

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

SUDSKI POSTUPAK - PRAVDA I PRAVIČNOST

Zbornik radova 35. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

Beograd, 2022. | Tom III

35.
godina



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

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

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

Universitas Iuris Naturalis Copaonici

35. Susret

35th Meeting

**SUDSKI POSTUPAK
– PRAVDA I PRAVIČNOST
COURT PROCEEDINGS
– JUSTICE AND FAIRNESS**

Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava

– Slobodan Perović

Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law

– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Kopaonik, 13. – 17. decembar 2022

Kopaonik, 13 - 17 December 2022

Tom III/Volume III



Beograd, 2022

SUDSKI POSTUPAK – PRAVDA I PRAVIČNOST
COURT PROCEEDINGS – JUSTICE AND FAIRNESS

Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 13. – 17. decembar 2022.

International Scientific Conference, 13 - 17 December 2022

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, 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 Glintić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Dr Thomas Meyer, Dr Nataša Hadžimanović, Akademik prof. dr Vitomir Popović, Prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Prof. dr Ljubinka Kovačević, Dimitrije Milić, Prof. dr Sanja Danković Stepanović, Dr Đorđe Krivokapić, Andrea Nikolić, 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, Croatia), 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-978-86-81956-11-3 (serija) / ISBN-978-86-81956-14-4

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. 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. Svi radovi u ovom Zborniku se objavljuju po pozivu, a njihovi autori imaju svojstvo pozvanih predavača na konferenciji.

TREĆA KATEDRA

PRAVO NA IMOVINU

Radni odnosi; Banke i bankarski poslovi

DRAGANA PETKOVIĆ ANOJČIĆ

DISCIPLINSKA ODGOVORNOST ZAPOSLENIH U STRUČNOJ SLUŽBI ZAŠTITNIKA GRAĐANA

Analizom pravne regulative i osvrtom na pravnu praksu, autor razmatra institut disciplinske odgovornosti zaposlenih s posebnim akcentom na uređenje disciplinske odgovornosti u nezavisnoj instituciji za zaštitu ljudskih prava Zaštitniku građana, kako bi se jasnije sagledala ova materija i stekao uvid u specifičan položaj zaposlenih u ovoj instituciji. Autor nastoji da približi postupak sprovođenja disciplinskog postupka putem analize pravila koja ga uređuju, njegove prirode i ukazivanja na bitne razlike u sprovođenju disciplinskih postupaka prema državnim službenicima i disciplinskih postupaka prema nameštenicima. U radu se ukazuje na pojedine nedostatke pravne regulative ovog segmenta radnog prava kao što je nepostojanje imperativnih normi o pravnim posledicama prestanka radnog odnosa na disciplinsku odgovornost, odnosno na disciplinski postupak i o zastarelosti izvršenja mere.

Ključne reči: Zaštitnik građana, državni službenici, disciplinska odgovornost

U V O D

Ustavom Srbije u naš sistem, po prvi put je uveden Zaštitnik građana kao nezavisan državni organ koji štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, Državnog pravobranilaštva, kao i drugih organa uprave kojima su poverena javna ovlašćenja.¹ Zaštitnika građana bira Narodna skupština i ima do četiri

Mr Dragana Petković Anojčić, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, viši savetnik u Zaštitniku građana, e-mail: draganapetkovicbs@gmail.com.

¹ V. čl. 138 Ustava, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06 i 115/22.

zamenika koji mu pomažu u obavljanju poslova u okviru ovlašćenja koja im on prenese, a imaju položaj javnih funkcionera.² Zaštitnik građana obrazuje stručnu službu za vršenje poslova iz svoje nadležnosti, u kojoj su radno angažovana lica u statusu državnih službenika i nameštenika. Opšti akt o organizaciji i sistematizaciji poslova stručne službe donosi Zaštitnik građana, kojim uređuje radna mesta, opis poslova, broj državnih službenika i nameštenika, zvanja i vrste u koje su radna mesta razvrstana. Zakonom o Zaštitniku građana (ZZG) predviđeno je da se na prava i dužnosti zaposlenih u stručnoj službi Zaštitnika građana primenjuju propisi koji uređuju prava i dužnosti državnih službenika i nameštenika.³ Ovo je jedina odredba u zakonu kojom se uređuje položaj zaposlenih u instituciji. Zakon o državnim službenicima (ZDS) na koji se upućuje po pitanju uređenja radnopravnog statusa državnih službenika po svojoj prirodi ima karakter posebnog zakona (*lex specialis*). U pogledu njegove primene predviđeno je da se na prava i dužnosti državnih službenika koja nisu njime uređena primenjuju opšti propisi o radu, kao *lex generalis*, i poseban kolektivni ugovor za državne organe, dok se naprotiv, na nameštenike primarno primenjuju opšti propisi o radu i poseban kolektivni ugovor za državne organe, osim onih prava i dužnosti predviđenih i uređenih Zakonom. Međutim, pojedina prava i dužnosti državnih službenika u određenim državnim organima mogu se urediti drukčije, ako to priroda poslova u njima zahteva. Zakonodavac nije iskoristio ovu mogućnost da pojedina prava i dužnosti zaposlenih u nacionalnoj instituciji za zaštitu ljudskih prava, s obzirom na prirodu, specifičnost i organizaciju poslova, uredi drugačije u odnosu na ostale zaposlene u službeničkom sistemu. Predmet istraživanja ovog rada je pravna regulativa o disciplinskoj odgovornosti, kao vidu pravne odgovornosti, državnih službenika i nameštenika koji su zaposlenih u stručnoj službi Zaštitnika građana.

POJAM I UREĐENOST DISCIPLINSKE ODGOVORNOSTI

Pojmovno određenje disciplinske odgovornosti nije posebno sporno u radnopravnoj teoriji. Ona se najčešće definiše kao odgovornost za utvrđene povrede radne obaveze i druge povrede radne discipline za koje se od ovlašćenih organa u zakonom propisanom postupku izriču propisane disciplinske kazne ili kao posebna odgovornost zaposlenog za povredu propisane radne discipline za koje se prema zaposlenom mogu da preduzmu određene mere od strane

² V. čl. 11. st. 4 Zakona o Zaštitniku građana, *Službeni glasnik RS*, br. 105/21.

³ Čl. 45 ZZG.

poslodavca.⁴ U teoriji se daju definicije ovog instituta radnog prava u zavisnosti od perioda i državnog uređenja jedne zemlje. Tako su pojedini mišljenja da odgovornost ne predstavlja samo statičku kategoriju, već je uslovljena prvenstveno društvenim karakterom rada i javlja se kao rezultat razvitka društvenih odnosa i rešavanja njegovih protivrečnosti.⁵ Svim definicijama je zajedničko da disciplinsku odgovornost određuju kao odnos zaposlenog prema obavezama ili dužnostima na radu ili u vezi sa radom kod poslodavca. Prema mišljenjima teoretičara, disciplinski postupak ima za cilj da pruži neophodne garancije, zaštitu zaposlenom od nezakonitog postupanja poslodavca, odnosno zloupotrebe disciplinskih ovlašćenja disciplinskog organa, posebno diskrecionih ovlašćenja u vezi sa udaljavanjem sa rada kao privremenom i akcesornom disciplinskom merom, kao i da disciplinski organ u odgovarajućem postupku pribavi odgovarajuće dokaze.⁶ Povrede radnih obaveza kod nas uređuju se zakonom i kolektivnim ugovorom, a ako nije zaključen kolektivni onda opštim aktom poslodavca (pravilnik o radu) ili ugovorom o radu. Načelo legaliteta u opštem režimu radnih odnosa ne dolazi do izražaja u potpunosti, dok se u službeničkom pravu načelo legaliteta poštuje prilikom propisivanja disciplinskih dela i sankcija jer se uređuju isključivo zakonskim imperativnim normama.

Oblast disciplinske odgovornosti državnih službenika u stručnoj službi Zaštitnika građana uređena je ZDS dok je disciplinska odgovornost nameštenika prepuštena Zakonu o radu (ZR). U ovom radu ćemo se osvrnuti na oba pravna režima uređenja disciplinske odgovornosti imajući u vidu da je ZR o radu opšti, osnovni i sistemski zakon za oblast radnih odnosa i da se na pitanja koja nisu uređena posebnim zakonom primenjuje opšti zakon. U odnosu na ZR, detaljnije i sistematičnije je disciplinska odgovornost državnih službenika uređena ZDS, tako što se definiše pojam disciplinske odgovornosti, uređuje disciplinski postupak po fazama, udaljenje sa rada, pravo na žalbu, zastarelost i evidencija.⁷ Zakon o radu ne reguliše samostalno institut disciplinske odgovornosti kao posebnu

⁴ Slobodanka Kovačević Perić, „Odgovornost u radnom odnosu – osobenosti disciplinske odgovornosti u opštem i posebnom režimu radnih odnosa, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 89, g. LIX, Niš, 2020, 286.

⁵ Bojan Urdarević, „Disciplinska odgovornost zaposlenih u svetlu novih zakonskih rešenja“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima evropske unije* (ur. S. Đorđević), 116, nav. prema: Ratko Pešić, *Radno pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1966, 194.

⁶ S. Kovačević Perić, op. cit., 289, nav. prema: Branko Lubarda, *Radno pravo (rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu)*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2012, 240.

⁷ Disciplinska odgovornost je u ZDS regulisana u okviru devete glave odredbama čl. 107–120.

celinu već se odgovarajuća rešenja nalaze u okviru odredbi drugog pravnog instituta koji je regulisan posebnom glavom zakona XVI pod rubrumom *Prestanak radnog odnosa*. Tako su u ovom delu zakona, odredbama člana 179 ZR taksativno navedeni razlozi za otkaz ugovora o radu koji su podeljeni u četiri grupe i odnose se na radnu sposobnost zaposlenog i njegovo ponašanje, povredu radne obaveze, nepoštovanje radne discipline i na postojanje opravdanog razloga koji se odnosi na potrebe poslodavca. Izvan ovih razloga poslodavac ne može dati otkaz zaposlenom.

Razlozi koji se odnose povredu radne obaveze i nepoštovanje radne discipline predstavljaju u stvari disciplinsku odgovornost koja se nekim slučajem našla među odredbama koje regulišu prestanak radnog odnosa. Prema tome, povrede radne obaveze i nepoštovanje radne discipline za nameštenike uređene su ZR, dok se odredbe o težim i lakšim povredama dužnosti državnih službenika shodno primenjuju kao povrede radne obaveze odnosno nepoštovanje radne discipline nameštenika.⁸ Zakon o državnim službenicima definiše disciplinsku odgovornost kao odgovornost za povrede dužnosti iz radnog odnosa koje mogu biti lakše i teže. Zakonodavac je izričito propisao kako ne bi bilo nedoumica u praksi da odgovornost za krivično delo ili prekršaj ne isključuje disciplinsku odgovornost, što se odnosi i disciplinsku odgovornost nameštenika.⁹ Zakonodavac taksativno navodi koje su lakše i teže povrede radnih obaveza.¹⁰ Povreda Kodeksa ponašanja državnih službenika uvedena je kao lakša povreda radne dužnosti ako nije obuhvaćena nekom od zakonom predviđenih povreda dužnosti iz radnog odnosa.¹¹

Povrede radne obaveze se navode se u ZR po principu enumeracije a povrede radne discipline po principu opšte klauzule odredbama čl. 179. st. 2. i 3.¹² Međutim, u ovom članu u stavu 4 našla se još jedna povreda radne discipline tako što zakonodavac navodi da nepoštovanje radne discipline postoji i ako zaposleni odbije da se odazove na poziv poslodavca da izvrši odgovarajuću analizu.¹³

⁸ Čl. 51 ZR., *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – odluka US, 113/17 i 95/18 – autentično tumačenje.

⁹ V. čl. 107 ZDS. *Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05 – ispr., 83/05 – ispr., 64/07, 67/07 – ispr., 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18 i 157/20.

¹⁰ V. čl. 107. i 108 ZDS.

¹¹ Kodeks ponašanja državnih službenika, *Službeni glasnik RS*, br. 29/08, 30/15, 20/18, 42/18, 80/19 i 32/20.

¹² V. čl. 179. st. 2. i 3 ZR – Povreda radne obaveze može se utvrditi i opštim aktom (kolektivni ugovor), odnosno ugovorom o radu, a nepoštovanje radne discipline i aktom poslodavca.

¹³ V. Čl. 179. st. 4 ZR.

Analizirajući odredbe Zakona koje propisuju radnju disciplinskog dela, može se uočiti da se za postojanje disciplinske odgovornosti traži da su ispunjeni uslovi u pogledu postojanja radnje izvršenja koja predstavlja povredu radne dužnosti ili discipline i krivica zaposlenog. Potrebno je da radnja povrede radne dužnosti ili discipline bude određena u pogledu načina, mesta i vremena izvršenja kao i kod svakog delikta kako bi se razgraničila u odnosu na ostala kaznena dela ili druge radnje koje nemaju obeležja protivpravnosti te da postoji određeni stepen verovatnoće da je određeno lice izvršilo povredu radne obaveze. Sva tri elementa treba da budu sadržana u izreci rešenja o otkazu dok sudovi tolerišu i ako se nađe u obrazloženju rešenja.¹⁴ Povreda radne obaveze mora biti skrivljena dok se kod povrede radne discipline ne traži izričito krivica. Povrede radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline postoje ako je učinjena u toku rada ili u vezi sa radom odnosno izvršavanjem radnih obaveza. Povrede radne obaveze i radne discipline nema ukoliko je isključena protivpravnost dela usled pretnje, više sile, odsustva veze sa radom. Neće postojati ni krivica ukoliko je zaposleni bio u stanju neuračunljivosti (sem ako sam sebe nije doveo u to stanje) ili u stvarnoj zabludi.¹⁵

Ni ZR ni ZDS ne uređuju pojam krivice kod disciplinskih dela te se osnovano postavlja pitanje da li se pojam krivica razmatra u svetlu krivičnog prava kao umišljaj ili nehat ili svetlu građanskog prava kao namera, krajnja nepažnja ili obična nepažnja. Sudska praksa se izjasnila po pitanju stepena odgovornosti kod povrede radne discipline da je dovoljno da postoji svest o zabranjenom ponašanju.¹⁶ Ukoliko se pažljivo sagledaju odredbe kojima se uređuje radnje povreda radne obaveze i nepoštovanje radne discipline može se uočiti da među njima suštinski ne postoji razlika kada se pažljivo sagledaju radnje izvršenja (npr. povreda radne discipline postoji ako zaposleni neopravdano odbije da obavlja poslove i izvršava naloge poslodavca u skladu sa zakonom, a što je u suštini povreda obaveze a ne radne discipline).¹⁷ Radna disciplina podrazumeva skup obaveza u vršenju radnih zadataka i pravila ponašanja radnika za vreme rada i njegov korektan odnos prema drugim radnicima i trećim licima sa kojima dolazi u kontakt.¹⁸

¹⁴ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Srbije Rev. 1949/10 od 5. 10. 2011. godine, uzeto iz: Zoran M. Ivošević, Milan Ivošević, *Komenatar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 407.

¹⁵ Sudska praksa je na stanovištu da neuračunljivost isključuje krivicu. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev 901/08 od 26. 6. 2008: „Zaposleni koji je oboleo od duševne bolesti ne može biti kriv pa ni odgovoran za učinjenu povredu radne obaveze“, uzeto iz: Z. M. Ivošević, op. cit., 409.

¹⁶ Presuda VKS, Rev. 425/14 od 22. 5. 2014: „Za nepoštovanje radne discipline nije potrebna krivica; dovoljna je svest o nedisciplini.“

¹⁷ Z. Ivošević, M. Ivošević, op. cit., 411.

¹⁸ Više o tome: B. Urdarević, op. cit., 123.

Pojedini termini, već neko vreme u upotrebi u pozitivnom radnom pravu, poput „nesavesno“, „necelishodno“, „neopravdano“, predstavljaju kaučuk norme koje se i ne mogu podvesti pod načelo legaliteta, odnosno da svaka radna obaveza, mora biti utvrđena opštim aktom ili ugovorom o radu.¹⁹

DISCIPLINSKI POSTUPAK

Pokretanje i vođenje disciplinskog postupka

Pokretanje i vođenje disciplinskog postupka protiv državnih službenika. – Službenički odnosi u stručnoj službi Zaštitnika građana počivaju na strogoj hijerarhiji i podeli odgovornosti. Disciplinski postupak treba shvatiti ne samo kao vid kažnjavanja lošeg rada i ponašanja zaposlenog, već i kao mogućnost da se na ovaj način zaposleni zaštiti od zloupotreba ovih postupaka na štetu službenika, iz određenih razloga kao što su profesionalni i politički ili lični animozitet. Disciplinski postupak u prvom stepenu može da sprovodi Zaštitnik građana ili disciplinska komisija (stalna ili *ad hoc*) koju formira Zaštitnik građana. U drugom stepenu odlučuje stalno telo koje formira Zaštitnik građana njegovim aktom. Može se jasno uočiti da je disciplinski postupak u službeničkom pravu, pa i u nezavisnoj instituciji za zaštitu ljudskih prava, posebna vrsta upravnog postupka.²⁰ U nedostatku odredbi u ZDS, u disciplinskom postupku protiv državnih službenika primenjuju se pravila Zakona o opšteg upravnog postupka. Ipak, zadržani su neki od instituta krivičnog postupka (načelo legaliteta, pravo na odbranu, pravo na zastupnika, odmeravanje kazne, zastarelost) imajući u vidu pravnu prirodu disciplinskih dela.

Prema zapažanjima u teoriji, reč je o upravnom postupku sa jakim prime-sama krivičnog postupka, odnosno o upravnom postupku *sui generis*.²¹ Disciplinski postupak je hitan po svojoj prirodi i pokreće ga Zaštitnik građana na svoju inicijativu ili na predlog lica koje je pretpostavljeno državnom službeniku. Zakon je dao mogućnost svakom državnom službeniku da podnese inicijativu za pokretanje disciplinskog postupka ukoliko ima saznanja da je učinjena povreda dužnosti iz radnog odnosa. Ne vidimo razlog zašto namešteniku ili drugom radno angažovanom licu nije data mogućnost da podnese inicijativu za pokretanje disciplinskog postupka imajući u vidu svrhu propisivanja disciplinske odgovornosti.

¹⁹ *Ibidem*, 124.

²⁰ Napušteno je ranije pravilo da je posebna vrsta krivičnog postupka. Neki sistemi su i dalje zadržali tu pravnu prirodu disciplinskog postupka.

²¹ Ljubiša Dabić, „Disciplinski postupak u državnoj revizorskoj instituciji Republike Srbije“, *Pravni sistem u vremenu nove realnosti* (ur. Zdravko Grujić), 2021, 311.

Donošenjem zaključka koji se dostavlja državnom službeniku pokreće se postupak.²² Inicijativa se može podneti Zaštitniku građana ili neposrednom rukovodiocu državnog službenika, u pisanoj formi ili usmeno. Kako zakon nije bliže uredio način donošenja i sadržinu inicijative može se prihvatiti stanovište da inicijativa treba da sadrži minimum obaveznih elemenata kako bi se odredio osnov za pokretanje postupka i državni službenik prema kome se podnosi (naziv organa kojem se upućuje, mesto, način i vreme izvršenja povrede; podatke o šteti, ako je pričinjena; dokaze; podatke o podnosiocu). Ovlašćeno lice kome je upućena inicijativa shodno principima dobre uprave i pristojnog ponašanja, treba da obavesti inicijatora u relativno kratkom roku o prihvatanju inicijative, sem ukoliko nije anonimna. Zaštitnik građana je dužan da pokrene postupak za utvrđivanje odgovornosti državnog službenika ili nameštenika za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti, kada postoji osnovana sumnja da je izvršeno zlostavljanje a postupak posredovanja ne uspe, ili je zloupotrebjeno pravo na zaštitu od zlostavljanja.²³ Disciplinski postupak protiv državnog službenika se pokreće, po službenoj dužnosti, donošenjem zaključka u pisanoj formi, koji se dostavlja državnom službeniku i na koji žalba nije dopuštena.

U teoriji se dovodi u pitanje opravdanost postojanja ovakvog rešenja gde isti organ i pokreće i vodi disciplinski postupak koje faze se u drugim kaznenim postupcima razdvajaju. Da bi se ublažilo ovakvo pravno rešenje kojim se u jednom organu spaja pravo na pokretanje i vođenje disciplinskog postupka, ZDS omogućeno je da Zaštitnik građana osnuje disciplinsku komisiju od tri člana, sa zadatkom da umesto njega pokreće i vodi disciplinski postupak i odlučuje o disciplinskoj odgovornosti državnih službenika.²⁴ Izmenama ZDS iz 2018. godine uvedena je mogućnost da se ovlašćenje za pokretanje, vođenje disciplinskog postupka i odlučivanje o disciplinskoj odgovornosti prenese na rukovodioca uže unutrašnje jedinice organa. Stoga je bitno je da se razgraniče faze disciplinskog postupka i ovlašćenja ukoliko je rukovodilac formirao stalnu ili *ad hoc* komisiju. U slučaju da je Zaštitnik građana formirao disciplinsku komisiju i na nju preneo zakonska ovlašćenja, disciplinska komisija je ta koja ima isključivo pravo da pokreće disciplinski postupak donošenjem zaključka, da ga vodi i odlučuje o disciplinskoj odgovornosti i kazni koja će se primeniti. Prema tome, ograničenje delovanja disciplinske komisije samo na vođenje postupka, uz isključivanje prava da pokrene postupak ili donese odluku o disciplinskoj odgovornosti, predstavljalo bi povredu odredbe

²² V. čl. 112 ZDS.

²³ V. čl. 23. st. 1 Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik RS*, 6p. 36/10.

²⁴ Više o tome: S. Kovačević Perić, op. cit., 295.

člana 113 Zakona o državnim službenicima.²⁵ Prema pojedinim teoretičarima, bolje rešenje je da je komisija ovlašćena da pokreće, a rukovodilac državnog organa da vodi postupak i odlučuje o odgovornosti državnog službenika ili obrnuto.²⁶ U toku postupka, disciplinski organ preduzima određene radnje, sprovodi dokazni postupak i na njemu je teret dokazivanja da li je učinjena povreda radne dužnosti od strane službenika kome se stavlja na teret. Zakon o državnim službenicima eksplicitno propisuje da državni službenik ima pravo da izloži svoju odbranu na usmenoj raspravi a može da za raspravu dostavi i pismenu odbranu. Rasprava može da se održi i bez prisustva državnog službenika ako za to postoje važni razlozi, a državni službenik je na raspravu uredno pozvan. Koji su to važni razlozi ostaje da se izjasni praksa, ali svakako treba ih restriktivno tumačiti kako takvo postupanje ne bi postalo pravilo. Zakonodavac je propisao i izuzetak od pravila održavanja usmene rasprave dajući pravo disciplinskom organu da odluči da li da se održi usmena rasprava u disciplinskom postupku zbog lakše povrede dužnosti iz radnog odnosa i to bez obaveze da obrazloži takvu odluku.²⁷ U tom slučaju, državni službenik ima pravo da dostavi pismo izjašnjenje o lakšoj povredi dužnosti iz radnog odnosa u roku od osam dana od dana prijema zaključka o pokretanju disciplinskog postupka.²⁸ Državni službenik može da se na raspravi brani sam ili preko zastupnika. Usmena rasprava je po pravilu javna, sem ako ne postoje razlozi za isključenje javnosti, o čemu odlučuje disciplinski organ. Državni službenik ima pravo da traži izuzeće članova disciplinske komisije i da predlaže i podnosi dokaze. Sagleđavajući pozitivna rešenja, u praksi je moguća situacija da se Zaštitnik građana pojavi u svojstvu svedoka u ovom postupku i kao lice koje je pokrenulo disciplinski postupak.

Postavlja se pitanje da li je ovakvo rešenje ili postupanje u praksi pravedno i obezbeđuje objektivno i nepristrasno suđenje u ovoj vrsti kaznenog postupka. Teorija se izjasnila po ovom pitanju da, iako poslodavac ima pravo da uredi disciplinski postupak, u cilju obezbeđivanja procesnih garancija, načela

²⁵ Po ovom spornom pitanju zauzet je stav u sudskoj praksi da rukovodilac državnog organa može da odlučuje o disciplinskoj odgovornosti državnog službenika samo ako je on sam prethodno vodio disciplinski postupak, Presuda Upravnog suda, 9 U. 2727/2011(1) od 8. 9. 2011.

²⁶ S. Kovačević Perić, op. cit., 295, nav. prema: Kulić Ž., Perić S., *Radno pravo*, Zavod za udžbenike Beograd, 2016, 279–280.

²⁷ Čl. 114 ZDS.

²⁸ U obrazloženju predloga Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima iz 2018. godine, navedeno je da je s ciljem efikasnijeg jednostavnijeg sprovođenja disciplinskog postupka predloženo da u slučaju lakših povreda radnih dužnosti, rukovodilac organa ne sprovede usmenu raspravu uz poštovanje prava na odbranu državnog službenika koji je povredu učinio.

prirodne pravde su nalagala da lice koje je svedok u istražnom postupku ne treba da bude *sudija* u disciplinskom postupku, osim kad je to neizbežno (kod malih poslodavaca).²⁹

Pokretanje i vođenje disciplinskog postupka protiv nameštenika. – Nameštenik je lice čije se radno mesto sastoji od pratećih pomoćno-tehničkih poslova u stručnoj službi Zaštitnika građana. Na prava i dužnosti nameštenika u Zaštitniku građana primenjuju se opšti propisi o radu i poseban kolektivni ugovor za državne organe, ako pojedina prava i dužnosti nisu uređena Zakonom o državnim službenicima.³⁰ O pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa nameštenika odlučuje Zaštitnik građana ukoliko nije ovlastio drugo lice da odlučuje umesto njega.³¹ Prema tome, Zaštitnik građana može da disciplinski postupak vodi lično, s tim da ne vidimo razlog zašto ne bi mogao da prenese ovlašćenje na disciplinsku komisiju koja bi pokretala, vodila i donosila odluku o disciplinskoj odgovornosti nameštenika. Prema Konvenciji MOR-a broj 158,³² zaposlenom se mora omogućiti pravo na odbranu na navode da je učinio povredu radne obaveze ili discipline s tim da dozvoljava odstupanje ako poslodavac opravdano ne može da mu omogućiti pravo na odbranu. Pravo na odbranu nameštenika kao jedno od bitnih procesnih garancija i u disciplinskom postupku je svedeno na davanje pisane izjave na navode iz upozorenja Zaštitnika građana da su se stekli uslovi za otkaz ugovora o radu.³³ U upozorenju koje dostavlja namešteniku, Zaštitnik građana je dužan da navede osnov za davanje otkaza, činjenice i dokaze koji ukazuju na to da su se stekli uslovi za otkaz i rok za davanje odgovora na upozorenje koji ne može da bude kraći od osam dana.³⁴ Ukoliko nameštenik priloži mišljenje sindikata čiji je član, Zaštitnik građana je dužan da razmotri dato mišljenje. Ukoliko Zaštitnik građana nakon davanja izjave nameštenika i prilaganja mišljenja sindikata, odluči da ne upotrebi otkaz ugovora o radu, može doneti odluku da upotrebi blažu sankciju.

²⁹ V. Branko A. Lubarda, *Uvod u radno pravo*, Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet, Beograd, 2015, 243.

³⁰ Čl. 4 ZDS.

³¹ V. čl. 192. ZR i čl. 171. st. 3 ZDS.

³² Čl. 7 Zakona o ratifikaciji konvencije Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/84 i 7/91.

³³ Konvencija o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca predviđa i pravo na zaštitu zaposlenog u slučaju prestanka radnog odnosa usled otkaza. Ova konvencija ukazuje na to da treba da se predvidi mogućnost da teret dokazivanja da postoji valjan razlog za prestanak radnog odnosa snosi poslodavac kako bi se obezbedilo da radnik ne snosi sam teret dokazivanja da je prestanak radnog odnosa bio neopravdan.

³⁴ V. čl. 180 ZR.

To može učiniti, ako smatra da postoje olakšavajuće okolnosti ili da povreda radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline, nije takve prirode da zaposlenom treba da prestane radni odnos.³⁵

Zakon o radu ne upućuje na shodnu primenu drugog zakona kada je u pitanju odlučivanje od disciplinskoj odgovornosti nameštenika imajući u vidu da samo reguliše postupak davanja upozorenja. Mišljenja smo da bi i u ovom postupku Zaštitnik građana mogao da shodno primeni Zakon o opštem upravnom postupku. U radnopravnoj teoriji je postavljeno pitanje primerenosti primene pravila opšteg upravnog postupka u disciplinskom postupku, sa obrazloženjem da taj postupak ne ulazi u kategoriju kaznenih postupaka (krivični, prekršajni, disciplinski) i da ne uključuje određena dokazna sredstva. Zaštitnik građana je dužan, ukoliko se odluči za primenu najteže disciplinske sankcije, da otkaz ugovora o radu namešteniku donese u formi pisanog rešenja, koje mora da sadrži obrazloženje i pouku o pravnom leku i da rešenje dostavi lično.

Udaljenje sa rada. – Zaštitnik građana ima mogućnost da nameštenika privremeno udalji sa rada, najduže tri meseca, ako nepoštovanjem radne discipline ili povredom radne obaveze ugrožava imovinu veće vrednosti utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu i ako je priroda povrede radne obaveze, odnosno nepoštovanja radne discipline ili je ponašanje zaposlenog takvo da ne može da nastavi rad pre isteka roka za dostavljanje izjašnjenja na navode iz upozorenja na postojanja razloga za otkaz ugovora o radu. Zaštitnik građana ima mogućnost da udalji sa rada i državnog službenika protiv koga je pokrenut disciplinski postupak zbog teže povrede dužnosti do okončanja disciplinskog postupka i to u dve situacije: ako bi njegovo prisustvo na radu štetilo interesu državnog organa ili ometalo vođenje disciplinskog postupka. Prema tome, Zaštitnik građana ili disciplinska komisija mogu da donesu rešenje o udaljenju sa rada zaposlenog, u zavisnosti od toga ko vodi disciplinski postupak, jer im je dato diskreciono pravo da procene da li su se stekli razlozi za donošenje privremene mere – udaljenje sa rada u svakom konkretnom slučaju.³⁶

Uloga sindikata. – Zakon o radu za razliku od ZDS predviđa i učešće sindikata u disciplinskom postupku.³⁷ Zaposleni uz izjašnjenje može da priloži

³⁵ V. čl. 197a ZR i čl. 51 Posebnog kolektivnog ugovora za državne organe.

³⁶ Presuda Upravnog suda, 9 U. 21782/2010 od 9. 11. 2011: „Za donošenje odluke o udaljenju sa rada državnog službenika, protiv koga je pokrenut disciplinski postupak, nadležan je isključivo organ koji vodi disciplinski postupak.“

³⁷ Zakon o radnim odnosima iz 1996. godine je predviđao aktivno učešće sindikata i mogućnost učešća sindikata čak i ako je zaposleni angažovao branioca.

mišljenje sindikata čiji je član u ostavljenom roku za davanje izjašnjenja na navode iz upozorenje. Zaštitnik građana je u obavezi da razmotri priloženo mišljenje sindikata, ali nije dužan da ga usvoji.³⁸ Zakon o državnim službenicima ne sadrži odredbe o učešću sindikata tako da se i odredba opšteg propisa može primeniti i na disciplinskom postupku protiv državnog službenika. Pojedini sistemi su odlazili dalje pa su sindikatu davali veća prava po pitanju zaštite prava zaposlenih.³⁹ Zaposleni može da ovlasti sindikat da ga zastupa u disciplinskom postupku. Ukoliko zaposleni ne angažuje sindikat da ga zastupa, sindikat može zahtevati da mu se prizna svojstvo stranke u disciplinskom postupku imajući u vidu ciljeve sindikata, s jedne strane, i svrhu propisivanja statusa zainteresovanog lica.⁴⁰ Disciplinski postupci pokrenuti protiv zaposlenih svakako da su od interesa da ih sindikat aktivnije prati radi iznošenja svog stava po pitanju sprovođenja disciplinskih postupaka u organu.⁴¹

Odlučivanje o disciplinskoj odgovornosti

Disciplinski organ može doneti tri vrste rešenja: rešenje kojim se oglašava odgovornim državni službenik ili nameštenik i izriče disciplinska mera, rešenje o oslobađanju disciplinske odgovornosti i rešenje o obustavi disciplinskog postupka. Kada se državni službenik oglašava odgovornim zbog povrede radne dužnosti, u dispozitivu rešenja mora biti navedena norma kojom je utvrđena dužnost koja je povređena radnjom državnog službenika.⁴² Disciplinske sankcije odnosno mere koje Zaštitnik građana može da izrekne namešteniku umesto najteže disciplinske mere propisane su imperativnom odredbom člana 179a Zakona o radu.⁴³ Diskreciono je pravo Zaštitnika da odluči da li će i koju meru izreći namešteniku umesto otkaza ugovora o radu.⁴⁴ Pored sankcija propisanih

³⁸ V. čl. 181 ZR.

³⁹ Više o tome: B. A. Lubarda, *Uvod u radno pravo*, Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet, Beograd, 2015, 244.

⁴⁰ Čl. 44. i 93 Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, 18/16 i 95/18 – autentično tumačenje.

⁴¹ Odluka Ustavnog suda, UŽ 7917/2014 od 7. 3. 2019. – „Povređeno je pravo na pravično suđenje u upravnom postupku u kome je odlučeno o disciplinskoj odgovornosti podnosioca ustavne žalbe kao policijskog službenika, na taj način što sindikalnoj organizaciji, čiji je podnosilac član, nije omogućeno da učestvuje u postupku kao stranka.“

⁴² Presuda Upravnog suda, 10 U. 18881/2010(2009) od 25. 11. 2010. godine.

⁴³ V. čl. 179a ZR.

⁴⁴ Presuda VKS Srbije, Rev. 1186/13 od 19. 3. 2014. uzeto iz: Z. M. Ivošević, op. cit., 420.

zakonom, Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu uvedene su nove vrste mera.⁴⁵ Sankcija se određuje na osnovu težine pojedine povrede. Načelo srazmernosti, prema tome, traži da mera treba da bude odgovarajuća, zakonita i celishodna. Kroz pravilnu primenu ovog načela ostvaruje se pravilna primena mere. Zaštitnik građana, prema propisima o zaštiti uzbunjivača, ne sme svojim radnjama da stavi uzbunjivača u nepovoljniji položaj u vezi sa uzbunjivanjem kada su u pitanju disciplinske mere.⁴⁶ Pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, kao i učešće u tom postupku ne može da bude osnov za stavljanje zaposlenog u nepovoljniji položaj u pogledu pokretanja postupka za utvrđivanje disciplinske odgovornosti.⁴⁷

Državnom službeniku u Zaštitniku građana izriče se jedna od zakonom propisanih mera za utvrđenu disciplinsku odgovornost u zakonom propisanom postupku. Drugim opštim aktima ili odlukom poslodavca mere se ne mogu drugačije urediti.⁴⁸ Zakonodavac ih razvrstava prema vrsti utvrđene povrede disciplinske dužnosti predviđajući oštrije mere za teže povrede dužnosti.⁴⁹ Diskreciono pravo Zaštitnika je koje će od predviđenih mera da izrekne, s tim da ova sloboda nije tako široka imajući u vidu da je zakonodavac dao određene smer-nice prilikom izbora i odmeravanje disciplinske mere. Pri odmeravanju disciplinske kazne vodi se računa o tome da bude srazmerna težini učinjene povrede radne dužnosti i stepenu odgovornosti državnog službenika. Tako je Zaštitnik građana dužan da vodi računa o stepenu odgovornosti državnog službenika, težini posledica povrede dužnosti i subjektivnim i objektivnim okolnostima pod kojima je povreda dužnosti izvršena (ranije ponašanje, držanje posle učinjenog dela, dužina radnog staža u organu, imovno stanje i sl.), kao i da li je ranije disciplinski kažnjavan pod uslov da kazna nije izbrisana iz kadrovske evidencije.⁵⁰ Ova odredba je uvedena po ugledu na odredbe o odmeravanju prekršajne sankcije, pa i krivične (individualizacija kazne). Radni odnos u slučaju izricanja

⁴⁵ V. čl. 23 ovog zakona: mere su: mera udaljenja sa rada od četiri do 30 radnih dana bez naknade zarade i mera trajnog premeštaja u drugu radnu okolinu - na iste ili druge poslove, odnosno radno mesto.

⁴⁶ V. čl. 21 Zakon o zaštiti uzbunjivača, *Službeni glasnik RS*, br. 128/14.

⁴⁷ V. i čl. 27 Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu. Pravo na ovu zaštitu ima i zaposleni koji ukaže nadležnom državnom organu na povredu javnog interesa utvrđenog zakonom, učinjenu od strane poslodavca, a osnovano sumnja da će biti izložen zlostavljanju.

⁴⁸ O tome je i Ustavni sud zauzeo stav u odluci: IUo broj 117/2012 od 13. 6. 2013, *Službeni glasniku RS*, br. 61/2013 od 12. 7. 2013.

⁴⁹ V. čl. 110 ZDS.

⁵⁰ Čl. 115 ZDS.

mere prestanka radnog odnosa prestaje danom kada je rešenje kojim je disciplinska kazna izrečena postalo konačno.⁵¹ U kadrovsku evidenciju upisuju se izrečene disciplinske mere i utvrđena materijalna odgovornost i podaci u vezi s prestankom radnog odnosa za nameštenike i državne službenike na osnovu ZDS.⁵² Za razliku od ZDS, pitanje brisanja disciplinske kazne iz evidencije ne uređuje se Zakonom o radu. Cilj brisanja kazne iz evidencije jeste da onemogući poslodavca da se poziva na ranije mere kod ponovljenog dela protekom određenog vremena.

U praksi se javila dilema kako prestanak radnog odnosa državnog službenika ili nameštenika utiče na pokrenuti disciplinski postupak koji je u toku imajući u vidu da ova situacija nije regulisana zakonom. Smatramo da nije sporna situacija i da ne bi trebalo da stvara dileme u praksi u slučaju kada se državni službenik premesti na radno mesto u drugi državni organ s obzirom na to da je poslodavac državnih službenika Republika Srbija, a da prava i dužnosti poslodavca vrši rukovodilac državnog organa. Određivanje RS kao poslodavca omogućava se prelazak odnosno premeštaj službenika u drugi državni organ jer je u pitanju jedan isti radni odnos - službenički odnos. Zakonodavac bi trebalo ovu pravnu prazninu da reguliše za ubuduće. Pojedine zemlje u regionu uređuju ovo pitanje, na primer Hrvatska i Republika Srpska.⁵³

Zaštita prava zaposlenih u disciplinskom postupku

Disciplinski postupak državnih službenika predviđen je kao dvostepen postupak sem kada su u pitanju disciplinski postupci prema državnim službenicima na položaju jer je izričito propisano da žalba nije dopuštena. Disciplinski postupak nameštenika je predviđen kao jednostepen. Pravna zaštita nameštenika u disciplinskom postupku u Zaštitniku građana ogleda se u sudskoj zaštiti podnošenjem tužbe nadležnom sudu. U ovom postupku nameštenik ima mogućnost obraćanja inspekciji rada, kao i Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova. Opštim aktom nije izričito određeno ko odlučuje po žalbama protiv odluka prvostepenog disciplinskog organa u Zaštitniku građana. Shodno tome, javlja se dilema da li je državnim službenicima u ovom organu uskraćeno pravo na žalbu ili se

⁵¹ V. čl. 110. i 111 ZDS.

⁵² V. čl. 119. и 160 ZDS.

⁵³ Više o tome: Radislav Lale, „Postupak utvrđivanja disciplinske odgovornosti državnih službenika u institucijama Bosne i Hercegovine“, *Godišnjak Pravnog fakulteta*, godina VII, br. 1, 2016, 1–21.

može tumačiti da je nadležna Žalbena komisija Zaštitnika građana.⁵⁴ U svakom slučaju, imaju pravo podnošenja tužbe u upravnom sporu.⁵⁵

ZASTARELOST

Razlozi za uvođenje zastarelosti za pokretanje disciplinskog postupka vide se u potrebi da se u što kraćem vremenu sprovede disciplinski postupak od momenta kada je učinjena radnja povrede radne dužnosti kako bi se postigla svrha kažnjavanja, smanjili troškovi i preventivno delovalo na zaposlene da vode računa o svom ponašanju i preuzetim obavezama jer suprotno ponašanje povlači sankcionisanje. Uvođenjem rokova za pokretanje i vođenje postupka se obezbeđuje i pravna sigurnost za zaposlene da se posle izvesnog vremena neće voditi disciplinski postupak. Na rokove zastarelosti disciplinski organ pazi po službenoj dužnosti. Rokovi zastarelosti su utvrđeni imperativnim normama, prekluzivni su i ne mogu se menjati opštim aktom ili odlukom poslodavca ili sporazumom između poslodavca i zaposlenog. Zakonodavac nije uredio pitanje zastare izvršenja disciplinske sankcije, kao što je to slučaj kod drugih kaznenih postupaka niti je uredio prekid zastarelosti.

Zaštitnik građana može da da otkaz ugovora o radu namešteniku u roku od šest meseci od dana saznanja za povredu radne obaveze ili radne discipline, ali ne i posle isteka roka od godinu dana od dana kada je učinjena povreda radne obaveze ili radne discipline. S druge strane, ZDS ne uvodi subjektivne rokove, ali uvodi duže objektivne rokove prema težini disciplinskog dela propisujući da pokretanje disciplinskog postupka za lakše povrede dužnosti zastareva protekom jedne godine od izvršene povrede, a za teže povrede protekom dve godine od izvršene povrede. Vođenje disciplinskog postupka za lakše povrede dužnosti zastareva protekom jedne godine od pokretanja disciplinskog postupka, a za teže povrede dužnosti protekom dve godine od pokretanja disciplinskog postupka.⁵⁶ Prema mišljenju pojedinih teoretičara ovako dugi rokovi za pokretanje disciplinskog postupka nisu u duhu cilja disciplinske odgovornosti – korigovanja ponašanja i rada zaposlenog/državnog službenika. Kao jedan od nedostataka može se prigovoriti što je ZDS uveden duži

⁵⁴ Zakonodavac je dao mogućnost ZG da obrazuje svoju žalbenu komisiju koja će odlučivati o žalbama državnih službenika na rešenja kojima se u upravnom postupku odlučuje o njihovim pravima i dužnostima i o žalbama učesnika konkursa.

⁵⁵ V. Odluka o obrazovanju i radu Stručne službe Zaštitnika građana, *Službeni glasnik RS*, br. 126/21.

⁵⁶ V. čl. 118. st. 1. i 2 ZDS.

rok zastarelosti u odnosu na raniji period i ZR.⁵⁷ Uređen je i zastoj zastarelosti ZDS. U obrazloženju Predloga zakona o izmenama i dopunama ZDS iz 2018. godine,⁵⁸ navodi se da je preciznije uređena zastarelost zbog uočenih problema u praksi kada je pokrenut upravni ili sudski postupak ili iz drugih opravdanih razloga.⁵⁹ Jedan od opravdanih razloga za zastoj zastarelosti kod pokretanja disciplinskog postupka uveden je posebnim zakonom u oblasti zaštite od zlostavljanja na radu tako što je propisano da za vreme trajanja roka za podnošenje zahteva za zaštitu od zlostavljanja i za vreme vođenja postupka posredovanja ne teku rokovi zastarelosti propisani zakonom za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti. Ovaj zastoj zastarelosti odnosi se i na disciplinsku odgovornost nameštenika.⁶⁰ Koji su drugi opravdani razlozi da nastupi zastoj zastarelosti, ostaje na disciplinskom organu da ceni u svakom konkretnom slučaju, o čemu može konačan svoj stav o opravdanosti zastoja dati nadležni sudski organ.⁶¹

ZAKLJUČAK

Kod nas, kao i u uporednom pravu, obavezno se uređuje disciplinska odgovornost koja ima za svrhu da disciplinuje službenika i kazni ga za propuste u radu. Nužno je da disciplinska odgovornost bude što preciznije uređena zakonom. Zakonodavac je dao mogućnost da se pojedine oblasti rada s obzirom na njihovu prirodu i specifičnosti urede drugačije pa se na te drugačije oblike radnih odnosa privenstveno primenjuju konkretni posebni propisi u svojstvu *lex specialisa*, a supsidijarno odredbe ZR, po principu *lex specialis derogat legi generali*. Iako su državni službenici i nameštenici radno angažovani kod istog poslodavca Zaštitnika građana, sprovođenje disciplinskog postupka se bitno razlikuje jer su nameštenici u neravnopravnom položaju u domenu ostvarivanja pojedinih osnovnih garantovanih prava u ovom postupku (pravo na odbranu, pravo na dvostепенost odlučivanja).

⁵⁷ V. čl. 118. st. 3 ZDS i Izmene i dopune ZDS iz 2009, *Službeni glasnik RS*, br. 104/14.

⁵⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 95/18.

⁵⁹ Pored razloga odsustva sa rada državnog službenika, uvedeno je da zastara ne teče za vreme trajanja upravnog spora ili sudskog postupka u vezi sa sprovedenim disciplinskim postupkom i izrečenom disciplinskom merom.

⁶⁰ V. čl. 22 Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

⁶¹ Zastoj zastarelosti znači da se zaustavlja tok zastarelosti iz razloga utvrđenih zakonom tako da zastarelost ne može da počne da teče ili se već započeto vreme zaustavlja do prestanka razloga koji ga je zaustavio. Po prestanku razloga koji je doveo do zastoja, rok zastarelosti nastavlja da teče, a dok se proteklo vreme do momenta zastoja uračunava u rok zastarelosti za pokretanje ili vođenje disciplinskog postupka.

Odredbe ZR o disciplinskoj odgovornosti su nesistematične i ovaj institut u opštem režimu radnih odnosa, nedovoljno je uređen i ne garantuje sva prava kao što je u slučaju postupaka koji se vode protiv državnih službenika, a vode se po pravilima ZDS. Analizirajući zakonske odredbe, pritom imajući u vidu stavove u teoriji i dileme u praksi, osnovne odredbe o disciplinskoj odgovornosti i postupku trebalo bi da sadrži krovni i sistemski ZR, dok bi se posebnim zakonima prepustilo da uredi pojedina pitanja drugačije uzimajući u obzir prirodu i organizaciju poslova koje obavljaju. Autorka predlaže pojedine promene u pravnoj regulativi kako bi se regulisalo pitanje uticaja prestanka radnog odnosa na disciplinsku odgovornost i disciplinski postupak, bliže uredila nadležnost disciplinskih organa u postupcima protiv nameštenika i uredilo pitanje zastarelosti izvršenja disciplinske mere.

DRAGANA PETKOVIĆ ANOJČIĆ, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Novi Sad

DISCIPLINARY LIABILITY OF EMPLOYEES IN THE PROTECTOR OF CITIZENS' SECRETARIAT

Summary

Through the analysis of legal regulations and a review of legal practice, the author will consider the institution of disciplinary liability of public employees with a special emphasis on the regulation of disciplinary liability in the independent institution for the protection of human rights, the Protector of Citizens, in order to see this matter more clearly and gain insight into the specific position of employees in this institution. The author will try to bring closer the disciplinary procedure by considering the norms governing it, its nature and pointing out the important differences in the implementation of disciplinary procedures against civil servants and disciplinary procedures against other public employees. Certain shortcomings of the legal regulation of this segment of labor law will be pointed out, such as the absence of imperative norms on the legal consequences of the discontinuation of employment on disciplinary liability, that is, on the disciplinary proceedings and on the statute of limitations for the execution of the measure.

Key words: Protector of Citizens, civil servants, disciplinary liability

Literatura

- Dabić Lj., „Disciplinski postupak u državnoj revizorskoj instituciji Republike Srbije“, *Pravni sistem u vremenu nove realnosti* (ur. Zdravko Grujić), Kosovska Mitrovica, 2021.
- Ivošević Z., Ivošević M., *Komenatar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Ilić Petković A., Ilić M., „Odgovornost državnih službenika i zaštita njihovih prava“, *Godišnjak Pedagoškog fakulteta*, br. 1, knjiga VIII, Vranje, 2017.

- Kovačević Perić S., „Odgovornost u radnom odnosu – osobnosti disciplinske odgovornosti u opštem i posebnom režimu radnih odnosa“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, broj 89, godina LIX, Niš, 2020.
- Lale R., „Postupak utvrđivanja disciplinske odgovornosti državnih službenika u institucijama Bosne i Hercegovine“, *Godišnjak Pravnog fakulteta*, VII, 1/16, Istočno Sarajevo, 2016.
- Lubarada B., *Uvod u radno pravo*, Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet, Beograd, 2015.
- Lubarda, B., *Radno pravo (rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu)*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2012.
- Pešić R., *Radno pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1966.
- Urdarević B., „Disciplinska odgovornost zaposlenih u svetlu novih zakonskih rešenja“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima evropske unije* (ur. S. Đorđević), Kragujevac, 2018.

STRUČNI RAD

KRISTINA BALNOŽAN

RAZUMNO PRILAGOĐAVANJE PROCESA I USLOVA RADA POTREBAMA RADNIKA SA PORODIČNIM DUŽNOSTIMA NA SAVREMENOM TRŽIŠTU RADA

„Pravda je savršena vrlina,
mada ne u apsolutnom značenju,
nego u odnosu prema nekome...“¹

Preobražaj porodice iz sredine XX veka prate tendencije snažnijeg uključivanja žena na tržište rada, starenja stanovništva, produženja ljudskog veka, kasnijeg zasnivanja porodice, što združeno, dovodi do udaljavanja od ideje „idealnog“ radnika i pomeranja fokusa interesovanja na radnika posvećenog porodici. Savremeni radnik ima pravo na jednakost bez obzira na porodične dužnosti, iako je neretko suočen s različitim „barijerama“ na tržištu rada i porodično motivisanom diskriminacijom. Rad ukazuje na ključne promene koje su radnika udaljile od „ideala“, a zatim, na pojam porodično motivisane diskriminacije, brojnost i posebnu delikatnost ove vrste diskriminacije. Centralni deo rada približava koncept razumnog prilagođavanja u kontekstu rada i porodice i preispituje potrebu proširivanja ovog koncepta i na razmatranu kategoriju u Srbiji. Dosadašnje istraživanje potvrdilo je da je formalna jednakost nedovoljna za radnika s porodičnim dužnostima. Razumno prilagođavanje potrebama radnika s porodičnim dužnostima može obezbediti njegovu suštinsku jednakost i ima potencijal

Kristina Balnožan, master prava, sudijski pomoćnik Osnovnog suda u Pančevu, e-mail: kristinabalnozan@yahoo.com.

¹ Slobodan Perović, *Pravno filozofske rasprave*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SRJ, Beograd, 1995, 147, fus. 10.

da predupredi sporove povodom diskriminacije na osnovu porodičnih dužnosti, sui generis sporove zbog propuštanja da se prilagođavanje obezbedi, ali i eventualnu opterećenost institucija ovakvim zahtevima radnika.

Ključne reči: *pravo na jednakost, porodično motivisana diskriminacija, profesionalne dužnosti, razumno prilagođavanje radnih mesta, porodica*

U V O D

V.S. je starosti 38 godina, otac je jednog maloletnog deteta i očekuje rođenje drugog. S.T. je starosti 43 godine, njegov otac je lice s invaliditetom, a majka je obolela od demencije. Zajedničko za radnike iz hipotetičkih situacija je da imaju i profesionalne i porodične dužnosti. V.S. prema (uskoro) dvoje maloletne zavisne dece, a S.T. prema dvoje članova uže porodice kojima je nesumnjivo potrebna nega i pomoć drugog lica. Ukoliko bismo ove životne situacije vremenski smestili u sredinu XX veka, V.S. i S.T. nastavili bi neometano, svako, svoj karijerni put, radili bi puno radno vreme, bez prekida u karijeri, bez obzira na rođenje deteta, odnosno bolest članova uže porodice, s obzirom da su njihove (verovatno) zakonske supruge ostale van tržišta rada i svoju energiju isključivo uložile u porodicu. Drugim rečima, tržište rada iz sredine XX veka počivalo je na „idealnom“ radniku muškarcu-izdržavocu porodice i izdržavanoj ženi domaćici-negovateljici, bračnoj porodici u kojoj materijalnu stabilnost obezbeđuje isključivo muškarac. „Idealnog radnika“ definisala je autorka *Williams* kao muškarca-hranioca u tradicionalnom shvatanju, koji radi najmanje 40 sati nedeljno tokom cele godine,² a razijali drugi autori, poput *Smith* koja u utopističkom radniku vidi radnika koji nije opterećen porodičnim dužnostima, koji radi bez odsustava/prekida u karijeri, spremnog da radi prekovremeno (i bez naknade za prekovremeni rad), ne zahtevajući fleksibilne oblike rada,³ ili *McGhlinn* koja precizira da on radi puno radno vreme do penzionisanja i da nema porodične dužnosti,⁴ usled čega ga još nazivaju i „neopterećenim građaninom“ (engl. *unencumbered citizen*).⁵ Porodice hipotetičkih radnika bi bile i „ideal“ koji sociolog *Parsons* vidi kao venčani par (majka domaćica i zaposleni

² Joan Williams, *Unbending gender: why family and work conflict and what to do about it*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 2.

³ Belinda Smith, „Not the baby and the bathwater: regulatory reform for equality laws to address work-family conflict“, *Sydney Law review*, vol. XXVII, no. 4, 2006, 6.

⁴ Clare McGlynn, *Families and the European Union: Law, politics and pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 85.

⁵ Sandra Berns, *Women going backwards: Law and change in a family-unfriendly society*, Ashgate Farnham, Burlington, 2002, 5.

otac) s decom.⁶ Dominantna ideologija porodice određivala je, ne samo idealnu porodičnu formu zasnovanu na heteroseksualnom braku, već i porodične uloge zasnovane na rodnoj podeli rada.⁷ Tradicionalne porodice cenile su hijerarhiju i odražavale fiksne uloge, a od članova porodice očekivalo se da prate jasne obrasce ponašanja. Ukoliko bismo iste situacije vremenski smestili u savremeno društvo XXI veka, pitanje je da li i kako bi V.S. i S.T. nastavili svoj profesionalni put pod jednakim uslovima sa onima koje takve dužnosti nemaju. V.S. bi očekivano mogao biti u vanbračnoj zajednici, a njegova partnerka mogla bi odlučiti da ne koristi odsustvo s rada radi nege deteta usled neizvesnosti da li će moći da se vrati na isti (ekivalentni) posao, dok bi supruga S.T. očekivano mogla živeti u različitoj državi (engl. *living apart together*) i mogla bi biti sprečena da pruži podršku tazbinskim srođnicima ukoliko zakonodavstvo odnosne države ne poznaje pravo na odsustvo zbog nege bliskih lica. Tradicionalni oblik porodice, danas više nije jedini. Poređenjem današnjeg s konceptom porodice koji je načelno bio prihvaćen pre kraja Drugog svetskog rata, očiglednim se uočava da se koncept porodice značajno promenio.⁸ U svim evropskim zemljama porodične forme su postale raznovrsnije, a učestalost tzv. „nuklearne porodice srednje klase“ je sve manja.⁹ Počev od Drugog svetskog rata, uključivanje žene na plaćeno tržište rada, postalo je učestalo u gotovo većini država, porast stope udatih (žena u vanbračnim zajednicima) koje su uključene na tržište rada, dovele su do toga da su porodice sa dva izdržavaoca uobičajne, pa čak i prihvaćeni obrazac.¹⁰ Uprkos intenzivnom uključivanju žene na tržište rada i u Evropi i u SAD, radna zakonodavstva odnosnih država uređuju svega par marginalizovanih „ženskih“ pitanja.¹¹ Feminizacija rada promenila je koncept majčinstva, od koje se sada više ne očekuje isključivo da preuzme dužnosti brige o članovima porodice već i ulogu jednog od njenih izdržavalaca. Sa aktuelnim starenjem stanovništva i povećanjem očekivanog trajanja životnog veka, briga o starijim

⁶ Dragana Vilić, „Porodica u kontekstu savremenih društvenih promjena“, *Sociološki diskurs*, Tom. I, br. 2, 2011, 26.

⁷ C. McGlynn., op.cit., 25.

⁸ Olga Cvejić Jančić, „The definition of family in modern law and its legal protection“, *International journal of the jurisprudence of the family*, vol. I, no. 1, 2010, 77.

⁹ Loreen Beier, Dirk Hofäcker, Elisa Marchese, Marina Rupp, *Family structures & family forms - An overview of major trends and developments*, State Institute for Family Research, University of Bamberg, Bamberg, 2010, 20.

¹⁰ Catherine Hein, *Reconciling work and family responsibilities - Practical ideas from global experience*, International Labour Office, Geneva, 2005, 6.

¹¹ Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 1056.

osobama dobija sve veći značaj.¹² Mladi, danas, kasnije napuštaju roditeljski dom, kasnije zasnivaju sopstvenu odraslu zajednicu života, kasnije zaključuju brak i odlazu rođenje prvog deteta, pa ljudi srednjih godina hipotetički mogu imati četiri generacije porodice prema kojima mogu imati porodične obaveze (npr. roditelji, babe i dede, deca i unuci).¹³ Socioekonomske posledice nege drugih lica su postale toliko rasprostranjene da se više ne mogu posmatrati izuzetkom od norme.¹⁴

Zastarelu definiciju „idealnog radnika“ potrebno je, zameniti savremenim shvatanjem da radnici oba pola imaju dužnosti prema različitim članovima porodice. Savremeno tržište rada kao novu normu mora prepoznati „stabilnog“ radnika (engl. *balanced worker*) i izmenjenu porodicu (e) u kojima su oba roditelja zaposlena ili radno angažovana.¹⁵ Iako se „najbolji poslovi“, karijerni uspeh i potencijal vezuju za „ideal“, on nije više dominantan.¹⁶ S obzirom na to da porodične dužnosti imaju tendenciju da negativno utiču na jednakost zaposlenih, postoji potreba za usvajanjem mera koje će eliminisati diskriminaciju na osnovu porodičnih dužnosti i kreiranjem strategija koje će omogućiti zaposlenima da pomire profesionalne i porodične dužnosti.¹⁷

PRAVO RADNIKA S PORODIČNIM DUŽNOSTIMA NA JEDNAKOST

Jednakost predstavlja jednu od osnovnih vrednosti savremenog društva i zajedno sa zabranom diskriminacije čini ključni element i osnovno načelo zaštite ljudskih prava.¹⁸ Težnja ka jednakosti snažno odjekuje u preambulama mnogih

¹² C. Hein, op. cit., 6.

¹³ Lawrence Ganong, Marilyn Coleman, *Changing families, changing responsibilities*, Psychology Press, New York, 1999, 85.

¹⁴ Eugenia Caracciolo di Torella, „Shaping and re-shaping the caring relationship in European law: a catalogue of rights for informal carers?“, *Child and Family Law Quarterly*, vol. XXVIII, no. 3, 2016, 4.

¹⁵ *Williams i Bornstein* su kao antonim „idealnom“ radniku upotrebili termin engl. *balanced worker* kao normu savremenog tržišta rada, koji označava radnika koji je uskladio različite obaveze, a u nedostatku odgovarajućeg termina u našem jeziku mogao bi se prevesti i kao „stabilni“ ili „realni“ radnik. Vidi više J. Williams, Stephanie Bornstein “The evolution of “Fred”: family responsibilities discrimination and developments in the law of stereotyping and implicit bias”, *Hastings Law Journal*, vol. LIX, no. 1, 2008, 1358.

¹⁶ B. Smith, op.cit., 6.

¹⁷ Heleen Jääger, *What Choice of Equality for Workers with Family Responsibilities? Unpublished master thesis*, Faculty of Law, Lund University, Lund, 2014, 36.

¹⁸ Lj. Kovačević, op.cit., 980.

međunarodnih instrumenata i ustava, a prava na jednakost i nediskriminaciju su među ključnim pravima koje se tim instrumentima jemče.¹⁹ Uređivanje zaštite od diskriminacije u radnom pravu karakteriše tendencija proširivanja kataloga osnova diskriminacije.²⁰ Porodične dužnosti su u relativno skorije vreme uvrštene u ovaj katalog sredinom XX veka. Uprkos tome, veliki broj država beleži tendenciju porasta broja (diskriminacionih) sporova po ovom nedopuštenom osnovu. Načelo jednakosti podrazumeva zabranu diskriminacije, ali se kroz nju ne iscrpljuje budući da postoje slučajevi u kojima je pravljenje razlike među ljudima neophodno upravo da bi se postigla njihova faktička jednakost. Ovo načelo otuda podrazumeva pored zabrane diskriminacije i preduzimanje posebnih mera neophodnih da se otklone posledice diskriminacije s kojima se određena ugrožena kategorija radnika suočava.²¹ Višeslojnost načela jednakosti, odražavaju pored ostalog, koncepcije formalne i faktičke (suštinske) jednakosti.²² I dok je danas uvreženo da su dometi formalne jednakosti ograničeni, dotle, samo značenje suštinske jednakosti još uvek nije istraženo u celosti. U kontekstu pola, roda, i porodičnih dužnosti, formalna jednakost je viđena kao konceptualno i praktično ograničenog karaktera, budući da ima potencijal da osnaži postojeće nejednakosti.²³ Drugim rečima jednako postupanje prema radnicima s porodičnim dužnostima, kao i kod radnika s invaliditetom ima tendenciju da osnaži *status quo*.²⁴

Dužnost promovisanja jednakosti pretpostavlja preduzimanje posebnih mera i razumno prilagođavanje mesta rada, procesa rada, uslova rada potrebama određene kategorije radnika koji su zbog određenog ličnog svojstva u nepovoljnijem položaju.²⁵ Ova koncepcija, jedan je od aspekata „čtvordimenzionalnog“ pristupa suštinskoj jednakosti autorke *Fredman*, koja postizanje ove vrednosti vidi ne samo u otklanjanju prepreka s kojima se suočavaju ugrožene kategorije, suzbijanju stigmatizacije, predrasuda i nasilja zasnovanog na pretpostavljenim ličnim karakteristikama, povećanju participacije, već i na prilagođavanju razlikama

¹⁹ Sandra Fredman, „Substantive equality revisited“, *International Journal of Constitutional Law*, vol. XIV, no. 3, 2016, 12.

²⁰ Lj. Kovačević, op.cit., 984.

²¹ *Ibid.*, 985.

²² *Ibidem*.

²³ Lee Adams, „The family responsibilities convention reconsidered: the work-family intersection in international law thirty years on“, *Cardozo International & Comparative Law Review*, vol. XXII, no 2, 2013, 7.

²⁴ *Ibid.*, 9.

²⁵ Lj. Kovačević, op.cit., 981.

ugrožene kategorije u cilju postizanja suštinskih promena.²⁶ Iako se ovaj koncept, tradicionalno vezuje za druge, a ne ovde razmatranu kategoriju radnika, pitanje je da li su već sazreli uslovi za proširivanje koncepta i na radnike s porodičnim dužnostima. Da li razumno prilagođavanje radnih mesta porodici može predupređiti posebno osetljivu kategoriju sporova povodom diskriminacije na osnovu porodičnih dužnostima s kojima se ova kategorija suočava i može li doprineti njihovoj suštinskoj jednakosti?

SPOROVI RADI ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE NA OSNOVU PORODIČNIH DUŽNOSTI

Pojam diskriminacije na osnovu porodičnih dužnosti

Diskriminacija na osnovu porodičnih dužnosti jedan je od „najkontroverznijih“ i najnovijih izazova s kojima se susreće tržišta rada XXI veka.²⁷ U pitanju je oblik diskriminacije na radu i u vezi sa radom koji je u značajnom porastu u odnosu na ostale,²⁸ imenuje se i kao „najnovniji oblik diskriminacije po osnovu pola“ jer češće pogađa žene koje su opterećene porodičnim dužnostima. Najjednostavnije rečeno, ovaj oblik diskriminacije podrazumeva diskriminaciju na osnovu stvarnih ili pretpostavljenih porodičnih dužnosti zaposlenih ili dužnosti nege drugih lica. Otuda se u literaturi označava ne samo kao diskriminacija na osnovu porodičnih dužnosti (engl. *family responsibilities discrimination*, „FRD“, rus. *дискриминация по семейным обязанностям*) već i kao diskriminacija negovatelja (engl. *family caregivers discrimination*). U pitanju je, nejednako postupanje prema radnicima – roditeljima ili negovateljima drugih članova porodice. Ovaj oblik diskriminacije usmeren je na zaposlene koji imaju, ali i na one koji očekuju da će imati dužnosti nege drugih lica. Prilikom određivanja pojma, kako profesori Kovačević i Novaković, ukazuju moguće je uočiti tri njena osnovna elementa: 1) *faktički element*, koji se odnosi na uspostavljanje različitog postupanja (razlikovanje, isključivanje ili davanje prednosti koje nastaje kao posledica određenog ne/činjenja, 2) *osnov za različito postupanje* (porodične dužnosti i s njima povezani pol i bračni status), 3) *objektivne posledice različitog postupanja* (ukidanje ili

²⁶ S. Fredman, op.cit., 727.

²⁷ Alison Bergen, Von Bergen, Doreen Ballare, „Family responsibilities discrimination: what employment counselors need to know“, *Journal of Employment Counseling*, vol. XLV, no. 3, 2008, 116.

²⁸ Lj. Kovačević, Uroš Novaković, „Mirno rešavanje sporova povodom diskriminacije na osnovu porodičnih dužnosti“, *Pravo i privreda*, vol. XVI, br. 7-9, 2018, 446.

narušavanje jednakih mogućnosti ili postupanja u materiji zapošljavanja i radnih odnosa).²⁹ Ovakvo određenje, pritom, pretpostavlja poređenje postupanja prema jednom licu sa tretmanom drugog lica, pri čemu je za kvalifikaciju diskriminacije potrebno da rezultati poređenja pokažu postojanje razlikovanja, isključivanje ili davanja prednosti jednom licu u odnosu na drugo.³⁰ U duhu Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 156 o zaštiti radnika s porodičnim dužnostima, ovaj oblik diskriminacije podrazumeva svako pravljenje razlika, isključivanje ili davanje prvenstva zasnovano na porodičnim dužnostima radnika u vezi sa njegovim zavisnim detetom ili članovima njegove uže porodice kojima je nesumnjivo potrebna njihova nega ili pomoć, a koje vodi narušavanju ili ugrožavanju njegovog prava na jednakost u zapošljavanju ili zanimanju. Pedesetih godina prošlog veka porodične dužnosti nisu bile predviđene kao nedopušten osnov razlikovanja u smislu Konvencije Međunarodne organizacije br. 111 koja se odnosi na zabranu diskriminacije u pogledu zapošljavanja i zanimanja, već samo kao osnov posebnih mera zaštite ili pomoći u vezi sa posebnim potrebama lica za koja je zaštita ili neka posebna pomoć uopšte priznata kao potrebna,³¹ da bi tridesetak godina kasnije ista organizacija usvojila napred pomenutu konvenciju posvećenu ovoj kategoriji, a porodične dužnosti i izričito postale predviđene kao nedopušten osnov razlikovanja.

*Tendencija porasta broja sporova povodom diskriminacije
na osnovu porodičnih dužnosti*

Sporovi povodom diskriminacije zaposlenih na osnovu porodičnih dužnosti su „posebno osetljiva kategorija sporova povodom diskriminacije na radu“.³² Značajan porast broja sporova u vezi sa predmetom razmatranja privukao je pažnju ne samo velikog broja advokata i profesionalaca u ljudskim resursima, već i naučno interesovanje. Veliki broj zaposlenih se već susreo ili će se susresti s diskriminacijom na osnovu porodičnih dužnosti. Svi zaposleni tokom svog radnog i životnog ciklusa mogu se susresti s ovim oblikom diskriminacijom, budući da većina, ako ne i svi zaposleni, žive u porodici, a inherentna vulnerabilnost i potreba za negom svojstvena je svakom čoveku, ne samo samom radniku, već i svakom od članova

²⁹ *Ibid.*, 436.

³⁰ *Ibid.*, 437.

³¹ Uredba o ratifikaciji Konvencije međunarodne organizacije rada br. 111 koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja, Službeni list FNRS, br. 20/58, upoređi čl. 1 i čl. 5

³² Lj. Kovačević, U. Novaković, op.cit., 446.

njegove porodice. Radnici s porodičnim dužnostima su u većem riziku od diskriminacije, jer su, viđeni kao „inferiornija“, manje produktivna i skuplja radna snaga u odnosu na one bez takvih dužnosti.³³

*Domaći pravni okvir zaštite od diskriminacije na osnovu
porodičnih dužnosti*

Danas, sve veći broj država u svoja zakonodavstva ili politike uvrštava „porodične dužnosti“, „porodični status“ ili pak, „dužnosti nege“ kao osnove nedopuštenog razlikovanja. Opravdano se u literaturi, ističe da što je šire shvatanje „porodičnih dužnosti“, to je i rizik od ovog oblika diskriminacije manji.³⁴ Pravni okvir za zaštitu od diskriminacije kod nas čine Ustav RS, antidiskriminaciono zakonodavstvo i radno zakonodavstvo.³⁵ Porodične obaveze eksplicitan su osnov nedopuštenog razlikovanja u smislu Zakona o radu dok su Ustavom i u većini posebnih zakona porodične obaveze radnika implicitan osnov nedopuštenog razlikovanja koji se podvodi pod tzv. otvorene antidiskriminacione klauzule – „kaučuk norme“. S aspekta razmatranja ovog rada, najdorečeniji je Zakon o radu, koji za razliku od ustavnog teksta, antidiskriminacionog zakonodavstva, eksplicitno predviđa zabranu ne/posredne diskriminacije i po osnovu porodičnih obaveza.³⁶ Načelna ocena pravnog okvira za primenu načela zabrane diskriminacije i jednakosti u Republici Srbiji je zadovoljavajuća, ali proces harmonizacije zakonodavstva još uvek nije dovršen jer pojedina pitanja iz antidiskriminacionog okvira nisu ili nisu u dovoljnoj meri i na dovoljno konkretan način uređena.³⁷ Iz ugla razmatranja ovog rada, unapređenju položaja radnika s porodičnim dužnostima (roditelja, ali i negovatelja), moglo bi doprineti prihvatanje čl. 27 RESP koja se odnosi na jednake mogućnosti i jednako postupanje ove kategorija, a koja odredba nije obuhvaćena ratifikacionim aktom naše države usmerenim na ovaj regionalni pravni akt.³⁸

³³ Norberto Pignatti, Levan Pavlenisvhili, Mariam Chachava, Mariam Tsulukidze. Erekle Shubitidze, *Regulatory impact assessment C156 - Workers with family responsibilities convention*, UN Women, New York, 2021, 130.

³⁴ International Labour Organisation, *Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156) General observation*, International Labour Office, Geneva, 2021, 4.

³⁵ Lj. Kovačević, op.cit., 1026.

³⁶ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – odluka US, 113/17, 95/18, čl. 18

³⁷ *Ibid.*, 1029.

³⁸ *Ibid.*, 1030.

RAZUMNO PRILAGOĐAVANJE U KONTEKSTU RADA I PORODICE

Pojam, evolucija i potreba proširivanja koncepta

Pravo na razumno prilagođavanje (engl. *reasonable accommodation*, rum. *acomodare rezonabilă*, rus. *разумное приспособление*) nije nov pravni institut, ali je potencijalno snažno sredstvo za prevazilaženje barijera sa kojima se pojedini radnici susreću na tržištu rada.³⁹ Ovo pravo, odnosno obaveza poslodavca ili druge odgovorne strane za njegovo obezbeđenje je ukorenjeno u evropskom radnom i socijalnom pravu, ali i praksi.⁴⁰ U pojedinim uporednopravnim sistemima postoji već decenijama, a u većini članica Evropske unije u poslednjih petnaestak godina.⁴¹ Obično se u diskursu dovodi u vezu sa licima s invaliditetom i tada podrazumeva „potrebne i prikladne izmene i podešavanja, koja ne predstavljaju nesrazmerno ili neprimereno opterećenje, da bi se u pojedinačnom slučaju, tamo gde je to potrebno osobama s invaliditetom osiguralo uživanje ili korišćenje svih ljudskih prava i temeljnih sloboda na ravnopravnoj osnovi s drugima.“⁴² U SAD i brojnim drugim državama prvobitno je nastao u vezi sa prilagođavanjem radnicima različitog religijskog uverenja,⁴³ a u teoriji se čak govori i o tzv. „četvrtom talasu“ i opštoj dužnosti prilagođavanja koja se odnosi na sve radnike.⁴⁴ Osim pomenutih kateogrija radnika, prema nalazima Međunarodne organizacije rada i poslovnoj praksi, često se dovodi u vezu i sa radnicima koji su inficirani virusom HIV, ali i sa trudnicama i drugim radnicima s porodičnim dužnostima.⁴⁵ Auktorka *Davis*, stoga, ističe da se ceneći dosadašnju pravnu upotrebu ovog termina

³⁹ Lisa Waddington, Aart Hendriks, „The expanding concept of employment discrimination in Europe: From direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. XVIII, no. 3, 2002, 403.

⁴⁰ *Ibid.*, 426.

⁴¹ Ivana Grgurev, „Dosezi razumne prilagodbe (u domaćem, anglosaksonskom i pravu Evropske Unije)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. LXX, br. 2-3, 2020, 5.

⁴² Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, *Službeni glasnik RS, Međunarodni ugovori*, br. 42/09, čl. 2.

⁴³ L. Waddington, A. Hendriks, op. cit., 413.

⁴⁴ Guy Davidov, Guy Mundlak, „Accommodating all? (or: ‘Ask not what you can do for the labour market; ask what the labour market can do for you’), *Reasonable accommodation in the modern workplace potential and limits of the integrative logics of labour law* (ed. Roger Blanpain Frank Hendrickx), Alphen aan den Rijn, 2016, 193.

⁴⁵ International Labour Organisation, *Promoting diversity and inclusion through workplace adjustments: a practical guide*, ILO Office, Geneva, 2016, 118.

da uočiti da je termin „izvučen“ iz drugog konteksta i sada smešten u rasprave i politike o usklađivanju rada i porodice.⁴⁶

Radnik s invaliditetom, koji se kreće pomoću invalidskih kolica, ne može ostati u radnom odnosu kod poslodavca koji nema pristupačan ulaz, ali ni roditelji ne mogu ostati u radnom odnosu bez prava na odsustva s rada u vezi sa rođenjem i negom deteta,⁴⁷ a ni negovatelji drugih lica bez odgovarajućih odsustava u vezi sa negom zavisnih lica. Poslodavci se gotovo svakodnevno susreću s različitim potrebama (zahtevima) radnika koji nisu u vezi sa profesionalnim dužnostima: trudnici je potreban kasniji dolazak na mesto rada usled akutnih jutarnjih mučnina, roditeljima je potreban raniji odlazak s mesta rada zbog neusklađenosti radnog vremena poslodavca i ustanove za zbrinjavanje dece i/ili različitih programa adaptacije,⁴⁸ radnici negovatelji drugih lica slične potrebe imaju zbog usklađivanja s radnim vremenom ustanova za smeštaj odraslih lica ili zdravstvenih ustanova,⁴⁹ obe grupe radnika imaju potrebu za odsustvom u toku rada usled hitnih porodičnih dužnosti.⁵⁰ Drugim rečima, većini radnika će biti potrebno razumno prilagođavanje u nekom trenutku profesionalnog ciklusa bilo kako bi im se omogućio pristup tržištu rada pod jednakim uslovima, ili zadržavanje ili povratak na tržište rada posle odsustva s rada.⁵¹ Podrška i prepoznavanje dužnosti radnika

⁴⁶ Kirsten Davis, “The rhetoric of accommodation: considering the language of work-family discourse”, *University of Saint Thomas Law Journal*, no. 3, vol. IV, 2007, 532. Autorka termin engl. *accommodation* izlaže kritici, adekvatnijim smatra termin engl. *facilitation* ili engl. *negotiation* u kontekstu prilagođavanja radnog mesta porodici.

⁴⁷ G. Davidov, G. Mundlak, op.cit., 194.

⁴⁸ Prema istraživanju u našoj državi iz 2020.g. više od 2/3 zaposlenih roditelja smatra da bi osnivanje predškolske ustanove u preduzeću u kome su zaposleni ili u neposrednoj blizini znatno olakšalo usklađivanje rada i roditeljstva. Navedeno prema, *Projekat Jednaki – Ka rodnoj ravnopravnosti usklađivanjem radnog i porodičnog života zaposlenih*, Ministarstvo za brigu o porodici i demografiju, Fondacija Ana i Vlade Divac uz finansijsku podršku Evropske unije, Beograd, 2020, 3.

⁴⁹ Zaposleni neformalni negovatelji, često nisu u mogućnosti da usklade rad i staranje o članu porodice, imaju osećaj da ne obavljaju dobro ni posao (izostajanje, kašnjenje), ni negu, često su rastrzani između različitih obaveza, pa su u nekim slučajevima primorani da skrate radno vreme ili napuste posao. Navedeno prema, Nataša Todorović, Milutin Vračević, *Ja, neformalni negovatelj*, HELP NET Centar za podršku i inkluziju, Beograd, 2019, 18.

⁵⁰ Problem usklađivanja rada i porodice više se ne posmatra samo kao problem žena, već problem porodice kao celine. Za prilagođavanje radnih mesta potrebama porodice zalaže se feministička teorija, naročito feministička relaciona teorija nege i zavisnosti, i katolička socijalna teorija. Vidi više Elizabeth Rose Shilzh, „Workplace restructuring to accommodate family life“, *University of Saint Thomas Law Journal*, vol. III, no. 4, 2008, 344.

⁵¹ International Labour Organisation, op.cit., 7.

negovatelja može zahtevati promene ne samo u politikama i praksi na radnom mestu, već i promene u pogledu vremena i mesta rada, ali i kreativno rešavanje problema sa kojima se oni suočavaju.⁵² Pojedini radnici obavljaju rad koji se može lako prilagoditi njihovim potrebama, drugi rade u složenim radnim okruženjima u kojima uprkos razvijenom socijalnom dijalogu može biti naročito izazovno pružanje podrške njihovim potrebama i dužnostima, bez ugrožavanja zakonskih ili autonomnih prava drugih lica.⁵³ Iako pojedini poslodavci, ovakve i slične zahteve radnika ponekad usvajaju *bona fidae*, prećutno i dobrovoljno, to nije uvek slučaj. Dužnost razumnog prilagođavanja, stoga, može biti od revolucionarnog značaja za postizanje jednakosti budući da ima potencijal da se suprostavi mitu „idealnog“ radnika i da poslodavce prinudi da izvrše promene u organizaciji rada, naročito u pogledu radnog vremena i odsustava s rada.⁵⁴

Razumno prilagođavanje u kontekstu rada i porodice i bitni aspekti koncepta

U kontekstu rada i porodice, razumno prilagođavanje se odnosi na „dužnost poslodavca da preduzme afirmativne mere koje će omogućiti radnicima negovateljima puno učešće na tržištu rada.“⁵⁵ Politike podrške porodici (engl. *family friendly policies*) upravo i podrazumevaju da je poslodavac svestan porodičnih dužnosti koje utiču na profesionalni život radnika i spreman je na razumno prilagođavanje kada god je to moguće.⁵⁶ Tradicionalno, prilagođavanje se vezuje za žene, a zasnovano na pretpostavci da su žene „različite“ i da njihova različitost iziskuje specijalnu zaštitu. Kako su se rodne vrednosti tokom vremena promenile, prilagođavanje usmereno na žene, a često uslovljeno trudnoćom i brigom o deci, delimično je zamenjeno prilagođavanjem usmerenim na roditelje,⁵⁷ s tim da ga je potrebno proširiti i na radnike negovatelje, uslovljeno negom o zavisnim licima, starim, bolesnim ili licima s invaliditetom. Kada radnik ne može da ispunji profesionalne obaveze i odgovornosti usled ličnih karakteristika koji uživaju

⁵² Krista James, *Human rights and accommodation of family responsibilities in the workplace: Obligation, choice, and invisible caregivers*, Human Rights Law Conference Paper, Vancouver, 2017, 2.1.2.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ G. Davidov, G. Mundlak, op.cit., 200.

⁵⁵ K. Davis, op.cit., 532.

⁵⁶ C. Hein, op.cit., 61.

⁵⁷ G. Davidov, G. Mundlak, op.cit., 200.

zaštitu u smislu propisa o zabrani diskriminacije, poslodavac ima obavezu da izmeni njegove obaveze i odgovornosti da bi radnik mogao da ispuni suštinske funkcije svog radnog mesta. Razumno prilagođavanje podrazumeva jednu ili više izmena ili prilagođavanja na radnom mestu koja su odgovarajuća i neophodna za prilagođavanje individualnijim karakteristikama ili razlikama radnika (kandidata za zaposlenje) na taj način da on(a) može da uživa ista prava kao i druga lica koja ovakve dužnosti nemaju.⁵⁸

Koncept se svodi na dva glavna elementa – identifikovanje efektivnih mera koje otklanjaju ili ublažavaju prepreke s kojima se radnici suočavaju, ali i na procenu opravdanosti takvog prilagođavanja.⁵⁹ Efektivne mere omogućavaju radniku da obavlja suštinske funkcije određenog posla obezbeđujući mu pristup, kontinuitet i napredak na radu. Uopšteno govoreći, mnogi ukoliko i ne svi oblici razumnog prilagođavanja podrazumevaju jednu ili više od sledećih mera: 1) redefinisane pravila, standarda ili drugih zahteva; 2) izmenu rasporeda rada; 3) izmenu odgovornosti; 4) dostupnost odsustava s rada i 5) fizičko i tehnološko prilagođavanje radnih mesta.⁶⁰ Na primeru radnice trudnice s akutnim mučninama koja ne može da putuje u vreme gustog saobraćaja, njen poslodavac bi prilagođavanje radnog mesta mogao izvršiti izmenom mesta rada trudnice u jutarnjim časovima i dozvolom trudnici da rad u to vreme obavlja od kuće, kako bi na posao dolazila kasnije u vreme kada je saobraćaj manje intenzivan.⁶¹ Primer razumnog prilagođavanja predstavljaju zakonodavne izmene u Velikoj Britaniji iz 2002. godine koje jemče pravo na zahtevanje fleksibilnih uslova rada (rad s nepunim radnim vremenom, klizno radno vreme, rad od kuće), zatim, u Holandiji iz 2000. godine kojim se jemči pravo na zahtevanje promene broja radnih sati, u Nemačkoj iz iste godine kojima se jemči pravo na rad s nepunim radnim vremenom, skraćivanje radnog vremena, fleksibilno radno vreme i dr.⁶² Direktiva EU 1158/2019 sadrži primere razumnog prilagođavanja, pored ostalog, i pravo na odsustvo za negovatelje.⁶³ Američko zakonodavstvo jemči pravo na razumno prilagođavanje licima s invaliditetom, ali je američka pravna praksa otišla korak dalje i ovaj koncept

⁵⁸ International Labour Organization, op.cit., 7.

⁵⁹ *Ibid.*, 17.

⁶⁰ Kevin Banks, „Reasonable Accommodation as Equal Opportunity in Canadian Employment Law“, *Reasonable accommodation in the modern workplace potential and limits of the integrative logics of labour law* (ed. R. Blanpain F. Hendrickx), Alphen aan den Rijn, 2016, 34.

⁶¹ International Labour Organisation, op.cit., 17.

⁶² G. Davidov, G. Mundlak, op.cit., 199.

⁶³ I. Grgurev, op.cit., 296.

proširila i na s njima povezana lica, tako da se koncept odnosi i na svakog ko se stara o detetu, roditelju, srodniku ili drugom licu s invaliditetom.⁶⁴ Prilagođavanje radnog mesta potrebama negovatelja, dakle, podrazumeva fleksibilnost u pogledu njihovog mesta i vremena rada kako bi bili u mogućnosti da ispune svoje neprofesionalne dužnosti.

Obaveza prilagođavanja nije apsolutna i zasnovana je na zahtevu da prilagođavanje ne sme nametati preveliki teret za poslodavca.⁶⁵ Suština ovakvih zahteva, ipak, leži u opravdanosti, budući da poslodavci nisu u mogućnosti da udovolje svakom zahtevu radnika za izmenu uslova rada jer pojedine izmene mogu biti okarakterisane kao štetne po funkcionisanje rada. Odgovor na pitanje šta predstavlja preveliki teret za poslodavca zavisi od svakog pojedinog slučaja, a uopšteno govoreći, prema pojedinim zakonodavnim rešenjima i kriterijumima utvrđenim u pravnoj praksi on zavisi od troškova prilagođavanja po samog poslodavca, zdravstvenih i bezbednosnih rizika po radnike, klijente i druga lica, usklađenosti sa kolektivnim i ugovornim pravima drugih radnika i legitimnim operativnim zahtevima.⁶⁶ Kada se utvrđuje opravdanost predloženog prilagođavanja, važno je napraviti razliku između onih aspekata rada koji su od suštinske važnosti za rad koji se obavlja i onih koji to nisu. U tom smislu, ako radnik ne može da obavi određeni aspekt posla, čak i uz razumno prilagođavanje, onda je na poslodavcu da proceni da li taj aspekt rada od suštinskog značaja ili ne.⁶⁷

Razumno prilagođavanje, afirmativne mere i posredna diskriminacija

Obaveza razumnog prilagođavanja je bliska i isprepletena sa doktrinom zabrane posredne diskriminacije i pozitivnim (afirmativnim) merama,⁶⁸ ali razlika u konceptima postoji. Zapravo, razumno prilagođavanje nadilazi zabranu posredne diskriminacije s obzirom na to da podrazumeva zadovoljavanje posebnih potreba radnika.⁶⁹

⁶⁴ Accommodations for caretakers of people with disabilities, *n/blog/2016/06/accommodations-for-caretakers-of-people-with-disabilities/*, 20.7.2022.

⁶⁵ L. Waddington, A. Hendriks, op.cit., 410.

⁶⁶ International Labour Organisation, op.cit., 17.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Jenny Goldschmidt, „Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective“, *Journal of the Academy of European Law*, vol. VIII, no. 1, 2007, 44.

⁶⁹ Lj. Kovačević, „Protection of persons with disabilities from employment discrimination, with a focus on Serbian legislation and practice“, *Journal of law and social sciences of the Faculty of law Josip Juraj Strossmayer University of Osijek*, vol. XXX, br. 14/2, 2014, 14.

Dok su pozitivne mere po pravilu privremenog karaktera (primenjuju se dok neravnopravnost ne prođe), kod razumnog prilagođavanja nije tako.⁷⁰ U tom smislu, prilagođavanje ne predstavlja dozvoljeni izuzetak od zabrane diskriminacije (kao što je slučaj sa pozitivnom diskriminacijom), već pre primer principa jednakosti na radu (i zahteva da se različite stvari tretiraju drugačije).⁷¹ Konačno, razumno prilagođavanje treba razlikovati od pozitivne diskriminacije, zbog fokusa na pojedinca.⁷² Ovo iz razloga što obaveza razumnog prilagođavanja ne znači samo da je zaštićena specifična, izuzetno osetljiva kategorija radnika, već znači i da će se voditi računa o specifičnim potrebama i sposobnostima pojedinca iz te kategorije.⁷³

Propuštanje da se obezbedi razumno prilagođavanje, može voditi narušavanju principa jednakosti.⁷⁴ Pojedina zakonodavstva prepoznala su čak da je propuštanje da se obezbedi razumno ili efektivno prilagođavanje radnog mesta, akt diskriminacije *sui generis*, osim ukoliko bi takvo prilagođavanje namevalo neopravdane teškoće na teret one strane koja je dužna da prilagođavanje obezbedi.⁷⁵

Opravdanost proširivanja koncepta razumnog prilagođavanja u Republici Srbiji

U pravu Republike Srbije obaveza razumnog prilagođavanja uvedena je snagom zakonske norme za lica sa invaliditetom, a po uzoru na tekovinu evropskog prava. Iako u Zakonu o radu, ne postoji opšta odredba o razumnom prilagođavanju, niti posebne odredbe o razumnom prilagođavanju za radnike s porodičnim dužnostima, *ratio legis*, pojedinih zakonskih odredbi ipak upućuje na takav zaključak. U tom smislu pravila o posebnoj radnopravnoj zaštiti materinstva, ali i uvođenje rada od kuće i na daljinu, rad s nepunim radnim vremenom, pravo na pauzu (skaraćeno radno vreme) zbog dojenja deteta, ali i mogućnost uvođenja kliznog radnog vremena primeri su implicitnih odredbi prilagođenih porodičnim dužnostima zaposlenih. Porodične dužnosti jesu eksplicitan osnov zabrane

⁷⁰ I. Grgurev, op.cit., 5.

⁷¹ Lj. Kovačević, op.cit.,14.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ L. Waddington, "Reasonable accommodation - time to extend the duty to accommodate beyond disability?", *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, vol. XXXVI, no. 2, 2011, 187.

⁷⁵ L. Waddington, A. Hendriks, op.cit., 405.

diskriminacije u smislu domaćeg radnopravnog zakonodavstva. Svako ko uživa zaštitu u smislu antidiskriminacionog zakonodavstva trebalo bi da uživa i pravo na prilagođavanje radnog mesta ukoliko je ono potrebno.⁷⁶ Pozitivno zakonodavstvo, međutim, ne jemči pravo radnika na zahtevanje fleksibilnih oblika rada, ne sadrži odredbe o pravu negovatelja na odsustvo s rada zbog nege bliskih lica, a iako je razumno prilagođavanje zajemčeno licima s invaliditetom u praksi nisu uočeni primeri proširivanja koncepta i „na njima bliska lica“ kako je to učinjeno u američkoj sudskoj jurisprudenciji. Postojeće društvene strukture moraju da se menjaju da bi se prilagodile različitostima, umesto da se od članova van dominantne grupe zahteva da se povinuju dominantnoj normi.

Potrebu proširivanja razumnog prilagođavanja i na druge kategorije radnika, do lica s invaliditetom, zasnivamo na više argumenata. Najpre, u teorijskom diskursu su sve „glasniji“ zagovornici koji se zalažu za prepoznavanje i implementaciju u nacionalna zakonodavstva ovog koncepta. U tom smislu, koautori *Waddington* i *Hendriks* ističu da je koncept razumnog prilagođavanja „važan iskorak“ ka suštinskom ostvarivanju principa jednakosti, i da bi prepoznavanje ovog prava trebalo da bude implementirano u domaća zakonodavstva,⁷⁷ dok *Grgurev* dodaje da bi koncept razumnog prilagođavanja trebalo relativizovati i proširiti, između ostalog i s obzirom na porodični status. Jedan od aspekata suštinske jednakosti autorke *Fredman* jeste i „poštovanje i udovoljavanje različitostima, a ne uklanjanje različitosti“ koje se postiže prilagođavanjem. Na ovakvo shvatanje autora, a u prilog uvođenja razumnog prilagođavanja i s obzirom na porodični status (dužnosti), nadovezuje se i okolnost da je propuštanje da se obezbedi razumno prilagođavanje kako je napred istaknuto akt *sui generis* diskriminacije.⁷⁸ Osim toga, a odsustvu zakonodavnih rešenja koje obezbeđuju fleksibilnost, odnosno u odsustvu ugovora o radu ili politika koje kreiraju pravo na fleksibilne uslove rada, jedino pravno sredstvo koje radnicima stoji na raspolaganju kako bi nadomestili odsustvo fleksibilnosti na mestu rada ili odsustvo volje poslodavca da radno mesto prilagodi njihovim potrebama jeste zahtev za zaštitu od diskriminacije na osnovu porodičnog statusa i/li s drugim s njim povezanim nedopuštenim osnovima.⁷⁹ Drugim rečima, veća fleksibilnost na mestu rada i spremenost poslodavca da radno mesto prilagodi potrebama radnika, može preduprediti zahteve radnika usmerene na zaštitu od diskriminacije po osnovu porodičnog statusa. Veća fleksibilnost

⁷⁶ L. Waddington, op.cit., 197.

⁷⁷ *Ibid.*, 427.

⁷⁸ L. Waddington, A. Hendriks, op.cit., 427.

⁷⁹ I. Grgurev, op.cit., 308.

radnih mesta i bolje prilagođavanje potrebama radnika potencijalno mogu smanjiti buduću opterećenost institucija zahtevima za zaštitu od diskriminacije.

ZAKLJUČAK

Uprkos promenama potreba radnika, većina radnih mesta je i dalje strukturisana na normi da radnik ima ustrojen porodični život. Ona i dalje počivaju na idealnom shvatanju porodice i radnika i vode u neusklađenost radnih mesta s potrebama radne snage. (engl. *workplace - workforce mismatch*).⁸⁰ Slikovito rečeno većina radnih mesta kako u Evropi i van nje „savršeno“ je ustrojena za potrebe radnika iz šezdesetih godina XX veka.⁸¹ Nejednako postupanje prema radniku ne može se zasnivati na izabranom načinu porodičnog života bez obzira da li se on brine o starim, bolesnim ili članovima porodice s invaliditetom i/li čuva i vaspitava dvoje (više) dece. Iako niko ne bi trebalo da bira između brige o najbližima i zadržavanja posla, ova kategorija je često viđena kao „inferiornija“ radna snaga i neretko je suočena ili je u riziku od diskriminacije na osnovu porodičnih dužnosti koja vodi u posebno osetljive sporove po ovom osnovu.

Zabrana diskriminacije je jedan od aspekata principa jednakosti, ali se kroz nju ne iscrpljuje. Formalna jednakost je praktično ograničena u pogledu radnika s porodičnim dužnostima. Nužno je, težiti njihovoj suštinskoj jednakosti koja se može postići i razumnim prilagođavanjem. Proširivanje koncepta i na ovu kategoriju osim teorijskog ima i praktično opravdanje budući da ima potencijal da predupređi sporove povodom diskriminacije na osnovu porodičnih dužnosti, ali i *sui generis* sporove zbog propuštanja da se prilagođavanje obezbedi. „Radno mesto koje je optimalno prilagođeno razvija i neguje ljudske kapacitete, povećava radni učinak i zadovoljstvo u radu i razvija svest o vlastitoj vrednosti“⁸² a u slučaju razmatrane kategorije i svest o vrednosti vlastite porodice. Koncept, u krajnjem vodi i većoj pravičnosti za radnika i porodicu, jer *putem uvođenja pravičnosti krute pravne norme postaju suptilnije i adekvatnije čitavom bogatstvu različitosti ...*⁸³ a radna mesta inkluzivna, prilagođena i pravična s aspekta onih koji na tržištu rada danas postaju dominantni.

⁸⁰ J. Williams, Genevieve Painter, S. Bornstein, „Discrimination against mothers is the strongest form of workplace gender discrimination: lessons from us caregiver discrimination law“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. XXVIII, no. 1, 2012, 45.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Damira Benc, *Priručnik s preporukama za razumnu prilagodbu radnog mjesta*, Zavod za vještačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom, Zagreb, 2018, 13.

⁸³ Slobodan Perović, *Pravno filozofske rasprave*, op.cit., 146.

KRISTINA BALNOŽAN, LL.M.
Judicial Assistant, Basic Court Pančevo

REASONABLE ACCOMMODATION OF PROCESS AND WORKING
CONDITIONS TO THE NEEDS OF WORKERS WITH FAMILY
RESPONSIBILITIES IN THE MODERN WORKPLACE

Summary

The “balanced” worker has the right to equality, regardless of his family responsibilities. The paperwork points to the key changes that have distanced the worker from his “ideal”, and then to the concept of family responsibilities discrimination, the nature and a large number of this kind of discriminatory disputes. The central part of the paperwork approaches the concept of reasonable accommodation in the modern workplace in the context of work and family. Reasonable accommodation in modern workplaces can potentially pre-empt discriminatory disputes based on family responsibilities, but also *sui generis* discriminatory disputes due to the failure to provide accommodation.

Key words: the right to equality, family responsibilities discrimination, work responsibilities, reasonable accommodation, family

Literatura

- Adams L., „The family responsibilities convention reconsidered: the work-family intersection in international law thirty years on“, *Cardozo Law Review*, vol. XXII, no. 2, 2013.
- Banks K., „Reasonable accommodation as equal opportunity in Canadian employment law“, *Reasonable accommodation in the modern workplace potential and limits of the integrative logics of labour law* (ed. Blanpain R., Hendrickx F.), Alphen aan den Rijn, 2016.
- Beier L., Hofäcker D., Marchese E., Rupp M., *Family structures & family forms - An overview of major trends and developments*, State Institute for Family Research, University of Bamberg, Bamberg, 2010.
- Benc D., *Priručnik s preporukama za razumno prilagodbu radnog mjesta*, Zavod za vještačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom, Zagreb, 2018.
- Bergen A., Bergen V., Ballare D., „Family responsibilities discrimination: what employment counselors need to know“, *Journal of Employment Counseling*, vol. XLV, no. 3, 2008.
- Berns S., *Women going backward: Law and change in a family-unfriendly society*, Ashgate Farnham, Burlington, 2002.
- Caracciolo di Torella E., „Shaping and re-shaping the caring relationship in European law: a catalogue of rights for informal carers?“, *Child and Family Law Quarterly*, vol. XXVIII, no. 3, 2016.
- Cvejić Jančić O., „The definition of family in modern law and its legal protection“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, vol. I, no. 1, 2010.

- Davidov G., Mundlak G., „Accommodating all? (or: ‘Ask not what you can do for the labour market; ask what the labour market can do for you’), *Reasonable accommodation in the modern workplace potential and limits of the integrative logics of labour law* (ed. Blanpain R., Hendrickx F.), Alphen aan den Rijn, 2016.
- Davis K., „The rhetoric of accommodation: considering the language of work-family discourse“, *University of Saint. Thomas Law Journal*, vol. VI, no. 3, 2007.
- ILO, *Promoting diversity and inclusion through workplace adjustments: a practical guide*, ILO Office, Geneva, 2016.
- ILO, *Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156) General observation*, ILO Office, Geneva, 2021.
- Fredman S., „Substantive equality revisited“, *International Journal of Constitutional Law*, vol. XIV, no. 3, 2016.
- Ganong L., Coleman M., *Changing families, changing responsibilities*, Psychology Press, New York, 1999.
- Goldschmidt J., „Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective“, *Journal of the Academy of European Law*, vol. VIII, no. 1, 2007.
- Grgurev I., „Dosezi razumne prilagodbe (u domaćem, anglosaksonskom i pravu Europske Unije)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. LXX, br. 2-3, 2020.
- James K., *Human rights and accommodation of family responsibilities in the workplace: Obligation, choice, and invisible caregivers*, Human Rights Law Conference Paper, Vancouver, 2017.
- Jääger H., *What Choice of Equality for Workers with Family Responsibilities? Unpublished master thesis*, Faculty of Law, Lund University Lund, 2014.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Kovačević Lj., „Protection of persons with disabilities from employment discrimination, with a focus on Serbian legislation and practice“, *Journal of law and social sciences of the Faculty of the law Josip Juraj Strossmayer University of Osijek*, vol. XXX, no. 14/2, 2014.
- Kovačević Lj., Novaković U., „Mirno rešavanje sporova povodom diskriminacije na osnovu porodičnih dužnosti“, *Pravo i privreda*, vol. XVI, br. 7-9, 2018.
- McGlynn C., *Families and the European Union Law, politics and pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Perović S., *Pravno filozofske rasprave*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SRJ, Beograd, 1995.
- Pignatti N., Pavlenisvhili L., Chachava M., Tsulukidze M., Shubitidze E., *Regulatory impact assessment C156 - Workers with family responsibilities convention*, UN Women, New York, 2021.
- Shilzh E. R., „Workplace restructuring to accommodate family life“, *University of Saint Thomas Law Journal*, vol. III, no. 4, 2008.

- Smith B., „Not the baby and the bathwater: regulatory reform for equality laws to address work-family conflict“, *Sydney Law Review*, vol. XXVII, no. 4, 2006.
- Todorović N., Vračević M., *Ja, neformalni negovatelj*, HELP NET Centar za podršku i inkluziju, Beograd, 2019.
- Hein C., *Reconciling work and family responsibilities - Practical ideas from global experience*, International Labour Office, Geneva, 2005.
- Vilić D., „Porodica u kontekstu savremenih društvenih promjena“, *Sociološki diskurs*, vol. I, br. 2, 2011.
- Waddington L., „Reasonable accommodation - time to extend the duty to accommodate beyond disability?“, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, vol. XXXVI, no. 2, 2011.
- Waddington L., Hendriks A., „The expanding concept of employment discrimination in Europe: From direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. XVIII, no. 3, 2002.
- Williams J., *Unbending gender: why family and work conflict and what to do about it*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Williams J., Bornstein S., „The evolution of “Fred”: family responsibilities discrimination and developments in the law of stereotyping and implicit bias“, *Hastings Law Journal*, vol. LIX, no. 1131, 2008.

PREGLEDNI RAD

TIJANA KOVAČEVIĆ

SPOR POVODOM IZMENA ELEMENATA UGOVORA O RADU

Kako ugovor o radu nastaje saglasnom izjavom volja zaposlenog i poslodavca, isti zahtev se postavlja i u slučaju njegovih izmena. Ipak, osobenost ugovora o radu nalaže odstupanje od pomenutog pravila kada se izmene tiču sporednih elemenata ugovora o radu, a nastaju kao rezultat vršenja poslodavčevog ius variandi. Pritom, ovlašćenje poslodavca da jednostrano menja ugovor podleže ograničenjima, tako da ne može biti proizvoljno vršeno i na štetu zaposlenog. S druge strane, poslodavac ne može izmeniti bitne elemente ugovora o radu na osnovu jednostrano donete odluke, već mora uputiti ponudu određene sadržine zaposlenom u okvirima postavljenim zakonom. U tom slučaju nedostatak materijalnih i formalnih uslova povlači ništavost aneksa i nevaljanost otkaza ugovora o radu koji je usledio kao posledica odbijanja aneksa. Sledstveno tome, radnopravni institut izmena ugovora o radu uvažava potrebe poslodavca koji može izmeniti ugovor o radu bez sudske intervencije osim u slučaju spora uz ograničenje samovoljne i diskrecione ocene nastupanja okolnosti i razloga koji opravdavaju izmenu ugovora.

Ključne reči: ius variandi, bitni elementi ugovora o radu, upravljačka vlast poslodavca, otkaz ugovora o radu

U V O D

„Ništa nije večno, osim promene“ reči su čuvenog grčkog filozofa Heraklita koji je promene video kao neizostavni deo stvarnosti. Promena je konstanta u životu svakog pojedinaca. Ona je neizbežna i u poslovnom svetu koje se ubrzano menja

Tijana Kovačević, master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: tijanarkovacevic@gmail.com.

pod uticajem različitih procesa. Razvoj informacione tehnologije, globalno povezivanje praćeno većom pokretljivošću rada i kapitala dovelo je do promene načina poslovanja i restrukturiranja proizvodnih procesa radi njihovog racionalnijeg obavljanja.¹ To je praćeno promenama u strukturi poslova i ukupnom broju izvršilaca na određenim poslovima sa ciljem smanjenja troškova rada i uvećanja dobiti. Međutim, svaki oblik restrukturiranja poslodavca povlači niz radnopravnih posledica i utiče na položaj zaposlenih, te može dovesti do otpuštanja zaposlenih ili do iniciranja izmena ugovora o radu koje su za njih nepovoljne.² Otuda, pravo nastoji da zaštiti zaposlene kao pravno i ekonomski slabiju stranu ugovornicu od jednostranih izmena ugovora o radu.³

Sledstveno tome, poslodavac ne može jednostrano menjati ugovor o radu i insistirati na tome da se zaposleni u svemu povinuje novim odredbama.⁴ Štaviše, samovoljno menjanje uslova rada od strane poslodavca bi značilo narušavanje osnovnih ugovornih principa i radnopravnih načela. Naime, u središte instituta izmena ugovora o radu smešta se načelo slobode rada koje se temelji na dobrovoljnosti, u smislu da poslodavac ne može prinuditi zaposlenog da sa njim zasnuje radni odnos, niti da nastavi da radi za njega pod uslovima drugačijim od ugovorenih.⁵

¹ Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2021, 24–25.

² Marija Dragičević, *Pravni položaj zaposlenih u slučaju promene poslodavca*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2021, 15.

³ U pravu Belgije zabrana jednostrane izmene ugovora o radu važi samo u pogledu elementa koji su sastavni deo ugovora o radu, bez obzira na njihovu prirodu i karakter. S druge strane, u sudskoj praksi najvišeg suda te zemlje razvijeno je pravilo da se fleksibilna klauzula ugovora o radu kojom se dopušta jednostrana izmena ugovora o radu može odnositi samo na sporedne elemente tog ugovora. Međutim, da li je određeni element ugovora bitan ili sporedan nije unapred definisao, već se zaključuje na osnovu sadržine ugovora. To, dalje, znači da ugovorne strane mogu odrediti da određeni element ima svojstvo bitnog elementa iako to nije objektivno opravdano. Ipak, pravna teorija razvija nekoliko kriterijuma za kvalifikaciju određenog elementa kao bitnog. Prvenstveno, element je bitan ako bez njega zaposleni ne bi zaključio ugovor o radu odnosno ako je proporcija između koristi koji poslodavac ostvaruje od izmene tog elementa i štete koje zaposleni usled toga trpi narušena. Pieter Pecinovskiy, „Modification of working conditions in Belgium“, *IUSLabor*, br. 3, 2014, 3.

⁴ „U svakom slučaju, poslodavac ne može jednostrano da izmeni odredbe ugovora o radu koje su bile predmet ponude, budući da izmena ugovora o radu može biti isključivo stvar konsenzusa ugovornih strana, te bi bilo kakvo samovoljno menjanje ugovora od strane poslodavca bilo kvalifikovano kao povreda ugovora, sa svim implikacijama povrede ugovora, uključujući, ali ne ograničavajući se na odštetne zahteve koje bi zaposleni sa uspehom mogao isticati.“ Ana Lazarević, „Izmene ugovora o radu – ključna pravna pitanja“, preddoktorski rad (neobjavljen), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 18.

⁵ Hugh Collins, K. D. Ewing, Aileen MCOLGAN, *Labour law*, Cambridge University Press, New York, 2012, 94.

Takođe, principi slobode ugovaranja i autonomije volje nalažu da se sadržina ugovora o radu sporazumno utvrđuje i menja, kao i da zaposleni može preduzeti dužnosti samo odlukom donetom na bazi slobodne volje.⁶ Shodno tome, ugovor o radu se može menjati samo saglasnom izjavom volja zaposlenog i poslodavca nakon upućivanja i prihvata ponude za izmenu ugovora.

UPRAVLJAČKA VLAST KAO IZVOR POSLODAVČEVOG IUS VARIANDI

Poslodavac, kao nosilac upravljačke vlasti, organizuje poslove iz kruga svoje delatnosti na način koji smatra najdelotvornijim za postizanje najboljih ekonomski rezultata. Upravljačka vlast se manifestuje kroz vršenje nadzornih aktivnosti i izdavanje posebnih naloga usmerenih ka bezbednom i produktivnom korišćenju sredstava za rad.⁷ Pritom, uputstva za rad mogu biti klasifikovana na različite načine prema različitim kriterijumima. U tom smislu, poslodavac izdaje opšte ili individualne naloge u pismenoj ili usmenoj formi koji mogu biti personalnog ili funkcionalnog karaktera.⁸ Prema potonjem merilu, upravljačka ovlašćenja poslodavca se diferenciraju na dve podvrste: personalna uputstva o mestu rada, radnom vremenu, disciplini i ponašanju zaposlenog, dok se funkcionalna odnose na način i uslove obavljanja rada.⁹ Poslodavac ima pravom priznata ovlašćenja da organizuje rad, određuje prava i obaveze zaposlenih, njihove dužnosti, način rada i rezultate rada. Prema tome, „poslodavac organizuje rad zaposlenih određivanjem pravne i tehničke strukture radne sredine, izborom i obezbeđivanjem sredstava za rad, organizovanjem radnih zadataka, utvrđivanjem rasporeda radnog vremena, određivanjem mesta rada, te organizovanjem i planiranjem prestacije rada“.¹⁰ Osim toga, poslodavac dizajnira i analizira poslove, kontroliše njihove izvršenje i meri postignute performanse.

Ovlašćenja za upravlje radom zaposlenih ne proizlaze samo iz upravljačke vlasti poslodavca, nego i iz slobode preduzetništva koja poslodavcu garantuje

⁶ Pojedini autori naglašavaju međusobnu povezanost autonomije volje i slobode rada budući da je „autonomija volje neophodan instrument u sistemima koji se zasnivaju na formalno proklamovanoj slobodi rada“. Dragoljub Vukićević, „Načelo slobode uređivanja obligacionih odnosa“, 61, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z23/05z23.pdf>, 12. 9. 2022.

⁷ Branko A. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 329.

⁸ Predrag Jovanović, *Radno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2018, 393.

⁹ Jean Savatier, „Pouvoir patrimonial et direction des personnes“, *Droit social*, br. 1, 1982, 3.

¹⁰ Lj. Kovačević (2021), op. cit., 53.

diskreciono pravo u pogledu korišćenja rezultata rada i izbora metodologije rada. Otuda je poslodavac jedini ovlašćen da odluči da li će robe i usluge koje on proizvodi ili pruža biti korišćene u okviru radne organizacije ili ponuđene potrošačima na tržištu.¹¹ Takođe, poslodavac određuje i način na koji će se doći do finalnog proizvoda namenjenog potrošačima odnosno kako će svaki zaposleni ponaosob sprovesti određenu i prema redosledu utvrđenu radnu operaciju u preduzeću. Međutim, specifikacija radnih operacija, pa i bliže određivanje kruga radnih zadataka koji terete zaposlene unapred nije moguće.¹² Ovo iz razloga što se prestacija rada ne izvršava *un solo actu*, već se dužnost zaposlenog sastoji u kontinuiranom izvršavanju radnih zadataka na poslu koji je sistematizovan aktom poslodavca i koji je u skladu sa njegovim radnim sposobnostima. To, dalje, znači da svaki posao kod poslodavca mora biti prethodno utvrđen pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji poslova.¹³ Reč je opštem pravnom aktu poslodavca kojim se uređuju organizacioni delovi i sistematizuju radna mesta sa opisima radnih mesta i nivoima kvalifikacija.¹⁴

Ovlašćenje za stvaranje normi se smatra delom šire upravljačke vlasti poslodavca budući da donošenje akata predstavlja osnov za kasnije upravljanje radom zaposlenih. Dakle, upravljačka vlast poslodavca uključuje određivanje smernica za rad kojima je zaposleni dužan da se povinuje. U suprotnom, zaposleni čini povredu radne obaveze zbog čega mu poslodavac može otkazati ugovor o radu. Ipak, ovo pitanje postaje naročito problematično u situacijama kada poslodavac izdaje naloge za izvršenje radnih zadataka koji ne spadaju u opis posla za koji je zaposleni inicijalno zaključio ugovor.¹⁵ U stvari, ako je zadatak koji se treba izvršiti određen

¹¹ *Ibidem*, 52.

¹² Tijana Đ. Ugraković, *Participativna prava radnika kao vid ograničavanja poslodavčeve vlasti i pretpostavka industrijske demokratije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 11.

¹³ U francuskom pravu se pravilnik o organizaciji i sistematizaciji radnih mesta obavezno donosi ako poslodavac zapošljava više od 20 zaposlenih, s tim da se pomenuti prag utvrđuje uzimajući u obzir normalne aktivnosti kod poslodavca koji posluje najmanje šest meseci. Dominique Grandguillot, *L'essentiel du droit du travail*, 21e édition, Gualino, Paris, 2021, 15.

¹⁴ Što se tiče vrste kvalifikacija, trenutno se primenjuje Odluka o Jedinstvenom kodeksu šifara za unošenje i šifriranje podataka u evidencijama u oblasti rada koja je pravno obavezujuća. Odluka o Jedinstvenom kodeksu šifara za unošenje i šifriranje podataka u evidencijama u oblasti rada, *Službeni glasnik RS*, br. 56/2018, 101/2020 i 74/2021. Osim toga, kao važan izvor javlja se i Zakon o nacionalnom okviru kvalifikacija putem kojeg Srbija nastoji da implementira u svoje zakonodavstvo Evropski okvir kvalifikacija, doduše, ne u potpunosti dosledno budući da Zakon o radu i dalje koristi raniju terminologiju vrsta i stepena stručne sprema. Zakon o nacionalnom okviru kvalifikacija Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 27/2018, 6/2020 i 129/2021.

¹⁵ Sledstveno tome, zaposleni na poslu recepcionera u hotelu može odbiti nalog poslodavca da pre završetka noćne smene postavi stolove za doručak gostima hotela koji rano ujutru napuštaju

na generičan način, primera radi, čišćenje poslovnih prostorija, poslodavac može naložiti zaposlenom čišćenje kako radionica, tako i skladišta, a pored toga i vršenje drugih ekvivalentnih zadataka.¹⁶ To, dakle, znači da zaposleni prilikom zasnivanja radnog odnosa ne može imati potpuno precizne i kompletne informacije u pogledu toga šta će raditi na svom radnom mestu. Iako je nesporno da treba da postoji kohezivnost između opisa i naziva posla, poslodavac u opisu posla možda neće hteti da integriše neke dodatne aktivnosti i obaveze zaposlenog, posebno ako se one pojavljuju sporadično i imaju marginalni značaj.¹⁷

Ipak, obaveza zaposlenog ne može biti apsolutno neodređena i fluidna, već se stavljanje radnih sposobnosti na raspolaganje poslodavcu smešta u okvir koji je omeđen profesionalnim sposobnosti i mestom rada naznačanim u ugovoru o radu. U skladu sa tim, zaposleni i poslodavac moraju postići saglasnost o nazivu i opisu posla koji se kao bitni elementi obavezno inkorporišu u ugovor o radu.¹⁸ Dakle, sadržina ugovora o radu ne može biti prepuštena neograničenoj slobodi ugovaranja, naročito jer je poslodavac ekonomski jača strana koja diktira uslove rada koji za zaposlenog mogu biti izrazito nepovoljni, pa čak i prekarni. Uz to, radni odnos sa svojom ekonomsko-socijalnom komponentom ima širu društvenu vrednost budući da izgrađuje neophodnu ravnotežu između željenog ekonomskog progressa s jedne strane i zahteva socijalne pravde i pravične raspodela, s druge. Shodno tome, ugovor o radu ne predstavlja prost sporazum o ekonomskoj saradnji koji se isključivo tiče interesa njegovih subjekata a koji isključuje ostale pravno-političke strukture. Stoga, zakonodavna intervencija u sferi izmena

hotel. Dodavanje marginalnih zadataka iste prirode kao onih koji su već dati zaposlenom predstavlja promenu uslova rada koja spada u nadležnost uprave poslodavca. U konkretnom slučaju novi zadatak koji je poveren zaposlenom izlazi iz kruga naznačenih poslova, zbog čega je neophodno da poslodavac pribavi saglasnost zaposlenog za njihovo vršenje. Činjenica da je zaposleni u jednom navratu postupio po nalogu poslodavca ne znači da je on pristao na izmenu ovog bitnog elementa ugovora o radu. Uz to, otkaz ugovora o radu od strane poslodavca je nezakonit jer je postavljanje pribora za jelo do tada vršila kafeterija službe hotela. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 24 janvier 2001, *Revue de jurisprudence sociale* (F. Lefebvre), 2001, n° 563. Suprotno, ako ugovorom o radu nije precizirano na koliko mašina zaposleni treba da radi paralelno, zakonit je nalog poslodavca za širenjem radnih dužnosti kako tehnologija napreduje to jest da umesto na tri mašine zaposleni počne da radi na četiri mašine istovremeno. *Pettet v. Readiskill LMT Mildura* (2001).

¹⁶ Wilfredo Soria Yabar, *El ius variandi como potestad facultativa del empleador y los criterios de razonabilidad en los trabajadores de las empresas del sector privado*, Universidad Andina del Cusco Facultad de derecho y ciencia política escuela profesional de derecho, Perú, 2019, 39.

¹⁷ Ljubinka Kovačević, „Pravne posledice upućivanja ponude za izmenu elemenata ugovora o radu, sa posebnim osvrtom na premeštaj zaposlenog“, *Pravo i privreda*, br. 4–6, 2015, 836.

¹⁸ A. C. L. Davies, *Employment law*, Pearson Education Limited, United Kingdom, 2015, 172.

ugovora o radu izrazito je značajna za zaposlene, jer obezbeđuje minimum predviđivosti uslova rada i sprečava moguće zloupotrebe.¹⁹

Imajući to u vidu, jugoslovensko radno pravo je uspostavilo pravilo da se *ius variandi* radne organizacije može koristiti samo ako je u skladu sa obavezujućim pravnim normama i ako je prestacija rada nakon izmene ostala određena na način da radna organizacija nema pravo izbora između više alternativnih obligacija kojom radnik može izvršiti svoje obaveze iz ugovora.²⁰ Osim toga, kod precizno utvrđenih prestacija rada važno je pravilo invarijabilnosti radnikove obaveze, osim putem sporazuma.²¹ Slično rešenje nalazimo u važećem belgijskom pravu gde prestacija rada može biti određiva po objektivnim parametrima ili alternativno postavljena, pri čemu pravo izbora može imati kako poslodavac, tako i zaposleni.²²

Nadalje, u španskom pravu se *ius variandi* koristi da označi „razbijanje konsenzusa u ugovoru o radu“ kojim se dopušta jačoj strani ugovornici da, u granicama postavljenim zakonom, jednostrano menja ugovor.²³ Reč je o izuzetku od pravila da se ugovor o radu menja na isti način kako je i zaključen – saglasnom izjavom volja zaposlenog i poslodavca.²⁴ Na istom stanovištu stoji čileanska sudska praksa koja ukazuje da punovažno zaključen ugovor o radu ima obavezujuću snagu za strane ugovornice, tako da ugovor može biti izmenjen ili lišen pravnog dejstva obostranim susretom volja, sticanjem nekog legitimnog pravnog osnova ili nastupanjem određenog izuzetka.²⁵ Kako se izuzetak ima usko tumačiti, promene ne smeju imati za posledicu stvaranje osnova diskriminacije, te podležu ograničenjima koje postavljaju ekonomsko-socijalni zahtevi i moral. Naime, priroda izmene mora biti takva da ne povređuje i ne narušava čast, dostojanstvo, interese, minimalna prava i sigurnost zaposlenog.²⁶

¹⁹ Borisav Čolić, „Zaključivanje ugovora o radu pod izmenjenim uslovima i otkaz ugovora o radu“, *Pravni život*, br. 5–6, 2002, 137; Slobodnka Kovačević Perić, „Aneks ugovora o radu – Izmena ugovorenih uslova rada“, *Pravo i privreda*, br. 7–9, 2015, 359.

²⁰ Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972, 245.

²¹ N. Tintić, op. cit., 244.

²² P. Pecinovsky, op. cit., 4.

²³ Dodatne granice poslodavčevog *ius variandi* postavljene su spoljašnjim opštim aktima autonomnog prava nakon sprovedenih formalnih konsultacija sa sindikatom. Manual de aplicación del *ius variandi* del artículo 12 del código del trabajo, <http://www.agal.cl/sites/default/files/2021-07/Manual%20DT%20Articulo%2012%20ius%20variandi.pdf>, 16. 9. 2022.

²⁴ Pojedini autori opisuju *ius variandi* kao izraz „hipertrofirane upravljačke moći poslodavca koja zanemaruje ugovornu prirodu radnog odnosa“. B. W. Soria Yabar, op. cit., 47.

²⁵ Karla Velásquez Guzmán, *Ejercicio del ius variandi: aplicación, límites y efectos*, Universidad de Chile Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 2011, 78.

²⁶ B. W. Soria Yabar, op. cit., 49.

Otuda, *ius variandi* ne može biti vršen na način kojim se zaposlenom nanosi šteta kao posledica arbitrernog odlučivanja kojim poslodavac zloupotrebljava svoja ovlašćenja. Dakle, odluke koje donosi poslodavac, a koje se tiču sporednih elemenata ugovora o radu (mesta obavljanja posla, prirode posla i rasporeda radnog vremena) moraju biti donete na racionalnoj osnovi i biti indikovane potrebama poslovanja (*test de razonabilidad*).²⁷ Uostalom, da bi poslodavca mogao jednostrano da menja ugovor o radu potrebno je da test proporcionalnosti (*test de proporcionalidad*) bude „pozitivan“ odnosno da između željenog cilja i korišćenih mera postoji srazmera.²⁸ Dodatno, za valjanost jednostranih izmena ugovor o radu, uz test proporcionalnost primenjuje se i princip progresije (*principio de progresividad*) koji zabranjuje napuštanje minimalnog praga garantovanih prava.²⁹ Drugim rečima, primena principa progresije znači zabranu poslovne politike ili mera kojima se pogoršavaju stečena socijalna prava. Uzeto skupa, poslodavac ne može proizvoljno i kapriciozno da utvrđuje postojanje osnova za izmenu sporednih elemenata ugovora o radu. Osim toga, izmene ugovora o radu ne smeju biti takve da prouzrokuju materijalnu ili nematerijalnu štetu zaposlenom. Materijalna šteta se ogleda u redukciji zarade ili uvećanju troškova prevoza, dok se nematerijalna šteta ispoljava kroz smanjenje slobodnog vremena.³⁰ Važno je pomenuti da su uslovi kumulativno postavljeni, tako da se izostanak jednog od njih tretira kao abuzivan *ius variandi*.

Naime, izmene mogu biti različite u pogledu cilja koji se njima teži postići, pa tako može biti reč o ekonomski motivisanim promenama ili promenama kao obliku disciplinske mere koji izriče poslodavac. S tim u vezi, *ius variandi* ima svoju primenu samo u slučaju kada je potrebno izvršiti jednostrane izmene sporednih tačaka ugovora o radu radi zadovoljenja ekonomskih zahteva tržišta.³¹ Drugim rečima, jednostrane izmene ugovora o radu ne mogu biti korišćene kao vrsta disciplinske sankcije na osnovu odluke poslodavca. Pritom, potrebe ekonomske prirode moraju biti objektivno prisutne i podložne proceni, tako da je zabranjeno svako poslodavčevo subjektivno prognoziranje o mogućim tržišnim kretanjima. Osim toga, jednostrane izmene ugovora o radu moraju biti korišćene kao krajnje sredstvo, kada nije moguće postići iste rezultate alternativnim sredstvima.³²

²⁷ K. Velásquez Guzmán, op. cit., 79.

²⁸ B. W. Soria Yabar, op. cit., 49.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ B. W. Soria Yabar, op. cit., 15.

³¹ Madrid (Fernández Madrid) uvodi koncepciju „jezgra“ ugovora kako bi odvojio bitne elemente od sporednih tačaka ugovora. B. W. Soria Yabar, op. cit., 21.

³² Lupo Hernández Rueda, „Poder de dirección del empleador“, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social Buen Lozano* (ed. Néstor de Morgado Valenzuela), Academia

Iz svega navedenog proizlazi da poslodavac nema pravo da premesti zaposlenog na drugi posao ili da uvrsti veći broj noćnih smena u mesečni raspored kao rezultat disciplinskog kažnjavanja zaposlenog zbog povreda radnih dužnosti. S druge strane, poslodavac može da poveća dužinu trajanja radnog vremena zaposlenima koji rade kao prodavci za vreme trajanja božićnih i novogodišnjih praznika.³³

IZMENA ELEMENATA UGOVORA O RADU

Materijalni uslovi

Prethodni uslov za izmenu ugovora o radu je postojanje promenjenih okolnosti koje utiču na obaveze strana ugovora o radu. Reč je o institutu obligacionog prava koje ima svoje mesto u oblasti radnog prava, budući da je ugovor o radu sinalgmaticni i onerozni ugovor sa trajnjim izvršenjem prestacije koji podleže promenama.³⁴ Stoga su stranke u ugovornom odnosu koji se prostire u vremenu dužne da sa određenim stepenom pažnje koja se od njih u prometu zahteva uzmu u obzir mogućnost nastupanja okolnosti koje će uticati na sadržinu ugovora.³⁵ Trajnost i stalne sukcesivne prestacije strana u ugovoru o radu čine potrebu za povremenim izmenama pojedinih njegovih elemenata ako je usled nastupanja određenih okolnosti narušena ugovorna ravnoteža uzajmnih koristi.³⁶ To konkretno znači da poslodavac ne može delimično ili u celosti da izvršava svoje obaveze po osnovu ugovora zbog čega uvodi kadrovske i druge promene.

Procena uticaja internih i eksternih faktora na poslovanje je sastavni deo sistema i politika svake organizacije. Uz to, zaposleni i poslodavac snose rizik nastupanja promena koje utiču na procese rada, jer samo nastupanje određenih okolnosti neće automatski dovesti do izmene ugovora.³⁷ Do izmene elemenata ugovora

iberoamericana de derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad nacional autónoma de México, México, 1997, 411.

³³ Domet poslodavčevog *ius varidani* potrebno je jasno postaviti kako bi se izbegli sudski sporovi. O učestalim sporovima koji nastaju u vršenju poslodavčevog *ius variandi* u uporednom pravu i procesnoj preopterećenosti sudova specijaliziranih za radne sporove v. María Teresa Alameda Castillo, Eva María Blázquez Agudo, „Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo“, *Trabajo y derecho*, br. 14, 2006, 2.

³⁴ Slobodan K. Perović, *Obligaciono pravo, Knjiga prva*, 7. izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990, 157.

³⁵ Silvija Petrić, „Izmjena ili raskid ugovora zbog promjenjenih okolnosti prema novom Zakonu u obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, br. 1, 2007, 1.

³⁶ Jelena Perović, „Promenjene okolnosti u srpskom ugovornom pravu i izvorima uniformnog ugovornog prava“, *Anali*, br. 1, 2012, 186.

³⁷ Borivoje Živković, „Ugovor o radu i izmena ugovora o radu, *Pravna praksa*, br. 10, 2006, 13.

o radu može doći samo ako su nastupile promenjene okolnosti koje opravdavaju izmenu ugovora, a koje su vremenski nove.³⁸ Priroda obaveza stranaka određuju se sledstveno okolnostima koje postoje u momentu zaključenja ugovora a koje mogu ali ne moraju ostati nepromenjene. U slučaju kada nastupe događaji kojim se narušavaju očekivanja stranaka u pogledu redovnog dejstva ugovora tako da se cilj ugovora više ne može postići, rađa se potreba za njegovom izmenom.³⁹ U tom pogledu se postojanje promenjenih okolnosti percipira kao prethodni uslov za izmenu elemenata ugovora o radu. Jednostavnije rečeno, u ugovor o radu je ugrađena klauzula koja garantuje nepromenjenost sadržine ugovora sve dok traje stanje iz vremena zaključenja ugovora. S druge strane, ako se stanje promeni, može doći i do izmene ugovora i to voljom saugovarača.⁴⁰

Međutim, ta pretpostavka nije dovoljna za izmenu inicijalnog ugovora, već se traži da materijalni uslov bude praćen određenim promenama u poslovanju poslodavca, a koje mogu biti ekonomske, organizacione, tehnološke ili strukturalne prirode.⁴¹ Sledstveno tome, promene se moraju ticati već ugovorenih uslova rada tako da njihovo nastupanje otežava ispunjenje obaveza za jednu stranu ugovornicu zbog čega ona stiče legitimni interes da takav ugovor sporazumno revidira. Takođe, promenjene okolnosti moraju po svojoj suštini biti izvanredne i nepredvidive tako da se okolnosti čije je nastupanje poslodavac mogao imati u vidu prema uobičajenom toku stvari ne mogu smatrati valjanim osnovom za izmenu ugovora o radu. Shodno tome, promenjene okolnosti određenog kvaliteta daju poslodavcu subjektivno pravo da menja pravni odnos poštujući zakonom ustanovljen postupak.⁴²

Naravno, ponudu za izmenu ugovora o radu može uputiti i zaposleni kako bi bio premešten na bolje plaćeni posao ili na drugi posao bez obzira na finansijske promene i pogodnosti, jer bi, primera radi, na tom poslu mogao da lakše uskladi svoje profesionalne i porodične obaveze. U oba slučaja, prećutna klauzula *rebus sic stantibus* ugrađena u ugovor o radu i prilagođena njegovim karakteristikama

³⁸ Na ovom mestu valja pomenuti da srpski zakonodavac navodi elemente koji mogu biti predmet ponude za izmenu ugovora o radu, ali da dalje ne precizira koje su to kvalitativne i kvantitativne promene koje treba da nastupe u odnosu na te elemente kako bi poslodavac mogao da, uz poštovanje svih procesnih pravila i pod pretnjom otkaza, zahteva izmenu ugovora o radu. A. Lazarević, op. cit., 24.

³⁹ J. Perović, op. cit., 186.

⁴⁰ Zoran M. Ivošević, Milan Z. Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, JP Službeni glasnik, Beograd, 2021, 366.

⁴¹ Ljubinka Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 639.

⁴² S. Perović, op. cit., 158.

koriguje načelo *pacta sunt servanda* koje pretpostavlja savesno ispunjenje obaveza preuzetih ugovorom u svemu i na način kako su formulisane.⁴³

Apsolutno i bezuslovno poštovanje ugovora u svemu kako glasi iako pogođuje pravnoj sigurnosti može dovesti do nepravinih ishoda. Zbog toga se ostavlja mogućnost da poslodavci efikasno prilagođavaju organizaciju rada okolnostima pod kojima se odvijaju poslovne operacije uz istovremeno poštovanje dostojanstva i ličnosti radnika. Dakle, poslodavac može u skladu sa slobodom preduzetništva menjati poslove i aktivnosti, bez narušavanja integriteta radnika. U stvari, klauzula *rebus sic stantibus* treba da odgovori zahtevima operativnosti preduzetništva, ali da u isto vreme pruži garancije zaposlenima u slučaju nezakonitog otkaza zbog odbijanja ponude za zaključenje aneksa ugovora o radu.⁴⁴

Formalni uslovi

Kada nastupi potreba za izmenom elemenata ugovora o radu mora se sprovesti odgovarajući postupak koji podrazumeva obavezno isticanje ponude za zaključenje aneksa ugovora o radu. Ponuda predstavlja izjavu o uslovima pod kojim jedna strana pristaje da zaključi aneks, uz ovlašćenje ponuđene strane da se izričito ili prećutno izjasni o učinjenoj ponudi.⁴⁵ Pritom, bitno je naglasiti da se promene ugovorenih uslova rada moraju izvršiti aneksom ugovora o radu. Dakle, precrtavanje pojedinih odredaba u zaključenom ugovoru o radu ili dopisivanje novih uslova rada neće proizvoditi pravno dejstvo, čak i kada zaposleni pristane na takve izmene.⁴⁶ Prilikom dostavljanja ponude za izmenu ugovora o radu poslodavac bliže određuje razloge izmena. Uz to, obaveštenje poslodavca o razlozima za ponudu aneksa ugovora o radu mora biti jasno i obrazloženo. Suprotno, dužnost obrazlaganja razloga upućivanja ponude nema zaposleni kao inicijator zaključivanja aneksa ugovora o radu.⁴⁷

⁴³ *Pacta sunt servanda* je redukovan i skraćen oblik jednog od najstarijih principa rimskog prava. Tačnije, *pacta sunt servanda* je potekla iz čuvene latinske maksime *pacta convent quae neque contra leges neque dolo mal initasunt oemnimodo observanda sunt*. Reč je o običaju koji nije uživao zakonodavnu podršku sve do donošenja Pakta Društva naroda i Povelje Ujedinjenih nacija kada postaje međunarodno priznat i kodifikovan. Shaishir Divatia, Application of *pacta sunt servanda* in international investment law, 1, https://www.researchgate.net/publication/331860540_Application_of_Pacta_Sunt_Servanda_in_International_Investment_Law, 13. 9. 2022.

⁴⁴ M. T. Alameda Castillo, E. M. Blázquez Agudo, op. cit., 2.

⁴⁵ Osim odbijanja i prihvata ponude postoji i treća mogućnost to jest prihvatanje praćen protestom kojim zaposleni pristaje na izmenu sa rezervom ili primedbom koja se obavezno notira u trenutku potpisivanja aneksa. Annelise Tracy Phillips, Paula Rome, Thomas Player, Tracy Luke, *Reviewing and changing contracts of employment*, Thorogood Publishing, London, 2005, 2.

⁴⁶ Lj. Kovačević, op. cit., 828.

⁴⁷ *Ibidem*, 368.

Srpski zakonodavac propisuje da pisano obaveštenje koje prati aneks mora da sadrži razloge za izmenu elemenata ugovora o radu, rok za izjašnjenje o ponudi i pouku o pravnim posledicama neprihvatanja ponude za zaključenje aneksa.⁴⁸ S tim u vezi, smatra se da ponuda nije pravnovaljana ukoliko ne sadrži pomenute elemente, dok bi se eventualni otkaz koji bi usledio kao posledica njenog odbijanja tretirao kao nezakonit, te bi bio poništen u postupku pred sudom. Iz svega navedenog sledi da se zaposlenom ostavlja period za razmišljanje o ponudi za izmenu ugovora o radu koji može biti različitog trajanja.⁴⁹ U domaćem pravu rok za izjašnjenje o ponudi određuje poslodavac aneksom, s tim da minimalna dužina roka podleže zakonskom ograničenju koje iznosi osam radnih dana.⁵⁰ Daleko povoljnije rešenje predviđa francusko pravo, koje konstituše rok od mesec dana odnosno 15 dana ako je preduzeće u stečaju ili prinudnoj likvidaciji.⁵¹

Ponuda za izmenu ugovora o radu se dostavlja zaposlenom neposredno, poštom ili elektronskim putem. Interesantno je pomenuti da u francuskom pravu kada poslodavac upućuje zaposlenom ponudu za izmenu bitnog elementa preporučenim pismom sa potvrdom o prijemu ili putem sredstava elektronske komunikacije (pod uslovom da je zaposleni dao saglasnost za prijem elektronske pošte), ćutanje zaposlenog u predviđenom roku se smatra prihvatom ponude.⁵² Reč je o izuzetku od osnovnog pravila da se ćutanje zaposlenog ne može smatrati prećutnim prihvatom. Ovo iz razloga što je prihvrat jednostrani akt kojim zaposleni označava ponudiocu da namerava da pristane na izmenu ugovora. Osim toga, prihvatanje mora biti formulisano od strane primaoca ponude na način kojim se izražava jasna i nedvosmislena volja ugovornog obvezivanja.

U Brazilu se pasivno držanje zaposlenog u roku od dve godine od nastanka izmene ugovora o radu smatra prećutnim pristankom na izmenu, ali ne i odricanjem

⁴⁸ Zakon o radu, čl. 172, st 1. Zakon o radu (ZoR), *Službeni glasnik RS*, br. 27/2018, 6/2020 i 129/2021.

⁴⁹ „Uvođenjem obaveze dostavljanja ponude sa razlozima za ponudu i davanje primere-nog roka zaposlenom za izjašnjavanje [...] daje se mogućnost zaposlenom, koji se ne slaže sa razlozima za zaključivanje aneksa, da ih ospori i istakne određene argumente poslodavcu, usmeno ili u pisanom obliku, sa ciljem da poslodavac odustane od ponude ili izmeni ponudene uslove u njegovu korist.“ Slavica Dimitrijević, „Izmena ugovora o radu“, *Pravo i privreda*, 1–3, 2014, 248.

⁵⁰ ZoR, čl. 172, st 1.

⁵¹ Prema oceni socijalnog odeljenja francuskog Kasacionog suda dužina roka treba da bude takva da ostavi dovoljno prostora zaposlenom da proceni posledice svog izbora u smislu prihvatanja ili neprihvatanja ponude za aneks ugovora o radu. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 25 juin 2008, 07-40.841.

⁵² D. Grandguillot, op. cit., 66.

od prava na osporavanje punovažnosti aneksa.⁵³ Ovo gledište se temelji na kvalifikaciji ugovora o radu kao ugovora po pristupu u kojem se sadržina ugovora o radu i obim obaveza jednostrano određuju, pa čak i menjaju od strane ekonomski dominantnijeg subjekta. Otuda se i ćutanje zaposlenog tretira kao „abdikacija od prava“ (*adhesión abdicativa*) koja vodi „konvalidaciji izmene“ (*convalidando la alteración*) do koje dolazi protekom određenog roka, premda se nezakoniti aneks može poništiti u postupku pred sudom.⁵⁴

Najzad, ponuda za zakljućenje aneksa mora biti sastavljena u pisanoj formi, što je u skladu sa evropskim standardima u ovoj oblasti. U svetlu Direktive Saveta 91/533/EEZ obaveza obaveštenja zaposlenih o bitnim izmenama elemenata ugovora o radu postoji nezavisno od toga da li se izmene ugovora vrše zakljućenjem aneksa ugovora o radu ili se realizuju na osnovu jednostrane odluke poslodavca.⁵⁵ Takođe, kada se menja bitan element radnog odnosa, u odsustvu ugovora o radu, zaposlenima se mora dostaviti pisani dokument najkasnije mesec dana od dana stupanja na snagu odluke o izmeni uslova rada. Ova pravila se, pritom, ne primenjuju ako se izmene odnose na zakone ili druge propise i kolektivne ugovore citirane u tim dokumentima odnosno na koje upućuju blanketne odredbe ugovora o radu.⁵⁶ Ipak, nova Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2019/1152 o transparentnim i predvidivim uslovima rada u EU menja pomenuto pravilo na način da se zaposleni informišu u slučaju izmene bitnih elemenata ugovora o radu što je moguće pre odnosno najkasnije narednog dana od dana stupanja na snagu izmene.⁵⁷

SPOR RADI PONIŠTAJA ANEKSA KOJI JE ZAPOSLENI POTPISAO

Zaposlenom se kao slabijoj strani ugovora o radu ostavlja prostor da osporava zakonitost aneksa, bez obzira na to da li je u pogledu njegove sadržine izrazio svoj pristanak ili ne. Naime, ovo pravilo proizlazi iz činjenice što zaposleni neretko iz straha da će izgubiti posao pristaju na izmene uslova rada koje im ne idu u prilog. U principu, stanje ekonomske zavisnosti ih primorava da prihvataju nepodnošljive

⁵³ Alicia Noemí Mondino, Hernán Osvaldo Ottaviano, Guillermo Félix Ejercicio Komarofsky, *Abusivo del Ius Variandi*, seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes, Universidad nacional de la Pampa Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, 2008, 4.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Mijke Houwerzijl, „Information on Contract Conditions“, *EU labour law – A Commentary* (ed. Monika Schlachter), Alphen aan den Rijn, 2015, 150.

⁵⁶ Lj. Kovačević (2015), op. cit., 834.

⁵⁷ M. Houwerzijl, op. cit., 150.

uslove rada koji degradiraju čoveka na ličnom i profesionalnom planu. U praksi se dešava da zaposleni nisu zadovoljni ponudom ali je prihvataju iz razloga što žele da izbegnu otkaz koji može uslediti kao posledica odbijanja ponude. U takvoj situaciji, zaposleni kojem je ponuda upućena može da prihvati aneks ugovora o radu bez zadržke ili sa rezervom.⁵⁸ Pritom, karakter prihvata ne utiče na mogućnost da se tužbenim zahtevom u radnom sporu osporava zakonitost aneksa.

U tom pogledu, smatra se neophodnim omogućiti zaposlenima da u postupku pred sudom ospore aneks nezavisno od činjenica što su ga potpisali, budući da je „pokretačka sila“ izraženog pristanka nelegitimna. Dakle, strah od odmazde ili bilo kakva druga vrsta pritiska učinjena od strane poslodavca daje legitiman osnov zaposlenom da osporava aneks. Osim toga, ponuda za izmenu aneksa mora nastati kao rezultat objektivnih potreba poslodavca za racionalnijim korišćenjem proizvodnih sredstava. Uzeto skupa, postoji jasna i snažna potreba za sudskom zaštitom zaposlenih u vezi sa pravnim posledicama nezakonitog aneksa ugovora o radu.⁵⁹

Primeru radi, nezakonit je aneks kojim poslodavac predviđa ugovornu kaznu zbog nepoštovanja dužine otkaznog roka u slučaju otkaza od strane zaposlenog i u slučajevima povreda obaveze čuvanja poslovne tajne i zabrane konkurencije.⁶⁰ Ovo iz razloga što poslodavac nema autonomno pravo da sam menja odnosno dodaje nove odredbe i sankcije u odnosu na zaposlenog koje se razlikuju od onog što je propisano zakonom.⁶¹ Unošenje klauzule zabrane konkurencije u ugovor o radu

⁵⁸ U sporu vođenom u postupku po reviziji pred Vrhovnim kasacionim sudom zaposlena je potpisala aneks ugovora o radu kojim je poslodavac produžio trajanje ugovora o radu na određeno vreme zbog korišćenja porodijskog odsustva i odsustva radi nege deteta iako su se stekli zakonski uslovi za konverziju tog ugovora u ugovor o radu na neodređeno vreme. Međutim, prilikom potpisivanja aneksa ugovora o radu zaposlena je izrazila svoju nesaglasnost sa odlukom koju je doneo poslodavac stavljajući primedbu na aneks. Vrhovni kasacioni sud, Rev2 2366/2020 od 28. 1. 2021. godine.

⁵⁹ Na ovom mestu valja pomenuti da se zaštita zaposlenima pruža samo u pogledu aneksa koji je prihvaćen ili odbijen izričito ili protekom zakonom predviđenog roka, za razliku od ponude za zaključenje aneksa koja ne može biti predmet sudske zaštite budući da je to jednostrana izjava volje poslodavca kojom se daje inicijativa za izmenu određenih elemenata ugovora. Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Gž1 82/15 od 21. januara 2015. godine.

⁶⁰ A. Lazarević, op. cit., 112.

⁶¹ U predmetnom sporu zaposlena je odbila potpisivanje aneksa ugovora o radu koji je sadržao nove obaveze koje su se ticale dužine otkaznog roka, zabrane konkurencije i čuvanja poslovnih informacija i tajni. Kao sankcija za povredu tih dužnosti predviđena je ugovorna kazna u iznosima od 40.000,00 i 1.000.000,00 dinara. Vrhovni kasacioni sud je utvrdio da je ponuđeni aneks protivan odredbi Zakona o radu koji isključuje primenu ugovorne kazne kao svojevrsne sankcije u odnosima nastalim povodom podređenog rada za drugog. Sentenca iz presude

se može koristiti samo u izuzetnim prilikama, pri čemu odbijanje zaposlenog da prihvati takvu klauzulu ne može imati za posledicu otkazivanje ugovora o radu.⁶²

No, dilema postoji u pogledu prirode i karaktera roka za podnošenje tužbe radi poništaja aneksa. Izvor nesuglasica je neprecizna formulacija korišćenja u Zakonu o radu i činjenica da se na brojna pitanja koja se tiču zaključivanja, važnosti, trajanja ili prestanka ugovora o radu primenjuju opšta pravila ugovornog prava. Otuda se postavlja pitanje da li se ništavost aneksa može uvek isticati, bez obzira na protek vremena ili se u pogledu aneksa primenjuju ista pravila koja važe za svaki drugi nezakonit akt poslodavca.⁶³ Naime, prema važećoj radnopravnoj regulativi zaposleni može pokrenuti spor pred nadležnim sudom za zaštitu svojih prava u roku od 60 dana od dana dostavljanja rešenja poslodavca kojim je povređeno neko pravo zaposlenog odnosno od trenutka saznanja za povredu prava.⁶⁴ Pritom, valja pomenuti da je dužina trajanja roka skraćena u poređenju sa ranijim zakonskim rokom od 90 dana za isticanje zahteva u vezi sa pobijanjem aneksa.⁶⁵

Prema jednom stanovištu, izostanak navođenja aneksa u delu Zakona o radu koji se tiče zaštite pojedinih prava iz radnog odnosa je uvažavanje specifične prirode aneksa i potrebe za delotvornijom zaštitom zaposlenih. Stoga se nesaglasnost aneksa sa imperativnim normama ocenjuje iz ugla ništavosti akata što isključuje limitiranje roka za podnošenje tužbe sudu.⁶⁶ Prema drugom stanovištu, rok od 60 dana je prekluzivan rok čije propuštanje dovodi do gubitka prava na sudsku zaštitu, imajući u vidu imperativnu prirodu člana 195 Zakona o radu. Kako je ponuda za zaključenje aneksa jednostrana radnja ili akt poslodavca do istog zaključka se dolazi i striktnim jezičkim tumačenjem navedene odredbe.⁶⁷ Tom gledištu se priklanja i Vrhovni kasacioni sud koji je u svom obrazloženju napravio koneksitet između opštih pravila obligacionog prava i posebnih radnopravnih pravila, navodeći da je za materiju sudske zaštite Zakon o radu *lex specialis*.⁶⁸ Dodatni argument koji se

Vrhovnog kasacionog suda Rev2 2350/2019 od 11. 3. 2020. godine, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja od 3. 7. 2020. godine.

⁶² ZoR, čl. 171, st. 1.

⁶³ A. Lazarević, op. cit., 112.

⁶⁴ ZoR, čl. 195, st. 1. i 2.

⁶⁵ A. Lazarević, op. cit., 112.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*, 113.

⁶⁸ „Zakon o radu je specijalni zakon u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima, pa pravilo o prekluziji važi i za slučaj utvrđivanja ništavosti odredaba ugovora o radu zato što su nepovoljnije od zakona ili opšteg akta ili se zasnivaju na netačnom obaveštanju od strane poslodavca (član 11. u vezi člana 9. stav 2), utvrđenja ništavosti odredaba ugovora o radu zato što se njima vrši diskriminacija (član 20.

navodi jeste činjenica da su radni odnosi posebna vrsta društvenih odnosa, te da zahtevaju ne samo zasebnu regulativu, nego i specijalizovane sudove.⁶⁹

SPOR RADI PONIŠTAJA OTKAZA UGOVORA O RADU
KOJI JE POSLEDICA ODBIJANJA ANEKSA

Poslodavac može uputiti ponudu za izmenu ugovora o radu u zakonom predviđenim slučajevima, pri čemu odbijanje takve ponude može dovesti do prestanka radnog odnosa na inicijativu poslodavca. Dakle, zaposleni ima potpunu slobodu da odluči da li će prihvatiti nove uslove rada koje predlaže poslodavac uz bojazan da će njegovo protivljenje možda rezultirati otkazom. Gubitak zaposlenja znači gubitak prihoda zbog čega se otkaz vidi kao krajnje sredstvo, a izmene ugovora o radu kao potencijalno rešenje za prevazilaženje problema.⁷⁰ Otuda poslodavac nastoji da kroz pravične izmene uslova rada zadrži zaposlene na radu, tako da radni odnos neće prestati ako se zaposleni saglasi sa predlogom poslodavca. U suprotnom, poslodavac može zadržati nepromenjene uslove rada ili insistirati na izmenama ugovora o radu kada zaposlenom može dati otkaz. U svakom slučaju, poslodavac ne može prinuditi zaposlenog da prihvati ponudu, već mu može u slučaju nesaglasja raskinuti ugovor uz poštovanje pravila otkaznog postupka. Dakle, protivljenje zaposlenog stavlja poslodavca u poziciju da bira između otkaza ugovora o radu i povlačenja ponude.⁷¹

Kada je reč o sporovima radi poništaja otkaza ugovora o radu dugo je postojala dilema da li je sama činjenica odbijanja aneksa dovoljan razlog za otkaz ili se zakonitost otkaza ocenjuje kroz prizmu motiva i razloga koji su uslovili poslodavca da menja ugovor. Naime, u sudskoj praksi se otvorilo kao pitanje da li osporavanje zakonitosti aneksa ugovor o radu može biti prethodno pitanje od značaja za otkaz u situacijama kada zaposleni nije prihvatio ponudu poslodavca.⁷² Drugim rečima, da li zaposleni u

stav 2) i utvrđivanje prava na zaštitu života, zdravlja i bezbednosti na radu (član 80. stav 1). Po pravilu tužba za utvrđivanje ne zastareva, ali imajući u vidu imperativni karakter iz člana 195 Zakona o radu, to se i utužba za utvrđivanje postojanja radnog odnosa mora podnetu u okviru prekluzivnog roka od 90 dana.“ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž1. 5520/10 od 21. 9. 2011. godine.

⁶⁹ „Stoga su i radni sporovi od posebne važnosti za društvo. Po nekim autorima, to su najvažniji pravni sporovi u društvu, i to ne samo zbog toga što određena vrsta radnih sporova podrazumeva učešće većeg broja lica, već zbog same vezanosti ove vrste sporova za pitanje egzistencije, slobode i dostojanstva čoveka.“ Marija Dragičević, „Moguće izmene domaćeg zakonodavstva o sudskom rešavanju radnih sporova po ugledu na nemački model radnog sudstva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 78, 2018, 340.

⁷⁰ Lj. Kovačević (2015), op. cit., 823.

⁷¹ *Ibidem*, 832.

⁷² A. Lazarević, op. cit., 115.

radnom sporu radi poništaja odluke o prestanku radnog odnosa može da osporava zakonitost aneksa koji nije rezultirao izmenom sadržine ugovore ili je, pak, u tom pogledu prekludiran. Različiti sudovi su iznosili oprečna stanovišta zbog čega je Vrhovni kasacioni sud zauzeo konačan stav, što je dovelo i do kasnijih izmena Zakona o radu.

Naime, određeni broj nižestepenih sudova je u svojim odlukama polazilo od toga da se tužbeni zahtev zaposlenog odbija ako zaposleni nije prihvatio aneks ugovora o radu sa pozivom da se sudska zaštita može ostvariti samo u parnicama radi utvrđivanja nezakonitosti izmenjenog ugovora o radu.⁷³ Ovo iz razloga što je u periodu pre izmena Zakona o radu iz 2014. godine izostala odrednica da se ugovor o radu može menjati samo iz opravdanih razloga koji se navode u ponudi, a čiju opravdanost ispituje sud. Ipak, veći deo sudske prakse je rezonovao drugačije, tako da potpisivanja aneksa nije uslov za sudska zaštitu u sporu radi poništaja odluke o otkazu. S tim u vezi, kada zaposleni ne prihvati aneks posle donošenja rešenja o otkazu svakako može sa uspehom isticati postojanje uslova za nezakonitost aneksa kako u materijalnom, tako i u formalnom smislu.⁷⁴

Svako suprotno percepiranje stvari dovelo bi do nepravičnog ishoda i nedelotvorne sudske zaštite slabije strane u radnom odnosu. Otuda se mora jasno naglasiti da nezakonit aneks bilo zbog odsustva precizno opredeljenog razloga za izmenu ugovora o radi (materijalni uslov) ili povreda pravila postupka u dostavljanju ponude (formalni uslov) ne oslobađa poslodavca odgovornosti. Uz to, nezakonitost aneksa zaposleni može isticati kako u tužbi tako i tokom čitavog trajanja parničnog postupka radi poništaja rešenja o prestanku ugovora o radu.⁷⁵ Konačno, ako sud u radnom sporu povodom poništaja rešenja o otkazu ne bi ispitivao zakonitost aneksa ugovora to bi značilo tolerisanje protivpravnog postupanja poslodavca, što se protivi ne samo zakonskim normama, nego i elementarnim principima pravde i pravičnosti.

ZAKLJUČAK

Poslodavac ima pravo da u granicama postavljenim zakonom organizuje svoje poslovanje na najbolji mogući način uzimajući u obzir okolnosti koje postoje na tržištu. Naime, iz potrebe da obezbedi unutrašnje organizaciono i strukturno jedinstveno preduzeća, poslodavac kao vlasnik posla može izvršiti izmene određenih segmenata svoga poslovanja. To, međutim, ne znači da se jedinstvo procesa rada i poslovanja preduzeća može uspostaviti jednostranim izmenama bitnih

⁷³ Zaključak usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda od 4. 10. 2010. godine.

⁷⁴ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2. 307/2010 od 19. 5. 2020. godine.

⁷⁵ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2. 302/2010 od 22. 9. 2010. godine.

elemenata ugovora o radu. Dakle, u slučaju izmena bitnih elemenata ugovora o radu poslodavac je dužan da zaposlenom uputi ponudu za izmenu ugovora o radu koju zaposleni može odbiti pod pretnjom otkaza.

Neprihvatanje ponude za izmenu ugovora o radu predstavlja opravdan razlog za otkaz, s obzirom na to da se promenjeni uslovi rada ne mogu nametati zaposlenom. U takvim okolnostima poslodavac ima dve opcije na raspolaganju, ili da omogući zaposlenom nepromenjen nastavak rada, ili da inicira prestanak radnog odnosa. Nasuprot tome, izmene sporednih elemenata ugovora o radu potpadaju pod korpus upravljačkih ovlašćenja koja se daju poslodavcu kao nosiocu upravljačke vlasti. Ipak, domet poslodavačevog *ius variandi* određuju objektivne potrebe preduzeća koje ne narušavaju garantovana radna prava.

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

THE DISPUTE REGARDING AMENDMENTS TO THE ELEMENTS OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

Summary

As the employment contract is made by a mutual statement of the will of the employee and employer, the same requirement is set in case of its amendment. However, the peculiarity of this contract sets the rules when the amendment is about nonessential elements of the contract, and when it arises as a result of the employer's *ius variandi*. Additionally, the employer's authority to alter the contract unilaterally is prone to limitations, so it can not be exercised arbitrarily and at the expense of the employee. On the other hand, the employer can not alter the essential elements of the contract based on the unilateral decision, so they have to send an offer of a certain content to the employee within the framework set by law. In that case, the lack of material and formal conditions entails the invalidation of the employment contract which ensued as a consequence of the annex rejection. As a result, the labor law rules on the amendment of the employment contract respect the needs of the employer who can amend the employment contract without judicial intervention except in the case of a dispute with the limitation of arbitrary and discretionary assessment of the occurrence of circumstances and reasons that justify the amendment of the contract.

Key words: *ius variandi*, essential elements of the employment contract, employer's managerial authority, dismissal

Literatura

Collins H., Ewing K. D., MColgan A., *Labour law*, Cambridge University Press, New York, 2012.

Castillo Alameda T. M., Agudo Blázquez M. E., „Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo“, *Trabajo y derecho*, br. 14, 2006.

- Čolić B., „Zaključivanje ugovora o radu pod izmenjenim uslovima i otkaz ugovora o radu“, *Pravni život*, br. 5–6, 2002.
- Davies L. C. A., *Employment law*, Pearson Education Limited, United Kingdom, 2015.
- Dimitrijević S., „Izmena ugovora o radu“, *Pravo i privreda*, 1–3, 2014.
- Divatia S., Application of *pacta sunt servanda* in international investment law, https://www.researchgate.net/publication/331860540_Application_of_Pacta_Sunt_Servanda_in_International_Investment_Law
- Dragičević M., *Pravni položaj zaposlenih u slučaju promene poslodavca*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2021.
- Dragičević M., „Moguće izmene domaćeg zakonodavstva o sudskom rešavanju radnih sporova po ugledu na nemački model radnog sudstva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 78, 2018.
- Grandguillot D., *L'essentiel du droit du travail*, 21e édition, Gualino, Paris, 2021.
- Guzmán Velásquez K., *Ejercicio del ius variandi: aplicación, límites y efectos*, Universidad de Chile Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 2011.
- Houwerzijl M., „Information on Contract Conditions“, *EU labour law – A Commentary* (ed. Monika Schlachter), Alphen aan den Rijn, 2015.
- Ivošević M. Z., Ivošević Z. M., *Komentar Zakona o radu*, Sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, JP Službeni glasnik, Beograd, 2021.
- Jovanović P., *Radno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2018.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2021.
- Kovačević Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Kovačević Lj., „Pravne posledice upućivanja ponude za izmenu elemenata ugovora o radu, sa posebnim osvrtom na premeštaj zaposlenog“, *Pravo i privreda*, br. 4–6, 2015.
- Lazarević A., „Izmene ugovora o radu – ključna pravna pitanja“, preddoktorski rad (neobjavljen), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Lubarda A. B., *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Mondino N. A., Ottaviano O. H., Komarofky Ejercicio F. G., *Abusivo del Ius Variandi*, seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes, Universidad nacional de la Pampa Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, 2008.
- Pecinovskiy P., „Modification of working conditions in Belgium“, *IUSLabor*, br. 3, 2014, 3.
- Perić Kovačević S., „Aneks ugovora o radu – Izmena ugovorenih uslova rada“, *Pravo i privreda*, br. 7–9, 2015.
- Perović K. S., *Obligaciono pravo, Knjiga prva*, 7. izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990.

- Perović J., „Promenjene okolnosti u srpskom ugovornom pravu i izvorima uniformnog ugovornog prava“, *Anali*, br. 1, 2012.
- Petrić S., „Izmjena ili raskid ugovora zbog promjenjenih okolnosti prema novom Zakonu u obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, br. 1, 2007.
- Phillips T. A., Paula Rome P., Player T., Luke T., *Reviewing and changing contracts of employment*, Thorogood Publishing, London, 2005.
- Rueda Hernández L., „Poder de dirección del empleador“, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social Buen Lozano* (ed. Néstor de Morgado Valenzuela), Academia iberoamericana de derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad nacional autónoma de México, México, 1997.
- Savatie J., „Pouvoir patrimonial et direction des personnes“, *Droit social*, br. 1, 1982.
- Tintić N., *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972.
- Ugraković Đ. T., *Participativna prava radnika kao vid ograničavanja poslodavčeve vlasti i pretpostavka industrijske demokratije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Vukićević D., Načelo slobode uređivanja obligacionih odnosa, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z23/05z23.pdf>.
- Wilfredo Soria Yabar Soria W. B. , *El ius variandi como potestad facultativa del empleador y los criterios de razonabilidad en los trabajadores de las empresas del sector privado*, Universidad Andina del Cusco Facultad de derecho y ciencia política escuela profesional de derecho, Perú, 2019.
- Živković B., „Ugovor o radu i izmena ugovora o radu“, *Pravna praksa*, br. 10, 2006.

PREGLEDNI RAD

MINA KUZMINAC

PRAVDA I PRAVIČNOST – RADNO VREME U PRAVU EVROPSKE UNIJE SA POSEBNIM OSVRTOM NA SUDSKU PRAKSU SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE

Rad se bavi pitanjem radnog vremena uopšte i u pravu Evropske unije, a sa posebnim fokusom na značaj uloge Suda pravde Evropske unije u tumačenju pravnih instrumenata u ovom pogledu. U tom smislu, a sa ciljem razumevanja značaja ovog instituta, ali i uloge Suda u vezi sa pomenutim, neophodno je ovo pitanje sagledati u okviru šireg konteksta pravde i pravičnosti u sudskom odlučivanju. U tom svetlu u radu je obrađen značaj i značenje pojmova pravde i pravičnosti, kao i međusobni odnos ova dva pojma. Takođe, posebna pažnja je posvećena pitanju socijalne pravde u kontekstu 21. veka i sveta rada, a radi adekvatnog razumevanja uloge koju radnopravni institut radnog vremena ima danas. Iako je pitanju radnog vremena posvećena pažnja u okviru prava Evropske unije, uloga Suda u ovom pogledu je izuzetno velika, a budući da je kroz svoju praksu doprineo tumačenju pravila u vezi sa radnim vremenom. Drugim rečima, praksa Evropskog suda pravde je, kroz više konkretnih slučajeva u vezi sa pitanjem radnog vremena, doprinela ostvarenju pravičnosti, odnosno pravde na više opštem i apstraktnom nivou.

Ključne reči: pravičnost, socijalna pravda, svet rada, radno vreme, Sud pravde Evropske unije

UVODNA RAZMATRANJA – PRAVDA I PRAVIČNOST

Bavljenje pojmovima *pravde* i *pravičnosti* krasi izuzetna složenost jer nužno podrazumeva analizu ovih pojmova iz više perspektiva, odnosno kroz različita tumačenja, kao i odgovor na pitanje da li su ovi pojmovi sinonimi, a ukoliko nisu,

Mina Kuzminac, saradnik van radnog odnosa na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu,
e-mail: mina.kuzminac@ius.bg.ac.rs.

šta je ono što ih razlikuje. S obzirom na navedeno, čini se da u navedenom kontekstu postoje najmanje dve ose – jedna koja se odnosi na to šta podrazumeva pojam pravde a šta pojam pravičnosti i druga koja se tiče odnosa ova dva pojma.

Razumevanje i tumačenje svakog od navedenih pojmova izaziva niz pitanja i nedoumica, te se može reći da ne postoji jedinstveno i opšteprihvaćeno stanovište u pogledu definisanja pravde i pravičnosti. Ukoliko se na prvom mestu uzme u obzir pojam „pravde“, možda jedna od najučestalijih definicija ovog pojma je ona koju je dao još rimski pravnik Ulpijan, a prema kojoj je pravda „stalna i neprekidna volja da svako dobije ono što mu po pravu pripada“. Pa ipak, veliki mislioci i pre Ulpijana, a kao što su Platon ili Aristotel,¹ ali i posle Ulpijana su imali i druga, manje ili više slična određenja pojma pravde.² U tom svetlu, nastale su mnogobrojne teorije o pravdi, u izvesnoj meri „obojene“ vremenom u kom su nastale. Pa ipak, ma koliko se tumačenje ovog pojma menjalo i zavisilo od vremena i okolnosti, ono što je nesporno jeste da je pitanje pravde oduvek privlačilo pažnju i podsticalo razmišljanja pravnika i filozofa, te se može zaključiti da „pravda predstavlja centralno mesto pravne aksiologije“.³

Kada je pak reč o odnosu pojmova „pravda“ i „pravičnost“, a prvenstveno iz jezičke perspektive, profesor Kosta Čavoški navodi:

„[...] da su u starogrčkom jeziku pravda (*dikaiošune*) i pravičnost (*epieikeia*) dve potpuno različite reči, što je bar u pravnoj filozofiji predupređivalo zamenjivanje, pa i poistovećivanje ovih dvaju pojmova. Isto bi se moglo reći i za pravdu (*iustitia*) i pravičnost (*aequitas*) u latinskom jeziku, koji je, zbog rimskog prava, imao dalekosežan uticaj na našu pravnu terminologiju, zakonodavstvo i teoriju. U srpskom jeziku i pravda i pravičnost izvedeni su iz iste reči práv, právo, koja za ovu svrhu označava ono što je ispravno i valjano.“⁴

Upravo stoga profesor Čavoški smatra da su brojni pravници i drugi ove pojmove videli kao sinonime, iako je zapravo istina u tome da „jedino pravda kao opšti pojam, koji se jednako primenjuje na sve ljude i okolnosti u kojima se oni nalaze, može imati opšta načela, dok je pravičnost uvek *ad hoc* rešenje u nekom

¹ Kako se navodi: „... sa Aristotelom se celokupni antički grčki razvoj u okviru političke koncepcije polisa rezimira u ideji pravde kao najvišeg principa zajednice.“ Radivoj Stepanov, „Civilizacijska spirala pravde“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 9, tom 71, 2015, 471.

² Štaviše, još jedan korak unazad nam ukazuje na to da su pitanjem pravde bili inspirisani i pesnici, pisci i tragičari, te se pored filozofskih dela može reći da u antici na pitanja pravde možemo naići i u *Ilijadi* i *Odiseji*.

³ Sanja Đurđić, „Ideja pravde u antici“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 9, tom 78, 509.

⁴ Kosta Čavoški, *O pravdi i pravičnosti*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 2017, 197.

izuzetno osobenom slučaju, to jest individualisana pravda⁵. U tom kontekstu i akademik Perović među determinante univerzalnosti vrline pravde ubraja „stanje svesti i savesti u pogledu pravde i pravičnosti kao konkretizovane pravde“⁶. Štaviše, akademik Perović navodi: „... svuda je prisutna pravičnost i to ne u smislu neke apstrakcije, već u smislu potrebnog uslova da bi se odgovarajuća pravna norma mogla primeniti na konkretan slučaj.“⁷

Analiza pojmova pravde i pravičnosti neminovno dovodi i do pitanja koja je uloga suda u ostvarenju pravde, odnosno pravičnosti.⁸ Sud kao jedna od grana vlasti ima ulogu da primenjuje, ali i tumači pravo. Pa ipak, postavlja se pitanje gde je i kolika je uloga suda kada je pravo u potpunom ili delimičnom raskoraku sa pravdom.⁹ Postavljanje brojnih pitanja neminovno ukazuje na to da je analiza pojmova pravda i pravičnost potpuna tek kada se sagleda trougao pravda – pravni sistem – pravičnost. Drugim rečima, principi pravde kao *opšteg* i pravičnosti kao *konkretnog* treba da bude otelotvoreni kroz pravni okvir, a ukoliko nisu, treba da budu podsticaj za izmene pravnog okvira, a koji bi stremio ovakvim idealima, odnosno ciljevima.¹⁰ Ovo utoliko pre važi kada je reč o radnom pravu, a budući da, kako to akademik Perović navodi: „... kodifikacije radnopravne i socijalne pravde, čine danas, ne samo maticu opšte savesti i racionalne umnosti, već pre svega,

⁵ *Ibidem*, 263. Slično stanovište zauzima i Džon Rols (John Rawls) koji navodi: „... na prvi pogled može delovati da su pojmovi pravde i pravičnosti istovetni, te da nema razloga praviti među njima neku razliku, ili tvrditi za jedan da je osnovniji od drugog. Ja smatram da je taj utisak pogrešan.“ John Rawls, „Justice as Fairness“, *The Philosophical Review*, br. 2, tom 67, 1958, 164.

⁶ Slobodan Perović, „Prirodno pravo i stvarnost“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2017, 1075.

⁷ S. Perović, „Prirodno pravo i društveni imperativi“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2016, 1049.

⁸ Drugim rečima, postavlja se pitanje: „A šta je posao suda? Da na osnovu propisanog prava, skupa opštih pravnih normi koje je utvrdio zakonodavac, ostvari pravdu? Da li je sudija koristio samo svoju pravnu moć ili je hteo i da ostvari pravdu [...]?“ Vida Petrović Škero, „Pravo i pravda kao moći i hteti“, *Pravo i pravda 2013* (ur. Jasminka Hasanbegović), Beograd, 2019, 77.

⁹ U tom pogledu, treba imati u vidu da je „urediti društveni život u skladu sa načelima pravde, jednakosti i slobode istovremeno večiti i nedosegnuti ideal“. Zoran Stojiljković, „Traktat o socijalnoj pravdi“, *Srpska politička misao*, br. 1, tom 59, 2018, 42.

¹⁰ U tome smislu, „unatoč stanovitaj aporetičnosti između pravde i prava, moglo bi se reći da apstraktnost i univerzalnost ideje i pojma pravde kroz pravo kao realnu društvenu pojavu doživljavaju, u manjoj ili većoj mjeri, svoju materijalizaciju i konkretizaciju. Ova se, egzistencijalno važna preinaka, događa unutar pravnog, moralnog i dr. normativnih poredaka kroz važnost i obaveznost općih i pojedinačnih normi. Stoga, mali je broj situacija u kojima se čovjek može naći, a da nije na neki način obuhvaćen (zaštićen ili prinuđen), nekom pozitivnopravnom normom“. Mirnes Alibašić, „Pravda kao težište ravnoteže pozitivnog prava“, *Pregled: časopis za društvena pitanja*, tom 1, br. 1, 2014, 96.

izvor internacionalizacije na koji dolaze različiti nacionalni suvereniteti da potraže svoje potrebe za implementacijom ovih prava u njihova zakonodavstva.¹¹

SOCIJALNA PRAVDA I SAVREMENI SVET RADA

Razmatranje pojmova pravde i pravičnosti u svetlu ekonomskih i socijalnih prava nužno podrazumeva i posebnu notu složenosti, a koja se vezuje za specifičnosti i vrednosti koje karakterišu socijalnu pravdu.¹² Naime, „socijalna pravda je fundamentalna ideja političke misli u modernim vremenima, ideja koja je široko prihvaćena kao vrhovni princip opravdanja i kritike pravnog i političkog poretka u savremenim društvima“.¹³ U tom kontekstu, navodi se da je pitanje pravde višedimenzionalno, ali da se socijalna pravda pre svega odnosi na pitanje raspodele resursa, a što je uslovljeno političkim, društvenim i drugim faktorima,¹⁴ te se upravo stoga termin socijalna pravda neretko poistovećuje sa terminom distributivna pravda.¹⁵ U ovom svetlu treba imati u vidu i reči akademika Perovića koji navodi:

„Da bi se primenio matematički princip jednakog postupanja sa jednakim stvarima, mora se pozvati u pomoć distributivna pravda i njeno načelo

¹¹ S. Perović, „Kulturni identitet i prirodno pravo“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2004, 476.

¹² Napori MOR-a u pogledu borbe za socijalnu pravdu su stalni i kontinuirani. O tome svedoči i Izveštaj generalnog direktora MOR-a iz 2004. godine naslovljen „Organizing for Social Justice“. *Organizing for social justice: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Organization, International Labour Office, Geneva, 2004. Kako se navodi „socijalnu pravdu kao društveni cilj ili moralni zahtev, ili kao obećanje, susrećemo od najstarijih biblijskih tekstova do svakodnevnih političkih poruka“. Ivan Magdalenić, „Socijalna pravda kako je vide 'bogat' i 'siromašni' hrvatski radnici“, *Revija za socijalnu politiku*, br. 4, 1998, 229.

Pa ipak, ma koliko značajan ovaj pojam, on je tako izuzetno kompleksan, a povezuje se i sa brojnim filozofskim i drugim vanpravnim pitanjima i teorijama, a što reperkusiju može imati otežano razumevanju i primenu ovog koncepta u praksi. Bertrand Lemennicier, „Social Justice and its Controversies“, *Journal des Économistes et des Études Humaines*, br. 2–3, tom 4, 1993, 235. Odnos socijalne pravde i solidarnosti, pa i uopšte različita pitanja vezan za brojne dimenzije socijalne pravde postaju naročito aktuelna u vreme kriza, a u tom smislu ni pandemija kovida 19 nije izuzetak. Za više o tome v. Marijn Stok, Michèlle Bal, Mara A. Yerkes, John B. F. de Wit, „Social Inequality and Solidarity in Times of COVID-19“, *Frontiers in Public Health*, br. 6339, tom 18, 2021, 1–12.

¹³ Peter Keller, „O socijalnoj pravdi“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, tom 53, br. 1, 2005, 7.

¹⁴ Za više o tome v. Jean-Philippe Deranty, „Social Justice“, *International Encyclopedia of Political Communication*, br. 4, tom 43, 2012.

¹⁵ The International Forum for Social Development, *Social Justice in an Open World The Role of the United Nations*, United Nations, New York, 2006.

uvažavanja individualnih svojstava, i tako, zajedničkim korakom doći do jednakosti odnosa u smislu proporcije kao znaka postignute pravičnosti. Radi se, dakle, o celini jedne kategorije u kojoj se prepoznaju njeni statični i dinamični sastavi delovi. Distributivna pravda, naprotiv, nije apsolutna u sistemu pozitivnog prava, jer je izraz principa uvažavanja individualiteta posmatranog optikom konkretne društvene ocene.¹⁶

Nedoumice i pitanja koja se postavljaju u vezi sa socijalnom pravdom se odnose na to koliko je princip jednakosti moguć i održiv, šta on podrazumeva, a sa čime se kosi, te koliko je solidarnost vrlina prisutna među ljudima i u okviru društva. Upravo stoga što se tiče kako brojnih pravnih, tako i brojnih vanpravnih pitanja, socijalnu pravdu nije moguće precizno odrediti niti „izmeriti“.¹⁷ Pa ipak, čini se da je danas posebno važno uložiti napore usmerene ka razumevanju važnosti socijalne pravde kao cilja radnog prava, a ukoliko se uzme u obzir to da je došlo do i dolazi do brojnih izmena koje do temelja menjaju svet rada.¹⁸ U tom pogledu, globalizacija i njene reperkusije u svetu rada, a koje podrazumevaju fleksibilizaciju i deregulaciju, ali i odsustvo stabilnosti, nužno stvaraju celu novu grupu izazova i pitanja, te upravo ovakav kontekst obuhvata uvođenje niza novih instituta u radno pravo, ali i izmenu funkcionisanja „tradicionalnih“ instituta.¹⁹ Iako se na makroplanu može reći da je globalizacija uslovlila dalji ekonomski i tehnološki

¹⁶ S. Perović (2002), op. cit., 401.

¹⁷ Pa ipak, „težina“ pitanja koja se postavljaju u vezi sa socijalnom pravdom nikako nisu znak da socijalnoj pravdi kao pojmu, kao konceptu ne treba posvetiti pažnju, već sasvim suprotno – ona govore o važnosti prepoznavanja, razumevanja i ostvarenja ovog koncepta. Takođe, važno je naglasiti da adekvatno razumevanje koncepta socijalne pravde podrazumeva i analizu konteksta u kom (ne) postoji socijalna pravda, odnosno kontekstualno uslovljenih izazova koji stoje na putu ka postizanju socijalne pravde. Naime, nakon Drugog svetskog rata pitanje „socijalne pravde“ postaje sve učestalije kao deo političkog diskursa, ali i uopšte društvenog diskursa. Za više o tome v. The International Forum for Social Development, *Social Justice in an Open World The Role of the United Nations*, United Nations, New York, 2006, 12.

¹⁸ Strengthening social justice to address intersecting inequalities post-2015, <https://www.sdgfund.org/sites/default/files/Intersecting%20inequalities%20post2015%20ODI%20SDGF.pdf>, 10. 9. 2022.

¹⁹ Brendan Burchell, Kirsten Sehnbruch, Agnieszka Piasna, Nurjk Agloni, „The quality of employment and decent work: Definitions, methodologies, and on-going Debates“, *Cambridge Journal of Economics*, br. 38, 2014, 459. U tom pogledu, takođe je neophodno imati u vidu stalne napore Međunarodne organizacije rada usmerene ka prepoznavanju i borbi sa izazovima koje nosi globalizacija, a o tome svedoči i usvajanje Deklaracije o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije, čiji je sastavni deo i Agenda o dostojanstvenom radu, ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization adopted by the International Labour Conference at its Ninety-seventh Session, Geneva, 10 June 2008.

napredak,²⁰ ovaj boljitak nije opšteprisutan, odnosno prednosti koje globalizacija ima na makroplanu neretko bivaju mane na mikroplanu.²¹ To se prepoznaje još u okviru Izveštaja generalnog direktora Međunarodne organizacije rada (MOR) 1999. godine,²² posvećenog dostojanstvenom radu, a gde se navodi da globalizacija ne predstavlja *za sve* korak napred u smislu postizanja dostojanstvenog rada. Više od dve decenije kasnije, ovo pitanje se čini možda i aktuelnijim nego ikad pre, te se postavlja pitanje da li i u kojoj formi socijalna pravda može da opstane u svetu 21. veka, kao i kakva je njena uloga danas.²³

Odgovor na ovo pitanje podrazumeva analizu koncepta socijalne pravde kao takvog, u svojoj sveobuhvatnosti, ali i analizu toga kako kontekst utiče na svaki radnopravni institut pojedinačno, te u tom smislu ni institut *radnog vremena* nije izuzetak. Iako u današnjem svetu, na univerzalnom, regionalnom, a po pravilu i nacionalnom nivou postoji pravni okvir koji obezbeđuje garantije u smislu trajanja radnog vremena, čini se da se broj pitanja i nedoumica, ali i izazova, iako u izvesnoj meri druge i drugačije prirode u odnosu na izazove koji su ranije postojali, ne smanjuje. Izazovi koji se sada javljaju nisu vezani za nepostojanje pravnog okvira već često za diskrepanciju koja postoji između pravnog okvira i prakse u ovom pogledu. Stoga veliki značaj može da ima upravo sudska praksa, a putem koje se daje odgovor i na pitanja kako prepoznati i „reagovati na“ nove oblike rada, pitanja koja se tiču radnog vremena *u vezi sa radom*, na negacije prava u ovom pogledu od strane poslodavca, odnosno na pitanje kako se suočiti sa izazovima i prepoznati nedoumice.

²⁰ International Labour Organization, „World of work“, *The magazine of the ILO*, International Labour Office, Geneva, 2008.

²¹ The need for social justice, <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/need-for-social-justice/lang--en/index.htm>, 1. 9. 2022. Za mala i srednja preduzeća, kao i poljoprivrednike, globalizacija u mnogim slučajevima nije dovela do boljitka potvrđujući često prisutnu tvrdnju da „bolje“ ne znači „bolje za sve“. Drugim rečima, dok brojni aspekti globalizacije nesporno stvaraju mnoge mogućnosti, oni takođe dovode do destabilizacije, te brojne radnike stavljaju u osetljiv položaj. Jorma Rantanen, Franklin Muchiri, Suvi Lehtinen, „Decent work, ILO’s response to the globalization of working life: Basic concepts and global implementation with special reference to occupational health“, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, br. 10, tom 17, 2020, 2.

²² International Labour Organization, Report of the director general, Decent work, International Labour Conference, 87th Session 1999, International Labour Office, Geneva.

²³ Kako se navodi: „... nakon stoljetne borbe radnika i sindikata za model 8 + 8 + 8 (osam sati rada, osam sati odmora i osam sati slobodnoga vremena), radno vrijeme ponovno postaje prioritetnom temom sindikalnoga pokreta diljem svijeta. Tome je razlog trend porasta fonda sati radnoga vremena – redovnog i prekovremenog – i organizacija radnoga vremena koja nerijetko ulazi u slobodno vrijeme radnika, ali i izazovi koje nosi digitalizacija i, posljedično, transformacija brojnih sektora gospodarstva.“ Stan De Spiegelaere, Agnieszka Piasna, *Zašto i kako skratiti radno vrijeme*, Friedrich Ebert Stiftung, Savez samostalnih sindikata Hrvatske, Zagreb, 2019, 15.

INSTITUT RADNOG VREMENA I ZNAČAJ SUDSKE PRAKSE

Uvodna razmatranja

Ma koliko sveobuhvatan, pa i u izvesnoj meri apstraktan pojam pravde bio, pun značaj ovog pojma se manifestuje tek kroz konkretne slučajeve, odnosno često kao pravičnost pri sudskom odlučivanju, ali u širem smislu uopšte i pravičnost prilikom razumevanja i reagovanja na konkretnu i individualnu ili kolektivnu situaciju. U tom pogledu, u okviru rada će posebna pažnja biti posvećena institutu radnog vremena, kao jednom od ključnih radnopravnih instituta.²⁴ Ma koliko se na prvi pogled bavljenje ovim pitanjem činilo udaljeno od apstraktnih pitanja poput pitanja pravde, upravo garantije i sprovođenje garantija u ovom pogledu su ono što u velikoj meri određuje živote miliona radnika širom sveta, odnosno u praksi govori o (ne)postojanju pravde.²⁵

U tom smislu, važno je naglasiti da je pitanju radnog vremena pažnja posvećena još od polovine 20. veka,²⁶ a posebno od osnivanja i u okviru Međunarodne

²⁴ U svetlu važnosti radnopravnog instituta radnog vremena, treba imati u vidu to da „reč o elementima radnog odnosa, saglasnosti o njima nema ne samo među zakonodavcima, već ni među radnopravnim piscima, koji uočavaju sledeće elemente i obeležja radnog odnosa: dobrovoljnost; lično obavljanje poslova; plaćenost; pravnu subordinaciju; uključivanje u organizaciju rada; ograničeno radno vreme; pravnost; stupanje na rad; organizovanost; obavljanje rada u vidu zanimanja; nepostojanje rizika za neuspeh i slučaj propasti stvari sa kojima se radi“. Ljubinka Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 53. Štaviše, treba imati u vidu i to da je „područje pravne subordinacije u radnom odnosu moguće definisati na više načina, od kojih se najčešće koristi kombinovanje vremenskog i prostornog kriterijuma“. Lj. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 281.

²⁵ Kako se navodi, „vidno je da raspored radnog vremena uključuje interese, ne samo radnika, već i društva u cjelini. Stoga se postavlja pitanje: kako ostvariti interes društva, dok se istovremeno pojedincima dopušta afirmacija pojedinačnog odabira? Izražena je zabrinutost da će individualizacija radnog vremena, ako je nepažljivo osmišljena, potencijalno narušiti ono što je označeno kao 'vremenski obrasci zajednice, primjerice vrijeme tijekom noći, nedjeljni odmor, odmor tijekom radnog vremena te socijalne institucije koje odmor koriste, kao što su obitelj i sindikati'“. Andrijana Bilić, „Fleksibilno radno vrijeme – modus rekonzilijacije privatnog i poslovnog života radnika te povećanja kompetitivnosti poslodavca“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3, 2017, 564.

²⁶ Naime, čini se da su kroz istoriju izazovi u vezi sa pitanjem radnog vremena odnosili na borbe radnika da se ustanovi pravni okvir koji bi im pružio zaštitu u smislu propisivanja granica, odnosno maksimalnog broja sati rada. Od rada tokom celog dana, ali i cele noći, radnici su izvojevali, nimalo jednostavnom niti lakom borbom, postizanje pravnih garantija koje će ograničiti period trajanja rada, a koje su uspostavljene kako na međunarodnom, tako i na nacionalnom nivou. Vremenom su se ove garantije „razvijale“, a sa ciljem daljeg ograničenja poslodavčeve autonomije u pogledu regulisanja pitanja radnog vremena. Kako nijedan (radno)pravni institut ne postoji potpuno

organizacije rada (MOR) i to od samog osnivanja 1919. godine.²⁷ O tome svedoči i činjenica da je Konvencija MOR-a broj 1,²⁸ posvećena upravo pitanju radnog vremena u industriji. Revolucionarni korak preduzet ovom konvencijom se odnosi na to da je radno vreme ograničeno na osam sati dnevno i 48 sati nedeljno, dok su izuzeci u odnosu na ovo pravilo jasno određeni.²⁹ Dakle, u „početku“ je cilj bio jasno postavljen – smanjenje broja sati rada.³⁰ Pa ipak, iako su prošle decenije, pa skoro i vek, pitanje radnog vremena je danas u istoj, ako ne i većoj meri aktualno, ali izazovi i borbe u ovom pogledu su drugačiji.³¹ Naime, iako danas postoji pravni okvir koji obezbeđuje garantije u pogledu radnog vremena, sa jedne strane se javlja niz nedoumica izazvanih činjenicom da pravni instrumenti ne idu „ukorak“ sa izmenama u svetu rada, ali i da pravni okvir ne prepoznaje sva pitanja od važnosti u vezi sa radnim vremenom. Sa druge strane pak postoji uvek prisutni problem raskoraka između normativnog i stvarnog, odnosno činjenica da poslodavci neretko ne poštuju ograničenja i prava radnika u ovom pogledu, a sa ciljem sticanja dodatnog profita.³²

nezavisno od drugih, ove garantije su imale pozitivne efekte i u smislu bezbednosti i zdravlja na radu, te u pogledu položaja radnika uopšte, širom sveta. International Labour Standards on Working time, <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/working-time/lang--en/index.htm>, 15. 9. 2022.

²⁷ 93rd International Labour Conference Working hours around the world: balancing flexibility and protection, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_075524/lang--en/index.htm#:~:text=The%20very%20first%20ILO%20Convention,sectors%20of%20commerce%20and%20offices, 11. 9. 2022.

²⁸ Konvencija MOR-a broj 1, C001 – Hours of Work (Industry) Convention, , No. 1, 1919.

²⁹ Kroz brojne druge instrumente MOR-a su regulisana i brojna specifična pitanja u vezi sa radnim vremenom, a kao što je pitanje noćnog rada, rada sa nepunim radnim vremenom, kao i godišnjeg odmora.

U tom svetlu decenijama je pitanje noćnog rada za žene u industriji smatrano vrlo „kontroverznim“, te je izazivalo brojne diskusije u sukobljene stavove. Anatomy of a prohibition: ILO standards in relation to night work of women in industry, <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc89/rep-iii1b-i.htm>, 16. 9. 2022.

³⁰ Sangheon Lee, Deirdre McCann, Jon C. Messenger, *Working Time Around the World: Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective*, International Labour Office, Geneva, 2007, 8.

³¹ Prilikom ove i ovakve analize, važno je imati u vidu i da je u skladu sa određenjem MOR-a, radno vreme definisano veoma široko, te tako podrazumeva period kada je zaposleni na raspolaganju poslodavcu.

