skupštine zato što srpska većina hoće da nametne Hrvatima i Slovencima centralistički režim“ (Jovan Stefanović, *Ustavno pravo Jugoslavije i komparativno pravo*, knjiga 1, Zagreb, 1965, 224).

Zbog toga je država, uprkos nespornoj višenacionalnosti, dobila unitarno državno uređenje, bez obzira na stremljenja, naročito hrvatskih i slovenačkih predstavnika u Ustavotvornoj skupštini, da se u državno uređenje ugrade elementi federalizma, o čemu je bilo reči u prethodnom odeljku. Nasuprot navedenim predlozima, Vidovdanski ustav u suštini „jeste pokušaj da se Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca organizuje kao jednostavna nacionalna država“.¹⁸ Međutim, ustavna praksa je ubrzo pokazala da je to bila greška: „ignorisanje nacionalne složenosti fikcijom o nacionalnom jedinstvu i na toj podlozi centralizovanoj državi razlog je kasnijih političkih i socijalnih sukoba“.¹⁹

Ustav Kraljevine SHS iz 1921. godine uspostavio je trostepeni model teritorijalne organizacije. Ta tri stepena su činile opštine, srezovi i oblasti, ali su i okruzi zadržani tamo gde su ranije postojali.

Najviše jedinice teritorijalne organizacije države bile su oblasti. One su uspostavljene tako da se očuva unitarno državno uređenje i spreče eventualni pokušaji nacionalnog grupisanja. Iz tog razloga je jedna oblast mogla da obuhvati maksimalno 800 hiljada stanovnika.²⁰ Na taj način je sprovedena koncepcija centralizovanog državnog uređenja i realizovana fikcija o jedinstvenom troplemenom narodu, kojem odgovara jedinstvena nacionalna država. Kako zakon o podeli zemlje na oblasti nije bilo moguće usvojiti u ustavom propisanom roku, uredbom od 26. aprila 1922. godine uspostavljeno je 33 oblasti. Uprkos tome što je njihova teritorija trebalo da bude određivana prema prirodnim, ekonomskim i socijalnim, a ne prema nacionalnim i istorijskim kriterijumima, „podela na oblasti izvedena je u starim pokrajinskim, odnosno državnim granicama“.²¹

Oblasti su imale mešoviti karakter, one su bile i upravne i samoupravne jedinice, pa su, saglasno tome, imale i državne i samoupravne organe. Državni organ u oblasti bio je veliki župan. Njega je imenovao kralj i on je poslovima državne uprave u oblasti upravljao putem drugih državnih organa. Kao samoupravni organi, u oblasti su postojali oblasna skupština i oblasni odbor. Oblasna skupština imala je opšte ustavno ovlašćenje da donosi oblasne uredbe o svim pitanjima iz oblasne nadležnosti. Nadzor države nad oblasnom samoupravom bio je veoma širok, a vršio ga je veliki župan. Snažna kontrolna i nadzorna sredstva državnih organa dovode u pitanje postojanje bilo kakve samouprave u oblastima, a slična situacija je postojala i u srezovima. U tome se najbolje ogleda centralizam Vidovdanskog ustava, koji je ostao deo ustavnog identiteta prve Jugoslavije za sve vreme njenog postojanja.

¹⁸ S. Jovanović. op. cit., 98.

¹⁹ R. Marković, op. cit., 112.

²⁰ Kraljevina SHS je u vreme nastanka imala nešto manje od 12 miliona stanovnika.

²¹ S. Jovanović. op. cit., 455.

Vidovdanski ustav je imao brojne nedostatke. Njime je bio predviđen parlamentarni sistem, ali je taj sistem ostao na nivou ustava iz XIX veka i nije prihvatio gotovo ništa od ustavnih tendencija koje su bile aktuelne posle Prvog svetskog rata, među kojima je bila glavna tendencija stabilizacije egzekutive.²² Zato je Slobodan Jovanović zaključio da „Vidovdanski ustav daje kopiju starog srpskog parlamentarizma, i ništa drugo“.²³ Tako uspostavljen parlamentarni sistem, sa vodećim položajem kralja, nije dobro funkcionisao u zemlji sa nacionalno heterogenim stanovništvom i ogromnim brojem političkih činilaca. Zbog toga je taj parlamentarizam nazivan i „lažnim“, a bilo je i mišljenja da do primene parlamentarnog sistema tokom primene Vidovdanskog ustava uopšte „nije došlo, zbog čega je prvenstvo pripadalo monarhu, a ne parlamentu“.²⁴

Najveći nedostatak Vidovdanskog ustava bez sumnje je bio neadekvatan oblik državnog uređenja, koji se pokazao kao veliki promašaj. Prema rečima Jovana Stefanovića, „u zabacivanju federativnog državnog uređenja od strane Ustavotvorne skupštine stare Jugoslavije ležao je jedan od razloga nestabilnosti te države i svih onih trvenja i trzavica do kojih je dolazilo za vrijeme njene egzistencije“.²⁵ Unitarno uređenje, koje je u Ustavotvornoj skupštini usvojeno preglasavanjem, i centralizam, koji je naknadno uspostavljen, imali su žestoke protivnike, naročito među hrvatskim i slovenačkim političkim liderima. Kriza parlamentarnog sistema bila je praćena krizom državnog uređenja.

TERITORIJALNO UREĐENJE KRALJEVINE JUGOSLAVIJE NAKON PRESTANKA VAŽENJA VIDOVDANSKOG USTAVA

Vrhunac dugogodišnjih političkih trvenja odigrao se 20. juna 1928. godine. Toga dana je Puniša Račić, Srbin iz Crne Gore, tokom sednice parlamenta izvršio atentat na poslanike Hrvatske seljačke stranke. To je bio povod da kralj Aleksandar Karađorđević 6. januara 1929. godine suspenduje Ustav, raspusti Narodnu skupštinu i sve političke stranke i uvede diktaturu. Uz reči da „između Naroda i Kralja ne može i ne sme biti više posrednika“, kralj je izvršio državni udar i prekinuo ustavni kontinuitet u zemlji. Nastupilo je vanustavno stanje, a Kraljevina SHS, koja je do tada bila ustavna („ograničena“) monarhija, postala je apsolutna monarhija.

²² V. Petrov, M. Stanković, op. cit., 94-97.

²³ S. Jovanović, op. cit., 93.

²⁴ J. Stefanović, op. cit., 227.

²⁵ J. Stefanović, op. cit., 226.

U nedostatku ustava, određena ustavna pitanja kralj Aleksandar je uređivao zakonima koje je samostalno donosio. Zakonom o kraljevskoj vlasti i vrhovnoj državnoj upravi od 6. januara 1929. godine Kraljevina SHS je određena kao nasledna monarhija, a kralj je proglašen nosiocem celokupne vlasti u državi. Taj zakon je nazivan i „malim ustavom“. Kralj je bio nosilac i zakonodavne i izvršne i sudske vlasti, bio je pravno i politički neodgovoran, a odgovornost za njegovo postupanje snosili su ministri koje je lično postavljao.

Zakonom o nazivu i podeli Kraljevine na upravna područja donetim 3. oktobra 1929. godine kralj je propisao potpuno novu teritorijalnu organizaciju države. Svi samoupravni organi bili su raspušteni, dok su državni organi u nižim teritorijalnim jedinicama (srezovima i opštinama) zadržani. Država je dobila novi naziv – Kraljevina Jugoslavija, a uspostavljeno je devet banovina: Dravska sa sedištem u Ljubljani, Savska sa sedištem u Zagrebu, Vrbaska sa sedištem u Banja Luci, Primorska sa sedištem u Splitu, Drinska sa sedištem u Sarajevu, Zetska sa sedištem u Cetinju, Dunavska sa sedištem u Novom Sadu, Moravska sa sedištem u Nišu i Vardarska sa sedištem u Skoplju. Beograd sa Zemunom i Pančevom izdvojen je kao posebno upravno područje. Prema rečima Ratka Markovića, „banovine su imale za cilj da učvrste nacionalni unitarizam i državni centralizam“, a „način na koji su bile određivane, otkriva da su bile zamišljene kao sredstvo za postizanje nacionalnog jedinstva – integralnog jugoslovenstva“.²⁶ Banovine su bile izraz centralizacije države, jer je bana imenovao kralj, a ban je izražavao monarhovu vlast u banovini. Niže teritorijalne jedinice bili su srezovi i opštine i nisu imale nikakvu samoupravu. Jasno je da je centralizacija u doba diktature bila mnogo čvršća od centralizacije za vreme primene Vidovdanskog ustava, uprkos stvaranju podele državne teritorije na banovine.

Kralj Aleksandar je oktroisao ustav u septembru 1931. godine, čime je, nakon nepune tri godine, okončao svoju diktaturu. Prema tom Oktroisanom ustavu, državno uređenje je i dalje bilo unitarno, a zadržana je teritorijalna podela na banovine, srezove i opštine. Banovine su bile zamišljene tako da ponište istorijske i etničke podele. U banovini je postojao ban, kao predstavnik državne vlasti, jer ga je postavljao kralj, na predlog predsednika Ministarskog saveta. Stoga je ban je bio isključivo državni organ. „Samoupravni organi“ u banovini bili su banovinsko veće i banovinski odbor. Banovinsko veće je birano na četiri godine, opštim, jednakim i neposrednim pravom glasa, javnim glasanjem. Banovinsko veće je iz reda svojih članova biralo banovinski odbor, koji je bio samoupravni organ egzekutive u banovini. Banovinskom veću je bila data vlast da donosi autonomne uredbe

²⁶ R. Marković, op. cit., 117-118.

(banovinske uredbe) radi uređivanja „pojedine grane banovinske uprave i života“, a takve uredbe imale su „u dotičnoj banovini silu zakona“. Time su „banovine dobile obeležje političko-teritorijalne autonomije, a to znači da su prevazišle obeležje prostih upravnih jedinica koje samo izvršavaju zakonske norme donesene od strane centralnog zakonodavnog organa“.²⁷

Kad je reč o nižim jedinicama teritorijalne podele države, Ustavom nije bila uvedena samouprava sreza, dok su opštine određene kao „samoupravna tela“. Lokalna samouprava u Kraljevini Jugoslaviji bila je „pod izuzetno strogim nadzorom države koji je u nekim slučajevima poprimao karakter prave tutele“²⁸ pogotovu što je za pojedine oblike nadzora preduzimanje odgovarajućih mera zavisilo jedino od subjektivne ocene nadzornog organa.

Prva promena Oktroisanog ustava iz 1931. godine ticala se upravo teritorijalne organizacije i državnog uređenja, a je izvršena 1939. godine na način koji nije poštovao revizionu proceduru koju je taj ustav propisivao. Tada je uredbom formirana Banovina Hrvatska. Uredbu o Banovini Hrvatskoj donelo je Namešništvo, kojim je rukovodio knez Pavle, 26. avgusta 1939. godine. Uredbom je rešavano političko pitanje, koje se tada u političkom žargonu nazivalo „hrvatskim pitanjem“. Banovina Hrvatska je znatno teritorijalno uvećana, i to u skladu sa nacionalnim principima, a dobila je i veće nadležnosti i drugačiju organizaciju vlasti od ostalih banovina. Na taj način je uvedeno asimetrično državno uređenje, a, prema nekim mišljenjima, Banovina Hrvatska je imala autonomiju u rang u federalne jedinice u federaciji. S obzirom na to da je Banovina Hrvatska nastala spajanjem Savske i Primorske banovine, uz dodavanje pojedinih srezova iz drugih, graničnih banovina, nakon donošenja uredbe, Kraljevina je bila podeljena na osam banovina.

Sasvim je jasno da je formiranje Banovine Hrvatske predstavljalo početak procesa devolucije u Kraljevini Jugoslaviji, odnosno početak kraja unitarnog uređenja u jugoslovenskoj monarhiji. Taj proces je, međutim, prekinut Drugim svet-skim ratom, a sasvim je neizvesno prognozirati na kojoj bi se tački taj proces zau-stavio – da li bi stao na nivou formiranja federalne države ili bi doveo do disolucije jugoslovenske monarhije. Pokretanje procesa devolucije u unitarnoj Kraljevini Ju-goslaviji najbolji je dokaz neuspeha unitarnog državnog uređenja u njoj. Može se reći da je taj proces nastavljen tokom formiranja socijalističke Jugoslavije, jer je na drugom zasedanju AVNOJ-a doneta odluka da će posleratna država biti uređena u skladu sa načelima federalne države.

²⁷ R. Marković, op. cit., 122.

²⁸ Radivoje Marinković, *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Beograd, 1998, 264.

UMESTO ZAKLJUČKA:
DA LI BI SLOŽENO DRŽAVNO UREĐENJE BILO VALJANO
REŠENJE ZA NOVONASTALU KRALJEVINU?

Bez obzira na činjenicu što je formiranjem Banovine Hrvatske pred sam kraj postojanja jugoslovenske monarhije započet proces devolucije, stroga centralizacija je ostala jedan od najizrazitijih elemenata njenog ustavnog identiteta i najverovatnije jedan od ključnih razloga lošeg funkcionisanja njenog ustavnog sistema. Vek nakon što je donet prvi od dva ustava Kraljevine, postavlja se pitanje da li bi njen ustavni život bio mirniji da je u ustavu prepoznata višenacionalnost te države i da su, u skladu s tim, u državno uređenje ugrađeni federalni elementi. Takvi predlozi su postojali, a najznačajniji među njima predstavljeni su u drugom odeljku ovog rada (nacrti Narodnog kluba, Jugoslovenskog kluba i Josipa Smodlake).

Prethodno pitanje u vezi sa uvođenjem federalnog uređenja u Kraljevini SHS jeste podesnost takvog uređenja za rešavanje problema višenacionalnosti. Naša starija ustavnopravna misao jednodušno je smatrala federalno uređenje dobrim rešenjem za problem višenacionalnog sastava stanovništva. Tako je Jovan Stefanović tvrdio da „među razlozima koji plediraju u korist primjene federalizma u ustavnom uređenju države postoji jedan koji se smatra naročito važnim. To je višenacionalnost države“.²⁹ 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“.³⁰ Miodrag Jovičić je pisao da se federalno državno uređenje „u slučaju višenacionalnog sastava stanovništva samo po sebi nameće“,³¹ a Ratko Marković je smatrao 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“.³²

Navedeno mišljenje je uvek imalo i oponente, čak i među klasicima teorije federalne države, poput Karla Fridriha (*Carl Friedrich*)³³ i Keneta Vera (*Kenneth Wheare*)³⁴. Nasuprot starijoj ustavnopravnoj književnosti, u kojoj je postojalo većinsko shvatanje da je federalno uređenje pogodno kao okvir za rešavanje problema

²⁹ J. Stefanović, op. cit., 522.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Miodrag Jovičić, *Savremeni federalizam – uporednopravna studija*, Beograd, 1973, 48.

³² R. Marković, op. cit., 374.

³³ Karl Joakim Fridrih, *Konstitucionalna demokratija – teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica, 2005, 169.