³² Naime, poslednjih godina je pitanje radnog vremena zaokupilo posebnu pažnju, a u kontekstu analize posledica na produktivnost, te unapređenja modela poslovanja. Više o tome v. Working hours: latest trends and policy initiatives, <https://www.oecd.org/els/emp/2080270.pdf>, 20. 9. 2022.

Prilikom sagledavanja izmena u svetu rada koje su nastale u savremenom svetu, a u izvesnoj meri kao posledica globalizacije, potrebno je imati u vidu tehnološki razvoj i elektronske vidove komunikacije, brzinu prenosa informacija, izmene u potrošačkim politikama i sve druge promene u kojima postoji svet rada i koje ostavljaju trag u svetu rada.³³ Upravo takve promene su podsticaj za poslodavce da se prilagode novonastalim okolnostima, a kroz omogućavanje radnicima veće prostorne i vremenske fleksibilnosti.³⁴ Drugim rečima, takozvani model rada „od devet do pet“ je i dalje prisutan, ali isto tako stalno preispitivan i neretko u diskrepanciji sa izmenama u svetu rada.³⁵ Štaviše, nastaju i razvijaju se brojni novi oblici rada, kao što su rad preko agencije, rad preko platformi, deljenje posla, rad po pozivu i drugo, a što neminovno ima reperkusije i u pogledu razumevanja i primene bilo kog pravila i prava u vezi sa radnim vremenom.³⁶ I dok navedene

³³ Svet rada se menja brzinom i na način koju nužnost podrazumeva izmenu i prilagođavanje „tradicionalnog“ razumevanja pitanja radnog vremena, ali i drugih radnopravnih instituta. International Labour Organization, *Working time in the twenty-first century: Report for discussion at the Tripartite Meeting of Experts on Working-time Arrangements (17–21 October 2011)*, International Labour Office, Geneva, 2011, 60.

³⁴ Iako se najčešće kao jedan od benefita fleksibilizacije u svetu rada navodi veća produktivnost i motivacija zaposlenih, i u ovom pogledu postoje suprotstavljeni stavovi. Za više o tome v. Marion Collewet, Jan Sauermann, „Working Hours and Productivity“, *Labour Economics*, tom 47, 96–106.

³⁵ Working time and working organisation – Introduction, https://www.ilo.org/global/topics/working-time/WCMS_305938/lang--en/index.htm, 10. 9. 2022. Naime, „atipično radno vreme može doneti značajne ekonomske i socijalne benefite. Ono otvara tržište rada onim ljudima kojima je rad sa punim radnim vremenom neizvodljiv ili neatraktivno. Takođe, doprinosi većoj fleksibilnosti, mobilnosti i dinamičnosti tržišta rada“. Branislav Klajić, „Ekonomska teorija ponude i tražnje za prekovremenim radom u Republici Srbiji i zemljama CIE“, *Održivi razvoj*, br. 1, tom 2, 2020, 27.

³⁶ Kako je navedeno od strane Evropske komisije, termin „novi oblici rada predstavlja krovni termin za brojne oblike zapošljavanja koji se pojavljuju ili dobijaju na značaju od 2000. godine. Pored klasičnog radnog odnosa, nove oblike rada karakteriše promena obrazaca rada, ugovornih odnosa, mesta, trajanja i rasporeda rada, povećana upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija...“. New forms of employment, <https://www.eurofound.europa.eu/topic/new-forms-of-employment>, 25. 9. 2022. Neki od „novih oblika rada“ su rad preko platforme, povremeni rad, rad preko informaciono-tehnoloških kanala komunikacije, zajednički rad, deljenje posla i dr. Postojanje novih oblika rada neminovno produbljuje i inače prisutna pitanja i nedoumice, a koje se odnose na to da li zahtevanje pripravnosti zaposlenog iako ne obavlja posao u datom trenutku takođe čini sastavni deo radnog vremena, kao i da li dnevne pauze potpadaju pod radno vreme zaposlenog. Kada je reč o ovakvim, nestandardnim oblicima rada, postavlja se i pitanje kontrole nad radom koju obavlja zaposleni. Drugim rečima, za razliku od rada iz prostorija poslodavaca, u okviru redovnog radnog vremena gde je poslodavcu lako da proveri da li zaposleni radi, bilo koji novi oblik rada ili „samo“ fleksibilizacija u okviru radnog vremena znatno otežava ovaj zadatak. Colette Fagan, Clare Lyonette,

izmene u svetu rada koje nose sa sobom notu fleksibilnosti nesporno imaju brojne prednosti, potrebno je imati u vidu i „odraz u ogledalu“, odnosno činjenicu da one istovremeno predstavljaju i destabilizaciju i deregulaciju.³⁷ Konačno, potrebno je ne ispustiti iz vida da sve navedeno ima reperkusije u pogledu regulisanja pitanja *radnog vremena*.

Takođe, još jedno pitanje koje u velikoj meri oblikuje tržište i svet rada jeste i pitanje (ne)jednakosti i (ne)ravnopravnosti. Naime, nasuprot ranijim istorijskim periodima, formalna jednakost je danas, načelno, zagarantovana kroz pravne instrumente. Sa druge strane, diskriminacija je i dalje izuzetno prisutna u svetu rada, a neretko se manifestuje, između ostalog, kroz diskriminatorne politike u smislu radnog vremena.³⁸ Štaviše, a isto u vezi sa radnim vremenom, ali i pitanjem diskriminacije, je neophodno uzeti u obzir i pitanje važnosti usklađenosti različitih sfera života.³⁹ Naime, upravo postojanje ograničenja u smislu maksimalnog broja radnih

Mark Smith, Abril Saldaña-Tejeda, *The influence of working time arrangements on work-life integration or 'balance': A review of the international evidence*, International Labour Office, Geneva, 40. U tom smislu, prisutno je i shvatanje da veća kontrola zaposlenog nad radnim vremenom, odnosno učešće u odlučivanju o radnom vremenu, ima brojne pozitivne reperkusije. Leena Ala-Mursula *et al*, „Employee control over working times: associations with subjective health and sickness absences“, *Journal of Epidemiol Community Health*, br. 1, tom 56, 2002, 272.

³⁷ Važno je ne zaboraviti i to da je samo uvođenje izmena u svet rada u izvesnoj meri uslovljeno stepenom privrednog razvoja određene države, ali i da, sa druge strane, uvođenje ovih izmena ostavlja različite posledice u zavisnosti od stepena privrednog razvoja. Digitally enabled new forms of work and policy implications for labour regulation frameworks and social protection systems, <https://www.un.org/development/desa/dspd/2021/09/digitally-enabled-new-forms-of-work-and-policy-implications-for-labour-regulation-frameworks-and-social-protection-systems/>, 10. 9. 2022.

³⁸ U tom pogledu, važno je naglasiti da je rodna i polna neravnopravnost naročito prisutna u svetu rada, ali i po pravilu povezana sa pitanjem obavljanja porodičnih dužnosti koje se i danas po pravilu smatraju „ženskim dužnostima“, a što često dovodi do interseksijske diskriminacije žena – kao žena i kao majki, odnosno nekog ko brine o drugim članovima porodice. Za više o tome v. Jacques Charmes, *The Unpaid Care Work and the Labour Market – An Analysis of Time-use Data Based on the Latest World Compilation of Time-use Surveys*, International Labour Office, Geneva, 2019.

³⁹ U tom smislu je važno imati u vidu to da usklađivanje profesionalne i porodične sfere života podrazumeva „domašaj dokle je pojedinac angažovan i utoliko zadovoljan/na, svojom profesionalnom i porodičnom ulogom“. Jeffrey H. Greenhaus, Karen M. Collins, Jason D. Shaw, „The relation between work–family balance and quality of life“, *Journal of Vocational Behavior*, br. 3, tom 63, 2003, 513. U tom pogledu, Elizabet Ruš (Elizabeth Roush) navodi: „Veliki deo literature koja se bavi trenutnim problemima ravnoteže profesionalnog i privatnog života, kao i diskriminacijom prema onima sa porodičnim dužnostima počinje sledećom pričom: kako nedavni porast navoda o diskriminatornom ponašanju, kao i sam problem ravnoteže profesionalnog i porodičnog života, imaju svoj koren u relativnom skorom ulasku žena na tržište rada ili u slabljenju tradicionalnog modela prema kom je muškarac nužno bio hranitelj porodice. Ono što zagovornici ovih teza ne uzimaju u obzir je

sati je preduslov za uopšte postojanje, a potom i usklađivanje različitih sfera života, te stoga sveobuhvatno razumevanje pojma radnog vremena nužno podrazumeva i pitanje (ne)usklađenosti različitih sfera života.

Konačno, može se zaključiti da je situacija u svetu rada, a kada je reč o radnom vremenu, danas u izvesnoj meri paradoksalna. Sa jedne strane, postoji jasno prisutno razumevanje da je način funkcionisanja privrede danas takav da zahteva veću fleksibilizaciju, te da je neophodno zaposlenima omogućiti usklađivanje različitih sfera života. Sa druge strane pak, često nezakonit i neplaćen, prekovremeni rad je u velikoj meri prisutan,⁴⁰ a što stoji nasuprot viševjekovnoj borbi radnika, te negira bilo koji napredak ostvaren u ovom pogledu.

Radno vreme u pravu Evropske unije

Pitanju radnog vremena je posvećena velika pažnja u Evropskoj uniji (EU).⁴¹ Ključni pravni instrumenti u ovom pogledu su Povelja EU o osnovnim pravima (Povelja)⁴², kao i Direktiva 2003/88/EZ posvećena pitanju radnog vremena (Direktiva)⁴³.

da su njihove ideje radne snage ili tradicionalne porodice prevaziđene; ova miopija uslovljena istorijom ih dovodi do toga da pogrešno analiziraju i da predlažu neodgovarajuća rešenja. Ova pogrešna percepcija je veoma rasprostranjena i često rezultira stereotipima i lošim tretmanom zaposlenih sa porodičnim dužnostima, naročito žena.“ Elizabeth Roush, „(Re)Entering the workforce: An historical perspective on family responsibilities discrimination and the shortcomings of law to remedy it“, *Washington University Journal of law & policy*, tom. 31, 221. Pitanju usklađivanja različitih sfera života se posvećuje posebna pažnja i na nivou EU, a o čemu svedoči donošenje takozvane Work-life balance direktive, Direktive 2019/1158/EU, 2019. godine.

⁴⁰ Naime, čini se da brojni poslovi u globalizovanoj ekonomiji podrazumevaju trajanje rada bez ikakvog ograničenja, te da brojni poslodavci u potpunosti zanemaruju institut radnog vremena. Za više o tome v. Ivan Šijaković, *Sociology, An Introduction to Understanding Global Society*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2008. i Brian Burgoon, Damian Raess, „Does the global economy mean more sweat? Trade, investment, migration and working hours in Europe“, *Socio-economic review*, br. 4, tom 9, 2008, 699–727.

⁴¹ Naime, od osamdesetih godina je u EU prisutno stanovište da izvesna fleksibilnost u pogledu regulisanja radnog vremena može imati brojne pozitivne reperkusije po tržište i svet rada. Timo Anttila, *Reduced Working Hours: Reshaping the Duration, Timing and Tempo of Work*, Jyväskylä University Printing House, Jyväskylä, 2005, 17.

⁴² Povelja EU o osnovnim pravima, Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 326/391.

⁴³ Direktiva 2003/88/EZ, Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, *Official Journal of the European Union*, L 299, 18/11/2003, 0009–0019. Pored toga, potrebno je napomenuti

Naime, pitanje radnog vremena je regulisano kroz Povelju kao sastavni pravičnih i poštenih uslova rada, a gde se navodi da „svaki radnik ima pravo na uslove rada koji poštuju zdravlje, bezbednost i dostojanstvo“, ali i da „svaki radnik ima pravo na ograničenje maksimalnog broja časova rada, na dnevni i nedeljni odmor i na plaćeni godišnji odmor“.⁴⁴ U skladu sa Direktivom koja pitanje radnog vremena reguliše na mnogo detaljniji način, članice EU imaju brojne obaveze u pogledu garantija vezanih za radno vreme, a sa posebnim naglaskom na važnosti ovog pitanja za zaštitu bezbednosti i zdravlja na radu.⁴⁵ Stoga se može reći da je usvajanje Direktive označilo veliki napredak, kako u praktičnom, tako i u simboličnom smislu.⁴⁶ Ono što je posebno važno jeste to što se u okviru Direktive određuju različiti pojmovi kao što su „radno vreme“ ili „adekvatan odmor“.⁴⁷ Nadalje, u skladu sa Direktivom, neophodno je ograničiti broj radnih sati na nedeljnom nivou na 48, uključujući prekovremeni rad.⁴⁸ Takođe, regulisano je i pitanje dnevnog odmora, a na koji radnik ima pravo ukoliko radi preko šest sati dnevno, dok radnik u toku 24 časa mora imati pravo na najmanje 11 časova neprekinutog odmora.⁴⁹ Kada je pak reč o minimalnom nedeljnom odmoru, on iznosi neprekinutih 24 sata i dodatih 11 časova dnevnog odmora, dok minimalni period godišnjeg odmora iznosi četiri nedelje.⁵⁰ Dakle, Direktiva je zasnovana na principu podele na radno vreme i vreme odmora. Takođe, važno je naglasiti to da sama Direktiva predviđa specifična pravila u pogledu nekih zanimanja, ali i određene izuzetke u odnosu na postavljena

da se i drugi instrumenti poput Direktive 97/81/EZ, Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC – Annex: Framework agreement on part-time work, *Official Journal of the European Union*, L 014, 20/01/1998, 0009 – 0014, bave određenim aspektima radnog vremena.

⁴⁴ Čl. 31. st. 1 i 2 Povelje.

⁴⁵ Za više informacija o tumačenju i stavu Evropske komisije u vezi sa Direktivom v. Report on the implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0254&from=EN>, 10. 9. 2022.

⁴⁶ U pogledu navedenog, važno je naglasiti da je Evropska konfederacija sindikata više puta zauzela stav po pitanju Direktive. Između ostalog, 2008. godine se raspravljalo o tome da se kroz Direktivu precizira da se period pripravnosti, a kada zaposleni nije aktivan, odnosno ne obavlja rad, ne smatra radnim vremenom. Evropska konfederacija sindikata je bila protivna ovakvim izmenama zauzimajući stav da bi one pogoršale položaj radnika, te da su u suprotnosti sa samim ciljem Direktive. Working Time Directive, <https://www.etuc.org/en/working-time-directive>, 15. 9. 2022.

⁴⁷ Čl. 1 Direktive.

⁴⁸ Čl. 6 Direktive.

⁴⁹ Čl. 3 Direktive.

⁵⁰ Čl. 5 st. 1. Direktive.

pravila.⁵¹ Konačno, ono što je posebno važno i interesantno jeste i to da Direktiva spominje pitanje „obrazaca rada“, a sa ciljem ukazivanja na to da poslodavac *treba način organizacije rada da prilagodi potrebama radnika*.⁵² S obzirom na navedeno, može se zaključiti da EU prepoznaje važnost pitanja radnog vremena, te da kroz Direktivu detaljno reguliše ključne aspekte ovog pitanja.⁵³

Naposletku, važno je naglasiti i to da se u okviru Evropskog stuba socijalnih prava naglašava to da radnici imaju pravo na visok nivo zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, a pitanje radnog vremena je neminovno sastavni deo ove garantije.⁵⁴

Uloga i značaj sudske prakse Suda pravde Evropske unije u pogledu pitanja radnog vremena

Iako je značaj Direktive izuzetno velik, usled složenosti sveta rada neminovno se javljaju i brojne nedoumice i pitanja, a pravni okvir često ne sadrži izričit i nedvosmislen odgovor. Drugim rečima, važno je imati u vidu da, iako je radno vreme jedan od osnovnih instituta radnog prava, može se reći da „njega prati problem nedovoljne određenosti, jer, pored slučajeva koje obuhvata uže, nesumnjivo značenje pojma radnog vremena, postoje i slučajevi koji se nalaze na samoj ivici (jezgra) ovog pojma, kao što je to slučaj sa dežurstvom i pripravnosću (za rad)“.⁵⁵ Drugim rečima, pored određenja radnog vremena, praksa, ali i teorija „nameću“ brojna pitanja kada je reč o vremenu „u vezi sa radom“. Upravo u tom svetlu se čini da je uloga Suda pravde EU (Sud) od krucijalne važnosti. Naime, uloga Suda se ogleda

⁵¹ Sa jedne strane se izuzeci odnose na određene profesije, dok je sa druge strane propisana i mogućnost izuzetka u odnosu na postavljene granice i u individualnom slučaju, ali samo ukoliko postoji saglasnost radnika i ukoliko to ne bi imalo negativne posledice po zdravlje radnika. U tom smislu se navodi da, iako Direktiva predviđa mogućnost određenih izuzetaka u odnosu na pravila koja se tiču radnog vremena, reperkusije ovih izuzetaka u praksi tek treba da budu sveobuhvatno procenjene. Jorge Miguel Cabrita, *Opting out of the European Working Time Directive*, Publications Office of the European Union, Brussels, 2015.

⁵² Čl. 13 Direktive.

⁵³ Važno je naglasiti da je „u EU 2021. godine 27,9% zaposlenih radilo u proseku manje od 35 sati nedeljno. 17,7% imalo je prosečnu radnu nedelju od 35 do 40 sati. Najveći udeo (38,4 %) na nivou EU je imao prosečnu radnu nedelju od 40 do ispod 42 sata. Mnogo manji udeo zaposlenog stanovništva činili su oni koji su radili u proseku nedeljno 42 do ispod 45 sati (2,8 %), 45 do ispod 50 sati (5,3 %) i više od 50 sati (7,9 %)“. Hours of work – annual statistics, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Hours_of_work_-_annual_statistics&oldid=565451#Employed_people_by_length_of_the_average_working_week, 12. 9. 2022.

⁵⁴ Princip 10. Evropskog stuba socijalnih prava.

⁵⁵ Lj. Kovačević (2013), op. cit., 284.

u tome da zagaranjuje pravičnost, sve i kada određeno pitanje nije izričito regulisano u pravnom okviru, ali i da brani pravičnost, odnosno pravdu kada jeste.⁵⁶ U tom svetlu, u nastavku će biti analizirana sudska praksa u pogledu nekoliko pitanja od ključnog značaja za adekvatno i sveobuhvatno razumevanje radnog vremena u EU – pitanje pripravnosti za rad i dežurstva, stručnog osposobljavanja i usavršavanja, godišnjeg odmora, kao i više ugovora koje radnik ima kod jednog poslodavca.⁵⁷

U tom smislu, izuzetno je važno naglasiti to da je u proteklih godina dana pred Sudom bilo više slučajeva koji se bave pitanjem radnog vremena.⁵⁸ Naime, u slučaju *BX v Unitatea Administrativ Teritorială D*,⁵⁹ pitanje postavljeno pred Sud odnosilo se na to da li period koji radnik provede u okviru stručnog osposobljavanja i usavršavanja koje je zahtevao poslodavac predstavlja sastavni deo radnog vremena. Takođe važna činjenica u ovom pogledu je ta da je veći deo sati u okviru stručnog osposobljavanja bio van redovnog radnog vremena zaposlenog, ali i to što se stručno osposobljavanje odvijalo van prostorija poslodavca. U tom smislu, budući da je u skladu sa Direktivom jedno od distinktivnih obeležja radnog vremena to što je radnik na raspolaganju poslodavcu, izuzetno je važno to što je Sud i u ovom slučaju zauzeo stav da je zaposleni bio na raspolaganju poslodavcu. U tom smislu, posebno je važno to što Sud u ovom slučaju nije uzeo kao relevantne činjenice da se stručno osposobljavanje odvijalo van redovnog radnog vremena, van prostorija poslodavca, ali i da se u svojoj suštini razlikovalo u odnosu na posao koji obavlja zaposleni.

⁵⁶ Sud je već kroz raniju praksu potvrdio da garantije koja se tiču radnog vremena, kao i plaćenog godišnjeg odmora predstavljaju prava posebnog značaja koja mora biti od značaja za svakog radnika. Na primer v.

Case C-14/04, 1. 12. 2005, *Abdelkader Dellas and Others v Premier ministre and Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, ECLI:EU:C:2005:728 i Case C-124/05, 6. 4. 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging v Staat der Nederlanden*, ECLI:EU:C:2006:244.

⁵⁷ U izveštajima Evropske komisije je takođe prepoznato to da je izuzetno važno da Sud zauzme stav po pitanjima koja nisu izričito regulisana Direktivom, a budući da su reperkusija odsustva smernica u ovom pogledu izuzetno velike po radnike. European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on implementation by Member States of Directive 2003/88/EC, The Working Time Directive, Brussels, 2010, 10.

⁵⁸ Slično pitanje se postavilo i u *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger*, slučaju u kom se postavilo pitanje da li obaveza doktora da bude na radnom mestu i van svog radnog vremena takođe konstituiše časova rada, sve i ukoliko taj lekar na svom poslu ima i sobu za odmor, te *de facto* ne obavlja posao sve vreme. U ovom slučaju, Sud je takođe zauzeo stav da ovaj period (dežurstva) treba da se smatra radnim vremenom, nezavisno od toga da li je radnik imao pravo i mogućnost da se odmara na radnom mestu u periodima kada je bio dežuran. Case C-151/02, 9. 9. 2003, *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger*, ECLI:EU:C:2003:437.

⁵⁹ Case C-909/19, 28. 10. 2021, *BX v Unitatea Administrativ Teritorială D*, ECLI:EU:C:2021:893.

Ovakvom odlukom je Sud zauzeo jasan stav da je pravično ovaj period odrediti kao radno vreme, sve i ukoliko postoje pitanja koja mogu podstaći i drugačija tumačenja. Drugim rečima, Sud je sagledao situaciju zaposlenog na sveobuhvatan način, te je primenio pravdu u konkretnom slučaju, odnosno pravično odlučio.⁶⁰

Sud je imao priliku da se izjasni po sličnom pitanju i u slučaju *RJ v Stadt Offenbach am Main*,⁶¹ koji se ticao vatrogasca koji je pored redovnog radnog vremena imao obavezu da i izvesni dodatni period bude u pripravnosti, odnosno da bude dostupan. Iako u tom periodu nije morao da bude u prostorijama poslodavca, određen je bio vremenski period od 20 minuta kao vremenski okvir u kom vatrogasac treba da dođe do opreme i obavi druge pripreme radnje kako bi počeo da izvršava zadatak. Prilikom detaljne ocene okolnosti u ovom slučaju, sud se osvrnuo na to da da ključno pitanje leži u tome da li je ovaj period u kom zaposleni treba da bude u pripravnosti u konkretnom slučaju period odmora ili period koji treba da se smatra radnim vremenom. U tom smislu, Sud se osvrnuo na to da ukoliko zaposleni ima obavezu da bude u prostorijama poslodavca, taj period se po pravilu smatra radnim vremenom. Sa druge strane, ukoliko pak ne postoji obaveza zaposlenog da bude u prostorijama poslodavca, Sud nije zauzeo nedvosmislen stav već je naglasio da je u takvoj situaciji uloga nacionalnih sudova u tome da procene sve okolnosti slučaja, te da tek nakon detaljne analize i procene u konkretnom slučaju donesu odluku u pogledu toga da li se određeni period pripravnosti može smatrati radnim vremenom. U tom smislu nacionalni sudovi treba da se vode pitanjima u kojoj meri

⁶⁰ U okviru ranije prakse, a koja se odnosila na raniju Direktivu kojom je bilo regulisano pitanje radnog vremena u EU (Council Directive 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organization of working time, *Official Journal of the European Union*, L 307, 13/12/1993, 0018–0024), Sud se takođe bavio sličnim pitanjima. Na primer, u slučaju *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, španski nacionalni sud se obratio Sudu povodom tumačenja pitanja pripravnosti za rad i dežurstva, a u pogledu doktora koji su pored redovnog radnog vremena imali i obavezu da određeno vreme budu dostupni, bilo van ili u prostorijama poslodavca. Sud je u ovom pogledu zauzeo stav da ukoliko obaveza pripravnosti podrazumeva i to da radnik mora biti u prostorijama poslodavca, ovo vreme je neophodno posmatrati kao radno vreme dok ukoliko takva obaveza ne postoji onda je radno vreme samo onaj deo vremena koji se odnosi na period kada je radnik zapravo pozvan da radi i van svog redovnog radnog vremena. Case C-303/98, 3. 10. 2000, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, ECLI:EU:C:2000:528. Sud se takođe u svojoj praksi bavio i pitanjem obaveza poslodavca u pogledu ugovora sa multim radnim vremenom, a gde je zaključio, tumačenjem Direktiva 97/81/EZ i Direktive 76/207/EEZ, da poslodavac ima obavezu da plati samo onaj period vremena kada je zaposleni obavljao posao. Case C-313/02, 12. 10. 2004, *Nicole Wippel v Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:607.

⁶¹ Case C-580/19, 9. 3. 2021, *RJ v Stadt Offenbach am Main*, ECLI:EU:C:2021:183. Sud je zauzeo isti stav slučaju Case C-344/19, *D. J. v Radiotelevizija Slovenija*, 9. 3. 2021, ECLI:EU:C:2021:182.

je sloboda radnika da obavlja druge aktivnosti, odnosno da uživa u dokolici zaista ograničena obavezom da bude dostupan poslodavcu.

Na istom fonu, Sud je nedavno odlučivao i u slučaju *Dublin City Council* koji se takođe ticao vatrogasca – naime, vatrogasac je trebalo da bude dostupan, odnosno u pripravnosti 24 časa dnevno, sedam dana u nedelji, s tim što je trebalo da učestvuje u 75% intervencija u kojima njegova vatrogasna jedinica učestvuje, dok je preostalih 25% mogao da odbije. Još jedan faktor koji je bilo neophodno uzeti u obzir jeste to da je vatrogascu omogućeno da radi kao vozač taksija, odnosno da obavlja i drugi posao, ali ne preko 48 sati nedeljno. U ovom slučaju Sud je takođe zauzeo stav da konačnu odluku u pogledu toga da li se period pripravnosti smatra radnim vremenom treba da donese nacionalni sud, ali uzimajući u obzir pitanje da li je ova obaveza vatrogasca da bude u stanju pripravnosti bila takva da ga *objektivno i u velikoj meri* ograničava u pogledu obavljanja drugih aktivnosti. Štaviše, Sud je zauzeo stav da su faktori koje nacionalni sud mora uzeti u obzir u ovom smislu učestalost poziva da obavi zadatak, kao i činjenica da je postojala mogućnost da, bar određeni deo vremena, vatrogasac radi i kao vozač taksi vozila.

Takođe, Sud se u okviru više slučajeva bavio pitanjem godišnjeg odmora, a kao jednim od ključnih prava koje svaki radnik ima. Naime, u skladu sa Direktivom, ovo pravo je neotuđivo, a može biti „zamenjeno“ novčanom naknadnom samo ukoliko je došlo do prestanka radnog odnosa. U slučaju *WD v job-medium GmbH*⁶² pred Sudom se postavilo pitanje da li zaposleni ima pravo na novčanu naknadu za neiskorišćene dane godišnjeg odmora, a budući da je do prestanka radnog odnosa došlo na inicijativu zaposlenog i bez navođenja razloga. U tom smislu, poslodavac se pozivao na austrijsko nacionalno pravo, a koje nije garantovalo pravo na naknadu ako do prestanka radnog odnosa dođe od strane zaposlenog i ukoliko razlog nije naveden. Sud je u ovom slučaju zauzeo stav da nije u skladu sa pravom EU uvođenje bilo kakvih dodatnih uslova u pogledu ostvarenja prava na naknadu zarade, u ovakvim situacijama, te da zaposleni ima ovo pravo bez obzira na to na čiju inicijativu je radni odnos okončan, kao i da li su navedeni razlozi. U vezi sa tim, posebno je važno naglasiti i to da se Sud dotakao i pitanja godišnjeg odmora u kontekstu prekovremenog rada. Naime, u slučaju *DS v Koch Personaldienstleistungen GmbH*,⁶³ poslodavac prilikom računanja naknade koju duguje zaposlenima za prekovremeni rad nije uzimao u obzir dane provedene na godišnjem odmoru. Sud je zaključio da je ovakva protivna evropskom pravu, te je time još jednom potvrdio *neotuđivost i važnost* prava na godišnji odmor.

⁶² Case C-233/20, 25. 11. 2021, *WD v job-medium GmbH*, ECLI:EU:C:2021:960.

⁶³ Case C-514/20, 13. 1. 2022, *DS v Koch Personaldienstleistungen GmbH*, ECLI:EU:C:2022:19.

Još jedno izuzetno važno pitanje, a kojim se Sud bavio jeste pitanje kako se primenjuju pravila o radnom vremenu i dnevnom odmoru kada radnik ima više ugovora sa jednim poslodavcem. Naime, u slučaju *Academia de Studii Economice din București v. Organismul Intermediar pentru Programul Operațional Capital Uman – Ministerul Educației Naționale*,⁶⁴ Sud je odlučivao o tome da li se minimalni period odmora između dva radna dana (koji u skladu sa Direktivom iznosi 11 sati, a u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom Rumunije 12) računa na osnovu svakog pojedinačnog ugovora ili na osnovu svih ugovora koje radnik ima sa poslodavcem zajedno. Sud je ovde uzeo u obzir i činjenicu da je radnik slabija strana u radnom odnosu, te da u ovakvim situacijama postoji mogućnost zloupotrebe određenog radnopravnog instituta od strane poslodavca, te je zaključio da je neophodno da radniku bude omogućen propisani minimalni period odmora bez obzira na broj ugovora koje ima sa poslodavcem.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Razmatranje pitanja pravde i pravičnosti u sudskoj praksi i uopšte, kao i pravnog okvira ukazuje međusobnu uslovljenost i povezanost ovih pojmova. Sa jedne strane, pravda, pa i pravičnost kao njena „konkretizacija“ ostaju u potpunosti u sferi ideja ukoliko ne postoji pravni okvir kroz koji će ovi principi biti otelotvoreni. Sa druge strane pak, pravni okvir koji ne prepoznaje i ne uvažava pravdu je samo prazni okvir bez suštine. Pa ipak, sve i kada pravni okvir sadrži načela i odredbe koji garantuju pravdu, čini se da on nikad ne može biti u dovoljnoj meri sveobuhvatan da se dotakne svake specifične i individualne situacije. U tom pogledu je uloga suda, odnosno sudskog postupka ključna – sud je tu da zagaranjuje pravičnost u svakom individualnom slučaju, a time i da, na širem i apstraktnijem nivou, zagaranjuje pravdu. Stoga svaki sud postaje branitelj garantije ljudskih prava, a kako to akademik Perović navodi: „... ljudska prava predstavljaju takvu univerzalnu vrednost, koja u sebi sadrži sve druge vrednosti [...] – dostojanstvo, kulturu mira, samosvesnu sloboda, nauku, religiju, demokratsku jednakost, međukulturnu toleranciju, pravdu i aktivnu pravičnost, pravnu država i pravnu sigurnost. Jednom rečju, sve ono što čini područje univerzalne prirodne i socijalne pravde.“⁶⁵

Sve navedeno treba imati u vidu prilikom analize svakog radnopravnog instituta, pa tako i instituta radnog vremena. U tom svetlu, može se reći da je složenost ovog instituta, u najmanju ruku, dvodimenzionalna. Sa jedne strane, regulisanje

⁶⁴ Case C-585/19, 17. 3. 2021, *Academia de Studii Economice din București v Organismul Intermediar pentru Programul Operațional Capital Uman – Ministerul Educației Naționale*, ECLI:EU:C:2021:210.

⁶⁵ S. Perović, „Prirodno pravo i univerzalne vrednosti“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2005, 542.

uopšte ovog instituta je povezano sa viševjekovnom borbom radnika, a „težina“ pravnog regulisanja se ogleda u pronalasku „odgovarajuće mere“ u pogledu suprotstavljenih interesa poslodavca i zaposlenog. Sa druge strane, posebna složenost ovog instituta je povezana sa izmenama u svetu rada i specifičnostima različitih pitanja u vezi sa radnim vremenom.

Kada je reč o radnom vremenu u pravu EU, može se zaključiti da je ovom pitanju posvećena relativno velika pažnja. Naime, iako je ovo pitanje pomenuto i kroz druge pravne instrumente u EU, od posebne važnosti je Direktiva koja reguliše različita pitanja u vezi sa radnim vremenom. Pa ipak, ma koliko detaljno Direktiva regulisala određena pitanja, stvarnost života je takvog stepena složenosti da uvek u izvesnoj meri „izmiče“ pravnim instrumentima. Stoga je uloga Suda od izuzetnog značaja. Naime, Sud je, posebno kroz svoju nedavnu praksu, dokazao sa jedne strane da prava radnika u vezi sa radnim vremenom moraju biti zagarantovana i sprovedena bez izuzetka. Sa druge strane pak, a posebno kroz razmatranje i odluka u pogledu toga da li se pripravnost za rad radnika smatra sastavnim delom radnog vremena, Sud je prepoznao važnost detaljne analize od strane nacionalnih sudova u svakom pojedinačnom slučaju, time negujući važnost pravičnosti kroz uzimanje u obzir specifičnih okolnosti svakog slučaja. Konačno, može se reći da uopšte činjenica da je Sud odlučivao više puta o pitanjima u vezi sa radnim vremenom kroz nedavnu sudsku praksu ukazuje na važnost, ali i aktuelnost ovog pitanja. Može se zaključiti da, iako je radno vreme „samo“ jedan od ključnih radnopravnih instituta, upravo kroz ovaj primer se ukazuje na važnost pravnog okvira, ali sudske prakse, a kada je reč o postizanju pravičnosti, odnosno (socijalne) pravde.

MINA KUZMINAC
Teaching Fellow, Faculty of Law
Univeristy of Belgrade

JUSTICE AND FAIRNESS – WORKING TIME IN EUROPEAN UNION LAW WITH THE SPECIAL EMPHASIS ON THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The paper deals with the issue of working time in the European Union, with a special focus on the importance of the role of the Court of Justice of the European Union in the interpretation of legal instruments in this regard. In this sense, and with the aim of understanding the importance of this issue, as well as the role of the Court in relation with the mentioned, it is necessary to look at this issue from the broader perspective of justice and fairness in judicial decision-making process.

In this light, the importance and meaning of the concepts of justice and fairness, as well as the mutual relationship between these two concepts, are discussed in the paper. Also, special attention is paid to the issue of social justice in the context of the 21st century and the world of work, and with the aim of proper understanding of the role that the working time, as a labour law issue, has today. Although the issue of working time has been given attention within the European Union law, the role of the Court in this respect is of great importance, given the fact that the Court has, through its case law significantly contributed to the interpretation of rules related to working time. In other words, the case law of the European Court of Justice has contributed to the realization of fairness, that is, justice on a more general and abstract level, through several cases related to the issue of working time.

Key words: fairness, social justice, world of work, working time, Court of Justice of the European Union

Literatura

- Ala-Mursula L. *et al.*, „Employee control over working times: associations with subjective health and sickness absences“, *Journal of Epidemiology Community Health*, tom 56, br. 1, 2002.
- Alibašić M., „Pravda kao težište ravnoteže pozitivnog prava“, *Pregled: časopis za društvena pitanja*, br. 1, tom 1, 2014.
- Anatomy of a prohibition: ILO standards in relation to night work of women in industry, <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc89/rep-iii1b-i.htm>.
- Anttila T., *Reduced Working Hours: Reshaping the Duration, Timing and Tempo of Work*, Jyväskylä University Printing House, Jyväskylä, 2005.
- Anxo D., „Working time: Research and development: A review of literature (1995–1997) commissioned by the European Commission and the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions“, Centre for European Labour Market Studies, 1998.
- Bilić A., „Fleksibilno radno vrijeme – modus rekonzilijacije privatnog i poslovnog života radnika te povećanja kompetitivnosti poslodavca“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3, 2017.
- Burchell B, Sehnbruch K., Piasna A., Agloni N., „The quality of employment and decent work: Definitions, methodologies, and on-going Debates“, *Cambridge Journal of Economics*, 6p. 38, 2014.
- Burgoon B., Raess D., „Does the global economy mean more sweat? Trade, investment, migration and working hours in Europe“, *Socio-economic review*, br. 4, tom 9, 2008.
- Cabrita J. M., *Opting out of the European Working Time Directive*, Publications Office of the European Union, Brussels, 2015.
- Charmes J., *The Unpaid Care Work and the Labour Market – An Analysis of Time-use Data Based on the Latest World Compilation of Time-use Surveys*, International Labour Office, Geneva, 2019.
- Collewet M., Sauermann J., „Working Hours and Productivity“, *Labour Economics*, tom 47.

- Čavoški K., *O pravdi i pravičnosti*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 2017.
- Deranty J., „Social Justice“, *International Encyclopedia of Political Communication*, br. 4, tom 43, 2012.
- Digitally enabled new forms of work and policy implications for labour regulation frameworks and social protection systems, <https://www.un.org/development/desa/dspd/2021/09/digitally-enabled-new-forms-of-work-and-policy-implications-for-labour-regulation-frameworks-and-social-protection-systems/>.
- Durđić S., „Ideja pravde u antici“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 9, tom 78.
- European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on implementation by Member States of Directive 2003/88/EC, The Working Time Directive, Brussels, 2010.
- Fagan C., Lyonette C., Smith M., Saldaña-Tejeda A., *The influence of working time arrangements on work-life integration or „balance“: A review of the international evidence*, International Labour Office, Geneva.
- Field C., Chan X., „Contemporary Knowledge Workers and the Boundaryless Work–Life Interface: Implications for the Human Resource Management of the Knowledge Workforce“, *Frontiers in Psychology*, br. 2414, tom 9, 2018.
- Greenhaus J., Collins K. M., Shaw J. D., „The relation between work–family balance and quality of life“, *Journal of Vocational Behavior*, br. 3, tom 63, 2003.
- Hours of work – annual statistics, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Hours_of_work_-_annual_statistics&oldid=565451#Employed_people_by_length_of_the_average_working_week.
- https://www.ilo.org/global/topics/working-time/WCMS_305938/lang--en/index.htm.
- Huseinspahić A., „Pravda kao nužnost pravno-političkog sistema“, *Zbornik radova, II međunarodna konferencija Bosna i Hercegovina i euroatlanske integracije, trenutni izazovi i perspektive*, Bihać, br. 2, 2014.
- International Labour Organization, „World of work“, *The magazine of the ILO*, International Labour Office, Geneva, 2008.
- International Labour Organization, *Organizing for social justice: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2004.
- International Labour Organization, Report of the director general, *Decent work*, International Labour Conference, 87th Session 1999, International Labour Office, Geneva.
- International Labour Organization, *Working time in the twenty-first century: Report for discussion at the Tripartite Meeting of Experts on Working-time Arrangements (17–21 October 2011)*, International Labour Office, Geneva, 2011.
- International Labour Standards on Working time, <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/working-time/lang--en/index.htm>.

- Keller P., „O socijalnoj pravdi“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, tom 53, 2005.
- Klajić B., „Ekonomska teorija ponude i tražnje za prekovremenim radom u Republici Srbiji i zemljama CIE“, *Održivi razvoj*, br. 1, tom 2, 2020.
- Košutić B., „Pravo i pravda u partijskoj državi“, *Pravo i pravda 2013*. (ur. Jasminka Hasanbegović), Beograd, 2019.
- Kovačević Lj., *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Kovačević Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Lee S, McCann D., Messenger J., *Working Time Around the World: Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective*, International Labour Office, Geneva, 2007.
- Lemennicier B., „Social Justice and its Controversies“, *Journal des Économistes et des Études Humaines*, br. 2–3, tom 4, 1993.
- New forms of employment, <https://www.eurofound.europa.eu/topic/new-forms-of-employment>.
- Perović S., „Kulturni identitet i prirodno pravo“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2004.
- Perović S., „Prirodno pravo i društveni imperativi“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2016.
- Perović S., „Prirodno pravo i stvarnost“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2017.
- Perović S., „Prirodno pravo i univerzalne vrednosti“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2005.
- Perović S., „Prirodno pravo kao mera svetskog poretka“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2002.
- Petrović Škero V., „Pravo i pravda kao moći i hteti“, *Pravo i pravda 2013*. (ur. Jasminka Hasanbegović), Beograd, 2019.
- Rantanen J., Muchiri F., Lehtinen S., „Decent work, ILO’s response to the globalization of working life: Basic concepts and global implementation with special reference to occupational health“, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, br. 10, tom 17, 2020.
- Report on the implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0254&from=EN>, 10. 9. 2022.
- Roush E., „(Re)Entering the workforce: An historical perspective on family responsibilities discrimination and the shortcomings of law to remedy it“, *Washington University Journal of law & policy*, tom 31.
- Spiegelaere S., Piasna A., *Zašto i kako skratiti radno vrijeme*, Friedrich Ebert Stiftung, Savez samostalnih sindikata Hrvatske, Zagreb, 2019.
- Stepanov R., „Civilizacijska spirala pravde“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 9, tom 71, 2015.
- Stojiljković Z., „Trakat o socijalnoj pravdi“, *Srpska politička misao*, br. 1, tom 59, 2018.

- Stok M., Bal M., Yerkes M., de Wit J., „Social Inequality and Solidarity in Times of COVID-19“, *Frontiers in Public Health*, br. 6339, tom 18, 2021.
- Strengthening social justice to address intersecting inequalities post-2015, <https://www.sdgfund.org/sites/default/files/Intersecting%20inequalities%20post2015%20ODI%20SDGF.pdf>.
- Šijaković I., *Sociology, An Introduction to Understanding Global Society*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2008.
- The International Forum for Social Development, *Social Justice in an Open World The Role of the United Nations*, United Nations, New York, 2006.
- The need for social justice, <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/need-for-social-justice/lang--en/index.htm>.
- Working hours: latest trends and policy initiatives, <https://www.oecd.org/els/emp/2080270.pdf>.
- Working time and working organization – Introduction, Working Time Directive, <https://www.etuc.org/en/working-time-directive>.
- 93rd International Labour Conference Working hours around the world: balancing flexibility and protection, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_075524/lang--en/index.htm#:~:text=The%20very%20first%20ILO%20Convention,sectors%20of%20commerce%20and%20offices.

PREGLEDNI RAD

DORĐE ĐUKIĆ

**NASTAVAK DOMINACIJE AMERIČKOG DOLARA
KAO REZERVNE VALUTE I IMPLIKACIJE
ZA FINANSIJSKA TRŽIŠTA**

U radu je data analiza ključnih ekonomskih faktora, u kontekstu aktuelnih geopolitičkih kretanja, koja pokazuje da se dominacija američkog dolara u svetskim finansijama u bliskoj budućnosti ne dovodi u pitanje: prvo, oko jedne polovine svetske trgovine se odvija sa fakturama koje glase u dolarima; drugo, oko jedne polovine svih međunarodnih kredita i globalnog iznosa dužničkih hartija od vrednosti je nominirano u američkim dolarima; treće, blizu 90% svih transakcija na deviznim tržištima se odvija u dolarima. Udeo američkog dolara u svetskim deviznim rezervama iznosi blizu 60%. Evro, kao druga po značaju međunarodna valuta, učestvovao je u svetskim deviznim rezervama u najvećem broju godina od uvođenja 1999, sa 19–20%, što ukazuje na to koliko je bilo teško potisnuti američki dolar kao dominantnu valutu. Značajniji napredak je postignut samo kod učešća evra na međunarodnom tržištu obveznica – povećano je na 24,6% u 2021. godini, dok je na međunarodnim tržištima kredita iznosilo 17,6%. Kineski juan je tokom 2022. izgubio preko 10% u odnosu na američki dolar i kreće se ka najvećem godišnjem slabljenju od 1994. Malo je verovatno da bi juan mogao (sa sadašnjih 3%) značajnije da poveća svoj udeo u svetskim deviznim rezervama, kao i na međunarodnim tržištima kapitala i kredita, i time ugrozi američki dolar. Agresivno povećanje ključne kamatne stope od strane FED-a u borbi protiv dvocifrene inflacije, i značajno zaostajanje ECB u tom pogledu neminovno će voditi daljem jačanju dolara prema evru. To će imati za rezultat nastava seljenja investitora u finansijske instrumente nominirane u dolarima, ali i rastuće rizike da veliki broja dužnika koji su se zaduživali u dolarima neće moći da uredno otplaćuje dugove.

Ključne reči: dominacija, američki dolar, rezervna valuta, implikacije finansijska tržišta

Prof. dr Đorđe Đukić, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Beogradu,
e-mail: djordje.djukic@ekof.bg.ac.rs.

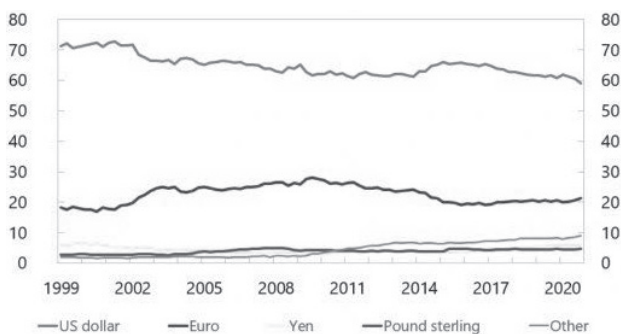
U V O D

Pre izbijanja pandemije virusa korona početkom 2020. godine i sukoba između Rusije i Ukrajine februara 2022. godine često su bili prisutni bombastični tekstovi o sunovratu američkog dolara u međunarodnom finansijskom sistemu i njegova brza zamena drugim međunarodnim valutama, i to ne samo evrom, već i kineskim juanom zbog brzorastuće kineske privrede – rast realnog BDP-a u periodu 2017–2019. od 6 do 7% godišnje.¹ Reč je o sejanju iluzija u očima javnosti na čisto ideološkim osnovama, a ne na osnovu temeljnih analiza ključnih ekonomskih faktora koji predodređuju dugoročnu dominantnu poziciju američkog dolara u svetskim finansijama. Ti faktori se ne mogu posmatrati odvojeno od rastućih geopolitičkih poremećaja u svetu. Na njih, zbog straha, munjevito reaguju učesnici na finansijskim tržištima, bežeći, između ostalog, u američki dolar kao sigurnu luku (valutu poslednjeg прибежишта). Intenzitet straha kao psihološke kategorije ne može se izmeriti, ali nas monetarna istorija uči da upravo zbog straha dolazi do prekomerne reakcije učesnika na tržištu, pa beg od slabih valuta ka jakim valutama, poput američkog dolara može biti fatalan za mnoge zemlje zbog bega kapitala iz njih i izbijanja valutnih kriza.

POKAZATELJI DOMINACIJE AMERIČKOG DOLARA

Da je prisutna samo postupnost u slabljenju američkog dolara na dugi rok, a ne strmoglav pad, vidi se iz dinamike udela dolara u zvaničnim deviznim rezervama u svetu, u periodu 1999–2020. godine (grafikon 1).

Grfikon 1: Valutna struktura alociranih zvaničnih deviznih rezervi u periodu 1999–2020.

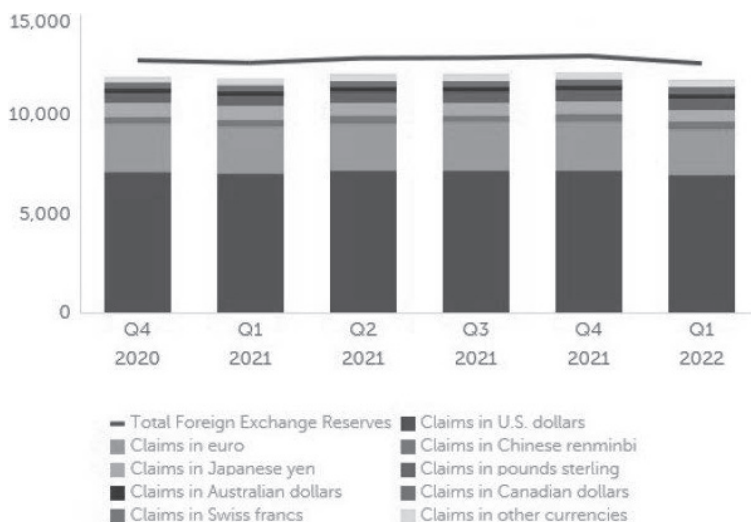


Izvor: IMF Data, „Currency Composition of Foreign Exchange Reserves“, <https://data.imf.org/?sk=E6A5F467-C14B-4AA8-9F6D-5A09EC4E62A4>, 12. 10. 2022.

¹ „Consensus Forecast, China“, FocusEconomics – Economic Indicators, News and Forecasts, October 2022, 2, www.focus-economics.com, 4. 10. 2022.

Udeo američkog dolara u svetskim deviznim rezervama opao je na najniži nivo – od 59% u četvrtom kvartalu 2020. godine. To je za 12 procentnih poena niže u odnosu na 1999. godinu u kojoj je uveden evro. Pad udela američkog dolara na kratak rok nastajao je usled promene deviznih kurseva, a na dugi rok zbog odluka centralnih banaka o promeni valutne strukture deviznih rezervi. U periodima slabljenja dolara prema drugim glavnim valutama udeo dolara u svetskim deviznim rezervama je opadao, jer je dolarski iznos rezervi u drugim valutama rastao. Obrnuto, udeo dolara u svetskim deviznim rezervama je rastao u periodima njegovog jačanja, što se dešava i u 2022. godini.

Grafikon 2: Valutna struktura alociranih zvaničnih deviznih rezervi u periodu Q4 2020–Q1 2022.



Izvor: IMF Data, „Currency Composition of Foreign Exchange Reserves“, <https://data.imf.org/?sk=E6A5F467-C14B-4AA8-9F6D-5A09EC4E62A4>, 12. 10. 2022.

Na kraju prvog kvartala 2021. udeo američkog dolara u svetskim deviznim rezervama iznosio je 59,4%, a na kraju drugog kvartala 2022. godine 59,5%, što znači da je došlo da malog povećanja u odnosu na dugoročno najniži nivo, od 59% (v. grafikon 2). Evro, kao druga po značaju međunarodna valuta, učestvovao je u svetskim deviznim rezervama u najvećem broju godina sa 19–20%. U 1999 godini, kada je uveden, učestvovao je sa 19%, što samo ukazuje na to koliko je bilo teško potisnuti američki dolar kao dominantnu međunarodnu valutu. Značajniji napredak je postignut samo kod učešća evra na međunarodnom tržištu obveznica – povećano je na 24,6% u 2021. godini, dok je na međunarodnim tržištima kredita iznosilo 17,6%.

Treća po značaju međunarodna valuta jeste japanski jen, sa učešćem od preko 5%, a četvrta po značaju je britanska funta, sa učešćem od blizu 5%. Kineski juan učestvuje sa ispod 3% u svetskim deviznim rezervama.

Uprkos dugoročnom slabljenju moći američkog dolara, njegova dominacija u svetskim finansijama u bliskoj budućnosti, ne dovodi se u pitanje. To potvrđuju sledeće nepobitne činjenice.

– Oko jedne polovine svetske trgovine se odvija sa fakturama koje glase u dolarima. U 2020. godini blizu jedne polovina vrednosti uvezenih roba u EU je fakturisano u američkim dolarima, a reč je uglavnom o nafti i naftnim derivatima (izvor: Eurostat).

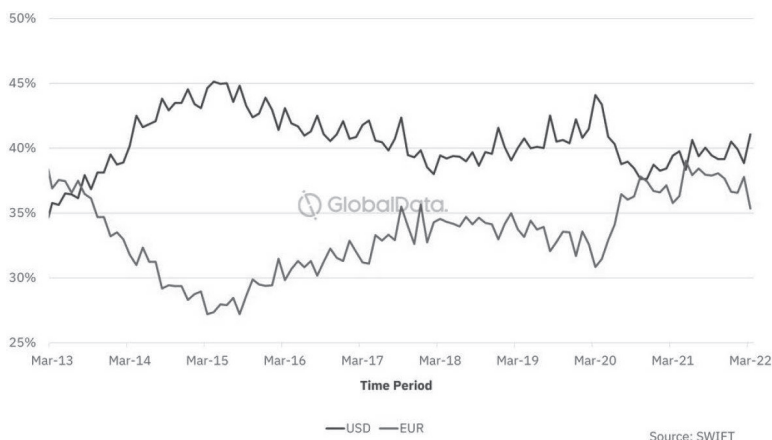
– Oko jedne polovine svih međunarodnih kredita nominirano je u američkim dolarima.

– Oko jedne polovine globalnog iznosa dužničkih hartija od vrednosti nominirano je u američkim dolarima.

– Blizu 90% svih transakcija na deviznim tržištima, na kojima se trguje devizama, odvija se u američkim dolarima.

Kakva je situacija u pogledu valutne strukture međunarodnih plaćanja? Da evro ne može značajnije da ugrozi američki dolar pokazuje ponovno povećanje udela američkog dolara u međunarodnim plaćanjima na račun evra kao druge po značaju međunarodne valute (v. grafikon 3).

Grafikon 3: Udeli američkog dolara i evra u međunarodnim plaćanjima (preko SWIFT-a)



Izvor: SWIFT, <https://www.swift.com/myswift/billing/direct-debit/pay-your-usd-invoices-direct-debit#usd-account-held-outside-of-the-us>, 15. 10. 2022.

Udeo američkog dolara, povećan je u februaru 2022. godine na najviši nivo od 2013. godine – na oko 41%, dok je udeo evra smanjen na 35,3%. To je direktna posledica: zabrane ruskim bankama da koriste SWIFT nakon izbijanja sukoba između Rusije i Ukrajine; pada vrednosti evra u odnosu na dolar zbog rastuće stope inflacije i usporavanja privredne aktivnosti u evrozoni nakon izbijanja tog sukoba kome se ne nazire skori kraj.

ZAŠTO AMERIČKI DOLAR POTISKUJE EVRO U KRIZNIM USLOVIMA?

Konstrukciona greška u kreiranju evrozone daje još manje šanse evru da u postojećoj krizi u svetu potisne američki dolar. U čemu je bila konstrukciona greška? Faktički, dozvoljeno je da članice evrozone postanu zemlje kojima nije bilo mesto u monetarnoj uniji sa najrazvijenijim zemljama Evropske unije koje su činile njeno jezgro: Nemačkom, Francuskom, Holandijom, itd. Ovo zbog:

- nižeg nivoa produktivnosti faktora proizvodnje i niske konkurentnosti preduzeća;

- sklonosti poreskoj evaziji i budžetskoj nedisciplini, praćenoj enormnim zaduživanjem države, poput Grčke, Italije, Španije i Portugalije;

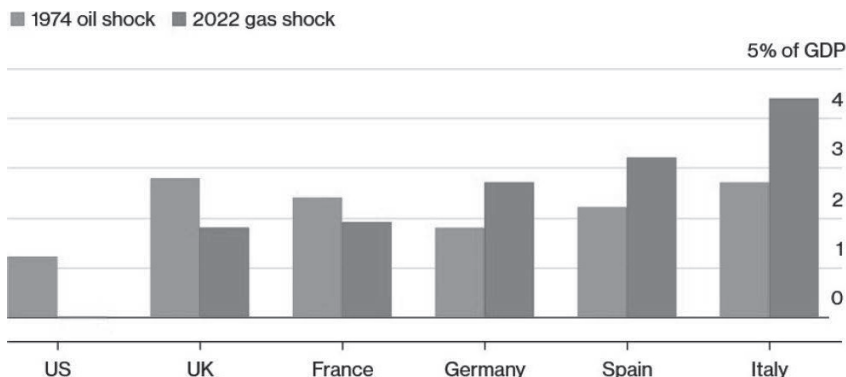
- visokog stepena korupcije u društvu, itd.²

Štaviše, za neke zemlje, poput Grčke, frizirani su rezultati o ispunjenosti Mاستrihtskih „kriterijuma konvergencije“ o stanju javnih finansija, poput budžetskog deficita i nivoa javnog duga (uz pomoć nekih međunarodnih investicionih banaka). Ovo uoči donošenja odluke o njihovom prijemu u evrozonu. Upravo zbog te konstrukcione greške, evrozona i čitava Evropa plaćaju visoku cenu jer su Evropskoj centralnoj banci (ECB) vezane ruke u borbi protiv inflacije koja je dostigla 10 odsto na godišnjem nivou u septembru 2022, a u Nemačkoj i više, što nije zabeleženo od nastanka evrozone.³ ECB ne može restriktivnom monetarnom politikom da leči troškovnu inflaciju nastalu zbog eksplozije cene gasa i nafte nakon uvođenja sankcija Rusiji. Poređenje učešća troškova na ime potrošnje nafte/gasa u BDP-u od naftnog šoka 1974. do gasnog šoka 2022. godine pokazuje da su negativni efekti gasnog šoka daleko veći u slučaju Italije, Španije i Nemačke (v. grafikon 4).

² Šire o tome v. Đorđe Đukić, *Centralna banka i finansijski sistem*, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje Ekonomski fakultet, Centar za izdavačku delatnost / Službeni glasnik, Beograd, 2020, 321–353; Markus K. Brunnermeier, Harold James. Jean-Pierre Landau, *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016, 157–233.

³ „Consensus Forecast, Germany“, FocusEconomics, October 2022, 2, www.focus-economics.com, 7. 10. 2022.

Grafikon 4: Učešće troškova na ime potrošnje nafte/gasa (neto) u BDP-u od naftnog šoka 1974. do gasnog šoka 2022. godine



Izvor: Capital Economics, Bloomberg, <https://www.bloomberg.com/graphics/>, 5. 10. 2022.

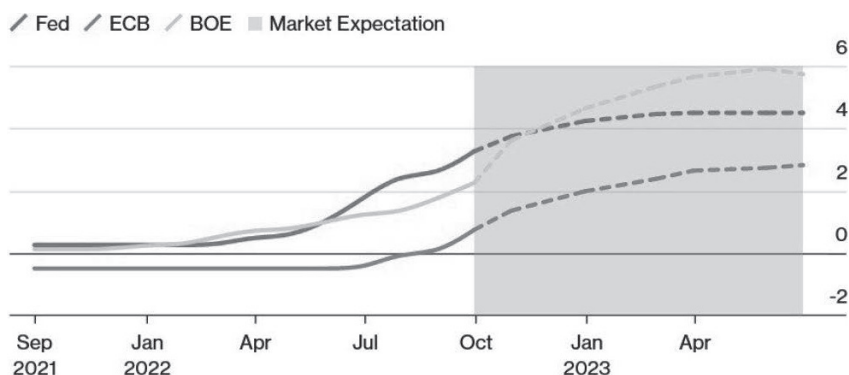
Napomena: Ocena koja se odnosi na gas pretpostavlja cenu gasa od 200 evra po MWh za period oktobar–decembar 2022.

ECB je tokom 2022. krenula sa podizanjem ključne kamatne stope koja je u septembru 2022. godine iznosila 1,25%. Verovatno će uslediti novo povećanje od 75 baznih poena na sednici Upravnog saveta u oktobru, ali to povećanje daleko zaostaje za povećanjem ključne kamatne stope američkog Sistema federalnih rezervi (FED-a), koja sada iznosi 3–3,25%. ECB ne sme da agresivnije povećava kamatnu stopu kao FED baš zbog prezaduženih zemalja evrozone. Zbog viših zahtevanih prinosa na državne obveznice od strane investitora, te zemlje mogu brzo doći u situaciju da ne mogu da servisiraju svoje dugove. Zahtevani prinos na grčke državne obveznice sa rokom dospeća od 10 godina, povećao se na oko 4,7%, a na italijanske na oko 4,5%, što je za preko dva puta više u odnosu na zahtevane prinose na nemačke obveznice. Ne postoji fiskalna unija u evrozoni, pa nema mogućnosti da se u kriznim uslovima, poput sadašnjih, interveniše iz jedinstvenog nadnacionalnog budžeta. Zato je ECB poslednje прибежиште, po cenu visoke inflacije i strmoglavog pada kursa evra u odnosu na američki dolar – početkom oktobra 2022. godine pad za 13 odsto u odnosu na godinu dana ranije.

Prema procenama tržišnih aktera o kretanju ključnih kamatnih stopa centralnih banaka na početku oktobra 2022, FED će do juna 2023. nastaviti sa agresivnom politikom povećanja ključne kamatne stope u borbi protiv inflacije, dok će ECB pribеći postupnom povećanju te stope (v. grafikon 5). To znači da će pritisci ka daljem slabljenju evra prema američkom dolaru biti sve prisutniji. Očekuje se da će Centralna banka Engleske (BOE) u cilju spasavanja funte koja je do početka

oktobra 2022. godine izgubila preko 20% vrednosti u odnosu na američki dolar, morati da pribegne agresivnijem povećanju ključne kamatne stope u odnosu na FED. To će biti odgovor na rastuću dvocifrenu inflaciju izazvanu i najavom vlade da će se više zaduživati na tržištu radi pokrića rastućih javnih rashoda. Sve to ide naruku održavanju dominantne pozicije američkog dolara.

Grafikon 5: Procene tržišnih aktera o kretanju ključnih kamatnih stopa FED-a, ECB-a i Centralne banke Engleske do kraja juna 2023.



Bloomberg, <https://www.bloomberg.com/graphics/>, 5. 10. 2022.

ULOGA KINESKOG JUANA KAO MEĐUNARODNE VALUTE

Kineski juan je postao jedna od svetskih rezervnih valuta nedavno – u četvrtom kvartalu 2016. godine. Pritom monetarne vlasti Kine obazrivo primenjuju režim kontrolisano fluktuirajućeg kursa juana, i nastoje da postupno povećavaju fleksibilnost deviznog kursa. Ovo u cilju da izbegnu nagle kratkoročne oscilacije kursa juana prema ključnim svetskim valutama. Međutim, u 2022. godini (do početka oktobra), kineski juan je izgubio preko 10 odsto u odnosu na američki dolar i kreće se ka najvećem godišnjem slabljenju od 1994. godine.⁴ Samim tim, malo je verovatno da bi u bliskoj budućnosti juan mogao značajnije da poveća svoj udeo u svetskim deviznim rezervama i na međunarodnim tržištima kapitala i kredita, i time ugrozi američki dolar. Pritom, vlada u Kini pribegava obazrivo liberalizaciji kapitalnih transakcija, a investitore brine nepredvidivost njenih budućih ekonomsko-političkih mera i nedovoljna transparentnost svih tržišta.

⁴ Bloomberg, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-10-25/china-traders-to-parse-pboc-fixing-as-yuan-alls-near-weak-end?leadSource=verify%20wall>, 25. 10. 2022.

Narodna banka Kine razvija digitalnu valutu sa ciljem da više utiče na svetske finansijske tokove i e-trgovinu, i time smanji korišćenje američkog dolara i ranjivost na američke sankcije. Međutim, to je dugoročan proces, a rastuće geopolitičke tenzije izazvane mogućim sukobom Kine i SAD oko Tajvana ne idu naruku juanu kao međunarodnoj valuti.

Prof. Dr. ĐORĐE ĐUKIĆ
Full Professor, Faculty of Economics
University of Belgrade

CONTINUATION OF AMERICAN DOLLAR DOMINATION AS A RESERVE CURRENCY AND IMPLICATIONS FOR FINANCIAL MARKETS

Summary

Analysis of key economic factors in the context of actual geopolitical movements in this paper showed that dominance of American dollar in the world finance in the foreseeable future is not questionable: first, about one half of world trade is invoiced in dollars; second, around one half of all international credits, and global amount debt securities is nominated in dollars; third, close 90% of all transactions on foreign exchange markets are executed in dollars. Share of American dollar in official foreign exchange reserves amounts close to 60%. Euro, as the second important international currency participated with 19–20% in the official foreign exchange reserve, in most years from introduction in 1999. It shows how hard it was to suppress American dollar as dominant currency. Euro was achieved significant progress only on international bond market – share was increased to 24,6% in 2021, while on international credit markets amounted 17,6%. Chinese yuan depreciated against dollar over 10% during 2022 and it moves towards the largest annual weakening since 1994. It is unlikely that Chinese yuan could significantly increase its share in the official foreign exchange reserves, as well as on international capital and credit markets, and in that way to threaten American dollar. FED aggressive increase of key interest rate in the fight against inflation, and significant ECB lag in respect to it, will lead inevitable to further strengthening of dollars against euro and to continuation of investors reallocation toward financial instruments nominated in dollars. That would increase risks that large number of debtors borrowed in dollars won't be able to repay debts.

Key words: domination, American dollar, reserve currency, implications, financial markets

Literatura

Arslanap S., Eichengreen B. J., Simpson-Bell C., „The Stealth Erosion of Dollar Dominance: Active Diversifiers and the Rise of Nontraditional Reserve Currencies“, IMF eLIBRARY, 24 March, 2022, [https://www.elibrary.imf.org/configurable/content/journals\\$02f001\\$002f2022\\$002f058\\$002farticle-A001-en.xml?t:ac=journals%24002f001%24002f2022%24002f058%24002farticle-A001-en.xml](https://www.elibrary.imf.org/configurable/content/journals$02f001$002f2022$002f058$002farticle-A001-en.xml?t:ac=journals%24002f001%24002f2022%24002f058%24002farticle-A001-en.xml).

- Bloomberg, „Fed Seen Being Aggressive for Longer After US Inflation Surprise“, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-09-13/fed-seen-being-aggressive-for-longer-after-us-inflation-surprise>.
- Brunnermeier M. K., James H., Landau J.-P., *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2016.
- Congressional Research Service, „The U.S. Dollar as the World’s Dominant Reserve Currency“, Updated September 15, 2022, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11707>.
- „Consensus Forecast, China“, FocusEconomics – Economic Indicators, News and Forecasts, October 2022, www.focus-economics.com.
- „Consensus Forecast, Germany“, FocusEconomics – Economic Indicators, News and Forecasts, October 2022, 2, www.focus-economics.com.
- Đukić Đ., *Centralna banka i finansijski sistem*, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje Ekonomski fakultet, Centar za izdavačku delatnost / Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- McKinsey & Company, „Something’s coming: How US companies can build resilience, survive a downturn, and thrive in the next cycle“, September 16, 2022, <https://www.mckinsey.com/capabilities/risk-and-resilience/our-insights/somethings-coming-how-us-companies-can-build-resilience-survive-a-downturn-and-thrive-in-the-next-cycle>.
- SWIFT, „Worldwide Currency Usage and Trends *Information paper prepared by SWIFT in collaboration with City of London and Paris EUROPLACE*“, December 2015, file:///C:/Users/Djukic/Desktop/swift_bi_currency_evolution_infopaper_57128.pdf.

MIRJANA KNEŽEVIĆ

BANKOOSIGURANJE – MODEL SARADNJE BANAKA I OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA NA FINANSIJSKOM TRŽIŠTU

Cilj ovog rada jeste da ukaže na značaj bankoosiguranja kroz prikaz zakonskog uređenja bankarskog poslovanja i mogućnosti zastupanja u osiguranju, njegovih prednosti i ograničenja, kao i izazova koje donosi bankama i osiguravajućim društvima, ali i korisnicima usluga na savremenom finansijskom tržištu. U radu se analiziraju efekti bankoosiguranja i ističe mogućnost njegovog daljeg unapređivanja, uz ukazivanje na potrebu jačanja pravne sigurnosti korisnika usluge u bankoosiguranju i naglašavanje uloge regulatornog okvira u tom procesu. Zaključuje se da bankoosiguranje predstavlja važan oblik saradnje banaka i osiguravajućih društava, ali da ima određene prednosti i nedostatke. Inovativnost koncepta bankoosiguranja, ostvareni efekti na finansijskom tržištu ostavljaju otvoreno pitanje daljih pravaca razvoja bankoosiguranja i kreiranja novih proizvoda osiguranja pogodnih za distribuciju kroz prodajnu mrežu banaka. Mogućnost zajedničkog nastupanja banaka i osiguravajućih društava na finansijskom tržištu, uz integrisanu ponudu različitih finansijskih usluga već duže vreme ne gube na atraktivnosti sa stanovišta korisnika finansijskih usluga.

Ključne reči: bankosiguranje, banke kao zastupnici u osiguranju, zakonodavstvo

U V O D

Savremeno poslovno okruženje nije statično, puno je izazova i kontinuirano se menja. Zbog brzine privredne transakcije i drugačijih potreba učesnika na privrednom tržištu, kreiraju se novi oblici poslovanja, novi proizvodi i usluge. Na taj način

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

se daje odgovor na novostvorene tržišne uslove koji iziskuju adekvatnu reakciju svih privrednih subjekata, a i samih pojedinaca kao korisnika takvih usluga.

U stalnom uzajamno posledičnom, dinamičkom odnosu snaga u poslovnom okruženju, osiguranje se izdvaja kao privredna delatnost koja treba da razvija i plasira nove proizvode u cilju da se eliminiše ili ublaži neizvesnost budućih nepredvidivih događaja.¹ Razvijenost tržišta osiguranja u jednoj zemlji pokazuje stepen razvoja finansijskog sistema, ali i cele privrede. Na tržištu osiguranja su prisutni zahtevi konkurencije i novih tehnologija, novih potreba korisnika usluga osiguranja, tako da kreiranjem novih proizvoda i novih kanala njihove distribucije se čini, pre svega u cilju jačanja pravnog položaja korisnika usluga. Izmenjeni tržišni uslovi poslovanja osiguravajućih društava, uključuju i banke kao zastupnike u osiguranju, koji prodaju proizvod osiguranja. Kreiranjem i unapređenjem kanala prodaje proizvoda osiguranja nastaje tzv. institut bankoosiguranja.

Osiguranje je već dugi niz godina, pored zadatka kreiranja novih proizvoda, stavljeno pred izazov stalnog unapređivanja kanala distribucije njegovih usluga. Kao rezultat takvih nastojanja, na finansijskom tržištu pojavljuje se bankoosiguranje kao model saradnje između banaka i osiguravajućih društava. Bankoosiguranje predstavlja drugačiji model od tradicionalnog modela prodaje proizvoda osiguranja. Banka se pojavljuje ne samo kao strana u bankarskim poslovima, već i kao zastupnik osiguravajućeg društva. Da bi se banka bavila poslovima zastupanja u osiguranju mora da ispuni propisane uslove, u cilju ostvarivanja dodatnih prihoda, a u interesu korisnika i bankarskih usluga, ali i usluga osiguranja.

Bankoosiguranje predstavlja način povezivanja banaka i osiguravajućih društava kroz jedinstvenu zajedničku ponudu različitih finansijskih usluga. Znači, na tržištu se kreira kompletna ponuda bankarske usluge i usluge osiguranja, gde korisnik usluge sa jedne strane, a banka i osiguravajuće društvo sa druge strane, imaju zajednički cilj da pronađu najefikasniji način za korišćenje kreirane finansijske usluge. Banke i osiguravajuća društva, kroz ponudu usluge, ostvaruju ne samo povećanju sopstvenih prihoda već efikasnije korišćenje potencijala svojih korisnika.² Niži troškovi distribucije osiguranja, efikasnije korišćenje već postojećih kanala prodaje u bankama su lako prepoznatljivi pozitivni efekti bankoosiguranja. Interes korisnika bankarskih usluga i usluga osiguranja je opredeljujući za analizu predmetne teme. Koji su efekti prodaje proizvoda osiguranja kroz model bankoosiguranja, koje su njegove pojedinačne, a koje zajedničke

¹ Magdalena Minić, „Dinamička analiza i predviđanje u oblasti osiguranja“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 3, 2021, 29-38.

² *Rečnik Osiguranja – Udruženje osiguravača Srbije*, <http://uos.rs/lat/rechnik-osiguranja/>.

prednosti, zatim koji su nedostaci na bankarskom tržištu i tržištu osiguranja u Republici Srbije su neka od pitanja na koje autor pokušava da pruži odgovor u daljem tekstu.

BANKE KAO ZASTUPNICI U OSIGURANJU

Svaka država se na poseban način bavi poslovima u vezi sa prometom novca. Zbog njihovog značaja za privredni sistem i ekonomsku politiku jedne zemlje, zakonskim i drugim propisima imperativnog karaktera, uređuje se pravni položaj i organizacija banaka kao specijalizovanih subjekata za vršenje svih poslova, njihova delatnost i propisuju uslovi za obavljanje bankarskih poslova. Domaćim propisima se uređuje ko može biti subjekt bankarskog prava i pod kojim uslovima može učestvovati u bankarskim poslovima.

Banke su najznačajniji subjekti bankarskog prava i one obavljaju bankarske poslove profesionalno, u vidu stalne delatnosti za razliku od svih drugih subjekata bankarskog prava, zbog čega se njihova delatnost i odgovornost uređuje pravilima koja važe za pooštrenu profesionalnu pažnju i drugim pravila srtruke. Kod sopstvenih bankarskih poslova, banka u svoje ime i za svoj račun preuzima obaveze i stiče prava u nekom bankarskom poslu. I kod svih drugih poslova koje vrši u svoje ime, a za račun klijenta, ili u njegovo ime i za njegov račun, banka je nezamenljiv faktor u zasnivanju i izvršavanju ovakvih poslova. Narodna banka Srbije vrši nadzor nad zakonitošću poslovanja banaka. Poslovi koje banka može da obavlja jesu: depozitne poslove (poslove primanja i polaganja depozita), kreditne poslove,³ devizne, devizno-valutne i menjačke poslove, poslove platnog prometa, izdavanje platnih kartica, poslove s hartijama od vrednosti, brokersko-dilerske poslove, izdavanje garancija, avansa i drugih oblika jemstva, kupovinu, prodaju i naplatu potraživanja, poslove zastupanja u osiguranju, kao i sve poslove za koje je ovlašćena zakonom. Banka je dužna da obim svog poslovanja uskladi sa visinom uloženih sredstava u osnivački kapital banke i visinom sredstava rezervi. Ona je dužna da vodi računa o načelima bankarskog poslovanja, da ne bi dovela u pitanje svoju likvidnost.⁴

Jačanje pravnog položaja korisnika bankarskih usluga, pre svega poboljšanje odnosa banaka prema njima kroz angažovanje bankarskih institucija da se oni kao pojedinci pridobiju i u što većem broju budi klijenti jedne banke, je cilj ekonomskog

³ Više o tome, Mirjana Knežević, „Ugovor o kreditu kao uslužni posao“, *Uslužni poslovi* (ur. Miodrag Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, 2014, 279-291.

⁴ Čl. 4, Zakon o bankama, *Sl. glasnik RS*, br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015.

poslovanja svake banke svuda u svetu.⁵ Znači, banke u svom poslovanju se pridržavaju sledećih važnih principa bankarskog poslovanja: principa konkurentnosti na tržištu i principa privlačenja što većeg broja klijenata. U nastojanju ostvarivanja tako definisanih ciljeva banka se nalazi pred različitim izazovima. Zahtevi opstanaka na finansijskom tržištu stalno pokreću banku da ostvaruje što bolje rezultate u svom radu, tj. da povećava svoj promet i dobija što veći broj korisnika bankarskih usluga. U tom nastojanju banka koristi sve raspoložive mogućnosti koje bankarski sektor pruža, uz poseban osvrt na pozitivne zakonske norme, koje jasno definišu i pravo banaka da budu zastupnici u osiguranju, uz nadzor Narodne banke Srbije.⁶

Poslove zastupanja u osiguranju banka može obavljati uz prethodnu saglasnost Narodne banke Srbije. Bliže uslove i način davanja i oduzimanja saglasnosti propisuje Narodna banka Srbije, koja izdaje i oduzima dozvole za obavljanje delatnosti osiguranja, vrši kontrolu ove delatnosti, odnosno nadzor nad njenim obavljanjem, izdaje i oduzima ovlašćenja za obavljanje pojedinih poslova iz delatnosti osiguranja i obavlja druge poslove.⁷ U Zakonu o osiguranju,⁸ propisana su pravila koja regulišu pitanje predmetne oblasti članovima 97-108. Zakonsko uređenje poslova zastupanja u osiguranju je sledeće: „poslovi zastupanja su poslovi pokretanja, predlaganja ili obavljanja poslova pripreme i zaključivanja ugovora o osiguranju u ime i za račun društva za osiguranje“. Nosioци poslova zastupanja u osiguranju su pravna lica ili fizička lica – preduzetnici koji taj status dobijaju zaključivanjem ugovora o zastupanju u osiguranju.⁹

Poslove zastupanja u osiguranju kao isključivu delatnost, može da obavlja društvo za zastupanje u osiguranju, sa domicilnim sedištem, i na osnovu dozvole Narodne banke Srbije.¹⁰ Pod istim uslovima, pored društva za zastupanje u osiguranju, poslove zastupanja može da obavlja i fizičko lice – preduzetnik.

Pored navedenih subjekata koji mogu da obavljaju poslove zastupanja u osiguranju uz ispunjavanje odredjenih uslova (to su: sedište u Republici Srbiji i dozvola Narodne banke Srbije za obavljanje poslova zastupanja u osiguranju), zakon jasno

⁵ Mirjana Knežević, Zlata Đurić, „Zaštita osiguranika Republike Srbije u procesu evrointegracije“, *Aktuelni makroekonomski i mikroekonomski aspekti evropskih integracija Republike Srbije* (red. Danijela Despotović et al.), Ekonomski fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2020, 237-247.

⁶ Antonović Ratomir, „Prava korisnika bankarskih usluga u kontekstu mera za sprečavanje pranja novca“, *Usluge i prava korisnika* (ur. Miodrag Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, 2020, 181-195.

⁷ Čl. 4, st. 7, Zakon o Narodnoj banci Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2003, 55/2004, 85/2005 – dr. zakon, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 – odluka US i 44/2018.

⁸ Zakon o osiguranju, *Sl. glasnik RS*, br. 139/2014 i 44/2021.

⁹ Član 97, Zakon o osiguranju.

¹⁰ Član 98, Zakon o osiguranju.

izdvaja banku. Da bi banka obavljala poslove zastupanja u osiguranju potrebno je da je osnovana u skladu sa zakonom i da ima sedište u Republici Srbiji, kao i da ima prethodnu saglasnost Narodne banke Srbije.

IZAZOVI U SEKTORU OSIGURANJA – BANKOOSIGURANJE KAO ODGOVOR

Stepen razvoja tržišta osiguranja pokazuje ujedno i stepen razvoja finansijskog sistema jedne zemlje. Ekonomika osiguranja definiše da se stepen razvoja domaćeg tržišta osiguranja meri obračunatom premijom, učešćem premije u bruto domaćem proizvodu, visinom premije osiguranja po stanovniku, brojnošću vrsta osiguranja u ponudi, brojem sklopljenih ugovora, odnosno izdatih polisa osiguranja, brojem osiguravača, brojem ugovarača osiguranja i drugim pokazateljima.¹¹

Osiguravajuća društva kao privredni subjekti od posebnog značaja za ekonomiju jedne zemlje, svojim poslovanjem treba da obezbede siguran položaj na finansijskom tržištu, a i siguran pravni položaj korisnika usluga osiguranja i šire ekonomsku sigurnost zemlje. Korisnici usluga (potrošači, klijenti) ne samo usluga osiguranja, već uopšte korisnici finansijskih usluga na savremenom finansijskom tržištu menjaju svoje zahteve u pogledu ponude proizvoda i načina njihove distribucije. Razvoj informacionih tehnologija, poboljšavanje kanala prodaje, bolja informisanost i jačanje pravne sigurnosti korisnika, doprinosi razvoju novih koncepata prodaje proizvoda osiguranja. Savremeno privredno okruženje i njegovi tehnološki izazovi u poslednjim godinama definišu nove proizvode osiguranja, ali i kanale njihove distribucije. Kao pogodno tle za razvoj netradicionalnih kanala distribucije proizvoda osiguranja prepoznaje se u praksi oblast osiguranja života i imovine.

U cilju lakšeg sagledavanja značaja osiguranja, dajemo pregled osnovnih pojmova predmetne oblasti. Realizovanje ideje zaštite imovine pojedinca kroz različite faze organizovanja, dovelo je do razvoja jedne od najvažnih privrednih delatnosti – delatnosti osiguranja. U savremenim uslovima poslovanja, gde vladaju principi ekonomske konkurentnosti osiguranje se izdvaja kao privredna oblast od posebnog značaja za državu. Savremeno osiguranje nastaje kao potreba udruživanja u cilju zajedničkog snošenja nepoželjnih posledica od neizvesnih rizika.¹² Rizik je budućí događaj, neizvestan i nezavisan od isključive volje ugovarača s obzirom na koji se zaključuje osiguranje. To je centralna kategorija osiguranja, nastupa nezavisno od volje ugovornih strana, ali može da nastupi njihovom krivicom. Neizvesno je

¹¹ Nebojša Žarković, *Ekonomika osiguranja*, Univerzitet Singidunum, Beograd, 2008.

¹² Malcom Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, London, 2002, 921.

da li će i kada nastupiti. Rizik je budući događaj, moguć, neizvestan, dozvoljen zakonom, javnim poretom i moralom.¹³ U eri tehnološkog napretka, mnogi rizici mogu se biti delimično smanjiti ali ne i u potpunosti otkloniti. Za razliku od takvih rizika, postoje prirodne pojave koje se i mogu predvideti ali se teško mogu otkloniti tehnološkim merama.

Ako se rizik koji je predviđen ugovorom o osiguranju ostvario, smatra se da se dogodio osigurani slučaj. Premija osiguranja je novčani iznos utvrđen ugovorom o osiguranju koji plaća osiguranik osiguravaču u celini ili sukcesivno. Posmatrano uopšteno, premija osiguranja predstavlja plaćenu cenu osiguranja sa jedne strane, kao i cenu za preuzimanje rizika sa druge strane. Osnovni cilj osiguranja je da se pokrije nastala šteta usled realizovanog rizika, i nastalog osiguranog slučaja. U savremenim uslovima delatnost osiguranja sa privrednim funkcijama prevazilazi osnovne ciljeve nastanka zauzimajući važno mesto u oblasti usluga. Prema Uredbi o klasifikaciji delatnosti, usluge osiguranja spadaju u finansijske usluge. Finansijske delatnosti i delatnost osiguranja čine: finansijske usluge, osim osiguranja i penzijskih fondova obuhvata delatnosti koje se odnose na pribavljanje i redistribuciju finansijskih sredstava, osim osiguranja, penzijskih fondova i obaveznog socijalnog osiguranja. Zatim, osiguranje, reosiguranje i penzijski fondovi, osim obaveznog socijalnog osiguranja. Obuhvata usluge osiguranja putem prodaje polisa životnog, rentnog (anuitetnog) i neživotnog osiguranja i investiranje prihoda od premija s ciljem formiranja portfolija finansijskih sredstava koji će se koristiti za namirenje odštetnih zahteva vlasnika polisa u budućnosti. Uključuje obezbeđenje direktnog osiguranja, kao i reosiguranje. Zatim, pomoćne delatnosti u pružanju finansijskih usluga i osiguranju, koje obuhvata delatnosti koje su uključene u pružanje finansijskih usluga ili su blisko povezane sa ovim uslugama, ali koje same po sebi ne predstavljaju finansijske usluge. Podela ove delatnosti prvenstveno se vrši prema vrsti finansijske transakcije, odnosno fondu kojem se pružaju pomoćne usluge.¹⁴

Za razliku od poslova direktnog osiguranja u koje ulaze poslovi osiguranja i poslovi reosiguranja, koje obavljaju društva za osiguranje i reosiguranje, pomoćne usluge u osiguranju obavljaju posrednici i zastupnici u osiguranju, tj. sva druga pravna lica koja su za to dobila dozvolu Narodne banke Srbije. Predstavljena *legislative* nas dovodi do pojma dopunske delatnosti banke u ostvarivanju zastupništva u osiguranju, tj. bankoosiguranja. Kako posmatrati kreirano u praksi

¹³ Mirjana Knežević, *Privredno pravo*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, InterPrint, 2012, 322-330.

¹⁴ Uredba o klasifikaciji delatnosti, *Sl. glasnik RS*, br. 54/2010.

bankoosiguranje, i nove radnje banaka kao zastupnika u osiguranju je jedno od pitanja koje se postavlja u radu.

OSNOVNE KARAKTERISTIKE BANKOOSIGURANJA

Savremeni uslovi poslovanja, brzina privredne transakcije, jačanje pravnog položaja korisnika bankarskih usluga sve više kreira situacije da se u bankama koje prema definiciji obavljaju bankarske poslove, mogu kupiti i proizvodi osiguranja. Usled intezivne konkurencije na bankarskom tržištu u Republici Srbiji, tradicionalno poslovanje banaka preoblikuje se u univerzalno poslovanje, sa uticajem i na poslovanje osiguravajućih društava.¹⁵ U takvoj interakciji nastaje bankoosiguranje koje predstavlja realizovanje poslova zastupanja u osiguranju od strane banke, tj. realizovanje prodaje proizvoda osiguranja putem distributivne prodajne mreže banaka. Znači, pruža se usluga osiguranja u samoj banci, bez dovođenja u faktički direktnu vezu korisnika usluge (sada usluge koja se pruža na jednom mestu) sa osiguravajućim društvom. Bankoosiguranje u praksi predstavlja oblik integracije bankarske ponude i osiguravajuće ponude na zajedničkom finansijskom tržištu.

Bankoosiguranje predstavlja prodaju onih proizvoda osiguranja čija je glavna karakteristika podobnost prodaje kroz mrežu bankarskih poslovnica (npr. osiguranje života u ulozi garancije za otplatu stambenog kredita u koje mogu biti uključene i opcije za pokriće invaliditeta, nezaposlenosti i požara, kasko osiguranje vozila kao garancija za finansijski lizing, putno osiguranje uz kreditne kartice, i osiguranje od provalne krađe uz kreditne kartice, itd.).

Pored ove vrste proizvoda, kroz bankarsku distributivnu mrežu se prodaju i samostalni proizvodi osiguranja. U ovim slučajevima, opredeljujuće za korisnike usluge osiguranja, tj. potencijalne kupce proizvoda osiguranja je njihovo veće poverenje u banke kao institucije u odnosu na prodavce osiguranja. To su najčešće: investicioni fondovi, klasično osiguranje života, kasko osiguranje vozila, obavezno osiguranje vozila, osiguranje stvari u domaćinstvu i dobrovoljno penziono osiguranje.¹⁶

Praksa nam pokazuje da mnoge banke zaključivanje pojedinih vrsta bankarskih poslova uslovljavaju kupovinom polisom životnog ili polisom nekog neživotnog osiguranja. Kroz bankoosiguranje se, znači mogu distribuirati životna, i neživotna osiguranja. Prisutnija je distribucija životnih osiguranja, što je razumljivo imajući u vidu prirodu pojedinih bankarskih poslova i kompletan uvid banke

¹⁵ Sanja Živković, Željko Vojinović, „Bankoosiguranje u Srbiji – trendovi i perspektive“, Zbornik radova *EkonoBiz*, 2018, 166-175.

¹⁶ Branko Pavlović, „Bankoosiguranje i primer osiguranja života u ulozi garancije za otplatu stambenog kredita“, 2005, 1-5, <https://brankopavlovic.rs/documentation/yuinfo2005.pdf>.

u potrebe klijenata i njegovu ličnu finansijsku kartu. Tome doprinosi i komplementarnost prirode usluge osiguranja života i bankarske usluge, tako da je bankama jednostavnije da prodaju proizvode životnog osiguranja u odnosu na neživotno osiguranje. U sadašnjici veliki značaj bankoosiguranje ima u distribuciji životnih osiguranja, uzimajući u obzir da ono donosi bankama velike nekamatne prihode.¹⁷

Praksa pokazuje da banke prilikom uvođenja bankoosiguranja u svoje poslovanje prvo prodaju jednostavne, a kasnije složenije proizvode osiguranja. Proizvodi osiguranja se prvo nude pojedinačno, a kasnije u paketu sa bankarskom uslugom, poput osiguranja od autoodgovornosti, putničko osiguranje, kasko osiguranje. Daljim razvojem bankoosiguranja, kroz bankarsku prodajnu mrežu daje se ponuda proizvoda osiguranja poput životnog osiguranja, zdravstvenog osiguranja i dobrovoljnog penzijskog osiguranja.¹⁸

U pogledu proizvoda neživotnog osiguranja, na domaćem tržištu se kao paket sa bankarskom uslugom (platne, kreditne kartice, tekući račun) nude sledeći proizvodi neživotnog osiguranja: osiguranje pomoći na putu, kasko osiguranje, zdravstveno putničko osiguranje, itd.

Na osnovu dobijene saglasnosti od strane Narodne banke Srbije i uz ispunjavanje uslova propisanih u Odluci o bližim uslovima za davanje bankama saglasnosti za obavljanje poslova zastupanja u osiguranju i zaključenog ugovora sa određenim društvom za osiguranje o obavljanju poslova zastupanja u osiguranju, banka prodaje usluge osiguranja. Istupa kao zastupnik, tj. zaključuje ugovor o prodaji proizvoda osiguranja u ime i za račun osiguravajućeg društva. Osiguranici, kao korisnici usluge osiguranja se nalaze u ulozi druge ugovorne strane.

Banka u savremenom poslovnom okruženju pored inovativne uloge zastupnika u osiguranje, često ima konvencionalnu ulogu osiguranika ili korisnika osiguranja. Banka je osiguranik ukoliko zaključi ugovor o osiguranju sa osiguravajućim društvom. Imaju obavezu plaćanja premije osiguranja, a osiguravajuće društvo pokriva plaćenom premijom ugovorene rizike. To su najčešće rizik neplaćanja kredita. Ukoliko banka kao uslov za potpisivanje ugovora o stambenom kreditu sa korisnikom bankarske usluge, predvidi njegovu obavezu osiguranja tada se banka pojavljuje kao korisnik osiguranja. U slučaju da korisnik bankarske usluge (stambeni kredit, kredit po tekućem računu, itd.) ne može da ispuni svoju obavezu, tj. ukoliko nastupi osigurani slučaj, banka se pojavljuje kao korisnik osiguranja.

¹⁷ Jim Campbell, „Banks in Today’s Insurance Distribution Landscape“, *Society of Actuaries, Article from News Direct*, September 2005, Issue 51, 9-13, <https://www.soa.org/globalassets/assets/Library/newsletters/newsdirect/2005/september/ndn-2005-iss51-campbell.pdf>.

¹⁸ Borko Krstić, Nevenka Vojvodić-Miljković, Dejan Mandić, „Bancassurance – New Options for the Development of Serbian Financial Sector“, *Facta Universitatis*, Vol. 8, No 1, 2011, 15-29.

Posmatrano *legislative* uredjenje pojmova bankarskih poslova (npr. kreditni poslovi – stambeni i hipotekarni krediti, poslovi platnog prometa – ugovor o tekućem računu) i poslova osiguranja (npr. rizik, premija i polisa osiguranja), ne mogu da se pronađu uzajamna uslovljenost, ni međusobna podudarnost. Bankarski poslovi nemaju dodirnih tačaka sa poslovima osiguranja. Banke su vremenom, uz korišćenje zakonske mogućnosti obavljanja poslova zastupanja u osiguranju, oblikovale praksu realizovanja bankarskih poslova uz prodaju proizvoda osiguranja. Najčešće u praksi, poslovne banke kod zaključivanja ugovora o stambenom kreditu traže polisu životnog osiguranja kao instrumenta zaštite kredita. Poslovne banke se povezuju sa osiguravajućim društvima, tako da nude polise životnog osiguranja na svojim šalterima, tj. u svojim poslovnim prostorijama. Tako oformljen nov kanal prodaje proizvoda osiguranja, ima pozitivne efekte na poslovanje osiguravajućeg društva sa jedne strane, ali i banke sa druge strane.

Dosadašnja bankarska praksa je poznavala prevashodno institut jemstva kao sredstvo obezbeđenja ispunjavanja obaveze dužnika iz ugovora o kreditu. Vremenom jemstvo biva sve više potisnuto u odnosu na polisu životnog osiguranja. Uključivanjem proizvoda osiguranja koji se nude u banci pored klasičnih bankarskih usluga integriše poslovne banke i osiguravajuća društva, kao dva potpuno različita privredna subjekta, koja zasebno istupaju na ekonomskom tržištu jedne zemlje. Konvencionalan način distribucije osiguranja u savremenim slovima poslovanja je ekonomski neisplativ u poređenju sa mogućnostima koje pruža bankoosiguranje.

Cilj ovakvog povezivanja i pružanja kompletne usluge korisniku bankarske usluge i usluge osiguranja, prema tome je svakako ostvarivanje profita, ali i potpuno zadovoljstvo sada već zajedničkog klijenta.¹⁹ Ostvaruje se ušteda ne samo u vremenu za klijente, već i jača njegova pravna sigurnost u smislu bolje informisanosti, većeg poverenja u banku i ekonomske uštede.

Pravni odnos banke i društva za osiguranje u bankoosiguranju

Osnov vršenja bankoosiguranja je stupanje u pravni odnos dva najvažnija privredna subjekta na finansijskom tržištu, tj. stupanje u odnos banke i osiguravajućeg društva. Pravni odnos banke i osiguravajućeg društva u bankoosiguranju određuje njihov pravni položaj, prava i obaveze kao i odgovornosti prema trećim licima, tj. korisnicima njihove usluge.²⁰

¹⁹ Tea Klunić, „Osiguranje života za slučaj smrti kao instrument osiguranja stambenih kredita“, Zbornik radova, *Dani hrvatskog osiguranja*, 2014, 189-198.

²⁰ Vladimir Čolović, „Banke kao zastupnici u osiguranju (Bankoosiguranje)“, *Časopis za ekonomiju i tržišne komunikacije*, god. 10, br. 1, Banja Luka, 2020, 136-150.

Postoji više modela bankoosiguranja čije uspostavljanje zavisi od definisanog odnosa banke i osiguravajućeg društva u bankoosiguranju. Modeli saradnje banaka i društva za osiguranje mogu biti različiti, s jedne strane saradnja može biti konstruisana ne tako čvrsto, dok s druge strane ta struktura može biti prilično precizno i čvrsto uređena.²¹ Činjenica je da je najjednostavniji i u praksi najzastupljeniji model odnosa banke i osiguravajućeg društva u bankoosiguranju, model u kojem je banka distributer proizvoda osiguranja za razvijenija finansijska tržišta se vezuju modeli koje karakteriše nešto složeniji model udruživanja u bankoosiguranju.²²

Potpisivanjem ugovora o saradnji u distribuciji, osiguravajuće društvo postiže da dobijanjem novog distributivnog kanala, smanjuje troškove svoje prodajne mreže. Korisnici bankarskih usluga, njihovi lični finansijski podaci postaju dostupni osiguravajućem društvu. Na taj način osiguravajuće društvo dobija mogućnost konkretnijeg saznanja o finansijskim mogućnostima budućih, potencijalnih klijenata koja koristi prilikom kreiranja proizvoda osiguranja koja će da ponudi. Sa druge strane banka ostvaruje mnoge koristi, i to: proviziju, zadržava korisnike bankarskih usluga koji sada postaju korisnici ukupne finansijske usluge, poboljšava njihov pravni položaj.

Kao drugi model se izdvaja zajedničko ulaganje, tj. joint venture. Kroz ovaj model saradnje u bankoosiguranju dolazi do zajedničkog ulaganja, gde se kroz ulaganje delova svog kapitala formira nov privredni subjekt.

Poseban model predstavlja stvaranje finansijskih konglomerata u bankoosiguranju. Kroz sprovođenje statusnih promena privrednih društava (osnivanje, pripajanje i spajanje), dobija se zajednički pristup u upravljanju od strane bankara i zaposlenih u osiguravajućem društvu.

Prilikom određivanja modela pružanja usluge u bankoosiguranju pronalazimo i drugačije definisanje. Tako da u teoriji predstavljeni modeli su određeni kao model celovitosti, model stručnjaka i model finansijskog planiranja. U prvom modelu akcenat se stavlja na mogućnost osiguravajućeg društva da koristi sveukupnu mrežu banaka za prodaju svojih proizvoda. Zatim, model stručnjaka se bazira na ulozi banke kod mobilisanja potencijalnih korisnika usluge osiguranja i njihovo upućivanje na partnera iz postojećeg pravnog odnosa, tj. na stručnjaka predmetnog osiguravajućeg društva. Kod modela finansijskog planiranja, ključno je postojanje sveobuhvatne, kompletne ponude finansijske usluge banke i osiguravajućeg društva koje se nalaze u pravnom odnosu.²³ Isto tako, u teoriji je

²¹ Marijana Ćurak, „Konvergencija između banaka i osiguravajućih društava“, *Osiguranje*, god. 45, br. 7/8, Zagreb, 2004, 24.

²² Sanja Živković, Željko Vojinović, „Bankoosiguranje u Srbiji – trendovi i perspektive“, *Zbornik radova EkonBiz*, 2018, 166-175.

²³ Nebojša Mašić, „Bankoosiguranje“, *Osiguranje*, 2003, br. 4, 19.

moguće pronaći i drugačije klasifikacije modela saradnje banaka i osiguravajućeg društva u bankoosiguranju. Navodimo sledeće:²⁴ marketinško partnerstvo (npr. franšiza, distribucija), zajednički poduhvat (joint venture), i integrisane grupe finansijskih institucija, merdžeri i akvizicije. Odnos banke i osiguravajućeg društva, kao što smo napred naveli zavisi od definisanog modela u bankoosiguranju. Već je rečeno da odnos banke i osiguravajućeg društva može biti različite „jačine“. Najslabiji je odnos koji se definiše ugovor o distribuciji osiguranja. Banka može da bude osnivač osiguravajućeg društva, ili može da ima učešće u kapitalu društva. U takvoj konstalaciji odnosa banka je ta koja u potpunosti upravlja osiguravajućim društvom ukoliko je ono u njenom većinskom vlasništvu. Banka i osiguravajuće društvo, mogu kao dva nezavisna privredna društva da osnuju kompaniju. Na taj način postaju delovi jedne, iste zavisne novoosnovane kompanije. Najjednostavniji, i u praksi najprisutniji pravni odnos banke i osiguravajućeg društva, nastaje zaključivanjem ugovora o distribuciji osiguranja. Ugovorom se definišu prava i obaveze ugovornih strana. Na osnovu ovog ugovora, banka postaje zastupnik u osiguranju, tako da zaključuje ugovore u ime i za račun osiguravajućeg društva.²⁵ Osiguravajuće društvo može osnovati ili preuzeti banku, i tako kontrolisati njen rad. Banka je *de facto* deo osiguravajućeg društva, i tako deluje i kao zastupnik.²⁶

EFEKTI PRIMENE BANKOOSIGURANJA

Bankoosiguranje, kao oblik integrisane ponude banke i osiguravajućeg društva na zajedničkom finansijskom tržištu ima izražene privredne efekte. Bankoosiguranje dovodi do povećanja popularnosti bankarske ponude. Na taj način se povećava broj korisnika bankarskih usluga i usluga osiguranja. Sa uključivanjem usluge osiguranja u celovitu ponudu u bankoosiguranju, bitno se smanjuje rizik poslovanja banke. Proizvod osiguranja u praksi, kod bankoosiguranja može biti uključen u bankarski proizvod automatski, ali sve češće, sa jačanjem svesti i boljom informisanošću klijenata, i opciono. Sa prodajom samostalnih proizvoda osiguranja kroz bankoosiguranje, banka ostvaruje proviziju od prodaje.

U pravnom odnosu banke i osiguravajućeg društva u bankoosiguranju, obe strane imaju obavezu uzajamnih davanja. Banka ulaže rasprostranjenu prodajnu

²⁴ Gilles Benosit, „Bancassurance: the new challenges“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 27 No. 3, 2002, 295-303.

²⁵ V. Čolović, op. cit., 136-150.

²⁶ Branko Pavlović, „Bankoosiguranje i primer osiguranja života u ulozi garancije za otplatu stambenog kredita“, 2005, 1-5, <https://brankopavlovic.rs/documentation/yuinfor2005.pdf>.

mrežu u svojim poslovnicama, i kao najvažnije i kompletnu bazu korisnika bankarskih usluga. Savremeno bankarsko poslovanje uz poštovanje principa poslovne etike posebnu važnost daje ugledu banke. Sa druge strane, osiguravajuće društvo je u obavezi da pruži posedovano znanje po principu „know-how“ prenosa. U odnosu sa bankom ima aktivnu ulogu u vidu marketinške delatnosti i podrške prodaji usluga osiguranja kroz bankoosiguranje.

Interesi osiguravajućeg društva, banke i korisnika ponude bankarske usluge i usluge osiguranja, se kroz bankoosiguranje sjedinjuju. Benefiti su prisutni na strani svih učesnika u bankoosiguranju. Korisnici tako formulisane finansijske usluge dobijaju istu na jednom mestu bez odlazaka do agenata osiguranja. Cena usluge je samim tim niža. Poverenje klijenata u bankarsku instituciju je velika, tako da bankoosiguranje pruža veću pravnu sigurnost za kupljenu uslugu osiguranja. Sa druge strane, klijenti često ne žele da njihovi lični finansijski podaci budu potpuno dostupni osiguravajućim društvima. Pravo da lična finansijska karta korisnika bankarskih usluga bude poslovna tajna banke je opredeljujuća za potencijalne korisnike usluge bankoosiguranja i njihov direktan odlazak kod osiguravajućeg društva. Banka je u obavezi da čuva podatke o svojim klijentima, ali u cilju razvijanja poslova bankoosiguranja te iste podatke može da koristi. Posmatrano sa ovog aspekta, tradicionalno osiguranje dobija prednost, i tradicionalni načini kupovine polise kroz plaćanje premije osiguranja.

Osiguravajuće društvo kroz bankoosiguranje dobija veći broj osiguranika, dotadašnjih bančinih klijenata, tj. korisnika bankarskih usluga. Pored toga, smanjuju se troškovi prodaje jer se koristi prodajna mreža banaka. Osiguravajuće društvo ostvaruje koristi kroz – jeftiniji kanal prodaje proizvoda osiguranja, pristup velikom broju klijenata banke, veće mogućnosti u kreiranju novih proizvoda. Banka koristi postojeću prodajnu mrežu za nov proizvod, unapređuje ponudu bankarskih uz dodavanje usluge osiguranja, i uz proviziju povećava svoje prihode. Kroz širenje ponude finansijskih usluga, i kroz osiguranje uz kredit smanjuje rizik finansiranja. Posledica toga je povoljnija cena kredita, i uopšte unapređenje kvaliteta usluge. Spajanjem dva proizvoda, nastaje kompletna finansijska ponuda koja doprinosi jačanju poverenja korisnika bankarskih usluga i pridobijanje novih. Kroz bankoosiguranje, banka smanjuje trošak za nabavku novih prostorija, novih tehnologija, itd. Banka ostvaruje koristi kroz – proviziju, smanjenje troškova, jačanje zadovoljstva svojih klijenata, privlačenje novih. Bankoosiguranje predstavlja snažan potencijal za banke u smislu da predstavlja stabilan izvor prihoda, bez negativnih posledica promena kamatnih stopa.²⁷

²⁷ Almir Alihodžić, „Mogućnost primene i prednosti bankoosiguranja: Evidencija tržišta banaka i osiguranja u Bosni i Hercegovini“, *Bankarstvo*, vol. 50, br. 1, 2021, 10-26.

ZAKLJUČAK

Bankoosiguranje je sve prisutniji model zajedničkog pružanja bankarskih usluga i usluga osiguranja na finansijskom tržištu. Kao pogodno tle za razvoj netradicionalnih kanala distribucije proizvoda osiguranja prepoznaje se u praksi oblast osiguranja života i imovine. Uz postojanje zahteva banaka za raznim instrumentima osiguranja bankarskih poslova, dolazi do povezivanja bankarskog sektora i društava za osiguranje. Tradicionalan način distribucije osiguranja u poređenju sa novim kanalom prodaje od strane banke, gubi na efektivnosti. Postojeća dostupnost osiguranja u prostorijama banke, brzina i procedurano pojednostavljenje dobijanja istog utiče afirmativno na korisnika usluge u smislu jačanja njegovog poverenja u banku. Cilj bankoosiguranja je ostvarivanje većeg prihoda u poslovanju banaka i osiguravajućih društava, kroz smanjivanje poslovnog rizika i smanjivanje troškova samostalnog istupanja na finansijskom tržištu. Bankoosiguranje predstavlja važan faktor održivog poslovanja banaka i osiguravajućih društava na finansijskom tržištu, uz pružanje pogodnosti svim učesnicima u ovom obliku saradnje banaka i osiguravajućih društava. Mogućnost ponude različitih finansijskih usluga od strane banke, afirmativno treba da deluje na banku, osiguravajuće društvo ali i korisnika usluge. Bankoosiguranje dobija na značaju, sa jačanjem finansijske kulture korisnika finansijskih usluga, kroz kreiranje novih proizvoda osiguranja pogodnih za samostalnu prodaju kroz model bankoosiguranja, a ne samo kao dopunu uz bankarski proizvod.

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

BANK INSURANCE – A MODEL OF BANK AND INSURANCE COMPANIES COOPERATION IN THE FINANCIAL MARKET

Summary

The aim of this paper is to emphasize the importance of bank insurance and to present the legal framework of banking operations as well as the banks' potential to act as insurance agents, together with all the advantages, challenges and disadvantages that this might bring to banks, insurance companies and clients in the modern financial market. The paper analyzes the effectiveness of bank insurance and suggests how it may be further improved, especially in terms of regulatory framework. It is our conclusion that bank insurance is an important form of cooperation between banks and insurance companies, which has both certain advantages and drawbacks. The inventiveness of the

bank insurance concept and the effects it produces in the financial market open the question in which direction bank insurance will further develop and which new insurance products will be created to be distributed through the banks' sales networks. The joint offer of banks and insurance companies, together with the integrated pool of various financial services has for years had a magnetic attraction for the clients who use financial services.

Key words: bank insurance, banks as insurance agents, legal framework

Literatura

- Alihodžić A., „Mogućnost primene i prednosti banko osiguranja: Evidencija tržišta banaka i osiguranja u Bosni i Hercegovini“, *Bankarstvo*, vol. 50, 2021.
- Antonović R., „Prava korisnika bankarskih usluga u kontekstu mera za sprečavanje pranja novca“, *Usluge i prava korisnika* (ur. Miodrag Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2020.
- Benosit G., „Bancassurance: the new challenges“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 27, No. 3, 2002.
- Campbell J., „Banks in Today's Insurance Distribution Landscape“, *Society of Actuaries, Article from News Direct*, September 2005, Issue 51, <https://www.soa.org/globalassets/assets/Library/newsletters/newsdirect/2005/september/ndn-2005-iss51-campbell.pdf>.
- Clarke M., *The Law of Insurance Contracts*, London, 2002.
- Čolović V., „Banke kao zastupnici u osiguranju (Bankoosiguranje)“, *Časopis za ekonomiju i tržišne komunikacije*, god. 10, Br. 1, Banja Luka, 2020.
- Čurak M., „Konvergencija između banaka i osiguravajućih društava“, *Osiguranje*, god. 45, br. 7/8, Zagreb, 2004.
- Klunić T., „Osiguranje života za slučaj smrti kao instrument osiguranja stambenih kredita“, *Zbornik radova, Dani hrvatskog osiguranja*, 2014.
- Knežević M., Đurić Z., „Zaštita osiguranika Republike Srbije u procesu evrointegracije“, *Aktuelni makroekonomski i mikroekonomski aspekti evropskih integracija Republike Srbije* (red. Danijela Despotović, et al.), Ekonomski fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2020.
- Knežević M., „Ugovor o kreditu kao uslužni posao“, *Uslužni poslovi* (ur. Miodrag Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2014.
- Knežević M., *Privredno pravo*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, InterPrint, 2012.
- Krstić B., Vojvodić-Miljković N., Mandić D., „Bancassurance – New Options for the Development of Serbian Financial Sector“, *Facta Universitatis*, Vol. 8, No 1, 2011.
- Mašić N., „Bankoosiguranje“, *Osiguranje*, br. 4, 2003.
- Minić M., „Dinamička analiza i predviđanje u oblasti osiguranja“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 3/2021.

Pavlović B., „Bankoosiguranje i primer osiguranja života u ulozi garancije za otplatu stambenog kredita“, 2005, <https://brankopavlovic.rs/documentation/yuinfo2005>.

Rečnik Osiguranja – Udruženje osiguravača Srbije, <http://uos.rs/lat/recnik-osiguranja/>.

Žarković N., *Ekonomika osiguranja*, Univerzitet Singidunum, Beograd, 2008.

Živković S., Vojinović Ž., „Bankoosiguranje u Srbiji – trendovi i perspektive“, Zbornik radova *EkonBiz*, 2018.

PREGLEDNI RAD

PREDRAG KNEŽEVIĆ
NATAŠA STOILJKOVIĆ PUCAR

ZNAČAJ PONUDE I POTPUNE INFORMISANOSTI U PREDUGOVORNOJ FAZI ZAKLJUČENJA UGOVORA O KREDITU

U radu je ukazano na značaj ponude i potpune informisanosti u predugovornoj fazi zaključenja ugovora o kreditu kako bi se ostvario princip ravnopravnosti ugovornih strana. Polazi se od toga da je banka kao ugovorna strana u privilegovanom položaju u odnosu na korisnika kredita jer je kao specijalizovana finansijska organizacija mogla i morala predvideti sve rizike koji nose pojedine klauzule ugovora i o tome upoznati korisnika kredita pre zaključenja ugovora. Stavovima Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda prihvaćeni su obaveznost ponude i potpune informisanosti, ali sudska praksa nije jedinstvena po pitanju šta se smatra ponudom, pa se odluke kreću od toga da ponuda mora biti učinjena pre zaključenja ugovora i ostavljeno dovoljno vremena korisniku kredita da je razmotri i uporedi sa ponudama drugih banaka, do toga da je dovoljno da se korisniku kredita na dan zaključenja ugovora uruči pregled bitnih elemenata ugovora i plan otplate kredita. Analizom sudske prakse autori su došli do zaključka da se nejedinstvenom sudskom praksom i njenim promenama nakon donošenja velikog broja presuda u korist građana, građani dovode u neravnopravan položaj, čime se narušava pravo na pravično suđenje koje ni u jednoj odluci u koju su autori imali uvid nije pomenuto.

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

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

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

PONUĐA I INFORMISANOST U STAVOVIMA
VRHOVNOG KASACIONOG SUDA

Pravna valjanost ugovaranja valutne klauzule u švajcarskim francima

Shodno Pravnom shvatanju usvojenom na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 2. aprila 2019. godine,¹ pravno je dozvoljeno ugovarati valutnu klauzulu u cilju zaštite ekvivalencije davanja, dok je ništava odredba Ugovora o kreditu primenom kursa CHF ukoliko banka nije pre zaključenja ugovora korisniku kredita dostavila potpunu pisanu informaciju o svim poslovnim rizicima i ekonomsko-finansijskim posledicama koje će nastati primenom takve klauzule.

Traženo pisano obaveštenje suštinski je pokazatelj postojanja nesporne volje za preuzimanje valutnog rizika od strane korisnika kredita kao nužno, naročito kada se pođe sa stanovišta da je banka kao finansijska organizacija koja se profesionalno bavi kreditnim poslovima mogla i morala znati da će u dogledno vreme doći do enormnog skoka kursa švajcarskog franka u odnosu na evro i dinar.

Obaveza banke da u postupku pregovaranja i zaključenja ugovora o kreditu prethodno upozna i nedvosmisleno upozori korisnika kredita o svim rizicima i ekonomskim posledicama koje će preuzeti zaključenjem ugovora se temelji na osnovnim načelima obligacionog prava iz čl. 12–16 Zakona o obligacionim odnosima,² na imperativnim odredbama Zakona o zaštiti potrošača³ i Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.⁴

Postojanje nesporne volje za preuzimanje valutnog rizika od strane korisnika kredita je nužno i kada se banka prethodno zaduži na međunarodnom tržištu u CHF. U tom slučaju, banka je dužna da korisniku kredita u pisanoj formi predoči sve uslove sopstvenog razduženja prema njenom poveriocu. Pisano obaveštenje o prenošenju svih pravnih i ekonomskih posledica valutnog rizika sa banke na korisnika kredita bitan je uslov punovažnosti valutne klauzule u CHF i kada sredstva kredita nisu pribavljena prethodnim zaduženjem banke na međunarodnom tržištu u toj valuti.

¹ Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda od 2. 4. 2019. godine.

² Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

³ Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, broj 79/05, Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, broj 62/14, 6/16 i dr. zakon i 44/18 – dr. zakon.

⁴ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, broj 36/11, 139/14.

Pravna valjanost ugovaranja osiguranja kredita kod NKOSK

Prema Pravnom stavu Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda usvojenom na sednici održanoj dana 16. 9. 2021. godine,⁵ uslov za naplatu premije osiguranja je da je ta obaveza jasno predočena korisniku kredita u predugovornoj fazi iskazivanjem ove vrste troškova kredita i njegovog procentualnog nominalnog iznosa u ponudi, da su korisniku kredita pružene informacije i odgovarajuća objašnjenja o uslovima koji se odnose na ugovor o kreditu kroz ponudu, na način koji će korisniku omogućiti da uporedi ponude različitih davalaca istih usluga, da li ovi uslovi odgovaraju njegovim potrebama i finansijskoj situaciji, ali koji korisnika nijednog trenutka neće dovesti u zabludu, a ponuda se ispisuje na obrascu propisanom Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga i Odlukom o uslovima i načinu obračuna efektivne kamatne stope i sadržini i izgledu obrazaca koji se uručuju korisniku kredita.⁶ I u ovom stavu se ukazuje na osnovna načela obligacionog prava iz čl. 12–16 Zakona o obligacionim odnosima.

Prema mišljenju autora, banka u ponudi mora da predoči klijentima, da ne bi bili u zabludi, da se osiguranje zaključuje u koristi banke i da se, ukoliko klijent ne plaća kredit, banka naplaćuje po osnovu osiguranja od NKOSK, a za isti iznos se NKOSK regresira od klijenta te da se klijent tako ne oslobađa svoje obaveze.

Pravna valjanost ugovaranja troškova obrade kredita

Pravnim stavom o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda od 22. 5. 2018. godine,⁷ utvrđeno je da banka ima pravo na naplatu troškova i naknada za bankarske usluge i da takva odredba nije ništava pod uslovom da je ponuda banke sadržala jasne i nedvosmislene podatke o troškovima kredita. Ovaj stav je zauzet kada se pojavio veliki broj tužbi za utvrđenje ništavosti odredbi ugovora o kreditima koji su zaključeni u periodu od 2007. do 2010. godine i sudovi su takve tužbe u velikom delu usvajali.

Nakon što su pokrenuti brojni postupci u kojima su tužioci tražili utvrđenje ništavosti odredaba koje se odnose na obavezu plaćanja naknade troškova iz ugovora o kreditima koji su zaključeni nakon 2011. godine kada su doneti inovirani propisi,

⁵ Pravni stav Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda usvojen na sednici održanoj dana 16. 9. 2021. godine.

⁶ Odlukom o uslovima i načinu obračuna efektivne kamatne stope i sadržini i izgledu obrazaca koji se uručuju korisniku kredita, *Službeni glasnik RS*, broj 65/11 i 62/18.

⁷ Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 22. 5. 2018. godine.

proizišla je potreba da se preispita pravni stav sa stanovišta pozitivnih propisa, kao i sam način na koji je prvobitni stav Vrhovnog kasacionog suda o dozvoljenosti ugovaranja troškova kredita protumačen i primenjen u sudskoj praksi.

Navedenom Dopunom stava, prema tački III obrazloženja, a shodno odredbama Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, banka je dužna da podatke o troškovima navede u ponudi tako da klijent ni jednog trenutka ne bude u zabludi o kojim troškovima je reč, na način koji će korisniku omogućiti da uporedi ponude različitih davalaca istih usluga i proceni da li ovi uslovi odgovaraju njegovim potrebama odnosno finansijskoj situaciji, na propisanom obrascu.

U obrazloženju dopune pravnog stava navodi se da dopuna nije od uticaja na ostvarenje sudske zaštite korisnika kredita u pokrenutim parničnim postupcima u kojima se zahtev za utvrđenje ništavosti odredbe o troškovima kredita temelji na tvrdnji:

1. zaključenju ugovora nije prethodila pisana ponuda u kojoj je jasno i nedvosmisleno određena visina i obaveza plaćanja troškova kredita;
2. njihova naplata je izvršena mimo efektivne kamatne stope;
3. troškovi kredita naplaćeni su u dvostrukom iznosu zadržavanjem jednokratnog nominalnog iznosa iz odobrenog kredita i njihovim istovremenim uračunavanjem u efektivnu kamatnu stopu.

I u ovom slučaju kao i kod ugovaranja troškova osiguranja mora postojati nesporna volja korisnika kredita da uđe u ugovorni odnos, obaveza mora biti jasno predočena korisniku kredita u predugovornoj fazi u ponudi banke, radi upoređenja sa ponudama drugih banaka, s tim da korisnik ne sme biti doveden u zabludu, a sama ponuda se ispisuje na propisanom obrascu.

Pregled uslova pravne valjanosti ugovornih odredbi

Analizom stavova Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda može se doći do zaključka da je dozvoljeno ugovaranje valutne klauzule u švajcarskim francima od korisnika kredita, naplata troškova obrade kredita i naknade za bankarske usluge, ugovaranje promenljive kamatne stope pod uslovima: 1) da su informacije i odgovarajuća objašnjenja koja proističu iz ugovora o kreditu jasno predočene korisniku kredita u predugovornoj fazi kroz ponudu, na način koji će korisniku omogućiti da uporedi ponude različitih davalaca istih usluga i koje korisnik nijednog trenutka neće dovesti u zabludu; 2) da je ponuda ispisana na propisanom obrascu i 3) da postoji nesporna volja korisnika kredita za preuzimanje rizika odobrenog kredita.

U praksi se postavlja pitanje od kada se primenjuje obaveznost pisane ponude na propisanom obrascu jer su banke u postupcima isticale da do 2011. godine, kada su doneti Zakon o zaštiti korisnika finansijskih sredstava i odluke Narodne banke Srbije, ova obaveza nije postojala. Obaveza banke o obaveštavanju korisnika kredita ustanovljena je još odlukom Narodne banke Srbije⁸ iz 2005. godine o jedinstvenom načinu obračuna iskazivanja efektivne kamatne stope na kredite i depozite. Obaveštavanje korisnika kredita kao obaveza na strani banke propisana je i odlukom Narodne banke Srbije⁹ iz 2006. godine o jedinstvenom načinu obračuna i iskazivanja efektivne kamatne stope na kredite i depozite, uz prateće Uputstvo za primenu odluke o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope na depozite i kredite.¹⁰

Odredbom člana 5 Odluke NBS propisano je da 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,
 - iznos naknada i troškova koji su poznati na dan obračuna i koje banka obračunava klijentu 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 roku 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,

⁸ Odluka Narodne banke Srbije o jedinstvenom načinu obračuna i iskazivanja efektivne kamatne stope na kredite i depozite, *Službeni glasnik RS*, br. 11/2005 i 108/2005.

⁹ Odlukom Narodne banke Srbije iz 2006. godine o jedinstvenom načinu obračuna i iskazivanja efektivne kamatne stope na kredite i depozite, *Službeni glasnik RS*, br. 57 od 30. juna 2006. godine.

¹⁰ Uputstvo za primenu odluke o jedinstvenom načinu obračuna i objavljivanja efektivne kamatne stope na depozite i kredite, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2006 i 88/2006.

troškove pribavljanja uverenja, potvrda, dozvola i rešenja nadležnih organa, troškove Kreditnog biroa i druge troškove.

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

Uputstvom koje prati Odluku NBS predviđeno je da pregled osnovnih podataka o depozitu/kreditu banka izrađuje na obrascu, u dva primerka, od kojih jedan uručuje klijentu, a drugi zadržava u svojoj dokumentaciji.

U smislu podzakonske regulative koja uređuje obavezu banke o obaveštavanju korisnika kredita Narodna banka Srbije donosi Odluku načinu i postupku sprovođenja uslova poslovanja koje banka primenjuje u odnosu s klijentima fizičkim licima od 2009. godine.¹¹ Pregled osnovnih podataka o kreditu banka izrađuje na obrascima i uručuje korisniku kao svoju ponudu, na način koji predviđa prateće uputstvo.

Zakonska regulativa kojom je, između ostalog, konačno uređeno pitanje obaveštavanja korisnika kredita zaokružena je donošenjem posebnog Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga,¹² i u vezi sa zakonom, Odluke Narodne banke Srbije o uslovima i načinu obračuna efektivne kamatne stope izgledu i sadržini obrazaca koji se uručuju korisniku iz 2011. godine.¹³

Ključna odredba člana 17 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, pod nazivom „Obaveštavanje korisnika u predugovornoj fazi“ ukazuje na to da je banka kao davalac finansijske usluge dužna da korisniku pruži informacije i odgovarajuća obrazloženja o uslovima koji se odnose na Ugovor o kreditu za koji je korisnik pokazao interesovanje, na način koji će korisniku omogućiti da uporedi ponude različitih davalaca istih usluga i proceni da li ovi uslovi odgovaraju njegovim potrebama i finansijskoj situaciji, ali koji korisnika nijednog trenutka neće dovesti u zabludu.

Pored svih navedenih propisa, obaveza banke da u postupku pregovaranja i zaključenja ugovora o kreditu prethodno upozna i nedvosmisleno upozori korisnika kredita o svim rizicima i ekonomskim posledicama koje će preuzeti zaključenjem ugovora, temelji se na osnovnim načelima obligacionog prava iz čl. 12–16 Zakona o obligacionim odnosima bez obzira na vreme zaključenja ugovora o kreditu pre ili posle 2011. godine.

¹¹ Odluka načinu i postupku sprovođenja uslova poslovanja koje banka primenjuje u odnosu s klijentima fizičkim licima, *Službeni glasnik RS*, br. 74/2009.

¹² Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 139/2014.

¹³ Odluka Narodne banke Srbije o uslovima i načinu obračuna efektivne kamatne stope izgledu i sadržini obrazaca koji se uručuju korisniku, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2011 i 62/2018.

SUDSKE ODLUKE NAKON USVAJANJA DOPUNE PRAVNOG STAVA
VRHOVNOG KASACIONOG SUDA

Do usvajanja Dopune stava Vrhovnog kasacionog suda koja je usvojena 16. 9. 2021. godine, praksa Vrhovnog kasacionog suda je bila gotovo jedinstvena. Vrhovni kasacioni sud je potvrđivao odluke nižih sudova o ništavosti ugovornih odredbi i odbijao ili odbacivao revizije banaka. Nakon Dopune pravnog stava situacija se promenila, pa se pojavio veći broj suprotnih odluka Vrhovnog kasacionog suda kojim se odbijaju zahtevi za poništaj, a po revizijama preinačavaju odluke nižestepenih sudova. I dalje se u odlukama Vrhovnog kasacionog suda centralno pitanje odnosi na ponudu i informisanost, dok se u nekim odlukama postavlja pitanje šta se ima smatrati ponudom.

Sudske odluke kojima se utvrđuje ništavost ugovornih odredbi

Rešenjem Vrhovnog kasacionog suda Rev 4889/21 od 4. 11. 2021. godine,¹⁴ zauzeto je stanovište da je obaveza banke da korisniku pruži informacije o uslovima koji se odnose na ugovor o kreditu, a koje će mu omogućiti da uporedi ponude različitih davalaca istih usluga i proceni koji uslovi odgovaraju njegovoj finansijskoj situaciji. Takođe, uvodeći obavezu banke da postupa na navedeni način sa ciljem obaveštenja o vrsti i visini naknada koje padaju na teret korisnika kredita, dolazi se do primene krucijalnog načela ugovornog prava – načela savesnosti i poštenja. Ovo pre svega, imajući u vidu da je banka u izraženo boljoj početnoj poziciji kao profesionalni trgovac novcem, zakonom ovlašćena da zaključuje ugovore o kreditu u okviru redovne delatnosti, te nemogućnosti pregovaranja oko sadržine ugovora koji su najčešće formularni.

Stanovište zauzeto u Rešenju Vrhovnog kasacionog suda Rev 7406/21 od 3. 12. 2021. godine, jeste da kada banka nije postupala saglasno svojoj obavezi blagovremenog obaveštavanja u predugovornoj fazi u pisanoj formi o svim troškovima i naknadama koje padaju na teret korisnika, banka je nesavesna, te naplata troškova obrade kredita ne uživa pravnu zaštitu, koje postupanje vodi ništavosti. Kako se negativne činjenice ne mogu dokazivati, na tuženoj je teret dokazivanja da je ponudu dostavila tužiocu. Kada je uz odgovor na tužbu dostavljena nepotpisana ponuda, VKS je mišljenje da tužilac u predugovornoj fazi nije bio upoznat sa vrstom i visinom troškova.¹⁵

Rešenjem Vrhovnog kasacionog suda Rev 6264/21 od 9. 12. 2021. godine odbacuje se kao nedozvoljena revizija tužene protiv drugostepene presude kojom

¹⁴ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev 4889/21 od 4. 11. 2021. godine.

¹⁵ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev 7406/21 od 3. 12. 2021. godine.

je potvrđena prvostepena presuda i utvrđena ništavost odredbe ugovora o troškovima obrade kredita, ocenjujući da izjavljena revizija kao izuzetno dozvoljena ne ispunjava uslove za odlučivanje, iz razloga što je drugostepena odluka protiv koje je revizija izjavljena u skladu sa sudskom praksom i pravnim stavom revizijskog suda o dozvoljenosti ugovaranju troškova obrade kredita.¹⁶

Navedena Dopuna stava našla je svoju primenu i kod dozvoljenosti ugovaranja premije osiguranja, kao obaveze korisnika kredita, kod Nacionalne korporacije za osiguranje stambenih kredita, te je u vezi sa pitanjem dozvoljenosti jednako uslovljena kao kod troškova obrade kreditnog zahteva – tužilac u predugovornoj fazi mora biti upoznat sa vrstom i visinom ovih svih troškova premije osiguranja, što jasno proizlazi iz odluke VKS Rev 4334/21 od 6. 10. 2021. godine.¹⁷

U odlukama Vrhovnog kasacionog suda postavilo se pitanje da li je plan otplate kao sastavni deo ugovora o kreditu ponuda u smislu odredaba Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga i Odlukama Narodne banke Srbije.

Vrhovni kasacioni sud, u svom Rešenju Rev. 6453/21 od 20. 1. 2022. godine, ocenio je da Plan otplate nije ponuda u smislu odredaba odnosnih zakona koje se imaju primeniti. Sam plan otplate ne sadrži podatke kojima bi korisnik u dovoljnoj meri bio informisan, potpuno i jasno, o troškovima obrade kredita i obračunu i naplati efektivne kamatne stope. Takođe, s obzirom na to da se plan otplate predaje korisniku kredita prilikom zaključenja ugovora, upitna je blagovremenost obaveštavanja.¹⁸

Vrhovni kasacioni sud zauzeo je stanovište, saglasno pravnom stavu usvojenim na sednici Građanskog odeljenja VKS održanoj 22. 5. 2018. godine, dopunjenog na sednici Građanskog odeljenja VKS od 16. 9. 2021. godine, da tužilac nije bio upoznat sa vrstom i visinom troškova kredita u predugovornoj fazi kada ponuda koja je dostavljena uz odgovor na tužbu ne sadrži potpis tužioca. Navedeno mišljenje izraženo je u odluci VKS Rev 7406/2021 od 3. 12. 2021. godine.¹⁹

U svetlu razjašnjenja termina predugovorne faze, u sudskoj praksi je izraženo mišljenje da jedino ponuda koja po datumu prethodi datumu zaključenja ugovora pravno valjana,²⁰ te ispunjava svrhu blagovremenog obaveštavanja korisnika o svim potrebnim podacima, kako bi napravio slobodan i informisan izbor.

¹⁶ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev 6264/21 od 9. 12. 2021. godine.

¹⁷ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev 4334/21 od 6. 10. 2021. godine

¹⁸ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 6453/21 od 20. 1. 2022. godine.

¹⁹ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev 7406/2021 od 3. 12. 2021. godine.

²⁰ Odluka Vrhovnog kasacionog suda, Rev 728/2021 od 9. 12. 2021. godine.

Sudske odluke kojima se odbijaju tužbeni zahtevi

Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev 2883/21 od 3. 3. 2022. godine,²¹ poziva se na primenu odredbe čl. 32 ZOO, apstrahujući da je tužiocu predočena obaveza plaćanja troškova obrade kredita kada je utvrđeno da su tužiocu na dan zaključenja ugovora o kreditu dostavljeni osnovni podaci o kreditu sačinjeni istog dana kada i ugovor, odnosno isti predstavljaju ponudu u smislu čl. 32 ZOO.

Drugi slučaj odnosi se na primenu odredbe čl. 50 Zakona o obligacionim odnosima, te Vrhovni kasacioni sud u svojoj odluci Rev 5483/21 od 4. 11. 2021.²² godine zauzima stanovište da je iskazivanjem naknade za obradu kreditnog zahteva ispunjen uslov određenosti ugovorne obaveze iz predmetnog člana ZOO, te odredba nije zahvaćena posledicama ništavosti. Citirana odluka sadrži još jedno sporno obrazloženje, sa teorijskog i praktičnog gledišta, obrazlažući da ni činjenica da je na ponudi naznačen isti datum kada je zaključen i sporni ugovor o kreditu ne znači da je sporna odredba ugovora ništava, pozivajući se na odredbu čl. 12 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga kojom je propisano pravo korisnika da odustane od zaključenog ugovora o kreditu u roku od 14 dana od dana zaključenja ugovora, bez navođenja razloga, što tužilac nije učinio.

Praktično posmatrano, obrazloženje je sporno s obzirom na to da tužioci pretežno traže utvrđenje ništavosti samo jedne odredbe člana ugovora o kreditu koja se odnosi na trošak obrade kredita, ne dovodeći u pitanje opstanak ugovora.

Presudom Vrhovnog kasacionog suda Prev. 617/21 od 28. 10. 2021. godine, nesporno je utvrđeno da je tužilac na dan zaključenja ugovora o kreditu potpisao i pečatom overio pregled bitnih elemenata kredita i osnovnih podataka o kreditu koji su sačinjeni na dan 24. 9. 2017. godine kada je potpisan ugovor, te da su tim dokumentom tužiocu predočeni svi podaci koji se uključuju u obračun efektivne kamatne stope.²³

U pogledu nedoslednosti Vrhovnog kasacionog suda u primeni Dopune pravnog stava o dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita usvojenoj na sednici Građanskog odeljenja od 16. 9. 2021. godine, u svojoj Odluci Rev 3994/2022 od 13. 5. 2022. godine,²⁴ VKS zanemaruje Dopunu stava, prihvata odlučivanje o reviziji tužene i preinačuje odluke nižestepenih sudova tako što odbija tužbeni zahtev za utvrđenje ništavosti odredbe o troškovima obrade kredita kao neosnovan,

²¹ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev 2883/21 od 3. 3. 2022. godine.

²² Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev 5483/21 od 4. 11. 2021. godine.

²³ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Prev. 617/21 od 28. 10. 2021. godine.

²⁴ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev 3994/2022 od 13. 5. 2022. godine.

izražavajući mišljenje da činjenica da je na ponudi isti datum kada je zaključen sporni ugovor ne znači da je sporna odredba ugovora ništava.

Banke takođe ističu u postupcima da su korisnici kredita u obavezi da snose predmetne troškove jer su bili upoznati još putem Opštih uslova poslovanja koji su bili istaknuti u svim ekspoziturama.

Autori smatraju da ponuda učinjena na dan zaključenja ugovora o kreditu nije po svojoj pravnoj prirodi ponuda, a isto tako je neprihvatljivo da se plan otplate i drugi obrasci koji se uručuju korisniku kredita prilikom zaključenja ugovora mogu poistovećivati sa ponudom.

Pored nedoslednost u primeni Dopune pravnog stava o dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita, u postupanju Vrhovnog kasacionog suda uočava se i odsustvo pravičnosti. Nedosledna primena Dopune stava, između ostalog, dovodi i do narušavanja ujednačavanja sudske prakse.

Samo pravo koje je pravično može biti društveno prihvatljivo od strane građana na koje se ima primeniti i to je ta neraskidiva veza između ova dva pojma, koji se sintetišu i opstaju, uprkos nekada nedoraslim namerama zakonodavca da uredi pitanja od značaja zanemarujući pravičnost rešenja.

ZAKLJUČAK

Pitanje vremenskog određenja obaveštavanja direktno je vezano za svrhu obaveštavanja koja se ogleda u omogućavanju korisniku da nakon upoznavanja sa svim podacima o uslovima i troškovima kredita, kao i efektivne kamatne stope, a pre zaključenja ugovora o kreditu, uporedi ponude različitih banaka kako bi mogao slobodno i informisano da se opredeli za onaj ugovor o kreditu koji odgovara njegovoj finansijskoj situaciji, prihvatajući sve koristi, troškove i rizike koje izbor ugovornog odnosa podrazumeva. Obaveštavanje predstavlja stavljanje na znanje, upoznavanje korisnika o visini i vrsti obaveza koje bi preuzeo zaključenjem ugovora o kreditu. Posebno se ukazuje da troškovi koji prate ugovornu obavezu u ponudi moraju biti iskazani jasno i nedvosmisleno kako korisnik kredita ni u jednom trenutku ne bi bio doveden u zabludu o kojim je troškovima reč. Iz navedenog sledi da je neophodno obaveštavanje u predugovornoj fazi, dakle pre zaključenja ugovora, kako bi se postigla svrha obaveštavanja. Ovako određeno obaveštavanje štiti korisnika kredita, istovremeno štiteći i banku kao pružaoca finansijske usluge čiji bi ugovori bili punovažni, te se ne bi mogli osporavati pozivanjem na utvrđenje ništavosti odredaba ili ugovora u celini. Tim putem se omogućava funkcionisanje finansijskog tržišta u okviru pravnog poretka koji počiva na načelu savesnosti i poštenja, načelu jednakosti davanja, načelu zabrane zloupotrebe prava, načelima koja regulišu ponašanje

u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava i drugim načelima i odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Poštovanjem propisa koji se odnose na dostavljanje ponude obezbeđuje se veća transparentnost poslovanja banaka sa fizičkim i pravnim licima, podstiče se konkurentnost na finansijskom tržištu, kao i informisan i slobodan izbor korisnika sa kojom će bankom zasnovati poslovni odnos.

PREDRAG KNEŽEVIĆ, LL.M.

Attorney at Law, Belgrade

NATAŠA STOILJKOVIĆ PUCAR

Attorney at Law, Belgrade

THE IMPORTANCE OF THE OFFER AND TO BE FULLY INFORMED
IN THE PRE-CONTRACTUAL PHASE OF CONCLUSION
OF A LOAN AGREEMENT

Summary

The paper points out the importance of the offer and to be fully informed in the pre-contractual phase of concluding the loan agreement, in order to realize the principle of equality of the contracting parties, in view of the fact that the bank, as a contracting party, is in privileged position in comparison to the loan beneficiary since the bank, as a specialized financial institution, should foresee and could have foreseen all the risks of certain clauses of the agreement, and inform the loan beneficiary of those risks, before the conclusion of the agreement. The position of the Civil Department of the Supreme Court of Cassation confirms that the obligation to provide the offer and full information is a condition for the validity of the loan, however the judicial practice is not consistent on the issue of what is considered an offer. The decisions of the court vary – some elaborate that the offer must be made before the conclusion of the agreement and sufficient time given to the loan beneficiary to consider the offer and compare it with the offers of other banks, and some courts consider that it is sufficient that the loan beneficiary is given an overview of the essential elements of the agreement, and the loan repayment plan, on the day of the conclusion of the agreement. By analyzing the relevant judicial practice, the authors came to the conclusion that uneven, and in some cases completely different, court practice and its changes after passing of large number of judgments in favor of citizens, puts citizens in an unfavorable position. In this manner the public order and the right to fair trial is jeopardized, while there is no mention of the same in any of the judgements that the authors analyzed.

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

STRUČNI RAD

ČETVRTA KATEDRA

**PRAVO
NA INTELEKTUALNU
TVOREVINU**

**Prava intelektualne svojine;
Pravo informaciono komunikacionih tehnologija**

NIKOLA MILOSAVLJEVIĆ

TUŽBE U POSTUPCIMA GRAĐANSKOPRAVNE ZAŠTITE PRAVA NA INDUSTRIJSKI DIZAJN

Postoje brojne specifičnosti koje postupak građanskopravne zaštite prava intelektualne svojine izdvajaju od postupka zaštite drugih prava. Najčešće, one se odnose na pravila u vezi privremenih mera i mera obezbeđenja dokaza. Ipak, dosta specifičnosti postoji i u pogledu inicijalnog akta – tužbe. Autor u radu nastoji da ispita kakve specifičnosti postoje kod tužbi za zaštitu prava na industrijski dizajn kao i implikacije koje one proizvode na sam postupak. Cilj rada je da se izvrši analiza jedne skoro zapostavljene oblasti prava intelektualne svojine, kako bi se stručna javnost detaljnije upoznala sa ovim pravom intelektualne svojine. Analiza će biti izvršena primenom dogmatskog, istorijskog i komparativnog metoda.

Ključne reči: pravo na industrijski dizajn, industrijski dizajn, tužbe, postupak zaštite prava intelektualne svojine

U V O D

Građanskopravna zaštita prava intelektualne svojine je u dobroj meri ujednačena, što je s jedne strane posledica procesa unifikacije izvršenog TRIPS-om¹ i s druge strane harmonizacije putem Direktive 2004/48/EC.² Ipak, svako od prava

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

¹ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property (Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine) of 15 April 1994.

² Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, *Official Journal of the European Union*, L 157.

intelektualne svojine je različito u materijalno-pravnom smislu. Ove razlike posledično proizvode i izvesne specifičnosti i u procesnim aspektima, kako registracije tako i građanskopravne zaštite. Otuda bez obzira na značajnu ujednačenost pravila građanskopravne zaštite, svako od prava intelektualne svojine na određeni način specifično u pogledu postupka zaštite.

Pravo zaštite industrijskog dizajna u tom pogledu nije izuzetak. Otuda smatramo neophodnim da analiziramo određene specifičnosti koje postoje u pogledu postupka građanskopravne zaštite prava na industrijski dizajn. Imajući u vidu kompleksnost teme i obim rada, zadržaćemo se na analizi samo inicijalnih akata – tužbi u postupcima građanskopravne zaštite sa posebnim akcentom na tužbu zbog povrede prava. Ovo stoga što ceo tok i ishod spora u najvećoj meri zavise od pravilno napisane tužbe, te ovakav značaj inicijalnog akta, ukazuje na potrebu detaljnije akademske analize.

TUŽBA ZBOG POVREDE PRAVA

Pojam, stranke i rok za podnošenje tužbe

Tužbom zbog povrede prava vrši se zaštita imovinskopravnih ovlašćenja nosioca prava na industrijski dizajn koje on može suprotstaviti svim trećim licima. Pravo da podnese tužbu zbog povrede prava može da ima podnosilac prijave, nosilac prava na industrijski dizajn i sticalac isključive licence, pod uslovom da nije drugačije predviđeno ugovorom o licenci.³ Uvođenje mogućnosti da se nosiocu isključive licence ugovorom uskrati pravo na podnošenje tužbe novelama iz 2015. godine imalo je za svoj cilj usklađivanje sa Direktivom 2004/48/EC.⁴ Tom Direktivom je u članu 4. propisano da i druga lica koja imaju određena ovlašćenja na pravu mogu, pored nosilaca prava, podneti tužbu, a naročito sticaoci licence ako to ugovorom nije isključeno. Međutim, za potpuno određivanje aktivne legitimacije potrebno je u obzir uzeti i odredbu čl. 51 st. 4 ZPZID kojom je propisano da ugovor o licenci prema trećim licima proizvodi pravno dejstvo tek od momenta registracije. Prema tome, pored uslova da pravo na podnošenje tužbe nije isključeno ugovorom o licenci, sticalac licence mora biti upisan u Registar. Interesantno je da po britanskom pravu sticalac licence za registrovani dizajn ne može biti aktivno

³ Čl. 64 Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009, 45/2015 i 44/2018 – dr. Zakon – ZPZID.

⁴ Predlog zakona o izmenama i dopunama Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna od 25.12.2014. godine, <http://otvorenavlada.rs/pz-industrijski-dizajn076-cyr-doc/>, 2022. godine, obrazloženje uz čl. 35.

legitimisan za podnošenje tužbe, ali da to može sticalac licence za patent, autorsko pravo, žig i neregistrovani dizajn.⁵

Tuženi u ovom postupku je lice koje vrši povredu. To će po pravilu biti lice koje je preduzelo radnju korišćenja proizvoda u kome je sadržan dizajn ili dizajn koji ne ostavlja drugačiji ukupan utisak na informisanog korisnika. Pored toga, povredu čini i svako lice koje je pružalo usluge – pomagalo u vršenju povrede. Takođe, poslodavac će odgovarati za radnju povrede koje čine njegovi zaposleni prema opštim pravilima za naknadu štete. Ovo će gotovo redovno i biti slučaj budući da se dizajn koristi u privrednom poslovanju. Prema praksi britanskih sudova, čak i zastupnik privrednog društva – pravnog lica koje vrši povredu može biti odgovoran za povredu prava.⁶ Dodatno, kod tužbenog zahteva za davanje informacija zakonom su propisana lica od kojih se može zahtevati informacija i to može biti lice: 1) kod koga je pronađena roba koja se nalazi u prometu, a kojom se povređuje pravo; 2) koje pruža usluge u prometu, a kojima se povređuje pravo; 3) za koje je utvrđeno da na komercijalnoj osnovi pruža usluge koje se koriste u aktivnostima kojima se povređuje pravo; 4) koje je od strane tih lica navedeno kao lice uključeno u proizvodnju ili distribuciju roba ili pružanje usluga kojima se povređuje pravo.⁷

Tužba se u ovom postupku može podneti u subjektivnom roku od 3 godine od dana saznanja za povredu i učinioca, a u okviru objektivnog roka od 5 godina, računajući od dana nastale povrede. Postupak se vodi kao hitan, a u slučaju da je tužba podneta od strane podnosioca prijave, postupak će se prekinuti do donošenja odluke Zavoda o priznanju prava. Postupak će se prekinuti i u slučaju da se pokrene postupak za oglašavanje ništavim prava na industrijski dizajn.⁸ Kao što smo ranije naveli, Uredba Evropske unije pored mogućnosti prekida postupka u ovoj situaciji daje mogućnost podnošenja protivtužbe.

U pogledu dokazivanja, pažnju privlači novi čl. 66v ZPZID kojim je usvojen sa novelama iz 2015. godine. Njime se propisuje da stranka u postupku koja je učinila verovatnim svoje tvrdnje poziva na dokaz, koji se nalazi u posedu druge stranke ili pod njenom kontrolom, sud će drugu stranku pozvati da dostavi pomenuti dokaz, pod uslovom da poverljive informacije budu zaštićene. Sud će u tom slučaju na predlog jedne od stranaka u postupku, pozvati drugu stranku da dostavi bankarske, finansijske i poslovne dokumente koji se nalaze u njenom posedu,

⁵ Paul Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual property law*, Oxford, 2019, 641.

⁶ *Ibidem*. U pitanju je presuda Višeg suda Engleske i Velsa *MCA Records v. Charly Records* iz 2002. godine.

⁷ Čl. 70 st. 2 ZPZID.

⁸ Čl. 65 ZPZID.

ili pod njenom kontrolom, pod uslovom da poverljive informacije budu zaštićene. Treba reći da je ovakav vid obaveze jedne od strana u postupku da dostavi dokaze koje drži na zahtev druge koji je učinjen verovatnim, propisan i Zakonom o parničnom postupku,⁹ te nije bilo posebne potrebe da se i na ovom mestu ponavlja. Ovo posebno imajući u vidu da se njime ne predviđa ništa dodatno u odnosu na ono što postoji u opštem režimu procesnog prava.

Tužbeni zahtevi

Karakteristika sistema uspostavljenog TRIPS-om i Direktivom 2004/48/EC jeste da su tužbeni zahtevi koji se mogu uputiti u slučaju povrede propisani zakonom. To nije uobičajeno u slučaju povreda drugih subjektivnih prava u našem pravu i predstavlja karakteristiku anglosaksonskog sistema. U ZPZID-u je propisano ukupno osam tužbenih zahteva.

Tužbeni zahtev za utvrđenje povrede prava ili ozbiljne pretnje da će pravo biti povređeno. – Reč je o deklaratornom zahtevu koji se postavlja kao primarni. Prema teoriji kontinentalnog građanskog procesnog prava kada su ispunjeni uslovi da se uputi kondemnatorni zahtev zbog povrede prava, ne može se uputiti deklaratorni zahtev za utvrđivanje povrede se ne može podneti. Međutim, imajući u vidu da može postojati interes nosioca prava da se utvrdi da je došlo do povrede prava, bilo kao vid moralne satisfakcije ili iz drugih razloga, ZPZID-om se daje mogućnost da se i ovakav zahtev usvoji i nakon što je do povrede došlo. Dodatno ovaj zahtev je bilo potrebno predvideti kao poseban, budući da je čl. 194 st. 3 ZPP propisano da se tužba za utvrđenje postojanja ili nepostojanja činjenice može podneti samo ukoliko je to propisano zakonom. Budući da povreda prava predstavlja činjenicu, a ne pravni odnos, bilo je neophodno predvideti ZPZID-om ovaj zahtev kao dozvoljen.

Za utvrđivanje postojanja povrede nije od značaja da li je tuženi izazvao zabunu u prometu, već je dosta da se dokaže da je preduzeo neku od radnji korišćenja zaštićenog dizajna.¹⁰ Prilikom formiranja ovog zahteva potrebno je, prema stavu naše sudske prakse, jasno odrediti pravo koje je povređeno, ime ili naziv nosioca prava, ime ili naziv tuženog i opis načina na koji je povreda izvršena.¹¹ Pored toga, ovim zahtevom se mora identifikovati konkretan predmet zaštite na kome je

⁹ Čl. 241 Zakona o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020 – ZPP.

¹⁰ Siniša Varga, *Pravo industrijske svojine*, Kragujevac, 2014, 328.

¹¹ Presuda Privrednog apelacionog suda Pž-1377/18 od 13.12.2018. godine, navedeno prema Jasmina Stamenković, *Zbirka sudske prakse privrednih sudova iz oblasti zaštite intelektualne svojine*, knjiga druga, Beograd, 2020, 39.

povreda učinjena.¹² U teoriji je zastupljeno stanovište da pored tužbenog zahteva za utvrđenje da se povreda čini treba dozvoliti i zahtev kojim se utvrđuje da se povreda prava na industrijski dizajn ne vrši, kako bi se lice koje primenjuje određeni zahtev odbranilo od stalnih prigovora nosioca prava.¹³

Tužbeni zahtev za zabranu radnji kojima se povređuje pravo ili radnji koje predstavljaju ozbiljnu pretnju da će pravo biti povređeno, kao i zabranu ponavljanja takvih ili sličnih radnji pod pretnjom novčane kazne. – Jedna od prvih potreba nosioca prava u slučaju kada mu je pravo povređeno jeste da se sa povredom prava prestane. Što se povreda ranije zaustavi to će lakše biti smanjiti materijalnu štetu i povredu reputacije oštećenog. Otuda se ovaj zahtev smatra ključnim u okviru tužbe zbog povrede prava.¹⁴ Ukoliko povreda prava i dalje traje može se tražiti da se sa njom prestane i da se ne ponavlja, a ukoliko je povreda prava prestala može se zahtevati da se ne ponavlja. Druga situacija će po pravilu biti slučaj, jer podnošenju tužbe uglavnom prethodi podnošenje privremene mere.¹⁵ Osim toga navedeni zahtev može se uputiti i preventivno, ako postoje realni izgledi (u ZPZID stoji ozbiljna pretnja) da će do povrede prava doći.¹⁶ Za usvajanje ovog tužbenog zahteva, pored činjenice da je učinjena povreda potrebno je utvrditi postojanje drugih uslova. Najpre, sud ovaj zahtev usvaja kada to odgovara okolnostima slučaja. Potrebno je utvrditi da postoji opasnost da će se i u budućnosti nastaviti povreda prava. Ukoliko je tuženi priznao povredu prava i obavezao se da ubuduće neće vršiti povredu ovaj zahtev načelno neće biti potrebno usvojiti. Ipak, i u ovakvim situacijama, vodeći računa o okolnostima slučaja može biti opravdano da se ovaj zahtev usvoji imajući u vidu značaj prava tužioca i okolnosti pod kojima se povreda desila. Sud prilikom usvajanja mere treba da vodi računa i o interesima tužilačke i tužene strane.¹⁷ Sumirano usvajanje ovog zahteva mora biti: neophodno, efektivno, delovati odvratajuće, ne sme biti previše komplikovano ili skupo, ne sme stvarati ograničenja u trgovini, mora biti pravično i proporcionalno učinjenoj povredi.¹⁸ U američkom pravu,

¹² Presuda Privrednog apelacionog suda Pž-2465/18 od 25.10.2018. godine, navedeno prema J. Stamenković, op. cit., 113.

¹³ Slobodan Marković, *Autorsko pravo i srodna prava*, Beograd, 1999, 365, navedeno prema Zoran Miladinović, *Pravo intelektualne svojine*, Kragujevac, 2009, 312 i Milenko Manigodić, Đuro Manigodić, *Zakon o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna sa komentarom*, Beograd, 2010, 48.

¹⁴ P. Torremans, op. cit., 649.

¹⁵ S. Varga, op. cit., 328.

¹⁶ Z. Miladinović, op. cit., 312.

¹⁷ P. Torremans, op. cit., 654. Autor u ovom delu zapravo citira presudu Višeg suda Engleske i *Velsa Cantor Gaming Ltd. vs. GameAccount Global Ltd.* iz 2007. godine.

¹⁸ *Ibidem*, 656.

dotatni uslov za usvajanje ovog zahteva, jeste i da je povredilac napomenom o zaštićenom pravu bio upozoren da vrši povredu prava.¹⁹ U francuskom pravu ovaj zahtev je zamenjen mogućnošću izricanja mandatnih kazni, što je prihvaćeno i od strane Suda pravde Evropske unije.²⁰ Radnje koje se zabranjuju moraju biti konkretizovane.²¹ Ipak, izmenama iz 2015. godine precizirano je da se pored izvršenih radnji povrede mogu zabraniti i druge slične radnje.²² Ovaj zahtev za zaštitu prava na industrijski dizajn propisan je TRIPS-om, a implementiran Direktivom 2004/48/EC, a predviđen je i Uredbom Evropske Unije o komunitarnom dizajnu.²³

Tužbeni zahtev za isključenje iz prometa, oduzimanje ili uništenje, ili preinačenje bez bilo kakve naknade, proizvoda kojima se povređuje pravo. – Ovaj tužbeni zahtev slično prethodnom ima za svoj cilj da spreči dalju povredu prava, ali i da se otkloni stanje koje je uzrokovano povredom prava.²⁴ Naime, ukoliko su kod tuženog preostali proizvodi u kojima je sadržan dizajn, vrlo je verovatno da ih on može, bez obzira na zabranu i pretnju novčanim kažnjavanjem staviti u promet i time nastaviti povredu. U slučaju kada nema dokaza da je preostalo proizvoda koji sadrže zaštićeni dizajn, ovaj zahtev ne može biti usvojen. Sem toga uslov za usvajanje ovog zahteva jeste da je povreda zaista i nastala, a ne samo da predstoji.²⁵ Osim u odnosu na proizvode koji sadrže zaštićeni dizajn, ovaj zahtev može biti usvojen i u odnosu na ambalažu, matrice, negative i dr.²⁶ Ipak, u odnosu na matricu i negativ možda je ispravnije reći da je u pitanju alat ili oprema uz pomoć kojih se vrši povreda prava.

Pri razmatranju ovog zahteva sud je dužan da uzme u obzir srazmeru između ozbiljnosti povrede prava i istaknutog tužbenog zahteva, kao i interes trećih lica.²⁷ Ovo se prvenstveno odnosi na meru koju će sud u odnosu na proizvode preduzeti – da li će ih uništiti ili preinačiti. Isključenje iz prometa i oduzimanje predstavljaju provizorne mere koja prethode ovim merama kojima se trajno rešava

¹⁹ Gerame Dinwoodie, Mark Janis, *Trade Dress and Design Law*, Austin, Boston, 2010, 429.

²⁰ David Stone, *European intellectual property law*, Oxford, 2016, 502.

²¹ Presude Privrednog apelacionog suda Pž-7886/2016 od 14.09.2017. godine i Pž-1377/18 od 13.12.2018. godine, navedeno prema J. Stanković, op. cit., 33. i 42.

²² Čl. 64a st. 1. tač. 2 ZPZID.

²³ Čl. 44 TRIPS-a, čl. 11 Direktive 2004 /48 /EC i čl. 89 Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, *Official Journal of European union*, L 003, 05/01/2002 P. 0001 – 0024 – Uredba o komunitarnom dizajnu.

²⁴ Z. Miladinović, op. cit., 313.

²⁵ Proposal for a European Parliament and Council Regulation on the Community Design, <http://aei.pitt.edu/10580/>, 2022, 41.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Čl. 64a st. 5 ZPZID.

sudbina proizvoda. Otuda sud tom prilikom mora voditi računa i o svojinskim ovlašćenjima koje tuženi ima u odnosu na proizvode, budući da se uništenje vrši bez ikakve naknade. Tako će sud, po pravilu ukoliko je preinačenje moguće i time se ne vređaju interesi nosioca prava, uvek primarno odrediti preinačenje robe pa uništenje. Međutim, diskutabilno je koliko je preinačenje moguće kada je reč o dizajnu budući da je, za razliku od znaka koji se štiti žigom, dizajn inkorporisan u strukturu proizvoda. Ukoliko uopšte moguća ova mera bi sasvim sigurno išla u pravcu izmene ukupnog opšteg utiska koji se ostavlja na informisanog korisnika. U britanskom pravu moguće je odrediti da treće lice izvrši uništenje, ili pak ako tuženi prihvati da on to izvrši pod zakletvom.²⁸ U našem pravu bi se ovo pitanje moglo rešiti tek u izvršnom postupku ukoliko tuženi odbije da predmete zaštite povuče iz prodaje i uništi. Interesantno je rešenje nemačkog prava prema kome ukoliko povreda nije učinjena namerno ili usled krajnje nepažnje postoji mogućnost priznavanja kvazi-prinudne licence, odnosno povredilac može ponuditi da plati vrednost uobičajene novčane naknade, kako bi izbegao oduzimanje ili uništenje proizvoda.²⁹ Ovaj zahtev u uporednom pravu takođe može imati i kompenzatorni karakter. U britanskom pravu postoji mogućnost da se proizvodi kojima je izvršena povreda predaju nosiocu prava, umesto da se unište, te se tužilac može zapravo kompenzovati i na ovaj način,³⁰ a slična mogućnost predviđena je i u francuskom pravu.³¹ Mogućnost isticanja ovog zahteva je predviđena TRIPS-om i Direktivom 2004/48/EC.³² Uredbom o komunitarnom dizajnu, predviđena je samo mogućnost oduzimanja proizvoda kojima se povreda vrši, ne i uništenja, ali je Sud pravde Evropske unije u predmetu *Gautz v. Duna*, našao da se mera uništenja može zapravo podvesti pod druge mere predviđene nacionalnim zakonodavstvom.³³

Tužbeni zahtev za zabranu otuđenja, oduzimanje ili uništenje, bez bilo kakve naknade, materijala i predmeta koji su pretežno upotrebljeni u stvaranju ili proizvodnji proizvoda kojima se povređuje pravo. – Ovaj zahtev slično prethodnom ima za cilj da se spreči dalja povreda prava.³⁴ Međutim, za razliku od prethodnog zahteva, ovaj daleko više zadire u imovinu tuženog. Dok se prethodnim samo uklanjaju

²⁸ P. Torremans, op. cit., 657.

²⁹ Uma Suthersanen, *Design law in Europe*, London, 2000, 207.

³⁰ P. Torremans, op. cit., 657.

³¹ Z. Miladinović, op. cit., 313.

³² Čl. 46 TRIPS i čl. 10 Direktive 2004/48/ES.

³³ Charles Gielen, Verena Von Bomhard, *Concise European Trade Mark and Design Law*, Alphe aan den Rijn, 2017, 773.

³⁴ Z. Miladinović, op. cit., 314.

proizvodi koji sadrže zaštićeni dizajn, ovim se od tuženog oduzimaju sredstva za proizvodnju, čime se direktno utiče na njegovu egzistenciju. Kao i u slučaju prethodnog zahteva, potrebno je vagati između interesa nosioca prava i povredioca uzimajući u obzir srazmeru između ozbiljnosti povrede prava i tužbenog zahteva, kao i interes trećih lica. Međutim, kod ovog zahteva je potrebno posebno uzeti u obzir činjenicu da se sredstva za proizvodnju mogu upotrebiti i u druge svrhe, a ne samo u svrhe povrede, te je zahtev za preinačenje daleko opravdaniji od zahteva za uništenje. Pritom ovo se može odnositi samo na alate i opremu koji su pretežno ili isključivo upotrebljeni u povređivanju prava na industrijski dizajn. Verovatno se iz tog razloga u TRIPS-u pominje samo povlačenje iz trgovinski tokova, a ne i oduzimanje, preinačenje i uništenje alata i opreme koji su služili u povredi prava, dok se Uredbom o komunitarnom dizajnu predviđa samo oduzimanje.³⁵ Ipak u Direktivi 2004/48/EC je izričito navedena mogućnost uništenja materijala i opreme pretežno upotrebljenih za povredu prava.³⁶ Prilikom određivanja ove mere sud mora voditi računa i o realnoj opasnosti da do buduće povrede dođe, još i više nego u slučaju prethodne mere. Okolnosti koje na ovo mogu uticati su subjektivnog ili objektivnog karaktera. Okolnosti subjektivnog karaktera jesu svest tužioca da je on svojim radnjama izvršio povredu, ali i namera tužioca da se sa povredom nastavi, što je čak jedan i od uslova prema Uredbi o komunitarnom dizajnu za određivanje mere. S druge strane objektivne okolnosti se prvenstveno tiču namene alata i opreme, te ukoliko je reč o alatima i opremi koja se isključivo može koristiti u cilju povrede prava i ne mogu se upotrebiti u druge svrhe, usvajanje ovog zahteva će biti opravdano.³⁷

Tužbeni zahtev za naknadu imovinske i neimovinske štete zbog povrede prava. – Po prirodi ovaj zahtev ima restitutivni karakter, odnosno njime se nastoji da se otklone štetne posledice koje su nastale povredom prava.³⁸ Američko pravo u oblasti zaštite intelektualne svojine i evropsko pravo u Direktivi 2004/48/EC priznaju samo restitutivni karakter štete. Iako je bilo sporno da li ranije priznata naknada štete u trostrukom iznosu stvarne ili naknada u unapred određenom iznosu predstavljaju penalnu, odnosno kaznenu štetu, makar proklamovano smisao ovih instituta je bio da se njime otkloni potpuna šteta čiju je visinu vrlo teško odmeriti. Ipak, u praksi se često dešavalo da se u primeni ovih instituta skrene u kaznenu naknadu štete.

³⁵ Čl. 46 TRIPS i čl. 89 st. 1. tač. (s) Uredbe o komunitarnom dizajnu.

³⁶ Čl. 10 Direktive 2004/48/EC.

³⁷ S. Varga, op. cit., 328.

³⁸ P. Torremans, op. cit., 657.

Za razliku od ostalih tužbenih zahteva, zahtev za naknadu štete je uslovljen postojanjem psihičkog odnosa povredioca prema povredi, odnosno postojanjem krivice ili nepažnje. U pogledu stepena nepažnje koji se zahteva, važe opšta pravila obligacionog prava, te se u skladu sa pravilima našeg prava odgovornost pretpostavlja, dok povredilac treba da dokaže postojanje okolnosti koju njegovu odgovornost isključuju. Ipak bez obzira na pitanje krivice postojanje povrede treba utvrđivati objektivno.³⁹

ZPZID izričito priznaje mogućnost da se zbog povrede dizajna nadoknadi i nematerijalna šteta. TRIPS i Direktiva 2004/48/EC, ovo pitanje regulišu na nivou svih prava intelektualne svojine tako da se i kod njih predviđa, kao moguća, naknada nematerijalne štete zbog povrede intelektualne svojine. Međutim u praksi Sud pravde Evropske unije se pitanja naknade nematerijalne štete samo dotakao u svega nekoliko presuda bez jasnijih smernica kada i u kojim situacijama treba dopustiti naknadu nematerijalne štete i da li se ona može dosuditi pravnim licima zbog povrede poslovnog ugleda. Za sada, prema rešenju našeg prava, pravo na naknadu nematerijalne štete može postojati samo u slučaju kada je tužilac autor dizajna, kao jedino lice čije se dostojanstvo vređa prilikom povrede.⁴⁰

Određivanje visine naknade materijalne štete predstavlja jedno od najsloženijih pitanja prava intelektualne svojine uopšte. U teoriji su se u tom pogledu iskristalisala tri metoda. Prema diferencijalnoj metodi visina štete je određena razlikom imovine koju oštećeni ima i imovine koju bi imao da do povrede nije došlo. Metoda protivpravne dobiti štetnika, podrazumeva zapravo da od povredioca treba oduzeti celokupan profit koji je ostvario povredom. Ova metoda se može prihvatiti u jednom ograničenom obliku u kome bi se naknada dosuđivala do visine stvarnog doprinosa profitu štetnika (odnosno neosnovanog obogaćenja), jer bi se u suprotnom ovaj zahtev pretvorio u penalnu štetu.⁴¹ Konačno metoda analogije sa licencnom naknadom podrazumeva da se visina štete zapravo sastoji u visini licencne naknade koja bi bila naplaćena da je štetnik zaključio ugovor o korišćenju sa nosiocem prava. Svaka od ovih metoda ima određene prednosti i nedostatke i svaka od njih se u određenoj meri u praksi primenjuje.⁴² U pogledu određivanja visine naknade štete, parametri koji su dati ZPZID-om su zapravo preuzeti iz Direktive 2004/48/EC.⁴³

³⁹ S. Varga, op. cit., 329.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Annette Kur, „Enforcing design rights throughout Europe“, *Research Handbook on Design Law* (ed. Henning Hartwig), Cheltenham-Northampton, 2021, 288.

⁴² Z. Miladinović, op. cit., 317.

⁴³ Uoprediti čl. 64a st. 6 ZPZID, i čl. 13. St. 1 tač. (a) Direktive 2004/48/EC.

Pri određivanju visine naknade štete ako je učinilac povrede znao ili mogao da zna da čini povredu prava sud će uzeti u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, kao što su negativne ekonomske posledice koje trpi oštećeni, uključujući izgublenu dobit, dobit koju je štetnik ostvario povredom prava i, u odgovarajućim slučajevima, okolnosti koje nemaju ekonomski karakter, kao što je neimovinska šteta.⁴⁴ Takođe, propisano je i da sud može umesto naknade štete, kada okolnosti slučaja to opravdavaju, da dosudi tužiocu paušalnu naknadu koja ne može biti niža od uobičajene naknade koju bi primio za konkretni oblik korišćenja predmeta zaštite, da je to korišćenje bilo zakonito.⁴⁵ Pravilna primena ove naknade zavisi mnogo od sudske prakse. Prema praksi britanskih sudova pravi se razlika između situacije kada su nosilac prava i povredilac konkurenti. U slučaju kada bi se moglo zaključiti da bi između njih došlo do zaključenja ugovora o licenci, štetu treba odrediti u visini licencne naknade. Ukoliko, pak prema okolnostima slučaja ne bi bilo verovatno da bi došlo do zaključenja ugovora o licenci, štetu treba odrediti prema visini gubitaka koje trpi tužilac i to imajući u vidu izgubljeni profit, izgubljene šanse, konkurentsku poziciju koju je zauzeo tuženi i dr. S druge strane ukoliko tužilac i tuženi nisu konkurencija jedan drugom, treba primeniti pravilo o naknadi uobičajene licence, ali za nekonkurentsku upotrebu.⁴⁶ Prema stavu naše sudske prakse opravdana je pretpostavka da bi tužilac ostvario dobit koju je ostvario tuženi da nije došlo do povrede prava.⁴⁷ Pritom vremensko određenje perioda u kome je povreda vršena predstavlja osnovni uslov pravilnog utvrđenja visine naknade štete, te je dokazni predlog koji ne sadrži vremensku odrednicu nepotpun.⁴⁸ Naknada štete je kao zahtev pored Direktive 2004/48/EC, predviđena i TRIPS-om,⁴⁹ ali ne i Uredbom o komunitarnom dizajnu.

Tužbeni zahtev za objavljivanje presude o trošku tuženog. – Ovim tužbenim zahtevom se zapravo ostvaruje dvojak cilj. S jedne strane, usled neovlašćenog korišćenja industrijskog dizajna vrlo lako je mogla nastati zabuna na tržištu u pogledu porekla proizvoda. Otuda ovim zahtevom se zapravo postiže da se javnost

⁴⁴ Naglašavanje vrste odgovornosti u odredbi kojom se reguliše pitanje visine naknade nematerijalne štete, opominje na prisustvo anglosaksonskog uticaja u formulisanju ovog rešenja.

⁴⁵ Čl. 64a st. 7 ZPZID.

⁴⁶ P. Torremans, op. cit., 658.

⁴⁷ Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 7603/11 navedeno prema Jasmina Stamenković, *Zbirka sudske prakse privrednih sudova iz oblasti zaštite intelektualne svojine*, knjiga prva, Beograd, 2016, 128.

⁴⁸ Presuda apelacionog suda Pž.7968/11, navedeno prema J. Stamenković, op. cit., knjiga prva, 135.

⁴⁹ Čl. 48 TRIPS.

obavesti o tome da je tuženi izvršio povredu prava na industrijski dizajn, čime se otklanjaju posledice nastale povrede. Otuda je u praksi usvojen stav da se najbolji efekat sa ovim zahtevom postiže ukoliko se presuda objavi na teritoriji gde je sedište ili prebivalište tuženog.⁵⁰ S druge strane, objavljivanjem presude se pruža određena satisfakcija za povredu ugleda.⁵¹ Dok je za povredu ugleda fizičkih lica u sudskoj praksi prihvaćena mogućnost naknada nematerijalne štete, pored ovog oblika satisfakcije, za pravna lica za povredu poslovnog ugleda je objavljivanje presude jedini oblik satisfakcije koja ona mogu dobiti po našem pravu.⁵² Sud će, u granicama ovog zahteva, odlučiti u kojem će sredstvu javnog saopštavanja biti objavljena presuda. Ako sud odluči da se objavi samo deo presude, objaviće se izreka i prema potrebi onaj deo presude iz kojeg je vidljivo o kakvoj se povredi radi i ko je izvršio povredu.⁵³ Prilikom ocene da li treba usvojiti ovakav zahtev sud mora ceniti intenzitet napada na povređeno dobro, sredstvo i način kojim je povreda učinjena, količinu robe kojom je povreda učinjena, uslove pod kojima pravni subjekti posluju, ponašanje onoga ko je povredu izvršio nakon učinjene povrede, negativne ekonomske posledice i slične okolnosti.⁵⁴ Tako je sud u Torinu u predmetu *Fiat vs Great Wall Motors* imajući u vidu navedene okolnosti i posebno činjenicu da povređen dizajn našao za neophodno da primenom ovog zahteva javnost upozna sa povredom u čak tri dnevna lista o trošku tuženog.⁵⁵ Ovaj zahtev nije predviđen TRIPS-om ni Uredbom o komunitarnom dizajnu, ali jeste Direktivom 2004/48/EC.⁵⁶

Tužbeni zahtev za davanje podataka o trećim licima koja su učestvovala u povredi prava. – Reč je o zahtevu koji je samo naveden u čl. 64a ZPZID, ali je njegovo detaljnije regulisanje predviđeno čl. 70 ZPZID. Karakter ovog zahteva bi se mogao odrediti kao preventivni, budući da se njime omogućuje da tužilac dalje zaštiti svoje pravo. Naime, nosilac prava nije svaki put u prilici da zna koja su sve lica učestvovala u povredi prava, naročito ako je bila organizovana mreža. Po pravilu tužilac nailazi na lice na kraju distributivnog lanca, ali da bi se povreda zaustavila

⁵⁰ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gž-991/85 od 21.10.1985. godine, navedeno prema Z. Miladinović, op. cit., 315.

⁵¹ Rešenje Višeg trgovinskog suda Pž. 6348/2008, navedeno prema, J. Stamenković, op. cit., knjiga prva, 112.

⁵² S. Varga, op. cit., 330.

⁵³ Čl. 64a st. 4 ZPZID.

⁵⁴ Rešenje Višeg trgovinskog suda Pž. 6348/2008, navedeno prema J. Stamenković, op. cit., knjiga prva, 113.

⁵⁵ D. Stone, op. cit., 509.

⁵⁶ Čl. 15 Direktive 2004/48/EC.

potrebno je da se merama obuhvate sva lica koja povredu vrše, pre svega ona lica koja rade proizvodnju.⁵⁷ Stoga je potrebno omogućiti mu da od lica koje je izvršilo povredu (npr. kao trgovac prodavao proizvode koji sadrže zaštićeni dizajn) dobije i informacije o tome ko je još u povredi prava učestvovao pored njega (npr. lice koje je proizvodilo te proizvode).⁵⁸ Međutim, imenovanje drugih povredioaca nije jedina informacija koja se može tražiti. Zahtevom se mogu tražiti: 1) podaci o proizvođačima, distributerima, dobavljačima i drugim licima koja su prethodno bila uključena u proizvodnju ili distribuciju robe ili pružanje usluga, kao i o prodavcima kojima je roba namenjena i 2) podaci o količinama proizvedene, isporučene ili naručene robe ili usluga, kao i cenama ostvarenim za takvu robu ili usluge. Prema stavu naše sudske prakse, kako bi se ovaj zahtev usvojio, nije dovoljno dokazati da je povreda učinjena nego i da je u povredi učestvovalo više lica, kao i da je tuženom poznat identitet tih lica.⁵⁹ Ono što je najproblematičnije kod ovog zahteva, jeste sankcija za nepostupanje po ovom zahtevu, u kom slučaju je propisano da lice koje odbije da da ove podatke će odgovarati za štetu koja usled toga nastane.⁶⁰ U teoriji postoji shvatanje da ako sud ne odredi sankcije za nedavanje informacije, da će ova odredba izgubiti svoj značaj u praksi.⁶¹ Pritom i u ovom slučaju važi zabrana protiv samoinkriminacije, te tuženi može odbiti davanje informacija kojim bi se priznalo učešće u povredi prava ili učešće bliže rodbine u povredi prava i moraju se poštovati odredbe o odgovornosti za zloupotrebu informacija i o zaštiti podataka o ličnosti. I pored toga tužilac ima pravo da mu se pruže potpunije informacije, a informacije na ovaj način prikupljene mogu se koristiti i u drugim građanskim i krivičnim postupcima. U vezi sa poslednjim uslovima za primenu ove mere posebno je interesantan odnos ovog zahteva sa potrebom zaštite podataka o ličnosti. Sud pravde Evropske unije se ovim pitanjem pozabavio u presudi *Coty Germany v. Stadtsparkasse Magdeburg* iz 2015. godine povodom pitanja da li je banka dužna po osnovu ovog zahteva da izda informacije o licu čiji je račun na koje je uplaćen novac za kupovinu krivotvorenog proizvoda na interentu. Sud je smatrao da i u ovom slučaju pravo na privatnost mora biti izbalansirano u odnosu sa ostalim pravima drugih lica i ne može se unapred smatrati da bilo koje pravo ima prednost nad drugim.⁶² Ovaj zahtev je predviđen TRIPS-om i Direktivom 2004/48/ES,

⁵⁷ P. Torremans, op. cit., 666-667.

⁵⁸ S. Varga, op. cit., 330.

⁵⁹ Rešenje Višeg trgovinskog suda Pž. 6348/2008 i Presuda apelacionog suda Pž.7968/11, navedeno prema J. Stamenković, op. cit., knjiga prva, 115-116 i 135.

⁶⁰ Čl. 70 ZPZID.

⁶¹ M. Manigodić, Đ. Manigodić, op. cit., 53.

⁶² P. Torremans, op. cit., 667-669.

ali ne i Uredbom o komunitarnom dizajnu.⁶³ Interesantno je da je Ekonomsko-socijalni savet EU prilikom usvajanja Uredbe o komunitarnom dizajnu predložio da ovaj zahtev obavezno uđe u Uredbu, jer je to od posebnog značaja u određenim oblastima dizajna gde je potrebno da tužilac reaguje brzo u zaštiti svojih prava.⁶⁴

TUŽBA ZA OSPORAVANJE PRAVA

Ovom tužbom se zapravo štiti pravo na podnošenje prijave. Naime, autor industrijskog dizajna ili njegov pravni sledbenik ovom tužbom zahteva od suda da utvrdi da on ima pravo na podnošenje prijave umesto lica, ili zajedno sa licem koje je podnelo prijavu. Budući da se ovom tužbom zapravo zahteva da se izmeni u prijavi i dokumentaciji lice koje je podnosilac prijave, ona se može podneti samo do okončanja postupka za priznanje prava. U ovoj situaciji, pitanje prava na podnošenje prijave predstavlja prethodno pitanje u postupku za priznanje prava. Zavod bi načelno mogao da ovo pitanje reši samostalno budući da nije pitanje postojanja krivičnog dela, braka, niti je određeno zakonom da Zavod mora da prekine postupak. Ipak, imajući u vidu da je reč o sudskoj stvari, Metodologijom Zavoda se predviđa da će se do okončanja sudskog postupka, postupak za priznanje prava prekinuti.

Međutim i nakon završetka postupka, sve dok traje pravo na industrijski dizajn može autor industrijskog dizajna ili njegov pravni sledbenik ovom tužbom da zahteva od suda da utvrdi da je on nosilac registrovanog industrijskog dizajna umesto lica, ili zajedno sa licem na čije ime je kod nadležnog organa registrovan industrijski dizajn. Na ovaj način se zapravo omogućava licu koje zaista ima pravo na podnošenje prijave da do kraja postojanja prava na industrijski dizajn, stekne pravo koje mu je drugo lice oduzelo, neovlašćenim podnošenjem prijave.

Ono što se zapravo ostvaruje ovim tužbenim zahtevom jeste zaštita nosioca prava na industrijski dizajn, za razliku od tužbe za priznanje autorstva koja je isključivo namenjena autoru dizajna. Postojanje ove tužbe je posledica pretpostavke zavoda da je lice koje podnosi prijavu ovlašćeno da podnese zahtev, što se ne ispituje, niti se zahteva od podnosioca prijave da svojstvo podnosioca dokaže. Podnošenjem tužbe zapravo se vrši obaranje zakonske pretpostavke da lice koje je podnelo prijavu ovlašćeno da tu prijavu podnese. Izmeštanje ove kontrole u parnični postupak je posledica prvenstveno toga da je pitanje koje lice ima ili nema pravo

⁶³ Čl. 47 TRIPS i čl. 8 Direktive 2004/48/EC.

⁶⁴ Ipak redaktori nisu uneli ovaj zahtev, ostavljajući državama članicama mogućnost da ga unesu po svojoj volji Gordian Hasselblatt, *Community design regulation*, München, 2018, 579.

na podnošenje prijave sporno pitanje, koje se ne rešava u upravnom postupku, a drugo činjenice da će po pravilu podnosilac biti lice koje ima pravo na podnošenje prijave. Stoga kako se ne bi neopravdano odugovlačio postupak priznanja daje se mogućnost podnošenja tužbe, licu koje smatra da mu je pravo povređeno, što će, po pravilu, retko biti slučaj.

Ako se pravnosnažnom sudskom odlukom usvoji ovaj tužbeni zahtev, Zavod će po prijemu pravnosnažne presude, ili na zahtev tužioca, upisati tužioca u odgovarajući registar kao podnosioca prijave, odnosno nosioca prava na industrijski dizajn. Karakter ove tužbe je otuda blizak karakteru brisovne tužbe u pravu katastra nepokretnosti. Zakon propisuje i da pravo koje je treće savesno lice pribavilo od ranijeg podnosioca prijave, ili nosioca prava na industrijski dizajn, prestaje danom upisa novog nosioca prava, odnosno podnosioca prijave u odgovarajući registar. Drugim rečima, zakonodavac je u ovoj situaciji radi zaštite pravne sigurnosti opredelio da posledice promene upisa imaju *ex nunc* dejstvo. Treće savesno lice neće dugovati nosiocu prava naknadu za vreme za koje je koristilo predmet zaštite, budući da se pouzdalo u istinitost podataka iz registra.

TUŽBA ZA PRIZNAVANJE AUTORSTVA

Ovom tužbom se daje mogućnost autoru da zaštiti svoje ovlašćenje da bude naveden kao autor u prijavi, spisima i patentnoj ispravi. Lice koje sebe smatra autorom industrijskog dizajna ili njegov pravni sledbenik, može tužbom da zahteva od suda da utvrdi da je on autor industrijskog dizajna koji je predmet prijave, ili priznatog prava na industrijski dizajn, i da bude naveden kao autor u prijavi i svim drugim dokumentima, kao i u odgovarajućim registrima.⁶⁵ Rok za podnošenje ove tužbe nije vremenski ograničen. Navedena odredba nije redigovana najpreciznije budući da bi se iz nje moglo zaključiti da i pravni sledbenik lica koje sebe smatra autorom može da traži za sebe da se utvrdi da je ono autor („... da zahteva od suda da utvrdi da je on autor industrijskog dizajna...“). Zapravo, pravni sledbenik (naslednik ili naslednik naslednika) ne može zahtevati za sebe da se utvrdi da je on autor dizajna, već da se utvrdi da je to njegov pravni prethodnik, odnosno lice za koje smatra da je autor dizajna.

Usled toga što je ovde reč o zaštiti ličnog pravnog ovlašćenja zakonom je predviđena vremenski neograničena zaštita u skladu sa konceptom nezastarivosti ličnog pravnog ovlašćenja u našem pravu. Pored toga, budući da se ovom tužbom štiti dostojanstvo i integritet stvaralaštva pravog autora dela, tužilac je ovlašćen

⁶⁵ Čl. 74. st. 1. i 3 ZPZID.

da uz zahtev da se utvrdi da je on autor dela da zahteva i objavljivanje presude o trošku tuženog, naknadu moralne i imovinske štete i troškova postupka.⁶⁶

ZAKLJUČAK

Jedna od osnovnih ideja uvođenja TRIPS-a jeste bila da se omogućé efikasniji sistemi zaštite prava intelektualne svojine. Otuda je fokus ovog ugovora bio usmeren prvenstveno na postupak sudske zaštite. Ovo je slučaj i sa Direktivom 2004/48/EC koja je nastala kao potreba usklađivanja prava država članica Evropske unije, budući da je Unija kao celina pristupila TRIPS-u. Otuda je veliki deo odredbi koje se odnose na tužbu zbog povrede prava na industrijski dizajn, posebno u pogledu tužbenih zahteva, ujednačen sa pravilima koja postoje u drugim granama intelektualne svojine. Ipak ukazali bismo na par specifičnosti do kojih smo u istraživanju došli.

Naime, u pogledu potencijalnog kruga tužilaca, specifično je da pored zahteva da nosilac licence bude registrovan, dodatno je neophodno da ugovorom o licenci mogućnost podnošenja tužbe nije bila isključena. Otuda za razliku od autorskog prava postoje dva uslova pod kojima nosilac licence može podneti tužbu. Dodatno je specifično što je u britanskom pravu ova mogućnost isključena za nosioca licence. S druge strane u pogledu zahteva za utvrđivanje povrede prava, kod prava na industrijski dizajn nije od značaja utvrditi da li je korišćenje dizajna izazvalo konfuziju na tržištu, za razliku od žiga. Takođe zamisliv je i zahtev kojim se utvrđuje da se povreda prava na industrijski dizajn ne vrši. U pogledu zahteva za uništenje i preinačenje predmeta kojima se vrši povreda prava specifičnosti mogu postojati u pogledu zahteva za preinačenje, budući da je dizajn po svojoj suštini gotovo nerazdvojivo inkorporisan u strukturu proizvoda. Takođe, bilo bi vrlo teško i nezahvalno sastaviti izreku presude kojom bi detaljno bilo navedeno na koji način treba izvršiti promenu predmeta kojima se vrši povreda prava, budući da bi sud time na sebe preuzeo ocenu uslova novosti i individualnog karaktera. Za razliku od žiga, takođe, zahtev za naknadu nematerijalne štete smatramo da u postupku zaštite prava na industrijski dizajn nalazi svoje puno opravdanje, ali samo u slučaju kada tužbu podnosi nosilac prava.

Pored navedenih, brojne specifičnosti se odnose i na preostale dve tužbe za zaštitu prava na industrijski dizajn. Tako, tužba za osporavanje prava se može smatrati specifičnom u odnosu na autorsko pravo, ali ne i ostala prava industrijske svojine. Njome se zapravo štiti pravo autora, ali i njegovog pravnog sledbenika

⁶⁶ Čl. 74. st. 2 ZPZID.

na podnošenje prijave za industrijski dizajn. Konačno tužba koja je sasvim specifična za pravo na industrijski dizajn jeste tužba za priznanje autorstva. Iako se mora priznati da pandan postoji u patentnom pravu, specifično je što je ovom tužbom omogućeno priznanje svojstva autora dizajna što je opet bitno drugačije od svojstva pronalazača.

Na kraju, mogli bismo zaključiti da izvesne sličnosti postoje u odnosu na tužbe kojima se štite ostala prava intelektualne svojine (pa i pravo svojine u pogledu nekadašnje brisovne tužbe), ali da i tužbe u postupku zaštite prava na industrijski dizajn pokazuju svoje specifičnosti i razlike koje, s jedne strane, zahtevaju zasebno regulisanje, a s druge, adekvatnu akademsku pažnju.

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

LAWSUITS IN DESIGN LAW INFRINGEMENT PROCEEDINGS

Summary

There are many peculiarities that make intellectual property infringement proceedings special. Most of them, however, relate to the rules that are regulating provisional and measures for preserving evidence. Yet, there are many peculiarities regarding the initial act – lawsuit. The author of this paper will examine the peculiarities regarding the lawsuits in design right infringement cases, as well as the implications they produce on infringement proceedings. The aim of the examination is to conduct an analysis of the design law, as a neglected area of intellectual property. The analysis will be conducted using the dogmatic, historic, and comparative methods.

Key words: design right, industrial design, lawsuit, intellectual property law infringement proceedings

Literatura

Dinwoodie G., Janis M., *Trade Dress and Design Law*, Austin, Boston, 2010.

Gielen C., Von Bomhard, V., *Concise European Trade Mark and Design Law*, Alphe aan den Rijn, 2017.

Hasselblatt G., *Community design regulation*, München, 2018.

Kur A., „Enforcing design rights throughout Europe“, *Research Handbook on Design Law* (ed. Henning Hartwig), Cheltenham-Northampton, 2021.

Manigodić M., Manigodić Đ., *Zakon o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna sa komentarom*, Beograd, 2010.

Miladinović Z., *Pravo intelektualne svojine*, Kragujevac, 2009.

Stamenković J., *Zbirka sudske prakse privrednih sudova iz oblasti zaštite intelektualne svojine*, knjiga druga, Beograd, 2020.

Stamenković J., *Zbirka sudske prakse privrednih sudova iz oblasti zaštite intelektualne svojine*, knjiga prva, Beograd, 2016.

Stone D., *European intellectual property law*, Oxford, 2016.

Suthersanen U., *Design law in Europe*, London, 2000.

Torremans P., *Holyoak and Torremans Intellectual property law*, Oxford, 2019.

Varga S., *Pravo industrijske svojine*, Kragujevac, 2014.

PREGLEDNI RAD

SNEŽANA ŠARBOH
SAŠA ZDRAVKOVIĆ

PRONALAZAČKA SVEDOČANSTVA KAO OBLIK ZAŠTITE PRONALAZAKA

Pored patenta i korisnog modela, zaštita pronalazaka moguća je i pronalazačkim svedočanstvom. Pronalazačka svedočanstva su nastala posle Oktobarske revolucije u Rusiji, kao pokušaj prilagođavanja patentnog sistema zasnovanog na privatnoj svojini i isključivim pravima na iskorišćavanje pronalaska novonastalom društvenom uređenju koje je odlikovalo zajedničko vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju. Iako se danas smatraju reliktom socijalizma, u periodu između 1919. godine i početka devedesetih godina prošlog veka pronalazačka svedočanstva su imala značajnu ulogu u razvoju inovacija u socijalističkim zemljama, uključujući i posleratnu Jugoslaviju. Danas pronalazačka svedočanstva prvenstveno imaju značaj kao deo stanja tehnike koje se koristi za ispitivanje novosti i inventivnog nivoa pronalazaka u postupku zaštite patentom.