³⁴ Kenneth C. Wheare, *Federal Government* (4th ed.), Oxford, 1963, 38–41.

u višenacionalnim društvima, novija doktrina je postepeno zauzimala umnogome drugačiji stav o tom pitanju, iskazujući zabrinutost zbog disolucije brojnih višenacionalnih federacija.³⁵ 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“.³⁶ Imajući u vidu sve navedeno, Frančesko Palermo i Karl Kesler smatraju da je danas debata o višenacionalnom federalizmu definitivno zapala u ćorsokak (*impasse*).³⁷

U najkraćem, 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 federacija, uglavnom smatraju da federacija može, ali ne mora, predstavljati efikasno rešenje za heterogena društva. Shvatanje federalizma kao oblika minimalnog konsenzusa između različitih naroda podrazumeva lojalnost tih naroda prema njihovoj zajedničkoj državi. Zato je jedan od osnovnih elemenata uspešnih višenacionalnih federacija tzv. plurinacionalni identitet (*plurinational identity*), koji svakom pojedincu omogućava da se identifikuje i sa svojom nacionalnom grupom i sa državom.³⁸

Zbog toga je ključno pitanje da li bi bilo koji ustavni okvir u novostvorenoj Kraljevini SHS mogao da postigne efekat stvaranja plurinacionalnog identiteta. Iskustvo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije pokazalo je da je formiranje velikih nacionalnih federalnih jedinica na njenoj teritoriji postepeno dovelo do dezintegracije takve federalne zajednice, pa je vrlo verovatno da bi sličan scenario doživela i Kraljevina SHS. Stoga je, čini se, jedini model koji je mogao da dovede do kakve-takve ustavne ravnoteže u prvoj Jugoslaviji bio model sa nešto manjim teritorijalnim zajednicama, poput onih 12 koje je u svom ustavnom nacrtu predlagao

³⁵ U tom smislu: Francesco Palermo, Karl Kössler, *Comparative Federalism – Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford – Portland (Oregon), 2017, 99.

³⁶ 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).

³⁷ F. Palermo, K. Kössler, op. cit., 100.

³⁸ Ferran Requejo, *Multinational Federalism and Value Pluralism (The Spanish Case)*, London, 2005, 72.

Josip Smodlaka, koje bi, pri tom, imale značajnu autonomiju u odnosu na centralne vlasti, koja bi se zaustavila na samoj granici sa teorijskim modelom federalne države, ali ga ipak ne bi prekoračila. To su, razume se samo pretpostavke, jer se bezbroj puta pokazalo da je život maštovitiji od svakog ustavotvorca, pa nije isključeno da bi se u navedenim ustavnim okvirima pojavile neke sasvim druge, podjednako nepremostive prepreke za funkcionisanje ustavnog sistema.

Dr. MARKO STANKOVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

CENTRALISM IN „VIDOVDAN“ CONSTITUTION AS AN ELEMENT
OF CONSTITUTIONAL IDENTITY AND THE CAUSE OF THE COLLAPSE
OF THE KINGDOM OF SERBS, CROATS AND SLOVENES

Summary

The paper analyzes a connection between the highly centralized constitutional system and the unsuccessful functioning of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes during the application of the 1921 Constitution. The issue of state organization was by far the most controversial point in the entire constitutional life of the Yugoslav kingdom. After introductory considerations, there is an analysis of constitutional drafts that provided for the incorporation of elements of federalism into the state system of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. After that, there is a presentation of pronounced centralism of the „Vidovdan“ Constitution, and then the solutions that were adopted after its suspension. Concluding remarks contain an assessment of the (in)succes of the analyzed constitutional solutions.

Key words: Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, „Vidovdan“ Constitution, unitary state, centralism, federalism

Literatura

Fridrih K. J., *Konstitucionalna demokratija – teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica, 2005.

Kymlicka W., „Is Federalism a Viable Alternative to Secession?“, *Theories of Secession* (ed. P. B. Lehning), London, 1998.

Kymlicka W., *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford – New York, 2001.

Jovanović S., *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd, 1995.

Jovičić M., *Regionalna država – ustavnopravna studija*, Beograd, 1996.

Jovičić M., *Savremeni federalizam – uporednopravna studija*, Beograd, 1973.

- Marković R., *Ustavno pravo*, Beograd, 2014.
- Marinković R., *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Beograd, 1998.
- Palermo F., Kössler K., *Comparative Federalism – Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford - Portland (Oregon), 2017.
- Petrov V., Stanković M., *Ustavno pravo*, Beograd, 2020.
- Requejo F., *Multinational Federalism and Value Pluralism (The Spanish Case)*, London, 2005.
- Stanković M., *Preobražaji federalne države – deset rasprava o promjenjenoj prirodi i suštini federalizma*, Beograd 2020.
- Stefanović J., *Ustavno pravo Jugoslavije i komparativno pravo*, knjiga I, Zagreb, 1965.
- Wheare K. C., *Federal Government* (4th ed.), Oxford, 1963.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 27.09.2021.

Prihvaćen: 15.10.2021.

PREGLEDNI RAD

HAMDIJA ŠARKINOVIĆ

MODELI NADZORA USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI

U radu se analizira nastanak i modeli ustavnog nadzora ustavnosti i zakonitosti kao jedne od najvažnijih funkcija u modernoj demokratskoj državi i istorijska podloga američkog i evropskog modela nadzora ustavnosti i zakonitosti. Zatim se izlažu njihove glavne razlike, a u okviru evropskog nadzora ustavnosti i zakonitosti i razlike unutar pojedinog sistema kada se posmatra sa stanovišta različitih država koje ga primjenjuju. Posebno je obrađen nadzor nad ustavnošću i zakonitošću u Francuskoj nakon revizije Ustava iz 2008. godine, kao i u postkomunističkim/postsocijalističkim državama, da bi u posebnom poglavlju bile detaljno objašnjene razlike nadzora u američkom i evropskom sistemu nadzora.

Ključne riječi: *ustav, ustavni nadzor, Sjedinjene Američke Države, Evropa*

U V O D

Nadzor ustavnosti zakona i zakonitosti drugih akata državnih tijela jedna je od najvažnijih funkcija u modernoj demokratskoj državi jer danas gotovo sve demokratske države na svijetu poznaju neki od oblika toga nadzora. Iako postoji mnogo načina na koje taj nadzor može biti organizovan, danas prevladavaju američki i evropski sistem,¹ između kojih postoje mnoge razlike i određene sličnosti.

Mr Hamdija Šarkinović, sudija Ustavnog suda Crne Gore u penziji, e-mail: *hamdija.sarkinovic@ustavnisud.me*.

¹ Michel Rosenfeld, „Constitutional Adjudication in Comparative Perspective: The European Model as Against the American in Terms of Politics“, *Law and Interpretation (Association of American Law Schools), Conference on Constitutional Law*, Washington, 2002, 5–8), <http://www.aals.org/>

Glavna karakteristika im je da određenim državnim tijelima (redovnim sudovima ili specijalizovanim ustavnim sudovima) daju mogućnost da stave van snage zakone i druge propise (u cjelosti ili djelimično), odnosno ne primjenjuju ih na određeni slučaj ako ocijene da nijesu saglasni s ustavom.²

Međutim, iako je nadzor ustavnosti i zakonitosti bitna funkcija modernog demokratskog društva, i danas postoje države koje taj nadzor nijesu prihvatile ni u jednom obliku. Velika Britanija je jedna od tih zemalja, jer se u njoj najduže održao sistem zakonodavne supremacije, a jedan od razloga je i da u Velikoj Britaniji ne postoji nijedan dokument koji bi se nazivao ustavom. Danas se pod britanskim ustavom podrazumijeva skup različitih zakona među kojima se ne pravi razlika onih koji bi imali karakter osnovnih ili ustavnih i onih koji takav atribut ne bi imali. Stoga nema nikakve podloge za uvođenje sudskog nadzora ustavnosti jer ne postoji ustav na kojem bi se taj nadzor zasnivao. To ne znači da zbog toga ustavna prava i slobode građana nemaju adekvatnu zaštitu jer, kako se često naglašava, „Velika Britanija je izgleda uspjela zaštititi građanska i politička prava u sistemu zakonodavne dominacije kombinujući je sa snažnom tradicijom vladavine prava“.³

U radu će biti prikazana istorijska osnova nastanka oba sistema nadzora ustavnosti i zakonitosti, a zatim će se izložiti njihove glavne razlike. U okviru evropskog nadzora ustavnosti i zakonitosti ukazaćemo na karakteristike i neke razlike unutar pojedinog sistema kada se posmatra sa stanovišta različitih država koje ga primjenjuju. Biće posebno obrađen nadzor ustavnosti i zakonitosti u SAD-u, Austriji i u Francuskoj nakon revizije Ustava iz 2008. godine. Posebno poglavlje biće posvećeno nadzoru nad ustavnošću i zakonitošću u postkomunističkim/postsocijalističkim državama, koje su nakon pada Berlinskog zida prihvatile Kelsenov sistem nadzora ustavnosti i zakonitosti.

EVOLUCIJA NADZORA USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI

Uporedna ustavna istorija poznaje nekoliko osnovnih sistema ustavne kontrole zakonodavnih i drugih pravnih akata. Sve do 1789. godine nije postojao sistem

profdev/constitutional/rosenfeld.html, 20. 9. 2008, te noviji rad istog autora: „Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts“, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, br. 4, 2004, 633–668.

² Branko Smerdel, *Ustavno uređenje Europske Hrvatske*, II. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, *Narodne novine*, Zagreb, 2020, 139-154.

³ Utter Robert F., David C. Lundsgaard, „Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some thoughts from a Comparative Perspective“, *Ohio State Law Journal*, vol. 54, no. 3, 1993, 577–578.

ustavnog sudstva, a tek nakon 1950. godine pojavio se „novi konstitucionalizam“,⁴ pa se u ovom periodu javljaju institucionalni materijali koji će se učvrstiti u sadašnje „modele“ ocjene ustavnosti u SAD-u, Francuskoj, Austriji, Njemačkoj i Skandinaviji. Ovi organi ostali su samo kao „teorijski planovi“ ili su se pojavili u praksi i toliko kratko trajali da nijesu mogli dobiti svoju političku podršku i pravnu fizionomiju. Od prvih treba pomenuti ustanovu „cenzora“ u Pensilvaniji u XVIII vijeku. To je bio „skup uglednih ličnosti“ čija je funkcija bila da čuvaju „integritet ustava“. Ova ustanova je kratko trajala, pa je od nje ostala samo ideja. Slično ovom pensilvanijskom „cenzoratu“, čiji je tvorac Frenklin (*Franklin*), za vrijeme Francuske revolucije predlagan je 1793. godine „Veliki nacionalni žiri“, koji bi bio „garantija građanima protiv povrede njihovih prava i sloboda od strane zakonodavnog tela i vlade“.⁵ Emanuel Žozef Sjejes (*Emmanuel Joseph Sieyès*) prihvatio je ovaj sistem prilikom sastavljanja ustava od godine III. On je prihvatio ideju da se ustanovi „ustavni žiri“ čija bi nadležnost bila da poništi akte svih vlasti protivne ustavu. On je ovu ideju djelimično ostvario u formi „konzervativnog senata“ od godine VIII, što je u praksi prvi ostvareni oblik kontrole ustavnosti zakona od jednog političkog tijela, ali je i on ostao bez duže istorije. Drugi eksperiment ove vrste predviđen je u ustavu Francuske iz 1852. godine, koji je kopija konzervativnog senata. Navedene institucije nijesu imale politički autoritet ni pravna sredstva da vrše bilo kakvu funkciju, a posebno da brane ustav. One su se javljale da služe „režimu Cezara“, a ne da štite ustav.

Parlament Francuske je 1790. godine zabranio sudsku kontrolu zakona, a prvi pisani ustav donijet 1804. godine, izgrađen je na načelu suverene zakonodavne vlasti u kojoj sudovi nijesu smjeli učestvovati u stvaranju zakona, gdje je sudija bio zamišljen kao „sluga“ zakonodavnog tijela odnosno sistema zakonika, pri kojoj sudije nijesu imale nikakvu diskreciju. Francuska revolucija je proizvela prvu modernu povelju o pravima, jer je konstitutivna skupština 1789. godine usvojila Deklaraciju o pravima čovjeka i građanina, prije nego što je izradila Ustav iz 1791. Ovlašćenja ocjene ustavnosti povremeno su se dodjeljivala specijalnim državnim tijelima kako bi se uredile granice između zakonodavne i izvršne vlasti, a ne radi zaštite prava od zakonodavne vlasti, da bi sedamdesetih godina XX vijeka Ustavno vijeće inkorporiralo Deklaraciju u Ustav Pete Republike, kako bi osiguralo prevlast

⁴ *Konstitucionalizam* je obaveza bilo koje političke zajednice da prihvati legitimnost ustavnih pravila i načela, a pristanak da ona upravlja njime odnosi se na „ograničenu vlast“, na stanja u kojima ustav „učinkovito ograničava“ one koji kontrolišu državna sredstva prinude. Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Western Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 179.

⁵ Jovan Đorđević, *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1967, 616.

izvršne vlasti nad zakonodavnom u zakonodavnim procesima. Uloga Ustavnog vijeća bila je značajna posebno od 1974. godine, jer je dobilo ovlaštenje da se zakoni koji se usvoje u parlamentu upute na ocjenu ustavnosti prije stupanja na snagu Nacionalnoj skupštini na prijedlog 60 senatora, a čim neki zakon stupi na snagu nije podložan ocjeni ustavnosti bilo koje vrste. Francusko iskustvo važno je zbog toga što se francuski sistem zakonika i koncepcija suverenosti zakonodavne vlasti i podjele vlasti proširio dijelom Evrope, a kasnije ukorijenio u Africi i Latin-skoj Americi.

U svijetu postoje sljedeći modeli savremene ustavne kontrole ili ustavnog nadzora prema Arutjunianu (*Harutyunyan*) i Mavčiču⁶: 1) „američki“ (sudski) model, koji je utemeljen na slučaju Marberi protiv Medisona (*Marbury v. Madison*) iz 1803. godine i na doktrini Džona Maršala (*John Marshall*); 2) „austrijski“ evropsko-kontinentalni model ustavnih sudova, utemeljen na Kelsenovom učenju iz 1920. godine o međusobnom odnosu načela supremacije ustava i načela supremacije parlamenta; 3) novi (britanski) *Commonwealth* model, koji se ne može ubrojiti ni u američki ni u evropski, poznat na Mauricijusu;⁷ 4) „mješoviti“, s elementima američkog i evropsko-kontinentalnog modela;⁸ 5) „francuski“ kontinentalni model ustanovljen na koncepciji francuskog Ustavnog vijeća iz 1958. godine;⁹ 6) „skandinavski“ u državama u kojima

⁶ Gagik Harutyunyan, Arne Mavčič, *Constitutional Review and its Development in the modern World: A comparative Constitutional analysis*, Hayagitik, Yerevan – Ljubljana, 1999, 18.

⁷ Model *New Commonwealtha* karakterističan je po tome što je ustavna kontrola prepuštena vrhovnom sudu sastavljenom od redovnih sudija, koji ne podliježe nikakvom posebnom imenovanju od strane najviših političkih tijela u zemlji. Ona po pravilu uključuje prethodnu kontrolu i savjetodavnu ulogu vrhovnog suda, iako je i naknadna (represivna) kontrola moguća u određenim slučajevima, a odluke imaju učinak *ergo omnes*.