Ključne reči: pronalazačko svedočanstvo, zaštita pronalazaka, socijalizam, patent

U V O D

Iako patent predstavlja najpoznatije i najrasprostranjenije pravo koje obezbeđuje zaštitu pronalazaka, treba istaći da su već od nastanka savremenog sistema zaštite industrijske svojine, uspostavljenog Pariskom konvencijom za zaštitu industrijske svojine iz 1883. godine, prijaviocima na raspolaganju bile i druge mogućnosti za zaštitu pronalazaka. Tako se u čl. 4. Pariske konvencije pored patenata

Dr Snežana Šarboh, Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd, e-mail: ssarboh@zis.gov.rs.

Saša Zdravković, Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd, e-mail: szdravkovic@zis.gov.rs.

eksplicitno navode i korisni modeli (koji se u nekim zemljama takođe nazivaju modelima za iskorišćavanje, malim patentima, neispitanim patentima i dr.), kojima su se u kasnijim revizijama ove konvencije (poslednji put revidirana u Stokholmu 14. jula 1967. godine) pridružila i pronalazačka svedočanstva.¹ Pored toga, pronalazačka svedočanstva su uključena i u odredbe Ugovora o saradnji u oblasti patenata (Patent Cooperation Treaty) i to čl. 2. i 43.²

U odnosu na patent i korisni model, koji imaju veći broj sličnih karakteristika i koji su i danas rasprostranjeni širom sveta, pronalazačko svedočanstvo je u periodu između svog nastanka početkom dvadesetih godina XX veka i današnjih dana doživelo svoj uspon, a zatim i pad, koji je doveo do njegovog skoro potpunog nestanka kao jednog od prava industrijske svojine namenjenog za zaštitu pronalazaka.

PRONALAZAČKA SVEDOČANSTVA KAO OBLIK ZAŠTITE PRONALAZAKA U SVETU

Nastanak pronalazačkih svedočanstava usledio je posle Oktobarske revolucije u Rusiji, do koje je došlo 1917. godine, i formiranja Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika (SSSR) 1922. godine. Novo društveno uređenje – socijalizam – koje je zamenilo Rusku imperiju, zasnovanu na kapitalističkom ekonomskom, društvenom i političkom sistemu, imalo je dijametralno suprotan odnos prema privatnoj svojini, čiji jedan oblik takođe predstavljaju i patenti. Naime, socijalizam je baziran na zajedničkom vlasništvu nad sredstvima za proizvodnju, koje kao takvo ima prednost nad privatnom svojinom. Sa druge strane, patent kao isključivo pravo koje njegovom nosiocu omogućava da spreči svako treće lice koje nema njegovu saglasnost da proizvodi, nudi, stavlja u promet ili na neki drugi način iskorišćava patentirani pronalazak, u suprotnosti je sa osnovnim načelima socijalizma kao takvog.³

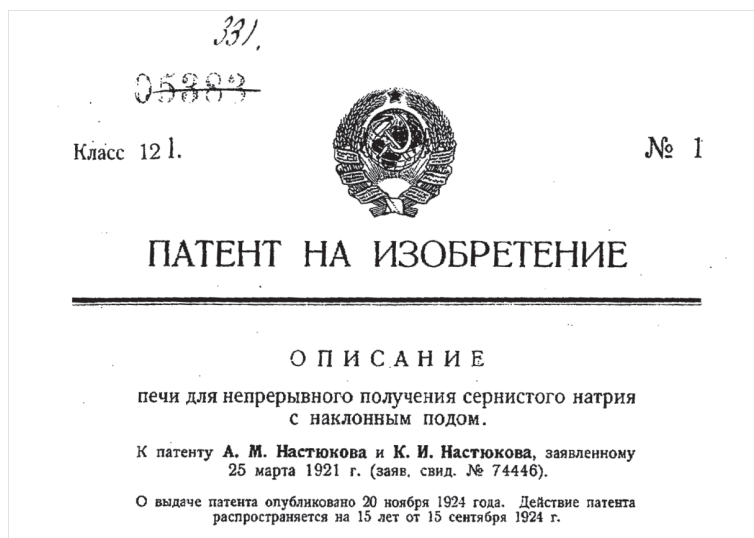
Iz tih razloga u Sovjetskom Savezu se pristupilo stvaranju novog sistema zaštite pronalazaka za koji se smatralo da bi bio primereniji izgradnji socijalističkog društva. Posle razmatranja različitih opcija, već 1919. godine donet je Dekret

¹ Uredba o ratifikaciji Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine od 20. marta 1883. godine, revidirana u Briselu 14. decembra 1900. godine, u Vašingtonu 2. juna 1911. godine, u Hagu 6. novembra 1925. godine, u Londonu 2. juna 1934. godine, u Lisabonu 31. oktobra 1958. godine i u Stokholmu 14. jula 1967. godine, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 5/74 i *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/86 – dr. Uredba.

² Zakon o potvrđivanju Ugovora o saradnji u oblasti patenata, sa Pravilnikom za sprovođenje Ugovora o saradnji u oblasti patenata, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 3/96 i *Službeni list SCG*, br. 32/2004 – dr. zakon.

³ The Soviet Law of Inventions and Copyright, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=flr>, 12. 8. 2022.

o pronalascima, koji je predviđao da će bilo koji pronalazak koji bi bio koristan za državu postati državna svojina, dok su već postojeći patenti bili nacionalizovani.⁴ Međutim, iako je pomenutim dekretom po prvi put uveden koncept pronalazačkog svedočanstva kao oblik zaštite za pronalazke, u njemu se nigde ne upotrebljava taj izraz, već se i dalje isključivo koristi izraz „patent“, što se može videti i sa prve strane prvog odobrenog sovjetskog patenta (prikazano na slici 1).



Slika 1 – deo prve strane prvog odobrenog sovjetskog patenta SU 1 A1 za pronalazak peći za kontinualnu proizvodnju natrijum sulfida⁵

Trajanje ovakvih patenata je bilo ograničeno na 15 godina. Međutim, privredne i socijalne teškoće sa kojima se suočila prva socijalistička država dovele su do potrebe za izvesnim prilagođavanjem prvobitno usvojene ekonomske politike, što je postalo poznato kao Nova ekonomska politika (NEP). NEP je omogućio delimično ponovno uspostavljanje privatne svojine i inicijative.⁶ On je takođe uticao

⁴ „A forgotten source of prior art? – Understanding and searching inventor’s certificates“, [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/9150186096F3FE21C125861F002907E7/\\$File/EPOPIC_2020_Eva_Strakova_Juergen_Muehl.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/9150186096F3FE21C125861F002907E7/$File/EPOPIC_2020_Eva_Strakova_Juergen_Muehl.pdf), 12. 8. 2022.

⁵ Dokument SU 1 A1 je preuzet iz baze podataka Evropske patentne organizacije Espacenet, https://worldwide.espacenet.com/advancedSearch?locale=en_EP, 14. 8. 2022.

⁶ Secrecy in the USSR and German Democratic Republic Patent Systems, https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/74323/ssoar-2021-martens-Secrecy_in_the_USSR_and.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2021-martens-Secrecy_in_the_USSR_and.pdf, 14. 8. 2022.

i na oblast industrijske svojine, što je dovelo do donošenja novog zakona o patentima 1924. godine.⁷ Ovaj zakon, koji je bio pisan po uzoru na odgovarajući nemački zakon, doveo je do delimičnog vraćanja privatne svojine nad patentima, uključujući pravo na iskorišćavanje pronalaska, mada dosta ograničeno. Ovo je dovelo do porasta broja podnetih prijava i odobrenih patenata.

Ovaj period je okončan Staljinovim preuzimanjem vlasti i novom promenom ekonomske politike, koja je ponovo postala slična onoj sa početka Oktobarske revolucije. U oblasti industrijske svojine ona je 1931. godine rezultovala donošenjem „Zakona o pronalascima i tehničkim unapređenjima“, koji je bio usmeren rešavanje problema zaštite pronalazaka u novonastalom društvenom sistemu. To je i naglašeno u preambuli ovog zakona, gde se navodi da davanje isključivih prava pronalazaču za njegove pronalaskе nije u skladu sa aspiracijama pronalazača koji su svesni svog položaja kao graditelja socijalističkog društva, te da je iz ovog razloga neophodno kreirati nove oblike za zaštitu pronalazaka koji će definisati odnose između pronalazača-trudbenika i socijalističkih vlasti tako da budu „u skladu sa ulogom pronalazača kao neposrednog učesnika u izgradnji socijalizma“.⁸

Mada ipak nije došlo do ukidanja patenata, pomenutim zakonom je kao glavni oblik zaštite za pronalaskе i formalno uvedeno pronalazačko svedočanstvo. Iako su zahtevi u pogledu procesa podnošenja i ispitivanja prijave, kao i njenog tehničkog sadržaja bili slični kao za patente, postojale su i značajne razlike u pogledu njihovih karakteristika. Naime, umesto pronalazača nosilac isključivih prava na pronalazak, uključujući i njegovo iskorišćavanje kako u zemlji, tako i u inostranstvu postala je država. Što se tiče pronalazača, njemu su bila garantovana moralna prava, odnosno pravo da bude naveden kao pronalazač, i izvesna materijalna prava, odnosno pravo na naknadu, u zavisnosti od ostvarenih ušteda, kao i određene socijalne povlastice. Shodno tome, u praksi je došlo do situacije da su sovjetski državljani svoje pronalaskе uglavnom štitili pronalazačkim svedočanstvima, dok su patentni prevashodno izdavani inostranim podnosiocima. Pored pronalazačkih svedočanstava, pomenuti zakon je sadržao i odredbe koje su se odnosile na tehnička unapređenja i racionalizacije⁹.

Mada je u početku bio ograničen na teritoriju Sovjetskog Saveza, po završetku Drugog svetskog rata ovakav sistem zaštite pronalazaka se proširio na zemlje Istočne Evrope u kojima je došlo do uvođenja socijalističkog uređenja, ali i na neke

⁷ *Ibidem*.

⁸ The Soviet Law of Inventions and Copyright, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=flr>, 12. 8. 2022.

⁹ The Soviet Law of Inventions and Copyright, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=flr>, 12. 8. 2022.

druge vanevropske zemlje u kojima je takođe uvedeno takvo uređenje. U većini pomenutih zemalja pronalazačka svedočanstva su postojala sve do okončanja ere socijalizma. Konkretno, pronalazačka svedočanstva kao oblik zaštite za pronalazke su postojala u Mađarskoj između 1948. i 1969. godine, u Kini između 1950. i 1963. godine, u Poljskoj između 1950. i 1993. godine, u Čehoslovačkoj između 1973. i 1990. godine, u Meksiku (koji predstavlja specifičan izuzetak) između 1976. i 1991. godine. U Demokratskoj Republici Nemačkoj su pronalazačka svedočanstva izdavana do 1990. godine, u Rumuniji do 1991. godine, u Bugarskoj do 1993. godine i na Kubi do 2012. godine. Iako su između njih postojale određene razlike, pronalazačka svedočanstva u gorenavedenim zemljama su odlikovale uglavnom iste karakteristike (postupak izdavanja, uslovi za zaštitu, sadržina prava i drugo) kao u zemlji njihovog nastanka – Sovjetskom Savezu.¹⁰

Posle promene društvenog uređenja u bivšim socijalističkim zemljama, tokom devedesetih godina XX veka, pronalazačka svedočanstva kao oblik zaštite pronalazaka su postepeno ukinuta svuda osim u Severnoj Koreji, gde i danas postoje kao jedno od prava industrijske svojine namenjenih pravnoj zaštiti pronalazaka.¹¹

Ipak i posle njihovog skoro potpunog nestanka kao jednog od oblika pravne zaštite za pronalazke, pronalazačka svedočanstva imaju specifičan značaj u oblasti industrijske svojine. Naime, imajući u vidu da ona imaju i tehnički karakter, odnosno da su u njima u potpunosti otkriveni pronalasci za koje su izdata, pronalazačka svedočanstva su postala deo stanja tehnike koje se koristi za ispitivanje novosti i inventivnog nivoa pronalazaka u postupku zaštite patentom.¹²

PRONALAZAČKA SVEDOČANSTVA KAO OBLIK ZAŠTITE PRONALAZAKA U POSLERATNOJ JUGOSLAVIJI

Što se tiče naše zemlje, iako je Kneževina, kasnija Kraljevina Srbija bila jedan od osnivača međunarodnog sistema zaštite industrijske svojine, uspostavljenog Pariskom konvencijom iz 1883. godine, ona nije imala sopstveni zakon o patentima, niti ga je dobila u periodu do završetka Prvog svetskog rata. Prvi propis koji je regulisao zaštitu industrijske svojine bila je Uredba o zaštiti industrijske svojine, koja je stupila na snagu 15. novembra 1920. godine, u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca

¹⁰ A forgotten source of prior art? – Understanding and searching inventor's certificates, [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/9150186096F3FE21C125861F002907E7/\\$File/EPOPIC_2020_Eva_Strakova_Juergen_Muehl.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/9150186096F3FE21C125861F002907E7/$File/EPOPIC_2020_Eva_Strakova_Juergen_Muehl.pdf), 12. 8. 2022.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

(kasnije: Kraljevina Jugoslavija),¹³ dok je prvi zakon koji je regulisao ovu oblast bio Zakon o zaštiti industrijske svojine od 17. februara 1922. godine. Pomenuti zakon bio je izmenjen šest godina kasnije, odnosno 1928. godine i ostao je na snazi sve do kraja Drugog svetskog rata.

Međutim, kako je u toku Drugog svetskog rata, uporedo sa borbom protiv okupatora, započela promena društvenog uređenja zemlje iz kraljevine u socijalističku republiku, do čega je konačno došlo 1945. godine proglašavanjem Federativne Narodne Republike Jugoslavije (FNJR), ovaj zakon više bio kompatibilan sa novim društvenim uređenjem zemlje. U periodu između 1945. i 1948. godine FNJR, kao jedna od novouspostavljenih socijalističkih država u Istočnoj Evropi, blisko je saradivala sa Sovjetskim Savezom i u mnogim oblastima je sledila teorijska i praktična rešenja koja su se razvila u SSSR-u.¹⁴

Do ovoga je došlo i u oblasti industrijske svojine, a naročito patentnog prava, što je rezultiralo donošenjem Zakona o pronalascima i tehničkim usavršavanjima,¹⁵ 1. decembra 1948. godine. Ovaj zakon je predviđao zaštitu prava kako na pronalazke, tako i na tehnička usavršavanja (odnosno tehnička unapređenja i racionalizatorske predloge). Zaštita prava na pronalazak je bila potvrđivana davanjem posebne državne isprave u vidu pronalazačkog svedočanstva ili u vidu patenta.¹⁶

U smislu ovog zakona pronalazak je predstavljao novu stvaralačku primenu kombinacije prirodnih zakona izraženu u rešenju određenog tehničkog problema (mehaničkog, hemijskog, elektrotehničkog, zootehničkog, biotehničkog itd.), koja se može primeniti u uslovima industrijske i poljoprivredne proizvodnje ili koje druge grane narodne privrede.

Posebno je bila značajna mogućnost izdavanja pronalazačkog svedočanstva ako je bio pronađen nov način lečenja bolesti koji je u praksi proveren i odobren od nadležnih organa ili ako je proizvedena nova vrsta semena ili nova značajna vrsta stoke, koje inače nije bilo moguće zaštititi patentom.¹⁷

Za svaki prijavljeni pronalazak vršeno je ispitivanje da li je nov i da li je tehnički izvodljiv, pri čemu je pomenuto ispitivanje vršila Savezna uprava za pronalazaštvo. Sa druge strane, pronalazak nije smatran novim ako je bio objavljen putem

¹³ Snežana Šarboh, *Patenti Nikole Tesle – ka konačnoj listi*, Muzej Nikole Tesle, Beograd, 2006, 17–18.

¹⁴ Miodrag Janić, *Industrijska svojina i autorsko pravo*, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1973, 5–8.

¹⁵ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, *Službeni list FNJR*, br. 108/48

¹⁶ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 9.

¹⁷ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 3.

štampe ili objavljen na neki drugi način i tako opisan da bi ga stručnjaci mogli upotrebiti. Pored toga, pronalazak nije bio nov ukoliko je bio javno upotrebljavan, izlagan ili prikazan u Jugoslaviji tako da su ga stručnjaci mogli upotrebiti.¹⁸

Osim pronalazačkih svedočanstava i patenata, bilo je predviđeno i izdavanje zavisnog pronalazačkog svedočanstva ili zavisnog patenta za pronalazak kojim se usavršavao već zaštićeni osnovni pronalazak.¹⁹

Međutim, između pronalazačkih svedočanstava i patenata postojao je niz i razlika. Naime, za razliku od patenta, čije trajanje je bilo ograničeno na 15 godina, trajanje pronalazačkog svedočanstva nije bilo ograničeno.²⁰

Dalje, bili su predviđeni brojni slučajevi u kojima za pronalazak moglo biti izdato samo pronalazačko svedočanstvo. To su, na primer, oni kada je do pronalaska došlo u vezi sa istraživačkim radom pronalazača u državnim i društvenim ustanovama i preduzećima, zatim ako je do pronalaska došlo na traženje državnih nadležstava, ustanova i preduzeća, kao i ako je pronalazač radi obrade i razrade pronalaska dobio novčanu ili drugu materijalnu pomoć od njih.²¹ Iz ovoga je vidljiva namera zakonodavca da se domaćim licima prvenstveno izdaju pronalazačka svedočanstva, dok su patenti bili pre svega namenjeni inostranim licima.

Pronalazačkim svedočanstvom je pronalazaču priznavano pravo na njegov pronalazak, a on je sticao pravo na naziv „pronalazač“. Pronalazač je mogao tražiti da pronalazak dobije njegovo ime ili neki drugi poseban naziv, koji je trebao da bude označen na izradovini ili pakovanju, o čemu je rešenje donosio državni organ koji je izdao pronalazačko svedočanstvo, iz čega proizilazi da su moralna prava na pronalazak pripadala pronalazaču.²²

Međutim, situacija u vezi materijalnih prava bila je drugačija. Naime, izdavanjem pronalazačkog svedočanstva pronalazak je postajao opštenarodna imovina i država je time neposredno sticala pravo iskorišćavanja pronalaska. Davanjem pronalazačkog svedočanstva država je preuzimala na sebe staranje o ostvarenju pronalaska, dok je pronalazaču država obezbeđivala materijalnu naknadu. Bilo je predviđeno da se visina naknade određuje u zavisnosti od tehničkog značaja i stepena društvene korisnosti pronalaska, uštede i drugih korisnih efekata koje primena pronalaska proizvodi za narodnu privredu, stepena dovršenosti pronalaska, trajanja primene pronalaska i značaja pronalaska za kompleksni privredni plan.

¹⁸ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 65–66.

¹⁹ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 27.

²⁰ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 17.

²¹ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 15.

²² Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 11.

Visinu naknade za pronalazak i način njene isplate određivao je nadležni republički, odnosno savezni ministar ili predsednik komiteta, kao i rukovodeći organ ustanove, preduzeća ili druge jedinice koja je dobila pronalazak na iskorišćavanje.²³

Postupak za izdavanje pronalazačkog svedočanstva se takođe razlikovao od onoga za izdavanje patenta. Naime, pronalazač ili, na zahtev pronalazača, ustanova odnosno preduzeće u kome je pronalazak učinjen su prijavu podnosili ministarstvu ili komitetu Vlade FNRJ ili ministarstvu komunalnih poslova narodne republike odnosno glavnom zadružnom savezu, u čiju nadležnost prema svojoj prirodi i nameni dolazi određeni pronalazak.²⁴

Ispitivanje novosti i tehničke izvodljivosti pronalaska vršila je Savezna uprava za pronalazaštvo, koja je bila dužna da izveštaj o ekspertizi dostavi organu koji je poslao prijavu pronalaska u roku od najviše dva meseca od dana kada je primila prijavu pronalaska. Pored toga, svaka prijava pronalaska upućivana je na ispitivanje u pogledu tehničke primenljivosti i korisnosti pronalaska, i to najkasnije u roku od deset dana od potvrde prijema prijave pronalaska. Bilo je predviđeno da ministarstvo ili komitet koji je primio prijavu istu uputi naučnoistraživačkom zavodu ili stanici, birou, laboratoriji ili preduzeću na ispitivanje.

Ukoliko bi nadležni organ koji je primio izveštaj o ekspertizi utvrdio da se za pronalazak može izdati pronalazačko svedočanstvo, onda je u roku od mesec dana od prijema izveštaja o ekspertizi trebao da donese rešenje o izdavanju pronalazačkog svedočanstva. U suprotnom, prijavioc je bio obavestavan da se ne može izdati pronalazačko svedočanstvo i pozivan je da se izjasni. Po prijemu izjašnjenja prijavioca, nadležni organ je donosio rešenje o izdavanju pronalazačkog svedočanstva ili o odbijanju izdavanja pronalazačkog svedočanstva.

Rešenje o izdavanju pronalazačkog svedočanstva nadležni organ je dostavljao Saveznoj upravi za pronalazaštvo, koja je bila nadležna da utvrdi konačnu formulu pronalaska (koja po svojoj suštini odgovara patentnim zahtevima), kao i da izvrši registraciju i objavljivanje izdavanja pronalazačkog svedočanstva. Posle izvršene registracije je izdavano pronalazačko svedočanstvo, pri čemu je za izdavanje pronalazačkog svedočanstva bilo nadležno ministarstvo ili komitet kome je podneta prijava o pronalasku, dok je izdavanje patenata vršila Savezna uprava za pronalazaštvo.²⁵

Do ukidanja pronalazačkih svedočanstava u Jugoslaviji je došlo posle donošenja novog Zakona o patentima i tehničkim unapređenjima iz 1960. godine,²⁶

²³ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 12, 39-44.

²⁴ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 60.

²⁵ Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima, čl. 65-69.

²⁶ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, *Službeni list FNRJ*, br. 44/60.

koji je doneo značajne promene u odnosu na zakon iz 1948. godine.²⁷ Naime, ovaj zakon je bio donet posle raskida sa Sovjetskim Savezom 1948. godine, a u vreme tranzicije FNR Jugoslavije iz državnog socijalizma prema novoj, specifičnoj varijanti socijalističkog uređenja, koju nije karakterisala država, već društvena svojina nad sredstvima za proizvodnju i stvaranje takozvanog samoupravnog socijalizma. Ovaj proces je okončan nekoliko godina kasnije, 1963. godine, donošenjem novog Ustava, kojim je ime zemlje promenjeno u Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija.

Prema ovom Zakonu jedini oblik za pravnu zaštitu pronalazaka je postao patent, dok su pronalazačka svedočanstva ukinuta.²⁸ Međutim, bilo je predviđeno da su pronalazačka svedočanstva izdata za određeni pronalazak po odredbama Zakona iz 1948. godine mogla da se na zahtev nosioca pronalazačkog svedočanstva pretvore u patent, pri čemu je rok trajanja takvog patenta iznosio 15 godina od dana objavljivanja izdatog pronalazačkog svedočanstva. Sa druge strane, ukoliko pronalazač kao nosilac pronalazačkog svedočanstva nije zatražio njegovo pretvaranje u patent, onda je takvo pronalazačko svedočanstvo prestajalo da važi po isteku 15 godina od dana objavljivanja njegovog izdavanja.²⁹ U slučaju pretvaranja pronalazačkog svedočanstva u patent, za nosioca patenta je nastajala obaveza plaćanja propisanih taksa za dalje održavanje patenta u važnosti i ona je počinjala sa godinom u kojoj je izvršeno pretvaranje pronalazačkog svedočanstva u patent.³⁰

ISTRAŽIVANJE PRONALAZAČKIH SVEDOČANSTAVA U FNR JUGOSLAVIJI

Rezultati višegodišnjeg prikupljanja podataka o pronalazačkim svedočanstvima (sprovedenog u periodu 2020–2022. godine)³¹ pokazali su da su u periodu između 1950–1960. godine u biltenu *Pronalazaštvo* Uprave za pronalazaštvo FNRJ bila objavljena ukupno 273 registrovana pronalazačka svedočanstva. Inače, podnošenje zahteva za priznanje svedočanstava započelo je već 1949. godine (kada je podneto prvih 149 zahteva za priznanje), dakle odmah nakon donošenja Zakona iz 1948. godine, a završilo se zaključno sa 1961. godinom, kada su podnete poslednje tri prijave za priznanje pronalazačkog svedočanstva, koje inače nisu bile odobrene. Objavljivanje registrovanih pronalazačkih svedočanstava nije teklo

²⁷ M. Janić, op. cit., 5–8.

²⁸ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, čl. 4.

²⁹ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, čl. 105.

³⁰ Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima, čl. 106.

³¹ Istraživanje je sprovedeno na arhivskoj građi Saveznog zavoda za patente (1921–1988) koja se čuva u Arhivu Jugoslavije u Beogradu.

po rednim brojevima, već su pronalazačka svedočanstva nasumice prikupljena i objavljivana odmah po pristizanju u Upravu.

Zanimljivo je da se pored prijavitelaca – fizičkih lica, kao prijavioci pojavljuju i dva pravna lica iz tog doba – radi se o današnjem „Institutu Mihajlo Pupin“, odnosno nekadašnjoj Fabrici T. T. uređaja „Mihajlo Pupin“ iz Beograda (za „Desetodelni taster“, pronalazačko svedočanstvo YU 171, dopunsko pronalazačko svedočanstvo za pronalazačko svedočanstvo YU 170) i Livnici i tvornici poljoprivrednih sprava iz Tuzle (za pronalazačko svedočanstvo YU 133, „Ručna sječka za šašu“).

Pored toga, postojala je i mogućnost pretvaranja prijave patenata podnetih prethodnih godina i decenija (čak i patenata, npr. iz 1939. godine), potom pretvaranja prijave tehničkih unapređenja (u vidu novatorstva i racionalizacija) i prijave industrijskih modela, kao i iz registra varija u pronalazačka svedočanstva i obratno. Pronalazačka svedočanstva su bila registrovana za pronalazke iz oblasti elektrotehnike, mašinstva, građevinarstva, poljoprivrede, hemije i tehnologije, kao i drugih specifičnih oblasti, koje su bile razvrstane po tadašnjoj brojčanoj patentnoj klasifikaciji. Pregled broja podnetih zahteva za priznanje pronalazačkih svedočanstava po godinama podnošenja dat je u Tabeli 1.

Tabela 1 – broj podnetih zahteva za priznanje pronalazačkih svedočanstva po godinama

| Red. br. | Godina podnošenja prijave pronalazačkih svedočanstva | Broj podnetih prijava po godini |
|----------|--|---------------------------------|
| 1. | 1949. | 149 |
| 2. | 1950. | 262 |
| 3. | 1951. | 154 |
| 4. | 1952. | 124 |
| 5. | 1953. | 112 |
| 6. | 1954. | 55 |
| 7. | 1955. | 30 |
| 8. | 1956. | 49 |
| 9. | 1957. | 15 |
| 10. | 1958. | 45 |
| 11. | 1959. | 21 |
| 12. | 1960. | 25 |
| 13. | 1961. | 3 |
| Ukupno | | 1.044 |

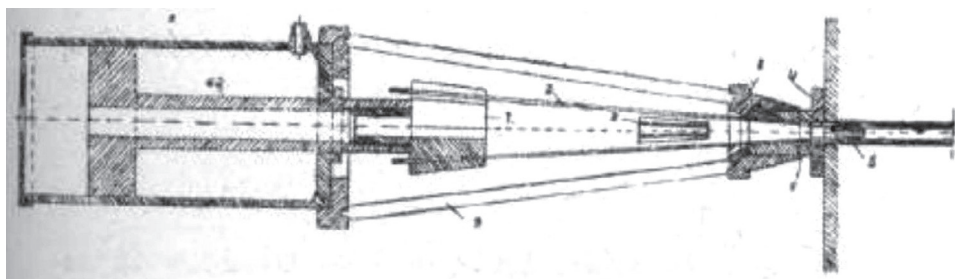
U razdoblju između 1949–1961. godine podneta su ukupno 1.044 zahteva za priznanje pronalazačkih svedočanstava, dok su odobrena i registrovana 273 svedočanstava, što predstavlja 26% odobrenih u odnosu na ukupan broj podnetih prijava. Na primer, 1950. godine, podnete su 262 prijave, ali u toj godini nijedna nije odobrena, dok je odobravanje usledilo tek od 1951. godine (tada su bile podnete 154 prijave), kada je registrovano prvih 68 pronalazačkih svedočanstava. Zatim broj prijava po godinama nastavlja da opada, tako da su poslednja četiri pronalazačka svedočanstva registrovana 1960. godine (YU 266, YU 267, YU 268 i YU 273). Pronalazačka svedočanstva su podnosili prijavioci iz svih republika tadašnje FNRJ, a njihov broj po republikama je dat u Tabeli 2.

Tabela 2 – broj registrovanih svedočanstava po bivšim jugoslovenskim republikama

| Red. br. | Republika | Broj registrovanih pronalazačkih svedočanstava |
|----------|---------------------|--|
| 1. | Srbija | 129 |
| 2. | Hrvatska | 62 |
| 3. | Slovenija | 61 |
| 4. | Bosna i Hercegovina | 12 |
| 6. | Crna Gora | 5 |
| 5. | Makedonija | 2 |
| 7. | Srbija/Slovenija | 1 |
| 8. | Hrvatska/Srbija | 1 |
| Ukupno | | 273 |

Zanimljivo je i da su kod pojedinih prijava upisivana i zanimanja i zvanja prijavioca pronalazačkih svedočanstava, tako da, na primer, imamo sledeća zanimanja i zvanja: bušač u rudniku, inženjer, veterinar, doktor nauka, tehničar, lekar, učitelj, viši tehničar, elektrotehničar, profesor univerziteta, bušač i majstor, tehnički crtač, potpukovnik JNA, student, profesor. Ipak, najveći broj pronalazača su bili inženjeri različitih struka.

Uprkos srazmerno malom broju pronalazačkih svedočanstava izdatih u FNR Jugoslaviji, nekima od njih su bili zaštićeni i veoma vredni pronalasci koji su našli široku primenu u privredi.



Slika 2 – Pronalazačko svedočanstvo Branka Žeželja YU 34 objavljeno 1. 3. 1951. godine

Dobar primer za to predstavljaju pronalazačka svedočanstva pod brojevima YU 34 za pronalazak „Oprema za ukotvljenje čeličnih žica kod prednapregnutog betona“ (prikazano na slici 2) i YU 165 za pronalazak „Postupak oko upredanja čeličnih žica za izradu građevinskih elemenata od prednapregnutog betona“, koja su izdata akademiku Branku Žeželju, tvorcu jugoslovenskog sistema prednaprežanja, autoru velikog broja pronalazaka u zemlji i inostranstvu, koji je osim pomenutih pronalazačkih svedočanstava imao preko 50 odobrenih domaćih i inostranih patenata.³²

Sprovedeno prikupljanje podataka o pronalazačkim svedočanstvima u FNR Jugoslaviji predstavlja verovatno prvi pokušaj da se sistematizuje postojeća arhivska građa sa ciljem da se identifikuju sva registrovana pronalazačka svedočanstva i to na osnovu njihovih bibliografskih podataka, nacрта (ukoliko je bio predviđen) i formule pronalaska, odnosno patentnih zahteva. Posle toga će biti moguće da se ovi podaci uključe prvo u nacionalnu bazu podataka, a zatim i u inostrane baze patentnih dokumenata, kao što je baza ESPACENET Evropske patentne organizacije, čime bi postali deo stanja tehnike koje se koristi za ispitivanje novosti i inventivnog nivoa pronalazaka u postupku zaštite, ali i značajan izvor koji bi omogućio novi uvid u razvoj industrije, nauke i tehnike i inovacionu politiku u FNR Jugoslaviji u periodu između 1949. i 1961. godine.

ZAKLJUČAK

Pronalazačka svedočanstva, kao oblik pravne zaštite za pronalasku koji je, sa malim izuzecima, bio svojstven socijalističkim zemljama, nastala su posle Oktobarske revolucije u Rusiji, kao pokušaj prilagođavanja patentnog sistema zasnovanog na privatnoj svojini i isključivim pravima na iskorišćavanje pronalaska novonastalom

³² Branislava Parlić Popović, Snežana Šarboh, „Branko Žeželj – pronalazač i neimar“, *Tehnološke inovacije – generator privrednog razvoja* (ur. Milovan Bajić), Banja Luka, 2018, 135.

društvenom uređenju koje je odlikovalo zajedničko vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju. Najveću rasprostranjenost su doživela u periodu između završetka Drugog svetskog rata i početka promene društvenog uređenja u bivšim socijalističkim zemljama tokom devedesetih godina XX veka, kada je usledilo njihovo ukidanje kao oblika zaštite za pronalazke svuda osim u Severnoj Koreji. Iako se danas smatraju anahronizmom i reliktom socijalizma, u navedenom periodu pronalazačka svedočanstva su imala značajnu ulogu u razvoju inovacija u socijalističkim zemljama, uključujući i posleratnu Jugoslaviju. Sa druge strane, pronalazačka svedočanstva i danas imaju svoj značaj budući da predstavljaju deo stanja tehnike koji se koristi za ispitivanje novosti i inventivnog nivoa pronalazaka u postupku zaštite patentom.

Dr. SNEŽANA ŠARBOH
Senior counselor, Intellectual Property Office
Belgrade
SAŠA ZDRAVKOVIĆ
Senior counselor, Intellectual Property Office
Belgrade

INVENTOR'S CERTIFICATES AS A FORM OF PROTECTION OF INVENTIONS

Summary

In addition to the patent and the utility model, the protection of inventions is also possible with an inventor's certificate. Inventor's certificates were created after the October Revolution in Russia, as an attempt to adapt the patent system based on private property and exclusive rights to use the invention to the newly emerging social order, which was characterized by joint ownership of the means of production. Although today they are considered a relic of socialism, in the period between 1919 and the beginning of the nineties of the last century, inventor's certificates played a significant role in the development of innovations in socialist countries, including post-war Yugoslavia. Today, inventor's certificates are primarily important as part of the state of the art used in examination of novelty and inventive step of inventions in the patent granting procedure.

Key words: inventor's certificate, invention protection, socialism, patent

Literatura

- A forgotten source of prior art? – Understanding and searching inventor's certificates, [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/9150186096F3FE21C125861F002907E7/\\$File/EPOPIC_2020_Eva_Strakova_Juergen_Muehl.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/9150186096F3FE21C125861F002907E7/$File/EPOPIC_2020_Eva_Strakova_Juergen_Muehl.pdf).
- Janić M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1973.

Parlić Popović B., Šarboh S., „Branko Žeželj – pronalazač i neimar“, *Tehnološke inovacije – generator privrednog razvoja* (ur. Milovan Bajić), Banja Luka, 2018.

Secrecy in the USSR and German Democratic Republic Patent Systems, https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/74323/ssoar-2021-martens-Secrecy_in_the_USSR_and.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2021-martens-Secrecy_in_the_USSR_and.pdf.

Soviet Patent System, <https://www.cia.gov/readingroom/docs/CIA-RDP80-00926A001800010001-2.pdf>.

Šarboh S., *Patenti Nikole Tesle – ka konačnoj listi*, Muzej Nikole Tesle, Beograd, 2006.

STRUČNI RAD

UROŠ ĆEMALOVIĆ
PAVLE PAVIČIĆ

PRAVO AUTORA NA POSEBNU NAKNADU – OPŠTI OKVIR U PRAVU EU, KOMPATIVNI PREGLED I STANJE U REPUBLICI SRBIJI

U pravnom sistemu Srbije, pravo autora na posebnu naknadu formalno postoji gotovo četvrt veka. Listu uređaja i praznih nosača koji podležu naplati posebne naknade utvrđuje Vlada. Proces donošenja tarife je mešoviti i predstavlja kombinaciju pregovaračkog sistema i sistema državne intervencije. Uredba o utvrđivanju Liste tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade nosiocima autorskog i srodnih prava dopunjena je nedavno, u aprilu 2022. godine, nakon gotovo 12 godina, pa tek ostaje da se vidi kako će se primenjivati u praksi. S druge strane, pravo EU pruža samo opšti pravni okvir za uređenje prava na posebnu naknadu, dok različite evropske države sprovođenju ovog prava, naplati i raspodeli pristupaju na brojne, međusobno često različite načine. U nameri da pitanju pravnog uređenja prava na posebnu naknadu pristupe na način zanimljiv kako teoretičarima, tako i praktičarima, autori se u ovom radu, posle analize opšteg pravnog okvira Evropske unije primenjivog u ovoj oblasti, posvećuju komparativnoj analizi stanja u većem broju evropskih država, kao i stanju u Republici Srbiji.

Ključne reči: pravo autora na posebnu naknadu, pravičnost, digitalna transformacija, lista tehničkih uređaja i predmeta, pravo EU i nacionalno pravo država članica

Dr Uroš Ćemalović, viši naučni saradnik Instituta za evropske studije, e-mail: uros@ies.rs.

Pavle Pavičić, šef Službe za međunarodne pravne poslove, Sokoj – Organizacija muzičkih autora Srbije, e-mail: pavle.pavicic@sokoj.rs.

U V O D

U Republici Srbiji, trenutno važeći Zakon o autorskom i srodnim pravima donet je 2009. godine i pretrpeo je veći broj izmena i dopuna. Imajući u vidu kako potrebu usklađivanja domaćeg pravnog sistema sa pravnom tekovinom EU (koja proizlazi iz čl. 72 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju),¹ tako i nameru da se sprovedu brojna sadržinska i nomotehnička poboljšanja, trenutno je u pripremi novi predlog zakona u ovoj oblasti². Bez namere da ulazi u analizu sadržine eventualnih novih zakonskih rešenja, ovaj članak ima za cilj da rasvetli pitanje tzv. posebne naknade, važnog instituta autorskog prava, koji u našem pravnom sistemu postoji još od 1998. godine. Naime, iako se posebna naknada tiče velikog broja na različite načine zainteresovanih fizičkih i pravnih lica, ovo pitanje je – kako u našoj naučnoj i stručnoj literaturi, tako i u štampanim i elektronskim medijima – tretirano retko, sporadično i uglavnom površno. S druge strane, digitalna transformacija i dubinske promene u načinima na koji korisnici pristupaju različitim autorskim delima nameću potrebu da se o posebnoj naknadi govori i piše više, temeljnije, uz što celovitiji uvid u načine na koje se ovoj problematici pristupa u drugim evropskim državama. U nastojanju ostvarenja ovog cilja, u radu se prvo analizira opšti pravni okvir Evropske unije primenjiv na pitanje posebne naknade, da bi potom bio učinjen komparativni pregled stanja u većem broju evropskih država, kao i u Republici Srbiji. Iako sadržinska analiza *de lege lata* predstavlja osnovnu odliku autorskog pristupa, članak se u značajnoj meri osvrće i na analizu stanja u praksi, nastojeći da pruži brojne konkretne i primenjive uvide što širem krugu čitalaca.

OPŠTI OKVIR U PRAVU EVROPSKE UNIJE

Pored brojnih političkih aspekata saradnje i zajedničkog delovanja, Evropska unija je *sui generis* međunarodna organizacija,³ čija je ekonomska osnova jedinstveno

¹ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 83/2008).

² Bez namere da ulazimo u spekulacije oko dinamike usvajanja ovog akta, sudeći po trajanju i temeljnosti pripremnih radova na predlogu novog zakonskog teksta, njegovo usvajanje može se očekivati tek posle punog konstituisanja svih organa zakonodavne i izvršne vlasti, nakon parlamentarnih izbora održanih aprila 2022. godine.

³ U ovom članku neće detaljnije biti reči o složenoj institucionalnoj strukturi EU i pravnim mehanizmima kojima države članice, u brojnim oblastima, prenose deo svog suvereniteta na Uniju. Za više o *sui generis* prirodi EU kao međunarodne organizacije, v. Radovan Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo EU*, peto izdanje, Udruženje za evropsko pravo – Centar za pravo EU, Kragujevac,

(unutrašnje) tržište, u okviru kojeg vlada sloboda kretanja ljudi, roba, usluga i kapitala. Naravno, na jedinstvenom tržištu slobodno se kreću kako tvorci različitih autorskih dela i duhovnih tvorevina zaštićenih srodnim pravima, tako i predmeti na kojima su ova dela i tvorevine fiksirani. Uz sve to, ubrzani procesi digitalne transformacije dodatno su olakšali mogućnosti za brojne načine prekograničnog korišćenja najrazličitijih duhovno-intelektualnih tvorevina, čineći ih veoma lako dostupnim sa gotovo svakog mesta i u bilo kom trenutku. U tom kontekstu, EU je usvojila i različite pravne akte u oblasti prava intelektualne svojine,⁴ od kojih se nekoliko na direktan ili indirektan način tiču i naknada. U celini posmatrano, svrha svih naknada na koje autor ima pravo je u postizanju što veće pravičnosti, bilo da se radi o naknadama zasnovanim na ugovornom prenosu autorskog prava, bilo o naknadama koje se primenjuju u drugim situacijama, kao što je slučaj sa posebnom naknadom prema trenutno važećem čl. 39 Zakona o autorskom i srodnim pravima. Radi što sveobuhvatnije analize opšteg normativnog okvira na snazi u EU, u ovom poglavlju prvo će biti reči o pravnom osnovu za uvođenje posebne naknade koje pruža pravo EU (odjeljak 2.1), da bi potom fokus razmatranja bio na opštem principu pravičnosti naknade (odjeljak 2.2) i njegovom utemeljenju u različitim aktima Unije.

Pravni osnov za uvođenje posebne naknade u pravu EU

Kao što će, kroz primere više evropskih država koje su članice EU, biti detaljno analizirano u poglavlju 3, kada je u pitanju institut posebne naknade, pravo Unije ne sadrži pravila kojima bi se – na iscrpan i neposredan način – harmonizovala nacionalna normativna rešenja. Dosadašnji zakonodavni akti EU u oblasti autorskopravne zaštite relativno su brojni, a njihovo usvajanje otpočelo je još pre tri decenije. Međutim, kao što belodano svedoči i primer nedavno usvojene Direktive 2019/790 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. aprila 2019. godine o autorskom i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu⁵ (u nastavku: Direktiva EU 2019/790), kada su u pitanju različite naknade koje pripadaju autorima, zakonodavni naponi EU usmereni su, pre svega, na situacije kada se ova naknada zasniva

2012, 39–56; Zlatko Stefanović, *Pravo Evropske unije*, sedmo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2014, 57–60.

⁴ Za pregled stanja u drugim granama prava intelektualne svojine – među kojima ima i oblasti gde, pored harmonizacije nacionalnih zakonodavstava, postoje i unifikovana pravila koja se direktno primenjuju na teritoriji svih država članica, v. Uroš Čemalović, *Pravo intelektualne svojine i digitalna transformacija – neka aktuelna pitanja*, Institut za evropske studije, Beograd, 2019.

⁵ *Official Journal of the European Union* L130, 92–125, od 17. 5. 2019.

na ugovoru, kao i na predviđanju izuzetaka od pravila da autor treba da uživa naknadu za svoje delo. Drugim rečima, korišćenje dela – i, posledično, postojanje naknade za ovo korišćenje – zasniva se, po pravilu, na prethodnoj saglasnosti autora. S druge strane, kako je definisano u trenutno važećem čl. 39. st. 1 ZASP, pravo na posebnu naknadu postoji kada se „autorsko delo umnožava bez dozvole autora“, a može se očekivati da će ovo umnožavanje biti učinjeno „fotokopiranjem ili snimanjem na nosače zvuka, slike ili teksta za lične nekomercijalne potrebe fizičkih lica“. Međutim, izuzetak od opšteg pravila da je svako umnožavanje dela podložno prethodnoj saglasnosti autora sadrži i pravo EU, i to u čl. 5. st. 2. tač. b) Direktive 2001/29 Evropskog parlamenta i Saveta od 22. maja 2001. godine o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu⁶ (u nastavku: Direktiva 2001/29). Naime, ova odredba omogućava državama članicama da predvide „izuzetke ili ograničenja od prava umnožavanja predviđenog čl. 2 Direktive [...] kada se radi o umnožavanju [...] koje obavljaju fizička lica za potrebe ličnog korišćenja i za ciljeve koji, direktno ili indirektno, nisu komercijalni, pod uslovom da nosioci prava dobiju pravičnu nadoknadu“ (*fair compensation, compensation équitable*). Ne ulazeći na ovom mestu u značajnu terminološku razliku između prideva koji u engleskoj i francuskoj verziji teksta⁷ Direktive 2001/29 stoje uz reč „nadoknada“,⁸ posebnu pažnju treba posvetiti tumačenju ove odredbe.

Pre svega – kao što proizlazi kako iz normativne prirode direktive kao izvora prava EU, tako i iz citirane odredbe – Direktiva 2001/29 države članice ne obavezuje (već im daje mogućnost) da u svojim unutrašnjim pravnim porecima predvide izuzetke ili ograničenja od prava umnožavanja. Međutim, jednom kada u pravnom sistemu države članice ova mogućnost postoji, ona, da bi se izuzetak ili ograničenje smatrali opravdanim, sa stanovišta prava Unije mora da ispuni četiri kumulativna uslova: 1) umnožavanje obavljaju fizička lica, 2) za potrebe ličnog korišćenja, 3) u svrhe koje, indirektno ili indirektno, ne mogu biti komercijalne⁹ i 4) pod uslovom

⁶ *Official Journal of the European Communities* L167, 10–19, od 22. 6. 2001.

⁷ Francuska reč *équitable* bliža je našim pojmovima *pošten*, *pravičan*, dok je, kako ćemo videti u nastavku članka, i samo pravo EU često nekonzistentno u korišćenju termina *fair* (pravedan, pošten), ali i drugih prideva kojima se u različitim aktima Unije definiše nadoknada koja treba da pripadne autoru.

⁸ Naime, reč *compensation*, kako na francuskom, tako i na engleskom jeziku, mnogo je bliža našoj reči *nadoknada*, nego terminu *naknada*. Međutim, imajući u vidu da se drugonavedeni termin već odomaćio u domaćim normativnim aktima, i u praksi i nauci, u nastavku teksta nastavićemo sa korišćenjem termina *naknada*, dok ćemo, samo prilikom prevođenja termina *compensation* u različitim aktima EU, ostati verni terminu koji je, u našem jeziku, značenjski bliži izvorniku.

⁹ Na ovom mestu nećemo podrobnije ulaziti u analizu da li se drugi i treći uslov mogu smatrati jednim jedinstvenim uslovom, budući da je korišćenje u lične svrhe po pravilu (neki bi čak naveli

da je nosiocima prava obezbeđena pravična naknada. Pored toga, procesi vezani za ubrzani tehnološki razvoj i digitalnu transformaciju (4G mreža, *online* platforme za *peer to peer* deljenje sadržaja itd.) do ranije neslučenih razmera uvećavaju mogućnosti i sredstva kojima fizička lica raspolažu da bi načinila akt umnožavanja, pa bi se, posledično, srazmerno uvećanje naknade koje treba da pripadne autorima moglo u potpunosti smatrati pravičnim, to jest opravdanim sa stanovišta prava EU. U svakom slučaju, u ovom trenutku pravo EU nije otišlo dalje od pružanja implicitnog pravnog osnova za dalju harmonizaciju nacionalnih pravnih rešenja u državama članicama kada je u pitanju institut koji je u domaćem pravu poznat kao „posebna naknada“. Međutim, države članice su, prenošenjem odredaba Direktive 2001/29, preuzele i obavezu da „pravednu nadoknadu“ uvedu u svoja nacionalna zakonska rešenja, što, kao što ćemo videti u poglavlju 3, čine na različite načine i primenjujući brojne mehanizme.

Opšti princip pravičnosti naknade

U teoriji je sve primećeniji napor zakonodavaca u brojnim državama da donesu pravila kojima bi se „očuvao pristup [zaštićenim] delima, pritom obezbeđujući pravednu naknadu za njihove tvorce“.¹⁰ Razlog za ove normativne intervencije – pored nužnosti koje nameće digitalna transformacija – nalazi se i u činjenici da je, kada su u pitanju brojne vrste autorskih dela, sve приметnija situacija da manjina autora na tržištu dobija lavovski deo naknade (situacija za koju se u engleskom jeziku koristi sintagma *winner-takes-all*). Tako je i na nivou EU, u nastojanju da se obezbedi zadovoljavajući nivo autorskopravne zaštite u kontekstu rastućih i sve složenijih izazova koje donosi digitalna transformacija, relativno skoro usvojena Direktiva EU 2019/790. I pored činjenice da su, prema čl. 29 ovog akta, države članice bile u obavezi da odredbe Direktive prenesu u svoje unutrašnje pravne poretke do 7. juna 2021. godine, već i pre isteka ovog roka bile su uočljive brojne teškoće u primeni nekih odredaba, čega je bio svestan i sâm evropski zakonodavac, budući da je u tač. 3 preambule Direktive 2019/790 navedeno da, iako su „ciljevi i principi postavljeni normativnim okvirom Unije u oblasti autorskog prava zadovoljavajući [...] i dalje postoji pravna nesigurnost, kako za nosioce prava, tako i za korisnike,

– *per definitionem*) nekomercijalno; za više o složenosti definicije pojmova ličnog i komercijalnog korišćenja, sa posebnim osvrtom na digitalno okruženje, v. Stavroula Karapapa, *Private Copying*, Routledge Research in Intellectual Property, Oxon, 2012, 49–98.

¹⁰ Christophe Geiger, Oleksandr Bulayenko, *Creating Statutory Remuneration Rights in Copyright Law: What Policy Options Under the International Legal Framework*, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2021-01, 4.

kada su u pitanju neki vidovi iskorišćavanja dela, uključujući prekogranično korišćenje [...] u digitalnom okruženju“. Iako se Direktiva 2019/790 prevashodno bavi naknadama koje proizlaze iz ugovornih odnosa, njen doprinos opštem principu pravičnosti naknade je nesumnjiv, budući da svoj ceo svoj čl. 18. posvećuje „principu odgovarajuće i srazmerne naknade“. Kako se vidi iz naslova, ali i iz teksta ovog člana, promena je kako terminološka, tako i sadržinska.

Kada govore o različitim naknadama (koje mogu proizlaziti iz ugovornih odnosa, ali nastati i usled nekih drugih okolnosti) akti EU u oblasti autorskog i srodnih prava usvojeni pre Direktive 2019/790 koriste termine kao što su pravična (*equitable*)¹¹ ili odgovarajuća (*adequate remuneration*)¹² naknada, odnosno pravedna nadoknada (*fair compensation*)¹³. S druge strane, pored toga što zahteva da ugovorna naknada bude ne samo odgovarajuća već i srazmerna, novina koju donosi Direktiva 2019/790 jeste i u tome što navodi da države članice, radi primene principa odgovarajuće i srazmerne naknade koriste različite mehanizme, „uzimajući u obzir princip slobode ugovaranja, kao i pravedan balans prava i interesa“.¹⁴ Stoga se može zaključiti da se, u nameri da osnaži i bolje primeni princip pravičnosti naknade, evropski zakonodavac poslužio uvođenjem sve većeg broja pravnih standarda, koji će, verovatno, zahtevati dodatna i sve složenija tumačenja Suda pravde EU.

KOMPARATIVNI PREGLED

Efikasan sistem posebne naknade može da obezbedi značajan izvor prihoda autorima. Značaj ove naknade srazmeran je rasprostranjenosti umnožavanja, čiji je vrhunac dostignut sredinom prošle decenije, zahvaljujući sveprisutnosti digitalnih formata i medija, kao i rastućoj popularnosti mobilnih uređaja sa velikim kapacitetom skladištenja.¹⁵

¹¹ To je, na primer, slučaj sa čl. 5 Direktive 2006/115 od 12. decembra 2006. godine o pravu zakupa, pravu posluge i određenim pravima srodnim autorskom pravu u oblasti intelektualne svojine, *Official Journal of the EU* L376, 28–35, od 27. 12. 2006.

¹² Čl. 11 Direktive 2006/115.

¹³ Čl. 6. st. 5 Direktive 2012/28 Evropskog parlamenta i Saveta od 25. oktobra 2012. o određenim dozvoljenim vidovima korišćenja dela siročadi, *Official Journal of the EU* L299, 5–12, od 27. 10. 2012.

¹⁴ Čl. 18. st. 2 Direktive EU 2019/790.

¹⁵ Uprkos konstantnom razvoju tehničkih uređaja i rastu njihovog kapaciteta, poslednjih nekoliko godina zabeležen je blagi pad faktičke upotrebe ovih uređaja za lično, nekomercijalno umnožavanje autorskih dela. Razlog za to delom leži u digitalnoj ekspanziji i pomeranju tzv. ekonomije posedovanja u tzv. ekonomiju pristupa, gde krajnji korisnici – fizička lica bivaju

Upravo iz razloga efikasnosti, sistemi posebne naknade se uspostavljaju na nivou uvoznika i proizvođača (ponekad i profesionalnih trgovaca), kao obveznika koji su dužni da plaćaju naknadu za uvoz, odnosno proizvodnju uređaja za tonsko i vizuelno snimanje, odnosno praznih nosača zvuka, slike i teksta,¹⁶ za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za umnožavanje autorskih dela za lične nekomercijalne potrebe fizičkih lica. Opravdana je pretpostavka da će iznos posebne naknade kasnije biti uključen u maloprodajnu cenu uređaja i nosača, tako da će ova naknada biti „prevaljena“ na krajnjeg kupca – potrošača, fizičko lice u čiju korist je ograničenje autorskog prava i postavljeno. U odeljku koji sledi biće predstavljeni ključni elementi sistema posebne naknade, kao i njihove varijante.

Određivanje iznosa naknade

Kada je reč o utvrđivanju tarife za posebnu naknadu, treba istaći dva ključna pitanja: ko su subjekti koji određuju iznose i na koji je način naknada izražena.

Proces donošenja tarife. – Modeli određivanja tarife razlikuju se u značajnoj meri među državama članicama EU. Može se napraviti razlika između sistema u kojima ne postoji tarifa, već se posebna naknada finansira iz državnog budžeta;¹⁷ sistema direktne državne intervencije, u kojima zakonodavac (ili nadležno ministarstvo, odnosno drugi državni organ) utvrđuje tarife;¹⁸ pregovaračkih sistema, u kojima se tarife određuju putem pregovora između nosilaca prava

destimulisani da umnožavaju sadržaj, budući da su oni konstantno dostupni putem raznih internet servisa, bez rizika od gubitka. Ipak, uprkos ovom padu, nema indicija da će u bliskoj budućnosti doći do značajnih promena koje bi zahtevale preispitivanje osnova postojanja posebne, tj. pravične naknade.

¹⁶ Treba napomenuti da razlika između „uređaja za snimanje“ i „praznih nosača“ nije uvek jasno definisana. Načelno bi pod „uređajima“ trebalo smatrati takve sprave koje su tehnički podobne da vrše radnju umnožavanja, dok bi se „nosačima“ smatrale određene memorijske jedinice koje imaju skladišni kapacitet. Međutim, kako određeni predmeti poseduju oba obeležja, neretko je teško odrediti koje od njih nosi prevagu, pa dolazi do različitog kategorisanja istog predmeta. Tako se, recimo, u nekim državama sa sistemom naplate posebne naknade (kao što su npr. Austrija i Francuska), različita oprema sa integrisanim hard-diskom (audio-vizuelni snimači, set-top boksovi i televizori sa integrisanim hard-diskovima), kvalifikuju kao „prazni nosači“. S druge strane, u određenim državama se memorijska jedinica (npr. fleš memorijska kartica) naplaćuje samo kada se koristi u uređaju za snimanje i prodaje zajedno sa uređajem, iako se ne plaća nadoknada za uređaj ili za odvojeno prodatu memorijsku jedinicu.

¹⁷ Primeri ovakvih sistema su Finska i Island.

¹⁸ Primeri ovakvih sistema su Češka, Danska, Grčka, Poljska, Portugal, Španija.

i uvoznika/proizvođača,¹⁹ kao i mešovutih sistema, koji kombinuju elemente sistema direktne državne intervencije i pregovaračkih sistema.

Osim tarife, utvrđivanje liste uređaja i nosača koji podležu naplati posebne naknade²⁰ najčešće je pitanje koje uređuje zakonodavac ili vlada. U nekim državama²¹ vlada formira posebna tela za utvrđivanje liste uređaja i nosača koji podležu naplati posebne naknade i za određivanje tarife. Ova tela najčešće imaju operativno-savetodavni karakter prema vladi, koja naknadno utvrđuje tarife. Obim primene liste uvek može biti i predmet sudskog odlučivanja.²²

Model naplate. – Trenutno dominantan model tarife za posebnu naknadu opredeljen je u fiksnom iznosu po jedinici uređaja, odnosno praznog nosača za koji postoji obaveza plaćanja, i to tako da ovaj iznos najčešće zavisi od vrste uređaja/nosača, kao i od njegovog kapaciteta za skladištenje umnoženih primeraka autorskih dela. Ovako paušalno postavljen iznos varira među državama članicama EU, čak i za iste predmete jednakih kapaciteta.²³ Nesrazmera se delimično može obrazložiti razlikom u bruto društvenom proizvodu i/ili paritetu kupovne moći; međutim, odnosi između iznosa naknade ne korespondiraju uvek sa odnosima pokazatelja nacionalnih ekonomija. Takođe, primetno je i da se ni odnosi između iznosa naknade za različite kategorije uređaja/nosača ne podudaraju.

Alternativu fiksnim tarifama predstavljaju tarife zasnovane na procentu od prodajne ili uvozne cene uređaja, odnosno praznog nosača za koji postoji obaveza

¹⁹ Primeri ovakvih sistema su Austrija, Hrvatska, Francuska, Nemačka, Holandija.

²⁰ Spisak predmeta koji podležu naplati posebne naknade oduvek je bio izvor kontroverzi i konflikta između predstavnika nosilaca prava i IT industrije, i svako proširenje spiska redovno je praćeno turbulencijama. Danas su multifunkcionalni uređaji poput tablet-računara, pametnih telefona i multimedijalnih plejera uključeni u većinu sistema naplate posebne naknade u razvijenim državama; međutim, u značajnom broju država van EU, naročito u Istočnoj Evropi, posebna naknada je i dalje ograničena na prazne nosače (pretežno optičke medije i fleš memorije), a nosioci prava lobiraju da u sistem budu uključeni i uređaji koji se stvarno masovno koriste za privatno kopiranje. Štaviše, uvođenje posebne naknade na računare, pametne telefone i hard-diskove uvedeno je u Danskoj tek 1. januara 2022. godine.

²¹ Npr. Finska.

²² Osim nacionalnih sudova koji rešavaju ova pitanja, Sud pravde Evropske unije je u više navrata odlučivao o značajnim aspektima posebne naknade, a presude su kasnije bitno uticale na praksu. V. npr. slučajeve C-467/08 (*Padawan v SGAE*), C-435/12 (*ACI Adam v Stichting de Thuiskopie*), C-463/12 (*Copydan Båndkopi v Nokia Danmark*), C-572/13 (*HP v Reprabel*) itd.

²³ Npr. iznos posebne naknade za jedan blanko CD-ROM, kapaciteta 700 MB, u Nemačkoj iznosi 0,01 EUR, u Portugaliji 0,05 EUR, u Belgiji 0,12 EUR, u Austriji 0,23 EUR, a u Francuskoj 0,35 EUR. S druge strane, posebna naknada za USB fleš memoriju kapaciteta 16 GB u ovim državama iznosi 1,56 EUR (Nemačka), 0,26 EUR (Portugal), 0,50 EUR (Belgija, Austrija), 1,50 EUR (Francuska).

plaćanja. Ovakav model obezbeđuje uvek istu razmeru između iznosa naknade i cene uređaja, te osigurava da iznos posebne naknade direktno prati eventualne tržišne izmene. Na taj način se mogu izbeći negativni efekti relativno visokih naknada na tražnju potrošača. Ipak, uprkos ovome, ovaj model se sve više napušta u korist fiksnih tarifa.

Najzad, određene države koriste mešoviti sistem, u kojem u zavisnosti od uređaja/nosača, kombinuju elemente fiksne i procentualne tarife.²⁴

Naplata i raspodela

Analogno gorepomenutom razlogu efikasnosti, pravo na posebnu naknadu od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta, pravo je koje se može ostvariti isključivo kolektivnim putem. Stoga, naplatu i raspodelu posebne naknade vrši organizacija za kolektivno ostvarivanje prava koju imenuje vlada ili koju nosioci prava ovlaste.

Prikupljanje posebne naknade može vršiti jedna, specijalizovana organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, koja predstavlja sve kategorije nosilaca prava i koja je ovlašćena da vrši naplatu i raspodelu celokupne posebne naknade u određenoj državi.²⁵ Zatim, u određenim sistemima, prikupljanje posebne naknade vrši organizacija koja zastupa jednu vrstu nosilaca prava, ali na osnovu zakona ili ugovora deluje u ime i za račun svih ostalih organizacija, kojima kasnije raspodeljuje pripadajuće udele.²⁶ Najzad, u nekim državama je prisutan i model u kom više organizacija prikuplja naknadu od uvoznika/proizvođača, svaka za svoju kategoriju nosilaca prava, ali u međusobnoj koordinaciji.²⁷ U skoro svim državama članicama EU, naplatu posebne naknade vrši samo jedna organizacija, kojoj su uvoznici, proizvođači i drugi obveznici dužni da prijave sve relevantne podatke za obračun.

Metodi raspodele su složeniji. Prikupljena sredstva se ređe direktno raspodeljuju pojedinačnim nosiocima prava²⁸ (što je slučaj kada na teritoriji jedne

²⁴ Npr. Češka, Letonija i Litvanija.

²⁵ Ovaj model je sve prisutniji u praksi. Neki od primera su Nemačka (ZPÜ), Francuska (Copie France), Španija (VUD), Holandija (Stichting de Thuiskopie), Švedska (Copyswede).

²⁶ Ovaj model, koji je inicijalno bio dominantan, postepeno se povlači u korist formiranja specijalizovane organizacije. Prikupljanje posebne naknade najčešće vrši organizacija koja predstavlja muzičke autore. Neki od primera su Italija (SIAE), Slovačka (SOZA), Mađarska (ARTISJUS), Bugarska (MUSICAUTOR).

²⁷ Ovaj model prisutan je u Grčkoj i Poljskoj.

²⁸ Pod „pojedinačnim nosiocima prava“ misli se na lica koja su ovlašćena da primaju posebnu naknadu, kao nadoknadu za suspenziju njihovih isključivih imovinskih prava. Međutim, kako je

države postoji više organizacija koje prikupljaju posebnu naknadu), već se raspodela najčešće sprovodi u nekoliko faza. Organizacija ovlašćena da vrši naplatu raspoređuje opredeljene udele naplaćene naknade ostalim organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava koje predstavljaju različite kategorije nosilaca prava (autori, interpretatori i producenti) za dalju raspodelu pojedinačnim nosiocima prava. Šeme udela raspodele između različitih kategorija nosilaca prava, tj. organizacija koje ih predstavljaju, utvrđuju se ugovorom²⁹ ili zakonom, odnosno drugim propisima.

Po najrasprostranjenijem modelu, u prvoj fazi se ukupan prikupljeni iznos posebne naknade podeli između kategorija upotrebe: najčešća je podela na „audio“ i „video“ korišćenja (ponegde su prisutna i literarna i/ili grafička kategorija).³⁰ Iznosi opredeljeni ovim kategorijama se zatim dele između grupa nosilaca prava unutar njih po određenom ključu, pa se tako npr. raspodela „audio“ kategorije vrši između muzičkih autora (kompozitora, tekstopisaca), muzičkih interpretatora i proizvođača fonograma; „video“ kategorija se deli između audio-vizuelnih autora (reditelji, scenaristi), muzičkih autora, audio-vizuelnih producenata (proizvođača videograma) i interpretatora (glumaca).

ZAKLJUČAK

Kao što se može videti iz izloženog pregleda postojeći sistemi posebne naknade u različitim državama EU su veoma kompleksni i raznovrsni u svakom pogledu. Harmonizacija je postignuta samo *de minimis*, u smislu neophodnih uslova koje zahteva Direktiva 2001/29, dok je državama članicama prepuštena značajna sloboda pri uređivanju nacionalnih sistema. Iako je teško pronaći čak i dva

u praksi nemoguće utvrditi koja su tačno dela i predmeti srodonpravne zaštite umnoženi i u kom obimu, organizacije za kolektivno ostvarivanje prava ne isplaćuju posebnu naknadu „po korišćenju“, već naplaćen iznos posebne naknade opredeljen svakoj kategoriji nosilaca prava najčešće služi za uvećavanje drugih fondova raspodele, za koje postoje podaci o korišćenju.

²⁹ Udeli se utvrđuju u pregovorima između različitih grupa nosilaca prava. U određenim slučajevima, vlada mora da potvrdi postignuti sporazum.

³⁰ Ovaj prvi korak se obično zasniva na istraživanjima tržišta o vrstama dela koja se umnožavaju na različitim medijima. Imajući u vidu sve češću multifunkcionalnost predmeta koji podležu naplati, te okolnost da nivo tehnološkog razvoja omogućava digitalizaciju gotovo svih vrsta autorskih dela (a samim tim i njihovo jednostavno umnožavanje), stvarno ponašanje lica koja vrše umnožavanje za lične, nekomercijalne potrebe postaje sve važnije za raspodelu. Stoga, neke države (npr. Španija) imaju posebnu šemu raspodele za svaki predmet koji podleže naplati posebne naknade, dok druge (npr. Holandija i Francuska) zbrajaju naplaćene iznose za više predmeta koji podležu naplati, nakon čega primenjuju jedinstven ključ za raspodelu po kategorijama.

istovetna sistema posebne naknade unutar EU, mogu se primetiti određene tendencije u razvoju nacionalnih struktura: pre svega, profesionalizacija (u smislu formiranja specijalizovanih organizacija za administriranje posebne naknade), postepeni prelazak na paušalni model naplate, te nastojanje za što pravičnijom raspodelom (u smislu korelacije između udela opredeljenih određenim kategorijama nosilaca prava i realnog korišćenja).

STANJE U REPUBLICI SRBIJI

U nameri da pitanje trenutnog normativnog uređenja prava na posebnu naknadu stavi u kontekst izmena zakonskih i podzakonskih akata u ovoj oblasti, pritom pružajući uvid u trenutno stanje i još ne potpuno poznat način na koji će ovo pravo biti primenjeno u praksi, ovo poglavlje će prvo dati kratak istorijskopравни pregled (odjeljak 4.1), da bi se potom fokusiralo na trenutno stanje i probleme (odjeljak 4.2).

Kratak istorijskopравни pregled³¹

Iako je pravo autora na posebnu naknadu u SR Jugoslaviji nominalno ustanovljeno još Zakonom o autorskom i srodnim pravima iz 1998. godine,³² ono je svoje pravo otelovljenje u praksi dočekalo tek petnaest godina i dve države³³ kasnije.³⁴

³¹ Hronologija je u ovom članku data sumarno, dok je istorijskopравни razvoj posebne naknade u Republici Srbiji tema za opširniji naučni rad.

³² Zakon o autorskom i srodnim pravima (*Službeni list SRJ*, br. 24/1998), čl. 35. st. 1: „Autori dela za koja se, s obzirom na njihovu prirodu, može očekivati da će *bez dozvole autora* [podvukao P. P.] biti umnožavana na nosače zvuka, slike i teksta, imaju pravo na posebnu naknadu od prodaje tehničkih uređaja i nosača zvuka, slike i teksta, koji su podobni za takvo umnožavanje.“

³³ Zakon o autorskom i srodnim pravima iz 2004. godine (*Službeni list SCG*, br. 61/2004), sadržao je sličnu formulaciju u čl. 38. st. 1: „Autori dela za koja se, s obzirom na njihovu prirodu, može očekivati da će biti umnožavana za *lične nekomercijalne potrebe* [podvukao P. P.] na nosače zvuka, slike i teksta (književna, muzička, filmska i druga), imaju pravo na posebnu naknadu od *uvoza, odnosno* [podvukao P. P.] prodaje tehničkih uređaja i nosača zvuka, slike i teksta, koji su podobni za takvo umnožavanje.“ Iako, kao što je napomenuto, u ovom trenutku sprovođenje u praksi nije postojalo, značajno je istaći da je tek ovim zakonom pravo na posebnu naknadu prošireno i na *uvoz* tehničkih uređaja i nosača. Uvezeni uređaji i nosači čine najveći deo, ako ne i celokupan korpus predmeta koji podležu plaćanju posebne naknade u Republici Srbiji.

³⁴ Važno je naglasiti da su postojeće organizacije za kolektivno ostvarivanje prava od samog početka ulagale napore za uvođenje naplate posebne naknade; v. npr. Tarife naknada koje naplaćuje

Prvi koraci ka konkretizaciji ovog prava načinjeni su uvođenjem zakonske obaveze utvrđivanja liste tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade, kao preduslova. Ovo je učinjeno u Zakonu o autorskom i srodnim pravima (ZASP) iz 2009. godine, koji sa izmenama i dopunama još uvek važi.³⁵ Vlada Republike Srbije je 2010. godine utvrdila Listu tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade nosiocima autorskog i srodnih prava posebnom Uredbom.³⁶ Na osnovu Liste, a u skladu sa čl. 178 ZASP, 2011. godine je doneta jedinstvena tarifa za ostvarivanje prava na posebnu naknadu,³⁷ čija primena je bila povezana sa brojnim turbulencijama na tržištu, te je njen domet bio vrlo ograničen, a njeno trajanje kratkog daha.³⁸ Izmenama ZASP iz 2012. godine, između ostalog, propisani su limiti iznosa posebne naknade,³⁹ dok je kroz samostalne članove postavljena obaveza Zavodu za intelektualnu svojinu da donese Tarifu za ostvarivanje prava na posebnu naknadu,⁴⁰ što je napokon i učinjeno 2013. godine⁴¹; ova tarifa je još uvek na snazi.

Savez organizacija kompozitora Jugoslavije (SOKOJ) – Društvo za zaštitu autorskih prava (*Službeni list SRJ*, br. 46/1999, 30/2002), tarifna klasa 6; Tarife naknada koje korisnicima fonograma naplaćuje Organizacija za kolektivno ostvarivanje srodnih prava proizvođača fonograma (OFPJU) (*Službeni list SCG*, br. 2/2003, 5/2006), tarifna klasa 4; Tarifu za upotrebu interpretacija iz repertoara PI snimljenih na komercijalne nosače zvuka (fonograme), odnosno zvuka i slike (videograme) (*Službeni glasnik RS*, br. 6/2008, 119/2008), tarifna klasa 4. Međutim, ove tarife nikad nisu adekvatno primenjivane u praksi.

³⁵ Zakon o autorskom i srodnim pravima (*Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 i 119/2012, 29/2016 – odluka US i 66/2019), čl. 39. Po prvobitnoj verziji zakona, predmetnu listu je utvrđivala Vlada na predlog organa državne uprave nadležnog za poslove intelektualne svojine, uz prethodno pribavljeno mišljenje organa državne uprave nadležnog za razvoj informacionog društva. Počev od izmena ZASP iz 2012. godine, Vlada samostalno utvrđuje listu.

³⁶ Uredba o utvrđivanju Liste tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade nosiocima autorskog i srodnih prava (*Službeni glasnik RS*, br. 45/2010).

³⁷ Jedinstvena tarifa za ostvarivanje prava na posebnu naknadu (*Službeni glasnik RS*, br. 98/2011, od 23. 12. 2011. godine).

³⁸ Problematika u vezi sa donošenjem ove tarife, kao i događajima koji su joj prethodili i koji su usledili, kompleksna je i obimna, a nalazi se van domašaja ovog članka.

³⁹ V. čl. 171b st. 1 ZASP. Ovom odredbom je propisano da iznos posebne naknade koja se plaća po svakom prodatom ili uvezenom uređaju i predmetu sa liste Vlade ne može biti viši od 1% njegove vrednosti, izuzev kada je reč o optičkim diskovima i magnetnim trakama, za koje iznos posebne naknade ne može biti viši od 3% od njihove vrednosti.

⁴⁰ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima (*Službeni glasnik RS*, br. 112/2012).

⁴¹ Tarifa za ostvarivanje prava na posebnu naknadu (*Službeni glasnik RS*, br. 43/2013 i 8/2017, od 17. 5. 2013. godine, sa izmenama od 3. 2. 2017. godine).

Aktuelno stanje i razvoj situacije

Prateći modele opisane u trećem poglavlju ovog članka, može se uvideti da sistem posebne naknade u Republici Srbiji predstavlja kombinaciju postojećih elemenata prisutnih u različitim državama EU, te on izgleda ovako: listu uređaja i praznih nosača koji podležu naplati posebne naknade utvrđuje vlada, proces donošenja tarife je mešoviti i predstavlja kombinaciju pregovaračkog sistema i sistema državne intervencije,⁴² model naplate čini tarifa zasnovana na procentu od prodajne ili uvozne cene uređaja, odnosno praznih nosača za koji postoji obaveza plaćanja,⁴³ naplatu *de lege* vrši organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih muzičkih prava,⁴⁴ kao i raspodelu, s tim da se ukupno naplaćena posebna naknada, po odbitku sporazumno određenih troškova, deli između organizacija po ključu: 40% autorima, 30% interpretatorima i 30% proizvođačima fonograma i proizvođačima videograma.⁴⁵ Sistem raspodele je takav da se u datoj proporciji deli celokupan naplaćeni iznos posebne naknade, bez prethodnog sortiranja po kategorijama i/ili predmetima.

Jedan od najvećih problema, karakterističan za mnoge države u razvoju, jeste inertnost zakonodavne/izvršne vlasti kada je reč o ažuriranju liste uređaja i nosača koji podležu naplati posebne naknade, tj. značajan vremenski raskorak između uvođenja na listu novih predmeta koji su se pojavili na tržištu i koji se u praksi koriste za umnožavanje autorskih dela za lične, nekomercijalne potrebe fizičkih lica. Neredovno osvežavanje ove liste ima višestruko negativan efekat na nosioce prava, budući da se upotreba zastarelih uređaja i nosača smanjuje, a moderni (koji jesu u upotrebi) nisu pokriveni. Višegodišnji napor organizacija za kolektivno ostvarivanje prava i drugih predstavnika nosilaca prava da se predmetna lista osavremeni napokon su urodili plodom, te je Uredba o utvrđivanju Liste tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade nosiocima autorskog i srodnih prava dopunjena

⁴² V. čl. 178 ZASP.

⁴³ Kao vrednost predmeta za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade uzima se njihova prodajna cena bez poreza na dodatu vrednost pri prvoj prodaji, a kad se predmeti uvoze u Republiku Srbiju, kao njihova vrednost uzima se njihova nabavna cena preračunata u dinare po kursu na dan njihovog carinjenja, uvećana za carinu. V. čl. 171b st. 2 ZASP i Prilog: Tarife za ostvarivanje prava na posebnu naknadu.

⁴⁴ V. čl. 178. st. 7 ZASP.

⁴⁵ V. čl. 178. st. 8 ZASP. Prateći ovaj ključ, 40% naknade se deli između organizacija koje predstavljaju autore – Sokoj (muzički autori) i UAZ (filmski autori), 30% naknade se deli između organizacija koje predstavljaju interpretatore – PI (muzički izvođači) i GOS (glumci) i preostalih 30% pripada organizaciji OFPS koja predstavlja proizvođače fonograma, budući da u Republici Srbiji trenutno ne postoji organizacija proizvođača videograma.

u aprilu 2022. godine,⁴⁶ nakon gotovo 12 godina.⁴⁷ Premda ovo načelno predstavlja važan i koristan razvoj događaja za autore, bitno je napomenuti da proširenje Liste predstavlja tek prvi preduslov za naplatu posebne naknade kada su u pitanju novi uređaji i nosači, kojoj prethodi proces donošenja nove tarife, u skladu sa čl. 178 ZASP.

Dr. UROŠ ĆEMALOVIĆ

Senior Research Associate, Institute of European Studies
Belgrade

PAVLE PAVIČIĆ

Head of International Legal Affairs Department
Organisation of Music Authors of Serbia „Sokoj“

AUTHOR'S RIGHT TO FAIR COMPENSATION FOR PRIVATE COPYING
- GENERAL FRAMEWORK IN EU LAW, COMPARATIVE LEGAL OVERVIEW
AND THE SITUATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In the legal system of the Republic of Serbia, the author's right to fair compensation for private copying (under the legal denomination 'posebna naknada', literally meaning 'special compensation') formally exists for almost a quarter of a century; while the list of devices and blank media that are subject to the payment of this special compensation is determined by the Government, the tariff adoption process is mixed and represents a combination of a negotiation system and a state intervention system. *The Ordinance on establishing the List of technical devices and objects for which there is an obligation to pay a special compensation to holders of copyright and related rights* was amended recently, in April 2022, after almost 12 years, so it remains to be seen how it will be implemented in practice. On the other hand, EU law provides only a general legal framework regarding the right to the special compensation, while different European countries approach the issue of implementation of this right in numerous, often different ways. In order to shed some light on the issue of legal regulation of the right to special compensation in a way that is interesting to both theoreticians and practitioners, this article, after analyzing the general legal framework of the European Union applicable in this area (chapter 2), focuses on comparative analysis of the situation in several European countries (Chapter 3) and in the Republic of Serbia (Chapter 4).

Key words: author's right to (special) fair compensation, private copying, digital transformation, list of technical devices and objects, EU law and national law of member states

⁴⁶ Uredba o izmenama i dopunama Uredbe o utvrđivanju Liste tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade nosiocima autorskog i srodnih prava (*Službeni glasnik RS*, br. 49/2022 od 21.4.2022. godine).

⁴⁷ Pomenutom uredbom na Listu su uvrštene memorijske kartice, eksterni hard-diskovi, te uređaji sa integrisanim hard-diskom (desktop računari, laptopovi, TV sa hard-diskom, DVD plejer sa mogućnošću snimanja i sa hard-diskom, *Blu-ray* plejer sa mogućnošću snimanja i sa hard-diskom), tablet računari i pametni telefoni.

Literatura

- Čemalović, U., *Pravo intelektualne svojine i digitalna transformacija – neka aktuelna pitanja*, Institut za evropske studije, Beograd, 2019.
- Geiger C., Bulayenko O., „Creating Statutory Remuneration Rights in Copyright Law: What Policy Options Under the International Legal Framework“, Center for International Intellectual Property Studies, *Research Paper*, No. 2021-01.
- Karapapa, S., *Private Copying*, Routledge Research in Intellectual Property, Oxon, 2012.
- Stefanović Z., *Pravo Evropske unije*, sedmo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2014.
- Vukadinović R., *Uvod u institucije i pravo EU*, peto izdanje, Udruženje za evropsko pravo – Centar za pravo EU, Kragujevac, 2012.

STRUČNI RAD

DORĐE KRIVOKAPIĆ
ANDREA NIKOLIĆ

LEGAL OBLIGATIONS AND LIABILITY IN A RANSOMWARE ATTACK

Ransomware, a type of malicious attack where attackers encrypt an organization's data and demand payment to restore access, has become a growing threat that affects companies, critical infrastructures, as well as public bodies. From the public policy perspective, the ultimate question is how legal regulation can effectively combat ransomware attacks and what should be the aim of regulation. In that respect, the paper explores the existing cybersecurity and data protection legal framework, i.e. horizontal and vertical regulation requiring potential targets to prepare for the attacks in order to mitigate and eliminate the threat. Finally, the paper analyzes the civil liability issues, offering some recommendations in order to potentially exclude the liability.

Key words: ransomware, ransom, liability, cyber security, cyber crime, cyber insurance, strict liability, limitation of liability

INTRODUCTION: RANSOMWARE AS A CONCEPT

Regardless of the dominant narrative that data is a new gold or oil, stolen data is becoming harder to monetize due to the fact that it is becoming harder to find the “buyers” and users of such data. Counter-cybercrime capacities are becoming

Dr. Đorđe Krivokapić, Associate Professor, Faculty of Organizational Sciences, University of Belgrade, Masaryk University, Brno, e- mail: djordje.krivokapic@fon.bg.ac.rs.

Andrea Nikolić, Assistant, Faculty of Organizational Sciences, University of Belgrade, e-mail: andrea.nikolic@fon.bg.ac.rs. This article is supported by the European Regional Development Fund (ERDF) project “CyberSecurity, CyberCrime and Critical Information Infrastructures Center of Excellence” (No. CZ.02.1.01/0.0/0.0/16_019/0000822).

more robust, data protection and information security enforcement is becoming tighter while public attention and digital watch dogs are thirsty to expose data mismanagement. Therefore, even when legitimate businesses are motivated to acquire valuable data in an illegal way, they are even less likely to do so in order not to expose their operations to legal and reputational risks. Within the historically most obvious criminal “business model” - selling stolen goods for hard currency - cyber criminals are left with limited audiences for their prey. Innovating, as always, in order to “*keep cybercrime profitable, criminals needed to find a new cohort of potential buyers, and they did: all of us.*”¹

Imagine that you are a Professor of the Faculty of Law. It’s early Friday morning in the beginning of October, and you are slowly preparing yourself for a casual Friday reserved for writing the paper on legal implications of ransomware in your office. That morning the Faculty’s halls are full of students queuing to officially enroll in the next semester. Before opening a Word file stored on the Faculty’s cloud system, you are sipping the first morning coffee and want to quickly check your email from your phone. You notice that your inbox has not been updated since the previous day. Doubting whether the problem is with your phone or with the emailing system, you try to log in to your computer and to reach the intranet, but you realize that you are unable to access your profile. A colleague of yours sends you an SMS asking the same question that you are asking yourself: “*Am I the only one having difficulties to log in?*”. Later that day, the Collegium sends a notice via SMS to the staff saying that the Faculty’s IT infrastructure is locked with ransomware. Apparently, hackers require payment within five days. Otherwise, they will delete all the Faculty’s data.

The hypothetical scenario described above represents a ransomware attack that happens more and more often in practice, raising many legal and ethical questions. Some of them are: who is responsible for the attack? Should the Faculty pay the ransom? Who will compensate Faculty’s staff loss – impossibility to access their profiles? Who will compensate students for not being able to enroll in the next semester? Who will compensate them for the data breach that occurred?

Ransomware is a type of malicious attack where attackers encrypt an organization’s data and demand payment to restore access.² This type of attack is not novel because of its technical characteristics and the extortion model. Ransomware

¹ Josephine Wolff, “The New Economics of Cybercrime”, *The Atlantic*, 2016, www.theatlantic.com/business/archive/2016/06/ransomware-new-economics-cybercrime/485888/, 15.10.2022.

² ENISA Threat Landscape 2021, an annual report on the status of the cybersecurity threat landscape, www.enisa.europa.eu/publications/enisa-threat-landscape-2021, 15.10.2022.

has been around for several decades, but did not gain traction because the “number of internet enabled victim devices was not exceptionally beneficial to the adversary’s profit margin”.³ In the present omni-connected world in which the number of connected devices and value of digital goods radically increased this equation changed. Internet expansion supported new approach which could exploit the fact that stolen data are the most valuable to its legitimate holder⁴ cutting any middleman and eliminating the need for cybercriminals to collaborate with other criminal organizations.⁵

Not only that the targets under ransomware attack are forced to buy their stolen data back, but they need to do it as soon as possible. Cybercriminals and their organizations further developed quite exquisite extortion models. From the comfort of their armchair, they could lock our valuable belongings, forcing us to pay in order to regain access to them. Such prospect induced further development of “business model”, creating RaaS - Ransomware as a Service⁶ - the framework which enabled even technically underqualified actors to engage into the business of ransomware extortions by paying one of the payments or a percent of the ransom to RaaS developers and distributors.⁷ On the side of the market, as a method of payment for extortion activities⁸ cryptocurrencies enabled relative anonymity⁹

³ James Scott, Drew Spaniel, *The ICIT Ransomware Report: 2016 Will be the Year Ransomware Holds America Hostage*, Institute for critical infrastructure technology, 2016, 3-4.

⁴ Within this paper we will not use the term data “owner”, but “legitimate holder”, because data ownership is a disputed concept within legal science. More information: Đorđe Krivokapić, Andrea Nikolić, “Regulating the key resource of the surveillance economy: Data as objects of the law”, SANU, Belgrade, 2022.

⁵ James A. Sherer, Melinda L. McLellan, Emily R. Fedeles, Nichole L. Sterling, “Ransomware – Practical and Legal Considerations for Confronting the New Economic Engine of the Dark Web”, *The Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. 23, 2017.

⁶ Per Hakon Meland, Yara Fareed Fahmy Bayoumy, Guttorm Sindre, “The Ransomware-as-a-Service economy within the darknet”, *Computers & Security*, Vol. 92, 2020.

⁷ A “creator” is hired to produce a script kiddie where clients download for free (or for a nominal fee), set a payment and a deadline. Once set, the client attempts to trick victims to infect their computers through phishing (most of the time). If successful, the creator receives a cut of the profit, usually “5-20%,” while the client keeps the rest. Description is referenced according to: J. Scott, D. Spaniel, op.cit.

⁸ Internet Organized Crime Threat Assessment (IOCTA) 2020, www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/internet_organised_crime_threat_assessment_iocta_2020.pdf, 15.10.2022.

⁹ Bart Custers, Jan-Jaap Oerlemans, Ronald Pool, “Laundering the Profits of Ransomware: Money Laundering Methods for Vouchers and Cryptocurrencies”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 28, 2020, 121-152.

to criminals reducing the risk of their identification and capture. Lower risk, higher impact and on-hire attacks made the flood of ransomware inevitable and it seems that it is not going anywhere in the years to come.

Although financial gain is the primary motivation of ransomware attackers, it should be noted that there are cases when attackers are not requesting monetary payment, but other types of “performance” motivated by political or other social interests. GoodWill ransomware is demanding of victims to perform charitable acts by donating to the poor and patients in need.¹⁰ On the other hand, similarly to the recent Iran’s hijacking of a South Korean oil tanker off the Strait of Hormuz when in return for releasing the boat and crew Iran required unfreezing of Iranian financial assets held by South Korea, ransomware attacks can be used coercively – as a bargaining tool.¹¹

Ransomware frenzy has created vast economic and social implications for all actors: public sector, corporations, entrepreneurs, civil society and citizens. The scale of such impact, technological and organizational improvements of ransomware model, current cybercrime response capacities and recent changes in both horizontal and sectoral regulation focusing on data management are requiring better understanding of legal and ethical implications of the ransomware attacks.

Global rise of ransomware cases

The incident that occurred around the 1989 World Health Organization AIDS conference in Stockholm, when a vengeful biologist snail-mailed 20,000 infected floppy discs to people around the world, featured key elements of what we now know as a ransomware attack: data in an infected device were encrypted, the device owner was notified of the attack via a simple on-screen message, and a ransom was demanded for the decryption of the files. The crypto money was yet to be invented, so the required sum of US\$189 was to be sent to a PO box in Panama. The software was dubbed “AIDS trojan” at the time and the manner of the attack was described as digital extortion.¹²

¹⁰ GoodWill ransomware forces victims to donate to the poor and provides financial assistance to patients in need, <https://cloudsek.com/threatintelligence/goodwill-ransomware-forces-victims-to-donate-to-the-poor-and-provides-financial-assistance-to-patients-in-need/>, 15.10.2022.

¹¹ Caitlin Thompson, “Ransomware could soon be about more than just money”, 2021, www.codastory.com/disinformation/ransomware-coersion/, 15.10.2022.

¹² VIRUS bulletin, 1990, www.virusbulletin.com/uploads/pdf/magazine/1990/199001.pdf; Samantha Murphy Kelly, “The bizarre story of the inventor of ransomware”, CNN, 2021, <https://edition.cnn.com/2021/05/16/tech/ransomware-joseph-popp/index.html>, 15.10.2022.; Veronica Drake, “The History

Mass expansion of the internet services such as web browsers and emails saw cybercriminals pursuing other venues of digital harm over the following decade. “Cryptoviral extortion” was explored as a cybersecurity niche following the 1996 demonstration of a thought experiment: whether application of cryptography, deemed defensive in nature, could be “*used to mount extortion based attacks that cause loss of access to information, loss of confidentiality, and information leakage, tasks which cryptography typically prevents.*”¹³ It could indeed.

Though notably reported in 2005 as “*the latest security worry*”¹⁴ ransomware attacks would gain true global attention in late 2013 with the propagation of ‘CryptoLocker’. In just a couple of months this trojan had infected 250,000 devices and with the average payout of \$300 per victim ransomware operators had allegedly collected US\$27 million “in laundered Bitcoin.” At least that was a rough calculation of the cybersecurity company ‘Dell SecureWorks’ that also quickly admitted the true payout number was “*very likely many times that*”.¹⁵

Alongside banks, municipalities, and educational institutions, the healthcare industry has been especially exposed to ransomware, given the urgency in which the patient data need to be available, and at least to some degree due to traditionally neglected digital security in hospitals.¹⁶

While analysts recorded a significant drop in ransomware attacks between 2016 and 2017, the first half of 2018 saw a 229 percent increase compared to the same interval in previous year.¹⁷ In 2021, the FBI’s Internet Crime Complaint Center received 3,729 complaints identified as ransomware costing victims over \$49.2 million, and anticipated an increase in critical infrastructure victimization in 2022.¹⁸

and Evolution of Ransomware Attacks”, Flashpoint, 2022, <https://flashpoint.io/blog/the-history-and-evolution-of-ransomware-attacks>, 15.10.2022.

¹³ Adam Young, Moti Yung, “Cryptovirology: extortion-based security threats and countermeasures”, IEEE Symposium on Security and Privacy, 1996, 129-140, www.ieee-security.org/TC/SP2020/tot-papers/young-1996.pdf, 15.10.2022.

¹⁴ Susan Schaibly, “Files for ransom”, Network World, 2005, www.networkworld.com/article/2314306/files-for-ransom.html?page=3, 15.10.2022.

¹⁵ Violet Blue, “CryptoLocker’s crimewave: A trail of millions in laundered Bitcoin”, ZDNet, 2013, www.zdnet.com/article/cryptolockers-crimewave-a-trail-of-millions-in-laundered-bitcoin/, 15.10.2022.

¹⁶ See for example: Kari Paul, “‘Lives are at stake’: hacking of US hospitals highlights deadly risk of ransomware”, The Guardian, 2022, www.theguardian.com/technology/2022/jul/14/ransomware-attacks-cybersecurity-targeting-us-hospitals, 15.10.2022.

¹⁷ There have been 181.5 million attacks since January. See Help Net Security, “Ransomware back in big way”, 2018, www.helpnetsecurity.com/2018/07/11/2018-sonicwall-cyber-threat-report/, 15.10.2022.

¹⁸ FBI, Internet Crime Report 2021, www.ic3.gov/Media/PDF/AnnualReport/2021_IC3Report.pdf, 15.10.2022.

The number of ransomware attacks decreased rapidly between the second and fourth quarters of 2021, going from nearly 189 million cases to 133 million.¹⁹ However, according to the cybersec company SonicWall report covering the first half of 2022, although global ransomware is down by 23% – Europe saw 63% increase. Even in decline, the report states, it is still a very high attack volume of 236.1 million, exceeding full-year totals of 2017, 2018 and 2019.²⁰

REGULATION APPLICABLE TO RANSOMWARE

Ransomware is a continuous and serious threat and legal regulation of ransomware attacks is justified. States are invited to establish the rules regarding criminalization of the act, prevention measures, incident response, reporting requirements and liability. However, although it is the contemporary and innovative type of the attack, ransomware is already covered by existing regulation primarily in the areas of cybercrime, information security and data protection, but also in various sectoral regulations applicable to specific sectors (telecom, energy, etc.) or certain reactive measures (such as ransomware payment).

The detailed analysis of the applicable legal framework requires understanding of ransomware's technical, organizational and economic background, which may vary widely by the type, source, and purpose of the ransomware.²¹ The legal consequences of the act also depend on the type of victim organization, IT system and digital assets under attack as well as character of harm inflicted.

From the public policy perspective, the ultimate question is how legal regulation can effectively combat ransomware attacks and what should be the aim of regulation. In that respect, first it will be explored what is the reach of cybercrime framework toward the attackers and how effective it is in fighting against the ransomware. Secondly, we will discuss horizontal and sectoral regulation requiring potential targets to prepare for the attacks in order to mitigate and eliminate the threat. Thirdly, the damages incurred by the ransomware attacks will be analyzed in order to determine who bears the risk, what are litigation incentives in that respect and is it possible to get insurance coverage. This paper will not cover the measures which victims of ransomware attacks are required to undertake if they are subject to a successful attack nor legal and ethical implications of ransomware payment.

¹⁹ See number of ransomware attacks worldwide from 1st quarter 2020 to 2nd quarter 2022, statistics www.statista.com/statistics/1315826/ransomware-attacks-worldwide/, 15.10.2022.

²⁰ See SonicWall Cyber Threat Report 2022, www.sonicwall.com/2022-cyber-threat-report/, 15.10.2022.

²¹ J.A. Sherer, M.L. McLellan, E.R. Fedeles, N.L. Sterling, op. cit.

Regulations providing obligations regarding prevention of the attack

Cybercrime regulation is established by the Budapest Convention, the only legally binding international treaty aiming to harmonize legal standards for cybercrime, investigations, criminal justice processes²² also with critical impact on international cooperation. Convention has been ratified and implemented by 67 states, including USA,²³ which makes the Convention the most relevant framework for analysis of criminal qualification of ransomware attacks. As a type of malware, ransomware is incriminated by “Data interference” (Article 4) and “System interference” (Article 5).²⁴ National legal systems in practice complement these provisions with other criminal offenses such as extortion, ransom and coercion as well as national offenses related to cybercrime.²⁵

Current research agrees that the Budapest Convention is sufficiently flexible to deal with the criminal law implications of ransomware but that improvements are necessary regarding harmonization of legal interpretations and enforcement and cooperation.²⁶ Namely, states are struggling to attribute, stop, and bring to justice cybercriminals, including ransomware attackers, creating a global cyber enforcement gap which is hard to reduce due to an interconnected number of strategic, operational and technical challenges.²⁷ Therefore, it seems that enforcement authorities are failing to address effectively the criminal source of many ransomware attacks.²⁸ Hopefully, some of the critical barriers for successful enforcement of cybercrime and ransomware attacks will be reduced by a Second Additional

²² Catalina Goanta, Apostolis Zarras, “Ransomware: Notes on the US Computer Fraud and Abuse Act and the CoE International Convention on Cybercrime”, *Stanford-Vienna TTLF Working Paper*, No. 82, 2021, <http://ttlf.stanford.edu>, 15.10.2022.

²³ See parties and observers to the Budapest Convention and observer organizations to the T-CY, www.coe.int/en/web/cybercrime/parties-observers, 15.10.2022.

²⁴ T-CY Guidance Note #7 of the Explanatory Report of the Budapest Convention, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802e70b4>, 15.10.2022.

²⁵ Nenad Putnik, Mladen Milošević, Vladimir Cvetković, “Ransomver kao pretnja bezbednosti - društveni i krivičnopravni aspekti” (Ransomware as a Security Threat – Social and Criminal Legislation Aspects), *Sociološki pregled*, No. 1, 2022, 328-353.

²⁶ C. Goanta, A. Zarras, op.cit.

²⁷ Allison Peters, Amy Jordan, “Countering the Cyber Enforcement Gap: Strengthening Global Capacity on Cybercrime”, *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 10, 2020, 487.

²⁸ Claudia Glover, “Law enforcement is ‘failing to protect governments against ransomware’”, *TechMonitor*, 2022, <https://techmonitor.ai/technology/cybersecurity/ransomware-attacks-on-governments-conti>, 15.10.2022.

Protocol to the Budapest Convention²⁹ which is adopted and has already been signed by 24 states, but these changes will require a certain period of time.³⁰ For now, the ransomware remains a priority threat encountered by cyber investigators across the EU³¹ and across the globe.

The primary aim of cybercrime frameworks should be to acknowledge that ransomware is a punishable crime and to discourage potential offenders. But due to the transnational nature of ransomware attacks and profile of cybercrime actors, deterrence is not reducing the frequency and severity of ransomware attacks. Further functions of criminal law are limited by the enforcement capabilities to successfully collaborate across borders, identify attackers, prosecute them and reimburse the victims of ransomware attacks.

Regulations providing obligations before the attack

Ransomware is a dominant cybersecurity threat not due its technical innovation; rather, it is widely adopted by hackers who are persistently searching for a range of weaknesses within organizations.³² Several factors, including ‘organization sector’, ‘security posture’³³ and ‘attack type’, influence the degree of severity of ransomware attacks.³⁴ Organizations with weak security postures are subject to more extensive damages of ransomware attacks than companies with stronger postures.³⁵

²⁹ Second Additional Protocol to the Cybercrime Convention adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, www.coe.int/en/web/cybercrime/-/second-additional-protocol-to-the-cybercrime-convention-adopted-by-the-committee-of-ministers-of-the-council-of-europe, 15.10.2022.

³⁰ Chart of signatures and ratifications of Treaty 224, www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=224, 15.10.2022.

³¹ Catherine De Bolle, “Foreword”, *Internet Organized Crime Threat Assessment (IOCTA)*, 2020, www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/internet_organised_crime_threat_assessment_iocta_2020.pdf, 15.10.2022.

³² Lena Yuryna Connolly, David S. Wall, Michael Lang, Bruce Oddson, “An empirical study of ransomware attacks on organizations: an assessment of severity and salient factors affecting vulnerability”, *Journal of Cybersecurity*, Vol. 6, 2020.

³³ The security status of an enterprise’s networks, information, and systems based on information assurance resources (e.g. people, hardware, software, policies) and capabilities in place to manage the defense of the enterprise and to react to the situation. Defined by Committee on National Security Systems (CNSS) Glossary (CNSSI No. 4009), <https://rmf.org/wp-content/uploads/2017/10/CNSSI-4009.pdf>, 15.10.2022.

³⁴ L.Y. Connolly, D.S. Wall, M. Lang, B. Oddson, op.cit.

³⁵ *Ibidem*.

Therefore, stronger cybersecurity posture had a real impact on unwanted outcomes of cyberthreats. One of the ways to achieve a wanted level of cyber resilience is development of various legal requirements, usually established by information security, data protection and other sectoral regulation, imposing preventative and reactive security measures on operators of information systems. Applicability of these frameworks on target organization is dependent on type of its business operations (national vs cross-border), i.e. do they operate critical infrastructure, process personal data and does sectoral regulation require specific measures regarding security incidents. This analysis should be conducted on a case to case basis and it could lead to the result that either none, one, two or all three regulatory frameworks are applicable, sometimes multiplied by sources from different jurisdictions due to its extraterritorial effects.

For example, within the EU these frameworks have different reach and impact. Information security frameworks, established by the Directive on Security of Network and Information Systems,³⁶ usually have limited scope of application on operators of critical infrastructure which are determined separately by national states. General Data Protection Regulation³⁷ on the contrary has a unified approach toward all EU members, and an extraterritorial reach, imposing the application of appropriate technical and organizational measures by all personal data controllers.³⁸ Sectoral regulations vary depending on the industry and the level of harmonization on the EU level: some industries do not have any specific security and cybersecurity requirements while others have very tight ones imposed by national or EU regulations.³⁹ All these frameworks establish a risk based

³⁶ Directive 2016/1148/EU of the European Parliament and of the Council concerning measures for a high common level of security of Network and Information Systems across the Union, OJ C218/1, 2016.

³⁷ Regulation on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC - Data Protection Directive.

³⁸ Many national laws have similar provisions. See for example the case of Serbia: Nebojša Šarkić, Draga Prlja, Katarina Damnjanović, Vladimir Marić, Vesna Živković, Vladimir Vodinelić, Nataša Mrvić-Petrović, *Pravo informacionih tehnologija*, Pravni fakultet Univerziteta Union and Službeni glasnik, 2009, 156.

³⁹ Examples of EU sectoral regulation imposing specific rules in this respect: Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (Recast), Articles 40 and 41 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJL_2018.321.01.0036.01.ENG, 15.10.2022.; Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing

approach, meaning that the security measures are not set in stone but they require risk assessment, application of appropriate measures and constant monitoring and adaptation.

A risk assessment is the process of identifying, analyzing and evaluating threats and vulnerabilities. Organizations are required to identify the sensitive data they hold under applicable regimes, determine the risks which might lead to its compromise and assign each risk with a score based on how likely the threat is to occur and how damaging it might be. Based on presented logic, organizations should implement appropriate defense measures which should eliminate or reduce high risks and address the lower ones. The common tool to perform data security risk assessment is ISO 27001, the international standard for an information security management system.⁴⁰

The threat of ransomware attack, in the third decade of the 21st century, should be considered as imminent and foreseeable, and therefore should be treated with special care. Cybercriminals are targeting some organizations while others just end up within the web of their criminal activity due to the indiscriminate nature of the ransomware business model. That means that malware is distributed randomly to numerous addresses with the aim to infect only some portion of them. Consequently, regardless of the size and the relevance on the market, every organization can be a target and ransomware as a risk should be considered in every risk assessment process.

Only organizations which are subject to the described horizontal and sectoral regulations are obliged to conduct risk analysis and apply appropriate measures, sometimes limited to very specific areas of operations (processing of personal data, operating of critical infrastructure etc.). Oversight is usually performed by independent supervisory authorities and non-compliance can invoke high regulatory penalties. It seems that the scope of *ex ante* rules which require risk assessment and improvement of security posture should be expanded to cover majority of the organizations under the risk.

Directive 1999/93/EC (eIDAS Regulation), Article 19, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG, 15.10.2022.; Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (Payment Services Directive), Articles 95 & 96, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2366&qid=1665398038950>, 15.10.2022.

⁴⁰ See ISO/IEC 27001 - Information security management, www.iso.org/isoiec-27001-information-security.html, 15.10.2022.

THE IMPACT OF A RANSOMWARE ATTACK

“In the last 12 to 18 months, we’ve had successful electronic attacks of the water we drink, the food we put on our table, and the oil and gas that fuels our cars and our homes. The timely availability of patient care, the schools our children go to, the municipalities who run our towns and our cities, and even federal agencies have been the victims of state-sponsored and criminal attacks,” Joshua Corman, chief strategist of the Cybersecurity and Infrastructure Security Agency’s (CISA) COVID task force said at a conference in January 2022.⁴¹

The impact of ransomware attack on the database of Universal Health Services (UHS) in 2020 was estimated at around \$67 million. The attack on UHS affected operations for a month, during which it impacted over 90,000 employees and 3.5 million patients in the USA and the UK, invoicing was delayed, systems needed to be restored, and additional IT expert staff was brought in to help.⁴² However, worse than damages that could be monetary expressed is the impact of the ransomware on the human lives and health, which is the most probable in this sector. A suit⁴³ brought in Alabama alleges that a baby was born with severe brain injury and eventually died as a consequence of the ransomware attack to the hospital.⁴⁴ Another ransomware case resulted in death in Cologne, Germany when a patient was turned away from a hospital under attack and died on the way to another hospital.⁴⁵ Ransomware also caused major healthcare disruptions, including delayed chemotherapy treatments and ambulances being diverted from emergency rooms. The CISA report found that increased mortality during the pandemic has been provoked also by indirect causes such as ransomware attacks.⁴⁶ All these devastating consequences and the pressure on the health

⁴¹ Jill McKeon, “Cyberattacks Increase Mortality Rates, But Healthcare Is In Denial”, *Health IT Security*, 2022, <https://healthitsecurity.com/news/cyberattacks-increase-mortality-rates-but-healthcare-is-in-denial>, 15.10.2022.

⁴² See Impact of Ransomware on the Healthcare Sector, www.xorlab.com/en/blog/impact-of-ransomware-healthcare-sector?hsLang=en, 15.10.2022.

⁴³ See www.documentcloud.org/documents/21072978-kidd-amended-complaint, 15.10.2022.

⁴⁴ Kevin Collier, “Baby died because of ransomware attack on hospital, suit says”, *NBC news*, 2021, www.nbcnews.com/news/baby-died-due-ransomware-attack-hospital-suit-claims-rcna2465, 15.10.2022.

⁴⁵ Joseph Marks, “The Cybersecurity 202: This was the month cyberattacks turned fatal”, *The Washington Post*, 2020, www.washingtonpost.com/politics/2020/09/23/cybersecurity-202-this-was-month-cyberattacks-turned-fatal/, 15.10.2022.

⁴⁶ CISA Insight - Provide Medical Care is in Critical Condition: Analysis and Stakeholder Decision Support to Minimize Further Harm, www.cisa.gov/sites/default/files/publications/CISA_Insight_Provide_Medical_Care_Sep2021.pdf#:~:text=Academic%20Engagement-,Provide%20Medical%20

institution to prevent major harm by paying ransom is probably the reason why cybercriminals prefer attacking the healthcare sector.⁴⁷

Other sectors can also suffer devastating consequences of ransomware attacks, which are not so much threatening lives but have a vast financial impact. These consequences can be divided into: i) business interruption costs, ii) third party damages and iii) incident response costs, which might include a ransomware payment.

The initial effect is always business discontinuity which can result in various losses, depending on the industry and organization's resilience to cyber risks. Business interruption might lead to numerous operational damages and loss of revenue to the victim. Additional damages (contractual and sometimes non-contractual) could be incurred to the third parties dependent on the business operations of the victim. These harms can be quite severe in the event of takeover and public release of third party data, which might also include compensation for privacy and confidentiality breaches. Finally, incident response costs will include expert assistance in crisis management from forensic, IT recovery, legal and communication perspectives. In the event that the victim decides not to pay ransom and recover the system on their own, the recovery process could require time and the described costs could increase considerably. Otherwise, the payment of ransom would potentially decrease the tally but would add up the value of ransom paid as well as any assistance in that process (transfer of funds into cryptocurrency, costs of a third party intermediary/negotiator, recovery and cleaning of the system after the assets are decrypted etc.). A special type of harm could be reputation damage and impact of the ransomware attack on the public perception and market position of the victim.

Due to the still relatively low and imprecise ransomware reporting practice and dynamic changes in the attacker's approach and defense tactics, it is hard to provide accurate estimation of proportion of the described losses. Some of the available reports, which base their data on available insurance claims related to the ransomware attacks, are evidencing the rise of the incident response costs from 22% in 2019 to 30% in 2020.⁴⁸ However, it seems that targets became resilient and that ratio of ransoms paid is decreasing, from 44% in Q3 2020 to 22% in Q3 2022 while the insurance

Care%20is%20in%20Critical%20Condition%3A%20Analysis%20and%20Stakeholder,Support%20to%20Minimize%20Further%20Harm, 15.10.2022.

⁴⁷ K. Paur, op.cit.

⁴⁸ Corvus Insurance, Corvus Risk Insights Index, Q4 2021, <https://info.corvusinsurance.com/hubfs/Risk%20Insights%20Index/CRII%20Q4%202021.pdf>, 15.10.2022. See also: Darren Pain, Dennis Noordhoek, "Ransomware: An insurance market perspective", The Geneva Association, 2022, www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/ransomware_web.pdf, 15.10.2022.

industry faced increased frequency of third party claims linked to vendor-related ransomware events,⁴⁹ as were the attacks on Microsoft Exchange⁵⁰ and Kaseya⁵¹. Recent research is showing that the most impacted industries are professional services (21.9%), public sector (14.4%), health care (10.0%) and software services (9.4%).⁵²

CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES

The impact of ransomware attacks is vast, not only to their primary target, but also to a wider community of affected stakeholders. Indirect damage suffered by third parties could be quite serious, including loss of life, damage to health, discontinuity of operations, loss of income, loss of customers, reputational damage, etc. Therefore, the organization under ransomware attack could face legal suits by previous business partners and consumers asking for the compensation.

Contractual liability

The most common claims organizations could face as a consequence of ransomware attacks on their infrastructure are breach of contract claims. Namely, due to suspension of work caused by the ransomware attack, the victim could be unable to perform its contractual obligations. As ransomware attackers do not discriminate, contractual obligations could vary from production of goods to providing different types of services. Thus, failure to perform the contract could trigger potential liability for any damage that the other party has suffered. The scope of the liability would depend on the contractual provisions agreed by the parties.

As a defense measure, organizations could negotiate contract provisions and conclude a contract containing contractual protections, such as limitations of liability arising from criminal acts of third parties or limitations of liability by stating the maximum amount of money for which the party could be potentially liable.⁵³

⁴⁹ Corvus Risk Insights Index Ransomware Trends & Cyber Readiness Q1 2022 Edition, Ransomware Trends, <https://insights.corvusinsurance.com/cyber-risk-insight-index-q1-2022/>, 15.10.2022.

⁵⁰ See: Cyber Risk Aggregation Case Study: Microsoft Exchange Server Attack, www.kovrr.com/case-studies/cyber-risk-aggregation-case-study-microsoft-exchange-server-attack, 15.10.2022.

⁵¹ Kiran Vangaveti, "The REvil Cyber Attack and its impact on businesses worldwide: A case study", *Blue Sapphire*, 2022, www.blusapphire.com/knowledge-base/revil-attack-case-study, 15.10.2022.

⁵² Fewer Ransomware Victims Pay, as Median Ransom Falls in Q2 2022, www.coveware.com/blog/2022/7/27/fewer-ransomware-victims-pay-as-medium-ransom-falls-in-q2-2022, 15.10.2022.

⁵³ See Katie Chandler, "Limiting Liability in IT Contracts", *Taylor Wessing*, 2017, www.taylor-wessing.com/en/interface/2017/it-disputes/limiting-liability-in-it-contracts, 15.10.2022.

Parties could even agree on excluding liability for certain types of damages like loss of reputation or loss of profits.

Furthermore, parties could negotiate tailored force majeure clauses that could prevent the liability. Force majeure clauses serve to release the breaching party from responsibility in case an extraordinary event directly prevents one or both parties from performing.⁵⁴ A requirement is that circumstances of the case were beyond the party's control and that are not caused by the fault or negligence of a non-performing party. In other words, not every force majeure clause would limit the potential liability. That would depend on the exact wording of the clause. Namely, it would be difficult for the victim to protect itself from liability if it could have easily prevented the ransomware attack by imposing some general cybersecurity measures. From the service provider's point of view, it is important to conclude force majeure clauses that would eventually excuse nonperformance or late performance of contractual obligation, while it is in the other party's interest that force majeure clauses do not encompass ransomware attack.

It seems that service providers have a difficult job negotiating and proving that ransomware attack could fulfill the requested conditions in order to be covered by the force majeure clause, i.e. to be considered as unforeseeable and irresistible. The French courts have already rendered the decision concluding that: "*a computer virus is neither unpredictable nor irresistible and therefore does not constitute a case of force majeure or even a fortuitous event exonerating from liability (...) that in the presence of fully exploitable backups, the infection of the respondent's computer system by the virus would not have had the harmful consequences observed*".⁵⁵ Furthermore, as relevant cybersecurity, data protection and sectorial legal framework mandate organizations to develop internal cybersecurity protection policies including recovery plans, it would be hard to argue that ransomware was not a foreseeable risk in case that the appropriate technological and organizational measures were not undertaken at all or if those measures were insufficient.

Non-contractual liability

Nevertheless, it is possible that some claims could be of non-contractual nature, alleging negligence or gross negligence in relation to the duties of care which are separately actionable.⁵⁶ In the case of indirect damages induced by ransomware

⁵⁴ Jelena Perović, "Limitations on liability for loss caused by a breach of business contracts - from the perspective of the Serbian Law on Obligations", *Ekonomika preduzeća*, 2017, 476.

⁵⁵ Paris Court of Appeal, Decision no. 18/03616 from 7 February 2020.

⁵⁶ Keli Johnson Swan, "Kaseya Ransomware Attack: Does Negligence in Security Affect Liability?", *Scott & Scott*, 2021, <https://scottandscottllp.com/kaseya-ransomware-attack-does-negligence-in-security-affect-liability/>, 15.10.2022.

attack to the third parties (not the organization under the attack), such duty of care would be focused on compliance with information security, data protection and sectoral regulation. In business circles, the duty of care is treated even more strictly, as a businessperson should act in good faith and in a reasonably prudent manner with the degree of care and diligence that a reasonable person of the same status in the industry would exercise. Company directors and managers have a duty of care and diligence under many national laws. That standard would imply the duty to consider the risk of ransomware attack and to undertake certain measures in that regard.⁵⁷ Moreover, the Australian Securities & Investments Commission promotes the obligation to actively manage cyber risks.⁵⁸ However, the Australian Federal Government did not enact any personal director liability for inadequate cyber protection.⁵⁹ On the other hand, Delaware courts support a stricter level of directors' liability regarding the cybersecurity and ransomware.⁶⁰

Another interesting question regarding liability issues is whether the victim could be liable for passing ransomware to others. In other words - could the victim be responsible for infecting other organizations' systems? There were attempts to apply a strict liability based on the English law rule from *Rylands v Fletcher*, where liability was established without having been negligent. However, a strict liability for foreseeable damages suffered by a person who brings onto the land an inherently dangerous thing and subsequently escapes was not accepted. In the line of that argumentation, we are of the stance that the victim could be liable in case it negligently failed to adopt adequate measures against ransomware and other malwares. In any case, the sophistication of the ransomware attack, the attacked party's own security measures and their response to ransomware attack should be considered.⁶¹

There are some cases where it is argued that strict liability should be applied, namely when ransomware attacks target the public bodies. A recent attack occurring

⁵⁷ James North, Mark Wilks, Justin Gay, Rebecca LeBherz, "Ransomware: key legal issues facing organizations under attack", *Corrs Chambers Westgarth*, 2021, www.corrs.com.au/insights/ransomware-key-legal-issues-facing-organisations-under-attack, 15.10.2022.

⁵⁸ See more: <https://asic.gov.au/regulatory-resources/digital-transformation/cyber-resilience/>, 15.10.2022.

⁵⁹ Brooke Hall-Carney, Amy Cooper-Boast, Elizabeth Carroll-Shaw, "When held to ransom: Legal implications of ransomware attacks for legal practitioners and their clients", *The LK Law Bulletin*, 2022, www.lk.law/wp-content/uploads/2022/04/When-held-to-ransom-1.pdf, 15.10.2022.

⁶⁰ See <https://flashpoint.io/blog/top-10-ransomware-trends-board-responsibilities-tracking-ransomware-and-mitigating-risk-in-2022/>, 15.10.2022.

⁶¹ Katie Chandler, "Ransomware: Loss and Liability", *Taylor Wessing*, 2017, www.taylorwessing.com/en/interface/2017/it-disputes/ransomware-loss-and-liability, 15.10.2022.

in Serbia provides an apt illustration. The Serbian Republic Geodetic Authority (RGZ) was hit by a ransomware attack that disabled its system, preventing access to regular services. That problem triggered the question of liability of a public authority hit by ransomware, as there were many end-users affected by the disruption and discontinuity of business operation. After the incident, the Serbian Bar Association proposed a new provision in the law regulating that the Republic of Serbia would be liable for damage caused by omissions in providing services related to the RGZ, while the force majeure would be the only basis for the exclusion of liability.⁶² The Serbian Bar Association's proposal even explicitly states that there would be liability in case the damage is caused by a lack of a computer program or by a computer malfunction.

The main idea of strict liability is to establish legal responsibility irrespective of fault, which could be enacted in laws through a general norm of strict liability or regulated in a specific, more concrete manner.

Some national laws contain provisions that prescribe the strict liability of a business entity for damage caused by its members or branches to a third person in performing or in connection to performing its business, i.e. providing its services.⁶³ That norm could be applicable to state bodies.

Furthermore, some national laws recognize strict liability in connection with the performance of tasks of public interest.⁶⁴ That means that a public body would be obliged to compensate the damage in case it suspends or irregularly performs its business activity without a justified reason.⁶⁵ Strict liability regulated in that manner falls within the scope of non-contractual liability, so anyone affected could be considered as an injured party.⁶⁶ In the case of Serbian RGZ, many people could ask for damage reimbursement due to the inoperable system. For example, we could imagine that some people traveled from abroad in order to sell or buy property in Belgrade, suffering additional financial cost of being forced to stay in the country longer than planned, booking additional accommodation,

⁶² See the announcement of the Serbian Bar Association, <https://aks.org.rs/aks/wp-content/uploads/2022/06/saop%C5%A1tenje-katastar-20.06.2022..pdf>, 15.10.2022.

⁶³ See for example Art. 172 of the Serbian Law on Contract and Torts.

⁶⁴ For example, that is the case in Serbia. See Art. 184 of the Serbian Law on Contracts and Torts.

⁶⁵ See more: Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 511-512.

⁶⁶ See Marija Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu (Strict liability for damage)*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 225.

changing the plane tickets, etc. An additional benefit for the injured party is the fact that the burden of proof is on a public body.⁶⁷

Moreover, the court practice has established a rigid approach regarding strict liability in connection with the performance of tasks of general interest. Namely, it would be difficult to argue the lack of liability. Even in cases when the performance of a task was delegated to another entity or when there was a fault of a third party, a person/body who was competent to perform a task of general interest would still be responsible. For example, Serbian courts are of the stance that the company that provides energy to its consumers remains liable for damages even if it proves that a third party cut the cable.⁶⁸ Thus, even if the victim of a ransomware attack argues that it was a third person who undertook a cyber attack, its liability could not be excluded. That reasoning leads us to the previous conclusion - force majeure clause seems to be the only possible way to exclude the liability for a ransomware attack. However, as previously elaborated, due to the rapid increase of ransomware attacks in the past couple of years, it is difficult to argue that ransomware was an unforeseeable threat. In 2020, director of the National Cybersecurity Agency of France proclaimed a strict liability approach by stating: “*I do not want to turn victims into the guilty, but decision-makers who underestimate become more and more blameworthy. Today, nobody can say ‘I didn’t know’ anymore*”.⁶⁹

Data breach liability

Another level of liability is reached when the victim of an attack possesses and electronically stores personal data of their clients, consumers, partners, patients, etc. In that case, the victim could be liable for data breach, which is usually the case with ransomware attacks.⁷⁰ Data protection frameworks, such as GDPR, do constitute a right in favor of any person who has suffered material or non-material damage as a result of an infringement of the imposed rules. In such cases, injured parties have the right to receive compensation from the controller or processor for the damage suffered.⁷¹ However, the controller or processor could

⁶⁷ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo - opšti deo*, Nomos Beograd, 2008, 267.

⁶⁸ M. Karanikić Mirić, op.cit., 226.

⁶⁹ See www.nextinpact.com/article/44187/cybersecurite-pour-guillaume-poupard-anssi-plus-personne-ne-peut-dire-je-ne-savais-pas, 15.10.2022.

⁷⁰ Habib ur Rehman, Eiad Yafi, Mohammed Nazir, Khurram Mustafa, “Security Assurance Against Cybercrime Ransomware”, *Advances in Intelligent Systems and Computing*, Vol. 866, 2019, 21–34.

⁷¹ Art. 82.1, Art. 82.2 GDPR.

be exempt from liability if they prove that they are not in any way responsible for the event giving rise to the damage.⁷² That means that the victim's effort to prevent the attack and to protect personal data, as well as their response to the attack should be analyzed.

Limitation of liability

In order to reduce their liability companies could involve the limitation of liability, which could be applicable to both contractual and non-contractual damage, and indemnification provisions.⁷³

However, it is questionable whether it would be possible to withhold limitation of liability provision in the cases of reckless non-compliance with applicable ex-ante and ex-post obligations (gross negligence). Under the current level of ransomware activity, it could be argued that not imposing robust cybersecurity defense systems and not notifying the competent authorities and stakeholders of the attack, regardless how it is resolved, could constitute such reckless behavior.

In the past, ransomware attacks were targeting individuals or small businesses with inadequate cybersecurity and poor overall security hygiene. Nowadays, the situation has changed and ransomware attackers do not discriminate. However, it is true that more than 25% of small businesses do not have a pre-prepared plan on how to react in case a ransomware occurs.⁷⁴ That usually means that organizations do not have enough qualified personnel to adequately resolve incidents, especially having in mind time concerns as it is in the organization's interest to resolve the issue as soon as possible and to continue performing its business. Thus, it is not surprising that there are companies specialized in negotiating and (discreetly) addressing other issues related to ransomware, which have already appeared on the market. Those companies offer various types of services, such as ransomware first responders, ransomware negotiation service, ransomware data recovery and ransomware payment services.⁷⁵ They even advertise themselves to have “a 100% successful rate negotiating the original ransom

⁷² Art. 82.3 GDPR.

⁷³ K.J. Swan, op.cit.

⁷⁴ Oliver Sepulveda, “Third-party liability for ransomware attacks: Are you covered?”, *Benefits Pro*, 2021, www.benefitspro.com/2020/12/03/third-party-liability-for-ransomware-attacks-are-you-covered-412-108040/?slreturn=20220830031105, 15.10.2022.

⁷⁵ See <https://cybersecop.com/ransomware-negotiation-services>, 15.10.2022.

amount to less than 50%”,⁷⁶ and that 100% of the negotiations in which they participated have resulted in lower payments.⁷⁷

Insurance Policies Covering Liability

Commercial general policies do not include data related liability nor cybersecurity insurance. Those two special types of liability are a forthcoming threat that requires additional insurance coverage. We can compare that with the health or travel insurance that does not cover COVID-19 infection, which should be upgraded.⁷⁸ Apart from having specific characteristics, the insurance companies’ argument was that ransom could not be compensated, as it does not represent a physical loss or damage to the computer system.⁷⁹ However, a federal district court in Maryland rendered that, even if we take that the policy covers only tangible property, the ransomware attack damaged the system and made the software inoperable which could be treated as physical damage covered by the insurance policy.⁸⁰

Thus, in order not to be obliged to pay the compensation, the insurance company should explicitly exclude the coverage of ransomware attacks. There is a tendency that insurance companies would do so, as ransomware became the heightened risk,⁸¹ especially after the COVID-19 pandemic. AXA, the global insurance company, was the first one setting a new trend by revising its policies and excluding ransomware attack reimbursement.⁸²

As general liability policies do not cover cybersecurity risks, business entities should conclude specific cyber insurance. It should be noted that even the general cyber insurance does not provide a full protection, so that for the adequate protection

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ A company GroupSense claims that ransom requests often start with very high amounts, but that they are usually negotiated down to more reasonable levels. See www.techtaraget.com/search-security/feature/Ransomware-negotiations-An-inside-look-at-the-process, 15.10.2022.

⁷⁸ Elaine Glusac, “Omicron and Travel: So, Now Do I Need Trip Insurance?,” *The New York Times*, 2021, www.nytimes.com/2021/12/03/travel/travel-insurance-omicron.html, 15.10.2022.

⁷⁹ Oliver Sepulveda, “Third-Party Liability for Ransomware Attacks, Are You Covered?,” *Daily Business Review*, 2020, www.shutts.com/news-Third-Party-Liability-for-Ransomware-Attacks-Are-You-Covered, 15.10.2022.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ See <https://flashpoint.io/blog/top-10-ransomware-trends-board-responsibilities-tracking-ransomware-and-mitigating-risk-in-2022/>, 15.10.2022.

⁸² Frank Bajak, “Insurer AXA to Stop Paying for Ransomware Crime Payments in France,” *Insurance Journal*, 2021, www.insurancejournal.com/news/international/2021/05/09/613255.htm, 15.10.2022.

the ransomware attack as a possible risk should be expressly covered. Another trend caused by the increased number of ransomware attacks is increasing premiums for risks and imposing policy limits.⁸³

Having an insurance policy that covers ransomware risk is sometimes crucial, especially because that is one of the main arguments victims have in favor of negotiating and paying the ransom. The existence of cyber insurance and ransomware insurance does not help winning the battle against ransomware attackers. Namely, transferring the payment obligation from a victim to an insurance company, does not change anything from the perspective of the attacker who will be paid anyhow.⁸⁴ Moreover, ransomware insurance is not conducive to solving the problem of ransomware as concluding ransomware insurance is like contracting with a third party for providing a legal guarantee for paying off for conducting an unlawful illegal activity.⁸⁵

Another important question is whether cyber insurance includes both first party cover and third party cover, or just the former. That should be explicitly regulated in the insurance policy. To be precise, in order to cover loss and damages that third parties suffered as a result of ransomware attack, that should be regulated in the policy. Otherwise, it could be considered that insurance would cover only loss and damages directly suffered by the victim, such as responding to attack and cleaning up from ransomware. Moreover, to be fully protected, the reimbursement for paying ransom should be explicitly agreed upon.

CONCLUSION

Cybercrime legal frameworks are acknowledging that ransomware is a punishable crime but do not reduce the frequency and severity of ransomware attacks. The cybercriminals will not be deterred until cybersecurity cooperation and enforcement is significantly improved. Therefore, the possibility to further impact potential targets in order to eliminate or mitigate ransomware risks seems a more feasible solution. The regulation imposing various *ex ante* obligations to

⁸³ James North, Mark Wilks, Justin Gay, Rebecca LeBherz, “Ransomware: key legal issues facing organisations under attack”, 2021, www.corrs.com.au/insights/ransomware-key-legal-issues-facing-organisations-under-attack, 15.10.2022.

⁸⁴ Erick Galinkin, “Winning the Ransomware Lottery: A Game-Theoretic Approach to Preventing Inning the Ransomware Lottery: A Game-Theoretic Model for Mitigating Ransomware Attacks”, *Conference on Decision and Game Theory for Security - GameSec*, 2021.

⁸⁵ Marga Robles, Pedro García-Teodoro, “Ransomware: An Interdisciplinary Technical and Legal Approach”, *Security and Communication Networks*, 2022.

the potential targets in order to build resilience is numerous, limited in scope and context dependent. It puts a burden on the potential targets subject to regulation, requiring them to invest into security protection, undertaking the cybersecurity defensive measures. Compliance regarding critical infrastructure and data protection is complex and could be demanding from an organizational and technical perspectives. However, even organizations which are not subject to such regulation should not sit by, rather, they need to be working on their cybersecurity posture before it is too late.

As we have shown, ransomware attacks could happen to everyone – companies, associations, public authorities. In order to ensure the swift and smooth return to regular business performance, organizations should take all possible actions to strengthen their cybersecurity defenses and to ensure their internal systems are able to withstand cybercrime attacks.

There are definite actions that could help the prevention of ransomware attacks. Firstly, every organization should determine whether it is a subject to any cybersecurity legal framework that prescribes certain *ex ante* obligations, i.e. preventive measures. Secondly, the organization should form an incident response team consisted of people with educational and/or professional background in information technology, cybersecurity, preferably with past experience in cyber incident investigation. An incident response team should be responsible for acting in critical cases, headed by a chief decision maker within the organization. That could be a CEO, a director, a dean, or other person from a high level of management depending on the structure of the organization.

In any case, the organization should undertake a general cybersecurity risk assessment, especially examining risks associated with ransomware. Then, it should take certain organizational and technical measures to neutralize or minimize potential risks. That could be done by educating its staff, for example through anti-phishing training. Irrespective of the size of the organization, staff should be adequately educated in order to understand the potential threat and to properly examine the related risks. Additionally, the organization should enact an internal policy to do the regular device backups and IT system checks.

It is important that the risk assessment analysis takes into consideration potential contractual and non-contractual liability frameworks, so that organizations could act accordingly. Finally, in order to further mitigate risks and to prevent potential damage claims from the contracting partners, organizations could negotiate contract provisions and revise some of them by limiting the potential liability. Moreover, it is recommended to have full insurance policy coverage that would encompass both data breach and cyber security risks, including ransomware attack.

In any case, organizations should ask for legal advice before responding to a ransomware notice, as the potential legal and reputational implications of negotiating and paying ransom are significant.

Dr ĐORĐE KRIVOKAPIĆ

Vanredni profesor, Fakultet organizacionih nauka
Univerzitet u Beogradu, Univerzitet Masarik, Brno

ANDREA NIKOLIĆ

Asistent, Fakultet organizacionih nauka
Univerzitet u Beogradu

OBAVEZE I ODGOVORNOST ZA RENSOMVER NAPAD

Rezime

Ransomver, vrsta zlonamernog napada gde napadači kodiraju podatke organizacije i zahtevaju plaćanje kako bi povratili pristup podacima, postao je sve veća pretnja koja pogađa kompanije, kritičnu infrastrukturu, kao i javne organe. Iz perspektive javne politike, postavlja se pitanje na koji način zakonska regulativa može efikasno da se izbori protiv napada ransomvera i šta bi sve trebao da bude predmet regulacije. U tom smislu, u radu će se predstaviti postojeći pravni okvir za informacionu bezbednost i zaštitu podataka, odnosno horizontalne i vertikalne regulative koje zahtevaju da mete napada preventivno reaguju kako bi se pretnja ublažila i eliminisala. Na kraju, u radu će se analizirati pitanja građanske odgovornosti, uz davanje preporuka kako bi se potencijalna odgovornost isključila.

Cljučne reči: ransomver, ucena, odgovornost, informaciona bezbednost, sajber kriminal, osiguranje informacione sigurnosti, objektivna odgovornost, oslobođenje odgovornosti

Bibliography

- Antić O., *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Bajak F., “Insurer AXA to Stop Paying for Ransomware Crime Payments in France”, *Insurance Journal*, 2021.
- Blue V., “CryptoLocker’s crimewave: A trail of millions in laundered Bitcoin”, ZDNet, 2013.
- Chandler K., “Limiting Liability in IT Contracts”, *Taylor Wessing*, 2017.
- Chandler K., “Ransomware: Loss and Liability”, *Taylor Wessing*, 2017.
- Connolly L.Y., Wall D.S., Lang M., Oddson B., “An empirical study of ransomware attacks on organizations: an assessment of severity and salient factors affecting vulnerability”, *Journal of Cybersecurity*, Vol. 6, 2020.
- Custers B., Oerlemans J.J., Pool R., “Laundering the Profits of Ransomware: Money Laundering Methods for Vouchers and Cryptocurrencies”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 28, 2020.

- Drake V., “The History and Evolution of Ransomware Attacks”, Flashpoint, 2022.
- Galinkin E., “Winning the Ransomware Lottery: A Game-Theoretic Approach to Preventing Inning the Ransomware Lottery: A Game-Theoretic Model for Mitigating Ransomware Attacks”, *Conference on Decision and Game Theory for Security - GameSec*, 2021.
- Glover C., “Law enforcement is ‘failing to protect governments against ransomware’”, *Tech-Monitor*, 2022.
- Glusac E., “Omicron and Travel: So, Now Do I Need Trip Insurance?”, *The New York Times*, 2021.
- Goanta C., Zarras A., “Ransomware: Notes on the US Computer Fraud and Abuse Act and the CoE International Convention on Cybercrime”, *Stanford-Vienna TTLF Working Paper*, No. 82, 2021.
- Hall-Carney B., Cooper-Boast A., Carroll-Shaw E., “When held to ransom: Legal implications of ransomware attacks for legal practitioners and their clients”, *The LK Law Bulletin*, 2022.
- Karanikić Mirić M., *Objektivna odgovornost za štetu (Strict liability for damage)*, Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Kelly S.M., “The bizarre story of the inventor of ransomware”, CNN, 2021.
- Krivokapić Đ., Nikolić A., “Regulating the key resource of the surveillance economy: Data as objects of the law”, *SANU*, Belgrade, 2022.
- Marks J., “The Cybersecurity 202: This was the month cyberattacks turned fatal”, *The Washington Post*, 2020.
- McKeon J., “Cyberattacks Increase Mortality Rates, But Healthcare Is In Denial”, *Health IT Security*, 2022.
- Meland P.H., Bayoumy F.F.F., Sindre G., “The Ransomware-as-a-Service economy within the darknet”, *Computers & Security*, Vol. 92, 2020.
- North J., Wilks M., Gay J., LeBherz R., “Ransomware: key legal issues facing organisations under attack”, *Corrs Chambers Westgarth*, 2021.
- North J., Wilks M., Gay J., LeBherz R., “Ransomware: key legal issues facing organisations under attack”, 2021.
- Paul K., “‘Lives are at stake’: hacking of US hospitals highlights deadly risk of ransomware”, *The Guardian*, 2022.
- Perović J., “Limitations on liability for loss caused by a breach of business contracts - from the perspective of the Serbian Law on Obligations”, *Ekonomika preduzeća*, 2017.
- Peters A., Jordan A., “Countering the Cyber Enforcement Gap: Strengthening Global Capacity on Cybercrime”, *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 10, 2020.
- Putnik N., Milošević M., Cvetković V., “Ransomver kao pretnja bezbednosti - društveni i krivičnopravni aspekti” (Ransomware as a Security Threat – Social and Criminal Legislation Aspects), *Sociološki pregled*, No. 1, 2022.

- Radišić J., *Obligaciono pravo - opšti deo*, Nomos Beograd, 2008.
- Rehman H., Yafi E., Nazir M., Mustafa K., “Security Assurance Against Cybercrime Ransomware”, *Advances in Intelligent Systems and Computing*, Vol. 866, 2019.
- Robles M., García-Teodoro P., “Ransomware: An Interdisciplinary Technical and Legal Approach”, *Security and Communication Networks*, 2022.
- Šarkić N., Prlja D., Damnjanović K., Marić V., Živković V., Vodinelić V., Mrvić-Petrović N., *Pravo informacionih tehnologija*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, 2009.
- Schaibly S., “Files for ransom”, *Network World*, 2005.
- Scott J., Spaniel D., *The ICIT Ransomware Report: 2016 Will be the Year Ransomware Holds America Hostage*, Institute for critical infrastructure technology, 2016.
- Sepulveda O., “Third-Party Liability for Ransomware Attacks, Are You Covered?”, *Daily Business Review*, 2020.
- Sepulveda O., “Third-party liability for ransomware attacks: Are you covered?”, *Benefits Pro*, 2021.
- Sherer J.A., McLellan M.L., Fedeles E.R., Sterling N.L., “Ransomware – Practical and Legal Considerations for Confronting the New Economic Engine of the Dark Web”, *The Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. 23, 2017.
- Swan K.J., “Kaseya Ransomware Attack: Does Negligence in Security Affect Liability?”, *Scott & Scott*, 2021.
- Vangaveti K., “The REvil Cyber Attack and its impact on businesses worldwide: A case study”, *Blue Sapphire*, 2022.
- Wolff J., “The New Economics of Cybercrime”, *The Atlantic*, 2016.
- Young A., Yung M., “Cryptovirology: extortion-based security threats and countermeasures”, *IEEE Symposium on Security and Privacy*, 1996.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

SVETLANA JOVANOVIĆ

UVOĐENJE INDEKSA RAZVOJA ELEKTRONSKE UPRAVE JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE

U radu je predstavljen Indeks razvoja elektronske uprave lokalnih samouprava koji je razvijen od strane autora u saradnji sa predstavnicima Nacionalne alijanse za lokalni ekonomski razvoj, u okviru projekta „Uspostavljanje Indeksa razvoja eUprave (LEI) jedinica lokalne samouprave“ (eng. Establishing the Local e-Governance Index (LEI) for local self-government units in the Republic of Serbia), uz finansijsku podršku Evropske unije. Kreiranjem posebnog Indeksa prilagođenog nadležnostima lokalne samouprave, ali i obavezama koje predstoje, stvara se okvir za kontinuirano praćenje stepena razvoja elektronske uprave svakog grada, odnosno opštine. U radu su predstavljeni preliminarni rezultati istraživanja realizovanog početkom 2022. godine. Time se utvrđuje početno stanje u oblasti koja će se, u skladu sa dokumentima javnih politika Vlade Republike Srbije, pratiti na dvogodišnjem nivou kako bi se, na osnovu rezultata, određivali dalji pravci razvoja i aktivnosti koje je potrebno preduzeti na lokalnom i nacionalnom nivou, u cilju poboljšanja usluga koje pruža javna uprava.

Ključne reči: elektronska uprava, lokalna samouprava, elektronske usluge

U V O D

Brojne međunarodne organizacije, kao što su Ujedinjene nacije, Savet Evrope, OECD, već više od dvadeset godina bave se različitim aspektima elektronske uprave koje utiču na poboljšanje kvaliteta javnih usluga. Evropska komisija je u

Svetlana Jovanović, stručni saradnik Fakulteta organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu, e-mail: svetlana.jovanovic@fon.bg.ac.rs.

novembru 2009. godine u Ministarskoj deklaraciji¹ (eng. *Ministerial Declaration on eGovernment*) odredila aktivnosti koje je potrebno sprovesti i dalji pravac razvoja usluga – moraju biti orijentisane ka korisniku, dostupne i jednostavne, uz vođenje računa o informacionoj bezbednosti i zaštiti podataka o ličnosti.

Brojna dokumenta javnih politika Republike Srbije obuhvatila su upravo ove aspekte. Još u Strategiji reforme javne uprave iz 2014. godine,² naglašava se značaj elektronske uprave ali i izazovi koje njena primena donosi – nedovoljne kompetencije zaposlenih, rizici od napada na softverska rešenja i dr. U istom periodu doneta je i Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine,³ a zatim i Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2015–2018. godine.⁴ S obzirom na to da je u novoj Strategiji reforme javne uprave prepoznat značaj digitalizacije,⁵ Vlada Republike Srbije donosi odluku da dalji razvoj elektronske uprave uredi, na osnovu ove Strategije, posebnim Programom,⁶ donetim 16. juna 2020. godine uz prateći Akcioni plan. U skladu sa evropskim principima razvoja elektronske uprave ciljevi Programa usmereni su na korisnički orijentisane servise, odnosno upravu kao servis građana.

Ex-post analize rezultata primene navedenih dokumenata javnih politika po prvi put uzimaju u obzir i međunarodne indekse razvoja elektronske uprave – *European e-Government Benchmark*⁷ u *United Nations e-Government*

¹ Ministerial Declaration on eGovernment je jednoglasno usvojena u Malmeu u Švedskoj, 18. novembra 2009, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/ministerial-declaration-on-egovernment-malmo.pdf>, 20. 9. 2022.

² Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji, *Službeni glasnik RS*, br. 9/2014, 42/2014 – ispravka.

³ Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 112/2008.

⁴ Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2015–2018. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2015.

⁵ Strategija reforme javne uprave za period 2021. do 2030. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 142/2021, 9/2022.

⁶ Program razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2020. do 2022. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2020.

⁷ Procenjuje pružanje i isporuku usluga eUprave u 35 zemalja širom Evrope, 27 država članica EU i Islandu, Norveškoj, Švajcarskoj, Albaniji, Crnoj Gori, Severnoj Makedoniji, Srbiji i Turskoj, European Union, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/egovernment-benchmark-2022#:~:text=The%20eGovernment%20Benchmark%20evaluates%20provision, North%20Macedonia%2C%20Serbia%20and%20Turkey>, 7. 9. 2022.

Survey.⁸ Analiza sprovedena 2019. godine pratila je Indeks eParticipacije Ujedinjenih nacija (eng. *E-Participation Index*)⁹ kojim se meri nivo zadovoljstva korisnika javnih usluga. Republika Srbija je na ovoj listi, u periodu od 2015. do 2018. godine, napredovala za čak 33 mesta (sa 81. na 48. mesto). Ipak, u narednih nekoliko godina, i pored sprovedenih reformi usmerenih na digitalizaciju uprave, stagnirala je u rangu, jer su i druge zemlje sprovodile slične aktivnosti.

Još jedan značajan međunarodni pokazatelj jeste Indeks elektronskih usluga (eng. *Online Service Index – OSI*)¹⁰ koji u poslednjih desetak godina postepeno raste (u periodu 2014–2018. porastao je sa 0,3937 na 0,7361).

Kako bi se u kontinuitetu pratio razvoj elektronske uprave koji se meri od strane međunarodne zajednice, Vlada Republike Srbije, početkom 2020. godine, formirala je Radnu grupu za unapređenje položaja Republike Srbije na ovim listama. Grupa se prvenstveno bavi prioritetima digitalizacije na nacionalnom nivou. Elektronske usluge koje se pružaju u lokalnu značajne su za razvoj i unapređenje u ovoj oblasti. Rezultat rada ove grupe primetan je u najnovijem Jedinstvenom globalnom izveštaju Ujedinjenih nacija za elektronsku upravu¹¹ (eng. *United Nations eGovernment Development Survey 2022*) objavljenom u septembru ove godine. Rezultati pokazuju da je Srbija među zemljama koje su najviše napredovale – po razvoju elektronskih usluga ispred je čak 16 članica Evropske unije, poput Slovačke, Češke i Mađarske. Srbija je na 26. mestu po vrednosti indeksa elektronskih usluga. Iza nje su se našle neke od najrazvijenijih zemalja kao što su Norveška, Nemačka, Kanada, Švajcarska, Belgija i Portugal. Još bolje je rangirana na indeksu eParticipacija – na visokom je 15. mestu u društvu samo još tri članice Evropske unije – Estonije, Danske i Finske.

⁸ Procena Ujedinjenih nacija o razvoju digitalne vlade u 193 države članice UN-a. Anketa je zasnovana na više od dve decenije longitudinalnog istraživanja, sa rangiranjem zemalja na osnovu Indeksa razvoja e-uprave Ujedinjenih nacija (EGDI), kombinacije primarnih podataka (sakupljenih od strane Odeljenja Ujedinjenih nacija za ekonomiju) i socijalna pitanja) i sekundarne podatke drugih agencija UN, United Nations, <https://desapublications.un.org/publications/un-e-government-survey-2022#:~:text=The%20United%20Nations%20E%2DGovernment,across%20all%20193%20Member%20States>, 13. 9. 2022.

⁹ Indeksom se meri učešće građana u procesu donošenja odluka i dostupnost informacija o uslugama koje se pružaju – „e-information sharing“, kao i ispitivanje zadovoljstva korisnika eUsluga – „e-consultation“, United Nations, <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Data-Center>, 11. 2. 2022.

¹⁰ Merenje broja i kvaliteta elektronskih usluga putem relevantnih informacija dostupnim na nacionalnim portalima

¹¹ United Nations: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2022>, 12. 5. 2022.

Ovakav način praćenja razvoja elektronskih usluga naveo je Nacionalnu alijansu za lokalni ekonomski razvoj,¹² da 2021. godine pokrene projekat *Uspostavljanje Indeksa razvoja eUprave (LEI) jedinica lokalne samouprave* (eng. *Establishing the Local e-Governance Index (LEI) for local self-government units in the Republic of Serbia*),¹³ uz finansijsku podršku Evropske unije. Rezultat projekta je uspostavljanje indeksa koji će omogućiti lokalnim samoupravama, ali i Vladi Republike Srbije, da prate stepen razvoja elektronske uprave i u kojoj meri postoji (ako postoji) odstupanje u odnosu na druge. Time se stvara transparentan mehanizam za evaluaciju i dalje planiranje aktivnosti u ovoj oblasti, kako na lokalnom tako i na nacionalnom nivou.

USPOSTAVLJANJE INDEKSA

Uređivanjem strateškog i pravnog okvira elektronske uprave, Srbija se u reformi javne uprave oslonila na digitalnu transformaciju društva. Međutim, dok se projekti elektronske uprave godinama unazad implementiraju na nacionalnom i pokrajinskom nivou, mnoge lokalne samouprave i dalje oklevaju u primeni informaciono-komunikacionih tehnologija u postupcima koje vode, što značajno može poboljšati kvalitet usluga. Nedostatak kapaciteta u osnovnoj infrastrukturi ali i u kadrovima onemogućava kreiranje pristupačnih, pouzdanih, brzih i inkluzivnih usluga. Vodeći izazovi sa kojima se suočavaju su zaštita podataka i informaciona bezbednost, kao i pristup nacionalnoj infrastrukturi elektronske uprave.

Kako bi se uredilo adekvatno praćenje razvoja elektronske uprave na lokalnom nivou, odnosno prednosti ali i nedostaci u kapacitetima jedinica lokalne samouprave, pristupilo se kreiranju posebnog indeksa koji će, u odnosu na nadležnosti, pratiti napredak u ovoj oblasti. Odgovornost i pružanje usluga uz primenu informaciono-komunikacionih tehnologija jesu dva od šest ključnih elemenata reforme javne uprave predviđenih Strategijom proširenja EU. Uvođenjem ovakvog mehanizma praćenja obezbeđuje se standardizacija postupanja, poboljšava transparentnost administracije i jača institucionalna odgovornost.

Osnovni cilj definisanja Indeksa jeste praćenje napretka razvoja elektronske uprave na lokalnom nivou na osnovu unapred postavljenog seta pokazatelja koji mere preduslove neophodne za uvođenje elektronske uprave i zastupljenost i kvalitet elektronskih usluga koje se uvode. LEI indeks meri stepen digitalizacije deset najčešćih postupaka namenjenih građanima i privredi, ali i kapacitet lokalne samouprave u kadrovima, opremi i infrastrukturi.

¹² Nacionalna alijansa za lokalni ekonomski razvoj, <https://naled.rs/>, 24. 9. 2022.

¹³ Nacionalna alijansa za lokalni ekonomski razvoj, <https://naled.rs/>, 24. 9. 2022.

Razvoj elektronske uprave prati se kroz dve komponente:

- Preduslove – oznaka KE (eng. *Key Enablers*) koji obuhvataju:
 - *infrastrukturu* – oznaka ITInf (eng. *IT Infrastructure*) koja sadrži sledeće elemente: strateški i finansijski okvir razvoja elektronske uprave, infrastrukturna opremljenost za pružanje elektronskih usluga, tehnička opremljenost službenika, potpunost, ažurnost podataka u službenim evidencijama i efikasnost vođenja registara;
 - *ljudske resurse i kompetencije* – oznaka HRC (eng. *Human Resources & Competencies*) kroz elemente: broj zaposlenih koji rade na poslovima vezanim za pružanje elektronskih usluga, obučenosť službenika, spremnosť građana za korišćenje elektronskih usluga; i
 - elektronske usluge – oznaka eS (eng. *Electronic Service*) koji sadrži:
 - *zastupljenosť i kvalitet usluga* – oznaka Q (eng. *Quality*) koju čine: dostupnosť, sofisticiranosť, efikasnosť, informaciona bezbednosť, inovativnosť i proaktivnosť lokalne samouprave u razvoju softverskih rešenja;
 - *uključivanje građana u rad lokalne samouprave korišćenjem informaciono-komunikacionih tehnologija* – oznaka A (eng. *Accessibility*), i to: javnosť i dostupnosť podataka (eng. *open data*), proaktivno informisanje građana o uslugama koje se pružaju i kreiranje mehanizma za praćenje zadovoljstva građana i merenje korisničkog iskustva.

Formula Indeksa glasi:

$$LEI = KE (ITInf + HRC) + eS (Q + A)$$

Kreirani upitnik sadrži 60 pitanja kojima se ispituje svaki od definisanih parametara u odnosu na zakonske obaveze i trenutni nivo razvoja elektronske uprave na nacionalnom nivou.

Preduslovi

Preduslovi razvoja elektronske uprave zahtevaju poseban strateški i finansijski okvir uređen na lokalnom nivou. Ovaj pokazatelj ispituje da li lokalna samouprava ima važeći strateški / operativni dokument kojim su planirane mere razvoja elektronske uprave i opredeljen budžet za razvoj usluga.

Infrastruktura elektronske uprave prati primenu Zakona o elektronskoj upravi,¹⁴ koji u posebnom delu uređuje korišćenje:

¹⁴ Zakon o elektronskoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 27/2018.

– jedinstvene informaciono-komunikaciona mreža organa (Mreža elektronske uprave), opšta pravila povezivanja i pristupanja Mreži elektronske uprave, kao i način korišćenja komunikacione infrastrukture;

– državnog centra za upravljanje i čuvanje podataka u koji se smešta informaciono-komunikaciona infrastruktura, odnosno serveri i druga oprema neophodna za obezbeđivanje kontinuiteta u pružanju elektronskih servisa. Izgradnjom ovakvih centara (trenutno ih ima dva – u Beogradu i Kragujevcu) smanjuju se troškovi nabavke opreme od strane pojedinačnih organa uprave. Uspostavljanjem infrastrukture u tzv. oblaku (eng. *cloud*) 2020. godine, optimizuje se korišćenje resursa neophodnih za pružanje servisa i usluga, kao što su korišćenje naloga elektronske pošte, vođenje kancelarijskog poslovanja u elektronskom obliku i dr. Ovi centri postaju sigurna lokacija za čuvanje rezervnih kopija (eng. *backup*) kojom se obezbeđuje kontinuitet u pružanju elektronskih usluga.

Uspostavljanje interoperabilnosti među softverskim rešenjima u upravi neophodna je upravljačka komponenta za podatke koji se vode u službenim evidencijama. Na Servisnoj magistrali organa (eng. *Government Service Bus*) – „autoputu“ za podatke izlažu se servisi koji omogućavaju pribavljanje podataka na brz i bezbedan način. Interoperabilnost u pravom obimu biće omogućena tek uspostavljanjem Metaregistra koji se očekuje do 2024. godine. Formiranjem kataloga veb-servisa i definisanjem izvora podataka omogućiće automatizovano ažuriranje podataka.

Jedan od ključnih stubova elektronske uprave jesu nacionalni registri. Adekvatno povezivanje službenih evidencija sa ovim registrima, kao i primena zvaničnih šifarnika i klasifikacija olakšavaju postupanje organa, utiču na kvalitet podataka i čine upravu efikasnijom i delotvornijom. Time se eliminiše potreba da građani budu kuriri uprave koji iznova i iznova dokazuju činjenice o sebi koje se već vode u službenim evidencijama. Uspostavljanjem osnovnih registara kao što su: Centralni registar stanovništva, Katastar nepokretnosti, Registri privrednih subjekata i Adresni registar omogućava se tačno i ažurno vođenje svake evidencije koja sadrži ove podatke. Uz praćenje međunarodnih standarda koji propisuju pravila unosa, validacije, konsolidacije, čuvanja, odnosno brisanja podataka stvoreni su mehanizmi za pravilno vođenje registara, kao i olakšano pribavljanje podataka po službenoj dužnosti, u skladu sa zakonom.

Kako bi se pravilno koristili resursi elektronske uprave neophodno je evidentirati sve poslove, odnosno postupke u Katalog postupaka. Time se definišu podaci koje je potrebno pribavljati iz službenih evidencija kako bi se utvrdile činjenice neophodne za odlučivanje, kao i koja dokumenta i koliko dugo je potrebno čuvati kako bi se obezbedilo kvalifikovano dugotrajno čuvanje i arhiviranje u elektronskom obliku.

Portal eUprava, kao jedinstvena pristupna tačka uslugama elektronske uprave, osnovna je komponenta koja unapređuje efikasnost, ekonomičnost i delotvornost vođenja postupaka. Zbog toga je neophodno ispitati u kojoj meri lokalne samouprave koriste ovaj portal za objavljivanje usluga iz svoje nadležnosti, kako bi strankama omogućili podnošenje zahteva u elektronskom obliku, plaćanje taksi i naknada, dostavu u Jedinstven elektronski sandučić, kao i uvid u podatke koji se vode u registrima.

Donošenjem sistemskih zakona i drugih propisa u oblastima elektronskog poslovanja, arhivske delatnosti, informacione bezbednosti i elektronske uprave stvoreni su uslovi da se poslovi kancelarijskog poslovanja obavljaju elektronskim putem. Cilj je omogućiti efikasniji i transparentniji rad javne uprave kako bi prava, pravni interesi i obaveze građana i privrede bili ostvareni na kvalitetniji način. Novim propisima podržano je strateško opredeljenje digitalizacije javne uprave što zahteva da organi poslove kancelarijskog poslovanja po pravilu obavljaju elektronskim putem, upotrebom softverskih rešenja koja to omogućavaju – jedinstvenom i centralizovanom Pisarnicom i sistemima za upravljanje dokumentima u elektronskom obliku.

Prelazak na elektronsko kancelarijsko poslovanje,¹⁵ zahteva ispunjenje određenih uslova u tehničkom (nabavku opreme) i pravnom smislu (donošenje Liste arhivske građe i dokumentarnog materijala), kao i organizacione promene (prostora za prijem, arhivu i dr). Kancelarijsko poslovanje mora da omogućiti i:

1. podnošenje zahteva elektronskim putem;
2. prijem podneska putem softverskog rešenja pisarnica i formiranje predmeta što obuhvata sledeće procese:
 - a. dodelu jedinstvene identifikacione oznake,
 - b. izdavanje potvrde o prijemu (automatski se generiše iz sistema),
 - c. digitalizaciju podneska (ako je u papiru),
 - d. dodelu vremenskog žiga (datum i vreme prijema),
 - e. dodelu jedinstvene identifikacione oznake podneska,
 - f. evidentiranje podataka o postupku,
 - g. evidentiranje podataka o učesniku u postupku,
 - h. upis podataka o organu i obrađivaču koje obrađuje predmet;
3. dostavljanje predmeta u rad;
4. obradu predmeta u Sistemu za upravljanje dokumentima;

¹⁵ Uredbom o kancelarijskom poslovanju organa državne uprave, *Službeni glasnik RS*, br. 21/2020, uvedena je obaveza vođenja elektronskog kancelarijskog poslovanja.

5. dostavljanje akata elektronskim putem (u Jedinstven elektronski sandučić) – lično i obaveštavanje u elektronskom upravnom postupanju uz dodelu vremenskog žiga i pečata;

6. arhiviranje predmeta, odnosno slanje dokumenata u skladu sa Listom arhivske građe i dokumentarnog materijala u softversko rešenje eArhiv.

Svi organi dužni su da obavljaju poslove kancelarijskog poslovanja koristeći jedinstveno softversko rešenje Pisarnicu – centralizovanu evidencija o predmetima, što će u budućnosti značajno ubrzati razmenu dokumentarnog materijala i njegovo evidentiranje. Zahvaljujući uvođenju jedinstvenog softverskog rešenja za evidentiranje predmeta koji javnu upravu, i u pogledu kancelarijskog poslovanja, prepoznaje kao jedan sistem, od iduće godine putem usluge ePisarnica svaki korisnik Portala eUprava moći će da željeni postupak vodi u elektronskom obliku jednostavnim izborom postupka kroz pretragu na usluzi. Pisarnica će evidentirati elektronski zahtev i dodeliti ga ga tačno onoj lokalnoj samoupravi (ili drugom nadležnom organu) koji treba da sprovede postupak. Čak i kada građani budu predavali podneske u papirnom obliku na šalteru opštine, ministarstva, agencije ili bilo kog drugog organa uprave, pa i putem pošte, kroz sistem Pisarnica za nekoliko sekundi digitalizovani zahtev stiže do nadležnog organa. Jer, uprava je jedan sistem, bez obzira na delokrug rada pojedinih organa. Uvođenjem državne Pisarnice obezbeđuje se brža razmena dokumenata i podataka. Naravno, svakom eGrađaninu dostava akata vrši se u Jedinstven elektronski sandučić, tzv. eSanduče. Uvođenjem elektronskih pečata u „oblaku“ (eng. *cloud*) organi će jednostavnije izdavati akta u elektronskom obliku.

Elektronska komunikacija u postupku zahteva adekvatno „predstavljanje“ korisnika softverskih rešenja (Pisarnici, Portalu eUprava, Sistemu za upravljanje dokumentima i dr). Kako bi identifikacija ovlašćenog lica bila pouzdana koristi se šema elektronske identifikacije visokog nivoa pouzdanosti – kvalifikovani elektronski sertifikat, odnosno sertifikat u „oblaku“. Stranke u postupku najčešće se predstavljaju šemom elektronske identifikacije srednjeg nivoa pouzdanosti koji zahteva dvofaktorsku autentikaciju, kojoj je Kancelarija za informacione tehnologije i elektronsku upravu¹⁶ pridružila elektronski potpis u „oblaku“, te se smatra šemom visokog nivoa pouzdanosti, u skladu sa Zakonom.¹⁷

Nakon „predstavljanja“ sistemu u elektronskom kancelarijskom poslovanju ključno je obezbediti pouzdanost elektronskog dokumenta. Izmenama zakona

¹⁶ Služba Vlade nadležna da uspostavi infrastrukturu elektronske uprave, Kancelarija za informacione tehnologije i elektronsku upravu, www.ite.gov.rs/, 15. 9. 2022.

¹⁷ Zakon o elektronskoj identifikaciji, elektronskom dokumentu i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 94/2017.

kojim se uređuje elektronski dokument određeno je da „akt organa javne vlasti koji se donosi u vršenju javnih ovlašćenja u obliku elektronskog dokumenta umesto pečata odnosno potpisa službenog lica i pečata sadrži kvalifikovani elektronski pečat tog organa“.¹⁸ Time elektronski pečat postaje zamena za pečat i svojeručni potpis u cilju obezbeđivanja pravne sigurnosti. Izmenama Zakona o pečatu državnih i drugih organa¹⁹ uređena je forma, sadržina, kao i oblik i veličina pečata u elektronskoj formi koji se u praksi sve više koristi.

Dokumentarni materijal koji se, zbog obaveze vođenja elektronskog kancelarijskog poslovanja, čuva u elektronskom obliku, neophodno je arhivirati u skladu sa međunarodnim standardima kako bi se trajno obezbedio integritet dokumenta, odnosno njegova dokazna snaga, što je predviđeno Zakonom o arhivskoj građi i arhivskoj delatnosti²⁰ koji je usvojen početkom 2020. godine. U toku je uvođenje sistema eArhiv – jedinstvenog sistema za arhiviranje dokumentarnog materijala i arhivske građe, koji će biti povezan sa Pisarnicom. Na ovaj način obezbeđuje se kontinuitet pravne sigurnosti dokumentarnog materijala koji se kreira tokom vođenja postupaka. Takođe se uvodi nova klasifikacija dokumentarnog materijala u odnosu na svaki uređeni postupak.

Pored navedenih elemenata komponenta Preduslovi obuhvata i grupu pitanja vezanih za kompetencije službenika koji vode postupke kako bi se utvrdilo da li su kapaciteti zaposlenih u lokalnoj samoupravi dovoljni za punu primenu elektronske uprave. Ispituje se tehnička opremljenost službenika za pružanje elektronskih usluga (broj računara), obezbeđivanje opreme za rad službenika (službeni nalozi elektronske pošte, elektronski sertifikati – potpis/pečat, pristup Mreži elektronske uprave). Proverava se i nivo obučenosti službenika za vođenje elektronskog poslovanja, odnosno koliko je zaposlenih pohađalo programe stručnog usavršavanja u oblasti elektronske uprave, kao i koliko ima radno angažovanih IKT stručnjaka (sistem administrator / administrator za mreže / administrator softverskih rešenja) i po kom modelu angažovanja (ugovor o delu, preko drugih privrednih subjekata i dr).

Elektronske usluge

Zastupljenost i kvalitet elektronskih usluga meri se kroz različite pokazatelje, a jedan od osnovnih je nivo sofisticiranosti usluge.²¹ Usluge, odnosno postupci koji

¹⁸ Čl. 51. Zakona o elektronskoj identifikaciji, elektronskom dokumentu i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 94/2017.

¹⁹ Zakon o pečatu državnih i drugih organa, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2007, 49/2021.

²⁰ Zakon o arhivskoj građi i arhivskoj delatnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2020.

²¹ *Capgemini* metodologija po kojoj Evropska unija meri nivo razvijenosti elektronskih usluga od 2000. godine.

su dostupni na nivou informacija na Portalu eUprava i/ili veb prezentaciji lokalne samouprave su nivoa (složenosti) 1, oni kod kojih je omogućeno dostavljanje podnesaka u elektronskom obliku su nivoa 2, a ako je moguće i obaviti elektronsku dostavu akata i obaveštenja u pitanju je nivo 3. Uspostavljanjem Pisarnice i elektronske usluge ePisarnica na Portalu eUprava svaki postupak postaje usluga 3. nivoa sofisticiranosti. Kod postupaka kod kojih je uvedeno i elektronsko plaćanje taksi i naknada (što je omogućeno uspostavljanjem modula Plati na Portalu eUprava) smatra se, u skladu sa metodologijom, da je u pitanju 4. nivo sofisticiranosti. Najviši – nivo 5, zahteva da je uslugom obezbeđeno dodatno obaveštavanje o statusu predmeta i/ili obaveštavanje o postupcima koje je potrebno naknadno sprovesti, kao i personalizovano obaveštavanje o obavezama koje predstoje korisniku (ističe važenje ličnog dokumenta i dr).

Važna komponenta je i efikasnost pružanja usluga, odnosno da li je korišćenje servisa elektronske uprave ubrzalo prosečno vreme trajanja postupaka, da li se koriste specijalizovana softverska rešenja za automatsko kreiranje predloga akata, da li su postupci objedinjeni u jedinstvenu uslugu (servis „Bebo, dobro došla na svet“ i sl).

Razvijenost usluga meri se i kroz osposobljenost građana da ih koriste, odnosno u pokazatelju koliko korisnika usluga elektronske uprave – eGrađana ima na teritoriji jedne lokalne samouprave, računajući posebno broj fizičkih i broj pravnih lica koji elektronskim putem realizuju pravne interese. Za ovo pitanje naročito je značajno da od aprila 2023. godine postoji obaveza registracije privrednih subjekata na Portalu eUprava, što će omogućiti prelazak na isključivo elektronsko upravno postupanje.

Dodatno se vrednuje inovativnost i proaktivnost lokalnih samouprava u razvoju softverskih rešenja za pružanje elektronskih usluga kako bi uprava bila dostupnija građanima poštujući principe i načela upravnog postupanja.

Sigurnost elektronskih usluga ispituje se kroz grupu pitanja utvrđenih propisanim standardima informacione bezbednosti i zaštite podataka o ličnosti, odnosno utvrđivanjem politike privatnosti i zastupljenosti izrade analiza uticaja na obradu podataka o ličnosti prilikom razvoja softverskih rešenja.

Uključivanje građana u rad lokalne samouprave može se postići objavljivanjem podataka u mašinski čitljivom formatu na Portalu otvorenih podataka. Učešće građana u procesu donošenja dokumenata javnih politika putem softverskog rešenja eKonsultacije prilikom konsultativnog procesa kao i omogućavanje postavljanja pitanja gradonačelniku/predsedniku jedinice lokalne samouprave elektronskim putem takođe su načini na koji se javnost može uključiti u procese

donošenja odluka. U vremenu brojnih kanala za elektronsku komunikaciju (veb-prezentacija, društvene mreže i sl), jednostavno je izabrati odgovarajući kanal za različite aktivnosti i sam rad organa učiniti sadržajnijim, kvalitetnijim i prijemčivijim građanima.

S obzirom da uprava teži da postane servis građana, neophodno je pružiti mogućnost ocenjivanja kvaliteta usluga i/ili davanje povratnih informacija. Uključivanje građana u proces dizajniranja elektronskih usluga putem fokus grupa i na drugi pogodan način učiniće svaku uslugu korisnički orijentisanom, što će i u merenju razvijenosti elektronske uprave imati značajan učinak.

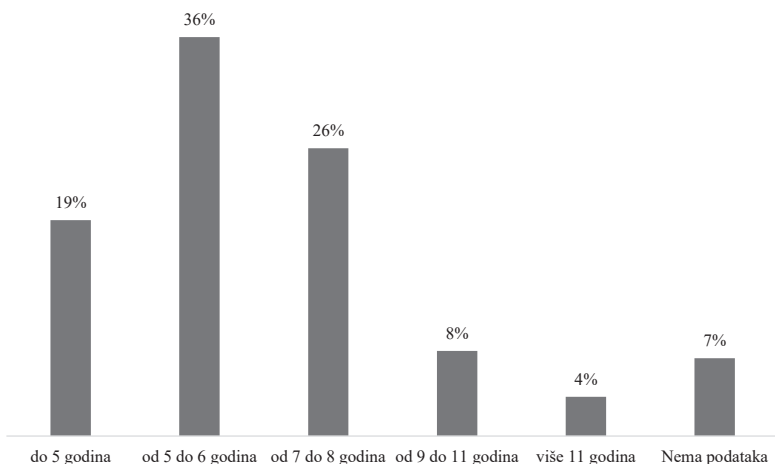
REZULTATI ISTRAŽIVANJA

Istraživanje koje je sprovedeno u okviru projekta u periodu mart–maj 2022. godine obuhvatilo je 140 jedinica lokalne samouprave i gradskih opština (119 opština/gradova i 21 gradsku opštinu). Prilikom prikupljanja podataka korišćeni su i statistički podaci iz službenih evidencija Kancelarije za informacione sisteme i elektronsku upravu, Republičkog geodetskog zavoda, Republičkog zavoda za statistiku i Regulatorne agencije za elektronske komunikacije i poštanske usluge. Prikupljanje podataka zahtevalo je dostavljanje dokaza od strane lokalne samouprave (poput izvoda iz evidencija, kopija dokumentacije i sl.), pretragu veb-prezentacija, kao i tajne kupce, odnosno primenu *mystery shopper*²² metode.

Rezultati pokazuju da svega 14% lokalnih samouprava ima program razvoja ili neki drugi dokument javnih politika kojim se dugoročnije planira razvoj elektronske uprave. Prosečan godišnji budžet usmeren na razvoj elektronske uprave iznosi oko 4,5 miliona dinara. Međutim, kada se isključe velike lokalne samouprave, većina raspolože u proseku sa oko milion dinara na godišnjem nivou, a visina budžeta je stabilna i ne menja se u većoj meri tokom godina.

Što se tiče stanja potrebne infrastrukture, istraživanje je ukazalo na to da su računari koji se koriste za vođenje postupaka najčešće stari između pet i osam godina, što je slučaj u 62% JLS-ova. Kod petine opština (19%) računari su nabavljeni u poslednjih pet godina.

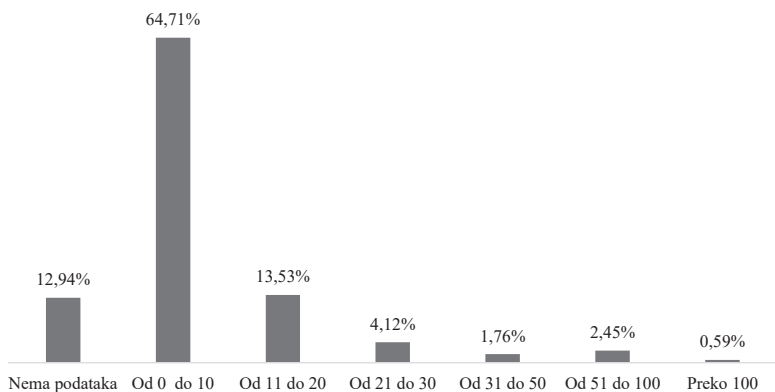
²² *Mystery shopper* metoda (srp. tajna mušterija) predstavlja metodu provere kvaliteta podataka kroz angažovanje „tajnog kupca“ koji u svojstvu građanina vodi postupke pred lokalnom samoupravom.



Dijagram 1: Raspodela JLS-ova prema starosti računara koje koriste za vođenje postupaka

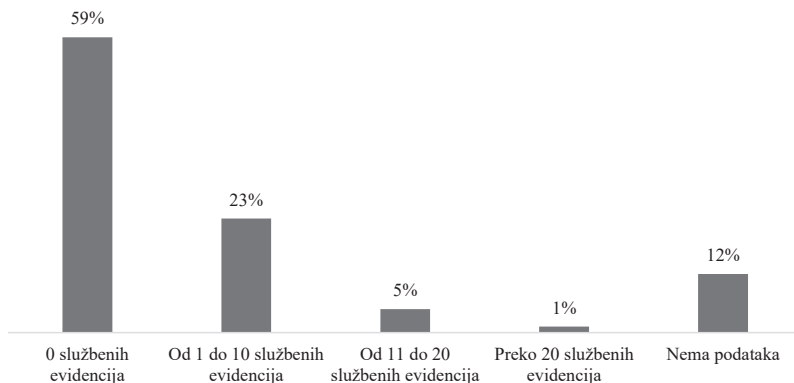
Svega 10% lokalnih samouprava navodi da imaju veb prezentacija na govdomenu, te je upitna njihova bezbednost. 64% navodi da ima izrađen Akt o bezbednosti, uprkos obavezi da ovakav dokument imaju s obzirom da koriste informaciono-komunikacionu infrastrukturu od posebnog značaja.

Vođenje službenih evidencija obavezno je i u elektronskom obliku. Rezultati ukazuju na to da se u proseku oko 50% službenih evidencija na lokalni tako vodi. Međutim, postoje velike razlike u ispunjavanju ove obaveze – čak četvrtina lokalnih samouprava (24%) navodi da se zapravo nijedna službena evidencija ne vodi u elektronskoj formi, dok 31% navodi da više od 80% evidencija ima u elektronskoj formi.



Dijagram 2: Raspodela JLS-ova prema procentu službenih evidencija koje vode u elektronskoj formi

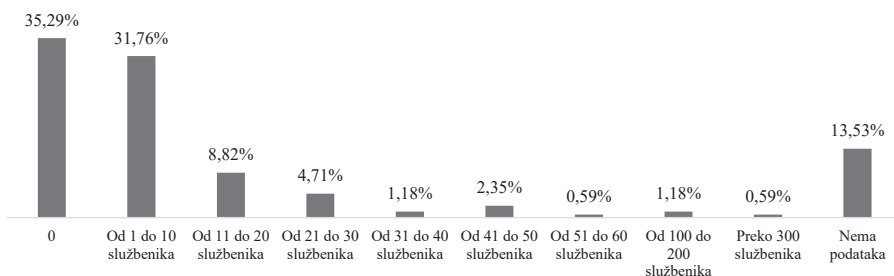
U proseku lokalne samouprave u mašinski čitljivom formatu vode svega tri službene evidencije, a u najvećem broju slučajeva, odnosno u gotovo 67% slučajeva zapravo ne vode ni jednu evidenciju na taj način.



Dijagram 3: Raspodela JLS-ova prema tome koliko službenih evidencija vode u mašinski čitljivoj formi

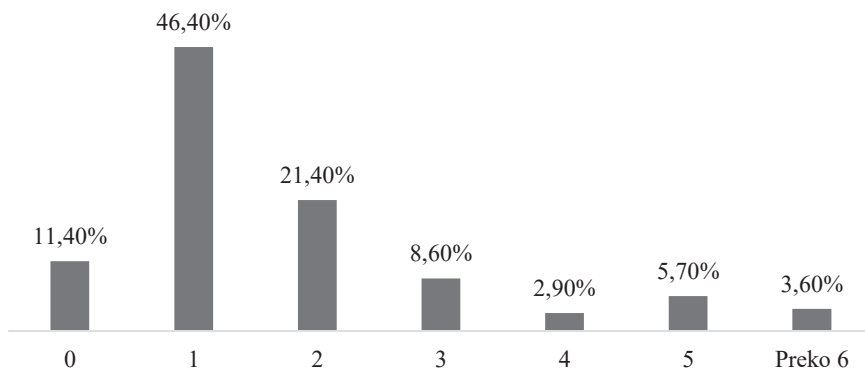
Većina opština (61%) pruža neki vid bezgotovinskog plaćanja taksi i naknada na šalterima. Ali, nijedna opština ne stimuliše elektronsko postupanje kroz umanjene svojih taksi/naknada u slučaju da se postupak sprovodi elektronski.

Obučenosť službenika za korišćenje softverskih rešenja u elektronskoj upravi je na relativno niskom nivou – u proseku svega 11 službenika (od 46) je prošlo bilo kakav vid obuke u oblasti elektronskog poslovanja, odnosno elektronskog upravnog postupanja u proteklih nekoliko godina, te se postavlja pitanje njihove spremnosti za rad uz korišćenje softverskih rešenja.



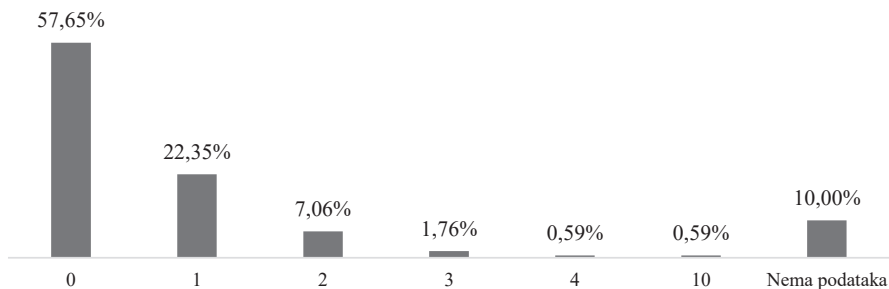
Dijagram 4: Raspodela JLS-ova prema procentu službenika ovlašćenih da vode postupke koji su prošli obuke u oblasti eUprave i ePoslovanja u prethodne tri godine

Istraživanje pokazuje da se u proseku angažuje dva službenika na radnim mestima u oblasti informaciono-komunikacionih tehnologija. Čak 46% lokalnih samouprava navodi da ima svega jednog zaposlenog specijalizovanog za ove poslove, dok 11% njih nema nijednog.



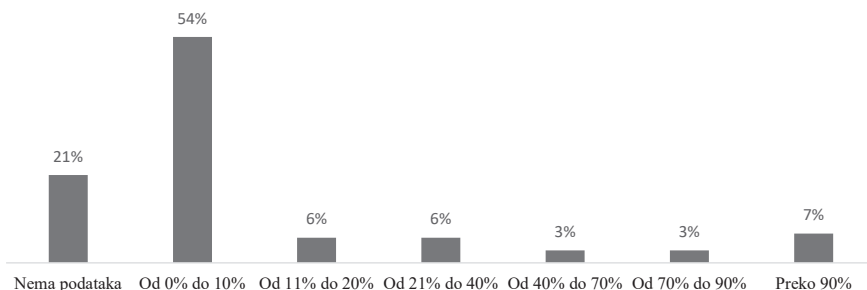
Dijagram 5: Raspodela JLS-ova prema broju angažovanih IT stručnjaka

Pedeset i osam procenata lokalnih samouprava navodi da u periodu od tri godine nijedan od ovih zaposlenih nije prošao posebnu obuku u oblasti informacione bezbednosti.



Dijagram 6: Raspodela JLS-ova prema broj IT eksperata koji su prošli obuku iz IT bezbednosti u poslednje tri godine

Grupa pitanja utvrđivala je i zastupljenost elektronskih usluga, a rezultati ukazuju na to da se, u proseku, svega 18% postupaka tako vodi. U najčešćem broju slučajeva taj broj je još niži – svega 4%. Čak 54% opština navodi da ima do 10% elektronskih usluga, dok 7% navodi da veliki broj postupaka (preko 90%) vodi elektronskim putem. Zbog toga ne iznenađuje podatak da se od ukupnog broja zahteva koji se predaju u proseku svega 2% preda u elektronskom obliku.



Dijagram 7: Raspodela JLS-ova prema procentu postupaka koje pružaju u elektronskom obliku

Ova statistika značajno će biti poboljšana prelaskom na elektronsko kancelarijsko poslovanje i uvođenjem usluge ePisarnica na Portalu eUprava koja bi trebalo da omogući da se svaki upravi postupak vodi isključivo u elektronskom obliku. Naravno, neophodno je raditi na edukaciji građana i promovisanju ovakvog načina postupanja koje će iz korena promeniti postupanje organa.



Dijagram 8: Da li JLS-ovi omogućavaju podnošenje zahteva za informacije od javnog značaja u elektronskom obliku?

Ispitivan je i način komunikacije uprave sa građanima, odnosno kakva je komunikacija i u kojoj meri su građani uključeni u rad i donošenje odluka. Rezultati pokazuju da je 61% lokalnih samouprava omogućilo postavljanje pitanja gradonačelniku/predsedniku opštine elektronskim putem, dok trećina (34%) ne pruža takvu uslugu. Slično je i sa informacijama od javnog značaja – 61% njih omogućilo je elektronsko podnošenje zahteva i dobijanje odgovora elektronskim putem. Čak 78% jedinica lokalne samouprave navodi da nije razvilo posebnu aplikaciju za komunikaciju sa građanima što može ukazivati i na to da se oslanjaju na društvene mreže i druge slične servise koji su već rasprostranjeni.

Svega petina lokalnih samouprava (21%) koristi izveštaje iz elektronskih evidencija prilikom donošenja odluka. Dakle, iako su uvedene elektronske procedure

i dalje ne koriste podatke koji su im iz softverskih rešenja dostupni kako bi donosili odluke na osnovu izveštaja koji postoje.

Iako 56% lokalnih samouprava pruža podršku građanima u postupcima koje sprovodi, čak 94% njih navodi da nisu uključili građane prilikom dizajniranja usluga. Rezultat toga je servis koji nije korisnički orjentisan i ne odgovara stvarnim potrebama građana.

ZAKLJUČAK

Lokalne samouprave su u najvećem broju postupaka kontakt tačka građana sa administracijom. Upravo zbog toga, otvorenost lokalne samouprave prema građanima i privredi jedan je od osnovnih principa na kojima se zasniva njihov rad. Preliminarni rezultati istraživanja pokazuju da je korišćenje informaciono-komunikacionih tehnologija u lokalnu i dalje nedovoljno. Kreiranjem posebnog Indeksa prilagođenog nadležnostima lokalne samouprave, ali i obavezama koje je predstoje, stvara se okvir za kontinuirano praćenje stepena razvoja elektronske uprave svakog grada, odnosno opštine. Precizno izmerenim pokazateljima Vlada Republike Srbije i druge zainteresovane strane mogu usmeriti dodatne napore da poboljšaju usluge javne uprave.

Elektronska uprava omogućava lokalnim samoupravama proaktivnost i dostupnost na jednostavan način. Uspostavljenu infrastrukturu elektronske uprave potrebno je koristiti u procesima digitalne transformacije i kreiranja i korišćenja usluga preko interneta. Elektronske usluge moraju biti jednostavne i lako dostupne, kako bi se obezbedilo masovnije korišćenje servisa uprave. Potrebno je obezbediti komunikaciju sa građanima i privredom putem različitih kanala podrške: kontakt centra, elektronske pošte, SMS poruka, društvenih mreža i virtuelnih asistenata, kao i specijalizovanih softverskih rešenja kao što je Portal eUprava. Na šalterima građani moraju dobiti kompletne informacije o elektronskim uslugama i načinu na koji mogu postati eGrađani. Očekivanja korisnika od e- i mUprave svakog dana postaju sve veća, neophodno je ispuniti niz standarda i pratiti stalne tehnološke promene. Pristupačnost je važan aspekt pružanja usluga pa je, pored kreiranja jedinstvenih upravnih mesta u gradskim i opštinskim upravama, neophodno obezbediti internet i u najnepristupačnijim područjima. Podizanje nivoa informatičke pismenosti građana povećava i broj eGrađana koji žele usluge „na klik“.

Uvođenje elektronske uprave primenom veštačke inteligencije i razvojem tzv. pametnih gradova, značajno će se unaprediti rad same lokalne samouprave ali i odnos sugrađana prema upravi. Stvaranje mogućnosti investiranja u nove projekte doprinosi održivosti i kontinuiranom unapređenju lokalnih ekonomija. Zbog toga je značajno da lokalne samouprave, pri razvoju elektronskih usluga, unaprede

saradnju sa visokoškolskim ustanovama, naučnim institutima, startup i drugim kompanijama kako bi obezbedili kreiranje „pametnih“ rešenja uz primenu veštačke inteligencije, *blockchain* tehnologije, super-kompjutera, robota i sl. Time se kultura javnog sektora transformiše u kulturu inovacija.

Unapređenjem ovih aspekata uprave, ostvaruje se javni interes, raste poverenje, a samim tim i zadovoljstvo građana. Uzimajući u obzir smanjenje troškova i ubrzanje postupanja pri korišćenju novih tehnologija, uz povećanje transparentnosti i pravne sigurnosti, stvoriće se i bolji poslovni ambijent, koji će doprineti poboljšanju konkurentnosti i jačanju lokalne ekonomije.

SVETLANA JOVANOVIĆ
Associate, Faculty of Organizational Sciences
University of Belgrade

INTRODUCING THE DEVELOPMENT INDEX OF ELECTRONIC GOVERNMENT UNITS OF LOCAL SELF-GOVERNMENT UNITS

Summary

The paper presents the Local Self-Government Development Index developed by the author in cooperation with representatives of the National Alliance for Local Economic Development, within the project „Establishing the Local e-Government Development Index (LEI) of Local Self-Government Units“ Governance Index (LEI) for local self-government units in the Republic of Serbia), with the financial support of the European Union. By creating a special Index adapted to the competences of the local self-government, but also to the upcoming obligations, a framework is created for the continuous monitoring of the level of development of the electronic administration of each city or municipality. The paper presents the preliminary results of the research carried out at the beginning of 2022. This establishes the initial situation in the area, which, in accordance with the public policy documents of the Government of the Republic of Serbia, will be monitored on a two-year basis in order to determine, based on the results, further directions of development and activities that need to be undertaken at the local and national level, in in order to improve services provided by public administration.

Key words: electronic administration, local self-government, electronic services

Literatura

European Union, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/egovernment-benchmark-2022#:~:text=The%20eGovernment%20Benchmark%20evaluates%20provision,North%20Macedonia%2C%20Serbia%20and%20Turkey>.

Ministerial Declaration on eGovernment, Malmö, Sweden, 18 November 2009, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/ministerial-declaration-on-egovernment-malmo.pdf>.

- Program razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2020. do 2022. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2020.
- Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 112/2008.
- Strategija razvoja elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2015–2018. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2015.
- Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji, *Službeni glasnik RS*, br. 9/2014, 42/2014 – ispravka.
- Strategija reforme javne uprave za period 2021. do 2030. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 142/2021, 9/2022.
- United Nations, <https://desapublications.un.org/publications/un-e-government-survey-2022#:~:text=The%20United%20Nations%20E%2DGovernment,across%20all%20193%20Member%20States>.
- United Nations, <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Data-Center>.
- United Nations, <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2022>.

PREGLEDNI RAD

DEJAN ĐUKIĆ
DRAGAN MILIĆ

PITANJE UTVRĐIVANJA IDENTITETA REGISTRANATA NAZIVA INTERNET DOMENA U SVETLU VAŽEĆIH PROPISA O ZAŠTITI PODATAKA O LIČNOSTI

U situacijama kada su prava trećih lica povređena posredstvom nečijeg internet sajta ili samom registracijom određenog naziva internet domena, da bi došlo do ostvarenja pravne zaštite i pokretanja odgovarajućeg postupka, jedan od prvih koraka ka tom cilju jeste utvrđivanje identiteta lica koje se pojavljuje kao registrant predmetnog naziva internet domena koji je registrovan ili na kom domenu se predmetni veb-sajt nalazi. Stupanjem na snagu novih propisa o zaštiti podataka o ličnosti u EU i Republici Srbiji, pristup podacima o registrantu, fizičkom licu, u velikoj meri je otežan i ograničen samo na lica koja imaju pravni osnov za obradu tih podataka o ličnosti. Na koji način se ta prava ostvaruju i pod kojim uslovima, kakva je trenutna praksa i sa kojim problemima se lica koja teže da ostvare svoja prava susreću, predmet je analize ovog članka, u kom su pored kratkih pojašnjenja strukture interneta i pravne prirode naziva internet domena, razmatrani i osnovni instituti i načela zaštite podataka o ličnosti, sa osvrtom na pravni osnov zakonitosti obrade podataka o registrantu, kao i aktuelnim rešenjima registara naziva internet domena.

Ključne reči: podaci o ličnosti, intelektualna svojina, pravo interneta, internet domeni, internet

Dr Dejan Đukić, direktor Fondacije „Registar nacionalnog internet domena Srbije“, e-mail: dejan.djukic@rnids.rs.

Dragan Milić, advokat iz Beograda, e-mail: dragan@milic.rs.

U V O D

Korišćenje interneta i servisa koji se pružaju na mreže nikada nije bilo intenzivnije, što ujedno znači i da se i kršenje subjektivnih prava i javnog interesa u istoj meri seli iz analognog u virtualni svet, stavljajući na test postojeće modele i prakse ostvarivanja tih prava odnosno zaštite prava drugih lica i zajedničkih interesa. Da bi se prava ostvarila, prvi korak nakon saznanja o postojanju povrede predstavlja utvrđivanje identiteta štetnika odnosno počinioca. S obzirom na karakteristike interneta i prekograničnost njegovog korišćenja taj posao nije uvek lak. Propisi kojima se štite neka druga ljudska prava, poput prava na privatnost, taj proces ograničavaju u većoj ili manjoj meri.