⁸ Prema „mješovitom“ modelu, poseban ustavni sud ili pak vrhovni sud (odnosno specijalizovana odjeljenja toga suda) ima kontrolna ustavna ovlaštenja, svi redovni sudovi imaju ovlaštenje da ne primjenjuju zakon ukoliko smatraju da nije u saglasnosti s ustavom. Portugalija je evropska zemlja koja je prihvatila takav model, koja ima ustanovljen ustavni sud. Grčka i Švajcarska su evropske zemlje koje nemaju posebno ustanovljen ustavni sud, a ustavnu kontrolu obavljaju najviši redovni sudovi u zemlji ili pojedina specijalizovana odjeljenja tih sudova.

⁹ Prema francuskom modelu, ustavna pitanja u nadležnosti su posebnih tijela za ustavnu kontrolu (najčešće ustavnih vijeća) ili zasebnih odjeljenja najvišeg redovnog suda u zemlji koji postupaju prema posebnim procesnim pravilima (tzv. koncentraciona ustavna kontrola), i najčešće se radi o prethodnoj kontroli savjetodavne prirode. Od evropskih zemalja tu kontrolu je ustanovila samo Francuska, koju su naknadno preuzele bivše francuske kolonije u Africi: Alžir, Džibuti, Obala Slonovače, Maroko i Mozambik.

Promjenom Ustava Francuske iz 2008. godine ovaj model je bitno promijenjen u Francuskoj, jer je Ustavno vijeće Francuske dobilo ovlaštenja naknadne, represivne, a *posteriori* kontrole ustavnosti nacionalnog zakonodavstva.

druga tijela – nacionalno vijeće, parlament ili specijalizovana parlamentarna tijela – imaju ovlaštenja unutrašnje kontrole. Ovaj model je u Evropi prihvatila Finska.

Prema Stoun-Svitu (*Stone Sweet*) u današnjem svijetu preovladavaju dva oblika ocjene ustavnosti. Prvi je *sudska kontrola*, čiji se arhetip može naći u SAD-u. Američka je kontrola „sudska“ po tome što je obavlja pravosuđe tokom rješavanja sudskih parnica. Američki sistem sudske kontrole naziva se i „decentralizovanim modelom“ jer su ovlaštenja kontrole u rukama svih sudova, a ne samo vrhovnog.¹⁰ Drugi oblik potiče iz Austrije i Njemačke: ovlaštenjima ocjene ustavnosti služi se poseban sud – *ustavni sud*, dok se običnim (neustavnim) sudovima uskraćuje ovlaštenje da poništavaju pravne norme, kao što su zakoni, kad su u sukobu s ustavom. Ovaj se sistem naziva centralizovani sistem i može se raščlaniti na četiri elementa.

Kod apstraktne kontrole ustavnosti ocjena zakona biva bez sudske parnice ili, američkim rječnikom, bez postojanja konkretnog „slučaja ili spora“. Konkretna kontrola je „konkretna“ zato što ocjena zakona ili nekog drugog javnog akta čini jednu fazu u tekućoj sudskoj parnici na običnim sudovima. U individualnim se tužbama privatni pojedinac poziva na povredu nekog ustavnog prava nekim javnim aktom ili od strane nekog državnog funkcionera te zahtijeva naknadu za tu povredu od suda. U američkoj sudskoj kontroli cjelokupna je kontrola (makar formalno) „konkretna“ po tome što je uklopljena u konkretni „slučaj“.¹¹

NASTANAK AMERIČKOG SISTEMA NADZORA USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI

Američki sistem nadzora nastao je iz kolonijalnog iskustva koje su Sjedinjene Američke Države imale u svom razvoju, jer je još za vrijeme engleske vladavine na području SAD-a engleski Kraljevski savjet (*Privy Council*) imao ovlaštenje da poništi zakone koje su donosile kolonije u slučaju da se ti zakoni u bilo kojem pogledu suprotstavljaju engleskim. Iz navedenog je vidljivo da je i prije samog nastanka američkog koncepta postojao „određeni nadzor“¹² zakona, te se može tvrditi da je u određenom smislu „sjeme američkog sudskog osvrta posijano u Britaniji“.¹³

¹⁰ Ruadhan Mac Cormaic, *The Supreme Court*, Penguin Random House UK, Ireland, 2016, 58-60.

¹¹ Alec Stone Sweet, *Ustavna i sudska vlast*, Komparativna politika, Fakultet političkih znanosti Zagreb, 2013, 167-168.

¹² Mauro Cappelletti, „Judicial Review in Comparative Perspective“, *California Law Review*, vol. 58, 1970, 1020.

¹³ Robert J. Steamer, „The Legal and Political Genesis of the Supreme Court“, *Political Science Review*, vol. 77, no. 1, 1962, 555-559. V. Kermit Hall, *The Magic Mirror: Law in American History*, New York, 1989, 21.

Ustavno sudstvo je rođeno u SAD-u te se ustavno pravo posmatra kroz prizmu presuda Vrhovnog suda koje odaju pravo značenje Ustava SAD-a. Što se tiče samog ustavnog sudstva, „ne postoji ustavni sud kao organ, nego ustavno sudstvo kao djelatnost koju obavljaju redovni sudovi u okviru svoje redovne djelatnosti i to tako da uvijek ostaje u okviru svojih ovlašćenja i svoje prirode, jer – za izlazak iz toga morao bi imati posebna ovlašćenja.“¹⁴ Znači, svaki federalni sud ovlašćen je ispitivati ustavnost nekog zakona, ali sve njihove presude podvrgnute su nadzoru Vrhovnog suda. Sve ove funkcije omogućavaju da načelo *checks and balances* osigura međusobnu komunikaciju svih nosilaca vlasti i omogući saradnju među njima. Treba istaknuti da Vrhovni sud pravne akte koji su po njegovom mišljenju u suprotnosti s Ustavom ne poništava, nego jednostavno ne primjenjuje jer bi, kad bi ih primijenio, povrijedio Ustav. Na taj način protivustavni pravni akt (ili samo jedan njegov dio) ostaje na snazi, ali isto tako „ostaje izvan pravne prakse, mrtvo slovo na papiru“.¹⁵ U precedentnom pravnom sistemu, odluka Vrhovnog suda o neprimjenjivanju nekog pravnog akta ravna je njegovom poništenju jer su svi sudovi dužni da slijede praksu Vrhovnog suda SAD-a kao najvišeg sudskog tijela Federacije. Sam Vrhovni sud zna da može pogriješiti i to je više puta pokazao obaranjem sopstvenih presedana kojima je neku normu proglašavao protivustavnom, čime je potvrdio njenu ustavnost u novim društveno-političkim okolnostima.

Savremeni Vrhovni sud predstavlja bez izuzetka problem za politikologe jer s jedne strane sudije ne odgovaraju biračkom tijelu, a mogu oboriti zakon ili akt izvršne vlasti. No, ovaj problem može se razmatrati eventualno na teoretskoj ravni jer se iz prakse vidi da Vrhovni sud u većini slučajeva slijedi javno mnjenje. Za to postoje najmanje tri objašnjenja.¹⁶ Prvo, moderni Vrhovni sud iskazuje obzir prema nacionalnim zakonima i politici, tipičnom odrazu javnog mnjenja zemlje. Drugo, Vrhovni sud je bliži javnom mnjenju u razdobljima krize. Treće, presude usklađene sa stavovima javnosti podliježu manjim promjenama od presuda koje se razilaze s javnim mnjenjem. Ali ipak, svaki predmet koji se nalazi pred Vrhovnim sudom ima dalekosežne implikacije. Stoga i uticaj presuda može biti vrlo velik, što se izvršno vidjelo u slučaju *Roe v. Wade* iz 1973. godine, kad je Vrhovni sud legalizovao pobačaj i time izazvao izuzetno žestoke reakcije javnosti. Nakon te presude Kongresu je za osam mjeseci podneseno dvadesetak ustavnih amandmana, ali nijedan nije dobio potrebnu dvotrećinsku većinu u oba doma da bi došlo do postupka ratifikacije u parlamentima država-članica.¹⁷

¹⁴ Šefko Kurtović, *Opća povijest prava i države – Novi vijek*, Zagreb, 2005, 134.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Kenneth Janda, Jeffrey M. Berry, Jerry Goldman, *Izazov demokracije – Vladanje u Americi*, Durieux, Zagreb, 2001, 318.

¹⁷ *Ibidem*.

Američki sistem nastao je prije dva vijeka, tačnije godine 1803. kad je tadašnji predsjednik Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država Džon Maršal izložio svoje mišljenje u slučaju *Marberi protiv Medisona*.¹⁸ Od ovog slučaja započinje era ustavnog sudovanja. *Marberi protiv Medisona* je „ustav ustavnog sudstva“ jer je Vrhovni sud izvanrednom pravnom logikom napravio ogroman politički iskorak. Iako je ovaj slučaj bio u osnovi pravni spor, on je i te kako bio i politički i dešava se nakon svega desetak godina važenja federalnog ustava.

Nakon pobjede na predsjedničkim izborima 1800. godine Tomas Džeferson (*Thomas Jefferson*) kao predstavnik republikanske struje u američkoj politici federalističkog predsjednika Džona Adamsa (*John Adams*) trebalo je da stupi na dužnost 4. marta 1801. godine. Adams je u zadnjim danima svojega mandata predložio za imenovanje na mjesto predsjednika Vrhovnog suda Džona Maršala, koji je i stupio na dužnost 4. februara kao četvrti predsjednik Vrhovnog suda, ali je i zadržao službu kao državni sekretar do isteka Adamsova mandata. Tokom februara 1801. godine Kongres s federalističkom većinom prihvatio je tzv. *Circuit Court Act*, koji je udvostručio broj federalnih sudija. Istovremeno je prihvaćen i *Organic Act*, koji je imenovao 42 penzionisanih sudija (*justices of the peace*) u *District of Columbia*. Senat je potvrdio ova tzv. ponoćna imenovanja većinom federalistički raspoloženih sudija. Proces je završen 3. marta, samo dan prije stupanja na dužnost Tomasa Džefersona. Rješenja o postavljanju na dužnost potpisao je Džon Adams, a zapečatio državni sekretar Džon Maršal. No, drugi dan na dužnost stupa Džeferson, a rješenja o postavljanju na dužnost nijesu stigla biti isporučena nekolicini penzionisanih sudija (među kojima je bio i Vilijam Marberi (*William Marbury*)). Džeferson je naredio svojem novom državnom sekretaru Džejsmu Medisonu (*James Madison*) da stopira isporuku rješenja. Marberi i nekolicina penzionisanih sudija koji nijesu dobili rješenja o postavljanju zatražili su od Vrhovnog suda izdavanje *writ of mandamus* kako bi prisilili Medisona da dostavi rješenja, čime bi njihova imenovanja na mjesta mirovnih sudija dobila punu pravnu snagu. Vrhovni sud je naredio Medisonu da istakne argumente zašto *writ of mandamus* ne bi trebao biti izdat, a slučaj je trebao biti prezentovan za vrijeme zasjedanja Vrhovnog suda u 1802. godini. Dok je slučaj čekao zasjedanje Vrhovnog suda, novi većinski republikanski Kongres nastojao je poništiti Adamsova imenovanja tako da raspoloženo sudstvo ne bi kočilo republikanski Kongres i izvršnu vlast. Stoga je Kongres krenuo u opoziv *Circuit Court Acta*. Federalistički zastupnici u Kongresu isticali su da bi

¹⁸ *Marbury v. Madison* 5U. S. 137 (1803), <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>, 28.6.2006. Opširnije o tom slučaju v. u zborniku radova sa simpozijuma povodom dvjestote godišnjice Marberija: Symposium: *The Two Hundredth Anniversary of Marbury v. Madison*, *Proceedings of the American Philosophical Society Publications*, no. 1, 2004, 148.

opoziv bio neustavan jer bi kršio čl. III Ustava koji jemči sudijama stalnu službu „za vrijeme dobra vladanja“ kao i Ustavom zajemčenu diobu vlasti i nezavisnost sudstva. Zakon o opozivu *Circuit Court Acta* donesen je početkom 1802. godine, a da bi se odgodila rasprava o ustavnosti ovakvog zakona Kongres je ukinuo zasjedanje Vrhovnog suda 1802. godine tako da Vrhovni sud nije zasjedao od decembra 1801. godine do februara 1803. godine. Kongres je time nastojao ojačati svoju političku moć i moć nove administracije tako da politički ojačani krenu u borbu s federalističkim Vrhovnim sudom na čijem je čelu sada sjedio Adamsov državni sekretar Džon Maršal.¹⁹

Smatra se da je odlukom u slučaju *Marberi* otvoren put sudskom nadzoru (*judicial review*) ustavnosti akata Kongresa, Predsjednika i drugih državnih tijela, iako Vrhovni sud nakon slučaja *Marberi* sve do 1857. godine nije nijedan zakon Kongresa proglasio neustavnim (slučaj *Dred Scott v. Sanford*), ali je zato proglasio neustavnim niz zakona državnih zakonodavnih tijela.

Još je jedan slučaj, *Martin v. Hunter's Lessee* iz 1816. godine, važan s povijesnog aspekta. Radilo se o tome da je najviši sud države Virdžinije (*the Virginia Court of Appeals*) donio odluku protiv Britanca Filipa Matina (*Philip Martin*) u sporu koji je uključivao Martinovo ostvarivanje prava na jedno zemljište u Virdžiniji. Vrhovni sud je poništio odluku toga suda tvrdeći da Martin ima pravo na predmetno zemljište zato što država Virdžinija nije uspjela dokazati svoje pravo na isto zemljište. Sud je odbio izvršiti odluku Vrhovnog suda te je član 25 Zakona o sudstvu iz 1789. proglasio neustavnim. Prema toj odredbi Vrhovni sud ima pravo nadzirati odluke donesene od strane najviših sudova saveznih država, a pogotovo one koji se tiču primjene federalnog prava. Najviši sud države Virdžinije smatrao je da je Vrhovni sud u tom slučaju odlučivao van svoje jurisdikcije. Sudija Vrhovnog suda Stori (*Story*) u svom je izlaganju tada izrazio važnost ovlaštenja Vrhovnog suda da odlučuje u posljednjoj instanci jer je to bitno zbog jednoobraznog odlučivanja bez kojeg bi zakoni, kao i sam Ustav mogli u različitim državama imati različito značenje te je potvrdio važnost i valjanost osporavanog člana.

U početku je bilo mnogo osporavanja prava Vrhovnog suda, ali i ostalih federalnih sudova, da proglašuje zakone neustavnima, posebno od strane država-članica američke federacije radi zaštite vlastitog suvereniteta. Sistem sudskog nadzora je tokom XIX vijeka uspostavljen praksom i poslije građanskog rata u SAD-u više nije smatran spornim.²⁰

¹⁹ William B. Lockhart, Yale Kamisar, Jesse H. Choper, Steven H. Shiffrin, *Constitutional law: cases – comments – questions*, Minnesota, 1986, 1.