Način na koji je evropska regulativa, kao i srpsko pozitivno pravo regulisalo zaštitu podataka, mnogo toga ostavlja samim registrima koji upravljaju internet domenima na odluku odnosno da reše svojim internim aktima, krećući se u okviru načela koje predmetni akti propisuju. Ovakva rešenja neminovno vode i različitim tumačenjima i različitoj praksi. Ipak, kroz preporuke relevantnih organizacija koje upravljaju strukturom interneta, ova pravila se mogu unifikovati u velikoj meri.

UPRAVLJANJE ADRESAMA NA INTERNETU

Da bi se moglo pristupiti problemu odgovornosti registranta naziva internet domena i utvrđivanja njegovog identiteta, potrebno je prethodno objasniti upravljačku strukturu interneta, odnosno moraju se razumeti i informaciona i pravna priroda naziva internet domena.

Iako se za internet često ukazuje da je po svojim karakteristikama slobodan i da pripada svakome, ipak taj složeni sistem ne funkcioniše sam od sebe odnosno nije savršen u meri da je njegovo ustrojstvo automatizovano. Stoga upravljanje internetom (eng. *Internet Governance*) danas predstavlja kompleksnu strukturu i procese, koji u izvesnoj meri diktiraju regulativu i politike koje se tiču interneta.

Kao i sam internet, i sistem njegovog funkcionisanja je slojevit. „Donji sloj“ predstavlja onaj infrastrukturni, materijalni i opipljivi deo interneta, koji predstavljaju između ostalog umreženi kompjuterski uređaji. S druge strane „gornji sloj“ predstavlja ono što svi vidimo na internetu, odnosno sadržaj koji se tamo prikazuje. Za temu ovog članka posebno je interesantan „srednji sloj“ strukture interneta, koji čini sistem IP adresa i naziva internet domena, što uključuje i servis omogućavanja pristupa internetu koji pružaju internet provajderi.¹ Sistem upravljanja unutar samog „srednjeg

¹ Dušan Popović, Marko Jovanović, *Pravo i internet – odabrane teme*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 11.

sloja“ takođe je kompleksan i hijerarhijski uređen. Sistemom domena najvišeg nivoa upravljaju registri internet domena, a kojima administrativno i tehničko ovlašćenje za upravljanje tim domenima dodeljuje organizacija koja je odgovorna je za rukovođenje globalnom strukturom interneta, numeričkih oznaka protokola i glavnih DNS servera, a koja se naziva Internet korporacija za dodeljene nazive i brojeve (ICANN).²

PRAVNA I TEHNIČKA PRIRODA NAZIVA INTERNET DOMENA

Registracija naziva internet domena vrši se na bazi ugovora koji registrant zaključuje registrarom ili registrom, u zavisnosti od rešenja koje je u primeni. Pojašnjenja radi, registar je organizacija koja upravlja samim internet domenom najvišeg nivoa i koja vrši upis registrovanih naziva domena najčešće posredstvom registrara, a koji tržišno nastupaju ka krajnjim korisnicima. U praksi postoje slučajevi, mada retki, da se registracija vrši direktno kod registra. Ugovori u vezi registracije naziva domena uglavnom navode da registrant stiče pravo korišćenja registrovanog naziva domena, u svemu na način kako je ugovoreno. Registri mogu da imaju različite formulacije ovog vida pravnog odnosa, ono što im je zajedničko jeste to da niko od registara u svojim opštim uslovima ne navodi da se registracijom naziva domena stiče pravo svojine nad njim.³ Dakle, u pitanju je jedan svojevrstan korisnički odnos ne bazi koga registrant stiče pravo korišćenja naziva internet domena u određenom vremenskom periodu, u praksi to je najčešće od jedne do deset godina.

Uređaji i lokacije na mreži međusobno komuniciraju identifikujući se internet protokolima odnosno brojevima izraženim identifikacionim adresama uz pomoć kojih se međusobno raspoznaju i dele detaljnije informacije o svakom od njih. Ovakvi protokoli se nazivaju IP (eng. internet protocol) adrese. S obzirom na to da ljudi koji koriste internet ne funkcionišu poput računara, odnosno imaju drugačiju percepciju, sistem opažanja i pamćenja, korišćenje IP adresa bi za nas bilo znatno otežano i ograničavajuće. Zbog toga je uspostavljen sistem naziva internet domena, koji predstavljaju verbalni odnosno znakovni izraz IP adrese koju bi čovek mogao lakše da zapamti i poveže sa drugim informacijama. Ovaj sistem „prevođenja“ vrši se uz pomoć sistema internet domena, eng. (Domain Name System – DNS), čiji se sistem takođe slojevit i zavisi od vrste naziva internet domena odnosno nadležnosti za njegovo upravljanje. Oblast registracije naziva internet domena, u najvećem broju slučajeva, predstavlja okruženje koje je uređeno pravnim aktima privatnog prava. Sistem internet domena je osnovni internet servis, koji realizuje prevođenje tekstualnih u numeričke adrese i obratno.

² Sajt organizacije dostupan je na adresi: <https://www.icann.org/>

³ D. Popović, M. Jovanović, op. cit., 11.

Ono što je glavna karakteristika naziva internet domena jeste njegova jedinstvenost, što znači da u okviru određenog adresnog prostora nije moguće registrovati više od jednog istovetnog naziva domena. S tim u vezi, glavni povod za sporove u vezi naziva domena jeste upravo ta jedinstvenost, te subjekti koji se bave različitim kategorijama poslovanja mogu da imaju potrebu za registracijom istog naziva domena. Sporove u vezi registracije naziva domena moguće je posmatrati iz ugla dve osnovne grupe, pa tu spadaju sporovi između savesnih strana i sporovi sa nesavesnim registrantom naziva domena. Savesni titulari mogu da dođu u spor ukoliko dva titulara žele da registruju spornu oznaku kao svoj naziv domena, međutim saglasno načelu „Prvi u vremenu, jači u pravu“, prema kom se nazivi domena registruju, u tome može samo jedan od njih da uspe. Takođe do ove vrste sporova može da dođe i ukoliko je jedna strana titular oznake, dok druga nema takva prava nad oznakom, ali naziv domena savesno koristi. Drugi oblik sporova jesu oni sa nesavesnim registrantom i najčešće je u pitanju lice koje registruje naziv domena koji je istovetan ili bitno sličan tuđoj oznaci, kako bi stekao određenu korist, tako što taj naziv prenese na zainteresovanu stranu. Takođe, neki nesavesni registranti ove registracije izvrše kako bi titulara sprečili u tome da registruje naziv domena ili kako bi iskoristili prepoznatljivost oznake i tako privlačili korisnike na svoju adresu na internetu.⁴

WHOIS SERVIS

Industrija internet domena se u velikoj meri oslanja na obradu ličnih podataka i donošenjem regulative koje su predmet ovog rada, pretrpela je opsežne promene. Iako su promene koje je ta regulativa donela široke, kada su internet domeni u pitanju, primena se mahom svodila na izmene WHOIS servisa, a koji služi za prikaz podataka o registrovanom nazivu domena. Kako su uslovi koje propisuje regulativa izuzetno strogi, dovedeno je u pitanje da li je uopšte opravdano zadržati WHOIS, kao servis, u funkciji. Na istoj liniji se postavlja i pitanje svrhe servisa, čija je namena pristup podacima, a ukoliko bi se set podataka koji se putem njega objavljuju sveo na beznačajan minimum. Ovo pitanje je posebno aktuelno zbog činjenice da se treća lica najčešće interesuju za podatke o nazivima domena iza kojih stoje upravo fizička lica, jer su retki slučajevi da se kod povreda prava putem registrovanog naziva domena pojavljuju pravna lica.⁵

⁴ Dušan Popović, *Registracija naziva internet domena i pravo žiga*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 81–82.

⁵ Dejan Đukić, *GDPR kao pretnja po WHOIS kakav poznajemo*, <https://www.domen.rs/sr-latn/gdpr-kao-pretnja-po-whois-kakav-poznajemo>, 30. 8. 2022.

Da bismo bolje sagledali ovu problematiku temeljno, potrebno je da se osvrnemo na genezu razvoja i promena servisa koji je namenjen za pregled podataka o registrantima koje registar čini dostupnim. Dakle, u pitanju je WHOIS servis, uz pomoć kog zainteresovana lica mogu da saznaju određene informacije o registrantu naziva domena. Vremenom su se funkcionalnosti i način funkcionisanja ovog servisa menjale, što ćemo videti u nastavku. Naime, ovaj servis datira još iz vremena ARPANET⁶ mreže, kada je postojala potreba za uspostavljanjem kontakata sa operaterima naziva domena, u pitanju su bila lica koja su u datoj mreži imala vremensko ograničeno pravo korišćenja računara. Tokom vremena ovaj servis se razvio u direktorijum koji više nema u svojoj bazi izvestan broj sistem administratora, već stotine miliona naziva domena. Međutim, sa druge strane, jednostavan i svima dostupan sistem sa podacima o registrantima i administrativnim kontaktima o nazivima domena je veoma složen, pogotovo iz ugla zaštite podataka o ličnosti.⁷

Objavljivanje podataka o registraciji često se smatra kao povreda privatnosti, s obzirom na to da može da bude zloupotrebljena na razne načine. Razvoj regulative koja se tiče zaštite podataka o ličnosti, prvenstveno u Evropi u okviru Opšte uredbе o zaštiti podataka o ličnosti imala je snažan uticaj na obradu podataka o ličnosti registranata naziva domena, što predstavlja svojevrsnu pobedu za zastupnike za veću privatnost korisnika, ali izvestan gubitak za istražne organe.⁸ Upotreba ličnih podataka van svrhe za koju su prikupljeni je zakonski zabranjena, osim u slučajevima koji su propisani zakonom, ali svedoci smo da je u praksi bilo brojnih odstupanja.⁹

ODGOVORNOST REGISTRANTA NAZIVA INTERNET DOMENA KAO RAZLOG ZA UTVRĐIVANJE NJEGOVOG IDENTITETA

Izgradnja virtuelnog identiteta, pravnih i fizičkih lica i prisustvo na internetu, odavno se više ne mogu okarakterisati kao nova i nadolazeća pojava, već su postali ustaljena praksa, realna potreba i uslov za razvoj poslovnih projekata i ostvarenje poslovnog uspeha. S druge strane, aktivnošću na internetu, kroz oglašavanje,

⁶ U pitanju je prva računarska mreža, više o tome: <https://raf.edu.rs/citaliste/internet/3623-istorijski-razvoj-interneta-i-racunarskih-mreza>, 22. 9. 2022.

⁷ Steven Crocker, *A Framework for Expressing Registration Data Directory Services (nee WHOIS) Rules*, Edgemoon Research Institute, 3.

⁸ *Ibidem*, 6.

⁹ Dejan Đukić, „Zaštita podataka o ličnosti sa osvrtom na novo zakonodavstvo evropske unije u ovoj oblasti“, *Pravni zapisi*, br. 1, Beograd, 2017, 52.

prezentovanje obavljanje delatnosti ili bilo koji vid postavljanja sadržaja često se krši javni interes i povređuju subjektivna prava drugih lica. S tim u vezi, u cilju ostvarenja tih prava od strane oštećenih ili zastupnika javnog interesa, potrebno je ući u trag subjektu koji vrši predmetne radnje odnosno u čije ime i za čiji račun je povreda izvršena.

Kada su u pitanju korisnici velikih platformi, poput Facebook-a ili YouTube-a, otkrivanje identiteta njihovih korisnika odnosno izvršenje zahteva za uklanjanje postavljenog sadržaja ili ukidanje naloga, mora se vršiti preko tih platformi, odnosno uz njihovu asistenciju. Nasuprot takvim korisnicima, registranti naziva internet domena i lica pod čijom kontrolom se nalaze veb-sajtovi postavljeni na te domene, odgovaraju neposredno za povrede prava koje su izvršili samom registracijom odnosno postavljanjem sadržaja. Međutim, i pored neposredne odgovornosti, između lica koje želi da ostvari neko pravo odnosno istakne neki zahtev i registranta, vlasnika veb-sajta ili na primer zakupca usluge hostinga kod koga je veb-sajt postavljen, i dalje stoje organizacije koje upravljaju nazivima internet domena i čija pravila su registranti dužni da prihvate prilikom njihove registracije.

OPŠTA UREDBA O ZAŠTITI PODATAKA EU I ZAKON O ZAŠTITI PODATAKA O LIČNOSTI REPUBLIKE SRBIJE

Do skoro je praksa vršenja uvida u podatke registranta funkcionisala na način što je zainteresovano lice putem servisa „WHOIS“, unošenjem naziv internet domena jednostavno dobijao informacije o registrantu, njegovom kontaktu, odnosno administrativnom i tehničkom kontaktu koji je nadležan za predmetni naziv internet domena. Delimično ograničen pristup ovim informacijama, važio je samo ukoliko je od strane registranta bila aktivirana posebna usluga „privatnosti“ koja se doplaćivala. U svim ostalim slučajevima, podaci o registrantu bili su lako dostupni zainteresovanim licima. Međutim, od početka primene novih propisa na teritoriji EU, ali i mnogim drugim zemljama, koji imaju za cilj da strože regulišu zaštitu podataka o ličnosti, pristup ovim informacijama nije moguć po ovom pojednostavljenom principu, što donosi mnogo problema u praksi, kako organizacijama koje upravljaju nazivima internet domena, tako i trećim zainteresovanim licima.

Stupanje na snagu Opšte uredbe o zaštiti podataka Evropske unije (dalje: Uredba ili GDPR),¹⁰ kao i srpskog Zakona o zaštiti podataka o ličnosti (dalje: ZZPL)¹¹

¹⁰ General Data Protection Regulation (EU) 2016/679.

¹¹ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

koji je preuzeo rešenja ovog propisa, stavio je na test mnoge prakse koje se tiču obrade podataka o ličnosti koje su do tada nesmetano funkcionisale i rezultiralo njihovim preispitivanjem odnosno ograničavanjem ili ukidanjem.

Neki od ciljeva uredbe su da zaštiti podatke o ličnosti u većoj meri, da njihovu obradu učini transparentnijom i svede je samo na minimalan obim i samo ukoliko za to postoji valjan zakonski osnov. Ovi ciljevi regulisani su kroz principe odnosno načela, koja se primenjuju direktno na rukovaoce i obrađivače podataka.

Pre nego što se upustimo u analizu zakonitosti obrade podataka o ličnosti registranta od strane registara, važno je razdvojiti dve vrste obrade, odnosno dve različite svrhe u koje se predmetna obrada vrši. Prva je, obrada u svrhu registracije samog domena i utvrđivanja identiteta registranta, omogućavanje uspostavljanja kontakta sa registrantom i kontrole nad zakupljenim nazivom internet domena. Druga svrha je obrada koja se zasniva na otkrivanju podataka trećem zainteresovanom licu na zahtev, o čemu će dalje u tekstu biti više reči.

Važno je napomenuti da GDPR ima dejstvo samo na podatke fizičkih lica, ne i pravnih, tako da se promene u praksi odnose samo na one nazive internet domena koji su registrovani od strane fizičkih lica.¹² Međutim, u praksi registracije naziva domena, podaci o registraciji određenog naziva domena koji je registrovan na pravno lice, često sadrže i lične podatke tako da je jako teško povući strogu crtu. Recimo domen koji je registrovan na kompaniju sadrži podatke o kompaniji kao registrantu, ali sama registracija može da sadrži i podatke fizičkog lica koje je određeno za tehnički ili administrativni kontakt.

Kategorije podataka o ličnosti registranta koje se obrađuju od strane registara

Krug podataka koji registri obrađuju značajno se razlikuje između njih. Sa druge strane, početkom primene Opšte uredbe o zaštiti podataka o ličnosti taj krug podataka na nivou Evropske Unije je sinhronizovan, pa tako skoro nijedan od tih registara više ne obrađuje podatke tako što prikuplja kopije ličnih dokumenata. Međutim, na drugim kontinentima poput Azije ili Afrike praksa je prilično drugačija, te registri na ovim kontinentima čak i drže u svojim bazama kopije ličnih dokumenata. Kada je srpski registar u pitanju podaci koji se prikupljaju su za fizička lica su: ime i prezime, adresa prebivališta, e-adresa i broj telefona. Ovi podaci se

¹² General Data Protection Regulation (EU) 2016/679, art. 1.

ne objavljuju javno, već se čuvaju u bazi registra vezano za realizaciju ugovornog odnosa povodom registracije naziva domena.¹³

*Obrada podataka o ličnosti registranta od strane registara
i po zahtevu trećeg lica*

U praksi se može javiti niz situacija u kojima postoji neki privatni ili javni interes da se vrši obrada podataka o ličnosti registranta. Zahtev može da bude podnet od strane državnog organa ili organa koji poseduje javna ovlašćenja, a koji ima za cilj izvođenje dokaza potrebnih za otkrivanje učinioca nekog krivičnog dela ili prekršaja, odnosno zaštitu javnog interesa uopšte. Interes za uvid u identitet registranta može biti izražen i potrebom da se zaštiti nečije subjektivno pravo. U tom slučaju podnosioci zahteva mogu da budu pravna i fizička lica koja ne poseduju javna ovlašćenja, a svrha ovakvih zahteva je neretko podnošenje tužbenih zahteva u građanskopravnim postupcima, ali i drugih inicijalnih akata pred sudom, javnim tužilaštvom ili organima uprave.

Obrada podataka se dakle može vršiti u svrhu postupanja po zahtevu trećeg lica koje se obraća registru koji upravlja nazivima internet domena radi dostavljanja informacije o identitetu i kontaktu registranta nekog domena. U svakom slučaju za prvi i drugi vid obrade, potrebno je da postoji valjan zakonski osnov kako bi obrada bila zakonita.

Obrada podataka o ličnosti registranta se takođe može vršiti od strane samih registara interno u cilju izvršenja usluge registracije, bez posebnog zahteva nekog trećeg lica i bez dostavljanja podataka trećoj strani na uvid ili korišćenje.

Načelo zakonitosti i pravni osnovi obrade podataka o ličnosti registranta

Jedno od osnovnih načela Uredbe i ZZPL-a jeste načelo zakonitosti (zakonitost, poštenje i transparentnost), a obrada je zakonita samo ako je ispunjen jedan od sledećih uslova: (1) postoji pristanak na obradu od strane lica na koje se podaci odnose; (2) obrada je neophodna u cilju realizacije ugovornog odnosa gde je lice na koje se podaci odnose ugovorna strana; (3) potreba za poštovanjem pravnih obaveza rukovaoca koji namerava da vrši obradu (npr. zakonom zahtevana obrada); (4) obrada je potrebna da bi se zaštitili vitalni životni interesi lica na koji se podaci odnose ili nekog drugog fizičkog lica; (5) neophodnost obrade radi izvršenja službenih ovlašćenja rukovaoca i poslova povezanih sa javnim interesom; (6) obrada je

¹³ Član 6 Opštih uslova o registraciji naziva nacionalnih internet domena.

neophodna da bi se ostvario legitimni interes rukovaoca ili trećeg lica, pod uslovom da nad tim interesima ne pretežu interesi zaštite podataka o ličnosti i prava lica na koje se podaci odnose.¹⁴

Neophodnost obrade za izvršenje ugovora zaključenog sa registrantom kao pravni osnov obrade. – Obrada koja se vrši u svrhu registracije naziva internet domena i uredno vođenje registara, za osnov ima neophodnost da se izvrši ugovorna obaveza između registra i registranta, gde su međusobna prava i obaveze detaljno regulisani uslovima poslovanja sa kojima se registrant saglasio prilikom registracije. Ova obrada se dakle ne vrši po zahtevu, već je registri vrše u cilju pružanja usluge i to počevši od trenutka registracije naziva internet domena.

Neophodnost obrade u cilju obavljanja poslova u javnom interesu ili izvršenja zakonom propisanih ovlašćenja rukovaoca kao osnov obrade. – U situacijama kada se potreba za obradom podataka o ličnosti pojavi na strani trećeg lica koje ne vrši obradu po osnovu izvršenja ugovorne obaveze, to lice se mora aktivno legitimisati nekim drugim zakonskim osnovom koji bi opravdao njegovo pravo da obrađuje te podatke o ličnosti, s obziromna to da nije deo ugovornog odnosa između registra i registranta. Ukoliko je subjekt koji zahteva informacije državni organ koji poseduje službena ovlašćenja, u tom slučaju on će pravni osnov crpeti iz neophodnosti obrade koja se zasniva na pravu da rukovalac vrši svoja službena ovlašćenja, odnosno kada „je obrada neophodna u cilju obavljanja poslova u javnom interesu ili izvršenja zakonom propisanih ovlašćenja rukovaoca“.¹⁵

Neophodnost poštovanja pravnih obaveza rukovaoca kao osnov obrade. – Ovaj osnov se odnosi na situacije kada rukovaocu određeni zakon ili podzakonski akt nalaže da obrađuje predmetni podatak o ličnosti. Odnosno, u praksi nalazi primenu u situacijama kada su registri u obavezi da u cilju obračuna naknada za uslugu registracije i izdavanja računa za uslugu moraju u skladu sa zakonom vršiti obradu tih podataka. Ovaj osnov ne treba mešati sa osnovom koji se crpi iz potrebe da se izvrši ugovorna obaveza iako između kategorije podataka koji se po oba osnova obrađuju postoji određeno preklapanje. Naime, registar obrađuje one podatke koje mu nameće zakon, a tiču se obaveznih podataka na računu za izvršenu uslugu. S druge strane, većina od tih podataka takođe je potrebna i da bi se usluga na adekvatan način izvršila. Što rezultira time, da se isti podaci o ličnosti mogu obrađivati u dve različite svrhe i na osnovu dva različita pravna osnova. Kada jedan pravni osnov otpadne i svrha prestane da postoji (npr. prestanak registracije), potreba za izvršenjem usluge kao osnov obrade pojedinih podataka više neće moći da bude

¹⁴ Član 12 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

¹⁵ Član 12 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti.

razlog za obradu, ali se obrada nastavlja po drugom osnovu – *Neophodnost poštovanja pravnih obaveza rukovaoca* i to onoliko vremena koliko zakon nalaže potrebu da se predmetni računi i knjigovodstvena evidencija čuva.

Pristanak registranta kao pravni osnov obrade. – Ne postoji pravna prepreka da se kao osnov obrade podataka o ličnosti primeni i njegov pristanak na tu obradu. Međutim, s obzirom na to da pristanak karakteriše *dobrovoljnost, određenost, informisanost i nedvosmislenost*,¹⁶ možemo zaključiti da ovaj pravni osnov u praksi nije u velikoj meri primenljiv. Kako je razlog za podnošenje zahteva za obradu podataka – dostavljanje podataka o registrantu u najvećem broju slučajeva povreda prava, teško se može očekivati od registranta da dozvoli registru dostavljanje podataka trećem licu. Ipak pojedini registri u situaciji kada prime zahtev za informacijom o identitetu registranta, najpre kontaktiraju istog sa pitanjem da li daje pristanak da se taj podatak dostavi trećem licu ili ne. Pa tek nakon što registrant odbije pristanak, pristupaju proceni da li postoji neki drugi osnov da se podaci dostave zainteresovanom licu. U praksi, ti rokovi kod pojedinih registara mogu i da budu izuzetno dugi, pogotovo kada su u pitanju organizacije koje su u potpuno drugom pravnom sistemu od onog koji te podatke potražuje.

Neophodnost zaštite životno važnih interesa registranta ili drugog fizičkog lica kao osnov obrade. – Iako je potpuno legitimno razmatrati i mogućnost podnošenja zahteva za obradu podataka o ličnosti registranta i po ovom osnovu, veliko je pitanje u kojoj meri on može da bude primenljiv u praksi. To bi se moglo svesti na neke situacije kada od registracije nekog naziva internet domena ili sadržaja koji se objavljuje na takvom internet domenu zavise nečiji životno važni interesi. Međutim, i u toj situaciji državni organ koji bi se obratio sa zahtevom za predmetnu obradu isti bi mogao da zasniva na službenim ovlašćenjima kao pravnom osnovu, dok bi neki privatni entitet uvek mogao da se pozove i na legitimni interes kao osnov obrade podataka o ličnosti.

Neophodnost obrade u cilju ostvarivanja legitimnih interesa rukovaoca ili treće strane kao osnov obrade. – Ukoliko je lice koje traži pristup podacima o ličnosti registranta privatni subjekt – pravno ili fizičko lice jedan od najizglednijih osnova koji se može primeniti u ovoj situaciji je legitimni interes.

ZZPL legitimni interes kao osnov obrade definiše na sledeći način: „Obrada je zakonita, između ostalog ukoliko je neophodna u cilju ostvarivanja legitimnih interesa rukovaoca ili treće strane, osim ako su nad tim interesima pretežniji interesi ili osnovna prava i slobode lica na koje se podaci odnose koji zahtevaju zaštitu podataka o ličnosti, a posebno ako je lice na koje se podaci odnose maloletno lice.“¹⁷

¹⁶ Član 12 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti.

¹⁷ ZZPL, član 12.

Sama zakonska definicija nameće pitanje šta zakonodavac podrazumeva pod „legitimnim interesom rukovaoca ili treće strane“. Iz dalje analize ove pravne norme, sledi i pitanje postavljanja granice gde prestaje legitimni interes, a počinje privatni interes lica na koja se podaci odnose. Odgovor na ovo pitanje, kao i na pitanja čiji su interesi pretežniji (rukovaoca ili lica na koje se podaci odnose) i u kojim situacijama će se obrada smatrati neophodnom, ovako formulisana pravna norma Zakona, može da pruži tek pošto se njeni elementi razlože i analiziraju.¹⁸

Iz zakonski postavljene pravne norme koja se odnosi na legitimni interes, možemo izdvojiti tri elementa ove definicije odnosno tri uslova koja moraju da budu ispunjena da bi obrada po ovom osnovu bila usklađena sa načelom zakonitosti. Na prvom mestu to je neophodnost obrade, zatim postojanje svrhe koja se ispoljava u legitimnim interesima rukovaoca ili treće strane i kao treći uslov koji treba da se ostvari je prevaga legitimnih interesa rukovaoca ili treće strane nad interesima pojedinca na koga se podaci odnose.

Sledeći izdvojene elemente zakonske definicije, procenu postojanja legitimnog interesa odnosno postupak utvrđivanja zakonitosti obrade možemo organizovati u vidu tripartitnog testa, odnosno činjenice koje su vezane za konkretnu obradu možemo dovesti u kontekst tri navedena uslova. Pomenuti trodelni test se sastoji od sledećih testova: test za proveru postojanja legitimnog interesa (*test svrhe*), *test neophodnosti* i *test ravnornosti*.¹⁹

Dakle, kada registar koji upravlja nazivom internet domena dobije upit za dostavljanje podataka o registrantu, mora sagledati sva tri elementa ove definicije pre nego što odluči da li se u konkretnom slučaju može primeniti legitimni interes kao osnov obrade podataka o ličnosti.

U okviru *testa neophodnosti*, mora se proveriti da li je predmeta obrada (dostava podataka o registrantu) jedini način da se ostvari svrha lica koje zahteva informaciju, da li se ista svrha može postići i nekim drugim podatkom ili sa manje podataka odnosno da li postoji obrada koja u manjoj meri zadire u privatnost registranta.²⁰ Tek nakon utvrđivanja da je ova obrada neophodna da bi se ostvarilo pravo lica koje zahteva, može se reći da je test neophodnosti prošao pozitivno.

¹⁸ Dragan Milić, „Legitimni interes kao osnov obrade podataka o ličnosti“, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji – zbornik radova*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2020, 49.

¹⁹ D. Milić, op. cit., 52.

²⁰ Na primer, neki registri, vođeni načelom minimalizma pronalaze rešenje upravo u konstataciji da se licu koje zahteva podatak o registrantu omogući solucija koja manje zadire u privatnost registranta. Pa se kroz posebne kontakt forme omogućava da zainteresovano lice pošalje poruku registrantu bez otkrivanja identiteta i imejl adrese istog.

Dalje, potrebno je testirati postojanje interesa na strani lica koje želi da vrši obradu ili treće strane u okviru *testa svrhe*, odnosno potrebno je definisati šta se želi postići zahtevanim informacijama. Čiji se interesi štite i ko ima korist od eventualnog odobrenja uvida u podatke o ličnosti. Tako, nakon što sagleda svrhu koja se želi postići i proceni opravdanost iste, registar odlučuje da li će odobriti ili ne otkrivanje podataka. Za sagledavanje ovog pitanja, važno je utvrditi i ko ima korist od dostavljanja informacije tj. obrade. Od činjenice da li je to samo jedno lice, više njih ili šira društvena zajednica, odnosno da li se nameravanom obradom štite subjektivna prava jednog lica ili šire javnosti odnosno javni interes, zavisi i rezultat predmetnog testa. Što je korist od obrade veća odnosno što je veći broj lica koji ima benefit od obrade veći, veće su i šanse da se kroz test utvrdi opravdanost svrhe.

Konačno, u okviru *testa ravnoteže* bitno je uporediti obradu odnosno interes lica koje zahteva informaciju i registranta i utvrditi čija prava pretežu. Da li je to interes obrade ili interes privatnosti registranta. Odnosno, da li se potencijalnom obradom i u kom obimu mogu povrediti neka prava ili lična dobra registranta. Na primer, naziv internet domena može dosta govoriti i o samom registrantu, njegovim afinitetima, opredeljenjima ili poslovnim i privatnim ciljevima, pa samim tim obrada tog podatka o ličnosti u kombinaciji sa identifikacionim podacima poput imena i prezimena indirektno može rezultirati obradom osetljivih podataka o ličnosti, kao što su versko ili političko opredeljenje, seksualna orijentacija i slično. S toga se ove okolnosti takođe moraju razmotriti u okviru rešavanja testa ravnoteže prilikom procene legitimnog interesa.

Pored trodelnog testa koji je prikazan, registar može sagledati i niz drugih okolnosti, u okviru testova ili zasebno, zahtevati dokaze, punomoćja i na taj način dobiti što više informacija na osnovu kojih će što pravičnije doneti odluku o osnovanosti ili neosnovanosti zahteva.

POSTOJEĆA REŠENJA I AKTUELNA PRAKSA

Rešenja i praksa Registra nacionalnog internet domena Srbije (RNIDS)

Nacionalni registar koji upravlja nazivom .rs internet domena sledio je promene u evropskoj i nacionalnoj regulativi koje se tiču zaštite podataka o ličnosti i 2018. godine izmenio opšti akt²¹ koji reguliše uslove za registraciju naziva .rs internet domena i propisao: „RNIDS će omogućiti nadležnim organima, drugim

²¹ Opšti uslovi o registraciji naziva nacionalnih internet domena, https://www.rnids.rs/registar_dokumenata/2018_12_15-opsti-uslovi-registracije-domena.pdf, 25. 9. 2022.

licima i službama pristup podacima iz Registra, koje RNIDS prikuplja u skladu sa ovim Opštim uslovima, uključujući i podatke za koje je aktivirana zaštita od javnog objavljivanja, ukoliko u skladu sa važećim propisima Republike Srbije imaju pravo na pristup tim podacima. Podatke koji su potrebni radi pokretanja i vođenja sudskog spora ili postupka alternativnog rešavanja spora u vezi sa nazivom do mena, uključujući i podatke za koje je aktivirana zaštita od javnog objavljivanja, RNIDS dostavlja na zahtev upućen službenim putem od strane nadležnog suda ili tela za alternativno rešavanje sporova.“

Kada je u pitanju aktivirana dodatna zaštita od javnog objavljivanja, isti akt propisuje da ukoliko treće lice uputi zahtev za dostavljanje podataka o nazivu domena, za koji je aktivirana zaštita od javnog objavljivanja, RNIDS će od registranta tražiti da se u roku od 15 dana izjasni o davanju saglasnosti za dostavljanje zatraženih podataka podnosiocu zahteva. Ukoliko je registrant saglasan, RNIDS će tražene podatke za predmetni naziv domena dostaviti licu koje je podnelo zahtev, a takođe će kontaktima za naziv domena putem e-pošte dostaviti dopis trećeg lica, koji za tu svrhu treće lice dostavi RNIDS-u.

Aktuelna uporedna rešenja i politike

Ukoliko je dakle treće lice zainteresovano za informaciju o identitetu registranta naziva internet domena, do nje mora doći isključivo preko registra koji upravlja tom vrstom naziva internet domena ili ovlašćenih registara koji imaju pristup takvoj bazi podataka i ovlašćenje da te informacije obelodane. Srpski registar u okviru svoje baze poseduje podatke o registrantima, kako fizičkim tako i pravnim licima. Međutim, kada su fizička lica, nijedan identifikacioni podatak nije dostupan javno, te ukoliko su ti podaci potrebni nekom licu ili organu, oni se mogu zatražiti od registra. Registar će pružiti nadležnim organima, drugim licima i službama pristup podacima iz svoje baze, koje prikuplja u skladu sa svojim Opštim uslovima, a ukoliko u skladu sa važećim propisima Republike Srbije ti subjekti imaju pravo na pristup tim podacima. Takođe, podatke koji su potrebni radi pokretanja i vođenja odgovarajućeg spora u povodom naziva domena RNIDS dostavlja na zahtev upućen službenim putem od strane nadležnog suda ili tela za alternativno rešavanje sporova.²²

Praksa srpskog registra je da na zahtev domaćih advokata dostavlja potrebne podatke o fizičkim licima na bazi urednog zahteva. Registar ovakav stav crpi iz domaćeg zakona o advokaturi, prema kom advokat ima pravo da traži i blagovremeno

²² Član 14 Opštih uslova o registraciji naziva nacionalnih internet domena.

dobije informacije koje su mu potrebne radi pružanja pravne pomoći, od državnih organa, ustanova, preduzeća i drugih organizacija, kao i spise i dokaze koji su u njihovom posedu ili pod njihovom kontrolom.²³

Sa druge strane praksa ICANN-a i drugih registara je raznolika po ovom pitanju, pravni okviri od države do države se značajno razlikuju, te bi bilo nezahvalno zauzeti stav u smislu koje je rešenje optimalno. Dakle, ICANN recimo može da otkriva podatke o fizičkim licima na zahtev državnih organa ukoliko se prikupljaju u propisane svrhe.²⁴ Dalje, holandski registar, SIDN, je sličnog stanovišta, te kod ovog registra podatke iz baze mogu da dobiju nadležni organi, kao i sam korisnik, odnosno registrant.²⁵ U vezi zloupotreba naziva domena registri imaju donete posebne procedure koje uređuju ovu materiju. Registar Crne Gore ima nešto drugačija pravila, naime ovim registrom upravlja svetska kompanija domenske industrije, te je način funkcionisanja, kao i pravila najverovatnije uređen na globalnom nivou. Ovaj registar više ne objavljuje u WHOIS servisu podatke o fizičkim licima, a takvo stanovište zasniva na Opštoj uredbi o zaštiti podataka o ličnosti. Pored standardnih odredbi koje se tiču kruga subjekata kojim će ovaj registar otkriti podatke iz baze, njihovi Opšti uslovi sadrže i odredbu da sarađuju sa nadležnim organima Crne Gore, ali i privatnim licima u slučaju kada je, po proceni registra, neophodno radi zaštite prava i imovine.²⁶

U pogledu otkrivanja ličnih podataka trećim licima, britanski registar daje vrlo jasne i konkretne smernice u pogledu ko može da očekuje te podatke ukoliko ih zatraži. U vezi sa tim navode, da podatke mogu da zatraže titulari žigova, u cilju vođenja spora povodom registracije naziva domena. Dalje, advokati koji zastupaju klijente čija je intelektualna svojina povređena postupanjem registranta.²⁷ Takođe, podatke otkrivaju i na zahtev nadležnih državnih organa. Dakle, registri su po početku primene Opšte uredbi o zaštiti podataka o ličnosti značajno promenili svoju praksu i pravila, te lični podaci više nisu dostupni kroz „WHOIS“ servis i na ovom polju nema puno razlika, te je praksa u velikoj meri ujednačena. Sa druge strane, pravila koja se odnose na to ko ima pravo na otkrivanje podataka o korisnicima se značajno razlikuje, jedni se ograničavaju na to da podatke mogu da daju isključivo

²³ Član 36 Zakona o advokaturi, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011 i 24/2012 – odluka US.

²⁴ ICANN Privacy Policy, <https://www.icann.org/privacy/policy/#5>, 5. 9. 2022.

²⁵ General Terms and Conditions for .nl Registrations, 2.3., https://www.sidn.nl/downloads/d_7zdiiDQvOGbSo1FGCqwf57718560799beca227a665e615e0b85/General_Terms_and_Conditions_for_nl_Registrants.pdf, 5. 9. 2022.

²⁶ Privacy Policy .me, <https://domain.me/privacy-policy/>, 5. 9. 2022.

²⁷ Nominet Privacy Notice, <https://www.nominet.uk/privacy-notice/releasing-your-personal-data-to-third-parties/>, 5. 9. 2022.

nadležnim organima, dok drugi ostavljaju prostor da podatke dostave i titularima prava i njihovim zastupnicima ukoliko dokažu odgovarajući pravni interes.

Problem u praksi

Jedan od problema koji se javljaju u praksi jeste taj što registri naziva internet domena nemaju uvek ispravne podatke o svojim korisnicima. Naime, ovi subjekti, u velikom broju slučajeva, ne vrše verifikaciju podataka putem upoređivanja sa podacima iz ličnih dokumenata, a bez toga se ne može pouzdano garantovati da su podaci adekvatni. Pored toga, registri generičkih naziva domena (.com, .net i sl.) ove podatke i odbijaju da dostave, čak i ukoliko raspolažu tim podacima. Naime, ovi registri su često velike svetske korporacije,²⁸ kakvih nema među nacionalnim registrima (.rs, .de i sl.).

ZAKLJUČAK

Kao što smo imali prilike da vidimo, registri, bilo nacionalni, bilo generički, osnov za postupanje zasnivaju na potrebi titulara za zaštitom određenih njihovih prava, poštujući ograničenja koja postavljaju propisi u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Videli smo da postoje raznovrsne prakse, u smislu, da li podatke otkrivaju i stranama i njihovim punomoćnicima ili samo nadležnim organima. Međutim, ono što je zajedničko kod ovih registara je to, da pravna pomoć, zbog koje se podaci zahtevaju treba da bude usmerena na konkretnu zaštitu prava određenog lica. Po našem stanovištu ovakav stav registara je potpuno ispravan s obzirom na to da propisi u oblasti zaštite podataka o ličnosti, između ostalog nalažu, da obrada bude usklađena sa načelima Zakona odnosno principima GDPR-a. Na prvom mestu obrada mora da bude zakonita i bazirana na odgovarajućem zakonskom osnovu, poput legitimnog interesa ili prava na vršenje službenih ovlašćenja (načelo zakonitosti). Takođe mora da bude i srazmerna svrsi odnosno, svedena na neophodan obim, čime se postiže i poštovanje „načela ograničenosti u odnosu na svrhu obrade“ i „načela minimizacije“ obrade podataka o ličnosti.²⁹

U svakom slučaju, postupanje nadležnih registara se u velikoj meri svodi na balansiranje između prava i interesa strana koje zahtevaju informacije o registrantima i prava i interesa registranata, a kroz uspostavljanje dobrih praksi i procedura, bilo na bazi smernica dobijenih od krovnih organizacija poput ICANN-a ili kroz

²⁸ Primer takve kompanije je Verisign, https://www.verisign.com/en_US/company-information/index.xhtml, 10. 9. 2022.

²⁹ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018, član 5.

prakse koje su se iz iskustva drugih registara pokazale najadekvatnijim. Ono što je neophodno da registri u svojim politikama i pravilima pomire, to je zaštita prava korisnika, tako što neće dozvoliti da dolazi do nesrazmerne obrade podataka o ličnosti, ali sa druge strane svoj sistem ne treba da zatvore do te mere, da subjekti čija su prava povređena ne mogu da ostvare odgovarajuću pravnu zaštitu.

Dr. DEJAN ĐUKIĆ
CEO at Serbian National Internet Domain Registry
DRAGAN MILIĆ
Attorney at Law in Belgrade

INTERNET DOMAIN REGISTRANTS' IDENTITY DETERMINATION IN LIGHT OF CURRENT DATA PROTECTION LEGAL FRAMEWORK

Summary

When the third party's rights violation occurs due to specific website or by a domain name registration to provide an adequate legal protection and commence appropriate legal proceeding, among the first steps than need to be taken is to determine the identity of the person which acts as the given domain name registrant or registrant of a domain name on which the website in question is located. By enforcing the new legislation of personal data protection in the EU and in the Republic of Serbia, access to data about registrants, especially if the natural person is in question, is limited only to parties with valid legal basis to process personal data. How to realize such rights and under which terms to access such data considering current practice and which challenges are encountered by entities looking to achieve such rights is the subject of this article analysis. Along with short explanations about Internet structure, consideration of legal nature of Internet domain names, basic institutes and principles of data protection are explained as well as legal basis for registrants' data procession as well as current domain registries solutions offered.

Key words: personal data, intellectual property, internet law, domain names, internet

Literatura

Crocker S., „A Framework for Expressing Registration Data Directory Services (nee WHOIS) Rules“, Edgemoon Research Institute.

Đukić D., „Zaštita podataka o ličnosti sa osvrtom na novo zakonodavstvo evropske unije u ovoj oblasti“, Pravni zapisi.

Đukić D., „GDPR kao pretnja po WHOIS kakav poznajemo“, <https://www.domen.rs/sr-latn/gdpr-kao-pretnja-po-whois-kakav-poznajemo>.

Milić D., „Legitimni interes kao osnov obrade podataka o ličnosti“, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji – zbornik radova*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2020.

Popović D., Jovanović M., *Pravo interneta – odabrane teme*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.

Popović D., *Registracija naziva internet domena i pravo žiga*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.

PREGLEDNI RAD

PETA KATEDRA

PRAVO NA PRAVDU

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

GORDANA STANKOVIĆ

OPERACIONALIZACIJA PRAVA NA SLOBODU IZRAŽAVANJA U PARNIČNOM POSTUPKU

Pravo na slobodu izražavanja kao ustavno i konvencijsko osnovno ljudsko pravo manifestuje se i ostvaruje u različitim sferama društvenog života i u različitim oblicima neposrednog ili posrednog izražavanja. Ono se ispoljava i u civilnoj proceduri jer predstavlja jedan od bitnih elemenata prava na pravičan postupak. U parničnom postupku konkretizovano je kroz pojedina procesna načela tako da omogućava realizaciju niza procesnih ovlašćenja stranaka. Iako se pravo na slobodu izražavanja ostvaruje i štiti u postupku i izriču sankcije zbog njegove povrede, operacionalizacija prava na slobodu izražavanja u domenu civilne procedure nije bila u fokusu istraživanja, te je to i bio povod da se analizira ostvarivanje ovog prava na procesnom terenu i njegova eventualna ograničenja predviđena zakonom iz razloga taksativno predviđenih Ustavom (2006).

Ključne reči: *pravo na slobodu izražavanja, parnični postupak, procesna načela, parnične radnje*

U V O D

Pravo na slobodu izražavanja, imanentno demokratskom društvu, predstavlja deo korpusa tradicionalnih građanskih i političkih prava i kao jedno od osnovnih ustavnih¹ i konvencijskih prava garantuje se i štiti u nizu regionalnih i međunarodnih pravnih akata.² Predviđeno je najznačajnijim međunarodnim pravnim

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

¹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06, 115/21, 16/22.

² Npr. Američka konvencija o ljudskim pravima (1969), Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (1986), Povelja Evropske unije o osnovnim pravima (2016).

aktima univerzalnog karaktera koje je donela Organizacija ujedinjenih nacija³ i u aktima Saveta Evrope, kao jedne od najznačajnijih evropskih regionalnih organizacija.⁴ U pravnom sistemu Republike Srbije, u odredbi člana 46. Ustav Republike Srbije (2006), pored slobode mišljenja,⁵ garantuje se i pravo na slobodu izražavanja.

Pravo na slobodu izražavanja, kao fundamentalno ljudsko pravo koje omogućava iznošenje mišljenja, informacija, ideja ili kritičkih stavova, nije isključivo značajno samo po sebi. Njegov značaj je u njegovom instrumentalnom karakteru jer ono predstavlja način na koji se ostvaruje ali i štiti i niz drugih ljudskih prava,⁶ ostvaruje lična sloboda i jača demokratski kapacitet društva. Smatra se da je pravo na slobodu izražavanja ključno za razvoj i napredak i za svakog pojedinca i za funkcionisanje i napredak demokratskog društva.⁷ Zbog toga je bitna zaštita prava na slobodu izražavanja svakog lica, bez obzira na oblik i sadržinu u kome se javlja.⁸

Pravo na slobodu izražavanja ne odnosi se samo i isključivo na iznošenje mišljenja, informacija, ideja ili kritičkih stavova. Ono obuhvata i pravo da se ne iznese i zadrži sopstveni stav ili mišljenje, a ponekad i uskrati informacija.

Ustav RS (2006) u odredbi člana 46, pored garantovanja prava na slobodu izražavanja, u odredbi stava 2. istovremeno predviđa mogućnost da ovo ljudsko pravo bude ograničeno iz određenih razloga s obzirom na to da ono nije apsolutno pravo. Pravo na slobodu izražavanja može da bude ograničeno jedino zakonom,⁹

³ V.: Opšta deklaracija o ljudskim pravima OUN (1946), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima Skupštine Ujedinjenih nacija (1966).

⁴ Evropska Konvencija o ljudskim pravima i slobodama (1950).

⁵ Pravo na slobodu mišljenja predstavlja pravo pojedinca da javno izražava i iznosi svoje mišljenje, da ne bude uznemiravan i diskriminisan zbog svog mišljenja, kao i da ne bude predmet indoktrinacije.

⁶ Npr. pristup informacijama ili sloboda primanja i prenošenja informacija ili ideja.

⁷ U odluci Ustavnog suda Srbije (UŽ 7211/2013 od 19. maja 2016) navodi se da u demokratskom društvu „sloboda izražavanja predstavlja pravo da se neometano od bilo koga izražavaju mišljenja, informacije i ideje, bez obzira na sadržinu i njihovo dejstvo (nezavisno od toga da li informacija predstavlja činjenični, vrednosni ili mešoviti sud, da li je informacija politička, obrazovna, informativna, ima li naučnu, umetničku ili neku drugu vrednost.“

⁸ Izražavanje predstavlja saopštavanje različitih oblika informacija i ideja u vidu izgovorenih reči, pisanog teksta, različitih formi političkog ili debatnog govora, različitih formi umetničkog izražavanja u vidu fotografija, crteža, skulptura, filmova, video zapisa, kao i načina ponašanja.

⁹ U praksi Evropskog suda za ljudska prava smatra se da je pravo na slobodu izražavanja posebno značajna vrednost i da svako ograničenje ovog prava mora da bude predviđeno domaćim zakonima koje je u propisanom postupku donela skupština. Ograničenje ovog prava mora da ima demokratski legitimitet koji proizlazi samo iz izborne volje i skupštinske rasprave s tim da zakon mora

i to samo iz razloga, u granicama i obimu predviđenim osnovnim odredbama o ljudskim pravima.

Razlozi zbog kojih pravo na slobodu izražavanja može biti izuzetno ograničeno taksativno su predviđeni Ustavom (2006). Ovo fundamentalno ljudsko pravo može se ograničiti samo kad je to neophodno radi: zaštite prava i ugleda drugih,¹⁰ očuvanja autoriteta¹¹ i nepristrasnosti suda,¹² zaštite javnog zdravlja, zaštite morala demokratskog društva i radi zaštite nacionalne bezbednosti Republike Srbije.

Ograničenje prava na slobodu izražavanja predstavlja mešanje javne vlasti u vršenje ovog prava zbog nanesenih povreda drugim licima ili nanete štete ili zbog zloupotrebe ovog prava. Vršanjem ovog prava mogu se prekoračiti granice slobode izražavanja u društvu i izazvati povrede prava ličnosti, prava na dostojanstvo ili druga prava pojedinca, drugih lica ili društvenih grupa, iznositi netačni podaci o funkcionisanju državnih organa,¹³ ili se ovo pravo može zloupotrebiti ukoliko neko lice svojim izražavanjem širi govor mržnje.¹⁴ Zbog toga je neophodno da reaguju organi javne vlasti na način predviđen zakonom. Reakcija se javlja u vidu krivične kazne zbog određenih krivičnih dela, osude na naknadu štete u građanskoj parnici, kazne zbog uvrede suda, parničnog protivnika ili drugih učesnika u postupku, otkaza radnog odnosa uzbunjivaču, otpuštanja iz javne službe, izricanja disciplinskih

da bude javno objavljen, dostupan, precizan, jasan i predvidljiv. O tome u publikaciji Saveta Evrope: Dominika Bychawska-Siniarska, *Zaštita prava na slobodu izražavanja po Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Priručnik za pravnike, Savet Evrope, 2019.

¹⁰ U praksi Evropskog suda za ljudska prava pravo na zaštitu ugleda nekog lica tretira se kao deo prava na poštovanje privatnog života.

¹¹ Autoritet predstavlja opšti ugled koje uživa pojedinac ili institucija u društvu, Autoritet suda predstavlja ugled i poverenje koje uživa sud u pravosudnom sistemu pružanjem zakonite, pravne i pravične pravne zaštite.

¹² Pravila civilne procedure predviđaju institute isključenja i izuzeća kojima se obezbeđuje i ostvaruje nepristrasnost suda.

¹³ Ograničenje prava na slobodu izražavanja predviđeno je u cilju očuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda s obzirom na to da sud ima zadatak da pruži zakonitu pravnu zaštitu u pravično sprovedenom postupku i zbog toga treba da uživa poverenje građana. Ograničenje prava na slobodu izražavanja treba da zaštiti sud kao državni organ od uvreda koje mu upućuju pojedinci da bi poljuljali njegov autoritet i nepristrasnost i nezavisne i nepristrasne sudije od neosnovanih napada i vređanja.

¹⁴ Govor mržnje predstavlja izražavanje kojim se vrši diskriminacija pojedinca ili neke društvene grupe, vrši verbalni napad na neku društvenu grupu ili pojedinca, promovise rasizam ili nacionalistička ideologija ili vrši šovinistička propaganda. U praksi Evropskog suda za ljudska prava smatra se da govor mržnje predstavlja onaj oblik izražavanja kojim se širi, podstiče ili opravdava rasna ili verska mržnja, ksenofobija, antisemitizam, netolerancija ili diskriminacija prema manjinama ili imigrantima.

mera, zabrane emitovanja programa, zaplene videomaterijala, zabrane objavljivanja ili reprodukovanja određenih informacija, sadržaja ili fotografija itd.

Pravo na slobodu izražavanja ispoljava se u različitim sferama društvenog života i u različitim oblicima neposrednog ili posrednog izražavanja.¹⁵ Ono se manifestuje i u civilnoj proceduri jer, s jedne strane, predstavlja jedan od bitnih elemenata prava na pravičan postupak, a s druge, odnosi se i na javnost, usmenost, pismenost i jezik u postupku, kao i na pristup pretraživanju informacija u vidu prava na razgledanje i prepisivanje sudskih spisa i komentarisanje sudskih odluka.

U literaturi postoje radovi koji se uglavnom odnose na pravo na slobodu izražavanja u medijima, parlamentarnim diskusijama, političkom životu i izbornim procesima, o pravu na slobodu umetničkog izražavanja, na zloupotrebu slobode izražavanja u vidu govora mržnje.¹⁶ U literaturi iz oblasti civilne procedure najčešće se sreću radovi koji se odnose na pravo na slobodu izražavanja u medijima i na njihovu slobodu prenošenja informacija s obzirom na to da mediji po prirodi stvari predstavljaju nosioce opšteg prava na slobodu izražavanja.¹⁷ Osim toga, postoje i radovi u kojima se izlaže pravo na slobodu izražavanja u ustavnosudskoj praksi¹⁸ ili u praksi Evropskog suda za ljudska prava.¹⁹

U sudskoj praksi iz građanske materije,²⁰ u pogledu zaštite prava na slobodu izražavanja i sankcionisanja zbog povrede ovog prava najčešće se sreću odluke donete u parnicama koje se vode radi naknade nematerijalne štete zbog povrede časti

¹⁵ Pravo na slobodu izražavanja može se ostvariti usmenim ili pismenim putem, konkludentno, slikovnim ili vajarskim delom, video zapisom.

¹⁶ V. Tanasije Marinković, „Govor mržnje kao osnov ograničenja slobode izražavanja“, *Zbornik radova „Mediji i ljudska prava“*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2012, 313.

¹⁷ Pravo na slobodu izražavanja prvobitno je tretirano isključivo kao pravo na slobodu štampa. Međutim, raznovrsnost oblika izražavanja i sredstava komunikacije doprineli su da se pravo na slobodu izražavanja afirmiše kao osnovno, klasično ljudsko pravo.

¹⁸ V. Nikola Bodiroga, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd, 2019, 390.

¹⁹ V. na primer: Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava, Službeni glasnik*, Beograd, 2016, 324; Sanja Đorđević-Aleksovski, „Sloboda izražavanja medija u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Facta universitatis – series: Law and Politics*, No. 1, Univerzitet u Nišu, Niš, 2016, 55; Sanja Đorđević, „Sloboda izražavanja medija u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik radova „Mediji i ljudska prava“*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2012, 477.

²⁰ U krivičnoj materiji povodom uvrede koja je inkriminisana odredbama Krivičnog zakonika (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05 – ispravka, 107/05 – ispravka, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19) za razliku od klevete koja je dekriminalizovana, smatra se da ne postoji uvreda kada se ostvaruje legitimno pravo na slobodu izražavanja i kad se saopštavaju istinite informacije, misli, ideje ili stavovi.

i ugleda, u tzv. medijskim pravnim stvarima,²¹ u postupku za zaštitu uzbunjivača i u posebnim porodičnim parničnim postupcima u kojima dete ima pravo da slobodno izrazi svoje mišljenje.²²

Iako se pravo na slobodu izražavanja štiti i sankcioniše u opštem i u pojedinim posebnim parničnim postupcima, operacionalizacija prava na slobodu izražavanja u domenu civilne procedure nije bila u fokusu istraživanja. To je i bio povod da se analizira operacionalizacija prava na slobodu izražavanja na procesnom terenu kao element prava na pravičan postupak i ukaže na eventualna ograničenja ovog prava predviđena odredbama Zakona o parničnom postupku.²³

PRAVO NA SLOBODU IZRAŽAVANJA STRANAKA U PARNIČNOM POSTUPKU

Da bi stranka mogla da ostvari garantovana prava na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu svojih građanskih subjektivnih prava potrebno je da uživa potpunu slobodu izražavanja u postupku za pružanje pravne zaštite. Pravo na slobodu izražavanja, iako nije izričito regulisano odredbama ZPP (2011), omogućava strankama da slobodno zahtevaju pravnu zaštitu određene sadržine,²⁴ da iznose činjenične navode, da čine dokazne predloge i predlažu dokaze pod uslovima koje predviđaju procesna pravila, da raspravljaju pred sudom, da učestvuju u izvođenju dokaza, da pretresaju procesni materijal, da plediraju pred sudom, da izjavljuju pravne lekove.

Operacionalizacija prava na slobodu izražavanja u parničnom postupku ostvarena je kroz načelo obostranog saslušanja, raspravno načelo, načelo javnosti, načelo usmenosti i pismenosti, načelo o pravu na jezik.²⁵

²¹ O posebnim parničnim postupcima u medijskim pravnim stvarima: Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Univerzitet Megatrend, Beograd, 2013, 610; Gordana Stanković, *Leksikon građanskog procesnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 324; Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020, 572.

²² Dete određenog uzrasta ima pravo da slobodno izrazi svoje mišljenje ukoliko je sposobno za rasuđivanje.

²³ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – US, 74/13 – US, 55/14, 87/18, 18/20 – u daljem tekstu ZPP (2011).

²⁴ O normativnom ograničavanju prava na pravnu zaštitu videti: Gordana Stanković, „Normativno ograničavanje prava na pravnu zaštitu u parničnom postupku“, *Zbornik radova „Aktuelnost i značaj ljudskih prava i sloboda“*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Sarajevo, 2011, 91.

²⁵ Detaljno o procesnim načelima: G. Stanković, V. Boranijašević (2020), op. cit., 187.

Princip obostranog saslušanja, kao metodsko načelo kojim se ostvaruju određeni pravopolitički i pravnotehnički ciljevi,²⁶ garantuje mogućnost stranka da se izjašnjavaju o zahtevima, predlozima i navodima svog parničnog protivnika kao i mogućnost da se izjašnjavaju o procesnim i meritornim odlukama suda. Svaka stranka uživa slobodu izražavanja da bi mogla da brani svoja prava i svoju procesnu poziciju i sud je dužan da joj pruži mogućnost da se izjašnjava i da raspravlja pred sudom o relevantnom procesnom materijalu koji su iznele stranke ili treća lica ili ga je sud pribavio po službenoj dužnosti.

Pravo na slobodu izražavanja manifestuje se i u domenu pravnih lekova jer žalilac u pravnom leku ukazuje na eventualne povrede do kojih je došlo u postupku za pružanje pravne zaštite koje predstavljaju razlog za izjavljivanje pravnog leka, a protivnik žalioca ima pravo na odgovori na izjavljeni pravni lek.²⁷

Pravo na slobodu izražavanja u postupku stranka vrši ili neposredno ili posredstvom svog punomoćnika s tim što ima pravo da izmeni, dopuni, opozove ili povuče izjave koje je on dao u njeno ime i za njen račun s obzirom na to da je ona *dominis litis*. Pravo na slobodu izražavanja u postupku važi i za advokate²⁸ i odnosi se ne samo na sadržinu i suštinu informacija već i na oblik u kome se ona izražava. Pored voljnih zastupnika stranke, pravo na slobodu izražavanja u postupku imaju i ostali zastupnici – zakonski zastupnici i zastupnici pravnih lica. Pravo na slobodu izražavanja važi i za umešaće kao i za stranke *ad hoc*.²⁹

Posebna uloga koju imaju advokati kao punomoćnici, omogućava im ne samo da imaju pravo da se slobodno izjašnjavaju u ime i za račun zastupane stranke

²⁶ Detaljno: G. Stanković (2013), op. cit., 230; G. Stanković (2018), op. cit., 185; G. Stanković, V. Boranijašević (2020), op. cit., 196.

²⁷ Treba ukazati da ustaljenu praksu instancionih sudova koji, po pravilu, ne priznaju troškove stranci koja je podnela odgovor na izjavljeni pravni lek iako je stranka podnošenjem odgovora na dostavljeni pravni lek vršila svoja procesna ovlašćenja predviđena zakonom. Instancioni sud odluku o troškovima redovno obrazlaže time da odgovor na pravni lek nije bio neophodan. To je posebno karakteristično za revizijski postupak i po opštoj i po posebnoj reviziji iako je odgovor na pravni lek podneo advokat s obzirom na to da je u postupku po reviziji obavezno advokatsko zastupanje.

²⁸ U praksi Evropskog suda za ljudska prava smatra se da je pravo na slobodu izražavanja advokata izraz nezavisnosti advokature i advokata kao pravne struke i da je ovo pravo bitno za delotvorno funkcionisanja pravosuđa i ostvarivanje prava na pravičan postupak i pravično suđenje. Iako pravila etičkog kodeksa koji se odnosi na ponašanje advokata (Kodeks profesionalne etike advokata, „*Službeni glasnik RS*“, br. 27/12, 159/20 – US) predviđaju pravila profesionalnog ponašanja koje treba da bude dostojanstveno, odmereno i pristojno tj. da advokat poštuje pravila postupka, da način i sadržaj njegovog izražavanja budu uljudni, u praksi ponekad ima odstupanja u ponašanju pojedinih advokata.

Odmereno i pristojno ophođenje podrazumeva poštovanje pravila postupka, uljudan sadržaj i način izražavanja, i uredno i prikladno odevanje.

²⁹ O strankama *ad hoc* detaljno: G. Stanković (2018), op.cit., 440.

radi zaštite njenih legitimnih prava i interesa, već i da javno komentarišu sudske odluke u granicama slobode izražavanja. Sloboda izražavanja advokata nije neograničena ni u sudnici, u toku usmene rasprave, u komunikaciji sa sudom, sa drugom strankom i ostalim učesnicima u postupku, ni u pismenoj komunikaciji sa sudom³⁰ jer su oni dužni da poštuju pravo na dostojanstvo drugih lica i autoritet suda kao državnog organa.

Pravo na slobodu izjašnjavanja realizuje se i kroz konkretizovani raspravni princip koji omogućava strankama da iznesu procesni materijal koji je neophodan za odlučivanje o osnovanosti tužbenog zahteva. Stranke najbolje poznaju životni događaj u kome je došlo do spora koji se rešava u parnici tako da one u svojim stranačkim govorima iznose činjenične tvrdnje od kojih treba da bude obrazovana činjenična podloga za sudsku odluku. Stranke redovno iznose procesni materijal u pripremnim podnescima i u raspravnom govoru, u odgovorima na pitanja suda, a izuzetno i u pravnim lekovima pod uslovima predviđenim zakonom.

Realizaciju prava na slobodno izjašnjavanje u parničnom postupku omogućavaju i princip usmenosti i princip pismenosti kao metodska načela koja se odnose na formu stranačkih parničnih radnji.

Na ročištima za usmenu raspravu stranke odnosno njihovi punomoćnici se neposredno, usmeno i javno izjašnjavaju o procesnom materijalu i istaknutim zahtevima. Zbog toga stranka ima pravo da bude prisutna na ročištu na kome se raspravlja, da se izjašnjava o navodima i predlozima parničnog protivnika i o odlukama suda. Pravo na slobodno izjašnjavanje manifestuje se i kroz informativno saslušanje stranke kada su sudu potrebne informacije o određenim činjenicama.³¹

Pravo na slobodno izjašnjavanje realizuje se na procesnom terenu kroz sve vrste izjava stranaka, kao vrstu stranačkih parničnih radnji,³² kojima stranka daje izjave o materijalnopравnim odnosima, stanju stvari i o pravnim normama jer ona na taj način pruža sudu neophodan procesni materijal potreban za donošenje odluke kojom se rešava nastali spor. Slobodnim izjašnjavanjem stranka iznosi procesnu građu, izjašnjava se o procesnom materijalu koji je izneo njen parnični protivnik ili koji je na raspravi prikupljen i koji se na raspravi pretresa. Isto tako, pravo na slobodu izjašnjavanja manifestuje se prilikom pravnog razlaganja stranke kada ona argumentovano pledira za donošenje odluke određene sadržine.

³⁰ Kodeks profesionalne etike advokata predviđa u odredbi člana 38. da kritika suda u usmenim izlaganjima advokata i u podnescima ne sme da bude saopštena na neprimeren ili uvredljiv način.

³¹ Detaljno o tome: G. Stanković (2013), op.cit., 469.

³² Detaljno: G. Stanković, V. Boranijašević (2020), op.cit., 230.

I svojim neutralnim izjavama kojima stranka saopštava sudu da nešto ne zna, ne ume da odgovori ili ne zna da odgovori, da se ne seća, da neće da se izjasni, da je to zaboravila itd. stranka vrši svoje pravo na slobodno izražavanje. Neutralnim izjavama stranka se faktički izjašnjava o stanju stvari s tim što ne iznosi činjenice niti se izjašnjava o činjenicama koje je izneo njen parnični protivnik tako da sud pred sobom ima samo činjenični navod jedne stranke. Čutanjem ili saopštavanjem neutralne izjave stranka vrši svoje pravo na uskraćivanje iznošenja stava ili činjenice.

Stranka vrši svoje pravo na slobodno izjašnjavanje u postupku ne samo na raspravi već i u podnescima, kao obliku pismene komunikacije. Propisivanjem obavezne i fakultativne sadržine podneska, dužnosti da se podnesci predaju blagovremeno i sankcionisanje nedostataka u podnescima,³³ pravo na slobodu izražavanja stranke nije ograničeno, posebno kad je stranka neuka, jer se radi o procesnim pravilima kojima se ostvaruju određeni pravno-politički ciljevi i koja treba da omoguću pružanje pravne zaštite u razumnom roku, otklone povrede procesnih pravila i procesne discipline, kao i nesavesno, šikanozno i abuzivno postupanje stranaka.³⁴

Pravo na slobodu izražavanja obuhvata i pravo da se ne iznese i zadrži sopstveni stav ili mišljenje ili da se uskrati informacija u domenu parničnog postupka javlja se u toku dokaznog postupka kod edicione dužnosti kad stranka ili treće lice uskraćuje da preda sudu ispravu koja sadrži određenu informaciju o pravno relevantnim činjenicama.³⁵

Pravo na uskraćivanje informacija u toku dokaznog postupka javlja se i kao ograničenje dužnosti svedočenja³⁶ jer svedok ima pravo da uskrati odgovor na postavljeno pitanje ili da uskrati svedočenje³⁷ iz razloga koji su predviđeni zakonom.³⁸ Ograničenje u pogledu izjašnjavanja svedoka postoji i ukoliko je svedok lice koje nije sposobno da se izjasni o činjenicama koje su predmet dokazivanja.

³³ Pravila o ispravljanju i dopuni podnesaka odnose se isključivo na neuku stranku da bi joj se omogućilo pravo da raspravlja pred sudom.

³⁴ U vreme važenja jugoslovenskog ZPP (1956) bila je rasprostranjena praksa da advokat žalioca podnosi blagovremeno žalbu bez navođenja razloga i obima pobijanja (tzv. najava žalbe) te je sud u tom slučaju, prema odredbi čl. 340. st. 3, nalagao da se žalba dopuni da bi se, pre njenog dostavljanja instancionom sudu, otklonili njeni nedostaci. Takvo postupanje advokata, koje je imalo je abuzivni i šikanozni karakter, bilo je povod da jugoslovenski ZPP (1976) uvede institut nepotpune žalbe.

³⁵ Detaljno: G. Stanković (2018), op.cit., 72.

³⁶ Ograničenje dužnosti svedočenja odnosi se na davanje iskaza a ne i na dužnost odazivanja pozivu suda s obzirom na to da odazivanje na poziv suda građanska dužnost.

³⁷ Detaljno: G. Stanković, V. Boranijašević (2020), op.cit., 423.

³⁸ V. odredbe 249–251. ZPP (2011).

Davanje lažnog iskaza predstavlja krivično delo i odgovornost svedoka postoji i kad njegov iskaz nije uticao na formiranje činjeničnog supstrata odluke.

Pravo na uskraćivanje informacija u toku dokaznog postupka manifestuje se i u situaciji kad veštak iz opravdanih razloga uskrati veštačenje.³⁹

Kad je sud odredio izvođenje dokaza saslušanjem stranaka⁴⁰ i odlučio da se sasluša samo stranka koja se odazvala na poziv suda, izostala stranka je nedolaskom na ročište za izvođenje dokaza saslušanjem stranaka faktički uskratila informacije o činjenicama koje su bile predmet dokazivanja. S druge strane, odluka suda da izvede dokaz saslušanjem samo jedne stranke ne predstavlja povredu prava na slobodu izražavanja druge stranke kad je sud doneo odluku o saslušanju samo jedne stranke ukoliko se uverio da drugoj stranci nisu poznate sporne činjenice.

Pravo na slobodu izjašnjavanja operacionalizovano je i kroz pravila o opštoj i stranačkoj javnosti.

Opšta javnost usmene rasprave ne predstavlja samo pravo građana da kao publika prisustvuju raspravi na ročištima, već i pravo da mogu da se slobodno izjašnjavaju, saopštavaju i reprodukuju ono što je bilo izneto u toku usmene rasprave.⁴¹

Princip javnosti omogućava slobodu izražavanja putem informisanja javnosti, koje se manifestuje kroz mogućnost razgledanja spisa, objavljivanje odluka na internet stranici suda, u informativnim biltenima suda ili u štampi, publikovanje odluka ili pojedinih elemenata njihove sadržine i njihovo komentarisanje u stručnoj štampi, izveštavanje sa suđenja ili kroz saopštenja portparola suda.

Lica koja imaju opravdan interes imaju pravo da se informišu tako što imaju pravo da pregledaju parnične spise predmeta i da uz dobijenu dozvolu prepisuju pojedine spise.⁴²

Stranačka javnost omogućava da ročištu na kome se preduzimaju parnične radnje prisustvuju oba parničara koja imaju pravo da se slobodno izjašnjavaju prilikom preduzimanja parničnih radnji. Stranka ima pravo ne samo da prisustvuje ročištu i da se javno izjašnjava, već i da razgleda parnične spise i da se informiše o njihovoj sadržini jer za nju praktično, i po pravilu, u postupku nema nikakvih

³⁹ V. odredbu člana 265. ZPP (2011).

⁴⁰ O razlikama između stranačkog govora, informativnog saslušanja stranke i saslušanja stranaka videti: G. Stanković, V. Boranijašević (2020), op.cit., 434.

⁴¹ Detaljno o tome: Mihajlo Dika, „Načelo javnosti u parničnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2008, 4; Jozo Čizmić, „Javnost glavne rasprave“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2, Rijeka, 2021, 283.

⁴² Kad je postupak u toku dozvolu za pregledanje, fotokopiranje, fotografisanje i prepisivanje pojedinih spisa daje sudija. Kad je postupak završen, dozvolu za razgledanje i prepisivanje spisa daje predsednik suda odnosno zaposleni u sudu koga on odredi.

tajni.⁴³ Stranačka javnost može da bude isključena samo zakonom. Isključenje javnosti se ispoljava u tome što stranke ne mogu da prisustvuju većanju i glasanju i što nemaju pravo da razgledaju zapisnik o većanju i glasanju.

Pravo na slobodu izražavanja nije ograničeno ukoliko je u interesu održanja javnog reda isključena javnost *ex lege* u statusnim pravnim stvarima ili odlukom suda kada to zahtevaju interesi morala,⁴⁴ javnog reda, državne bezbednosti, čuvanja vojne, službene ili poslovne tajne, radi zaštite privatnog života stranaka ili radi održavanja reda u sudnici jer bi upoznavanje javnosti sa sadržinom suđenja, stranačkog govora ili iskaza svedoka ili veštaka moglo da utiče na pravilno, zakonito i nepristrasno suđenje ili bi izazvalo nered ili dovelo do pritiska na sud.

Pravo na slobodu izražavanja u postupku operacionalizovano je i kroz pravo na upotrebu svog jezika i pisma koje omogućava da se ostvari pravo na pravnu zaštitu, pravo na pristup sudu, pravo na pravičan postupak, pravo na jednak položaj u postupku, pravo na obostrano saslušanje. Pravo na upotrebu jezika određeno je, u skladu sa odredbama Ustava (2006) i evropskim standardima predviđenim međunarodnim pravnim aktima, kao pravo stranke da u postupku slobodno upotrebljava svoj jezik i pismo. Ovo načelo konkretizovano je u posebnim odredbama ZPP koje se odnose na jezik u postupku, odredbama koje se odnose na pravo na besplatnog prevodioca i tumača znakovnog jezika.

OGRANIČENJA PRAVA NA SLOBODU IZRAŽAVANJA

Pravo na slobodu izražavanja stranaka i njihovih zastupnika nije apsolutno pravo ni u domenu parničnog postupka jer ni Ustav (2006) ni konvencijske norme ne garantuju neograničenu slobodu izražavanja. Sloboda izražavanja stranaka i njihovih zastupnika nije neograničena i određeni pravopolitički interesi opravdavaju ograničenje ove slobode. Ograničenje slobode izražavanja ima svoj osnov u odredbama ZPP (2011) i motivisano je ostvarivanjem određenih pravopolitičkih ciljeva.

Sloboda stranaka i njihovih zastupnika u pogledu prava na slobodno izražavanje u toku rasprave odnosi se na suštinu spora koji je predmet parnice, a njeno ograničenje predviđeno je radi zaštite određenih javnih interesa. Zakonodavac je ograničio slobodu izjašnjavanja, pre svega, time što je naložio strankama da u stranačkim

⁴³ G. Stanković, V. Boranijašević (2020), op.cit., 212.
V. odredbu člana 278. ZPP (2011).

⁴⁴ Isključenje javnosti kada to zahtevaju interesi morala treba da obezbedi slobodu izražavanja stranaka i svedoka u postupku koji bi se zbog prisustva javnosti ustezali da iznesu neke činjenice iz straha od moralne osude javnosti, ali i da omogući sudu i strankama odnosno njihovim zastupnicima da slobodno postavljaju pitanja u toku rasprave ili dokaznog postupka.

govorima savesno koriste svoja procesna ovlašćenja i da ih ne zloupotrebljavaju. Stranke koje u svojim stranačkim govorima iznose neistinite pravno relevantne činjenice, neistinito informišu sud o bitnim dokazima označavanjem dokaznih sredstava ili koje u svojim pravnim razlaganjima iznose netačne pravne argumente namernim pozivanjem na nepostojeće sudske odluke ili sudsku praksu, pravne izvore ili literaturu, nesavesno se parniče ili zloupotrebljavaju procesna ovlašćenja.

Pravo na slobodu izjašnjavanja ograničeno je u pogledu dopuštenosti iznošenja novota na pripremno ročište ili prvo raspravano ročište ako nije bilo pripremnog ročišta. Ograničenje slobode izjašnjavanja pravilima o prekluziji u pogledu iznošenja procesnog materijala u određenoj fazi postupka motivisano je nastojanjem da se postupak odvija u razumnom roku s obzirom na to da je pravo na suđenje u razumnom roku jedan od elemenata prava na pravičan postupak. Pravo stranke nije povređeno jer je ona imala mogućnost da iznosi procesni materijal do određenog trenutka u razvoju postupka. Osim toga, strankama je u interesu da se postupak okonča u razumnom roku, s jedne strane, a s druge, od pravila o prekluziji u pogledu iznošenja procesnog materijala odstupa se ukoliko nema krivice stranke zbog nastalog propusta s tim što je ona dužna da svoj propust opravda.

Pravo na slobodu izražavanja kvalifikovanih zastupnika ograničeno je pravilom o odbacivanju neurednih podnesaka.⁴⁵ Ova procesna sankcija predviđena je u interesu efikasnosti i suđenja u razumnom roku i kao vid prevencije zloupotrebe procesnih ovlašćenja.

Ograničenje prava na slobodu izražavanja javlja se u pojedinim situacijama kao posledica isključenja javnosti. Licima kojima je u slučaju isključenja javnosti bilo dopušteno da prisustvuju raspravi na ročištu nemaju pravo da saopštavaju ili reprodukuju ono što su saznala u toku rasprave s obzirom na to da ih je sud posebno na to upozorio. Ograničenje prava na slobodu izražavanja postoji u slučaju isključenja javnosti i u odnosu na ona lica kojima je sud dozvolio da pregledaju i prepisuju sudske spise uz upozorenje da su dužna da čuvaju kao tajnu informacije dobijene pregledanjem i prepisivanjem spisa.⁴⁶

Pravo na slobodu izražavanja ograničeno je u interesu očuvanja autoriteta sudske vlasti i njenih nosilaca, prava na dostojanstvo učesnika u postupku, poštovanja pravila pristojnosti i procesne discipline. Sud je dužan da se stara o održavanju reda u toku usmene rasprave⁴⁷ i u tom pogledu on ima ovlašćenje da izriče sankcije ukoliko se ometa rad suda, red u sudnici ili se upućuju uvrede sudu i učesnicima u postupku.

⁴⁵ V. odredbu čl. 101. St. 5 ZPP (2011).

⁴⁶ O tome: Mihajlo Dika, (2008), op.cit., 4.

⁴⁷ V. odredbe čl. 332–335 ZPP (2011).

Udaljenje iz sudnice, kao sankcija koju sud može da izrekne strankama, punomoćniku-neadvokatu, advokatu, advokatskom pripravniku, javnom tužiocu, pravobraniocu, zbog povreda pravila pristojnosti i procesne discipline predstavlja zakonom predviđeno i dozvoljeno ograničenje slobode izražavanja.

Stranka, njen zastupnik ili drugi učesnik u postupku mogu da uvrede sud kao instituciju i sudiju kao ličnost ili da svojim izjavama vređaju ili omalovažavaju parničnog protivnika ili učesnika u postupku.⁴⁸ Prekoračenje prava na slobodu izražavanja sankcionisano je tako što je zakonodavac propisao pravila kojima je predvideo dužnost suda da zbog prekoračenja slobode izražavanja vređanjem suda, stranke ili drugog učesnika u postupku izriče novčane kazne. Sud je dužan da u adhezionom postupku utvrdi da li su u vršenju slobode izražavanja prekoračene granice pristojnosti i potreba za očuvanjem procesne discipline. Prilikom ocenjivanja eventualnog prekoračenja slobode izražavanja sud je dužan da utvrdi da li stranački govor predstavlja izjavu o činjenicama⁴⁹ ili se radi o iznošenju vrednosnog suda.⁵⁰

Razlika između činjenica i vrednosnih sudova je u tome što se u svakom konkretnom slučaju činjenice mogu dokazati dok to nije slučaj s vrednosnim sudovima. Razlikovanje činjenice i vrednosnog suda predstavlja zadatak parničnog suda i u domenu je njegove slobodne ocene. U tom pogledu u praksi često nastaju situacije kada je teško da se proceni i utvrdi da li se radi o činjeničnom navodu ili o vrednosnom sudu, posebno u situaciji kada je iskaz mešovite prirode tj. kad se vrednosni sud zasniva na činjenicama.

Pravo na slobodu izražavanja omogućava iznošenje vrednosnog suda kao ličnog stava jednog lica o pojedincima, društvenim grupama i državnim organima. U praksi Evropskog suda se, međutim, smatra da iznošenje uvredljivog vrednosnog suda, ukoliko je zasnovano na dovoljnoj činjeničnoj osnovi, uživa apsolutnu zaštitu.

⁴⁸ „Navodi žalbe da nije postojala namera vređanja suda i da se radi o figurativnom izražavanju punomoćnika, nisu osnovani. Iz sadržine spornog pravnog leka proizlazi da je advokat naveo izraze, koji objektivno predstavljaju uvredljivo i omalovažavajuće izražavanje o sudiji.“ (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gž 11/06 od 2. februara 2006.)

⁴⁹ Izjavom o činjenicama stranka iznosi podatak iz stvarnosti i opisuje neki događaj, radnju, predmet ili pojavu koja postoji u stvarnosti ili prošlosti i koji se može opaziti čulima tako da se njeno saznanje može preneti drugima i proveriti dokazivanjem.

⁵⁰ Vrednosni sud, kao rezultat misaonog procesa, predstavlja mišljenje, stav, zaključak ili ocenu o nekoj pojavi, licu, predmetu ili događaju. On se, kao lični stav nekog lica, ne može utvrditi na objektivan način, niti se istinitost mišljenja može proveriti ili dokazivati. Vrednosni sud se može samo oceniti kao pravilan ili nepravilan prema subjektivnim ili objektivnim kriterijumima.

Pravo na slobodu izražavanja odnosi se na govor stranaka ili punomoćnika koji nije uvredljiv.⁵¹ Pri tome je bitno da se pravi razlika između uvrede i kritike, što se posebno odnosi na oblik izražavanja u podnescima kojima se komentariše odluka suda.⁵² Smatra se da ukoliko je kritika, kao vrednosni sud, upućena sudu nema razloga za sankcionisanje povrede prava na slobodu izražavanja izicanjem kazne zbog povrede procesne discipline.

Ukoliko su u pravnom leku upotrebljeni omalovažavajući ili uvredljivi izrazi o sudu, parničnom protivniku ili drugim učesnicima u postupku, sud je dužan da u smislu odredbe člana 186. ZPP (2011) kazni žalioca novčanom kaznom. Prilikom procene da li konkretna uvreda predstavlja povredu prava na slobodu izražavanja sud je dužan da koristi objektivna⁵³ a ne subjektivna merila.

Da bi neka izjava objektivno predstavljala uvredu potrebno je da ona sadrži u sebi omalovažavanje koja ne obuhvata činjenične tvrdnje. Subjektivna ocena, zaključak ili mišljenje predstavljaju vrednosni sud i utvrđivanje istinitosti iskaza nije moguće. Ukoliko je, međutim, u pitanju okolnost koja postoji ili se pojavljuje u stvarnosti i čije se postojanje ili nepostojanje može objektivno utvrditi, moguće je utvrđivanje istinitosti sadržaja takve izjave.

Postupak zbog izricanja kazne zbog povrede procesne discipline time što je uvreda upućena sudu, strankama ili drugim učesnicima u postupku vodi se kao adhezioni postupak. Ukoliko je u podnesku uvređen sud, sudija pojedinac ili sudija izvestilac instancionog suda ocenjuje da li je u pravnom leku stranka uvredila sud ili sudiju⁵⁴ i ukoliko oceni da je u pitanju uvreda, donosi rešenje kojim kažnjava stranku ili advokata.

⁵¹ U praksi Evropskog suda za ljudska prava sloboda izražavanja se šire tumači jer se smatra da govor može da sadrži i izjave koje vređaju, šokiraju ili uznemiravaju državu ili deo populacije i da to predstavlja izraz pluralizma, tolerancije i otvorenosti mišljenja kao karakteristika demokratskog društva. Isto tako, u praksi Evropskog suda tolerišu se i vulgarni izrazi jer se smatra da oni predstavljaju ili vrednosne sudove ili oblik prenošenja ideja ili informacija kao izraz stila govornika.

⁵² U jednoj odluci Vrhovnog kasacionog suda smatra se da iskaz žalioca u izjavljenom pravnom leku da je advokat parničnog protivnika žalioca politički moćnik po čijim nalogima sudi jedan broj nedostojnih i od politike zavisnih sudija predstavlja kritiku rada pravosuđa zbog sumnje u njegovu nepristrasnost a ne predstavlja omalovažavanje advokata koji je označen kao politički moćnik. Isto tako, smatra se da navod da je neko politički moćnik nema pejorativno značenje.

⁵³ Prema objektivnim merilima izjava ili ponašanje nekog lica ima uvredljiv karakter ukoliko predstavlja omalovažavanje, potcenjivanje ili vređanje nekog lica kojim se izražava nepoštovanje dostojanstva drugog lica.

⁵⁴ U domaćoj štampi je zabeleženo da je stranka kažnjena novčanom kaznom jer je ocenjeno da je devet puta u podnesku u negativnom značenju upotrebila izraz „sudijica“ koji predstavlja deminutiv od imenice sudija. V.: „Neobična odluka Višeg suda u Beogradu, kažnjen jer je sudiju nazvao sudijica“, *Politika*, 25. avgusta 2017.

Pravo na slobodu izražavanja može da bude povređeno ako su navodi stranke ili njenog punomoćnika u podnesku uvredljivi. U tom slučaju sud ima zadatak da proceni da li je prekoračeno pravo na slobodu izražavanja i da eventualno izrekne odgovarajuću, zakonom predviđenu sankciju.

Smatra se, iako su u podnesku upotrebljeni uvredljivi izrazi, da nema povrede slobode izražavanja ukoliko je stranka to učinila da bi ostvarila legitimne ciljeve. Tako se u jednoj odluci Vrhovnog kasacionog suda⁵⁵ smatra da advokat koji je zastupao stranku u jednoj parnici nije pretrpeo nematerijalnu štetu zbog povrede časti i ugleda zbog navoda u žalbi protiv presude koja je upućena sudskim instancama i suprotnoj stranci jer parnična stranka ima pravo da radi ishodovanja uspeha u parnici koristi u postupku dozvoljena pravna sredstva u koja spadaju i pravni lekovi. Žalilac kao stranka koja nije uspela u parnici ima pravo da koristi dozvoljene pravne lekove i da u njima iznosi sve što smatra da će mu pomoći u osporavanju pobijane odluke. Ograničenje slobode govora u pravnom leku predstavljalo bi ograničenje prava na pravni lek nametanjem dužnosti uzdržavanja od tvrdnji koje mogu da uznemire ostale subjekte u postupku i imalo bi odvrtaćajući efekat suprotan pravu stranke na pravičan postupak i pravično suđenje.

ZAKLJUČAK

Operacionalizacija prava na slobodu izražavanja u parničnom postupku ostvarena je kroz pojedina fundamentalna methodska procesna načela koja omogućavaju da parnične stranke i njihovi zastupnici slobodno zahtevaju pravnu zaštitu određene sadržine i da preduzimaju parnične radnje kojima iznose činjenične navode, čine dokazne predloge, raspravljaju pred sudon, učestvuju u izvođenju dokaza, pretresaju procesni materijal, plediraju, izjavljuju pravne lekove. Načelo obostranog saslušanja, raspravno načelo, načelo javnosti, načelo usmenosti i pismenosti i načelo o pravu na jezik omogućavaju realizaciju prava na slobodu izražavanja pod uslovima i na način koji je predviđen pravilima procesnog prava.

Sloboda izražavanja stranaka i njihovih zastupnika u parničnom postupku nije neograničena jer određeni pravopolitički interesi opravdavaju ograničenje ovog prava. Sloboda stranaka i njihovih zastupnika u pogledu prava na slobodno izražavanje u toku rasprave odnosi se na suštinu spora koji je predmet parnice, a njeno ograničenje predviđeno je radi zaštite određenih javnih interesa i procesnih ciljeva.

⁵⁵ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev 4539/20 od 10. februara 2021.

Zakonodavac je, pre svega, ograničio slobodu izjašnjavanja time što je propisao dužnost stranaka da u stranačkim govorima savesno koriste svoja procesna ovlašćenja i da ih ne zloupotrebljavaju. Pravo na slobodu izražavanja ograničeno je isto tako i u interesu očuvanja autoriteta sudske vlasti i njenih nosilaca, prava na dostojanstvo učesnika u postupku, pravila pristojnosti i procesne discipline.

Prekoračenje prava na slobodu izražavanja u toku usmene rasprave ili u podnescima sankcionisano je tako što je zakonodavac propisao pravila kojima je predvideo dužnost suda da zbog prekoračenja slobode izražavanja vređanjem suda, stranke ili drugog učesnika u postupku izriče novčane kazne. Pre no što izrekne zakonom predviđenu procesnu kaznu zbog uvrede nanete sudu ili zbog povrede prava ličnosti i prava na dostojanstvo, sud je dužan da, s obzirom na nastali sukob javnog i privatnog interesa, dobro proceni koju pravnu vrednost treba da zaštiti u konkretnom slučaju.

Ako su, međutim, u dozvoljenom pravnom leku upotrebljeni uvredljivi izrazi smatra se da nema povrede slobode izražavanja ukoliko je stranka to učinila da bi ostvarila legitimne ciljeve jer bi ograničenje slobode govora u pravnom leku predstavljalo nametanje dužnosti uzdržavanja od tvrdnji koje mogu da uznemire ostale subjekte u postupku i imalo bi odvratajući efekat suprotan pravu stranke na pravičan postupak i pravično suđenje.

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

OPERATIONALIZATION OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN CIVIL PROCEEDINGS

Summary

The right to freedom of expression as a constitutional and conventional basic human right is manifested and exercised in various spheres of social life and in various forms of direct or indirect expression. It is also manifested in civil proceedings because it represents one of the essential elements of the right to a fair procedure. In civil proceedings, it is concretized through certain procedural principles, so that it enables the realization of a number of procedural powers of the parties. Although the right to freedom of expression is exercised and protected in a procedure and sanctions are imposed in case of its violation, the operationalization of the right to freedom of expression in the field of civil procedure had not been in the focus of research. Therefore, this fact was the reason for analyzing the realization of this right in the procedural domain, as well as possible restrictions regulated by law for reasons exhaustively provided by the Constitution (2006).

Key words: right to freedom of expression, civil proceedings, procedural principles, civil actions

Literatura

- Bodiroga N., *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd, 2019.
- Bychawska-Siniarska D., *Zaštita prava na slobodu izražavanja po Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Priručnik za pravnike, Savet Evrope, 2019.
- Dika M., „Načelo javnosti u parničnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2008.
- Đorđević-Aleksovski S., „Sloboda izražavanja medija u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Facta universitatis – series: Law and Politics*, br. 1, Univerzitet u Nišu, 2016.
- Đorđević S., „Sloboda izražavanja medija u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik radova „Mediji i ljudska prava“*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2012.
- Marinković T., „Govor mržnje kao osnov ograničenja slobode izražavanja“, *Zbornik radova „Mediji i ljudska prava“*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2012.
- Stanković G., „Normativno ograničavanje prava na pravnu zaštitu u parničnom postupku“, *Zbornik radova „Aktuelnost i značaj ljudskih prava i sloboda“*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Sarajevo, 2011.
- Stanković G., *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Univerzitet Megatrend, Beograd, 2013.
- Stanković G., *Leksikon građanskog procesnog prava*, Službeni list, Beograd, 2018.
- Stanković G., Boranijašević V., *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020.
- Čizmić J., „Javnost glavne rasprave“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2, Rijeka, 2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

SLOBODA IZRAŽAVANJA U SUDSKIM POSTUPCIMA

Pravo na slobodu izražavanja, garantovano članom 10 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, odnosi se na svakog pojedinca zaštićenog ovom Konvencijom, i pored slobode izražavanja, daje mu slobodu i pravo primanja svih informacija od javnog interesa. Navedeno pravo garantuje i prijem informacija vezanih za javne sudske postupke. Sudije, kao i druge profesije uključene u sudski postupak (tužioc, pravobranioci, advokati) uživaju pravo na slobodu izražavanja u sudskim postupcima i svako ograničenje ovog prava zahteva adekvatnu kontrolu i preispitivanje. Informacije o sudskim postupcima i svim pitanjima koja se postave pred sudom, treba da budu dostupne javnosti, osim u zakonom propisanim slučajevima kada je javnost isključena, s tim da ne smeju da budu prekoračene granice postavljene u interesu pravilnog sprovođenja pravde i očuvanja drugih ljudskih prava garantovanih Konvencijom. Neretko u sudskim postupcima pravo na slobodu izražavanja dolazi u sukob sa drugim pravima garantovanim Konvencijom koja uživaju jednaku zaštitu, naročito sa pravom na pravično suđenje, garantovanim čl. 6 st. 1 Konvencije, kada dopustiv komentar, u kontekstu sudskog postupka, može da ugrozi pravičnost suđenja ili dovesti u pitanje ulogu suda u sprovođenju pravde. U toj situaciji, na Evropskom sudu za ljudska prava je da, prilikom donošenja odluke o eventualnoj povredi ljudskih prava, odmeri interese o kojima je reč.

Ključne reči: sloboda izražavanja, ljudska prava, sudski postupci, informacije od javnog značaja

POJAM SLOBODE IZRAŽAVANJA I OGRANIČENJA OVOG PRAVA

Pojam slobode izražavanja

Prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija)¹ svako ima pravo na slobodu izražavanja, koje pravo uključuje slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ova odredba ne sprečava države da zahtevaju dozvole za rad televizijskih, radio i bioskopskih preduzeća. Nadalje je propisano da, pošto korišćenje ovih sloboda povlači za sobom dužnosti i odgovornosti, ono se može podvrgnuti formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu, u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju, ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva.²

Opisano pravo je jedan od osnovnih činilaca za ostvarivanje demokratskog društva, kroz negovanje, i čak promociju, pluralizma mišljenja u javnom mnjenju, vezano za pitanja za koja javnost ima legitimni interes da ih sazna. U sudskim postupcima se sloboda izražavanja odnosi na sve profesije uključene u sudski postupak (tužioc, pravobranio, advokati), kao i na lica koja informišu javnost i izveštavaju o toku sudskih postupaka (novinari, mediji).

Ograničenja prava na slobodu izražavanja

Napred citirana odredba čl. 10 st. 2 Konvencije reguliše dopuštena ograničenja primene prava na slobodu izražavanja, koja razvija Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) kroz sudsku praksu i predstavlja svojevrsan „zakon koji je doneo

¹ Čl. 10 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, 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 – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015).

² Čl. 10 Konvencije.

sudija“, što bi predstavljalo doslovan prevod sintagme „*judge made law*“ koja se pripisuje praksi Suda i ima snažan autoritet na sudove država ugovornica Konvencije.

Prilikom ocene opravdanosti mešanja države u ograničenja slobode izražavanja, Sud primenjuje trodelni test kojim se ispituje kada se država može da ograniči ovo pravo, a to su:

1. kada je to propisano zakonom,
2. kada ima za cilj da zaštiti javni interes i
3. kada je neophodno demokratskom društvu.

SLOBODA IZRAŽAVANJA UČESNIKA U SUDSKIM POSTUPCIMA

Sloboda izražavanja sudija

Ustavom Republike Srbije propisano je da su sudovi samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora.³ Sudija je u vršenju sudijske funkcije nezavisan i potčinjen samo Ustavu i zakonu, a svaki uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije je zabranjen.⁴ Sudija ne može biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke, osim ako se radi o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudije, niti može biti lišen slobode u postupku pokrenutom zbog krivičnog dela učinjenog u obavljanju sudijske funkcije bez odobrenja Visokog saveta sudstva.⁵

Pored Ustava Republike Srbije, Zakon o sudijama⁶ garantuje sudijama pravo na slobodu mišljenja prilikom donošenja sudske odluke i to tako što propisuje da sudija ne može biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke, osim ako se radi o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudije i da sudija ne može biti lišen slobode u postupku pokrenutom zbog krivičnog dela učinjenog u obavljanju sudijske funkcije bez odobrenja Visokog saveta sudstva.⁷

³ Čl. 142. st. 2 Ustava Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 od 10. 11. 2006. godine).

⁴ Čl. 149 Ustava Republike Srbije.

⁵ Čl. 151 Ustava Republike Srbije.

⁶ Zakon o sudijama je objavljen u *Službenom glasniku RS*, br. 116/2008, 58/2009 – Odluka US RS, 104/2009, 101/2010 (čl. 5–7 nisu u prečišćenom tekstu), 80/2011 – Odluka US RS, 8/2012 – Odluka US RS, 121/2012, 124/2012 – Odluka US RS, 101/2013 (čl. 34–36 nisu u prečišćenom tekstu), 111/2014 – Odluka US RS, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – Odluka US RS 106/2015 (čl. 2. i 3 nisu u prečišćenom tekstu), 63/2016 – Odluka US RS, 47/2017 (čl. 3 nije u prečišćenom tekstu) i 76/2021. V. Rešenje US RS – 21/2009. V. Rešenje US RS – 65/2009. V. Rešenje US RS – 26/2011. V. Rešenje US RS – 32/2014.

⁷ Čl. 5. Zakona o sudijama.

Kada je reč o međunarodnim standardima, a u želji da se položaj sudija unapredi kroz afirmaciju načela nezavisnosti, koje je garancija vladavine prava, doneta je Preporuka Komiteta ministara državama članicama o sudijama: nezavisnost, delotvornost i odgovornosti.⁸ Polazeći od navedene Preporuke, a u skladu s Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima, usvojena su Osnovna načela nezavisnosti sudstva, prema kojima sudije, kao i drugi građani, uživaju slobodu izražavanja, uverenja, udruživanja i okupljanja; pod uslovom, ipak, da se u ostvarivanju tih prava uvek ponašaju tako da čuvaju dostojanstvo svog poziva i nepristrasnost i nezavisnost sudstva. Sudije mogu da osnivaju udruženja sudija ili druge organizacije i da stupaju u njih da bi branili svoje interese, unapređivali profesionalno obrazovanje i štitili nezavisnost sudstva.⁹

Nadalje, Evropska povelja o zakonu za sudije, polazeći od prava na pravično suđenje propisano čl. 6 Konvencije, proklamuje nezavisnost i nepristrasnost sudija kao opšti cilj.¹⁰

Navedeni normativni okvir obezbeđuje izvesnu garanciju nepristrasnosti sudije, ali istovremeno i obavezu sudije da bude dosledan i dostojan sudijske funkcije i liši sve spoljne uticaje prilikom donošenja odluke u predmetu u kome postupa.

Neuživošć sudija

Prema domaćoj sudskoj praksi sudova opšte nadležnosti, u situacijama kada neko podnese tužbu protiv sudije radi naknade štete zbog nezakonitog i nepravilnog rada, istu sud odbacuje se kao nedozvoljenu, jer tako postavljen vid pravne zaštite, s obzirom na svojstvo tužene kao i pravila o postojanju imuniteta i neodgovornosti sudije za greške u obavljanju funkcije, te odredbe člana 172 Zakona o obligacionim odnosima (odgovornost države sa pravom regresa protiv sudije)¹¹, nije podoban za pružanje sudske zaštite. Takvu tužbu sud, dakle, usled postojanja imuniteta sudije od građanskopravne odgovornosti za štetu u vršenju sudijske funkcije u smislu

⁸ Preporuka CM/Rec(2010)12 Komiteta ministara državama članicama o sudijama: nezavisnost, delotvornost i odgovornosti, usvojena od strane Komiteta ministara 17. novembra 2010. na 1098. sastanku zamenika ministara.

⁹ Osnovna načela nezavisnosti sudstva – Usvojeni na Sedmom kongresu Ujedinjenih nacija za sprečavanje zločina i postupanje prema prestupnicima, održanog u Milanu od 26. avgusta do 6. septembra 1985. i potvrđeni od Generalne skupštine u njenim rezolucijama 40/32 od 29. novembra 1985. i 40/146 od 13. decembra 1985. Ne podleže ratifikaciji jer nije međunarodni ugovor.

¹⁰ Evropsku povelju o zakonu za sudije usvojili su učesnici multilateralnog sastanka o zakonu za sudije u Evropi koji je organizovao Savet Evrope od 8. do 10. jula 1998. godine.

¹¹ Čl. 172 Zakona o obligacionim odnosima: „Pravno lice odgovara za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem svojih funkcija. Ako za određeni slučaj nije što drugo u zakonu određeno, pravno lice ima pravo na naknadu od lica koje je štetu skrivilo namerno ili krajnjom nepažnjom. To pravo zastareva u roku od šest meseci od dana isplaćene naknade štete.“

čl. 5 Zakona o sudijama i čl. 151 Ustava Republike Srbije i, sledom toga, unapred poznatog ishoda spora po tužbi protiv sudije za naknadu štete u vršenju sudijske funkcije, odbacuje zbog nedostatka pravnog interesa tužioca za podnošenje tužbe, u smislu čl. 294 Zakona o parničnom postupku.¹² Imunitet koji sudija uživa spram navedenih odredaba isključuje ne samo krivičnu, već i građanskopravnu odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke (osim ako se radi o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudije). Slično i u slučaju kada je protiv sudije podneta tužba sa zahtevom za utvrđenje da je postupajući u predmetu prilikom vršenja sudijske funkcije povredio neko ljudsko pravo stranke zajamčeno Ustavom ili Zakonom, kod jasnih pravila o postojanju imuniteta i nepostojanja odgovornosti sudije za greške i propuste u obavljanju sudijske funkcije, navedeni o takvom tužbenom zahtevu se ne može raspravljati i odlučivati u smislu člana 1. Zakona o parničnom postupku¹³ i u tom smislu ne može da uživa sudsku zaštitu.

Sudija dakle uživa imunitet od građanske odgovornosti za štetu u vršenju svoje sudijske funkcije, pa se protiv istog ne može podneti tužba za naknadu štete, što sve garantuju i međunarodni instrumenti doneti u cilju pojačanja načela nezavisnosti sudstva (Osnovna načela o nezavisnosti sudstva, Preporuka Komiteta ministara državama članicama o sudijama i Evropska povelja o zakonu za sudije).

Ipak, pravo na slobodu izražavanja može biti ograničeno, zbog položaja sudije i njegove uloge u sprovođenju pravde, te je sudija dužan da se uzdrži u slobodi izražavanja u svim slučajevima kada se autoritet i nepristrasnost mogu dovesti u pitanje,¹⁴ a to su situacije u kojima sudija treba da se uzdrži od komentara tokom suđenja, kojim se ujedno čuva i pravo na pravično suđenje iz čl. 6 Konvencije, ili komentara o bilo kojim pitanjima od javnog interesa, a koji su mogli biti od uticaja na postupanje sudije.

Sloboda izražavanja advokata

Kao i sudije, i advokati imaju profesionalnu dužnost u sprovođenju pravde, s tim da je njihovo pravo na slobodu izražavanja od ključne važnosti za obavljanje njihovog posla, kao „posrednika“ između suda i javnosti.

¹² Čl. 294 st. 1 tač. 6 Zakona o parničnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – Odluka US RS, 74/2013 – Odluka US RS, 55/2014 (čl. 23 nije u prečišćenom tekstu), 87/2018 i 18/2020. V.Odluku – US RS – 15/2015): „Sud po prethodnom ispitivanju tužbe donosi rešenje kojim se tužba odbacuje ako utvrdi da ne postoji pravni interes tužioca za podnošenje tužbe iz člana 194. ovog zakona.

¹³ Čl. 1 Zakona o parničnom postupku: „Ovim zakonom uređuju se pravila postupka za pružanje sudske pravne zaštite po kojima se postupa i odlučuje u parnicama za rešavanje sporova nastalih povodom povrede prava ličnosti i sporova iz porodičnih, radnih, privrednih, imovinskopravnih i drugih građanskopravnih odnosa, osim sporova za koje je posebnim zakonom propisana druga vrsta postupka.“

¹⁴ *Wille protiv Lihtenštajna*, predstavka br. 28396/95, presuda od 28. 10. 1999. godine, para. 64.

Prema Zakonu o advokaturi, advokat ne može biti pozvan na krivičnu ili prekršajnu odgovornost za pravno mišljenje izneto u postupku pružanja pravne pomoći pred sudom ili drugim organom, pri čemu isti ima pravo na informaciju, odnosno da, u cilju pružanja pravne pomoći, od državnih organa, ustanova, preduzeća i drugih organizacija traži i blagovremeno dobije informacije, spise i dokaze koji su u njihovom posedu ili pod njihovom kontrolom, tako da su ta lica dužna da, u skladu sa zakonom, advokatu omoguće pristup informacijama, spisima i dokazima za navedene svrhe.¹⁵

Ipak, Kodeks profesionalne etike advokata predstavlja kontrolora kod istupanja u javnost advokata i stručnog rada, pa tako izričito predviđa kada i na koji način advokat može da koristi svoju naučnu, pedagošku i publicističku delatnost, te da u istupanju u javnosti treba da se uzdrži od izricanja ocena koje bi štetile interesima klijenta, kao i da treba u istupanju u javnosti uvek vodi računa o značaju i ugledu advokature.¹⁶

Problemi sa slobodom govora se javljaju kada god sud pokuša da unese ograničenja u način izražavanja, a upravo je sudnica mesto gde sloboda govora legitimno može da bude ograničena. Sudnice su zapravo nejavni forumi, uprkos činjenici da su suđenja u većini slučajeva otvorena za javnost.¹⁷ Ovo bi značilo da se sloboda izražavanja u sudnici ima ograničiti na predmet spora i ograditi zakonskom regulativom vezanom za isti, pa je svaku zloupotrebu ovog prava, sud dužan da spreči i sankcioniše merama propisanim procesnim zakonima.

SLAPP TUŽBE

SLAPP¹⁸ je specifičan oblik napada na slobodu govora: SLAPP-ovi imaju za cilj da ugase kritički govor zastrašujući kritičare, crpe njihove resurse i podrivaju njihov aktivan javni angažman. Suštinska karakteristika ove vrste radnji je disparitet moći i resursa između tužioca i tuženog.¹⁹

Često zasnovani na dvosmislenim i elastičnim zakonskim odredbama, SLAPP-ovi koriste nekoliko strategija za iscrpljivanje resursa i morala, generalno

¹⁵ Čl. 33. i 36 Zakona o advokaturi (*Službeni glasnik RS*, br. 31/2011 i 24/2012).

¹⁶ Tač. 20. Kodeksa profesionalne etike advokata (*Službeni glasnik RS*, br. 27/2012 i 159/2020).

¹⁷ Michael Crowell, *Free Speech Rights In Courthouses*, UNC School of Government, November 2012, https://www.sog.unc.edu/sites/default/files/additional_files/Free%20speech%20rights%20in%20courthouses%20Nov%2012.pdf, septembar 2022.

¹⁸ Strategic Lawsuit Against Public Participation – Strateška tužba protiv učešća javnosti.

¹⁹ Sofia Verza, *SLAPP: the background of Strategic Lawsuits Against Public Participation*, University of Perugia, <https://www.ecpmf.eu/slapp-the-background-of-strategic-lawsuits-against-public-participation/>, septembar 2022.

uključujući previsoke zahteve za odštetu i optužbe osmišljene da omalovaže, uznemiravaju i preplave aktiviste i/ili organizacije civilnog društva. Stanje u društvu određene zemlje može biti manje ili više pogodno za *SLAPP*. To zavisi od različitih faktora, kao što su visoki troškovi postupka, elastičnost zakona koji ciljaju na govor mržnje (naročito klevetu) i dr. Praksa *SLAPP*-a se širi u svetu i nije nužno usmerena samo na građanske tužbe. Tako, mogu se pokrenuti neki strateški krivični postupci kako bi se učutkali nepoželjni glasovi, pa se tako, na primer, optužbe za klevetu koriste protiv kritičnih novinara, posebno kada izveštavaju o javnim ličnostima ili poznatim preduzetnicima. Ako novinar nije u stanju da se odbrani od takvih slučajeva, oni mogu dovesti do kaznenih sankcija ili naloga za nadoknadu štete onima koji su navodno oštećeni spornim izjavama.²⁰ Često *SLAPP* ne dovode do pravnosnažne presude, jer tužioci od početka znaju da su njihove optužbe neosnovane ili preuveličane. Međutim, oni takođe znaju da je tužba i suočavanje sa istragom i eventualnim suđenjem skupo i dugotrajno. Shodno tome, dosadne tužbe mogu imati velike zastrašujuće efekte, sprečavajući novinara, medijskog operatera ili neželjenog govornika, da ponovo iskoristi svoje pravo da kritikuje ili izveštava, zapravo da se koristi pravom na slobodu izražavanja u svom punom kapacitetu.²¹

Postoje principi koje je izgradila sudska praksa koji mogu biti pravni osnov za propise protiv *SLAPP*-a, počevši od predmeta Evropskog suda za ljudska prava *Handyside protiv UK*, u kome je Evropski sud za ljudska prava zauzeo stav da demokratsko društvo treba da toleriše i one ideje koje vređaju, šokiraju ili uznemiravaju državu ili bilo koji deo stanovništva, a to su zahtevi pluralizma, tolerancije i širokogrudosti bez kojih nema demokratskog društva.²² Nadalje, u još jednom predmetu, *Steel Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (2005), Evropski sud za ljudska prava je utvrdio povredu čl. 10 Konvencije: od podnosilaca predstavke, zatraženo je 40.000 evra nadoknade zbog narušavanja reputacije kompanije McDonald's putem brošure pod naslovom: „Šta nije u redu sa Mekdonaldsom?“ Prema Sudu, povreda je proistekla iz nesposobnosti države da garantuje pravnu pomoć aktivistima – koji su bili pojedinci sa veoma niskim primanjima protiv jedne od najbogatijih kompanija

²⁰ Ovo je bio slučaj sa istraživačkom novinarkom Amalijom De Simone koja je u poslednjih nekoliko godina trpela nekoliko neprijatnih tužbi (uglavnom krivičnih slučajeva klevete) od bogatih biznismena, kao i od javnih zvaničnika, nakon što je izveštavala o njihovim navodno nezakonitim aktivnostima.

²¹ S.Verza. op. cit., O *SLAPP* tužbama v. još Ana M. Zdravković, „*SLAPP* tužbe – zloupotreba prava na sudsku zaštitu u službi ograničavanja slobode izražavanja“, *Strani pravni život*, Beograd, god. LXVI, br. 1, 2022, <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0039-2138/2022/0039-21382201075Z.pdf>, septembar 2022.

²² *Handyside v. the United Kingdom*, predstavka broj 5493/72, presuda od 7. decembra 1976. Para. 49(2).

na svetu – i visine nagrade protiv njih. U tom predmetu Evropski sud za ljudska prava je istakao da je naknada štete koja je dosuđena, iako srazmerno skromna prema savremenim standardima, veoma značajna u odnosu na skromna primanja i imovinu podnosilaca i da, kao takva, predstavlja povredu Konvencije.²³

U predmetima po *SLAPP* tužbama sudski postupak, u čijem krajnjem ishodu bi ljudska prava, dakle i pravo na slobodu izražavanja, trebalo da budu zaštićena, prerasta zapravo u napad na slobodu govora, kao osnovnog ljudskog prava garantovanog Ustavom i Konvencijom, kada dolaze u sukob pravičnost suđenja i zaštita drugih ljudskih prava, koja nadalje može dovesti u pitanje ulogu suda u sprovođenju pravde. Tada dolazi do izražaja uloga suda, na kome je da, prilikom donošenja odluke o eventualnim povredama ljudskih prava, sveobuhvatno odmeri interese stranaka u sporu.

SLOBODA IZRAŽAVANJA U ERI DIGITALIZACIJE

Promenom društvenih uslova govora, digitalne tehnologije dovode do novih društvenih sukoba oko kontrole dostupnosti informacija i upravo sloboda govora garantovana Ustavom i Konvencijom, daje povod za ove sukobe. Era digitalizacije je proširila mogućnosti individualnog učešća u rastu i širenju demokratske kulture, međutim ista povlači i nove metode kontrole koje mogu ograničiti demokratsko kulturno učešće. Jedna od posledica jeste i ta da medijske kompanije, u borbi protiv društvenih mreža, široko tumače princip slobode govora da bi zaštitile i proširile svoja prava intelektualne svojine. Dakle, vrednosti slobode govora – interaktivnost, masovno učešće i sposobnost modifikacije i transformacije kulture – moraju biti zaštićene kroz administrativnu i zakonodavnu regulativu digitalne tehnologije, kao i kroz tradicionalniji metod sudskog kreiranja i prilagođavanja novom dobu u priznavanju institucionalnih prava. Sloboda govora će sve više zavisiti od dizajna tehnološke infrastrukture koja podržava sistem slobode izražavanja i obezbeđuje demokratsko učešće, pa se može očekivati da će zaštita slobode govora će sve više padati na zakonodavna tela, administrativne agencije i tehnološke institucije.²⁴

Sloboda izražavanja mora imati potpunu zaštitu kako u direktnom tako i u digitalnom kontaktu, kroz pravo na slobodu govora i pravo primanja svih informacija od javnog interesa.

²³ *Steel i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka br. 68416/01, presuda od 15. februara 2005, para. 96, 63.

²⁴ J. M. Balkin, „Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society“, *Law and Society Approaches to Cyberspace*, 2017, https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1712/Digital_Speech_and_Democratic_Culture_A_Theory_of_Freedom_of_Expression.pdf?sequence=2, 1. 9. 2022.

ZAKLJUČAK

Zaštita slobode izražavanja u sudskim postupcima nailazi na nove pojave u društvu, postupke po *SLAPP* tužbama, koje ozbiljno dovode u pitanje ulogu suda u postupcima povodom povrede i zaštite ovog prava, budući da same po sebi, predstavljaju povredu prava na pravičnost suđenja, te osnovnih načela koja važe u sudskom postupku, načela savesnosti i poštenja. Kako se navedena pojava u Republici Srbiji tek nazire u praksi, s druge strane, još uvek nije sankcionisana propisima, na sudovima je zadatak da istu prepoznaju, potom unaprede i podignu nivo zaštite ljudskih prava i osnovnih načela u primeni procesnih zakona, kako bi sprečili ovakvu zloupotrebu prava. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sadrži mnoga ograničenja kada je reč o uživanju pojedinih prava, pa tako i kada je reč o slobodi izražavanja, ali se zloupotreba prava nalazi izvan ograničenja i zapravo se ogleda u onome što je dozvoljeno. S obzirom na to da su pomenute pojave kada lica pokreću postupak zloupotrebljavajući osnovna načela savesnosti i poštenja i pozivaju se na zaštitu ljudskih prava kroz „nepravo“, već prepoznate u mnogim pravnim sistemima, pravi je momenat za ustanovljavanje normativnog okvira kojim bi ovakva postupanja bila sankcionisana.

Dr. BILJANA LEPOTIĆ
Judge of the Higher Court of Novi Sad

FREEDOM OF EXPRESSION IN COURT PROCEEDINGS

Summary

The right to freedom of expression, guaranteed by Art. 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, applies to every individual, protected by this Convention, provides him freedom of expression and right to receive all information of public interest. This right also guarantees the receipt of information related to public court proceedings. Judges, as well as other professions involved in court proceedings (prosecutors, attorneys, lawyers), enjoy the right to freedom of expression in court proceedings and any restriction on this right requires adequate control and review. Information on court proceedings and all other matters that appear before the court, should be available to the public, except in cases prescribed by law when the public is excluded, provided that the limits set in the interests of the proper administration of justice and the preservation of other human rights guaranteed by Convention, are not exceeded. Often in court proceedings, the right to freedom of expression comes into conflict with other rights guaranteed by the Convention, which enjoy equal protection, especially with the right to a fair trial, guaranteed by Art. 6.1. of the Convention, when an admissible comment in the context of judicial proceedings,

may jeopardize the fairness of the trial or call into question the role of the court in the administration of justice. In that situation, it is up to the European Court of Human Rights to weigh the interests in question, when making a decision on a possible violation of human rights.

Key words: freedom of expression, human rights, court proceedings, information of public importance

Literatura

- Balkin J. M., „Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society“, *Law and Society Approaches to Cyberspace*, 2017, https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1712/Digital_Speech_and_Democratic_Culture_A_Theory_of_Freedom_of_Expression.pdf?sequence=2.
- Crowell M., *Free Speech Rights In Courthouses*, Unc School of Government November 2012, https://www.sog.unc.edu/sites/default/files/additional_files/Free%20speech%20rights%20in%20courthouses%20Nov%2012.pdf.
- Verza S., *SLAPP: the background of Strategic Lawsuits Against Public Participation*, University of Perugia, <https://www.ecpmf.eu/slapp-the-background-of-strategic-lawsuits-against-public-participation/>.
- Zdravković A. M., „SLAPP tužbe – zloupotreba prava na sudsku zaštitu u službi ograničavanja slobode izražavanja“, *Strani pravni život*, Beograd, god. LXVI, br. 1, 2022, <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0039-2138/2022/0039-21382201075Z.pdf>.

PREGLEDNI RAD

RANKA RAČIĆ
DŽENANA RADONČIĆ

STRATEŠKI POSTUPCI PROTIV UČEŠĆA JAVNOSTI

Strateške tužbe protiv javnog učešća (engl. SLAPP) poseban su oblik uznemiravanja, prvenstveno usmjeren protiv novinara i boraca za ljudska prava, sa ciljem da im se onemogući izražavanje mišljenja o pitanjima od javnog interesa ili da ih se za to kazni. Iz perspektive građanskog procesnog prava, predstavljaju naročito opasan oblik zloupotrebe procesnih ovlaštenja. Značajan broj strateških tužbi protiv učešća javnosti podnosi se na osnovu propisa o kleveti, pa je pažnja na međunarodnom i nacionalnom nivou već godinama usmjerena na klevetu i njeno regulisanje. Građansko pravosuđe predstavlja prvu i najvažniju instancu za sprečavanje i suzbijanje strateških parnica protiv učešća javnosti. U radu se istražuju različiti modaliteti kojima postupajući sud i tuženi u postupku mogu blagovremeno reagovati i time zaštititi više od jednog ugroženog dobra: slobodu izražavanja tuženog, legitimne interese javnosti za informisanjem, djelotvornost građanskog pravosuđa, ali i javni interes u širem.

Ključne riječi: strateški postupci, učešće javnosti, SLAPP, zloupotreba procesnih ovlaštenja, sloboda izražavanja

Prof. dr Ranka Račić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Istočno Sarajevo, e-mail: rankaracic@t-com.me.

Dr Dženana Radončić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, e-mail: dzana.radoncic@gmail.com.

KONCEPTUALNO ODREĐENJE STRATEŠKIH POSTUPAKA PROTIV UČEŠĆA JAVNOSTI

Strateške tužbe protiv javnog učešća (engl. SLAPP)¹ predstavljaju poseban oblik uznemiravanja, prvenstveno usmjeren protiv novinara i boraca za ljudska prava, sa ciljem da im se onemogućí izražavanje mišljenja o pitanjima od javnog interesa ili da ih se za to kazni. Iako se akronimom SLAPP označavaju (zlonamjerni) *strateški parnični postupci protiv javnog učešća*,² treba ih posmatrati kao zaseban oblik strateških parnica,³ sa obrnutim djelovanjem. Strateške parnice općenito predstavljaju procesni mehanizam sa političkim ambicijama, ponajprije da postignu ili promovišu (pozitivne) društvene i pravne promjene,⁴ koji najčešće koristi civilno društvo.⁵ Strateškim parnicama je svojstveno nekoliko elemenata, povezivane opšteg javnog interesa sa pojedinačnim slučajem / povrijeđenim subjektivnim pravima;⁶ djelovanje organizacija civilnog društva, za koje su sve tipičniji profesionalizacija i prikupljanje značajnih novčanih sredstava za finansiranje strateških parnica;⁷ pripremanje slučajeva sa prekograničnim elementima (e. g. slučajevi

¹ Izraz su formulisali profesori George W. Pring i Penelope Canan i korišten je u nekoliko publikacija: Penelope Canan, George W. Pring, „Strategic Lawsuits Against Public Participation“, *Social Problems*, 1988, Vol. 35, No. 5, 506–519; Penelope Canan, „The SLAPP from a Sociological Perspective“, *Pace Environmental Law Review*, Vol. 7, No. 1, 1989, 23–32; George W. Pring, „SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation“, *Pace Environmental Law Review*, Vol. 7, No. 1, 1989. Također, u koautorskoj knjizi *SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out*, Temple University Press, 1996.

² U ovom radu koristimo termin *strateški postupci protiv učešća javnosti* i akronim SLAPP, napominjući da se pod originalnim nazivom podrazumijevaju strateške tužbe u građanskom sudskom postupku. Ovi postupci su posljedica podizanja tzv. SLAPP tužbi.

³ Fenomen strateških parnica nije baziran na pravnoj definiciji, u pitanju je izraz kreiran u pravnoj nauci, na osnovu savremenih razvojnih procesa pred građanskim, upravnim, ustavnim, pa čak i krivičnim sudovima. Tako i Burkhard Hess, „Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution?“, *Research Paper Series*, No. 3, Max Planck Institute for Procedural Law, 2022, 4.

⁴ B. Hess, op. cit., 3.

⁵ Aidan O’Neill, „Strategic Litigation before European Courts“, *ERA Forum*, 16 (2015), 495–496.

⁶ Često se radi o povrijeđenim kolektivnim interesima. Najtipičnije oblasti u kojima se javljaju takve povrede su antidiskriminacijsko pravo, potrošačko pravo, pravo zaštite okoliša. V. Džena-Radončić, „Građanskopravna zaštita kolektivnih interesa u pravu okoliša u BiH“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, broj 28, god. 14, 2021.

⁷ Odnos između nevladine organizacije, kao zastupnika i pojedinca/ke, kao zastupanog, može biti potencijalno konfliktan u kontekstu strateških parnica. Dok zastupanog prvenstveno zanima uspjeh u postupku radi zaštite povrijeđenog subjektivnog prava, interes zastupnika – organizacija ide šire i dalje od pojedinačnog slučaja, koji predstavlja jedan element šire medijske strategije.

vezani za klimatske promjene); izbor nadležnog domaćeg, stranog ili međunarodnog suda (tzv. *forum shopping*)⁸ i komunikacijske strategije.

Strateški postupci služe kao pokazatelj snažne globalne promjene u oblasti rješavanja sporova, koji postaju sve manje pojedinačni, a sve više kolektivni, manje privatni, a više politički, manje nacionalni, a više prekogranični, oblikovani modernim tehnologijama, sa različitim metodama za njihovo rješavanje.⁹ Sličnost koju SLAPP-ovi načelno dijele sa strateškim postupcima otud i imaju riječ „strateški“ u svom nazivu, jeste to što predstavljaju *instrument strategije* moćnih subjekata u ostvarivanju određenih ciljeva koji prevazilaze okvire konkretnog parničnog postupka. Tu ipak prestaje svaka dalja sličnost. Strateški postupci se koriste kao segment šire strategije, često praćene medijskim kampanjama za podizanje svijesti i unapređenje postojećeg stanja u oblasti ljudskih i drugih prava. S druge strane, SLAPP-ovi imaju za cilj stvaranje atmosfere zastrašivanja i ućutkivanja, sa prijetećim sankcijama i/ili troškovima, koja treba odvratiti ciljane subjekte (najčešće novinare, borce za ljudska prava, aktiviste, i sl.) da se koriste slobodom izražavanja.

Iako su često zlonamjerne i predstavljaju zloupotrebu procesnih ovlaštenja, nerijetko su uspješne pred sudovima.¹⁰ Čak i kad nisu uspješne u smislu ishoda postupka, SLAPP može ostvariti željeni efekat. Taktiku SLAPP-a je prilično lako otkriti: iz perspektive tužioca, što duže, to bolje. Zapravo, tužitelji uglavnom od početka znaju da su njihove tvrdnje neosnovane ili pretjerane, ali čak i ako sud utvrdi neosnovanost tužbe i odbije je, postupak se može voditi godinama, a može nametnuti visoke troškove i narušiti ugled tuženog.

Subjekti i pojedinci koji pokreću *strateške postupke protiv javnog učešća* zasnivaju tužbene zahtjeve na različitim osnovama. Tužbe se često odnose na klevetu, ali i na povrede drugih pravila ili prava (npr. zakona o zaštiti podataka ili privatnosti). Često se kombinuju sa zahtjevima za naknadu štete ili ponekad sa sudskim nalogima (zabrana ili barem odgađanje objave). Svrha im je cenzurirati, zastrašiti i ućutkati kritičare, tako da se oni operete troškovima postupka,

Tako će zastupani možda biti voljan da sklopi sudsko poravnanje, dok će zastupnik imati interes da se nastavi sa parničnim postupkom. B. Hess, op. cit., 17.

⁸ Izbor nadležnog suda, onda kada norme o nadležnosti to dozvoljavaju, ima uticaja na primjenjiva procesna pravila, pravila o stranačkoj i parničnoj sposobnosti, dostupnosti mehanizma parnica za zaštitu kolektivnih interesa, pravila o prikupljanju dokaza, organizaciju sudova i sl. Za više v.: Helen Duffy, *Strategic Human Rights Litigation*, Hart Publishing, 2018, 254.

⁹ B. Hess, op. cit., 4.

¹⁰ Justin Borg-Barthet, Benedetta Lobina, Magdalena Zabrocka, „The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society“, European Parliament, jun 2021, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)694782](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)694782), 25. 9. 2022.

dok ne odustanu od kritike ili protivljenja. Za razliku od redovnih postupaka, ovi postupci se ne pokreću da bi se ostvarilo pravo na pristup pravosuđu i dobila sudska zaštita ugroženih subjektivnih prava, nego se pokreću radi zastrašivanja tuženih i iscrpljivanja njihovih resursa. Krajnji cilj je zastrašiti i učutkati tužene i odvratiti ih od daljnjeg djelovanja.¹¹

Strateški postupci protiv javnog učešća imaju određene zajedničke elemente, utvrđene zakonodavstvom i sudskom praksom u sistemima koji ih formalno prepoznaju, najčešće *common law* sistemima. Upoznatost sa elementima SLAPP-ova od suštinskog je značaja za sudove da prepoznaju da li je konkretna tužba zaista SLAPP tužba. Nije nužno da svi elementi budu zastupljeni u svakom slučaju, dovoljno će biti da postoji kumulacija nekoliko elemenata. Ovi elementi su: da postoji govornik/ica (subjekt koji javno istupa); javni interes za sadržaj (učešće javnosti); odvratajući efekat; namjera zastrašivanja; vertikalni odnos moći između tuženog i tužioca i prekomjerni zahtjevi za naknadu štete i neosnovane tvrdnje.¹² Iako se SLAPP-ovima mogu tražiti naknade štete prouzrokovane na različitim dobrima (imovina, prihodi, poslovanje, zdravlje itd.), na osnovu različitih povreda (neovlašteni ulazak na imovinu, povreda privatnosti, časti, poslovne tajne, itd.), najčešće se odnose na narušavanje ugleda, dotičući se aktivnosti novinara i prava na slobodu izražavanja. Zakoni o kleveti stoga su najčešća osnova SLAPP tužbenih zahtjeva, pa su u primarnom fokusu ovog rada parnični postupci vezani za klevetu.

Prvi strateški postupci protiv učešća novinara, medija, predstavnika nevladinih organizacija i pojedinaca koji su plasirali određene informacije u javnost o radu velikih korporacija, bogatih pojedinaca i predstavnika vlasti pokrenuti su u Sjedinjenim Američkim Državama. Stoga i ne čudi da su upravo pojedine federalne države u ovoj zemlji donijele anti-SLAPP zakone.¹³ Primjena postojećih pravila u ovim zemljama pokazala je da zakonski okviri nisu dobro postavljeni i da treba raditi na izmjenama i dopunama postojećih zakona. Među američkim saveznom državama koja je među posljednjim izmijenila zaštitu tuženih u ovim postupcima jeste država Njujork.¹⁴ Navodi se da tuženi, u skladu sa novim zakonskim

¹¹ Prijedlog direktive, 6.

¹² Petra Bárd, Judit Bayer, Ngo Chun Luk, Lina Vosyliute, „Ad-Hoc Request. SLAPP in the EU context“, Academic Network on European Citizenship Rights, European Commission, 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/ad-hoc-literature-review-analysis-key-elements-slapp_en.pdf, 15. 9. 2022.

¹³ O tome v., New York Becomes Latest State to Strengthen Anti-SLAPP Law, Providing Greater Protections for the Exercise of Free Speech, Petition, and Association, <https://www.jdsupra.com/legalnews/new-york-becomes-latest-state-to-49082/>, 15. 9. 2022.

¹⁴ *Ibidem*.

rješenjima, mogu u ranoj fazi postupka tražiti odbacivanje tužbe ukoliko istaknu da su iznosili mišljenje u cilju unapređenja ostvarivanja ustavnog prava na slobodu govora o pitanjima od javnog interesa. Ukoliko tuženi učini vjerovatnim da je istupao u javnom interesu, na tužiocu leži teret da dokaže vjerovatnoću za uspjeh u postupku – što znači da tužioci moraju da dokažu da raspolažu dokazima koji bi mogli da dovedu do povoljne presude. Ukoliko tužilac ne raspolaže ovakvim dokazima, pa tužba bude odbačena, u postupku protiv SLAPP-a tuženi ima pravo na naplatu troškova postupka.¹⁵

STRATEŠKE PARNICE PROTIV JAVNOG UČEŠĆA U EVROPSKOJ UNIJI

I u Evropskoj uniji postaje sve rasprostranjenija pojava očito neosnovanih ili zlonamjernih postupaka protiv javnog učešća. Bez obzira na to što je stručna javnost pretežno upoznata sa ovim fenomenom, manji broj država je usvojio propise za sankcionisanje takve prakse, uglavnom izvan Evrope.¹⁶ SLAPP-ovi se pojavljuju u mnogim državama članicama Evropske unije i postaju problem na nivou EU. Istovremeno, nijedna država članica trenutno ne predviđa posebne zaštitne mjere protiv SLAPP-ova,¹⁷ a samo nekoliko njih trenutno razmatra uvođenje posebnih zaštitnih mjera. Ne postoje ni pravila za rješavanje SLAPP-ova na nivou EU. Iako se, u zavisnosti od nacionalnog prava, mogu primijeniti neke postojeće opšte zaštitne mjere, one se znatno razlikuju među državama članicama i njihova je djelotvornost ograničena. Dodatno, razlike u sistemima država članica mogu stimulisati praksu traženja najpovoljnijeg pravnog sistema (tzv. *forum shopping*) i pokretanja više sudskih postupaka u različitim državama članicama EU. Istraživanja pokazuju da nacionalno građansko procesno pravo ne može uvijek uspješno odgovoriti izazovima prekograničnih postupaka.¹⁸

¹⁵ Understanding Anti-SLAPP laws, <https://www.rcfp.org/resources/anti-slapp-laws/>, 16. 9. 2022.

¹⁶ Određeni anti-SLAPP propisi su usvojeni u Australiji (v. Greg Ogle, „Anti-SLAPP law reform in Australia, Review of European Community and International Environmental Law, 2010, https://www.researchgate.net/publication/227957240_Anti-SLAPP_law_reform_in_Australia, 19. 9. 2022) i Kanadi (v. Hilary Young, „Canadian Anti-SLAPP Laws in Action“, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4136609>, 19. 9. 2022).

¹⁷ Prijedlog direktive, obrazloženje, 6.

¹⁸ Evropska komisija, Glavna uprava za pravosuđe i zaštitu potrošača, Burkhard Hess, Marta Requejo Isidro, Fernando Gascón Inchausti, Paul Oberhammer, Eva Storskrubb, Gilles Cuniberti, Kern, Karol Weitz, Xandra Kramer, „An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law: strand 1: mutual trust and free circulation of judgments“, Ured za publikacije Evropske unije, 2017, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/38491>, 31.

Djelovanje na nivou EU se, uobičajeno, opravdava značajnim razlikama u nacionalnim pravima država članica i niskom vjerovatnošću da bi se države članice pojedinačno uspješno suočile sa konkretnom pojavom ili da bi mogle osigurati sveukupnu usklađenost relevantnih pravila u svim državama članicama kako bi se zagantovao jednako visok standard zaštite u cijeloj Uniji.¹⁹ Zahtjevi i preporuke za djelovanje na nivou EU dolazili su iz više izvora.²⁰ Većina zahtjeva je insistirala na tome da zakonodavna intervencija doprinese željenom cilju ekspeditivnog odbacivanja SLAPP tužbi u najranijoj fazi, bez povrede (ljudskih) prava tužitelja na pristup sudovima. Pravilno postavljen anti-SLAPP pravni okvir pruža mogućnost postavljanja legitimnih zahtjeva sudu, uvažavajući uslove koje postavlja čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava.²¹

Potreba za uvođenjem anti-SLAPP zakonodavstva u EU počela je da zaočuplja javni interes nakon atentata novinarke Daphne Caruana Galizia u oktobru 2017. godine.²² Nekoliko dana nakon atentata postalo je jasno da je fizičko nasilje dio šireg fenomena u kojem su povezani subjekti potisnuli preispitivanje pitanja od javnog interesa.²³ U trenutku ubistva, novinarka Galizia je bila tužena u 43 građanska postupka²⁴ u više država, uključujući Sjedinjene Američke Države

¹⁹ Pravni osnov je čl. 81. st. 2. t. f) Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU), koji je redovna pravna osnova za pravosudnu saradnju u građanskim stvarima s prekograničnim implikacijama, kojom se Evropski parlament i Vijeće ovlašćuju za donošenje mjera, čiji je cilj osigurati „uklanjanje prepreka za nesmetano odvijanje građanskih postupaka, ako je potrebno unapređenjem usklađenosti propisa o građanskom postupku koji se primjenjuju u državama članicama“.

²⁰ U studiji koju je naručilo Odjeljenje za politiku Evropskog parlamenta za građanska prava i ustavna pitanja, na zahtjev JURI komiteta, istraživači sa Univerziteta u Aberdinu preporučili su da EU preduzme zakonodavnu inicijativu u cilju zaustavljanja toka sudskih sporova čiji je cilj da suzbije učešće javnosti u pitanjima od javnog interesa. J. Borg-Barthet, B. Lobina, M. Zabrocka, op. cit. Također, zajednički zahtjev 119 nevladinih organizacija pod nazivom „Ending Gag Lawsuits in Europe – Protecting Democracy and Fundamental Rights“, dostupan na linku: <https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2020/06/Ending-SLAPPs-NGO-Policy-Paper-119-FINAL.pdf>.

²¹ Vidjeti: Thomas Wahl, „Study Recommends anti-SLAPP Directive“, The European Criminal Law Associations Forum, 2/2021, 102, https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2021-02.pdf#page=50, 20. 9. 2022.

²² Faces of assassination: Daphne Caruana Galizia, <https://assassination.globalinitiative.net/face/daphne-caruana-galizia/>, 20. 9. 2022.

²³ J. Borg-Barthet, B. Lobina, M. Zabrocka, op. cit., 14.

²⁴ Commissioner calls on Maltese authorities to withdraw posthumous defamation lawsuits against the family of Daphne Caruana Galizia, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-calls-on-maltese-authorities-to-withdraw-posthumous-defamation-lawsuits-against-the-family-of-daphne-caruana-galizia>, 20. 9. 2022. Broj neriješenih slučajeva za klevetu smanjen je na pet od maja 2021. godine. Svi tužioc i pet preostalih slučajeva su bivši ili sadašnji zvaničnici, zahvaljujući

i Ujedinjeno Kraljevstvo.²⁵ Budući da je krajnji cilj SLAPP-a zastrašujući efekat na javnu raspravu, tužbe ove vrste imaju niz različitih karakteristika, uključujući i različito formulisane tužbene zahtjeve, što doprinosi značajnim pravnim, ličnim i finansijskim troškovima.²⁶ Budući da u SLAPP slučajevima nije prioritet dokazivanje osnovanosti zahtjeva,²⁷ nego uzrokovanje što većeg utroška vremena i novca, kao i straha od neizvjesnosti sudskog postupka, tužbeni zahtjevi se često tiču klevete, ali i narušavanja privatnosti, namjernog nanošenja emocionalnog stresa i širokog spektra ekonomskih delikata.²⁸ Praksa biranja suda (*forum shopping*) omogućava da se postupak vodi u državi čije procesno pravo ne predviđa mehanizme za sankcionisanje SLAPP slučajeva, što dodatno pogoduje tužiteljima. U EU nijedna država članica nije razvila anti-SLAPP pravni okvir, što omogućava tužiteljima da pokreću parnične postupke pred sudovima različitih država članica, na osnovu pravila o nadležnosti u građanskim i trgovačkim stvarima sadržanim u Uredbi Brisel I bis,²⁹ koja dozvoljavaju pokretanje postupka zbog klevete pred sudom mjesta kojem je nastala ili može nastati štetna radnja.³⁰ Vjerodostojnom prijetnjom da će pokrenuti parnični postupak pred sudom u stranoj državi, tužilac čini izvjesnim dodatne troškove koji se odnose na osporavanje nadležnosti suda, utvrđivanje mjerodavnog prava, kao i finansijske i psihološke posljedice odbrane na nepoznatom terenu, pred udaljenim sudom.³¹

neumornoj kampanji nevladinih organizacija, članova Dafnine porodice i Fondacije, vlade i javnog sektora („Defence against frivolous and vexatious libel suits“, <https://www.daphne.foundation/en/justice/vexatious-libel-cases>, 20. 9. 2022).

²⁵ SLAPPs: Strategic Lawsuits Against Public Participation, <https://www.rcmediafreedom.eu/Dossiers/SLAPPs-Strategic-Lawsuits-Against-Public-Participation>, 20. 9. 2022.

²⁶ Aaron Freeman, „The Future of Anti-SLAPP Laws“, *SLU Law Journal*, 2018, 26.

²⁷ Thalia Anthony, „Quantum of Strategic Litigation – Quashing Public Participation“, *Australian Journal of Human Rights*, 14(2), 2009, 5.

²⁸ Shannon Hartzler, „Protecting Informed Public Participation: Anti-SLAPP Law and the Media Defendant“, *Valparaiso University Law Review*, 41, 2007, 1238.

²⁹ Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Vijeća od 12. decembra 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinačena), SL L 351, 20. 2. 2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02012R1215-20150226&from=HR>, 18. 9. 2022.

³⁰ Čl. 7. st. 2 Uredbe Brisel I bis.

³¹ Justin Borg-Barthet, „Advice concerning the introduction of anti-SLAPP legislation to protect freedom of expression in the European Union“, Centre for Private International Law, School of Law, University of Aberdeen, 2020, <https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2020/05/EC-Advice-concerning-the-introduction-of-anti-SLAPP-legislation-to-protect-freedom-of-expression-in-the-European-Union.pdf>, 18. 9. 2022.

Evropska komisija je krajem aprila 2022. godine donijela *Prijedlog direktive o zaštiti osoba uključenih u javno sudjelovanje od očito neosnovanih ili zlonamjernih sudskih postupaka* („strateške tužbe protiv javnog sudjelovanja“).³² Njome se utvrđuju minimalni standardi i nastoji osigurati usklađenost pravila građanskog postupka koja se primjenjuju u državama članicama protiv SLAPP-ova, u vidu procesnih garancija u predmetima sa prekograničnim implikacijama. Prijedlog direktive i *Preporuka Komisije o zaštiti novinara i boraca za ljudska prava uključenih u javno učešće od očito neosnovanih ili zlonamjernih sudskih postupaka* („strateške tužbe protiv javnog učešća“),³³ koji se donose istovremeno, komplementarni su i potpuno usklađeni. Preporuka, zahvaljujući svom neobavezujućem pravnom dejstvu, ide dalje od Prijedloga direktive i daje sugestije državama članicama da slične mehanizme predvide i za čisto domaće slučajeve (bez prekogranične implikacije).

Zajednička pravila o procesnim garancijama³⁴ određuju koje zahtjeve može podnijeti tuženi u SLAPP parnicama. Tri su osnovna zahtjeva. *Zahtjev za osiguranje* na osnovu kojeg postupajući sud može zatražiti od tužitelja osiguranje za troškove postupka ili troškove postupka i naknadu štete ako smatra da je takvo osiguranje primjereno u odnosu na elemente koji ukazuju na zlonamjerni sudski postupak. Drugi je zahtjev za rano odbacivanje, u cijelosti ili djelomično, *očito neosnovanih sudskih postupaka*, uz mogućnost da države članice odrede rokove za ostvarivanje ovog zahtjeva. Utvrđena je obaveza država članica da osiguraju prekid postupka do donošenja konačne odluke o zahtjevu tuženog za rano odbacivanje,³⁵ te da se o zahtjevu odlučuje u ubrzanom postupku.³⁶ Jedna od važnijih odredaba koja treba doprinijeti olakšanju položaja tuženog, jeste pravilo o teretu dokazivanja, prema kojem tužitelj treba dokazati da tužbeni zahtjev nije očigledno neosnovan.³⁷ Nije navedeno sa kojim standardom dokazanosti (uvjerenja ili vjerovatnoće) tužitelj treba dokazati da tužbeni zahtjev nije očigledno neosnovan, ali po prirodi stvari tužitelj snosi teret dokazivanja povezan s tim zahtjevom i treba zadovoljiti znatno niži prag dokazivanja da tužbeni zahtjev nije očigledno neosnovan. U svakom slučaju, odluka o zahtjevu za rano odbacivanje treba biti podložna žalbi.³⁸

³² Evropska komisija, Brisel, 27. 4. 2022, COM (2022) 17. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0177&from=EN>.

³³ C(2022) 2428, 27. 4. 2022.

³⁴ Sadržana u čl. 5 Prijedloga direktive.

³⁵ Čl. 10 Prijedloga direktive.

³⁶ Čl. 11 Prijedloga direktive.

³⁷ Čl. 12 Prijedloga direktive.

³⁸ Čl. 13 Prijedloga direktive.

Treći zahtjev koji tuženi može postaviti može biti neki od predviđenih pravnih lijekova protiv zlonamjernih sudskih postupaka: zahtjev za naknadu troškova postupka,³⁹ naknadu štete⁴⁰ i novčane kazne.⁴¹

Kao naročito opasne su prepoznate procesne strategije naknadnih izmjena tužbenog zahtjeva ili podnesaka tužitelja koji namjerno povlače ili mijenjaju tužbene zahtjeve ili podneske kako bi izbjegli naknadu troškova postupka stranci koja je dobila spor. Tom se pravnom strategijom sudu može uskratiti mogućnost da proglasi sudski postupak zlonamjernim, a tuženi ostaje bez prilike za povrat troškova postupka. Stoga je u Prijedlog direktive predviđeno da naknadne izmjene tužbenih zahtjeva ili podnesaka koje tužitelj izvrši tokom glavnog postupka, uključujući prekid postupka, ne utiču na mogućnost da sud pred kojim se vodi postupak proglasi sudski postupak zlonamjernim i odobri naknadu troškova postupka, naknadu štete ili kazne.⁴² Kao vid dodatne podrške ili zaštite, predviđena je mogućnost učešća nevladinih organizacija koje štite ili promovišu prava osoba uključenih u javno učešće u tim sudskim postupcima, ili kao podrška tuženom ili kao izvor informacija.⁴³

Prijedlog direktive (i Preporuka) ocjenjuju se kao ključni prvi koraci u pravom smjeru,⁴⁴ ali ostaje da se vidi da li će EU zakonodavac, Evropski parlament i Vijeće, usvojiti Prijedlog bez intervencija u sadržaju, osiguravajući kvalitetan anti-SLAPP pravni okvir na nivou EU za slučajeve sa prekograničnim implikacijama. Za čisto domaće predmete, ključna su unapređenja pravnih poredaka pojedinačnih država članica.

STRATEŠKE PARNICE PROTIV JAVNOG UČEŠĆA U BOSNI I HERCEGOVINI

Bosna i Hercegovina je među prvim zemljama nastalim raspadom bivše SFRJ dekriminalizovala klevetu.⁴⁵ Izostala su očekivanja da će dekriminalizacija klevete imati za posljedicu smanjenje broja tužbi protiv medija, novinara i/ili

³⁹ Čl. 14 Prijedloga direktive.

⁴⁰ Čl. 15 Prijedloga direktive.

⁴¹ Čl. 16 Prijedloga direktive.

⁴² Čl. 6 Prijedloga direktive.

⁴³ Čl. 7 Prijedloga direktive.

⁴⁴ EU Anti-SLAPP directive: A landmark step in the right direction, <https://ipi.media/eu-anti-slapp-directive-a-landmark-step-in-the-right-direction/>, 28. 9. 2022.

⁴⁵ V. Zakon o zaštiti od klevete u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Službeni novine Federacije BiH*, br. 19/03; Zakon o zaštiti od klevete Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 37/01; Zakon o zaštiti od klevete Brčko distrikta BiH, *Službene novine Brčko distrikta BiH*, br. 14/03.

urednika.⁴⁶ Još uvijek je izuzetno visok procenat tužbi koji podižu političari odnosno javni funkcioneri protiv novinara, ali i drugih lica, po pravilu, sa ciljem da se ograniči sloboda izražavanja.⁴⁷ Bez obzira na očekivanja da će se smanjiti broj tužbi za zaštitu od klevete u odnosu na lica koja se bave saopštavanjem informacija javnosti,⁴⁸ i što je sa velikim odobravanjem prihvaćeno protjerivanje časti i ugleda iz krivičnog zakonodavstva a sa nadom da će sloboda izražavanja biti ograničena samo u zakonom predviđenim slučajevima, to se nije desilo. Novinari i njihova udruženja ističu da je sudska praksa u Bosni Hercegovini prilično neujednačena i neusaglašena sa praksom ESLJP.⁴⁹ Iako se načelno ne može prigovoriti zakonskim rješenjima kada su u pitanju pravila postupka o zaštiti od klevete, primjena ovih odredaba u praksi često je pod udarom kritike. Sudovi nerijetko obavezuju tužene koji su prenijeli određenu informaciju, ali ne i autore same informacije. Novčane sankcije kao vid satisfakcije za povredu ugleda izuzetno su visoke, prema mišljenju predstavnika novinarskih udruženja, što oni doživljavaju kao svojevrsni politički pritisak. U cilju prevazilaženja ovih problema u toku 2020. godine u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine prihvaćena je inicijativa za izmjene i dopune Zakona o zaštiti od klevete u entitetima i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine. Prijedlog postojećih izmjena tiče se „ustanovljavanja strožih standarda prihvatljivosti, tolerancije i dokazivanja klevete u slučajevima kada tužbu podižu javne ličnosti protiv privatnih lica“.⁵⁰ Pored toga, predloženo je da se ograniči visina naknade štete za klevetu. Prijedlozi koji su se našli pred Parlamentarnom skupštinom Bosne i Hercegovine još nisu implementirani u zakone o zaštiti od klevete.

Još jedna pojava koja je krajem osamdesetih godina prvi put uočena u sudskoj praksi u Sjedinjenim Američkim Državama, a kasnije se proširila na veliki broj zemalja u svijetu, primjećena je i u Bosni i Hercegovini. Prema Izvještaju Udruženja „Novinari BiH“ u 2020. godini podignute su dvije SLAPP tužbe protiv

⁴⁶ V. Ranka Račić, „Postupak za zaštitu od klevete – osvrt na pojedina rješenja o zaštiti od klevete Republike Srpske“, *Pravni život*, br. 12, Tom IV, Beograd, 2010, 157–167.

⁴⁷ Maja Radević, „Indikatori nivoa medijskih sloboda i sigurnosti novinara 2021“, Udruženje/udruga „Novinari BiH“, Sarajevo, 2022, <https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2022/05/BiH-BiH-2021.pdf>, 13. 8. 2022.

⁴⁸ Prema registru Linije za pomoć novinarima, u julu 2020. bilo je aktivno 289 tužbi za klevetu protiv novinara i medija. V. M. Radević, op. cit., 12.

⁴⁹ Prije 2022. godine ESLJP nije u svojoj jurisprudenciji izričito spominjao SLAPP postupke, a po prvi put to čini presudom iz marta 2022. godine u slučaju *OOO Memo protiv Rusije*. Evropski sud za ljudska prava, *OOO Memo v. Russia*, predstavka br. 2840/10, presuda od 15. 3. 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216179>.

⁵⁰ *Ibidem*.

novinara.⁵¹ Radi se o tužbama u kojima su tužbeni zahtjevi enormno visoki, a nisu podignute radi zaštite od klevete već radi zastrašivanja novinara i ekonomskog uništenja tuženih.⁵² U ovim postupcima donesene su prvostepene presude, u kojima su tužbeni zahtjevi usvojeni. Ukoliko bi one u postupku po žalbi bile potvrđene, tuženi bi se našli u vrlo teškoj situaciji.

Podizanje SLAPP tužbi protiv lica koji istupaju u opštem interesu „skopčano“ je sa namjerom da oni prestanu da iznose određene informacije ili da u budućnosti vrše autocenzuru svojih tekstova. Nerijetko se dešava da političari i uticajne ličnosti u Bosni i Hercegovini pokušavaju smanjiti ili potpuno ugušiti kritike na svoj račun najavljujuć tužbi protiv novinara, medija, predstavnika nevladinih organizacija, kao i drugih lica koja saopštavaju određene informacije javnosti. Po pravilu, isti najavljene tužbe ne podižu i ne pokreću postupke. Po izričitom naređenju zakonodavca, ako bi postupci za zaštitu od klevete bili pokrenuti, pri utvrđivanju odgovornosti i određivanju naknade štete, potreba za ograničavanjem prava na slobodu izražavanja mora biti jasno utvrđena u skladu sa čl. 10. st. 2 EKLJP i sudskom praksom ESLJP.⁵³

U Bosni i Hercegovini nisu predviđeni posebni zaštitni mehanizmi za SLAPP slučajeve, što je razumljivo, jer se radi o postupcima koji predstavljaju novinu u bosanskohercegovačkom pravosuđu. Vrlo je interesantno pitanje šta potencijalni tuženi u Bosni i Hercegovini mogu učiniti da bi se zaštitili imajući u vidu postojeće zakonodavstvo. Treba istaći da nepostojanje zakonske regulative u ovoj oblasti pogoduje tužiocu, koji podizanjem SLAPP tužbe, po pravilu, zastrašuje tuženog i pokušava da ga ekonomski iscrpi, ali i da izazove „domino“ efekat kod drugih lica koja informišu javnost o određenim pojavama. Uspjeh u parničnom postupku, usvajanjem tužbenog zahtjeva, za tužioca u SLAPP postupcima nikada nije osnovni razlog zbog kojeg je podigao tužbu. Pozicija suda u parničnom zakonodavstvu jasno je određena. Njegova aktivna uloga dolazi do izražaja, po pravilu, samo u slučajevima kada stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati.⁵⁴ Nije sporno da se

⁵¹ V. BH novinari: Presuda protiv magazina *Žurnal* direktno ugrožava slobodu i rad istraživačkih medija, <https://bhnovinari.ba/bs/2021/07/13/bh-novinari-presuda-protiv-magazina-zurnal-direktno-ugrozava-slobodu-i-rad-istrazivackih-medija/>, 13. 8. 2022.

⁵² M. Radević, op. cit., 11.

⁵³ V. čl. 7 Zakona o zaštiti od klevete Republike Srpske, čl. 2. st. 1 Zakona o zaštiti od klevete Federacije Bosne i Hercegovine i čl. 2. st. 1 Zakona o zaštiti od klevete Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

⁵⁴ V. Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 – odluka US, 45/2009 – odluka US, 49/2009, 61/2013 i 109/2021 – odluka US; Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine*

u ovim slučajevima radi o tužbenim zahtjevima kojima stranke mogu slobodno raspolagati. Također, problem sa kojim se potencijalno tuženi mogu sresti jeste neprepoznavanje ovih postupaka od strane postupajućeg sudije.

Svakako u ovim slučajevima tuženom stoji na raspolaganju tužba zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Nužno je napomenuti da je u zakonima o parničnim postupcima u Bosni i Hercegovini zloupotreba procesnih ovlašćenja definisana u osnovnim odredbama. U čl. 8 entitetskih zakona o parničnom postupku⁵⁵ predviđeno je da su stranke dužne da pred sudom govore istinu i da savjesno koriste prava koja su im priznata zakonom. Zloupotreba prava je zabranjena i pravilom koje je sadržano u Zakonu o obligacionim odnosima.⁵⁶ U skladu sa zakonskim rješenjem, zabranjeno je vršenje prava iz obligacionih odnosa protivno cilju zbog kog je ono zakonom ustanovljeno ili priznato.⁵⁷ Međutim, čini se odmah na samom početku da će dosta teško biti dokazati zloupotrebu prava, ali i procesnih ovlašćenja, jer pravila na osnovu kojih bi postupao sud nisu jasno definisana.⁵⁸ Pored toga, skoro je nemoguće dokazati da je tužilac imao namjeru da zastraši tuženog.

Domaćim sudovima ipak nisu u potpunosti vezane ruke. Moguće mjere, poznate i u uporednom pravu,⁵⁹ jesu novčane sankcije za subjekta koji zloupotrebljava procesna ovlašćenja (nakanade troškova parničnog postupka, izricanje novčanih kazni),⁶⁰ procesne sankcije/posljedice (prekluzija i uskraćivanje prava),

FBiH, br. 53/2003, 73/2005, 19/2006 i 98/2015; Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 28/2018 i 6/2021.

⁵⁵ Ovo pravilo je sadržano u čl. 9 Zakona o parničnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

⁵⁶ V. Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989 i *Službeni glasnik RS*, br. 17/1993, 3/1996, 37/2001 – dr. zakon, 39/2003 i 74/2004.

⁵⁷ Čl. 13 Zakona o obligacionim odnosima Republike Srpske.

⁵⁸ Gordana Stanković, „Nesavesno parničenje i mere za sprečavanje zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Srpsko pravo – nekad i sad*, 2007. Također: Gordana Stanković, „Naknada štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Branich – časopis Advokatke komore Srbije*, br. 3-4/2004. Marija Salma, „Zabrana zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Vol. 43, No. 2, 2009; Mihajlo Dika, „Zluporabe u građanskom postupku“, autorizirano predavanje 76. tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i kluba pravnika grada Zagreba, Zagreb, 2002.

⁵⁹ Michele Taruffo, „General Report: Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness“, in *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, M. Taruffo (eds), Kluwer Law International, 1999.

⁶⁰ Slične mjere je moguće koristiti i u izvršnom postupku. V. Sanjin Omanović, Anisa Ruhotina, „Mjere za suzbijanje zloupotrebe procesnih ovlašćenja u izvršnom postupku“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Vol. 63, 2020, 487–516.

ali i sankcionisanje profesionalnog/kvalifikovanog punomoćnika kao vid nepoštipavanja suda. Praktično korištenje navedenih mjera je otežano zbog poteškoća u dokazivanju da preduzimanje pravnih ovlaštenja zaista predstavlja zloupotrebu. Kao ključni kriteriji za ocjenu određenog procesnog ponašanja kao zloupotrebe u literaturi se navode šikanirajuće vršenje prava, vršenje procesnog ovlaštenja bez opravdanog interesa, preduzimanje procesnih radnji suprotno cilju zbog kojeg su zakonom predviđene, ali i krivica kao pretpostavka postojanja procesne zloupotrebe.⁶¹ Svakako da bi pomoglo eksplicitnije uređivanje mehanizama za sprečavanje i suzbijanje zloupotrebe procesnih ovlaštenja, naročito u vidu praksi podizanja tužbi sa očigledno neosnovanim tužbenim zahtjevima i enormno postavljenim odštetnim zahtjevima, i prakse naknadnog mijenjanja tužbenih zahtjeva.

ZAKLJUČAK

Čak i kad nisu uspješne u smislu ishoda postupka, SLAPP može ostvariti željeni učinak. Taktiku SLAPP-a je prilično lako otkriti: iz perspektive tužioca, što duže traje postupak, to bolje. Zapravo, tužitelji su uglavnom od početka svjesni da su njihove tvrdnje neosnovane ili pretjerane, ali čak i ako sud utvrdi neosnovanost tužbe i odbije je, slučaj se može voditi na sudu godinama, a može nametnuti visoke troškove i narušiti ugled tuženog. Značajan broj strateških tužbi protiv učešća javnosti podnosi se na osnovu propisa o kleveti, pa je pažnja na međunarodnom i nacionalnom nivou već godinama usmjerena na klevetu i njeno regulisanje. SLAPP postupci kao vid zloupotrebe procesnih ovlaštenja nisu prepoznati u domaćem pravu i praksi, a ni zakonodavac sa svoje strane nije izričito predvidio mehanizme za sprečavanje i suzbijanje zloupotrebe procesnih ovlaštenja, naročito u vidu praksi podnošenja tužbi sa očigledno neosnovanim tužbenim zahtjevima i enormno postavljenim odštetnim zahtjevima, i prakse naknadnog mijenjanja tužbenih zahtjeva. Domaćim sudovima ipak nisu u potpunosti vezane ruke. Moguće mjere, poznate i u uporednom pravu, jesu novčane sankcije za subjekta koji zloupotrebljava procesna ovlaštenja (u vidu naknade štete, podjele troškova parničnog postupka, novčane kazne), procesne sankcije/posljedice (prekluzija i uskraćivanje prava), ali i sankcionisanje profesionalnog/kvalifikovanog punomoćnika kao vid nepoštipavanja suda. Praktično korištenje navedenih mjera je otežano zbog poteškoća u dokazivanju da korištenje pravnih ovlaštenja zaista predstavlja zloupotrebu. Čini se da je u cilju zaštite slobode izražavanja, ali i njegovanja demokratske kulture rasprava

⁶¹ V. Milka Rakočević, „Bona fides u parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 55, 4/2018, 783–788.

o pitanjima od javnog interesa, potrebno uspostaviti formalnopravni anti-SLAPP okvir u Bosni Hercegovini. Domaćeg zakonodavca mogu inspirisati prijedlozi na nivou EU, kao sveobuhvatan i kvalitetan pravni okvir, za kojeg se autorke ovog rada nadaju da će u nepromijenjenom obliku biti usvojen u bliskoj budućnosti.

Prof. Dr. RANKA RAČIĆ
Full professor, Faculty of Law
University of Istočno Sarajevo
Dr. DŽENANA RADONČIĆ
Assistant professor, Faculty of Law
University of Zenica

STRATEGIC LITIGATION AGAINST PUBLIC PARTICIPATION

Summary

Strategic lawsuits against public participation (SLAPP) are a special form of harassment, primarily directed against journalists and human rights activists, with the aim of preventing them from expressing their opinions on matters of public interest or punishing them for it. From the perspective of civil procedural law, they represent a particularly dangerous form of abuse of procedural powers. A significant number of strategic lawsuits against public participation are filed on the basis of defamation regulations, directing the attention at the international and national level on defamation and its regulation for years. Civil justice represents the first and most important instance for preventing and suppressing strategic litigation against public participation. The paper explores different modalities by which the acting court and the defendant in the proceedings can react in a timely manner, thus protecting more than one endangered asset, i.e. the defendant's freedom of expression, the public's legitimate interest in information, the effectiveness of civil justice, but also the wider public interest.

Key words: strategic litigation, public participation, SLAPP, abuse of procedural rights, freedom of expression

Literatura

- Anthony T., „Quantum of Strategic Litigation – Quashing Public Participation“, *Australian Journal of Human Rights*, 14(2), 2009.
- Bárd P., Bayer J., Chun Luk N., Vosyliute L., „Ad-Hoc Request. SLAPP in the EU context“, Academic Network on European Citizenship Rights, European Commission, 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/ad-hoc-literature-review-analysis-key-elements-slapp_en.pdf.
- Borg-Barthet J., Lobina B., Zabrocka M., „The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society“, European Parliament, jun 2021. godine, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)694782](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)694782).

- Borg-Barthet J., „Advice concerning the introduction of anti-SLAPP legislation to protect freedom of expression in the European Union“, Centre for Private International Law, School of Law, University of Aberdeen, 2020, <https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2020/05/EC-Advice-concerning-the-introduction-of-anti-SLAPP-legislation-to-protect-freedom-of-expression-in-the-European-Union.pdf>.
- Canan P., Pring G. W., „Strategic Lawsuits Against Public Participation“, *Social Problems*, Vol. 35, No. 5, 1988.
- Canan P., Pring G. W., *SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out*, Temple University Press, 1996.
- Canan P., „The SLAPP from a Sociological Perspective“, *Pace Environmental Law Review*, Vol. 7, No. 1, 1989.
- Dika M., „Zloupotreba u građanskom postupku“, autorizirano predavanje 76. tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i kluba pravnika grada Zagreba, Zagreb, 2002.
- Duffy H., *Strategic Human Rights Litigation*, Hart Publishing, 2018.
- Freeman A., „The Future of Anti-SLAPP Laws“, *SLU Law Journal*, 2018.
- Hartzler S., „Protecting Informed Public Participation: Anti-SLAPP Law and the Media Defendant“, *Valparaiso University Law Review*, 41, 2007.
- Hess B., Requejo Isidro, M., Gascón Inchausti F., Oberhammer P., Storskrubb E., Cuniberti G., Kern Weitz K., Kramer X., „An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law: strand 1: mutual trust and free circulation of judgments“, Ured za publikacije Evropske unije, Evropska komisija, Glavna uprava za pravosuđe i zaštitu potrošača, 2017.
- Hess B., „Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution?“, *Research Paper Series*, No. 3, Max Planck Institute for Procedural Law, 2022.
- Ogle G., „Anti-SLAPP law reform in Australia“, *Review of European Community and International Environmental Law*, 2010, https://www.researchgate.net/publication/227957240_Anti-SLAPP_law_reform_in_Australia.
- Omanović S., Ruhotina A., „Mjere za suzbijanje zloupotrebe procesnih ovlaštenja u izvršnom postupku“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Vol. 63, 2020.
- O’Neill A., „Strategic Litigation before European Courts“, *ERA Forum*, 16 (2015).
- Pring G. W., „SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation“, *Pace Environmental Law Review*, Vol. 7, No. 1, 1989.
- Račić R., „Postupak za zaštitu od klevete – osvrt na pojedina rješenja o zaštiti od klevete Republike Srpske“, *Pravni život*, br. 12, Tom IV, Beograd, 2010.
- Radević M., „Indikatori nivoa medijskih sloboda i sigurnosti novinara 2021“, Udruženje/udruga „Novinari BiH“, Sarajevo, 2022, <https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2022/05/BiH-BiH-2021.pdf>.

- Radončić Dž., „Građanskopravna zaštita kolektivnih interesa u pravu okoliša u BiH“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, broj 28, god. 14, 2021.
- Rakočević M., „Bona fides u parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, broj 4, god. 55, 2018.
- Salma, M., „Zabrana zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Vol. 43, No. 2, 2009.
- Stanković, G., „Naknada štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Branik – časopis Advokatske komore Srbije*, br. 3–4/2004.
- Stanković G., „Nesavesno parničenje i mere za sprečavanje zloupotrebe procesnih ovlašćenja“, *Srpsko pravo – nekad i sad*, 2007.
- Taruffo M., „General Report: Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness“, *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness* M. Taruffo (eds), Kluwer Law International, 1999.
- Wahl T., „Study Recommends anti-SLAPP Directive“, The European Criminal Law Associations Forum, 2/2021, https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2021-02.pdf#page=50.
- Young H., „Canadian Anti-SLAPP Laws in Action“, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4136609>.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

JOVANA VELIČKOVIĆ

KONCEPT PREDSTAVNIČKE PARNICE ANGLOSAKSONSKOG PRAVA – POTREBA RAZUMEVANJA KOLEKTIVNE TUŽBE KAO PREDUSLOV ZA USPEŠNU PRAVNU TRANSPLANTACIJU

U radu se daje osnovni prikaz istorijskog razvoja kolektivne tužbe i bitnih obeležja parničnog postupka po kolektivnoj tužbi u američkom pravu. Polazeći od prethodno navedenog dat je pogled de lege ferenda na kolektivnu tužbu u okruženju srpskog prava. Po shvatanju autora najvažniji segment uređenja kolektivne tužbe u srpskom pravu predstavljaju pravila o troškovima postupka, jer će ona direktno uticati i na definisanje kruga subjekata koji će imati pravo na podnošenje tužbe. Osim navedenog, srpski zakonodavac posebnu pažnju treba da obrati na uređenje uloge suda u postupku, te da izbegne nadležnosti koje podrazumevaju odlučivanje o celishodnosti tužbe ili pojedine radnje u postupku, već da nadležnost zadrži na odlučivanju o (formalnoj) dopuštenosti i naravno materijalno-pravne osnovanosti. Takođe, posebnu pažnju treba usmeriti na definisanje subjektivnih granica dejstva presude, kako bi se obezbedilo da pogođena lica pravnu zaštitu mogu ostvariti bez potrebe da pokrenu parnični postupak po individualnoj tužbi. Na kraju, svakako ne treba zanemariti ni druga procesna pravila, koja zbog činjenice da se po kolektivnoj tužbi vodi predstavnička parnica, moraju biti uređena drugačije u odnosu na opšti parnični postupak.

Ključne reči: kolektivna tužba, troškovi postupka, aktivna legitimacija, uloga suda, dejstva presude

U V O D

Mogućnost ostvarivanja kolektivne sudske zaštite u parničnom postupku danas se smatra važnim segmentom prava na pravično suđenje¹ koji trenutno

Dr Jovana T. Veličković, advokat u Beogradu, e-mail: jov.velickovic@gmail.com.

¹ Overview of existing collective redress schemes in EU Member States, <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf>, 29. 8. 2022.

nedostaje srpskom pravu. Za evropska prava veoma važan događaj u ovoj oblasti predstavlja usvajanje Direktive (EU) 2020/1828 o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača (Direktiva),² javnosti predstavljena kao prvi dokument Evropske unije o uvođenju kolektivne tužbe po ugledu na američko pravo.

Američka pravna literatura smatra da u drugačijem društvenom i kulturnom okruženju, kolektivna tužba neizbežno mora biti strukturirana drugačije nego u američkom pravu.³

S obzirom na okolnost da srpskog zakonodavca izvesno očekuje ponovno uvođenje kolektivne tužbe cilj ovog rada je da predstavi osnove istorijskog razvoja i bitne karakteristike postupka po kolektivnoj tužbi u američkom pravu, da bi se u krajnjem ishodu formirao osnov za njeno pravilno razumevanje i mogućnost davanja pogleda *de lege ferenda* u okruženju srpskog prava, što bi trebalo da predstavlja skroman doprinos budućim reformama procesnog prava.

ISTORIJSKI RAZVOJ KOLEKTIVE TUŽBE – OD PRAKSE SUDOVA PRAVIČNOSTI DO PRAVILA 23 FEDERALNOG ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU

Kolektivna tužba je nastala kao rezultat ideje anglosaksonskog prava o predstavničkoj parnici. Predstavnička parnica se može definisati kao postupak u kome tužilac/tuženi, pored sopstvenih interesa, zastupa i interese trećih lica koja nisu uključena u postupak, ali sa njim dele zajednički interes.⁴ U anglosaksonskom pravu postoje dva oblika predstavničke tužbe, to su kolektivna i derivativna tužba.⁵

² Tekst Direktive je dostupan na adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:32020L1828> – državama članicama je dat rok do 25. 12. 2022. godine za implementaciju Direktive.

³ Janet Cooper Alexander, *An introduction to class action procedure in the United States*, <https://www.sarrafgentile.com/wp-content/uploads/pdf/An-Introduction-to-Class-Actions.pdf>, 3. 9. 2022, 24.

⁴ Jovana Veličković, *Derivativna tužba*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2020, 61. Derivativna tužba je u srpskom pravu regulisana čl. 79 Zakona o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021. Reč je o tužbi koju podnose članovi društva protiv direktora ili drugih lica (po pravilu, takođe iz unutrašnje sfere kompanije) radi zaštite povređenih imovinskih prava kompanije zbog kršenja zakonom propisanih dužnosti od strane tuženih.

⁵ U oba slučaja tužbe su nastale kao izuzetak od tradicionalnih načela parničnog postupka. Prvo je nastala kolektivna tužba, kao izuzetak od pravila o neophodnom tužiocu (*necessary party rule*), koje zahteva da sva lica koja imaju određeni materijalnopravni interes budu uključena u postupak.

Smatra se da su koreni moderne kolektivne tužbe nastali još u 14. veku u praksi engleskih sudova i da je slučaj *Channel Islands case* iz 1309. godine prvi primer kolektivne tužbe.⁶ Preciznije, teorija smatra da je u ovom slučaju nastala ideja o kolektivnoj tužbi, koja je potvrđena tek tri veka kasnije u slučaju *Brown v. Vermuden* iz 1676. godine.⁷ U ovom slučaju sud je priznao obavezujuće dejstvo odluke za tuženog Vermuden-a, koja je doneta u drugom postupku po sličnom zahtevu, sa obrazloženjem da ukoliko se takvo dejstvo odluke ne prizna prema tuženom, slični zahtevi bi bili beskonačni, bez mogućnosti da ikada budu konačno rešeni.⁸ Otuda je u 17. veku formiran izuzetak od tradicionalnog procesnog pravila o obaveznoj stranci (*necessary party rule*), koje zahteva da u postupku budu prisutna sva zainteresovana lica. Međutim, koncept kolektivne tužbe je omogućio da se u parničnom postupku odlučuje i o interesima odsutnih lica, koja će biti obavezana sadržinom odluke, ukoliko su ispunjena sledeća tri uslova: a) postoji veliki broj potencijalnih tužilaca koji bi morali biti uključeni u postupak, što nije moguće obezbediti, b) svi potencijalni tužioci imaju zajednički interes ili su njihova prava vezana za javni interes i c) lica koja nisu uključena u postupak mogu biti adekvatno zastupana od strane lica koji učestvuju u postupku.⁹ Kada je reč o praksi američkih sudova, smatra se da je prvi slučaj kolektivne tužbe nastao tek 1820. godine u slučaju *West v. Randall*.¹⁰ U ovom postupku sudija Džozef Stori je izneo mišljenje da je potrebno priznati izuzetak od pravila da sva zainteresovana lica moraju biti uključena u postupak ukoliko je zbog broja potencijalnih stranaka praktično nemoguće postići da sva zainteresovana lica budu učesnici postupka ili se raspravlja o pitanju od opšteg značaja gde pojedinci mogu tužiti u ime celine.¹¹ Iako je kolektivna tužba nastala u ranoj praksi engleskih sudova, počev od

Sa druge strane, derivativna tužba je nastala samo nekoliko godina nakon kolektivne tužbe, takođe kao izuzetak od pravila o obaveznom tužiocu, ali i kao izuzetak od pravila o adekvatnom tužiocu (*proper plaintiff rule*), koje dozvoljava da samo titular materijalnog prava može tražiti zaštitu pred sudom. J. Veličković, op. cit., 62.

⁶ Raymond B. Marcin, „Searching for the Origin of the Class Action“, *Catholic University Law Review*, Vol. 23, Issue 3, 1974, 523–524.

⁷ *Ibidem*, 524.

⁸ *Ibidem*, 516.

⁹ Jacqueline L. Sweeney, *The evolution of the class action lawsuit: the original intent of providing fairness and equity for all has yet to be achieved*, 2003, <http://preserve.lehigh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1827&context=etd>, 6. 9. 2022, 2.

¹⁰ Andrew Faisman, „The goals of class actions“, *Columbia Law Review*, Vol. 121, No. 7, 2021, 2164.

¹¹ *Ibidem*, 2165.

19. veka pa nadalje nastavila je da se razvija samo u okviru američkog prava i danas predstavlja jedan od simbola američkog prava.¹²

Nakon formiranja osnovne ideje o kolektivnoj tužbi u praksi američkih sudova, počinje njena zakonodavna istorija. Kolektivna tužba je prvi put bila uređena pravilima federalnih sudova pravičnosti iz 1843. godine (*Federal Rules of Equity*).¹³ Nakon toga, kolektivna tužba je revidirana 1912. godine i Pravilo 48 je bilo zamenjeno Pravilom 23 Federalnog zakona o parničnom postupku.¹⁴ Potom, Pravilo 23 Federalnog zakona o parničnom postupku je izmenjeno 1966. godine i nakon toga započinje era moderne kolektivne tužbe.¹⁵ Kolektivna tužba je danas takođe regulisana istim pravilom,¹⁶ u nešto modifikovanom obliku u odnosu na stanje iz 1966. godine.

BITNA OBELEŽJA PARNIČNOG POSTUPKA PO KOLEKTIVNOJ TUŽBI

Činjenica da je kolektivna tužba oblik predstavničke tužbe zahtevala je formiranje posebnih pravila koja odstupaju od uređenja klasičnog dvostranačkog parničnog postupka. Smatra se da je postupak po kolektivnoj tužbi znatno složeniji od postupka po tradicionalnoj formi tužbe, jer po prirodi stvari zahteva utvrđenje većeg broja činjenica i samim tim složeniji dokazni postupak i međusobne odnose svih zainteresovanih lica.¹⁷ Ukoliko se posmatra celokupno uređenje kolektivne tužbe sadržano u Pravilu 23 Federalnog zakona o parničnom postupku uočava se da postoje nekoliko bitnih obeležja postupka, a to su: a) faza prethodnog ispitivanja tužbe u kojoj se ocenjuje njena dopuštenost na osnovu posebno propisanih kriterijuma, b) naglašena uloga suda u postupku,

¹² U engleskom pravu sudovi su nastavili da prihvataju mogućnost podnošenja predstavničke tužbe, ali to nije bila kolektivna tužba u kontekstu današnjeg razumevanja tog pojma. Engleski zakonodavac je tek 1998. godine u Zakonu o parničnom postupku uredio predstavničku tužbu, a zatim 2000. godine i grupnu tužbu. U oba slučaju, po sadržini uređenja instituta nije reč o kolektivnoj tužbi koja danas postoji u američkom pravu, te se može konstatovati da je kolektivna tužba ipak tvorina američkog, a ne engleskog prava. Neil Andrews, „Multi-party proceedings in England: representative and group actions“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, br. 11/2, 2001, 250 i dalje.

¹³ J. Sweeney, op. cit., 2.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ David Marcus, „The History of the Modern Class Action, Part I: Sturm Und Drang, 1953–1980“, *Washington University Law Review*, br. 90/3, 2013, 588.

¹⁶ Pravilo 23 je dostupno na adresi: <https://www.cit.uscourts.gov/sites/cit/files/Rule%2023.pdf>.

¹⁷ J. Cooper, op. cit., 13–14.

c) postojanje posebne kategorije parničnog subjekta – predstavnik klase), d) uticaj pravila o troškovima postupka na podsticaj za podnošenje tužbe i e) proširenje dejstva presude na članove klase i kada nisu učestvovali u postupku. Zajednički imenitelj posebnih pravila parničnog postupka po kolektivnoj tužbi jeste da se sa jedne strane obezbedi adekvatna pravna zaštita odsutnih članova klase, ali da se sa druge strane omogući dovoljan podsticaj za podnošenje tužbe.¹⁸ Čini se da se američka sudska praksa decenijama bori da ostvari balans između ova dva cilja, što nije lako postići, jer vrlo lako uređenje kolektivne tužbe može da prevagne ka ostvarenju jednog od navedena dva cilja, na uštrb drugog.

Prethodni postupak po kolektivnoj tužbi

Pravilo 23 Federalnog zakona o parničnom postupku počinje uređenjem prethodnog postupka u kome sud ispituje da li je kolektivna tužba dozvoljena, a koji se sastoji iz tri faze.

U prvoj fazi sud utvrđuje da li (i) postoji veliki broj pripadnika klase, zbog čega bi učešće svih lica u postupku bilo necelishodno, (ii) postoji zajedničko činjenično ili pravno pitanje koje se odnosi na sve pripadnike klase, (iii) je zahtev ili odbrana koju ističe predstavnik klase identičan zahtevu ili odbrani koju može istaći svaki pripadnik klase, i (iv) lice koje se kvalifikuje kao predstavnik klase može adekvatno da zastupa interese klase i svih njenih pripadnika. Ukoliko su ispunjeni navedeni uslovi, sud prelazi u drugu fazu ispitivanja kada treba da utvrdi da li (i) bi vođenje odvojenih postupka od strane članova klase stvorilo rizik od donošenja različitih odluka kojima bi se uspostavili različiti standardi ponašanja suprotne strane ili bi vođenje odvojenih postupaka otežalo položaj drugih pripadnika klase, (ii) je suprotna stranka postupala na način koji je u potpunosti identičan u odnosu na sve pripadnike klase, zbog čega je zahtev koji se ističe isti za sve pripadnike klase ili (iii) je zajedničko pravno ili činjenično pitanje klase po važnosti značajnije od bilo kog drugog pitanja koje postoji samo kod pojedinih pripadnika klase, pri čemu ne postoji efikasnije sredstvo za rešenje spora, osim kolektivne tužbe. U prvoj fazi postupka uslovi za sticanje statusa kolektivne tužbe su postavljeni kumulativno, dok su u drugoj fazi postupka postavljeni alternativno. Dakle, činjenica da je tužilac podneo tužbu koju naziva kolektivnom nije dovoljna da se započne postupak po tužbi, već je neophodno da sud tužbi prizna status kolektivne tužbe. U odluci kojom sud dozvoljava nastavak postupka po podnetoj kolektivnoj tužbi,

¹⁸ Stephen C. Yeazell, „Group litigation and social context: toward a history of the class action“, *Columbia Law Review*, br. 77/6, 1977, 866–868.

definiše se pojam klase¹⁹ i zajednička pitanja i zahtevi za celu klasu o kojima će biti odlučeno u postupku. Istom odlukom sud potvrđuje imenovanje predstavnika klase i imenuje punomoćnika, sve na osnovu kriterijuma koji su propisani Pravilom 23.

Nakon donošenja odluke da se postupak po kolektivnoj tužbi može nastaviti, sledi treća faza prethodnog postupka (koji prethodi meritornom odlučivanju), a to je obaveštavanje članova klase o postojanju tužbe. U obaveštenju, između ostalog, mora biti navedeno da članovi klase mogu zahtevati isključenje iz postupka (ta-kozvani princip *opt-out*), te da ukoliko to ne učine, presuda koja bude doneta u postupku imaće za njih obavezujuće dejstvo.

Naglašena uloga suda u postupku po kolektivnoj tužbi

Američki parnični postupak je po pravnoj prirodi adverzijalan što podrazu- meva da sud ima prilično pasivnu ulogu.²⁰ Međutim, ovakav pristup nije bio održiv u slučaju kolektivne tužbe, pre svega iz razloga jer se odlučuje i o interesima lica koja nisu prisutna i koja možda čak ni ne znaju da se postupak vodi.²¹

Sud ima tri ključne uloge tokom postupka po kolektivnoj tužbi, a to pome- nuta ocena dopuštenosti tužbe (*class certification*), odobrenje poravnanja i radnji raspolaganja tužbenim zahtevom i donošenje odluke o iznosu naknade advokata.²² Pored navedenog, sud ima i određena ovlašćenja tokom trajanja postupka, ali koja se smatraju manje značajnim, a to su odobrenje forme i sadržine obaveštenja čla- novima klase da je pokrenut postupak po kolektivnoj tužbi ili da je postignut nacr- tudskog poravnanja, odlučivanje da li lica koja nisu članovi klase mogu učestvovati u postupku, da li advokati tuženog mogu dobiti naknadu, a na kraju i po okončanju postupka mogu imati uvid u način raspodele dosuđenih sredstava.²³

¹⁹ Definisanje klase smatra se jednim od najvažnijih segmenata postupka po kolektivnoj tuž- bi. Samuel W. Block, „Class and Derivative Actions under the Securities Laws“, *The Business Lawyer*, Vol. 26, No. 2, 1970, 429. Poseban izazov može biti definisanje klase lica kojima pre- ti buduća šteta i na koji način postići njihovo obeštećenje, s obzirom na to da je i ova kategorija lica obuhvaćena dej- stvom presude. J. Cooper, op. cit., 23.

²⁰ J. Cooper, op.cit., 14.

²¹ Jean Wegman Burns, „Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions“, *Hastings Law Journal*, Vol. 42, No. 1, 1990, 184.

²² J. Cooper, op. cit., 10.

²³ Deborah R. Hensler, Nicholas M. Pace, Bonita Dombey-Moore, Beth Giddens, Jennifer Gross, Erik K. Moller, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, RAND Institu- te for Civil Justice, Santa Monica, 2000, 445.

Predstavnik klase – posebna vrsta parničnog subjekta

U postupku po kolektivnoj tužbi prisutna je posebna vrsta parničnog subjekta koji se naziva predstavnik klase. Inicijalno to je moralo biti lice koje ima udeo u interesu koji se štiti tužbom, ali se od ovog zahteva odustalo, jer se institut predstavnika klase pokazao prilično neutralnim i bez bilo kakve značajne funkcije u postupku.²⁴ Smatra se da je institut predstavnika klase formiran jedino iz razloga da bi se ostvario privid tradicionalne parnice koja se vodi između dve stranke.²⁵ Praksa je pokazala da umesto predstavnika klase, ključnu ulogu u postupku imaju advokati, a razlozi za ovakvo stanje stvari su finansijske prirode, jer će u krajnjem ishodu advokati ostvariti veću finansijsku korist u poređenju sa pojedinačnim pripadnicima klase.²⁶ Iako predstavnik klase nije ključni parnični subjekt, jedan od uslova da bi se kolektivna tužba smatrala dopuštenom jeste da sud oceni da imenovani predstavnik klase može adekvatno zastupati klasu. Adekvatnost predstavnika klase se svodi na ispitivanje postojanja dva uslova: a) odsustvo poznatog ili očiglednog sukoba interesa između predstavnika i same klase i b) dovoljna kompetentnost predstavnika za pitanja koja su predmet postupka.²⁷ Drugi uslov se zapravo odnosi na advokate koji će zastupati klasu. Zbog prilično beznačajne funkcije, u literaturi postoji zalaganje da se institut predstavnika klase čak ukine.²⁸ Ipak, veoma važno svojstvo predstavnika klase jeste da je reč o licu koje je formalni podnosilac tužbe, bez čega postupak ne može biti pokrenut. U američkom pravu kolektivnu tužbu može podneti bilo koji subjekt, čak i privatno-pravna lica, te ovo pravo nije rezervisano samo za organizacije, što je čini se tendencija evropskih prava.

Troškovi postupka po kolektivnoj tužbi

Pravila o troškovima postupka su jedno od esencijalnih pitanja za funkcionisanje kolektivne tužbe, jer direktno utiču na stvaranje podsticaja za njenu primenu, s obzirom na to da kolektivna tužba sama po sebi predstavlja finansijski instrument koji omogućava da se ostvari pravna zaštita onih zahteva koje zbog male vrednosti ne bi bilo ekonomski opravdano ostvarivati u individualnom postupku.²⁹ Opšte pravilo američkog procesnog prava jeste da svaka strana snosi svoje troškove

²⁴ J. Burns, op.cit., 165.

²⁵ *Ibidem*, 186.

²⁶ *Ibidem*, 182.

²⁷ *Ibidem*, 185.

²⁸ *Ibidem*, 200-202.

²⁹ J. Cooper, op.cit., 10.

postupka, odnosno ne primenjuje se tradicionalno pravilo da strana koja izgubi drugoj strani nadoknađuje troškove.³⁰ U zavisnosti od vrste postupka formirana su posebna pravila o nadoknadi troškova. Kada je reč o kolektivnoj tužbi primenjuje se doktrina zajedničkog fonda (*comon fund doctrine*), koja se zasniva na ideji pravičnosti, odnosno ideji da ukoliko je pribavljena određena vrednost za klasu i to ličnim naporima pojedinaca, onda je pravično da se troškovi postupka isplate iz zajedničkog fonda.³¹ Pored navedenog u američkom pravu postoji i institut *contingency fee* koji dozvoljava postojanje obaveze plaćanja naknade advokatima samo ukoliko strana koju zastupa uspe u sporu i to u vidu određenog procenta od dosuđenog iznosa.³² U praktičnoj primeni ova dva pravila podrazumevaju da vođenje postupka finansiraju advokati, a da naknadu mogu dobiti tek ukoliko ostvare korist za klijente, te faktički oni snose ekonomski rizik vođenja postupka.³³ Ukoliko uspeju u sporu advokati podnose zahtev za isplatu troškova postupka, o kojem konačnu odluku donosi sud, te u ovom slučaju zapravo nema dogovora između klijenta (predstavnik klase) i advokata o iznosu naknade. Iznos koji se priznaje advokatima obično iznosi 25–35% dosuđenog iznosa.³⁴ U retkim slučajevima se primenjuje princip naplativog sata, kada se advokatima priznaje naknada u zavisnosti od broja sati koje su proveli u radu na slučaju.³⁵ Bitno je istaći da naknada advokata ne predstavlja dodatni namet tuženom, već se taj iznos oduzima od iznosa koji je dosuđen tužiocima.³⁶ U slučajevima kada zakon ima potrebu da stimuliše podnošenje kolektivne tužbe u određenim oblastima dozvoljava se samo tužilačkoj strani, ukoliko uspe u postupku, da trošak angažovanja advokata prebaci na teret tuženog, pri čemu se u ovom slučaju taj iznos ne oduzima od iznosa koji je dosuđen tužiocima, već je reč o dodatnoj obavezi tuženog.³⁷

Dejstva presude donete u postupku po kolektivnoj tužbi

Pravila o dejstvima presude donete u postupku po kolektivnoj tužbi, iako možda nisu toliko značajna za primenu kolektivne tužbe kao što su to pravila

³⁰ *Ibidem*, 11.

³¹ *Ibidem*, 10.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, 11.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, 10.