²⁰ Branko Smerdel, Smiljko Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006, 174.

NASTANAK EVROPSKOG SISTEMA NADZORA
USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI

Evropske su države vrlo dugo bile protiv bilo kakvog nadzora ustavnosti zakona donesenih od strane izabраниh zakonodavnih tijela, a još više protiv toga da taj nadzor bude u rukama sudskog aparata. Neke države i danas zabranjuju bilo kakvu kontrolu ustavnosti od strane sudova (Nizozemska, Luksemburg). Odgovor na pitanje zbog čega je to tako treba tražiti u pravnoj tradiciji i istorijskim prilikama koje su prethodile uvođenju takve kontrole tek nakon Drugog svjetskog rata, uz izuzetak Austrije, koja je, 1920. godine, prva osnovala ustavni sud.²¹

U svijetu kontinentalnoevropske pravde koju obilježava oslanjanje na rimsko-pravni sistem, ovakva se doktrina nije mogla sprovesti zbog nekoliko razloga. Prvo, Evropu kroz istoriju (isto kao i početkom XIX vijeka, kada se odvija ovaj događaj u SAD-u) obilježava apsolutizam vladara potpomognut naukom Katoličke crkve. Apsolutistički vladari davali su Crkvi posjede i omogućavali joj sticanje velikih prihoda, dok je Crkva vladara opskrbljivala širenjem nauka o vladavini kralja „po milosti Božjoj“, kojim je velike slojeve obespravljenih građana držala u zabludi radi održavanja *statusa quo*.²² U SAD-u to nije bio slučaj.²³ Drugo, Francuska revolucija se još nije stigla stabilizirati. Iako je originalno počela 1789. godine, deset godina nakon njenog početka bilo je više nego burno.²⁴ Od početne ustavne kraljevine preko Prve Republike došlo se do Prvog Carstva, tako da ovi radikalni politički obrti nijesu dali priliku stabilizaciji pravno-političkog sistema koji bi možda i uspio iznjedrili ustavno sudstvo.²⁵ Nadalje, protivrevolucionarni ratovi udaljili su pažnju ostalih evropskih (geo)političkih subjekata od ovakvih pravnih rješenja. Evropi će trebati više od jednog vijeka da pod uticajem učenja austrijskog pravnika Hansa Kelsena uvede sudsku reviziju u pravno-politički život. Ustavno sudstvo i sudski aktivizam razvijaju se različitim intenzitetom i u različitim smjerovima tako da danas imamo vrlo šarolika ustavna određenja položaja i djelatnosti ustavnih sudova koja su produkt različitog smjera razvoja.²⁶

²¹ Alec Stone Sweet, „Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter“, *Michigan Law Review*, vol. 101, no. 8, 2003, 2744.

²² Više o odnosu između Crkve i apsolutizma u vrijeme Francuske revolucije vidi: Alexis De Tocqueville, *Stari režim i revolucija*, Politička kultura, Zagreb, 1994.

²³ Talcott Parsons, *Društva*, Biblioteka August Cesarec, Zagreb, 1991.

²⁴ Š. Kurtović, op. cit., 145–248.

²⁵ Sama ideja o uspostavi zasebnog tijela koje bi štitilo Ustav javila se još u doba Francuske revolucije i pripisuje se opatu Sjejesu (*Sieyès*), jednoj od ključnih ličnosti Revolucije, vidi: B. Smerdel *et. al.*, op. cit., 177.

²⁶ Za komparativnu analizu uređenja ustavnog sudstva u Italiji, Njemačkoj i Francuskoj vidi: A. Bačić, op.cit., 95–107; za stariju komparativnu analizu uređenja ustavnog sudstva u Austriji,

Austrijski model ustavnog nadzora i doprinos Hansa Kelsena

Stvaranje posebnih oblika ustavne kontrole i ustavnog nadzora u Evropi je započelo nakon Prvog svjetskog rata, kad su pojedine zemlje počele stvarati sisteme ustavne kontrole putem posebnih ustavnih sudova. U Evropi je institucija ustavnog suda prvi put ustanovljena Ustavom Čehoslovačke 20. februara 1920. godine,²⁷ ali zbog istorijskog značaja i uticaja Hansa Kelsena, kao tvorca nacrtu austrijskog Ustava i začetnika ideje o ustavnom sudstvu putem institucije ustavnog suda (*Verfassungsgerichtshof*), u teoriji se počeci ustavnog sudstva putem ustavnog suda vežu za austrijski ustav donesen 1. oktobra 1920. godine.²⁸ Austrija i Njemačka su u XIX vijeku imale specijalizovana tijela koja su se bavila nadležnostima među državnim institucijama ili među različitim nivoima vlasti. Moderni ustavni sud ustanovio je austrijski pravni teoretičar Hans Kelsen.²⁹ Prema Kelsenu, ovlašćenje ispitivanja

Njemačkoj, Italiji, Francuskoj i Švajcarskoj v. Ivo Krbeč, *Ustavno sudovanje*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1960, 39–43.

²⁷ Ustavni sud Čehoslovačke imao je vrlo skromne nadležnosti. Postupao je u dva slučaja: u rješavanju o ustavnosti zakona i o ustavnosti odluka Stalnog odbora koji je djelovao izvan periodičnih zasjedanja čehoslovačkog parlamenta, odnosno u situacijama u kojima Predsjednik Republike u stanju nužde donosi privremene propise. Ustavni sud je ocjenjivao ustavnost akata parlamenta na prijedlog vrlo uskog kruga državnih tijela, dok je ustavnost akata Stalnog odbora i Predsjednika Republike ocjenjivao *ex officio*.

²⁸ Organizacija ovlašćenja Ustavnog suda Austrije prema Ustavu iz 1920. godine osnov su onoga što se danas naziva ustavno sudstvo putem instituta ustavnog suda. Ustavni sud u Austriji preuzeo je dio nadležnosti od Državnog suda (*Reichsgericht*), koji je u svojoj ingerenciji imao odlučivanje o imovinskopравnim zahtjevima prema državi, odlučivanje o sukobu nadležnosti i odlučivanje o žalbama na odluke kojima su povrijeđena osnovna ljudska prava. Ovlašćenja, djelokrug i ustrojstvo austrijskog Ustavnog suda bili su propisani odredbama čl. 137–148 austrijskog Ustava. Ustav je izmijenjen 1925. i 1934. godine. Sadržaj austrijskog Ustava iz 1934. godine, inagurisan poslije pripajanja Austrije Trećem Rajhu, vezan za ustavno sudstvo nikad nije zaživio. Tako nije zaživio ni jedinstveni Savezni ustavni sud koji je u sebi sjedinio ingerencije protivno ustavom utvrđenom Upravnom i Ustavnom sudu. Nakon Drugog svjetskog rata u Austriji je ponovo uspostavljeno važenje Ustava iz 1920. godine, koji sa svojim revizijama vrijedi i danas, a prema kojem je u austrijskoj federaciji ustavno sudstvo jedinstveno u zakonodavstvu i izvršenju. Austrija ima jedan ustavni sud i jedan upravni sud.

²⁹ Hans Kelsen, rođen u Pragu, od 1919. godine profesor javnog i upravnog prava na Univerzitetu u Beču, autor je austrijskog ustava iz 1920. godine kojim je prvi put neko u nekoj državi položio temelj za osnivanje ustavnog suda (*das Verfassungsgericht*). Imenovan je doživotno za sudiju Ustavnog suda Austrije, ali je zbog raznih afera napustio sud 1930. godine i pred nadiranjem nacizma 1940. godine pobjegao za SAD, gdje je predavao na Univerzitetu Berkli (*Berkeley*) i učestvovao u pripremama Ujedinjenih nacija. U članku „A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution“ (1942) Kelsen opisuje razliku između američkog, „difuznog“ i austrijskog „koncentracionog“ modela ustavnog nadzora, navodeći da se austrijski ustav iz 1920. u članovima 137 – 148 opredijelio za koncentracioni model pri *Verfassungsgerichtshofu* da bi se izbjegla nesaglasnost

zakona u pogledu njihove ustavnosti i poništavanja neustavnih zakona treba se povjeriti kao isključiva funkcija specijalnom sudu, dok drugi sudovi imaju samo pravo da upućuju zahtjeve tome sudu u pogledu ispitivanja i poništavanja zakona koje trebaju da primijene, a smatraju ih neustavnim. Ustavnim sudstvom kroz instituciju posebnog suda centralizuje se sudski nadzor nad svim tijelima državne vlasti. Ustavni sud kroz kontrolu ustavnih propisa predstavlja korektiv zakonodavne vlasti i u ustavni sistem uvodi pozitivnog i negativnog zakonodavca, pri čemu ulogu negativnog zakonodavca ima ustavni sud kao tijelo zaduženo za čuvanje ustava. Ograničavanje njegove uloge na isključivo negativnog zakonodavca proizilazi iz manjka demokratskog kapaciteta, odnosno iz činjenice da se njegov sastav i organizacija razlikuje od načina izbora predstavničkog tijela izabranog od naroda.

U postupcima apstraktne kontrole ustavni sud ne smije stvarati pravo, jer njegova djelatnost mora ostati u okvirima u kojima se sprovodi objektivni postupak izricanja sankcije koju je ustavotvorac već ranije u ustavu za određene životne situacije predvidio. Tokom apstraktne kontrole propisa ustavni sud stvara zaključke koji su sadržani u ustavu, pri čemu određenu pravnu regulativu utvrđuje ustavno-pravno neprihvatljivom. Njegovo djelovanje je isključivo pravne prirode oslobođeno svakog političkog pragmatizma. Ono mora biti usmjereno na zaštitu ustava, pri čemu štiti ustav i društvo od samovolje i arbitrarnosti bilo kojeg državnog tijela ili drugog tijela koje ima javna ovlašćenja.³⁰ Ustavni sudovi su, dakle, ustavna tijela nadležna za rješavanje ustavnopravnih sporova, koji imaju zadatak da ispituju ustavnost zakona *in abstracto*, nezavisno od nekog konkretnog pravnog spora. Primarna funkcija ustavnih sudova jeste ocjena saglasnosti drugih propisa s ustavom i zakonom.

Pored ove funkcije ustavni sudovi nadležni su da odlučuju o pravima i obavezama tijela državne vlasti, u postupku izbora i drugih oblika neposrednog izjašnjavanja građana i u postupcima u kojima fizička i pravna lica zahtijevaju zaštitu ustavnih prava predviđenih u postupcima vođenja pred tijelima sudske vlasti. Evropsko-kontinentalni model ustavnog sudstva je najrasprostranjeniji model ustavne kontrole i ustavnog nadzora u svijetu. Pored Evrope, prihvaćen je u pojedinim zemljama Latinske Amerike, Azije i Afrike.³¹

u tumačenju zakona između redovnih i upravnih sudova i situacije u kojima bi Vrhovni sud neku zakonsku ili podzakonsku odredbu ocijenio neustavnom, ali bi je upravni sud uprkos tome bio dužan primjenjivati.

³⁰ Hans Kelsen, *Opšta teorija države i prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951, 259.

³¹ Među evropskim državama s posebno ustanovljenim ustavnim sudovima, evropsko-kontinentalni model ustavne kontrole prihvatile su ove države: Albanija, Andora, Austrija, Azerbejdžan,

Francuski model ustavnog nadzora

Francuska je 2008. godine izvršila radikalne izmjene Ustava uvodeći u svoj ustavnopravni poredak *exception d'inconstitutionnalité*, konkretnu naknadu ustavnu kontrolu zakonskih normi (*contrôle de constitutionnalité*) represivne prirode. „Doista, uvođenje *a posteriori* ustavnog nadzora predstavlja osnovnu inovaciju u francuskoj ustavnoj istoriji. Oblikovanje te nove zakonodavne stvarnosti nesporno predstavlja promjenu u paradigmi, koju su omogućili posebni politički i istorijski uslovi“.³² Promjene Ustava Francuske iz 2008. godine glase:

„Organski zakoni, prije njihove promulgacije, *prijedlozi zakona iz članka 11 prije no što se upute na referendum*, i poslovnik domova parlamenta, prije stupanja na snagu, upućuju se Ustavnom vijeću koji odlučuje o njihovoj suglasnosti s Ustavom. U istom cilju, akte parlamenta mogu uputiti na Ustavno vijeće, prije njihove promulgacije, predsjednik Republike, premijer, predsjednik Nacionalne skupštine, predsjednik Senata, šezdeset članova Nacionalne skupštine ili šezdeset senatora. U slučajevima iz prva dva stavka, Ustavno vijeće mora donijeti svoj pravorijek unutar jednog mjeseca. Međutim, na zahtjev Vlade, u hitnim slučajevima, to razdoblje se ograničava na osam dana. U tim slučajevima, upućivanje na Ustavno vijeće odgađa rok određen za promulgaciju. (Član 61)

Ako je tokom postupka pred redovnim sudom prigovoreno da zakonska odredba vrijeđa prava i slobode zajamčene Ustavom, Držani savjet (Conseil d'Etat) ili

Belgija (od 2007), Bjelorusija, Bosna i Hercegovina (s ustavnim sudovima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske), Bugarska, Crna Gora, Češka Republika, Gruzija, Hrvatska, Italija, Jermenija, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Mađarska, Makedonija, Malta, Moldavija, Njemačka (s ustavnim sudovima 21 federalne jedinice), Slovačka, Slovenija, Srbija, Španija, Turska, Ukrajina. Među afričkim zemljama evropsko-kontinentalni model ustavnog sudstva s posebnim ustavnim sudom prihvatili su Angola, Benin, Centralnoafrička Republika, Egipat, Ekvatorijalna Gvineja, Gabon, Južnoafrička Republika, Madagaskar, Mali, Ruanda i Togo. Od zemalja smještenih na Srednjem istoku taj su model prihvatili Kipar, Palestina i Sirija, a na azijskom kontinentu Kirgistan, Mongolija, Južna Koreja, Šri Lanka, Tadžikistan, Tajland i Uzbekistan. Među zemljama Latinske i Južne Amerike taj su model prihvatili Surinam i Čile. S druge strane, među evropskim državama s ustavnim kontrolom u nadležnosti najvišeg redovnog suda u zemlji, odnosno njegovog zasebnog odjela, evropsko-kontinentalni (austrijski) model prihvatili su Island, Lihtenštajn i Monako, na Srednjem istoku Jemen, u Africi Burkina Faso, Burundi, Kamerun, Čad, Eritreja, Niger, Sudan, Uganda (1995), Demokratska Republika Kongo (od 1997. Zair) i Zambija, u Aziji Filipini, a u Latinskoj i Južnoj Americi Kostarika, Nikaragva, Panama, Paragvaj i Urugvaj. Konačno, pojedine su države prihvatile evropsko-kontinentalni model, ali uz ustrojavanje posebnih ustavnih vijeća. To su na Srednjem istoku Liban, u Africi Mauritaniya i Senegal, a u Aziji Kambodža i Kazahstan. Podaci o tome, G. Harutyunyan, A. Mavčić, op. cit.

³² Federico Fabbrini, „Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation“, *German Law Journal*, vol. 9, no. 10, 2008, 1312.