³⁷ *Ibidem*, 11.

o troškovima postupka, nesporno su najosetljiviji segment uređenja ovog pravnog instituta. Sudska praksa je u dužem vremenskom periodu lutala po pitanju toga da li i pod kojim uslovima presuda treba da obavezuje članove klase koji ne učestvuju u postupku. Jasan stav sudova da presuda obavezuje i odsutne pripadnike klase izražen je tek 1921. godine u slučaju *Supreme Tribe of Ben-Hur v Cauble*.³⁸ Međutim, kao najznačajniji slučaj u ovom segmentu uređenja kolektivne tužbe smatra se slučaj *Hansberry v. Le* iz 1940. godine u kojem je Vrhovni sud naveo „da obavezujuće dejstvo presude donete u postupku po kolektivnoj tužbi predstavlja dozvoljen izuzetak od opšteg pravila da presuda može obavezivati samo ona lica koja su učestvovala u postupku“.³⁹ Ovde je reč o sukobu između potrebe da svako lice ima pravo na dan pred sudom i potrebe da u određenim slučajevima presuda mora obavezivati i odsutna lica.⁴⁰ Proširivanje subjektivnih granica presude i na odsutna lica obično je pravdano konceptom postojanja zajedničkog interesa i adekvatnog zastupanja.⁴¹ Ukoliko postoji jasan zajednički interes između prisutnih i odsutnih članova klase, onda je veća verovatnoća da sudovi steknu utisak da su odsutni članovi adekvatno zastupani, a što će biti osnov za njihovo obavezivanje dejstvom presude. Pored postojanja zajedničkog interesa koji je adekvatno zastupan, jedan od uslova za proširivanje subjektivnih granica presude jeste obaveštavanje odsutnih članova da je postupak pokrenut.⁴² U međusobnom odnosu uslova adekvatnog zastupanja i potrebe obaveštavanja o postupku, adekvatno zastupanje ima prevagu. Naime, čak i ukoliko odsutni pripadnici klase nisu bili obavješteni o postupku, ali su uprkos tome adekvatno zastupani, neće biti uslova za njihovo oslobađanje od obavezujućeg dejstva presude.⁴³ Sa druge strane, ukoliko su odsutni pripadnici klase obavješteni o postupku, ali uprkos tome nisu adekvatno zastupani, ne mogu biti obavezani dejstvom presude, jer se ne može očekivati od odsutnih pripadnika klase da aktivno nadziru postupak.⁴⁴ Danas se čini kao nespornim opšte pravilo da presuda doneta u postupku po kolektivnoj tužbi obavezuje i odsutne pripadnike klase, ukoliko nisu iskoristili pravo da se isključe iz postupka (opcija opt-out), ali ipak ono nije bez izuzetka. Odsutnim članovima klase se omogućava

³⁸ „Collateral Attack on the Binding Effect of Class Action Judgments“, *Harvard Law Review*, Vol. 87, No. 3, 1974, 590.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Geoffrey C. Hazard, John L. Gedid, Stephen Sowle, „An historical analysis of the binding effect of class suits“, *University of Pennsylvania Law Review*, br. 146, 1998, 1946.

⁴¹ *Ibidem*, 1855.

⁴² „Binding Effect of Class Actions“, *Harvard Law Review*, br. 67/6, 1954, 1062.

⁴³ „Collateral Attack on the Binding Effect of Class Action Judgments“, op.cit., 605.

⁴⁴ *Ibidem*, 606.

oslobađanje od obavezujućeg dejstva presude, ukoliko u postupku koji sami pokrenu dokažu da njihovi interesi nisu bili adekvatno zastupani.⁴⁵ Potrebno je pojasniti da se ovde govori dejstvu pravnosnažnosti presude, koje odsutne pripadnike klase sprečava da o činjeničnim ili pravnim pitanjima koja su bila raspravljana u postupku po kolektivnoj tužbi kasnije ponovo raspravljaju u nekom drugom postupku.

Na kraju bitno je pomenuti da iako kolektivna tužba u američkom pravu funkcioniše po principu isključivanja iz postupka, odnosno presuda obavezuje sve pripadnike klase koji se nisu isključili, da bi član klase dobio deo dosuđenih sredstava mora podneti poseban zahtev (*claim form*). Ukoliko se takav zahtev ne podnese član klase ne može dobiti deo sredstava, ali je i dalje sprečen da pokrene postupak po individualnoj tužbi, iako nije dobio deo dosuđenih sredstava.⁴⁶

ZAKLJUČAK – PERCEPCIJA KOLEKTIVNE TUŽBE U AMERIČKOM PRAVU

Kolektivna tužba, iako predstavlja veoma značajno i originalno dostignuće američkog procesnog prava, od samog početka se susretala sa problemima koji su dovodili u pitanje opravdanost njenog postojanja, te samim tim postoje i različite ocene njene društvene uloge i svrhe. Bilo da je reč o pobornicima ili protivnicima kolektivne tužbe nesporno je da i u američkom pravu kolektivna tužba u mnogim segmentima predstavlja izuzetak od tradicionalnih pravila i da je samim tim bilo teško njeno adekvatno razumevanje. Na osnovu analize viševekovne primene kolektivne tužbe može se konstatovati da je ona značajan društveni mehanizam koji se prilagođavao datim okolnostima.⁴⁷ Kada se govori o značaju kolektivne tužbe u društvu obično se govori da je reč o mehanizmu koji omogućava da se sudskim putem zaštite prava koja inače ne bi bilo moguće zaštititi u postupku po individualnoj tužbi, zbog odsustva interesa za pokretanje postupka.⁴⁸ Sa druge strane kada se govori o njenim negativnim aspektima, uglavnom je reč o jednoj zamerci da zapravo jedinu korist od postupka imaju advokati, a ne tužioci, te da samim tim postoji

⁴⁵ *Ibidem*, 594.

⁴⁶ J. Cooper, op.cit., 9.

⁴⁷ U periodu kada je nastala, pa sve do 18. veka kolektivna tužba je bila primenjivana kao sredstvo rešavanja vlastelinskih i parohijskih odnosa. Počev od 18. veka i tokom 19. veka primenjivala se u cilju rešavanja sukoba u različitim formama udruživanja. Počev od 20. veka kolektivna tužba je našla svoju primenu u rešavanju problema koji su nastali kao posledica masovne proizvodnje. S. Yeazell, op. cit., 867.

⁴⁸ J. Sweeney, op.cit., 5.

sukob interesa između klijenta i advokata.⁴⁹ Na primer, zbog pomenutih pravila o troškovima postupka, advokati mogu biti zainteresovani za zaključenje poravnanja u ranijoj fazi postupka, jer tada osim što osiguravaju isplatu naknade, postižu i veću efektivnu vrednost jednog sata rada, jer se ukupna naknada koju dobijaju deli sa manjim brojem utrošenih sati, nego što bi to bio slučaj da se ista naknada подели sa većim brojem sati rada utrošenih za nastavak postupka. Sa druge strane, nastavak suđenja za tužioce može značiti mogućnost dobijanja većeg iznosa naknade. Opšte je poznato da su u američkom društvu, zbog uređenja pravila o troškovima postupka, advokati ti koji zapravo daju inicijativu za podnošenje tužbe, te da nakon što identifikuju potencijalni slučaj, pronalaze lica koja će biti predstavnici klase i kao takvi neposredno podneti tužbu sudu.⁵⁰ Međutim, ovaj problem iako očigledno da može postojati nije nerešiv.⁵¹ Na kraju, bitno je pomenuti da iako nastala u okvirima parničnog postupka koji je primarno usmeren ka zaštiti privatnih interesa, kolektivna tužba je prevazišla domen uobičajne svrhe parničnog postupka, te danas služi zaštiti kako privatnog, tako i javnog interesa. U okviru privatno-pravnih interesa kolektivna tužba je doprinela većoj pravnoj zaštiti u segmentu obeštećenja i pristupa pravdi.⁵² U okviru zaštite javnih interesa kolektivna tužba je doprinela generalnoj i specijalnoj prevenciji, a kroz definisanje očekivanog standarda ponašanja doprinela je i boljoj sadržini propisa u oblastima u kojima se primenjivala.⁵³

POGLED NA SRPSKO PRAVO *DE LEGE FERENDA*

Kolektivna tužba je pravni institut koji je potreban svakom modernom pravu. U okolnostima kada jedan događaj na bilo koji način ugrozi interese većeg broja

⁴⁹ Randall S. Thomas, Robert G. Hansen, „Auctioning Class Action and Derivative Lawsuits: A Critical Analysis“, *Northwestern University Law Review*, Vol. 87, No. 2, 1993, 423 i dalje.

⁵⁰ J. Burns, op. cit., 181.

⁵¹ Jedan od predloga jeste da se ovaj sukob posmatra na način na koji se posmatraju agencijski problemi u korporativnom upravljanju, te da se preuzmu strategije rešavanja nekog od agencijskih problema. Sukob koji može postojati između klijenta i advokata po prirodi je sličan sukobu interesa koji može postojati između akcionara i članova uprave. Jedan od načina rešavanja ove vrste sukoba je pravo glasa, putem kojeg akcionari u svakom trenutku mogu smeniti upravu društva ili pravo izlaska iz društva. Na sličan način, interesi članova klase se mogu adekvatno zaštititi uređenjem prava na izlazak iz postupka ili pravom da zamene predstavnika klase. Što su ova prava šira, to je veća verovatnoća da će zastupnici klase ipak voditi računa i o interesima pojedinačnih članova, kako bi ostali u postupku i samom tim dobili naknadu koju očekuju. John Coffee, „Class action accountability: reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation“, *Columbia Law Review*, Vol. 100, No. 2, 2000, 370 i dalje.

⁵² A. Faisman, op. cit., 2177.

⁵³ *Ibidem*.

lica ne postoji bolji način za njihovu sveobuhvatnu sudsku zaštitu osim putem kolektivne tužbe. U datim okolnostima se postižu barem tri cilja. Prvo, obezbeđuje se pravna zaštita onih lica koja nemaju dovoljno finansijskih ili drugih resursa da pokrenu individualni sudski postupak. Drugo, obezbeđuje se sveukupna društvena efikasnost, te umesto hiljada identičnih postupaka postoji jedan centralni postupak u kojem se odlučuje o zaštiti svih zainteresovanih lica. Ovaj cilj je veoma značajan, jer se njime postiže da se obezbedi efikasnija pravna zaštita i trećih lica koja nemaju dodira sa samom kolektivnom tužbom, zbog umanjenja opterećenosti sudova. Treći cilj koji se ostvaruje je prevencija štetnog postupanja. Postojanje svesti potencijalnih štetnika da mogu biti obavezani na otklanjanje posledica svog postupanja u odnosu na svakog pojedinca koji je pogođen, po prirodi stvari bi trebalo da dovede do opreznijeg ponašanja, u odnosu na situaciju kada bi oštećenim licima bila dostupna samo individualna tužba, za koju kako je navedeno, značajan deo pojedinaca nije zainteresovan da podnese.

Međutim, iako se svrha i funkcija kolektivne tužbe mogu lako objasniti, nije lako postići adekvatan zakonodavni okvir kolektivne tužbe i čini se da direktna transplantacija američkog uređenja nije moguća. Ova konstatacija je prisutna čak i u američkoj pravnoj literaturi, te se daju osnovne smernice za uređenje kolektivne tužbe,⁵⁴ koje opet čini se da nisu u tolikoj meri korisne jer se daju od strane lica izvan društva u koje se tužba uvodi.

Kada je reč o srpskom pravu, za očekivati je da će srpski zakonodavac najpre nastojati da implemetira Direktivu. S obzirom na to da Direktiva postavlja minimum standarda, ne postoji prepreka za srpskog zakonodavca da formira širi domen primene tužbe. Na primer, jedna od tema može biti da li kolektivnu tužbu omogućiti samo u sferi zaštite potrošača, ili njenu primenu prihvatiti i u drugim oblastima. Primena kolektivne tužbe može biti veoma značajna u pravu konkurencije, jer i u ovom slučaju povredama zakona može biti oštećen širi krug lica, ne samo pojedinaca već i privrednih subjekata. U cilju definisanja adekvatnog zakonodavnog uređenja kolektivne tužbe u srpskom pravu treba uvek imati u vidu da je reč o predstavničkoj tužbi, iz kog razloga jedan od korisnih pristupa može biti osvrtnje na iskustva koja postoje sa drugom primerom predstavničke tužbe, a to je derivativna tužba. Upravo zbog navedenog i sam naslov rada se oslanja na takozvani koncept „predstavničke parnice“ koji bez obzira na konkretan pojavni oblik u osnovi ima zajednički cilj i suštinu. Derivativna tužba je u srpsko pravo uvedena 1996. godine, međutim do danas nije zaživela u praksi. Kao jedan od ključnih razloga za takvo stanje stvari smatra da su pravila

⁵⁴ J. Cooper, op. cit., 24–26.

o troškovima postupka.⁵⁵ Naime, u okolnostima kada se zadrži tradicionalno pravilo da strana koja izgubi spor snosi sve troškove postupka, kod predstavničkih parnica postavlja se veoma logično pitanje, a to je koji motiv može imati pojedinac da se upusti u spor i snosi rizik gubitka i samim tim obaveze nadoknade troškova, a lica izvan postupka čiji su interesi zastupani mogu imati samo korist, bez bilo kakvog rizika. Zbog navedenog smatra se da kod derivativne tužbe postoji sindrom „slepog putnika“, jer svaki član društva očekuju da neki drugi član preuzme taj rizik i na kraju se događa da se tužba ne podnese.⁵⁶ Isti problem nesporno bi postojao i kod kolektivne tužbe. Otuda prvi zadatak srpskog zakonodavca bio trebao biti ocena spremnosti da se odstupi od tradicionalnih pravila o troškovima postupka. Ukoliko ta spremnost postoji, onda se aktivna legitimacija za podnošenje tužbe može dati ne samo organizacijama, tj., kvalifikovanim subjektima, kako to preporučuje Direktiva u čl. 4,⁵⁷ već i pojedincima ili njihovim grupama, na primer, jedan od uslova za podnošenje tužbe može biti da je podnosi grupa od 10 potrošača, ili čiji ukupni odštetni zahtevi prevazilaze određeni iznos. Naravno, ostaje pitanje u kom pravcu bi se moglo odstupiti od opštih pravila. Ukoliko bi se zadržalo postojeće pravilo o troškovima postupka za očekivati je da pojedinci ne bi bili zainteresovani za podnošenje tužbe. Sa druge strane, ukoliko ne postoji spremnost da se odstupi od tradicionalnih pravila o troškovima postupka onda jedina mogućnost koja preostaje jeste da se aktivna legitimacija dodeli kvalifikovanim subjektima. Svakako kod ovog pristupa može postojati problem izvora finansiranja i mogućih sukoba interesa između finansijera i interesa koje subjekt finansiranja treba da štiti, te i o ovim aspektima treba voditi računa kako bi se sprečile zloupotrebe tužbe.⁵⁸ U osnovi najviše je sporna situacija gubitka spora, jer ukoliko tužba bude usvojena, onda postojeće pravilo o troškovima može biti prihvatljivo, iako i tada može postojati problem izvora finansiranja toka postupka. Međutim, ukoliko se spor izgubi, onda osim problema finansiranja toka spora, postoji i problem koji se odnosi na obavezu da se nadoknade troškovi postupka tužene strane. Na taj način se zaključuje da je osim pravila o troškovima postupka,

⁵⁵ J. Veličković, op. cit., 17–23.

⁵⁶ *Ibidem*, 287.

⁵⁷ Pod ovim pojmom se podrazumeva „svaka organizacija ili javno telo koje zastupa interese potrošača i koje je država članica u skladu s ovom Direktivom imenovala kvalifikovanim za podnošenje predstavničkih tužbi“ (čl. 3, st. 1, tač. 4).

⁵⁸ O finansiranju kolektivne tužbe od strane trećih lica v. Piletta Massaro Andrea, „Nova EU direktiva o kolektivnim tužbama i finansiranje vođenja parničnog postupka sredstvima trećih lica – prilika za evropske potrošače“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1/ 2021, Beograd, 2021, 95–117.

bitna i činjenica da li se tužilac finansira iz sopstvenih sredstava. Ukoliko se postupak finansira iz sopstvenih sredstava tužioca, a nije reč o udruženjima čija je primarna svrha ostvarivanje sudske zaštite pojedinaca, postojanje podsticaja za vođenje postupka može biti sporno zbog odsustva spremnosti za preuzimanje rizika plaćanja troškova spora.⁵⁹ Svakako pravila o troškovima postupka ne treba idealizovati, niti ih urediti na način da ona podstiču podnošenje tužbe. Pravila o troškovima treba formirati na način da u okolnostima kada potencijalni tužilac donese odluku o podnošenju tužbe, od toga ne odustane zbog sadržine pravila o troškovima postupka.

Kada se definišu ova dva segmenta kolektivne tužbe, a koji se u osnovi odnose na podsticaje za njeno podnošenje, sledeća bitna tema za uređenje kolektivne tužbe jeste u kojoj meri proširiti ulogu suda u odnosu na redovni parnični postupak. Nesporno, neku od proširenih uloga koju poznaje američko pravo sud već ima i u srpskom parničnom postupku, a odnosi se na odobravanje zaključenja sudskog poravnanja. Polazeći od trenutnog stanja pravosuđa kao jedan od spornih segmenata može biti uloga suda u postupku ocene dopuštenosti tužbe. U američkom pravu uloga suda se u ovom segmentu odnosi na ispitivanje uslova propisanih federalnim Pravilom 23, a među njima ima uslova koji se odnose na ocenu celishodnosti kolektivne zaštite u odnosu na individualnu. Direktiva takođe pominje ocenu dopuštenosti tužbe, ali po tom pitanju upućuje na odredbe nacionalnih prava (čl. 7, st. 3). Opet polazeći od iskustva sa derivativnom tužbom u ovoj fazi postupka sudu ne bi trebalo dati zadatak da ocenjuje celishodnost kolektivne tužbe, već samo ispitivanje postojanja formalnih uslova koji bi bili propisani (postojanje procesnih pretpostavki koje se odnose na stranke i samu tužbu). Naime, u američkom pravu sud kod derivativne tužbe, na sličan način kao kolektivne, daje dozvolu da se postupak po tužbi nastavi, a jedan od uslova da bi sud dao odobrenje jeste da oceni da je tužba u interesu kompanije. Ovo pravilo nije preuzeto u srpsko pravo i sud kod derivativne tužbe nema ovu ulogu. Otuda je preporuka da i kod kolektivne tužbe u preliminarnoj fazi postupka, odnosno kada se ispituje postojanje procesnih pretpostavki za nastavak postupak, treba izbeći rešenja koja bi sudu dala ovlašćenja da ispituje celishodnost tužbe.

Zatim, veoma važan segment uređenja kolektivne tužbe su pravila o subjektivnim granicama presude koja moraju biti uređena na način se obezbedi da lica koja su nisu bila stranke u postupku mogu imati neposrednu korist od presude

⁵⁹ U ovom segmentu kanadsko pravo sadrži zanimljivo rešenje, a to je da postoji državni fond koji obezbeđuje finansiranje kolektivne tužbe na način da tužilac aplicira za korišćenje sredstava iz fonda, a ukoliko uspe u postupku, sredstva se vraćaju fondu u visini određenog procenta od dobijenog iznosa, te se na taj način postiže samoodrživost fonda. J. Cooper, op. cit., 13.

u kontekstu ostvarivanja lične pravne zaštite. U ovom delu su bitna dva segmenta. Prvo, da li bi srpski zakonodavac prihvatio sistem uključivanja ili isključivanja iz postupka (opt-in ili opt-out). Smatra se da je sistem isključivanja više u skladu sa prirodom kolektivne tužbe, jer ukoliko je potrebna aktivnost pojedinaca da bi se uključila u postupak, onda je njihova pravna zaštita unapređena u manjem stepenu, odnosno pojedinac je oslobođen samo tereta odlučivanja da li da pokrene postupak, ali i dalje ima teret odlučivanja da li u želi da se priključi postupku. U ovom segmentu je potrebno voditi računa o razlikovanju dejstva pravnosnažnosti i izvršnosti presude.⁶⁰ Presuda bi pod definisanim uslovima trebalo da ima dejstvo pravnosnažnosti i u odnosu na odsutne pripadnike klase, bez obzira da li su se uključila u postupak. Ovakav pristup ne bi čak ni bio u suprotnosti sa odredbama Zakona o parničnom postupku koji u čl. 360, između ostalog, propisuje da presuda može delovati i na treća lica, ukoliko to zahteva priroda spornog prava ili pravnog odnosa. Sa druge strane, kada je reč o dejstvu izvršnosti, odnosno pravu pripadnika klase da neposredno pokrene izvršni postupak na osnovu presude donete u postupku po kolektivnoj tužbi, zakonodavac bi trebao da bude veoma oprezan kod dozvoljavanja takve mogućnosti, koja nije moguća po Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, jer ovaj zakon u čl. 48 dozvoljava da se izvršni postupak pokrene od strane lica koje nije navedeno u ispravi, samo po uslovom da je došlo do prenošenja ili prelaza potraživanja. Otuda jedan od bitnih segmenata uređenja kolektivne tužbe treba da bude i da li se svi pripadnici klase formalno navode kao stranka u parničnom postupku, a koje može zastupati samo imenovani predstavnik, koji bi jedini imao ovlašćenje da preduzima parnične radnje. Ukoliko to ne bi bio slučaj, a želi se postizanje neposrednog dejstva izvršnosti i na odsutne pripadnike klase, biće neophodna reforma i izvršnog postupka. Pravilima o dejstvima presude treba da se ostvare dva cilja: prvo da se spreči ponovno odlučivanje o činjeničnim i pravnim pitanjima koja su bila predmet postupka po kolektivnoj tužbi, ali i da se na osnovu presude obezbedi direktna pravna zaštita. Jedan od mogućih pristupa može biti da je samo za dejstvo neposredne izvršnosti presude neophodno da se pojedinac priključi postupku. Ovaj pristup je i u skladu sa principima američkog prava koje zahteva da pripadnik klase koji želi da primi iznos od poravnanja podnese poseban zahtev. Sa druge strane, za dejstvo materijalne pravnosnažnosti moguće je prihvatiti oba principa – uključivanja ili isključivanja iz postupka, uz uslov da ukoliko se prihvati sistem isključivanja iz postupka, odsutni pripadnici klase u postupku po individualnoj tužbi imaju pravo na isticanje prigovora nesavesnog vođenja spora.

⁶⁰ O dejstvima presude v.: Nikola Bodiřoga, *Parnični postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022, 392–403.

Osim konceptualnih pitanja treba voditi računa i o funkcionalnim aspektima postupka. U tom pogledu, minimum regulative postupka po kolektivnoj tužbi bi trebalo da sadrži posebna pravila koja se odnose na vrstu pravne zaštite koja se može istaći u formi kolektivne tužbe. O kolektivnoj tužbi u pravom smislu reći može biti samo ukoliko je moguće istaći i novčani zahtev, što su potvrdili i pisci Direktive. Zatim, bitno je urediti i postupak i način obaveštavanja pripadnika klase o podnetoj tužbi, uslove za preinačenje tužbe, posebna pravila o postupku i teretu dokazivanja kako bi se onemogućilo uskraćivanje dostavljanja podataka značajnih za meritorno odlučivanje, zatim mogućnost da pripadnici klase ili eventualno treća lica pristupe postupku u svojstvu stranke ili umešača, posebne uslove za preduzimanje radnji raspolaganja tužbenim zahtevom, ne samo u vidu zaključenja poravnanja, već i u vidu povlačenja tužbe ili odricanja od tužbenog zahteva, pravila o javnosti postupka, posebne uslove za postojanje litispencije, kao i spajanje ili razdvajanje postupka. Na kraju, važan segment pravnog uređenja kolektivne tužbe je i postupak prinudnog izvršenja koji može uslediti. Međutim, da li bi bilo potrebe za izmenama postupka izvršenja moglo bi se oceniti tek po definisanju sadržine i granica dejstva presude, odnosno da li bi i lica koja nisu bila uključena u postupak mogla biti obuhvaćena dejstvom izvršnosti presude.

Cilj ovog rada nije bio da se daju predlozi mogućih rešenja, jer bi to svakako bilo veoma pretenciozno, već da se ukaže na neka osnovna konceptualna pitanja koja bi trebalo uzeti u obzir prilikom, nadamo se, budućeg regulisanja kolektivne tužbe u srpskom pravu.

Dr. JOVANA VELIČKOVIĆ
Attorney at Law, Belgrade

THE CONCEPT OF REPRESENTATIVE LITIGATION UNDER
ANGLO-SAXON LAW – THE NEED TO UNDERSTAND A CLASS ACTION
AS A PREREQUISITE FOR SUCCESSFUL LEGAL TRANSPLANTATION

Summary

The paper discusses basics of the history of the class action and the essential features of the litigation under such action in American law. Starting from this point, a view of *de lege ferenda* in relation to Serbian law is given. According to the author's understanding, the most important segment of the regulation of the class action in Serbian law will be the rules on the costs of the proceedings, because they will directly affect the definition of the legal standing for filing the lawsuit. In addition to the above, the Serbian legislator should pay special attention to regulating the role of the court in the procedure, and avoid jurisdictions that involve deciding on the expediency of the lawsuit itself or certain actions in the

procedure, but rather retain jurisdiction on deciding on (formal) admissibility and its merits. Also, special attention should be focused on defining the subjective scope of the effect of the judgment, in order to ensure that the affected persons can obtain legal protection without having to initiate proceedings on an individual lawsuit. Finally, we should certainly not ignore other procedural rules, which, due to the fact that the class action is a representative litigation, must be regulated differently compared to regular litigation.

Key words: class action, costs of the proceedings, legal standing, role of the court, effects of the judgement

Literatura

Andrews N., „Multi-party proceedings in England: representative and group actions“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, No. 2, 2001.

Bodiroga N., *Parnični postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022.

Block S., „Class and Derivative Actions under the Securities Laws“, *The Business Lawyer*, Vol. 26, No. 2, 1970.

„Binding Effect of Class Actions“, *Harvard Law Review*, Vol. 67, No. 6, 1954.

Cooper J., An introduction to class action procedure in the United States, <https://www.sarrafgentile.com/wp-content/uploads/pdf/An-Introduction-to-Class-Actions.pdf>.

Coffee J., „Class action accountability: reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation“, *Columbia Law Review*, Vol. 100, No. 2, 2000.

„Collateral Attack on the Binding Effect of Class Action Judgments“, *Harvard Law Review*, Vol. 87, No. 3, 1974.

Faisman A., „The goals of class actions“, *Columbia Law Review*, Vol. 121, No. 7, 2021.

Hazard G., Gedid J., Sowle S., „An historical analysis of the binding effect of class suits“, *University of Pennsylvania Law Review*, br. 146, 1998.

Hensler D., Pace N., Dombey-Moore B., Giddens B., Gross J., Moller E., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, RAND Institute for Civil Justice, Santa Monica, 2000.

Marcus D., „The History of the Modern Class Action, Part I: Sturm Und Drang, 1953–1980“, *Washington University Law Review*, Vol. 90, No. 3, 2013.

Marcin R., „Searching for the Origin of the Class Action“, *Catholic University Law Review*, Vol. 23, No. 3, 1974.

Massaro Andrea P., „Nova EU direktiva o kolektivnim tužbama i finansiranje vođenja parničnog postupka sredstvima trećih lica – prilika za evropske potrošače“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1/2021, Beograd, 2021.

Sweeney J., The evolution of the class action lawsuit: the original intent of providing fairness and equity for all has yet to be achieved, 2003, <http://preserve.lehigh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1827&context=etd>.

Thomas R., Hansen R., „Auctioning Class Action and Derivative Lawsuits: A Critical Analysis“, *Northwestern University Law Review*, Vol. 87, No. 2, 1993.

- Veličković J., *Derivativna tužba*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Stephen C. Yeazell, „Group litigation and social context: toward a history of the class action“, *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 6, 1977.
- Wegman Burns J., „Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions“, *Hastings Law Journal*, Vol. 42, No. 1, 1990.
- Overview of existing collective redress schemes in EU Member States, <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf>.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DUŠICA PALAČKOVIĆ
SANDA ĆORAC

PRAVO NA POŠTOVANJE DOMA I NJEGOVA ZAŠTITA (SA POSEBNIM OSVRTOM NA PARNIČNI POSTUPAK I PRAKSU SUDOVA U REPUBLICI SRBIJI)

Autorke u radu analiziraju pravo na poštovanje doma koje garantuje čl. 8 Evropske konvencije. Reč je o kvalifikovanom pravu pa je moguće opravdano ograničenje njegovog uživanja. Pojam doma u praksi Evropskog suda za ljudska prava tumači se ekstenzivno. Procena povrede prava na poštovanje doma podrazumeva sprovođenje trostrukog testa. Opravdanost mešanja u demokratskom društvu i proporcionalnost mešanja legitimnom cilju kojem služi posebno su složeni zadaci. Zaštita prava na poštovanje doma obezbeđuje se u redovnoj građanskoj proceduri pa su analizirani načini na koje tuženi ukazuje na povredu ovog prava. Izričito isticanje materijalnopravnog prigovora nije neophodno već se o povredi može zaključivati i na osnovu ukupnog procesnog građiva što pokazuje praksa Evropskog suda za ljudska prava, kao i praksa sudova u Srbiji. Odluke sudova u Srbiji analizirane su i u kontekstu sprovođenja testa proporcionalnosti. Osnovni problemi su nesprovođenje testa kao i zauzimanje suprotnih stavova pri oceni okolnosti konkretne pravne stvari od strane nižestepenih sudova kada ga sprovode. Stavovi Vrhovnog kasacionog suda u slučaju revizijskog odlučivanja doprinose ujednačavanju prakse, a primena instituta ustavne žalbe ima za cilj obezbeđenje delotvorne zaštite prava na poštovanje doma.

Ključne reči: pravo na poštovanje doma, Evropski sud za ljudska prava, zaštita u sudskom postupku, sredstva odbrane, sudska praksa

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.

UVODNA RAZMATRANJA

Članom 8 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda,¹ regulisano je jedno od kvalifikovanih konvencijskih prava – pravo na poštovanje doma.² Karakteristika ovih prava je da se javne vlasti mogu opravdano mešati u njihovo vršenje, odnosno uživanje od strane titulara.³ Suštinski cilj garantija iz čl. 8 prema stavu Evropskog suda za ljudska prava⁴ jeste da se pojedinac zaštiti od arbitrernog postupanja javne vlasti.⁵ Stoga je neophodno uspostaviti ravnotežu privatnih i javnih interesa kroz tzv. uravnotežujuće akte⁶ sudova i drugih nadležnih organa. Ograničenja javnih vlasti u pogledu mešanja propisana su u st. 2 čl. 8: „Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skadu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

U Republici Srbiji pravo na dom nije izričito regulisano Ustavom⁷ niti zakonskim propisima. Odredbom čl. 40 st. 1 Ustava predviđena je, naime, „nepovredivost stana“⁸ dok se pojam „dom“ ne koristi. U teoriji ima stavova da se pod pojmom „nepovredivost“ zapravo krije sadržina identična onoj iz odredbe čl. 8 st. 1

¹ *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rim, 4. 11. 1950. (u daljem tekstu Evropska konvencija). Primenjuje se i u Republici Srbiji na osnovu Zakona o ratifikaciji Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005.

² O etimologiji ovog i srodnih termina, Dušan Ž. Nikolić, Sloboda D. Midorović, „Ograničenje prava svojine pravom na dom (pojmovna određenja i pravna politika)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1, 2020, 46–48.

³ Pravo nije apsolutno, a ograničenja su, po pravilu, fakultativna te države odlučuju hoće li ih primeniti ili ne. Pri normiranju se koriste opšte pretpostavke što ih vezuje uz polje slobodne procene. Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, Zagreb, 2013, 852; Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini, „Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. pravo na poštovanje doma“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 35, br. 1, Rijeka, 2014, 188.

⁴ U daljem tekstu ESLJP.

⁵ *P. and S. v. Poland*, No. 57375/08 od 30. oktobra 2012, para. 94, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-7226%22>}, 7. 8. 2022. Sve odluke za koje nije naveden poseban internet izvor preuzete su iz baze HUDOC, *European Court of Human Rights*.

⁶ J. Omejec, op. cit., 852.

⁷ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, 115/2021, 16/2022.

⁸ V. čl. 3/2(9) Zakona o stanovanju i održavanju zgrada, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2016 i 9/2020 – dr. zakon, o definiciji stana koja nije istoznačna definiciji „doma“.

Evropske konvencije,⁹ pa bi „nepovredivost doma“ bila isto što i „poštovanje doma“. Terminologija našeg Ustava kao i sadržina čl. 40 st. 2 i 3,¹⁰ upućuju na izneseni zaključak da pravo na dom nije predmet ustavne regulative. Takođe, u ustavnim žalbama zbog povrede prava na dom aplikanti se ne pozivaju na povredu čl. 40 Ustava već neposredno na povredu prava na poštovanje doma iz čl. 8 i/ili nekih drugih konvencijskih prava sa kojima se dovodi u vezu.¹¹ Na osnovu odredbe čl. 194 st. 4 Ustava, da su potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo pravnog poretka Republike Srbije, Evropska konvencija se neposredno primenjuje.

POJAM „DOM“ U PRAKSI ESLJP

Pojam „dom“ izuzetno je teško definisati stoga što je reč o složenom i polivalentnom fenomenu čije teorijsko određenje podrazumeva multidisciplinarni i interdisciplinarni pristup.¹² Preko „prava na dom“, odnosno „prava na poštovanje doma“ on dobija pravnu konotaciju. Pojam implicira da neko lice boravi u prostoru koji smatra svojim domom ne samo stoga što u njemu živi, sam ili sa članovima porodice, već i zbog specifične vezanosti za takav prostor koja bi se mogla odrediti kao psihička (emotivna).¹³ Reč je o fizički definisanom prostoru koji pojedinac ili članovi porodice odrede ne samo kao mesto u kome trajnije žive već i kao centar svog porodičnog i privatnog života.¹⁴ To ukazuje na opravdanost konvencijskog načina regulisanja prava na dom – uz pravo na privatni i porodični život. Takođe, očigledno je da se subjektivni element – namera da se u određenom prostoru organizuju bitne životne aktivnosti (porodične i privatne) izdvaja po značaju za određivanje pojma „dom“.

⁹ Aldo Radolović, „Odnos građanskopravne osnove za korišćenje stana i ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 36 No. 1, 2015, 111; Aleksandra Maganić, „Praksa Evropskog suda za ljudska prava i pravo na dom“, *Pravo na dom* (ur. J. Barbić), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2016, 28. Reč o čl. 34. Ustava RH koji govori o „nepovredivosti doma“.

¹⁰ Koji se odnose na zabranu neovlašćenog ulaska i pretresa stana i dopušteni pretres.

¹¹ Npr., UŽ - 2486/2017, odluka od 26. decembra 2019. – povreda prava na dom iz čl. 8; UŽ - 5084/2011, odluka od 17. 1. 2013 – povreda prava na pravično suđenje; UŽ - 9495/2013 – pravo na dom iz čl. 8 i pravo na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo.

¹² D. Ž. Nikolić, S. D. Midorović, op. cit., 46.

¹³ Jovana D. Vojvodić, „Respect of the Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the recent case law of the European Court of Human Rights“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2020, 1538, (uz citiranje stavova iz odluke u slučaju *Moreno Gómez v. Spain*, No. 4143/02 od 16. novembra 2004, para. 53).

¹⁴ A. Radolović, op. cit., 116, 117. u smislu da je povezanost izraz zaštite ličnosti, odnosno prava ličnosti.

Za određivanje ključnih elemenata pojma „dom“ u kontekstu garantija čl. 8 od posebne je važnosti, svakako, praksa ESLJP. Tumačeći ovaj pojam ESLJP je zauzeo nekoliko nespornih stavova. Pre svega, „dom“ je autonoman pojam,¹⁵ pri čijem definisanju nisu od značaja koncepti nacionalnih pravnih sistema. Istovremeno nezavisnost ovog pojma ukazuje na specifičan pristup njegovom određenju. To se, naime, čini od slučaja do slučaja, uz razmatranje i uvažavanje specifičnih okolnosti.¹⁶ Bez obzira na teškoće u definisanju iz referentnih odluka ESLJP sledio bi opšti zaključak da je za konstituisanje ovog pojma neophodna dovoljna i kontinuirana (trajna) veza sa određenim prostorom.¹⁷

„Prostor“, pojam koji možda najadekvatnije opisuje mesto gde određena osoba boravi ESLJP široko tumači u kontekstu određenja pojma „dom“. Pored uobičajenih mesta stanovanja (kuće i stanovi) obuhvaćene su i druge vrste nekretnina. Tako se, npr. u slučaju *Connors v. the United Kingdom*,¹⁸ prihvata konstituisanje doma na postavljenim pokretnim objektima romskih karavana na određenoj parceli gde su članovi porodice *Connors* neprekidno boravili skoro 15 godina. U okviru pojma „dom“ zaštitom su obuhvaćene vikendice,¹⁹ kamp kućice, bungalovi ili drugi prostori pod uslovom da ih pojedinac opravdano smatra svojim domom i koristi ih kao dom,²⁰ ali i objekti poput garaža i radionica, plovni objekti za stanovanje i druga mesta (npr. podrum, potkrovlje, terasa). Nasuprot tome, ESLJP je utvrdio da ne predstavlja dom u okviru čl. 8 npr., vešernica u zgradi koja je u zajedničkom vlasništvu i čija namena je povremeno korišćenje,²¹ zemljište na kojem se vlasnik bavi lovom,²² kao i deo teritorije na kojoj je lice odraslo i gde ima svoje korene, ali na njoj ne živi.²³

¹⁵ *European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life*, 98, (u daljem tekstu *Guide*), https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf, 20. 8. 2022, kao i npr., *Chigarov and others v. Armenia*, No. 13216/05 od 16. juna 2015, para. 206.

¹⁶ Ivana Roagna, *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, u skladu sa Evropskom Konvencijom o ljudskim pravima*, Council of Europe, Strasbourg, 2012, 32.

¹⁷ V. npr., *Gillow v. United Kingdom*, No. 9063/80 od 24. septembra 1986, para. 46. *McCann v. the United Kingdom*, No. 19009/04 od 13. maja 2008., para. 46; *Prokopovitch v. Russia*, No. 58255/00 od 18. novembra 2004., para. 36.

¹⁸ *Connors v. the United Kingdom*, No. 66746/01 od 27. maja 2004, para. 85–95.

¹⁹ *Demades v. Turkey*, No. 16219/90 od 31. jula 2003.

²⁰ *Winterstein and the others v. France*, No. 27013/07 od 17. oktobra 2013, para. 141.

²¹ *Chelu v. Romania*, No. 40274/04 od 12. januara 2010.

²² *Friend, The Countryside Alliance and Others v. the United Kingdom*, No. 16072/06, 27809/08 od 24. novembra 2009.

²³ *Lozidou v. Turkey*, No. 15318/89 od 18. decembra 1996. Više o tome šta ESLJP ne smatra domom i I. Roagna, op. cit., 32, 33.

Poslovni prostor može biti dom ukoliko se profesionalne aktivnosti obavljaju iz nekretnine u kojoj lice živi jer je između privatnih i poslovnih aktivnosti ponekad teško povući jasnu granicu.²⁴ Dom ima faktičko (činjenično), a ne pravno značenje. Stoga dom može biti advokatska kancelarija, kancelarija notara ili kabinet univerzitetskih profesora,²⁵ uz obrazloženje da se smisao reči „dom“ u nizu država proširuje i na poslovni prostor²⁶ koji postaje deo privatnog ako se u njemu obavljaju aktivnosti sa klijentima (npr., čuvaju dokumenta klijenata), a takvo tumačenje je u skladu sa bitnim ciljem i svrhom čl. 8.²⁷

Za pojam doma nije određujuća okolnost postojanje validnog građanskopravnog osnova korišćenja na strani aplikanta,²⁸ već dug period u kome je „dom“ korišćen za stanovanje (život) koji upućuje na subjektivni kriterijum – vezanost. Stoga dom „nije ograničen na one prostorije koje su u zakonitom posedu ili koje su zakonito izgrađene“.²⁹ Na pravo na poštovanje doma mogu se pozivati i lica koja nemaju nijedan od pravnih osnova za stanovanje, odnosno korišćenje nekretnine,³⁰ kao i oni koji žive u nekretnini koju je iznajmio neko drugi.³¹ Stav ESLJP o pravu na dom sažet je u odluci *Connors v. United Kingdom*³² – ovo pravo je od centralne važnosti za identitet pojedinca, samoodređenje, fizički i moralni integritet, održavanje odnosa s drugima i sigurno mesto u kojem se nastanio.

²⁴ *Niemietz v. Germany*, No. 13719/88 od 16. decembra 1992; *Société Colas Est and Others v. France*, No. 37971/97 od 16. aprila 2002.

²⁵ *Guide*, 98.

²⁶ Misli se na engleski termin *home*, za razliku od termina *domicile* iz francuskog jezika, koji nema takvu konotaciju, *Niemietz v. Germany*, nap. br. 24, para. 30.

²⁷ *Zahi protiv Hrvatske*, No. 24546/09 od 18. marta 2014, para. 54, <https://vlada.hr/ured-zastupnika>, 16. 9. 2022.

²⁸ *Menteş anı the others v. Turkey*, 58/1996/677/867 od 28. novembra 1997, para. 73; *Isto, Ćosić protiv Hrvatske*, No. 28261/06 od 15. januara 2009, para. 21, 22; *Bjedov protiv Hrvatske*, No. 42150/09 od 29. maja 2012., para. 57; *Brežec protiv Hrvatske*, No. 7177/10 od 18. jula 2013., para. 34, <https://zdocs.tips/doc/brezec-jadranka-presuda-18072013-e12ll5nn4vpv>, 16. 9. 2022.

²⁹ *Orlić protiv Hrvatske*, No. 48833/07 od 21. juna 2011, para. 54, <https://www.edusinfo.hr/sudska-praksa/EULPHR2007B48833A07>, 20. 8. 2022. Retka odstupanja se u teoriji pripisuju fenomenu „drugog veća“ i precedentnom modelu odlučivanja ESLJP. V. A. Radolović, op. cit., 110.

³⁰ *Brežec protiv Hrvatske*, nap. br. 28.

³¹ *Prokopovitch v. Russia*, nap. br. 17.

³² *Connors v. United Kingdom*, nap. br. 18.

KRITERIJUMI ESLJP ZA OCENU POVREDE PRAVA
NA POŠTOVANJE DOMA

U odluci *Velosa Barreto v. Portugal*³³ ESLJP je izneo stav da ne postoji obaveza države da svakome obezbedi prostor za život, niti pravo svakog lica da poseduje prostor koji predstavlja njegov dom. Mada se u ovom slučaju ESLJP izjašnjavao o povredi čl. 8 Evropske konvencije i čl. 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju koji garantuje pravo na neometano uživanje imovine, stav da je obaveza države da obezbedi adekvatan smeštaj i uslove samo za lica koja nisu u stanju da to urade sama i da se pravo na dom javlja samo u situaciji kada neko lice ne može samo da obezbedi nikakve uslove stanovanja se generalno prihvata.

Procena povrede prava na poštovanje doma podrazumeva sprovođenje trostrukog testa (test proporcionalnosti). Ispituje se da li je ograničenje prava (mešanje)³⁴, ³⁵ zasnovano na zakonu,³⁶ a zatim da li je ograničenje bilo u skladu sa legitimnim ciljem i da li je mera ograničenja bila nužna u demokratskom društvu, odnosno da li je mešanje proporcionalno legitimnom cilju kojem se teži. Uslov da je ograničenje (mešanje) propisano u unutrašnjem pravu države tumači se u praksi ESLJP ekstenzivno, pa se pod pojmom „zakon“ podrazumeva svaka norma unutrašnjeg prava koja je dostupna osobi na koju se odnosi i predvidljiva u posledicama (zakoni, podzakonski akti, nepisano pravo kao i sudska praksa).³⁷

Nužnost mešanja u demokratskom društvu postoji „ako je (mešanje) bilo preko društveno potrebno kako bi se postigli legitimni ciljevi te ako su primenjena sredstva bila proporcionalna“.³⁸ Stoga test proporcionalnosti³⁹ postaje presudan za

³³ *Velosa Barreto v. Portugal*, No. 18072/91 od 21. 11. 1995, <https://www.legal-tools.org/doc/fd86ff/pdf/>, 20. 9. 2022.

³⁴ „Mešanje“ se široko tumači (v. *Guide*, 99, 100). Praksa ESLJP pokazuje da se razmatra i proporcionalnost kod propuštanja pozitivnih obaveza države, Gabrijele Mihelčić, Maša Marochini Zrinski, Renata Šantek, „Od predmeta McCann do predmeta F. J. M. – razmjernost i pravo na poštovanje doma kod prisilnog namirenja stvarnopravno osiguranih tražbina iz nekretnina“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, 2020, 114.

³⁵ Primere moguće mešanja v. *Guide*, 84, 85.

³⁶ U sistemima „pisanog prava“ zakon je tipičan pravni akt, v. npr., *Société Colas Est and the Others v. France*, nap. br. 24, para. 43., *Huvig v. France*, No. 11105/84 od 24. aprila 1990, para. 2.

³⁷ V. npr., *Lejla Şahin v. Turkey*, No. 4477/98 od 10. novembra 2005, para. 88, prema kojoj se ovakav stav odnosi na čl. 8–11 Evropske konvencije.

³⁸ A. Maganić, op. cit., 27.

³⁹ Više o testu proporcionalnosti, J. Omejec, op. cit., 1254–1257; O opštim načelima o kojima javne vlasti moraju voditi računa da bi ograničenja koja uvode bila opravdana, G. Mihelčić, M. Marochini Zrinski, R. Šantek, op. cit., 170–174.

odluku, a praksa ESLJP koja ga je kreirala izdiže ga na nivo načela. Samo načelo i njegova primena „u sedištu (su) rasprave o tome kako konflikte između konvencijskih prava – i između konvencijskih prava i javnih interesa – treba rešavati.“⁴⁰ Ocena proporcionalnosti vrši se prema okolnostima konkretne pravne stvari, a pored procene da li se mešanjem postiže legitimni cilj neophodno je utvrditi da li je on mogao biti ostvaren primenom blaže mere.⁴¹

U predmetu *McCann v. the United Kingdom* prihvaćen je stav da „gubitak doma predstavlja najekstremniji oblik mešanja u pravo na poštovanje doma, pa svako lice kome pretilo mešanje ovog obima mora imati mogućnost da se ispita proporcionalnost ovakve mere u kontekstu čl. 8, nezavisno od toga što mu je prema nacionalnom pravu pravo prestalo.“⁴² U istoj odluci ovaj pristup je podignut na nivo principa tako da svako kome pretilo mešanje u pravo na njegov/njen dom načelno mora imati navedene mogućnosti.⁴³ Za ocenu nužnosti mešanja praksa je ustanovila kao odlučujuće kriterijume: pravnu prirodu prava; važnost prava za aplikanta i karakter cilja koji se želi postići ograničenjima.

Od predmeta *McCann* do danas ESLJP se izjašnjavao o proporcionalnosti mešanja u predmetima koji se značajno razlikuju u pogledu okolnosti. Kada su u pitanju nepokretnosti u javnom vlasništvu, a nije involviran drugi privatni interes osim aplikantovog, ispitivanje proporcionalnosti mešanja u slučaju nalaganja iseljenja sprovodi se po automatizmu, povreda same obaveze ispitivanja od strane nacionalnih sudova smatra se povredom čl. 8, a ispituje se i sama mera sa aspekta (ne)proporcionalnosti vaganjem privatnih i javnih interesa.⁴⁴ Automatizam se prihvata i kada je pravni osnov korišćenja nekretnine otpao ili nije ni postojao. Međutim, kada su u sukobu privatni interesi aplikanta i drugih privatnih lica nema automatizma. Tada uravnoteženje suprotstavljenih interesa stranaka može biti ugrađeno u domaće zakonodavstvo što čini nepotrebnim da sud ponovno vaga te interese prilikom razmatranja zahteva za posed.⁴⁵ Odnosno, mere propisane zakonom u cilju zaštite prava drugih mogu se smatrati nužnim

⁴⁰ J. Omejec, op. cit., 1254.

⁴¹ Alan Uzelac, „Hrvatsko građansko pravosuđe između Strazbourga i Zagreba ili o europeizaciji ovršnog prava na primjeru ovrhe na nekretnini“, *Evropska budućnost hrvatskog građanskog pravosuđa – uvodna izlaganja*, (ur. J. barbić), HAZU, 2019, 48, http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A67_Uzelac_HAZU_Ovrha.pdf, 7. 8. 2022.

⁴² *McCann v. UK*, nap. br. 17, para 50, u okolnostima prestanka prava zakupa nekretnine.

⁴³ *McCann v. UK*, nap. br. 17, para 64.

⁴⁴ Tako u slučajevima *Bjedov protiv Hrvatske*, *Ćosić protiv Hrvatske*, nap. br. 28, *Orlić protiv Hrvatske*, nap. br. 29.

⁴⁵ Guide, 85, 86; *F. J. M. v. United Kindom*, No. 76202/16 od 6. novembra 2018, para. 37, 41, 45.

u demokratskom društvu.⁴⁶ Dodatna okolnost jeste i postupanje aplikanata, npr., okolnost da nisu osporavali ugovore o zajmu pred nacionalnim sudovima odnosno nisu sami prodali nekretninu izvan izvršnog postupka, možda po tržišnoj (višoj) ceni kako bi isplatili dug. Reč je o slučajevima pozivanja na povredu prava na dom u vezi sa iseljenjima koja su posledica neizvršavanja obaveza iz pravnog posla uz dobrovoljno obezbeđenje najčešće u vidu hipoteke. Ovakvi slučajevi i pred nacionalnim sudovima, a onda i pred ESLJP postaju sve češći u ekonomski kriznim vremenima, ali se u praksi suda aplikantima osporava pravo da se pozivaju na (ne) proporcionalnost,⁴⁷ čak i kada je reč o onima koji pripadaju ranjivim kategorijama (npr., sa problemom mentalnog zdravlja).⁴⁸

U slučaju *Connors v. United Kingdom*⁴⁹ razmatrano je pravo države na slobodnu procenu u odnosu na proporcionalnost mere. Kako je mešanje nužno u demokratskom društvu ako odgovara „snažno prisutnoj društvenoj potrebi“, a sloboda procene razlikuje se u skladu sa prirodom i važnošću prava za pojedinca kao i karakterom aktivnosti koje se ograničavaju i cilja koji se ograničenjem želi postići, konstatovano je da je ova sloboda uža kada je pravo o kojem je reč presudno za delotvorno uživanje intimnih ili ključnih prava pojedinca. U sferama kao što je stambeno područje, koje ima središnju ulogu u socijalnim i privrednim politikama savremenih društava, ESLJP će poštovati stavove nacionalnih zakonodavstva o tome šta je u opštem interesu, osim ako je stav očigledno bez razumnog osnova. Razmatranje opšte socijalne i privredne politike u kontekstu čl. 8 ukazuje da obim slobode procene zavisi od konteksta predmeta, a posebno značenje se pridaje obimu zadiranja u ličnu sferu aplikanta. Procesna zaštitna sredstva koja su na raspolaganju pojedincu posebno su bitna za utvrđenje je li tužena država u postavljanju regulatornog okvira ostala u okviru polja slobode procene. Proces donošenja odluka koje vode mešanju mora biti pošten, a interesi koje čl. 8 priznaje na dužan način poštovani. Ocena nužnosti mešanja u demokratskom društvu otvara i materijalnoppravna i procesnoppravna pitanja.⁵⁰

ZAŠTITA PRAVA NA POŠTOVANJE DOMA U SUDSKOM POSTUPKU

Do potencijalne povrede prava na dom u najvećem broju slučajeva dolazi u postupcima raspravljanja i odlučivanja o građanskopravnom osnovu korišćenja

⁴⁶ U tom smislu posebno je značajna odluka u slučaju *Vrzić protiv Hrvatske*, No. 43777/13 od 12. jula 2016, para 66, 67, <https://uredzastupnika.gov.hr/>, 17. 8. 2022.

⁴⁷ *F. J. M. v. United Kindom*, nap. br. 45, para 45.

⁴⁸ Više: G. Mihelčić, M. Marochini Zrinski, R. Šantek, op. cit., 123–126.

⁴⁹ *Connors v. the United Kingdom*, nap. br. 18, para. 81–83.

⁵⁰ Izričito, odluka u slučaju *Bjedov protiv Hrvatske*, nap. br. 28, para. 64.

nepokretnosti⁵¹ primenom propisa materijalnog građanskog prava. U ovim sporovima preći donošenje odluke o iseljenju, a vode se najčešće po pravilima parnične procedure.⁵²

Kada je reč o načinu na koji stranka koja smatra da određena nekretnina (prostor) predstavlja njen dom iznosi pred sud ovu okolnost, po pravilu su to sredstva meritorne odbrane kojima se generalno nastoji izdejsstvovati odluka o odbijanju zahteva tužbe (o iseljenju). Principijelno, u parničnom postupku tuženi u ovom slučaju ima više procesnih mogućnosti. U formalnom smislu sredstva odbrane su odgovor na tužbu i protivtužba,⁵³ ali tuženi može i usmeno iznositi sredstva odbrane. Suštinski, pak, tuženi se brani na jedan od više mogućih načina: osporavanjem tužiočevih činjeničnih tvrdnji, isticanjem da je tužba nekonkludentna (nekonkluzivna), odnosno da iz iznetih činjeničnih tvrdnji i dokaza po materijalnom pravu ne sledi pravna posledica koju tužilac navodi, osporavanjem uslovljavajućeg odnosa (prethodno pitanje) i iznošenjem materijalnopравnih prigovora.⁵⁴ Materijalnopравni prigovori se u teoriji razlikuju na one kojima se iznose činjenice usled kojih tužiočevo pravo nije ni nastalo ili je, pak, prestalo da postoji (naknadno nastale činjenice).⁵⁵ U teoriji se govori i o tzv. materijalnopравnim prigovorima u užem smislu (prigovori kojima se zaustavlja zahtev) čija je suština iznošenje činjenične tvrdnje na kojoj se zasniva pravo tuženog da svojom izjavom volje uskratiti tužiocu činidbu (trajno ili privremeno).⁵⁶ Čini se da je suštinski najbliže određenju prigovora prava na dom da je reč o ovoj vrsti.⁵⁷ Međutim, ove prigovore tuženi mora

⁵¹ A. Radolović, op. cit., 113–115.

⁵² V. Paulić protiv Hrvatske, No. 3572/06 od 22. oktobra 2009, para. 44. Izvršni postupak nije osmišljen niti primereno opremljen procesnim sredstvima i merama zaštite za temeljno i suprotstavljeno ispitivanje ovako složenih pravnih pitanja.

⁵³ V. čl. 298, st. 1, 2 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) i čl. 198.

⁵⁴ Više o meritornoj odbrani v. Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, 331–335; Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020, 347–350 govore i o tzv. protivzahtevu kao materijalnopравnom zahtevu kojim tuženi nastoji da spreči usvajanje tužbenog zahteva, ali koji nema formu protivtužbe; Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, 432–434.

⁵⁵ S. Triva, M. Dika, op. cit., 433; Isto B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., 333.

⁵⁶ B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., 333; G. Stanković, V. Boranijašević, op. cit., 349, dele materijalnopравne prigovore na one koji ukazuju na nepunovažan nastanak tužiočevog prava, one protiv sadašnjeg ostvarenja tužiočevog prava i one protiv konačnog ostvarenja tužiočevog prava.

⁵⁷ Prema S. Triva, M. Dika, op. cit., 433. Reč je o iznošenju činjeničnih tvrdnji „da unatoč postojanju tužiteljeva prava tuženik nije dužan ispuniti određenu obavezu jer ga na to ovlašćuje neko njegovo samostalno pravo“.

izrično istaći.⁵⁸ Sa druge strane, prema stavu ESLJP okolnosti povezane uz povredu prava na poštovanje doma moraju biti iznete od strane stranke (tuženog), ali to ne mora biti učinjeno izričito, u formi prigovora.⁵⁹ Dovoljno je navesti tvrdnje i dokaze povezane uz postojanje i povredu prava na poštovanje doma. To implicira da za povredu prava na poštovanje doma sud može saznati iz ukupnog procesnog gradiva što je svakako povoljnija solucija za tuženog.⁶⁰

Usvajanjem navedenog stava stranka nije lišena mogućnosti da se izričito pozove na povredu prava na poštovanje doma, odnosno istakne prigovor takve sadržine. Izričito isticanje prigovora znači iznošenje nove činjenične tvrdnje pa bi procesna ograničenja koja nacionalni pravni sistemi postavljaju za njihovo iznošenje, a shodno tome i za predlaganje novih dokaza, važila i u ovom slučaju. Tako je u našem pravnom sistemu stranka prekludirana u ovom pogledu trenutkom okončanja pripremnog ročišta ili prvog ročištu za glavnu raspravu ako priprema nije obavezno,⁶¹ uz izuzetak koji podrazumeva da stranka koja ih kasnije iznosi u podnescima ili usmenim izlaganjima na ročištima mora učiniti verovatnim da bez svoje krivice to nije mogla učiniti do momenta kada nastupa prekluzija.⁶² Pravila o prekluziji važe i kada se ne ističe izričito prigovor prava na poštovanje doma već se na povredu ovog prava ukazuje u okviru iznošenja ukupnog procesnog gradiva. U praksi je, međutim, teško zamisliti da stranka, po izuzetku, kasnije tokom postupka iznosi bilo prigovor povrede prava na poštovanje doma izričito, bilo činjenične tvrdnje i dokaze u sklopu ukupnog procesnog gradiva. Naime, neshvatljivo je da ona ne zna ili nije mogla znati da joj je određena nepokretnost dom. Pre svega usled neophodnosti postojanja trajne i dovoljne veze sa konkretnim životnim prostorom. Isti zaključak sledi i kada je reč o primeni pravila zabrane iznošenja novih činjeničnih tvrdnji i novih dokaza u žalbi, uz, takođe identično, formulisanje izuzetka.⁶³ Relevantna je i odredba čl. 372, st. 2 ZPP, da se u žalbi ne mogu isticati materijalnoravni prigovori.

⁵⁸ S. Triva, M. Dika, op. cit., 433; B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., 334.

⁵⁹ Npr. *Brežec protiv Hrvatske*, nap. br. 28.

⁶⁰ Ovakav stav prihvata i US Srbije koji u odluci UŽ – 2486/2017, nap. br. 11, navodi da je „u suštini“ istaknut prigovor još u prvostepenom postuku (iako tek u žalbi izričito i nedvosmisleno) kada je tužena sve vreme postupka isticala da u stanu živi od 1972. god., da su joj tu rođene ćerke, da redovno plaća zakupninu, da poseduje odluku suda koja zamenjuje ugovor o zakupu i kojom se utvrđuje da je ona član porodičnog domaćinstva te da je u teškoj materijalnoj situaciji zbog čega je tražila i oslobođenje od plaćanja troškova postupka.

⁶¹ ZPP, čl. 308, st. 1.

⁶² ZPP, čl. 314, st. 1.

⁶³ ZPP, čl. 372, st. 2.

Međutim, povreda procesnih pravila od strane suda može sprečiti tuženog da iznese sve činjenice i dokaze do momenta nastupanja prekluzije. Tada postoji razlog za izjavljivanje žalbe koji implicira ukidanje prvostepene presude (povreda načela kontradiktornosti, npr., nedostavljanjem).⁶⁴ Pogrešna primena materijalnog prava takođe omogućava izjavljivanje žalbe kada je sud konstatovao povredu prava na poštovanje doma ali nije primenio čl. 8 Evropske konvencije.⁶⁵

U okviru dopuštenih sredstava odbrane svakako je, usled svega rečenog, formalnopravno najprihvatljivije da se ili prigovor prava na poštovanje doma ili okolnosti koje ukazuju na povredu ovog prava, navedu već u odgovoru na tužbu.⁶⁶ Kada je reč o protivtužbama, principijelna zakonska podela ukazuje na tri vrste: koneksne, prejudicijelne i kompenzacione.⁶⁷ Čini se da bi tuženi koji se poziva na svoje pravo na poštovanje doma mogao koristiti koneksnu i prejudicijelnu protivtužbu. Koneksna se, uopšteno, može podnositi kada je zahtev protivtužbe u vezi sa tužbenim zahtevom. U konkretnom slučaju moguća je stoga što se upravo preko prava tužioca na određenoj nepokretnosti koje je osnov iseljenja tuženog i prava tuženog na poštovanje doma koje ukazuje na nedopuštenost iseljenja uspostavlja nužna veza dva zahteva. Cilj tuženog je da se odluči meritorno o zahtevu protivtužbe, a procesna pravila o podobnosti odluke o zahtevu protivtužbe za nastupanje pravnosnažnosti povoljnija su za tuženog u odnosu na druga sredstva odbrane. Prejudicijelnom protivtužbom tuženi bi mogao zahtevati utvrđenje svog prava na poštovanje doma stoga što ovakav zahtev korespondira definiciji prejudicijelne protivtužbe – njen zahtev glasi da se utvrdi neko pravo ili pravni odnos od čijeg postojanja (ili nepostojanja) zavisi u celini ili delimično odluka o zahtevu tužbe. Kada je reč o mogućnosti pokretanja parničnog postupka u kome bi zahtev tužbe glasilo na utvrđivanje postojanja (ili nepostojanja) prava na poštovanje doma primenjivala bi se zakonska pravila o deklarativnim tužbama.⁶⁸ Dopuštenost ovih tužbi, izuzev ako su izričito normirane posebnim zakonom, što svakako nije slučaj sa tužbom za utvrđivanje prava na poštovanje doma, uslovljena je postojanjem pravnog interesa na strani tužioca⁶⁹ koji ga, uz to mora i dokazati.

⁶⁴ ZPP, čl. 391, st. 1.

⁶⁵ Emina Pinjić, Lucija Vranešević, *Djelotvorna zaštita prava na dom u parnici i ovrsi – od partikularnih do sustavnijih rješenja*, Zagreb, 2016, 9, 10, <https://www.google.com/search?q>, 20. 8. 2022.

⁶⁶ ZPP, čl. 298, st. 1 i 2.

⁶⁷ ZPP, čl. 198, st. 1.

⁶⁸ ZPP, čl. 194, st. 1, 2.

⁶⁹ ZPP, čl. 194, st. 3.

O PRAKSI SUDOVA U REPUBLICI SRBIJI

S obzirom na neposrednu primenu čl. 8 Evropske konvencija u pravu Srbije zaštita prava na poštovanje doma veoma je komplikovan proces koji pred sudije postavlja niz zadataka. Stoga su i propusti brojni pa se, posledično, zaštita traži pred Ustavnim sudom u postupku po ustavnoj žalbi.⁷⁰ Odluke Ustavnog suda, ali i VKS u postupku po reviziji, ukazuju na dosledno insistiranje na primeni trostrukog testa, posredno, i na neophodnosti upoznavanja nižestepenih sudova sa stavovima ESLJP. Istovremeno, još uvek se događa da se procenjuje samo zakonitost korišćenja nepokretnosti, čak i kada se stranka pozvala na pravo na poštovanje doma. Generalno se različito procenjuju konkretne okolnosti slučaja prema kriterijumima iz prakse ESLJP.⁷¹

U dužem vremenskom periodu ustavne žalbe su primarno podnošene od strane lica na koje se primenjivao Zakon o stambenim odnosima koji je stupio na snagu 29. jula 1973. godine.⁷² Ovaj propis je priznavao stanarsko pravo, odnosno pravo trajnog korišćenja stana isključivo na stanu u društvenoj svojini, dok se stanarsko pravo, nakon stupanja na snagu tog Zakona, nije više moglo steći i na stanu u privatnoj svojini. Tako su, nižestepeni sudovi su, po pravilu, zauzimali stav da lica koja su se u sporne stanove uselila posle stupanja na snagu ovog Zakona ne mogu sticati stanarsko pravo na stanu u privatnoj svojini niti sticati svojstvo člana porodičnog domaćinstva i korisnika stana. Isključivo je raspravljano o zakonitosti razloga za iseljenje, dok ostali elementi koji ukazuju na eventualnu povredu prava na dom nisu ispitivani. Ustavni sud je u nekim svojim odlukama zaključio da je ustavnopravno prihvatljiv stav redovnih sudova,⁷³ da lica koje se u stan u privatnoj svojini uselilo posle stupanja na snagu Zakona o stambenim odnosima, ne može da stekne svojstvo nosioca stanarskog prava, ali da se arbitrarnost sudova u primeni materijalnog prava odnosi na izjednačavanje pojmova nosilac stanarskog prava i korisnik stana. Navedeni Zakon omogućava sticanje svojstva člana porodičnog domaćinstva nosioca stanarskog prava, odnosno svojstvo korisnika stana i posle njegovog stupanja na snagu kada se lice u stan zakonito useli – npr. posle zaključenja braka sa nosiocem.⁷⁴

⁷⁰ Ustavna žalba posledica je povrede prava na dom u postupku pred redovnim sudovima, Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 5531/17 od 31. 5. 2018; Presuda VKS Rev. 660/05 od 13. 4. 2005.

⁷¹ V. umesto svih presudu VKS, Rev. 1376/2019 od 13. 5. 2020.

⁷² Zakon o stambenim odnosima, *Službeni glasnik SRS*, br. 29.

⁷³ Už. 2486/2017, Už – 5084/2011, nap. br. 11.

⁷⁴ V. Odluku Ustavnog suda Už - 5084/2011 (nap. br. 11), koju je pratilo izdvojeno mišljenje utkinje prof. dr Marije Draškić koja je ukazala na dotadašnju suprotnu praksu sudova. Ipak, Ustavni

Jedan broj predmeta po ustavnoj žalbi,⁷⁵ odnosio se na izbegla vojna lica koja su u ratnim okolnostima devedesetih godina prošlog veka napuštala republike bivše Jugoslavije, (stanarsko pravo u tim republikama im je odlukama nadležnih organa prestalo) i doselila se u Srbiju. Njima je, po pravilu, dodeljivan nužni smeštaj na osnovu naredbe nadležnih vojnih organa do trajnog rešavanja stambenog pitanja ili dobijanja službenog stana. Međutim, ugovori o zakupu zaključivani su na određeno vreme. U slučajevima kada ugovori nisu ponovo zaključivani, smeštaj je korišćen bez pravnog osnova pa je RS (Ministarstvo odbrane) protiv ovih lica isključivo stoga dobijalo sporove pred redovnim sudovima. Istovremeno, oni su u takvom smeštaju veoma dugo živeli, često su sami (ali i članovi njihove porodice) bili nezaposleni, uz to i u zdravstveno lošem stanju usled ratnih trauma i progona. Ustavni sud je, stoga zaključio da okolnost da lice živi skoro 20 godina sa porodicom u stanu ukazuje da se prema kriterijumima ESLJP on može smatrati domom. Takođe, na osnovu Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima RS (Ministarstvo odbrane) je vlasnik konkretnog stana i ovlašćeno je zahtevati iseljenje. Osporena odluka zasnovana je na ustavnopravno prihvatljivoj primeni merodavnog materijalnog prava i doneta radi ostvarenja jednog od legitimnih ciljeva propisanih čl. 8 – zaštite imovinskih prava države. Međutim, za pravo na poštovanje doma okolnost da neko u stanu živi bez pravnog osnova ne sme biti odlučujuća. U kontekstu proporcionalnosti ukazuje se na stav ESLJP da je legitimni interes države da kontroliše svoju imovinu iza prava na poštovanje doma određenog lica. Osporena odluka ne daje nikakvo obrazloženje koje bi pokazalo da je iseljenje bilo srazmerno cilju koji se želi postići i nužno u demokratskom društvu pa je u okolnostima kada nisu involvirani drugi privatni interesi povređeno pravo na poštovanje doma.

Pri sprovođenju testa proporcionalnosti u slučajevima kada postoji sukob privatnog i javnog interesa nižestepeni sudovi daju, npr. prednost pravu na poštovanje doma tuženog u odnosu na imovinska prava teritorijalnih jedinica imajući u vidu da je sporni stan veličine 25 m² i male tržišne vrednosti, a da bi tuženi, koji je teško bolestan i nezaposlen, iseljenjem postao beskućnik.⁷⁶ U slučaju

sud je bio na stavu da je mešanje u pravo na poštovanje doma podnositeljke ustavne žalbe bilo nezakonito pa nije ni potrebno dalje se upuštati u ocenu ispunjenosti drugih uslova za dopuštenost mešanja u pravo na dom. Ipak je to učinio u obrazloženju svoje odluke navodeći kriterijume koje ispituje i ESLJP.

⁷⁵ Umesto svih, UŽ - 9495/2013, nap. br. 11.

⁷⁶ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 4466/16 od 22. juna 2016. god, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, broj 9, 2017, Intermex, Beograd. U pitanju je vlasništvo Grada Beograda.

propusta prvostepenog suda da proceni „stepen mešanja javne vlasti u pravo na poštovanje doma“, ukida se presuda i predmet se vraća na ponovno odlučivanje.⁷⁷ Ipak, ima i dalje odluka u kojima se sudovi pozivaju na zakonit osnov korišćenja, pa tako u jednom slučaju, na stanu koji je na korišćenje dodeljen tužiocu i njegova supruga je time imala pravo korišćenja, ali je nastavila da živi u stanu posle razvoda.⁷⁸ Tužilac je, takođe posle razvoda, otkupio stan i zahteva iseljenje bivše supruge, ali ne i predaju stana. Kako tužena već 25 godina živi u spornom stanu i „njeno pravo na poštovanje doma se zasniva na stvarnopravnoj ličnoj službenosti stanovanja“, zahtev za iseljenje je neosnovan i ograničenje svojinskog prava tužioca opravdano jer nije narušena osetljiva ravnoteža između prava tužene na dom i prava svojine.

U slučaju sukoba dva privatna interesa VKS u odluci po reviziji ukazuje na neophodnost njihove procene. Tako, interesu tužene, koja ima 71 godinu života i koja već 30 godina koristi stan, suprotstavljen je interes tužilaca kao suvlasnika spornog stana koji, međutim, imaju u suvlasništvu i druge delove objekata na istoj katastarskoj parceli. Sporni stan je mali, a tužena bi iseljenjem postala beskućnik, pa je VKS dao prednost pravu tužene na poštovanje doma.⁷⁹

Sukob privatnih interesa i konkurencija prava na dom i prava na mirno uživanje imovine za VKS takođe ukazuju na neophodnost sprovođenja testa proporcionalnosti. U jednoj odluci,⁸⁰ prihvaćen je stav drugostepenog suda da je po zakonu dopušteno zadiranje tužioca u pravo na dom tuženog (dostavio je dokaze o pravu na korišćenje stana i pravni je sledbenik davaoca stana na korišćenje, što i tuženi prihvata), kao i stav da u testu proporcionalnosti okolnost da supruga tuženog ima dva stana daje prednost tužiocu. Pravo na dom se javlja samo kada neko lice samo ne može da obezbedi nikakve uslove stanovanja, a okolnosti da je tuženi dugo vremena živeo u stanu i da tužilac to već dugo toleriše nisu dovoljne za priznanje prava na dom.⁸¹

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž. 6764/2013 od 23. oktobra 2013. god, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, br. 9, 2017, Intermex, Beograd.

⁷⁹ VKS, Prev. 336/2017 od 25. 1. 2018. godine

⁸⁰ VKS, Rev. 1376/2019 od 13. 5. 2020. godine.

⁸¹ Mada je u odluci u slučaju *Cvijetić protiv Hrvatske*, No. 71549/01 od 26. februara 2004. ESLJP zauzeo stav da kada država dugo toleriše odnosno ne izvršava svoje presude o iseljenju, to daje pravo licu koje treba da se iseli da nastavi sa korišćenjem stana, u ovom slučaju, time što nije blagovremeno reagovao i tražio iseljenje tuženog, tužilac je omogućio tuženom ne samo da u dugom periodu koristi stan bez ikakvog osnova već i da u tom periodu reši svoje stambeno pitanje što je on i uspeo zaključenjem braka.

ZAKLJUČAK

U pravnom sistemu Srbije nije izričito regulisano pravo na poštovanje doma. Stoga se neposredno primenjuje čl. 8 Evropske konvencije kojim je pravo garantovano. Zaštita ovog prava prema praksi ESLJP obezbeđuje se po pravilima redovne građanske sudske procedure, a sudovi imaju obavezu da primene test proporcionalnosti u situacijama kada tuženi u redovnom građanskom postupku (parnični), izričito istakne prigovor ili se o povredi prava sazna iz ukupnog procesnog gradiva. U svakom slučaju je reč o meritornoj odbrani. U formalnom smislu okolnosti povezane uz povredu prava na poštovanje doma tuženi iznosi u odgovoru na tužbu i u protivtužbi. Na ograničenja ukazuje pravilo o prekluziji za iznošenje činjeničnih tvrdnji i dokaza kao i priroda protivtužbi. Čini se da lice koje smatra da mu je pravo na dom povređeno može, pod uslovom dokazivanja pravnog interesa, podnošenjem deklarativne tužbe pokrenuti parnični postupak. Primena kriterijuma koje je usvojio ESLJP u tumačenju pojma „dom“ kao i primena testa proporcionalnosti, stvaraju probleme u praksi naših sudova. Iz odluka VKS i US uočljivo je da nisu retke situacije u kojima nižestepeni sudovi ne primenjuju ovaj test kao i to da su stavovi do kojih u njegovoj primeni dolaze ponekad dijametralno suprotni.

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

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

THE RIGHT TO RESPECT FOR HOME AND ITS PROTECTION (WITH SPECIAL REFERENCE TO LITIGATION PROCEDURE AND COURT PRACTICE IN THE REPUBLIC OF SERBIA)

Summary

In the paper, the authors analyze the right to respect for home guaranteed by Article 8 of the European Convention. It is a qualified right, so a justified limitation of its enjoyment is possible. The concept of home in the practice of the European Court of Human Rights is interpreted extensively. The assessment of a violation of the right to respect for home involves the implementation of a triple test. The justification of interference in a democratic society and the proportionality of the interference to the legitimate aim it serves are particularly complex tasks. The protection of the right to respect for home is provided in the regular civil procedure, so the ways in which the defendant points

to the violation of this right are analyzed. Explicit emphasizing of a substantive legal objection is not necessary, since a violation can be concluded on the basis of the entire procedural material, as shown by the practice of the European Court of Human Rights, as well as the practice of courts in Serbia. The decisions of the courts in Serbia were also analyzed in the context of the implementation of the proportionality test. The basic problems are the non-implementation of the test as well as the taking of opposite stances than the lower courts when assessing the circumstances of a specific legal matter, when they do implement it. The views of the Supreme Court of Cassation in the case of review decisions contribute to the uniformity of practice, and the application of the institute of constitutional appeal aims to ensure the effective protection of the right to respect for home.

Key words: right to respect for home, European Court of Human Rights, protection in court proceedings, means of defense, judicial practice

Literatura

European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf.

Maganić A., „Praksa Europskog suda za ljudska prava i pravo na dom“, *Pravo na dom* (ur. J. Barbić), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2016.

Mihelčić G., Marochini M., „Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. pravo na poštovanje doma“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 35, br. 1, Rijeka, 2014.

Mihelčić G., Marochini Zrinski M., Šantek R., „Od predmeta *McCann* do predmeta *F. J. M.* – razmjernost i pravo na poštovanje doma kod prisilnog namirenja stvarnopravno osiguranih tražbima iz nekretnina“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 41, br. 1, Rijeka, 2020.

Nikolić D. Ž., Midorović S. D., „Ograničnje prava svojine pravom na dom (pojmovna određenja i pravna politika)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2020.

Omejec J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourgški acquis*, Zagreb, 2013.

Pinjić E., Vranešević L., *Djelotvorna zaštita prava na dom u parnici i ovrsi – od partikularnih do sustavnijih rješenja*, Zagreb, 2016.

Poznić B., Rakić Vodinelić V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015.

Radolović A., „Odnos građanskopravne osnove za korišćenje stana i ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 36 No. 1, 2015.

Roagna I., *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, u skladu sa Evropskom Konvencijom o ljudskim pravima, Council of Europe, Generalni direktorat za ljudska prava i vladavinu prava, Strasbourg*, 2012.

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

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

- Uzelac A., „Hrvatsko građansko pravosuđe između Strazbourga i Zagreba ili o europeizaciji ovršnog prava na primjeru ovrhe na nekretnini“, *Evropska budućnost hrvatskog građanskog pravosuđa – uvodna izlaganja*, (ur. J. Barbić), HAZU, 2019.
- Vojvodić J. D., „Respect of the Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the recent case law of the European Court of Human Rights“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, 2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VLADIMIR M. VRHOVŠEK
VLADIMIR V. KOZAR

OD SPORA PREKO PARNICE I SUDSKOG POSTUPKA DO PRAVDE I PRAVIČNOSTI

Opšta tema ovogodišnjeg 35. susreta Kopaoničke škole prava je sudski postupak – pravda i pravičnost. Iz samog naziva jasno je da se taj postupak sprovodi pred sudom. Međutim, iako se sudski postupak sprovodi pred sudom, on čini samo deo pravosuđa, istina veoma bitan. Delovi pravosuđa su policija, veštaci, sudski prevodioci, advokati, gradsko pravobranilaštvo, državno pravobranilaštvo i sud. Svi pomenuti delovi svojim delovanjem omogućavaju da pravosuđe funkcioniše, pa i preko sudskog postupka kojim rukovodi sud, uz naznaku da se preko sudskog postupka u ovozemaljskom svetu (prema čovekovim shvatanjima) dolazi do pravde i pravičnosti. Autori će u radu prikazati na koji način svi učesnici u parničnom postupku doprinose ostarivanju pravde i pravičnosti, sa posebnim akcentom na sudsku praksu kao garant izvesnosti sudske zaštite.

Ključne reči: sudski postupak, pravda, pravičnost, pravosuđe, sud, parnični postupak

U V O D

Pravda je načelo prema kome svakome treba dati ono što mu pripada. Pravdu je, međutim, teško definisati kao pojam, jer spada u najapstraktnije pojmove, a još je teže u praksi odrediti šta je pravedno budući da se mišljenja o tome razlikuju,

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.

tj. ono što je za jednog pravedno, za drugog nije. Kada govorimo o pravičnosti, ona je u saglasnosti sa pravdom.¹ Može se reći da je pravičnost, kao univerzalni princip², karakteristična i za parnični postupak, imajući u vidu da Zakon o parničnom postupku propisuje pravo stranaka na pravičnu zaštitu njihovih prava pred sudom.³ Dakle, kako doći do pravde i pravičnosti? Odgovor bi se mogao naći kroz sudski postupak kojim rukovodi sud, jer sudija primenom interpretiranog zakonskog teksta postaje akter dosuđene pravičnosti, kao univerzalne pravde i stožerne vrline čoveka i svih njegovih asocijacija. Njegova odluka mora da preživi vreme, ne samo ono u kome je donesena već i svako drugo vreme, jer to je slika (možda i spomenik pravde) spornog odnosa koji je on rešio. Sudija se dakle u krugu svoje oficijelne vokacije izjašnjava o našem životu, svekolikim slobodama i njenim granicama, o celini kodeksa naših prava. Na taj način sudije učestvuju u upravljanju pravdom. Veće dužnosti od te nema, pa ne čudi ona antička izreka: „Ići sudiji znači ići pravdi“.⁴

S obzirom na sve navedeno, prava, obaveze i odgovornosti fizičkih i pravnih lica, ukoliko su sporni, uređuju se u sudskom postupku. Sudski postupci su: krivični, parnični, vanparnični, izvršni, stečajni, prekršajni postupak i upravni spor, dok se upravni postupci dele na opšti i posebni upravni postupak. Osnovna podela sudskih postupaka je izvršena prema pravnoj materiji koja je predmet rešavanja, pa se stoga sudski postupci mogu podeliti na kaznene postupke i građanske postupke, uz napomenu da jasnu i preciznu granicu nije uvek tako lako iscertati. Kazneni sudski postupci koji se vode povodom kaznenih dela su: krivični postupak, prekršajni postupak i postupak povodom privrednih prestupa. Građanski sudski postupci su parnični postupak, vanparnični postupak, izvršni postupak i stečajni postupak.

GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO – TEORIJSKI OSVRT

Prve izvore građanskog procesnog prava i mnogih modernih instituta savremenog građanskog prava možemo naći još u rimskom pravu. Najveća razlika između savremenog građanskog procesnog prava i onog koje je postojalo u starom

¹ Borislav Blagojević, *Pravna enciklopedija od O do Ž – 2. deo*, Savremena administracija, Beograd, 1986, 1212–1213.

² Gordana Stanković, „Princip pravičnosti i rešavanje sporova“, *Pravni život: Pravda i postojeće pravo u imovinskim odnosima*, br. 11–12, Tom 2, Beograd, Savez udruženja pravnika Srbije, 1994.

³ Čl. 2. st. 1 Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – US, 74/13 – US, 55/14, 87/18 i 18/20.

⁴ Slobodan Perović, „Ići sudiji znači ići pravdi“, *Pravni informator*, br. 10, Intermex d. o. o., Beograd, 2016.

Rimu jeste napuštanje sistema koji je zaštitu subjektivnih prava pružao samo u slučaju kada je za to pravo postojala posebna tužba (*action*). Rimsko pravo nije poznavalo opšti pojam tužbe kao procesne radnje kojom se može zahtevati zaštita svakog zakonom propisanog prava, već upravo suprotno, postojanje tužbe prethodilo je i uslovljavalo postojanje prava. Imajući ovo u vidu, može se izvesti zaključak da savremeno građansko procesno pravo određuje: predmet zaštite (građanska subjektivna prava), vrstu zaštite koju postupak pruža (državna zaštita subjektivnih prava, jer je uspostavlja organ državne vlasti koji svoju odluku može sprovesti i protivno volji stranaka) i normativna podloga (pravila postupka su propisana zakonom koji važi na isti način za sve).⁵ Građansko procesno pravo nije samo refleksija subjektivnog prava u slučaju njegove ugroženosti (civilistička teorija), već ima i samostalni značaj (publicistička teorija). To se najbolje može uočiti u postupcima gde je tužba bila neuspešna, što rezultira odbijajućom presudom ili pak u postupcima u kojima se zahteva deklaratorna odluka suda.⁶ Dakle, građanski procesni postupak će, prema publicističkoj teoriji, postojati bez obzira na uspeh tužbe, kao i u slučaju odsustva konstitutivnog ili preobražajnog dejstva sudske odluke. Stoga, građansko procesno pravo, kao najširi pojam koji obuhvata sve oblike postupaka u kojima se štite subjektivna prava (uključujući i parnicu, odnosno spor), može se definisati kao karakteristika savremenog, uređenog društva koje je potisnulo samozaštitu i uspostavilo sistem državne zaštite prava po unapred ustanovljenim pravilima.

SPOR – POJAM I ODNOS SA PARNICOM

Spor obično prethodi parnici. Pod ovim treba razumeti životnu situaciju u kojoj jedan pravni subjekt ističe svoje pravo prema drugom, dok drugi pravni subjekt osporava postojanje tog prava ili tvrdi da ne deluje prema njemu. U tom smislu i Zakon o parničnom postupku upotrebljava izraz „spor“ kada govori o raspravljanju i odlučivanju u građanskim parnicama. Međutim, svaka parnica ne mora značiti da je tužiočevo pravo sporno. Tužilac koji želi da svoje pravo ostvari, mora pokrenuti parnicu i kada tuženi to pravo ne osporava, ali ma iz kog razloga ne pokazuje da je spreman da ispuni odgovarajuću obavezu. U takvom slučaju tužilac preko parnice dolazi do presude, na osnovu koje će od suda tražiti prinudno ostvarenje svog prava. U zakonodavstvu, praksi i nauci reč „spor“ često se pogrešno

⁵ Ranko Keča, *Građansko procesno pravo*, osmo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 31–33.

⁶ R. Keča, op. cit., 34.

upotrebljava i za označavanje same parnice. Iz svrhe parnice proističe da ona predstavlja razvoj procesnih situacija na osnovu suprotnosti interesa. Ta suprotnost postoji, prvo, između samih stranaka, od kojih svaka teži presudi koja će za nju biti povoljna, a drugo, suprotnost postoji između suda, s jedne strane, i svake stranke, s druge. U toj suprotnosti sud je predstavnik društvenog interesa koji nalaže da se objektivno utvrdi da li je pravni poredak narušen i da se on uspostavi pružanjem zaštite za povređeno pravo. Nasuprot tome, svaka od stranaka, rukovodeći se sopstvenim posebnim interesima, teži povoljnjoj, a ne tačnoj presudi.⁷

SUDSKI POSTUPAK – PARNICA – STRANKE, ZAKONSKI ZASTUPNICI, PUNOMOĆNICI

Parnični postupak je sudski postupak u kome sud kao državni organ odlučuje o sporovima iz ličnih porodičnih, radnih, privrednih, imovinskopravnih i drugih građanskopravnih odnosa, osim o sporovima za koje je posebnim zakonom propisana druga vrsta postupka. Parnica je trostrani odnos između tužioca, tuženog i suda, koji se uspostavlja dostavljanjem tužbe tuženom.⁸ Parnica u pravnom sistemu odgovara načelnoj zabrani samozaštite i činjenici da pružanje sudske pravne zaštite predstavlja jednu od funkcija organizovanog i modernog društva. Parnični postupak se sastoji od radnji zakonom određenih parničnih subjekata – tužioca, tuženog, umešača i suda. Tužilac je onaj parnični subjekt koji postavlja zahtev da mu sud pruži zaštitu za njegovo povređeno, ugroženo ili osporeno građansko subjektivno pravo, a tuženi onaj prema kome tužilac tu zaštitu zahteva. Umešač je lice koje ima pravni interes da u parnici koja teče među strankama (drugim licima) jedna od stranaka uspe. Umešač se, dakle, pridružuje jednoj od stranaka i preuzima parnične radnje na koje bi ta stranka (kojoj se umešač pridružio) imala pravo. Izuzetno, parnični sud može rešenjem, koje ima pravno dejstvo u određenoj parnici, da prizna svojstvo stranke i onim oblicima udruživanja i organizovanja koji nemaju stranačku sposobnost ako utvrdi da, s obzirom na predmet spora, ispunjavaju bitne uslove za sticanje stranačke sposobnosti, a naročito ako raspolazu imovinom na kojoj se može sprovesti izvršenje.⁹ Protiv rešenja kojim se priznaje svojstvo stranke u parnici nije dozvoljena posebna žalba.¹⁰ Tužilac i tuženi mogu biti svako fizičko

⁷ B. Blagojević, op. cit., 1100.

⁸ Čl. 203. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

⁹ Čl. 74. st. 4 Zakona o parničnom postupku.

¹⁰ Čl. 74. st. 5 Zakona o parničnom postupku.

i pravno lice i oni su, dakle, kao što je već rečeno, stranke u parnici, tačnije subjekti o čijem pravu i obavezi je reč. Sud je parnični subjekt, nezainteresovan u predmetu spora, koji ispituje da li je traženje zaštite prava opravdano ili nije i, prema rezultatima ispitivanja, tužiocu pruža zaštitu ili je odbija. Sve radnje stranaka i suda teže, dakle, jednom krajnjem cilju – sudskoj odluci, tj. presudi. Preduzimajući parnične radnje, svaka od parničnih stranaka se rukovodi svojim interesom, jer pasivno držanje jedne od njih može dovesti do ishoda parnice u korist druge. Suprotno tome, parnične radnje suda su izraz njegove dužnosti da, kao državni organ, primenjuje pravo u jednoj pravnoj stvari u kojoj je nadležan. Naime, stranke mogu da preduzimaju radnje u postupku lično ili preko punomoćnika.¹¹ Punomoćnici fizičkog lica mogu biti advokat, krvni srodnik u pravoj liniji, brat, sestra ili supružnik, kao i predstavnik službe pravne pomoći jedinice lokalne samouprave koji je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom.¹² Punomoćnik zaposlenog u parnici iz radnog odnosa može biti i predstavnik sindikata čiji je zaposleni član, pod uslovom da je diplomirani pravnik s položenim pravosudnim ispitom.¹³ Punomoćnik pravnog lica¹⁴ može biti advokat, kao i diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom,¹⁵ koji je u radnom odnosu u tom pravnom licu.¹⁶ Stranku mora da zastupa advokat u postupku po vanrednim pravnim lekovima, izuzev ako je sama stranka advokat.¹⁷ Stranku koja nema punomoćnika i koja se iz neznanja ne koristi pravima koja joj pripadaju po ovom zakonu, sud će upozoriti na to da može angažovati punomoćnika, u skladu sa ovim zakonom.¹⁸ Zastupanje Republike Srbije i njenih organa, jedinica teritorijalne autonomije i lokalne samouprave uređuje se posebnim propisima.¹⁹ Stranku koja nema parničnu sposobnost zastupa njen zakonski zastupnik.²⁰ Zastupnik pravnog lica u postupku je lice koje je upisano

¹¹ Čl. 85. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

¹² Čl. 85. st. 2 Zakona o parničnom postupku.

¹³ Čl. 85. st. 3 Zakona o parničnom postupku.

¹⁴ Vladimir Kozar, „Zastupanje pravnih lica u parničnom postupku“, *Pravni život*, br. 11/12, Tom III, Beograd, 2012, 877–890.

¹⁵ Vladimir Kozar, Petrović Zoran, Milan Počuča, *Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo)*, Poslovni biro, Beograd, 2010, 154.

¹⁶ Čl. 85. st. 4 Zakona o parničnom postupku.

¹⁷ Čl. 85. st. 6 Zakona o parničnom postupku.

¹⁸ Čl. 85. st. 10 Zakona o parničnom postupku.

¹⁹ Čl. 85. st. 7 Zakona o parničnom postupku.

²⁰ Čl. 76 Zakona o parničnom postupku.

u odgovarajući registar, a određeno je posebnim propisom, opštim i pojedinačnim aktom pravnog lica ili odlukom suda.²¹ Zakonski zastupnik može u ime stranke da preuzima sve radnje u postupku. Ako je za podnošenje ili povlačenje tužbe, priznanje, odnosno za odricanje od tužbenog zahteva, zaključenje poravnanja, izjavljivanje, povlačenje ili odricanje od pravnog leka, posebnim propisima predviđeno da zastupnik mora da ima posebno ovlašćenje, on može te radnje da preuzima samo ako ima ovlašćenje.²² Sve što se odnosi na zakonskog zastupnika, odnosi se i na zastupnika pravnog lica.²³ Dakle, iz pomenutog proizlazi da stranke u postupku mogu da preuzimaju radnje lično, preko zastupnika ili punomoćnika. Ako je stranka izdala punomoćje za vođenje parnice, a nije bliže odredila ovlašćenja u punomoćju, punomoćnik advokat je na osnovu ovakvog punomoćja ovlašćen da: vrši sve radnje u postupku, a naročito podnese tužbu, da je povuče, prizna tužbeni zahtev ili se odrekne tužbenog zahteva, zaključi poravnanje, izjavi pravni lek i da se odrekne ili odustane od njega, kao i da predlaže izdavanje privremenih mera obezbeđenja; podnosi predlog za izvršenje ili za obezbeđenje i preuzima potrebne radnje u postupku povodom takvog zahteva; prenese punomoćje na drugog punomoćnika ili ovlasti drugog punomoćnika na preuzimanje samo pojedinih radnji u postupku; od protivne strane primi i naplati dosuđene troškove.²⁴ Punomoćje se izdaje u pisanom obliku i punomoćnik je dužan da prilikom preuzimanja prve radnje u postupku podnese punomoćje.²⁵ Stranka može u svako vreme da opozove punomoćje, a punomoćnik može da ga u svako vreme otkaže.²⁶ Posle otkaza punomoćja punomoćnik je dužan da još 30 dana preuzima parnične radnje za lice koje mu je izdalo punomoćje, ako je potrebno da se otkloni šteta za davaoca punomoćja koja bi u to vreme mogla da nastane.²⁷ Punomoćje prestaje smrću fizičkog lica, proglašenjem lica za umrlo i gubitkom poslovne sposobnosti.²⁸ Sud će po službenoj dužnosti da pazi da li lice koje se pojavljuje kao stranka može da bude stranka u postupku i da li je parnično sposobna, da li parnično nesposobnu stranku zastupa njen zakonski zastupnik i da li zakonski zastupnik ima posebno ovlašćenje ako je ono potrebno.²⁹

²¹ Čl. 77 Zakona o parničnom postupku.

²² Čl. 78. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

²³ Čl. 78. st. 2 Zakona o parničnom postupku.

²⁴ Čl. 89. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

²⁵ Čl. 90. i 91. st. 2 Zakona o parničnom postupku.

²⁶ Čl. 92. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

²⁷ Čl. 92. st. 5 Zakona o parničnom postupku.

²⁸ Čl. 93. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

²⁹ Čl. 79. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

Takođe, sud je dužan da u toku celog postupka pazi da li je lice koje se pojavljuje kao punomoćnik ovlašćeno za zastupanje. Ako utvrdi da lice koje se pojavljuje kao punomoćnik nije ovlašćeno za preduzimanje određenije radnje, sud će da ukinе parnične radnje koje je to lice preduzelo ako te radnje stranka nije naknadno odobrila.³⁰

RADNJE U PARNIČNOM POSTUPKU

Kao postupak sudske zaštite prava, parnica je zakonom regulisana, što znači da su pretpostavke za punovažnost parničnih radnji, dejstvo tih radnji i njihov redosled određeni zakonom. U nizu radnji svaka prethodna uslovljava potonju. Svakom novom radnjom parnični subjekti dolaze u drugi položaj, stvara se jedna nova situacija u parnici. Početna parnična radnja je tužba. Tužba, kao i svaki drugi podnesak, mora da bude razumljiva, da sadrže sve ono što je potrebno da bi se po tužbi moglo postupati, a naročito: označenje suda, ime i prezime, poslovno ime privrednog društva ili drugog subjekta, prebivalište ili boravište, odnosno sedište stranaka, njihovih zakonskih zastupnika i punomoćnika ako ih imaju, predmet spora, sadržinu izjave i potpis podnosioca.³¹ Posle podizanja tužbe, parnica prolazi kroz ove stadijume: prethodno ispitivanje tužbe, dostavljanje tužbe tuženom na odgovor, održavanje pripremnog ročišta, zakazivanje i održavanje glavne rasprave, odlučivanje i postupak po pravnim lekovima. Osim presudom, parnica može biti okončana i rešenjem o odbacivanju tužbe i povlačenjem tužbe, sudskim poravnanjem. U postupku prethodnog ispitivanja tužbe, sud donosi rešenje kojim se tužba odbacuje ako utvrdi da odlučivanje o tužbenom zahtevu ne spada u sudsku nadležnost, ako je tužba podneta neblagovremeno, ako je posebnim propisima predviđen rok za podnošenje tužbe; ako o istom zahtevu već teče parnica; ako je stvar pravnosnažno presuđena; ako je u istoj stvari zaključeno sudsko poravnanje; ne postoji pravni interes tužioca za podnošenje tužbe; ako je tužba nerazumljiva ili nepotpuna.³² Sud je pre donošenja rešenja o odbacivanju tužbe iz prethodno navedenih razloga dužan da održi ročište na kome će tužiocu omogućiti da se izjasni o odbacivanju tužbe.³³ Na ovom mestu valja ponoviti da pasivno držanje jedne od stranaka u parnici može dovesti do ishoda parnice u korist druge stranke. Tako, u opštem parničnom postupku sud tužbu dostavlja tuženom uz upozorenje

³⁰ Čl. 91. st. 2 Zakona o parničnom postupku.

³¹ Čl. 98. st. 3 Zakona o parničnom postupku.

³² Čl. 294. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

³³ Čl. 294. st. 2 Zakona o parničnom postupku.

o posledicama propuštanja dostavljanja odgovora na tužbu. Sud tuženom za odgovor na tužbu ostavlja rok od 30 dana od dana dostavljanja tužbe s priložima. Ukoliko tuženi u ostavljenom roku propusti da podnese odgovor na tužbu, a sud utvrdi da su ispunjeni drugi zakonom propisani uslovi (tuženom je uredno dostavljena tužba sa poukom o posledicama propuštanja, činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podneo ili sa činjenicama koje su opštepoznate; osnovanost tužbenog zahteva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi; ne postoje opštepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženog sprečili opravdani razlozi da odgovori na tužbu), doneće presudu zbog propuštanja.³⁴ S druge strane, o pojedinim posebnim parničnim postupcima (npr. u parnicama o sporovima male vrednosti)³⁵ ne dostavlja se tužba tuženom na odgovor, već se tužba dostavlja tuženom uz poziv za glavnu raspravu. Ukoliko tuženi izostane sa ročišta za glavnu raspravu, a sud utvrdi da su ispunjeni drugi zakonom propisani uslovi (tuženi je uredno pozvan; tuženi nije podneskom osporio tužbeni zahtev; osnovanost tužbenog zahteva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi; činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podneo ili sa činjenicama koje su opštepoznate; ne postoje opštepoznate okolnosti zbog kojih tuženi nije mogao da dođe na ročište) doneće presudu zbog izostanka.³⁶ Takođe, ukoliko iz činjenica navedenih u tužbi ne proizlazi osnovanost tužbenog zahteva, a tužba na ročištu nije preinačena, sud će doneti presudu kojom se tužbeni zahtev odbija.³⁷ Sud će i u slučaju da sa ročišta za glavnu raspravu neopravdano izostanu i tužilac i tuženi ili odbiju da raspravljaju doneti rešenje da se tužba smatra povučenom.³⁸ Dakle, iz svega navedenog nesumnjivo proizlazi da pasivno držanje jedne od stranaka u parnici može dovesti do ishoda parnice u korist druge stranke. Dalje, stranke su dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice, jer će sud da razmotri i utvrdi samo činjenice koje su stranke iznele i da izvede samo dokaze koje su stranke predložile, ako zakonom nije drugačije propisano.³⁹ Međutim, iako sud utvrđuje samo činjenice koje su stranke iznele i izvodi samo one dokaze koje su stranke predložile, to ne znači da se sud u parnici drži pasivno,

³⁴ Čl. 350. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

³⁵ Vladimir Vrhovšek, Vladimir Kozar, „Posledice izostanka u sporovima male vrednosti“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost – Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović, Jelena S. Perović Vujačić (ur.)*, Tom III, Beograd, 2020, 233–250.

³⁶ Čl. 351. st. 1 Zakona o parničnom postupku.

³⁷ Čl. 350. st. 3 Zakona o parničnom postupku.

³⁸ Čl. 311. st. 2 Zakona o parničnom postupku.

³⁹ Čl. 7. st. 1. i 2 Zakona o parničnom postupku.

već upravo suprotno, sud će postavljanjem pitanja da se stara da se u toku rasprave pruže potrebna objašnjenja da bi se utvrdile činjenice od kojih zavisi odluka o osnovanosti zahteva, a sve iz razloga što će sud doneti odluku tek kada za to postoje zakonom propisani uslovi, pa još i bliže, kada se utvrde sve činjenice od kojih zavisi odluka o osnovanosti zahteva. Upravo nas to vraća na ono što je takođe već konstatovano, a to je da sud teži tačnoj odluci, a stranke onoj koja za njih povoljna. Sud svakako neće tokom parnice izvoditi sve dokaze koje su stranke predložile, već samo one za koje odluči da su važni za utvrđivanje bitnih činjenica i u konačnici za donošenje odluke. Sud naravno ne može da odbije da odlučuje o zahtevu za koji je stvarno nadležan, uz napomenu da se sud kreće u okvirima zahteva koji je postavljen u postupku i uz pružanje prava strankama na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu svojih prava. Sud je svakako dužan da spreči i kazni svaku zloupotrebu prava stranaka u postupku, kao i da postupak sprovede bez odugovlačenja i sa što manje troškova, tačnije, da postupa u razumnom roku.⁴⁰ U praksi i teoriji često se postavlja pitanje koji period se smatra razumnim rokom. Postoje mišljenja da je to rok od tri godine u prvostepenom postupku, dve godine u drugostepenom postupku, godinu dana u postupku po vanrednom pravnom leku. Svakako, razumni rok je onaj optimalan period koji je potreban i dovoljan da se otkloni pravna neizvesnost o postojanju nekog prava ili obaveze. Pravna sigurnost je imperativ koji zahteva da suđenja ne traju duže nego što je optimalno potrebno upravo radi otklanjanja ove pravne neizvesnosti.⁴¹ Kada je u pitanju pravna sigurnost, valja istaći da ujednačena sudska praksa vodi ka pravnoj sigurnosti. Suprotno tome, neujednačena sudska praksa narušava načelo pravne sigurnosti, a pravna sigurnost je, kao što je već konstatovano, imperativ koji treba postići, upravo radi otklanjanja pravne neizvesnosti, za šta je potrebno vreme. Svako ima pravo na pravično suđenje u razumnom roku. Međutim, za postizanje pravičnog suđenja potrebno je postojanje pomenute ujednačene sudske prakse, jer ujednačena sudska praksa vodi ka pravnoj sigurnosti, pa samim tim i ostvarenju cilja – jednako zaštiti prava pred sudom. U našoj državi prihvaćen je princip podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku i po takvom principu podele vlasti sudije samo primenjuju postojeće pravo. Sudija sudi i presuđuje na osnovu ustava, zakona, drugih opštih akata, potvrđenih međunarodnih ugovora, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava. Međutim, sudije, prilikom primene prava, u punoj meri izražavaju svoje kreativne i stvaralačke sposobnosti. I pored toga što sudska praksa

⁴⁰ Čl. 9. st. 2. i čl. 10. st. 1. i 2 Zakona o parničnom postupku.

⁴¹ 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, 2018, 9.

kod nas nije izvor prava, pravna sigurnost nalaže da sudska praksa bude ujednačena. Sudije svojom kreativnošću i stvaralačkom sposobnošću treba da stvaraju sudska praksu koje će se u svom postupanju pridržavati, kao da sudska praksa, na svojevrsan način, i jeste izvor prava. Ujednačena sudska praksa, doprinosi sigurnosti pravnog sistema i građana uopšte. Kad sudovi usvajaju praksu, stvara se neka vrsta sudskog običaja, odnosno budi se svest o obaveznosti sudske prakse, pa su sudovi u svom postupanju njome na neki način vezani iako sudski običaj nije pravni običaj. Sudsku praksu u širem smislu čine sudske odluke, stavovi, mišljenja i shvatanja, koji nisu vezani usklađenošću, kvalitetom i kreativnošću, dok u užem smislu sudska praksu čine odluke, stavovi, mišljenja i shvatanja sudova, kojima se rešavaju isti slučajevi, odnosno jednako se primenjuju propisi na istovetne životne događaje – pravne situacije. S obzirom na navedeno, može se reći da sudska odluka, odnosno presuda, na određeni način prethodi stvaranju sudske prakse. U prilog tome da sudska odluka odnosno presuda na određeni način prethodi stvaranju sudske prakse ide i to što se na internet sajto- vima viših i najviših sudskih instanci u Srbiji objavljuju u celini ili delimično pravnosnažne presude, a sve sa ciljem upoznavanja (građana, nestručne i stručne javnosti) sa postojećom sudskom praksom viših i najviših sudskih instanci u Republici Srbiji. Štaviše, u sudovima Republike Srbije oformljena su Odeljenja sudske prakse, koja prate i proučavaju praksu sudova i međunarodnih sudskih organa i obaveštavaju sudije i sudijske pomoćnike o pravnim shvatanjima sudova. Dakle, iz navedenog nesumnjivo proizlazi da se sudskoj praksi pristupa sa velikom pažnjom i da joj se pridaje sve veći značaj iako ona kod nas nije izvor prava. Razlozi za to su što ujednačena sudska praksa doprinosi pravnoj sigurnosti građana u pravnoj državi.

NEZAVISNOST I NEPRISTRASNOST SUDIJE

Već smo konstatovali da je u našoj državi prihvaćen princip podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudska.⁴² Po takvom principu podele vlasti sudije moraju biti nezavisne u odnosu na druge dve grane vlasti, zakonodavnu i izvršnu, a nepristrasne u odnosu na stranke u određenom sudskom postupku, pa i parničnom. Dakle, u procesnopravnom odnosu stranke su dužne, jedna prema drugoj i obe prema sudu, da savesno koriste prava koja su im priznata zakonom. Sud je prema obema strankama (a ne samo prema tužiocu) dužan da po tužbi postupa primenjujući odgovarajuće pravne norme u svakoj procesnoj situaciji, poštujući

⁴² Čl. 4. st. 2 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06, 115/21 i 16/22.

ujednačenu sudsku praksu. Posebno, sud je dužan da donese odluku. Sud je svakoj od stranaka dužan da pruži mogućnost da se izjasni o zahtevima i navodima protivnika i da tako iznese sve što, po njenom mišljenju, opravdava traženje zaštite ili ga čini neosnovanim. Sud ima prema strankama i dužnost da parnicu vodi štedeći trud, vreme i novac.

ULOGA SUDIJE U OSTVARIVANJU

U osnovi parničnog postupka leže sledeća načela: načelo dispozicije, raspravno načelo, načelo obostranog saslušanja, načelo procesne ekonomije, načelo sudskog kretanja parnice, načelo zabrane zloupotrebe procesnih prava, načelo usmenosti i načelo javnosti.⁴³ Kako bi se od spora preko parnice došlo do pravde i pravičnosti, potrebno je da sud poznaje pomenuta načela i da u parnici postupuje saglasno njima.

Dakle, sudija naročito treba svojim radom da kod građana probudi veru da je pravedan. Da bi to postigao, pored dobrog poznavanja zakona i duha zakona, *vim ac potestatem*, potrebno je da dobro poznaje predmet u kojem odlučuje, kao i da bude dobar poznavalac ljudi uopšte, a po mogućstvu i poznavalac onih koji su zainteresovani u procesu u kojem sudi. Sudija treba da je dobar psiholog i da je u stanju da „prozre u dušu“ kako stranaka, tako i onih koji svojim učestvovanjem u procesu doprinose donošenju odluke. Potrebno je da poznaje mentalitet ljudi raznih društvenih slojeva i položaja i da ima u vidu glavne ekonomske, finansijske i privredne prilike koje u tom momentu vladaju u svetu, a posebno u njegovoj državi. Sudija treba da zna kakvi su u datom momentu pogledi na eventualno sporno pitanje kod radnika, zemljoradnika, trgovaca, industrijalaca, intelektualaca, zaposlenih i nezaposlenih; kakvi kod bogatih, a kakvi kod siromašnih ljudi; kakvi kod starog, a kakvi kod mladog čoveka; kakvi kod zdravog, a kakvi kod bolesnog. Osim toga, sudija treba da zna šta su roditeljska, bratska i supružanska ljubav; šta su mržnja, zavist i sujeta. Sudija treba da je svestan svog poziva i da zna da svrha njegovog posla nije da se on od njega izdržava, već da građani mogu da rasprave svoje odnose na pravičan način. Sudija treba da je savestan, pošten, vredan, nepristrasan i da nastoji da u svakom predmetu bez razlike podjednako energijom i voljom iznađe pravdu; da u sebi uguši naklonost ili osvetu prema pojedinoj stranici koja možda u njemu, skrivena od drugih, tinja; da do kraja procesa ničim ne dopusti da stranka oseti da će se proces okončati na njenu štetu; da se postara da razlozi odluke budu ubedljivi. Da bi postigao stepen pravednog pravosuđa, sudija

⁴³ B. Blagojević, op. cit., 1101.

treba da uloži veliki napor i razvije u sebi samo dobra i plemenita osećanja, a od sebe odagna zla i rđava, kako bi bio miran i za svoj posao pribran. On treba da ovlada samim sobom, a to se može postići samo postepenim vaspitavanjem sopstvene volje.

Za ostvarenje pravедnosti u karijeri sudije osnovni uslovi su: dobra školska sprema i poznavanje zakona, obezbeđenje nezavisnosti u pogledu donošenja odluka i obezbeđenje stalnosti i materijalnih sredstava za život i vaspitavanje volje, da bi se moglo „gospodariti sobom“.⁴⁴

Ukoliko se sve navedeno ispuni, odluka sudije mora da preživi vreme, ne samo ono u kome je donesena već i svako drugo vreme, jer to je slika (možda i spomenik pravde) spornog odnosa koji je on rešio. Sudija se dakle u krugu svoje oficijelne vokacije izjašnjava o našem životu, svekolikim slobodama i njenim granicama, o celini kodeksa naših prava. Na taj način sudije učestvuju u upravljanju pravdom. Veće dužnosti od te nema, pa ne čudi ona antička izreka: „Ići sudiji znači ići pravdi“⁴⁵ – na šta nas je svojim rečima podsetio prof. dr Slobodan Perović.

ZAKLJUČAK

Spor, kao nesaglasje između dveju strana, prethodi parnici kao zakonom uređenom postupku u kome dve stranke pred nezavisnim i nepristrasnim sudom raspravljaju o postojanju određenog prava ili obaveze. Parnica, a time i sam spor, rezultiraće nakon zakonito sprovedenog postupka odlukom suda, koja treba da uspostavi narušenu ravnotežu pravnog poretka. Stranke će svojim radnjama u toku parnice težiti ka donošenju za njih povoljnije odluke, dok će sud koristeći svoja ovlašćenja i utvrđujući činjenice neophodne za donošenje odluke težiti ka ispravnoj odluci, pri čemu će se starati da u tom nastojanju postupa ekonomično, efikasno i u razumnom roku. Ostvarenje načela pravičnosti nije zadatak samo suda ili samo stranaka, već zajednički cilj svih učesnika u postupku, koji će savесnim i zakonitim korišćenjem svojih zakonskih ovlašćenja omogućiti sudu da, primenjujući važeće pravo na utvrđeno činjenično stanje, uspostavi ravnotežu u narušenom odnosu.

⁴⁴ Laza Urošević, „Šta je sve potrebno da postaneš 'pravedni sudija?'“, *Izbor sudske prakse*, br. 1, Beograd, 2010, 10–15.

⁴⁵ Slobodan Perović, „Ići sudiji znači ići pravdi“, *Pravni informator*, br. 10, Intermex, Beograd, 2016.

VLADIMIR M. VRHOVŠEK

Judge of the High Court in Belgrade

Dr. VLADIMIR V. KOZAR

Professor, Faculty of Law for Commerce

and Judiciary,

University Business Academy in Novi Sad

(PATH) FROM DISPUTE THROUGH LITIGATION AND COURT PROCEDURE TO JUSTICE AND FAIRNESS

Summary

The main theme of this year's 35th meeting of the Kopaonik School of Law is court proceedings, justice, and fairness. From the very word, judicial procedure is, undoubtedly, the procedure that is conducted before a court. However, even though the legal proceedings are carried out before the court, the court is only one (very important) part of the justice system. Other parts of the justice system are the police, experts, court interpreters, lawyers, city and state attorney's offices, and the court. All mentioned parts, through their actions, enable the judiciary system to function and through court proceedings, conducted by the court, achieve (by the understating of the man) justice and fairness. In this paper, the authors will present how all participants in the litigation process contribute to justice and fairness, with a special emphasis on judicial practice as a guarantee of the certainty of judicial protection.

Key words: judicial procedure, justice, fairness, judiciary, court, civil proceedings

Literatura

Blagojević B., *Pravna enciklopedija od A do Ž*, Savremena administracija, Beograd, 1986.

Blagojević B., *Pravna enciklopedija od O do Ž – 2. deo*, Savremena administracija, Beograd, 1986.

Keča R., *Građansko procesno pravo*, osmo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.

Kozar V., „Zastupanje pravnih lica u parničnom postupku“, *Pravni život*, br. 11, tom III, 2012, 877–890.

Kozar V., Petrović Z., Počuča M., *Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo)*, Poslovni biro, Beograd, 2010.

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, 2018.

Perović S., „Ići sudiji znači ići pravdi“, *Pravni informator*, br. 10, Intermex, Beograd, 2016.

Stanković, G., „Princip pravičnosti i rešavanje sporova“, *Pravni život: Pravda i postojeće pravo u imovinskim odnosima*, br. 11–12, Tom 2, Savez udruženja pravnika Srbije, Beograd, 1994.

Urošević L., „Šta je sve potrebno da postaneš „pravedni sudija?““, *Izbor sudske prakse*, br. 1, Beograd, 2010.

Vrhovšek V., Kozar V., „Posledice izostanka u sporovima male vrednosti“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost – Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović, Jelena S. Perović Vujačić (ur.)*, Tom III, Beograd, 2020.

STRUČNI RAD

ALEKSANDRA MAGANIĆ

KOMPARATIVNA USPOREDBA HRVATSKOG I SRPSKOG IZVANPARNIČNOG UREĐENJA

Neslužbeni Nacrt prijedloga Zakona o izvanparničnom postupku koji je izradila Radna skupina pri Ministarstvu pravosuđa i uprave, čiji je i autorica bila član, nalazi se u završnoj fazi prije objave na stranicama e-savjetovanje. Riječ je o svojevrsnoj revoluciji u hrvatskom izvanparničnom pravu, budući da je Hrvatska jedina zemlja bivše Jugoslavije koja nije iskoristila mogućnost donošenja samostalnog zakona o izvanparničnom postupku. Zbog toga se u Hrvatskoj još uvijek primjenjuju kao pravna pravila odredbe Zakona o vanparničnom postupku Kraljevine Jugoslavije iz 1934. godine. Takva, uistinu jedinstvena situacija, koja je potrajala godinama, utjecala je i na posebna obilježja izvanparničnog prava u Hrvatskoj i njegov razvoj. Prijedlog novog pravnog uređenja izvanparničnog prava u Hrvatskoj mogao bi se ocijeniti kao svojevrsna kombinacija obilježja tradicionalnih izvanparničkih sustava iz regije i germanskih pravnih sustava, prije svega austrijskog i njemačkog izvanparničnog prava. S obzirom na to da se Hrvatska u svom uređenju oslanjala i na pravne sustave iz regije, svakako će biti zanimljivo provesti analizu komparativne usporedbe hrvatskog i srpskog izvanparničnog uređenja.

Ključne riječi: izvanparnično pravo, pravno uređenje, dispozicijski izvanparnični postupci, oficijelni izvanparnični postupci, ovlasti javnog bilježnika u izvanparničnom postupku

U V O D

Dugotrajan proces iščekivanja zakonskog uređenja izvanparnične materije u Hrvatskoj čini se da ovaj put uistinu doživljava završni stadij. Nakon intenzivnog i ustrajnog rada Radne skupine na izradi Nacrta prijedloga Zakona o izvanparničnom

Prof. dr. Aleksandra Maganić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Zagrebu,
e-mail: amaganic@pravo.hr.

postupku,¹ Hrvatska je vrlo blizu tome da izvanparnična materija konačno bude uređena posebnim zakonom. Uzore za izradu potencijalnog budućeg zakonskog teksta pronalazilo se u zemljama iz hrvatskog okruženja, uz istovremeno nastojanje da se (u mjeri u kojoj je to prihvatljivo) ugrade i neka rješenja zemalja german-skog pravnog kruga Njemačke i Austrije. S obzirom na to da se Hrvatska razvijala pod specifičnim okolnostima – uz primjenu pravnih pravila Zakona o sudskom vanparničnom postupku Kraljevine Jugoslavije iz 1934. godine (dalje: ZVP 34)² te odgovarajuću primjenu odredbi Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP),³ izvanparnično pravo se u Hrvatskoj razvijalo na sebi svojstven način. Brojni su razlozi zašto je u Hrvatskoj potrebno donijeti Zakon o izvanparničnom postupku, a samo neki od njih su: posvemašnja zastarjelost odredbi ZVP-a 34, neprikladna ZPP-izacija izvanparničnog postupka,⁴ neprihvatljivost rješenja prema kojem je sudska praksa izvor prava, pravna nesigurnost i parcijalnost uređenja posebnim zakonskim odredbama,⁵ uz nepostojanje ozbiljnog općeg uređenja.

ŠTO DONOSI NOVO HRVATSKO IZVANPARNIČNO UREĐENJE?

Osnovne nomotehničke ideje koje se u izvanparničnom postupku Hrvatske *pro futuro* žele ostvariti su detaljno opće uređenje izvanparničnog postupka, pri čemu je posebna pažnja bila usmjerena na razlikovanje dispozicijskih i oficijelnih postupaka.

¹ Autorica je članica Radne skupine za izradu Nacrta prijedloga Zakona o izvanparničnom postupku.

² Zakon o sudskom vanparničnom postupku Kraljevine Jugoslavije, *Službene novine*, br. 175/1934.

³ Zakon o parničnom postupku, *Narodne novine*, br. 53/1991, 91/1992, 112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 84/2008, 96/2008, 123/2008, 57/2011, 148/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019, 80/2022.

⁴ Pod ZPP-izacijom parničnog postupka podrazumijevamo odgovarajuću primjenu odredbi parničnog postupka u izvanparničnom postupku. Međutim, zastarjelost ili nepostojanje određenih pravila procesnog izvanparničnog prava doveli su do primjene odredbi parničnog postupka, neovisno o tome bile one odgovarajuće ili ne. Dapače, odredbe parničnog postupka primjenjivane su u izvanparničnim postupcima neovisno o svemu, pa stoga možemo govoriti i o primjeni odredbi ZPP-a u izvanparničnom postupku uvijek i svugdje, kao proces svojevrsne ZPP-izacije izvanparničnog postupka.

⁵ U Hrvatskoj posebne zakonske odredbe o izvanparničnom postupku sadrže primjerice Zakon o nasljeđivanju, *Narodne novine*, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015, 41/2019; Obiteljski zakon, *Narodne novine*, br. 103/2015, 98/2019; Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade, *Narodne novine*, br. 74/2014, 69/2017, 98/2019; Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, *Narodne novine*, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 129/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 143/2012, 152/2014, 81/2015, 94/2017; Zakon o proglašenju nestalih osoba umrlima i dokazivanju smrti, *Narodne novine*, br. 10/1974.

Razlike između tih postupaka su s obzirom na način njihova pokretanja i u skladu s tim, primjenom različitih postupovnih načela takve, da ih je trebalo posebno urediti. Jedna od ideja je i sudjelovanje javnih bilježnika u različitim izvanparničnim postupcima, budući da su javni bilježnici u ostavinskim postupcima doprinijeli rasterećenju sudova i bržem rješavanju tih predmeta,⁶ što se pokazalo kao dobro rješenje. Zbog toga ćemo, u prikazu sadržaja općeg uređenja odabrati nekoliko važnih pitanja, a u dijelu posebnog uređenja navesti koji su sve postupci obuhvaćeni budućim Zakonom o izvanparničnom postupku Hrvatske te na koji su način uređeni.

*Opći dio Nacrta prijedloga Zakona o izvanparničnom
postupku Hrvatske⁷*

Detaljni pristup i povećanje opsega općeg dijela Zakona o izvanparničnom postupku moderno je obilježje izvanparničnog prava zemalja germanskog pravnog kruga (Austrija i Njemačka), uvjetovano nekim povijesnim i razvojnim tendencijama. S jedne strane, izvanparnično pravo dugo je bilo u normativnom smislu posve zapostavljeno,⁸ iako se, s druge strane, sve veći broj postupaka svrstavao u tu građansku sudsku proceduru. Veliko polje napetosti između starih i više (neprimjerenih) odredbi i potrebe da se sve veći broj postupaka uredi na primjeren način, nastojalo se otkloniti provedenim reformama, koje su vratile izvanparnično uređenje tamo gdje ono pripada – u normativno dobro uređeni građanski sudski postupak, koji ima vlastita obilježja, različita od parničnog postupka. Primjerice, opći dio Carskog patenta iz 1854.⁹ imao je svega 19 paragrafa, a nakon provedene reforme austrijski Zakon o izvanparničnom postupku iz 2003.¹⁰ (dalje: AußStrG) ima 80 paragrafa. Takvo proširenje općeg dijela zakona uzrokovano je vrlo detaljnim pristupom definiranju područja primjene, stranaka, obveze zastupanja, pravne pomoći, pokretanja postupka, prijedloga,

⁶ Primjerice u 2008. godini zaprimljeno je 60.062 predmeta, a riješeno 51.967. Takav trend nastavljen je na godišnjoj razini tako da su prema podacima za 2018. godinu javni bilježnici zaprimili 57.985 predmeta, a riješili 51.591 predmet. Podaci su na inicijativu autorice dobiveni od Hrvatske javnobilježničke komore.

⁷ Polazište za analizu je za sada još uvijek neslužbeni Nacrt prijedloga Zakona o izvanparničnom postupku Hrvatske, koji obuhvaća tekst nastao nakon 23. sastanka Radne skupine (dalje: Nacrt prijedloga ZIP-a).

⁸ U austrijskoj literaturi koristi se izraz *Stiefkind des Gesetzgebers*, odnosno u prijevodu – pastorče zakonodavca, Walter H. Rechberger, Thomas Klicka (Hrsg), *Außenstreitgesetz, Kommentar*, Verlag Österreich, Wien, 2021, XLV.

⁹ Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, *Reichsgesetzblatt*, Nr. 208/1854.

¹⁰ Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außenstreitgesetz – AußStrG), *Bundesgesetzblatt*, Nr. 111/2003.

povlačenja prijedloga, litispendencije, primjene načela, povrata u prijašnje stanje, zapisnika, rokova, dostave, prekida postupka, mirovanja i zastoja, nagodbe i dokaznog postupka. Osim toga, posebno su uređena rješenja, pravni lijekovi i troškovi postupka.

Primjena odredbi parničnog postupka ili potpuno osamostaljenje?

Opći dio Nacrta prijedloga Zakona o izvanparničnom postupku sadrži 56 članaka, pri čemu se pojedine odredbe pozivaju na primjenu odredbi parničnog postupka.¹¹ Pored toga, Nacrt prijedloga ZIP-a upućuje na odgovarajuću primjenu odredbi zakona koji uređuje parnični postupak (članak 2). Očigledno, unatoč nastojanju da se izvanparnični postupak osamostali i stvori posebne zakonske odredbe čiji su svrha i cilj pravno uređenje izvanparničnog postupka, nastavlja se s pravnom tradicijom koja se u svom uređenju oslanja na odgovarajuću primjenu odredbi parničnog postupka, ne smatrajući da je izvanparnični postupak manje vrijedna sudska građanska procedura u odnosu na parnicu. Naravno, to implicira i zaključak da se izvanparnični postupka neće smatrati izvanrednom pravnom zaštitom u odnosu na parnični postupak koji se definira kao presumirana redovna metoda pravne zaštite koja se građanima pruža.¹²

Nasuprot tome, austrijski AußStrG nije prihvatio generalno upućivanje na odredbe parničnog postupka, jer se smatra da je riječ o samostalnom, o parničnom neovisnom postupku.¹³ Ipak, u pojedinim je odredbama zadržano upućivanje na odredbe Zakona o parničnom postupku¹⁴ (dalje: öZPO). Tako je § 2. stavak 3 AußStrG-a propisao da se sposobnost stranke da samostalno postupa pred sudom i položaj zakonskog zastupnika prosuđuju prema odredbama parničnog postupka.

Područje primjene

Nacrt prijedloga ZIP-a već u 1. članku kojim se određuje sadržaj i područje primjene zakona propisuje da su ovlaštene osobe ili tijela koja će provoditi

¹¹ Primjerice članak 7. stavak 2. Nacrta propisuje da se na zastupanje stranaka putem punomoćnika u izvanparničnom postupku na odgovarajući način primjenjuju odredbe zakona koji uređuje parnični postupak.

¹² O izmjeni paradigme o parničnom postupku kao redovnom i presumiranom putu pravne zaštite opširnije v. Aleksandra Maganić, „Opće institucije izvanparničnog procesnog prava (komparativna analiza hrvatskog, austrijskog i njemačkog izvanparničnog procesnog prava)“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Zagreb, Zagreb, 2008, 395–396.

¹³ W. Rechberger, op. cit., 2.

¹⁴ Zivilprozessordnung, *Reichsgesetzblatt*, Nr. 113/1895.

izvanparnične postupke sudovi i javni bilježnici. Pored toga propisano je da će se opće odredbe primjenjivati na sve izvanparnične postupke koji su uređeni tim ili drugim zakonom, čime je prihvaćen legalni kriterij za razgraničenje izvanparničnih i parničnih postupaka. Ipak, legalni kriterij, kao pragmatični kriterij prema kojem hoće li neka stvar biti parnična ili izvanparnična, ovisi od toga što će propisati zakonodavac,¹⁵ prema Nacrtu prijedloga ZIP-a dopunjen je i kriterijem pravne prirode spora.¹⁶ Tako je u članku 1. stavku 3 propisano da će prema općim odredbama Zakona sudovi rješavati i nesporne građanske stvari iz svoje nadležnosti, za koje nije izrijekom određeno da će se rješavati prema pravilima nekog drugog postupka.

Stranka u izvanparničnom postupku

Prema članku 4 Nacrta prijedloga ZIP-a stranke u izvanparničnom postupku su: 1. predlagatelj, 2. osoba koju je predlagatelj označio kao protustranku, 3. svaka osoba na čiji pravni položaj bi mogla izravno utjecati odluka čije se donošenje predlaže ili odluka koju sud, u povodu prijedloga ili po službenoj dužnosti, može odnijeti, odnosno osoba na čiji bi pravni položaj mogla izravno utjecati neka druga radnja suda poduzeta u postupku, 4. svaka osoba, tijelo, organ društva ili oblik udruživanja koji se na temelju zakona može ili treba uključiti u postupak. Nasuprot tome, ne smatra se strankom osoba ili tijelo koji su po zakonu dužni dostaviti sudu određenu odluku ili drugi pravni akt, ili ga na drugi način obavijestiti o postojanju razloga za pokretanje izvanparničnog postupka po službenoj dužnosti.

U skladu s navedenim Nacrt prijedloga ZIP-a prihvatio je austrijski koncept određenja stranke (§ 2. stavak 1. i 2 AußStrG), prihvaćajući na taj način pojam stranke u formalnom smislu, materijalnom smislu i pojam stranke na temelju zakona. Uz to, jasno je provedeno razgraničenje u odnosu na osobe, koje se unatoč tome što pojedinim radnjama mogu utjecati na pokretanje postupka, neće smatrati strankama, jer su isključivo dužne pružiti sudu određenu informaciju radi potencijalnog pokretanja izvanparničnog postupka po službenoj dužnosti.

¹⁵ Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004, 53.

¹⁶ Kriterij pravne prirode spora kao dopunski kriterij u izvanparničnom postupku prihvaćen je i u slovenskom zakonodavstvu. Tako Zakon o nepravdnem postopku (*Uradni list RS*, št.16/2019) u članku 1 propisuje da se odredbe ovoga Zakona primjenjuju i u drugim stvarima koje rješava sud, za koje zakonom nije izrijekom propisano da se rješavaju u izvanparničnom postupku, koje s obzirom na njihovu pravnu prirodu nije moguće rješavati u nekom drugom postupku. Opširnije v. Vesna Rijavec, Aleš Galič, Tomaž Keresteš, Tjaša Ivanc, Miha Verčko, *Zakon o nepravdnem postopku (ZNP-1)*, Lexpera, GV Založba, Ljubljana, 2020.

Dispozicijski i oficijelni postupci

Razlikovanje dispozicijskih i oficijelnih postupaka potencirano je već pri likom uređenja načina na koji se izvanparnični postupak može pokrenuti. Tako članak 10 Nacrta prijedloga ZIP-a propisuje da se postupak pokreće prijedlogom stranke, a po službenoj dužnosti kad je to zakonom propisano. Dispozicijski postupci pokreću se prijedlogom, koji, ako se odmah ne odbaci, dostavlja se prema odredbama zakona kojim se uređuje parnični postupak o dostavi tužbe svim osobama koje su naznačene kao stranke te osobama za koje sud u skladu s odredbom članka 4 ovog Zakona smatra da bi trebale biti uključene u postupak. S druge strane, u oficijelnim postupcima (koji se pokreću po službenoj dužnosti), sud će najkasnije u prvoj procesnoj radnji koju poduzme prema stranci jasno označiti predmet postupka. Potonje iz razloga što postupak koji se pokreće *ex officio* je postupak koji sud vodi protiv određene osobe (npr. postupak lišenja poslovne sposobnosti), dakle jednostranački postupak protiv stranke koja mora biti upoznata s predmetom, budući da se radi o njezinim pravima i interesima.

Prijedlog u izvanparničnim (dispozicijskim) postupcima ne mora sadržavati određen zahtjev, ali se iz njega mora moći zaključiti kakvu odluku ili drugu sudsku radnju predlagatelj zahtijeva (članak 11. st. 1 Nacrta prijedloga ZIP-a). Radi se dakle o napuštanju sveprisutne ideje u parničnom postupku, sukladno kojem stranka koja parnični postupak pokreće mora točno i decidirano odrediti što traži, pri čemu je sudu ostavljena mogućnost kretati se samo u granicama onoga što je stranka zatražila. Kvalitativno ili kvantitativno prekoračenje tužbenog zahtjeva suda kvalificira se kao apsolutno bitna povreda parničnog postupka, na koju sud ne pazi *ex officio* (članak 354. stavak 2. točka 12 u svezi s člankom 365. stavak 2 ZPP-a). Međutim, takva povreda, ako ju drugostupanjski sud u povodu žalbe utvrdi, dovodi do ukidanja i vraćanja na ponovno suđenje (članak 369. stavak 4 ZPP) ili do tzv. preinake koja se sastoji u ukidanju viška dijela zahtjeva koji je sud u prvostupanjskom postupku kvantitativno prekoračio (članak 369. stavak 5 ZPP).

Navedene razlike proizlaze iz primarno različitih ciljeva koji se ostvaruju u parničnom ili izvanparničnom postupku. Naime, za razliku od parničnog postupka, u kojem su stranke u pravilu rukovođene ostvarivanjem svog privatnog interesa, zbog čega je naglašeno i načelo dispozicije i raspravno načelo, u izvanparničnom postupku stranke u pravilu nisu orijentirane na ostvarivanje uspjeha u sporu, na pobjedu u parnici, već potencijalno na uređenje međusobnih odnosa stranaka. Regulacijsku (uređujuću) funkciju suda najčešće se ne mora (ponekad i ne može) ostvarivati striktno određenim zahtjevom, već će biti dovoljno relativno neodređenim prijedlogom naznačiti kakvu odluku ili drugu sudsku radnju predlagatelj traži.

U dispozicijskim postupcima prijedlog se bez pristanka protustranke može povući sve do donošenja prvostupanjske odluke. Nakon donošenja prvostupanjske odluke prijedlog se može povući i do donošenja odluke drugostupanjskog suda, ali samo uz izričit pristanak protustranke. S druge strane, u postupku koji se može pokrenuti i po službenoj dužnosti, prijedlog se može povući samo do donošenja prvostupanjske odluke. Smatrat će se da je postupak dovršen povlačenjem prijedloga, osim ako prvostupanjski sud u roku od petnaest dana od podnošenja izjave o povlačenje ne donese rješenje o nastavku postupka po službenoj dužnosti. Nakon što prvostupanjski sud donese takvu odluku, prijedlog se više ne može povući (članak 12 Nacrta prijedloga ZIP-a).

Dispozicijski postupak počinje podnošenjem prijedloga, a oficijelni poduzimanjem prve postupovne radnje suda (članak 13. st. 1 Nacrta prijedloga ZIP-a).

Izložena rješenja su u Nacrt prijedloga ZIP-a uglavnom preuzeta iz austrijskog izvanparničnog uređenja. Istovremeno, predviđeno je i kako riješiti slučajeve u kojima je došlo do povrede u odnosu na način pokretanja izvanparničnog postupka. Ako bi se postupak pokrenuo po službenoj dužnosti, iako je trebao biti pokrenut prijedlogom stranke, radilo bi se i o povredi iz § 36. stavka 4 AußStrG-a,¹⁷ koja bi istovremeno bila i postupovna povreda zbog koje bi odluku trebalo ukinuti i prijedlog odbaciti (§ 56. stavak 1 AußStrG). Riječ je o povredi na koju bi sud u povodu izjavljene žalbe trebao paziti po službenoj dužnosti. Međutim, ako bi izvanparnični postupak bio pokrenut prijedlogom, iako ga je trebalo pokrenuti po službenoj dužnosti, u tom slučaju „popravljanje“ u povodu izjavljenog pravnog lijeka nije moguće, a odbacivanje prijedloga imalo bi smisla samo ako sud ne smatra da bi postupak trebalo pokrenuti po službenoj dužnosti.¹⁸

Načela izvanparničnog postupka

Načelo saslušanja stranaka u izvanparničnom postupku, kao jedan od aspekata postulata pravičnog suđenja, izrijekom je propisano člankom 16. stavkom 1. i 2 Nacrta prijedloga ZIP-a. U skladu s tim sud je dužan strankama omogućiti da

¹⁷ Prema § 36. stavku 4 AußStrG-a u postupku koji se može pokrenuti samo prijedlogom, rješenje se mora donijeti u okviru prijedloga. U postupku koji se može pokrenuti i po službenoj dužnosti, sud nije vezan uz prijedloge stranaka. To implicira zaključak da bi u slučaju da je sud pogrešno procijenio da treba pokrenuti postupak po službenoj dužnosti, a riječ je bilo o postupku koji se mogao pokrenuti isključivo prijedlogom stranke, da je sud zbog toga primijenio i pogrešnu maksimu – umjesto raspravne, istražnu te da je ta odluka rezultat primjene pogrešnog načela u postupku koji je pokrenut na pogrešan način.

¹⁸ W. Rechberger, op. cit., 60–61.

postavljaju svoje zahtjeve te ih činjenično, dokazno i pravno potkrepljuju. Osim toga, sud je dužan strankama omogućiti da se izjasne o zahtjevima i navodima protivne stranke. Ako je postupak pokrenut po službenoj dužnosti, sud je dužan strankama omogućiti da saznaju za predmet postupka, za činjenice koje namjerava utvrđivati i dokaze koje će izvesti, kao i da se o tome izjasne.

U njemačkom pravu sud mora sudionika¹⁹ osobno saslušati ako je to neophodno za ostvarivanje prava sudionika na saslušanje ili ako je to u ovom ili nekom drugom zakonu propisano. Osobno saslušanje sudionika može izostati ako bi zbog toga mogla nastati značajna šteta za njegovo zdravlje ili sudionik očigledno nije u stanju izjaviti svoju volju. Međutim, ako bi sudionik neopravdano izostao s ročišta, postupak se može okončati i bez njegovog osobnog saslušanja. Sudionika treba upozoriti na posljedice njegovog izostanka (§ 34 FamFG). Ipak, smatra se da bi sudovi trebali nastojati, pa čak i primijeniti prisilna sredstva (novčane kazne, pa čak i kaznu zatvora). Tek kada bi prisilna sredstva bila neprimjerena i pokušaji suda da provode mjere bez prisile u uobičajenoj okolini sudionika ne budu realizirani, sud može odustati od toga da se sudionika osobno sasluša.²⁰

Nacrt prijedloga ZIP-a propisuje primjenu raspravnog i istražnog načela u prikupljanju dijela procesnog materijala (činjenica i dokaza), ovisno o tome radi li se o dispozicijskim ili oficijelnim postupcima. Sukladno tome, sud će u oficijelnim postupcima, u kojima nije vezan zahtjevima stranaka paziti da se utvrde sve činjenice koje su važne za donošenje odluke po službenoj dužnosti i izvesti sve dokaze za koje ocijeni da mogu poslužiti utvrđivanju tih činjenica (članak 17 stavak Nacrta prijedloga ZIP-a). Nasuprot tome sud će u dispozicijskim postupcima u pogledu ovlaštenja suda da utvrđuje činjenice i izvodi dokaze na odgovarajući način primijeniti odredbe zakona koji uređuje parnični postupak (članak 17. stavak 3 Nacrta prijedloga ZIP-a). Prema tome, u oficijelnim postupcima sud primjenjuje istražnu maksimu, a u dispozicijskim postupcima je dominantno raspravno načelo, korigirano tek pojedinim ovlastima sudova (članak 7 ZPP).

¹⁹ Terminološki § 7. Zakona o postupku u obiteljskim stvarima i izvanparničnim stvarima – Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008, *Bundesgesetzblatt I. S.* 2586, 2587, das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 24. Juni 2022, *Bundesgesetzblatt I S.* 959 geändert worden ist, (dalje: FamFG), koristi pojam *Beitragte* što doslovno znači sudionik, ali označava stranku budući da se odnosi na stranku u formalnom i materijalnom smislu te stranku na temelju zakona. Isto tako od stranke u izvanparničnom postupku razlikuje osobu koju treba saslušati ili koja treba dati neku informaciju, koja time ne postaje stranka.

²⁰ Anatol Dutta, Florian Jacoby, Dieter Schwab *FamFG, Kommentar*, Gieseking, Bielefeld, 2022, 187.

Načelo usmenosti impostirano je člankom 19 Nacrta prijedloga ZIP-a koji omogućava sudu, da u slučajevima kada održavanje usmene rasprave nije zakonom propisano, ograničeno ili isključeno, da odredi ročište sa svim strankama ili samo sa strankama na koje se odnose pojedina pitanja koja treba raspraviti, ako ocijeni da to može pridonijeti ubrzanju postupka, utvrđivanju činjeničnog stanja ili raspravljaju o pravnim pitanjima, Nakon što je održao ročište sud će prema okolnostima slučaja, odlučiti hoće li u daljnjem tijeku postupka zakazivati ročišta ili će postupak provoditi bez održavanja ročišta.

Dakle, napušta se uobičajena paradigma o izvanparničnom postupku kao postupku u okviru kojeg se ročišta ne održavaju. Ključno je da je sud u organizaciji i upravljanju postupkom ovlašten rukovoditi se okolnostima svakog pojedinog slučaja te u skladu s tim zakazivati jedno ili više ročišta ili pak ne zakazivati ročišta uopće. Ipak, ako sud ne bi održao ročište iako je to bio dužan učiniti prema ovom ili drugom zakonu koji uređuje izvanparnični postupak, radilo bi se o apsolutno bitnoj povredi odredaba postupka. Zanimljivo je da prema austrijskom pravnom uređenju sud u povodu žalbe (*Rekurs*) može provesti raspravu, ako smatra da je to potrebno (§ 52. stavak 1 AußStrG).²¹ Međutim, kada se nađe u takvoj situaciji, žalbeni sud nije ovlašten odlučivati o tome je li održavanje rasprave potrebno ili ne, budući da jer je riječ o slučaju u kojem je održavanje usmene rasprave nužno. Takvo postupanje suda bilo bi protivno Ustavu, jer bi se radilo o tome da je odlučeno u potpunosti bez usmene rasprave, iako je održavanje rasprave bilo propisano zakonom.²²

Održavanje usmene rasprave omogućava i ostvarivanje načela javnosti, osim ako ovim ili drugim zakonom nije drugačije određeno (članak 20. Nacrta Prijedloga ZIP-a).

Primjena istražne i raspravne maksime propisana je u utvrđivanja činjenica i izvođenju dokaza. Tako sud u postupcima koje je ovlašten pokrenuti po službenoj dužnosti može izvoditi dokaze i prikupljati obavijesti čak i ako se stranke tome protive, ako važne činjenice nisu sporne, ako opravdano posumnja u postojanje činjenice koja se zakonski predmnijeva kad je dopušteno dokazivati protivno, ako posumnja postoji li činjenica za koju se uzima da je općepoznata. U tim postupcima sud može imenovati vještake o kojima strankama nije omogućeno da se izjasne, u postupcima u kojima je propisano održavanje usmene rasprave uzet će u obzir

²¹ Prema § 52. stavku 1 AußStrG-a žalbeni sud provest će usmenu raspravu pred žalbenim sudom, kada bude smatrao da je njezino održavanje nužno. Čak i u slučajevima kada odgovor na žalbu nije predviđen, žalbeni sud treba strankama dati mogućnost da se očituju o prijedlozima drugih stranaka, ako je to potrebno kako bi se ostvarilo pravo stranke na saslušanje.

²² W. Rechberger, op. cit., 117.

i dokaze izvedene izvan ročišta za raspravu. Ipak, u svim navedenim slučajevima sud je prije donošenja odluke dužan strankama omogućiti da se izjasne o navedenim dokazima (članak 23. stavci 2–5 Nacrta prijedloga ZIP-a).

Konačno, u postupcima koji se mogu pokrenuti samo prijedlogom, rješenje se donosi u granicama prijedloga, a u postupcima koji se mogu pokrenuti po službenoj dužnosti sud pri odlučivanju nije vezan prijedlozima, ali ako odluči odstupiti od prijedloga stranaka, dužan je prije donošenja odluke naznačiti predmet postupka i strankama dati da se izjasne o predmetu postupka. (članak 31. stavci 2. i 3 Nacrta prijedloga ZIP-a).

Sudjelovanje javnih bilježnika

U izboru između dva koncepta sudjelovanja javnih bilježnika u izvanparničnom postupku – izvornih nadležnosti javnog bilježnika i javnom bilježniku kao sudskom povjereniku, prednost je ipak dana modelu javnog bilježnika kao povjerenika suda.²³ Naime, javni bilježnici zadržali su neke izvorne ovlasti koje su i prije donošenja Nacrta prijedloga ZIP-a imali (javnobilježnički depozit i dobrovoljna procjena i prodaja),²⁴ a koje su prema novom, budućem uređenju znatno detaljnije i postupovno primjerenije uređene. Središnji položaj javnog bilježnika u izvanparničnom postupku jest ipak položaj sudskog povjerenika. Najsnažniji argumenti u prilog odabranom modelu bili su da se dosadašnja uloga javnih bilježnika u ostavinskim postupcima pokazala kao normativno dobro rješenje, koje se u praksi realiziralo bez većih poteškoća. Osim toga, koncept izvorne nadležnosti javnog bilježnika u obavljanju nekih izvanparničnih stvari iziskivao bi donošenje odluka od strane javnog bilježnika u obliku javnobilježničkog akta, što bi moglo biti otežavajuće u kasnijem pravnom prometu. Samo neke od dvojbi koje su se uz taj koncept vezivale bile su primjerice nepostojanje pravnog lijeka protiv javnobilježničkog akta i sl. Zbog toga se, cijeneći dosadašnja dobra iskustva, ipak prihvatio model javnog bilježnika kao sudskog povjerenika.

Tako članak 51. stavku 2. Nacrta prijedloga ZIP-a propisuje da će sud koji je nadležan voditi prvostupanjski izvanparnični postupak, kad je to izrijekom propisano zakonom, povjeriti javnom bilježniku provedbu postupka ili obavljanje pojedinih radnji u tom postupku. Radi se o tome da sud neće prema diskrecijskoj

²³ O sudjelovanju javnog bilježnika u izvanparničnom postupku opširnije A. Maganić, „Javni bilježnik u izvanparničnom postupku“, rad je u postupku objave u časopisu *Javni bilježnik*.

²⁴ Javnobilježnički depozit uređen je člancima 109–113 Zakona o javnom bilježništvu, *Narodne novine*, br. 78/1993, 29/1994, 162/1998, 16/2007, 75/2009, 120/2016, 57/2022 (dalje: ZJB), a dobrovoljna procjena i prodaja §§219–231 pravnih pravila ZVP-a 34.

ocjeni ocjenjivati hoće li pojedine izvanparnične postupke ili pojedine radnje u tim postupcima povjeriti na provedbu javnim bilježnicima, već će ih uvijek povjeriti javnom bilježniku kada je za pojedinu vrstu izvanparničnog postupka to zakonom izrijekom propisano. U tom slučaju, javni bilježnici će povjerene im radnje u izvanparničnim stvarima provoditi u skladu s odredbama ovog Zakona prema kojima sud provodi taj postupak.

Crta razgraničenja između sudova i javnih bilježnika jesu sporne činjenice. Tako, ako u postupku pred javnim bilježnikom dođe do spora o činjenicama, javni bilježnik će predmet proslijediti prvostupanjskom sudu na čijem području je njegovo sjedište, odnosno vratiti ga sudu koju mu ga je povjerio. Međutim, kada je riječ o sporu o pravu o kome treba odlučiti, neovisno o tome jesu li sporne bitne činjenice, javni bilježnik će, ako zakonom nije drukčije određeno, predmet proslijediti prvostupanjskom sudu na čijem području je njegovo sjedište, odnosno vratiti ga sudu koji mu ga je povjerio, osim ako se sve stranke i sudionici u postupku suglase da javni bilježnik sam riješi sporno pravno pitanje na temelju nespornih činjenica (članak 51. stavak 4. i 5. Nacrta prijedloga ZIP-a).

Posebni dio Nacrta prijedloga Zakona o izvanparničnom postupku Hrvatske

Usporedba sadržaja posebnog dijela Nacrta prijedloga ZIP-a s posebnim dijelom Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije (dalje: ZVP Srbije),²⁵ ukazuje na posebnosti razvojnog puta hrvatskog izvanparničnog uređenja. Naime, pravilo je da izvanparnična uređenja iz regije (Srbija, Slovenija, Bosna i Hercegovina) u posebnom zakonskom dijelu obuhvaćaju vrlo slične ili gotovo identične sadržaje. Ipak, u Hrvatskoj je sadržaj posebnog zakonskog dijela znatno drugačiji. Razlozi tome su da je zbog nedonošenja zakona o izvanparničnom postupku u Hrvatskoj dio procesnih odredbi uređen posebnim zakonima. Tako su primjerice postupci lišenja poslovne sposobnosti ili davanja dopuštenja za sklapanje braka maloljetnika uređeni Obiteljskim zakonom,²⁶ (dalje: ObZ), a ostavinski postupak uređen je Zakonom o nasljeđivanju,²⁷ (dalje: ZN). Postupci posebnog zakonskog dijela prije svega obuhvaćaju Statusne izvanparnične postupke koji se tiču fizičkih osoba. U okviru toga dijela Nacrta prijedloga ZIP-a uređeni su sporazumni razvod

²⁵ Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije, *Službeni glasnik SRS*, br. 25/1982 i 48/1988 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/1995, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015, 14/2022.

²⁶ Čl. 449–452. i 496–503. ObZ-a.

²⁷ Čl. 174–239. ZN-a.

braka, raskid životnog partnerstva i priznanje oćinstva, kao postupci koje će sudovi povjeriti javnom bilježniku na provedbu (ćlanci 57–65). Zatim proglašenje nestale osobe za umrlu i dokazivanje smrti (ćlanci 66–79) te dokazivanje stećene školske spreme (ćlanci 80–86). U drugom dijelu su Izvanparnićni postupci u statusnim stvarima trgovaćkih društava i registarskim stvarima (ćlanci 87–89). Nakon toga su u trećem dijelu Izvanparnićni postupci za uređenje susjedskih odnosa – nućni prolaz (ćlanci 90–115) i uređenje meće (ćlanci 116–126). Posebni dio propisuje Uređenje odnosa između suvlasnika i razvrgnuće suvlasnićke zajednice (ćlanci 127–145), dobrovoljnu procjenu i prodaju (ćlanci 152–160), sudski i javnobilježnićki polog (161–186, sudski poništaj (amortizacija) isprava (ćlanci 187–204), javnobilježnićko osiguranje dokaza (ćlanci 205–214) i javnobilježnićku nagodbu (ćlanci 215–219). Neki od tih postupaka bili su uređeni posebnim zakonima (npr. proglašenje nestale osobe umrlom i dokazivanje smrti zakonom iz 1974. ili nućni prolazi pravnim pravilima Zakona o nućnim prolazima iz 1906), a neki su sadržaji bili uređeni pravnim pravilima ZVP-a ili pak odredbama Zakona o vlasnićstvu (dalje: ZV), ali uglavnom u materijalnom smislu, bez preciznijih procesnopravnih uređenja.

UREĐENJE IZVANPARNIĆNOG PRAVA REPUBLIKE SRBIJE

S obzirom na to da ZVP Republike Srbije uređuje izvanparnićni postupak na gotovo tradicionalan naćin u regiji, bit će zanimljivo usporediti ga s potencijalno novim pravilima Nacrta prijedloga ZIP-a. U usporedbi ćemo nastojati pratiti sve one elemente koje smo, zbog prostorne ogranićenosti ovog rada, analizirali u hrvatskom uređenju.

Primjena odredbi parnićnog postupka ili potpuno osamostaljenje?

ZVP Srbije poput hrvatskog, ali i slovenskog izvora,²⁸ upućuje na odgovarajuću (*shodnu*) primjenu odredbi i parnićnom postupku, osim ako tim ili drugim zakonom nije drugaćije određeno (ćlanak 30. stavak 2). Rijeć je gotovo o uobićajenom rješenju u kojem se na pravne praznine na odgovarajući naćin primjenjuju odredbe parnićnog postupka. Na taj naćin se omogućava postupovna pokrivenost za sve one slućajeve u kojima pravila izvanparnićnog postupka ništa ne određuju. Međutim primjena na odgovarajući naćin znaćila bi da se odredbe parnićnog postupka neće neposredno primjenjivati, već će njihova primjena odgovarati

²⁸ Slovenski ZNP u ćlanku 42 određuje da se u izvanparnićnom postupku na odgovarajući naćin upotrebljavaju odredbe zakona o parnićnom postupku, osim ako Zakon ne određuje drugaćije.

okolnostima pojedinog slučaja, dakle uvažavati razlike koje proizlaze iz različite pravne prirode parničnog i izvanparničnog postupka. Ovo se posebno odražava u postupcima koji se ne „događaju“ u parnici tzv. oficijelnim postupcima koje sudovi pokreću po službenoj dužnosti, uvijek kada je potrebno ostvariti interes šire društvene zajednice.

Područje primjene

Područje primjene ZVP-a u Srbiji određeno je člankom 1. stavkom 1 prema kojem se tim zakonom određuju pravila po kojima sudovi postupaju i odlučuju o osobnim, obiteljskim, imovinskim i drugim pravnim stvarima koje se po tom ili drugom zakonu rješavaju u izvanparničnom postupku. Pored ovog, već ranije spomenutog legalnog kriterija, prema kojem će se pojedine građanske stvari ostvarivati u izvanparničnom postupku, uvijek kada je to propisano zakonom i u Srbiji se primjenjuje dopunski kriterij. Tako je određeno da se odredbe ZVP-a primjenjuju i u drugim pravnim stvarima iz nadležnosti sudova za koje zakonom nije izrijekom određeno da se rješavaju u izvanparničnom postupku, ako se ne odnose na zaštitu povrijeđenog ili ugroženog prava niti se zbog sudionika u postupku mogu primijeniti odredbe Zakona o parničnom postupku.²⁹ Da bi se dakle vodio izvanparnični postupak i kada to zakonom nije izrijekom propisano, potrebno je da se kumulativno ispune određene zakonom propisane pretpostavke: 1. za pravnu stvar mora biti nadležan sud, 2. pokretanju toga postupka ne smije prethoditi povreda ili ugrožavanje subjektivnog prava tj. ne smije postojati aktualni spor između sudionika pravnog odnosa, 3. nemogućnost vođenja parničnog postupka mora proizlaziti iz određenih karakteristika sudionika u postupku. Posljednja pretpostavka nije posve jasna, ali se u teoriji tumači na način da je nemoguće osigurati dvostranačku konstrukciju postupka.³⁰

Stranka u izvanparničnom postupku

Sudionik u izvanparničnom postupku jeste osoba koja je pokrenula postupak, osoba o čijim se interesima i pravima odlučuje u postupku kao i tijela koja u postupku sudjeluju na temelju zakonskog ovlaštenja da postupak pokrenu, neovisno o tome je li postupak pokrenuo ili je kasnije stupio u postupak. Predlagatelj u smislu

²⁹ Zakon o parničnom postupku Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018, 18/2020.

³⁰ Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2015, 675.

ovog Zakona je osoba, odnosno tijelo po čijem prijedlogu je postupak pokrenut, a protivnik predlagatelja (u hrvatskom pravu protustranka) je osoba prema kojem se ostvaruje pravo ili pravni interes predlagatelja (članak 3 ZVP-a Srbije).

Usporedbom srpskog uređenja koje koristi pojam sudionik (a ne stranka), stječe se dojam da je u korištenju toga izraza sličniji njemačkom *FamFG*-u, koji također za izvanparnični postupak koristi izraz sudionik (*Beteiligte*), ali ne u smislu trećih koji u postupku sudjeluju, već u smislu stranke u izvanparničnom postupku. Nasuprot tome, austrijski *AußStrG* koristi izraz stranka (*Partei*) kao i hrvatski Nacrt prijedloga ZIP-a.

Osim ovih različitih pojmovnih određenja, koja se unatoč tome odnose na iste (ili slične) pravne položaje koje te osobe imaju u izvanparničnom postupku, u srpskom izvanparničnom uređenju također razlikujemo stranke u formalnom smislu kao predlagatelja i njegovog protivnika, ali i osobe koje će biti obuhvaćene meritornom odlukom, o čijim se pravima ili pravnim interesima radi. Iako bi se u potonjem slučaju trebalo raditi o stranci u materijalnom smislu, doseg odluke donesene prema Nacrtu prijedloga ZIP-a koja se odnosi na prava i interese neke osobe može biti znatno dalji i širi. Tako u odnosu na položaj stranke u materijalnom smislu Nacrt prijedloga ZIP-a predviđa da će to biti svaka osoba na čiji pravni položaj bi mogla izravno utjecati odluka čije se donošenje predlaže ili odluka koju sud, u povodu prijedloga ili po službenoj dužnosti može donijeti, odnosno osoba na čiji bi pravni položaj mogla izravno utjecati neka druga radnja suda poduzeta u postupku (članak 4. stavak 1. t. 3).

Komparativnom usporedbom obiju izvanparničnih uređenja utvrđeno da i ZVP Srbije pojmovno određuje i definira stranku na temelju zakona. Ipak, razlika postoji zbog toga što je u odnosu na u ZVP Srbije izostalo razlikovanje stranke i trećih koji imaju dužnost dostaviti sudu određene informacije, ali zbog toga nemaju položaj stranke.

Dispozicijski i oficijelni postupci

ZVP Srbije izrijekom određuje da se u izvanparničnom postupku postupci mogu pokrenuti prijedlogom fizičke ili pravne osobe kao i prijedlogom tijela određenog ovim ili drugim zakonom (članak 2. stavak 2). Odredba bi se trebala odnositi na dispozicijske postupke, dakle postupke koji se pokreću prijedlogom (dispozicijom) same stranke.

Ono što izvanparnični postupak razlikuje od parničnog postupka jeste mogućnost pokretanja postupka i po službenoj dužnosti. U skladu s tim propisano je da izvanparnični postupak sud pokreće po službenoj dužnosti u slučajevima

i prema uvjetima određenim ovim ili drugim zakonom. Međutim, ako postupak nije pokrenulo tijelo koje je zakonom ovlašteno pokrenuti postupak, sud će ga bez odlaganja obavijestiti da je postupak pokrenut na prijedlog ovlaštene osobe. Sud može ovlaštenom tijelu odrediti rok za prijavu sudjelovanja u postupku i do isteka toga roka zastati s postupkom, ako je potrebno radi zaštite sudionika u postupku ili radi zaštite društvenih interesa (članak 2. stavak 2. i 3 ZVP Srbije). Riječ je dakle o oficijelnim postupcima. Ipak ono što se čini pomalo neobičnim jest da će se oficijelnim postupcima smatrati ne samo postupci koje sud pokreće *ex officio*, već i postupci koje pokreće nadležno tijelo (Centar za socijalnu skrb, državni odvjetnik).³¹

Zanimljivo je da se prema pravilima ZVP-a Srbije po službenoj dužnosti može pokrenuti cijeli niz postupaka, prije svega postupci koji su i sami uređeni tim zakonom. Primjerice, postupak lišenja i vraćanja poslovne sposobnosti (članak 29. stavak 2), postupak prisilne hospitalizacije osobe s duševnim smetnjama ili njezinog otpusta (članci 50. i 56), ostavinski postupak (članak 93) i postupak određivanja naknade za izvlaštene nekretnine (članak 159. stavak 1).

Načela izvanparničnog postupka

Mogućnost pokretanja izvanparničnog postupka na različite načine dispozicijom stranaka ili *ex officio* odlukom suda trebala bi utjecati i na način prikupljanja procesnog materijala, osobito u odnosu na utvrđivanje činjenica i izvođenje dokaza. Osim toga, suštinski su važna i pitanja određenosti ili neodređenosti prijedloga i granica postupanja suda prilikom donošenja odluke. Pored toga, mogu biti zanimljiva i neka druga procesna načela koja određuju obilježja ove građanske sudske procedure.

Nažalost, moramo konstatirati da se unatoč manje-više sličnim sadržajima Nacrta prijedloga ZIP-a i ZVP-a Srbije u do sada provedenoj komparativnoj analizi, najveći deficiti u srpskom izvanparničnom uređenju kriju upravo u zakonskom određenju procesnih maksima koje će se primjenjivati u dispozicijskim ili oficijelnim postupcima. Tako je samo propisano da se u izvanparničnim stvarima koje se odnose na osobno stanje sudionika (statusne stvari), kao i u drugim izvanparničnim stvarima koje se odnose na prava i pravne interese s kojima sudionici ne mogu raspolagati, oni u postupku pred sudom ne mogu odreći svog zahtjeva, priznati zahtjev ili zaključiti sudsku nagodbu. Zbog toga, sud može utvrđivati i činjenice koje sudionici nisu iznijeli kao i činjenice koje među sudionicima nisu sporne, ako su one važne za donošenje odluke (članak 8. stavci 1. i 2 ZVP-a Srbije).

³¹ *Ibidem*, 686.

Iz navedenog proizlazi nekoliko zaključaka – prije svega utvrđeno je da u statusnim i nekim drugim izvanparničnim stvarima, u kojima sudionici ne mogu slobodno raspolagati, ne mogu raspolagati tzv. materijalnim stranačkim dispozicijama. Štoviše, sud je u takvim izvanparničnim stvarima ovlašten utvrđivati činjenice koje stranke nisu iznijele, čime je ustanovljena primjena istražnog načela u tim izvanparničnim postupcima. Međutim, ipak nije jasno hoće li sud u drugim izvanparničnim postupcima primjenjivati uvijek istražno načelo ili će se voditi računa o izvanrednoj različitosti izvanparničnih postupaka? Primjerice u dispozicijskim postupcima (kakvi su primjerice neki u pravilu dvostranački postupci koji se pokreću prijedlogom stranke) prema Nacrtu prijedloga ZIP-a primjenjivali bi se isključiva raspravna maksima. U srpskoj procesnoj doktrini izražen je stav da je prijedlog određen samo kada je to izrijeком propisano zakonom, te da sud nije vezan prijedlogom stranke u odnosu na činjenice koje je stranka iznijela ili dokaza koje je predložila.³²

Osim toga, ZVP Srbije izrijeком određuje da je javnost u statusnim stvarima isključena (članak 9), da se rasprava u pravilu neće zakazivati, da izostanak pojedinih sudionika s ročište ne sprječava sud da postupa, da se saslušanje sudionika u postupku može provesti i bez sudjelovanje drugih sudionika (članak 11). Iz navedenog bi se zapravo mogli donositi samo paušalni zaključci o tome na koji način izvanparnični sud postupa u svakom pojedinačnom izvanparničnom postupku. Čak ni načelno ne postoji relativno sigurna spoznaja o tome što i kako u postupcima koji se pokreću prijedlogom u odnosu na postupke koje sud (ili drugo nadležno tijelo) pokreće *ex offo*.

S druge strane posve neočekivano propisano je da se u stambenim stvarima u kojima se rješava o stanarskom pravu ili pojedinim ovlastima koja čine sadržaj stanarskog prava odluka suda uvijek donosi na temelju rasprave na ročištu (članak 11. stavak 4 ZVP-a Srbije).

Iz teorijskog promišljanja koje suprostavlja različite interpretacije primjene načela kontradiktornosti u izvanparničnom postupku, proizlazi da još uvijek nije bezrezervno prihvaćena ideja o tome da i u izvanparničnom postupku sud uvijek mora uznastojati strankama omogućiti izjašnjenje o navodima protivne stranke.³³

Sudjelovanje javnih bilježnika

Za sudjelovanje javnih bilježnika u izvanparničnom postupku ključna je odredba članka 30.a ZVP-a Srbije prema kojoj sud može javnom bilježniku povjeriti provođenje postupka za koji je prema zakonu nadležan ili poduzimanje pojedinih

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, 688–689.

izvanparničnih radnji pod uvjetima predviđenim ovim zakonom. Ipak, sud ne može povjeriti javnom bilježniku provođenje postupka u statusnim i obiteljskim stvarima, postupaka određivanja naknade za izvlaštene nekretnine, vođenje javnih knjiga i registara za koje je zakonom propisano da ih vodi sud, sastavljanje isprava za koje je ovim ili posebnim zakonom predviđena isključiva nadležnost suda i provođenje ostavinskih postupaka kada je za nasljeđivanje mjerodavno pravo strane države. Odluku o tome da se javnom bilježniku povjeri provedba pojedinih izvanparničnih postupaka, sud će donijeti vodeći se kriterijem svrsishodnosti.³⁴

Pored ovog općeg uređenja, postupak ostavinskog suda po prijemu smrtonice propisan je odredbama članka 110.a ZVP-a Srbije. U skladu s tim, ako po prijemu smrtonice utvrdi da je za nasljeđivanje mjerodavno pravo Republike Srbije, ostavinski sud može donijeti rješenje kojim će provođenje ostavinskog postupka povjeriti javnom bilježniku. Ostavinski sud, ako za to ne postoje smetnje, povjераva provođenje ostavinske rasprave javnom bilježniku koji je sastavio smrtonicu. Sudeći po rezultatima koji su javni bilježnici ostvarili u Srbiji, prema kojima je od 1. rujna 2014. do kraja kolovoza 2022. riješeno 978.422 ostavinskih predmeta, pri čemu je žalba izjavljena u svega 1.881 predmetu, dok broj preinačenih rješenja iznosi svega 95, javni bilježnici su u tom dijelu izvanparničnog pravosuđenja značajno i uspješno rasteretili sudove.³⁵

UMJESTO ZAKLJUČKA – SLIČNOSTI I RAZLIKE HRVATSKOG I SRPSKOG IZVANPARNIČNOG UREĐENJA

Razgraničenje i komparativna usporedba predstojećeg izvanparničnog uređenja Hrvatske s postojećim izvanparničnim uređenjem Srbije ukazuje na neke uočene sličnosti i razlike.

U razvojnom smislu sličnosti između uspoređenih sustava proizlaze iz tradicionalnog okvira u kojem su se oba sustava razvijala. Ipak, različitosti su rezultat specifičnog zakašnjelog razvoja hrvatskog izvanparničnog prava sa svim nedostacima i specifičnim obilježjima. Neovisno o tome, Hrvatska je trenutno u prilici da tu važnu procesnu materiju uredi na relativno moderan način, s većinom (čini se korisnih)

³⁴ Opširnije o ulozi javnih bilježnika u regionalnom razvoju Milena Trgovčević Prokić, „Javnobilježnička delatnost kao doprinos regionalnom razvoju“, <https://www.konferencija.komorapirot.com/45.JAVNOBELEZNICKA%20DELATNOST%20KAO%20DOPRINOS%20REGIONALNOM%20RAZVOJU.pdf>, 17. 10. 2022.

³⁵ Notari obavili 17 miliona pravnih poslova, među kojima i milion ostavina, <https://rs.n1info.com/vesti/notari-obavili-17-miliona-pravnih-poslova-medju-kojima-i-milion-ostavina/>, 17. 10. 2022.

normativnih rješenja, preuzetih iz austrijskog AußStrG-a. Ona bi trebala biti garant osiguravanja primjerenih postulata pravičnog suđenja, vodeći računa o razlikama koje postoje između dispozicijskih i oficijelnih izvanparničnih postupaka i primjenjivosti odgovarajućih procesnih maksima. Iznimno zahtjevan zadatak svu različitost izvanparničnih postupaka svesti na zajednički nazivnik, može se provesti samo poštivanjem razlika koja između tih postupaka doista postoje – u odnosu na način njihova pokretanja, određivanja sadržaja prijedloga, načela koja se primjenjuju i kriterija kojih se prilikom donošenja odluka sud treba pridržavati. Metodu rasterećenja sudova u provođenju ostavinskih rasprava putem javnih bilježnika Hrvatska je počela primjenjivati s donošenjem Zakona o nasljeđivanju 2003. godine.

S druge strane, razvoj izvanparničnog prava u Srbiji kretao se u relativno predvidivim okvirima, uz relativno česte izmjene toga zakonskog akta. Konačna prosudba je da je riječ o klasičnom poimanju izvanparničnog postupka, kojeg određuju brojna ograničenja imajući u vidu prije svega postupke koji se pokreću po službenoj dužnosti. Zapravo detaljno, dosljedno provedeno razlikovanje između dispozicijskih i oficijelnih postupaka nije provedeno do kraja, što je utjecalo na normativno nešto manje razrađena izvanparnična postupovna načela. Novine u izvanparničnom postupku Srbije donose normativno detaljno razrađeno uključivanje javnih bilježnika u vođenju pojedinih izvanparničnih postupaka ili obavljaju tek pojedinih izvanparničnih radnji temeljem kriterija svrsishodnosti.

Konačno, možda će razvoj do sada relativno nerazvijenog izvanparničnog prava Hrvatske u pravcu izgradnje modernog izvanparničnog postupka pozitivno utjecati na solidno razvijeno izvanparnično pravo Srbije. S obzirom na međusoban utjecaj tih tradicijski i regionalno isprepletenih pravnih sustava, drugo se ne bi trebalo ni očekivati.

Prof. Dr. ALEKSANDRA MAGANIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Zagreb

COMPARATIVE APPROACH TO THE CROATIAN AND SERBIAN NON-CONTENTIOUS SYSTEMS

Summary

The non-official draft of the Law on non-contentious procedure proposal prepared by the Working Group at the Ministry of Justice and Administration, of which the author was a member, is in its final stage before publication on the e-counselling website. It is a kind of revolutionary issue

in Croatian non-contentious law, since Croatia is the only country of the former Yugoslavia that did not take advantage of the possibility of passing an independent law on non-contentious procedure. For this reason, the provisions of the Law on non-contentious procedure of the Kingdom of Yugoslavia of 1934 are still applicable in Croatia. Such a unique situation, which has lasted for years, affected the special features of non-contentious law in Croatia and its development. The proposal for a new legal regulation of non-contentious law in Croatia could be assessed as a kind of combination of traditional features of regional non-contentious systems and from Germanic legal systems, primarily from the Austrian and German non-contentious law. Given that Croatia relied on regional legal systems in its regulation, it will certainly be interesting to conduct a comparative analysis of the Croatian and Serbian non-contentious systems.

Key words: non-contentious law, legal system, dispositive non-contentious procedures, official non-contentious procedures, powers of a notary public in non-contentious procedures

Literatura

- Dutta A., Jacoby F., Schwab D., *FamFG, Kommentar*, Giesecking, Bielefeld, 2022.
- Maganić A., „Opće institucije izvanparničnog procesnog prava (komparativna analiza hrvatskog, austrijskog i njemačkog izvanparničnog procesnog prava)“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Zagreb, Zagreb, 2008.
- Maganić A., „Javni bilježnik u izvanparničnom postupku“, rad je u postupku objave u časopisu *Javni bilježnik*.
- Poznić B., Rakić-Vodinelić V., *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2015.
- Rechberger W. H., Klicka T. (Hrsg), *Außerstreitgesetz, Kommentar*, Verlag Österreich, Wien, 2021.
- Rijavec V., Galič A., Keresteš T., Ivanc T., Verčko M., *Zakon o nepravdnem postopku (ZNP-1)*, Lexpera, GV Založba, Ljubljana, 2020.
- Trgovčević Prokić M., „Javnobilježnička delatnost kao doprinos regionalnom razvoju“, <https://www.konferencija.komorapirot.com/45.JAVNOBELEZNICKA%20DELATNOST%20KAO%20DOPRINOS%20REGIONALNOM%20RAZVOJU.pdf>.
- Triva S., Dika M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NEBOJŠA ŠARKIĆ
MLADEN NIKOLIĆ

IZVRŠENJE ČINJENJA, NEČINJENJA ILI TRPLJENJA

Zakon o izvršenju i obezbeđenju u četvrtom delu uređuje izvršenje radi ostvarivanja neovčanog potraživanja. Tu su predviđeni sledeći delovi razvrstani u glave: sudski penali, predaja pokretnih stvari, ispražnjenje i predaja nepokretnosti, izvršenje činjenja, nečinjenja ili trpljenja, izvršenje odluka u vezi sa porodičnim odnosima, izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad, izvršenje odluka o deobi suvlasničke stvari, te izdejstvovanje izjava volja. Radi se o specifičnim načinima sprovođenja izvršenja koja proističu iz delikatnih životnih odnosa. To je verovatno i razlog zašto se u našoj teoriji relativno malo govori o ovoj oblasti izvršnog prava. Autori su se u ovom članku opredelili za analizu odredaba Zakona o izvršenju i obezbeđenju koje se odnose na činjenje, nečinjenje ili trpljenje upravo zbog toga što regulišu veoma značajna prava fizičkih i pravnih lica ali i stoga što se ove odredbe kasnije impliciraju prilikom izvršenja odluka iz drugih značajnih sporova, pre svega iz porodičnih odnosa, vraćanja zaposlenog na rad i smetanja državnine.

Ključne reči: činjenje, nečinjenje, trpljenje, sud, javni izvršitelj

UVODNE NAPOMENE

Kada se govori o izvršnom postupku u javnosti se uglavnom misli na naplatu novčanog potraživanja i s tim u vezi na zaplenu zarade, prodaju pokretnih stvari ili nepokretnosti. Retko se pomišlja na druge situacije koje su prisutne u svakodnevnom

Prof. dr Nebojša Šarkić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd, e-mail: info@pravnofakultet.rs.

Mladen Nikolić, sudija Privrednog apelacionog suda, e-mail: mladenn1959@gmail.com.

životu u koje spadaju i oni slućajevi u kojima je izvršnom ispravom dužniku naloženo da nešto učini ili ne čini kao i da nešto trpi. Često će biti u pitanju oni slućajevi u kojima neko lice treba da napravi neku stvar, da popravi neku stvar, otkloni nedostatke na građevini, da se uzdrži od nekih radnji ili da uspostavi pređašnje stanje. Za svaki od navedenih slućajeva, Zakon o izvršenju i obezbeđenju,¹ normama u četvrtom delu četvrte glave detaljno je uređio postupak sprovođenja izvršenja. Karakteristika pojedinih izvršenja, osim onih koja se i sprovode tako da se u naravi uspostavi ono stanje koje je naređeno izvršnom ispravom, jeste prinuda koja se na dužnika vrši novćanim kašnjanjem. Nadležnost suda i javnih izvršitelja je kod ovih izvršenja, kao i inaće u Zakonu, jasno razgranićena, tako da sud odlučuje o predlogu za izvršenje i sprovodi izvršenja kojima je predviđeno novćano kašnjanje izvršnog dužnika, dok javni izvršitelji sprovode ostala izvršenja iz ove grupe.

NADLEŽNOST

Osnovno pravilo jeste da se predlog za izvršenje može podneti sudu na ćijem području izvršni dužnik ima prebivalište ili boravište, s tim da kada izvršna isprava prema izvršnom dužniku glasi na nećinjenje ili trpljenje ili kada je izvršni dužnik u obavezi da preduzme radnju koju samo on može preduzeti (nezamenljiva radnja), zakonodavac je uspostavio elektivnu, takozvanu izbirljivu nadležnost, što znaći da je u dispoziciji izvršnog poverioca da može da se obrati predlogom za izvršenje i sudu na ćijem području izvršni dužnik treba da ispuni obavezu po izvršnoj ispravi.²

Treba istaći da je sud, osim što je iskljućivo nadležan da odlučuje o predlogu za izvršenje, iskljućivo nadležan i da sprovodi izvršenje izvršnih isprava koje glase na nećinjenje ili trpljenje ili ako se radi o obavezi preduzimanja radnje koju može preduzeti samo izvršni dužnik.³

RADNJA KOJU MOŽE PREDUZETI I DRUGO LICE

„Izvršenje zamenjivih dela bitno se razlikuje od izvršenja nezamenjivih dela. Zamenjiva su ona dela koja može izvesti svako, ko ima potrebnu stručnu spremu. Ekonomska vrednost takvih dela ne zavisi od lićnosti izvršioca. Naprotiv, dela koja

¹ Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 106/15, 106/16 – autentićno tumaćenje, 113/17 – autentićno tumaćenje, 54/19, 9/20 – autentićno tumaćenje, u daljem tekstu Zakon o izvršenju i obezbeđenju ili zakon.

² Mladen Nikolić, Nebojša Šarkić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Službeni glasnik, Beograd, 2021, 641–642.

³ V. odredbe ćl. 363 i 364 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

može izvršiti samo određeno lice, bilo zbog prirode samog dela bilo zbog naročitih svojstva i sposobnosti izvršioca, jesu nezamenjiva.⁴

Zakon predviđa isključivu nadležnost javnih izvršitelja za sprovođenje izvršenja radnje koju može preduzeti i drugo lice, što predstavlja deo ukupnog koncepta proširivanja ovlašćenja javnih izvršitelja. Međutim, treba voditi računa o tome koji će javni izvršitelj biti mesno nadležan, što znači da izbor suda za odlučivanje o predlogu za izvršenje podrazumeva i nadležnost javnog izvršitelja imenovanog za područje tog suda. Pod radnjama koje može izvršiti i drugo lice Zakon podrazumeva sve one poslove koji nisu vezani za individualna svojstva izvršnog dužnika, a izvršni dužnik u paricionom roku neće da ih uradi. Tako na primer, ukoliko izvršni dužnik koji je preuzeo ugovornu obavezu da za potrebe izvršnog poverioca obavi određene poslove (obavljanje građevinskih radova na kući izvršnog poverioca, izrada određenog predmeta, opravka određenih stvari i sl.), a to ne učini u roku koji je utvrđen izvršnom ispravom, izvršenje se sprovodi tako što javni izvršitelj ovlašćuje izvršnog poverioca da ih poveri drugom licu da na trošak izvršnog dužnika izvrši tu radnju, ili da je izvrši sam izvršni poverilac.⁵ „Sud izvršenja pre nego što odluči o predlogu za izvršenje utvrđuje da li je radnja koja se traži zamenjiva. Do saznanja se redovno dolazi na osnovu podataka iz izvršne isprave ili, po potrebi, dokazivanjem drugim sredstvima (saslušanjem stranaka, veštačenjem).“⁶

Radi se o situaciji u kojoj izvršni poverilac sam ili preko drugog lica preduzima radnju o trošku izvršnog dužnika, a potom posle preduzete radnje u istom postupku naplaćuje od izvršnog dužnika troškove kojima je bio izložen za preduzimanje konkretne radnje. „Kad je u pitanju ostvarenje radnje koju može izvršiti i druga osoba, predmet izvršenja je zapravo imovina dužnika iz koje će se moći naplatiti troškovi izvršenja te radnje od strane druge osobe ili vjerovnika.“⁷ Bitno je da izvršni poverilac u predlogu za izvršenje naznači primeren rok (zavisi od složenosti radnje) u kome bi radnju obavio on ili preko drugog lica. Veoma je bitno da taj rok postavi realno, jer ukoliko u roku koji je naznačen u predlogu, a koji je posledično određen i u rešenju o izvršenju, ne preduzme radnju sam ili preko drugog lica, izvršni postupak će se obustaviti. Bez obzira na to da li je izvršni dužnik obavezan da unapred predujmi troškove ili je donet zaključak, kojim se na izvršnog poverioca

⁴ Srećko Culja, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije II sveska Vanparnični postupci*, Izdavačko i knjižarsko preduzeće „Geca Kon“, Beograd, 1938, 170.

⁵ M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit., 641–642.

⁶ Borivoje Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Pravo, Novi Sad, 1991, 556.

⁷ Siniša Triva, Velimir Belajac, Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo*, Informator, Zagreb, 1980, 146.

prenosi pravo da obavi poslove na račun izvršnog dužnika, izvršni poverilac je u obavezi da započeti posao ili preduzete radnje obavi isključivo u granicama utvrđenim izvršnom ispravom. To podrazumeva da nema odstupanja u kvalitetu, nameni i ceni, kao i da se ponaša kao dobar domaćin, odnosno dobar privrednik, te da ne može na račun izvršnog dužnika obavljati neke druge poslove i preduzimati druge radnje koje nisu predviđene izvršnom ispravom.⁸

Zakonodavac nije propisao način i proceduru u kojoj će izvršni poverilac naplatiti troškove kojima je bio izložen zbog preduzimanja radnji, niti je propisao rok u kome izvršni poverilac, kada on obavi radnju ili je obavi preko drugog lica, može zahtevati isplatu novčanog iznosa na ime troška kome je bio izložen. Mišljenja smo da bi u ovom slučaju bilo potrebno doneti rešenje koje ima dejstvo rešenja o izvršenju.⁹ Na predlog izvršnog poverioca to rešenje donosi javni izvršitelj nadležan za sprovođenje izvršenja, a izvršni poverilac je dužan da u predlogu naznači rok u kome izvršni dužnik treba da uplati novčani iznos na ime troška kome je bio izložen, kao i sredstvo i predmet izvršenja radi naplate tog novčanog potraživanja.

Zakon posebno reguliše i razlikuje predujmljivanje troškova od konačnih troškova koji su bili neophodni za preduzimanje zamenljive radnje. Javni izvršitelj donosi zaključak kojim izvršnog dužnika obavezuje da predujmi troškove postupka i po službenoj dužnosti izvršava taj zaključak. Iako zakonodavac u čl, 361, st. 1 Zakona koristi izraz „može doneti zaključak o predujmljivanju“, mišljenja smo da je javni izvršitelj u obavezi da na predlog izvršnog poverioca donese zaključak o predujmljivanju troškova, jer zbog različitih okolnosti izvršni poverilac možda nije u situaciji da sam prethodno snosi troškove predujmljivanja radnje. Za razliku od situacije kada je izvršni poverilac prethodno sam ili preko drugog lica obavio zamenljivu radnju, pa potom naplaćuje troškove, sada je reč o predujmljivanju potrebnog troška pre preduzimanja radnje. Na predlog izvršnog poverioca, javni izvršitelj nalaže izvršnom dužniku da predujmi potreban iznos za pokriće troškova radnje i ostavlja mu određeni rok i istovremeno određuje rok za preduzimanje radnje, s tim što u rok u kome izvršni poverilac može sam preduzeti radnju ili je poveriti drugom licu teče od dana predujmljivanja troškova. Zaključak se sprovodi prema opštim pravilima o izvršenju radi ostvarenja novčanog potraživanja i to pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju, onim sredstvom izvršenja i na onom predmetu koje je naznačio izvršni poverilac u predlogu. To znači da to mogu biti sva sredstva i predmeti koji su dozvoljeni prema zakonu kada je reč o novčanom potraživanju. Ukoliko izvršni poverilac ili drugo lice

⁸ M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit., 643.

⁹ V. čl. 61 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

kojem je izvršni poverilac poverio preduzimanje radnje ne bi preduzeo radnju u određenom roku izvršni postupak bi se obustavio.

Zakon potpuno opravdano pravi razliku između predujmljenih i konačnih troškova, s obzirom na to da su troškovi određeni kao predujam radi sprovođenja izvršenja i nužni da bi izvršni poverilac ostvario svoje pravo, ali se ne moraju podudarati s konačnim troškovima koji su nastali prilikom preduzimanja radnje. Za određivanje konačnih troškova neophodan je predlog stranke i javni izvršitelj ne donosi odluku po službenoj dužnosti. Odluka se donosi u formi rešenja koje se može pobijati isključivo prigovorom, o kom odlučuje veće od troje sudija nadležnog suda. Konačno utvrđena visina troškova koji su nastali u sprovođenju izvršenja sprovodi se kao novčano potraživanje pošto rešenje o izvršenju postane pravno-snažno. S obzirom na to da je moguće da su troškovi koji su nastali radi preduzimanja radnje viši od predujmljenih troškova, tada bi se zaključkom naložilo izvršnom dužniku da uplati dodatni iznos kako bi se pokrili celokupni troškovi nastali sprovođenjem izvršenja. U suprotnom, ukoliko su predujmljeni troškovi viši od iznosa koji su bili potrebni radi preduzimanja radnje, tada se na predlog izvršnog dužnika njemu vraća, po potrebi i prinudno razlika koja je preostala.¹⁰

RADNJA KOJU MOŽE PREDUZETI SAMO IZVRŠNI DUŽNIK

Imajući u vidu da se izvršenje radi ostvarenja nenovčanog potraživanja radnje koju može izvršiti samo izvršni dužnik sprovodi novčanim kažnjavanjem sasvim je logično i opravdano da je zakonodavac ove vrste izvršenja i u fazi sprovođenja izvršenja stavio u isključivu nadležnost suda. „Radnja koju može izvršiti samo dužnik – nezamenljiva radnja, čini onu radnju koja je vezana za ličnost dužnika, snagom stipulacije iz ugovora (ugovori *intuitu personae*) ili se to zaključuje iz okolnosti odnosno prirode stvari.“¹¹

„Radi se o specifičnoj radnji koja podrazumeva određena lična svojstva izvršnog dužnika, s tim što ovaj pojam treba šire tumačiti i prenositi i na pravna lica (u slučaju privrednog društva ili ustanove kada je reč o vraćanju radnika na rad) i druge slučajeve kada se izvršenje zbog svojih specifičnosti može sprovesti samo obavljanjem radnje od strane izvršnog dužnika ili njegovim određenim ponašanjem. Ako je po izvršnoj ispravi izvršni dužnik dužan da obavi određene radnje, a sud utvrdi da to ne može učiniti niko drugi (nalog naučnom radniku da preda određeni rukopis, majstoru koji je jedini obučen za obavljanje određenih poslova

¹⁰ M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit., 645–646.

¹¹ B. Starović, op. cit., 559.

na opravci neke stvari), sud će sprovesti izvršenje novčanim kažnjavanjem. To podrazumeva ostavljanje primerenog roka izvršnom dužniku za ispunjenje obaveze i time se pogoduje izvršnom dužniku, s obzirom na to da je on mogao već u roku koji mu je naložen izvršnom ispravom da postupi po nalogu suda iz izvršne isprave. Naime, u izvršnom postupku ostavlja mu se još jedan paricioni rok da izvrši radnju koja mu je naložena. Smatramo da taj rok koji se rešenjem o izvršenju ponovo ostavlja izvršnom dužniku da obavi radnju ne bi smeo biti duži od roka koji mu je ostavljen u izvršnoj ispravi, osim ukoliko postoje specifične okolnosti vezane za konkretan slučaj, koje opravdavaju činjenicu da je izvršnom dužniku potrebno ostaviti i duži rok (navedeno će proceniti sud prilikom odlučivanja o predlogu za izvršenje).¹²

Po proteku roka koji je određen izvršnom dužniku za ispunjenje obaveze, u slučaju neispunjenja, sud će pristupiti novčanom kažnjavanju u skladu s odredbama čl. 131 Zakona i ima mogućnost da, ceneći sve okolnosti konkretnog slučaja, izvršnom dužniku izrekne novčanu kaznu, vodeći računa o značaju radnje koju je izvršni dužnik bio dužan da izvrši u skladu sa izvršnom ispravom.¹³ U slučaju daljeg nepostupanja izvršnog dužnika, izriče se nova novčana kazna u većem iznosu od one koja je bila ranije izrečena, s tim što se ceo postupak novčanog kažnjavanja i naplate novčane kazne može ponavljati sve dok izvršni dužnik ne izvrši svoju obavezu, dakle neograničeni broj puta. Novčana kazna predstavlja vrstu sankcije za izvršnog dužnika i uplaćuje se na poseban račun suda koji je odredio izvršenje i izrekao novčanu kaznu.

Pismena izjava izvršnog poverioca na kojoj je potpis izvršnog poverioca overen smatra se nesumnjivim dokazom o tome da je izvršni dužnik izvršio radnju koja mu je naložena izvršnom ispravom, a takav dokaz predstavlja i zapisnik suda koji potvrđuje da je radnja preduzeta. Po našem mišljenju, iako ga zakon predviđa kao nesumnjiv dokaz, nalaz i mišljenje sudskog veštaka je slabije dokazne snage od prethodno navedenih.

Kada se obavljanje radnje izvršnog dužnika ne svodi samo na njegov voljni momenat, nego zavisi i od još nekih okolnosti koje nisu u zakonu precizirane (naveden je primer stvaranja određenih umetničkih dela, što zavisi od nadahnuća autora), izvršenje se ne sprovodi novčanim kažnjavanjem izvršnog dužnika. Tada postoji pravo na naknadu štete u korist izvršnog poverioca, koje on ostvaruje u posebnom parničnom postupku.¹⁴

¹² M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit., 647–648.

¹³ V. čl. 131 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

¹⁴ V. odredbe čl. 363, st. 5 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

NEČINJENJE I TRPLJENJE

Nečinjenje i trpljenje spadaju u negativne obligacije. Izvršenje sudskih odluka kojim je predviđeno trpljenje ili nečinjenje sprovodi se novčanim kažnjavanjem izvršnog dužnika. Takva situacija ne obuhvata slučajeve kada sud može sprovesti izvršenje na neki drugi način kada to okolnosti ili situacija dozvoljavaju ili kada su racionalne. „U postupcima izvršenja radi ostvarenja nezamjenjljive radnje, trpljenja i nečinjenja i vraćanja na rad, koji se sprovode uvjetnim izricanjem novčane kazne i njenim izvršenjem ako dužnik ne postupi u skladu sa nalogom suda, predmet izvršenja je neposredno imovina dužnika iz koje će se kazna naplatiti, a posredno njegova osoba, njegova volja na koju se izricanjem novčanih kazni nastoji uticati.“¹⁵

Ukoliko dužnik permanentno ometa izvršnog poverioca u pravu prolaska preko njegove parcele, pri čemu mu je izvršnom ispravom naloženo da izvršnom poveriocu omogući nesmetan prolaz, sud će novčanim kažnjavanjem obezbediti sprovođenje izvršenja. Nelogično i neracionalno je da prilikom svakog prolaska poverioca sud izlaskom na lice mesta omogućava sprovođenje izvršenja.

Treba reći i da je identična situacija i kad roditelj kod koga se nalazi dete neće drugom roditelju da omogući kontakt s detetom, pa će sud izricanjem novčanih kazni obezbediti normalno viđanje deteta prema terminima koji su utvrđeni sudskom odlukom.

Zanimljivo je ovde pomenuti sledeće rešenje koje je postojalo u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije: „Pritvor, kao prinudno sredstvo za ostvarenje nezamenjivih dela, propusta ili trpljenja, izvršuje se u javnoj zgradi odvojeno od prostorija, u kojima se izdržava kazna slobode po krivičnim delima ili vrši istražni zatvor odnosno pritvor zbog takvih dela.“¹⁶ Valja istaći da je pritvor bio ograničenog trajanja (najduže jednu godinu za ostvarenje propusta ili trpljenja).

IZVRŠENJE RADI USPOSTAVLJANJA PREĐAŠNJEG STANJA

Obaveza izvršnog dužnika je da poštuje zabranu koja mu je izrečena izvršnom ispravom (npr. zabranjeno je izvršnom dužniku da nastavi gradnju novog objekta). U toj situaciji će, u slučaju da izvršni dužnik nastavi da gradi, izvršni poverilac biti ovlašćen da predloži izvršenje radi uspostavljanja pređašnjeg stanja, konkretno radi uklanjanja svega onog što je nakon zabrane izrečene izvršnom ispravom na objektu uradio izvršni dužnik. „Pravo poverioca na uspostavu

¹⁵ S. Triva, V. Belajac, M. Dika, op. cit., 146.

¹⁶ S. Culja, op. cit., 172.

pređašnjeg stanja odnosi se na promene koje je dužnik stvorio ili izazvao od momenta kada je doneta izvršna isprava.¹⁷ Kada su u pitanju mogućnosti predujmljivanja troškova potrebnih za uspostavljanje pređašnjeg stanja važe pravila koja se primenjuju kod izvršenja radnje koju može preduzeti i drugo lice.

Specifičnost ovog izvršenja je u tome što se prema izvršnom dužniku sprovodi izvršenje, a da ne postoji izvršna isprava koja mu nalaže da uspostavi pređašnje stanje, nego postoji ovlašćenje izvršnog suda da u postupku izvršenja „definiše“ tu obavezu izvršnog dužnika, te potom zaključkom ovlasti izvršnog poverioca da uspostavi pređašnje stanje. To je, u suštini odstupanje od načela formalnog legaliteta,¹⁸ s obzirom na to da je reč o promenama nastalim nakon donošenja izvršne isprave.

Nikako se ne možemo složiti sa normom kojom se zakonodavac odlučio da se o predlogu izvršnog poverioca u slučaju izvršenja radi uspostavljanja pređašnjeg stanja odlučuje zaključkom, a ne rešenjem o izvršenju. Zaključak predstavlja odluku protiv koje nije dozvoljen pravni lek, a mi ne vidimo nijedan razlog da izvršni dužnik bude uskraćen u mogućnosti izjavljivanja pravnog leka jer može isticati razloge koji sprečavaju izvršenje. Ovo, posebno imajući u vidu da navodi i činjenice koje izvršni poverilac iznese u predlogu u ovom slučaju ne moraju odgovarati faktičkom stanju na licu mesta.¹⁹

PONOVNO SMETANJE DRŽAVINE

U praksi su veoma česti slučajevi da se zbog ponašanja i radnji izvršnog dužnika ponavlja identična situacija u vezi s narušavanjem prava izvršnog poverioca. To su gotovo svi slučajevi smetanja državine, zbog čega se zakonodavac opredelio za rešenje da se u slučaju kada je sprovedeno izvršenje ili je izvršni dužnik dobrovoljno ispunio svoju obavezu, a potom nakon izvesnog vremena ponovo učini isto smetanje državine, izvršni poverilac zaštiti od ovakvog ponašanja izvršnog dužnika, kako ne bi morao voditi novi sudski spor, već može da traži izvršenje na osnovu već donete izvršne isprave. Tako se omogućava vraćanje državine, bez obzira na to da li se radi o nezamenljivoj radnji ili se izvršenje može sprovesti i preko drugog lica. Zakon je za podnošenje ponovnog predloga za izvršenje odredio subjektivni rok od 30 dana od dana saznanja za ponovno smetanje i objektivni rok od godinu dana koji se računa od dana ponovljenog smetanja.

¹⁷ B. Starović, op. cit., 565.

¹⁸ V. čl. 5 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

¹⁹ M. Nikolić, N. Šarkić, op. cit., 651.

Sud, u ovom slučaju u izvršnom postupku mora utvrditi postojanje izvršne isprave, činjenicu da je sprovedeno izvršenje i na koji je način to učinjeno (prinudnim putem ili dobrovoljnim postupanjem izvršnog dužnika). Postavlja se pitanje da li sud mora sprovoditi dokazni postupak radi utvrđenja da li se radi o ponovno učinjenom smetanju državine ili će sud, samo na predlog izvršnog poverioca da je učinjeno ponovno smetanje državine koje se po opisu datom u predlogu suštinski ne razlikuje od ranijeg, dozvoliti izvršenje. Po našem mišljenju, sud će, ukoliko iz predloga utvrdi da je reč o ponovnom smetanju državine koje se u suštini ne razlikuje od ranijeg, te utvrdi da je predlog stavljen blagovremeno, doneti novo rešenje o izvršenju i naložiti vraćanje stvari u posed, s tim da je pravo izvršnog dužnika da žalbom pobija novo rešenje o izvršenju, ističe razloge i priloži dokaze da nije izvršeno ponovno smetanje državine, odnosno da se novo učinjeno smetanje državine suštinski razlikuje od onog koje je utvrđeno izvršnom ispravom.²⁰

PRAVO NA NAKNADU ŠTETE

U slučaju kada je izvršni poverilac ostvario svoja prava u izvršnom postupku u skladu s odredbama iz dela četvrtog Glave četvrte Zakona o izvršenju i obezbeđenju, on ima pravo da ostvari u posebnoj parnici i pravo na naknadu štete u skladu sa odredbama Zakona o obligacionim odnosima.²¹ Dužan je da dokaže da je zbog činjenja ili nečinjenja izvršnog dužnika pretrpeo običnu štetu ili, možda, i štetu u vidu izmakle dobiti. Ostvarenje ovog prava zavisi od dokazivanja postojanja krivice izvršnog dužnika za štetu koju je eventualno pretrpeo.

ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Navedena glava Zakona o izvršenju i obezbeđenju reguliše heterogena pitanja sprovođenja izvršenja obaveza na činjenje, trpljenje ili nečinjenje, a to su napred nabrojane životne situacije. Zakon predviđa kombinovanu nadležnost suda i javnih izvršitelja, što je po našem mišljenju dobro.

Obaveze koje izriče sud mogu biti pozitivno činjenje (obaveza dužnika da trpi preduzimanje određenih radnji) ili pak uzdržavanje od njih. To su najčešće slučajevi kada je izvršni dužnik obavezan da nešto učini na račun izvršnog poverioca ili izvršnom poveriocu izradi određenu stvar, uključi vodu, uključi električnu energiju,

²⁰ *Ibidem*, 652–653.

²¹ *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka Ustavnog suda Jugoslavije i 51/89, *Službeni list SRJ*, broj 31/93, *Službeni list SCG*, broj 1/03 – Ustavna povelja.

obavi određene poslove u stanu izvršnog poverioca, otkloni kvarove, preda primerak ključa od brave koju je zamenio ili da postavi novu bravu ili sl.

U drugim pak slučajevima postoji obaveza izvršnog dužnika da trpi preduzimanje određenih radnji (npr. pravo prolaska preko placu ili parcele izvršnog dužnika radi neodložnog obavljanja radova za potrebe izvršnog poverioca). Sledeću grupu slučajeva čine obaveze izvršnog dužnika da se uzdrži od određenih radnji i ponovno smetanje državine izvršnog poverioca kao što su: zamena brave ili onemogućavanje izvršnog poverioca da koristi stan, stavljanje prepreka na prelaz kojim se izvršni poverilac koristi do svog placu i drugo ometanje prava izvršnog poverioca.

Sve prethodno navedeno govori da je značaj ovih vrsta izvršenja izuzetan, da su ona u svojoj supstanci veoma specifična i da se umnogome razlikuju od uobičajenih izvršnih postupaka (naplata novčanih potraživanja, predaja i isporuka pokretnih stvari, iseljenje). Ove procedure podrazumevaju itekako kreativnu i posvećenu ulogu kako suda u postupku donošenja rešenja o izvršenju, procenjivanja načina sprovođenja izvršenja i davanja uputstava kroz rešenje o izvršenju javnom izvršitelju. Takođe javni izvršitelji imaju izuzetnu ulogu i značajna ovlašćenja sa aspekta sprovođenja izvršenja posebno imajući u vidu pravila izvršnog prava da se izvršni postupak mora sprovesti u najkraćem mogućem roku sa što je moguće manje troškova. Prilikom sprovođenja izvršenja osim zaštite prava izvršnog poverioca, sud ali pre svega javni izvršitelj moraju voditi računa da se ostvarivanje prava izvršnog poverioca sprovede, obezbedi tako da se na najmanji mogući način ugroze prava izvršnog dužnika ili oštetiti njegova imovina. Jedino uravnotežen odnos između ostvarivanja prava izvršnog poverioca, te prava izvršnog dužnika mogu garantovati valjanu primenu prava u ovoj oblasti.

Prof. Dr. NEBOJŠA ŠARKIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University Union, Belgrade

MLADEN NIKOLIĆ
Judge of the Commercial Appellate Court

ENFORCEMENT OF ACTION, OMISSION OR SUFFERANCE

Summary

Part Four of The Law on Enforcement and Security Interest regulates enforcement with the aim of exercising a non-monetary claim. There are the following parts, which are sorted into chapters: court penalties, surrender of movable assets, vacating and surrendering immovable property, enforcement of action, omission or sufferance, enforcement of rulings pertaining to family relations, enforcement

for employee reinstatement, enforcement of decision on partition of jointly owned asset and obtaining statement of will. These are specific ways of conducting enforcement, which stems from very delicate relationships. That is probably the reason why this area of enforcement law is mentioned to a limited extent in our legal theory. The authors chose to analyse the Law's clauses about action, omission or sufferance in this article exactly because they regulate very important rights of natural and legal persons, but also because these clauses are later implied during enforcement of decisions in other very significant cases, such as family cases, employee reinstatement cases and actions in trespass.

Key words: action, omission, sufferance, court, public enforcement officer

Literatura

Culja S., *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije II sveska Vanparnični postupci*, Izdavačko i knjižarsko preduzeće „Geca Kon“, Beograd, 1938.

Nikolić M., Šarkić N., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Službeni glasnik, Beograd, 2021.

Starović B., *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Pravo, Novi Sad, 1991.

Triva S., Bjelajac V., Dika M., *Sudsko izvršno pravo*, Informator, Zagreb, 1980.

PREGLEDNI RAD

DISCIPLINSKA ODGOVORNOST SUDIJA

Jedan od ciljeva koji su proklamovani prilikom usvajanja ustavnih amandmana početkom ove godine bio je uspostavljanje nezavisnog i odgovornog sudstva. Posebnu ulogu u ostvarivanju tog cilja imaju pravila o disciplinskoj odgovornosti sudija. Trenutno su norme o disciplinskoj odgovornosti sudija sadržane u Zakonu o sudijama, ali i u Pravilniku Visokog saveta sudstva. Tim aktima propisuje se pokretanje i vođenje disciplinskog postupka, organi disciplinskog postupka, disciplinski prekršaji, položaj sudije u disciplinskom postupku, disciplinske mere koje se sudiji mogu izreći zbog učinjenih disciplinskih prekršaja, ali i pravna zaštita sudije u tom postupku. U toku pisanja ovog rada traje postupak izmena zakona kojima se uređuje organizacija sudstva i položaj sudija, a to se odnosi i na Zakon o sudijama. Zbog aktuelnosti teme analiziraćemo važeći zakonski okvir i predloge za njegovu izmenu, polazeći od uloge i značaja disciplinske odgovornosti sudija u našem pravnom poretku.

Ključne reči: sudije, disciplinska odgovornost, Zakon o sudijama, Pravilnik Visokog saveta sudstva, Radna verzija novog Zakona o sudijama

VAŽEĆI ZAKON O SUDIJAMA I PRAVILA O DISCIPLINSKOJ ODGOVORNOSTI SUDIJA

Članom 148 Ustava ustanovljen je imunitet sudije koji podrazumeva da sudija ne može biti pozvan na odgovornost za mišljenje dato u vezi sa vršenjem sudijske funkcije i za glasanje dato u vezi sa donošenjem sudske odluke, osim ako učini

Prof. dr Nikola Bodiroga, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bodiroga@ius.bg.ac.rs. Rad je nastao u okviru strateškog istraživačkog projekta „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“ koji se realizuje na Pravnom fakultetu u Beogradu u 2022. godini.

krivično delo kršenja zakona od strane sudije ili javnog tužioca.¹ Osim krivično-pravnog imuniteta,² navedenom ustavnom odredbom obuhvaćen je i građansko-pravni imunitet, jer za štetu koju svojim nezakonitim ili nepravilnim radom prouzrokuje sudija, odgovara Republika Srbija, koja se od sudije može regresirati samo ako je šteta učinjena namerno.³ Podsećamo da se pre usvajanja izmena i dopuna Zakona o sudijama iz 2013. godine,⁴ Republika Srbija mogla regresirati od sudije ako je šteta prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom.⁵ Polazeći od domašaja citirane ustavne odredbe o imunitetu sudije, odgovornost sudije za disciplinske prekršaje nameće se kao najvažniji vid sudijske odgovornosti.⁶

Zakonom o sudijama,⁷ disciplinski prekršaj definisan je kao nesavesno vršenje sudijske funkcije ili ponašanje sudije nedostojno sudijske funkcije koje je propisano ovim zakonom (čl. 89 ZS). Disciplinski prekršaji nabrojani su u članu 90, stav 1 Zakona. To su: – povreda načela nepristrasnosti; – propuštanje sudije da traži izuzeće u predmetima u kojima postoji razlog za izuzeće, odnosno isključenje predviđen zakonom; – neopravdano kašnjenje u u izradi odluka; – uzimanje predmeta u rad redom koji neopravdano odstupa od reda kojim su primljeni; – neopravdano nezakazivanje ročišta ili pretresa; – učestalo kašnjenje na zakazana ročišta ili pretrese; – neopravdano odugovlačenje postupka; – neopravdano neobaveštavanje predsednika suda o predmetima u kojima postupak duže traje; – očigledno neko-rektno postupanje prema učesnicima u sudskim postupcima i zaposlenima u sudu; – nepoštovanje radnog vremena; – prihvatanje poklona suprotno propisima koji regulišu sukob interesa; – upuštanje sudije u neprimerene odnose sa strankama ili njihovim pravnim zastupnicima u postupku koji vodi; – davanje komentara o sudskim odlukama, postupcima ili predmetima u sredstvima javnog informisanja

¹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, 115/2021, 16/2022.

² Ranko Keča, Marko S. Knežević, *Građansko procesno pravo: Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik, Beograd, 2022, 74.

³ Nikola Bodirola, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, 217–218. Za opširniju analizu razloga za postojanje odgovornosti sudije u ovim situacijama v. Christina Zantis, *Das Richterspruhprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht*, Peter Lang, 2010, 21–96.

⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o sudijama, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2013.

⁵ Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2015, 98.

⁶ Gordana Stanković, Ljubica Mandić, *Organizaciono građansko procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2013, 59–61.

⁷ Zakon o sudijama – ZS, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 58/2009 – odluka US, 104/2009, 8/2012 – odluka US, 121/2012, 124/2012 – odluka US, 101/2013, 111/2014 – odluka US, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – odluka US, 106/2015, 63 /2016 – odluka US, 47/2017, 76 /2021.

na naćin suprotan zakonu i Sudskom poslovniku; – obavljanje aktivnosti koje su zakonom određene kao nespojive sa sudijskom funkcijom; – neopravdano nepohađanje obaveznih programa obuke; – dostavljanje nepotpunih ili netaćnih podataka od znaćaja za rad i odlućivanje Visokog saveta sudstva; – neopravdana izmena godišnjeg rasporeda sudijskih poslova u sudu i povreda principa slućajnog sudije suprotno zakonu; – kršenje odredaba Etićkog kodeksa u većoj meri.

Ako se analizira lista prekršaja propisanih u ćlanu 90, stav 1 Zakona o sudijama moće se uoćiti da se neki do njih poklapaju sa razlozima za izjavljivanje pravnih lekova u sudskom postupku, kao što je ućešće sudije u postupku u kom je postojao razlog za iskljućenje ili izuzeće, što je ćlanom 374, stav 2, taćka 1 Zakona o parničnom postupku⁸ propisano kao bitna povreda pravila postupka i predstavlja razlog za izjavljivanje žalbe na koji drugostepeni sud pazi po slućbenoj dućznosti, ali i razlog za ponavljanje pravnosnaćno okonćanog parničnog postupka (ćl. 426, t. 1 ZPP). U tom slućaju organi disciplinskog postupka bili bi vezani odlukama sudova pravnog leka kojima je utvrđeno postojanje ove bitne povrede pravila postupka.⁹ Sa ovim prekršajem povezani su i upuštanje sudije u neprimerene odnose sa strankama i njihovom pravnim zastupnicima u predmetu u kom sudija postupa, kao i povreda naćela nepristrasnosti koja u sebi ukljućuje sve navedene prekršaje, jer su sve to nedopustive radnje kojima se dovodi u pitanje obaveza sudije da zadrži neutralnost u odnosu na stranke i u odnosu na predmet spora.¹⁰

Tećak disciplinski prekršaj postoji ako je usled izvršenja disciplinskog prekršaja iz ćlana 90, stav 1 došlo do ozbiljnog poremećaja u vršenju sudske vlasti ili obavljanja radnih zadataka u sudu ili do tećkog narušavanja ugleda i poverenja javnosti u sudstvo, a naroćito zastarevanja predmeta zbog nesavesnog rada sudije i ako je nastupila veća šteta u imovini stranke u postupku,¹¹ kao i u slućaju ponovljenog disciplinskog prekršaja (ćl. 90, st. 2. ZS). Pod ponovljenim disciplinskim prekršajem iz stava 2. ovog ćlana smatra se tri puta pravnosnaćno utvrđena odgovornost sudije za disciplinski prekršaj (ćl. 90, st. 3 ZS). Ćlanom 146, stav 4 Ustava propisano je da će sudija biti razrešen ako je u disciplinskom postupku utvrđeno da je ućinio tećak disciplinski prekršaj, koji prema oceni Visokog saveta sudstva,

⁸ Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Slućbeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.

⁹ Christoph Leuenberger, Beatrice Uffer-Tobler, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010, 26–33.

¹⁰ Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 23.

¹¹ Postavlja se pitanje na koji naćin će disciplinski organi po pravilima disciplinskog postupka moći da utvrde da je nastala veća šteta u imovini stranke, a postojanje te štete jedan je od elemenata tećeg disciplinskog prekršaja.

ozbiljno šteti ugledu sudijske funkcije ili poverenju javnosti u sudove.¹² Iz citirane ustavne odredbe proizlazi da će do razrešenja sudije usled učinjenog težeg disciplinskog prekršaja doći samo ako Visoki savet sudstva oceni da težak disciplinski prekršaj koji je počinio sudija ozbiljno šteti ugledu sudijske funkcije ili poverenju javnosti u sudove. Iz člana 90 Zakona o sudijama može se zaključiti da teži disciplinski prekršaj postoji ako je zbog izvršenja nekog od prekršaja propisanih stavom 1. ovog člana došlo do teškog narušavanja ugleda i poverenja javnosti u sudstvo, a naročito zbog zastarevanja predmeta i ako je nastupila veća šteta u imovini stranke u postupku i u slučaju ponovljenog disciplinskog prekršaja. Dakle, za postojanje težeg disciplinskog prekršaja jedan od uslova koji mora biti ispunjen jeste da je usled tog prekršaja došlo do narušavanja ugleda i poverenja javnosti u sudstvo, a to ceni Disciplinska komisija kao organ disciplinskog postupka. Pretpostavimo da je Disciplinska komisija utvrdila da je sudija učinio težak disciplinski prekršaj jer je zbog počinjenog nekog od prekršaja propisanih u članu 90, stav 1 došlo do narušavanja ugleda i poverenja javnosti u sudstvo. Nakon toga, pokreće se postupak za razrešenje sudije, a onda Visoki savet sudstva ponovo ceni da li je zbog učinjenog težeg disciplinskog prekršaja narušeno poverenje javnosti u sudove, iako je to već cenila Disciplinska komisija kada je utvrdila da postoji odgovornost sudije za težak disciplinski prekršaj.

Na ovom mestu treba napomenuti da nisu svi disciplinski prekršaji propisani odredbama Zakona o sudijama, već se mogu naći i u odredbama pojedinih procesnih zakona. Navešćemo neke primere.

Članom 10, stav 3 ZPP propisano je da nepostupanje sudije u vremenskom okviru predstavlja osnov za pokretanje disciplinskog postupka u skladu sa Zakonom o sudijama. Članom 383, stav 2 ZPP propisano je da u slučaju kada drugostepeni sud ne drži raspravu, odluka o žalbi se mora doneti u roku od devet meseci od dana prijema spisa prvostepenog suda, a stavom 7 istog člana propisano je da je nepostupanje sudija u ovom roku, osnov za pokretanje disciplinskog postupka protiv predsednika veća kome je predmet dodeljen u radu u skladu sa Zakonom o sudijama.¹³ Članom 16 Zakona o izvršenju i obezbeđenju,¹⁴ propisano je da nepostupanje sudija u rokovima za donošenje odluka koji su određeni ovim zakonom predstavlja disciplinski prekršaj sudije.

¹² Na ovaj način su uslovi za razrešenje sudije pooštreni u odnosu na prethodna ustavna rešenja, opširnije v. N. Bodiroga, „O prestanku sudijske funkcije navršanjem radnog veka“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2, Beograd, 2020, 181.

¹³ Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Građansko procesno pravo*, Niš, 2020, 487.

¹⁴ Zakon o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, *Službeni glasnik RS*, br. 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje, 113/2017 – autentično tumačenje, 54/2019 i 9/2020 – autentično tumačenje.

Za učinjeni disciplinski prekršaj mogu se izreći sledeće disciplinske sankcije: javna opomena, umanjenje plate do 50% do jedne godine i zabrana napredovanja u trajanju do tri godine (čl. 91, st. 1 ZS). Disciplinska sankcija izriče se srazmerno težini učinjenog disciplinskog prekršaja (čl. 91, st. 2 ZS). Javna opomena može biti izrečena samo kada se prvi put utvrdi odgovornost sudije za disciplinski prekršaj (član 91, stav 3 ZS). Disciplinska sankcija umanjenje plate do 50% i disciplinska sankcija zabrana napredovanja u trajanju do tri godine mogu se izreći svaka posebno ili zajedno (čl. 91, st. 4 ZS). Ako se utvrdi odgovornost sudije za težak disciplinski prekršaj, Disciplinska komisija pokreće postupak za razrešenje sudije (čl. 92 ZS).

Disciplinski organi su: Disciplinski tužilac i njegovi zamenici i Disciplinska komisija. Ove organe obrazuje Visoki savet sudstva (čl. 93, st. 1 ZS). Za članove disciplinskih organa mogu biti imenovane samo sudije (čl. 93, st. 2 ZS). Sastav, uslove za imenovanje, trajanje mandata i način prestanka dužnosti, način rada i odlučivanja u disciplinskim organima, uređuje Visoki savet sudstva svojim aktom koji se objavljuje (čl. 93, st. 3 ZS).

Disciplinski postupak vodi Disciplinska komisija na predlog Disciplinskog tužioca (čl. 94, st. 1 ZS). Predlog za vođenje disciplinskog postupka može podneti samo Disciplinski tužilac na osnovu disciplinske prijave (čl. 94, st. 2 ZS). Disciplinski postupak je hitan i zatvoren za javnost, izuzev ako sudija u odnosu na koga se vodi postupak ne zahteva da postupak bude javan (čl. 94, st. 3 ZS).

Vođenje disciplinskog postupka zastareva u roku od dve godine od dana kada je disciplinski postupak učinjen (čl. 94, st. 4 Zakona o sudijama). Poređenja radi, prikazaćemo zakonske odredbe kojima se uređuje zastarelost vođenja disciplinskog postupka protiv predstavnika drugih pravosudnih profesija.

Kada su u pitanju javni beležnici rok zastarelosti disciplinskog gonjenja za lakšu disciplinsku povredu javnobeležničke dužnosti je jedna godina, a za disciplinske prestupe tri godine. Zastarelost počinje da teče od dana kada je disciplinska povreda učinjena. Zastarelost se prekida podnošenjem disciplinske prijave. Ako disciplinski prestup povlači krivičnu odgovornost, disciplinski postupak može se pokrenuti sve do isteka roka zastarelosti krivičnog gonjenja (član 154 Zakona o javnom beležništvu)¹⁵. Najstroža pravila o zastarelosti vođenja disciplinskog postupka sadrži Zakon o izvršenju i obezbeđenju. Pokretanje disciplinskog postupka protiv javnog izvršitelja zastareva u roku od 12 meseci od saznanja za disciplinsku povredu, a najduže za dve godine od kada je disciplinska povreda učinjena.

¹⁵ Zakon o javnom beležništvu – ZJB, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 85/2012, 1/2013, 5/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015, 106/2015.

Vođenje disciplinskog postupka zastareva u roku od dve godine od pokretanja disciplinskog postupka, a ne teče za vreme trajanja upravnog spora, odnosno sudskog postupka u vezi sa sprovedenim disciplinskim postupkom i izrečenom disciplinskom merom. Izrečena disciplinska mera ne može da se izvrši pošto istekne jedna godina od njene konačnosti. Iz citiranih zakonskih odredaba može se zaključiti da kada je u pitanju zastarelost disciplinskog gonjenja, odnosno vođenja disciplinskog postupka, Zakon o sudijama sadrži znatno blaže odredbe nego Zakon o javnom beležništvu i Zakon o izvršenju i obezbeđenju.

Povodom podnete disciplinske prijave, Disciplinski tužilac može da odbaci prijavu kao neosnovanu,¹⁶ ili da je prihvati i podnese predlog za vođenje disciplinskog postupka (čl. 95 ZS). Jedino je Disciplinski tužilac ovlašćen da podnese predlog za vođenje disciplinskog postupka. Ukoliko on smatra da nema mesta pokretanju disciplinskog postupka, ne postoji supsidijarni tužilac koji bi mogao da podnese predlog za vođenje disciplinskog postupka.

Sudija ima pravo da odmah bude obavešten o predlogu Disciplinskog tužioca, da se upozna sa predmetom i pratećom dokumentacijom i da sam ili preko zastupnika pruži objašnjenja i dokaze za svoje navode (čl. 96, st. 1 ZS). Sudija ima pravo da svoje navode usmeno izloži pred Disciplinskom komisijom (čl. 96, st. 2 ZS).

Nakon sprovedenog disciplinskog postupka, Disciplinska komisija može da odbije predlog Disciplinskog tužioca ili da usvoji predlog i izrekne disciplinsku sankciju (čl. 97, st. 1 ZS). Protiv odluke Disciplinske komisije, Disciplinski tužilac i sudija protiv koga se vodi disciplinski postupak, mogu izjaviti žalbu Visokom savetu sudstva, u roku od osam dana od dana dostavljanja odluke (čl. 97, st. 2 ZS).

Odlučujući o žalbi, Visoki savet sudstva može da potvrdi prvostepenu odluku Disciplinske komisije ili da je preinači (čl. 98, st. 1 ZS). Visoki savet sudstva dužan je da o žalbi odluči u roku od 30 dana od dana dostavljanja žalbe (čl. 98, st. 2 ZS). Sudija kome je izrečena disciplinska sankcija može pokrenuti upravni spor (čl. 98, st. 3 ZS). Pravnosnažna odluka kojom je izrečena disciplinska sankcija upisuje se u lični list sudije (čl. 98, st. 4 ZS).

PRAVILNIK VISOKOG SAVETA SUDSTVA

Zakon o sudijama nije jedini izvor pravila disciplinskog postupka. Mnoga značajna pitanja u vezi sa vođenjem disciplinskog postupka nisu sadržana u Zakonu o sudijama, već su uređena podzakonskim aktom. Visoki savet sudstva je

¹⁶ Neosnovanost prijave zahteva meritornu odluku, a ne njeno odbacivanje. Drugačija pravila se nalaze u Pravilniku Visokog saveta sudstva.

na sednici održanoj 8. maja 2015. godine doneo Pravilnik o postupku za utvrđivanje disciplinske odgovornosti sudija i predsednika sudova.¹⁷ Na ovom mestu prikazaćemo najznačajnije odredbe kojima se bliže uređuju pojedina pitanja vezana za postupak utvrđivanja disciplinske odgovornosti.

Članom 2 Pravilnika propisana je shodna primena Zakonika o krivičnom postupku na sva pitanja koja nisu uređena Zakonom o sudijama i Pravilnikom. Ovo je primer odredbe kojoj je mesto u Zakonu o sudijama, a ne u Pravilniku Visokog saveta sudstva. Ne može se Pravilnikom propisivati da će se na pitanja koja nisu uređena Zakonom o sudijama primenjivati Zakonik o krivičnom postupku. Kada je u pitanju shodna primena Zakonika o krivičnom postupku, ovde ponovo ukazujemo na neujednačen pravni režim u odnosu na predstavnike različitih pravosudnih profesija. Članom 67, stav 3 Statuta Javnobeležničke komore¹⁸ propisano je da se na sva ostala pitanja vođenja disciplinskog postupka protiv javnih beležnika na odgovarajući način primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje opšti upravni postupak.

Disciplinska sankcija izriče se srazmerno težini učinjenog disciplinskog prekršaja (načelo proporcionalnosti). Prilikom odmeravanja disciplinske sankcije uzima se u obzir da li je sudija, odnosno predsednik suda ranije disciplinski kažnjavao, ponašanje u disciplinskom postupku i druge okolnosti koje mogu uticati na odmeravanje disciplinske sankcije (čl. 3 Pravilnika).

Disciplinski tužilac postupa po disciplinskoj prijavi, podnosi Disciplinskoj komisiji predlog za vođenje disciplinskog postupka, zastupa predlog za vođenje disciplinskog postupka pred Disciplinskom komisijom, izjavljuje žalbu protiv odluke Disciplinske komisije i preuzima druge radnje u skladu sa Zakonom o sudijama i ovim pravilnikom. Njegov mandat traje četiri godine. Dužan je da podnese godišnji izveštaj o svom radu Visokom savetu sudstva najkasnije do 1. marta tekuće godine za prethodnu godinu i uvek kada Savet to zatraži (čl. 5 Pravilnika). Disciplinski tužilac vrši svoju funkciju neposredno ili preko zamenika (čl. 6 Pravilnika).

Disciplinsku Komisiju čine predsednik i dva člana koji imaju zamenike. Predsednik disciplinske komisije rukovodi i stara se o organizaciji rada Disciplinske komisije. Disciplinska komisija postupa po predlogu Disciplinskog tužioca za vođenje disciplinskog postupka, vodi disciplinski postupak i donosi odluku o predlogu Disciplinskog tužioca za vođenje disciplinskog postupka. Mandat predsednika i članova Disciplinske komisije i njihovih zamenika traje četiri godine (čl. 9 Pravilnika).

¹⁷ Pravilnik o postupku za utvrđivanje disciplinske odgovornosti sudija i predsednika sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2015.

¹⁸ Statut Javnobeležničke komore Srbije dostupan je na internet adresi https://www.paragraf.rs/propisi/statut_javnobeleznicke_komore.html, 28. 9. 2022.

Savet imenuje članove disciplinskih organa iz reda sudija na stalnoj sudijskoj funkciji. Za Disciplinskog tužioca može biti imenovan sudija koji obavlja sudijsku funkciju najmanje 15 godina i koji nije disciplinski kažnjan. Za zamenika Disciplinskog tužioca može biti imenovan sudija koji obavlja funkciju najmanje deset godina i koji nije disciplinski kažnjan. Za predsednika i člana Disciplinske komisije i njihove zamenike može biti imenovan sudija koji obavlja sudijsku funkciju najmanje 15 godina i koji nije disciplinski kažnjan. Za članove disciplinskih organa ne mogu biti imenovani predsednici sudova (čl. 11 Pravilnika). Članovi disciplinskih organa imenuju se na osnovu javnog poziva koji Visoki savet sudstva upućuje sudijama (čl. 12 Pravilnika).

Izuzeće članova disciplinskih organa nije uređeno Zakonom o sudijama nego Pravilnikom. Član disciplinskog organa biće izuzet iz postupanja u disciplinskom postupku koji je protiv njega pokrenut ili po disciplinskoj prijavi koja je protiv njega podneta, ako mu je sudija protiv koga se vodi disciplinski postupak ili njegov zastupnik ili lice koje je podnelo disciplinsku prijavu ili njegov zastupnik bračni drug ili lice sa kojim živi u vanbračnoj ili drugoj trajnoj zajednici života ili srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kog stepena, a u pobočnoj liniji do četvrtog stepena, a po tazbini do drugog stepena (isključenje). Član disciplinskog organa može biti izuzet iz postupanja u disciplinskom postupku kada postoje okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristrasnost. U slučaju da sazna za postojanje razloga za njegovo izuzeće dužan je da prekine svaki dalji rad na predmetu. Zamenik Disciplinskog tužioca o postojanju razloga za isključenje i izuzeće obaveštava Disciplinskog tužioca, a član Disciplinske komisije i njegov zamenik predsednika Disciplinske komisije koji odlučuju o izuzeću. O izuzeću Disciplinskog tužioca i predsednika Disciplinske komisije odlučuje predsednik Saveta (čl. 13 Pravilnika).

Odredbama Pravilnika uređeno je i udaljenje članova disciplinskog organa. Član disciplinskog organa udaljuje se sa dužnosti ako je doneta o njegovom udaljenju sa sudijske funkcije. Odluku o udaljenju sa dužnosti člana disciplinskog organa donosi Savet. Istom odlukom određuje se i član disciplinskog organa koji zamenjuje člana disciplinskog organa koji je udaljen sa dužnosti (čl. 14 Pravilnika).

Dužnost člana disciplinskog organa može prestati istekom mandata, ali i pre isteka mandata u slučajevima koji su propisani odredbama Pravilnika. Članu disciplinskih organa prestaje dužnost na lični zahtev, po isteku mandata, prestankom sudijske funkcije, ako mu je, kao postupajućem sudiji, konačnom odlukom izrečena disciplinska sankcija ili razrešenjem (čl. 15 Pravilnika). Član disciplinskog organa razrešava se dužnosti pre isteka vremena na koje je imenovan ako ne vrši dužnost u skladu sa Ustavom i zakonom i ako bude osuđen za krivično delo na bezuslovnu kaznu zatvora, odnosno za kažnjivo delo koje ga čini nedostojnim

za vršenje dužnosti člana disciplinskog organa (čl. 16 Pravilnika). Inicijativu za razrešenje dužnosti člana disciplinskog organa može podneti svaki sudija, član disciplinskog organa ili član Saveta (čl. 17 Pravilnika). Savet će u roku od sedam dana po prijemu inicijative oceniti verovatnost razloga zbog kojeg se razrešenje traži. Ako oceni, na osnovu priloženih dokaza, da razlozi za razrešenje nisu učinjeni verovatnim, Savet će pismeno obavestiti podnosioca da inicijativa nije prihvaćena (čl. 18 Pravilnika). Ukoliko prihvati inicijativu, Savet u roku od 15 dana od dana prijema inicijative donosi odluku o pokretanju postupka razrešenja, o čemu će pismeno obavestiti podnosioca inicijative i disciplinski organ. Članu disciplinskog organa mora se omogućiti da se izjasni o svim navodima od značaja za donošenje odluke o razrešenju, kao i o priloženim dokazima. Odlukom o pokretanju postupka može se izreći i mera udaljenja do okončanja postupka za razrešenje (čl. 19 Pravilnika). Odluku o razrešenju Savet donosi u roku od 30 dana od dana pokretanja postupka (čl. 20 Pravilnika).

Pravilnik omogućava svakom licu da podnese disciplinsku prijavu protiv sudije, odnosno protiv predsednika suda, Disciplinskom tužiocu. Disciplinska prijava podnosi se u pismenom obliku. Disciplinska prijava mora da sadrži ime i prezime sudije i naziv suda u kome obavlja sudijsku funkciju, odnosno ime i prezime predsednika suda i naziv suda u kome obavlja funkciju predsednika suda, kratak opis radnji u postupanju sudije, odnosno predsednika suda, ime i prezime podnosioca prijave, njegovu adresu i potpis.

Ako je disciplinska prijava nerazumljiva ili ne sadrži sve podatke da bi se po njoj moglo postupati, Disciplinski tužilac će podnosiocu prijave vratiti prijavu i odrediće rok od osam dana za ispravku, odnosno dopunu disciplinske prijave. U pozivu za ispravku, odnosno dopunu disciplinske prijave podnosilac će se upozoriti na posledice propuštanja. Disciplinski tužilac će odbaciti disciplinsku prijavu ukoliko podnosilac ne izvrši ispravku odnosno dopunu ili je ne izvrši u propisanom roku (čl. 21 Pravilnika). Zakon o sudijama u članu 95 propisuje da Disciplinski tužilac može da odbaci disciplinsku prijavu ili da je prihvati i podnese predlog za vođenje disciplinskog postupka, međutim Pravilnik uvodi i ovlašćenje Disciplinskog tužioca da neurednu ili nerazumljivu prijavu vrati na uređenje i odredi rok za otklanjanje nedostataka, pa tek ako taj rok bezuspešno protekne Disciplinski tužilac može odbaciti disciplinsku prijavu kao neurednu ili kao nerazumljivu.

Disciplinski tužilac vodi evidenciju svih disciplinskih prijava koje su podnete protiv sudija, odnosno predsednika sudova i obrazuje predmet za svaku prijavu. Disciplinski tužilac može da pribavlja potrebne dokaze i informacije od suda, drugih državnih organa, javnih ustanova ili fizičkih lica. Sudovi, državni organi, javne ustanove, sudije, tužioci i državni službenici u obavezi su da sarađuju sa Disciplinskim

tužiocem (čl. 22 Pravilnika). Disciplinski tužilac može da pozove sudiju, odnosno predsednika suda protiv koga je podneta disciplinska prijava da se izjasni o navodima iz disciplinske prijave. Sudija odnosno predsednik suda nije dužan da se odazove pozivu Disciplinskog tužioca. Disciplinski tužilac dužan je da obavesti sudiju, odnosno predsednika suda koji se odazove pozivu da sve što izjavi može da bude korišćeno kao dokaz u disciplinskom postupku (čl. 23 Pravilnika).

Disciplinski tužilac odbacuje disciplinsku prijavu: – ako podnosilac prijave nije postupio po nalogu Disciplinskog tužioca ili nije postupio u roku od osam dana; – ako je podneta anonimna prijava; – ako je nastupila zastarelost vođenja disciplinskog postupka (čl. 24 Pravilnika). Disciplinski tužilac odbija disciplinsku prijavu kao neosnovanu ako nema dovoljno dokaza za podnošenje predloga za vođenje disciplinskog postupka (čl. 25 Pravilnika).¹⁹ O odbačaju, odnosno o odbijanju disciplinske prijave iz razloga propisanih Pravilnikom, Disciplinski tužilac sačinjava službenu belešku, o čemu pismeno obaveštava podnosioca prijave (čl. 26 Pravilnika).

Disciplinski tužilac podnosi Disciplinskoj komisiji predlog za vođenje disciplinskog postupka ako smatra da postoji opravdana sumnja da je učinjen disciplinski prekršaj. Disciplinski postupak je pokrenut dostavljanjem predloga za vođenje disciplinskog postupka Disciplinskoj komisiji. Predlog za vođenje disciplinskog postupka sadrži: 1) lične podatke sudije (ime i prezime, datum rođenja i adresu) i sud u kome obavlja sudijsku funkciju odnosno lične podatke predsednika suda (ime i prezime, datum rođenja i adresu) i sud u kome obavlja funkciju predsednika suda; 2) činjenični opis i pravnu kvalifikaciju disciplinskog prekršaja; 3) predlog o dokazima koje treba izvesti na disciplinskom ročištu i predlog disciplinske sankcije. Sudija, odnosno predsednik suda može imati zastupnika od dana kada mu je Disciplinska komisija dostavila predlog Disciplinskog tužioca za vođenje postupka (čl. 27 Pravilnika).

Ukoliko Disciplinska komisija predlog za vođenje disciplinskog postupka ne vrati Disciplinskom tužiocu na dopunu i uređenje, predlog za vođenje disciplinskog postupka dostavlja sudiji, odnosno predsedniku suda sa dokazima Disciplinskog tužioca. Disciplinska komisija u obaveštenju o pokrenutom disciplinskom postupku upozorava sudiju, odnosno predsednika suda da ima pravo da angažuje zastupnika, da se sam ili preko zastupnika izjasni o predlogu i da predloži dokaze u roku od osam dana od dana dobijanja obaveštenja. Po prijemu izjašnjenja, odnosno proteka roka za podnošenje izjašnjenja zakazuje se ročište (čl. 28 Pravilnika).

Disciplinska komisija će rešenjem obustaviti postupak ako Disciplinski tužilac u toku postupka odustane od predloga za vođenje disciplinskog postupka.

¹⁹ Članom 95, stav 1 Zakona o sudijama propisano je da Disciplinski tužilac odbacuje disciplinsku prijavu kao neosnovanu.

Nije dozvoljeno podnošenje novog predloga za vođenje disciplinskog postupka zasnovanog na istim činjenicama (čl. 29 Pravilnika). To znači da odustanak od vođenja disciplinskog postupka predstavlja procesnu smetnju za podnošenje novog predloga samo ako se zasniva na istim činjenicama. Ukoliko postoje nove činjenice, podnošenje novog predloga je dozvoljeno.

Ako uredno pozvani sudija ili njegov zastupnik, odnosno predsednik suda ili njegov zastupnik, ne pristupe na ročište bez opravdanog razloga, ročište se održava u njihovom odsustvu. Ako uredno pozvani Disciplinski tužilac ne pristupi na ročište bez opravdanog razloga smatra se da je odustao od predloga za vođenje disciplinskog postupka i Disciplinska komisija rešenjem obustavlja disciplinski postupak (čl. 30 Pravilnika).

U postupku utvrđivanja činjenica i izvođenja dokaza Pravilnik afirmiše primenu istražnog načela. Disciplinska komisija može u toku postupka izvoditi dokaze koje strane nisu predložile ili od kojih su odustale, a koje smatra važnim za tačno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja (čl. 31 Pravilnika).

Predsednik Disciplinske komisije rukovodi disciplinskim ročištem. On će upozoriti sudiju, odnosno predsednika suda protiv koga se vodi disciplinski postupak da ima pravo da ništa ne izjavi, uskrati odgovor na pojedino pitanje, slobodno iznese svoje navode, prizna ili ne prizna odgovornost za disciplinski prekršaj, da da izjavu sam ili preko zastupnika, a posebno o pravu da iznosi činjenice i predlaže dokaze u prilog svojih navoda, postavlja pitanja drugim učesnicima u postupku, stavlja primedbe i daje objašnjenja u vezi sa izvedenim dokazima (čl. 32 Pravilnika).

Nakon završenog disciplinskog ročišta Disciplinska komisija se povlači na većanje i glasanje radi donošenja odluke. O većanju i glasanju se sačinjava poseban zapisnik koji potpisuju članovi Disciplinske komisije i zapisničar. Odluke Disciplinske komisije su rešenje i odluka kojom se predlaže Savetu da pokrene postupak za razrešenje sudije za utvrđen težak disciplinski prekršaj odnosno odluka kojom se predlaže Savetu da pokrene postupak za utvrđivanje razloga za razrešenje predsednika suda za utvrđen težak disciplinski prekršaj (čl. 33 Pravilnika).

Disciplinska komisija rešenjem: – odbija predlog Disciplinskog tužioca za vođenje disciplinskog postupka; – usvaja predlog Disciplinskog tužioca za vođenje disciplinskog postupka; – oglašava sudiju odnosno predsednika suda odgovornim za disciplinski prekršaj i izriče mu odgovarajuću sankciju. Disciplinska komisija donosi odluku kada predlaže Savetu da pokrene postupak za razrešenje sudije za utvrđen težak disciplinski prekršaj odnosno kada predlaže Savetu da pokrene postupak za utvrđivanje razloga za razrešenje predsednika suda za utvrđen težak disciplinski prekršaj (čl. 34 Pravilnika).

Rešenje Disciplinske komisije sadrži: 1) ime i prezime predsednika i članova Disciplinske komisije i zapisničara; 2) imena stranaka u postupku i zastupnika; 3) datum i mesto donošenja odluke, 4) odluku o odbijanju predloga za vođenje disciplinskog postupka, odnosno odluku kojom se sudija, odnosno predsednik suda oglašava odgovornim za učinjeni disciplinski prekršaj, pravnu kvalifikaciju disciplinskog prekršaja i disciplinsku sankciju koja mu je izrečena, 5) obrazloženje, 6) odluku o troškovima postupka, 7) potpis predsednika Disciplinske komisije 8) pouku o pravnom leku. Disciplinska komisija u roku od osam dana od dana objavljivanja rešenja, izrađuje pismeni otpravak rešenja i dostavlja ga Disciplinskom tužiocu, sudiji i njegovom zastupniku, odnosno predsedniku suda i njegovom zastupniku (čl. 35 Pravilnika).

Protiv rešenja Disciplinske komisije Disciplinski tužilac, sudija i njegov zastupnik, odnosno predsednik suda i njegov zastupnik imaju pravo da izjave žalbu Savetu u roku od osam dana od dana dostavljanja odluke. Žalba se može izjaviti zbog sledećih razloga: 1) povreda pravila postupka koje su mogle imati uticaj na donošenje zakonitog i pravilnog rešenja,²⁰ 2) pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, 3) pogrešne primene materijalnog prava, 4) odluke o disciplinskoj sankciji. Žalba sadrži: 1) označenje rešenja protiv koga se izjavljuje žalba, 2) izjavu da se rešenje pobija u celini ili u određenom delu, 3) razloge žalbe, 4) potpis lica koje izjavljuje žalbu.

U žalbi se mogu iznositi nove činjenice i predlagati novi dokazi samo ako žalilac učini verovatnim da ih bez svoje krivice nije mogao izneti, odnosno predložiti u toku prvostepenog disciplinskog postupka. Žalba sa priložima dostavlja se drugoj stranci u postupku, koja može u roku od tri dana od dana dostavljanja da podnese odgovor na žalbu. Neblagovremeno podnet odgovor na žalbu neće se uzeti u razmatranje. Disciplinska komisija odmah po prijemu odgovora na žalbu ili isteka roka za davanje odgovora na žalbu spise predmeta dostavlja Savetu (čl. 36 Pravilnika).

Savet odlučuje o žalbi, po pravilu, bez rasprave. Predsednik Saveta određuje iz reda sudija – izbornih članova Saveta izvestioca. Izvestilac daje kratak prikaz postupka i činjenica, nakon čega Savet donosi odluku. Moguće je i da dođe do održavanja rasprave pred Savetom. Ukoliko Savet smatra da je radi pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja ili otklanjanja učinjenih povreda pravila postupka potrebno da se pred Savetom ponove već izvedeni dokazi ili da se izvedu predloženi, a neizvedeni dokazi od strane Disciplinske komisije ili dokazi predloženi u žalbi, zakazaće

²⁰ To znači da nije svaka povreda pravila postupka razlog za izjavljivanje žalbe, već samo procesna povreda koja je mogla dovesti do donošenja nezakonite i nepravilne odluke (relativno bitna povreda).

raspravu. Izvestilac daje kratak prikaz postupka i činjenica, ne izražavajući mišljenje o osnovanosti žalbe, nakon čega podnosilac obrazlaže žalbu, a zatim i druga stranka izlaže svoj odgovor. Ako uredno pozvani Disciplinski tužilac ne pristupi na raspravu bez opravdanog razloga smatra se da je odustao od predloga za vođenje disciplinskog postupka (čl. 37 Pravilnika).

Odluku o žalbi Savet donosi u roku od 30 dana od dana dostavljanja žalbe, u obliku rešenja. Odluka se donosi većinom glasova. O većanju i glasanju sastavlja se zapisnik koji potpisuju članovi Saveta i zapisničar. Odlučujući o žalbi Savet može da: 1) odbaci žalbu kao neblagovremenu ili nedozvoljenu,²¹ 2) odbije žalbu kao neosnovanu i potvrdi rešenje Disciplinske komisije, 3) usvoji žalbu i preinači rešenje Disciplinske komisije. Rešenje Saveta sadrži: 1) sastav Saveta, 2) imena stranaka u postupku, 3) datum i mesto donošenja rešenja, 4) sadržinu rešenja na koje je izjavljena žalba, 5) odluku o žalbi, 6) obrazloženje, 7) potpis predsednika Saveta ili zamenika predsednika Saveta koji je predsedavao sednicom. Ako je Savet preinačio prvostepenu odluku, rešenje u tom slučaju sadrži i: 1) činjenične i zakonske elemente disciplinskog prekršaja za koji je sudija oglašen odgovornim i disciplinsku sankciju koja mu je izrečena, 2) utvrđivanje nove disciplinske sankcije, 3) odbijanje predloga Disciplinskog tužioca. Odluka Saveta je konačna i protiv nje se može pokrenuti upravni spor (čl. 38 Pravilnika).

Pismeni opravak rešenja Savet je dužan da izradi u roku od osam dana od dana donošenja odluke, a spise predmeta zajedno sa primerkom rešenja vraća Disciplinskoj komisiji koja primerak rešenja bez odlaganja dostavlja Disciplinskom tužiocu, sudiji i njegovom zastupniku, odnosno predsedniku suda i njegovom zastupniku (čl. 39 Pravilnika).

Ako Disciplinska komisija utvrdi da je sudija izvršio težak disciplinski prekršaj posledica će biti podnošenje obrazloženog predloga za razrešenje sudije (čl. 40 Pravilnika). Postupak za razrešenje je pokrenut kada je predlog za razrešenje dostavljen Savetu. Predlog se bez odlaganja dostavlja sudiji koji ima pravo da se o predlogu izjasni, a istovremeno se upozorava na posledice propuštanja izjašnjenja. Predsednik Saveta određuje izvestioca iz reda sudija – izbornih članova Saveta koji daje kratak prikaz postupka i činjenica bez izražavanja mišljenja o osnovanosti predloga za razrešenje (čl. 41 Pravilnika).

U postupku odlučivanja o predlogu za razrešenje Savet može da: 1) usvoji predlog za razrešenje i donese odluku o razrešenju sudije, 2) odbije predlog za razrešenje i preinači odluku Disciplinske komisije u delu u kojem je sudija oglašen

²¹ Iako je u članu 36 Pravilnika propisano šta sve žalba mora da sadrži, članom 38 Pravilnika nije propisana mogućnost odbacivanja žalbe kao neuredne (nepotpune) ukoliko ne sadrži sve obavezne elemente.

odgovornim za težak disciplinski prekršaj, oglasi sudiju odgovornim za disciplinski prekršaj i izrekne mu disciplinsku sankciju, 3) odbije predlog za razrešenje i sudiju oslobodi disciplinske odgovornosti. Ako Savet usvoji predlog i donese odluku o razrešenju sudije, sudija može izjaviti prigovor Savetu u roku od 15 dana od dana dostavljanja odluke. Ukoliko Savet odbije predlog za razrešenje i preinači odluku Disciplinske komisije u delu u kom je sudija oglašen odgovornim za težak disciplinski prekršaj, oglasi sudiju odgovornim za disciplinski prekršaj i izrekne mu disciplinsku sankciju, sudija može pokrenuti upravni spor (čl. 42 Pravilnika).

Disciplinska komisija, kada utvrdi da je predsednik suda izvršio težak disciplinski prekršaj, objavljuje odluku o utvrđenom teškom disciplinskom prekršaju i podnosi Savetu obrazložen predlog za utvrđivanje razloga za razrešenje predsednika suda (čl. 43 Pravilnika). Postupak za utvrđivanje razloga za razrešenje je pokrenut dostavljanjem predloga Savetu. Predlog se bez odaganja dostavlja predsedniku suda na izjašnjenje uz upozorenje na posledice propuštanja. Savet određuje izvestioca iz reda sudija – izbornih članova Saveta, a njegov zadatak je da sačini kratak prikaz postupka i činjenica bez davanja mišljenja o osnovanosti predloga (čl. 44). U postupku odlučivanja o predlogu za pokretanje postupka za utvrđivanje razloga za razrešenje predsednika suda Savet može da: 1) usvoji predlog za pokretanje postupka za utvrđivanje razloga za razrešenje predsednika suda i donese odluku kojom Narodnoj skupštini predlaže razrešenje predsednika suda, 2) odbije predlog za pokretanje postupka za utvrđivanje razloga za razrešenje predsednika suda i preinači odluku Disciplinske komisije u delu u kojem je predsednik suda oglašen odgovornim za težak disciplinski prekršaj, oglasi predsednika suda odgovornim za disciplinski prekršaj i izrekne mu disciplinsku sankciju, 3) odbije predlog za pokretanje postupka za utvrđivanje razloga za razrešenje predsednika suda i predsednika suda oslobodi disciplinske odgovornosti (čl. 45 Pravilnika).

Pravnosnažna odluka kojom je izrečena disciplinska sankcija upisuje se u lični list sudije (čl. 46 Pravilnika). U disciplinskom postupku nisu dozvoljeni vanredni pravni lekovi niti ponavljanje postupka (čl. 47 Pravilnika).

Svaka stranka prethodno snosi svoje troškove, uključujući i troškove svedoka i veštaka koje je predložila. Na zahtev sudije, odnosno predsednika suda protiv koga je vođen disciplinski postupak, nadoknadiće mu se opravdani troškovi postupka, uključujući i troškove zastupnika, na teret Saveta, ako se disciplinski postupak okonča obustavom postupka ili odbijanjem predloga za vođenje disciplinskog postupka. Odluku o troškovima postupka donosi Disciplinska komisija. Protiv te odluke dozvoljena je žalba Savetu u roku od osam dana od dana dostavljanja odluke (čl. 48 Pravilnika).

RADNA VERZIJA ZAKONA O SUDIJAMA

U toku je javna rasprava o Radnoj verziji Zakona o sudijama koji je izradila Radna grupa Ministarstva pravde,²² a kako bi se zakonska rešenja uskladila sa nedavno usvojenim ustavnim amandmanima. U ovom delu rada prikazaćemo najvažnija rešenja Radne verzije Zakona o sudijama koja se odnose na disciplinsku odgovornost sudija.

Članom 95, stav 2 navodi se kako je svrha disciplinske odgovornosti da se sudija upozori ili sankcioniše, bez ugrožavanja sudske nezavisnosti, zbog neprimerenog ponašanja ili propusta u radu koji ugrožava autoritet i nepristrasnost suda, a u cilju održavanja poverenja javnosti u sudstvo. Disciplinski prekršaj se definiše kao nesavesno vršenje sudijske funkcije ili ponašanje sudije nedostojno sudijske funkcije, a propisan je Zakonom o sudijama. Nesavesno vršenje sudijske funkcije i funkcije predsednika suda je postupanje suprotno propisanim obavezama i zabranama u vršenju funkcije ili u vezi sa vršenjem funkcije. Ponašanje nedostojno sudijske funkcije predstavlja ponašanje sudije i predsednika suda u vršenju funkcije i izvan vršenja funkcije kojim se narušava ugled suda i povrenje građana u sudstvo (čl. 96).

Lista disciplinskih prekršaja je neznatno izmenjena u odnosu na prekršaje koji su navedeni u važećem Zakonu o sudijama. Pored već postojećih, Nacrtom su predviđeni i novi disciplinski prekršaji: neopravdano nepoštovanje roka za postupanje suda koji je propisan procesnim zakonom (čl. 97, st. 1, tač. 8), nepostupanje po odluci Visokog saveta sudstva o upućivanju na obavezan lekarski pregled (čl. 97, st. 1, tač. 18), neovlašćeno saopštavanje mediju informacije o tekućem sudskom postupku (čl. 97, st. 1, tač. 19), neopravdano nepostupanje predsednika suda po meri donetog u postupku nadzora (čl. 97, st. 1, tač. 20) i neprimereno vršenje uticaja na sudiju u vršenju sudijske funkcije (čl. 97, st. 1, tač. 22).

Težak disciplinski prekršaj postoji ako je usled izvršenja nekog od prekršaja propisanih u stavu 1. člana 97 došlo do ozbiljnog poremećaja u radu suda ili narušavanja ugleda i poverenja javnosti u sudstvo, a naročito zastarevanja predmeta zbog nesavesnog rada sudije i ako je nastupila veća šteta u imovini stranke u postupku, kao i u slučaju ponovljenog disciplinskog prekršaja (čl. 97, st. 2). Pod ponovljenim disciplinskim prekršajem smatra se dva puta pravnosnažno utvrđena odgovornost sudije za disciplinski prekršaj (čl. 97, st. 3). Sudija može biti razrešen ako je učinio težak disciplinski prekršaj koji, prema oceni Visokog saveta sudstva, ozbiljno šteti ugledu ili poverenju javnosti u sudstvo (čl. 97, st. 4).

²² Tekst Radne verzije Zakona o sudijama dostupan je na internet stranici <https://mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 27. 9. 2022.

Prema odrebama Radne verzije postoje sledeće disciplinske mere: opomena, umanjenje plate do 50% do jedne godine i zabrana izbora u sud višeg stepena u trajanju do tri godine. Pri izricanju disciplinske mere vodi se računa da izrečena disciplinska mera bude srazmerna težini učinjenog disciplinskog prekršaja. Opomena se može izreći samo kada se prvi put utvrdi odgovornost sudije za disciplinski prekršaj. Disciplinska mera umanjenje plate do 50% i disciplinska sankcija zabrana izbora u sud višeg stepena mogu se izreći svaka posebno ili zajedno samo kada je u pitanju težak disciplinski prekršaj (čl. 98).

Ukoliko je pravnosnažno utvrđeno da je sudija učinio težak disciplinski prekršaj, Visoki savet sudstva pokreće postupak za razrešenje sudije, ako oceni da učinjeni prekršaj ozbiljno šteti ugledu sudijske funkcije ili poverenju javnosti u sudove (čl. 99). Disciplinski organi su ostali isti: Disciplinski tužilac i njegovi zamenici i Disciplinska komisija. Članovi tih organa imenuju se iz reda sudija, a sva pitanja vezana za njihov sastav, rad i način odlučivanja bliže se uređuju Aktom Visokog saveta sudstva koji se mora javno objaviti na internet stranici Visokog saveta sudstva i u „Službenom glasniku Republike Srbije“ (čl. 100).

Zadržava se pravo svakog lica da podnese disciplinsku prijavu protiv sudije i protiv predsednika suda, a Disciplinski tužilac je taj kome jedino pripada ovlašćenje za podnošenje predloga za pokretanje disciplinskog postupka i to na osnovu disciplinske prijave (ukoliko je nije odbacio) ili ga pokreće po službenoj dužnosti. Disciplinski postupak je hitan, vodi se bez prisustva javnosti, osim ako sam sudija protiv kog se vodi postupak zahteva da disciplinski postupak bude javan. U samom disciplinskom postupku moraju se primenjivati sva jemstva koja proizlaze iz prava na pravično suđenje.²³ Detaljnije uređenje disciplinskog postupka opet se prepušta Pravilniku Visokog saveta sudstva. Zastarelost vođenja disciplinskog postupka produžena je sa dve na tri godine, od dana kada je učinjen disciplinski prekršaj (čl. 101).

Sudiji je garantovano pravo da se odmah upozna sa predlogom za pokretanje disciplinskog postupka, priložima koji su uz predlog podneti, kao i da se u odnosu na predlog izjasni i predloži dokaze za svoje tvrdnje. U tom smislu ima pravo i na usmeno obraćanje pred Disciplinskom komisijom (čl. 103).

Nakon što je sproveden disciplinski postupak, Disciplinska komisija može odbiti predlog Disciplinskog tužioca ili ga usvojiti u kom slučaju će izreći odgovarajuću

²³ Predloženo rešenje u skladu je sa praksom Evropskog suda za ljudska prava koji je svoje stavove o primeni člana 6, stav 1 Konvencije potvrđivao nekoliko puta, uglavnom u predmetima koji su se odnosili na vođenje disciplinskog postupka protiv sudija. U tom smislu kao primer može poslužiti slučaj Olujić protiv Hrvatske, presuda ESLJP od 5. februara 2009. godine (§§ 55–91), <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%5B%22001-91144%22%7D%7D>, 28. Septembar 2022. Opširnije v. N. Bodiřoga, *Novi izvršni postupak*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022, 165.

sankciju. Prvostepena odluka Disciplinske komisije može se pobijati žalbom, a ovlašćenje za izjavljivanje žalbe pripada Disciplinskom tužiocu i sudiji protiv koga se vodi postupak. Žalba se podnosi Visokom savetu sudstva u roku od osam dana od dana dostavljanja odluke (čl. 104) O žalbi odlučuje Visoki savet sudstva i u tom postupku može potvrditi odluku Disciplinske komisije ili je preinčiti. U svakom slučaju, odluka o žalbi se mora doneti u roku od 30 dana od dana dostavljanja žalbe. Odluka Visokog saveta sudstva je konačna i protiv nje se može pokrenuti upravni spor. Pravnosnažna odluka kojom je izrečena disciplinska sankcija upisuje se u lični list sudije. Odluka kojom je izrečena disciplinska sankcija briše se iz ličnog lista sudije po proteku tri godine od dana pravnosnažnosti odluke (čl. 105). Visoki savet sudstva vodi evidenciju o disciplinskim postupcima protiv sudija i predsednika sudova. Evidencija sadrži: ime i prezime, jedinstven matični broj građana i naziv suda u kome sudija vrši funkciju, disciplinski prekršaj za koji je vođen postupak, ishod postupka i izrečene disciplinske sankcije (čl. 106).

OCENA REŠENJA SADRŽANIH U RADNOJ VERZIJI ZAKONA O SUDIJAMA

Radna verzija Zakona o sudijama ne sadrži detaljnu regulativu procesnih pravila po kojima će sprovoditi disciplinski postupak protiv sudija. Kao i važeći Zakon, tako i tekst Radne verzije prepušta Pravilniku Visokog saveta sudstva da uredi značajna pitanja koja se odnose na disciplinski postupak. Smatramo da to nije dobro rešenje. Pojedine procesne odredbe koje se odnose na sam tok postupka, položaj stranaka u postupku, odlučivanje o žalbi na odluku Disciplinske komisije i shodnu primenu drugih zakona morale su naći svoje mesto u Zakonu o sudijama.

Svrha disciplinskog postupka i disciplinske odgovornosti je definisana kao upozoravanje i sankcionisanje sudija zbog učinjenih disciplinskih prekršaja, u cilju jačanja poverenja javnosti u sudove, ali na način koji ne ugrožava nezavisnost sudstva. Tačno je da pravila o disciplinskoj odgovornosti sudija treba da dovedu do jačanja poverenja javnosti u sudove, ali to ne sme da ostane na pukoj deklaraciji, već se mora operacionalizovati i drugim zakonskim odredbama kojima se normira vođenje disciplinskog postupka i izricanje disciplinskih mera.

Lista disciplinskih prekršaja neznatno je proširena, jer su uvedeni neki novi disciplinski prekršaji, ali između pojedinih disciplinskih prekršaja postoji dosta preklapanja. Na primer, povreda načela nepristrasnosti je poseban prekršaj, ali je poseban prekršaj i upuštanje sudije u neprimerene odnose sa strankama i njihovim

zastupnicima u postupku koji vodi, kao i propuštanje sudije da traži izuzeće ili isključenje u predmetima u kojima za to postoji zakonom propisan razlog. Sva-ko upuštanje sudije u neprimeren odnos sa strankama u tekućem postupku stvara sumnju u njegovu nepristrasnost, a to je procesnim zakonima propisano kao razlog za izuzeće. Neopravdano odugovlačenje postupka jeste prekršaj koji u sebi obuhva-ta i nezakazivanje ročišta, kao i kašnjenje u izradi odluka, a ti prekršaji su posebno normirani. Nepoštovanje rokova za donošenje odluka u pojedinim sudskim po-stupcima je zakonima kojima se ti postupci uređuju propisano kao poseban dis-ciplinski prekršaj. Pojedini disciplinski prekršaji ostali su nejasno definisani, kao što je kršenje Etičkog kodeksa u većoj meri. Postavlja se pitanje da li se to odnosi na učestalo kršenje Etičkog kodeksa ili na kršenje većeg broja načela propisanih Etičkim kodeksom ili na kršenje Etičkog kodeksa u većem broju predmeta. Dru-gim rečima, sve nedoumice koje prate regulisanje pojedinih prekršaja u važećem Zakonu u sudijama, ostale su i u Radnoj verziji novog zakona. Značajnija izmena u pogledu pooštavanja disciplinske odgovornosti jeste što se prema Radnoj verziji pod ponovljenim disciplinskim prekršajem smatra dva puta pravnosnažno utvrđe-na odgovornost sudije za disciplinski prekršaj.

Istovremeno sa proširivanjem liste disciplinskih prekršaja, došlo je do revi-diranja mera koje se za učinjene disciplinske prekršaje mogu izreći. Tako umesto „javne opomene“ u važećem Zakonu o sudijama, Radna verzija kao meru predviđa „opomenu“. Razlozi za ovakvu promenu nisu jasni, osim ako se smatra da se izrica-njem „javne opomene“ sudiji za učinjen disciplinski prekršaj narušava nezavisnost sudstva, za šta po našem mišljenju nema valjanih argumenata.

U pogledu zastarelosti vođenja disciplinskog postupka već smo ukazali na različit pravni režim u poređenju sa drugim pravosudnim profesijama (javni beležnici i javni izvršitelji). Radna verzija samo produžava rok zastarelosti vođe-nja disciplinskog postupka sa dve na tri godine. Nije obrazloženo šta je dovelo do ovakve izmene, zašto je rok zastarelosti produžen na tri godine, odnosno da li to znači da disciplinski postupci sada zastarevaju jer traju duže od dve godi-ne računajući od dana kada je disciplinski prekršaj učinjen, ali se okončavaju u roku od tri godine. Nikakva analiza koja bi opravdala ovakvu izmenu nije izvr-šena niti je dato bilo kakvo uverljivo obrazloženje zbog kojeg se predlaže ovako „radikalna“ promena.

Pravnosnažna odluka kojom je izrečena disciplinska sankcija upisuje se u lični list sudije (tako je u važećem Zakonu o sudijama), ali se sada predlaže da se briše iz ličnog lista po proteku tri godine od dana pravnosnažnosti odluke (čl. 105). Predlaže se i da Visoki savet sudstva vodi evidenciju o disciplinskim postupcima protiv sudija i predsednika sudova i uređena je sadržina ove evidencije (čl. 106).

UMESTO ZAKLJUČKA

Disciplinski postupak protiv sudija predstavlja značajan instrument koji je u funkciji učvršćivanja poverenja javnosti u sudove i podizanja ugleda pravosuđa u društvu. Upravo zbog tih razloga prilikom uređivanja disciplinske odgovornosti i procesnih pravila po kojima se ona utvrđuje neophodno je pristupiti sa pojačanom pažnjom. Sadašnja rešenja te standarde ne zadovoljavaju. Važeći Zakon o sudijama samo u određenoj meri normira disciplinsku odgovornost. U tom zakonu normirani su disciplinski prekršaji, definicija težeg disciplinskog prekršaja, pokretanje disciplinskog postupka, organi disciplinskog postupka, disciplinske mere i pojedina pravila ovog postupka. Najvećim delom pravila o disciplinskoj odgovornosti nalaze se u Pravilniku koji donosi Visoki savet sudstva. Ovakvo rešenje smatramo nezadovoljavajućim. Ukoliko se nastoji da se tim pravilima afirmiše uloga pravosuđa u državi zasnovanoj na vladavini prava (član 4 Ustava), onda bi disciplinski postupak trebalo podrobnije normirati u samom Zakonu o sudijama.

Radna verzija novog Zakona o sudijama, o kojoj se u trenutku pisanja ovog rada vodi javna rasprava, ne donosi značajna unapređenja u regulisanju ovog važnog pitanja. Veći deo pravila ponovo se ostavlja za Pravilnik, a zakonske odredbe koje se predlažu su nedostatne. Novine u odnosu na važeći Zakon nisu suštinske i značajne. Jedina nova odredba koja zavređuje pažnju jeste izričito propisivanje primene standarda pravičnog suđenja u disciplinskom postupku protiv sudija. Druge izmene koje se predlažu poput dodavanja nekoliko novih prekršaja, zamenjavanja javne opomene opomenom, produženje roka zastarelosti vođenja disciplinskog postupka sa dve na tri godine, kao i brisanje odluke o izrečenoj disciplinskoj sankciji iz ličnog lista sudije po proteku tri godine od dana pravnosnažnosti odluke, ne mogu se okarakterisati kao promene koje će dovesti do jačanja odgovornosti sudija niti do većeg poverenja građana u sudstvo.

Prof. Dr. NIKOLA BODIROGA
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF JUDGES

Summary

The purpose of this paper was to tackle disciplinary liability of judges in the current Law on Judges and to scrutinize the changes to this Law that have been proposed by Ministry of Justice. The rules on disciplinary liability should enable warning or sanctioning a judge, without jeopardising the judicial independence, for inappropriate behaviour or omissions in work that jeopardise the authority

and impartiality of the court, with the aim of maintaining public trust in the judiciary. That is the goal that has been proclaimed in draft version of the new Law on Judges. The provisions of the draft contain only the list of disciplinary offences, definition of severe disciplinary offence, disciplinary authorities, disciplinary measures, but the disciplinary proceeding is regulated only to the certain extent. The most important procedural rules shall be left for Regulation of High Judicial Council. In comparison with the current Law list of disciplinary offences has been expanded but at the same time disciplinary measures have been reduced. Statute of limitations for conducting disciplinary proceedings shall be three years from the day of commission of offence which puts judges in better position comparing with public notaries and public enforcement agents. There is still only one authority that has the power to instigate disciplinary proceedings and that is Disciplinary prosecutor of High Judicial Council. Taking all this into account we cannot conclude that the proposed changes will contribute to higher confidence in judiciary.

Key words: judges, disciplinary liability, Law on judges, Regulation of High Judicial Council, proposed changes to the Law

Literatura

- Bodiroga N., *Novi izvršni postupak*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022.
- Bodiroga N., „O prestanku sudijske funkcije navršenjem radnog veka“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2, Beograd, 2020.
- Bodiroga N., *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.
- Keča R., Knežević M., *Građansko procesno pravo: Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik, Beograd 2022.
- Leuenberger C., Uffer-Tobler B., *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010.
- Poznić B., Rakić-Vodinelić V., *Građansko procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2015.
- Schilken E., *Zivilprozessrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2010.
- Stanković G., Boranijašević V., *Građansko procesno pravo*, Niš 2020.
- Stanković G., Mandić, Lj., *Organizacijo građansko procesno pravo*, Kosovska Mitrovica 2013.
- Zantis C., *Das Richterspruhprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht*, Peter Lang, 2010.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

RODOLJUB ETINSKI

PONOVO O LEGALNOSTI HUMANITARNE INTERVENCIJE

Pitanje legalnosti humanitarne intervencije spada među najsloženija i najteža pitanja međunarodnog prava. Stavovi država i mišljenja međunarodnih pravnika su podjeljena u vezi tog pitanja. Rasprava među međunarodnim pravnicima ukazuje na složenost pitanja. Članice UN su 2005. godine postigle, međutim, politički kompromis u vezi njega. Stupanjem na snagu amandmana na Statut Međunarodnog krivičnog suda o definiciji zločina agresije, stvoren je efikasan pravni mehanizam za ispitivanje legalnosti konkretnih slučajeva humanitarne intervencije pod određenim uslovima. Neke odluke Međunarodnog suda pravde iz 2022. godine su značajne za razmatranje pitanja legalnosti humanitarne intervencije.

Ključne reči: humanitarna intervencija, agresija, genocid

U V O D

Ono što predstavnici Ruske Federacije nazivaju „specijalna vojna operacija“ protiv Ukrajine, a što Generalna skupština UN kvalifikuje kao agresiju,¹ podstiče između ostalog, ponovo raspravu o legalnosti humanitarne intervencije. Oni su naveli više razloga za invaziju, a jedan je zaštita stanovnika Donbasa od navodnog genocida, za koji je odgovorna Ukrajina. Oružana intervencija jedne države protiv

Prof. dr Rodoljub Etinski, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, u penziji, e-mail: *Etinskirodoljub@yahoo.com*.

¹ Generalna skupština UN je na svom XI hitnom specijalnom zasjedanju Rezolucijom ES 11/1 od 1. marta 2022. ponovila svoju posvećenost suverenitetu, nezavisnosti, jedinstvu i teritorijalnom integritetu Ukrajine, osudila je agresiju Ruske Federacije protiv Ukrajine i zahtevala je da Ruska Federacija odmah prestane da koristi silu protiv Ukrajine i da se povuče sa teritorije Ukrajine.

druge radi zaštite stanovništva te druge države od genocida je nešto što se obično naziva humanitarnom intervencijom.

Pitanje legalnosti humanitarne intervencije spada u najsloženija i najteža pitanja međunarodnog prava. Koliko je to pitanje složeno pokazuje činjenica da, kada su poslednji put raspravljali o tom pitanju 2015. godine, članovi Instituta za međunarodno pravo nisu uspjeli da se usaglase i da usvoje novu rezoluciju.² Autor³ se tim pitanjem bavio u tekstu „Bombardovanje Jugoslavije: ljudska prava, suverenitet, humanitarna intervencija ili agresija, kako dalje“ iz 2000. godine.⁴ U tom tekstu on je zastupao stav da je bombardovanje Jugoslavije bilo nelegalno i da odgovor na humanitarne krize ne treba da budu oružane intervencije, već jačanje i usavršavanje međunarodnih mehanizama. On se vraća tom pitanju sada, razmatra pitanje legalnosti humanitarne intervencije uopšte i ukazuje na relevantan međunarodni razvoj, koji se desio posle 2000. godine.

Pitanje legalnosti humanitarne intervencije je pitanje tumačenja Povelje Ujedinjenih nacija. Povelja ne kaže ništa eksplicitno o tom pitanju i to otvara mogućnost za različita tumačenja. Članom 2 (4) Povelje zabranjena je pretnja silom i primena sile. Međutim, zabrana nije apsolutna. Povelja zabranjuje primenu sile koja je usmerena protiv teritorijalnog integriteta države i političke nezavisnosti ili koja je nespojiva sa ciljevima Povelje. Jedan od ciljeva Povelje je zaštita i unapređivanje ljudskih prava. Moglo bi da se kaže da Povelja ne zabranjuje primenu sile, ako ona nije usmerena protiv teritorijalnog integriteta i ako se preduzima radi sprečavanja najtežeg kršenja ljudskih prava. Sa druge strane, Povelja sama predviđa dva izuzetka od zabrane primene sile – pravo na samoodbranu i oružane mere Saveta bezbednosti. Moglo bi da se kaže, takođe, da su tvorci Povelje hteli da dozvole primenu sile radi sprečavanja najtežeg kršenja ljudskih prava, oni bi to rekli u Povelji. Pošto nisu rekli, oni to nisu hteli. Moguće je, takođe, da su tvorci smatrali da će u slučajevima najtežeg kršenja ljudskih prava reagovati Savet bezbednosti, ali pitanje je kakva je situacija kada on ne reaguje? Da li onda mogu da reaguju države članice samostalno? Ukoliko pretpostavimo da Povelja dozvoljava humanitarnu intervenciju, pitanje je da li su relevantni motivi države koja interveniše, jer u mnogim slučajevima države

² *Yearbook of Institute of International Law*, Tallinn Session, Vol. 76, 2015, 399–411.

³ Autor je bio glavni pravni savetnik u Ministarstvu spoljnih poslova SR Jugoslavije u periodu 1994–2000 i zastupnik SR Jugoslavije pred Međunarodnim sudom pravde u sporovima o legalnosti upotrebe sile između SR Jugoslavije i Belgije i drugih zemalja u periodu 1999–2000.

⁴ Rodoljub Etinski, „Bombing of Yugoslavia: Human Rights, Sovereignty, Humanitarian Intervention or Aggression, a Way Further“, *The Aggression, Consequences of NATO Aggression against the FR of Yugoslavia* (eds. J. Stefanović-Štambuk, B. Babić), The Belgrade Forum for a World of Equals, Belgrade, 2014, 23–27. Knjiga donosi izlaganja sa međunarodne konferencije o posledicama NATO agresije na Jugoslaviju, koju je organizovao Institut za međunarodnu politiku i privredu 2000. godine u Beogradu. Zbog razloga koje urednici knjige nisu saopštili knjiga je objavljena tek posle 14 godina.

ne intervenišu samo zbog humanitarnih razloga, već i zbog nekih svojih drugih razloga. Da li bi u tom slučaju bile relevantne i posledice humanitarne intervencije za procenu legalnosti intervencije? O ovim i drugim pitanjima izjašnjavali su se međunarodni pravnici u raspravi o legalnosti humanitarne intervencije. Posle značajnih napora generalnog sekretara UN Kofija Anana da Ujedinjene nacije definišu stav o legalnosti humanitarne intervencije, šefovi država i vlada država članica su u okviru Generalne skupštine 2005. godine, formulisali stav da je humanitarna intervencija dozvoljena na osnovu ovlašćenja Saveta bezbednosti. To je politički stav koji u ključnoj stvari – da li postoji pravna obaveza pružanje zaštite – nije jasan, ili ako je jasan u smislu da ne postoji, nije zadovoljavajući. Pitanje je, dakle, veoma složeno. Težina i ozbiljnost pitanja potiču iz činjenice da su u pitanju ljudski životi, da masovan gubitak ljudskih života može da bude razlog intervencije, ali da se ljudski životi gube i zbog primene oružane sile tokom intervencije, a moguće je, i posle nje.

Pošto prezentuje raspravu među međunarodnim pravnicima o tom pitanju, autor će ukazati na razvoj koji se desio posle pisanja prvog rada, dakle posle 2000. godine, a koji je značajan za pitanje legalnosti humanitarne intervencije. Stupanjem na snagu amandamana na Statut Međunarodnog krivičnog suda 2018. godine, kojim je definisan zločin agresije, stvoren je efikasan mehanizam ocene legalnosti humanitarne intervencije u svetlu krivične odgovornosti pojedinaca u nekim slučajevima primene oružane sile. Dve odluke Međunarodnog suda pravde iz 2022. godine su, takođe, značajne za raspravu o legalnosti humanitarne intervencije.

RASPRAVA O LEGALNOSTI HUMANITARNE INTERVENCIJE U DOKTRINI

U ovom tekstu koristiću nešto suženu Henkinovu (Louis Henkin) definiciju humanitarne intervencije. Henkin razume pod humanitarnom intervencijom prinudnu intervenciju država, pojedinačno ili kolektivno, pomoću ekonomskih sankcija ili korišćenjem vojne sile, kojom se odgovara na veliko kršenje ljudskih prava.⁵ U ovom tekstu značenje će biti ograničeno samo na korišćenje vojne sile. Pitanje legalnosti humanitarne intervencije spada, kako je to već rečeno, u najteža i najsloženija pitanja međunarodnog prava. „Izgleda da ništa nije podelilo međunarodne pravnike u poslednjim godinama kao pitanje humanitarne intervencije“ – primetio je Rodžers (A. P. V. Rogers) 2004. godine.⁶ On kaže da je rasprava o tom predmetu

⁵ Louis Henkin, „Humanitarian Intervention“, *Studies in Transnational Legal Policy*, Vol. 26, 1994, 383.

⁶ A. P. V. Rogers, „Humanitarian Intervention and International Law“, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 27, No. 3, 2004, 725.

proizvela „eksplozivnu mešavinu etike, politike i prava“ i da nije uvek jasno gde istraživači povlače granične linije između njih, ako ih uopšte povlače.⁷

Humanitarne intervencije su se događale već u XIX veku. Neke evropske sile vojno su intervenisale protiv Otomanskog carstva više puta u XIX veku radi zaštite hrišćanskog stanovništva.⁸ Bugarska, Grčka i Srbija su 1913. godine vodile nekoliko meseci rat protiv Turske radi zaštite hrišćanskog stanovništva u Makedoniji.⁹ Većina pisaca pre Prvog svetskog rata smatrala je da je vojna intervencija zbog humanitarnih razloga legalna.¹⁰ Postoji mišljenje da je u to vreme nastalo međunarodno običajno pravno pravilo o dozvoljenosti humanitarne intervencije. Međutim, imajući u vidu nekonzistentnost relevantne međunarodne prakse, teško je podržati to mišljenje. Između dva svetska rata, pisci su bili podeljeni oko ovog pitanja, ali izgleda da je većina i dalje podržavala legalnost intervencije.¹¹

Usvajanje Povelje Ujedinjenih nacija učinilo je snažan uticaj na raspravu o humanitarnoj intervenciji. Džesap (P. Jessup) je pisao 1948. da je Povelja učinila ilegalnim individualne mere.¹² Ipak, on stavlja ovde jednu značajnu rezervu: individualne mere bi bile i dalje legalne ukoliko UN ne bi bile sposobne da brzo reaguju radi zaštite ljudskih života.¹³ Ta rezerva će kasnije igrati značajnu ulogu u raspravi o legalnosti humanitarne intervencije. Imajući u vidu Povelju UN, Braunli (Ian Brownlie) je 1963. godine izrazio sumnju u pogledu legalnosti humanitarne intervencije.¹⁴

Oružana intervencija Indije u Istočnom Pakistanu radi zaštite bengalskog naroda u 1971. godini, koja se završila secesijom Bangladeša, oživela je raspravu o legalnosti humanitarne intervencije. Indija je opravdavala svoju intervenciju u Ujedinjenim nacijama pozivom na humanitarne razloge i pravdu.¹⁵ Lilič (Richard Lillich)

⁷ *Ibidem*.

⁸ Jean-Pierre L. Fonteyne, „The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity under the U. N. Charter“, *California Western International Law Journal*, Vol. 4, No. 2, 1974, 207..

⁹ *Ibidem*, 213.

¹⁰ *Ibidem*, 223.

¹¹ *Ibidem*, 224.

¹² P. Jessup, *A Modern Law of Nations*, The MacMillan Co., New York, 1948, 169, 170. Navedeno prema: Richard B. Lillich, „Intervention to Protect Human Rights“, *McGill Law Journal*, Vol. 15, No. 2, 1969, ft. 20, 211.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, 433. Navedeno prema R. B. Lillich, op. cit., 210.

¹⁵ Thomas M. Franck and Rodley S. Nigel, „After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force“, *American Journal of International Law*, Vol. 67, No. 2, 1973, 276.

je godinu dana kasnije pravdao intervenciju Indije pasivnošću Ujedinjenih nacija. U jednom izveštaju 1972. godine, on je predložio preispitivanje dozvoljenosti humanitarne intervencije imajući u vidu „neuspeh Ujedinjenih nacija da preduzmu efektivne mere radi obuzdavanja genocidnog ponašanja i ublaže masovnu patnju koja se dogodila u Bangladešu“. Godinu dana kasnije, 1973. Frank (Thomas Franck) i Rodli (Nigel Rodley) izrazili su neslaganje sa Lilićem. Razlog za neslaganje proistekao je iz kritičke analize prethodnih slučajeva humanitarnih intervencija. Ova analiza je pokazala da je malo intervencija, ako je postojala i jedna, rukovođeno pravom. Sve ili gotovo sve su bile vođene interesima država, koje su intervenisale.¹⁶ Snažan argument za ovu tvrdnju oni nalaze u selektivnosti intervencija: u nekim slučajevima države intervenišu, a u drugim sličnim slučajevima, ne intervenišu.¹⁷ Neki autori su smatrali, međutim, da sebična politička motivacija, koja stoji iza humanitarnih intervencija, ne kompromituje legalnost tih intervencija. Volf je, tako, 1988. godine smatrao da je dovoljno da se poklope politička korist i humanitarna neizbežna potreba.¹⁸ On je to objašnjavao činjenicom da ne postoji dužnost intervencije, već pravo na intervenciju.¹⁹ Flinterman je 1978. godine izneo ubedljive razloge zbog kojih bi humanitarna intervencija trebalo da bude isključiv domen Ujedinjenih nacija.²⁰ On je smatrao da efikasna zaštita ljudskih prava ugroženih državljana neke države zahteva duboke promene u strukturama vlasti i da se to ne može postići za vreme ograničenog prisustva stranih trupa na teritoriji neke države.²¹ Pisao je: „Tako duboka penetracija u unutrašnje poslove neke države trebalo bi da bude dopuštena jedino ako je preduzeta saglasno očekivanjima globalne zajednice otelotvorenim u rezolucijama Generalne skupštine ili Saveta bezbednosti.“

Rani Džesapov stav iz 1948. godine da bi jedino neefikasnost Ujedinjenih nacija mogla da legalizuje humanitarnu intervenciju, naišao je na kasnije odobravanje pojedinih međunarodnih pravnika i nekih međunarodnih nevladinih tela. U 1981. godini međunarodni pravnik sa Šri Lanke Sorneda (Muthucumaraswamy Sornajah) izneo je stav da je neuspeh Ujedinjenih nacija u efektivnom vršenju zaštitne funkcije oživeo običajno pravilo o humanitarnoj intervenciji.²² Volf je pisao o vremenu posle

¹⁶ *Ibidem*, 290.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Daniel Wolf, „Humanitarian Intervention“, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 9, 1988, 352.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cees Flinterman, „Humanitarian Intervention“, *Chitty's Law Journal*, Vol. 26, No. 8, 1978, 285.

²¹ *Ibidem*.

²² Muthucumaraswamy Sornarajah, „Internal Colonialism and Humanitarian Intervention“, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11, No. 1, 1981, 60.

Povelje UN (post-Charter time) u smislu neefektivnosti Organizacije i o tome da je praksa jednostranih vojnih intervencija legalizovala ove intervencije.²³ Smatrao je, tako, da je oružana intervencija radi sprečavanja genocida legalna i legitimna.²⁴ Šest godina kasnije, međutim, Henkin je pisao da mu nije poznata praksa unilateralnih humanitarnih intervencija, koja je legalizovala te intervencije.²⁵

Tragičan razvoj događaja u bivšoj Jugoslaviji, Iraku i Somaliji, kao i etničke tenzije u zemljama bivšeg Sovjetskog Saveza aktualizovali su ponovo pitanje legalnosti humanitarne intervencije.²⁶ U to vreme neki pisci šire ciljeve intervencije. Henkin je 1994. primetio da su neki pisci proširili ciljeve humanitarne intervencije tako „da uključe intervenciju radi održanja, vaspostavljanja ili postizanja predstavničke demokratije“.²⁷ On je primetio, takođe, da se koncept primenjivao na neuspele države (failed state) radi održanja javnog reda ili radi pružanja humanitarne pomoći narodu, gde ne postoji vlada ili gde postojeća vlada odbija takvu pomoć.²⁸ Henkin smatra, međutim, da humanitarna intervencija treba da bude primarno zadatak Ujedinjenih nacija, i naročito Saveta bezbednosti i Generalne skupštine.²⁹ U tom smislu on je predlagao oživljavanje člana 43 Povelje, dakle člana kojim je predviđena obaveza članica da stave na raspolaganje Savetu bezbednosti svoje oružane snage, radi doprinošenja očuvanju međunarodnog mira i bezbednosti.³⁰ Svestan osetljivosti oružane intervencije i kada bi to činio Savet bezbednosti, Henkin je istraživao obezbeđenja protiv zloupotreba moći Saveta bezbednosti.³¹ On je bio sasvim jasan da je unilateralna humanitarna intervencija i dalje zabranjena Poveljom UN.³²

Godinu dana kasnije, 1995. godine, Halberstam (Malvina Halberstam) je definisala tri uslova legalnosti humanitarne intervencije: a) postojanje pretnje iminentnog gubitka života ili teških povreda; b) država na čijoj teritoriji se pojavila takva pretnja nije voljna ili ne može da pruži zaštitu; i c) država koja je intervenisala se povukla pošto je spasila ljude u opasnosti.³³ Ona je predložila da efekti,

²³ D. Wolf, op. cit., 340.

²⁴ *Ibidem*, 343

²⁵ L. Henkin, op. cit., 399.

²⁶ Richard T. Miller, „Goals of Humanitarian Intervention“, *In Defense of the Alien*, 16, 1993, 159.

²⁷ L. Henkin, op. cit., 383.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, 391-398.

³⁰ *Ibidem*, 401.

³¹ *Ibidem*, 394.

³² *Ibidem*, 398.

³³ Malvina Halberstam, „The Legality of Humanitarian Intervention“, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, No. 1, 1995, 1.

a ne motivi akcije budu test legalnosti.³⁴ Četiri godine kasnije, odnosno 1999, Čarni (Jonathan Charney) nije našao, međutim, bilo kakvo opravdanje za bombardovanje SR Jugoslavije od strane NATO-a.³⁵ Sasvim suprotno, on je bio eksplicitan kada je rekao da je „intervencija NATO-a kampanjom bombardovanja povredila Povelju UN i međunarodno pravo“.³⁶ Smatrao je da konkretne okolnosti situacije u pitanju nisu ovlastile spoljne entitete da preduzmu nasilnu akciju.³⁷ Imao je u vidu da je Savet bezbednosti usvojio tri rezolucije na osnovu glave VII Povelje pre bombardovanja.³⁸ Naročito je imao u vidu da je Organizacija za bezbednost i saradnju u Evropi (OEBS) bila podržana tim rezolucijama da uspostavi verifikacionu misiju na Kosovu radi nadgledanja situacije.³⁹ On je istakao, takođe, da su ove rezolucije pozivale SR Jugoslaviji i Oslobođilačku armiju Kosova da prestanu sa korišćenjem sile i da prestanu da krše ljudska prava. Čarni je primetio da rezolucije nisu ovlastile strane entitete da primene silu i da su potvrdile suverenitet i teritorijalni integritet SR Jugoslavije.⁴⁰ On nije video Rezoluciju 1244 (1999) Saveta bezbednosti kao retroaktivnu legalizaciju akcije NATO-a.⁴¹ Pošto je kvalifikovao intervenciju NATO-a kao „nesrećni presedan“, primetio je da „kako je sada zamišljenja, takozvana doktrina humanitarne intervencije može da vodi eskalaciji međunarodnog nasilja, razdoru i neredu i da umanjí zaštitu ljudskih prava širom sveta“.⁴² Iz perspektive 2022. godine, njegova zabrinutost izgleda sasvim opravdana.

Godinu dana kasnije, Braun (Bartram Brown) daje slično upozorenje. Pošto je primetio da su lideri NATO-a i Sjedinjenih Država izbegavali da ponude pravno opravdanje za intervenciju NATO-a protiv SR Jugoslavije, već da su se pozivali na moralno i političko opravdanje, Braun kaže 2000. da „bez jasnih pravnih standarda da je ograniče, praksa humanitarne intervencije preći da podrije prijateljske odnose među državama i mogla bi da ima štetan uticaj na međunarodni mir i bezbednost“.⁴³ U odsustvu jasnih pravnih standarda, Braun nije mogao da odredi

³⁴ *Ibidem*, 2.

³⁵ Jonathan I. Charney, „Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 32, No. 5, 1999, 1233.

³⁶ *Ibidem*, 1232.

³⁷ *Ibidem*, 1233.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, 1232.

⁴³ Bartram S. Brown, „Humanitarian Intervention at a Crossroads“, *William and Mary Law Review*, Vol. 41, No. 5, 2000, 1686.

da li je NATO intervencija bila legalna, ali je primetio da je *prima facie* suprotna članu 2 (4) Povelje UN.⁴⁴ On je predložio sledeće uslove pod kojima bi humanitarna intervencija mogla da bude legalna: a) Savet bezbednosti je blokiran vetom; b) postoji nužnost humanitarne akcije, motivi akcije su relevantni; c) zahtev proporcionalnosti; d) poštovanje međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnih ljudskih prava; e) dužnost da se humanitarna situacija ne učini gorom, nego što bi bila bez intervencije; f) odgovornost za rekonstrukciju.⁴⁵

Pošto je generalni sekretar UN, Kofi Anan (Kofi Annan) pozvao međunarodnu zajednicu da postigne konsenzus o tome kako odgovoriti na masovno kršenje ljudskih prava i humanitarnog prava, kanadska Vlada je osnovala Međunarodnu komisiju o intervenciji i državnom suverenitetu, koja je 2001. objavila izveštaj pod naslovom „Odgovornost da se pruži zaštita“ (*The Responsibility to Protect*).⁴⁶ Komisiju je činilo dvanaest pravnika iz različitih delova sveta.⁴⁷ Odgovornost za pružanje zaštite zamišljena je kao složena odgovornost, koja obuhvata odgovornost za sprečavanje, odgovornost za reagovanje i odgovornost za rekonstrukciju. Primarni nosilac odgovornosti, prema Komisiji, jeste država sama prema narodu na njenoj teritoriji. Supsidijarni nosilac, u slučaju neuspeha države su Ujedinjene nacije. Međutim, Komisija nije isključila mogućnost da u slučaju neuspeha Ujedinjenih nacija, koalicija država ili pojedinačne države preduzmu akciju. Apelujući na Savet bezbednosti da vrši svoju funkciju, Komisija je uputila dve poruke Savetu bezbednosti:

*Prva poruka je da ako Savet bezbednosti ne uspe da ispuni svoju odgovornost u situacijama koje šokiraju savest i zahtevaju akciju, onda je nerealno očekivati da će zainteresovane države isključiti druga sredstva i oblike delovanja kako bi odgovorile na ozbiljnost i hitnost ovih situacija. Ako kolektivne organizacije neće da odobre kolektivnu intervenciju prema režimima koji krše najelementarnije norme legitimnog ponašanja vlade, onda će se pritisci ad hoc koalicija ili pojedinačnih država sigurno pojačati. I onda postoji rizik da takve intervencije bez discipline i ograničenja autorizacije UN, neće biti sprovedene zbog pravih razloga ili uz nužno poštovanje načela predostrožnosti.*⁴⁸

⁴⁴ *Ibidem*, 1739–1740.

⁴⁵ *Ibidem*, 1728–1739.

⁴⁶ *The Responsibility to Protect*, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, Ottawa, 2001, 81 (nadalje: *The Responsibility to Protect*), available at <https://www.idrc.ca/en/book/responsibility-protect-report-international-commission-intervention-and-state-sovereignty>.

⁴⁷ Co-Chairs: Gareth Evans and Mohamed Sahnoun. Members: Gisèle Côté-Harper, Lee Hamilton, Michael Ignatieff, Vladimir Lukin, Klaus Naumann, Cyril Ramaphosa, Fidel Ramos, Cornelio Sommaruga, Eduardo Stein and Ramesh Thakur.

⁴⁸ *The Responsibility to Protect*, 55.

Druga poruka je da ako, posle propuštanja Saveta da deluje, vojnu intervenciju preduzme ad hoc koalicija ili pojedinačna država, koja u potpunosti uvažava i poštuje sve kriterije koje smo identifikovali, i ako se ta intervencija uspešno sprovede – i svetsko javno mnjenje smatra da je uspešno sprovedena – onda ovo može da ima trajne i ozbiljne posledice po ugled i kredibilitet samih Ujedinjenih nacija.⁴⁹

Komisija ovim porukama naglašava odgovornost Ujedinjenih nacija i, posebno, Saveta bezbednosti. Izveštaj Komisije predlaže načela za vojnu intervenciju, koja su sistematizovana u četiri klastera: 1) „prag pravičnog razloga“; 2) „načelo predostrožnosti“; 3) „ispravno ovlašćenje“ i 4) „operaciona načela“.⁵⁰ Velike razmere gubitka ljudskih života i etničko čišćenje velikih razmera, oba „aktuelna ili predstojeća“ („actual or apprehended“) navedeni su kao pravičan razlog. Jedno od načela „ispravno ovlašćenja“ kaže da u svim slučajevima pre početka vojne intervencije treba tražiti odobrenje Saveta bezbednosti.⁵¹ Međutim, ako se to odobrenje ne dobije, odnosno ako Savet bezbednosti ne reaguje, Komisija ostavlja mogućnost da Generalna skupština, osloncem na Rezoluciju 377 A (V), poznatu pod nazivom „Ujedinjeni za mir“ preporuči primenu vojnih mera, što bi moglo da podstakne Savet bezbednosti da deluje.⁵²

MEĐUNARODNI RAZVOJ POSLE 2000. GODINE OD ZNAČAJA
ZA UTVRĐIVANJE LEGALNOSTI HUMANITARNE INTERVENCIJE

World Summit Outcome, 2005

Generalni sekretar UN Kofi Anan osnovao je panel od 16 eminentnih ličnosti iz različitih delova sveta da na sveobuhvatan i sistematičan način daju predloge za otklanjanje različitih pretnji kolektivnoj bezbednosti. Panel je podneo izveštaj 2004. godine pod naslovom „Više sigurnosti u svetu: Naša podeljena odgovornost“.⁵³ U devetom poglavlju, posvećenom pravilima i smernicama za korišćenje sile, pod podnaslovom „Glava VII Povelje Ujedinjenih nacija, unutrašnje pretenje

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem*, XII.

⁵¹ Vidi dalje o stavovima autora o legalnosti humanitarne intervencije kod R. Etinski, S. Đajić, B. Tubić, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2021, 168–170.

⁵² *The Responsibility to Protect*, 53.

⁵³ Report of the Secretary-General's High-level Panel on Threats, „Challenges and Change“, United Nations, 2004. https://www.un.org/peacebuilding/sites/www.un.org/peacebuilding/files/documents/hlp_more_secure_world.pdf.

i odgovornost za zaštitu“, izveštaj se bavi humanitarnim intervencijama. Pošto konstatuje da Povelja nije dovoljno jasna u pogledu humanitarnih intervencija,⁵⁴ panel ponavlja osnovne ideje iz Izveštaja Međunarodne komisije o intervenciji i državnom suverenitetu i, zatim, potvrđuje nastajanje pravila o postojanju međunarodne kolektivne odgovornosti za zaštitu, koju vrši Savet bezbednosti, dajući ovlašćenja za vojne intervencije, kao poslednje sredstvo u slučaju genocida i drugih masovnih ubistava ili etničkog čišćenja.⁵⁵ Panel nije, tako, podržao humanitarnu intervenciju bez ovlašćenja Saveta bezbednosti.

Šefovi država i vlada, okupljeni u Generalnoj skupštini UN od 14. do 16. septembra 2005. godine usvojili su dokument pod nazivom „2005 World Summit Outcome“, prezentovan u Rezoluciji 60/1 od 16. septembra 2005,⁵⁶ čiji su paragrafi 138 i 139 posvećeni odgovornosti za zaštitu stanovništva od genocida, ratnih zločina, etničkog čišćenja i zločina protiv čovečnosti. Paragraf 138 potvrđuje odgovornost svake države u pogledu zaštite njenog stanovništva od navedenih zločina. Međunarodna zajednica treba, saglasno ovom paragrafu, da ohrabruje i pomaže državi da vrši ovu odgovornost i da podrži Ujedinjene nacije da razviju sposobnost ranog upozoravanja. Saglasno paragrafu 139, međunarodna zajednica ima, preko Ujedinjenih nacija, takođe, odgovornost da koristi odgovarajuća diplomatske, humanitarne i druge mirne načine, saglasno glavama VI i VIII Povelje UN, kako bi pomogla zaštitu stanovništva od navedenih zločina. U tom kontekstu, kaže se dalje u tom paragrafu „mi smo spremni da preduzmemo kolektivnu akciju, blagovremeno i odlučno, preko Saveta bezbednosti, saglasno sa Poveljom, uključiv glavu VII, od slučaja do slučaja i u saradnji sa relevantnim međunarodnim organizacijama kako je potrebno, ako su mirni načini neadekvatni i nacionalne vlasti očigledno propuste da zaštite svoje stanovništvo...“ Oni su naglasili, dalje, da Generalna skupština treba da nastavi da razmatra odgovornost za zaštitu stanovništva od genocida, ratnih zločina, etničkog čišćenja i zločina protiv čovečnosti, imajući u vidu načela Povelje i međunarodno pravo. Konačno, šefovi država ili vlada izražavaju nameru da pomognu državama da grade kapacitete radi zaštite stanovništva od pomenutih zločina i da pomognu državama, koje su u nevolji, pre nego što izbiju krize i sukobi. Nekoliko država je u procesu pripreme ovog dokumenta iznelo rezerve u pogledu unošenja koncepta odgovornosti za zaštitu u dokument, smatrajući da je suviše nejasan, pogodan za zloupotrebe ili nespojiv sa Poveljom.⁵⁷

⁵⁴ *Ibidem*, para. 199, p. 65.

⁵⁵ *Ibidem*, para 203, p. 66.

⁵⁶ UN doc. A/Res/60/1.

⁵⁷ Carsten Stahn, „Responsibility to Protect: Political Rhetoric of Emerging Legal Norm“, *American Journal of International Law*, Vol. 109, 2007, 108.

Druge su dovodile u pitanje pravnu prirodu koncepta, ističući da se može govoriti jedino o zahtevu morala.⁵⁸ Prihvaćen tekst je tako kompromisno rešenje.⁵⁹ Rezolucijama Generalne skupštine se ne uspostavljaju pravne obaveze. Dakle, paragrafima 138 i 139 ovog dokumenta nisu uspostavljene obaveze za države članice. Savet bezbednosti je Rezolucijom 1674 (2006) od 28. aprila 2006. godine potvrdio propise u paragrafima 138 i 139 dokumenta „2005 World Summit Outcome“.⁶⁰ Savet bezbednosti je to ponovo uradio Rezolucijom 1894 (2009) od 11. novembra 2009. godine.⁶¹ Ovim rezolucijama je data dodatna politička težina pomenutim paragrafima, ali oni nisu podignuti na nivo prava.

I pored pravno neobavezujućeg karaktera dokumenta „2005 World Summit Outcome“, šefovi država i vlada su izrazili spremnost da preuzmu kolektivnu akciju preko Saveta bezbednosti „od slučaja do slučaja“, dakle ne u svakom slučaju, što značajno podrija univerzalnost koncepta odgovornosti za zaštitu. Pored toga, humanitarne krize i intervencije imaju često geopolitičku dimenziju, koja može da blokira rad Saveta bezbednosti. Zbog geopolitičkih razloga stalna članica Saveta bezbednosti može negativnim glasom da blokira donošenje potrebne odluke. U vezi sa tim, 2022. godine učinjen je izvestan napredak. Generalna skupština UN usvojila je rezoluciju 76/262 od 20. aprila 2022. godine pod naslovom „Stalni mandat za raspravu u Generalnoj skupštini kada se stavi veto u Savetu bezbednosti“.⁶² Predsednik Generalne skupštine je obavezan ovom Rezolucijom da sazove sastanak Skupštine u roku od deset dana posle stavljanja veta, izuzev kada se Generalna skupština nalazi u hitnom specijalnom zasedanju u vezi sa tom stvari, kako bi raspravljala o situaciji u kojoj je stavljen veto. Savet bezbednosti je pozvan da u roku od 72 sata od stavljanja veta dostavi izveštaj Generalnoj skupštini, a predstavnik stalne članice Saveta bezbednosti, koja je stavila veto, ima prvenstvo na listi govornika u Skupštini. Tako, veto stalne članice na odluku Saveta bezbednosti, kada većina u Generalnoj skupštini smatra da je takva odluka potrebna, može da naiđe na osudu Generalne skupštine. Ostaje da se vidi koliko će moguća kritika Generalne skupštine uticati na stavljanje veta u situacijama kada međunarodna zajednica ima odgovornost da deluje. Imajući u vidu praksu neslaganja Generalne skupštine i nekih stalnih članova Saveta bezbednosti, moguća kritika Generalne skupštine neće biti presudna kada su u pitanju geopolitički interesi.

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ SC Res. S/RES/1674 (2006).

⁶¹ SC Res. S/RES/1894 (2009).

⁶² GA Res. 76/262 (April 26, 2022).

Kada je Savet bezbednosti blokiran vetom i kada postoji pretnja međunarodnom miru, kršenje mira ili agresija, saglasno rezoluciji 377 A (V), poznatoj pod imenom „Ujedinjeni za mir“ od 3. novembra 1950. godine,⁶³ Generalna skupština je ovlašćena da preporuči preduzimanje potrebnih kolektivnih mera, „uključujući u slučaju kršenja mira ili akta agresije korišćenje oružanih snaga, radi održavanja ili vaspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti“. Činjenje genocida ili zločina protiv čovečnosti, uključiv etničko čišćenje, može da se dogodi u situacijama koje mogu da se kvalifikuju kao pretnja miru, ali ne i kao kršenje mira. Da li bi u toj situaciji Generalna skupština bila ovlašćena da preporuči korišćenje oružanih snaga? Videli smo prethodno da je Međunarodna komisija o intervenciji i državnom suverenitetu dala pozitivan odgovor na to pitanje. Međutim, ta mogućnost se ne pominje u dokumentu 2005 World Summit Outcome. U literaturi su izneta suprotna mišljenja. Pozivom na članove 2 (4) i 51 Povelje UN, Lari Džonson (Larry Johnson) smatra da Generalna skupština može da preporuči vojne mere jedino u slučaju agresije, kada bi one bile u funkciji samoodbrane, izričito priznate članom 51. U drugim slučajevima, uključiv i slučajeve genocida, ovaj autor smatra da preporučivanje kolektivnih vojnih mera od strane Generalne skupštine ne bi bilo saglasno Povelji UN.⁶⁴ Henri Ričardson (Henry Richardson) je smatrao da je Džonsonovo tumačenje suviše usko i nije se složio sa njim.⁶⁵ Ričardson ističe da je rezolucija „Ujedinjeni za mir“, rezolucija Generalne skupštine, koju ona može da promeni i da, kao i kod zakona nacionalnog parlamenta, tu ne važi *stare decisis*. On ističe da evolucija nadležnosti Generalne skupštine treba da se uzme u obzir pri tumačenju rezolucije „Ujedinjeni za mir“.⁶⁶ On smatra, takođe, da član 2 (4) Povelje treba tumačiti u kontekstu pravila o kolektivnoj odgovornosti za zaštitu, za koje on kaže da je postalo obavezujuće.⁶⁷

Savet bezbednosti je rezolucijom 1734 (2011) od 17. marta 2011. godine ovlastio članice, kao i njihove regionalne organizacije da preduzmu sve potrebne mere radi zaštite civila od nasilja Gadafijevo režima. U njoj se ne pominje preduzimanje oružanih mera, ali ova rezolucija je tumačena kao ovlašćenje Saveta bezbednosti za preduzimanje humanitarne intervencije oružanom silom.⁶⁸ Rezolucija zabranjuje,

⁶³ UN doc. A/Res/5/377.

⁶⁴ Larry D. Johnson, „’Uniting for Peace’: Does It Still Serve Any Useful Purpose?“, *American Journal of International Law Unbound*, Vol. 108, Cambridge University Press, 2014–2015, 112–115.

⁶⁵ Henry Richardson, „Comment of Larry Johnson, ’Uniting for Peace’“, *American Journal of International Law Unbound*, Vol. 108, Cambridge University Press, 2014–2015, 137, 138.

⁶⁶ *Ibidem*, 138.

⁶⁷ *Ibidem*, 139.

⁶⁸ Zaid Ali Zaid, „Humanitarian Intervention in International Law“, *Acta Juridica Hungarica* 54, No. 2, 2013, 197.

međutim, izričito da članice okupiraju teritoriju Libije. To je bio prvi i za sada jedini slučaj primene ovog koncepta. Sudija Međunarodnog suda pravde Mohamed Benuna (Mohamed Bennouna) izneo je mišljenje da su NATO snage odstupile od mandata iz Rezolucije, favorizujući promenu režima u toj zemlji, i da je time došao kraj konceptu odgovornosti za zaštitu.⁶⁹ Treba se nadati da to, ipak, nije kraj. Alternativa bi bila intervencija bez ovlašćenja Saveta bezbednosti, što bi bilo mnogo problematičnije rešenje.

DEFINISANJE ZLOČINA AGRESIJE U STATUTU MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

Učinjen je značajan korak u pravcu sudske kontrole legalnosti humanitarne intervencije – amandman, kojim je definisan zločin agresije, ugrađen je u Statut Međunarodnog krivičnog suda, kao član 8 bis i stupio je na snagu. Kao što je poznato, Brain-Kelogovim paktom (Briand-Kellogg) iz 1928. godine države su se odrekle rata kao instrumenta spoljne politike. Iako je ovaj ugovor kritikovan svojevremeno u literaturi zbog nepreciznih formulacija i mnogih rezervi stavljenih na njegov tekst, kao ugovor kojim se ne zabranjuje već legalizuje rat, on je bio brzo prihvaćen tada od gotovo svih članica međunarodne zajednice i nacističkim vođama je suđeno u Nirnbergu, između ostalog, zbog toga što je Nemačka prekršila ovaj ugovor. U Nirnbergu je, dakle, suđeno za zločin agresije, iako nije postojala eksplicitno formulisana definicija zločina agresije kao međunarodnog krivičnog dela.

Članom 2 (4) Povelja UN zabranjuje ne samo primenu oružane sile, već i pretnju silom. Ovaj član glasi: „svi članovi se u svojim međunarodnim odnosima uzdržavaju od pretnje silom ili upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti svake države, ili na svaki drugi način nesaglasan s ciljevima Ujedinjenih nacija.“ Povelja eksplicitno predviđa dva izuzetka: pravo na samoodbranu i mere Saveta bezbednosti. Član 51 Povelje kaže da „ništa u ovoj Povelji ne umanjuje urođeno pravo na individualnu i kolektivnu samoodbranu u slučaju oružanog napada protiv člana Ujedinjenih nacija, dok Savet bezbednosti ne preduzme mere potrebne za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti.“ Članom 42 Povelje Savet bezbednosti je ovlašćen da preduzme oružane akcije koje su potrebne radi očuvanja ili vaspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti. Članom 43 je predviđeno da će države članice staviti na raspolaganje Savetu bezbednosti svoje oružane snage radi izvršavanja ove funkcije, ali ovaj član nije nikada realizovan.

⁶⁹ Declaration of Judge Bennouna, para 8. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)* Order, 16 March 2022.

Zato Savet bezbednosti ovlašćuje članice da one preduzmu oružane akcije radi očuvanja ili vaspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti.

Tokom pregovora o Statutu Međunarodnog krivičnog suda u Rimu 1998. godine postignut je sporazum da nadležnost Suda obuhvati i zločin agresije, ali nije postignuta saglasnost oko tekstualne formulacije tog krivičnog dela. To je učinjeno 12 godina kasnije u Kampali 11. juna 2010. godine. Krivičnopravna definicija agresije kombinuje i dopunjuje član 2(4) Povelje UN i definiciju agresije iz Rezolucije Generalne skupštine UN 3314 (XXIX) od 14. decembra 1974. godine. Saglasno stavu 1 člana 8 bis Statuta, „zločin agresije“ može da počini lice „u poziciji da efektivno vrši kontrolu nad ili da upravlja političkom ili vojnom akcijom države.“ Ovaj zločin „znači planiranje, pripremanje, iniciranje ili izvršavanje [...] akta agresije koji po karakteru, težini ili razmeri čini očigledno kršenje Povelje Ujedinjenih nacija“. U stavu 2 ponavlja se deo teksta iz člana 2(4) Povelje. U istom stavu su navedeni različiti oblici agresije koji su predviđeni pomenutom Rezolucijom Generalne skupštine. Tako, na primer, u alineji b) stava 2, navodi se bombardovanje teritorije druge države ili korišćenje bilo kog oružja protiv teritorije druge države. Da bi bombardovanje teritorije druge države činilo zločin agresije u krivičnopravnom smislu, kako je on određen u članu 8 bis Statuta, ono treba da ispuni uslove iz stavova 2 i 1 tog člana, dakle da bude učinjeno „protiv suvereniteta, teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti druge države, ili na bilo koji drugi način da bude nespojivo sa ciljevima Povelje,“ kako je to predviđeno čl. 2 (4) Povelje, i da „po karakteru, težini ili razmeri čini očigledno kršenje Povelje Ujedinjenih nacija“.

Dok je amandman o krivičnom delu agresije bio u pripremi, Šon Marfi (Sean Murphy) je 2009. video taj amandan kao sredstvo za buduću pravnu evaluaciju humanitarne intervencije.⁷⁰ Prema Šonu, ako bi lideri države koja interveniše bili optuženi za zločin agresije od strane tužioca Međunarodnog krivičnog tribunala, to bi moglo da ukaže na nezakonitost humanitarne intervencije.⁷¹ Šon smatra, dakle, da definicija agresije iz člana 8 bis Statuta može da obuhvati i humanitarnu intervenciju. Inače, prema istom autoru, sam tekst definicije ne čini humanitarnu intervenciju automatski legalnom ili ilegalnom.⁷²

Amandman kojim je uneta krivičnopravna definicija agresije u član 8 bis Statuta Međunarodnog krivičnog suda prihvatile su, uglavnom, manje države.⁷³

⁷⁰ Sean D. Murphy, „Criminalizing Humanitarian Intervention“, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41, No. 2–3, 2009, 341.

⁷¹ *Ibidem*, 343.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ UN Treaty Collection, Status of Treaties, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=_en.

Od većih država tu su samo Italija i SR Nemačka. Nijedna stalna članica Save-ta bezbednosti nije prihvatila amandman. Od bivših jugoslovenskih republika amandman su prihvatile Hrvatska, Severna Makedonija i Slovenija. Interesantno je da amandman nisu prihvatile države koje su bile ili jesu žrtve agresije, kao što su Irak, Libija, Srbija ili Ukrajina. Irak, Libija i Ukrajina nisu čak ni među 123 države ugovornice Statuta. Ukrajina je 2000. godine potpisala Statut, ali ga nije ratifikovala.⁷⁴ Na osnovu člana 12 (3) Statuta Međunarodnog krivičnog suda, Ukrajina je, međutim, jednostranom izjavom prihvatila nadležnost tog Suda za period između 21. novembra 2013. i 22. februara 2014. godine. Ona je kasnijom jednostranom izjavom prihvatila nadležnost Suda od 20. februara 2014. godine nadalje.⁷⁵ Tokom marta 2022. godine grupa od 43 države članice Statuta obratila se tužiocu sa zahtevom da istraži činjenje eventualnih ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti u Ukrajini. Tužilac je počeo da prikuplja dokaze. Kako samo države ugovornice mogu da prihvate nadležnost Međunarodnog krivičnog suda u pogledu zločina agresije, pošto nije država ugovornica, Ukrajina to ne može da učini jednostranom izjavom.

Razočaravajuća je činjenica da je od 123 države članice Međunarodnog krivičnog suda samo njih 43 prihvatilo amandman, dakle nadležnost tog Suda u pogledu zločina agresije. Među njima su većinom članice Evropske unije, više država iz Latinske Amerike, kao i nekoliko iz Afrike i Azije.⁷⁶ Amandman je stupio na snagu 15. novembra 2018. godine.⁷⁷ Moguće je pretpostaviti više razloga za ovako relativno slabo prihvatanje nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda u pogledu agresije. To može da bude nizak stepen poverenja u vladavinu prava na međunarodnom nivou uopšte, i posebno prema Međunarodnom krivičnom sudu. U prvim godinama svog rada ovaj Sud se bavio uglavnom zločinima počinjenim u afričkim državama i progonio je lidere tih država, što je izazvalo nezadovoljstvo afričkih država i dovelo do određenih tenzija između Afričke unije i Suda. Zanimljivo je, međutim, da zemlje u kojima je uspostavljen viši nivo vladavine prava imaju veće poverenje u ovaj Sud, i u međunarodno pravosuđe uopšte, u odnosu na zemlje u kojima ne postoji visok nivo vladavine prava.

⁷⁴ https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=_en.

⁷⁵ International Criminal Court, Situation in Ukraine, <https://www.icc-cpi.int/ukraine>.

⁷⁶ UN Treaty Collection, Status of Treaties, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=_en.

⁷⁷ ICC Judges amend the Regulations of the Court in connection with the activation of jurisdiction over the crime of aggression, <https://www.icc-cpi.int/news/icc-judges-amend-regulations-court-connection-activation-jurisdiction-over-crime-aggression>.

Spor između Gambije i Mjanmara u vezi primene konvencije o genocidu

U tekstu od 2000. godine, autor je zastupao stav, da svaka država ugovornica može da se obrati Međunarodnom sudu pravde, kada smatra da druga država ugovornica ne poštuje obaveze iz Konvencije, i da traži privremene mere zaštite ugroženog stanovništva. Ako je tada još moglo da bude sumnje da li svaka ugovornica, dakle i ona koja nije direktno pogođena genocidom, ima pravo da pokrene sudski postupak, ta sumnja je razvejana 2022. godine presudom Međunarodnog suda u sporu Gambije i Mjanmara u vezi sa primenom Konvencije o genocidu. Sud je odbacio prigovor Mjanmara da Gambija, pošto nije povređena država, nema *legal standing* u tom predmetu.⁷⁸ Svaka država ugovornica Konvencije o genocidu može, dakle, da pokrene postupak pred Međunarodnim sudom pravde, kada misli da druga ugovornica ne ispunjava obaveze iz Konvencije.

Spor između Ukrajine i Ruske Federacije u vezi navoda o genocidu

Ruski državni zvaničnici su opravdavali „specijalnu vojnu operaciju“ protiv Ukrajine, između ostalog, genocidom koji navodno učinjen u oblastima Lugansk i Donjeck. Ukrajina je osporavala da je tamo počinjen genocid i zahtevala je da Međunarodni sud pravde naredi Ruskoj Federaciji da obustavi sve aktivnosti koje su opravdane neistinitom tvrdnjom u vezi genocida, da nadoknadi štetu itd. Odlučujući o zahtevu Ukrajine o privremenim merama, Sud je primetio da član I Konvencije ovlašćuje sve ugovornice da spreče ili kazne zločin genocida, ali da član ne specificira vrstu mera koju ugovornica može da preduzme da bi izvršila tu obavezu.⁷⁹ Međutim, kaže Sud, ugovornice treba da implementiraju ovu obavezu dobronamerno, uzimajući u obzir druge delove Konvencije, naročito članove VIII i IX, kao i preambulu.⁸⁰ Sud podseća da na osnovu člana VIII ugovornica, koja smatra da se genocid dešava na teritoriji druge strane ugovornice, može da pozove nadležne organe UN da preduzmu akciju na osnovu Povelje koju smatraju potrebnom radi sprečavanja ili suzbijanja akata genocida.⁸¹ Pored toga, kaže Sud, na osnovu člana IX Konvencije, ugovornica može da podnese Sudu spor koji je odnosi na tumačenje, primenu ili izvršavanje Konvencije.⁸²

⁷⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia v. Myanmar)*, 22 July 2022, para. 93–114.

⁷⁹ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)* Order, 16 March 2022, para. 56.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

Sud primećuje da ugovornica može da preduzme i druge mere, kao što su bilateralna angažovanja u okviru regionalnih organizacija, ali Sud naglašava da bilo kakvu meru da preduzme, ona mora da deluje „jedino u granicama dozvoljenim međunarodnim pravom“.⁸³ Akti preduzeti radi sprečavanja i kažnjavanja genocida, objašnjava Sud, moraju da budu saglasni duhu i ciljevima Ujedinjenih nacija, izloženim u članu 1 Povelje. U tom smislu Sud citira prvi cilj naveden u članu 1 koji se odnosi da održanje međunarodnog mira i bezbednosti.⁸⁴ Sud je, dalje, konstatovao da će on moći da odluči o meritumu zahteva Ukrajine ako postupak dođe do merituma.⁸⁵ U ovoj fazi postupka Sud konstatuje da nije u posedu dokaza koji bi potvrdili tvrdnje Ruske Federacije da je počinjen genocid na teritoriji Ukrajine.⁸⁶ Štaviše, kaže Sud, „sumnjivo je da li Konvencija, u svetlu njenog predmeta i cilja, ovlašćuje ugovornicu da jednostrano koristi silu na teritoriji druge države radi sprečavanja ili kažnjavanja navodnog genocida.“⁸⁷ U takvim okolnostima, Sud je smatrao da Ukrajina ima uverljivo pravo da ne bude podvrgnuta vojnim operacijama Ruske Federacije radi sprečavanja i kažnjavanja navodnog genocida na teritoriji Ukrajine.⁸⁸ Sud je, dakle, naredio Ruskoj Federaciji da obustavi primenu sile protiv Ukrajine. Ovi stavovi Suda su relevantni za pitanje legalnosti humanitarnih intervencija i ne podupiru one koji tvrde da su humanitarne intervencije dozvoljene.

ZAKLJUČAK

Pitanje legalnosti humanitarne intervencije spada u najsloženija i najteža pitanja međunarodnog prava. Složenost tog pitanja potiče delimično iz činjenica da Povelja UN ne odgovara eksplicitno i jasno na njega, a odgovor može da zavisi od konkretnih činjenica u svakom posebnom slučaju. Međunarodni pravници imaju suprotna mišljenja o tom pitanju. U doktrini preovlađuje mišljenje da ona nije dozvoljena, a autori koji smatraju da jeste definišu stroge uslove pod kojim može da bude dozvoljena. Šefovi država i vlada država članica Ujedinjenih nacija su na zasedanju Generalne skupštine UN 2005. godine zauzeli stav da humanitarna intervencija može da bude sprovedena jedino na osnovu ovlašćenja Saveta bezbednosti. Iako ovaj stav predstavlja implementaciji doktrine „odgovornosti za zaštitu“,

⁸³ *Ibidem*, para. 57.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*, para. 59.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*, para. 60.

izgleda da je provladao stav da je ta odgovornost, odnosno obaveza samo moralna, a ne i pravna. Stupanjem na snagu amandmana kojim je definisana agresija u Statutu Međunarodnog suda pravde, stvoren je mehanizam koji može da kontroliše legalnost humanitarne intervencije u svetlu krivične odgovornosti pojedinaca. Zanimljivo je, međutim, da države koje su bile žrtve nelegalnih humanitarnih intervencija nisu prihvatile taj amandman.

Međunarodni sud je u dve odluke iz 2022. godine dao doprinos ovoj temi. Odlučujući o prigovoru Mijanmara na dopuštenost zahteva Gambije za pokretanje postupka na osnovu člana IX Konvencije o genocidu, Sud je potvrdio da svaka država ugovornica ima pravo da pokrene postupak kada smatra da druga ugovornica krše svoje obaveze iz Konvencije o genocidu. Ako je postojala bilo kakva sumnja, da li ugovornica koji nije direktno pogođena kršenjem Konvencije o genocidu od strane druge ugovornice, ima pravo na pokretanje postupka pred Međunarodnim sudom, sada je ta sumnja otklonjena.

Odluka Suda o privremenim merama u sporu Ukrajine protiv Ruske Federacije je naročito značajna sa stanovišta razmatranja legalnosti humanitarne intervencije. Sud je tu rekao da akti preduzeti radi sprečavanja i kažnjavanja genocida moraju da budu saglasni duhu i ciljevima Ujedinjenih nacija, izloženim u članu 1 Povelje i citirao je prvi cilj naveden u članu 1, koji se odnosi da održanje međunarodnog mira i bezbednosti.

Međunarodni razvoj ide u pravcu konstituisanja pravila koje, sa jedne strane, zabranjuje jednostrane intervencije bez ovlašćenja Saveta bezbednosti, a sa druge strane obavezuje Savet bezbednosti da preduzme adekvatne mere zaštite u situacijama teškog kršenja ljudskih prava. U slučaju blokade Saveta bezbednosti, tu ulogu može i treba da preuzme Generalna skupština.

Prof. Dr. RODOLJUB ETINSKI
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Novi Sad

LEGALITY OF HUMANITARIAN INTERVENTION, REVISITED

Summary

The issue of legality of humanitarian intervention is among the most complex and the most serious issues of international law. The positions of States and opinions of international lawyers are divided about the issue. The discourse among international lawyers discloses complexity of the issue. The Members of the UN achieved a political compromise about the issue in 2005. It seems that

the compromise considers the responsibility of international community to protect population from genocide, war crimes and crime against humanity through the Security Council as a moral obligation. That is not satisfactory. In a case when the Security Council does not pursue the responsibility to a veto, the international community can pursue the responsibility through the General Assembly invoking resolution "United for Peace". Entering into force of the amendment to the Statute of the International Criminal Court, which defines the crime of aggression, created a powerful legal tool for determining legality of concrete humanitarian interventions in certain cases. Two decisions of the International Court of Justice from 2022 relating to disputes between Gambia and Myanmar and Ukraine and the Russian Federation made significant contribution to discussion on legality of humanitarian interventions. In the last case the Court stated that measures taken to prevent or punish genocide have to remain in limits of international law, that is to be consonant with the UN Charter and made doubtful whether unilateral military measures for preventing or punishing genocide are in accordance with the object and purpose of the Convention on genocide.

Key words: humanitarian intervention, aggression, genocide

Literatura

- Brown B. S., „Humanitarian Intervention at a Crossroads“, *William and Mary Law Review*, Vol. 41, No. 5, 2000.
- Charney J. I., „Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 32, No. 5, 1999.
- Etinski R., „Bombing of Yugoslavia: Human Rights, Sovereignty, Humanitarian Intervention or Aggression, a Way Further“, *The Aggression, Consequences of NATO Aggression against the FR of Yugoslavia* (eds. J. Stefanović-Štambuk, B. Babić), The Belgrade Forum for a World of Equals, Belgrade, 2014.
- Etinski R., Đajić S., Tubić B., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2021.
- Flinterman, C., „Humanitarian Intervention“, *Chitty's Law Journal*, Vol. 26, No. 8, 1978.
- Fonteyne J-P., „The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity under the U.N. Charter“, *California Western International Law Journal*, Vol. 4, No. 2, 1974.
- Franck T. M. and Nigel R. S. „After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force“, *American Journal of International Law*, Vol. 67, No. 2, 1973.
- Halberstam M., „The Legality of Humanitarian Intervention“, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, No. 1, 1995.
- Henkin L., „Humanitarian Intervention“, *Studies in Transnational Legal Policy*, Vol. 26, 1994.
- Johnson L. D. „'Uniting for Peace': Does It Still Serve Any Useful Purpose?“, *American Journal of International Law Unbound*, Vol. 108, Cambridge University Press, 2014–2015.
- Lillich R. B., „Intervention to Protect Human Rights“, *McGill Law Journal*, Vol. 15, No. 2, 1969.

- Murphy S. D., „Criminalizing Humanitarian Intervention“, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41, No. 2–3, 2009.
- Richardson H., „Comment of Larry Johnson, 'Uniting for Peace“, *American Journal of International Law Unbound*, Vol. 108, Cambridge University Press, 2014–2015.
- Rogers A. P. V., „Humanitarian Intervention and International Law“, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 27, No. 3, 2004.
- Sornarajah M., „Internal Colonialism and Humanitarian Intervention“, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11, No. 1, 1981.
- Stahn C., „Responsibility to Protect: Political Rhetoric of Emerging Legal Norm“, *American Journal of International Law*, Vol. 109, 2007.
- The Responsibility to Protect*, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, Ottawa, 2001, 81 available at <https://www.idrc.ca/en/book/responsibility-protect-report-international-commission-intervention-and-state-sovereignty>.
- Wolf D., „Humanitarian Intervention“, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 9, 1988.
- Zaid A. Z. „Humanitarian Intervention in International Law“, *Acta Juridica Hungarica* 54, No. 2, 2013.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

SANJA ĐAJIĆ

O RATU, PRAVU I ZLOUPOTREBI GENOCIDA: PRIVREMENE MERE U UKRAJINSKO-RUSKOM SPORU PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE

Međunarodni sud pravde je 16. marta 2022. godine doneo odluku o privremenim merama po zahtevu Ukrajine u postupku protiv Rusije na osnovu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Zahtev Ukrajine se zasniva na tezi da je Rusija zloupotrebila pojam genocida da bi opravdala vojnu intervenciju na njenoj teritoriji, dok je Rusija, iako je odlučila da ne učestvuje u postupku, to osporila. U ovom radu autorka analizira pomenutu odluku o privremenim merama jer je ona višestruko značajna: prvi put se pokreće postupak zbog navodne zloupotrebe genocida sa zahtevom da se ustanovi da do genocida nije došlo, a sam zahtev se podnosi istovremeno sa početkom vojnih operacija. U radu je, pored analize same odluke, ponuđena i njena kontekstualizacija. Odluka se tako analizira u kontekstu postojećeg oružanog i političkog sukoba Rusije i Ukrajine, zatim u kontekstu prakse Međunarodnog suda pravde o privremenim merama, naročito u okolnostima oružanih sukoba i sporova povodom Konvencije o genocidu, i, konačno, u kontekstu brojnih i složenih sudskih i arbitražnih sporova između Ukrajine i Rusije.

Ključne reči: privremene mere, Međunarodni sud pravde, Konvencija o genocidu, Ukrajina, Rusija

U V O D

Rat u Ukrajini, koji je počeo 24. februara 2022. godine, tragičan je događaj koji je izazvao teške posledice širokih razmera, pre svega u ljudskim žrtvama i materijalnoj šteti, i pokrenuo niz drugih događaja, reakcija i pitanja. Rat u Ukrajini

Prof. dr Sanja Đajić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, e-mail: sdjajic@pf.uns.ac.rs.

i skoro sve u vezi sa ovim ratom je međunarodnopravno pitanje: od upotrebe sile, pravila humanitarnog prava i ljudskih prava, do protivmera i sankcija, odluka međunarodnih organizacija u vezi sa ovim ratom, međunarodne trgovine, međunarodnog pravosuđa. Pojedini međunarodni sudovi su vrlo brzo postali mesto gde se, direktno ili indirektno, odlučuje o ratu u Ukrajini. Među njima je i Međunarodni sud pravde u Hagu pred kojim je Ukrajina, na osnovu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida,¹ pokrenula postupak protiv Rusije 26. februara, svega dva dana posle napada Rusije na Ukrajinu.² Zahtev Ukrajine za izricanje privremenih mera Međunarodni sud pravde je usvojio 16. marta 2022. godine.³ Tema ovog rada je upravo postupak pred Međunarodnim sudom pravde, odluka o privremenim merama i ona pitanja međunarodnog prava koja se nalaze u središtu ovog spora.

POSTUPAK PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE

Tek dva dana posle početka rata Ukrajina je pokrenula postupak protiv Rusije pred Međunarodnim sudom pravde. Najvažnije, a ponekad i najteže pitanje za tužioca koji namerava da rešenje međunarodnog spora poveri glavnom sudskom organu Ujedinjenih nacija, jeste kako da obezbedi odgovarajući osnov nadležnosti. Nadležnost je fakultativna a pristanak je dobrovoljan. Povreda međunarodnog prava nije dovoljna za pokretanje međunarodnog sudskog mehanizma, niti je dovoljno članstvo u Statutu Međunarodnog suda pravde. Koja god povreda da je osnov tužbenog zahteva potrebno je takvu povredu dovesti u vezu sa važećim osnovom saglasnosti na nadležnost Međunarodnog suda, odnosno sa pristankom tužene države da o konkretnom međunarodnom pravnom sporu odluči upravo ovaj sud. U situacijama poput ove jasno je da se dobrovoljna i izričita saglasnost ne može dobiti od druge strane neposredno pre ili tokom postupka. U takvim situacijama,

¹ Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida od 9. decembra 1948. godine (78 U. N. T. S. 277, stupila na snagu 12. januara 1951. godine), *Službeni list FNRJ – Međunarodni sporazumi*, br. 56/50, 910.

² Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*), International Court of Justice, General List No. 182. Zahtev za pokretanje postupka (Application) dostupan je na: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>, 14. 9. 2022.

³ Odluka o privremenim merama od 16. marta 2022. (Provisional Measures Order of 16 March 2022, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*), International Court of Justice, <https://icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>, 14. 9. 2022. U daljem tekstu: Odluka o privremenim merama (*Ukrajina protiv Rusije*).

a one nisu retke, tužilac nastoji da postojeće osnove nadležnosti dovede u vezu sa svojim tužbenim zahtevom i na taj način obezbedi postupak i eventualno presudu o meritumu. Prva bitka pred Međunarodnim sudom pravde, uvek je bitka o prethodnim pitanjima: da li postoji nadležnost i da li je tužba dopuštena.

U sličnoj situaciji se našla i Ukrajina. Jasno je da je njena namera bila da ospori rusku invaziju i upotrebu sile, ali za ovakav tužbeni zahtev nije imala odgovarajući osnov nadležnosti niti pristanak tužene države. Osnov nadležnosti koji je naveden u zahtevu za pokretanje postupka je član IX Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida koji glasi: „Sporovi između strana ugovornica u pogledu tumačenja, primene i izvršenja ove Konvencije, podrazumevajući tu i sporove koji se odnose na odgovornost neke države za genocid ili bilo koje drugo delo pobrojano u članu III, biće izneseni pred Međunarodni sud pravde, na traženje jedne od strana u sporu.“

Na prvi pogled bi moglo izgledati da Ukrajina tuži Rusiju zbog genocida, da je optužuje da nad ukrajinskim narodom sprovodi genocid. Sa takvom optužbom, da postoji odgovornost države za činjenje dela iz člana III Konvencije o genocidu, jasno je da postoji spor o tumačenju, primeni i sprovođenju Konvencije, što aktivira i željeni osnov nadležnosti u članu IX. Uostalom, tako su postupali svi drugi tužioci koji su se, u nekim drugim okolnostima, pozvali na Konvenciju o genocidu, optuživši tuženu državu da je učinila genocid, odnosno da je propustila da ga spreči i kazni. Sudski sporovi povodom ove Konvencije i nisu tako retki, do danas ih je bilo 12, a među njima su i dva koja su u toku, između Ukrajine i Rusije, i između Gambije i Mjanmara.⁴ Razlog za popularnost ove Konvencije kao tužbenog osnova delom treba tražiti i u bezuslovnoj kompromisornoj klauzuli koja obezbeđuje obaveznu nadležnost Međunarodnog suda pravde.

Međutim, tvrdnja da je učinjen genocid nad ukrajinskim narodom nije osnov tužbenog zahteva Ukrajine već jedna druga teza. Ukrajina tvrdi da su netačni navodi Rusije da Ukrajina sprovodi genocid nad stanovništvom ruskog etničkog porekla na svojoj teritoriji te da je Rusija zloupotrebila institut genocida da bi opravdala upotrebu oružane sile i preduzimanje oružanih mera zaštite.

⁴ Gambija je podnela tužbu protiv Mjanmara 19. novembra 2019, a 22. jula 2022, Međunarodni sud pravde doneo je presudu o prethodnim prigovorima i utvrdio da je nadležan i da je tužba dopuštena. Posebna karakteristika ovog spora je u tome što je Sud priznao *locus standi* Gambiji koja nije neposredno pogođena osporenim radnjama Mjanmara zahvaljujući *erga omnes partes* karakteru obaveza iz Konvencije o genocidu, odnosno priznajući pravo na zaštitu opšteg interesa. Druga karakteristika je prilično nizak prag za postojanje spora, što je uslov za aktiviranje kompromisorne klauzule. – *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), International Court of Justice, General List No. 178., Preliminary Objections Judgment (presuda o prethodnim prigovorima), 22. 7. 2022.

Ukrajina od Međunarodnog suda pravde traži da utvrdi da su navodi Rusije netačni te da je stoga i upotreba sile (čak i ako je opravdana radi sprečavanja genocida) suprotna međunarodnom pravu.

Zahtevom za pokretanje postupka od Suda se traži sledeće: da utvrdi da u području Luganska i Donjecka nije bilo dela genocida u smislu člana III Konvencije o genocidu; da Rusija nema pravo da preduzima bilo kakve mere na osnovu Konvencije o genocidu u Ukrajini ili protiv nje radi kažnjavanja za navodna dela genocida na osnovu lažnih tvrdnji da je do genocida došlo; da je priznanje Luganska i Donjecka kao samostalnih republika zasnovano na lažnim optužbama za genocid i da nema svoj osnov u Konvenciji o genocidu; da utvrdi da je „specijalna vojna operacija“ izvedena na osnovu lažnih tvrdnji o genocidu i da kao takva nema svoje uporište u Konvenciji o genocidu; da naloži Rusiji da pruži garancije da se neće ponoviti upotreba sile na osnovu lažnih tvrdnji o genocidu, te da je dužna da nadoknadi svu štetu koja nastane kao posledica radnji na osnovu ovih optužbi.⁵

Ukrajinski zahtev je zaista po mnogo čemu različit od dosadašnjih tužbi na osnovu Konvencije o genocidu a pojedini autori su ga nazvali „kreativnim“.⁶ Zaista, nikada do sada nije postojao pokušaj da se na ovaj način obezbedi primena člana IX. Da li je eventualna zloupotreba pojma genocid spor u pogledu tumačenja i primene Konvencije o genocidu? Da li se saglasnost odnosi i na ovakvu vrstu zahteva i sporova? Pozicije tužioca i tuženog su ovde donekle potpuno obrnute: tužilac ne tvrdi da se desio genocid već da se on nije desio. Tužilac to tvrdi da bi osporio opravdanost upotrebe oružane sile ali i obezbedio nadležnost Međunarodnog suda pravde.

Prva provera usledila je vrlo brzo. Ukrajina je zajedno sa zahtevom za pokretanje postupka podnela i zahtev za izricanje privremenih mera. Reč je o uobičajenoj strategiji jer se privremene mere traže vrlo često a gotovo uvek kada je predmet spora oružani sukob. Postoje autori koji smatraju da se ponekad države obraćaju Međunarodnom sudu dobrim delom iz razloga da obezbede privremene mere bez obzira na konačan ishod spora.⁷ Privremenim merama se može tražiti od tužene,

⁵ Zahtev Ukrajine za izricanje privremenih mera, 26. februar 2022, 7 (<https://icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-WRI-01-00-EN.pdf>, 15. 9. 2022.

⁶ Marko Milanovic, „ICJ Indicates Provisional Measures Against Russia, in a Near Total Win for Ukraine; Russia Expelled from the Council of Europe“, *EJIL:Talk!*, 16. 3. 2022. <https://www.ejiltalk.org/icj-indicates-provisional-measures-against-russia-in-a-near-total-win-for-ukraine-russia-expelled-from-the-council-of-europe/>.

⁷ Marie Lemey, „Incidental Proceedings before the International Court of Justice: The Fine Line between ‘Litigation Strategy’ and ‘Abuse of Process’“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, T. 20, 2021, 17.

a ponekad i od obe strane, da prestanu sa određenim aktivnostima dok se ne okonča spor. Kada je reč o upotrebi oružane sile sasvim je jasno kakve su prednosti privremenih mera. Propust da se postupi po privremenim merama može predstavljati poseban osnov odgovornosti u eventualnoj presudi o meritumu čime se dodatno jača parnična pozicija oštećene strane već na samom početku postupka.

ODLUKA O PRIVREMENIM MERAMA

Ukrajina je tražila od Međunarodnog suda pravde da naloži, u formi odluke o privremenim merama, prestanak upotrebe oružane sile koju opravdava genocidom u Ukrajini. Pod oružanom silom Ukrajina smatra ne samo oružane snage Ruske Federacije već i druge vojne jedinice kojima upravlja Rusija ili nad kojima vrši kontrolu. Ukrajina nadalje zahteva garancije kojima će sprečiti pogoršanje situacije dok se ne donese presuda o meritumu spora. Rusija je odbila da učestvuje u postupku o privremenim merama ali je ipak dostavila u pisanoj formi svoj stav da Međunarodni sud pravde nema nadležnost u ovom sporu i od Suda zatražila da odbije zahtev za privremene mere i slučaj skine sa liste predmeta.⁸

Privremene mere uređene su članom 41 Statuta⁹ i čl. 73–78 Pravilnika o postupku Međunarodnog suda pravde. Da bi Sud uopšte mogao da usvoji zahtev potrebno je da bude ispunjeno nekoliko uslova za izricanje privremenih mera: *prima facie* postojanje nadležnosti; izvesnost postojanja prava čija se zaštita traži privremenim merama; veza između predložene privremene mere i prava koje se štiti; postojanje opasnosti od nepopravljive štete pre donošenja konačne presude ako ne bi bile preduzete mere; hitnost. Ove uslove je, na osnovu člana 41 Statuta, definisao Sud u praksi i to postepeno¹⁰ i prema ovim uslovima su strukturisane i organizovane

„Još jedan aspekt koji ovu odluku o suspenziji vojnih operacija čini posebnom je to što se čini da je nesumnjivo važan, a možda i jedini motiv Ukrajine za pokretanje postupka u ovom slučaju upravo da ishoduje privremene mere.“ – Andreas Kulick, „Provisional Measures after Ukraine v Russia (2022)“, *Journal of International Dispute Settlement*, T. 13, 2022, 335.

⁸ Document (with annexes) from the Russian Federation setting out its position regarding the alleged „lack of jurisdiction“ of the Court in the case, 7. mart 2022, <https://icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf>, 15. 9. 2022.

⁹ Član 41.

1. Sud je ovlašćen da ukaže, ako smatra da okolnosti to zahtevaju, na sve privremene mere koje treba preduzeti radi obezbeđenja prava jedne ili druge stranke u sporu.

2. U očekivanju konačne odluke, obaveštenje o predloženim merama odmah se dostavlja strankama u sporu i Savetu bezbednosti.

¹⁰ Robert Kolb, „Digging Deeper into the 'Plausibility of Rights' – Criterion in the Provisional Measures Jurisprudence of the ICJ“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, T. 19, 2020, 366.

odluke Međunarodnog suda pravde. Dakle, potrebno je da postoji neposredna opasnost da će prava, za koja se može pretpostaviti da postoje, i za čiju zaštitu Sud *prima facie* ima nadležnost, biti izložena nepopravljivoj šteti ako hitno ne budu izrečene mere koje mogu direktno da obezbede takvu zaštitu.

U sporu o genocidu između Ukrajine i Rusije pitanje je, dakle, da li Međunarodni sud pravde *prima facie* ima nadležnost, da li je izvesno postojanje prava da se osporava zloupotreba pojma genocid (ili prava da se utvrdi da se genocid nije desio), da li tražene privremene mere mogu zaštititi pravo koje je ugroženo, odnosno koje je izloženo neposrednom riziku od nepopravljive štete do okončanja postupka, te da li je neophodno hitno postupanje. Međunarodni sud pravde je upravo ovim redosledom odlučivao o ispunjenosti uslova za izricanje privremenih mera u ovom sporu.

Čak je i za izricanje privremenih mera potrebno da Sud ima nadležnost ali je ova nadležnost drugačija od nadležnosti za donošenje presude o meritumu ali i od one za odlučivanje o prethodnim pitanjima. Nadležnost za odlučivanje o prethodnim pitanjima (nadležnost i dopuštenost tužbe), koja se najčešće pokreću prethodnim prigovorima, je inherentna nadležnost i uređena je članom 53 Statuta. Sud raspolaze nadležnošću da odlučuje o nadležnosti već na osnovu Statuta. Meritorna nadležnost postoji kada Sud nesumnjivo utvrdi da postoji saglasnost strana da konkretan spor reše pred Međunarodnim sudom pravde, odnosno kada postoji saglasnost o vremenskim, stvarnim i personalnim aspektima nadležnosti. Nadležnost za izricanje privremenih mera je drugačija utoliko što je potrebno da postoji tzv. *prima facie* nadležnost, odnosno da je verovatno i izgledno da Međunarodni sud pravde ima nadležnost *ratione materiae* da odlučuje o tužbenom zahtevu.¹¹ Kako je postupak o privremenim merama hitan Međunarodni sud pravde će poći od uverljive ali oborive pretpostavke da se može upustiti u spor bar toliko da zaštiti subjektivna prava čije bi uživanje moglo biti nepovratno izgubljeno pre donošenja presude o meritumu.

Navedeni osnov nadležnosti je član IX Konvencije o genocidu koji Sudu poverava nadležnost za rešavanje sporova o tumačenju i primeni ove Konvencije.¹²

¹¹ Massimo Lando, „Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice“, *Leiden Journal of International Law*, T. 31, 2018, 658.

¹² Interesantno je da su Ukrajina i SSSR prilikom deponovanja instrumenata o ratifikaciji 1954. godine priložile i rezervu na član IX isključujući time saglasnost na nadležnost Međunarodnog suda pravde, ali da su obe države 1989. godine istovremeno povukle ovu rezervu. Videti belešku deponitara, Generalnog sekretara UN, o povlačenju rezervi na član IX Konvencije o genocidu. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en#EndDec, 7. 9. 2022.

Prvo je pitanje da li postoji spor o tumačenju i primeni Konvencije o genocidu, da li postoji, u skladu sa Mavromatis testom, „spor o pravu i činjenicama, sukob pravnih stavova ili pravnih interesa“ odnosno da li zahtev jedne strane osporava druga, i da li su njihovi stavovi i zahtevi suprotstavljeni.¹³ Ukrajina tvrdi da postoji spor o tumačenju i primeni Konvencije o genocidu jer se ne slaže sa stavom Rusije da je u području Luganska i Donjecka došlo do genocida. Na ovaj način Ukrajina osporava i upotrebu sile koju Rusija opravdava sprečavanjem genocida u ovom području. Da je stvarno reč o genocidu, Rusija je morala da pokrene postupak protiv Ukrajine pred Međunarodnim sudom pravde. Sa druge strane, iako formalno ne učestvuje u postupku, Rusija je dostavila pisano izjašnjenje o ukrajinskim navodima i osporila nadležnost Suda navodeći da je upotrebila silu na osnovu prava na samoodbranu iz člana 51 Povelje UN i na osnovu međunarodnog običajnog prava a ne na osnovu Konvencije o genocidu koja svakako ne sadrži pravila o upotrebi sile. Kao dokaz da je reč o „specijalnoj vojnoj operaciji“ na osnovu člana 51 Povelje UN Rusija navodi notifikaciju o korišćenju prava na samoodbranu koju je uputila Generalnom sekretaru UN i Savetu bezbednosti UN 24. februara 2022. te da nijednom nije koristila genocid kao pravno opravdanje za vojnu operaciju. Drugim rečima, Rusija tvrdi da je Ukrajina ta koja zloupotrebljava genocid i Međunarodni sud pravde.

Prilikom utvrđivanja postojanja „spora o genocidu“ Međunarodni sud pravde je konstatovao da su u periodu od 2014. do danas pojedini državni zvaničnici pominjali postojanje genocida u spornom području, te da je Specijalni istražni komitet pokrenuo krivične postupke protiv nekoliko ukrajinskih zvaničnika zbog genocida nad stanovništvom ruskog govornog područja u smislu Konvencije o genocidu. Međunarodni sud pravde identifikuje i navode predsednika Rusije, Vladimira Putina, u dva navrata, 21. i 24. februara, o razlozima specijalne vojne operacije među kojima su i navodi o genocidu, kao i tri slučaja prenošenja ovih navoda od strane ruskih zvaničnika u Ujedinjenim nacijama i Evropskoj uniji. Ukrajina je 26. februara, istog dana kada je podnela i zahtev Međunarodnom sudu pravde, ove navode osporila. Da li su ove okolnosti dovoljne da konstituišu pravni spor o primeni i tumačenju Konvencije o sprečavanju genocida tako da je moguće osloniti se na član IX?

Odgovor je bio potvrđan iako nije bilo lako Međunarodnom sudu pravde da iz navedenih okolnosti zaključi da postoji „spor“ koji aktivira bar *prima facie* nadležnost. Činjenica je da su pravi spor i posledice daleko šire od onog navedenog u tužbi, međutim, po mišljenju Suda, to ne mora da isključi postojanje i nekog drugog spora. Kako se navodi u odluci, pozivanje na pravo na samoodbranu

¹³ Odluka o privremenim merama (*Ukrajina protiv Rusije*), pasus 28.

ne isključuje primenu različitih izvora međunarodnog prava niti druge međunarodne obaveze.¹⁴ Nije samo u standardu nevolja već i u činjenici da ovde nije reč o klasičnom sporu o genocidu – gde jedna država optužuje drugu da čini genocid – već je reč o uzajamnim optužbama za zloupotrebu genocida kao opravdanja za preduzimanje različitih mera, od vojnih operacija do pokretanja sudskih postupaka. Ipak, Sud smatra da postoji „spor“ u smislu člana IX Konvencije, da su obe strane ugovornice i da su prihvatile nadležnost, što je dovoljno da ustanova postojanje *prima facie* nadležnosti kao prvog uslova za izricanje privremenih mera.

Slično pitanje u vezi sa istim osnovom nadležnosti pojavilo se ne tako davno, između Gambije i Mjanmara, povodom optužbi za genocid nad Rohingama, muslimanskom manjinom u zapadnom delu Mjanmara. Iako je ovde reč o tužbi kojom se od Međunarodnog suda pravde traži da utvrdi da je tužena počinila genocid, dakle o tipičnoj tužbi u ovakvim predmetima, sporni su bili *locus standi* i pravni interes Gambije. S tim u vezi blisko je i pitanje postojanja spora: da li postoji spor u vezi sa primenom i tumačenjem Konvencije o genocidu koji se može podvesti pod saglasnost na nadležnost Međunarodnog suda pravde koja je data u članu IX konvencije. U postupku o privremenim merama (koji je bio posebno medijski ispraćen jer se pred Sudom kao zastupnica Mjanmara pojavila Aun San Su Či koja će biti uhapšena naredne godine posle državnog udara) Međunarodni sud pravde je imao zadatak da utvrdi da li raspolaže nadležnošću *prima facie*. Kada je reč o imperativnim normama koje imaju *erga omnes* dejstvo, ili normama koje konstituišu pravni interes kod svih država ugovornica (*erga omnes partes*) u slučaju bilo koje povrede, koja vrsta spora može da aktivira kompromisornu klauzulu poput one iz člana IX Konvencije o genocidu? Da li je dovoljno da tvrdnju bilo koje države ugovornice ospori tužena država ili je ipak potrebno da spor bude između parničara čak i kada tužilac zastupa interese strane sa kojom nema pravnu vezu, kao što je to slučaj sa Rohingama i Gambijom. Po mišljenju Suda radi se o drugom slučaju, ali je prag za postojanje spora postavljen vrlo nisko. Ako postoji optužba koju druga država nije direktno odbacila smatraće se da spor postoji. Nije potrebno da zahtev jedne strane druga jasno odbaci, što je bio kriterijum u slučaju *Jugozapadna Afrika*,¹⁵ već se polazi od pretpostavke postojanja spora u slučaju ćutanja druge strane: „Imajući u vidu težinu učinjenih optužbi, Sud smatra da izostanak odgovora može biti još jedna indikacija postojanja spora između strana.“¹⁶

¹⁴ Odluka o privremenim merama (*Ukrajina protiv Rusije*), pasus 46.

¹⁵ *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1962, 328.

¹⁶ Odluka o privremenim merama (*Gambija protiv Mjanmara*), pasus 28.

Pozivajući se na svoje mišljenje u jednom drugom predmetu („postojanje spora se može izvesti iz propuštanja države da odgovori na zahtev kada su okolnosti takve da je odgovor neophodan“¹⁷), u kojem je tužba odbačena upravo zato što nije bilo spora, Sud zaključuje da spor postoji jer pretpostavku postojanja spora nije izričitim odbijanjem odbacila tužena država. Drugim rečima, prag za postojanje spora Međunarodni sud pravde postavio je dosta nisko, bar kada je reč o *prima facie* nadležnosti, i to upravo u postupku na osnovu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, u predmetu koji neposredno prethodio ukrajinskoj tužbi. Sve ove zaključke Sud je ponovio i u odluci o prethodnim prigovorima Mjanmara, koja je doneta posle izrečenih privremenih mera u ukrajinsko-ruskom sporu, kada je potvrdio postojanje nadležnosti Suda i dopuštenosti tužbe Gambije.¹⁸

Međutim, ovako postavljen prag za utvrđivanje nadležnosti u postupku o privremenim merama, u sporovima povodom Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, bio je i drugačije tumačen u ranijoj praksi. U poznatom sporu između SR Jugoslavije i osam država članica NATO, tužilac se pozvao na član IX Konvencije o genocidu kao osnov nadležnosti za tužbu ali i kao osnov *prima facie* nadležnosti za izricanje privremenih mera.¹⁹ Tužba se zasnivala na zahtevu da se vojna intervencija izvodi sa namerom da se u celini ili delimično uništi stanovništvo Jugoslavije. Zahtev nije prošao *prima facie* test, nije prešao prag postojanja spora o tumačenju i primeni Konvencije o genocidu. Međunarodni sud pravde je 1999. godine standard protumačio na sledeći način: „Sud mora utvrditi da li se povrede Konvencije koje navodi Jugoslavija mogu podvesti pod odredbe Konvencije i da li, sledstveno tome, postoji spor u pogledu kojeg Sud ima nadležnost *ratione materiae* na osnovu člana IX.“²⁰ U konkretnom slučaju Međunarodni sud pravde je odbio zahtev za izricanje privremenih mera jer je našao da nema *prima facie* nadležnost:²¹

¹⁷ *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Reports 2016 (I), pasus 37.

¹⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia v. Myanmar)*, International Court of Justice, General List No. 178., Preliminary Objections Judgment, 22. juli 2022.

¹⁹ Lista svih predmeta dostupna je na <https://icj-cij.org/en/contentious-cases> (v. odluke iz 2004. godine: *Legality of Use of Force*).

²⁰ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. France)*, Provisional Measures Order, 2. jun 1999., I. C. J. Reports 1999 (I), 372, pasus 25.

²¹ SR Jugoslavija se pozvala i na jednostranu deklaraciju o prihvatanju nadležnosti na osnovu čl. 36, stav 2 Statuta Međunarodnog suda pravde kao alternativni osnov nadležnosti. Sud ni ovaj osnov nije prihvatio *prima facie* zbog *ratione temporis* rezerve u ovoj deklaraciji. *Legality of Use*

„40. Prema tome, Sudu izgleda, na osnovu definicije 'da je osnovno obeležje [genocida] namerno uništenje nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe' (Application of the Convention on the Prevention und Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C. J. Reports 1993, p. 345, para. 42); dok pretnja silom i upotreba sile protiv države ne mogu same po sebi konstituisati delo genocida u smislu člana II Konvencije o genocidu; i prema tome, po mišljenju Suda, u ovoj fazi postupka ne može se zaključiti da bombardovanje koje predstavlja predmet jugoslovenskog zahteva za pokretanje postupka 'zaista uključuje i elemente namere, prema grupi kao takvoj', koja je uslov u gore navedenoj odredbi.

41. Sud zato nije u poziciji da utvrdi, u ovoj fazi postupka, da su radnje koje Jugoslavija pripisuje tuženoj državi, takve da se mogu podvesti pod odredbe Konvencije o genocidu; i da prema tome član IX ove Konvencije, na koji se poziva Jugoslavija, ne može biti osnov na kojem Sud može *prima facie* zasnovati nadležnost u ovom slučaju.“²²

U svom mišljenju uz ovu odluku sudija Rozalin Higgins, koja se složila sa odlukom, zaključila je da nije dovoljno samo navesti osnov nadležnosti već je potrebno proveriti čak i u ovoj fazi da li je izvesna saglasnost strana u postupku (na primer, ne postoje rezerve ili druga jasno postavljena ograničenja).²³ Međutim, čak i u okolnostima poput onih na Kosovu i u Jugoslaviji „Sud može ispuniti svoju obavezu u sistemu Ujedinjenih nacija i koristiti svoju sudsku vlast i kreativnost samo onda kada raspolaže nadležnošću. U ovom slučaju, nadležnost Suda tek treba da se utvrdi čak i *prima facie*.“²⁴ Dakle, postoji razlika u odlukama iz 1999. i ovim iz 2020. i 2022. jer se u ovim poslednjim proverava pravni aspekt *prima facie* nadležnosti dok u prvim i pravni i faktički. To se može objasniti i time što je Međunarodni sud pravde 2009. godine, u odluci o privremenim merama u sporu između Belgije i Senegala, formalizovao dodatni uslov za privremene mere u vidu tzv. *plausibility* testa²⁵ – uverljivosti zahteva na osnovu iznetih činjenica usled čega je faktički deo *prima facie* ocene nadležnosti migrirao u novoformirani uslov.

of Force (Yugoslavia v. Belgium), Odluka o privremenim merama od 2. juna 1999. godine, I. C. J. Reports 1999 (I), 135, pasus 30.

²² *Ibidem*, pasusi 40–41.

²³ Separate Opinion of Judge Higgins, Legality of Use of Force (*Serbia and Montenegro v. Belgium*) (*Serbia and Montenegro v. Canada*) (*Serbia and Montenegro v. Netherlands*) (*Serbia and Montenegro v. Portugal*) (*Yugoslavia v. Spain*) (*Serbia and Montenegro v. United Kingdom*), Provisional Measures Order, 2. jun 1999.

²⁴ *Ibidem*, pasus 30.

²⁵ M. Lando, op. cit., 645.

Upravo je ovo sledeći uslov kojim se bavio Sud: koja su to prava, garantovana Konvencijom o genocidu i koja uživa Ukrajina, ugrožena postojećim oružanim sukobom, i koje mere mogu obezbediti zaštitu ovih prava? Stav Ukrajine je da ima pravo, upravo na osnovu ove Konvencije, „da ne bude izložena lažnim optužbama za genocid“ i „vojnoj operaciji koja je preduzeta na osnovu člana I Konvencije radi sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida.“²⁶ Ukrajina nadalje tvrdi da ima pravo da zahteva izvršavanje Konvencije u dobroj veri, odnosno pravo da bude zaštićena od zloupotrebe Konvencije i da zbog takve zloupotrebe ne trpi štetu.²⁷ Rusija je, sa druge strane, osporavala da je „specijalnu vojnu operaciju“ preduzela na osnovu Konvencije o genocidu već je navela da je to učinila na osnovu člana 51 Povelje UN.²⁸ Sud je zaključio da je izvesno (*plausible*) da Ukrajina uživa pravo da ne bude izložena vojnoj intervenciji koja je preduzeta radi sprečavanja i kažnjavanja zločina genocida.²⁹

Međutim, način na koji je došao do ovog zaključka je možda i najslabiji argument u odluci. Sud se ne bavi postojanjem prava na koja se Ukrajina oslanja već govori o izvršenju Konvencije u dobroj veri koja isključuje upotrebu sile radi sprovođenja konvencijskih obaveza. Sud se ovde zadovoljio ekstenzivnim tumačenjem Konvencije: koje pravo Ukrajine iz člana I Konvencije korespondira obavezima Rusije da spreči i kazni zločin genocida. O kom bi pravu moglo biti reči, čak i da je pretpostavka Suda, po kojoj je vojna intervencija preduzeta radi sprovođenja obaveza iz člana I Konvencije, tačna? Pojedine sudije,³⁰ ali i komentari odluke,³¹ dovode u pitanje ovakav zaključak Suda. Pravo da se dokazuje da genocid nije učinjen

²⁶ Odluka o privremenim merama (*Ukrajina protiv Rusije*), pasus 52.

²⁷ *Ibidem*, pasusi 53–54.

²⁸ Document (with annexes) from the Russian Federation setting out its position regarding the alleged „lack of jurisdiction“ of the Court in the case, 7. mart 2022, pasusi 13–15 *et al.*

²⁹ Odluka o privremenim merama (*Ukrajina protiv Rusije*), pasus 60.

³⁰ Izdvojena mišljenja sudija Ksue (pasus 2), Gevorgijana (pasus 7) i Benune (pasus 6).

³¹ „Može se steći utisak da država može biti odgovorna za povredu Konvencije čak i kada ne počini genocid. To je pravno moguće samo ako je država ugovornica postupila suprotno Konvenciji u kojoj su odredbe koje se odnose na sam čin izvršenja genocida. Bez tog uslova ne postoji spor o tumačenju, primeni i izvršavanju Konvencije. Konvencija o genocidu se uopšte ne bavi lažnim zahtevima i optužbama za genocid. Članovi II i III govore o činjenju genocida ili o podsticanju, saučesništvu ili pokušaju izvršenja genocida. Konvencija se ne bavi navodima da je učinjen genocid kao što se ni ne bavi poricanjem genocida. Tvrdnja ili navod da je genocid učinjen ne predstavlja povredu Konvencije...“ – Alexander Orakhelashvili, „Anything Goes? The ICJ’s Provisional Measures Order in Ukraine v Russia“, *Birmingham Law School Research Blog*, 24. mart 2022. <https://blog.bham.ac.uk/lawresearch/2022/03/anything-goes-the-icjs-provisional-measures-order-in-ukraine-v-russia/>.

Andreas Kulick, „Provisional Measures after Ukraine v. Russia (2022)“, *Journal of International Dispute Settlement*, T. 13, 2022, 323–340.

ili pravo da se osporava zloupotreba genocida? Nestandardizovan i ne sasvim jasan kriterijum, u okolnostima konkretnog slučaja, Sud je jednostavno tumačio u korist tužioca. Sud ne samo da nije objasnio kriterijume „verovatnoće“ postojanja ugroženog prava, već ih je potpuno izostavio i oslonio se na široko tumačenje načela dobre vere.³² Ovo je posebno značajno na ovom mestu jer prema mišljenju Kolba ovaj uslov uverljivosti postojanja prava i njegove povrede je uveden upravo zato da bi se izbegla zloupotreba postupka izricanja privremenih mera.³³

Da je reč o odstupanju od dotadašnje prakse može ilustrovati stav Međunarodnog suda pravde u odluci o privremenim merama u jednom drugom sporu na osnovu iste Konvencije o genocidu: „U pogledu mera koje su zatražila Bosna i Hercegovina i Jugoslavija, Sud može razmatrati u granicama prava koja su predviđena Konvencijom o genocidu i koja mogu predstavljati predmet presude Suda prilikom vršenja nadležnosti na osnovu člana IX“.³⁴

U pogledu veze između traženih mera i ugroženog prava, Sud je relativno lako utvrdio da ona postoji. Pošto je našao da je izvesno da Ukrajina uživa pravo na osnovu Konvencije, a da član I ne precizira na koji način se obaveze iz Konvencije mogu izvršiti, Sud zaključuje da zatražene mere (prestanak vojnih operacija i operacija svih formacija koje postupaju pod kontrolom ili uputstvima Rusije) po svojoj prirodi odgovaraju zaštiti prava za koje je Sud utvrdio da su izvesna. Andreas Kulik primećuje da je Sud usvojio meru koja je šira od one koju je zatražila Ukrajina: dok je Ukrajina tražila prestanak upotrebe sile koja za svoj navedeni cilj ima sprečavanje genocida u Lugansku i Donjecku, Sud je koristio širu formulaciju i naredio Rusiji prestanak vojne operacije koju je započela 24. februara. 2022. godine.³⁵

Međutim, Sud ovde odbija dve privremene mere koje je tražila Ukrajina (zabrana preduzimanja svih radnji i obaveza izveštavanja o preduzetim merama u roku od nedelju dana) našavši da ne postoji veza između zatraženih mera i zaštite prava.³⁶ Međutim, za pojedine sudije ova veza i nije tako očigledna – činjenica da

³² „Čini se da je upravonejasno značenje pojma 'uverljivost' omogućilo Sudu danaredi privremene mere.“ Sebastian Wuschka & Elisabeth Hoffberger-Pippan, „Of Legal Creativity and Plausibility of Rights: The ICJ's Order on Provisional Measures in Ukraine v. Russia“, *Völkerrechtsblog*, 4. 4. 2022, doi: 10.17176/20220404-130943-0, <https://voelkerrechtsblog.org/the-icjs-order-on-provisional-measures-in-ukraine-v-russia/>, 18. 9. 2022.

³³ R. Kolb, op. cit., 369, 281.

³⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Odluka o privremenim merama od 8. aprila 1993, I. C. J. Reports 1993, 3, pasus 38.

³⁵ A. Kulick, op. cit., 334.

³⁶ Odluka o privremenim merama (*Ukrajina protiv Rusije*), pasus 63.

postoji oružani sukob ne znači automatski i da postoje uslovi za primenu Konvencije o genocidu, o čemu svedoči odluka o privremenim merama doneta u slučaju NATO intervencije u Jugoslaviji.³⁷

Poslednji uslov odnosi se na izvesnost da će doći do nepopravljive štete ukoliko se hitno ne nalože privremene mere. Sud se ovde zadovoljava činjenicom da postoji vojna operacija širokih razmera koja ugrožava veliki broj civila. Bez preciziranja prava koje je neposredno ugroženo, Sud se sasvim jasno rukovodio humanitarnim razlozima. Zapravo, teško je zamislivo da bi odbio privremene mere zbog nedostatka uslova „nepopravljive štete“ imajući u vidu i rezoluciju Generalne skupštine UN od 2. marta 2022. godine,³⁸ koja osuđuje napad na Ukrajinu sa humanitarnog stanovišta. Humanitarni razlozi su sigurno igrali odlučujuću ulogu u donošenju ove odluke. Sudija Benuna u svom izdvojenom mišljenju navodi da je glasao za privremene mere „zbog ove tragične situacije i strašne patnje koja se nanosi narodu Ukrajine da bih se pridružio pozivu upućenom Svetskom sudu da okonča ovaj rat“,³⁹ iako je celo mišljenje u suštini kritika pravne argumentacije u odluci. Sigurno je da su isti razlozi u značajnoj meri opredelili mišljenje sudija čak i ako je moralo biti odmah jasno da je malo verovatno da će ova odluka zaista i uticati na tok rata.

Tako je usvojena odluka o privremenim merama, većinom glasova 13 prema 2 (protiv odluke su glasale sudije iz Rusije i Kine). Odlukom je naloženo Rusiji da prestane sa upotrebom sile koju sprovodi putem svojih oružanih snaga i preko drugih vojnih jedinica i organizacija koje su pod njenom kontrolom. Odlukom je naloženo obema stranama da se uzdrže od svih akata koje bi mogle pogoršati postojeći spor. Od donošenja odluke do 20. septembra 2022. godine čak je 13 država podnelo zahtev da se uključe u spor kao intervenijenti na osnovu članstva u Konvenciji o genocidu i člana 63 Statuta Međunarodnog suda pravde.⁴⁰

KONTEKST

Različiti su konteksti koji mogu poslužiti kao analitički okvir za ovu odluku o privremenim merama. Oružani sukob je najupadljiviji i svakako najvažniji kontekst, jer je upravo on bio povod za pokretanje postupka pred Međunarodnim sudom pravde. Međutim, odluka se može posmatrati i u kontekstu prakse izricanja

³⁷ Muhamed Benuna, Deklaracija uz odluku o privremenim merama, pasusi 9–10.

³⁸ Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, A/RES/ES-11/1 od 2. marta 2022.

³⁹ M. Benuna, op. cit., pasus 1.

⁴⁰ Intervenijenti u sporu između Ukrajine i Rusije: <https://icj-cij.org/en/case/182/intervention> (21. septembar 2022).

privremenih mera u drugim slučajevima, a posebno u onim gde je oružani sukob takođe bio povod i okvir za donošenje odluke kao i u onom gde su se privremene mere zahtevale na osnovu Konvencije o genocidu. Konačno, ovaj postupak i sam spor deo su šireg konteksta različitih sudskih sporova između Ukrajine i Rusije u poslednjih osam godina.

Najvažniji kontekst svakako je rat. Oružani sukob je uvod u odluku, kontekst i predmet predloženih mera. Međutim, ovom treba dodati i reakciju velikog broja država i međunarodnih organizacija i osudu napada na Ukrajinu,⁴¹ sankcije koje su uvele brojne države, ali i niz drugih, često i spornih mera koje se preduzimaju protiv fizičkih i pravnih lica ruskog državljanstva, isključivanje iz sportskih događaja i medijska blokada. To je atmosfera u kojoj se donosi odluka o privremenim merama i koja sigurno utiče ne samo na individualni proces donošenja odluke već i na percepciju samog Suda kako će odluka biti prihvaćena i ocenjena u široj javnosti. Sudija Benuna je otvoreno rekao da se vodi humanitarnim razlozima iako je u svojoj deklaraciji odluku suštinski osporio. Zamislivo je da su se istim razlozima rukovodili i drugi. Sudu je možda bilo teže da odbije nego da prihvati zahtev ne samo zbog oružanog sukoba već i zbog stava međunarodne zajednice. Marko Milanović je o mišljenjima sudija koji su osporili odluku rekao da su ona razumna i da bi možda u nekim drugim okolnostima odnela prevagu.⁴²

U praksi tužiocu relativno često zahtevaju privremene mere a Međunarodni sud pravde je sklon da ove zahteve usvoji. U periodu od 1992. do 2022. podneto je 43 zahteva za izricanje privremenih mera a usvojeno ih je 22 (ovim brojem nije obuhvaćen spor između Nemačke i Italije iz 2022. jer je Nemačka povukla zahtev pre nego što je Međunarodni sud pravde uzeo zahtev u razmatranje).⁴³ Međutim, ova statistika ne pokazuje na pravi način spremnost Suda da naredi privremene mere zato što od 20 odbijenih zahteva čak ih je deset praktično u jednom predmetu. Pošto je SR Jugoslavija podnela zahtev za pokretanje postupka zajedno sa zahtevima za privremene mere protiv deset država članica NATO, ovi zahtevi su svi redom odbijeni (u dva slučaja, protiv Španije i SAD, sporovi su skinuti sa liste predmeta).

⁴¹ Andreas Kulik primećuje da je reakcija evropskih država država i SAD na ovaj rat nesrazmerna njihovoj reakciji na druge oružane sukobe u svetu, poput onih u Jemenu i Siriji, te da se njihove mere i reakcije mogu posmatrati i kao tzv. *Western exceptionalism*, naročito iz perspektive evropskih država, što opet, sa druge strane, ne umanjuje patnju ukrajinskog naroda i povrede međunarodnog prava od strane Rusije. – A. Kulick, op. cit., 324.

⁴² M. Milanovic, op. cit.

⁴³ *Imunitet države od sudske nadležnosti i mere ograničenja državne imovine (Nemačka protiv Italije)*, (*Questions of jurisdictional immunities of the State and measures of constraint against State-owned property (Germany v. Italy)*), Međunarodni sud pravde. Zahtev za pokretanje postupka (Application) podnet je 29. aprila 2022. V. <https://www.icj-cij.org/en/case/183>, 12. 9. 2022.

Iako je formalno reč o deset odvojenih postupaka suštinski je reč o istom sporu. Ako se ovih deset predmeta posmatra kao jedan onda statistika izgleda drugačije: u 34 predmeta privremene mere su izrečene u 23 predmeta, što znači da su zahtevi usvojeni u 70% slučajeva. Ovo dosta govori o uslovima za izricanje privremenih mera i standardu dokazivanja u ovoj fazi postupka. Statistika istovremeno ilustruje i inklinaciju Međunarodnog suda pravde da dosudi privremene mere zaštite, pa u ovom statističkom kontekstu izrečene privremene mere u sporu između Ukrajine i Rusije izgledaju kao deo opšteg i prihvaćenog trenda u praksi Međunarodnog suda pravde.

Praksu o privremenim merama možemo posmatrati i hronološki jer je u ovom periodu došlo do izmene u pravnom okviru i praksi izricanja privremenih mera. Naime, u predmetu *Lagrand* Međunarodni sud pravde prvi put nedvosmisleno zauzeo stav da je odluka o privremenim merama obavezna,⁴⁴ odnosno da propust da se postupi po merama predstavlja dodatni osnov odgovornosti države u postupku.⁴⁵ Do tada je ovo pitanje bilo nejasno najviše zbog formulacije odredbe o privremenim merama – Statut koristi izraz „*indicate provisional measures*“ što je služilo kao osnov tumačenju da je reč o preporučenim, instruktivnim ali ne i obaveznim merama. To je konačno rešeno upravo odlukom u predmetu *Lagrand*. Zatim, Međunarodni sud pravde je, kao što je već ovde i rečeno, od 2009. godine počeo da koristi još jedan uslov za izricanje mera koji se tiče izvesnosti postojanja prava (*plausibility*) koji je predmet zahteva za zaštitu. Međutim, ova novina, koja je svakako pooštrila uslove za izricanje privremenih mera,⁴⁶ nije pokvarila statistiku: od 17 zahteva u periodu od 2009. do danas (bez spora između Nemačke i Italije) zahtevi su usvojeni u čak 13 slučajeva. Konačno, poslednja izmena pravila postupka tiče se upravo privremenih mera. U Interna pravila o sudskoj praksi je 20. decembra 2020. godine uneto novo pravilo u član 11 koji predviđa formiranje tročlanog *ad hoc* komiteta Međunarodnog suda pravde koji će biti zadužen za nadzor nad izvršenjem privremenih mera tako što će primati ali i zahtevati informacije od strana u sporu i preporuke uputiti Sudu koji jedini ima nadležnost da odluči o daljim merama.⁴⁷

⁴⁴ *LaCrand (Germany v. United States of America)*, пресуда од 27. јуна 2001., I. C. J. Reports 2001, 466, pasus 109.

⁴⁵ *Ibidem*, pasus 128(5).

⁴⁶ Prema nekim autorima ovaj uslov je zahtevniji od *prima facie ratione materiae* uslova, jer nije dovoljno dokazati da je izvesno da postoji međunarodno pravno pravilo i subjektivno pravo tužioca već i da je konkretno ponašanje *prima facie* suprotno obavezi koju tuženi ima prema tužiocu. V. M. Lando, op. cit.

⁴⁷ Rezolucija o internim pravilima o sudskoj praksi (*Resolution concerning the Internal Judicial Practice of the Court*) usvojena 21. aprila 1976. a izmenjena 20. decembra 2020., <https://www.icj-cij.org/en/other-texts/resolution-concerning-judicial-practice>, 12. 9. 2022.

Ovakvom izmenom se daje više ovlašćenja Sudu da sprovodi nadzor nad izvršenjem svojih odluka tokom samog postupka.⁴⁸ Iako je Sud pratio okolnosti i poštovanje privremenih mera i ranije, o tome se suštinski mogao izjasniti tek u presudi o meritumu, dok je formalno ovlašćenje za nadzor nad primenom članom 41 rezervisano za Savet bezbednosti UN.⁴⁹ Interesantno je da je Ukrajina tražila od Međunarodnog suda pravde da naloži Rusiji da dostavi izveštaj o preduzetim merama za implementaciju odluke o privremenim merama i to u roku od nedelju dana od donošenja odluke a potom u redovnim intervalima. Međutim, upravo ovaj zahtev je Sud odbio,⁵⁰ iako je obavezu redovnog izveštavanja, u drugom paralelnom postupku između Gambije i Mjanmara na osnovu Konvencije o genocidu, utvrdio u odluci o privremenim merama,⁵¹ na osnovu člana 78 Pravilnika, 11 meseci pre unošenja ove odredbe u Interna pravila o sudskoj praksi.

Pregled privremenih mera u sporovima povodom oružanog sukoba i upotrebe sile ovde je važan ne samo zato što je u ukrajinsko-ruskom sporu oružani sukob osnovna tema spora čak i ako nije njegov glavni predmet, već i zato što okolnosti ovakvih slučajeva idu u prilog uslovima za izricanje mera: evidentni su i bez dokazivanja i rizik i nepopravljiva šteta kao i neophodnost hitnog postupanja. Može se pretpostaviti da će Međunarodni sud pravde u ovakvim okolnostima zauzeti stav *in favorem* izricanja privremenih mera. Privremene mere mogu biti adekvatno sredstvo za opštu zaštitu civilnog stanovništva u oružanom sukobu⁵² čak i kada ono nije predmet ovih mera. U periodu od 1992. godine 18 sporova, odnosno devet (ako se deset postupaka pokrenutih zbog bombardovanja posmatra kao jedan) gde je povod spora bio oružani sukob, i još dva gde je postojala upotreba sile ili pretnja silom manjih razmera. U svim ovim slučajevima, osim onih povodom NATO bombardovanja, izrečene su privremene mere (uz izuzetak zahteva za privremene mere koje je SR Jugoslavija tražila kao tužena u sporu sa Bosnom i Hercegovinom). Ovde statistika još ubedljivije dokazuje spremnost Međunarodnog suda pravde da naloži privremene mere u slučaju upotrebe sile, tako da je odluka koju je doneo Sud u ukrajinsko-ruskom sporu prati

⁴⁸ Paola Patarroyo, „Monitoring provisional measures at the International Court of Justice: the recent amendment to the Internal Judicial Practice“, *EJIL: Talk!*, 21. januar 2021., <https://www.ejiltalk.org/monitoring-provisional-measures-at-the-international-court-of-justice-the-recent-amendment-to-the-internal-judicial-practice/>, 12.9.2022.

⁴⁹ Član 41, stav 2 Statuta Međunarodnog suda pravde.

⁵⁰ Odluka o privremenim merama (*Ukrajina protiv Rusije*), pasus 83.

⁵¹ Odluka o privremenim merama (*Gambija protiv Mjanmara*), 2020, pasusi 82, 86.

⁵² Gentian Zyberi, „Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations“, *Leiden Journal of International Law*, br. 3, T. 23, 2010, 571–584.

ovaj trend. Konačno, komentatori navode i da obavezujući karakter privremenih mera u slučaju oružanog sukoba može imati snagu, bar za strane u sporu, kao i obavezujuće rezolucije Saveta bezbednosti koje su donete na osnovu glave VII Povelje UN.⁵³

Poseban kontekst za ovaj spor predstavljaju sudski sporovi između Ukrajine i Rusije, odnosno sudski i arbitražni postupci protiv Rusije, koji su nastali u vezi sa situacijom na Krimu i ratom u Ukrajini. Ovih postupaka je neobično mnogo i bez obzira što su različita supstancijalna i procesna pravila međunarodnog prava involvirana pred različitim sudskim i arbitražnim institucijama ono što im je zajedničko i što predstavlja jedan širi okvir ovih sporova jeste politički i oružani sukob Ukrajine i Rusije. Bez obzira na različite zahteve, pravne institute, instrumente i osnove nadležnosti, razlog svim ovim postupcima je daleko širi sukob. Pred Međunarodnim sudom pravde Ukrajina je već tužila Rusiju 2017. godine na osnovu Konvencije o sprečavanju finansiranja terorizma i Konvencije o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije. Samo je druga konvencija poslužila kao osnov za privremene mere uz obavezu Rusije da na području Krima zabrani diskriminaciju Tatara i omogući obrazovanje na ukrajinskom jeziku.⁵⁴

Pred Evropskim sudom za ljudska prava razlikuju se dve grupe slučajeva. Prva je u vezi sa pripajanjem Krima Rusiji dok je druga posledica tekućeg oružanog sukoba. Povodom obe grupe slučajeva postoje međudržavni sporovi i sporovi povodom tužbi pojedinaca. Sporovi povodom tužbe Ukrajine protiv Rusije imaju dosta sličnosti sa onim pred Međunarodnim sudom pravde, jer se tiču istih okolnosti, ali su ovde zahtevi podneti na osnovu Evropske konvencije o ljudskim pravima i tiču se zaštite prava pojedinaca a ne države. Trenutno pred Evropskim sudom za ljudska prava je u toku sedam ukrajinsko-ruskih sporova (u jednom se kao tužilac javlja, pored Ukrajine, i Holandija).⁵⁵ Poslednji je pokrenula Ukrajina

⁵³ „Još jedna posledica koja proizilazi iz obavezujućeg karaktera privremenih mera je da dejstvo privremenih mera u oružanim sukobima, kojima se nalaže da se odmah prekinu oružane akcije, isto – bar za strane u sporu – kao i dejstvo rezolucija Saveta bezbednosti na osnovu glave VII Povelje, iako su razlozi drugačiji: politički su u slučaju Saveta bezbednosti a pravni za Međunarodni sud pravde.“ – Karin Oellers-Frahm, „Article 41“, *The Statute of the International Court of Justice : a commentary*, (eds. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm, Christian J. Tams), 1069.

⁵⁴ Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Ukraine v. Russian Federation*), Odluka o privremenim merama od 19. aprila 2017, I. C. J. Reports 2017, 104.

⁵⁵ Lista međudržavnih sporova pred Evropskim sudom za ljudska prava dostupna je na sledećoj internet stranici: <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/interstate&c=>, 12. 9. 2022.

28. februara 2022. godine, dakle istovremeno kad i pred Međunarodnim sudom pravde, kada je sa tužbom podnela i zahtev za privremene mere koje je Evropski sud izrekao dan kasnije.

Odmah na početku rata u Ukrajini, Savet Evrope je 25. februara prvo suspendovao pravo predstavljanja Rusiji u Komitetu ministara i Parlamentarnoj skupštini,⁵⁶ a 15. marta Rusija je podnela zahtev za istupanje iz Saveta Evrope i Evropske konvencije za ljudska prava. Komitet ministara je u istom periodu doneo odluku da Rusija ne može biti više članica Saveta Evrope i da joj članstvo prestaje 16. marta 2022, a da Evropska konvencija, a time i nadležnost Evropskog suda, važe još šest meseci. To znači da od 16. septembra 2022. godine Rusija i formalno više nije članica ove Konvencije. Postavlja se pitanje statusa sporova koji su u toku i da li tokom ovog otkaznog perioda postoji mogućnost podnošenja tužbi protiv Rusije. Evropski sud za ljudska prava je 22. septembra u plenarnom zasedanju odlučio da Ruskoj Federaciji prestaje članstvo 16. septembra i da Evropski sud ostaje nadležan da odlučuje o tužbama protiv Rusije koje se odnose na radnje koje predstavljaju povredu Evropske konvencije a koje nastupe pre 16. septembra. Istom odlukom Evropski sud je ukinuo odluku od 16. marta o prekidu postupaka protiv Rusije.⁵⁷ Komitet ministara Saveta Evrope je u rezoluciji o posledicama isključenja Rusije iz članstva ove organizacije naveo sledeće: „u skladu sa rezolucijom Evropskog suda za ljudska prava od 22. marta 2022. Sud zadržava nadležnost da odlučuje o zahtevima protiv Ruske Federacije u vezi sa radnjama činjenja i nečinjenja koji mogu predstavljati povredu Konvencije pod uslovom da su ove radnje učinjene pre 16. septembra 2022. godine. Komitet ministara nastaviće sa nadzorom nad izvršenjem presuda i poravnanja a Ruska Federacija i dalje ima obavezu da ih sprovede.“⁵⁸ Komitet ministara i Evropski sud za ljudska prava nisu postavili rokove za podnošenje tužbi protiv Rusije već su nadležnost definisali prema momentu nastanka spornih činjenica što znači da je moguće da će Evropski sud raspravljati i o tužbama koje budu podnete posle 16. septembra ako se odnose na okolnosti koje su nastupile pre ovog datuma (uz napomenu da

⁵⁶ *Council of Europe suspends Russia's rights of representation*, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-suspends-russia-s-rights-of-representation>, 25. 2. 2022. (21. 9. 2022).

⁵⁷ *Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights*, 22. mart 2022. https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf, 18. 9. 2022.