Kasacioni sud (Cour de Cassation) pitanje o tome može uputiti Ustavnom vijeću koje će odluku donijeti u određenom roku. Organski zakon određuje uslove za zahtjev iz ovog člana. (Član 61-1)

Odredba proglašena neustavnom na osnovu člana 61 neće biti ni promulgirana ni primijenjena.

Odredba proglašena neustavnom na osnovu člana 61-1 ukida se na dan objavljivanja odluke Ustavnog vijeća ili na dan koji je određen u toj odluci. Ustavno vijeće određuje uslove i granice u skladu s kojima će učinci koje je proizvela odredba biti podložni pobijanju.

Protiv odluka Ustavnog vijeća nema žalbe. One su obvezujuće za javne vlasti i sve upravne vlasti i sve sudove.“ (Član 62)³³

Promjene Ustava Francuske predstavljaju „istinsku revoluciju“ jer je Francuska bila jedna od država koja nije dopuštala svojim sudovima da nadziru akte parlamenta kojim se vrijeđaju osnovna prava i slobode građana. Najvažniji učinak ustavne revizije jeste uvođenje u francuski pravni sistem ideja ustavnog sudstva koje je postavio Hans Kelsen. „U odnosu na učinke tih ustavnih novina, ocjena je da će *a posteriori* ustavni nadzor oblikovati život Pete Republike u predstojećim godinama. Prihvatiti kelsenski model ustavnog sudstva znači raskinuti sa „jakobinskom“ ustavnom tradicijom koja je poimala pravo kao izraz opšte volje koja nikada ne može biti pogrešna, ali i staviti pojedinca, s njegovim svežnjem prava i sloboda, u srce ustavnog kosmosa.“³⁴

Nadzor ustavnosti i zakonitosti u postkomunističkim/ postsocijalističkim državama

Ustavi postkomunističkih država srednje, istočne i jugoistočne Evrope, doneseni poslije pada Berlinskog zida, svrstavaju se u skup tzv. novih tranzicijskih ustava i čine trećinu i najupečatljiviju fazu razvoja evropskog sudstva od kraja Drugog svjetskog rata. Ti se ustavi razlikuju u mnoštvu prihvaćenih rješenja, ali imaju pojedina zajednička specifična obilježja. Prvo, većina novih evropskih tranzicijskih ustava sadrži tzv. odredbe straha, a proces koji je do njih doveo nazvan je „konstitucionalizacija straha“, istorijskog straha od obnavljanja totalitarizma u bilo kojoj formi. U njih su ugrađene različite preventivne mjere protiv antidemokratskih djelovanja i procesa, koje trebaju da spriječe da se ono od čega se nove demokratije plaše ne ponovi. Nadalje, novi tranzicioni ustavi konstitucionalizuju i želju za

³³ Branko Smerdel, *Ustavno pravo Europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013, 126–132.

³⁴ F. Fabbrini, op.cit., 1312.

prihvatanjem vrijednosti liberalno-demokratskih poredaka zapadnoevropskog tipa, s ciljem da budu dio evropske zajednice ugrađujući u svoje ustave kataloge ljudskih prava po uzoru na zapadne demokratije (riječ je o prihvatanju tzv. zajedničkog evropskog ustavnog nasljeđa). Ove države su inkorporirale Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, s 50 godina zaostatka.

Neke su države, po uzoru na njemački Osnovni zakon, u svoje ustave ugradile i klauzulu vječnosti, koja ima zadatak da štiti esencijalna obilježja ustava od ustavnih promjena suprotnih strukturalnim ustavnim načelima.³⁵ Svi ti ustavi sadrže idealni tipski model države i društva koji nije korenspodirao s realnošću postkomunističkog života zbog nestabilnog socijalnog i političkog okruženja prouzrokovanog nagomilovanim problemima tranzicije. Postkomunistički ustavi ponudili su demokratiju kao model života milionima ljudi koji su pola vijeka živjeli u rigidnom komunizmu. Sloboda je shvaćena kao oslobođenje od komunizma, načelo podjele vlasti kao puko odbacivanje jednopartijske diktature, tržišna privreda kao potrošačko blagostanje, korupcija kao djelotvorno sredstvo za rješavanje različitih životnih problema.³⁶ Taj duboki raskorak između „idealnog“ i „realnog“, odnosno vrijednosno-normativnog i pozitivnopravnog, strukturno je obilježje svih evropskih postsocijalističkih i postkomunističkih država.

Države nastale raspadom SFRJ jedine su postkomunističke zemlje koje su imale institucionalno ustrojstvo ustavnog sudstva u vrijeme komunističkog društveno-političkog uređenja, jer je Ustavom SFRJ iz 1963. godine ustanovljen Ustavni sud na nivou Federacije i ustavni sudovi republika, a od 1971. godine i autonomnih pokrajina. Druge postsocijalističke države su prvi put institucionalno ustrojile posebne ustavne sudove poslije 1989. godine, prihvativši načelo supremacije ustava koji su dobili ovlašćenja kontrole ustavnosti zakona, a većina od njih i ovlašćenja zaštite osnovnih prava koja su jemčili njihovi novi ustavi. Sve su te države ustanovile u svojim sistemima evropsko-kontinentalni (austrijsko-njemački) model ustavnog nadzora. Ustavni sudovi su u ovim državama posebnim institucionalnim ovlašćenjima trebali da kompenziraju slabosti nedostatne političke kulture prouzrokovane poteškoćama u prevladavanju totalitarizma komunističke provenijencije u svim

³⁵ Ustav Republike Češke u članu 9, st. 2, propisuje da je nedopuštena promjena zahtjeva demokratske pravne države (Jiří Mucha, *Political question in the case-law of the Czech*, Budapest, 2009, 34. Constitutional Court), Ustav Ukrajine u čl. 157, st. 1, propisuje da se ustav neće mijenjati ako promjene predviđaju ukidanje ili ograničenje ljudskih i građanskih prava i sloboda ili ako su usmjerene prema ukidanju nezavisnosti ili povredi teritorijalne nedjeljivosti Ukrajine. (The Constitution of Ukraine) (Ukrainian: Конституція України, 1996).

³⁶ Nenad Dimitrijević, *Ustavna demokratija shvaćena konstitucionalno*, Edicija Reč, Fabrika knjiga, Beograd, 2007, 110–111.

područjima života u tim zemljama, pa su ustavni sudovi trebali da omoguće prijelaz iz totalitarnog u demokratsko društvo utemeljeno na vladavini prava i zaštiti ljudskih prava.

Peter Heberle (*Peter Häberle*) uzlet ustavnog sudstva u evropskim postkomunističkim zemljama objašnjava činjenicom da „u situacijama velike povijesne promjene („revolucijama“) kao što je bio slučaj u istočnoevropskim reformskim državama kada su one svrgnule svoje totalitarne sisteme 1989.– ... ustavni sudovi su na neki način morali popuniti ulogu ustavotvorne skupštine, praktično morajući „izumiti“ ili barem „razviti“ nacionalno ustavno pravo. Druga ustavna tijela kao što su parlamenti, drugi sudovi i javno mnjenje još uvijek nijesu bili sposobni interpretirati ustav uprkos činjenici da je načelo „supremacije ustava“ bilo zajamčeno u dokumentima“.³⁷ Nenad Dimitrijević ima sličan stav: „...krećući se na suveren način kroz nekompletni i provizorni ustavni sistem, sud funkcionise kao de facto ustavotvorac. Analogija sa položajem ustavnog sudstva u stabilnim demokratijama samo je prividna: sud ne rešava sporove i ne daje tumačenje smisla ustava delujući u okviru već formiranog ustavnog sistema. On, naprotiv, svojim odlukama tumači osnovne vrednosne principe zajednice koji nisu ustavno definisani: drugim rečima, sud kreira Grundnorm identitet“. Stoga je „moć ustavnog suda velika. Mnogi ga nazivaju četvrtom vlašću, a neki ga zovu i prikrivenim ustavotvorcem. Kako kažu neki nemački autori, ustavni sud je „ustavotvorna skupština u stalnom zasedanju“.“³⁸

Na ustavno sudstvo u postkomunističkim državama je „prebačena zadaća rješavanja teških ustavnih konflikata, uzroci koji se često skrivaju u naslijeđu „nepravne“ ili „loše“ prošlosti. Istodobno, na njih je prebačena i zadaća rješavanja složenih ustavnih konflikata proizašlih iz prethodno spomenutih raskoraka između onog „idealnog“ i onog „realnog“, to jest između vrijednosno-normativnog i pozitivno-pravnog“.³⁹ Rezultat tih procesa je stanje „juridifikacije“ (engl. *juridification*) društva odnosno „judicijalizacije“ (engl. *judicialization*) politike, u kojem se „političke odluke sve više prebacuju na pravni nivo, to jest ne odlučuje se politički, nego posredstvom pravnih interpretacija“.⁴⁰ Stoga su institucionalni sudovi, kao vrhovne

³⁷ Peter Häberle, „Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective“ (eds. Ingolf Pernice, Juliane Kokott, Cheryl Saunders), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective* (ECLN Conference Berlin 2005.), European Constitutional Law Network Series, vol. 6, NOMOS Verlag, Baden-Baden, Germany, 2006, 70.

³⁸ N. Dimitrijević, op. cit., 126 i 37.

³⁹ Jasna Omejec, *Istine i zablude o ulozi ustavnog suda u svjetlu europeizacije hrvatskog prava*, Tribina Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, Informator, Zagreb, 2013, 6189–6190.

⁴⁰ Otto Kirchheimer, *Functionene des Staates und der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1976.

institucije za rješavanje ustavnih sporova, a time i vrhovni interpretatori ustava, već vrlo rano kvalifikovani kao „glavni nosioci tranzicije ka evropskim standardima“.⁴¹ Ustavni sudovi imaju zadatak da spriječe samovolju vlasti i teške strukturalne devijacije na način što će čitanjem teksta formulirati, kako bi rekao Dvornik (*Dvornik*), „jedan pravilan odgovor“ (*one right answer*),⁴² jer odluke ustavnih sudova omogućavaju susret „idealnog“ modela novog društva, zapisanog u državama tranzicije, i „realnog“ života, koji je, zbog ukorijenjenih istorijskih tradicija, teško promjenjivih mentaliteta, tragova „nepravne“ prošlosti, ali i neprekidnih sukoba velikog broja parcijalnih interesa daleko od idealnog. Nadalje, ustavni sudovi tranzicijskih država interpretacijom snabdijevaju tijela državne vlasti konceptijskim sredstvima i mjerilima za postupanje i u okviru tog zadatka. Svi ustavni sudovi postkomunističkih država oslanjaju se na praksu Evropskog suda za ljudska prava i na praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke iz razloga što iz člana 1 Osnovnog zakona koji proglašava „nepovredivost ljudskog dostojanstva“, a u vezi sa uopštenim konceptijama koji proizilaze iz drugih članova Osnovnog zakona, posebno „socijalne države“ (*Sozialstaat*) i onoga što bi doslovno, ali nepotpuno mogli prevesti kao vladavina prava (*Rechtsstaat*) – Ustavni sud oblikuje niz oruđa koja ga konstituišu kao konačnog cenzora razumnosti vladina djelovanja.⁴³ Uloga ustavnih sudova u evropskim postkomunističkim državama postala je bitno transformativna,⁴⁴ a kontrola ustavnosti koju sprovode ustavni sudovi istovremeno je postala centralna priča evropskih tranzicijskih država.⁴⁵

ZAKLJUČAK

Jedna od najvažnijih funkcija u modernoj demokratskoj državi jeste nadzor ustavnosti zakona i zakonitosti drugih akata državnih tijela, jer sve demokratske države na svijetu poznaju neki od oblika toga nadzora. Iako postoji mnogo načina na koje taj nadzor može biti organizovan, danas preovladavaju američki i evropski sistem između kojih postoje mnoge razlike i određene sličnosti.

⁴¹ Gábor Halmai, „The Reform of Constitutional Law in Hungary after the Transition“, *Legal Studies*, The Society of Legal Scholaris, vol. 18, br. 2, 1998, 188–196.

⁴² Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

⁴³ David P. Currie, „Separation of Powers in the Federal Republic of Germany“, *German Law Journal*, vol. 9, br. 12, 2008, 2182–2183.

⁴⁴ Alec Stone Sweet, „The Juridical Coup D’État and the Problem of Authority“, *The German Law Journal*, vol. 8, 2007, 915–928.

⁴⁵ Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, The University of Chicago Press, 2000.

Glavna karakteristika im je ta da određenim državnim tijelima (redovnim sudovima ili specijalizovanim ustavnim sudovima) daju mogućnost da stave van snage zakone i druge propise (u cjelosti ili djelimično), odnosno ne primijenjuju ih na određeni slučaj ako ocijene da nijesu saglasni s ustavom. Bez obzira na razlike koje u pogledu sudskog nadzora postoje između Sjedinjenih Američkih Država i Evrope, sudovi imaju važnu ulogu u očuvanju individualnih prava i sloboda, a potreba za efektivnom kočnicom većine u parlamentu je glavni razlog koji motiviše različite pravne sisteme da dodijele svojim sudovima – ustavnim ili redovnim – nadležnost da kontrolišu zakone koji se protive ustavu.

HAMDIJA ŠARKINOVIĆ, LL.M.
Judge of the Constitutional Court
of Montenegro, retired

MODELS OF SUPERVISION OF CONSTITUTIONALITY AND LEGALITY

Summary

The article analyses the origin and models of constitutional supervision of constitutionality and legality as one of the most important functions in a modern democratic state, and one that presents itself as a historical background to American and European models of supervision of constitutionality and legality. Furthermore, their main differences are being discussed, and within the European model of supervision of constitutionality and legality also differences within particular systems from the viewpoint of different countries which put it into use. Special emphasis is put on supervision of constitutionality and legality in France following the revision of Constitution from 2008, as well as post-communist/post-socialist states, in order for a separate chapter to elaborate on differences between the American and European supervision systems in detail.

Key words: constitution, constitutional supervision, United States of America, Europe

Literatura

Cappelletti M., *Judicial Review in Comparative Perspective*, *California Law Review*, vol. 58, 1970.

Currie D. P., *Separation of Powers in the Federal Republic of Germany*, *German Law Journal*, vol. 9, no. 12, 2008.

De Tocqueville A., *Stari režim i revolucija*, Politička kultura, Zagreb, 1994.

Dimitrijević N., *Ustavna demokratija shvaćena konstitucionalno*, Edicija Reč, Fabrika knjiga, Beograd, 2007.

Dworkin R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

Đorđević J., *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1967.

- Fabbrini F., „Kelsen in Paris: France’s Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation“, *German Law Journal*, vol. 9, no. 10, 2008.
- Häberle P., „Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective“ (eds. Pernice I., Kokott J., Saunders C.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective* (ECLN Conference Berlin 2005), European Constitutional Law Network Series, vol. 6, NOMOS Verlag, Baden-Baden, Germany, 2006.
- Hall K., *The Magic Mirror: Law in American History*, Oxford University Press, New York, 1989.
- Halmay G., „The reform of Constitutional Law in Hungary after the Transition“, *Legal Studies, The Society of Legal Scholars*, vol. 18, no. 2, 1998.
- Harutyunyan G., Mavčič A., *Constitutional Review and its Development in the Modern Word, A Comparative Constitutional Analysis*, Hayagitik, Yerevan – Ljubljana, 1999.
- Janda K., Berry J. M., Goldman J., *Izazov demokracije – Vladanje u Americi*, Durieux, Zagreb, 2001.
- Kelsen H., *Opšta teorija države i prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951.
- Kirchheimer O., *Functionene des Staates und der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1976.
- Krbek I., *Ustavno sudovanje*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1960.
- Kurtović Š., *Opća povijest prava i države – Novi vijek*, Pravni fakultet, Zagreb, 2005.
- Lochart W. B., Kamisar Y., Choper J. H., Shiffrin S. H., *Constitutional law: cases-comments-questions*, Minnesota, 1986.
- Mac Cormaic R., *The Supreme Court*, Penguin Random House UK, Ireland, 2016.
- Omejec J., *Istine i zablude o ulozi ustavnog suda u svjetlu europeizacije hrvatskog prava*, Tribina Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, Informator, Zagreb, 2013.
- Parsons T., *Društva*, Biblioteka August Cesarec, Zagreb, 1991.
- Rosenfeld M., Constitutional Adjudication in Comparative Perspective: The European Model as Against the American in Terms of Politics, Law and Interpretation, Association of American Law Schools, *Conference on Constitutional Law*, Washington, 2002, <http://www.aals.org/profdev/constitutional/rosenfeld.html>.
- Rosenfeld M., Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, no. 4, 2004.
- Schwartz H., *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, The University of Chicago Press, 2000.
- Smerdel B., Sokol S., *Ustavno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006.
- Smerdel B., *Ustavno pravo Europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013.
- Smerdel B., *Ustavno uređenje Europske Hrvatske*, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2020.

- Stone Sweet A., *Ustavna i sudska vlast*, Komparativna politika, Fakultet političkih znanosti Zagreb, 2013.
- Stone Sweet A., *Governing with Judges: Constitutional Politics in Western Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Stone Sweet A., „The Juridical Coup D’État and the Problem of Authority“, *The German Law Journal*, vol. 8, 2007.
- Stone Sweet A., „Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter“, *Michigan Law Review*, vol. 101, no. 8, 2003.
- Utter R. F., Lundsgaard D. C., Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some thoughts from a Comparative Perspective, *Ohio State Law Journal*, vol. 54, no. 3, 1993.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 23.09.2021.

Prihvaćen: 25.10.2021.

PREGLEDNI RAD

OSMAN KADRIU

NORMATIVNA KONTROLA USTAVNOSTI I KOMPARATIVNO USTAVNO SUDSTVO

U radu je učinjen pokušaj da se odgovori na brojna pitanja koja se odnose na ustavno sudstvo i njegove nadležnosti, pri čemu se posebno analizira pitanje normativne kontrole ustavnosti. Uzimajući u obzir činjenicu da je normativna kontrola ustavnosti širok pojam i da se odnosi na kontrolu (ocenu) svih normativnih akata, razume se s određenim izuzecima, autor se zadržava na kontroli zakona i njihove ustavnosti od strane ustavnog sudstva. Ustavna kontrola zakona je osnovna funkcija savremenog ustavnog sudstva. Prednost ovoj kontroli daje se i u komparativnom ustavnom pravu. Rad se zaokružuje pitanjima koja se odnose na one pravne akte koji „nisu podobni“ da budu predmet normativne kontrole ustavnosti.

Ključne reči: *ustav, normativna kontrola, ustavno sudstvo*

U V O D

Ustavno sudstvo demokratskog društva ima značajnu ulogu u obezbeđenju zaštite ljudskih prava i sloboda, te stoga i nezaobilazno mesto u ustavnom sistemu svake zemlje. Kad je reč o pravnim mehanizmima za zaštitu i ostvarivanje ljudskih prava, oni su poznati. Tradicionalno, to su sudovi, odnosno sudska vlast, ombudsman, nadležne skupštinske komisije i drugi organi.

Uspostavljanjem ustavnog sudstva, između ostalog, država jamči kvalitetnu zaštitu ljudskih prava. Ova garancija proizlazi iz nadležnosti ustavnih sudova, odnosno ustavnog sudstva. Nadležnosti ustavnih sudova se utvrđuju ustavnim normama. Njihove nadležnosti ne mogu se utvrđivati „običnim“ zakonima.

Dr Osman Kadriu, sudija Ustavnog suda Republike Severne Makedonije, e-mail: *kadriu.kadri@yahoo.com*.

Brojne su nadležnosti ustavnih sudova i one zavise od opredeljenja ustava svake pojedine države. Ponovimo, pitanja nadležnosti ustavnih sudova predstavljaju ustavnu materiju – *materia constitutionis*. Za njih važi sistem enumeracije, tj. sistem taksativnog nabiranja. Od, ustavom utvrđenih nadležnosti, najmanje dve se odnose na zaštitu i ostvarivanje ljudskih prava. To su, prvo, normativna kontrola ustavnosti i drugo, zaštita ljudskih prava pred ustavnim sudovima. Prva nadležnost je opšteprihvaćena u svim pravnim sistemima, nezavisno od konkretnog društvenog uređenja. Kada je reč o neposrednoj ustavnosudskoj zaštiti ljudskih prava, ustavna rešenja pojedinih zemalja su različita. U ovom radu zadržaćemo se na pitanjima koja se odnose na normativnu kontrolu ustavnosti.

Pojam normativne kontrole ustavnosti dosta je širok, a da je reč o kompleksnom pitanju, proizlazi i iz pojmovnog određenja norme i normativnih akata kao predmeta kontrole. Ovako opredeljena nadležnost upućuje na zaključak da kontroli (oceni) ustavnosti podležu svi normativni akti. To je pravilo. Međutim, u odnosu na to pravilo postoje izuzeci, te određeni normativni akti ipak ne podležu kontroli ustavnosti. To su tzv. normativni akti, koji su izuzeti od kontrole ustavnosti i o njima će biti reči na odgovarajućim mestima u radu.

Zbog kompleksnosti pitanja normativne kontrole ustavnosti i činjenice da je prostor namenjen ovom radu ograničen, konkretizovaćemo problem. Naime, pokušaćemo da istražimo pitanje kontrole ustavnosti zakona. U tom smislu, značajno je pitanje ocene ustavnosti zakona kao osnovne funkcije ustavnog sudstva. Drugo, osim zakona koji podležu kontroli ustavnosti, njoj podležu i drugi pravni akti sa snagom zakona. U tom kontekstu treba odgovoriti i na pitanja koja se odnose na pravna akta koja ne podležu kontroli (oceni) ustavnosti.

Pored toga, učinićemo osvrt i na uvek aktuelno pitanje koje se postavlja u praksi ustavnih sudova. U pitanju je ocena ustavnosti zakona koji su prestali da važe. Ovo pitanje se postavlja kao problem – *mutatis mutandis* i za druge pravne propise i opšta akta čija je važnost prestala. Ustavopravna nauka je u pogledu tih pitanja još uvek kolebljiva, a pozitivna regulativa pojedinih zemalja u tom kontekstu zauzima različite pristupe.

NORMATIVNA KONTROLA USTAVNOSTI – OSNOVNA FUNKCIJA USTAVNOG SUDSTVA

Načelna opredeljenja

Centralna tema razmatranja u radu odnosi se na kontrolu (ocenu) ustavnosti zakona. Ovo pitanje se tretira u okviru važnih načela ustava i ustavnih opredeljenja funkcije ustavnog sudstva.

U pogledu ustavnog opredeljenja funkcije ustavnog sudstva, definicija same funkcije i njeno pojmovno određenje predstavljaju „ključne reči“ same institucije ustavnog sudstva. Drugo pitanje odnosi se na konkretne nadležnosti ustavnog sudstva. Pod funkcijom ustavnih sudova podrazumeva se kompleks ustavnih sporova i njihovih vrsta koji se odnose na povredu ustava i čije je rešavanje povereno nekom od državnih organa konkretne zemlje. U zavisnosti od ustavnog opredeljenja, u pojedinim zemljama kontrolu ustavnosti vrše posebni državni organi, recimo politički organi, dok u mnogim pravnim sistemima kontrolu ustavnosti obavljaju redovni sudovi. U radu se tretira kontrola ustavnosti koju obavlja ustavno sudstvo.

Pitanje nadležnosti ustavnih sudova je kompleksno. Reč je o pitanju koje je konkretno, preciznim ustavnim normama, tačno utvrđeno. Pri tome se pravi razlika između nadležnosti redovnih sudova, s jedne, i nadležnosti ustavnih sudova, s druge strane. Nadležnosti redovnih sudova određuju se, po pravilu, metodom generalne klauzule. Suprotno tome, nadležnosti ustavnih sudova određuju se metodom enumeracije, tj. metodom taksativnog nabiranja, što proizlazi iz nesporne činjenice da su pitanja nadležnosti ustavnih sudova ustavna materija. To znači da se nadležnosti ustavnih sudova utvrđuju i uređuju samo ustavom i njegovim ustavnim normama. I, još konkretnije, njihova nadležnost se određuje samo ustavom neke zemlje, a ne i „običnim zakonima“.¹

Na osnovu izloženog, kod pitanja nadležnosti ustavnih sudova nalazimo se pred „zatvorenim krugom“ njihovih nadležnosti. Kad je reč o ustavom utvrđenim nadležnostima ustavnih sudova, osnovna nadležnost tiče se normativne kontrole. Normativna kontrola podrazumeva kontrolu ustavnosti pravnih akata. Ovakvo opredeljenje je opšteprihvaćeno i u komparativnom ustavnom pravu i ustavnom sudstvu.

Međutim, sam pojam normativne kontrole dosta je širok. Pod normativnom kontrolom podrazumeva se kontrola ustavnosti zakona, podzakonskih pravnih propisa i drugih pravnih akata. S druge strane, u nadležnosti ustavnog sudstva je i zakonitost podzakonskih propisa i drugih pravnih akata. U pogledu zakonitosti podzakonskih propisa i drugih pravnih akata ima razlika u komparativnom ustavnom sudstvu, a iz našeg istraživanja takva distinkcija se može jasno uočiti.

Objekt normativne kontrole ustavnosti sa posebnim osvrtom na zakon

Uopšte. – Kod normativne kontrole ustavnosti, sa posebnim osvrtom na ocenu ustavnosti zakona, uvek su aktuelna dva pitanja. Prvo se tiče osnova ocene ustavnosti zakona, a drugo objekta (predmeta) kontrole.

¹ Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Službeni glasnik, Beograd, 1995, 654.

U svim zemljama u kojima postoji pisani ustav, osnov kontrole ustavnosti zakona je sam ustav. U tom pogledu primenjuje se pravilo da se svaki zakon koji je u suprotnosti sa ustavom ima smatrati ništavim i neupotrebljivim. Ustav je *lex superior* i ima veće pravno dejstvo – *super légalité* – od drugih normativnih akata. Drugim rečima, treba postupiti po interpretativnom pravilu da u slučaju sukoba dva akta s različitom pravnom snagom, prednost treba dati onom aktu koji ima veću pravnu snagu.²

Drugo pitanje, kao što smo naglasili, odnosi se napredmet kontrole ustavnosti. Predmet kontrole ustavnosti su normativni akti. Zakon je vrsta normativnih akata, te svi zakoni podležu kontroli ustavnosti.

U pravnim sistemima sa federativnim oblikom državnog uređenja, kontroli i oceni ustavnosti podležu svi savezni zakoni kao i zakoni federalnih jedinica.³

Oceni ustavnosti podležu i sledeći normativni akti: autentična tumačenja zakona, ukazi sa zakonskom snagom i uredbe sa zakonskom snagom. Povodom uredbi sa zakonskom snagom, u pojedinim pravnim sistemima, u ustavom tačno predviđenim slučajevima, vlada jedne zemlje donosi uredbe sa zakonskom snagom, kojima se uređuju konkretna pitanja ili odnosi u državi. To se događa u slučajevima kada se u zemlji proglašava vanredno ili ratno stanje. Parlament je raspušten i ne može da ostvari svoju zakonodavnu funkciju. Deo njegove nadležnosti preuzima vlada, koja radi i dejstvuje u vanrednim prilikama, odnosno u ratnom stanju. U takvim slučajevima vlada izvršava i deo nadležnosti zakonodavnog organa.⁴

U delu ustavnopravne nauke zastupa se mišljenje da status akata sa zakonskom snagom imaju i međunarodni ugovori koji ratifikacijom stiču snagu zakona.⁵

U komparativnom ustavnom pravu konkretnim normativnim aktima priznaju se status i snaga zakona. Tako na primer, u Italiji kontroli ustavnosti podležu i državni i oblasni akti sa zakonskom snagom. U Francuskoj je situacija sa

² R. Marković, op. cit., 636.

³ Radomir Lukić, *Uvod u pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1970, 171–180.

⁴ Na primer, tokom 2020. godine u Severnoj Makedoniji je proglašeno vanredno stanje. Razlog (ustavni) za to bilo je proglašenje pandemije kovida 19. Parlament Republike je bio prethodno raspušten zbog održavanja prevremenih parlamentarnih izbora, koji su održani 15. jula 2020. godine. Odluku o proglašenju vanrednog stanja doneo je predsednik Republike. Većina uredbi sa zakonskom snagom koje je donela Vlada (više od 150) bila je predmet kontrole ustavnosti pred Ustavnim sudom Republike Severne Makedonije. Nekoliko uredbi sa zakonskom snagom Ustavni sud je ukinuo kao protivustavne. V. član 125. Ustava Republike Severne Makedonije, *Službeni vesnik RSM*, broj 52/91.

⁵ Pavle Nikolić, *Ustavno pravo*, Prosveta, Beograd, 1995, 373.

ustavnošću zakona specifična. Prvo, Ustavni savet ove zemlje najpre obavlja preventivnu kontrolu ustavnosti, što znači da zakoni podležu kontroli pre proglašenja.⁶

Na osnovu izloženog, važno je naglasiti da, kada je u pitanju ustavnost zakona, nijedan akt koji nosi ime zakona ne može biti izuzet od kontrole (ocene) ustavnosti.

Kod kontrole ustavnosti zakona, potrebno je naglasiti i to da su ustavni sudovi jedinstveni nosioci navedene kontrole. Sasvim je druga situacija kod kontrole ustavnosti i zakonitosti podzakonskih propisa i drugih opštih akata. Kod ove vrste kontrole ustavni sudovi ostaju nosioci kontrole ustavnosti, a u pogledu zakonitosti podzakonskih propisa i drugih opštih akata u komparativnom ustavnom pravu ima i drugih rešenja. Naime, zakonitost podzakonskih propisa i drugih opštih akata, osim ustavnih sudova, mogu da kontrolišu i drugi državni organi, pri čemu se prvenstveno misli na redovne sudove.⁷

Ustavnost zakona, primarna nadležnost ustavnog sudstva. – U kontekstu normativnih akata i njihove kontrole ustavnosti, bez svake sumnje, zakoni su od primarnog značaja. Ocena ustavnosti zakona predstavlja osnovnu funkciju savremenog ustavnog sudstva. Ovakvo pravilo važi i za one ustavne sisteme u kojima je kontrola ustavnosti zakona poverena drugim državnim organima, posebno redovnom sudstvu.