⁵⁸ *Resolution CM/Res(2022)3 on legal and financial consequences of the cessation of membership of the Russian Federation in the Council of Europe*, 23. mart 2022, pasus 2. https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=0900001680a5ee2f, 18. 9. 2022.

postoje opšti rokovi za podnošenje tužbe i obaveza prethodnog iscrpljivanja lokalnih pravnih lekova). Ako ovo bude slučaj nije jasno kako će Evropski sud ispuniti uslov iz člana 26 stav 4 prema kojem sudija tužene države po službenoj dužnosti je član sudskog veća ako je Rusija posle datuma isključenja izgubila pravo da imenuje svog sudiju.⁵⁹

Ovim se ne iscrpljuju sva područja borbe. Otvorena je istraga pred Međunarodnim krivičnim sudom,⁶⁰ Savet UN za ljudska prava pokrenuo je postupak utvrđivanja činjenica, vode se postupci pred Međunarodnim tribunalom za pravo mora⁶¹ i pred Svetskom trgovinskom organizacijom, a u toku je više od deset sporova pred međunarodnim arbitražnim sudovima na osnovu investicionih sporazuma.⁶² Reč je o jednom već poznatom a ovde tako očiglednom fenomenu, nekoj vrsti Klauzeviceve antiteze: vođenje rata sudskim sredstvima, tzv. *lawfare*.⁶³ Međunarodnim postupcima treba dodati i brojne druge postupke koji se vode pred nacionalnim sudovima.⁶⁴

⁵⁹ Za diskusiju o članu 20 u svetlu istupanja Rusije iz Saveta Evrope i Evropske konvencije v.: Kanstantsin Dzehtsiarou, Laurence Helfer, „Russia and the European human rights system: Doing the right thing ... but for the right legal reason?“, *EJIL:Talk!*, 29. mart 2022. <https://www.ejiltalk.org/russia-and-the-european-human-rights-system-doing-the-right-thing-but-for-the-right-legal-reason/>, 18. 9. 2022.

⁶⁰ Office of the Prosecutor, Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: „I have decided to proceed with opening an investigation.“ <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qa-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>, 18. 9. 2022.

⁶¹ ITLOS, Case concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (*Ukraine v. Russian Federation*), Case No. 26, <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-concerning-the-detention-of-three-ukrainian-naval-vessels-ukraine-v-russian-federation-provisional-measures/>, 19. 9. 2022.

⁶² Jure Zrilić, „Are We in for a New Wave of Investment Arbitrations?: Russia’s Measures Against Foreign Investors and Investment Treaty Implications“, *VerfBlog*, 2022/3/21, <https://verfassungsblog.de/are-we-in-for-a-new-wave-of-investment-arbitrations/>, doi: 10.17176/20220322-001156-0.

⁶³ Jill I. Goldenziel, „An Alternative to Zombieing: Lawfare between Russia and Ukraine and the Future of International Law“, *Cornell Law Review*, June 20, 2022. Dostupno na: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4141521>; Waseem Ahmad Qureshi, „Lawfare: The Weaponization of International Law“, *Houston Journal of International Law*, No. 1, T. 42, 2019, 39–85; Eric Cheng, „Lawfare in Ukraine: Weaponizing International Investment Law and the Law of Armed Conflict Against Russia’s Invasion“, *Strategic Perspectives*, No. 39, Institute for National Strategic Studies, August 2022; Orde Kittrie, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford, 2016; Joel P. Trachtman, „Integrating Lawfare and Warfare“, *Boston College International and Comparative Law Review*, No. 2, T. 39, 2016, 267–282.

⁶⁴ Za pregled (mapu) različitih postupaka pred nacionalnim sudovima, v.: <https://www.justiceinfo.net/en/89266-ukraine-responds-to-warfare-with-lawfare.html>, 18. 9. 2022.

ZAKLJUČAK

Iako je oružani sukob centralna tema i najvažniji kontekst u kojem se vodi postupak pred Međunarodnim sudom pravde, suštinsko pravno pitanje je zloupotreba prava. Ukrajina optužuje Rusiju da je zloupotrebila pojam genocida a time i eventualna ovlašćenja koja bi mogla da ima za sprečavanje i kažnjavanje ovog zločina, dok Rusija optužuje Ukrajinu da je zloupotrebila mehanizam rešavanja sporova da bi pribavila nadležnost Međunarodnog suda pravde, da je zloupotrebila zloupotrebu. U ovom momentu nije moguće proceniti pravnu i političku vrednost ove odluke, oružani sukob ali i sudski ratovi su i dalje u toku, humanitarna kriza ne posustaje, a pitanje nadležnosti još uvek je nerešeno.

Prof. Dr. SANJA ĐAJIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Novi Sad

ON WAR, LAW AND ABUSE OF GENOCIDE: PROVISIONAL MEASURES IN THE CASE BETWEEN UKRAINE AND RUSSIA BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Summary

On 16 March 2022 the International Court of Justice delivered the Order on the Request for the indication of provisional measures submitted by Ukraine in the case concerning *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ukraine v. Russian Federation). The ICJ upheld the Ukrainian claim according to which Ukraine holds the right not to be subject to a false claim of genocide and not to be subjected to another State's military operations on its territory based on an abuse of Article I of the Genocide Convention, the claim that Russia denied. In this contribution the author highlights certain aspects of the claim, procedure and order which brings in several novelties to the case law on provisional measures and interpretation of Genocide Convention. This order is further contextualized within three different frameworks: of the ongoing armed conflict in Ukraine; of the case law on provisional measures in general, and in cases of armed conflict and Genocide Convention; and of the wider lawfare raging between Ukraine and Russia on many judicial warfronts.

Key words: provisional measures, International Court of Justice, Genocide Convention, Ukraine, Russia

Literatura

Cheng E., „Lawfare in Ukraine: Weaponizing International Investment Law and the Law of Armed Conflict Against Russia's Invasion“, *Strategic Perspectives*, No. 39, Institute for National Strategic Studies, August 2022.

- Dzehtsiarou K., Helfer L., „Russia and the European human rights system: Doing the right thing ... but for the right legal reason?“, *EJIL:Talk!*, 29. mart 2022. <https://www.ejiltalk.org/russia-and-the-european-human-rights-system-doing-the-right-thing-but-for-the-right-legal-reason/>.
- Goldenziel J. I., „An Alternative to Zombieg: Lawfare between Russia and Ukraine and the Future of International Law“ *Cornell Law Review*, June 20, 2022, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4141521>.
- Kittrie O., *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford, 2016.
- Kolb R., „Digging Deeper into the 'Plausibility of Rights' – Criterion in the Provisional Measures Jurisprudence of the ICJ“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, T. 19, 2020.
- Kulick A., „Provisional Measures after Ukraine v Russia (2022)“, *Journal of International Dispute Settlement*, T. 13, 2022.
- Lando M., „Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice“, *Leiden Journal of International Law*, T. 31, 2018.
- Lemey M., „Incidental Proceedings before the International Court of Justice: The Fine Line between 'Litigation Strategy' and 'Abuse of Process'“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, T. 20, 2021.
- Milanovic M., „ICJ Indicates Provisional Measures Against Russia, in a Near Total Win for Ukraine; Russia Expelled from the Council of Europe“, *EJIL:Talk!*, 16. mart 2022. <https://www.ejiltalk.org/icj-indicates-provisional-measures-against-russia-in-a-near-total-win-for-ukraine-russia-expelled-from-the-council-of-europe/>.
- Oellers-Frahm K., „Article 41“, *The Statute of the International Court of Justice : a commentary* (eds. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm, Christian J. Tams).
- Orakhelashvili A., „Anything Goes? The ICJ's Provisional Measures Order in Ukraine v Russia“, *Birmingham Law School Research Blog*, 24. mart 2022, <https://blog.bham.ac.uk/lawresearch/2022/03/anything-goes-the-icjs-provisional-measures-order-in-ukraine-v-russia/>.
- Patarroyo P., „Monitoring provisional measures at the International Court of Justice: the recent amendment to the Internal Judicial Practice“, *EJIL: Talk!*, 21. januar 2021, <https://www.ejiltalk.org/monitoring-provisional-measures-at-the-international-court-of-justice-the-recent-amendment-to-the-internal-judicial-practice/>.
- Qureshi W.A., „Lawfare: The Weaponization of International Law“, *Houston Journal of International Law*, No. 1, T. 42, 2019.
- Trachtman J. P., „Integrating Lawfare and Warfare“, *Boston College International and Comparative Law Review*, No. 2, T. 39, 2016.
- Zrilić, J., „Are We in for a New Wave of Investment Arbitrations?: Russia's Measures Against Foreign Investors and Investment Treaty Implications“, *VerfBlog*, 2022/3/21, <https://verfassungsblog.de/are-we-in-for-a-new-wave-of-investment-arbitrations/>, doi: 10.17176/20220322-001156-0.

Zyberi G., „Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations“, *Leiden Journal of International Law*, br. 3, T. 23, 2010.

Wuschka S., Hoffberger-Pippan E., „Of Legal Creativity and Plausibility of Rights: The ICJ’s Order on Provisional Measures in Ukraine v. Russia“, *Völkerrechtsblog*, 4. 4. 2022, doi: 10.17176/20220404-130943-0, <https://voelkerrechtsblog.org/the-icjs-order-on-provisional-measures-in-ukraine-v-russia/>.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

IVANA KRSTIĆ

PRAVO NA ABORTUS KAO PRAVO NA PRIVATNOST I (ILI) PITANJE OSTVARENJA RODNE JEDNAKOSTI?

U radu se ispituje da li pravo na abortus treba posmatrati prvenstveno kao deo prava na privatnost, ili ono treba razmatrati sa stanovišta rodne ravnopravnosti. Odgovor na ovo pitanje je izuzetno važan, jer od njega zavisi i ovlašćenje države da ovo pravo posmatra kao ustavnu kategoriju, odnosno kao princip koji nije podložan ograničenjima i negativnim obavezama. Značaj ovog pitanja došao je do izražaja u presudi Vrhovnog suda SAD od juna 2022, kada je odlučivanje o pravu na abortus vraćeno narodu, odnosno samim državama SAD. Međutim, ovakvo rešenje nije ni progresivno, a ni adekvatno jer omogućava dalje zloupotrebe i ograničenja prava na abortus. Takva ograničenja već postoje u praksi mnogih država, uključujući i države regiona i ogledaju se u zahtevanju obaveznog perioda čekanja na intervenciju, davanja pristrasnih informacija, korišćenja nehumanih metoda savetovanja, uvođenje odobrenja za abortus, kao i široko pozivanje lekara na prigovor savesti. Navedenim ograničenjima doprinos daje jačanje konzervativnih grupa koje nameću tradicionalne vrednosti u društvu i koje žene posmatraju kao objekat rađanja i izlaz za demografske i nacionalne probleme države. Time se još jednom ilustruje rodna dimenzija u pristupu pravu na abortus koji mora biti siguran, zakonit i delotvoran.

Ključne reči: abortus, pravo na privatnost, pravo na život, fetus, rodna jednakost

U V O D

Nedavna odluka Vrhovnog suda SAD kojom je odstupljeno od standarda utvrđenih u čuvenoj presudi *Roe v. Wade* iz 1973, izazvala je talas nezadovoljstva i protesta širom zemlje i sveta. Organizacije za zaštitu ženskih ljudskih prava izrazile

Prof. dr Ivana Krstić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ikrstic@ius.bg.ac.rs.

su strah od posledica ove odluke, koja je otvorila debatu i u Srbiji, a u kojoj su došle do izražaja konzervativne tendencije u pogledu ograničenja prava žena da odlučuju o svom telu i zdravlju, a time i o prekidu trudnoće.

Pravo na abortus predstavlja jedno od fundamentalnih prava žena, a ne privilegiju koju joj društvo daje i uskraćuje, jer ona ima autonomiju volje da odlučuje o svom telu. Pristup zakonskom abortusu je važan i jer ima mnogo dokaza da je nezakonit abortus nebezbedan i da predstavlja pretnju po život i zdravlje žene,¹ što opet otvara pitanje zaštite njenog integriteta. Međutim, pitanje abortusa često se posmatra kroz prizmu različitih konfliktnih interesa, te ono može biti ograničeno osiguranjem da je otac upoznat sa tim da je do začeća došlo i da ima priliku da makar iskaže svoj stav povodom odluke žene da rodi, odnosno ne rodi dete. I sam fetus postaje predmet spora zbog poštovanja ključnog prava – prava na život, koje je ugroženo, odnosno povređeno kada žena odluči da prekine trudnoću. Odnos prema fetusu kreće se od priznanja njegovog subjektiviteta od samog začeća, što je dosta ređe, do određenja trenutka kada se fetus smatra „živi“, što je mahom period kada fetusu proradi srce. Od tog trenutka, pravo na abortus ograničeno je i moguće je da bude dozvoljeno samo u posebnim okolnostima, kada preteže interes majke ili samog fetusa. Pored ovoga, odnos prema abortusu u društvu često se posmatra kroz prizmu „javnog interesa“ i zavisi od činjenice da li je u konkretnoj državi dominantna religija koja ne priznaje nasilan prekid trudnoće, ili je ona toliko uticajna da to povlači za sobom veoma restriktivne zakone u pogledu uživanja ovog prava. Pored etičkih i verskih argumenata, često se vodi polemika o priznanju ovog prava kada se ukazuje na činjenicu broja abortusa i kako to utiče na opšti natalitet u društvu. Kako su žene kroz istoriju posmatrane prvenstveno u kontekstu produženja vrste, ovakve rasprave svode se na pitanje opstanka društva i smanjenja broja stanovnika jedne zemlje, koje je često posledica odliva stanovništva ili njegove emancipacije.

U literaturi i zakonskim tekstovima postoje različite definicije pojma abortus, ali će za potrebe ovog rada ona biti shvaćena kao „namerni prekid trudnoće uz žrtvovanje fetusa“.² Izbor ove teme uslovio je važan istorijski trenutak i neophodnost ponovne borbe za ženska ljudska prava. Glavni argument u ovom radu je da se pravo na abortus mora posmatrati prvenstveno kroz prizmu osnovnih prava žene, i to prava na fizički i psihički integritet i prava na zdravlje, prava na privatnost, ali i principa rodne ravnopravnosti. U radu će se polemisati da li pravo na abortus,

¹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 24, UN Doc. A/54/38/Rev.1, chap. I (1999), para. 31(c).

² Milan Paunović, Boris Krivokapić, Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, 77.

koje nije izričito garantovano međunarodnim izvorima, treba posmatrati prvenstveno u kontekstu prava na privatnost, ili u kontekstu ostvarenja principa rodne ravnopravnosti, imajući u vidu da ovo pitanje ima izrazitu rodnu dimenziju. Rad se sastoji iz tri dela. U prvom delu prikazani su univerzalni i evropski standardi koji se odnose na pravo na abortus i ukazuje se na određene aspekte prava na abortus koji su utvrđeni posebno u presudama Evropskog suda za ljudska prava. Drugi deo rada posvećen je pravu na abortus u SAD i nedavnoj odluci Vrhovnog suda koja je prirodan nastavak ograničenja prava na abortus u ovoj zemlji, ali i šire. Konačno, u trećem delu je predstavljeno s kojim se izazovima suočavaju zemlje regiona koje imaju isto pravno nasleđe i kod kojih su uočene različite prakse koje, uprkos dobrom zakonskom okviru, značajno ograničavaju pravo žena na abortus.

PRAVO NA ABORTUS U MEĐUNARODNOM PRAVU

Brojni međunarodni instrumenti garantuju pravo na život, koje se štiti od trenutka rođenja. Većina međunarodnih tela za zaštitu ljudskih prava pravo na život vidi kao fundamentalno pravo, bez čije zaštite bi sva ostala prava bila iluzorna.³ Jedini izuzetak u smislu momenta od kojeg se štiti pravo na život predstavlja Međuamerička konvencija o ljudskim pravima, koja u čl. 4. stav 1. nalaže državama da pravo na život garantuju zakonom „i u principu, od momenta začeća“. Zanimljivo je da ovakve odredbe nema u Američkoj deklaraciji o pravima i dužnostima čoveka, koja je doneta pre same konvencije. Međuamerička komisija za ljudska prava je, dajući tumačenje ove odredbe, naglasila da pripremni radovi (*travaux preparatoires*) konvencije pokazuju da je u trenutku donošenja dokumenta zaštita fetusa bila važna, ali da upotrebljene reči „u principu“ omogućavaju državama da uvedu zakone kojima je abortus zakonit u nekim situacijama.⁴ Ženama u Latinskoj Americi u slučaju potrebe za prekidom trudnoće ostaje mogućnost da se pozivaju na zabranu zlostavljanja, ali se većina situacija ne može kvalifikovati za veoma striktno izuzetke koji dozvoljavaju abortus s pozivanjem na zaštitu integriteta žene (kao na primer, u situaciji kada bi žena bila prinuđena da održi trudnoću uprkos riziku po sopstveno zdravlje i život).⁵

³ V. na primer, *Escué-Zapata v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-American Court on Human Rights, 4 July, 2007.

⁴ Case 2141, *White and Potter ('Baby Boy') v. the USA*, Inter-American Commission on Human Rights, Report No 23/81, 6 March 1981. U ovom predmetu postavilo se pitanje da li je doktor koji je izvršio abortus u Masačusetsu (SAD) povredio pravo na život nerođenog dečaka.

⁵ V. više u: Patricia Palacios Zuloaga, „Pushing Past the Tipping Point: Can the Inter-American System Accommodate Abortion Rights?“, *Human Rights Law Review*, Vol. 21, Iss. 4, December 2021, 899–934.

Opšti univerzalni instrumenti

Na univerzalnom nivou zaštite ljudskih prava, i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodna konvencija za ukidanje svih oblika diskriminacije žena priznaju pravo na život od trenutka rođenja. Komitet za ljudska prava u svom Opštem komentaru br. 36 posvećuje posebnu pažnju pravu na abortus.⁶ Tako Komitet traži od država da preduzmu sve da se ženi koja se podvrgne prekidu trudnoće ne ugrožava život, da nije izložena fizičkoj i mentalnoj patnji, kao i da ne bude izložena diskriminaciji i povredi prava na privatnost.⁷ Ovaj stav je važan, imajući u vidu da je, odlučujući po individualnim komunikacijama, Komitet za ljudska prava utvrdio da je u većem broju slučajeva u vezi sa ostvarenjem prava na abortus došlo do diskriminacije, zlostavljanja i povrede prava na privatnost trudnice.⁸ Da bi se ovo pravo zaštitilo država mora dozvoliti siguran, zakonit i delotvoran pristup abortusu, posebno kada su život i zdravlje žene ugroženi ili je do začeca došlo izvršenjem krivičnog dela. Posebno se ukazuje na značaj uklanjanja barijera u pristupu abortusu za žene, a naročito kada se radi o prigovoru savesti lekara.⁹ Komitet traži od država i da se aktivno bave prevencijom stigmatizacije trudnica koje traže da prekinu trudnoću.¹⁰

Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena u čl. 16. st. 1. tač. e) propisuje ravnopravnost žena i muškaraca da slobodno i odgovorno odlučuju o planiranju porodice, kao i pravo na pristup informacijama, obrazovanju i sredstvima za ostvarenje ovog prava. Neki autori smatraju da je ovom odredbom uvedena ravnopravnost žena u oblasti planiranja porodice, čime se eksplicitno ne dozvoljava, ali i ne zabranjuje abortus.¹¹ Iako je ovo tačno, formulacija koja ističe ravnopravnost muškaraca i žena može biti problematična sa stanovišta ostvarenja prava na abortus. Zato, da bi se dobro razumeo domašaj pomenute odredbe, neophodno je osvrnuti se na rad Komiteta za ukidanje diskriminacije žena, koji je u Opštem komentaru br. 35 vrlo jasno stavio do znanja da odbijanje pristupa abortusu može predstavljati oblik diskriminacije žena, a može predstavljati i povredu njenog fizičkog

⁶ Human Rights Committee, General Comment no. 36 on Article 6, 30 October 2018.

⁷ *Ibidem*, para. 8.

⁸ V. između ostalog, *K. L. v. Peru*, HRC, 24 October 2005, para. 6.4; *V. D. A. v. Argentina*, HRC, 28 April 2011, para. 9.3; *Mellet v. Ireland*, HRC, 31 March 2016, para. 7.7; *Whelan v. Ireland*, HRC, 11 July 2017, para. 7.8.

⁹ Human Rights Committee, General Comment no. 36, para. 8.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ V. na primer: Majida M. Lubura, „Pravo na abortus u savremenom pravu i praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Strani pravni život*, br. 1, 2021, 161.

i psihičkog integriteta.¹² Ovakav stav zauzima i Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava,¹³ koji dalje insistira da države moraju da se uzdrže od omogućavanja pristupa nesigurnom prekidu trudnoće, kao i da obezbede poverljivu i delotvornu proceduru za abortus kada postoji opasnost po život i zdravlje žene,¹⁴ kada trudnoća nameće prevelike patnje ili kada je začće posledica incesta ili silovanja.¹⁵ Na ovaj način, jasno se navode situacije u kojima pravo na abortus ne bi smelo da bude ograničeno.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava

Evropska konvencija o ljudskim pravima garantuje pravo na život u čl. 2, ali ne precizira koji je to momenat od kojeg ovo pravo počinje da se garantuje. U Konvenciji se samo kaže da je pravo na život svakog lica zaštićeno zakonom, iz čega posredno proizlazi da se ovo pravo garantuje od trenutka rođenja. Dalje pojašnjenje domašaja čl. 2. dato je u praksi Evropskog suda za ljudska prava i sada već čuvenoj presudi *Vo protiv Francuske*.¹⁶ U ovom predmetu, francuski ginekolog je greškom izvršio intervenciju nad ženom koja je bila u šestom mesecu trudnoće, umesto nad drugom pacijentkinjom koja nije bila bremenita. Rasprava se vodila oko toga da li Evropska konvencija štiti pravo na život fetusa, i ako da, da li bi time bila ugrožena prava žena, jer bi to dalo vladi privilegiju da ovom pravu da primat u odnosu na prava trudne žene. Evropski sud se, raspravljajući o ovom pitanju, osvrnuo na različite domaće zakone kojima je regulisan abortus i zaključio da fetus nema pravo na život, te da je „implicitno ograničen pravima i interesima majke“.¹⁷ Ipak, Sud se ovde vrlo oprezno izjasnio jer navodi da u određenim okolnostima garancije mogu biti proširene i na nerođeno dete.¹⁸ Dakle, Sud ne priznaje pravo na život fetusa, ali ukazuje na to da on može biti korisnik pojedinih garancija u određenim okolnostima.¹⁹

¹² CEDAW, General Recommendation 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation 19, 14 July 2017, para. 18.

¹³ CESCR, General Comment 22 on the right to sexual and reproductive health (article 12), 2 May 2016, para. 34.

¹⁴ *Ibidem*, para 28.

¹⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations on Philippines, E/C.12/PHL/CO/5-6, paras. 51–52.

¹⁶ *Vo v. France*, predstavka br. 53924/00, presuda od 8. jula 2004.

¹⁷ *Ibidem*, st. 80.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Spyridoula (Sissy) Katsoni, „The Right to Abortion and the European Convention on Human Rights, The Right to Abortion and the European Convention on Human Rights: In Search of Consensus among Member-States“, *Völkerrechtsblog*, 19 March 2021.

S druge strane, iako je Sud prihvatio da se ovo pravo može podvesti pod pravo na privatnost majke (čl. 8 Evropske konvencije), uvek je ograničen balansiranjem konfliktnih interesa žene ili muškarca u odnosu na nerođeno dete.²⁰ Taj interes svakako predstavlja zdravlje žene i kada je ono ozbiljno narušeno, odnosno kada se dovede u pitanje život trudnice, pravo na abortus je zagantovano.²¹

U predmetu *X. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, suprug je pokušao da spreči suprugu da abortira u osmoj nedelji trudnoće. Drugim rečima, u ovom predmetu je nametnuo pitanje prava fetusa na život, koje je invocirao otac. Domaći sud je prvo razmatrao rimsko pravo, u kojem se abortus bez saglasnosti oca smatrao krivičnim delom, kao i odluku Vrhovnog suda SAD da država Misuri neustavno traži saglasnost oca za abortus kao uslov da se intervencija sprovede.²² Sud je zaključio da u engleskom pravu fetus nema to pravo, a time ni otac nema pravo da spreči majku da prekine trudnoću, niti da bude konsultovan i informisan o abortusu.²³ Evropska komisija koja se bavila ovim slučajem pošla je od toga da se „život“ fetusa ne može posmatrati izolovano od života majke²⁴ i odbila predstavku jer nije našla povredu ni čl. 2, a ni čl. 8 Evropske konvencije.

Sud je nastavio raspravu o pravu na abortus u predmetu *A, B. i C. protiv Irske*,²⁵ gde se postavilo pitanje priznanja ovog prava u situacijama u kojima ne postoji rizik po zdravlje žene. U pomenutom predmetu, tri podnositeljke predstavke su bile prinuđene da otputuju u Englesku i podvrgnu se abortusu, usled propusta Irske da implementira Zakon o abortusu. Pomenuti zakon je dozvoljavao prekid trudnoće samo u slučaju postojanja rizika po zdravlje žene, zbog čega su podnositeljke predstavke osporile i veoma restriktivan pristup Zakona. Sve tri su imale ozbiljne razloge za prekid trudnoće. Prva podnositeljka predstavke je želela da prekine trudnoću iz socijalnih razloga jer se njenih četvoro dece već nalazilo u hraniteljstvu, druga podnositeljka je htela da prekine trudnoću jer je bila neželjena i desila se uprkos korišćenju kontraceptivnih sredstava, dok je treća podnositeljka želela da prekine trudnoću jer se nalazila u stanju remisije kancera. Evropski sud nije

²⁰ *Vo v. France*, st. 80. Ovde se Sud poziva na predmet *Brüggemann and Scheuten v. Germany*, Evropska komisija, predstavka br. 6959/75, odluka od 12. jula 1977, st. 61, gde je implicitno prihvaćeno da apsolutna zabrana abortusa predstavlja nedopustivo ometanje prava privatnosti.

²¹ *X v. the United Kingdom*, Evropska komisija predstavka br. 8416/78, odluka od 13. maja 1980, st. 19.

²² *Ibidem*, st. 6. U pitanju je predmet *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth A. G.*

²³ *Ibidem*, st. 7.

²⁴ *Ibidem*, st. 19.

²⁵ *A, B and C. v. Ireland*, predstavka br. 25579/05, presuda od 16. decembra 2010.

pronašao da je ovako restriktivan zakon doveo do povrede Evropske konvencije, ali je ukazao na propust irskih vlasti da usvoje zakon kojim bi se uspostavila delotvorna i pristupačna procedura za abortus. Po oceni Suda, pomenuti propust je doveo do povrede pozitivne obaveze Irske na osnovu čl. 8 Evropske konvencije.²⁶ Sud je uzeo u obzir da zakonodavstva mnogih evropskih zemalja preciziraju uslove koji omogućavaju pristup zakonitom abortusu i predviđaju različite procedure za to.²⁷ Iako treba pozdraviti ovaj nalaz Suda, neophodno je napomenuti da odluka predstavlja i odstupanje od prakse Evropskog suda o pronalaženju konsenzusa među evropskim državama u pogledu spornog pitanja, imajući u vidu da je u trenutku odlučivanja 35 evropskih država dozvoljavalo abortus po nekoliko osnova, dok je još pet država dozvoljavalo abortus zbog zdravlja i dobrobiti, uključujući i socioekonomske razloge. Takođe, još tri države dozvoljavale su abortus iz zdravstvenih razloga, dok su svega tri države imale restriktivniji pristup od Irske.²⁸ Ipak, ovo nije bilo dovoljno da Sud pronađe povredu materijalnog aspekta prava na abortus. Problematično je i to što Evropski sud nije prihvatio tvrdnju podnositeljki predstavlke da je neophodnost njihovog putovanja u inostranstvo radi prekida trudnoće predstavljala povredu čl. 3 Konvencije zbog fizičke i psihičke patnje, anksioznosti i tuge kojoj su izložene, kao i povredu čl. 14. u vezi sa čl. 8 Konvencije zbog diskriminacije po osnovu pola jer je ženama nametnut prevelik teret.²⁹ Sud nije pronašao povredu čl. 3 jer su podnositeljicama predstavlke bile dostupne konsultacije i savetovanje, a nije dokazano da je razlog za nekorišćenje dostupnih službi bila stigma ili postojanje tabua u irskom društvu.³⁰ S druge strane, Sud je smatrao da nije nužno da se bavi postojanjem diskriminacije u ovom predmetu³¹

²⁶ *Ibidem*, st. 250–266.

²⁷ *Ibidem*, st. 266.

²⁸ V. A. B. and C. v. Ireland, Center for Reproductive Rights, Fact Sheet, 5, https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/crr_ABC_Factsheet.pdf, 1. 10. 2022. Malta i Andora zabranjuju abortus u svim okolnostima, San Marino i Lihtenštajn ga dozvoljavaju samo kada abortus predstavlja ozbiljnu pretnju po zdravlje žene, ili je rezultat silovanja i seksualnog napada, dok Monako i Mađarska dozvoljavaju abortus u slučaju deformiteta fetusa. Poljska je dozvoljavala abortus samo u slučaju incesta, silovanja ili pretnje po život žene, da bi u oktobru 2020. godine Ustavni sud proglasio neustavnim razlog koji se odnosi na deformitet fetusa. V. Constitutional Court of Poland, *Case No. K 1/20* (OTK ZU A/2021, item 4, October 22, 2020). Više o ovome v. u: Julia Kapelańska-Pręgoswska, „The Scales of the European Court of Human Rights: Abortion Restriction in Poland, the European Consensus, and the State’s Margin of Appreciation“, *Health and Human Rights Journal*, Vol. 23/2, December 2021, 213–224.

²⁹ *Ibidem*, st. 165, 269–270.

³⁰ *Ibidem*, st. 60–61.

³¹ *Ibidem*, st. 270.

iako je ovaj aspekt veoma važan i vidljiv. Ipak, nakon ove presude u Irskoj je donet Zakon za zaštitu života tokom trudnoće, kojim su uvedene procedure za podvrgavanje abortusu.³²

PRAVO NA ABORTUS U SAD

Roe v. Wade

Ženski pokreti su odneli veliki pobjedu u oblasti reproduktivnih prava žena 1973. kada je doneta čuvena presuda *Roe v. Wade*, kojom je legalizovan abortus u SAD.³³ U to vreme, abortus je bio zabranjen u gotovo svim američkim državama, zbog čega je veliki broj žena gubio život zbog nemogućnosti da pristupi zakonitom i bezbednom abortusu. Tužbu je pokrenula dvadesetjednogodišnja trudnica kojoj nije dozvoljen abortus u Teksasu, gde je takva mogućnost postojala samo ukoliko je postojao rizik po život žene. Vrhovni sud SAD je priznao da je pravo na abortus ustavna kategorija jer je obuhvaćen pravom na privatnost, koje je deo sloboda sadržanih u Četrnaestom amandmanu uz Ustav SAD. Sud je zauzeo stav da bi nastala velika šteta odbijanjem priznanja izbora trudnici, uključujući i zdravlje i ekonomske rizike od pritiska da nastavi trudnoću.³⁴ Sud je, s druge strane, priznao legitimno pravo državama, u ovom slučaju Teksasu, da reguliše zabranu abortusa nakon prvog trimestra trudnoće.³⁵ Dakle, presudom su ustanovljene tri faze u razvoju trudnoće: 1) u prvom trimestru je odluka o abortusu isključivo diskreciono pravo žene; 2) u drugom trimestru država može regulisati, ali ne i zabraniti abortus u interesu zdravlja trudnice; 3) u trećem trimestru moguće je zabraniti abortus u interesu potencijalnog života, osim ukoliko ne postoji neophodnost zaštite života ili zdravlja trudnice.

Međutim, izvojevana borba nije bila laka i odluka nije doneta jednoglasno. Sudija Renkvist (Rehnquist) nije se mogao složiti da pravo na abortus spada pod pravo na privatnost i smatrao je da je ovde pogodnije primeniti standard koji se odnosi na socijalno i ekonomsko zakonodavstvo. Ovaj argument ponovo će biti po-tegnut skoro 50 godina kasnije. Treba naglasiti da su mnoge feministkinje takođe osporavale da pravo na abortus treba posmatrati kroz prizmu prava na privatnost,

³² Committee of Ministers, Resolution CM/ResDH (2014) 273, 4 December 2014; IFPA, History of abortion in Ireland, 2018, <https://www.ifpa.ie/advocacy/abortion-in-ireland-legal-timeline/>, 1. 10. 2022.

³³ *Roe v Wade*, 410 U. S. 113, 22, January 1973.

³⁴ *Ibidem*, st. 153.

³⁵ *Ibidem*, st. 3 (a) (b).

ističući potrebu da se ono posmatra kroz prizmu načela jednakosti.³⁶ Takav stav zauzela je i sudija Ginsburg, koja je smatrala da „pravni izazovi vezani za neopravdana ograničenja procedura za abortus ne nastoje da potvrde neki generalizovani pojam privatnosti; radije, oni se usredsređuju na autonomiju žene da odredi svoj privatni kurs, a time i da uživa jednak građanski status“.³⁷ Međutim, uprkos ovoj raspravi, presuda je imala istorijski značaj jer je zabranu abortusa proglasila neustavnom, a abortus je postao zakonit, pristupačniji i sigurniji za žene. Vremenom, oponenti abortusa su počeli da vrše pritisak na svoje države da uvedu što restriktivnije zakone u pogledu pristupa prekidu trudnoće, očekujući da se izmeni presuda doneta u *Roe v. Wade*. Presuda u predmetu *Planned Parenthood of Southern Pa. v. Casey* potvrdila je da Ustav štiti pravo na abortus u okviru prava na privatnost i ustanovila da države ne mogu nametati prevelik teret, odnosno „supstantivno ograničenje“ (*substantial obstacle*) ženama koje traže prekid trudnoće do trenutka sposobnosti za život fetusa.³⁸ Ipak, u predmetima koji su stigli do Vrhovnog suda SAD, Sud je ponavljao da pravo na abortus predstavlja deo suštinske slobode i odlučivanja o porodici, odnosima i autonomiji tela, iako je dozvoljavao ograničenja pravu na abortus koja nisu ozbiljna.³⁹ Ovo je vremenom dalo osnov državam da skrate dužinu vremena tokom kojeg se priznaje pravo na abortus, ili da nametnu određene obaveze ginekolozima koji su vršili intervenciju u vidu obaveze pribavljanja saglasnosti od strane supružnika ili roditelja trudnice,⁴⁰ odnosno obaveze lekara da rade u lokalnim bolnicama ili klinikama.⁴¹

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization (JWHO)

U međuvremenu, veliki broj država u SAD je nastavio sa usvajanjem restriktivnih zakona, kojima se ograničava pravo na abortus na različite načine: ograničenjima u pogledu pristupa zdravstvenim fondovima, obaveznim savetovanjem

³⁶ V. na primer: Neil S. Siegel, Reva B. Siegel, „Equality Arguments for Abortion Rights“, *UCLA Law Review Discourse*, Vol. 60, 2013, 160–170; Laurie Shrage, „Liberty, Abortion and Social Responsibility: Depolarising the Debate“, *Oxford Academic*, 2003, 41–76; Jennifer S. Hendricks, „Body and Soul: Equality, Pregnancy, and the Unitary Right to Abortion“, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Vol. 45, 2010, 329.

³⁷ *Gonzales v. Carhart*, 550 U. S. 124, 18 April 2007, Dissenting Opinion of Judge Ginsburgh.

³⁸ *Planned Parenthood of Southern Pa. v Casey*, 965.

³⁹ Center for Reproductive Rights, *Roe v. Wade*, <https://reproductiverights.org/roe-v-wade/>, 1. 10. 2022.

⁴⁰ *Planned Parenthood of Southern Pa. v Casey*, 505 U. S. 833, 29 June 1992.

⁴¹ *June Medical Services, LLC v Russo*, 591U. S. 1101, 29 June 2020.

sa ginekologom koje često ima odvratajući efekat, obaveznim periodom čekanja (obično 24 sata nakon savetovanja), obavezom da trudnica dva puta poseti ginekologa pre intervencije, što nameće i ozbiljan finansijski teret.⁴² Razlog za ovakvu negativnu praksu treba tražiti u nastojanjima konzervativnih grupa da Vrhovni sud SAD preispita i ukine standarde donete u *Roe v. Wade*.⁴³ Ovakva atmosfera potpomognuta je i od strane vlasti. Naime, tokom 2020. vlasti u SAD su naglasile da ne postoji ljudsko pravo u vidu prava na abortus ili reproduktivnog zdravlja i da je predsednik Tramp (Trump) vrlo jasno naglasio da je američka nacija posvećena zaštiti prava na život „u svakom stadijumu, od začeca do prirodne smrti“.⁴⁴ U maju 2021, Vrhovni sud SAD prihvatio je da razmatra Zakon države Misisipi koji je donet tri godine ranije (2018) i koji je zabranio najveći broj abortusa nakon 15. nedelje trudnoće. Tako je doneta dugoočekivana presuda u predmetu *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization (JWHO)*⁴⁵ 24. juna 2022. godine. Ovom odlukom je potvrđena zabrana abortusa u državi Misisipi nakon 15 nedelje trudnoće, osim u slučaju neophodne zaštite zdravlja žene ili teškog oštećenja fetusa, čime je učinjen presedan i izmenjeno pravo na abortus ustanovljeno presudom u *Roe v. Wade*.

Vrhovni sud SAD je razmatrao da li je pravo na abortus zaštićeno najvišim pravnim aktom. Sud je prvo naglasio da pravo na abortus nije sadržano u Ustavu, ali da je ponuđeno nekoliko odredaba koje pružaju implicitnu zaštitu ovog prava.⁴⁶ U dosadašnjoj praksi, Sud je prihvatio da se radi o pravu na privatnost koje proizlazi iz Prvog, Četvrtog, Petog, Devetog i Četrnaestog amandmana na Ustav SAD, odnosno „slobodi“ koja je zaštićena odredbom o adekvatnom postupku (*dues process clause*) u Četrnaestom amandmanu, ili pak odredbom o jednakoj zaštiti (*equal protection clause*) u okviru istog amandmana.⁴⁷ Svi raniji nalazi Vrhovnog suda SAD su odbačeni. Prvo, Sud je uzeo u obzir da pravo na privatnost podrazumeva slobodu na „intimne i lične izbore“, koji su centralni za lično dostojanstvo

⁴² Roman Pabayo *et al.*, „Laws Restricting Access to Abortion Services and Infant Mortality Risk in the United States“, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, Vol. 17, No. 11, 2020, 3773.

⁴³ *Roe v. Wade*: US Supreme Court may overturn abortion rights, leak suggests, BBC News, 3 May 2022, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-61302740>, 1. 10. 2022.

⁴⁴ Proclamation on National Sanctity of Human Life Day, 2020, <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/proclamation-national-sanctity-human-life-day-2020/>, 1. 10. 2022.

⁴⁵ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization (JWHO)*, No. 19-1392, 597 U. S. 9, 6, acv 24 June 2022.

⁴⁶ *Ibidem*, st. 1.

⁴⁷ *Ibidem*.

i autonomiju i zahtevaju balansiranje između interesa majke i nerođenog deteta, ali da ono može biti različito procenjeno u različitim državama.⁴⁸ Drugo, Sud je smatrao da pravo na dobijanje abortusa nije duboko ukorenjeno u istoriji američke nacije i njenoj tradiciji, na osnovu čega odbacuje argument da se radi o „slobodi“.⁴⁹ Konačno, Sud je pošao od stava da regulisanje abortusa nije zasnovano na klasifikaciji polova i nije podložno višem testu (*high scrutiny*) koji je vezan za takvu klasifikaciju.⁵⁰ Kako po oceni sudijske većine abortus predstavlja značajno moralno pitanje, a ne predstavlja ustavnu kategoriju, Sud je vratio autoritet odlučivanja o pravu na abortus narodu i njegovim izabranim predstavnicima.⁵¹

Odluka je doneta većinom od šest prema tri glasa, pri čemu se troje sudija složilo sa većinom, ali su dali različite ili dodatne razloge za obrazloženje odluke.⁵² Troje sudija je zajednički izdvojilo mišljenje, među kojima su i dve sutkinje.⁵³ Oni su istakli da je skoro pedeset godina nakon *Roe v. Wade*, sloboda i jednakost žena u SAD bila zaštićena. Sud je prihvatio da u prvoj fazi trudnoće država ne može kontrolisati telo žene, niti tok njenog života, povlačeći pravi balans između interesa trudnice i prava na život fetusa. Ipak, ovom odlukom balans je narušen jer presuda omogućava da se vreme za zabranu abortusa smanji na osam, šest, ili tri nedelje, kao i da se ne prizna ženama koje su žrtve silovanja. Sudije su zauzele stav da će posledice odluke naročito pogoditi siromašne žene koje će morati da putuju u druge liberalnije države. Danas oko 27 država nema ili ima mala ograničenja u pogledu pristupa abortusu, ali se može očekivati da će se ovaj broj država znatno smanjiti nakon presude.⁵⁴ To će u velikoj meri zavisiti i od volje samih građana, jer neki izveštaji pokazuju da se njih 57% ne slaže sa odlukom Vrhovnog suda SAD.⁵⁵ Takođe, 62% smatra da bi abortus trebalo da bude zakonit u najvećem broju slučajeva, među kojima je 63% žena i čak 83% onih koji nisu

⁴⁸ *Ibidem*, st. 2.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, st. 5 e).

⁵² U pitanju su mišljenja sudija Tomasa (Thomas), Kavana (Kavanaugh) i Roberta (Roberts).

⁵³ Izdvojeno mišljenje napisali su sudija Brejer (Breyer), sutkinja Sotomajer (*Sotomayor*) i sutkinja Kagan (Kagan).

⁵⁴ V. Susan B. Athony, Pro-Life America, Life-Saving Law in the States, https://sbaproplife.org/lifesavinglaws?gclid=Cj0KCQjw166aBhDEARIsAMEyZh6N6blw4Hq6ADjWuJG0LPTI_3na1E1YaIGMi hYTG6wUR3GPU8XZ0ToaAsyXEALw_wcB, 1. 10. 2022.

⁵⁵ Carrie Blazina, „Key facts about the abortion debate in America“, *Pew Research Center*, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/07/15/key-facts-about-the-abortion-debate-in-america/>, 1. 10. 2022.

religiozni, što celoj debati daje i značajnu versku konotaciju. Odluka Vrhovnog suda SAD predstavlja pretnju pravima žena, i to 50 godina nakon što je pravo na abortus priznato kao ustavna kategorija. Posebno je problematičan stav Suda da ovo pitanje ne povlači za sobom pitanje jednakosti jer samo žene mogu biti podvrgnute abortusu, a razna ograničenja kojima su podvrgnute u državama u kojima je abortus dozvoljen ukazuje i na elemente sistemske diskriminacije, kojom se Sud uopšte nije bavio. Ipak, treba priznati da je ovakva presuda u velikoj meri posledica insistiranja u *Roe v. Wade* da je pravo na abortus deo prava privatnosti, jer je u toj presudi Sud ispustio istorijsku šansu da ukaže na rodnu dimenziju koju bi bilo mnogo teže osporiti.

ISKUSTVO DRŽAVA U REGIONU

Države regiona pomno su pratile dešavanja u SAD, a principi sadržani u presudi *Roe v. Wade*, u velikoj meri su poslužili za pravno uređenje abortusa u SFRJ. Ipak, ne treba izgubiti iz vida činjenicu da je pravo na abortus prvi put regulisano još u Kraljevini SHS, gde je 1929. dozvoljeno iz medicinskih razloga.⁵⁶ Do legalizacije abortusa u SFRJ došlo je 1952, usvajanjem uredbe koja je dozvolila abortus iz medicinskih i socioekonomskih razloga,⁵⁷ što je bilo napredno rešenje za tadašnje vreme. Ovo pravo je postalo ustavna kategorija unošenjem posebne odredbe u Ustav SFRJ iz 1974, i to u čl. 191, kojim se proklamuje pravo „čoveka da slobodno odlučuje o rađanju dece“, a koje može biti ograničeno samo radi zaštite zdravlja.⁵⁸ Iako terminologija upotrebljena u ovoj odredbi nije najpreciznija, ne treba izgubiti iz vida da se ovim SFRJ svrstala u jednu od prve tri zemlje koje su pravo na abortus podigle na rang ustavnog prava.⁵⁹ Nakon uvođenja ove odredbe, 1977. su usvojeni zakoni na nivou republika,⁶⁰ na čijim temeljima je izgrađen današnji pravni okvir država u regionu.

Srbija

Osnov za pravo na abortus u Republici Srbiji nalazi se u njenom Ustavu, preciznije u čl. 63. st. 1, koji svakom licu garantuje pravo da slobodno odluči o

⁵⁶ Rada Drezgić, „Istorija kontrole rađanja u Srbiji: sprečavanje i/ili prekid trudnoće“, *Sociologija*, br. 3, 2016, 337.

⁵⁷ *Ibidem*, 338.

⁵⁸ *Službeni list SFRJ*, br. 9/1974.

⁵⁹ R. Drezgić, op. cit., 338.

⁶⁰ U Srbiji je donet Zakon u uslovima i postupku za prekid trudnoće, *Službeni glasnik SRS*, br. 26/1977, 24/1985 i *Službeni glasnik RS*, br. 44/1991.

rađanju dece.⁶¹ Nomotehnički, ova odredba nije najbolje formulisana, jer ne propisuje da žena odlučuje o rađanju, već „svako“. Kada se ova odredba dovede u vezu sa čl. 63. st. 2. da „Republika Srbija podstiče roditelje da se odluče na rađanje“, može pružiti osnov za restriktivnije tumačenje prava na abortus. Ovaj drugi stav nije bio sadržan u Ustavu Srbije iz 1990,⁶² i najverovatnije je uveden kao osnov za stimulativne mere u borbi protiv bele kuge. U Srbiji je pravo na abortus dalje razrađeno Zakonom o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama, koji je donet još 1995. i uređuje uslove i postupak prekida trudnoće.⁶³ Zakon propisuje da do prekida trudnoće može doći na zahtev žene,⁶⁴ koji neće biti odobren samo ako se utvrdi da bi intervencija narušila zdravlje ili ugrozila život žene.⁶⁵ Međutim, da bi se ostvarilo ovo pravo, lekar mora utvrditi ispunjenost uslova sadržanih u zakonu. Tako ginekolog prvo mora da utvrdi starost trudnoće, a potom pribavlja dokaze o krvnoj grupi trudne žene, RH faktoru i uzima anamnestičke podatke o ranijim bolestima.⁶⁶ Lekar treba da utvrdi da li postoji opasnost po narušavanje zdravlja žene usled abortusa, dužan je da joj ukaže na opasnost i posledice prekida trudnoće i upozna je sa drugim metodama i sredstvima zaštite od neželjene trudnoće. Abortus je dozvoljen do 10. nedelje života, a nakon ovog perioda postoje tri mogućnosti za abortus. U pitanju su sledeće situacije: 1) na drugi način se ne može spasti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene; 2) kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima; i 3) kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela (silovanje, obljava nad nemoćnim licem, obljava nad maloletnim licem, obljava zlorabotrebom položaja, zavođenje i rodoskrnavljenje).⁶⁷ Dakle, Zakonom su precizirana krivična dela zbog kojih je moguće dozvoliti abortus, dok socioekonomski razlozi nisu priznati kao zakonit osnov za abortus nakon 10. nedelje trudnoće.⁶⁸

⁶¹ *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, 115/2021.

⁶² V. čl. 27 Ustava Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 1/1990.

⁶³ *Službeni glasnik RS*, br. 16/1995, 101/2005 – dr. zakon.

⁶⁴ Čl. 2. st. 1 Zakona.

⁶⁵ Čl. 3 Zakona.

⁶⁶ Čl. 5 Zakona.

⁶⁷ Čl. 6 Zakona.

⁶⁸ U Zakonu se pravi razlika za period do desete nedelje trudnoće, od desete do dvadesete nedelje, odnosno nakon dvadesete nedelje s obzirom na to ko utvrđuje postojanje uslova za abortus. Do navršene desete nedelje trudnoće – lekar specijalista akušerstva i ginekologije zdravstvene ustanove, između desete i dvadesete nedelje – konzilijum lekara odgovarajuće zdravstvene ustanove i nakon dvadesete nedelje – etički odbor zdravstvene ustanove. V. čl. 7.

Hrvatska

U Republici Hrvatskoj još uvek važi zakon o prekidu trudnoće iz 1977, koji je noveliran 2009. godine.⁶⁹ Zakon ima širi domašaj od zakona donetog u Srbiji, jer pored abortusa reguliše i sprečavanje neželjenog začeca, odnosno pružanje medicinske pomoći onima koji iz zdravstvenih razloga ne mogu ostvariti želju za vlastitim potomstvom. Zakonom se takođe dozvoljava prekid trudnoće na zahtev žene do 10. nedelje trudnoće, a nakon toga samo po odobrenju komisije u tri situacije, kao i u Srbiji: 1) da bi se spasio život žene ili otklonilo narušenje njenog zdravlja; 2) kada fetus ima teške telesne ili duševne mane; i 3) kada je do začeca došlo izvršenjem krivičnog dela (silovanje, obljuba nad nemoćnom osobom, obljuba zloupotrebom položaja, obljuba nad detetom i incest).⁷⁰ Zakon ide i korak dalje te propisuje da je postupak po zahtevu trudnoće hitan,⁷¹ i može se obaviti odmah nakon što se trudna žena javi ginekologu.⁷² Hrvatski zakon predviđa i prigovor na odluku komisije i propisuje vreme u kojem moraju biti donete odluke i obavljen prekid trudnoće. Iako su zakonska rešenja napredna, u Hrvatskoj su, kao i u nekim drugim državama, zabeleženi pokušaji da se žena odvrati od abortusa u vidu davanja pogrešnih i zbunjujućih informacija o rizicima izlaganja neuspehom pobačaju,⁷³ do činjenice da se ginekolozi u velikoj meri pozivaju na prigovor savesti i odbijaju da izvrše abortus.⁷⁴ Poznat je slučaj Mirele Čavajde, kojoj su lekari odbili da izvrše abortus u 27. nedelji trudnoće, i pored toga što je utvrđeno da plod ima veliki tumor na mozgu i prognoze da će umreti u stomaku, ili će se roditi u teškom stanju.⁷⁵ Do odbijanja je došlo u tri bolnice zbog pozivanja lekara na prigovor savesti (iako je komisija odobrila prekid trudnoće), ili navodne tvrdnje da nemaju stručnjake i opremu za izvođenje operacije.

⁶⁹ Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece, *Narodne novine*, br. 18/78, 88/09. I u Sloveniji još uvek važi zakon iz perioda SFRJ. V. Zakon o zdravstvenim merama za ostvarivanje prava na rađanje dece, *Službeni list Socijalističke Republike Slovenije*, br. 11/77.

⁷⁰ Čl. 22 Zakona.

⁷¹ Čl. 23 Zakona.

⁷² Čl. 21 Zakona.

⁷³ V. na primer, Portal Novi list, „Obavila je legalan pobačaj u KBC-u Osijek, tri tjedna poslije i dalje je bila trudna“, 1. jun 2022, <https://www.novolist.hr/novosti/obavila-je-legalan-pobacaj-u-kbc-osijek-tri-tjedna-poslije-i-dalje-je-bila-trudna/>, 1. 10. 2022.

⁷⁴ V. na primer, Case 161–02, *Paulina Del Carmen Ramirez Jacinto v Mexico*, Inter-American Commission on Human Rights, Report No 21/07, 9 March 2007.

⁷⁵ Nataša Anđelković, „Hrvatska i abortus: Mireli Čavajdi odobren pobačaj obolelog ploda posle višenedelnog odbijanja“, BBC News, 7. maj 2022, <https://www.bbc.com/serbian/lat/balkan-61349214>, 1. 10. 2022.

Čavajda je izložena i moralnoj osudi pojedinih lekara koji su je pitali da li bi ubila dvogodišnje dete sa tumorom. Na osnovu jednog istraživanja Pravobraniteljke za ravnopravnost polova, tokom 2014. na prigovor savesti se pozivalo 54% lekara, a 2018. čak 59% lekara, te je upozorila da ovo ne sme dovesti do onemogućavanja žena da koriste svoja zakonom garantovana prava.⁷⁶ Takođe, postoje indicije da raste tradicionalistički pokret u Hrvatskoj i sve jače zagovaranje Katoličke crkve protiv abortusa, zbog čega se u nekim bolnicama 100% ginekologa poziva na prigovor savesti. Ovo potvrđuju i masovni protesti do kojih je došlo u maju 2022, kada je hiljade ljudi izašlo na ulice Zagreba negirajući pravo na abortus.⁷⁷ U Hrvatskoj je zabeležena i praksa otvaranja lažnih klinika za abortus koje imaju za cilj da žene izvrgnu ozbiljnom psihološkom pritisku i zastrašivanju da će umreti nakon abortusa.⁷⁸

Bosna i Hercegovina

Bosna i Hercegovina takođe još uvek ima važeći zakon iz 1977. na nivou federacije,⁷⁹ dok je u Republici Srpskoj novi zakon usvojen 2008.⁸⁰ Federalni zakon nema nekih osobenosti, osim mogućnosti da i devojka od 16 godina može podneti zahtev za abortus ako je zaposlena, što je jedinstveno rešenje u regionu jer drugi zakoni kao granicu slobodnog izražavanja volje postavljaju punoletstvo.⁸¹ S druge strane, Zakon u Republici Srpskoj jedini je pravni akt u regionu koji uvodi odredbu kojom se ženama i muškarcima garantuju svi vidovi stručnih saveta i pouka u vezi sa slobodnim odlučivanjem o rađanju,⁸² kao i stručna medicinska pomoć i informacije o toku i posledicama primene savremenih načina i sredstava za abortus.⁸³ Do prekida trudnoće dolazi na pisani zahtev trudne žene ginekologu, koji se može pozvati na prigovor

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ BBC News, „Hrvatska i abortus: Hiljade protivnika abortusa protestovalo u Zagrebu“, 15. maj 2022, <https://www.bbc.com/serbian/lat/balkan-61455502>, 1. 10. 2022.

⁷⁸ Ana Benačić, „Lažne klinike za abortus: Niču po Hrvatskoj i plaše žene da će se ubiti ili umrijeti nakon pobačaja“, *Lupiga*, 22. oktobar 2014, <https://lupiga.com/vijesti/lazne-klinike-za-abortus-koliko-smo-daleko-od-tog-mokrog-sna-nasih-ljubitelja-srednjeg-vijeka>, 1. 10. 2022.

⁷⁹ Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće, *Službeni list Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine*, br. 29/77 i 12/87.

⁸⁰ Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 34/2008.

⁸¹ Ostali zakoni predviđaju da devojka od 16 godina može podneti zahtev za abortus samo uz saglasnost roditelja, odnosno staratelja.

⁸² Čl. 2 Zakona.

⁸³ Čl. 3 Zakona.

savesti.⁸⁴ Ovom odredbom Zakon Republike Srpske jasno priznaje ovo pravo lekara i ograničava ga na situaciju neophodnosti ukazivanja hitne medicinske pomoći u slučaju neposredne opasnosti po život ili teškog oštećenja zdravlja.⁸⁵ I pomenuti zakon postavlja granicu za slobodnu odluku o abortusu do 10. nedelje trudnoće, koja se dozvoljava ako se prekidom trudnoće neće neposredno ugroziti život ili zdravlje trudnice. Izuzetno, Zakon dozvoljava kasniji abortus u četiri situacije: 1) opasnosti po život i zdravlje žene; 2) indicija da će dete biti rođeno sa teškim telesnim i duševnim nedostacima; 3) kada do začeća dođe izvršenjem krivičnog dela; i 4) kada se utvrdi postojanje psihosocijalnih indikacija za prekid trudnoće.⁸⁶ Tako Zakon uvodi četvrti, značajan uslov, koji nije sadržan u zakonima Srbije i Hrvatske. Osim činjenice da federalni Zakon i Zakon Republike Srpske postavljaju različitu starosnu granicu za podnošenje zahteva za abortus, pojedina svedočanstva žena ukazuju na činjenicu da prekid trudnoće ima socioekonomsku dimenziju jer se žene često odlučuju na ovakvu meru zbog lošeg materijalnog položaja i straha od dobijanja otkaza.⁸⁷ Ovaj problem je još jedan pokazatelj da abortus ima izrazitu rodnu dimenziju i da je često posledica rodne nejednakosti u društvu.

Severna Makedonija

Severna Makedonija je nakon raspada SFRJ tek 2013. donela Zakon kojim je regulisala prekid trudnoće, a do tog momenta na snazi je bio Zakon koji je važio u vreme SFRJ. Zakon o prekidu trudnoće⁸⁸ je dosta kritikovan jer je imao ozbiljan odvratajući efekat na trudnice. Naime, Zakon je takođe kao granicu slobode izbora postavio 10. nedelju trudnoće, uz jedno ograničenje da do abortusa ne može doći ukoliko je od prethodnog prekida trudnoće prošlo manje od godinu dana.⁸⁹ Ovakvo ograničenje ne postoji u drugim zakonima u regionu. Od ovog pravila postoje izuzeci, koji se priznaju i za izvršenje abortusa nakon 10. nedelje trudnoće: 1) ako su život i zdravlje žene ugroženi; 2) postoje medicinske indikacije da će dete biti rođeno sa teškim telesnim i duševnim nedostacima; 3) ako je trudnoća posledica izvršenja krivičnog dela (obljuba nad maloletnicom, silovanje, obljuba nemoćnog lica, zloupotreba položaja ili

⁸⁴ Čl. 6 st. 3 Zakona.

⁸⁵ Čl. 6. st. 4 Zakona.

⁸⁶ Čl. 11 Zakona.

⁸⁷ Azur Delić, „Abortus u BIH kao tabu tema: Žene sa suzama u očima to rade jer se boje otkaza“, N1, 9. maj 2022, <https://ba.n1info.com/vijesti/abortus-u-bih-kao-tabu-tema-zene-sa-suzama-u-ocima-to-rade-je-se-boje-otkaza/>, 1. 10. 2022.

⁸⁸ Zakonot na prekinuvanje na bremenosta, *Služben vesnik na Republika Makedonija*, br. 87/13, 164/13, 114/14, 149/15.

⁸⁹ Čl. 3. st. 5 Zakona.

rodoskrnavljenje); i 4) ako se utvrdi da tokom trudnoće ili porođaja žena može da dođe u veoma tešku ličnu, porodičnu ili materijalnu situaciju koja bi ugrozila njeno zdravlje.⁹⁰ Ovaj socioekonomski uslov postoji još u Zakonu Republike Srpske, ali se čini užim jer za posledicu postavlja urgožavanje zdravlja žene. Da bi se ostvarilo pravo na prekid trudnoće, žena mora da podnese pisani zahtev, nakon čega je obavezno konsultovanje sa lekarom i tek nakon konsultacija žena treba da pruži pisanu saglasnost na intervenciju. Od samog savetovanja do abortusa moraju da proteknu tri dana, što je ostavljeno kao period refleksije i preispitivanja konačne odluke. U praksi je zabeleženo da savetovanje podrazumeva da ginekolog trudnici pokazuje fotografije fetusa i ultrazvuk kucanja srca,⁹¹ što negativno utiče na psihički integritet trudnice. Zanimljivo je da je ovo pravilo uvedeno podzakonskim aktom u Mađarskoj u septembru 2022, i to na predlog ekstremnih desničara u ovoj zemlji,⁹² a ne treba zaboraviti da ih je svojevremeno zagovarala i Slavica Dejanović, tadašnja Ministarka za demografiju u Srbiji.⁹³ U martu 2019, u Severnoj Makedoniji je usvojen novi zakon, kojim su ukinuti obavezno savetovanje i period od tri dana od savetovanja do podvrgavanja abortusu.⁹⁴ Žena ima pravo na dobijanje informacija od lekara, ali one sada moraju biti nepristrasne, objektivne i medicinski verodostojne.⁹⁵ Takođe, novi zakon sada pomera najvišu granicu u regionu na slobodnu odluku o abortusu – sa 10 na 12 nedelja trudnoće.⁹⁶

Crna Gora

U Crnoj Gori je 2009. donet Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće.⁹⁷ I ovaj zakon kao granicu slobodnog prava na abortus postavlja na 10. nedelju trudnoće,

⁹⁰ Čl. 4 Zakona.

⁹¹ Dejana Vukadinović, „Žene, abortus, Srbija: Može li zabrana prekida trudnoće u SAD da utiče na život žena na Balkanu?“, BBC News, 28. jun 2022, <https://www.bbc.com/serbian/lat/balkan-61952534>, 1. 10. 2022.

⁹² „Žene u Mađarskoj će terati da slušaju otkucanje srca fetusa pre abortusa: Kontroverzno novo pravilo uvedeno na predlog ekstremnih desničara“, *Blic*, 13. septembar 2022, <https://www.blic.rs/vesti/svet/zene-u-madarskoj-ce-terati-da-slusaju-otkucanje-srca-fetusa-pre-abortusa-kontroverzno/vmvh50x>, 1. 10. 2022.

⁹³ Milivoje Pantović, „Serbia Activists Suspect Plan to Curb Abortion“, *Balkan Insight*, 23 December 2016, <https://balkaninsight.com/2016/12/23/minister-denied-plans-for-creating-anti-abortion-council-12-23-2016/>, 1. 10. 2022.

⁹⁴ Zakonot na prekinuvanje na bremenosta, *Služben vesnik na Republika Makedonija*, br. 101/2019.

⁹⁵ Čl. 7. st. 2 Zakona.

⁹⁶ Čl. 3. st. 1 Zakona.

⁹⁷ *Službeni list CG*, br. 53/2009.

na osnovu pisanog zahteva trudnice.⁹⁸ Od 10. do 20. nedelje trudnoće abortus je moguće izvršiti u iste četiri situacije propisane zakonom u Severnoj Makedoniji, ali su oni malo drugačije formulisani. Naime, abortus je moguć kada se: 1) na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene za vreme trudnoće, porođaja, ili posle porođaja; 2) može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima; 3) začelo dogodilo izvršenjem krivičnog dela; i 4) žena u toku trudnoće ili posle porođaja može naći u teškim ličnim ili porodičnim prilikama.⁹⁹ Zakon propisuje da nakon 32. nedelje trudnoće nije više moguće izvršiti abortus, što je jedinstveno rešenje u regionu. Iako u samom zakonu nema mnogo spornih pitanja, u Crnoj Gori praksa podvrgavanja abortusu ima izraženu rodnu dimenziju. Naime, u ovoj državi je zabeležena neravnoteža u broju rođenih devojčica i dečaka.¹⁰⁰ Zbog patrijarhalne sredine, roditelji više žele muško dete, zbog čega pribegavaju ranoj genetskoj proverbi pola i žene se podvrgavaju abortusu ako je u pitanju devojčica.¹⁰¹ Tokom 2017, u Crnoj Gori su se pojavili plakati i čitulje sa haštagom „nepoželjna“, a potom je podignut i spomenik nerođenim devojčicama u Podgorici.¹⁰² Ovakvi selektivni abortusi odraz su rodne nejednakosti u društvu i još jednom ilustruju da pitanje abortusa ima izrazitu rodnu dimenziju. Savet Evrope je više puta osudio ovakvu praksu i tražio je od država da zabrane selektivni abortus.¹⁰³ Takođe, ne treba izgubiti iz vida da određene neokonzervativne struje poslednjih godina zagovaraju zabranu abortusa,¹⁰⁴ što još jednom oslikava jasnu vezu između prava na abortus, patrijarhalne sredine i konzervativnih partija koje zagovaraju tradicionalne vrednosti u društvu.

⁹⁸ Čl. 4 Zakona.

⁹⁹ Čl. 6 Zakona.

¹⁰⁰ D. Vukadinović, op. cit.

¹⁰¹ „U Crnoj Gori i dalje se rađa više dečaka, devojčice unapred osuđene“, *Danas*, 11. oktobar 2021, <https://www.danas.rs/svet/u-crnoj-gori-i-dalje-se-radja-vise-decaka-devojvice-unapred-osudjene/>, 1. 10. 2022. V. i: Svetlana Slavujevic, „Montenegro’s Open Secret: Illegal Gender-Tests for Unborns“, *Balkan Insight*, 28 September 2017; Andy Heil, Lela Scepanovic, „Montenegro Continues to Fumble Its ‘Son Preference’, Sex-Selection Abortion Problems“, Radio Free Europe, 7 June 2021, <https://www.rferl.org/a/montenegro-sex-selective-abortions-boys-demographics/31294610.html>, 1. 10. 2022.

¹⁰² „U Podgorici podignut spomen svim nerođenim devojčicama“, N1, 21. novembar 2017, <https://rs.n1info.com/region/a343553-u-podgorici-podignut-spomen-svim-nerodjenim-devojdicama/>, 1. 10. 2022.

¹⁰³ V. na primer, Commissioner for Human Rights, Sex-selective abortions are discriminatory and should be banned, Council of Europe, 15 January 2014.

¹⁰⁴ Daša Duhaček and others, *Women’s Rights in Western Balkans*, European Parliament, January 2019, 93.

ZAKLJUČAK

Gotovo 165 godina od prvih masovnih demonstracija radi zaštite svojih prava, žene se ponovo suočavaju sa negativnim tendencijama u pogledu poštovanja osnovnih, elementarnih prava. Nedavna zabrana abortusa u Poljskoj ponovo je pokrenula debatu o priznanju prava na život fetusa i njegovom balansiranju sa pravom žene na abortus. Presuda Vrhovnog suda SAD dalje je produbila ovu polemiku. Međutim, kao da je postojala sjajna podloga za nastavak debate i dalje restrikcije žena u pogledu prava na abortus zbog činjenice da se *Roe v. Wade* oslanja na argument privatnosti koji je višestruko ograničen. Prvo, pravo na privatnost može biti podvrgnuto ograničenjima i ne spada u uzak krug apsolutnih prava. Drugo, ovo pravo je vezano za negativnu obavezu države, odnosno njenu obavezu nemešanja u privatnu sferu pojedinca, zbog čega su vlasti sklone da ne ulažu finansijska sredstva u ovu oblast, čime ona postaje nepristupačna za siromašne žene, ali isto tako odvraća organizacije i od zagovaranja reforme u ovoj oblasti.¹⁰⁵ Zato je važno preusmeriti pogled na pravo na abortus, na zaštitu integriteta žene i na zabranu rodne diskriminacije. Rodna diskriminacija svakako postoji u situacijama kada žena ne može da ostvari pravo na abortus jer pristup prekidu trudnoće nije siguran, zakonit i delotvoran. S druge strane, samo ona može biti podvrgnuta ovakvih restrikcijama, koje dovode do njene patnje, a često i do ugrožavanja zdravlja. Zato je razočaravajuće da Vrhovni sud SAD nije uvideo ovu vezu i time zaštitio pravo na abortus kao ustavnu kategoriju. Međutim, ponovno aktiviranje konzervativnih i religijskih grupa širom SAD, Evrope i sveta u velikoj meri ugrožava prava žena i direktno zagovara pravo na život fetusa, koje stavlja iznad žene koja se posmatra kao objekat rađanja.

Države regiona imaju dobro pravno nasleđe i prilično liberalne zakone koji regulišu prekid trudnoće. Sve države, osim Severne Makedonije, slobodu odlučivanja o abortusu postavljaju do 10. nedelje trudnoće (do 12. u Severnoj Makedoniji). Nakon tog perioda, postavljaju se tri do četiri uslova za prekid trudnoće, gde polovina država priznaje kao poseban uslov i socioekonomski, odnosno psihološki razlog. Međutim, većina država u regionu se suočava sa raznim praksama koje ugrožavaju pravo žene na abortus. U te nedozvoljene prakse spadaju obavezni period čekanja na intervenciju, davanje pristrasnih informacija i nehumanih metoda savetovanja, davanje odobrenja na abortus, kao i pozivanje lekara na prigovor savesti. Iako je prigovor savesti legitiman, on ne sme dovesti do zloupotrebe prava na pristup abortusu i može se posmatrati kao „luksuz lekara“ da dodatno stigmatizuje žene i odvraća ih od prekida trudnoće. I inače je stav društva prema abortusu problematičan jer se posmatra kao proizvod jednakosti i emancipacije žena, ali i kao demografski i

¹⁰⁵ P. Palacios Zuloaga, op. cit., 907.

nacionalni problem.¹⁰⁶ I dok jačaju konzervativne struje širom sveta, one u regionu nikada nisu ni prestale da deluju. Samo su se pritajile u ruho evropskih vrednosti, čekajući pogodan trenutak za aktiviranje. Zato se u neposrednoj budućnosti može očekivati dalje zagovaranje ukidanja prava na abortus i jačanje praksi koje umanjuju ili onemogućavaju pristup efikasnom postupku za njegovo ostvarivanje. Samo od žena zavisi da li će ovakve prakse dopustiti, a bez njihove dalje emancipacije i osnaživanja, teško stečena prava i unapređenje rodne ravnopravnosti mogu se lako izgubiti.

Prof. Dr. IVANA KRSTIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

THE RIGHT TO ABORTION AS A RIGHT TO PRIVACY AND/OR A QUESTION OF ACHIEVING GENDER EQUALITY?

Summary

The paper examines whether the right to abortion should be viewed primarily as part of the right to privacy, or whether it should be considered primarily from the gender equality perspective. The answer to this question is extremely important as it depends on the state's authority to recognize this right as a constitutional category, namely as a principle that is not subject to restrictions and negative obligations of the state. The significance of this issue came to the fore in the judgment of the US Supreme Court in June 2022, when the will to decide on the right to abortion was returned to the people and their representatives. However, this solution is neither progressive nor adequate because it enables further abuses and restrictions on the right to abortion. Such restrictions already exist in the practice of many countries, including the countries of the region, which at first sight recognize liberal legal solutions for the termination of pregnancy. These restrictions are reflected in the requirement of a mandatory waiting period for intervention, the provision of biased information and inhumane counseling methods, the granting of approval for abortion, as well as the widespread invocation of conscientious objection by doctors. The aforementioned restrictions contribute to the strengthening of conservative groups that impose traditional values in society and perceive women as an object of childbirth and a way out of demographic and national problems. This once again illustrates the gender dimension in access to the right to abortion, which must be safe, legal, and effective.

Key words: abortion, the right to privacy, the right to life, fetus, gender equality

Literatura

Blazina C., „Key facts about the abortion debate in America“, Pew Research Center, 2022.
Commissioner for Human Rights, Sex-selective abortions are discriminatory and should be banned, Council of Europe, 2014.

¹⁰⁶ R. Drezgić, op. cit., 340.

- Drezgić R., „Istorija kontrole rađanja u Srbiji: sprečavanje i/ili prekid trudnoće“, *Sociologija*, br. 3, 2016.
- Duhaček D. and others, *Women's Rights in Western Balkans*, European Parliament, 2019.
- Hendricks J. S., „Body and Soul: Equality, Pregnancy, and the Unitary Right to Abortion“, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Vol. 45, 2010.
- Kapelańska-Pręgoska J., „The Scales of the European Court of Human Rights: Abortion Restriction in Poland, the European Consensus, and the State's Margin of Appreciation“, *Health and Human Rights Journal*, Vol. 23/2, 2021.
- Katsoni S., „The Right to Abortion and the European Convention on Human Rights, The Right to Abortion and the European Convention on Human Rights: In Search of Consensus among Member-States“, *Völkerrechtsblog*, 2021.
- Lubura M. M., „Pravo na abortus u savremenom pravu i praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Strani pravni život*, br. 1, 2021.
- Pabayo R. *et al.*, „Laws Restricting Access to Abortion Services and Infant Mortality Risk in the United States“, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, Vol. 17, No. 11, 2020.
- Palacios Zuloaga P., „Pushing Past the Tipping Point: Can the Inter-American System Accommodate Abortion Rights?“, *Human Rights Law Review*, Vol. 21, No. 4, 2021.
- Pantović M., Serbia Activists Suspect Plan to Curb Abortion, *Balkan Insight*, 2016.
- Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2018.
- Shrage L., *Liberty, Abortion and Social Responsibility: Depolarising the Debate*, Oxford Academic, 2003.
- Siegel N. S., Siegel R. B., „Equality Arguments for Abortion Rights“, *UCLA Law Review Discourse*, Vol. 60, 2013.
- Slavujevic S., „Montenegro's Open Secret: Illegal Gender-Tests for Unborns“, *Balkan Insight*, 2017.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ

MEĐUNARODNOPRAVNE DILEME O UPOTREBI SILE U SAVREMENIM MEĐUNARODNIM ODNOSIMA

Međunarodnopravne dileme o upotrebi sile u savremenim međunarodnim odnosima, povezane su sa pitanjima predupređenja rata i očuvanja međunarodnog mira i bezbednosti. Nakon Drugog svetskog rata Ujedinjene nacije su u temelje međunarodnog pravnog poretka ugradile opštu zabranu sile, koja se nalazi u osnovi postojećeg sistema kolektivne bezbednosti. Iz današnje perspektive, ovaj sistem uspostavio je novi i napredniji poredak u odnosu na prethodni poredak uspostavljen od strane Društva naroda. Povelja Ujedinjenih nacija u tom smislu, na veoma koncizan način definiše glavne ciljeve organizacije navodeći da su, „narodi Ujedinjenih nacija ujedinili svoje snage radi održanja međunarodnog mira i bezbednosti“, a potom i da su preuzeli obavezu da se, „oružana sila ne upotrebljava izuzev u opštem interesu“. Prevencija rata kroz opštu zabranu upotrebe sile u međunarodnim odnosima, uz obavezu rešavanja međunarodnih sporova mirnim putem i pravno regulisanje naoružavanja i razoružavanja, smatra sastavnim delom pozitivnog međunarodnog pravnog poretka. Ovaj poredak međutim, nije uspeo da obezbedi sve potrebne mehanizme za realizaciju predviđenih ciljeva, niti je uspeo da jasno odredi izuzetke od opšte zabrane upotrebe sile, što je u „manjoj-većoj“ meri uticalo na pravce razvoja međunarodnih odnosa, ali i devijacije koje su uzrokovale negativne posledice po svetski mir i bezbednost.

Ključne reči: Povelja Ujedinjenih nacija, zabranja upotrebe sile, sistem kolektivne bezbednosti, međunarodni odnosi

Dr Duško Dimitrijević, naučni savetnik u Institutu za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, e-mail: dimitrijevic@diplomacy.bg.ac.rs.

UVODNE NAPOMENE

Ograničenje prava na upotrebu sile i pretnje silom i formalno-pravna eliminacija prava na rat (*ius ad bellum*), u savremenom periodu razvoja međunarodnih odnosa vezuje se za nastanak Ujedinjenih nacija. Od Drugog svetskog rata do današnjih dana, ispoljavanje različitih vidova pretnji i upotrebe sile, kao i različitih oblika samopomoći (od vojnih odmazdi, represalija, pomorskih blokada i oružanih intervencija), nije prestajalo, što ukazuje na to da su države, a posebno velike sile izbegavale pomenutu zabranu svesno sužavajući domašaj legalne upotrebe sile u međunarodnim odnosima. To naravno ne znači da namera većine članica Ujedinjenih nacija nije ostala jednaka prvobitno izraženoj volji koja polazi od progresivnog shvatanja o zabrani primene sile ili pretnje izričito proklamovane u članu 2(4) Povelje. U kontekstu izmenjenih političkih okolnosti u međunarodnoj zajednici, kršenje zabrane o upotrebi sile ispoljava se najčešće pozivanjem na pravo na samoodbranu radi predupređenja pretnje koja nije toliko imanentna i ozbiljna ili radi prevencije u situacijama kad je pretnja stvarna ili potencijalna ali van granica državnog područja, te konačno i radi samopomoći unutar samog državnog područja, što posledično dovodi do izbijanja ozbiljnih političkih kriza i sukoba. Budući da navedeni slučajevi nemaju nekog realnog uporišta u Povelji niti u opštem međunarodnom pravu, protagonisti upotrebe sile u takvim situacijama nastoje da svoja delovanja opravdaju argumentima o primeni principa efektiviteteta kroz dejstvo stvorenog činjeničnog stanja na međunarodno pravo (*ex factis ius oritur*) ili kroz limitaciju pravnog dejstva činjeničnog stanja na međunarodni pravni poredak (*ex injuria ius non oritur*). Autorizacija upotrebe sile u pomenutim situacijama neretko biva pokrivena odlukama Ujedinjenih nacija (pre svega Rezolucijama Saveta bezbednosti), što *per se*, dovodi do negativnih posledica u sferi kolektivne bezbednosti koje se manifestuju kroz stvaranje neregularnih stanja ili „kvazi-pravnih“ situacija.¹ Česta kršenja zabrane upotrebe sile u savremenim međunarodnim odnosima sledstveno zahteva nova preispitivanja njenog sadržaja i domašaja budući da se odredba iz člana 2(4) Povelje, ne može tumačiti sasvim izolovano u odnosu na druge odredbe i to naročito, u odnosu na odredbe iz članova 39, 51. i 53 Povelje, ali i u odnosu na druga pravila i principe međunarodnog prava sadržana u drugim relevantnim međunarodnim pravnim izvorima. S tim u vezi, u narednom delu studije pažnju ćemo posvetiti konkretnom sadržaju zabrane upotrebe sile koja postoji u pozitivnom međunarodnom pravu.

¹ Stevan Đorđević, „The Control of the Legality of the Acts of the United Nations Security Council“, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 1, No. 4, 2000, 371–387.

SADRŽAJ ZABRANE O UPOTREBI SILE

Utvrđivanje sadržaja zabrane o upotrebi sile ili pretnje silom pretpostavlja pravno valjanu interpretaciju člana 2(4) Povelje. Generalno uzevši, limitacija pravila iz člana 2(4) Povelje, to jest zabrane upotrebe sile ili pretnje protiv teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti nije ispravna budući da Povelja ne zabranjuje samo silu ili pretnju silom protiv teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti država, već i silu ili pretnju koja je na bilo koji drugi način u suprotnosti sa ciljevima Ujedinjenih nacija. Ciljevi Ujedinjenih nacija, kao što je „manje-više“ poznato, determinisani su zaštitom i očuvanjem mira i bezbednosti, što *lato sensu* podrazumeva poštovanje suverene jednakosti, prava naroda na samoopredeljenje, osnovnih ljudskih prava i sloboda i razvijanje raznih oblika međunarodne saradnje. Otud je otvoreno pitanje postojanja ili nepostojanja adekvatnih kriterijuma prema kojima bi bilo moguće utvrditi vrstu sile, odnosno pretnje silom koje bi bile obuhvaćene navedenom zabranom. U doktrini i praksi mišljenja u vezi sa ovim pitanjem dijametralno su podeljena. Pomenuta neslaganja potiču još od osnivačke konferencije u San Francisku kada je u pripremnim radovima (*travaux préparatoires*), izostavljena njihova bliža definicija. Prvobitno izložena stanovišta u tom pogledu, nisu se nešto značajno izmenila sve do današnjih dana. S jedne strane, zapadne i razvijene države i dalje smatraju da se zabrana upotrebe sile i pretnje silom odnosi pre svega na upotrebu, odnosno na pretnju vojnom oružanom silom, to jest, na upotrebu neposredne ili posredne sile koja ima vojne efekte, dok s druge strane, zemlje u razvoju (kao i nekadašnje zemlje komunističkog lagersa), imaju dosta ekstenzivniji pristup po kojem opšta zabrana o upotrebi sile pored oružane obuhvata i neoružane oblike upotrebe sile ili pretnje silom poput ekonomskih i političkih pritisaka i pretnji. Doktrinarna podela koja još uvek postoji po ovom pitanju razlikuje dva pristupa: tradicionalni i napredni (progresivni).² Prema tradicionalnom pristupu, princip zabrane sile obuhvata isključivo oružanu silu, odnosno pretnju kroz nagoveštaj neposredne upotrebe oružane sile.³ Osnov za ovakvo shvatanje tradicionalisti pronalaze u Preambuli Povelje gde se pominje izraz „oružana sila“, koja se „može primeniti samo u opštem interesu“ (stav 7), a iz čega se dalje izvodi zaključak da generalna zabrana upotrebe sile iz člana 2(4), kao i njena

² Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by the States*, Clarendon Press, Oxford, 1963.

³ Humphrey Waldock, „The Regulations of the Use of Force by Individual States in International Law“, *Recueil des Cours, Académie de Droit International, la Haye*, Vol. 81, 1952, 455. U međunarodnoj praksi potvrđeno je pravilo po kojem nezakonita upotreba sile povlači *ipso facto* i nezakonitost pretnje ovom silom.

zakonita upotreba po odluci Ujedinjenih nacija iz člana 42. Povelje, predstavlja u stvari jednu te istu „oružanu silu“.⁴ Pobornici naprednog (progresivnog) shvatanja sa druge strane pak, uključuju u pojam „sile“ ostale njene vidove poput ekonomske i političke sile, odnosno razne vrste pretnji i pritisaka koji su po pravilu emanacija politike sile u međunarodnim odnosima. Naprednjaci poput tradicionalista, polaze od tumačenja Preambule Povelje u kojoj pronalaze opravdanje za izneto stanovište. U tom smislu, tvrde da pored opšte zabrane upotrebe sile iz člana 2(4) Povelje, za države članice postoji još i obaveza da „primenjuju trpeljivost i da žive u miru jedne sa drugim“ (stav 5). Ako se ovoj obavezi doda i ona propisana u članu 2(3) Povelje prema kojoj su države članice obavezne da „svoje međusobne sporove rešavaju mirnim sredstvima“, jasno je zašto pobornici naprednog shvatanja izvode zaključak o dužnosti država da se uzdržavaju od pribegavanja sili ili pretnji u svim njihovim oblicima.⁵ Nažalost, ova dijametralno suprotna stanovišta o zabrani upotrebe sile u međunarodnim odnosima imala su negativne posledice u međunarodnoj praksi. Nedovoljna preciznost teksta Povelje, dovela je do situacije da jezičko, teleološko i donekle, istorijsko tumačenje zabrane dobije prevagu nad normativnim tumačenjem.⁶ No, i pored prihvatanja uže interpretacije, značaj zabrane sile i pretnje silom ostao je veliki, budući da je zabranom na kongentan način uspostavljen režim pravila koja su duboko utkana u pozitivni međunarodni pravni poredak. Iako zabrana nije uspešla da u potpunosti otkloni oružane sukobe u svetu, svakako je uspešla da utiče da se njihov broj u dobroj meri smanji.

ZABRANA UPOTREBE SILE I OČUVANJE MIRA I BEZBEDNOSTI

U najnovijem periodu razvoja međunarodnih odnosa, Ujedinjene nacije su pristupile reaffirmaciji koncepta o očuvanju mira i bezbednosti, ali i dogradnji postojećeg međunarodnog pravnog poretka čiji je vezivni faktor ostala Povelja kao nezamenljiv konstitutivni akt za izgradnju mirnijeg i pravednijeg sveta.⁷ U tom smislu, eventualno šire tumačenje njenih odredbi ne bi bilo moguće bez sagledavanja

⁴ Norman Bentwich, Andrew Martin, *A Commentary of the Charter of the United Nations*, Columbia University Press, New York, 1950, 13; James Leslie Brierly, *The Law of Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1963, 415; Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 56.

⁵ Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, Stevens & Sons, London, 1950, 726, etc.

⁶ Sebastian Heselhaus, „International Law and the Use of Force“, *The Role of International Law and Institutions*, EOLSS, UNESCO, 2002, 226, etc; „Draft Report on Aggression and the Use of Force“, *ILA*, Washington, 2014.

⁷ „United Nations Millennium Declaration“, UN Doc. A/RES/55/2, 18 September 2000.

međuzavisnosti koja postoji između evolucije međunarodnog prava i primene Povelje u praksi.⁸ Tumačenje odredbe o zabrani upotrebe sile i pretnje silom moguće je izvršiti kroz analizu najvrednijeg objekta međunarodnih odnosa – međunarodnog mira i bezbednosti.

ELEMENTI MEĐUNARODNOG MIRA I BEZBEDNOSTI

U međunarodnoj pravnoj doktrini preovladava stav da pretnju miru izaziva ponašanje države koje nužno ne karakterišu vojne operacije ili operacije koje uključuju korišćenje oružane sile, pa čak ni pretnje silom. Pretnja miru postoji onda, kad postoji neposredna opasnost da se naruši „međunarodni mir“.⁹ U sistemu Ujedinjenih nacija, koncept „međunarodnog mira“ ima široko značenje. Član 39 Povelje ne govori o pretnji i o narušavanju međunarodnog mira, već jednostavno utvrđuje da li postoji pretnja miru ili povreda mira. Savet bezbednosti može odlučiti da situacija koja nema obeležja sukoba između dve države, predstavlja pretnju međunarodnom miru. U praksi je izneto tumačenje imalo značaj kod slučajeva kada su države sprovodile rasnu segregaciju i diskriminaciju, kada su gazile osnovna ljudska prava, odnosno, kada su pojedine nacionalne grupe pokušavale da izbore pravo na samoopredeljenje u vreme dekolonizacije (kao što je to bilo svojevremeno u Južnoj Africi i Južnoj Rodeziji). Isto tako, ovaj organ svetske organizacije neretko je potvrđivao da postoji pretnja miru i u slučajevima koji prevazilaze „unutrašnje okvire“, a koji nastupaju kao posledice unutrašnjeg oružanog sukoba u kome ne postoji legitimna vlast, već samo frakcije koje se međusobno trve i sukobljavaju (kao što je to bio slučaj u Kongu 1960. godine ili slučaj intervencije u Somaliji 1992. godine). Vremenom je ovakva praksa dovela do preduzimanja humanitarnih intervencija Saveta bezbednosti na osnovu Glave VII Povelje. U tom smislu nije se pravila razlika da li Savet interveniše u međunarodnim ili unutrašnjim oružanim sukobima, čime se dovodilo u pitanje dejstvo principa o unutrašnjoj državnoj nadležnosti (*domaine reserve*), iz člana 2(7) Povelje.¹⁰ S tim u vezi važno je pomenuti da se u doktrini i praksi provlači razlika između pojma „pretnje silom“ i „pretnje miru“.

⁸ Milan Šahović, „Le role de la Charte des Nations Unies dans le development du Droit International en Avenir“, *Thesaurus Afroasium*, Vol. 27, 1998, 239, etc.

⁹ Quincy Wright, „The Prevention of Aggression“, *American Journal of International Law*, 1956, No. 3, 525.

¹⁰ Zanimljivo je, da je jedna značajna grupa država predvođenih velikim silama bila sklona da prihvati ideju da se intervencijama iz inostranstva mogu uspostaviti legitimni politički režimi ili sprečiti velike humanitarne katastrofe. V. Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, 174.

Pretnja silom u neposrednoj je vezi sa pojmom „pratnje miru“. Dva pojma stoje međusobno u korelaciji koja postoji između uzroka i posledice – pretnja silom, kao i pretnja raznim oblicima pritiska, uzrokuje situaciju u međunarodnim odnosima koja se može okvalifikovati kao pretnja miru ili ugrožavanje mira. Zabrana pretnje silom iz člana 2(4) Povelje, predstavlja otud branu bilo kakvom postupanju država protiv teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti, a pretnja miru, determinisana članom 39, implicira opasnost od mogućeg izbivanja međunarodnog oružanog sukoba čija je безусловna i neposredna posledica povreda ili narušavanje mira. Pojednostavljeno rečeno, u slučaju pretnje miru postoji stvarna, a ne potencijalna opasnost, to jest, postoji nešto imanentno, što je nastupilo i što traje, dok pretnja silom involvira stanje u međunarodnim odnosima prouzrokovano pretnjom upotrebe oružane ili neoružane sile. U slučaju pretnje oružanom silom, pojam se približava pojmu „pretnje miru“ u uzročno-posledičnom smislu. U drugom slučaju koji obuhvata pretnju neoružanom silom, koja *inter alia*, može biti manifestovana različitim vidovima ekonomskog, ideološkog, političkog ili diplomatskog pritiska, pojam „pretnje miru“ moguće je determinisati kao stanje koje je nastalo usled propusta strana u sporu da spor reše mirnim sredstvima prema sopstvenom izboru, odnosno prema preporukama Saveta bezbednosti. U praksi Saveta bezbednosti, pretnje miru bile su manifestovane kroz izazivanja čestih graničnih incidenata, pomaganja ustanika ili spoljnih napadača od susednih država, zadržavanja stranih trupa na teritoriji država i vršenja neprijateljstava protiv njihovih oružanih snaga, vršenja terorističkih i subverzivnih aktivnosti i sabotaža, vršenja političkih ili ideoloških pritisaka, represivnih mera nad stanovništvom nesamoupravnih područja u cilju onemogućavanja ostvarivanja prava na samoopredeljenje, kroz sprovođenja torture od strane diktatorskih režima, politike rasne diskriminacije i segregacije, itd. Prilikom izrade Povelje Ujedinjenih nacija napomenuto je, da je potrebno zadržati pojam „povrede mira“ kao sveobuhvatniji izraz koji uključuje upotrebu svakog sredstva prinude i neopravdanog spoljnog uticaja koji pretnjom ili primenom dostiže nivo povrede mira. U tom smislu, razmatraju se i akti agresije koji su sa ovim pojmom u bliskoj vezi. Ova veza proizilazi iz tumačenja ciljeva Ujedinjenih nacija stipulisanih u članu 1(1) Povelje koji se odnose na održavanje međunarodnog mira i bezbednosti. Povreda mira, prema pomenutoj odredbi, predstavlja jedan od oblika agresije. Svaka agresija predstavlja povredu mira, ali svaka povreda mira ne predstavlja agresiju. U konkretnom smislu pretpostavlja se oružana agresija, to jest, upotreba oružane sile. Na osnovu ovog kriterijuma pravi se distinkcija između pretnji miru i povreda mira. Upotreba oružane sile u međunarodnim odnosima čiji je intenzitet i trajanje dostiglo određeni nivo otud predstavlja nužan minimum za njihovo razlikovanje. Naime, ovim kriterijumom se dalje determinišu akcije i mere

koje Savet bezbednosti preduzima u skladu sa odredbama iz Glave VII kada dođe do narušavanja mira. Sa druge strane, kod pretnji miru Savet bezbednost vodi računa o činjeničnom stanju koje upućuje na to da li je pretnja potencijalna, ili je već nastupila. U prvom slučaju postupak pred Savetom bezbednosti odvija se na bazi odredaba iz Glave VI. Prerastanje potencijalne pretnje u stvarnu pretnju dovodi do preobražaja činjeničnog i pravnog stanja koje započeti postupak po Glavi VI transponuje u postupak po Glavi VII Povelje. Zbog neujednačene prakse i protivrečnih stavova iznetih pred Savetom bezbednosti, ali i pred drugim organima Ujedinjenih nacija, ostalo je otvoreno pitanje pravne kvalifikacije upotrebe sile u unutrašnjim sukobima. Nije sporno da upotreba sile u unutrašnjim sukobima može dovesti do pretnje miru. Rezolucijom Generalne skupštine 2189 (XXI) od 13. decembra 1966. godine, donetom radi primene Deklaracije o davanju nezavisnosti, utvrđeno je da bi samo nastavljanje kolonijalne vladavine ugrozilo međunarodni mir i bezbednost. *Per analogiam*, ista konstatacija mogla bi se primeniti i na unutrašnje sukobe i građanske ratove. Formalnopravno, svi sukobi unutrašnjeg karaktera izazivaju narušavanje unutrašnjeg mira i bezbednosti *per se*. Međutim, u daljoj fazi situacija može dovesti do intenziviranja sukoba koji bi vremenom prerasli u pretnju međunarodnom miru.¹¹ U tom smislu, Savet bezbednosti ima mogućnost da pravno konstatuje ovu prekvalifikaciju iz „pretnje miru“ u „povredu mira“. Na osnovu iznetih činjenica zaključuje se da kriterijum utvrđivanja povreda mira može biti delotvoran u praksi, ako pruža osnovu za pravnu kvalifikaciju situacija stvorenih upotrebom oružane sile. U vezi sa navedenim jeste i pitanje agresije. Na konferenciji u San Francisku 1945. godine, nije prihvaćen predlog malih i nerazvijenih zemalja za definisanjem agresije. Otud je Savetu bezbednosti prepušteno da u svakom konkretnom slučaju odlučuje šta predstavlja pretnju miru, povredu mira i akt agresije. Na pomenuti način propuštena je prilika da se agresija definiše i unese u Povelju. Zbog mišljenja da definicija agresije ne može da pokrije sve moguće slučajeve u praksi i da bi njeno eventualno usvajanje moglo dovesti do zloupotrebe ovlašćenja (*ultra vires*), formulacija iz člana 39. Povelje, ostala je celishodnije rešenje za velike sile koje svojim negativnim glasom (vetom) u Savetu bezbednosti, mogu uvek da onemoguće donošenje bilo kakve odluke, pa čak i u slučajevima kada se radi o flagrantnim primerima agresije. Pomenuto stanje, imalo je uticaj na praksu ovog organa i celokupan sistem kolektivne bezbednosti svetske organizacije.¹² Iako se pojam „agresija“ ne utvrđuje u Povelji, on je terminološki upotrebljen u članu 1(1)

¹¹ John Norton Moore (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974, 1–648.

¹² Miodrag Sukijasović, *Pojam agresije u međunarodnom pravu*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1967, 112.

koji definiše ciljeve Ujedinjenih nacija koji *inter alia*, na planu održanja međunarodnog mira i bezbednosti upućuju na „preduzimanje efikasnih kolektivnih mera radi (...) suzbijanja akata agresije (...)“. Sam termin „agresija“ pominje se u članu 39. i u članu 53. Povelje. U članu 39. Povelje „Savet bezbednosti utvrđuje da li postoji (...) agresija (...)“. U članu 53. koji se odnosi na mogućnost korišćenja regionalnih sporazuma i ustanova za prinudnu akciju, navodi se mogućnost Saveta bezbednosti da interveniše protiv svake neprijateljske države iz Drugog svetskog rata u slučaju obnavljanja agresivne politike, sve dok svetska organizacija ne bude mogla, na traženje zainteresovanih država preuzeti na sebe odgovornost za suzbijanje njene nove agresije. Iznetom analizom pojedinačnih odredbi Povelje, moguće je posrednim putem izvesti neke od konstitutivnih elemenata agresije. S tim u vezi, potrebno je pre svega razrešiti probleme koji proishode iz ciljeva Ujedinjenih nacija sadržanih u članu 1(1) Povelje, koji se odnose na održavanje međunarodnog mira i bezbednosti, zatim probleme koji proizilaze iz primene principa sadržanog u odredbi člana 2(4) kojim se generalno zabranjuje upotreba sile i pretnja silom, potom probleme vezane za nadležnosti Saveta bezbednosti za slučaj kada se ta zabrana prekrši a koji su stipulisani u odredbi člana 39, kao i probleme vezane za specijalne odredbe iz člana 51. kojim se utvrđuje pravo na samoodbranu protiv oružanog napada. Ako rešavanju navedenih problema krenemo obrnutim redom, to jest, od poslednje pomenute odredbe iz člana 51. Povelje, može se zaključiti da postoji samo jedan specifičan vid agresije – oružani napad. Iz toga bi *a fortiori*, bilo moguće izvesti jedinstven pojam agresije koji bi obuhvatao pretnju silom ili upotrebu sile. Pretnja silom ili upotreba sile nezakonita je prema odredbama Povelje, ako se ne čini u samoodbrani, u postupku izvršenja odluka organa Ujedinjenih nacija, odnosno u slučajevima propisanim članovima 106. i 107 Povelje koji se odnose na preduzimanje mera protiv neprijateljskih država iz Drugog svetskog rata. Na osnovu toga bilo bi moguće zaključiti da, svaka povreda odredaba Povelje ne predstavlja akt agresije. To je najuočljivije za odbijanje da se spor podvrgne nekom od metoda ili postupaka mirnog rešavanja, gde odbijanje očigledno može da predstavlja kršenje odredaba iz člana 2(3) i člana 33 Povelje. S jedne strane, i pored navedene konstatacije, ako država koja odbije da spor podvrgne metodima mirnog rešavanja ne preti silom niti pribegava sili, ne može se uzeti da je njeno odbijanje protivno opštoj zabrani iz člana 2(4). To znači da se odbijanje ne može podvesti pod agresiju iako *per se*, odbijanje predstavlja međunarodni delikt. Sa druge strane, u slučajevima u kojima bi se konstatovalo da država pribegava pretnji silom ili pribegava sili, bilo bi moguće utvrditi postojanje agresije. Po svojoj stvarnoj i pravnoj prirodi, akt agresije izaziva posledice opasne po međunarodni mir i bezbednost. Ako je upotrebljena oružana sila, posledica će se sastojati u povredi mira i u tzv. *neposrednoj oružanoj agresiji*.

U slučaju upotrebe neke druge forme sile, na primer, subverzivnih aktivnosti ili nekonvencionalnih oblika ratovanja, radilo bi se o tzv. *neoružanoj* ili *posrednoj agresiji* čije bi posledice bile manifestovane kao pretnja miru. Sledstveno iznetom tumačenju, Povelja je na uopšten i nedovoljno precizan način odbila da prihvati pretpostavku postojanja agresije, što je imalo negativne efekte na funkcionisanje samog sistema kolektivne bezbednosti. To se očitovalo u praksi međunarodnih odnosa za vreme Hladnog rata, kada su velike sile umnogome pretile ili su neposredno primenjivale silu protiv drugih država. Od pedesetih godina 20. veka međutim, intenzivirali su se naponi za pravnim definisanjem agresije. Usvajanjem Rezolucije Generalne skupštine br. 3314 (XXIX) od 14. decembra 1974. godine, zajedno sa Deklaracijom o principima definisanja agresije u međunarodnoj zajednici prevladala je svest o višim i zajedničkim interesima. Iako njenim usvajanjem velike sile članice Saveta bezbednosti nisu izgubile baš ništa od svojih ovlašćenja iz Glave VII, Rezolucija je bila značajan akt koji sadrži instrukcije o održavanju međunarodnog mira i bezbednosti.¹³ Njen domašaj u međunarodnoj praksi ostao je nedovoljno preciziran iako se već u njenom uvodnom delu jasno ističe dužnost država da svoje sporove rešavaju mirnim sredstvima, da ne upotrebljavaju oružanu silu protiv naroda u vršenju njihovog prava na samoopredeljenje, te da ne narušavaju ili prisvajaju teritoriju drugih država.¹⁴ Nada da će definicija agresije dovesti do onemogućavanja agresorskih dela, da neće ići na uštrb funkcionalnih ovlašćenja organa Ujedinjenih nacija, te da će doprineti daljem formulisanju principa po kojima bi u svetlu svih okolnosti bilo moguće utvrditi postojanje agresije, ostalo je do današnjeg dana veoma problematično.¹⁵ Kroz funkcionalnu analizu sadržaja sintetičke definicije agresije može se zaključiti da se pod ovim pojmom podrazumeva „upotreba oružane sile od strane neke države protiv suvereniteta, teritorijanog integriteta ili političke nezavisnosti neke druge države“, kao i „upotreba oružane sile od strane neke države koja je na ma koji drugi način nespojiva s Poveljom“ (član 1). Pritom, „prvootpočinjanje upotrebe oružane sile uz povrede Povelje, predstavlja *prima facie* dokaz o izvršenju akta agresije“ (član 2). Iako je definicija limitirana na

¹³ Stephen M. Schwebel, „Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law“, *Recueil des Cours, Académie de Droit International, la Haye*, Vol. 136-II, 1972, 446, etc.

¹⁴ U tom smislu, Rezolucija 3314 (XXIX), reafirmiše ranije usvojene principe unete u Rezoluciju Generalne skupštine broj 2625 (XXV) od 24. oktobra 1970. godine, sa kojom je usvojena Deklaracija o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u saglasnosti sa Poveljom Ujedinjenih nacija (tzv. Deklaracija sedam principa). V. Obrad Račić, *Međunarodno pravo: Stvarnost i iluzije*, Službeni glasnik, Beograd, 2015, 293–294.

¹⁵ Bengt Broms, „The Definition of Aggression“, *Recueil des Cours, Académie de Droit International, la Haye*, Vol. 154-I, 1977, 299–399.

neposrednu oružanu agresiju, time se ne isključuje mogućnost njenog tumačenja *lato sensu*.¹⁶ Sledstveno, nikakav razlog ma koje prirode, političke, ekonomske, vojne ili neke druge, agresiju ne može opravdati (član 5), što ukazuje na dužnost država da ne intervenišu u unutrašnje ili spoljne stvari drugih država. Rezolucije regulišu i dopuštene slučajeve upotrebe sile u slučaju agresije, kao što je primena prava na samoodbranu (član 6). Njome se ne prejudicira ostvarivanje prava na samoopredeljenje naroda ako su narodi bili nasilno lišeni tog prava, kao ni njihovo pravo da se u tom pravcu bore i da zahtevaju podršku u skladu sa načelima Povelje i Deklaracije o prijateljskim odnosima (član 7). Konačno, Rezolucija 3314 (XXIX), nije doneta u nameri da izmeni sistem kolektivne bezbednosti kakav je ustanovljen Poveljom, već predstavlja njegov „progresivni razvoj“ koji u okolnostima nastanka novih oblika agresije ima korektivni značaj u primeni opšteg međunarodnog prava. S tim u vezi, Savet bezbednosti u skladu sa svojim ovlašćenjima ima pravo da proizvoljno tumačiti koji čin predstavlja agresiju, a koji ne prema ovoj Rezoluciji.

Sistem kolektivne bezbednosti UN

Sistem kolektivne bezbednosti proizilazi iz potrebe institucionalnog uređenja međunarodnih odnosa na bazi ograničenja prava na upotrebu sile. Njegovo premeštanje pod okrilje univerzalne organizacije Ujedinjenih nacija podrazumeva koncentraciju ovlašćenja i monopola sile u rukama uskog kruga stalnih članica Saveta bezbednosti.¹⁷ Naime, u skladu sa članom 24. Povelje, države članice Ujedinjenih nacija poverile su Savetu bezbednosti prvenstvenu odgovornost za

¹⁶ U članu 3. Rezolucije, nabrajaju se konkretni primeri agresije koji ne pretpostavljaju prethodnu objavu rata, a koji uključuju: a) invaziju ili napad oružanim snagama jedne države na teritoriji druge države ili svaku vojnu okupaciju, čak i privremenu, koja proizilazi iz takve invazije ili napada, ili svaku aneksiju teritorije ili dela teritorije neke druge države izvršena upotrebom sile; b) bombardovanje od strane oružanih snaga jedne države teritorije druge države ili upotrebu ma koje vrste oružja od strane jedne države protiv teritorije druge države; c) blokadu luka i obala jedne države od strane oružanih snaga druge države; d) napad od strane oružanih snaga jedne države na kopnene, pomorske ili vazduhoplovne snage ili na mornaricu i civilno vazduhoplovstvo druge države; e) upotrebu oružanih snaga jedne države koje su stacionirane na teritoriji druge države uz pristanak države prijema, protivno uslovima koji su predviđeni sporazumom, ili svako produženje njihovog prisustva na toj teritoriji nakon prestanka sporazuma; f) radnju jedne države kojom se stavlja na raspolaganje teritorija drugoj državi, da bi je ova upotrebila za izvršenje agresije protiv treće države; g) upućivanje od strane ili u ime jedne države oružanih bandi, grupa, neregularnih vojnih odreda dobrovoljaca ili plaćenika koji protiv neke druge države vrše oružane akte toliko ozbiljne da se izjednačavaju sa prethodno navedenim aktima ili se suštinski s njima mogu poistovetiti.

¹⁷ Robert C. Hilderband, *Dumbarton Oaks: The Origins of the United Nations and the Search for Postwar Security*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1990, 93, etc.

održanje međunarodnog mira i bezbednosti. Da bi se u tom smislu obezbedila brza i efikasna akcija, članice su se saglasile da Savet bezbednosti deluje u njihovo ime pri sprovođenju svojih osnovnih dužnosti koje se odnose na očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti. Vršenje dužnosti Saveta bezbednosti svodi se na ispitivanje situacija i sporova koji mogu dovesti do ugrožavanja mira i bezbednosti, a potom i na pružanje pomoći u iznalaženju odgovarajućih rešenja. Savet bezbednosti pored toga radi i na preduzimanja svih potrebnih mera na planu prevencije i prinude. Za ostvarivanje ovih mera, Povelja je propisala posebna pravila sadržana u glavama VI i VII. U ovim glavama predviđaju se konkretna ovlašćenja Saveta bezbednosti vezana za sprovođenje kolektivne bezbednosti.¹⁸ U skladu sa ovlašćenjima iz Glave VI Povelje o mirnom rešavanju sporova i odredbom člana 33, Savet bezbednosti iznalazi rešenja za sporove čije trajanje može da ugrozi održanje međunarodnog mira i bezbednosti. Nastupanjem kriznih političkih situacija svaka država, bez obzira da li je, ili nije članica Ujedinjenih nacija, ima pravo da prema članu 35. Povelje skrene pažnju Savetu bezbednosti, a Savet bezbednosti ima ovlašćenje da preporuči neko od uobičajenih sredstava mirnog rešavanja sporova koja uključuju *inter alia*, pregovaranje, korišćenje istražnih komisija, posredovanje, izmirenje, arbitraže, međunarodno pravosuđe, pribegavanje regionalnim ustanovama ili sporazumima, kao i svim drugim dogovorno prihvaćenim sredstvima. Prema članu 34. Povelje, Savet bezbednosti ima ovlašćenje da samostalno ispituje svaki spor ili situaciju koja može da dovede do međunarodnog trvenja ili da se pretvori u spor, kako bi utvrdio da li produžavanje spora ili situacije može da dovede u opasnost održanje međunarodnog mira. U tom smislu Savet je ovlašćen da na osnovu odredbe člana 36. Povelje, u svakoj fazi spora preporuči odgovarajuće postupke ili metode uređenja uzimajući u obzir svaki postupak rešavanja spora koje su su stranke već preduzele. Iz navedenog je jasno da se Glavom VI Povelje prevashodno reguliše vršenje savetodavnih funkcija Saveta bezbednosti. Sa druge strane pak, Glava VII Povelje, odnosi se na preduzimanje akcija za očuvanje mira. Tako, u slučajevima kad se pretpostavi da je mir ugrožen ili da postoji pretnja miru, odnosno da postoji povreda mira i akt agresije, Savet bezbednosti može da usvoji niz mera za njegovo ponovno uspostavljanje. Međutim, ovde valja uočiti jednu paradoksalnu situaciju. Naime, iako je Povelja oduzela državama pravo na rat (*ius ad bellum*), Povelja nije precizirala objektivne kriterijume kojima bi se cenilo da li pretnja miru, povreda mira, odnosno akt agresije doista postoji ili ne.¹⁹ Savet bezbednosti stoga

¹⁸ Benjamin Ferencz, *New Legal Foundations for Global Survival: Security Through the Security Council*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, New York, 1994, 1–469.

¹⁹ Milan Šahović, „Povelja UN i njeno VII poglavlje posle završetka hladnog rata“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 1–3, 1995, 29.

ima obavezu da prethodno utvrdi, da li u konkretnoj situaciji postoje ove povrede koje, svaka za sebe predstavljaju poseban stepen opasnosti po međunarodni mir i kojim faktički dolazi do kršenja principa o zabrani upotrebe sile ili pretnje silom. Kad konstatuje da povreda postoji, odnosno da je povredom došlo do kršenja ove peremptorne norme opšteg međunarodnog prava, nadležnosti Saveta bezbednosti znatno se intenziviraju, a njegova diskreciona ovlašćenja u okviru sistema kolektivne bezbednosti dobijaju na značaju.²⁰ U takvim situacijama, Savet po pravilu reaguje najpre na osnovu odredbe člana 39 Povelje, dajući preporuke ili odlučujući o merama koje treba preduzeti radi vaspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti.²¹ Preporuke se mogu ticati uobičajenih sredstava mirnog rešavanja sporova iz člana 33 Povelje, a mere se mogu odnositi na privremene mere iz člana 40 Povelje. Ako dođe do zaoštavanja situacije, Savet može u saglasnosti sa odredbom iz člana 41 Povelje, odlučiti o neoružanim merama koje bi članice Ujedinjenih nacija trebalo da primene radi izvršavanja njegovih odluka. Praktično, radi se o različitim vidovima sankcija kojima se na direktan ili indirektan način pogađaju privredni, saobraćajni, diplomatski i drugi odnosi sa državom prekršiocem. Ako se pak, pokaže da sankcije nisu zadovoljavajuće, Savet bezbednosti može preduzeti i vojne mere vazduhoplovnim, pomorskim ili kopnenim snagama u skladu sa odredbom člana 42 Povelje. Izložena šema aktivnosti Saveta bezbednosti u okviru sistema kolektivne bezbednosti pretpostavlja donošenje i sprovođenje odluka. S obzirom na to da je reč o suštinskim pitanjima, Savet bezbednosti donosi odluke afirmativnim glasanjem devet članica, uključujući i glasove pet stalnih članova Saveta bezbednosti (član 27, stav 3). Odluke imaju sasvim specifičnu težinu i značaj, jer se njihova pravna obaveznost prostire i na članove organizacije koji nisu učestvovali u postupku njihovog donošenja. Pomenuta realnost nedvosmisleno proizilazi iz odredbe člana 25 Povelje, u kojoj se navodi da su, „članovi Ujedinjenih nacija saglasni da prihvate i izvršavaju odluke Saveta bezbednosti“, a s obzirom na to da odluke mogu uticati na vitalne interese i prava država, odluke se moraju poštovati i sprovesti „u saglasnosti sa Poveljom“. Dispozicija država članica otud je znatno sužena principima i ciljevima sadržanim u Povelji među kojima je princip zabrane upotrebe

²⁰ Ljubivoje Aćimović, „Sankcije Ujedinjenih nacija: iskustva i dileme u posthladnoratovskoj eri međunarodnih odnosa“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, Beograd, 1995, 50–51.

²¹ Kad Savet bezbednosti nije u mogućnosti da deluje, Generalna skupština na zahtev dve trećine država članica ili na osnovu proceduralne odluke Saveta bezbednosti donosi preporuke o preduzimanju kolektivnih mera zbog postojanja ozbiljnih pretnji miru, kršenja mira ili akata agresije. Pomenuto proceduralno pravilo usvojeno je povodom korejske krize 1950. godine, kada je Generalna skupština donela rezoluciju „Ujedinjeni za mir“ br. 377(V). V. Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 288, etc.

sile u neposrednoj funkciji ostvarivanja opšteg cilja Ujedinjenih nacija – očuvanja međunarodnog mira i bezbednosti.

Dejstvo sistema kolektivne bezbednosti

Sistem kolektivne bezbednosti dejstvuje prema svim državama sveta, uključujući i one koje nisu članice Ujedinjenih nacija, što je jasno precizirano tekstom odredbi člana 2(4) i člana 2(6) Povelje, kojima se pozivaju sve države da pod pretnjom primene mera iz članova 41. i 42, poštuju zabranu upotrebe sile ili pretnje silom protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti drugih država, i čije bi kršenje na drugi način bilo nesaglasno sa ciljevima Ujedinjenih nacija.²² Budući da sistem kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija ima univerzalni karakter, jasno je da se razlikuje od odbrambenih saveza i koalicija, koje su usmerene prema spoljnim prekršiocima zabrane upotrebe sile i pretnje. U praksi ova „univerzalnost“ trpi i određena ograničenja. Svakako najvažnije jeste ograničenje koje se odnosi na izuzeće velikih sila – stalnih članica Saveta bezbednosti od primene prinudnih mera predviđenih u članovima 41. i 42. Povelje. Stalne članice Saveta bezbednosti ne mogu biti podvrgnute sankcijama ili vojnim merama ovog tela Ujedinjenih nacija jer poseduju pravo veta u pogledu donošenja odluka o suštinskim pitanjima.²³ Efikasnost u primeni mera iz Glave VII Povelje, kao i njihova primerenost datoj situaciji zavise od opšte konstelacije političkih snaga u svetu, a posebno od odnosa snaga unutar grupe stalnih članova Saveta bezbednosti. Ovo je naročito važno uočiti, budući da se povodi za stupanje u dejstvo sistema kolektivne bezbednosti u savremenim uslovima nalaze i van povrede pravila o zabrani upotrebe sile (na primer, slučajevi masivnih kršenja ljudskih prava).²⁴ U međunarodnim odnosima uopšte, pa i u periodu nakon okončanja Hladnog rata, uticaj najmoćnijih država

²² Generalno je pravilo da se zabrana upotrebe sile odnosi na sve države nezavisno od činjenice da li su članice Ujedinjenih nacija ili ne. Štaviše, zabrana se proširuje i na *de facto* državne entitete koji vrše efektivnu i miroljubivu vlast na teritoriji. V. Jean Combacau, *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, 22, etc.

²³ B. A. Wortley, „The Veto and the Security Provisions of the Charter“, *British Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1946, 95–110.

²⁴ U doktrini i praksi ostaje i dalje sporno pitanje intervencije u unutrašnje oružane sukobe. Postoji tendencija da se pitanje reši opštom zabranom. Institut za međunarodno pravo na sesiji održanoj 1975. godine, usvojio je rezoluciju kojom se zabranjuje intervencija u građanskim ratovima bilo na strani zvanične ili ustaničke vlade. U tom smislu, jedini izuzetak gde bi bila dozvoljeno mešanje predstavlja pružanje humanitarne, tehničke i ekonomske pomoći. V. Albrecht Randelzhofer, „The Use of Force“, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Vol. IV, Elsevier, Amsterdam, 2000, 1250, etc.

objektivno je dominirao procesom odlučivanja. Pošto su i same kršile opšte pravilo o zabrani upotrebe sile i pretnje, proširenje delokruga aktivnosti Saveta bezbednosti bilo je neminovno. Ideje Novog svetskog poretka (*New World Order*) i Globalnog upravljanja (*Global governance*) u oblasti mira i bezbednosti imale su značajne političke implikacije, posebno u međunarodnoj zajednici u kojoj su konflikti ublažavani tokom Hladnog rata, nakon njegovog okončanja, višesturko izbili na površinu. Posmatrajući iz perspektive Povelje, uloga Saveta bezbednosti u savremenim međunarodnim odnosima dovela je do niza različitih situacija koje nije moguće racionalno shvatiti bez šireg tumačenja njenih odredaba o izuzecima od zabrane upotrebe sile.

IZUZECI OD ZABRANE UPOTREBE SILE

U savremenim međunarodnim odnosima osim izuzetka predviđenog članom 53(2) Povelje Ujedinjenih nacija o preduzimanju mera protiv bivših neprijateljskih država iz Drugog svetskog rata (koji se danas čini anahronim budući da su bivše neprijateljske države u međuvremenu primljene u članstvo svetske organizacije), postoje još dva propisana izuzetka od zabrane upotrebe sile koja se odnose na primenu kolektivnih oružanih mera Saveta bezbednosti i primenu prava na samoodbranu.²⁵

Primena kolektivnih oružanih mera Saveta bezbednosti

Član 42 Povelje propisuje da „ako Savet bezbednosti smatra da mere predviđene u članu 41 ne odgovaraju ili se pokaže da su nedovoljne, Savet bezbednosti može preduzeti takvu akciju vazduhoplovnim, pomorskim ili suvozemnim snagama koja je potrebna radi održanja ili vaspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti. Akcija može uključiti demonstracije, blokadu i druge operacije vazduhoplovnim, pomorskim ili suvozemnim snagama članova Ujedinjenih nacija“.²⁶ Upotreba sile kroz oružane akcije koje preduzima Savet bezbednosti na osnovu člana 42 Povelje, moguće su, ne samo u slučaju međunarodnih, već i unutrašnjih sukoba koji predstavljaju pretnju miru (što se često dešava u slučaju građanskog rata koji ostavlja tragične posledice na lokalno stanovništvo). Unutrašnje situacije u zemljama stoga ne predstavljaju prepreku za preduzimanje akcije Saveta bezbednosti.

²⁵ Benedetto Conforti, *The Law and the Practice of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston, 2005, 233.

²⁶ John Dugard, „Judicial Review of Sanctions“, *United Nations Sanctions and International Law* (ed. Vera Gowlland-Debbas), Kluwer Law International, The Hague, 2001, 83–92.

Kao što je ranije pomenuto, članom 2(7) Povelje, isključuje se pravo Ujedinjenih nacija da se mešaju u pitanja koja se podvode pod unutrašnju nadležnost država, ali sam princip unutrašnje nadležnosti ne utiče na primenu prinudnih mera prema Glavi VII Povelje. Zbog prisustva pomenutog principa, Ujedinjene nacije nisu bile onemogućene da deluju u unutrašnjim krizama. Tumačenjem odredbe iz člana 42 proizilazi da pribegavanje Saveta bezbednosti vojnim merama predstavlja međunarodnu akciju koja predstavlja odstupanje od zabrane upotrebe sile u međunarodnim odnosima. Odluka Saveta bezbednosti po kategorizaciji odluka koje usvajaju organi Ujedinjenih nacija pripada kategoriji operativnih odluka kojima se ništa ne nalaže, niti se preporučuje državama, već se direktno deluje. Otud je lakše razumeti cilj kojem teži član 42 kao i naredni članovi Povelje, budući da su ovlašćenja Saveta bezbednosti stavljena u funkciju donošenja odluka o primeni oružane sile i vršenja nadgledanja njihove realizacije u praksi. Tako, članom 43 Povelje, precizira se način na koji Savet bezbednosti može preduzeti akciju za održanje i vaspostavljanje mira. *Inter alia*, u članu 43 navodi se „da bi doprineli održanju međunarodnog mira i bezbednosti, svi članovi Ujedinjenih nacija obavezuju se da stave na raspolaganje Savetu bezbednosti, na njegov poziv i u skladu s posebnim sporazumom ili sporazumima oružane snage, pomoć i olakšice, uključujući tu, i pravo prolaza, neophodne radi održanja međunarodnog mira i bezbednosti. Sporazum ili sporazumi o kojima je reč u pomenutoj odredbi, trebalo bi da odrede brojno stanje i vrstu snaga, njihov stepen pripravnosti i opšti raspored, kao i prirodu olakšica i pomoći koje se imaju pružiti. Sporazum ili sporazumi po propisanom pravilu morali bi da budu predmet pregovora koji će se na inicijativu Saveta bezbednosti povesti što je pre moguće. Sporazumi se zaključuju između Saveta bezbednosti i država članica ili između Saveta bezbednosti i grupa članica i podležu ratifikaciji država potpisnica u skladu s njihovim odgovarajućim ustavnim postupcima“. Pre nego što donese odluku o upotrebi sile i ispunjenju obaveza iz člana 43, Savet bezbednosti može pozvati državu koja nije u njemu zastupljena da, ako to želi, „učestvuje u donošenju odluka koje se odnose na upotrebu kontingenata oružanih snaga toga člana“ (član 44). Iz razloga efikasnosti preduzimanja vojnih mera, članovi Ujedinjenih nacija prema članu 45 imaju obavezu da „održavaju nacionalne kontigente vazduhoplovnih snaga spremne za neodložnu zajedničku međunarodnu prinudnu akciju“. Intenzitet i stepen pripravnosti vojnih kontingenata i planove za njihovu upotrebu trebalo bi da određuje Savet bezbednosti uz pomoć Komiteta vojnog štaba „u granicama utvrđenim u posebnom sporazumu ili sporazumima navedenim u članu 4“. Planove za primenu oružane sile prema članu 46 Povelje, „izrađuje Savet bezbednosti uz pomoć Komiteta vojnog štaba“. Povelja Ujedinjenih nacija propisuje još i osnivanje Komiteta vojnog štaba kao koordinacionog i pomoćnog tela Saveta bezbednosti

zaduženog za davanje saveta Savetu bezbednosti po svim pitanjima koja se odnose na vojne potrebe u svrhu održavanja mira i bezbednosti – upotrebu i komandovanje snagama stavljenim Savetu bezbednosti na raspolaganje, regulisanje vojnog naoružanja i razoružanja (članu 47). Prema zamislima tvoraca Povelje, u sastav Komiteta vojnog štaba trebalo je da uđu načelnici štabova stalnih članica Saveta bezbednosti ili njihovi predstavnici. Članovi koji nisu stalno predstavljeni u Komitetu, po odredbi člana 47, stav 2 mogli bi biti pozvani da mu se pridruže kada se proceni da je to neophodno radi uspešnog izvršavanja zadatka Komiteta. Prema odredbi iz stava 3, člana 47 Povelje, Komitet vojnog štaba ima ovlašćenja i u strategijskom rukovođenju svim oružanim snagama stavljenim na raspolaganje Savetu bezbednosti. Delegiranjem ovlašćenja na Savet bezbednosti, te konsultacijama sa odgovarajućim regionalnim ustanovama, Komitet vojnog štaba bi trebalo da ima pravo da osniva i odgovarajuće regionalne potkomitete. Nažalost, od 1945. godine, do danas, odredbe pomenutih članova Povelje nisu sprovedene u praksi. Zbog odsustva saglasnosti oko osnovnih principa na kojima bi počivali sporazumi o formiranju nacionalnih vojnih kontingenata, sporazumi nisu realizovani, a Komitet vojnog štaba Saveta bezbednosti nije nikada profunkcionisao. Ujedinjene nacije su stoga bile prisiljene da ustanovljavaju različite oblike vojnih snaga koje su funkcionisale na dobrovoljnoj nacionalnoj osnovi.²⁷ U skladu sa ovlašćenjem Saveta bezbednosti da donosi odluke o prinudnim merama iz člana 42 Povelje, izvodi se, *a fortiori*, zaključak da Savet bezbednosti ima i ovlašćenje da preporuči organizovanje mirovnih operacija. Pritom se ne ulazi dublje u objašnjenje karaktera ovlašćenja koje poseduje Savet bezbednosti niti se objašnjava pravni osnov njihovog posedovanja.²⁸

Primena prava na samoodbranu

Upotreba prava na samoodbranu predstavlja značajan izuzetak od od zabrane upotrebe sile ili pretnje silom koji je predviđen članom 51 Povelje. Njime se omogućava da države slobodno vrše pravo na individualnu i kolektivnu samoodbranu do momenta preduzimanja akcija Saveta bezbednosti. Pravo na samoodbranu shvata se kao „urođeno“ (*inherent*), ili „prirodno“ (*naturel*) pravo država članica Ujedinjenih nacija. Konkretnu sadržinu ovog prava Povelja ne razrađuje, ali se

²⁷ Nakon okončanja Hladnog rata, postojala je potreba da se navedene obaveze iz Povelje ponovo vrednuju u smislu njihovog „reanimiranja“ u praksi. U tom pogledu indikativno je mišljenje izneto u takozvanoj „Agendi za mir“, generalnog sekretara Butrosa Galija iz juna 1992. godine. V. *International Legal Materials*, 1992, paragraph 43, 956.

²⁸ Alexander Orakhelashvili, „The Legal Basis of the UN Operations“, *Virinia Juournal of International Law*, Vol. 43, 2003, 485–524.

pretpostavlja da je korišćenje prava ograničeno *per se*. U doktrini međunarodnog prava o ovom problemu postoje različita shvatanja.²⁹ Uže shvatanje polazi od konstatacije koja je uslovljena pravilom po kojem, korišćenju prava na samoodbranu mora da prethodi oružani napad (*armed attack*).³⁰ S obzirom na to da samoodbrana predstavlja izuzetak od pravila utvrđenog članom 2(4) Povelje o zabrani upotrebe sile, pojam „oružani napad“ mora se interpretirati krajnje ograničeno, što je i istaknuto u pripremnim radovima prilikom usvajanja Povelje, kao i u kasnijoj praksi justifikacije upotrebe prava na samoodbranu pred nadležnim organima svetske organizacije.³¹ Prema drugom shvatanju, samoodbrana se kreće van granica prava da se odgovori na oružani napad zato što odredba iz člana 51, o „urođenom“ pravu na samoodbranu, upućuje na postojanje običajnog pravila pored onog utvrđenog u Povelji. Za razliku od prvog shvatanja koje pravo na samoodbranu objašnjava isključivo u kontekstu pravila iz člana 51. Povelje i primarne odgovornosti Saveta bezbednosti u pogledu održanja međunarodnog mira i bezbednosti, drugo shvatanje polazi od dualiteta pravila, tako da pravilo o samoodbrani u kontekstu običajnog međunarodnog prava koje je bilo prisutno u praksi do 1945. godine, nastavlja da postoji i nakon donošenja Povelje Ujedinjenih nacija.³² Time se ne isključuje dinamika razvoja međunarodnog prava i pravne prakse nakon pomenutog datuma, a podvlači se razlika između međunarodnog običajnog prava i pravila sadržanih u Povelji. Budući da prilikom usvajanja Povelje nije predviđena odredba kojom se na izričit način menja ili ukida postojeće običajno pravilo, podrazumeva se da pravo na samoodbranu dozvoljava i upotrebu tzv. *preventivne, anticipativne* ili *prevremene samoodbrane*.³³ Opravdanje za „preventivnu samoodbranu“, proizilazi iz subjektivnih procena strana koje nisu ograničene postojanjem stvarnog oružanog napada, već opasnošću od napada u meri koja bi morala uključiti efektivnu

²⁹ Stanimir Alexandrov, *Self-Defense against the Use of force in International Law*, Kluwer, Hague, 1996, 1–359.

³⁰ Stanovišta u vezi determinacije oružanog napada uglavnom se razilaze oko konstatacija da li oružani napad uključuje i pogranične akte neregularnih snaga, a potom i upotrebu specifičnog oružja poput krstarećih raketa, pomorskih mina i atomskog oružja za masovno uništavanje? V. Christine Grey, *International Law and Use of Force*, University Press, Oxford, 2004, 108, etc.

³¹ „Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua“, *International Court of Justice Report*, 1986, 14, 103, para. 194; „Oil Platforms Case“, *International Court of Justice Report*, 2003, 161.

³² „Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua“, op. cit., pp., 14, 94.

³³ Daniel P. O’Connell, *International Law*, Vol. I, Stevens and Sons, London, 1970, 317; Stephen M. Schwebel, „Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law“, op. cit., 463.

upotrebu nasilnih sredstava pogođene države.³⁴ Polazeći od činjenice, da se značajne prava na samoodbranu iz člana 51. Povelje prosuđuje sa stanovišta člana 2(4) koje predstavlja opšte međunarodno pravo, navedeno shvatanje nema većeg pravnog utemeljenja, jer Povelja ne samo da zabranjuje upotrebu sile, već potvrđuje i zabranu vođenja agresorskog rata koja je bila sadržana u običajnom pravu pre njenog usvajanja. Otud, Povelja ne samo da je „očuvala, već je i razvila pomenuto pravilo koje generalno ograničava mogućnost primene sile i pretnje silom u međunarodnim odnosima, a time i mogućnost neosnovane upotrebe prava na samoodbranu. Budući da odredba iz člana 51 predstavlja specijalno pravilo u odnosu na opšte pravilo sadržano u članu 2(4) Povelje, bilo bi logično da se iz Povelje može izvesti jedan pojam „prava na samoodbranu“ kao izuzetka od zabrane upotrebe sile i pretnje silom.³⁵ Međutim, zbog nedovoljne preciznosti teksta Povelje u vezi sa pojmovima „sila“ i „pretnja silom“, te nemogućnosti povlačenja jasne granice između oružanog ili neoružanog vida upotrebe sile, koncept „preventivne samoodbrane“, našao je prostora u državnoj praksi. Pritom, ne treba izgubiti iz vida i da je unošenjem odredbe o pravu na kolektivnu samoodbranu u Povelju, napravljen bitan ustupak radi otvaranja mogućnosti za autonomnu upotrebu sile van univerzalnog sistema kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija. Konkretno je to omogućilo preduzimanja oružanih mera van kontrole Saveta bezbednosti u okviru regionalnih vojno-odbrambenih organizacija, pa čak i unilateralno od strane pojedinih država u slučajevima kojima nije prethodio oružani napad.³⁶ Pozivanje na odredbu iz člana 51 Povelje, u takvim situacijama uglavnom je služilo kao opravdanje za

³⁴ U periodu nakon Drugog svetskog rata, preventivno posezanje sili bilo je justificirano razlozima „odbrane nacionalne bezbednosti“, „odbrane hemisfere“, „odbrane saveznika“, „destruktivnom prirodom oružja za masovno uništavanje“, „odbranom od terorizma“ i drugim manje-više nepravim razlozima čiji su koreni bili u „ravnoteži straha“ između velikih sila. Specifičan slučaj pozivanja na samoodbranu odnosio se na zaštitu državljana u inostranstvu. S obzirom na to da je reč o partikularnoj praksi koju primenjuje ograničen broj država pozivajući se na zaštitu ljudskih prava, to stanovište nije u skladu sa vršenjem prava na samoodbranu. Pravo na samoodbranu ne može se tumačiti *lato sensu*, jer bi onda takav „izuzetak“ relativizirao kongentnu osnovu pozitivnog međunarodnog poretka kojom se zabranjuje jednostrana upotreba sile u međunarodnim odnosima.

³⁵ Koncept „preventivne samoodbrane“ uveo je na „zadnja vrata“ kategoriju „preventivnog rata“, koja je u ontološkoj suprotnosti sa duhom i slovom Povelje i opštom zabranom o upotrebi sile u međunarodnim odnosima. V. Yôrâm Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, University Press, Cambridge, 2005, 184, etc.

³⁶ Dimitrije Pindić, *Regionalne organizacije zasnovane na Povelji Ujedinjenih nacija*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1978, 211; Đuro Ninčić, „Ujedinjene nacije i regionalne organizacije“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 2, 1969, 182–194.

preduzimanje akata sile protiv drugih država.³⁷ No, i u takvim slučajevima postoje određena ograničenja na koja je svojevremeno ukazao Međunarodni sud pravde u slučaju upotrebe sile Sjedinjenih Američkih Država protiv Nikaragve, a koja se tiču činjenice da ne postoji pravilo međunarodnog običajnog prava koje dozvoljava drugim državama da vrše pravo na kolektivnu samoodbranu na bazi sopstvene procene situacije. U slučajevima koji uključuju kolektivnu samoodbranu, očekuje se od države u čiju je korist pravo samoodbrane konstituisano da se deklarirše za žrtvu oružanog napada. Upotreba kolektivne samoodbrane u takvim slučajevima ne prejudicira postojanje zahteva države koja se smatra žrtvom oružanog napada.³⁸ Sledstveno, bez obzira na ovakav ekstenzivan pristup koji otvara mogućnost za voluntaristička tumačenja upotrebe prava na samoodbranu, postoje znatno jači razlozi koji govore u prilog tome da se svaki slučaj samoodbrane mora ispitivati u kontekstu važenja zabrane sile i pretnje silom kao i drugih relevantnih principa Ujedinjenih nacija. Međunarodna praksa u tom pogledu predstavlja izvesni korektiv, jer se kroz praksu kristalizuju određena pravila kojim se potvrđuju uslovi za pravno dopušteno vršenje prava na samoodbranu. Tako se smatra da je prvi uslov za zakonitu upotrebu prava na samoodbranu nužnost i srazmernost između oružanog napada i akata preduzetih na osnovu prava na samoodbranu (*necessity and proportionality*).³⁹ Da li je samoodbrana zaista nužna i srazmerna oružanom napadu, zavisice od okolnosti slučaja. Uglavnom je na državi koja preduzima akciju obaveza da sagleda neophodnost vršenja samoodbrane i njenu srazmernost sa izvršenim napadom. Postoji u praksi „manje-više“ razumno mišljenje da nužnost i srazmernost mogu konstituisati dobar test za determinaciju da li upotreba sile u konkretnom slučaju znači i samoodbranu?⁴⁰ Upotreba sile koja bi uključivala osvetu ili kaznu i koja ne bi bila usmerena na obustavu i opoziv napada, ne bi značila samoodbranu. Pitanje nužnosti i srazmernosti pomaže državama da naprave razliku

³⁷ Jean Delivanis, *La légitime défense en Droit International Public moderne, Le droit international face a ses limite*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971, 203, etc.

³⁸ „Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua“, *International Court of Justice Report*, 1986.

³⁹ Ispitivanje pojedinačnih slučajeva obično upućuje na poznatu analizu iznetu povodom presedana *Caroline case* iz 1837. godine. V. Malcolm N. Shaw, *International Law*, University Press, Cambridge, 1997, 787. Povodom slučaja koji se ticao zakonitosti upotrebe nuklearnog oružja, Međunarodni sud pravde usvojio je savetodavno mišljenje u kome je izneo da „vršenje prava na legalnu samoodbranu u uslovima nužde i proporcionalnosti jeste pravilo međunarodnog običajnog prava“. V. „Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons“, *International Court of Justice Report*, 1996, 226, para. 41.

⁴⁰ Jean-Pierre Cot, Alain Pellet, *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1991, 772, etc.

koja postoji između nezakonitih represalija i međunarodnopravno dozvoljene samoodbrane.⁴¹ Takođe, nužnost i srazmernost omogućavaju državama da odbace zahteve za tzv. „zakonite samoodbrane“ koje se odnose na produžene okupacije teritorija odnosno na „zakonito sticanje teritorije“.⁴² Ako se u konkretnom slučaju utvrdi da ne postoji oružani napad, onda ne postoji ni mogućnost primene samoodbrane. Pitanje nužde i srazmernosti upotrebe sile u tim situacijama se i ne postavlja. Takođe, u tim situacijama se isključuje mogućnost učešća treće strane u aktima samoodbrane. Drugi uslov koji se postavlja u pogledu ispitivanja pravovaljanosti vršenja prava na samoodbranu odnosi se na njenu privremenost. U članu 51 Povelje, tako se izričito navodi da će samoodbrana trajati sve dok Savet bezbednosti, *a posteriori, post factum*, ne preduzme konkretne mere koje mu nalaže Glava VII koje se odnose na održavanje međunarodnog mira i bezbednosti. Centralizacija i ograničavanje prava na upotrebu sile prema Povelji trebalo bi da doprinese preuzimanju kontrole nad akcijama započetim na osnovu prava država na samoodbranu.⁴³ S obzirom na propisano vremensko ograničenje za preuzimanje kontrole Saveta bezbednosti nad aktima samoodbrane, svaki državni akt ima ograničen efekat i dejstvuje supsidijarno u odnosu na akte koje preduzima Savet bezbednosti.⁴⁴ Zbog nejasne vremenske granice stipulisane u članu 51 Povelje, u praksi dolazi do ekstenzivne primene prava na samoodbranu.⁴⁵ Treći uslov vezan za utvrđivanje pravovaljanosti upotrebe prava na samoodbranu, tiče se obaveze država da pravovremeno izveštavaju Savet bezbednosti o svim preduzetim aktivnostima

⁴¹ Norman Menachem Feder, „Reading the UN Charter connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack“, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 19, 1987, 395.

⁴² Na primer, izraelsko prisustvo u Južnom Libanu u periodu od 1978. do 2000. godine ili južnoafričko prisustvo u Angoli od 1981. do 1988. godine.

⁴³ Đuro Ninčić, „Samoodbrana u novom međunarodnom pravu“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 2, 1955, 186.

⁴⁴ Thomas Franck, Faiza Patel, „UN Police Action in Lieu of War: The Old Order Changeth“, *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, 63.

⁴⁵ Primera radi, kada je 1982. godine Argentina izvršila invaziju na Foklandska ostrva (Malvine), Savet bezbednosti usvojio je rezoluciju br. 502 u kojoj je utvrdio povredu mira zahtevajući momentalni prekid neprijateljstava i povlačenje argentinskih snaga sa ostrva. Istovremeno, od Argentine i Velike Britanije, zahtevano je da pronađu diplomatsko rešenje za nastali spor. Ubrzo se postavilo pitanje, da li su usvojene mere prema Rezoluciji dovoljne za održanje međunarodnog mira i bezbednosti? Kako nije delila izneto stanovište Saveta bezbednosti, zbog produženog prisustva argentinskih snaga na Foklandskim ostrvima, Velika Britanija je nastavila sa primenom jednostrane oružane akcije s pozivom na pravo na samoodbranu iz člana 51. Povelje. V. *United Nations Yearbook*, 1982, 1320.

u vezi sa samoodbranom.⁴⁶ Izveštavanje je uglavnom u praksi služilo kao podloga za kasnije usvajanje konkretnih mera Saveta bezbednosti. Međutim, prema članu 51 Povelje, zahtev da država koja traži upotrebu individualne ili kolektivne samoodbrane mora podneti izveštaj Savetu bezbednosti, nije uslov koji proizilazi iz običajnog međunarodnog prava. Nedostatak izveštaja može biti samo jedan od činilaca koji ukazuju da li je država uverena da je delovala u samoodbrani.⁴⁷ Iako izveštaji imaju više proceduralni karakter, njihovo odsustvo *prima facie*, može poslužiti kao dokaz da samoodbrana nije preduzeta u skladu sa prihvaćenim pravilima. Konačno, iz člana 51 Povelje proizilazi i prvenstvena odgovornost Saveta bezbednosti u pogledu očuvanja međunarodnog mira i bezbednosti, kao i mogućnosti preduzimanja mera i akcija pre i u toku vršenja prava na samoodbranu. Drugim rečima, odredbom se potvrđuje diskreciona moć Saveta bezbednosti da donosi odluke o primeni prinudnih mera.

ZAKLJUČAK

Na osnovu iznetih razmatranja, moguće bi bilo zaključiti da su prethodnom periodu u međunarodnoj pravnoj doktrini provejavala veoma rastegljiva tumačenja o zabrani upotrebi sile u međunarodnim odnosima zbog kojih je dolazilo i do izvesnih devijacija u njenoj primeni u praksi. Budući da su takva tumačenja odgovarala težnjama velikih sila da obezbede što veću slobodu individualne akcije, to je dovelo do deformacije i sistema kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija. Proširenje delokruga aktivnosti Saveta bezbednosti bilo je otud neminovno. Ideje Novog svetskog poretka i Globalnog upravljanja u oblasti mira i bezbednosti imale su značajne političke implikacije, posebno u međunarodnoj zajednici u kojoj su konflikti ublažavani tokom Hladnog rata, nakon njegovog okončanja višestruko izbili na površinu. Da bi se tako zatečena situacija mogla pravilno razumeti, u radu smo se suočili sa međunarodnopravnim dilemama koje se tiču prava na upotrebu sile u savremenim međunarodnim odnosima. Preuzimajući ulogu interpretatora sadržaja i domašaja zabrane upotrebe sile iz člana 2(4) Povelje, nastojali smo utvrditi značenje koncepta međunarodnog mira i bezbednosti, odnosno uticaja koji uspostavljeni sistem kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija ima na međunarodni

⁴⁶ Obaveza izveštavanja naglašava hitnost u postupanju država koje preduzimaju samoodbranu, ali i primarnu odgovornost Saveta bezbednosti za održavanje međunarodnog mira i bezbednosti.

⁴⁷ Don W. Greig, „Self Defence and the Security Council: What does Article 51 Require?“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, 366; Michael B. Akehurst, „Humanitarian Intervention“, *Intervention in World Politics* (ed. Hedley Bull), Clarendon Press, Oxford, 1984, 95.

pravni poredak. Drugim rečima, tražili smo odgovor na pitanje, da li je Povelja Ujedinjenih nacija dovoljno sredstvo za tumačenje danas postojećeg međunarodnog prava u ovoj oblasti ili je za njegovo tumačenje nužno konsultovati i međunarodnu praksu, uključujući i praksu Saveta bezbednosti kao glavnog i odgovornog organa svetske organizacije za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti.

Dr. DUŠKO DIMITRIJEVIĆ
Professorial Fellow, Institute of International
Politics and Economics, Belgrade

INTERNATIONAL LEGAL DILEMMA ON THE USE OF FORCE IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL RELATIONS

Summary

International legal dilemmas about the use of force in contemporary international relations are related to issues of war prevention and preservation of international peace and security. After the Second World War, the United Nations incorporated the general prohibition of force into the foundations of the international legal order, which is the basis of the existing system of collective security. From today's perspective, this system established a new and more advanced order compared to the previous order established by the League of Nations. The Charter of the United Nations, in this sense, defines the main goals of the organization in a very concise manner, stating that „the peoples of the United Nations have united their forces for the maintenance of international peace and security“, and then they have undertaken the obligation that, „armed force shall not be used unless in the general interest“. The prevention of war through the general prohibition of the use of force in international relations, along with the obligation to settle international disputes by peaceful means and the legal regulation of arming and disarmament, is considered an integral part of a positive international legal order. This order, however, did not manage to provide all the necessary mechanisms for the realization of the intended goals, nor did it manage to clearly determine the exceptions to the general prohibition of the use of force, which to a „smaller-larger“ extent influenced the direction of the development of international relations, but also the deviations that caused negative consequences for world peace and security.

Key words: Charter of the United Nations, prohibition of the use of force, system of collective security, international relations

Literatura

- Aćimović Lj., „Sankcije Ujedinjenih nacija: iskustva i dileme u posthladnoratovskoj eri međunarodnih odnosa“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, Beograd, 1995.
- Akehurst M. B., „Humanitarian Intervention“, *Intervention in World Politics* (ed. Hedley Bull), Clarendon Press, Oxford, 1984.
- Alexandrov S., *Self-Defense against the Use of force in International Law*, Kluwer, Hague, 1996.

- Bentwich N., Martin, A., *A Commentary of the Charter of the United Nations*, Columbia University Press, New York, 1950.
- Brierly J. L., *The Law of Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1963.
- Broms B., „The Definition of Aggression“, *Recueil des Cours, Académie de Droit International, la Haye*, Vol. 154-I, 1977,.
- Brownlie I., *International Law and the Use of Force by the States*, Clarendon Press, Oxford, 1963.
- Cassese A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Combacau J., *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986.
- Conforti B., *The Law and the Practice of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005.
- Cot J. P., Pellet, A., *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1991.
- Delivanis J., *La légitime défense en Droit International Public moderne, Le droit international face a ses limite*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971.
- Dinstein Y., *War, Aggression and Self-Defence*, University Press, Cambridge, 2005.
- Dorđević S., „The Control of the Legality of the Acts of the United Nations Security Council“, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 1, No. 4, 2000,.
- Dugard J., „Judicial Review of Sanctions“, *United Nations Sanctions and International Law* (ed. Vera Gowlland-Debbas), Kluwer Law International, The Hague, 2001.
- Feder N. M., „Reading the UN Charter connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack“, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 19, 1987,
- Ferencz, B., *New Legal Foundations for Global Survival :Security Through the Security Council*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, New York, 1994.
- Franck T., Patel, F., „UN Police Action in Lieu of War: The Old Order Changeth“, *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991,
- Greig D. W., „Self Defence and the Security Council: What does Article 51 Require?“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991.
- Grey C., *International Law and Use of Force*, University Press, Oxford, 2004.
- Heselhaus S., „International Law and the Use of Force“, *The Role of International Law and Institutions*, EOLSS, UNESCO, 2002.
- Hilderbrand R.C., *Dumbarton Oaks: The Origins of the United Nations and the Search for Postwar Security*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1990.
- Kelsen H., *The Law of the United Nations*, Stevens & Sons, London, 1950.
- Kreća M., *Međunarodno javno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
- Moore J. N. (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974.

- Ninčić Đ., „Samoodbrana u novom međunarodnom pravu“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 2, 1955.
- Ninčić Đ., „Ujedinjene nacije i regionalne organizacije“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, br. 2, 1969.
- O’Connell D.P., *International Law*, Vol. I, Stevens and Sons, London, 1970.
- Orakhelashvili A., „The Legal Basis of the UN Operations“, *Virginia Juournal of International Law*, Vol. 43, 2003.
- Pindić D., *Regionalne organizacije zasnovane na Povelji Ujedinjenih nacija*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1978.
- Račić O., *Međunarodno pravo: Stvarnost i iluzije*, Službeni glasnik, Beograd, 2015.
- Randelzhofer A., „The Use of Force“, *Eyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Vol. IV, Elsevier, Amsterdam, 2000.
- Schwebel S. M., „Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law“, *Recueil des Cours, Académie de Droit International, la Haye*, Vol. 136-II, 1972.
- Show M. N., *International Law*, University Press, Cambridge, 1997.
- Simma B., Khan E. E., Nolte G., Paulus A., Wessendorf N. (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Sukijasović M., *Pojam agresije u međunarodnom pravu*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1967.
- Šahović M., „Le role de la Charte des Nations Unies dans le development du Droit International en Avenir“, *Thesaurus Acroasium*, Vol. 27, 1998,
- Šahović M., „Povelja UN i njeno VII poglavlje posle završetka hladnog rata“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1995.
- Waldock H., „The Regulations of the Use of Force by Individual States in International Law“, *Recueil des Cours, Académie de Droit International, la Haye*, Vol. 81, 1952.
- Wortley B. A., „The Veto and the Security Provisions of the Charter“, *British Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1946.
- Wright Q., „The Prevention of Aggression“, *American Journal of International Law*, No. 3, 1956.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DEJAN MILOVANOVIĆ

MEĐUNARODNOPRAVNI STANDARDI NEZAVISNOSTI SUDSTVA SA POSEBNIM OSVRTOM NA ULOGU MEDIJA U NJIHOVOJ ZAŠTITI

Pitanje garancija nezavisnosti sudstva u Republici Srbiji ponovo je aktuelizovano skorašnjom ustavnom reformom u oblasti pravosuđa, kao i predviđenom usklađivanju zakonske regulative sa tim izmenama. U ovom procesu koji se tiče izmena pravosudnog seta zakona neizostavno je uvažavanje međunarodnih standarda sudske nezavisnosti. Međunarodni standardi predstavljaju ne samo vodeće kriterijume pri donošenju relevantnih zakona u nacionalnim pravnim porecima, već i nezaobilazne postulate pravne države i vladavine prava uopšte. Upravo je to i jedan od aspekta nezavisnosti sudstva kojim se ovaj rad bavi, pri čemu će biti dat poseban osvrt na značaj i ulogu koju imaju mediji u zaštiti nezavisnosti sudstva, a koja se u praksi često izostavlja i dovodi do suprotnih efekata u odnosu na one koji su predviđeni navedenim standardima.

Ključne reči: pravosuđe, sudska nezavisnost, međunarodni standardi, stručno usavršavanje i obuka, mediji

U V O D

Opšteprihvaćen stav je da osnovni uslov pravne države odnosno vladavine prava u jednoj državi predstavlja samostalno i nezavisno pravosuđe. „Samostalno i nezavisno pravosuđe je *conditio sine qua non* za ustanovljenje demokratije,

Dejan Milovanović, sudija Prvog osnovnog suda u Beogradu, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: dejo1983@gmail.com.

vladavine prava odnosno pravne države i obratno, jer nema vladavine prava ni demokratije bez samostalnog i nezavisnog pravosuđa.“¹

Sudstvo predstavlja uži pojam u odnosu na pojam pravosuđa koji ima šire značenje i obuhvata pored sudova i tužilaštvo, ali i druge organe koji su uključeni u primenu prava. Pre svega treba napraviti pojmovnu distinkciju između nezavisnosti i samostalnosti i napomenuti da je predmet ovog rada jedan pravosudni segment koji se odnosi na standardne nezavisnosti sudova, dok se sam pojam samostalnost odnosi na rad tužilaštva.

Sudska zaštita je preduslov postojanja i ostvarivanja ljudskih prava, ona pruža garancije za ostvarivanje subjektivnih prava građana. Iz tog razloga bitno je da sudstvo bude u funkciji primene prava, poštovanja ustava, zakona i drugih opštih pravnih akata, a sve u cilju zaštite osnovnih prava i sloboda. Može se reći da se svrha postojanja sudstva pre svega ostvaruje dostizanjem fundamentalnog postulata pravde i to u njenom korektivnom smislu, upravo u situacijama kada je ona u konkretnim slučajevima narušena. Nezavisno sudstvo je u tom smislu čuvar vladavine prava i ograničavajući faktor u pogledu delatnosti drugih državnih organa, kao i utvrđivanja njihove odgovornosti u slučaju kršenja vladavine prava, čime načelo podele vlasti dobija na većem značaju. Upravo je zato i nezavisno sudstvo utkano i inkorporisano u sam korpus osnovnih ljudskih prava, pa tako zaštita nezavisnog sudstva u sistemu podele vlasti dobija na značaju i u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Pravo na pristup sudu je temelj vladavine prava i osnov demokratskog sistema vlasti.

MEĐUNARODNOPRAVNO ODREĐIVANJE GARANCIJA SUDSKE NEZAVISNOSTI

Standardi nezavisnosti sudstva propisani su međunarodnim dokumentima, a realizuju se implementacijom u nacionalnim pravnim sistemima država i kao svoj konačni efekat imaju donošenje odluka od strane nezavisnih i nepristrasnih sudova u konkretnim slučajevima. Njihova realizacija je suštinska garancija pravičnog suđenja i kao takva predstavlja merilo vladavine prava u jednoj državi, zato je i bitno da pravosudne reforme u unutrašnjim porecima prate međunarodne standarde u ovoj materiji. „Reforma pravosuđa je takođe povezana sa demokratskom konsolidacijom, upravljanjem i sprovođenjem ljudskih, socijalnih i ekonomskih prava.“²

¹ Zoran Pavlović, „Razmatranja o samostalnom i nezavisnom pravosuđu“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, Vol. 61, br. 1, Advokatska komora Vojvodine, Novi Sad, 2001, 373.

² Kohen Beatriz, „Gender training for the judiciary in Argentina“, *International Journal of the Legal Profession*, Nov. 2014, Vol. 21 Issue 3, 2015, 334.

Kada je reč o evropskim standardima indikativna je odredba člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu EKLJP), koja jasno ukazuje na značaj nezavisnog sudstva propisivanjem prava na suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom koji je osnovan na osnovu zakona. Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) se takođe u praksi bavio pitanjima iz ove oblasti, imajući u vidu da se i sudovi bave zaštitom prava predviđenih odredbama EKLJP, te u tom smislu postoji i prožimanje odredbe člana 6 i ostalih zajemčenih prava iz Konvencije. Pitanje podele vlasti i zaštite nezavisnog sudstva i uspostavljanja ravnoteže između tri grane vlasti zakonodavne, izvršne i sudske je inače dosta problematizovano u Evropi, pa su se ovom tematikom bavili i već pomenuti ESLJP, kao i Sud pravde Evropske unije (SPEU). Ovo pitanje je posebno dobilo na značaju nakon pandemije kovida 19, s obzirom na nagomilane probleme u sudstvu koji su nastali u veoma kratkom roku, a tiču se većeg broja nagomilanih i nerešenih predmeta, suđenja na daljinu, ali i sve većeg broja ograničenja ljudskih prava.

„Premda Sud pravde EU (SPEU) i ESLJP predstavljaju nezavisne sudske sisteme, oni neformalno dele širok dijapazon vrednosti i načela. Ova dva suda se u nekim okolnostima pozivaju na obrazloženja i tumačenja onog drugog u pogledu određenih zajedničkih osnovnih prava. Na primer, SPEU je formalno integrisao jurisprudenciju ESLJP-a u deo svojih opštih načela prava EU.“³ „ESLJP se pak izričito oslanja na presude SPEU u razvoju svoje prakse o članu 6 Konvencije, ispoljavajući ono što bi se moglo nazvati simbiotskim odnosima ova dva suda u ovoj oblasti prava.“⁴

Međunarodni standardi koji su regulisani aktima na međunarodnom nivou imaju širi domen regulative u odnosu na konvencijsko pravo koje se odnosi na države ugovornice Konvencije ili u odnosu na pravni sistem Evropske unije kada je reč o SPEU, s obzirom na to da su predviđeni i drugim brojnim međunarodnim aktima. Relevantni izvori u tom smislu su pre svega akti Ujedinjenih nacija, kao što su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, usvojen i otvoren za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200A (XXI) od 16. decembra 1966. godine, koji je stupio na snagu 23. marta 1976. godine u skladu sa članom 49, kao i Američka konvencija o ljudskim pravima iz 1969. godine. Tu se mogu svrstati i Osnovna načela nezavisnosti sudstva, usvojena na VII kongresu Ujedinjenih nacija za sprečavanje zločina i postupanje prema prestupnicima, održanom u Milanu od 26. avgusta do 6. septembra 1985. i potvrđena od strane Generalne skupštine Rezolucijama 40/32 od 29. novembra 1985. i 40/146

³ Ledi Bianku, Hannah Smith, *Nezavisnost i nepristrasnost pravosuđa, Pregled relevantne prakse Evropskog suda za ljudska prava*, The AIRE Centre, 2021, 21.

⁴ *Ibidem*.

od 13. decembra 1985, sa napomenom da ista ne predstavljaju međunarodni ugovor i ne podležu ratifikaciji, takođe Opšti komentar br. 32 Komiteta za ljudska prava UN o članu 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 23. avgusta 2007. godine, Univerzalna povelja o sudijama od 17. novembra 1999. odobrena od strane Međunarodnog udruženja sudija, kao i Bangalorski principi (Nacrt kodeksa ponašanja sudija iz 2001. godine, usvojen od strane Pravosudne grupe UN za jačanje integriteta pravosuđa, revidiran na Okruglom stolu predsednika vrhovnih sudova u Hagu novembra 2002. godine). Zatim i Sirakuski principi iz 1981. godine, Tokijski principi o nezavisnosti pravosuđa iz 1982. godine, Kodeks međunarodnog udruženja advokatskih komora o minimalnim standardima sudske nezavisnosti iz 1982. godine i Montrealska univerzalna deklaracija o nezavisnosti pravde iz 1983. godine.

Savet Evrope je u ovoj oblasti razvio značajne međunarodne instrumente kao što su Venecijanska komisija i Konsultativno veće evropskih sudija (*Consultative Council of European Judges*, skraćeno CCJE, u daljem tekstu KVES) koji predstavljaju savetodavna tela Saveta Evrope. KVES se bavi nezavisnošću, nepristrasnošću i kompetentnošću sudija i preko svojih mišljenja formira okvir garancija koje treba poštovati u jednom pravosudnom sistemu, to su npr. Mišljenje br. 1 KVES (2001) o standardima vezanim za nezavisnost pravosuđa i nesmjernjivost sudija, Mišljenje br. 3 KVES (2002) o etici i odgovornosti sudija, Preporuka Saveta ministara Saveta Evrope br. CM/Rec (2010)12 o nezavisnosti, efikasnosti i dužnostima sudija, Akcioni plan Saveta Evrope za jačanje sudijske nezavisnosti i nepristrasnosti, CM(2016)36, Magna Carta sudija, Izveštaj Venecijanske komisije o nezavisnosti sudskih sistema, kao i Evropska povelja o zakonu za sudije.

Značaj navedenih međunarodnih akata je pre svega u uspostavljanju međunarodnih standarda koji imaju za cilj ujednačavanje zakonske regulative na nacionalnom nivou i unifikacije standarda sudske nezavisnosti u unutrašnjim pravosudnim sistemima. Od izuzetnog značaja je to što u formulisanju odredaba navedenih međunarodnih dokumenata učestvuju pravnici iz različitih pravnih sistema koji pripadaju različitim pravnim tradicijama.

OPŠTA RAZMATRANJA O STANDARDIMA SUDSKE NEZAVISNOSTI

Nezavisno sudstvo ne može biti ostvareno samo proklamacijama u međunarodnim dokumentima, kao i ustavnim i zakonskim odredbama, te je pored potrebnih ratifikacija i implementacija navedenih garancija potrebno i postojanje društvenih i političkih uslova u jednoj državi, a takođe i utvrđenih mehanizama i instrumenata zaštite nezavisnosti sudstva.

„Sudija nije običan gledalac, jer on ima jednu dužnost, a to je da izriče pravo: svojim odlukama on treba da obezbedi poštovanje normi zajednice.“⁵ Sudije donose odluke koje se odnose na osnovna grava građana i tiču se njihovih života, osnovnih sloboda, obaveza i svojine, te nezavisnost sudstva treba da bude ustanovljena prvenstveno u interesu građana koji od sudova očekuju pravdu.

Nezavisnost sudstva ima više atributa i može se posmatrati kako u pogledu samog postupka u odnosu na stranke u njemu, tako i sa društvenog aspekta, u smislu nezavisnosti u odnosu na ostale dve grane vlasti tj. izvršne i zakonodavne. U tom kontekstu se u teoriji govori o nezavisnosti sudija u personalnom smislu i nezavisnosti sudova u institucionalnom smislu. ESLJP u svojoj praksi u pogledu lične nezavisnosti upotrebljava termin nepristrasnost. Preduslov potpune nepristrasnosti sudije predstavlja sudska nezavisnost. Sudija u postupanju ne sme biti pod bilo čijim uticajem, a takođe je bitan i sam utisak nezavisnosti sudije koji bi ostavljao razumnom posmatraču. Pored nezavisnosti od druge dve grane vlasti, postoje i aspekti koji se odnose na internu organizovanost u okviru pravosuđa, kako prema drugim sudijama, tako i nezavisnost sudija prema organizaciono pretpostavljenim unutar same institucionalne strukture. „U vršenju svojih funkcija primene pravde, sudije nisu dužne da se povinuju bilo kakvom nalogu ili uputstvu niti bilo kakvom hijerarhijskom pritisku, i isključivo ih obavezuje zakon.“⁶

Konsultativni savet evropskih sudija je na 11. plenarnom zasedanju u Strazburu, od 17. do 19. novembra 2010. usvojio *Magna kartu sudija (osnovna načela)*. U njoj su sažeto određeni i kodifikovani osnovni zaključci o usvojenim mišljenjima. Istaknut je značaj garancija koje se odnose na status sudija, a koje se jemče nacionalnim propisima na najvišem nivou, a odnose se na sve aspekte sudija kao nosilaca funkcije počev od imenovanja, naknada, napredovanja, imuniteta, stalnosti funkcije, odgovornosti i obuke do starosne penzije. Načela utvrđena u *Magna karta sudija* predviđa da se propisana načela primenjuju shodno i na sudije svih evropskih i međunarodnih sudova.

„Nezavisnost sudstva je zakonska, funkcionalna i finansijska. Ona se u pogledu drugih ovlašćenja države jemči onima koji traže pravdu, ostalim sudijama i društvu u celini, putem nacionalnih propisa na najvišem nivou. Država i svaki sudija odgovorni su za unapređenje i zaštitu nezavisnosti sudstva.“⁷

⁵ Haim Perelman, *Pravo moral i filozofija*, Nolit, Beograd, 1983, 54.

⁶ *Magna karta sudija (osnovna načela)*, Završna verzija, Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Strazbur, 2010, 2.

⁷ *Magna karta sudija (osnovna načela)*, Završna verzija, Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Strazbur, 2010, 2.

Nezavisnost i nepristrasnost sudstva se određuju kao pretpostavke za rad sudstva. Akcenat je stavljen na uspostavljanju objektivnih kriterijuma u pogledu izbora i imenovanja, kao i u pogledu napredovanja. Raspoređivanje sudija unutar suda u pogledu materije odnosno referade koju dobija u rad takođe se ne sme vršiti na osnovu bilo kakvih spoljnih uticaja ili predrasuda, već na osnovu afiniteta sudije i objektivnih merila.

Država ima obavezu da obezbedi ljudske i finansijske resurse koji su potrebni za funkcionisanje pravosuđa. Takođe se ustanovljavaju materijalne garancije sudijske nezavisnost u smislu odgovarajuće naknade i penzije, što se uređuje zakonom, a radi izbegavanja neprimerenih uticaja na sudije. Potpuna nezavisnost može biti ostvarena jedino u slučaju postojanja finansijske nezavisnosti koja mora obezbeđivati dostojanstvo i adekvatan status sudija, tako da plate odnosno materijalna primanja sudija moraju imati prioritet u društvu. Zagarantovana naknada odnosno plata sudija mora biti određena zakonom i biti van uticaja izvršne vlasti. Važno je i da se u postupku usvajanja sudskog budžeta pred parlamentom uvažavaju stavovi sudstva, s obzirom da sudovi moraju imati pravo na finansijske resurse i učestvovati u procesu formiranja budžeta.

Država preko svojih organa treba da obezbedi i ličnu sigurnost, kao i fizičku zaštitu sudija i njihovih porodica, zaštita mora biti i prevremenog karaktera kako bi sudije imale adekvatnu sigurnost za obavljanje funkcije. Nosiocima sudske funkcije mora biti garantovana stalnost funkcije do navršenja godina potrebnih za penziju ili prestanka funkcije na drugi način, a potrebno je i postojanje imuniteta od sporova koji se odnose na vršenje sudijske funkcije odnosno radnje koje sudije preduzimaju u okviru nadležnosti, što podrazumeva i zaštitu od drugih vidova pravnih uznemiravanja.

Garantuje se i pravo sudija na udruživanje odnosno pravo da budu članovi nacionalnih i međunarodnih udruženja sudija. „Da bi se obezbedila nezavisnost sudija, svaka država je dužna da formira Savet za pravosuđe ili drugo posebno telo, nezavisno od zakonodavne i izvršne vlasti, obdareno širokim ovlašćenjima za sva pitanja koja se tiču njihovog položaja, kao i organizacije, funkcionisanja i imidža pravosudnih institucija. Savet je sastavljen ili isključivo od sudija ili od značajne većine sudija koje su izabrale njihove kolege. Savet za pravosuđe odgovoran je za svoje aktivnosti i odluke.“⁸

Standardi nezavisnosti sudstva su postavljeni u cilju postojanja efikasnog rešavanja sporova u razumnom roku, kako bi se olakšao pristup pravdi uz postojanje

⁸ *Mišljenje Kosultativnog veća evropskih sudija i Magna karta sudija*, Savet Evrope, Strazbur, Francuska, (priređivač: Institut za uporedno pravo), Beograd, 2020, 15.

transparentnosti u radu i obavezu izvršavanja sudskih naloga. Sa druge strane postoje i obaveze kojih su sudije dužne da se pridržavaju kao što je čuvanje profesionalnih tajni koje se odnose na postupke koji se vode ili druge poverljive informacije do kojih se došlo u vršenju službe, a u pogledu kojih se ne može od njih zahtevati da svedoče.

Sastavni deo sudske nezavisnosti čini sudska etika, koja je povezana sa sudijskom odgovornošću. „Sudijska etika se utvrđuje institucionalno – donošenjem kodeksa, čime institucije propisuju okvire za rad i ponašanje sudija.“⁹ U pogledu odgovornosti sudija Magna karta posebno ističe „sudijama se ne može pripisati krivična odgovornost za nenamerne propuste u vršenju svojih funkcija“¹⁰, kao i to da „nije pogodno da sudija bude izložen, u pogledu navodnog vršenja sudskih funkcija, bilo kakvoj ličnoj odgovornosti, čak i putem naknade državi, osim u slučaju namernog neispunjavanja obaveza.“¹¹ Sudije kao i ostali nosioci pravosudnih funkcija imaju slobodu veroispovesti, pravo na izražavanje, udruživanje i okupljanje. Sudije u odnosu na ostale građane moraju da se suzdržavaju od određenih aktivnosti, pa tako ne mogu biti članovi političkih stranaka, ne mogu da rade u izvršnim i zakonodavnim organima države, niti da se bave ostalim lukrativnim poslovima, izuzev u umetnosti, sportu i nauci i sličnim delatnostima. Sudija ne treba da sudi u postupcima u kojima postoji opravdana sumnja i bojazan od njegove pristrasnosti i predubedenja. „Principi koji teže da uspostave standarde etičkog ponašanja i rada sudija i da nacionalnim pravosudnim sistemima omoguće okvire za regulisanje sudijskog ponašanja – Bangalorski principi, jesu: nezavisnost, nepristrasnost, integritet, primerenost, jednakost, posebnost, revnost sudija.“¹²

Disciplinska odgovornost i disciplinski postupak ostavljeni su državama kako bi ih definisali bliže zakonskim propisima. Disciplinski postupak se može voditi zbog povreda standarda sudijskog ponašanja, pri čemu se mora obezbediti fer postupak, mogućnost izjašnjenja i saslušanje na navode u vezi takve povrede, postupak se mora voditi od strane suda ili tela koji se sastoji od članova koji su pripadnici sudske profesije, a disciplinske kazne se kreću od opomena do prestanka funkcije koja može da se izrekne samo za utvrđene najteže povrede standarda ponašanja, uz poštovanje stalnosti sudske funkcije. Ovo je naročito od značaja za očuvanje

⁹ Rada Mirić, „Bangalorski principi – doprinos razvoju sudijske etike“, *Strani pravni život*, Beograd, 2013, 328.

¹⁰ Magna karta sudija (osnovna načela), Završna verzija, Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Strazbur, 2010, 3.

¹¹ Magna karta sudija (osnovna načela), Završna verzija, Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Strazbur, 2010, 3.

¹² R. Mirić, op. cit., 330.

načela slobode u donošenju odluka shodno svojim uverenjima, bez straha od posledica, što je i suština nepristrasnosti i ostvarivanja načela sudijske nezavisnosti.

Sudije imaju pravo na stručno usavršavanje i obuku, te odredbe nacionalnih zakona u pravosudnoj sferi uglavnom izričito predviđaju ovo pravo, ali ga takođe određuju i kao obavezu sudija. „Pravo i obaveza sudije na stručno usavršavanje i obuku propisana je Zakonom o sudijama. Pravo i obaveza stalnog stručnog usavršavanja sudija ostvaruje se kroz opšte programe stalne obuke, koja je u nadležnosti Pravosudne akademije. Obuka sudija predstavlja organizovano sticanje i usavršavanje praktičnih i teorijskih znanja i veština potrebnih za nezavisno, odnosno samostalno, stručno i efikasno vršenje njihove funkcije.“¹³ „Početna i stalna obuka predstavljaju pravo i dužnost sudija. Ona se organizuje pod nadzorom pravosuđa. Obuka je važan element za očuvanje nezavisnosti sudija, kao i kvaliteta i efikasnosti pravosudnog sistema.“¹⁴

Postupak imenovanja sudija je prva faza u konceptu obrazovanja suda u smislu standarda da sud mora biti obrazovan na osnovu zakona. Izbor, imenovanje i karijerno napredovanje moraju biti zasnovani na objektivnim i merljivim kriterijumima, koje propisuje organ koji garantuje nezavisnost, stručnost sudija i otpornost na spoljne pritiske i političke uticaje. Navedeno načelo u pogledu stručne osposobljenosti realizuje se kroz početnu i stalnu obuku sudija koju organizuje institucija nadležna za obuku nosilaca pravosudnih funkcija. Potrebno je da završena početna obuka figurira kao jedan od uslova za izbor sudija, imajući u vidu da kvalifikovane i stručne sudije predstavljaju jasan indikator nezavisnosti sudstva. „Početna obuka je obuka koja se obično nudi u kontinentalnim sistemima građanskog prava gde pravosudni polaznici imaju diplomu prava (koji su profesionalne sudije, za razliku od sudija porotnika), ali se ne zahteva da imaju značajno prethodno praktično pravno iskustvo u vreme zapošljavanja. Iz tog razloga, početna obuka traje duže (jedna ili dve godine) i ima za cilj da pripremi polaznika za sudijsku funkciju tako što se nedostatak iskustva nadoknađuje intenzivnijom i dužom teorijskom i praktičnom obukom.“¹⁵

Stalna odnosno kontinuirana obuka predstavlja pravo i obavezu svakog sudije nakon imenovanja i stupanja na funkciju i doprinosi stručnoj kompetentnosti sudija, kvalitetu i efikasnosti sudstva, kao i jačanju javnog poverenja u sudove.

¹³ <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/stručno-usavršavanje>, 10. 9. 2022.

¹⁴ Magna karta sudija (osnovna načela), Završna verzija, Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Strazbur, 2010, 3.

¹⁵ Diana Richards, „Learning to Sentence: An Empirical Study Of Judicial Attitudes Towards Judicial Training In Romania“, *International Journal for Court Administration*, Vol. 7, Issue 1, p. 68–85, 18p, Summer 2015, 69.

„Kontinuirana obuka predviđa da se od sudija očekuje da se redovno prijavljuju na seminare tokom svoje karijere, što je zasnovano na pretpostavci da nikada nisu prestari da bi naučili nešto novo, ali i pod pretpostavkom da, održavajući svoje znanje ažurnim, sudije održavaju svoju nezavisnost i relevantnost u društvu pri donošenju odluka“¹⁶

„Stalna pravosudna obuka je relativno nova pojava. U kontinentalnoj Evropi, prve škole za obuku u pravosuđu osnovane su pedesetih i šezdesetih godina prošlog veka, dok je u većini zemalja običajnog prava kontinuirana pravosudna obuka nastala tek devedesetih. Uprkos prvobitnom otporu među sudijama prema ideji o nastavku pravosudne obuke kada je prvi put predložena, čini se da poslednjih godina postoji širok konsenzus o potencijalnim koristima koje može da ponudi sudijama, uključujući viši stepen profesionalnosti, poboljšani kvalitet presude, prevenciju i ispravljanje grešaka u presudama i niže sudske troškove. Pored toga, kontinuirani pristup pravosudnoj obuci pomaže sudijama da budu u toku sa razvojem zakona, a istovremeno ih smatra odgovornim široj javnosti.“¹⁷ „Zbog nemogućnosti da se na međunarodnom nivou, zbog razlika u tradiciji, pravnoj kulturi, stepenu razvijenosti i sl., definiše najbolji metod za postavljanje i napredovanje, uglavnom se akcentiraju osobine koje treba da poseduje kandidat za pravosudnu službu.“¹⁸

Svrishodno je u tom smislu ukazati i na stavove ESLJP. „Sud je u svojoj dugogodišnjoj praksi utvrdio četiri ključna kriterijuma u vezi sa ovim institucionalnim zahtjevima koje koristi kako bi utvrdio da li se neki sud može smatrati 'nezavisnim'. To su: (i) način na koji su njegovi članovi imenovani; (ii) dužina njihovog mandata; (iii) postojanje garancija od spoljnog pritiska; i (iv) da li telo odaje utisak da je nezavisno. Sud je tradicionalno ocenjivao ispunjenost ovih zahteva na sveobuhvatan način, uzimajući u obzir svaki od četiri kriterijuma.“¹⁹

Treba napomenuti da su sve ove garancije ustanovljene upravo radi efikasnog ostvarivanja prava građana i pravičnog suđenja, te svakako to sve ne utiče na pravo građana koja imaju radi ostvarivanja naknade štete od države i ostvarivanje tog prava efikasnim pravnim sredstvima, a koja proistekne iz povrede prava na pravično suđenje, a prouzrokovana je činjenjem ili nečinjenjem nosioca sudskih funkcija. Sudija dakle mora biti profesionalno i egzistencijalno zaštićen da bi mogao biti nezavisan pri donošenju odluka savesno i u skladu sa zakonom na osnovu utvrđenih

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Daphna Blatman-Kedrai, Ori Landau and Boaz Munk, „Peer Group Consultations as a Judicial Training Model“, *Review of Litigation*, Symposium Vol. 38, Issue 2, 2019, p. 167–209, 43.

¹⁸ Z. Pavlović, op. cit., 375.

¹⁹ Ledi Bianku, Hannah Smith, op. cit., 18.

činjenica u konkretnom slučaju. „Zbog tumačenja zakona koje vrši, sudija je izvor prava i kao takav učestvuje u definisanju opšteg dobra, sa samo legitimitetom, svojom nadležnošću i svojom etikom.“²⁰

ULOGA MEDIJA U ZAŠTITI NEZAVISNOSTI SUDSTVA

Nezavisno sudstvo postoji upravo zbog samih građana. „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.“²¹

Kao što je navedeno u izloženom tekstu jedan od predviđenih standarda je i transparentnost u radu sudova, što podrazumeva i javnu dostupnost sudskih odluka i njihovih obrazloženja. Svrha toga je ostvarivanje kontrole na radom pravosuđa od strane javnosti, što za cilj ima sprečavanje proizvoljnosti i zaštitu sudske nezavisnosti. Upravo iz tog razloga mediji imaju značajnu ulogu u zaštiti sudske nezavisnosti, kroz objavljivanje i izveštavanje o sudskim predmetima. Međutim mediji mogu da odgovore ovom zadatku jedino ako izveštavanje o predmetima obavljaju na odgovoran, tačan i precizan način. Doprinos medija transparentnosti rada sudova može se ostvariti učvršćivanjem poverenja u rad sudova kroz stvaranje utiska nezavisnosti sudova kod građana, što predstavlja važan aspekt nezavisnosti.

Uloga medija treba biti kontrolnog i konstruktivnog karaktera i upravo su mediji ti koji treba da ukazuju na problematične situacije koje mogu da ugroze sudsku nezavisnost. Mediji imaju kritičku ulogu i imaju pravo da stvaraju društvenu polemiku u pogledu značajnih stvari koje se odnose na funkcionisanje, rad i organizaciju sudstva, a kako bi to odgovorno radili neophodno je da se rasprava i kritika bazira na relevantnim stručnim argumentima. Međutim određene medijske kampanje imaju štetni uticaj na nezavisnost i nepristrasnost suda, ako svojim neopravdanim uticajem imaju uticaj na vođenje postupka, a naročito na sam ishod postupka.

Sa druge strane jako je bitno da sudovi imaju dobru saradnju i odnose sa javnošću, a komunikacija sa medijima je u tome ključna. U tom smislu indikativne su preporuke KVES u cilju ostvarivanja konstruktivnog odnosa sa medijima.

²⁰ Olivier Laurent, *Les Cahiers de la Justice* 2018/2 (N° 2), Dalloz, 2018, pages 257 à 266, A speech given to the new students of the French National School for the Judiciary (class of 2018).

²¹ Evropska konvencija o ljudskim pravima, sa izmenama predviđenim Protokolima br. 11, 14 i 15 s Protokolima br. 1, 4, 6, 7, 12, 13 i 16, član 6 st. 1, Evropski sud za ljudska prava, Savet Evrope, Strazbur, Francuska, 2013.

Ti predlozi se odnose na način obrazlaganja odluka koji se ostvaruje jedino kroz odluke, državama se preporučuje formiranje posebnog tima koji pruža obaveštenja medijima o postupcima i odlukama. Bitna je i nadzorna uloga sudija nad zaduženim portparolima i ostalim zaposlenima u sudu koji obavljaju te poslove, formiranje nezavisnih tela čija je nadležnost rešavanje spornih situacija u vezi sa medijskim izveštavanjima o sudskim predmetima i dobijanju informacija o postupcima, formiranje kodeksa o međusobnim odnosima sudija i novinara u smislu određivanja uslova i smernica pod kojima se daju izjave u vezi sudskih postupaka i pojedinih predmeta, tako je primera radi i sam ESLJP ustanovio svoju praksu postupanja sa medijima.

Povezano sa ovim pitanjem je i javno istupanje političara i davanje izjava u medijima u smislu eventualne protivnosti članu 6 EKLJP, koje pre svega zavisi od sadržaja takvih izjava i konteksta u kome su date, pre svega u smislu da li se odnose direktno na pravosuđe, da li je reč o izjavama kojima se vrši pretnja ili pritisak i kojima se narušava utisak nezavisnosti i nepristrasnosti sudstva. Treba imati u vidu i da je javna rasprava o funkcionisanju pravosuđa, organizaciji vođenja postupaka poželjna i uživa zaštitu u društvu u smislu člana 10 EKLJP. Sudije u službenom postupanju imaju šire postavljene granice kritike, u smislu prihvatljive kritike, osim ukoliko nije reč o navodima ličnog karaktera u smislu omalovažavanja, uvreda i sličnog.

Iz navedenog nesumnjivo proizilazi da zaštita nezavisnosti i nepristrasnosti sudstva predstavlja legitimni cilj koji omogućava ograničenje slobode govora, pod uslovom da je ograničenje neophodno i srazmerno sredstvo u tu svrhu, što se ceni u konkretnom slučaju, s obzirom na okolnosti, a kako se sa druge strane ne bi povredilo pravo na javnu i otvorenu raspravu o stvarima koje su od javnog značaja.

Potrebno je da sudovi i mediji imaju odnos zasnovan na međusobnoj saradnji, poverenju i uvažavanju. Mediji sa svoje strane moraju poštovati profesionalne i etičke standarde i izveštavanje javnosti moraju bazirati na provereni istinitosti i porekla informacija sa potrebnim standardom profesionalne pažnje, kako bi se isto vršilo u interesu javnosti. Posmatrano iz aspekta sudova potrebno je da u odnosu sa javnošću oni budu otvoreniji i pristupačniji za saradnju, kako bi relevantne informacije bile dostupne građanima, pri čemu je jako bitna uloga predsednika sudova i portparola preko kojih se jedino i vrši komunikacija sa medijima. Naročito značaj u ovom odnosu imaju strukovna udruženja sudija, koja su se u praksi i pokazala kao najdelotvorniji vid ove komunikacije sa medijima preko svojih predstavnika.

Izveštavanje medija u svakodnevnom životu međutim odstupa od navedenih standarda dovodeći do suprotnog efekta, te se pod velom slobode informisanja senzacionalističkim i pristrasnim izveštavanjem sve više u javnosti i kod građana

narušava ugled i poverenje u pravosuđe, pa tako dolazi do kršenja pretpostavki nevinosti, pokušaja uticanja na sudske postupke, govora mržnje i sl. Naročito su problematična medijska izveštavanja iz pojedinih faza krivičnog postupka, postupaka u kojima su učesnici maloletna lica, a koja uživaju posebnu zaštitu, kao i preuzimanje uloge viših instanci i kontroli sudskih odluka od strane medija. Veliki problem uz to predstavlja i curenje informacija iz sudova o sudskim postupcima, što može uticati na sam postupak.

Međutim ovakve situacije treba posmatrati u smislu izazova koje treba rešavati u praksi pridržavajući se upravo navedenih standarda od kojih su od presudnog značaja nezavisnost, nepristranost i objektivnost. Uvek treba imati u vidu i to da sudske odluke ne mogu biti predmet vansudske kontrole i da mogu biti preispitivane samo od strane nadležnog drugostepenog suda u zakonom propisanom postupku. Sudija je nezavisan u svom radu u odnosu na druge dve grane vlasti, druge institucije društva, druge sudije, političke partije i medije. Sudija ne sme biti izložen javnoj osudi za odluke i zauzeta stanovišta u njima, jer se to smatra nedozvoljenim uticajem na sudiju, te predstavlja kršenje principa da sudija ne može odgovarati za svoje mišljenje koje je dato u sudskoj odluci.

Nužno je da Visoki savet sudstva ima potrebne mehanizme kako bi po službenoj dužnosti efikasno i blagovremeno reagovao na sve vidove pritisaka i neprimerenog uticaja na sudije. Dobar odnos pravosuđa u celini i medija je jako bitan kako bi građani imali veće poverenje i bolju percepciju prema pravosuđu, te je neophodno da novinari koji izveštavaju o pravosuđu i postupcima budu bolje edukovani i imaju posebna znanja o pravosuđu, ali i da budu nezavisni u svom izveštavanju.

ZAKLJUČAK

Kao što se može zaključiti, standardi sudske nezavisnosti i nepristrasnosti predstavljaju osnov očuvanja javnog poverenja u sudstvo, kao i suštinu načela vladavine prava. Pravda, istina i sloboda su glavne vrednosti kojima sudije treba da streme u vršenju svojih nadležnosti i ovlašćenja.

Standardi koji su propisani međunarodnim aktima su vodič nacionalnih regulativa država. Preduslov nezavisnosti sudstva je sprečavanje drugih grana vlasti u uticaju na sudsku vlast, naročito u pogledu ishoda postupaka i donošenju odluka. Izbor i karijera sudija treba da se zasnivaju na objektivnim i merljivim kriterijumima, u čemu presudnu ulogu ima početna i stalna obuka sudija. Nezavisnost sudstva ima i individualni aspekt koji se odnosi na ličnu nezavisnost sudija počev od izbora, napredovanja, finansiranja, imuniteta.

Nezavisno sudstvo je i značajno za poštovanje osnovnih prava građana, te kao takvo mora biti transparentno i otvoreno za javnost. Mediji moraju da imaju ključnu ulogu u navedenoj transparentnosti rada sudova i očuvanju poverenja javnosti u nezavisno pravosuđe. Izveštavanje medija koje odstupa od standarda objektivnosti i nezavisnosti i koje dovodi do senzacionalističkog i pristrasnog izveštavanja u javnosti narušava ugled i poverenje u pravosuđe, a kako bi se to sprečilo sudstvo i mediji moraju biti u kontinuiranom odnosu saradnje i međusobnog razumevanja, a sve to u cilju učvršćivanja sudske nezavisnosti, pravilnog informisanja građana i sticanja njihovog poverenja u rad sudova.

DEJAN MILOVANOVIĆ
Judge of the First Basic Court of Belgrade
Ph.D. candidate, Faculty of Law
Univeristy of Belgrade

INTERNATIONAL STANDARDS OF JUDICIAL INDEPENDENCE
WITH SPECIAL REFERENCE TO THE ROLE OF THE MEDIA
IN THEIR PROTECTION

Summary

The guarantees of the independence of the judiciary in the Republic of Serbia has been brought up to date again with the recent constitutional reform in the field of judiciary, as well as the anticipated harmonization of legal regulations. In this process of harmonizing, adherence to international standards of judicial independence is indispensable. International standards represent not only the leading criteria for the adoption of relevant laws in national legal systems, but also the inevitable postulates of the rule of law. This is the aspect of the independence of the judiciary that this paper deals with, where a special review will be given of the importance and role of the media in protecting the independence of the judiciary.

Key words: judiciary, judicial independence, international standards, professional development and training, media

Literatura

- Bianku L., Smith H., *Nezavisnost i nepristrasnost pravosuđa, Pregled relevantne prakse Evropskog suda za ljudska prava*, The AIRE Centre, 2021.
- Blatman-Kedrai D., Landau O., Munk B., Peer Group Consultations as a Judicial Training Model, *Review of Litigation*, Symposium, Vol. 38, Issue 2, 2019.
- Kohen B., „Gender training for the judiciary in Argentina“, *International Journal of the Legal Profession*, November 2014, Vol. 21, Issue 3, 2015.

- Laurent O., *Les Cahiers de la Justice* 2018/2 (N° 2), Dalloz, 2018, pages 257 à 266, A speech given to the new students of the French National School for the Judiciary (class of 2018).
- Magna karta sudija (osnovna načela), Završna verzija, Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Strazbur, 2010.
- Mišljenje br. 1 (2001) Konsultativnog saveta evropskih sudija (KVES) za potrebe Komiteta ministara Saveta Evrope, o standardima vezanim za nezavisnost sudija i stalnost sudijske funkcije, Preporuka br. R (94) 12, Strazbur, 2001.
- Mišljenje Konsultativnog veća evropskih sudija i Magna karta sudija*, Savet Evrope, Strazbur, Francuska, (priređivač: Institut za uporedno pravo), Beograd, 2020.
- Mirić R., „Bangalorski principi – doprinos razvoju sudijske etike“, *Strani pravni život*, 2013.
- Pavlović Z., Razmatranja o samostalnom i nezavisnom pravosuđu, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, Vol. 61, br. 1, Advokatska komora Vojvodine, Novi Sad, 2001.
- Perelman H., *Pravo moral i filozofija*, Nolit, Beograd, 1983.
- Richards D., „Learning to Sentence: An Empirical Study Of Judicial Attitudes Towards Judicial Training In Romania“, *International Journal for Court Administration*, Vol. 7 Issue 1, 2015.

PREGLEDNI RAD

Međunarodni odnosi i pravda

Pravo Evropske unije

JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ
RADOVAN VUKADINOVIĆ

NEUHVATLJIVE POSLEDICE DEJSTVA EU DIREKTIVA

Nedavna presuda Suda pravde Evropske unije, od 18. januara 2022. godine, doneta u predmetu Thelen Technopark Berlin već i time što je doneta od strane Velikog veća „obeznačavala je da će biti važna“ u razvoju prava EU, posebno u tumačenju EU direktiva. Presuda je značajna i po tome što je Sud odbio sugestiju opšeg pravobranioca da se pojedinim odredbama Direktive o uslugama prizna direktno dejstvo i da se obavežu nacionalni sudovi da ne primenjuju nacionalni propis koji je u koliziji sa Direktivom. Sud je potvrdio raniji stav da se na Direktivu o uslugama (Direktiva 2006/123/EZ) ne mogu pozivati pojedinci u sporovima sa drugim pojedincima – privatnim lica, tj. da se odnosna direktiva ne može primeniti „horizontalno“. Ovakav stav Suda je oživeo diskusije o „nedokučivoj“ prirodi direktiva¹ kao izvora prava EU i o brojnim i raznovrsnim posledicama koje nastaju njenom povredom. Da bi i oni kojima ova materija nije tako bliska razumeli problem, u radu su prvo objašnjeni pojam i priroda EU direktiva, a onda mogućnost njihovog direktnog dejstva, posebno horizontalnog direktnog dejstva. Na kraju, koautori kritikuju stav Suda koji svojom „pitij-skom“ formulacijom neće doprineti „uhvatljivosti“ u razumevanju direktnog horizontalnog dejstva direktiva.