Pitanje ustavnosti zakona postavlja se u onim pravnim sistemima u kojima postoji hijerarhija normativnih akata. Bez postojanja konkretne hijerarhije iluzorno je govoriti o kontroli ustavnosti pravnih akata i usklađenosti sa ustavom, a time i o ustavnosti zakona. Hijerarhija pravnih akata, prema tome, predstavlja *conditio sine qua non*, što znači ne samo uslov nego i pretpostavku koja prethodi potrebnim uslovima i razlozima uvođenja kontrole ustavnosti zakona.⁸

Prema mišljenju koje preovlađuje u teoriji ustavnog prava, kontrola ustavnosti zakona je ključna pretpostavka primene ustava neke zemlje, kako u materijalnom, tako i u formalnom smislu. S druge strane, značaj zakona proizlazi i iz njegovog statusa u hijerarhiji pravnih propisa. Ukratko rečeno, zakon je, odmah posle ustava, na čelnoj poziciji pravnih propisa. Zakonima se, po pravilu, uređuju odnosi u skoro svim oblastima odnosno sferama društvenih odnosa.⁹

Sadržina zakona je rezultat zakonodavne delatnosti. Međutim, zakonska rešenja mogu biti u suprotnosti sa ustavom. Istorija ustavnosudske prakse poznaje enormno veliki broj slučajeva protivustavnih rešenja sadržanih u nekom zakonu. Protivustavnost je najčešće prisutna u konkretnim rešenjima, sadržanim u pojedinim

⁶ R. Marković, op. cit., 655.

⁷ Jovan Đorđević, *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1982, 762.

⁸ P. Nikolić, op. cit., 367–373.

⁹ V. Svetomir Škarić, *Ustavno pravo*, Kultura, Beograd, 2015, 430–435.

odredbama zakona. U tom kontekstu, prilikom donošenja zakona, zakonodavac posebno treba da vodi računa da nema protivrečnosti u zakonskim odredbama, odnosno u njegovim rešenjima. Zakon s protivrečnim odredbama nije primenljiv.¹⁰ Od posebne je važnosti ocena ustavnosti zakona u onim pravnim sistemima u kojima postoji podela vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Razlozi su poznati. Nisu retki slučajevi da se vlada jedne zemlje u tom pogledu preuzme dominantu ulogu. S druge strane, praksa u pojedinim zemljama potvrđuje porast moći zakonodavne vlasti, koja se izražava naročito u njenoj prekomernoj zakonodavnoj aktivnosti. Nalazimo se pred pojavom prenormiranosti društva.¹¹ To je jedan od razloga koji je američkog profesora Maura Kapeletija (Mauro Cappelletti) naveo da govori o „zakonodavcu džinu“ i o „tiraniji zakonodavca“. U istom smislu je govorio i francuski profesor Luj Favore (Louis Favoreu) da „parlament može rđavo da čini“.¹²

Kao posledica ove pojave, uvođenje normativne kontrole ustavnosti predstavlja kontrolni oblik kojim se parlament „prisiljava“ da svoju zakonodavnu funkciju vrši u okviru ustava i u saglasnosti s njim. Drugim rečima, ovaj kontrolni mehanizam predstavlja najefikasniji način zaštite ustavnosti.¹³

Iz izloženog nije teško zaključiti da uspostavljanje ustavnog sudstva predstavlja radikalni zaokret u razvoju sistema zaštite ustava i ustavnosti u nekoj zemlji. Zbog toga, savremeni ustavi u svetu u posebnim delovima sadrže važna načela o ustavnoj poziciji ustavnih sudova i načela na kojima se zasniva zaštita ustava i ustavnosti. Odstupanje od ustavnih načela dovodi do narušavanja uspostavljene hijerarhije pravnih normi u pravnom poretku zemlje. Narušena hijerarhija znači povredu ustava kao *lex superior*, a time se dovodi u pitanje i dejstvo ustava – *super légalité*. Povreda ustava neminovno vodi i do povreda ljudskih prava i sloboda, a ako se konkretna zemlja opredeli za takvo uređenje, krajnja pravna posledica jeste narušavanje demokratskog uređenja.¹⁴

Polazeći od navedenih načela i težnji, ustavno sudstvo svake zemlje, preko uspostavljenih ustavnih sudova, ima dužnost da u okviru ustavom utvrđenih nadležnosti vrši kontrolu (ocenu) ustavnosti zakona. Da ponovimo, ocena ustavnosti zakona osnovna je funkcija ustavnog sudstva u okviru normativne kontrole ustavnosti.¹⁵

¹⁰ V. Lon Fuller, *Moralnost prava*, Beograd, 2001, 82–87.

¹¹ P. Nikolić, op. cit., 369.

¹² *Ibidem*.

¹³ S. Škarić, op. cit., 429.

¹⁴ P. Nikolić, op. cit., 369–373.

¹⁵ R. Marković, op. cit., 654–656; S. Škarić, op. cit., 429–435.

*Podzakonski propisi i drugi opšti akti kao objekt
kontrole ustavnosti i zakonitosti*

Kad je reč o objektu kontrole ustavnosti, u ustavnopravnoj teoriji se posebno elaborira i pitanje podzakonskih propisa i drugih opštih akata kao predmeta ocene, odnosno kontrole ustavnosti i zakonitosti. U tom smislu posebno se ističu dva pitanja. Prvo pitanje se odnosi na ustavnost, a drugo na zakonitost podzakonskih propisa. Za rešavanje ustavnopravnih sporova povodom ustavnosti podzakonskih propisa nadležni su ustavni sudovi. S druge strane, pitanje zakonitosti podzakonskih pokazuje se spornim. Ustavni sistemi koji prihvataju Kelzenov model ustavnosti i uvođenje ustavnog sudstva oglašavaju se, skoro bez izuzetaka, nadležnim i za ocenu zakonitosti podzakonskih propisa. Ovoj grupi ustavnih sistema pripadaju na primer ustavni sistem Austrije, bivše SFRJ, ustavni sistemi zemalja ovog regiona.

S druge strane, u pojedinim zemljama kao što su na primer Italija, Nemačka, Francuska i dr. pristup oceni zakonitosti podzakonskih propisa je drugačiji. Tako na primer, u Italiji i Nemačkoj sporove o zakonitosti podzakonskih propisa rešavaju redovni sudovi. Način rešavanja ovih sporova vrši se sistemom ekscepcije nezakonitosti, podzakonski propis se ne ukida. On se ne primenjuje u konkretnom slučaju, ali takva odluka redovnog suda ima snagu samo prema strankama u konkretnom predmetu (akt se ne stavlja van snage *erga omnes*).¹⁶ U Francuskoj je za rešavanje sporova zakonitosti podzakonskih propisa nadležan Državni savet, pod uslovom da je reč o podzakonskim propisima koje je donela uprava zemlje. Državni savet ove zemlje u svojoj praksi primenjuje načela ustava kao merila za ocenu zakonitosti podzakonskih propisa.

Na osnovu izloženog može se zaključiti da su ustavni sudovi zaštitnici ustavnosti zakona i drugih propisa i opštih pravnih akata; da su ustavni sudovi jedinstveni nosioci zaštite ustavnosti zakona i podzakonskih propisa i da se, u pogledu zaštite zakonitosti podzakonskih propisa, pored ustavnih sudova, kao nosioci zaštite zakonitosti javljaju i redovni sudovi i drugi državni organi.¹⁷

NORMATIVNI AKTI KOJI SU IZUZETI OD KONTROLE USTAVNOSTI

U radu je podvučeno pitanje konkretnih normativnih akata koji, po pravilu, nisu i ne mogu biti objekat kontrole ustavnosti. U grupu takvih normativnih akata spadaju, između ostalog, ustavni zakon, ustavni amandmani, međunarodni ugovori koji se ratifikuju u saglasnosti sa ustavom, zakoni koji su usvojeni na referendumu i drugi akti.

¹⁶ R. Marković, op. cit., 655.

¹⁷ V. J. Đorđević, op. cit., 762–770.

U tom pogledu, potrebno je ukazati pažnju na više pitanja. Prvo, izuzeće zakona koji je usvojen na referendumu nije postavljeno kao opšte pravilo u uporednom ustavnom sudstvu. To znači da u pojedinim pravnim sistemima važi izuzeće od ocene ustavnosti zakona usvojenog na referendumu dok u drugim zemljama takva zabrana ne postoji.¹⁸ Važno je i pitanje ustavnih amandmana i mogućnosti ocene njihove ustavnosti. Mali je broj zemalja koji ustavom predviđaju mogućnost da se vrši ocena ustavnosti ustavnih amandmana. Razlozi za takav stav su brojni. Ustavni amandmani su deo ustava. Oni imaju snagu i dejstvo ustava. Bilo bi protivrečno – *contradictio in adjecto* da se zahteva ocena ustavnosti ustavnih amandmana. Ustavni sud neke zemlje štiti ustav i ustavnost. Ustavni sud je podređen ustavu i ne stoji iznad ustava. Drugim rečima, ustavni sud ne sudi na osnovu nekog „natpozitivnog“ ili „prirodnog“ prava.¹⁹

Pitanje međunarodnih ugovora i mogućnosti kontrole njihove ustavnosti takođe je složeno pitanje. Pri tome se pravi distinkcija između opšteprihvaćenih normi međunarodnog prava i međunarodnih ugovora. O predmetu kontrole ustavnosti može se govoriti samo kada su u pitanju ratifikovani međunarodni ugovori. U delu ustavnopravne nauke brani se stav da međunarodni ugovori, u slučaju da je ustavom potvrđen primat međunarodnog u odnosu na unutrašnje pravo, ne mogu biti predmet ocene ustavnosti. Međutim, analizom komparativne regulative otkriva se da se ovo pitanje različito uređuje. Prvo, u pojedinim pravnim sistemima ustav ne sadrži izričite odredbe o kontroli ustavnosti međunarodnih ugovora. Samo se predviđa i određuje da nakon ratifikacije međunarodni ugovori postaju sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka. Takav je slučaj, na primer, sa Ustavom Severne Makedonije i Rumunije.²⁰ U doktrini ustavnog prava Severne Makedonije prevladuje mišljenje da se Ustavom ove zemlje ne garantuje ustavnosudska kontrola međunarodnih ugovora.²¹

U drugim pravnim sistemima predviđa se mogućnost kontrole ustavnosti međunarodnih ugovora, ali se to obavlja pre njihove ratifikacije. To je tzv. prethodna kontrola. Takav je slučaj, na primer, sa ustavnim sistemima Albanije i Bugarske.²²

¹⁸ R. Marković, op. cit., 654.

¹⁹ J. Đorđević, op. cit., 771.

²⁰ Član 110. stav 1. Ustava Republike Severne Makedonije iz 1991. godine i čl. 140–145. Ustava Rumunije iz 1991. godine.

²¹ Svetomir Škarić, *Naučno tolkovanje, Ustav na Republika Makedonija*, Kultura, Skopje, 2014, 410–412.

²² Član 131. stav 1. tač. a–b. Ustava Albanije iz 1998. godine (Ustav Albanije je usvojen na referendumu, a na osnovu teksta koji je prethodno utvrdio Parlament ove zemlje) i član 148. stav 2. tačka 4. Ustava Bugarske iz 1991. godine.

Ustav Republike Srbije iz 2006. godine sadrži još preciznije odredbe o kontroli ustavnosti međunarodnih ugovora. Naime, odredbama ovog Ustava predviđa se da Ustavni sud odlučuje o saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim ugovorima, kao i o saglasnosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom.²³

NORMATIVNI PRAVNI AKTI VAN SNAGE I MOGUĆNOST KONTROLE USTAVNOSTI

U teoriji ustavnog prava postavlja se pitanje pravne mogućnosti da se inicira postupak kontrole ustavnosti pravnog akta koji je prestao da važi. Pitanje je aktuelno zbog različitih stavova u komparativnom ustavnom pravu. Polazi se od načelnog stava da kontroli ustavnosti i zakonitosti podležu samo normativni akti koji su na snazi.

U komparativnom ustavnom pravu preovlađuje stav da, po pravilu, ne treba garantovati pravo ocene ustavnosti zakona koji je prestao da važi. Iz pogleda na uporednopravna rešenja proizlazi da ima pravnih sistema koji omogućavaju ocenu ustavnosti i zakonitosti pravnih akata čija je važnost prestala. Drugim rečima, ustavom se utvrđuje i uređuje mogućnost da se stavi „pod lupu“ ustavnost i zakona koji je prestao da važi.

Od pravnih sistema koji imaju pozitivan pristup izdvajamo da se, na primer, Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine predviđa mogućnost osporavanja zakona i drugih pravnih propisa posle prestanka njihovog važenja: „Ustavni sud može oceniti saglasnost zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opštih akata sa zakonom i po prestanku njihovog važenja, ako je postupak ocene ustavnosti pokrenut najkasnije u roku od 6 meseci od prestanka njihovog važenja“.²⁴

Ustav Republike Severne Makedonije iz 1991. godine ne sadrži odredbu o mogućnosti kontrole ustavnosti zakona čija je važnost prestala. Poslovnik Ustavnog suda ove Republike sadrži odredbu o mogućnosti poništenja pravnog akta i po prestanku njegovog važenja, razume se, pod određenim uslovima. Naime, u Poslovniku je predviđeno da Ustavni sud može da donese odluku o utvrđivanju neustavnosti nevažećeg zakona odnosno neustavnosti i nezakonitosti nevažećeg propisa i drugog opšteg akta u vreme njegovog važenja, ukoliko je on prestao da važi u toku postupka pred Ustavnim sudom, ako su ispunjeni uslovi za njihovo poništenje.²⁵

²³ Član 167. stav 1. tač. 1. i 2. Ustava Republike Srbije iz 2006. godine.

²⁴ Član 168. stav 5. Ustava Republike Srbije iz 2006. godine.

²⁵ Član 70. stav 6. Poslovnika Ustavnog suda, *Službeni vesnik RM*, broj 70/92.

U prošlosti, tačnije u režimu „socijalističkog prava“, pozitivan pristup ovom pitanju imao je i Ustav bivše SFRJ iz 1974. godine, kao i ustavi bivših socijalističkih republika.²⁶ Komentatori Ustava SFRJ iz 1974. godine branili su stav ovog Ustava o oceni ustavnosti zakona i ustavnosti i zakonitosti propisa i opštih akata koji su prestali da važe, razume se, uz ispunjenje utvrđenih uslova.²⁷

Ima opravdanih razloga da se aktualizuje pitanje mogućnosti osporavanja zakona ili drugih pravnih propisa posle prestanka njihovog važenja. Naime, nisu retki slučajevi da nadležni državni organi preduzmu konkretne radnje ili donesu konkretne individualne akte, na osnovu zakona, kojima se povređuju prava i slobode građana zajamčene ustavom. Zakon je prestao da važi, ali su evidentne posledice konkretnog individualnog akta ili radnje državnog organa.

Prema našem mišljenju, ovaj problem je potrebno rešiti ustavnim normama, jer ona predstavljaju ustavnu a ne zakonsku materiju, te je reč o nadležnosti ustavnog sudstva neke zemlje, a te nadležnosti se uređuju isključivo ustavnim normama.

U navedenim situacijama, kad se postavi pitanje ocene ustavnosti zakona koji je prestao da važi, razlozi pravednosti predstavljaju opravdan osnov da se omogući takva kontrola.²⁸ Razume se, to bi trebalo da važi i za druge propise i opšte akte, i to pod sledećim uslovima: prvo, da je u vreme važenja navedenih pravnih akata državni organ preduzeo konkretnu radnju ili doneo konkretni individualni akt; drugo, da je takvim radnjama odnosno aktima prouzrokovana povreda prava ili sloboda građana i treće, da od prestanka važenja do pokretanja postupka nije proteklo vreme koje treba utvrditi ustavom. Isto tako, potrebno je utvrditi ovlašćenje ustavnog suda da sam određuje da li treba da ceni ustavnost zakona odnosno ustavnost i zakonitost pravnog akta koji je prestao da važi. To znači da ustavni sud po automatizmu pokrene postupak kontrole ustavnosti ili zakonitosti pravnog akta koji više nije u pravnom poretku. Njegova ocena o ovom pitanju, a na osnovu ustavnog ovlašćenja, treba da bude slobodna.

²⁶ Uslov je bio da do pokretanje postupka nije prošlo više od godinu dana od prestanka važenja (član 375. stav 2. Ustava SFRJ, *Službeni list SFRJ*, broj 9/74).

²⁷ *Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Stručno objašnjenje* (ur. Milinka Đuričić), Beograd, 1975, 501–504.

²⁸ Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Beograd, 1998, 95 i dalje.

Prof. Dr. OSMAN KADRIU
Judge of the Constitutional Court
of the Republic of Northern Macedonia

NORMATIVE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND COMPARATIVE CONSTITUTIONAL JUDICIARY

Summary

This paper is an attempt to answer a number of questions concerning the constitutional judiciary and its jurisdiction. From the jurisdiction of the constitutional judiciary up to the jurisdiction stipulated and determined by a country's constitution, various related topics are being analyzed and the issue of normative constitutional control is found to be particularly problematic. The normative control of constitutionality is a broad term and it refers to control (evaluation) of all normative acts, with certain exceptions. The author kept his focus on the control of the law and its constitutionality by the constitutional judiciary. Constitutional control of the law is a basic function of the modern constitutional judiciary. The advantages of this control are also notable in comparative constitutional law. Regarding laws that can be subjected to constitutional control, this paper elaborates the issue of evaluating law that had ceased to be in force.

Key words: constitution, normative control, constitutional judiciary

Literatura

Fuler L., *Moralnost prava*, Beograd, 2001.

Dorđević J., *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1982.

Lukić R., *Uvod u pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1970.

Marković R., *Ustavno pravo i političke institucije*, Službeni glasnik, Beograd, 1995.

Nikolić P., *Ustavno pravo*, Prosveta, Beograd, 1995.

Radbruh G., *Filozofija prava*, Beograd, 1998.

Škarić S., *Naučno tolkovanje, Ustav na Republika Makedonija*, Kultura, Skopje, 2014.

Škarić S., *Ustavno pravo*, Kultura, Beograd, 2015.

Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Stručno objašnjenje (ur. Milinka Đuričić), Beograd, 1975.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 27.09.2021.

Prihvaćen: 28.10.2021.

STRUČNI RAD

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST – III tom

APPLICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY – Vol. III

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

6. Radni odnosi

Labour Relations

Dečji rad i maloletnički radni odnosi u Srbiji

Minors labour relations in modern legal systems

- *prof. dr Radoje R. Brković*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Kragujevcu; *Zoran Ž. Marković*, doktorand
Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu

5

Pravni okvir i stvarni položaj zaposlene žene za vreme trudnoće i porođaja

Legal frame and actual state of an employed woman during pregnancy
and after giving birth

- *dr Vesna Bilbija*, viši savetnik u Upravnom sudu Republike Srbije

25

Rodna dimenzija pandemije KOVID-19: angažovanost sindikata

na suzbijanju rodno zasnovanog nasilja i nasilja u porodici

Gender dimension of the COVID-19 pandemic: trade union involvement
in combat with gender-based violence and domestic violence

- *dr Vida Vilić*, pomoćnik direktora za pravne poslove,
Klinika za stomatologiju Niš; *dr Kosana Beker*, programski direktor,
Udruženje građanki FemPlatz Pančevo

41

653

7. Banke i bankarski poslovi

Banks and Banking Affairs

Obrnuta hipoteka – neka od pitanja

Reverse mortgage - some of the questions

- *prof. dr Mirjana Knežević*, redovni profesor Ekonomskog fakulteta
Univerziteta u Kragujevcu 57

Posledice ništavosti i raskida kod ugovora o kreditu

Consequences of nullity and termination of loan agreement

- *mr Predrag Knežević*, advokat iz Beograda; *Nataša Stoilković*,
advokat iz Beograda 71

Jasni i nedvosmisleni podaci o troškovima kredita u pravnom stavu VKS
o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita

Clear and unambiguous data on loan costs in the legal position of the SCC
on the permissibility of contracting loan costs

- *Predrag Čatić*, specijalista za pravne poslove,
Udruženje banaka Srbije 85

Četvrta katedra

Fourth Department

PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU

RIGHT TO INTELLECTUAL CREATION

Zaštita ambalaže proizvoda žigom sa osvrtnom
na institut *trade dress*

Trademark protection for product packaging with analysis
of trade dress institute

- *Nikola Milosavljević*, master prava, asistent Pravnog fakulteta
Univerziteta u Kragujevcu 95

Peta katedra
Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU
RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde

Court in Connexity of Justice

Promene i nova zakonska rešenja u domenu vanparnične procedure
Changes and new legal solutions in the domain of non-contentious
procedure

- *prof. dr Gordana Stanković*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu, u penziji 115

Pretpostavke za donošenje presude na osnovu priznanja
Presumptions for verdict based on confession

- *prof. dr Dušica Palačković*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Kragujevcu, u penziji; *dr Sanda Ćorac*,
docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu 133

Posebna revizija u parničnom postupku Republike Srbije
Special appeal on points of law in Serbian Civil Procedure Code

- *prof. dr Nikola Bodiroga*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu 149

Protivizvršenje

Counterenforcement

- *prof. dr Nebojša Šarkić*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Union u Beogradu; *Mladen Nikolić*, sudija Privrednog
apelacionog suda u Beogradu 169

Ostvarivanje prava vanbračnog partnera u postupku pravne zaštite
Exercising the rights of the common-law partner in the legal
protection procedure

- *dr Milena Trgovčević Prokić*, profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Union u Beogradu 185

Suđenje na daljinu kao izazov za pravosuđe

Remote trial during the pandemic as a challenge for judiciary

- *dr Biljana Lepotić*, sudija Osnovnog suda u Novom Sadu 203

Tužba za zaštitu kolektivnih interesa potrošača u crnogorskom zakonodavstvu i praksi Collective lawsuit in Montenegrin legislation and practice – <i>dr Miloš Vukčević</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta „Mediteran“ u Podgorici, advokat	215
Primenom prava kroz sudsku praksu do pravne sigurnosti – Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi u praksi – Applying law through court practice to legal security – European report on traffic accidents in practice – – <i>Vladimir M. Vrhovšek</i> , sudija Višeg suda u Beogradu; <i>prof. dr Vladimir V. Kozar</i> , profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe u Novom Sadu	229

2. Međunarodni odnosi i pravda

International Relations and Justice

a) *Međunarodno pravo*

International law

Kompleksnost odnosa pravne i opšte sigurnosti: uporedna analiza pristupa Evropskog suda za ljudska prava i Međunarodnog krivičnog suda Complexity of relationship between legal and general security: comparative analysis of approaches of the European Court of Human Rights and the International Criminal Court – <i>prof. dr Rodoljub Etinski</i> , Pravni fakultet Univerziteta Donja Gorica, Pravni fakultet Univerziteta Novi Sad	241
Pravo na državljanstvo za osobe pod međunarodnom zaštitom The right to citizenship for persons with international protection – <i>prof. dr Ivana Krstić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	263
O nekim terminološkim nepreciznostima na našem jeziku u oblasti međunarodnog prava On some terminological problems in Serbian language in the field of international law – <i>akademik prof. dr Boris Krivokapić</i> , redovni profesor Poslovnog i pravnog fakulteta Univerziteta „MB“ u Beogradu i Pravnog fakulteta Samarskog nacionalnog univerziteta „S. P. Koroljov“, Samara	285

Mirovne operacije Ujedinjenih nacija United Nations peace operations – <i>dr Duško Dimitrijević</i> , naučni savetnik Instituta za međunarodnu politiku i privredu, Beograd	303
Ugrožavanje ljudskih prava i veštačka inteligencija Endanger of human rights and artificial intelligence – <i>dr Gordana Gasmı</i> , naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd; <i>dr Dragan Prlja</i> , naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd	323
<i>b) Pravo Evropske Unije</i> <i>European Union Law</i>	
Reforma odlučivanja o prethodnom pitanju u pravu EU The reform of preliminary ruling procedure in EU law – <i>dr Jelena Vukadinović Marković</i> , naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu; <i>akademik prof. dr Radovan</i> <i>Vukadinović</i> , Univerzitet u Kragujevcu	337
Koje pravilo primeniti? Složen odnos između prava Evropske unije i prava država članica Which rule is to be applied? Difficult relationship between the EU law and the law of member states – <i>prof. dr Gian Antonio Benacchio</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Trentu	359
Ensuring legal certainty in uncertain times: the role of British courts in ensuring the continuing application of EU law after Brexit Obezbeđenje pravne sigurnosti u nesigurnim vremenima: uloga britanskih sudova u kontinuiranoj primeni prava EU posle Brekzit-a – <i>dr Allan Francis Tatham</i> , vanredni profesor, Univerzitet CEU San Pablo, Madrid	373
Izazovi evropskih integracija zemalja Zapadnog Balkana dve decenije nakon početka procesa Challenges of European integration of the Western Balkan countries two decades after the beginning of the process – <i>prof. dr Jelena Ćeranić Perišić</i> , naučni savetnik Instituta za uporedno pravo, Beograd	399
	657

Duty of information in European private law Dužnost obaveštavanja u evropskom privatnom pravu – <i>dr Mateja Durovic</i> , vanredni profesor, King's College London	413
---	-----

Šesta katedra
Sixth Department

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU
RIGHT TO A STATE RULED BY LAW

a) Pravna država – teorijska i praktična iskustva
State Ruled by Law - Theory and Practical Experience

Primena prava kao mikrosociološka analiza: primer Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti RS

Application of law as a microsociological analysis: an example of the Law on protection of the population from infectious diseases of Republic of Serbia

– <i>prof. dr Saša Bovan</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	443
--	-----

(Zlo)upotreba mera militantne demokratije – lojalnost državnih službenika i ograničenje političkog udruživanja

(Ab)use of the militant democracy measures – loyalty of civil servants and limits to the political association

– <i>mr Nikola Pantelić</i> , zamenik javnog tužioca, Treće osnovno javno tužilaštvo u Beogradu; <i>dr Mijodrag Radojević</i> , naučni saradnik, Institut za političke studije, Beograd	461
--	-----

Dužnost poznavanja prava, pravna svest o pravu i pravna sigurnost

The obligation to know the law, awareness of law and legal certainty

– <i>Kristina Balnožan</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, polaznik početne obuke Pravosudne akademije Republike Srbije	479
--	-----

b) <i>Pravna država – ustavno-pravna pitanja</i>	
<i>State Ruled by Law – Constitutional Law Issues</i>	
Postupak za promenu Ustava Republike Srbije u „Venecijanskom ogledalu“ The constitutional amendment procedure in the Republic of Serbia in „the Venice mirror“	
– <i>prof. dr Vladan Petrov</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, sudija Ustavnog suda Srbije i član Venecijanske komisije . . .	491
Principle of legal certainty in decisions of the Turkish Constitutional Court and the Ombudsman institution of Turkey	
Načelo pravne sigurnosti u odlukama turskog Ustavnog suda i institucije ombudsmana Turske	
– <i>prof. dr Zehra Odyakmaz</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Ufuk; <i>prof. dr Bayram Keskin</i> , dekan Pravnog fakulteta Univerziteta Kocaeli, Turska	509
Zastoj u ustavnosudskom postupku Standstill in constitutional review proceedings	
– <i>dr Vladimir Đurić</i> , viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd	531
Prvi suspenzivni veto u srpskoj ustavnopravnoj istoriji The first presidential veto in Serbian constitutional legal history	
– <i>dr Miroslav Đorđević</i> , naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd	549
Ustavnosudske dileme u vezi sa primenom Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku na izvršni postupak Constitutional judicial dilemmas regarding the application of the Law on protection of the right to trial within a reasonable time in enforcement proceedings	
– <i>Besfort Ramadani</i> , master prava, savetnik Ustavnog suda Republike Srbije	565
Teorijsko-terminološka analiza prevoda termina <i>the rule of law</i> u Ustavu Bosne i Hercegovine Theoretical-terminological analysis of the translation of the concept of the rule of law in the Constitution of Bosnia and Herzegovina	
– <i>Benjamin Nurkić</i> , master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Tuzli	579
	659

Pravo na dostojanstvo – osnovno ljudsko i lično pravo The right to human dignity – basic human and personal right	
– <i>prof. dr Rok Lampe</i> , LL.M. (University of Utah), redovni profesor, Institut za poslovno pravo, Maribor	593
Vidovdanski centralizam kao element ustavnog identiteta i uzrok kraha Kraljevine SHS Centralism in „Vidovdan“ Constitution as an element of constitutional identity and the cause of the collapse of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes	
– <i>dr Marko Stanković</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	605
Modeli nadzora ustavnosti i zakonitosti Models of supervision of constitutionality and legality	
– <i>mr Hamdija Šarkinović</i> , sudija Ustavnog suda Crne Gore u penziji . . .	621
Normativna kontrola ustavnosti i komparativno ustavno sudstvo Normative control of constitutionality and comparative constitutional judiciary	
– <i>dr Osman Kadriu</i> , sudija Ustavnog suda Republike Severne Makedonije	641

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.131(082)
342.724/.725(082)
347.233(082)

МЕЂУНАРОДНА научна конференција Примена права и правна сигурност (34 ; 2021 ; Београд)

Primena prava i pravna sigurnost : zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović : međunarodna naučna konferencija, Beograd, 22. decembar 2021. Tom 3 = Application of Law and Legal Certainty : collection of papers from the 34th Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović. Vol. 3 : international scientific conference, Belgrade, december 22, 2021 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2021 (Novi Sad : Futura). - 660 str. ; 24 cm

Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 500. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries.

ISBN 978-86-81956-06-9
ISBN 978-86-81956-08-3 (za izdavačku celinu)

а) Правна сигурност -- Зборници б) Право на имовину -- Зборници

COBISS.SR-ID 52915977



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