Ključne reči: EU direktiva, pravo EU, direktno dejstvo, Sud pravde EU, implementacija

Dr Jelena Vukadinović Marković, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: jelena_vuk83@yahoo.com.

Akademik prof. dr Radovan Vukadinović, redovni profesor Univeziteta u Kragujevcu, u penziji, e-mail: radevuk2010@gmail.com.

¹ Lorenzo Squintani, Justin Lindeboom, „The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions“, *Yearbook of European Law*, Vol. 38, No. 1, 2019, 18.

DIREKTIVE KAO IZVOR PRAVA EU

Kao zajednica zasnovana na vladavini prava,² Evropska unija (EU) ima svoj pravni sistem koji čine brojni pisani propisi i načela koji se obično svrstavaju u primarne i sekundarne izvore. U primarne izvore spadaju opšta načela prava EU, Ugovori o osnivanju Evropske zajednice (EZ) i EU i međunarodni ugovori Zajednice/Unije. U sekundarne izvore spadaju pravni akti koje donose organi Unije u granicama prenetih ili dodeljenih nadležnosti. Tu spadaju uredbe, direktive i odluke. Sudska praksa (Suda pravde EU i opšteg suda) spada u neformalne izvore, pri čemu su od posebnog značaja opšta načela koje je Sud pravde izgradio u dosadašnjem periodu.³ Ovako stvoreno pravo EU (ili komunitarno pravo) po mnogo čemu je karakteristično u odnosu na nacionalno pravo država članica i na međunarodno pravo. Kroz ovaj odnos se u suštini prelamaju politički odnosi država članica i Unije koji opredeljuju prirodu i karakter same Unije. Međutim, priroda Zajednice/Unije i njenog prava nisu određeni Ugovorima o osnivanju (od Rimskog do Lisabonskog ugovora), već je to činio Sud pravde kroz presude u tzv. vodećim slučajevima.

Sud pravde je relativno rano nakon stupanja na snagu Rimskog ugovora (1958), u predmetima *Costa van Shaake*,⁴ *Van Gend*⁵ i *Costa v ENEL*,⁶ zauzeo stav da komunitarno pravo predstavlja poseban pravni poredak u kome Ugovori o osnivanju, za razliku od klasičnih međunarodnih ugovora, dodeljuju prava i obaveze ne samo državama članicama već i pojedincima. Ovakvim stavom Sud pravde je nagovestio, što će potvrditi u kasnijoj praksi, da će posebnu pažnju posvetiti pojedincima: njihovim pravima i obavezama i delotvornoj zaštiti. I već po tome, ali i brojnim drugim karakteristikama EEZ/EZ/EU se odvojila od tradicionalnih međunarodnih organizacija koje su okrenute državama, a njeno pravo učinio različitim od međunarodnog prava i unutrašnjih nacionalnih prava država članica. U tom smislu u presudi donetoj u predmetu *Internationale Handelsgesellschaft*,⁷ Sud navodi da se punovažnost prava Zajednice (Unije) ne može ocenjivati prema kriterijumima nacionalnog prava, uključujući i kriterijume osnovnih prava koja

² Case 294/ 83, *Parti écologiste 'Les Verts'*, ECLI:C:1986:166, tač. 23.

³ V. Case law, https://e-justice.europa.eu/11/EN/case_law.

⁴ C-28/62 *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration*, ECR 1963 00061 V. i Opinion 1/ 91, *EEA I*, tač. 21.

⁵ C-26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, ECLI:EU:C:1963:1.

⁶ C-6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L* ECLI:EU:C:1964:66.

⁷ Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH protiv Einfuhr- und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114.

su zagarantovana nacionalnim ustavima, već samo u okviru prava Zajednice kao nezavisnog izvora prava. Takav stav Suda su, i pored izvesnog gundanja, i sa određenim razlikama u obrazloženju prihvatili i najviši nacionalni sudovi u državama članicama. U čuvenoj presudi „*Solange I*“⁸ nakon što je dobio ovakvu presudu Suda pravde, nemački sud je pokušao da ospori primenu prava Zajednice pred Saveznim ustavnim sudom Nemačke, postavljanjem pitanja ustavnosti navedenih mera. Savezni ustavni sud se na suptilni način pozvao na unutrašnje pravo tako što je zauzeo stav da standardi zaštite osnovnih ljudskih prava nisu u Zajednici na nivou zaštite koju pruža Osnovni zakon Nemačke. Zbog toga je izjavio da namera-va da i dalje kontroliše ustavnost Zajednice toliko dugo (nemački: *solange*) dok ti standardi ne dostignu potrebni nivo. Pitanje odnosa nacionalnog i komunitarnog prava je podjednako važno i sa stanovišta interesa pojedinaca kao privatnih lica, u kome se manifestuje kroz načelo nadređenosti prava Unije, direktne primene i direktnog dejstva prava EU.

Formulisane načela direktne primene (*direct application*) i direktnog dejstva (*direct effect*), a kasnije i delotvorne zaštite je nametnuto prirodom i načinom nastanka i primene prava EU u pravima država članica. Naime, osnovna karakteristika prava EU jeste da nastaje izvan država članica i njenih legislativnih organa: na nivou Unije ili na nadnacionalnom nivou. U tom smislu se propisi EU mogu smatrati stranim pravom koje, zbog teritorijalne važnosti, ne može biti automatski i bez dozvole država članica smatrano delom njihovog unutrašnjeg pravnog poreka, niti biti primenjeno na njihovim teritorijama. Međutim, za razliku od klasičnih metoda priznanja i primene stranog prava primenom kolizionih normi, postupak unošenja i priznanja prava EU je osoben i zavisi od vrste, tj. prirode izvora. Tako se primarni izvori koji su sadžani u međunarodnim ugovorima priznaju nakon i kao posledica ratifikacije tih ugovora, dok se sekundarni izvori priznaju u skladu i na osnovu Ugovora o osnivanju i načelima direktne primene i direktnog dejstva. Za predmet ovog rada su od posebnog značaja direktna primene i direktno dejstvo EU direktiva.

Za razliku od ostalih izvora sekundarnog zakonodavstva, kojima je samim Ugovorom o osnivanju priznata direktna primena, direktivama nije automatski priznata ni direktna primena, niti direktno dejstvo. To je u pravnoj teoriji izazvalo brojne intrige, diskusije, nesporazume i podele.⁹ U drugim situacijama obično je Sud pravde svojim tumačenjem u presudama o prethodnom pitanju priskakao u pomoć. U slučaju direktiva čini se da nije bio dosledan, naročito kad je svoj

⁸ BVerfGE 37, 271, 2 BvL 52/71, presuda od 29. maja 1974.

⁹ Mustafa T. Karayigit, „Are Directive Directly Applicable?“, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Vol 15, 2016, 59–95, <https://dergipark.org.tr/en/pub/aacd/issue/50057/642231> > 60.

stav o nepriznavanju direktnog horizontalnog dejstva ublažavao tzv. indirektnim ili maskiranim pristupom i kroz izuzetke.¹⁰

POJAM DIREKTOG DEJSTVA

Pod direktnim dejstvom prava EU se u opštem smislu podrazumeva kapacitet ili potencijal (svojstvo) konkretne odredbe prava EU da zasniva menja ili ukida pravni odnos.¹¹ U uobičajenim situacijama kad pravo stvaraju i primenjuju unutrašnji legislativni, upravni i sudski organi ovo svojstvo se ne ističe posebno, jer se smatra odlikom ili karakteristikom svakog „zdravog prava“ (ili njegove norme)¹². U suprotnom, ako se norme ne primenjuju, postavlja se pitanje zbog čega su usvajane. Otuda se primena i dejstvo pravnih normi podrazumeva, pa se ne pravi razlika između pomenuta dva načela. Međutim, kad postoji više nivoa na kojima se stvaraju norme, kao što je slučaj u pravu EU u kome postoje nadnacionalni i nacionalni nivo stvaranja, primena konkretnog propisa ili norme zavise i od njihovog međusobnog hijerarhijskog odnosa koji određuju nacionalne ustavne norme i norme osnivačkog akta odnosno međunarodne organizacije.

U tom kontekstu posmatrano, načelo direktnog dejstva je usko povezano sa načelom nadređenosti ili superiornosti prava EU.¹³ Naime, načelo direktnog dejstva daje ovlašćenje subjektima konkretnog pravnog odnosa da se u postupku pred sudom pozovu na direktno dejstvo i da traže primenu takvog propisa, dok načelo nadređenosti odnosnoj normi daje veću pravnu snagu u odnosu na normu nacionalnog prava. Stoga bi pozivanje na direktno dejstvo norme kojoj nije priznata veća pravna snaga značilo „Pirovu pobedu“, budući da su nacionalni sudovi dužni da, u slučaju kolizije između nacionalnih propisa i propisa EU kojim je priznato direktno dejstvo, ostave po strani ove prve, i primene druge. U ovom smislu je i Sud pravde bio jasan u presudi donetoj u predmetu *Simmenthal II*¹⁴ u kojoj je odlučivao o posledicama direktne primene (dejstva) odredbi prava Zajednice u slučaju njegove neusklađenosti sa naknadno donetim zakonskim normama države članice.

¹⁰ Michael Dougan, „The 'Disguised' Vertical Direc Effect of Directives?“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 59, No. 3, 2000, 586, 612.

¹¹ V. pre svih Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2005.

¹² Pierre Pescatore, „The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of of Community Law“, *EL Rev.*, Vol. 40, No. 2, 135–153.

¹³ Bruno de Witte, „Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order“, *The Evolution of EU Law* (eds. P. Craig, G. de Burca), Oxford University Press, 2021, 187–227.

¹⁴ 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, ECLI:EU:C:1978:49, *Simmenthal II*.

Direktna primena u takvim okolnostima znači da pravna pravila Zajednice moraju biti u potpunosti i jedinstveno primenjiva u svim državama članicama od dana stupanja na snagu i tako dugo dok su na snazi. Ove odredbe predstavljaju direktan izvor prava i obaveza za sve na koje se odnose, bez obzira je li reč o državama članicama ili pojedincima, ako su stranke pravnih odnosa na osnovu prava Zajednice.¹⁵

U skladu s načelom nadređenosti (engl. *precedence*) prava Zajednice, odnos između odredaba Ugovora i direktno primenjivih mera institucija s jedne strane, i nacionalnog prava država članica, s druge strane, je takav da te odredbe i mere (prava Zajednice) ne samo da stupanjem na snagu čine svaku suprotnu odredbu nacionalnog prava automatski neprimenjivom već, u meri u kojoj su one integralni i pravno nadređen deo pravnog poretka koji je primjenjiv na području svake države članice, takođe sprečavaju valjano prihvatanje novih zakonodavnih mera ukoliko bi one bile u neskladu s odredbama prava Zajednice. Na kraju, Sud obavezuje svaki nacionalni sud da mora, u predmetima iz svoje nadležnosti, primjenjivati pravo Zajednice u potpunosti, te štiti subjektivna prava koja ono stvara za pojedince, i u skladu sa tim, mora izuzeti iz primene svaku odredbu nacionalnog prava koja bi mu mogla biti suprotna, bez obzira je li doneta pre ili posle pravnog pravila Zajednice.¹⁶ Na ovaj stav ćemo se vratiti u komentara presude u predmetu *Thelen*.

Ipak, i pored sličnosti koje postoje između načela nadređenosti i direktnog dejstva, ona se ne mogu poistovetiti.¹⁷ Između ostalih razloga, i zbog toga što im se predmet i ciljevi razlikuju. Načelo nadređenosti određuje hijerarhijsku snagu akta koji treba primeniti i dolazi do izražaja u situacijama kad postoji kolizija između tog i nekog drugog akta. Načelo direktnog dejstva obavezuje nacionalne sudove da primene pravo koje je nastalo izvan države bez obzira na njegovu pravnu snagu i formu u kojoj su doneti. Tako posmatrana, načelo nadređenosti sledi načelo direktnog dejstva.¹⁸

Međutim, u pravnoj teoriji ne postoji jedinstveno mišljenje šta sve obuhvata načelo direktnog dejstva i kako se manifestuje u praksi.¹⁹ Razlike u mišljenjima su

¹⁵ Tač. 14, 15 presude.

¹⁶ Tač 21 presude.

¹⁷ *Sacha Prechal*, „Direct effect, indirect effect, supremacy and the evolving constitution of the European Union“, *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, Collected Courses of the Academy of European Law* (ed. Catherine Barnard), Oxford, 2007.

¹⁸ *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (eds. Manuel Kellerbauer, Marcus Klamert and Jonathan Tomkin), Oxford University Press, 2019, 20, marg. br. 39.

¹⁹ M. Dougan, „When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy“, *CML Rev.*, Vol. 44, 2007, 931; B. de Witte, „Direct Effect, Supremacy,

velike i idu od potpunog negiranja potrebe da postoji ovakvo načelo, do shvatanja da je reč o najopštijem i univerzalnom *omnibus* načelu.²⁰ Za predmet ovo rada je od značaja pitanje da li se svim propisima prava EU može priznati direktno dejstvo u materijalnom i u procesnom smislu. Drugačije rečeno, da li su sve norme prava EU u materijalnom smislu podesne ili sposobne da stvaraju subjektivna prava i obaveze, i da li su u procesnom smislu tako stvorena prava i obaveze utužive. Zavisno od toga, postavlja se pitanje da li je moguće razlikovati više vrsta direktiva.

Svoj stav o direktnom dejstvu kao opštem pitanju, Sud pravde je izgrađivao postepeno, zavisno od vrste pravnog akta, počev od Ugovora osnivanju do direktiva.

Kad je u pitanju Ugovor o osnivanju, Sud pravde je u presudama donetim u predmetima *Van Gend en Loos*, i *Costa v ENEL*, pravo Zajednice okvalifikovao kao poseban pravni sistem, a njeno pravo kao *sui generis* pravo koje potiče ne samo iz Osnivačkih ugovora, već i na osnovu obaveza koje Ugovor na jasno određen način propisuje pojedincima, državama članicama i institucijama Zajednice. O tome koje odredbe Ugovora o osnivanju proizvode direktno dejstvo odlučuje Sud pravde. Sud pravde je za sebe zadržao isključivo pravo da odlučuje o direktnom dejstvu i ostalih izvora primarnog prava, kao što su međunarodni ugovori²¹ i opšta pravna načela.

DIREKTNO DEJSTVO DIREKTIVA

Nakon što je u presudi donetoj u predmetu *Van Gend* priznao direktno dejstvo odredbama Ugovora o osnivanju koje su precizno i jasno formulisane, koje daju prava ili nameću jasne obaveze i čije ispunjenje nije uslovljeno donošenje dodatnih mera (koje su beuzuslovne), Sud je teoriju direktnog dejstva proširio i na ostale izvore prava EU, ali su međunarodni ugovori i direktive tretirane na poseban način. Sud je direktivama priznao samo delimično direktno dejstvo, dok je kod ocene direktnog dejstva međunarodnih sporazuma uzimao ukupan predmet i svrhu sporazuma,²² a ne same konkretne odredbe sporazuma. U tom smislu se osnovano navodi da

and the Nature of the Legal Order“ *The Evolution of EU Law* (eds Paul Craig and Grainne de Búrca), 2nd ed., Oxford University Press, 2011, 323.

²⁰ V. Radovan Vukadinović, „Many faces of direct effect of community law“, *Private Law Reform in South East Europe: liber amicorum Christa Jessel-Holst* (ur. Vasiljević Mirko, Kulms Rainer, Josipović Tatjana, Stanivuković Maja), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, 114–122.

²¹ Radovan D. Vukadinović, Jelena Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2021, 149 i dalje.

²² M. Kellerbauer, M. Klamert ad J. Tomkin, op. cit., 18, marg. br. 32.

i pored prihvatanja načela direktnog dejstva kao „sistemskog načela“ u pravu U, ono nije na jednoobrazan način prihvaćeno u pravnoj teoriji i praksi.²³

Razloge za izuzimanje direktiva od opštih pravila o potpunom direktnom dejstvu (vertikalnom i horizontalnom), Sud je našao u posebnoj prirodi direktiva i posledicama koje bi mogle nastati ako se ne uzmu u obzir njihove specifičnosti.

Naime, odredbama člana 288(4). UFEU, direktive su definisane kao pravni akti koji obavezuju države članice na koje se odnose u pogledu rezultata koji treba ostvariti, pri čemu se nacionalnim organima prepušta izbor forme i metoda njihovog ostvarivanja. Direktive kao sekundarno zakonodavstvo donose organi Unije, pre svega Savet i Evropski Parlament (EP). Već sam ne baš pravni naziv upućuje na to da je reč o novom aktu koji ne postoji u nomenklaturi unutrašnjih pravnih akata, već podseća na upravne i političke instrumente komunikacije viših sa nižim organima vlasti kojim se označava dokument u kome su sadržane smernice, vodiči ili uputstva za određeno ponašanje hijerarhijski nižih organa. U pravu EU, osnovnu karakteristiku direktiva čini njeno implementiranje, unošenje ili adopcija u unutrašnje pravne poretke država članica. Pravna sredstva i metodi implementacije, međutim, nisu propisani pravom EU, već nacionalnim ustavnim propisima.

Kao i ostale izvore sekundarnog zakonodavstva i direktive donose ogani Unije izvan institucija država članica, te ih je za primenu u državama članicama potrebno prvo priznati (direktna primena). Međutim, za razliku od uredbi i odluka, čija je direktna *primena* obezbeđena samim Ugovorima o osnivanju, kod direktiva se direktna primena (kao proces unošenja u unutrašnja prava država članica), sastoji od implementacije. Generalna primena odredbi direktiva može biti ostvarena samo „preko implementirajuće legislativne“.²⁴ Sud pravde je bio jasan da „opravdanje zasnovano na (automatskoj) 'direktnoj primeni'“ direktiva ne može biti prihvaćeno. U tom smislu valja razumeti četvrti stav člana 188. UFEU.²⁵

Implementacija direktiva se ne iscrpljuje u pukom i mehaničkom prepisivanju njene sadržine i njihovom unošenju u unutrašnje propise država članica. Proces unošenja obuhvata, ili ga prati, niz povezanih pravnih operacija, počev od poređenja domaćih propisa sa onim što se traži direktivama, do tumačenja direktive i implementirajućih mera pred nacionalnim sudovima i upravnim organima. Rezultat ovih misaonih procesa je transformacija direktive u konkretne nacionalne propise na koje se komunitarni subjekti mogu pozvati ped nacionalnim sudovima.

²³ Bruno de Witte, „The Continuous Significance of Van Gend an Loos“, *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 and Loic Azoulai), Hart, 2010, 9.

²⁴ M. Kellerbauer, M. Klamert ad J. Tomkin, op. cit., 1900, marg. br. 17.

²⁵ 102/79, *Commission v Belgium*, EU:C:1980:120, tač 12.

Pomenuta „transformacija“ se, međutim različito shvata. Logično bi bilo da se, nakon što sadržina direktive bude blagovremeno i na adekvatan način uneta u unutrašnje propise, direktiva smatra *isparžnjenom* (*exhausted*). Od takve direktive ostaje samo prazna ljuštura. Otuda se na ispražnjenu direktivu, odnosno na njenu ljušturu ne mogu nakon donošenja nacionalnim mera implementacije pozivati subjekti prava. Nakon implementacije, direktive kao *važće* pravo figuriraju samo kao unutrašnji implementirani propisi. Zainteresovani subjekti se mogu pred nacionalnim sudovima i upravnim organima pozivati jedino na implementirane propise, kao na svaki drugi *nacionalni* propis. Otuda i opšti zaključak da bez implementacije, direktive same po sebi ne proizvodi direktno pravno dejstvo. Međutim, od ovog opšteg pravila, Sud pravde je napravio izuzetak, prema kome u posebnim okolnostima, posebno kad je država članica propustila da preduzme zahtevane implementirajuće mere, ili je usvojila neodgovarajuće mere, Sud je priznao pravo licima koja su time pogođena da se oslone na direktivu ili protiv države koja nije donela potrebne mere.²⁶ Pri tome, u „životu“ direktiva se mogu razlikovati dva perioda: od stupanja na snagu do isteka roka za implementaciju i nakon isteka roka za implementaciju. U prvom predimplementacionom roku, države članice nemaju formalnih obaveza. Ipak, i u ovom intervalu postoji opšta obaveza država članica koja proizilazi iz načela lojalnosti da ne preduzimaju ništa što bi moglo otežati ili onemogućiti njeno kasnije implementiranje. Nakon isteka roka za implementaciju države članice su dužne da donesu odgovarajuće mere. Pri tome, mere mogu biti blagovremene, potpune i adekvatne, ili blagovremene ali neadekvatne ili se može desiti da mere ne budu uopšte donete.

U slučaju kad je direktiva blagovremeno i u potpunosti implementirana, u pravnim sistemima država članica postoje jedino implementirajuće mere na koje je moguće pozivati se. Međutim, i nakon što je formalno implementirala direktivu u svoj pravni sistem, države članice su u obavezi i da obezbede da njenom primenom budu ostvareni u njoj navedeni ciljevi.

U drugim dvema situacijama, kad direktiva nije uopšte ili nije na odgovarajući način implementirana,²⁷ pravi se razlika između direktnog vertikalnog i direktnog horizontalnog dejstva. EU direktiva proizvodi direktno vertikalno dejstvo kad su direktivom uspostavljeni pravni odnosi po vertikali, tj. između pojedinaca kao privatnih lica i države i njenih tela i organa. U ovim slučajevima polazi se

²⁶ 102/79, *Commission v Belgium*, EU:C:1980:120, tač. 12, i tamo navedena presuda u predmetu *Ratti*, Case 148/78 ECR 1629.

²⁷ Case 8/81 *Becker* [1982] ECR 53, paragraph 25; Case 103/88 *Fratelli Costanzo* [1989] ECR 1839, paragraph 29; and C-319/97 *Kortas* [1999] ECR I-3143, tač. 21.

od činjenice da su države odgovorne za njihovu implementaciju i da se pojedinci koji smatraju da su im prava neimplementacijom povređena ovlašćeni da se pozovu na neimplementiranu direktivu direktno.

Odstupanje od opšteg stava i definicije prema kojoj direktive same po sebi ne predstavljaju izvor prava i obaveza (već implementirajuće mere), Sud je nagovestio već u odluci donetoj u predmetu *Marshall*. Ovde je tužilac (gospođica Marshall), pokrenula postupak protiv državne zdravstvene ustanove zbog dobijenog otkaza koji, po njenom shvatanju, nije bio u skladu sa Zakonom o polnoj diskriminaciji i pravom Zajednice (Unije). Razmatrajući pitanja koja mu je podneo na tumačenje žalbeni sud, Sud pravde je konstatovao da relevantna odredba Direktive na koje se poziva tužilac, „sama po sebi, zabranjuje svaku diskriminaciju utemeljenu na polu u pogledu uslova na radu koji uređuju otkaz i to na opšti način i jednoznačno. Ta odredba je stoga dovoljno precizna da bi se na nju mogli pozivati pojedinci i da bi je nacionalni sudovi mogli primenjivati.“²⁸ Ovakvo pozivanje pojedinaca protiv državne vlasti koja nastupa u svojstvu poslodavca naziva se direktna vertikalna primena i direktno vertikalno dejstvo.

Sud se osvrnuo i na pitanje da li se pojedinci pred nacionalnim sudovima mogu pozivati na odredbe (neimplementirane) direktive koje smatraju jasnim, preciznim i bezuslovnim. U prilog priznanja tužiteljica ističe da direktive mogu dodeljivati pojedincima subjektivna prava na koja se oni mogu pozivati direktno pred sudovima država članica. Nacionalni sudovi zbog obavezujuće snage direktiva, imaju obavezu da priznaju dejstvo odredbama direktiva, kada je to moguće, posebno kada interpretiraju ili primenjuju relevantne odredbe nacionalnog prava.²⁹ Kada između nacionalnog prava i prava Zajednice postoji nesklad koji ne može biti otklonjen takvom interpretacijom, tužiteljica smatra da nacionalni sud ima obvezu da odredbu nacionalnog prava koja je suprotna direktivi proglasiti neprimjenjivom. Tuženi i Ujedinjeno Kraljevstvo, nasuprot tome, predlažu da se na drugo pitanje odgovori negativno. Oni priznaju da direktiva može, u određenim posebnim okolnostima, imati direktno dejstvo protiv države članice u meri u kojoj se država ne može oslanjati na svoj propust da ispuni obavezu propisanu direktivom. Međutim, oni smatraju da direktiva nikada ne može nametati obaveze direktno pojedincima, te da može imati direktno dejstvo samo u odnosu na državu članicu u svojstvu javne vlasti (*iure imperii*), a ne na državu kao poslodavca (*iure gestionis*). Kao poslodavac država se ne razlikuje od privatnih poslodavaca.

²⁸ Tač. 52 presude.

²⁹ Odluka od 10. aprila 1984. u predmetu 14/83, *Von Colson and Kamman v. Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891.

Stoga ne bi bilo ispravno stavljati lica zaposlena kod države u bolji položaj od onih koja su zaposleni kod privatnog poslodavca.³⁰

Pozivanje na neimplementiranu ili neadekvatno implementiranu direktivu Sud je lakonski obrazložio „minimumom garancije“ koja proizilazi iz mandatorne prirode obaveze koja je nametnuta država članicama dejstvom direktiva iz člana 189 (288 UFEU).

U obrazloženju svoje odluke, Sud pravde, između ostalog, ističe i da, u skladu s dobro ustaljenom praksom Suda,³¹ uvek kada su odredbe Direktive, u pogledu predmeta koji uređuju, bezuslovne i dovoljno precizne, na te se odredbe pojedinci mogu pozivati protiv države, kada ta država propusti da implementira direktivu u nacionalnom pravu do isteka roka propisanog za implementaciju direktive, ili kada (država) propusti da implementira direktivu na ispravan način. Ovo shvatanje se zasniva na argumentu da bi tvrditi, u načelu, da se oni na koje se direktiva odnosi ne mogu pozivati na njome propisane obaveze bilo u suprotnosti s obaveznom snagom koju čl. 189 (Ugovora o EEZ, sada čl. 288 UFEU) dodeljuje direktivama. Iz toga Sud izvodi zaključak da se država članica koja u propisanom roku nije prihvatila mere implementacije koje nalaže direktiva, ne može, protiv pojedinaca, pozivati na svoj propust da ispuni obaveze koje direktiva propisuje.³²

Presuda je značajna između ostalog i zbog toga što je Sud potvrdio da, pod istim opštim uslovima koji važe za ostale izvore prava, priznaje direktno dejstvo i neimplementiranim direktivama.

Drugačija situacija postoji u pogledu priznavanja direktnog horizontalnog dejstva direktiva. Pitanje horizontalnog direktnog dejstva se postavlja u slučajevima kad je zbog neimplementiranja ili lošeg implementiranja direktive pojedincima uskraćeno neko pravo pa se postavlja pitanje mogu li se pojedinci direktno pozvati na odredbe takve direktive ako ispunjavaju opšte uslove za direktno vertikalno dejstvo. Sud pravde je ovu priču zaključio u presudi donetoj u predmetu *Dori*.³³

U ovom predmetu, 19. januara 1989. godine, *Interdiffusion Srl* je sklopio ugovor s tužiljom (gospođicom Faccini Dori) o dopisnom kursu engleskog jezika na glavnoj železničkoj stanici u Milanu, a da mu se ona prethodno nije prva obratila. Ugovor je, dakle, sklopljen izvan poslovnih prostorija *Interdiffusiona*. Nekoliko dana kasnije, gospođica Faccini Dori je preporučanim pismom od 23. januara 1989. godine, dotičnu firmu obavestila da otkazuje svoju narudžbu.

³⁰ Tač. 43 presude.

³¹ C- 8/81 *Becker v. Finanzamt Munster-Innenstadt* [1982] ECR 53, ECLI:EU:C:198:7.

³² Tač. 47.

³³ C-91/92 *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl*. [1994] ECR I-3325, ECLI:EU:C:1994:292.

Firma je odgovorila 3. juna 1989. godine, da je svoje potraživanje ustupila Recreb-u (tuženome). Pravo na otkaz je bilo predviđeno Direktivom 85/577/EZ, ali ne i italijanskim pravom, niti je Italija implementirala navedenu Direktivu. Pitanje koje je postavio nacionalni sud otvara dva problema, koja je potrebno razmotriti zasebno. Prvi je jesu li odredbe direktive koje se odnose na pravo otkazivanja bezuslovne i dovoljno određene. Drugi problem je, da li je moguće pozvati se na direktivu koja od država članica zahteva donošenje određenih propisa čija je svrha uređivanje odnose između privatnih lica, u sudskim postupcima između takvih lica, ako nisu donete mere za implementaciju direktive u nacionalno pravo.

Sud je našao da su relevantne odredbe Direktive bezuslovne i dovoljno određene pa se postavlja pitanje da li potrošači mogu iz same direktive izvesti pravo otkaza.

Nacionalni sud primećuje da kad bi učinci bezuslovnih i dovoljno određenih, ali ne i implementiranih direktiva bili ograničeni na odnose između državnih tela i pojedinaca, tada bi to značilo da bi zakonska mera delovala kao takva samo između određenih pravnih subjekata, dok prema italijanskom zakonodavstvu, kao i prema zakonodavstvima svih savremenih država utemeljenih na vladavini prava, država podleže zakonu poput bilo kog drugog lica. Kada bi se na direktivu moglo pozvati samo protiv države, tada bi to bilo ravno kazni za nedonošenje zakonskih mera za implementaciju kao da je reč o odnosu čisto privatne prirode.³⁴ Na osnovu toga Sud je zauzeo stav da „ako se u propisanom roku ne donesu mere za implementaciju direktive, potrošači ne mogu iz same direktive izvesti pravo otkazivanja u odnosu na trgovce s kojima su sklopili ugovor, niti takvom pravom mogu ostvariti na nacionalnom sudu. Međutim, prilikom primene odredbi nacionalnog zakona, bilo da su doneti pre ili posle direktive, nacionalni ih sud mora interpretirati što je više moguće u svetlu teksta i svrhe direktive“. Ovakvim stavom Sud je definitivno odbio da prizna direktno horizontalno dejstvo neimplementiranim direktivama, ali se čini da je olako prešao preko argumenata koje je izneo nacionalni sud, navodeći da je direktiva obavezujuća samo u odnosu na „svaku državu članicu kojoj je upućena“ i da sudska praksa nastoji da spreči „da država izvuče korist iz svog nepridržavanja prava Zajednice“.

SLUČAJ *THELEN*

Nadu da će Sud pravde popustiti pred povremenim sugestijama opštih pravobranilaca koji su u svojim mišljenjima predlagali priznavanje direktnog horizontalnog dejstva, Sud je raspršio presudom u nedavnom slučaju *Thelen Technopark Berlin*, iz februara 2022. godine.

³⁴ Tač. 21 presude .

U pitanju je bio ugovor o inženjerskim uslugama koji je „MN“, koji vodi inženjersku firmu u Nemačkoj (Tužilac), zaključio 2016. godine sa privatnom kompanijom *Thelen Technopark Berlin* (Tuženi) za cenu od 55.000 evra za predviđene usluge. Tuženi je navedeni iznos uredno platio, ali je nakon toga tužilac „MN“ ispostavio dodatnu fakturu na 103.000 evra za iste usluge. Dodatna suma je izračunata *na osnovu minimalnih kamatnih stopa određenih nemačkom Uredbom o naknadama za usluge koje pružaju arhitekte i inženjeri (Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen)* (u daljem tekstu HOAI). Kad je *Thelen Technopark* odbio da plati dodatnu fakturu, pokrenuta je parnica u kojoj su prvostepeni i drugostepeni sudovi prihvatili tužbeni zahtev tužioca, pa je spor dospao pred Nemački savezni ustavni sud. U takvoj situaciji Nemački savezni sud se obratio Sudu pravde EU (SPEU) sa zahtevom da da tumačenje usklađenosti pomenute nemačke uredbe sa EU direktivom.

Već u ranijem slučaju *Komisija protiv Nemačke*,³⁵ Sud pravde je presudom od jula 2019. utvrdio da postoji kršenje člana 15 Direktive, navodeći da se uvođenje minimalnih i/ili maksimalnih tarifa za pružanje usluga može opravdati samo ako država članica pokaže da su one *neophodne za zaštitu premošćavanja razloga koji se odnosi na javni interes* (tj. ako postoje izuzetni razlozi). Sud je utvrdio da Nemačka nije u dovoljnoj meri pokazala da postoje takvi posebno važni razlozi koji su neophodni za zaštitu prava potrošača i kvaliteta usluga.³⁶

U odgovoru na (prvo) postavljeno pitanje Sud se, bez posebnog objašnjenja, pozivao na načelo nadređenosti i načelo delotvornosti. Oba načela je kreirao Sud u ranijoj praksi i relativno često se na njih oslanjao kada je trebalo da popuni neku pravnu nejasnoću ili prazninu. Posebno se oslanjao na načelo delotvornosti. Ovoga puta Sud je izneo opšte karakteristike pomenutih načela, ponavljajući stav da prvenstvo prava Unije nad pravom država članica nalaže svim telima država članica da osiguraju puno dejstvo različitih odredbi Evropske unije, pri čemu pravo država članica ne može uticati na učinak koji se tim različitim odredbama priznaje na području navedenih država.³⁷

U teorijskom smislu ostaje dilema da li je Sud na ovaj način napravio podlogu da u kasnijim sličnim situacijama na njoj kreira načelo direktnog horizontalnog dejstva.

Naime, u pravnoj teoriji već postoji mišljenje da se načelo direktnog dejstva može smatrati omnibus načelom,³⁸ iz koga izvire i načelo nadređenosti. Između njih

³⁵ C-377/17, *Komisija protiv Nemačke*, EU:C:2019:562.

³⁶ V. Slučaj C-377/17, *Komisija protiv Nemačke*, EU:C:2019:562.

³⁷ Presuda od 24. lipnja 2019, *Popławski*, C-573/17, EU:C:2019:530, t. 53. i 54 i navedena sudska praksa.

³⁸ R. Vukadinović, op. cit.

svakako postoji veza jer se sadržina načela direktnog dejstva u materijalnom smislu manifestuje i kao ovlašćenje nadležnog organa da, u situaciji kad je neko pitanje na različit način regulisano unutrašnjim pravom i propisom EU kome je priznato direktno dejstvo, mora primeniti propis EU. To praktično znači da nacionalni sud mora ostaviti po strani unutrašnji propis. Na ovaj način se usklađuju (harmonizuju) unutrašnji propisi koji su adresirani na države članice, a koji nisu uopšte ili nisu na usklađeni način preneti/implementirani u unutrašnje pravo.

U odgovoru na pitanje o horizontalnom dejstvu direktiva, Sud je ponovio principijelni stav prema kome direktive nemaju horizontalno direktno dejstvo i na njih se u međusobnim odnosima pojedinci ne mogu pozivati.

Sud priznaje da se na taj način uvodi izuzetak od uobičajenog načina identifikovanja direktnog dejstva zakonske norme EU, budući da „... čak ni jasna, precizna i безусловna odredba direktive ne dozvoljava nacionalnom sudu da ne primenjuje odredbu svog nacionalnog zakona koja je u suprotnosti sa njom. Ako bi taj sud to uradio, dodatna obaveza bi bila nametnuta pojedincu“.³⁹ Činjenica da je postojanje sukoba između nacionalne odredbe i direktive potvrđeno od strane samog suda u prekršajnom postupku koji se odnosi na tu nacionalnu odredbu, ne menja situaciju.⁴⁰ Primenjujući ovo obrazloženje na konkretni predmet, Sud je zauzeo definitivni stav da „Referentni sud stoga nije obavezan, isključivo na osnovu zakona EU, da ne primenjuje stav 7 (Uredbe), čak i ako je ta odredba u suprotnosti sa članom 15(1), 2(g) i (3) Direktive 2006/123“⁴¹ Kao rezultat toga, Nemački vrhovni sud mogao bi da potvrdi presude nižeg suda koje su išle u korist MN protiv Telen Technoparka.

Nakon ove čvrste reafirmacije svoje tradicionalne doktrine u vezi sa horizontalnim dejstvom direktiva, Sud potom nudi uobičajenu „utešnu nagradu“, ostavljajući pravo podnosiocu zahteva (*Technopark Berlin*) da odluči da se okrene protiv države i traži nadoknadu za štetu pretrpljenu jer država nije ispoštovala Direktivu o uslugama. U tom slučaju, postojanje ranije prekršajne presude protiv Nemačke postaje relevantno, s obzirom da olakšava pronalaženje odgovornosti države. Zaista, jedan od tradicionalnih uslova za odgovornost države je da povreda prava EU od države treba da bude „dovoljno ozbiljna“. Ako je prekršaj utvrđen prethodnom sudskom presudom (kao što je ovde slučaj), i ako država članica nije preduzela korake da popravi taj prekršaj, onda se to očigledno mora smatrati ozbiljnim.⁴²

³⁹ Tač. 32 presude.

⁴⁰ Tač. 38, 40 presude.

⁴¹ Tač. 37 presude.

⁴² Tač. 47 presude.

EVOLUCIJA U PRIZNANJU DIREKTOG DEJSTVA

Nakon što je primenu opštih uslova za priznavanje direktnog dejstva proširio i na direktive i po tom osnovu im priznao direktno vertikalno dejstvo, Sud je otvorio mogućnost da na posredan način, kao izuzetak, isto prizna i odredbama direktiva koje nisu precizne i bezuslovne ili nisu implementirane. Tako je u *presudi Mangold*⁴³ smatrao da, tamo gde direktiva otelotvoruje opšti princip prava EU, moguće je pozvati se na opšti princip u parnici između privatnih stranaka, umesto na direktivu. U slučaju *Mangold*, direktiva koja sadrži specifičnu zabranu diskriminacije na osnovu starosti bila je materijalno primenjiva na činjenice slučaja, ali nije mogla da ima direktno dejstvo jer je domaća parnica bila između privatnih stranaka. Umesto toga, Sud je zaključio da bi opšti princip jednakosti mogao biti primenjen u tako horizontalnom slučaju, kako bi se efikasno osiguralo sprovođenje direktive o nediskriminisanju. Sud je kasnije proširio taj pristup sa opštih principa na prava iz Povelje EU o osnovnim pravima. Tako je, na primer, u presudi u predmetu *Bauer*,⁴⁴ smatrao da se na pravo na godišnji period plaćenog odsustva, zaštićenog članom 31(2) Povelje, može pozvati u sporu između radnika i privatnog poslodavca, iako je spor prvobitno uključio tumačenje direktive o radnom vremenu (Direktiva 2003/88). Ono što se dešava u ovim slučajevima je da odredbe direktive stiču horizontalni direktno dejstvo kada se preklapaju sa sadržajem direktno efikasnog osnovnog prava. Opšti pravobranilac Špunar predložio je da se taj isti pristup usvoji u *slučaju Telen Tehnopark Berlin*. Svoje mišljenje je počeo tvrdnjom da je, s obzirom da je slučaj došao u okviru materijalnog opsega primene Direktive o uslugama, primenjiva Povelja EU o osnovnim pravima. Relevantno osnovno pravo bila je sloboda ugovaranja, za koju je smatrao da je konstitutivni deo slobode vođenja poslovanja zaštićenog članom 16 Povelje.⁴⁵ To pravo je, prema njegovim rečima imalo direktno dejstvo.⁴⁶ On je potom ustvrdio da je član 15 Direktive o uslugama, koji se odnosi na uvođenje minimalnih i maksimalnih cena za profesionalne usluge, izraz te slobode ugovora. Kao rezultat toga, Opšti pravobranilac je predložio da „nacionalni sud u glavnom postupku ne treba da poštuje nacionalnu odredbu o kojoj je reč, što je u suprotnosti sa Direktivom 2006/123, budući da se osnovno pravo na slobodu ugovora mora poštovati u pogledu prava strana da postave cenu“.⁴⁷

⁴³ C-144/04, EU:C:2005:709.

⁴⁴ Spojeni slučajevi C-569/16 i C-570/16, EU:C:2018:871.

⁴⁵ Tač. 78 Mišljenja.

⁴⁶ Tač. 93 Mišljenja.

⁴⁷ Tač. 113 Mišljenja.

Prema njegovom shvatanju, iz objašnjenja koja se odnose na Povelju o osnovnim pravima, jasno je da je ta sloboda sastavni deo slobode poslovanja na koju se odnosi član 16. Povelje. Sloboda ugovaranja je priznato pravo kako u pravnim porecima država članica tako i u pravu EU-a. Njime se pojedincima daju određena prava, uključujući i pravo ugovornih strana da utvrđuju cene usluge i da odrede sadržaj svog pravnog odnosa. Prema mišljenju opšteg pravobranioca, u onoj meri u kojoj strankama jemči slobodu određivanja cene usluge, član 16. Povelje je „samoostalna“ odredba, to jest, sama po sebi je dovoljna da pojedincima dodeli pravo na koje se mogu pozvati u sporovima s drugim pojedincima.

Na osnovu toga, prema mišljenju opšteg pravobranioca, nacionalni sud ne bi trebao da primenjuje predmetnu odredbu nacionalnog prava, koja je u suprotnosti s Direktivom o uslugama.

Sud je, međutim, u potpunosti ignorisao pristup koji je predložio njegov opšti pravobranilac. Po mišljenju Suda, ako bi se sledilo mišljenje opšteg pravobranioca, većina direktiva EU o regulisanju tržišta (i njihove mere nacionalne transpozicije) trebalo bi da se smatraju ili sprovođenjem ili ograničavanjem slobode vođenja preduzeća. Nakon toga, Sud je zauzeo stav da pravo Unije treba tumačiti na način da nacionalni sud pred kojim se vodi spor isključivo između pojedinaca nije dužan, samo na osnovu navedenog prava, izuzeti iz primene nacionalni propis kojim se, protivno članu 15. stavu 1. članu 15. stavu 2. tački (g) i članu 15. stav 3. Direktive 2006/123/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 12. decembra 2006. o uslugama na unutrašnjem tržištu, utvrđuju najniži iznosi naknada za usluge koje pružaju arhitekti i inženjeri i prema kome su ništavi sporazumi kojima se odstupa od tog propisa, međutim, bez dovođenja u pitanje, s jedne strane, mogućnosti da taj sud izuzme iz primene taj propis na osnovu unutrašnjeg prava u okviru takvog spora i, s druge strane, prava stranke koja je oštećena zbog neusklađenosti nacionalnog prava s pravom Unije da zahteva naknadu štete koju je zbog toga pretrpela.

KRITIČKI OSVRT

Na osnovu bogate i iznijansirane sudske prakse, postavlja se pitanje dokle može da ide „kreativnost“ Suda pravde EU u traženju razloga i opravdanja za nepriznavanje direktnog horizontalnog dejstva direktiva, kao i u „maskiranju“ priznatih alternativnih načina primene direktiva. Sve to utiče da posledice dejstva direktiva budu „neuhvatljive“.

U početnom „herojskom periodu“ nastanka prava EU, Sud pravde je domašaj od njega stvorenog načela direktnog dejstva prvo proširio na sve izvore prava EU, pa i na direktive, iako se činilo da su direktive kao „nepotpuni akti“ zbog svoje

prirode jednostavno nepodesne za to. Već sama činjenica da im priroda zahteva da budu „dovršene“ merama implementacije, protivi se osnovnom zahtevu direktnog dejstva: da odredba ili propis budu bezuslovni. Sud se, međutim, nije osvrtao na takav prigovor, već je stvorio novu podelu direktnog dejstva: na direktno vertikalno i direktno horizontalno dejstvo. Direktivama je priznao direktno vertikalno, ali ne i direktno horizontalno dejstvo. Pri tome se Sud nije obazirao na prigovor da je time otvorio prostor za različit tretman istih subjekata, čija prava ne zavise od njih samih, već od toga ko ih je povredio: državni ili privatni subjekti.

U nastojanju da pojedinim odredbama umesto „čistog“ horizontalnog dejstva prizna maskirano vertikalno dejstvo, Sud je pojedinim načelima iz Ugovora o osnivanju priznavao direktno dejstvo, ali je „zaboravio“ da je podelom na vertikalno i horizontalno dejstvo, upravo doveo u pitanje načelo nediskriminacije. Na kraju, Sud je u presudi u predmetu *Theleen*, stavom da nacionalni sudovi država članica ne moraju da odbace primenu neusklađenog unutrašnjeg propisa, stvorio dodatnu nedoumicu i nacionalnim sudovima i pojedincima čija su prava povređena neusklađenim unutrašnjim propisima. U takvoj situaciji treba očekivati da u narednom periodu Sud razjasni svoju poziciju po nekim od ovih pitanja, ili će nastaviti sa „kreativnim“ tumačenjem. Čini se da se nepotpunost direktiva kao nedovršenih pravnih akata teško može ispraviti samo tumačenjem koje ne može ići *contra legem*, jer „što se grbo rodi, vreme ne ispravi“.

Dr. JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ
Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

Academician Prof. Dr. RADOVAN VUKADINOVIĆ
Full Professor, retired, University of Kragujevac

ELUSIVE CONSEQUENCES OF THE EFFECTS OF EU DIRECTIVES

Summary

The recent judgment of the Court of Justice of the European Union, dated January 18, 2022, in the case of Thelen Technopark Berlin already by being passed by the Grand Chamber „promised to be important“ in the development of EU law, especially in the interpretation of EU directives.⁴⁸ The judgment is also significant in that the Court rejected the suggestion of the Advocate General that certain provisions of the Directive on Services be recognized as having direct effect and that national courts are

⁴⁸ B. de Witte, „Thelen Technopark Berlin judgment: Court of Justice sticks to its gun on the horizontal effect of directives“, *REALaw – Review of European and comparative administrative law*, [Curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?cid=121891](https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?cid=121891).

obliged not to apply a national regulation that is in conflict with the Directive. The Court confirmed the earlier position that on The Services Directive (Directive 2006/123/EC) cannot be invoked by individuals in disputes with other individuals – private entities, i.e. that the relevant directive cannot be applied „horizontally“. This position of the Court revived discussions about the „elusive“ nature of directives as a source of EU law and about the numerous and diverse consequences that arise from its violation. In order for those who are not so familiar with this matter to understand the problem, the paper first explains the concept and approach of the EU directive, and then the possibility of their direct effect, especially horizontal direct effect. Finally, the co-authors criticize the position of the Court, which with its „Pythian“ formulation will not contribute to the „intelligibility“ of the direct horizontal effect of directives.

Key words: EU directive, EU law, direct effect, EU Court of Justice, implementation

Literatura

- De Witte B., „Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order, *The Evolution of EU Law* (eds P. Craig, G. de Burca), Oxford University Press, 2021.
- De Witte B., „Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order“ in Paul Craig and Grainne de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law*, „Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order, *The Evolution of EU Law* (eds P. Craig, G. de Burca), 2nd ed. Oxford University Press, 2011.
- De Witte B., „The Continuous Significance of Van Gend an Loos“, *The Past and Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (eds Miguel Poirares Maduro and Loic Azoulay), Hart, 2010.
- De Witte B., „*Thelen Technopark Berlin judgment: Court of Justice sticks to its gun on the horizontal effect of directives*“, *REALaw, Review of European and comparative administrative law*, Curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?cid=121891.
- Dougan M., „The ‘Disguised’ Vertical Direc Effect of Directives?“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 59, No. 3, 2000.
- Dougan M., „When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy“ *CML Rev*, Vol. 44, 2007.
- Karayigit T. M., „Are Directive Directly Applicable?“, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Vol. 15, 2016, 59–95, <https://dergipark.org.tr/en/pub/aacd/issue/50057/642231>.
- Pescatore P., „The Doctrine of ‘Direct Effect’: An Infant Disease of of Community Law“, *EL Rev.*, Vol. 40, No. 2, 2015.
- Prechal S., „Direct effect, indirect effect, supremacy and the evolving constitution of the European Union“, *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, Collected Courses of the Academy of European Law* (ed. Catherine Barnard), Oxford, 2007.
- Prechal S., *Directives in EC Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2005.
- Squintani L., Lindeboom J., „The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions“, *Yearbook of European Law*, Vol. 38, No. 1, 2019.

- The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (eds. Manuel Kellerbauer, Marcus Klamert and Jonathan Tomkin), Oxford University Press, 2019.
- The Evolution of EU Law* (eds. Paul Craig, & Gráinne de Búrca), Oxford University Press, 2021.
- The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, Collected Courses of the Academy of European Law* (ed. Catherine Barnard), Oxford (2007).
- Vukadinović D. R., Vukadinović Marković J., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2021.
- Vukadinović D. R., „Many faces of direct effect of community law“, *Private Law Reform in South East Europe: liber amicorum Christa Jessel-Holst* (ur. Vasiljević Mirko, Kulms Rainer, Josipović Tatjana, Stanivuković Maja), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

JELENA ČERANIĆ PERIŠIĆ

INICIJATIVE ZA STVARANJE EVROPSKE POLITIČKE ZAJEDNICE – OD PEDESETIH GODINA 20. VEKA DO DANAS

U maju 2022. godine francuski predsednik pokrenuo je inicijativu za stvaranje Evropske političke zajednice (EPZ). Ova zajednica trebalo bi da deluje kao most ka eventualno brojnijoj EU i okvir za partnerstvo na kontinentalnom nivou. Zamišljena je kao platforma za politički dijalog i sprovođenje politika na brz i fleksibilan način što će doprineti efikasnijoj izgradnji odnosa između EU i njenih suseda. Pristupanje EPZ nije alternativa članstvu u EU, a EPZ nije zatvorena za one zemlje koje su napustile EU. Rad nastoji da odgovori na pitanje da li EPZ može biti odgovarajući okvir za novu geopolitičku situaciju i doprineti rešavanju unutrašnjih problema EU i izazova u njenom susedstvu. Najpre je u radu dat kratak istorijski osvrt na preteče ideje o EPZ, tj. razmotrena je prva inicijativa u tom pravcu iz 1952. godine i razlozi koji su doveli do njenog neuspeha. Nakon toga je analizirana aktuelna inicijativa za osnivanje EZP. Posebna pažnja posvećena je predloženim institucionalnim reformama EU. Naposljetku je ispitana izvodljivost predloga da se zemlje Zapadnog Balkana postepeno uključuju u sektorske politike EU.

Ključne reči: Evropska politička zajednica, Evropska unija, institucionalna reforma, politika proširenja, geopolitički izazovi

U V O D

Ideja o povezivanju evropskih država u neku vrstu zajednice stara je nekoliko vekova, a postala je naročito prisutna nakon tragičnih iskustava Drugog svetskog rata. Za ovu ideju zalagali su se mnogi političari i ličnosti iz javnog života. Ipak počasno mesto inicijalne kapisle za početak integracionog procesa stvaranja „sve tešnje

Prof. dr Jelena Čeranić Perišić, naučni savetnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: ceranicj@gmail.com.

unije između evropskih naroda“¹ čiji je rezultat današnja Evropska unija, pripada tzv. Šumanovoj deklaraciji, nazvanoj po njenom predlažaču, ministru inostranih poslova Francuske, Robertu Šumanu (*Robert Schuman*).² Ova deklaracija predstavljala je poziv Francuske, pre svega Saveznoj Republici Nemačkoj, ali i drugim evropskim državama, da udruže proizvodnju i distribuciju proizvoda crne metalurgije. Šumanov plan bio je osnova za formiranje prve evropske zajednice – Evropske zajednice za uglj i čelik. Pariski ugovor, kojim je ova zajednica osnovana, potpisalo je 1951. godine šest evropskih zemalja (Francuska, Nemačka, zemlje Beneluksa i Italija). Velika Britanija bila je pozvana na pregovore, ali ona nije podržavala predloge koji su bili nadnacionalnog karaktera. Naime, jedna od osnovnih i za to vreme revolucionarnih karakteristika bio je visok stepen nadnacionalnosti oličan u telu pod nazivom Visoka vlast. Ovom organu poverene su značajne nadležnosti, a državama članicama je zabranjeno stavljanje veta na određene odluke ovog tela.³

„Mada je, suprotno ranijim idejama i praktičnim pokušajima koji su prioritet davali političkoj u odnosu na ekonomsku integraciju, prvi korak u pravcu supranacionalnog organizovanja i ostvarivanja integracija zapadnoevropskih zemalja učinjen na ekonomskom planu, i to u jednom segmentu ekonomije, osnivanjem Evropske zajednice za uglj i čelik, 18. aprila 1951. godine u Parizu, već prvo naredno, planirano i predloženo supranacionalno 'konkretno ostvarenje', koje bi trebalo, nakon već uspostavljne 'klice jedne šire i dublje zajednice', da doprinese 'stvaranju faktičke solidarnosti' u pravcu izgrađivanja nagoveštene evropske federacije koje se 'neće načiniti odjednom', bilo je preduzeto na političkom polju i to u njegovom najdelikatnijem delu – odbrani.“⁴

Projekat stvaranja Evropske političke zajednice (EPZ) prvi put je iznet 1952. godine. Ova priča povezana je sa stvaranjem Evropske odbrambene zajednice, jer se zapravo radi o jedinstvenom projektu sa dva sastavna elementa, odnosno tri, računajući Evropsku zajednicu za uglj i čelik. Neuspeh Francuske da ratifikuje Ugovor o osnivanju Evropske odbrambene zajednice 1954. godine potkopao je i stvaranje kolektivnog evropskog pristupa odbrani i ambiciozni okvir za politički dijalog.⁵

Sedam decenija kasnije, ponovo je pokrenuta inicijativa za uspostavljanje EPZ. I ovoga puta predlog je došao iz Francuske, tj. od francuskog predsednika Emanuela

¹ „Une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens.“ – izraz upotrebljen u preambuli Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice.

² Branko Rakić, *Za Evropu je potrebno vreme*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 14.

³ Aleksandra Čavoški, *Pravni i politički poredak Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2006, 22–26.

⁴ B. Rakić, op. cit., 23.

⁵ *Ibidem*.

Makrona (*Emmanuel Macron*). U govoru održanom u Starzburu 9. maja 2022, povodom obeležavanja godišnjice EU, on je otvorio pitanje u vezi sa organizacijom Evrope sa širom političkom perspektivom nego što je EU, predlažući stvaranje EPZ.⁶ Nova EPZ otvorena je za demokratske evropske nacije koje se pridržavaju njenih osnovnih vrednosti u oblastima kao što su politička saradnja, bezbednost, saradnja u energetici, transport, ulaganje u infrastrukturu i kretanje ljudi. Pristupanje nije alternativa članstvu u EU, a EPZ nije zatvorena za one koji su napustili EU. Ujedinjeno Kraljevstvo odlučilo je da napusti EU, ali bi moglo imati mesto u ovoj političkoj zajednici. Evropska politička zajednica bi povezivala Evropu, poštujući geografiju, na osnovu njenih demokratskih vrednosti, sa željom da se očuva jedinstvo kontinenta, kao i snagu i ambicije za integracije.⁷

Neposredni povod za ovu inicijativu svakako je Ukrajinska kriza. Ipak, njeni uzroci su mnogo dublji i odnose se, pre svega, na krizu u kojoj se EU nalazi već deceniju i po.⁸ Naime, još od početka ekonomske krize 2008. godine, koja se vrlo brzo proširala na sve ostale segmente privrede i društva, izvesno je da se proces evropskih integracija mora redefinisati.⁹

Sama politika proširenja,¹⁰ zbog zahteva u pogledu reformi i dužine njihovog sprovođenja, danas ne nudi neophodan politički okvir za geopolitičke izazove. Predlog francuskog predsednika inspirisan je potrebom da se, s jedne strane, izrazi podrška zemljama koje su već dugo u statusu kandidata za pristupanje EU, ali i otpočne sa postupkom redefinisanja evropskog integracionog procesa.

Jedan od ciljeva EPZ je da se povrati osećaj zajedništva među zemljama evropskog kontinenta. Odnosi između evropskih zemalja, bez obzira na to da li pripadaju EU ili ne, i da li uopšte žele da joj se pridruže, obeleženi su složenom mrežom plurilateralnih i bilateralnih okvira. Oni će naravno nastaviti da postoje, ali ideja je da EPZ, kao neka krovna organizacija, doprinese povratku osećaja zajedništva.¹¹

⁶ Pierre Mirel, "In support of a new approach with the Western Balkans: Staged accession with a consolidation phase", *European issues*, n. 633, 2022, <https://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-633-en.pdf>, 25.09.2022.

⁷ Speech by Emmanuel Macron at the closing ceremony of the Conference on the Future of Europe, <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/en/news/speech-by-emmanuel-macron-at-the-closing-ceremony-of-the-conference-on-the-future-of-europe/>, 25.09.2022.

⁸ Jelena Čeranić, Mirjana Glintić, „Evropska unija deset godina nakon početka krize – sa posebnim osvrtom na predloge za ponovno oživljavanje EU predviđene u okviru inicijative Novi pakt za Evropu“, *Pravni život*, br. 11, Tom IV, Beograd, 2018, 341–356.

⁹ Jelena Čeranić, „Redefinisanje koncepta evropskih integracija – različiti scenariji za prevazilaženje krize u Evropskoj uniji“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, 2017, 201–214.

¹⁰ Radovan Vukadinović, Jelena Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2016, 468–471.

¹¹ Franc Z. Mayer, Jean Pisani-Ferry, Daniela Schwarzer, Shahin Vallée, „Enlarging and deepening: giving substance to the European Political Community“, *Policy Contribution*, n. 15, Bruegel, 2022, 1.

Evropska politička zajednica trebalo bi ojača političke, ekonomske, kulturne i bezbedonosne veze među državama članicama. Drugim rečima, ona bi bila forum za koordinaciju i donošenje odluka kako bi se na konkretan način odgovorilo na izazove (bezbednosne, klimatske, energetske i druge) sa kojima se suočavaju sve zemlje na evropskom kontinentu.

Samo nekoliko dana nakon što je francuski predsednik izneo predlog o stvaranju EZP, predsednik Evropskog saveta, Šarl Mišel (*Charles Michel*), predložio je formiranje Evropske geopolitičke zajednice koja obuhvata i postupno uključivanje zemalja Zapadnog Balkana u pojedine sektorske politike EU, u skladu sa njihovim napretkom u procesu pristupanja.¹²

Iako se tokom proteklih sedam decenija, tačnije od od 1952. do 2022. godine, mnogo toga promenilo, ne samo u smislu društveno-političkih okolnosti na evropskom kontinentu, već i šire, ideja evropskog jedinstva zajednička je za pomenute inicijative. Ipak, današnji pristup je obratan: najpre ustanoviti temelje političkog dijaloga, kao pripremu za buduće evropske i međunarodne pravne procese.¹³

Rad nastoji da odgovori na pitanje da li EPZ može biti odgovarajući okvir za novu geopolitičku situaciju i doprineti rešavanju unutrašnjih problema EU i izazova u njenom susedstvu. Najpre je u radu dat kratak istorijski osvrt na preteče EPZ, tj. razmotrena je inicijativa za stvaranje EPZ iz 1952. godine, kao i okonosti u kojima je ona podneta i razlozi zbog kojih je došlo do njenog neuspeha. Nakon toga je analizirana aktuelna inicijativa francuskog predsednika za osnivanje EPZ. Posebna pažnja posvećena je predloženim institucionalnim reformama EU. Naposljetku je ispitana izvodljivost predloga da se zemlje Zapadnog Balkana postepeno uključuju u sektorske politike EU, u skladu sa njihovim napretkom u procesu pristupanja, što je predviđeno i novom metodologijom proširenja EU i aktuelnim inicijativama.

PROJEKAT STVARANJA EVROPSKE POLITIČKE ZAJEDNICE 1952. GODINE

Istorijat stvaranja Evropske političke zajednice povezan je sa stvaranjem Evropske odbrambene zajednice. Naime, reč je o jedinstvenom projektu sa dva sastavna elementa, odnosno tri, računajući Evropsku zajednicu za uglaj i čelik.

Konkretan predlog za osnivanje Evropske odbrambene zajednice potekao je od francuskog ministra Plevana. Ovaj predlog je u velikoj meri podsećao na Šumanov

¹² Speech by President Charles Michel at the Plenary session of the European Economic and Social Committee, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/05/18/discours-du-president-charles-michel-lors-de-la-session-pleniere-du-comite-economique-et-social-europeen/>, 29.09.2022.

¹³ F. Mayer, J. Pisani-Ferry, D. Schwarzer, S. Vallée, op. cit., 3.

plan. Predviđao je stvaranje evropske armije na čelu sa evropskim ministrom odbrane, a kojim bi upravljao Evropski komesarijat. I ovog puta je Velika Britanija bila pozvana da se pridruži pregovorima, međutim ona je zastupala stanovište da je osnivanje ovakve organizacije nepotrebno, budući da je NATO dovoljno jemstvo za održavanje svetskog mira.¹⁴

Ugovor o osnivanju Evropske odbrambene zajednice potpisan je 27. maja 1952. Međutim, pošto je nemoguće imati jedinstvenu vojsku i odbranu, a nemati jedinstvenu spoljnu politiku, otpočet je projekat izgradnje EPZ.

Nacrt Ugovora koji sadrži Statut EPZ prihvaćen je u Strazuburu u sedištu Saveta Evrope, na zasedanju *Ad hoc* skupštine u martu 1953. godine. Organizacija koja se ovim ugovorom uspostavlja zvanično je (u tom ugovoru) nazvana Evropska zajednica, ali se u literaturi za nju najčešće koristi izraz Evropska politička zajednica.¹⁵

Ugovorom/Statutom predviđeno je da je Evropska (politička) zajednica nadnacionalnog karaktera i da poseduje pravnu ličnost, i to kako status pravnog lica po unutrašnjem pravu svake od država članica, tako i status subjekta međunarodnog prava.¹⁶

Prilikom osnivanja Evropske (političke) zajednice bilo je planirano i objedinjavanje dotadašnjih evropskih zajednica i nove zajednice u jednu celinu. Samim Ugovorom/Statutom predviđeno je da zajednica koja se osniva predstavlja, zajedno sa Evropskom zajednicom za uglj i čelik i Evropskom odbrambenom zajednicom, jedinstveni pravni entitet, u okviru koga neka tela mogu da sačuvaju administrativnu i finansijsku autonomiju koja bi bila neophodna za ostvarenje misija koje su im dodeljene u prethodna dva ugovora.

Opšti ciljevi Evropske (političke) zajednice bili su: 1) doprinos zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u državama članicama; 2) saradnja sa drugim slobodnim narodima u očuvanju bezbednosti država članica protiv svake agresije; 3) obezbeđenje koordinacije spoljnih politika država članica u pitanjima značajnim za opstanak (postojanje), bezbednost ili prosperitet Evropske (političke) zajednice; 4) unapređenje ekonomskog razvoja, zapošljavanja i životnog standarda u državama članicama, naročito kroz postepeno uspostavljanje zajedničkog tržišta; i 5) učestvovanje u aktivnostima koje države članice preduzimaju radi ostvarenja opštih ciljeva Saveta Evrope, OECE-a i NATO-a.¹⁷

U pogledu institucionalne strukture Evropske (političke) zajednice, ona u velikoj meri odgovara institucionalnoj strukturi iz dva prethodna ugovora – Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik i Ugovora o osnivanju Evropske

¹⁴ A. Čavoški, op. cit., 26.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ B. Rakić, op. cit., 155.

¹⁷ *Ibidem*, 155–156.

odbrambene zajednice. Organi Evropske (političke) zajednice su: Parlament, Evropski izvršni savet, Savet nacionalnih ministara, Sud pravde i Ekonomski i socijalni savet.¹⁸

Prema nekim autorima, pokušaj stvaranja Evropske (političke) zajednice negativno je uticao na sudbinu Evropske odbrambene zajednice, tj. bitno je doprineo konačnom neusvajanju, zbog odbijanja ratifikacije u Nacionalnoj skupštini Francuske, već potpisanog Ugovora o osnivanju Evropske odbrambene zajednice.¹⁹ Druga grupa autora smatra da su „kako međunarodne, tako i unutrašnje, francuske, okolnosti, koje su promenjene od vremena iznošenja Plevenove inicijative, u jesen 1950. godine, do njenog konačnog neuspeha krajem avgusta 1954. godine, dovele do propasti pokušaja stvaranja i Evropske odbrambene zajednice i Evropske političke zajednice, te da bi Evropska odbrambena zajednica, koja je podrazumevala integraciju u veoma delikatnom domenu, mnogo delikatnijem od svih drugih domena uključenih u projekat Evropske političke zajednice, doživela neuspeh i da nije bilo nadgradnje u obliku Evropske (političke) zajednice. Štaviše, možda bi nepostojanje takve nadgradnje moglo protivnicima pravljenja evropske vojske da posluži kao argument za neprihvatanje stvaranja Evropskih odbrambenih snaga, kao zajedničke vojske bez zajedničke političke kontrole.“²⁰

Dakle, projekat stvaranja Evropske odbrambene zajednice je propao, a samim tim propao je i projekat Evropske (političke) zajednice. Razlog tome bila je promena političke klime u Francuskoj, odnosno dolazak nove vlade, na čelu sa Pjer Mendes Fransom (*Pierre Mendès France*), koja je bila manje naklonjena ideji evropskih integracija.²¹

INICIJATIVA ZA STVARANJE EVROPSKE POLITIČKE ZAJEDNICE 2022. GODINE

Francuski predsednik Makron je u maju 2022. godine predložio stvaranje Evropske političke zajednice kao odgovor na geopolitičku hitnost redefinisanja odnosa EU sa susedima. Francuski predsednik i nemački kancelar Olaf Šolc (*Olaf Scholtz*) saglasili su se da je proširenje EU neophodno, ali da je prethodno potrebna duboka institucionalna reforma EU, uprkos tome što su produbljenje i proširenje složeni procesi koji bi „ključni igrači“ mogli da blokiraju, tj. da stave veto.²² Inače, ova dva,

¹⁸ *Ibidem*, 156–165.

¹⁹ Richard Vaughan, *Twentieth Century Europe: Path to Unity*, Barnes and Noble, New York, 1979, 121.

²⁰ B. Rakić, op. cit., 190.

²¹ A. Čavoški, op. cit., 26.

²² F. Mayer, J. Pisani-Ferry, D. Schwarzer, S. Vallée, op. cit., 5.

naizgled suprotstavljena procesa, proširenje EU i produbljenje integracija, već više od dve decenije predstavljaju jednu od ključnih dilema EU.²³

Uzimajući u obzir geopolitičke izazove, u interesu Unije je da osigura stabilnost u svom susedstvu tako što će obezbediti geopolitičko usklađivanje sa EU, ograničiti ucenjivačku moć spoljnih, autoritarnih država, podržavati demokratske promene i jačati vladavinu prava. U međuvremenu, susedi EU traže politički prostor za rešavanje izazova za kolektivnu bezbednost i stabilnost i odlučivanje o konkretnim politikama. S obzirom na hitnost, nije dovoljno osloniti se na dug proces pristupanja EU.²⁴

Evropska politička zajednica trebalo bi da deluje kao most ka eventualnoj većoj EU i okvir za partnerstvo na kontinentalnom nivou. Ova zajednica zapravo je zamišljena kao platforma koja može da kombinuje politički dijalog sa sprovođenjem politika na brz i fleksibilan način, i time doprinese efikasnijoj izgradnji odnosa između EU i njenog susedstva.²⁵

U redovima koji slede razmotreni su neophodnost novog pristupa (u pogledu izgradnje odnosa EU i njenih suseda i institucionalne reforme EU), organizacija EPZ i mapa puta.

Neophodnost novog pristupa

Rat u Ukrajini pokazao je da je Evropskoj uniji potreban novi pristup za izgradnju odnosa sa susedima. Pogoršanje situacije rezultiralo je dodeljivanjem statusa kandidata za članstvo u EU Ukrajini i Moldaviji u junu 2022. godine. Ovim političkim potezom, EU je pokazala da je svesna razmera do kojih nova geopolitička situacija zahteva brzu i odlučnu akciju. Ipak, ostaje nejasno da li je samo dodeljivanje statusa kandidata adekvatan odgovor za postojeće rizike. Ne postoji konsenzus u vezi sa ubrzanjem procesa pristupanja, s tim da sam proces ne bi ni trebalo nužno ubrzavati. Naime, prebrzo pristupanje Ukrajine i Moldavije, bez prethodnih ozbiljnih institucionalnih reformi, dugoročno bi oslabilo EU i odložilo ulazak država kandidata koje godinama „čekaju na vratima EU“.²⁶

Ukoliko bi sve zemlje kandidati postale članice nereformisane EU, Unija bi bila kompletno disfunkcionalna, sputana pravom veta, glomaznim Evropskim

²³ Jelena Čeranić, *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, 23.

²⁴ F. Mayer, J. Pisani-Ferry, D. Schwarzer, S. Vallée, op. cit., 5.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

parlamentom, i beznadežno rasparčanom izvršnom vlašću.²⁷ Neizostavan preduslov za proširenje EU uključuje reforme u pogledu glasanja kvalifikovanim većinom, raspodele mesta u Evropskom parlamentu i dodeljivanja izvršnih odgovornosti Evropskoj komisiji.

Međutim, ukoliko se proširenje EU odvija sporo, u okviru postojećeg procesa sa neizvesnim ishodom, politička posvećenost Ukrajini, Moldaviji i drugim kandidatima pretvoriće se u obeshrabrujući kurs prepreka. U ovom trenutku nepohodan je redovan, kredibilan i konkretan politički angažman na visokom nivou između EU i njenih suseda.²⁸

Naime, sve dok traje proces pristupanja, zemlja kandidat je ograničena na bilateralni dijalog sa Komisijom i nema pravo glasa, čak ni kada je reč o pitanjima koja su od ključnog značaja za njenu budućnost (na primer energetske veze Ukrajine). Iako je nekada ovakva pozicija zemlje kandidata bila prihvatljiva, u sadašnjim okolnostima, čini se da bi podrivala privlačnost i efikasnost celog procesa i imala visoku političku cenu za EU i zemlje koje su u procesu pristupanja.

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.²⁹

Ukoliko bi se Ukrajina i druge zemalje kandidati upustila u dugotrajan i spor proces pristupanja, bez ambicioznih politika i foruma za stratešku zamenu, moglo bi doći do neuspeha u nameri da se ove zemlje dugoročno vežu kao politički, ekonomski, energetske, bezbednosni i odbrambeni partneri EU. Štaviše, trenutni nedostatak fleksibilnosti u dizajniranju odnosa sa trećim zemljama takođe sputava uspostavljanje strukturnih partnerstava sa bivšim članicama (Ujedinjenim Kraljevstvom) i dugoročnim kandidatima za pridruživanje (Turskom).³⁰

U tom smislu, francuski predsednik i nemački kancelar snažno se zalažu za duboku institucionalnu reformu. Predsednica Evropske komisije, Ursula fon der Lajen (*Ursula von der Leyen*), podržala je predlog institucionalne reforme EU.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Ana Knežević Bojović, Vesna Ćorić, Aleksandra Višekruna, „Spoljašnje uslovljavanje Evropske unije i regulatorni okvir Srbije“, *Srpska politička misao*, br. 3, Beograd, 2019, 234.

³⁰ F. Mayer, J. Pisani-Ferry, D. Schwarzer, S. Vallée, op. cit., 5.

Organizacija Evropske političke zajednice

U pogledu koncepta Evropske političke zajednice, deo naučne i stručne javnosti izražava zabrinutost da postoji rizik da ona postane forum lidera koji će se sastajati jednom ili dva puta godišnje, kao bilateralni samit EU-Afrika ili sastanci Azija-Evropa, ali neće smisleno definisati politiku. Međutim, stvaranje formalnije strukture koja bi počivala na institucijama EU i koje bi preokrenule dijalog lidera EPZ u politiku akcije, predstavljalo bi rizik od zadiranja u mandate tih institucija, istovremeno narušavajući principe na kojima počiva EU.³¹

Predlaže se srednji put između međuvladinog sporazuma koji se oslanja na institucije EU i labavog foruma lidera. Ilustrativno kao grupa G7/G20, jedno rešenje je osanjanje na postojeće institucije za sprovođenje odluka. Drugo je korišćenje sporazuma mekog prava kao okvira za saradnju i eksperimentisanje. U kasnijoj fazi bi taj okvir mogao da se formalizuje kombinacijom reformi Ugovora EU i mešovitim sporazumom između EU, njenih članica i država koje nisu članice EU. Preteča takvog okvira saradnje je, na primer, Konferencija o evropskoj bezbednosti i saradnji koja je otpočela sredinom sedamdesetih godina 20. veka kao sastanak lidera, a koja je naposljetku rezultirala stvaranjem Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju. U drugoj oblasti, primera radi obrazovanju, Bolonjski proces je započeo kao krug ministarskih sastanaka kako bi se organizovala uporedivost standarda visokog obrazovanja, a na kraju je doveo do stvaranja evropskog prostora visokog obrazovanja.³²

Prilikom analize organizacije EPZ, biće razmorena sledeća pitanja: članstvo, donošenje odluka, finansiranje i oblasti saradnje.

Članstvo. – Geografija ne može biti jedini kriterijum za odlučivanje o članstvu u EPZ. Ova zajednica počivanje na zajedničkim vrednostima i geopolitičkom usklađivanju. Kako bi se osigurala koherentnost, širi *ex-ante* kriterijumi za ulazak trebalo bi da budu definisani kolektivno, za razliku od procesa pristupanja EU, u kome je EU odredila tzv. Kopenhagenske kriterijume.

Teško je definisati kriterijume na osnovu kojih će se vršiti ocena usklađenosti vrednosti i geopolitičkih stavova. Čak i da je to moguće, primena kriterijuma je delikatna, jer se sa članicama EU, zemljama kandidatima i trećim zemljama ne može postupati na potpuno isti način. Štaviše, neizbežno postoje politički izbori koji se ne mogu izbeći. Deo naučne i stručne javnosti zalaže se za to da EPZ bude što inkluzivnija. Nijedna zemlja ne bi trebalo da bude isključena u ovoj prvoj fazi,

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

pod uslovom da su sve one upoznate sa time da će odluka o prirodi kriterijuma podobnosti biti doneta kasnije i da inicijalni poziv ne garantuje dugoročno učešće.³³

Minimum kriterijuma za članstvo bi trebalo da uključuje:³⁴

- Poštovanje demokratskih vrednosti i vladavine prava kako je navedeno u političkim kriterijuma iz Kopenhagena;
- Poštovanje ljudskih prava (punopravno učešće u Savetu Evrope);
- Geopolitičko usklađivanje sa stavom EU o Rusiji.

Donošenje odluka. – Za razliku od procesa pristupanja EU ili susedske politike, u okviru kojih države koje nisu članice EU nemaju pravo glasa, svi učesnici EPZ biće ravnopravno tretirani. Pravila za donošenje odluka EPZ odnosiće se na sve članove (nezavisno od članstva u EU). Osim ukoliko je predviđeno drugačije, političke odluke donosiće se tzv. „grubim konsenzusom“³⁵, i u svakom slučaju bez prava veta. Veoma je značajno da se postigne saglasnost u vezi sa ovakvim načinom donošenja odluka, jer će, u suprotnom, EPZ biti ograničena na razmenu stavova i neće uspeti da preraste u pravi politički forum.³⁶

Naravno, EPZ ne sme, ni na koji način, oslabiti procese ili institucije EU. Evropski sud pravde pomno će čuvati autonomiju pravnog poretka EU.

Članovi EPZ neće biti u obavezi da učestvuju u svim političkim programima. Određeni stepen fleksibilnosti trebalo bi da se zadrži i operacionalizuje kroz tzv. *opt-in* i *opt-out* klauzule.³⁷ Za svaku od oblasti saradnje, Evropska komisija imaće institucionalnu ulogu sekretarijata i određena operativna ovlašćenja. Pružajući dozu fleksibilnosti, EPZ bi mogla da deluje kao katalizator za novi i adekvatan *modus vivendi* između zemalja evropskog kontinenta. S obzirom na isprepletene geopolitičke i geoekonomske izazove sa kojima se Evropa suočava, čini se da bi upravo zahvaljući konceptu fleksibilnosti³⁸ mogla da se podstakne saradnja i prevaziđe fragmentacija između domaćeg i evropskog kreiranja politika.³⁹

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ „Grubi konsenzus“, koncept stvoren za odlučivanje o tehničkim pitanjima u vezi sa internetom i cilj mu je da obezbedi da sve zainteresovane strane ostanu uključene, i postignut je kada da se grupa kao celina složi, ali sporazum ne karakteriše jednoglasnost i suprotstavljeni stavovi se uzimaju u obzir.

³⁶ F. Mayer, J. Pisani-Ferry, D. Schwarzer, S. Vallée, op. cit., 5.

³⁷ Alexander Stubb, „A categorisation of differentiated integration“, *Journal of Common Market Studies*, n. 2, 1966, 283–296.

³⁸ Jelena Ćeranić, „Flexibility concept in the context of European integrations – evolution, survey and perspectives“, *Strani pravi život*, br. 3, Beograd, 2017, 9–24.

³⁹ F.Mayer, J. Pisani-Ferry, D. Schwarzer, S. Vallée, op. cit., 6.

Finansiranje. – Da bi EPZ postigla opipljive rezultate, neophodna su značajna budžetska i finansijska sredstva, daleko iznad onoga što je dostupno u okviru podrške procesu pristupanja EU. Može se predvideti ograničeno izdvajanje sredstava od strane članica, kao i kod većine međunarodnih organizacija – i/ili se može kanalisati kroz budžet EU za zemlje članice EU. Zemlje koje nisu članice EU trebalo bi da doprinesu proporcionalno svojim resursima i njihovoj uključenosti u oblasti saradnje. Svaka oblast saradnje trebalo bi da ima sopstvena sredstva, jer će obim učešća zavisti od oblasti saradnje. Zanimljivo je da su predviđeni i tzv. prilozi u naturi. Štaviše, ovi prilozi smatraju se strateškim rešenjem za pojedine oblasti saradnje.⁴⁰

Fleksibilnost podrazumeva da članovi EPZ mogu biti pozvani da daju doprinos u svakoj oblasti saradnje, ali i da imaju mogućnost da budu neto primalac u jednoj oblasti i neto davalac u drugoj, a uopšte ne učestvuju u trećoj. S obzirom na trenutno ograničen budžet EU, ovakvo rešenje bi nesumnjivo izazvalo brojne debate o njegovoj reformi, o sopstvenim resursima EU i o zajedničkom kapacitetu zaduživanja.⁴¹

Oblasti saradnje. – Prvi set političkih prioriteta sa jasnim rezultatima trebalo bi da se odnosi na tri glavne oblasti. To su:⁴²

- Mreže, energetika i klimatske promene;
- Spoljna i bezbednosna politika, odbrana i otpornost (elastičnost); i
- Okvir za ekonomsku i socijalnu konvergenciju

Mapa puta

Predviđeno je da osnivački dokument EPZ bude pripremljen za potpisivanje do proleća 2023. godine. Ovaj dokument trebalo bi da definiše oblasti saradnje, budžetska sredstva, pravo glasa, kriterijume učešća i proces isključenja.

Procesi izgradnje EPZ i reforme institucija EU su u principu nezavisni. Međutim, pošto se duboke unutrašnje reforme EU moraju dogovoriti i sprovesti pre budućih proširenja, EPZ bi se mogla koristiti kao arena za eksperimentisanje u vezi sa donošenjem politika i načinom glasanja (na primer donošenje odluka bez prava veta i „grubog konsensusa“).⁴³

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem*, 6–9.

⁴³ *Ibidem*, 9.

Snaga EPZ ogleda se u tome što je ona dovoljno fleksibilna da se brzo uspostavi i efikasno primenjuje. Njeno uspostavljanje ne zahteva dugotrajan formalni proces ratifikacije, a odsustvo čvrstog pravnog ustrojstva omogućava fleksibilniji okvir. Ipak, ovakvo rešenje bi trebalo da bude posmatrano samo kao tranzicioni aranžman. Evropska politička zajednica bi kasnije morala da preraste iz aranžmana mekog prava u formalniji koncept, uporedo sa ambicioznim reformama Ugovora EU.⁴⁴

Ključni elementi takve reforme bi trebalo da budu povećanje transparentnosti i odgovornosti institucija kako bi EU bila demokratičnija, proširenje ovlašćenja Evropskog parlamenta i nacionalnih parlamenata, jačanje izvršnih ovlašćenja EU u većem broju oblasti, proširenje donošenja odluka kvalifikovanom većinom na sve ključne oblasti (energetika, bezbednost, fiskalni i budžetski poslovi) i sveukupna konsolidacija evropskog integracionog projekta kao zajednice prava, zasnovane na vladavini prava. Ove izmene morale bi da ratifikuju sve države članice EU, što bi zahtevalo izmene postojeće procedure ratifikacije, ili samo one koje su voljne da sklope novi ugovor. U suprotnom, Unija će postati žvrta prava veta, što može blokirati institucionalnu reformu, a time i proširenje EU.⁴⁵

Evropska politička zajednica bi se najverotanije zasnivala na mešovitom sporazumu između EU, njenih članica i država koje nisu članice EU. Ova formalizacija omogućila bi uspostavljanje još trajnijih odnosa i saradnje sa državama koje ne žele da se pridruže reformisanoj EU.⁴⁶

Sve u svemu, ključni procesi koji bi trebalo da se odvijaju paralelno su: stvaranje Evropske političke zajednice, institucionalne reforme EU i proširenje EU.

Prvi samit Evropske političke zajednice održan je u Pragu 6. i 7. oktobra 2022. godine. Na ovom samitu učestvovalo je 27 lidera država članica EU i 17 lidera država najstarijeg kontinenta, tačnije sve zemlje osim Rusije i Belorusije.

Zamisao je da se skupovi u okviru zajednice održavaju dva puta godišnje, s tim da bi svaki drugi susret bio održan u evropskoj državi koja nije članica EU. Naredni domaćin samita biće moldavski glavni grad, Kišinjev. Nakon Moldavije, Španija bi trebalo da preuzme organizovanje skupa, a posle Španije, Velika Britanija.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Hervé Bribosia, „Réviser les traités européens: Plaidoyer en faveur de la suppression du veto“, *Policy paper*, n. 37, Notre Europe, 2009, https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2020/08/policypaper37-hbribosia-r_viser_les_trait_s.pdf, 29.09.2022.

⁴⁶ F. Mayer, J. Pisani-Ferry, D. Schwarzer, S. Vallée, op. cit., 9.

POSTEPENO UKLJUČIVANJE ZEMALJA ZAPADNOG BALKANA
U POJEDINE SEKTORSKE POLITIKE EU

Nekoliko dana nakon što je francuski predsednik izneo predlog o EPZ, predsednik Evropskog saveta, Šarl Mišel (*Charles Michel*), koji pripada istoj evropskoj političkoj grupaciji kao i Makron (evropski liberali) predložio je formiranje Evropske geopolitičke zajednice. Na osnovu ovog predloga, Evropska geopolitička zajednica bi obuhvatala postupno uključivanje zemalja Zapadnog Balkana u pojedine sektorske politike EU, u skladu sa njihovim napretkom u procesu pristupanja.⁴⁷

Ovaj deo predloga Šarla Mišela, koji postoji i u Makronovoj inicijativi, a u vezi sa postepenim uključivanjem zemalja Zapadnog Balkana u pojedine sektorske politike EU i postepenu integraciju u tržište EU, potpuno je usklađen sa novom metodologijom proširenja EU⁴⁸ koja je donesena za zemlje Zapadnog Balkana. Nova metodologija predviđa da ukoliko zemlja napreduje dovoljno u prioritetima reformi dogovorenim u pregovorima, to bi trebalo da dovede do bliže integracije zemlje sa Evropskom unijom, rada na ubrzanju integraciji i „postupnom (faznom) uključivanju“ u pojedinačne politike EU, tržište EU i programe EU, uz obezbeđenje jednakih uslova.⁴⁹

Ovaj deo nove metodologije od samog početka izaziva interesovanje naučne i stručne javnosti, kako u pogledu cilja, tako i pogledu izvodljivosti u praksi. S jedne strane, 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?⁵⁰ S druge strane, otvara se i pitanje izvodljivosti ovog instrumenta. Kako će se bliža integracija u politike, tržište i programe EU sprvoditi u praksi, pre svega u pogledu

⁴⁷ Speech by President Charles Michel at the Plenary session of the European Economic and Social Committee, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/05/18/discours-du-president-charles-michel-lors-de-la-session-pleniere-du-comite-economique-et-social-europeen/>, 29.09.2022.

⁴⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 29.09.2022.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Jelena Čeranić Perišić, „Izazovi evropskih integracija zemalja Zapadnog Balkana dve decenije nakon početka procesa“, *Pravni život*, Tom III, Beograd, 2021, 410.

donošenja odluka i održivosti same bliže integracije? Da li to podrazumeva da će, u onim politikama u kojima se hipotetički uključi neka zemlja Zapadnog Balkana, ona moći i da učestvuje u procesu donošenja odluka, u smislu da glasa u Savetu i Evropskom parlamentu, iako nije članica EU? Ili će pak to značiti da će predstavnici tih zemalja moći samo da prisustvuju sastancima Saveta i Evropskog parlamenta, bez mogućnosti da utiču na donošenje odluka?⁵¹

Interesantno je da ni na jedno od ovih pitanja ni nova metodologija proširenja EU ni inicijative francuskog predsednika i predsednika Evropskog saveta ne daju odgovore.

ZAKLJUČAK

Jedan od ključnih izazova sa kojim se Unija suočava poslednjih dve decenije je antagonizam proširenje–produbljenje.⁵² Kao most između proširenja EU i produbljenja integracija, često je pominjana diferencirana integracija.⁵³ I predlog o stvaranju EPZ sledi tu liniju, u smislu da predstavlja platformu koja povezuje i države članice EU i države kandidate i one koje nisu zainteresovane za članstvo u EU, i omogućava svakoj od njih da izabere u kojim će oblastima saradnje učestvovati.

Kao pokušaj odgovora na različite izazove, uključujući i aktuelne geopolitičke izazove, sa kojima se suočava EU, tri procesa bi trebalo da se odvijaju paralelno: stvaranje Evropske političke zajednice, institucionalne reforme EU i proširenja EU.

U ovom trenutku teško je predvideti sudbinu EPZ, iako je prvi samit, održan u Pragu 6. i 7. oktobra 2022, ocenjen kao uspešan. Ipak, to je samo prvi korak na putu stvaranja jedne političke zajednice. Bilo je u istoriji evropskih integracija mnoštvo sličnih inicijativa koje su neuspešno okončane. Uostalom, i sam projekat osnivanja EPZ ima brojne protivnike.⁵⁴ Bilo kako bilo, jasno je da su reforme unutar same EU neophodne za nastavak njenog funkcionisanja, kao i redefinisanje odnosa sa susedima. A da li će to biti pod institucionalnim kišobranom Evropske političke zajednice ili nekim drugim, zavisi od niza spoljnih i unutrašnjih faktora.

⁵¹ Jelena Čeranić Perišić, „Bliža integracija zemalja Zapadnog Balkana sa Evropskom unijom na osnovu nove metodologije proširenja“, *Sprška politička misao*, br. 3, Beograd, 2020, 169–170, doi.org/10.22182/spm.6932020.7.

⁵² J. Čeranić (2011), op. cit., 23.

⁵³ Radovan Vukadinović, „Diferencirana integracija kao spasonosni metod integracije ili de-integracije“, *Pravna riječ*, br. 39, Banja Luka, 2014, 543.

⁵⁴ Otmar Issing, „The Illusion of European Political Union“, *The International Economy*, 2022, 46–66; Teoman Ertuğrul Tulun, „Macron’s Proposal of Creating European Political Community and NATO’s Guardian Angel Wings“, *Center for Euroasian Studies, Analysis*, n. 10, 2022, 1–7.

Prof. Dr. JELENA ČERANIĆ PERIŠIĆ
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

INITIATIVES FOR THE CREATION OF THE EUROPEAN POLITICAL COMMUNITY – FROM THE 1950s TO THE PRESENT

Summary

In May 2022, the French president launched an initiative to establish an initiative to establish a European Political Community (EPC). This community could act both as a bridge to an eventual larger EU and as a framework for continental scale partnership. EPC is conceived as a platform that can combine political dialogue with policy delivery in a quick and flexible way and will thus structure more impactfully the relationship between the EU and its neighbourhood. The EPC would not be regarded as a substitute for EU accession and is not closed to those who left the EU. The paper attempts to answer the question of whether the EPC would be a suitable response to the new geopolitical situation, as well as whether it can also help address the EU's internal deficiencies and the challenges in its neighbourhood. First, the paper discusses the initiative for the creation of the EPC from 1952 and the reasons that led to its failure. Then, the current initiative for the establishment of the EPC is analysed. Special attention is paid to the proposed EU institutional reform. Finally, the feasibility of gradual integration of the Western Balkans countries into the sectoral EU policies is examined.

Key words: *European Political Community, European Union, institutional reform, enlargement policy, geopolitical challenges*

Literatura

- Bribosia H., „Réviser les traités européens: Plaidoyer en faveur de la suppression du veto“, *Policy paper*, n. 37, Notre Europe, 2009, https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2020/08/policypaper37-hbribosia-r_viser_les_trait_s.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>.
- Čavoški A., *Pravni i politički poredak Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, Beograd, 2006.
- Čeranić J., *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd 2011.
- Čeranić J., „Flexibility concept in the context of European integrations – evolution, survey and perspectives“, *Strani pravi život*, br. 3, Beograd, 2017.
- Čeranić J., „Redefinisanje koncepta evropskih integracija – različiti scenariji za prevazilaženje krize u Evropskoj uniji“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, 2017.
- Čeranić J., Glintić M., „Evropska unija deset godina nakon početka krize – sa posebnim osvrtom na predloge za ponovno ožvljavanje EU predviđene u okviru inicijative Novi pakt za Evropu“, *Pravni život*, br. 11, Tom IV, Beograd, 2018.

- Ćeranić Perišić J., „Bliža integracija zemalja Zapadnog Balkana sa Evrpskom unijom na osnovu nove metodologije proširenja“, *Srpska politička misao*, br. 3, Beograd, 2020.
- Ćeranić Perišić J., „Izazovi evropskih integracija zemalja Zapadnog Balkana dve decenije nakon početka procesa“, *Pravni život*, Tom III, Beograd, 2021.
- Oissing O., „The Illusion of European Political Union“, *The International Economy*, 2022.
- Knežević Bojović A., Ćorić V., Višekruna A., „Spoljašnje uslovljavanje Evropske unije i regulatorni okvir Srbije“, *Srpska politička misao*, br. 3, Beograd, 2019.
- Mayer F., Pisani-Ferry J., Schwarzer D., Vallée S., „Enlarging and deepening: giving substance to the European Political Community“, *Policy Contribution*, n. 15, Bruegel, 2022.
- Mirel P., “In support of a new approach with the Western Balkans: Staged accession with a consolidation phase”, *European issues*, n. 633, 2022, <https://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-633-en.pdf>.
- Rakić B., *Za Evropu je potrebno vreme*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
- Speech by Emmanuel Macron at the closing ceremony of the Conference on the Future of Europe, <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/en/news/speech-by-emmanuel-macron-at-the-closing-ceremony-of-the-conference-on-the-future-of-europe/>.
- Speech by President Charles Michel at the Plenary session of the European Economic and Social Committee, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/05/18/discours-du-president-charles-michel-lors-de-la-session-pleniere-du-comite-economique-et-social-europeen/>.
- Stubb A., „A categorisation of differentiated integration“, *Journal of Common Market Studies*, n. 2, 1966.
- Tulun T. E., „Macron’s Proposal of Creating European Political Community and NATO’s Gaurdian Angel Wings“, Center for Euroasian Studies, *Analisis*, n. 10, 2022.
- Vaughan R. , *Twentieth Century Europe: Path to Unity*, Barnes and Noble, New York, 1979.
- Vukadinović R., „Diferencirana integracija kao spasonosni metod integracije ili dezintegracije“, *Pravna riječ*, br. 39, Banja Luka, 2014.
- Vukadinović R., Vukadinović Marković J., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2016.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ANDREA PILETTA MASSARO

SEEKING JUSTICE AND FAIRNESS IN COMPETITION LAW: THE REGULATION OF DIGITAL PLATFORMS IN THE EUROPEAN UNION

The effectiveness of competition rules is put under discussion by the ever-increasing degree of market power acquired by digital platforms, also known as tech giants. In particular, the imposition of pecuniary fines after long proceedings, instead of representing a deterrent force for firms willing to break competition rules, for digital platforms may constitute an incentive for breaking such rules, as sanctions comes after the previous market conditions are impossible to restore and pecuniary fines may represent a simple ‘cost of doing business’. Therefore, and in line with the recent policy and scholar debate, legislators have started to enact provisions that marked a change of paradigm in competition law enforcement, shifting from an ex post intervention to an ex ante one, based on the structure of the market concerned. However, this approach, together with the consequent imposition of behavioural or structural remedies, may contrast with the principles of justice and fairness in the application of competition rules. The aim of this paper is that of analysing the most important reforms issued to recalibrate competition law vis-à-vis tech giants in the European Union, to demonstrate that the new structural approach proposed by these reforms is not in contrast with the principles of justice and fairness, that, instead, in a well-functioning market, could only result more valorised.

Key words: competition law, DMA, legal certainty, digitalisation, European Union

INTRODUCTION

[...] And you can't have a competition policy that is ready for the future, unless it can tackle the threats to competition that come from digitisation. [...] We need to

Andrea Piletta Massaro, research assignee at the University of Torino, e-mail: andrea.piletta@unito.it.

address the power of digital platforms. [...] It's also that the huge amount of data that some platforms have, and the huge networks behind them, can give them an edge that smaller rivals can't match. [...] We need to preserve the opportunity for smaller rivals to break into the market, by offering something different, which dominant platforms don't have.¹

Considering the theme that will be treated during this edition of the Kopaonik Conference, the 35th, this paper will try to find out if the principles of justice and fairness are respected in the recently enacted provisions aimed at tackling the excessive market power that digital platforms are gaining.²

It is indeed evident that the current competition law discourse is currently centred on how competition law can deal with the pervasive market position held by the so-called *tech giants*, i.e., digital platforms, like Google, Amazon, or Facebook. As the reported quotation from the European Commission's Executive Vice-President Margrethe Vestager shows, competition enforcers are now focused on finding viable solutions to render the application of competition rules effective vis-à-vis the characteristics of digital markets. It is also worth pointing out how this search for an effective regime of 'platform competition' is ongoing not only in the European Union, but also in the United States, where it gained a particular impulse with the appointment of Lina Khan – a renowned scholar in favour of a more aggressive antitrust intervention – as head of the Federal Trade Commission (FTC). Indeed, in the memorandum released on 22 September 2021,³ the FTC Chair Khan outlined interestingly that the Agency shall focus *on structural incentives that*

¹ European Commission's Executive Vice-President Margrethe Vestager, *Competition and the digital economy*, speech delivered at the OECD/G7 Conference, Paris, 3 June 2019, https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200956/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-digital-economy_en, 25 September 2022.

² This reflection is considered compliant with the Conference's topic, 'Court proceedings – Justice and fairness', in light of the *dictum* of the European Court of Human Rights in *Menarini* (decision 27 September 2011, application no. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy*), where the ECHR stated that a sanction imposed by a Competition Authority (in that case, the Italian AGCM) has to be considered as a criminal law-nature sanction, therefore subject to the applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights, in its criminal limb (see, in particular, point 44 of the decision).

³ U.S. Federal Trade Commission, Chair Lina M. Khan, *Memorandum on Vision and Priorities for the FTC*, 22 September 2021, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596664/agency_priorities_memo_from_chair_lina_m_khan_9-22-21.pdf, 25 September 2022. See also Lauren Feiner, "FTC Chair Lina Khan outlines new vision for antitrust enforcement, consumer protection", *CNBC*, 23 September 2021, <https://www.cnbc.com/amp/2021/09/23/ftc-chair-khan-outlines-vision-for-antitrust-enforcement-consumer-protection.html>, 25 September 2022.

enable unlawful conduct – be it certain conflicts of interest, business models, or structural dominance – as well as looking upstream at the firms that are enabling and profiting from this conduct. Focusing enforcement efforts towards targeting and rectifying root causes can avoid a whack-a-mole approach that imposes significant enforcement burden with few long-term benefits.⁴ Moreover, Chair Khan stressed that market power now looks to be an increasingly systemic problem across the economy, so we should generally focus our resources on the most significant actors, where our enforcement actions can have the greatest impact on the everyday lives of Americans.⁵ In particular, she plainly affirmed the necessity to prioritise the Agency's efforts on dominant intermediaries and extractive business models.⁶

Moving the discourse from a theoretical to a more practical level, what is put under discussion is the effectiveness of competition rules' enforcement. In particular, the traditional *ex post* intervention carried out by Competition Authorities is deemed ineffective against tech giants, as it comes at a point in time when the negative effects on the market have already been produced and the competitive structure of the market itself cannot be recovered. This is due by the length and the complexity of such proceedings, where long and very detailed econometric analysis are required. In addition, the usual double degree appeal has to be added to the timeline we are considering. In addition, a tech giant is not in the position to fear a pecuniary sanction imposed after years: It would be indeed more convenient to gain a dominant position in a market and pay a subsequent pecuniary sanction for it, when competitors have already left the market, the sanction becomes a sort of 'cost of running business'.⁷ From the above it appears evident that the traditional competition law toolbox is not adequate to fight against the challenges posed by tech platforms. An objection to this statement can sustain that good decisions, such as the recent *Google Android*⁸ and *Google Shopping*⁹ rulings by the General Court have been issued without the enactment of new provisions. However, it is still evident that the conduct carried out by Google in both cases had consequences

⁴ U.S. Federal Trade Commission, Chair Lina M. Khan, *Memorandum on Vision and Priorities for the FTC*, cit., 2.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, 3.

⁷ Maurice E. Stucke, Ariel Ezrachi, *Competition Overdose. How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, HarperCollins, 2020, 217.

⁸ EU General Court, decision 14 September 2022, Case T-604/18, *Google LLC and Alphabet, Inc. v. Commission*.

⁹ EU General Court, decision 10 November 2021, Case T-612/17, *Google LLC and Alphabet, Inc. v. Commission*.

on the markets involved that could difficultly be recovered and, moreover, that the pecuniary sanction, although very high, would not constitute an obstacle for Google, bearing in mind Alphabet's financial sheets.

As a reaction to the considerations expressed until now, the scholar and policy debate has found that instead of tailing tech giants, Competition Authorities should be in the position to 'anticipate' them, with a set of rules aimed at reaching what can be called a sort of *ex ante* interventions, which lies between the realm of competition law and regulation of specific sectors. These proposals, with a specific reference to the European Union context, have become concrete and they will probably mark a significant shift in the fight against the uncontrolled market power gained by digital platforms. These instruments can indeed represent the way in which Competition Authorities take back control of the 'large empires' – by quoting the metaphor used by Executive Vice-President Vestager¹⁰ – represented by digital platforms.

However, for the sake of concluding this introduction and focusing on the analysis that this article will carry out, this new *ex ante* and 'faster' paradigm of competition enforcement may pose some challenges having regard exactly with the abovementioned principles of justice and fairness in the application of the law. In fact, the application of restrictions to a firm for the sole reason of being 'too big' may raise some concern. The same may have regard to the possibility of skipping some appeal degree before a Court in relation to Competition Authorities' decisions, as the 2021 German reform provides.

However, what shall be reminded at this stage is the objective of competition law. This is not the correct place to analyse the nature and the soul of competition law, as it is a work we carried out in other articles,¹¹ but what we could say is that an approach focused on the structure of the market and on its dynamics is not peregrine to the history of competition law, especially if its beginnings are taken

¹⁰ European Commission's Executive Vice President Margrethe Vestager, *Competition and the digital economy*, speech delivered at the OECD/G7 Conference held in Paris on 3 June 2019, https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200954/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-digital-economy_en, accessed 25 September 2022.

¹¹ Andrea Piletta Massaro, "Il diritto della concorrenza tra obiettivi di policy e proposte di riforma: verso un approccio multi-valoriale", *La Cittadinanza Europea Online*, n. 0, 2021, 65. During last year's Conference in Kopaonik we had also the opportunity to discuss the relationship between competition law and data protection vis-à-vis digital platforms: Andrea Piletta Massaro, *Competition Law and Data Protection: The Need for Legal Certainty in a Necessary Relationship*, in *Primena Prava I Pravna Sigurnost, Zbornik Radova 34. Susreta Kopaoničke Škole Prirodnog Prava – Slobodan Perović*, 2021, tom IV, 49.

into consideration. This soul can be summarised by a metaphor written by Hans Thorelli, a well-known antitrust scholar, in his 1954 book *The Federal Antitrust Policy: Origination of An American Tradition*.¹² Antitrust shall patrol the *highways of commerce [...] to keep the road open for all and everyone*.¹³

As a consequence of the considerations expressed above, this article will scrutinize the reform enacted in Germany in 2021, which added the new Section 19a to the German competition law (GWB), the Italian reform issued in August 2022 and, at the European Union level, the Digital Markets Act Regulation (DMA).¹⁴ The analysis if the main feature of these pieces of legislation will provide the necessary elements to draw conclusions around the compatibility of the provisions contained in these texts with the principles of justice and fairness in the application of the law.

EX ANTE INTERVENTION IN GERMANY: THE NEW SECTION 19A GWB

After the decision against Facebook by the Bundeskartellamt in 2019¹⁵ and after the 2017 amendment to the GWB – adding specific provisions regarding multi-sided platforms and transactions occurring without a monetary consideration – the debate about competition in digital markets was particularly felt in Germany. As a result, on 18 January 2021 the 10th amendment to the GWB, adding Section 19a, was passed, and it entered into force on the following day.¹⁶

¹² Hans B. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition*, Allen & Unwin, 1954.

¹³ *Ibidem*, 226.

¹⁴ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), published on OJ of the EU 12 October 2022, L 265/1.

¹⁵ Bundeskartellamt, decision 6 February 2019, issued 7 February 2019, case B6-22/16, *Facebook*. The relevant press release (in English) is available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2, accessed 26 September 2021, whilst an English summary of the decision is available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4, 26 September 2021.

¹⁶ The relevant Bundeskartellamt press release, *Amendment of the German Act against Restraints of Competition*, 19 January 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html, accessed 25 September 2022. See also OECD, *Annual Report on Competition Policy Developments in Germany*, 10 June 2021, 5, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2021\)11&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2021)11&docLanguage=En), 26 September 2022; Jens-Uwe Franck, Martin Peitz, “Digital Platforms and the New 19a Tool in the German

The proceeding delineated in Section 19a GWB can be described as a two tiers process. As a starting point, according to the new reform, the Bundeskartellamt may declare, by means of a decision, that a certain firm is of paramount importance for competition across markets. Pursuant to Section 19a (1) GWB, such a decision shall be based upon this undertaking's 1. dominant position on one or more markets; 2. financial strength or access to other resources; 3. vertical integration and activities in related markets; 4. access to data which are relevant from a competition standpoint; and 5. possibility to foreclose other parties' activities with its own business and the influence that this undertaking may exercise vis-à-vis third parties' activities. Such a decision shall last for five years.

The second phase – after having established that an undertaking has a paramount importance across markets – consists in the possibility for the Bundeskartellamt to prohibit these undertakings from carrying out some specific conducts enlisted in Section 19a (2) GWB. However, the undertaking concerned may demonstrate – according to a sort of rule of reason – that a specific conduct forbidden according to the reformed act has some objective justifications. Anyhow, the burden of proving this circumstance relies on the concerned firm.

According to the German reform, prohibited practices for these undertakings are:¹⁷

1. favouring its own offers over the offers of its competitors when mediating access to supply and sales markets;

Competition Act”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 7, 2021, 513; Latham & Watkins, *The New German Digitalization Act: An Overview*, 20 January 2021, <https://www.lw.com/thoughtLeadership/the-new-german-digitalization-act-an-overview>, 25 September 2022; Linklaters, *The revolutionary reform of German competition law – leading the pack in digital enforcement and other stories*, 20 January 2021, <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/linkingcompetition/2021/january/the-revolutionary-reform-of-german-competition-law>, 25 September 2021; Allen & Overy, *The 10th Amendment to the German Act Against Restraints of competition – Focus on: Digital markets and ECN+ Directive*, 20 January 2021, <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/die-10-gwb-novelle>, 26 September 2022; DLA Piper, *Competition Law, Digitalization and the German Response – Stricter Supervision of Big Tech and Less Merger Review*, 19 January 2021, <https://www.dlapiper.com/en/germany/insights/publications/2021/01/the-amendment-of-the-arc-is-coming/>, 26 September 2022; Philipp Grüll, “German law aims to tackle the market power of digital markets”, *Euractiv*, 14 January 2021, <https://www.euractiv.com/section/digital/news/new-german-amendment-aims-to-tackle-the-market-power-of-digital-giants/>, 25 September 2022; Simon van Dorpe, “Germany shows EU the way in curbing Big Tech”, *Politico*, 13 January 2021, <https://www.politico.eu/article/germany-shows-eu-the-way-in-curbing-big-tech/>, 25 September 2022.

¹⁷ For the sake of completeness and precision, we deemed more appropriate reporting the whole provision's text.

2. taking measures that impede other undertakings in carrying out their business activities on supply or sales markets where the undertaking's activities are of relevance for accessing such markets;
3. directly or indirectly impeding competitors on a market on which the undertaking can rapidly expand its position even without being dominant;
4. creating or appreciably raising barriers to market entry or otherwise impeding other undertakings by processing data relevant for competition that have been collected by the undertaking, or demanding terms and conditions that permit such processing;
5. refusing the interoperability of products or services or data portability, or making it more difficult, and in this way impeding competition;
6. providing other undertakings with insufficient information about the scope, quality or success of the service rendered or commissioned, or otherwise making it more difficult for such undertakings to assess the value of this services;
7. demanding benefits for handling the offers of another undertaking which are disproportionate to the reasons for the demand.

This list encompasses almost all the conducts typical of digital platforms.¹⁸ The approach followed by the German legislator has the merit of having merged legal certainty with the flexibility needed when rules shall be applied to concrete cases by enforcement agencies. Indeed, the list of anticompetitive conduct is exhaustive and rigid, but not at the point of not being capable of adaptation to each concrete case. Moreover, the analysis which can bring to the declaration of a firm's strategic market relevance is based on precise requirements, which can however be put relation to the concrete case at stake. However, in Germany concerns are rising about a possible overlap between Section 19a of the GWB and the recently enacted Digital Markets Act (DMA).¹⁹ In order to find a solution to this concern, an European Parliament's amendment to the DMA draft suggested the introduction of a European High-Level Group of Digital Regulators, composed by the head of the

¹⁸ Anyhow, it is worth recognising that this new reform does not require the Bundeskartellamt to prove an anticompetitive effect, as pointed out by Or Brook, Magali Eben, *Abuse without dominance and monopolisation without monopoly*, in (Eds. Pinar Akman, Or Brook, Konstantinos Stylianou), *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, Edward Elgar, forthcoming, 18, https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3859916_code2794100.pdf?abstractid=3859916&mirid=1, 27 September 2022. Thus, it appears to be designed more along structural lines.

¹⁹ On this point see, *inter alia*, Marco Botta, "Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 7, 2021, 500.

Member States' Authorities and by members of the Commission.²⁰ This group has been established by Article 40 of the Regulation for broader purposes. Anyway, the final text of the Regulation, at Article 1, paragraph 5, provides that *to avoid the fragmentation of the internal market, Member States shall not impose further obligations on gatekeepers by way of laws, regulations or administrative measures for the purpose of ensuring contestable and fair markets*. Member States can instead impose obligations on gatekeepers for matters falling outside the DMA's scope. The following paragraph of Article 1 DMA specifies that the DMA is without prejudice to the application of (point (b)) *national competition rules prohibiting other forms of unilateral conduct insofar as they are applied to undertakings other than gatekeepers or amount to the imposition of further obligations on gatekeepers* (as defined by the Regulation). At this purpose, for the sake of coordination, according to Article 38 DMA, when a national competition authority intends to apply the provisions referred to in Article 1, paragraph 6, point (b) DMA, it shall inform the Commission.²¹

Returning to the new German GWB's Section, from a procedural standpoint, in order to speed up proceedings and trying not to intervene when the situation in the market has suffered an irremediably negative impact, a 'fast-track' proceeding for the appeal of Bundeskartellamt's decisions has been introduced. According to Section 73 of the GWB, the Bundesgerichtshof hears as first and last instance court the appeals to Bundeskartellamt's decisions adopted pursuant to the new Section 19a, thus avoiding the first instance judgement by the Landgericht Düsseldorf, which, normally, like in the analysed *Facebook* case, was in charge of this role.²² Having regard the object of this Conference, the provision of a single degree of appeal against decisions issued by the Bundeskartellamt upon Section 19a might, at a first sight, represent a weakening of the parties' right of fair trial, but this assumption is erroneous. Indeed, the GWB's approach found a point of equilibrium between fair trial (granted by an appeal before the Bundesgerichtshof) and timeliness in the application of competition provisions. Furthermore, at this purpose, it is worth reminding that the European Court of Human Rights' Guide to Article 6 of the European Convention on Human Rights (having regard to the criminal

²⁰ European Parliament, *Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council, Contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD), 1 June 2021, Amendment 98, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/IMCO-PR-692792_EN.pdf, 27 September 2022.

²¹ And this information must be made available to other Member State's competition Authorities applying the same rules referred to in Article 1, paragraph 6, DMA.

²² See also OECD, *Annual Report on Competition Policy Developments in Germany*, cit., 5.

limb, which can be deemed much more applicable to competition law's sanctions, as confirmed also by the same Court's *Menarini* judgement²³) *does not compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation.*²⁴ Moreover, this conclusion may be reached also by means of a comparative analysis: If we consider that Countries such as England and the United States does not provide for a full right to appeal, as it is possible only if a *certiorari* is obtained, we can understand that the new German regime is not in conflict with the right to a fair trial, but instead it pursues the society's right to a fair competition on the market.

THE NEW ITALIAN REFORM

In 2021, the Italian Competition Authority (AGCM) suggested the Italian Government to integrate the current Italian provision on abuse of economic dependency (Article 9, law 18 June 1998, no. 192, law on subcontracting in productive activities) with some amendments deemed useful to adapt it to the digital context.²⁵ These proposals, after a long discussion, were recently passed into law by means of Law 5 August 2022, no. 118.²⁶ In particular, article 32 of the reform refers to concentrations, whilst the subsequent article 33 is related with the abuse of economic dependence.

²³ European Court of Human Rights, *Menarini*, cit., 42-44.

²⁴ European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 30 April 2021 update, 18, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf, 25 September 2022.

²⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, 22 March 2021, 56, available (in Italian only) at [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/\\$File/AS1730.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/$File/AS1730.pdf), 29 September 2022. See also Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, *Italian Antitrust Authority's proposed reform of the national antitrust rulebook: what's in it for digital players?*, 29 March 2021, <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102guad/italian-antitrust-authoritys-proposed-reform-of-the-national-antitrust-rulebook>, 29 September 2022. It is worth considering that one of the more mature models regarding the abuse of economic dependency in this context is represented by the *abus de dépendance économique* figure contained in article L420-2 of the French *Code de Commerce*, which provides that *inasmuch as it is liable to affect competitive functioning or structure, the wrongful exploitation by an undertaking or a group of undertakings of the state of economic dependence in which a client or supplier undertaking finds itself with regard to them is moreover prohibited. These abuses may, in particular, involve a refusal to supply, tying practices or the discriminatory practices referred to in section I of Article L. 442-6 or agreements that oblige distributors to stock entire product ranges.* Furthermore, it is worth pointing out that also the German GWB's Section 20 provides for specific provisions directed at conduct of undertakings with relative or superior market power.

²⁶ Law 5 August 2022, no. 118, published in OJ 12 August 2022, no. 188.

Indeed, article 32 provides that in respect of concentrations subject to notification, the AGCM shall assess whether they significantly impede effective competition in the national market or in a substantial part thereof, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position. This situation must be assessed in the light of the need to preserve and develop effective competition, considering the structure of all affected markets and actual or potential competition. Moreover, the Authority may assess the anti-competitive effects of acquisitions of control over small companies characterised by innovative strategies, including in the field of new technologies. In particular, it is worth underlining also that the AGCM's scrutiny is possible also in case only one threshold is matched, if there are risks for competition in the market or for the diffusion of small companies characterised by innovative strategies.

Having regard to the abuse of economic dependence, Article 33 of Law 118/2022 amends article 9 of Law 159/1998. In detail, it provides that unless contrary proof is brought (by the investigated firm), economic dependence is presumed where an undertaking uses the intermediation services provided by a digital platform that plays a decisive role in reaching end users or suppliers, including in terms of network effects or availability of data. In particular, if reference is made to the abusive practices that platforms may carry out according to this article, they may consist in providing insufficient information or data on the scope or quality of the service provided and in requesting undue unilateral benefits not justified by the nature or content of the activity carried out, or in adopting practices that inhibit or hinder the use of different providers for the same service, including through the application of unilateral conditions or additional charges not provided for in existing contractual agreements or licences.

Furthermore, the AGCM proposal envisaged the opportunity to introduce in Italy provisions on abuse of dominant position designed according to the GWB's new Section 19a.²⁷ In particular, the Italian watchdog suggested to draft a provision allowing the Authority to classify some firms as having a very high degree of market power (qualification that should last for five years), based upon some specific indexes (such as having a dominant position in one or more markets, having access to data which are relevant for competition, *etc.*).²⁸ Once a firm is added to this 'list', the AGCM may have prohibited the performance of some behaviours deemed particularly harmful for the competitive process.

²⁷ AGCM, AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, cit., 56-57.

²⁸ *Ibidem*.

Anyhow, the firm would have had the opportunity to show that these behaviours would not have distorted competition.²⁹ The AGCM suggested introducing, in what it designated as Article 3-*bis* of the Italian Competition Act, Law 10 October 1990 no. 287, a catalogue of conduct that are likely to be prohibited for firms having such a powerful market position. Among others, the Authority's proposal contemplates self-preferencing, obstacles to interoperability or data portability, using processing of personal information in order to create or strengthen barriers to entry, asking for conditions which are not proportional to the service offered, in particular when data not necessary for the performance are required or in case the quality of such performance is conditioned to the transfer of data and it is not proportioned with the service required.³⁰ However, contrary to the provisions analysed just above, this last Section 19a GWB-framed procedure was not included into the final text of Law 118/2022.

THE EU DIGITAL MARKETS ACT (DMA)

The process aimed at enacting EU provisions directed at curbing the excessive market power held by digital platforms started on 3 June 2020 with a consultation launched by the Commission about a 'new competition tool',³¹ which appeared to be inspired by the UK's market investigation reference.³² Following this consultation,

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ European Commission, Public consultation, *Single Market – new complementary tool to strengthen competition enforcement*, 3 June 2020 – 8 September 2020, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool/public-consultation_en, 29 September 2022. See also Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, *The EU's (proposed) new competition tool – a paradigm shift towards more intervention in digital markets and possibly beyond*, 5 June 2020, <https://technologyquotient.freshfields.com/post/102g8y2/the-eus-proposed-new-competition-tool-a-paradigm-shift-towards-more-interven>, 29 September 2022.

³² Professor Richard Whish's speech at the Trento Summer School on Advanced Competition Law & Economics, 2020 virtual edition. See also Bo Vesterdorf, Kyriakos Fountoukakos, "A New Competition Tool into Old Bottles? Considerations on the Legal Design of the European Commission's Proposed NCT", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 4, 2021, 284. The CMA market investigation reference is a proceeding governed by Part 4 of the Enterprise Act 2002, as amended by the Regulatory Reform Act 2013. This tool is aimed at investigating if a market is characterised by features leading to adverse effects on competition. In case the investigation finds these adverse effects, the CMA can impose remedies (including structural ones), but also make recommendation to other Authorities or to the Government (in case, for instance, legislation is required). About CMA market investigation references see Competition and Markets Authority, CMA market investigations, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/>

on 15 December 2020 the Commission issued the Digital Markets Act Regulation proposal.³³ Finally, the Regulation was enacted on 14 September 2022.

The DMA is specifically directed at the so-called ‘gatekeepers’ active in digital markets. The limitation of the DMA’s scope to the digital sector only shall be regarded as a policy choice operated by the European legislator, which decided not to introduce a general-scope tool.³⁴ The Regulation in the first Recitals recognises the benefits brought by digitalisation to both users and businesses.³⁵ However, it is also argued that platforms are endowed with inner characteristics that might be exploited by their owners. In this context reference is made to large economies of scale, close-to-zero marginal costs for providers, network effects, lock-in effects and advantages resulting for the processing of large amounts of data.³⁶ According to Recital 2 of the DMA, these features, if combined with abusive conducts by these services’ providers *can have the effect of substantially undermining the contestability of the core platforms services, as well as impacting the fairness of the commercial relationships between undertakings providing such services and their business users and end users. In practice, this leads to rapid and potentially far-reaching decreases in business users’ and end users’ choice, and therefore can confer on the provider of those services the position of a so-called gatekeeper.* The Regulation also recognises that *a small number of large undertakings providing core platforms services have emerged with considerable economic power and that some of those undertakings exercise control over whole platform ecosystems in the digital economy and are structurally extremely difficult to challenge or contest by existing or new market operators, irrespective of how innovative and efficient those market operators may be.*³⁷

attachment_data/file/336077/Energy_market_investigation_note.pdf, 29 September 2022; Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, 2018, 469-481.

³³ European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, COM(2020) 842 Final, 2020/0374 (COD), 15 December 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>, 29 September 2022. See also European Commission, *The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets*, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en, 29 September 2022; DLA Piper, *New competition tool and ex ante regulation of gatekeeping platforms*, 17 December 2020, <https://www.dlapiper.com/it/italy/insights/publications/2020/12/antitrust-matters--special-edition/new-competition-tool-and-ex-ante-regulation/>, 29 September 2022.

³⁴ B. Vesterdorf, K. Fountoukakos, *op. cit.*, 6.

³⁵ DMA, Recital 1; Commission’s Regulation Proposal Explanatory Memorandum, para 1.

³⁶ DMA, Recital 2; Commission’s Regulation Proposal Explanatory Memorandum, para 1.

³⁷ DMA, Recital 3.

The new rules are regarded as a complement to existing competition rules, and, in detail, they are necessary to cover practices which fall outside the action of current competition rules or that the latter, in their current shape, cannot effectively address.³⁸ As stated by Recital 11, these rules are directed at ensuring that markets where gatekeepers are present are and remain contestable and fair, independently from the actual, likely or presumed effects of the conduct of a given gatekeeper covered by this Regulation on competition in a given market.

For the applicative scope of the Regulation, a gatekeeper shall be active in what is called as a ‘core platform service’. This definition encompasses online intermediation services, search engines, social networks, video-sharing platforms, internet-based communication services, operating systems, cloud computing services and advertising services.³⁹ If a firm provides one or more of the above-listed services, it can be designated as a gatekeeper if match some precise requirements, which are provided for in Article 3. In particular, if:⁴⁰

(a) it has a significant impact on the internal market;

(b) it provides a core platform service which is an important gateway for business users to reach end users; and

(c) it enjoys an entrenched and durable position, in its operations, or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future.

These requirements, which appears quite generic at a first sight, are better specified in the following Article 3’s paragraph, where it is stated that point (a) above is satisfied if the concerned undertaking reaches an annual turnover equal or above 7.5 billion euros in the Union in each of the last three financial years or if it holds a market capitalisation or fair market value of at least 75 billion euros in the last financial year, and if it exercises a core platforms service at least in three EU Member States.⁴¹ The requirement under paragraph 1’s letter (b) is satisfied whether, during the last financial year, the core platform at stake has an user base of more than 45 million monthly active end users established or located in the EU and more than 10,000 yearly active business users established in the EU.⁴² Finally, the requirement provided for by letter (c) of paragraph 1 is

³⁸ DMA, Explanatory Memorandum, para 1. See also DMA, Recital 10.

³⁹ DMA, Article 2, point (2).

⁴⁰ DMA, Article 3, paragraph 1. For the sake of completeness and precision, we deemed more appropriate reporting the whole provision’s text.

⁴¹ DMA, Article 3, paragraph 2, point (a).

⁴² DMA, Article 3, paragraph 2, point (b).

fulfilled if the thresholds contained in point (b) of paragraph 2 were met during each of the last three financial years.⁴³

In case all the abovementioned requirements are met, the relevant firm shall notify the Commission, which shall issue a decision identifying such service provider as a gatekeeper. Anyhow, the Commission is empowered – based on the information it holds – to adopt such a definition also in case the firm fails to perform such a notification.⁴⁴ For the sake of reaching such a decision, the Commission may open a market investigation directed at examining if a particular service provider shall be designated as a gatekeeper.⁴⁵

Whether these requirements are met, the concerned firm shall present motivated observations in order not to be qualified as a gatekeeper.⁴⁶ Moreover, the Commission shall designate as gatekeepers also firms which does not completely meet all the threshold enlisted in Article 3, paragraph 2. At this purpose, it can consider factors such as the firm's size, the number of business users depending on the platforms in order to reach end users, lock-in effects and advantages deriving from data gathering and processing.⁴⁷ According to Article 4, paragraph 2, almost every three years the commission shall verify if providers qualified as gatekeepers are still maintaining the requirements set forth by Article 3, paragraph 1.

Once discussed the 'ascending' phase, the 'descending one' is characterised by the behaviours required to gatekeepers. These obligations are enlisted in Article 5, 6 and 7 and they have some features in common with the German GWB's ones. In particular, gatekeepers should refrain from combining data obtained through the main service with data gathered from other services offered by the gatekeeper or from third-party services. They should also not oblige users to sign-up to other gatekeeper's services in order to combine personal data. Other prohibited conducts, comprehend, *inter alia*, discrimination regarding the conditions at which the same product is provided with respect to third-party channels and the gatekeeper's ones; self-preferencing; preventing interoperability or the user's right to data portability, just to enlist some of the conducts deemed abusive by the European legislator, although those provided by Article 6 ad 7 are susceptible of being further specified through an implementing act issued by the Commission.⁴⁸

⁴³ DMA, Article 3, paragraph 2, point (c).

⁴⁴ DMA, Article 3, paragraphs 3 and 4.

⁴⁵ DMA, Article 17.

⁴⁶ DMA, Article 3, paragraph 5.

⁴⁷ DMA, Article 3, paragraph 8.

⁴⁸ DMA, Article 8, paragraph 2.

Having regard to the enforcement profile of the DMA, the Commission holds very penetrating investigative powers,⁴⁹ and it can also take interim measures.⁵⁰ In the end of these procedures, it can both express its agreement to commitments offered by the gatekeeper⁵¹ or adopt a non-compliance decision imposing pecuniary fines.⁵² In case the gatekeeper did not comply with requirements set forth in Articles 5, 6 and 7, such a fine may not exceed 10% of the gatekeeper's total worldwide turnover in the preceding financial year.

However, from an enforcement perspective, the most interesting innovations have regard to the possibility to impose behavioural or structural remedies. This option, envisaged also by Recital 75, which makes specific reference to divestiture, can be applied in case of systematic non-compliance of an undertaking to the obligations provided by the Regulation. In detail, According to Article 18, the Commission can perform a market investigation in order to establish if a gatekeeper has systematically violated the obligations prescribed by Articles 5, 6 and 7 and it has strengthened its gatekeeping position. As a result of such investigation, the Commission shall impose behavioural or structural remedies. Anyhow, these remedies must be proportionate and necessary to ensure the effective compliance with the DMA.⁵³ In addition, the systematic non-compliance with Articles 5 and 6 that triggers the possibility of imposing these remedies occurs only when the Commission has issued at least three non-compliance or fining decisions in respect of the gatekeeper concerned within eight years prior to the adoption of the decision to open a market investigation pursuant to Article 18.⁵⁴ Having regard to the right to a fair trial, several guarantees for the gatekeepers concerned are provided,⁵⁵ and the Commission's decisions imposing fines or periodical payments are subject to the Court of Justice's unlimited jurisdiction according to Article 261 TFEU.⁵⁶

Another interesting tool of the Regulation is Article 19, which represents a tool in the Commission's availability so as to 'update' the possibility of making use of the DMA in a fast-changing context. According to this provision, the Commission

⁴⁹ DMA, Chapter V.

⁵⁰ DMA, Article 24.

⁵¹ DMA, Article 25.

⁵² DMA, Articles 29 and 30.

⁵³ DMA, Article 18, paragraph 1.

⁵⁴ DMA, Article 18, paragraph 3.

⁵⁵ DMA, Article 34.

⁵⁶ DMA, Article 45.

is entitled to perform a market investigation aimed at examining if new digital services and practices need to be added to the list of core platform devices.

For the sake of concluding our analysis of the DMA, it is first necessary to underline that this Regulation is of paramount importance in order to render EU competition law capable of better regulating digital markets. It is a significant step that may allow the Commission to govern the digital process instead of tailing its development.

CONCLUSION

What emerges from the analysis carried out in the previous paragraphs is that, after years in which legislators did not take disruptive measures in order to curb the excessive market power reached by digital platforms (probably also because the issues posed by digitalisation were new and a physiological time for studying these changes was needed) and left the task of regulating this issue to the application of traditional antitrust theories of harm by the Courts, in the very recent years a complete change of paradigm has been inaugurated. The main feature of this policy shift is represented by the favour for an *ex ante* intervention, a preventive one, instead of an *ex post* approach, *i.e.* a reaction to an infringement of competition rules. This is based on a structural approach rather than on one based upon a real violation of the relevant rules. In addition, not only the applicative method of antitrust provisions has changed vis-à-vis digital platforms, but also the sanctions that can be imposed. Indeed, once established that a pecuniary fine is characterised by a low level of effectiveness in relation to companies that enjoy such a high degree of market power, behavioural and also structural remedies have been envisaged as the proper solution in order to increase the deterrent effect of competition rules and also as an instrument to restore competition in the market concerned. With particular reference to the more effectiveness of these instruments, *i.e.* breakups, also eminent scholars like Tommaso Valletti, former Chief Economist of the European Commission's DG Comp, and John Kwoka, warned about the necessary role of breakups in tipped markets, when other remedies prove to be ineffective.⁵⁷ In their words, *structural separation is likely the only way to truly re-orient these companies' incentives toward customers, rivals, and competition.*⁵⁸

⁵⁷ John Kwoka, Tommaso Valletti, "Competition - And Competition Policy – In Digital Markets: The House Report", *CPI Antitrust Chronicle Special Edition January 2021*, 2021, <https://www.competitionpolicyinternational.com/competition-and-competition-policy-in-digital-markets-the-house-report/>, 23 July 2021.

⁵⁸ *Ibidem.*

Authors like Tim Wu, as well, currently special assistant to U.S. President Biden for technology and competition policy, stressed how breakups – for instance if we take into consideration the case of AT&T – proved fundamental in order to open the so-called innovation portals and favour the appearance into the market of new firms.⁵⁹

For the sake of concluding, both the new rules' application schemes and the subsequent sanctions may apparently raise concerns regarding procedural justice or fairness, as only a structure and not a behaviour is concerned and because a remedy such as a breakup might be considered excessive in a market economy. However, all these concerns ought to be considered as not solidly grounded. In fact, as anticipated in the introductory paragraph, competition law, especially in its beginning, was concerned with the structure of the market. What is important, but it is indeed reasonably considered by the new reforms, is the necessary presence of a 'rule of reason' escape from the application of the analysed rules in case an enterprise, notwithstanding the structure of the market in which operates, demonstrates that its position on the market does not raise issues in relation to the competitiveness of the same market. Therefore, the enforcement of an *ex ante* and structural approach to the problems posed by digital platforms cannot be viewed as in contrast with the principles of fairness and justice. In addition, it can be sustained that this applicative scheme might prove of help in improving the general level of justice and fairness intended in a broad sense, as justice in the market is pursued only when companies can enjoy the benefits of free market, also by increasing the welfare of consumers. Moreover, fairness is reached – and the discourse over fairness in competition law might well be the object of a monograph⁶⁰ – when all the firms active in a market can benefit from the same opportunities provided by competition, thus increasing the trust in the market itself. If the new rules are aimed at improving the level of justice and fairness on the market, they ought to be welcomed. Indeed, by using the words of President Biden, *Capitalism without competition isn't capitalism. It's exploitation*.⁶¹

⁵⁹ Tim Wu, *The Curse of Bigness*, Atlantic Books, 2020, 93-97. See also Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke, *Digitalisation and its impact on innovation*, Report for the European Commission, 24 August 2020, 31-32, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/203fa0ec-e742-11ea-ad25-01aa75ed71a1/language-en>, 29 September 2022.

⁶⁰ See, *inter alia*, *Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications. An Inquiry into the Soul and Spirit of Competition Enforcement in Europe*, (Eds. Damien Gerard, Assimakis Komninos, Denis Waelbroeck), Bruylant, 2020; Alfonso Lamadrid de Pablo, "Competition Law as Fairness", *Journal of European Law & Practice*, 2017, vol. 8, no. 3, 2017, 147.

⁶¹ U.S. President Joe Biden, statement on Twitter, 27 September 2022.

ANDREA PILETTA MASSARO

Naučni saradnik Univerziteta u Torinu

U POTRAZI ZA PRAVDOM I PRAVIČNOŠĆU U PRAVU KONKURENCIJE: REGULATIVA DIGITALNIH PLATFORMI U PRAVU EVROPSKE UNIJE

Rezime

Efikasnost pravila konkurencije dovedena je u pitanje zbog sve većeg stepena tržišne moći koju stiču digitalne platforme, poznate i kao tehnološki giganti. Konkretno, izricanje novčanih kazni nakon dugih postupaka, umesto da odvratiti kompanije koje su spremne da krše pravila konkurencije, može da predstavlja podsticaj za kršenje takvih pravila, jer sankcije dolaze nakon što tržišni uslovi više ne mogu da se vrate na staro, a novčane kazne mogu da se shvate kao jednostavan „trošak poslovanja“. Stoga, u skladu sa nedavnim debatama u teoriji i praksi, zakonodavci su počeli da donose odredbe koje su označile promenu paradigme u sprovođenju zakona o zaštiti konkurencije, prelazeći sa *ex post* intervencija na *ex ante* intervencije, imajući u vidu strukturu konkretnog tržišta. Međutim, ovaj pristup, zajedno sa posledičnim nametanjem bihejvioralnih ili strukturalnih pravnih lekova, može biti u suprotnosti sa principima pravde i pravičnosti u primeni pravila konkurencije. Cilj ovog rada je analiza najvažnijih reformi pokrenutih da bi se ponovo kalibriralo pravo konkurencije u odnosu na tehnološke gigante u Evropskoj uniji, a kako bi se pokazalo da novi strukturalni pristup koji ove reforme donose nije u suprotnosti sa principima pravde i pravičnosti.

Gljučne reči: pravo konkurencije, Zakon o digitalnim tržištima, pravna sigurnost, digitalizacija, Evropska unija

Bibliography

- AGCM, *AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, 22 March 2021.
- Allen & Overy, *The 10th Amendment to the German Act Against Restraints of competition – Focus on: Digital markets and ECN+ Directive*, 20 January 2021.
- Botta M., *Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 12, No. 7, 2021.
- Brook O., Eben M., *Abuse without dominance and monopolisation without monopoly, Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, (Eds. Akman P., Brook O., Stylianou K.), Edward Elgar, forthcoming.
- European Commission, Public consultation, *Single Market – new complementary tool to strengthen competition enforcement*, 3 June 2020 – 8 September 2020.
- European Commission, *The EU Digital Markets Act. A Report from a Panel of Economic Experts*, 2021.
- European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 30 April 2021 update.

- Ezrachi A., Stucke M. E., *Digitalisation and its impact on innovation*, Report for the European Commission, 24 August 2020.
- Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications. An Inquiry into the Soul and Spirit of Competition Enforcement in Europe*, (Eds. Gerard D., Komnios A., Waelbroeck D), Bruylant, 2020.
- Feiner L., FTC Chair Lina Khan outlines new vision for antitrust enforcement, consumer protection, CNBC, 23 September 2021.
- Franck J.-U., Peitz M., *Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 12, No. 7, 2021, 513.
- Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, *Italian Antitrust Authority's proposed reform of the national antitrust rulebook: what's in it for digital players?*, 29 March 2021.
- Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, *The EU's (proposed) new competition tool – a paradigm shift towards more intervention in digital markets and possibly beyond*, 5 June 2020.
- Grüll P., *German law aims to tackle the market power of digital markets*, Euractiv, 14 January 2021.
- Khan L. M., *Memorandum on Vision and Priorities for the FTC*, 22 September 2021.
- Kwoka J., Valletti T., *Competition - And Competition Policy – In Digital Markets: The House Report*, CPI Antitrust Chronicle Special Edition January 2021, 2021.
- Lamadrid de Pablo A., *Competition Law as Fairness*, Journal of European Law & Practice, vol. 8, no. 3, 2017.
- Latham & Watkins, *The New German Digitalization Act: An Overview*, 20 January 2021.
- Linklaters, *The revolutionary reform of German competition law – leading the pack in digital enforcement and other stories*, 20 January 2021.
- OECD, *Annual Report on Competition Policy Developments in Germany*, 10 June 2021.
- Piletta Massaro A., *Competition Law and Data Protection: The Need for Legal Certainty in a Necessary Relationship*, in *Primena prava i pravna sigurnost*, Zbornik Radova 34. *Susreta Kopaoničke Škole Prirodnog Prava – Slobodan Perović*, 2021, tom IV, Beograd, 2021.
- Piletta Massaro A., *Il diritto della concorrenza tra obiettivi di policy e proposte di riforma: verso un approccio multi-valoriale*, La Cittadinanza Europea Online, n. 0, 2021.
- Stucke M. E., Ezrachi A., *Competition Overdose. How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, HarperCollins, 2020.
- Thorelli, H. B., *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition*, Allen & Unwin, 1954.
- van Dorpe S., *Germany shows EU the way in curbing Big Tech*, Politico, 13 January 2021.
- Vestager M., *Competition and the digital economy*, speech delivered at the OECD/G7 Conference, Paris, 3 June 2019.
- Vestager M., *Competition and the digital economy*, speech delivered at the OECD/G7 Conference held in Paris on 3 June 2019.

Vesterdorf B., Fountoukakos K., *A New Competition Tool into Old Bottles? Considerations on the Legal Design of the European Commission's Proposed NCT*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 12, No. 4, 2021.

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

Wu T., *The Curse of Bigness*, Atlantic Books, 2020.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA
PRAVNU DRŽAVU**

**Pravna država – teorijska i praktična iskustva;
Pravna država – ustavno-pravna pitanja**

SAŠA BOVAN

TEORIJA TUMAČENJA PRAVA GLIGORIJA GERŠIĆA

U ovom radu se razmatra teorija pravnog rasuđivanja Gligorija Geršića, jednog od velikana naše pravnoteorijske misli sa početka 20. veka. Interesovanje za ovog autora je rezultat sopstvenih nastojanja da se pravnohermeneutičke ideje naših uglednih autora kritički preispitaju iz ugla jedne sociološke teorije tumačenja prava koju smo formulisali u seriji radova iz prethodnog perioda.

Ključne reči: teorija tumačenja prava, teorija tumačenja prava Gligorija Geršića, sociološka teorija tumačenja prava

U V O D

U pokušaju da formulišemo sopstveno stanovište u oblasti pravne hermeneutike, unazad petnaestak godina, krenuli smo sa terena opšte (filozofske) hermeneutike. S obzirom na kompleksnost problematike tumačenja prava i tumačenja uopšte, čini se da je to bio i jedini ispravni put sagledavanja i savladavanja ove materije. Tada, posebnu smo pažnju posvetili antiintencionalističkim teorijama u ovoj oblasti, pre svega onoj H. G. Gadamera koja predstavlja zenit filozofske hermeneutike odnosno hermeneutičkog relativizma. Njegovo smo stanovište označili sintagmom „hermeneutika sadašnjosti“, s obzirom na značaj koji pridaje

Prof. dr Saša Bovan, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bovan@ius.bg.as.rs. Ovaj rad je deo projekta Pravnog fakulteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“ za 2022. godinu.

slučaju tumačenja,¹ pogotovo kada se ima u vidu osvrt ovog autora na jurističku hermeneutiku polazeći sa tog stanovišta.²

Inače, Gadamerov antiintencionalizam korespondira u najvećoj mogućoj meri sa objektivnom teorijom tumačenja u oblasti pravne hermeneutike. Međutim, po našim istraživanjima,³ osnovano se može reći da Gadamerovo stanovište, sa čvrstim uporištem u Hajdegerovoj ontologiji faktičnosti i Bultmanovoj hermeneutici slučaja,⁴ omogućava korak dalje u razvoju objektivne teorije tumačenja prava.

Naime, radi se o tome da razlikovanjem povoda i predmeta tumačenja, kada se kao osnovno pitanje postavlja „zašto“ se tumači, a ne „ko“ tumači i „šta“ se tumači, objektivna teorija tumačenja prava dolazi u priliku da se uzdigne iz začaranog kruga teleologizma u koji se nepovratno uplela kroz spor sa subjektivnom teorijom. Taj začarani krug omeđen je njihovim zajedničkim stavom da je početna tačka tumačenja prava velika premisa jurističkog zaključka. Objektivna teorija tumačenja prava tada, iako polazi od toga da je pravna interpretacija traganje za voljom zakona kada se ta volja procenjuje počev od realnih društvenih odnosa,⁵ ostaje nedorečena jer zasniva tumačenje prava na hipostaziranju velike premise jurističkog zaključka, baš kao i subjektivna teorija (gde je tumačenje prava otkrivanje volje zakonodavca). Zapravo, s obzirom na neodređenost velike premise, konačna posledica ovog teleologizma je da ove teorije ne uspeavaju da zasnuju pouzdane kriterijume tumačenja zakona.⁶ Što se tiče objektivne teorije tumačenja prava,

¹ Gadamerov pojam predrasuda (predstruktura razumevanja) koji podrazumeva sopstvenu, tj. konkretnu hermeneutičku situaciju (Hans Georg Gadamer, *Istina i metoda*, Sarajevo 1978, 358 i dalje), i stapanja horizonata, koji podrazumeva sagledavanje prošlosti u njezinom kontinuitetu sa sadašnjošću (*Ibidem*, 361 i dalje), dva su epistemološka stuba koja u jedinstvu čine da se njegov hermeneutički relativizam slobodno može označiti kao „hermeneutika sadašnjosti“.

² Gadamerovo upućivanje na jurističku hermeneutiku samo potvrđuje poziciju hermeneutike sadašnjosti, na primer kada kaže da jurista smisao zakona shvata polazeći od slučaja tumačenja, i radi tog datog slučaja (*Ibidem*, 359), ili kada kaže kako je pred sudijom uvek neki konkretan zadatak koji se mora obaviti (*Ibidem*, 362), odnosno da pravedna presuda podrazumeva puno udublivanje u konkretno stanje stvari (*Ibidem*, 364).

³ Saša Bovan, „Hermeneutički relativizam i sociološki holizam u teoriji tumačenja prava“, *Zaštita ljudskih prava i sloboda u svetlu međunarodnih i nacionalnih standarda* (ur. J. Belović), Kovačka Mitrovica, 2022.

⁴ Martin Hajdeger, *Ontologija: hermeneutika faktičnosti*, Akademska knjiga, Novi Sad, 2007; Rudolf Bultman, „Problem hermeneutike“, *Filozofska hermeneutika* (ur. Ž. Pavić), Zagreb, 1998, 263–265.

⁵ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München, 2003, 51–52; Franc Bidlinski, *Pravna metodologija*, CID, Podgorica, 2011, 31–32.

⁶ Konačna posledica ovog pristupa je u tome da i objektivna teorija ne uspeva da zasnuje pouzdan kriterijum tumačenja prava. Ona čak otvara veliki prostor sudijskoj arbiternosti,

ona zbog ovog hermeneutičkog hendikepa postaje oblik jednog nedorečenog pragmatizma i neosveštenog sociologizma.

Gadamerova hermeneutika sadašnjosti omogućava da se izađe iz aporija teleologizma tako što razlikovanjem povoda i predmeta tumačenja, na temelju pojma predrasudnosti (predrazumevanje) kao tradicijom kojoj pripada i tumač, ukazuje na to da je početna tačka tumačenja slučaj koji je i povod tumačenja. Prevedeno na teren tumačenja prava, to podrazumeva da početna tačka pravnog rasuđivanja nije velika već mala premisa jurističkog zaključka.

Polazeći od ove premise, formulisali smo jednu dosledno pragmatičku, a u krajnjoj liniji sociološku teoriju tumačenja prava, za koju, i prema sopstvenoj advokatskoj praksi, smatramo da u najvećoj mogućoj meri odražava ono što se dešava u sudnici, onda kada sudija savesno i odgovorno radi svoj posao.

U najkraćem, definicija tumačenja prava prema ovoj teoriji glasila bi: tumačenje prava je ispunjavanje sadržinom trebanja iz opšte pravne norme polazeći od činjenica slučaja tumačenja posmatranih u užem ili širem socijalnom kontekstu. Ova definicija podrazumeva (1) da je tumačenje prava vaganje interesa polazeći od vaganja činjenica (a ne obrnuto što se najčešće dešava i u sudskoj praksi – skraćeni silogizam); (2) da je tumačenje prava formiranje a ne tek „otkrivanje“ značenja opšte pravne norme; (3) da je tumačenje prava primer jedne pre svega kauzalno-normativne a tek potom teleološko-normativne analize, odnosno da je tumačenje prava primer i model jedne razvijene mikrosociološke analize, a tek potom logičke analize.

U pokušaju da zasnujemo sopstveno stanovište u teoriji pravnog rasuđivanja, u seriji radova iz ove oblasti, posebnu pažnju smo posvetili pojedinim autorima i teorijama koje su nam bile neposredna i neprekidna inspiracija: američki pravni realizam, teorija slobodnog prava H. Kantorovića, teorija izricanja pravde A. Rosa. Od naših autora, u izgradnji jedne sociološke teorije tumačenja prava za nas je naročito bio inspirativan Ž. Spasojević, čiji doktorat na temu analogije kao pravnohermeneutičkog instrumenta predstavlja važan događaj u oblasti teorije pravnog rasuđivanja..

Međutim, upravo je upoznavanje sa biografijom i bibliografijom Ž. Spasojevića pokazalo je da bi njegova sociološka teorija pojma prava i jedna razvijena sociološkopravna hermeneutika ostale zaboravljene da nije bilo Božidara Markovića i njegovih napora u objavljivanju i afirmaciji dela Ž. Spasojevića. Ovaj nas je moment nagnao na razmišljanje o tome kako su na temu tumačenja prava razmišljali

odnosno postaje subjektivnija od subjektivne teorije tumačenja. Argumentacija u tom pravcu kod: Bernd Rüthers, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie*, No. 3, 2009, 260.

neki drugi naši autori, nesporno velika imena u našoj pravnoj nauci. Pogotovo nas je interesovalo da njihove napore u ovoj oblasti posmatramo kroz prizmu sociološke teorije tumačenja prava onako kako smo je formulisali.

U tom pravcu, osim teorije tumačenja prava Ž. Spasojevića, u posebni radovima iz ove oblasti obradili smo pravnohermeneutičke ideje R. Lukića, Ž. Perića i Đ. Tasića. Smatrajući da su ovi autori imali razvijene teorije tumačenja prava vredne pažnje, čini se da isti treman zaslužuje i G. Geršić. Još jedan razlog za bližim upoznavanjem svih pomenutih autora jeste to što njihove pravnohermeneutičke ideje, iako nisu nepoznate, ipak nisu obrađene u našoj literaturi u meri u kojoj to zaslužuju.⁷

ŽIVOT I DELO GLIGORIJA GERŠIĆA

Sudbina pravnoteorijskog opusa G. Geršića intrigantna je isto koliko i njegova životna biografija. Njegovi politički stavovi (liberal koji je karijeru stekao kao radikal) i politički angažman (višestruki ministar pravde, državni savetnik i senator) često su bili prepreka u akademskoj karijeri. Njegovi radovi iz teorije prava bili su godinama (neopravdano) u senci onoga što je napisao iz oblasti međunarodnog, građanskog i rimskog prava. Sve ovo tim pre ako se ima u vidu da je njegova *Enciklopedija prava* bila litografisana ali skoro zaboravljena, i štampana tek 1995. godine. Kontroverze kod Geršića otkrivamo i kada se radi o problematici tumačenja prava. Iako je opšta teorija prava rodno mesto ove materije, Geršić je tumačenju prava u svojoj *Enciklopediji prava* posvetio tek četiri strane dok je istoj temi u udžbeniku rimskog prava dodelio čitavih trideset strana. Paradoksi prate i zanimanje za Geršićevo delo. Od objavljivanja Enciklopedije prava (ali i pre toga) njemu se posvećuje mnogo veća pažnja nego nekim drugim autorima iz tog perioda,⁸ a opet, ponajmanje je obrađivana njegova teorija tumačenja prava.⁹

⁷ Kada se radi o teoriji tumačenja prava Ž. Perića i Đ. Tasića postoji samo jedan, inače solum, magistarski rad: Miroljub D. Simić, „Teorija tumačenja prava Živojinina Perića i Đorđa Tasića“, Beograd, 1978. Kada je u pitanju teorija tumačenja prava G. Geršića imamo tek rad: Dejan Matić, „Primena i tumačenje prava u delu Gligorija Geršića“, *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope* (ur. S. Bajatović), knj. 3, Kragujevac, 2008, 411–422. Pravnohermeneutičke ideje Ž. Spasojevića nisu uopšte razmatrane u posebnim radovima iz ove oblasti. Tako je i sa R. Lukićem, pogotovo kada se radi o jednoj kritičkoj analizi, čija je knjiga o tumačenju prava iz 1961. godine, inače, imala dosta odjeka.

⁸ Na primer u radovima D. Baste, M. Simića i J. Hasanbegović.

⁹ V. kod D. Matić, op. cit., 413. O Geršićevim radovima iz oblasti međunarodnog, rimskog i građanskog prava detaljnije kod: Branimir M. Janković, „Gligorije Giga Geršić – Srpski klasik međunarodnog prava“, *Pravni život*, br. 6/7, Beograd, 1987, 775–788.

G. Geršić, majstor pisane reči, u svom udžbeniku rimskog prava uvodi čitaoca u problematiku tumačenja prava na jednostavan i razumljiv način. On potrebu za tumačenjem prava pronalazi u činjenici da „reči zakona mogu biti svakome dostupne, ali pravi smisao tih reči zakonskih može biti veoma sumnjiv“.¹⁰ U tom kontekstu, Geršić nastupa sa velikim skepticizmom prema jezičkom tumačenju, pa kaže i kada imamo slučaj sa najodgovornijim zakonodavcem ostaje na delu višesmislenost zakonskog jezika. On kaže kako reči zakona nikada nemaju samo jedan smisao i da će se ta „nezgoda tim češće pojavljivati, što manje budu sastavljači zakona vladali jezikom, što se bude manje pažnje i marljivosti poklanjalo poslu zakonodavstva; ali i pri najvećoj tačnosti i brižljivosti pri izradi zakona ipak se ta nezgoda ne može uvek otkloniti“.¹¹

Jedan ovakav pristup nas dovodi do dileme i izbora između subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava, odnosno izbora između subjektivno-telološkog i objektivno-teleološkog kanona tumačenja prava.¹² Nema sumnje da se G. Geršić zalaže pre svega za subjektivnu teoriju, jer izričito kaže kako otkrivanje smisla zakona podrazumeva traganje za voljom zakonodavca.¹³ Takvo opredeljenje je i razumljivo s obzirom na stanje institucija, političke kulture i razvijenosti pravne svesti u tadašnjoj srpskoj državi koja je bila tek na početku puta vladavine prava i podele vlasti. Tada je, slično kao u Nemačkoj u tom periodu, zalaganje za subjektivnu teoriju tumačenja prava na širem pravno-političkom planu zapravo predstavljalo pokušaj emancipacije i jačanja zakonodavne vlasti.¹⁴ Ključna posledica ovog stanja stvari na planu funkcionisanja pravosuđa jeste formiranje toposa sudije kao logičkog automata (mehanička jurisprudencija).¹⁵

¹⁰ Gligorije Geršić, *Sistem rimskoga privatnoga prava (Institucije)*, Državna štamparija, Beograd, 1882, 34.

¹¹ *Ibidem*.

¹² U našoj literaturi i šire subjektivno – teleološko tumačenje se označava kao istorijsko tumačenje, a objektivno – teleološko tumačenje prava kao ciljno tumačenje (na primer kod: Dragan M. Mitrović, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 273, 275. Tako i: Budimir Košutić, *Uvod u jurisprudenciju*, Podgorica, 2008, 292, 294). Argumentacija u prilog terminologije koja se ovde koristi (pogotovo u nemačkoj literaturi) kod: Ingeborg Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen, 2011, 92–93, 95.

¹³ G. Geršić (1882), op. cit., 35.

¹⁴ Detaljnije o političkim prilikama u tadašnjoj Srbiji, u kontekstu razvoja pravne teorije i pravnog poretka, Aleksandar Molnar, *Društvo i pravo*, knj. 2, Beograd, 1994, 561–573.

¹⁵ O razvoju sistema podele vlasti u tadašnjoj Nemačkoj, sa ovim posledicama po pravosuđe, kod: Regina Ogorek, *Richterkönig oder Substitutionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1986, 366.

Izraz mehanička jurisprudencija, koji je skovao R. Paund, predstavlja subjektivnu teoriju tumačenja prava u dve najvažnije tačke. Prva podrazumeva strogu vezanost sudije zakonom, odnosno voljom zakonodavca (*iudex est lex loquens*); druga podrazumeva da se pravni sistem posmatra kao logički sređena i zaokružena celina.¹⁶

U tom kontekstu, teorija tumačenja prava G. Geršića, u obe tačke, dosledno i tipično, sledi osnovne postulate subjektivne teorije tumačenja prava. Geršić se na više mesta izjašnjava o položaju sudije u procesu pravnog rasuđivanja, i uvek, ponavlja jednu te istu formulaciju, gde konstatuje: „da kada bi sudija imao pravo da prema svome nahodjenju neko pravno pravilo smatra kao legalno tumačenje nekoga starijeg ili kao sasvim novo pravo, onda bi sudija stojao iznad zakonodavca, a to nikako ne može biti“,¹⁷ i dalje: „Kad bi se reči htele ispravljati i menjati zato, da se i misao zakona izmeni, onda to već ne bi više bilo tumačenje, to ne bi bila reprodukcija onoga što je zakonodavac hteo da kaže, nego to bi bila popravka, korekcija samoga zakonodavca, to bi bilo izricanje onoga što je zakonodavac po ubeđenju tumačevom trebao da kaže, a time tumač prelazi granice i krug svoga zadatka i maša se posla koji njemu ne pripada.“¹⁸ U tom pravcu se izjašnjava i u *Enciklopediji prava* kada kaže: „U tom užem smislu tumačenje ili interpretacija je izlaganje i razvijanje onoga, što je zakonodavac doista mislio i hteo.“¹⁹

Kada se radi o prirodi pravnog sistema, Geršić takođe dosledno sledi misao o logičkoj potpunosti pravnog poretka. U diskusiji o pravnim prazninama, on negira potrebu da se one popunjavaju nekakvim „prirodnopravnim zakrpkama“, pa zaključuje: „Pozitivno pravo uvek ima u sebi samome dovoljno snage da se razvije u neku potpunu zaokrugljenu celinu i da se iz sebe samoga popuni.“²⁰

Sve u svemu, nesporno je da G. Geršić zagovara subjektivnu teoriju tumačenja prava u njenom ortodoksnom obliku. U svoje vreme ovo je konstatovao i Đ. Tasić prilikom izlaganja i kritike ove teorije.²¹ I čini se da na tu temu više diskusije ne može biti. Međutim, prilikom obrade teorije tumačenja prava Ž. Perića takođe smo konstatovali da je on zagovornik subjektivne teorije tumačenja prava u njenom izričitom obliku, ali da u jednom trenutku staje pod zastavu objektivne teorije. Polazna osnova Perićeve teorije pravnog rasuđivanja jeste insistiranje na principu

¹⁶ Roscoe Pound, „Mechanical Jurisprudence“, *Columbia Law Review*, No. 8, 1908, 605–623.

¹⁷ G. Geršić (1882), op. cit., 37.

¹⁸ *Ibidem*, 45–46.

¹⁹ Gligorije Geršić, *Enciklopedija prava* (litografija), Beograd, 1919, 246.

²⁰ G. Geršić (1882), op. cit., 53.

²¹ Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke*, Štamparija „Privrednik“, Beograd 1941, 91.

podele vlasti,²² što podrazumeva, na terenu pravne hermeneutike, model sudije kao logičkog automata koji sledi zakon tragajući za voljom zakonodavca.²³ Ovaj pristup prati i stav o logičkoj zaokruženosti i potpunosti pravnog sistema.²⁴ Međutim, u više svojih radova koji se tiču pitanja sudske vlasti i sudijske slobode Perić staje na poziciju objektivne teorije (kako on kaže – evolucionističke teorije), gde zapravo zagovara ideje stvaralačke jurisprudencije. On čak ide dotle da izričito kaže, i to ponavlja uvek kada dotakne pitanje sudijske slobode, sledeće: „Nije pogrešno reći da u izvesnim slučajevima sudija stvara, više ili manje, zakon“.²⁵ Ž. Spasojević u analizi Perićeve teorije tumačenja prava, gde ovaj razmatra pitanja sudske vlasti i sudijske slobode, čak smatra da kod Perića imamo jedan u potpunosti sociološki pristup teoriji pravnog rasuđivanja.²⁶

Tako se i ovde, imajući izrečeno o Ž. Periću, postavlja pitanje da li i kod G. Geršića ima naznaka da se okreće, više ili manje, direktni ili indirektno, objektivnoj teoriji tumačenja prava.

U tom pravcu, prvo treba reći da sve kanone tumačenja propisa Geršić podvodi pododelu na gramatičko i logičko tumačenje. Gramatičko je ono tumačenje koje „traži da se dozna i ispita smisao zakona iz njegovih reči“,²⁷ dok „logičko tumačenje traži da ispita smisao zakona iz drugih nekih okolnosti“.²⁸ Ovde se postavlja pitanje šta podrazumeva otkrivanje volje zakonodavca pod nekim „drugim okolnostima“, odnosno da li ova formulacija otvara put ka objektivnoj teoriji tumačenja prava. I odmah treba reći, bez ikakve sumnje, da se ovde ne radi o o ispitivanju zakona pod drugačijim društvenim okolnostima. Logičko tumačenje po Geršiću ostaje teleološko – normativna operacija sa velikom premisom kao početnom tačkom. U tom pravcu, on izričito kaže da druga sredstva tumačenja kojima pribegavamo kada nam ostaje nepoznata misao zakonodavca i nakon gramatičkog (jezičkog) tumačenja podrazumevaju sledeće: traganje za zakonodavnim ciljem, otkrivanje pravnog osnova nekoga zakona, analiza legislativne prošlosti nekog zakona (spoljni povescnički povod – kako kaže Geršić), primena sistemskog tumačenja,

²² Živojin M. Perić, *O školama u pravu*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1921, 4.

²³ *Ibidem*, 3.

²⁴ *Ibidem*, 25.

²⁵ Živojin M. Perić, *Granice sudske vlasti*, Beograd, 1839, 22. Tako i u: Ž. Perić (1921), op. cit., 33–34, 41.

²⁶ Živan Spasojević, „Živojin Perić kao civilista“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1/2, Beograd, 1938, 12–13.

²⁷ G. Geršić (1882), op. cit., 41.

²⁸ *Ibidem*.

i analiza istorijskog toka razvoja neke pravne ustanove, primena uporednog prava i anketiranje lica koja su učestvovala u izradi nekog zakona.²⁹

Kako vidimo, Geršičev pogled na strukturu onoga što on naziva logičkim tumačenjem ne otvara prostor za otkrivanje eventualnih tragova objektivne teorije tumačenja prava kod ovog autora. Postavlja se pitanje da li možda te tragove možemo pronaći u nekim njegovim posrednim izjavama. U obzir bi tada došlo razmatranje analogije, s obzirom na to da analogija kao metod upoređivanja podrazumeva pre svega otkrivanje sličnosti u činjeničnom stanju na osnovu čega potom izvodimo zaključak o sličnosti propisa koje treba primeniti, naravno, onda kada jedan odnos nije regulisan propisima. Međutim, i ovde nema iskoraka ka objektivnoj teoriji jer Geršić smatra, polazeći od ideje da se pozitivno pravo iz sebe samoga popunjava, da je upravo analogija metod organskog popunjavanja pozitivnog prava.³⁰ Osim u štitvu iz rimskog prava on se na tu temu, izričito, i sa jednog formalnog stanovišta, izjašnjava i kasnije u *Enciklopediji prava* gde kaže da je analogija „jedno organsko popunjavanje praznina pozitivnog prava iz njega samoga, iz njegovih načela, iz njegove celokupne sistematičke veze“.³¹

Elemente objektivne teorije tumačenja prava mogli bi možda pronaći u Geršičevim razmatranjima o položaju sudije u postupku tumačenja prava. Naravno, imamo u vidu već citirane stavove ovog autora koji jasno ukazuju na to da se pravosudni rad posmatra striktno sa pozicija mehaničke jurisprudencije (sudija kao logički automat). Međutim, kada razmatra primenu prava od strane sudova Geršić kaže kako sudska presuda „razvijajući i dalje izvodeći posao zakonodavca u njegovom duhu, dovršuje i dograđuje pravni poredak na određenoj tački“.³² Ova njegova misao omogućava, po nama, najmanje dva zaključka. Prvi, govori o kreativnoj i stvaralačkoj ulozi sudije čime se ipak donekle relativizuje pozicija mehaničke jurisprudencije spram sudskog odlučivanja. Drugi, važniji zaključak, podrazumeva upućivanje na jedan idealistički naboj koji Geršića definitivno približava objektivnoj teoriji tumačenja prava, samo ne u realističkoj (pragmatičkoj), već u idealističkoj varijanti, kao kod K. Larenca.

Naime, u poslednjem citatu prisutno je pozivanje Geršića na „duh zakona“. To nije nimalo slučajno, što vidimo i iz okolnosti da on smatra kako posao tumača nije završen time što je ispitao i saznao smisao zakona. Zadatak tumača jeste, kako Geršić kaže „da smisao zakona ne samo ispita i protumači, nego i da taj smisao

²⁹ *Ibidem*, 42–43.

³⁰ *Ibidem*, 53.

³¹ G. Geršić (1919), op. cit., 245.

³² *Ibidem*.

u svima njegovim pravcima i odnosima razvije, te da tako iz zakona samih celokupnu sadržinu objektivnog prava u svima njenim načelima i konzekvencama izloži“.³³ Tumač ovde nastupa kao zakonodavac, kada izriče, po Geršićevim rečima, ono što bi i sam zakonodavac izrekao da je pažljivije obradio konkretan slučaj.³⁴

Pažljivom čitaocu Geršićevih radova neće promaći, kao što smo već nekoliko puta istakli, da on sudijski rad vidi samo kao reprodukciju, a ne neku novu produkciju zakonskih usmerenja. Zadatak tumača nije popravka već preciziranje zakonskog teksta. Ali, u tom poslu, tumač (sudija) nastupa kao i sam zakonodavac stoga što njih vezuje duh zakona, tj. objektivizirani pravni duh koji se krije u tekstu zakona i koji omogućava taj zajednički rad zakonodavca i tumača.

Kod Geršića su duh zakona i objektivno pravo sinonimi, a da zajedno čine jednu idealističku pravnoteorijsku i pravnohermeneutičku konstrukciju dokazuje i poslednji član ove konstrukcije kada dobijamo jasnu triparticiju. Radi se o pravnim načelima, koja na primer, predstavljaju kanon tumačenja u slučaju pravne analogije, a koja se tumače u jednom idealističkom smislu, maltene prirodnopravnom,³⁵ mada Geršić nije imao simpatija prema prirodnom pravu. U svakom slučaju idealističko shvatanje pravnih načela kod Geršića nije sporno, a time se samo potvrđuje da je pod zakonima podrazumevao i jedno objektivno pravo koje leži u njegovim temeljima i kada je zajednički zadatak zakonodavca i tumača (sudije) da ovo pravo dosegnu u njegovom razvoju i primeni.

Sve ovo potvrđuju i poslednji redovi Geršićeve *Enciklopedije prava* kada govori o tumačenju (interpretaciji) zakona. On kaže: „Tumač mora da te sve konsekvencije jednoga zakona, njegove izmene u drugim zakonima itd., svestrano izvede i jasno obeleži bez ikakvog obzira da li su sastavljači zakona svega toga svesni bili, i da li su oni na sve to mislili ili ne. Misao koja se u zakonu sadrži i koja iz njega govori, ona jedino tu presuđuje i rešava, a ne ona misao što je zakonodavac ili možda i kakav pojedini redaktor zakona, van samoga zakona izrekao. Kao misao zakona mora se uzeti i izvesti sve ono što se logički u sadržini njegovoj nalazi ili se pokazuje kao njegova logička pretpostavka, mada to niko pre toga nije u istinu mislio.“³⁶

Prema izloženom, sasvim je nesporno da zakonodavac i tumač (sudija) saučestvuju u primeni i razvoju prava, i to tako da posao tumača nije da koriguju zakonodavca već da dosegne sadržinu zakona, čak i onda kada zakonodavac to nije učinio i kada tumač deluje kao zakonodavac. Iz ovog citata se može zaključiti

³³ G. Geršić (1882), op. cit., 49.

³⁴ *Ibidem*, 49–50.

³⁵ *Ibidem*, 58.

³⁶ G. Geršić (1919), op. cit., 249–250.

da Geršić otvara prostor i za *contra legem* odlučivanje, ali to je jedna sasvim druga tema u koju se ovom prilikom ne treba upuštati. U svakom slučaju, ta sadržina zakona u kojoj obitava misao zakona po sebi (što ne mora da bude i misao zakonodavca) nije ništa drugo nego jedno objektivno pravo shvaćeno kao idealistička konstrukcija. Iz navedenih citata vidimo da i sam Geršić koristi termin „objektivno pravo“ u izloženom smislu. Sve to konačno znači da je tumačenje prava traganje za voljom zakona, otkrivanje one misli koja se u zakonu objektivno sadrži a ne otkrivanje subjektivne (psihološke) volje zakonodavca.

Usmerenost ka objektivnoj teoriji tumačenja prava kod Geršića posredno otkrivamo i u njegovoj kritici prirodnog prava kao metoda popunjavanja pravnih praznina gde se ovaj način tumačenja zakona proglašava krajnje „samovoljnim“ i „subjektivnim“.³⁷

Ako je sve ovo nesporno, onda je još manje sporno da po ideji o kojoj se ovde radi i terminologiji koju Geršić koristi, njegovo „objektivno pravo“ jeste pojam koji se do tančina poklapa sa „objektivnim pravom“ kako ga zamišlja K. Larenz u svojoj teoriji tumačenja prava. U pitanju je objektivna teorija tumačenja prava u idealističkoj varijanti gde se velika premisa jurističkog zaključka, u krajnjoj instanci, ispoljava kao neka vrsta objektivnog duha zakona. Zapravo, iza volje zakonodavca uvek se nalazi objektivna svrha prava (*objektive Zweck des Rechts*), odnosno objektivizirana opšta pravna volja (*objektivierten allgemeinen Rechtswillen*), koju čine opšti pravni principi na kojima se temelji pravni poredak.³⁸ To znači, u situacijama kada se ne može otkriti volja zakonodavca gramatičkim tumačenjem i drugim sredstvima tumačenja, pravna interpretacija podrazumeva traganje za normativnim smislom zakona, odnosno opštim i objektivnim principima na kojima počiva pravni poredak. To je gledište G. Geršića koje se skoro do tančina poklapa sa onim K. Larenca. Naravno, K. Larenz je živio i stvarao u kasnijem periodu (rođen je 1903. godine, umro 1993. godine), ali je u najzrelijem obliku izrazio objektivnu teoriju tumačenja prava u jednom idealističkom obliku polazeći od uzora iz neposredno ranijeg perioda.³⁹

U tom smislu, za Geršićevu teoriju tumačenja prava se može reći da je kompleksnija nego što se to čini na prvi pogled i da predstavlja jedna oblik mešovite teorije pravnog rasuđivanja. S obzirom na to da je Geršić pratio literaturu na nemačkom jeziku može se reći da je njegova teorija bila i savremena u punom smislu

³⁷ G. Geršić (1882), op. cit., 53.

³⁸ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Gotingen-Heildeberg, 1960, 239–240.

³⁹ O stanju pravne teorije u Nemačkoj na kraju 19. i na početku 20. veka, R. Ogorek, „Inconsistencies and Consistencies in 19th Century Legal Theory“, *German Law Journal*, No. 1, 2001, 34–57.

te reči, a prema primerima iz rimskog prava koje je koristio i donekle originalna. Najzad, s obzirom na vreme kada je nastala, u tadašnjoj Srbiji, sa tadašnjom pravnom kulturom i u tadašnjem stanju razvijenosti pravne teorije, teorija tumačenja prava G. Geršića je itekako vredna hvale.

Geršićevu teoriju tumačenja prava pominje Đ. Tasić, ali kod njega je ona predstavljena dosta jednostrano, kao čisto subjektivna teorija tumačenja prava. Geršićevu teoriju pominje i M. Simić u svom predgovoru za izdanje *Enciklopedije prava* iz 1995. godine. Međutim, tamo je ona tek pomenuta bukvalno u jednom pasusu od nekoliko redova.⁴⁰ Praktično jedini rad gde se detaljnije obrazlaže teorija izricanja pravde G. Geršića jeste onaj D. Matića iz 2008. godine. Uz detaljan i pregledan prikaz ove teorije, Matić izvodi ispravan zaključak da se Geršićeva teorija tumačenja prava sastoji iz subjektivnih i objektivnih elemenata.⁴¹

Ovaj autor u zaključku svog rada tvrdi da postoji kontradiktornost između objektivnih elemenata Geršićeve teorije i gledanja na pravo kao na jedan zatvoren logički sistem. Međutim, ako se ima u vidu da objektivni elementi imaju izgled jedne idealističke konstrukcije onda te kontradiktornosti nema. Osim toga, D. Matić smatra da Geršić u svoju teoriju unosi određene sociološke elemente. S obzirom na to da je u pitanju pravnohermeneutički teren po kome se krećemo uvek smo skloni da tražimo i prepoznamo neke sociološke aspekte u teoriji tumačenja prava. Međutim, čini se da ih kod Geršića ipak nema. Nesporno je da Geršić, naročito kada govori o logičkom tumačenju, sve tehnike tumačenja prava posmatra iz teleološke optike, tj. iz ugla velike premise jurističkog zaključka. Sociološki elementi u postupku tumačenja prava mogu izbiti na videlo ili u prvi plan tek kada postupak pravnog rasuđivanja posmatramo iz ugla male premise čega kod Geršića nema ni u naznakama. Objektivni elementi njegove teorije, koji su nesporni, prema tome, nisu sociološki elementi. Oni su model, i primer, kako je već rečeno, jedne objektivne teorije tumačenja prava u idealističkoj varijanti.

Inače, odjeke sociološkog pristupa u Geršićevoj teoriji tumačenja prava možda prepoznajemo, iako pogrešno, zbog socioloških elemenata u njegovoj opštoj teoriji prava. Kao protivnik prirodnog prava Geršić smatra da je sudbina filozofije prava da postane jedna grana sociologije.⁴² Osim toga, njegova definicija prava gde povezuje prirodu prava sa socijalnom i biološkom prirodom čoveka takođe „vuče“ na stranu sociologije.⁴³ Najzad, Geršićevo sagledavanje istorije prava koje

⁴⁰ Miroljub D. Simić, *Enciklopedija prava* (Predgovor), Niš 1995, IX.

⁴¹ D. Matić, op. cit., 421.

⁴² G. Geršić (1919), op. cit., 98.

⁴³ *Ibidem*, 52.

podrazumeva sagledavanje pravnih instituta u kontekstu društvenih okolnosti koje su ih iznedrile takođe je primer sociološkog pristupa ovoj problematici.⁴⁴ Međutim, i da zaključimo, a prema izrečenom, Geršić ipak ni u naznakama ne posmatra postupak tumačenja prava iz sociološke perspektive.

Na samom kraju, kada već govorimo o sociološkom metodu u tumačenju prava, treba notirati da Geršić, iako je pratio nemačku pravnu literaturu, nije posvetio pažnju teoriji slobodnog prava koja je u njegovo vreme izazvala burne polemike u pravničkim krugovima Nemačke. Tim pre što su pripadnici slobodnopravnog pokreta svoje ideje o sociološkom tumačenju prava (kritika pojmovne jurisprudencije, slobodno nalaženje prava, sudija kao specijalista činjeničnog stanja – H. Kantorovič) bazirali na primerima iz rimskog prava. Ovde naročito mislimo na članak E. Erliha iz 1903. godine (*Slobodno otkrovenje prava i slobodna pravna nauka*) i spis H. Kantoroviča iz 1906. godine (*Borba za pravnu nauku*).⁴⁵ Geršićeva vernost zakonskom pozitivizmu u teoriji tumačenja prava verovatno je posledica normalizacije i dogmatizacije rimskog prava u obliku pandektistike koja je u to vreme dominirala u nemačkoj pravnoj teoriji, a koju je sledio i G. Geršić. Ali, o tome nekom drugom prilikom.

Prof. Dr. SAŠA BOVAN
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

GLIGORIJE GERŠIĆ'S THEORY OF LEGAL INTERPRETATION

Summary

This paper discusses the legal hermeneutic ideas of Gligorije Geršić, an author who can be said to be the founder of the Serbian theory of legal interpretation. This circumstance gains weight when we bear in mind that Geršić expressed his theory of justice in clear and precise language, i.e. extraordinary writing style. However, the key contribution of Geršić to theory of our legal reasoning is that he formulated a modern conception of the interpretation of regulations. Hence, starting from Đorđe Tasić, it is considered that Geršić's theory of legal interpretation represents a good but typical example of a subjective theory of legal interpretation. However, some other authors stated, quite justifiably, that his theory has expressed not only subjective but also objective elements. Based on

⁴⁴ G. Geršić (1882), op. cit., 86–88.

⁴⁵ V. o tome dva vrlo informativna i sadržajna članka Z. Pokrovac, „Sudijska nezavisnost, postulat vezanosti zakonom i slobodnopravni pokret“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 4, Zagreb, 1992, 595–615; Z. Pokrovac, „Metodika jurističke slobode ili sloboda jurističke metodike u delu Hermana U. Kantoroviča“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, Split, 1993, 585–614.

that, we concluded that Geršić's theory represents a mixed conception of justice, but that the objective elements in it provide an example of an idealistic and not a realistic (pragmatic) theory of legal interpretation. In other words, according to Geršić, discovering the meaning of the law in a situation of unclear regulations (which is the rule) is a search for the meaning of the law starting from the objective spirit of the law and not starting from real social relations or current representations and values of a community.

Key words: theory of legal interpretation, Gligorije Geršić's theory of legal interpretation, sociological theory of legal interpretation

Literatura:

- Bovan S., „Hermeneutički relativizam i sociološki holizam u teoriji tumačenja prava“, *Zaštita ljudskih prava i sloboda u svetlu međunarodnih i nacionalnih standarda* (ur. J. Belović), Kosovska Mitrovica, 2022.
- Bultman R., „Problem hermeneutike“, *Filozofska hermeneutika* (ur. Ž. Pavić), Zagreb 1998.
- Franc Bidlinski, *Pravna metodologija, CID*, Podgorica, 2011.
- Gadamer H. G., *Istina i metoda*, Sarajevo, 1978.
- Geršić G., *Enciklopedija prava* (litografija), Beograd, 1919.
- Geršić G., *Sistem rimskoga privatnoga prava (Institucije)*, Državna štamparija, Beograd, 1882.
- Hajdeger M., *Ontologija: hermeneutika faktičnosti*, Akademska knjiga, Novi Sad, 2007.
- Janković M. B., „Gligorije Giga Geršić – Srpski klasik međunarodnog prava“, *Pravni život*, br. 6/7, Beograd, 1987.
- Košutić B., *Uvod u jurisprudenciju*, Podgorica, 2008.
- Larenz K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Gotingen-Heildeberg, 1960.
- Matić D., „Primena i tumačenje prava u delu Gligorija Geršića“, *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope* (ur. S. Bajatović), knj. 3, Kragujevac, 2008.
- Mitrović M. D., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Molnar A., *Društvo i pravo*, knj. 2, Beograd, 1994.
- Ogorek R., „Inconsistencies and Consistencies in 19th Century Legal Theory“, *German Law Journal*, 1, 2001.
- Ogorek R., *Richterkönig oder Substitutionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1986.
- Perić Ž. M., *Granice sudske vlasti*, Beograd, 1921.
- Perić Ž. M., *O školama u pravu*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1921.
- Pokrovac Z., „Metodika jurističke slobode ili sloboda jurističke metodike u delu Hermana U. Kantorovića“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, Split, 1993.
- Pokrovac Z., „Sudijska nezavisnost, postulat vezanosti zakonom i slobodnopravni pokret“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 4, Zagreb, 1992.

- Pound R., „Mechanical Jurisprudence“, *Columbia Law Review*, No. 8, 1908.
- Puppe I., *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Güttingen, 2011.
- Rüthers B., „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie*, Vol. 40, No. 3, 2009.
- Simić D. M., *Enciklopedija prava* (Predgovor), Gradina, Niš, 1995.
- Simić D. M., Teorija tumačenja prava Živojina Perića i Đorđa Tasića (magistarski rad), Beograd 1978.
- Spasojević Ž., „Živojin Perić kao civilista“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1/2, Beograd, 1938.
- Tasić Đ., *Uvod u pravne nauke*, Štamparija Privrednik, Beograd, 1941.
- Zippelius R., *Juristische Methodenlehre*, München, 2003.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VLADO KAMBOVSKI

PRAVIČNOST KAO PRAVNA VREDNOST

Od Aristotela do danas, pravičnost kao „pravda u konkretnom slučaju“, ostala je opšteprihvaćeni topos filozofije prava i jurisprudencije. Interpolacijom prirodnog prava u pozitivno pravo, kroz prihvatanje univerzalnog koncepta ljudskih sloboda i prava, pravde i drugih pravnih vrednosti kao kriterijuma ispravnog prava, kao i savremenom transformacijom prava u skladu sa postulatima jusnaturalizma, pravičnost postupaka i sudskih odluka postaje sve važnija vrednost prava. Njeno jačanje, povezano sa isticanjem uloge nezavisnog sudije kao glavnog protagoniste vladavine prava, podrazumeva uspostavljanje ustavnih i zakonskih garancija za proširenje slobode sudije u tumačenju i primeni zakona. One se odnose i na prihvatanje načela pravičnog postupka, jačanje njegovog kontradiktornog karaktera i donošenje sudskih odluka kroz argumentativan diskurs koji osnovnom silogističkom postupku dodaje vrednosnu ocenu konkretnog slučaja i njegovih pravnih posledica.

Ključne reči: pravda, pravičnost, sudijska nezavisnost, ardumentativan diskurs, pravičnost postupka, pravična sudska odluka

U V O D

U svojoj sjajnoj uvodnoj besedi (kao i sve njegove uvodne besede) na 27. zasedanju Kopaoničke škole prirodnog prava, pod naslovom „Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja“, prof. Perović je posvetio posebnu pažnju primeni kriterijuma pravičnosti kao konkretizovane pravde, koji na njemu uvek svojstveni

Akademik prof. dr Vlado Kambovski, Makedonska akademija nauka i umetnosti, e-mail: vladok@manu.edu.mk.

inspirativni način podstiče produblјivanje razmatranja te značajne vrednosti i kriterijuma ispravnog (pravednog) prava.

Od *Aristotela* do danas pravičnost kao „pravda u konkretnom slučaju“ je ostala opšteprihvaćeni *topos* filozofije prava i pravne nauke. Međutim, prerastanje prirodnog prava u pozitivno pravo putem inkorporacije prirodnih ljudskih prava iz metafizike prava u pravnu nauku i pozitivno pravo, izazov je za uvek nove teorijske pristupe u kompleksnom sagledavanju ideje pravičnosti. Proizivno pravo treba da bide ispravno, a ispravno je samo kada je pravedno; pravda mora da bude vidljiva, a vidljiva je samo ako je postupak primene prava pravičan i rezultira pravičnom sudskom presudom ili drugom odlukom.

PRAVDA I PRAVIČNOST KAO VRHOVNE PRAVNE VREDNOSTI

Pravda predstavlja univerzalnu i apsolutnu vrednost prirodnog prava, u određenoj meri implementiranu u konkretno pozitivno pravo, koje postaje legitimno u svom izvoru i legalno u svojoj prirodi kada opšta konstitucija jedne zajednice prihvati pravdu kao stožernu vrlinu.¹ Pravda je ideja vodilja prava: pravo je samo ono što služi pravdi, ograničava moć i predstavlja merilo ograničene državne prinude. Otuda je pravda suština, cilj ili vodeća ideja prava (pravo je volja za pravdom).² Kao temeljni princip prava, uloga pravde je da garantuje jednakost, usklađujući individualne suprotstavljene interese pojedinaca.³ Ona je više od vrednosti, afirmisane i zaštićene zakonom, jer je utkana u samo biće prava, određujući njegove mere: jednak tretman jednakih, različit tretman različitih, jednako uzajamno davanje i uzimanje. Pravda je kvalitet samo tog odnosa, u kome obe strane koje imaju različite interese ili prava, istovremeno dobijaju i gube nešto što je po vrednosti jednako sa onim što dobija ili gubi suprotna strana. Isto tako, ne može se smatrati pravednim zahtev za sebe nečega (pravo, privilegiju itd.), što nije vezano za dužnost i odgovornost, jer se bez takve ravnoteže stvara najteža nepravda (*summum ius, summa iniuria est*). Vrednost ove, najsjajnije ideje u ljudskom misaonom univerzumu, koja je ispunjena sa moralnim sadržajem, je tolika da, se svi pozivaju na pravdu i niko se ne usuđuje da je poriče („bio on pobožan ili ne, konzervativan ili revolucionar“, kako kaže *Perelman* (s. a.).⁴

¹ Slobodan Perović, „Prirodno pravo i univerzalne vrednosti“, Uvodna reč, *Pravni život*, br. 1–2, 2006, 532.

² Gustav Radbruch, *Filozofija na pravoto*, Makedonska akademija na naukite i umetnostite, Skopje, 2008, 266.

³ Alf Ross, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958, 268.

⁴ Haim Perelman, *Pravo, moral i filozofija*, Nolit, Beograd, 1983, 4.

Osećaj pravednosti je inherentna antropološka karakteristika čoveka, njegova „meta-vrednost“.⁵ Na urođenu prirodu osećaja pravednosti upućuju nalazi ozbiljnih naučnih istraživanja dečje psihologije i kognitivne nauke o nastanku svesti o sebi i o svojoj okolini. Tako, *Engelmann* i *Tomasello* iznose interesantne evolucione i ontogenetske tvrdnje o postojanju osećaja i svesti o pravednosti kao urođene *mneme* (sećanja), koje se pojavljuje kao osetljivost na međuljudsko poštovanje u dobi od tri godine (neka istraživanja američkih institucija u oblasti kognitivnih nauka spuštaju tu granicu na bebe ispod jedne godine.⁶ Taj osećaj je izražen kao očekivanje o raspodeli resursa i procene distributivne akcije, kao i averzije prema nepovoljnoj raspodeli ili prema dobrom ili lošem ponašanju drugih. Istraživanja dečje psihologije su dale veoma uverljive argumente i za tvrdnje da bebe u prvoj godini života očekuju od distributera da raspodeli resurse podjednako među sličnim primaocima, dok starije bebe, do 20–24 meseca, očekuju da će raspodela biti u skladu sa relativnim zaslugama.

Ali definisati pojam pravde je skoro jednako teško kao i definisanje pojma istine. U antičkoj filozofsko-pravnoj misli razvila su se različita shvatanja pravde. *Platon* u *Državi*, definiše pravdu kao vrlinu, koja se sastoji u tome da se svakome da ono što mu pripada i da se od svakoga zahteva da izvrši posao za koji je sposoban prema svom položaju u društvu (slobodan čovek ili rob). („Opravdati svoj posao – u tome je, o prijatelju, po svoj prilici, način postojanja pravednosti.“)⁷ On je isto tako pokazao da je najveća vrednost zakona, naime njegova opštost, ujedno i njegova bitna slabost, tezu koju je posle njega precizirao *Aristotel*.⁸

Od *Aristotela* potiče razlikovanje između opšte i posebne pravde (*Nikomahova etika*). Opšta pravednost je vrlina koja se sastoji u moralnom postupanju prema drugome u skladu sa zakonom, odnosno sa opštim dobrom kome je zakon podređen: pravedno je sve što je zakonito. Partikularna pravda je jedna od vrlina opšte pravde i moralne ispravnosti i dalje se deli na distributivnu (deobenu) i komutativnu (korektivnu) pravdu.⁹ Prema prvoj, svaka dobit ili gubitak se raspodeljuje srazmerno zaslugama, tako da u zavisnosti od veličine zasluga može biti i jednaka i nejednaka. Komutativna ili izjednačavajuća pravda nije bazirana na geometrijskoj jednakosti, kao distributivna, već na aritmetičkoj srazmeri i sastoji se u poravnanju

⁵ Ljiljana Madžar, „Pravda u sistemu društvenih vrednosti“, *Pravni život*, br. 12, tom IV, 2006, 893.

⁶ V. J. M. Engelmann, M. Tomasello, „Trends“, *Cogn. Sci.*, No. 23, 2019, 454.

⁷ Platon, *Država*, IV, Kultura, Beograd, 1969, 433.

⁸ V. Kosta Čavoški, *O pravdi i pravičnosti*, SANU, Beograd, 2017, 23.

⁹ Aristotel, *Nikomahova etika*, Kultura, Beograd, 1970, V, 6, 1134a.

nejednakosti koje se pojavljuju između pojedinaca u ugovornim i drugim odnosima (ugovori ili građanski delikti i kaznena dela): „do ut des“, naknada štete, kazna za prestup itd., ili, drugim rečima, ponovo uspostavljanje narušene jednakosti između stranaka. U kontekstu pravde kao najvišeg dobra, *Aristotel* izdvaja pravičnost: to je „pravda u konkretnom slučaju“, kao pojam koji je nametnut činjenicom da su zakoni uvek opšti i ne uređuju do tačnu sve konkretne slučajeve ili subjekte na koje treba da se primene. Pravičnost je, prema tome, izvedena iz pravde i stoji ispod njenih zahteva, ali koriguje primenu zakona na način koji je najbliže moguće primeren pravdi.

Razlikovanje između komutativne i distributivne pravde, principa jednakosti i principa proporcionalnosti, prihvaćena je i u kasnijem razvoju filozofije prava. U srednjem veku isticao se drugi princip (*T. Aquinas* je određivao pravičnost kao „modifikaciju strogog zakona“: strogi zakon je onaj koji nije od Boga i koji je zakazao, stoga pravičnost predstavlja korektiv pozitivnom zakonu, neophodan da bi se ostvarilo zajedničko dobro), dok je era Prosvetiteljstva (*Grotius*) posebno naglašavala princip jednakosti. Danas, za razliku od Antike i njenog srednjovekovnog nasleđa, nasuprot isticanja pravednosti kao vrline pojedinca, ideja pravde je stavljena u kontekst analize pravednosti (ispravnosti) pozitivnog prava, pojedinih pravnih područja i pravnih normi. Kao supstanca, cilj, ili pravi ideal, sadržaj pravde ispunjavaju s jedne strane zahtevi koji važe za pojedinca – *neminem laedere* i *suum cuique tribuere*, a sa druge strane, u odnosu na društvo, zahtev za ravnotežu između različitih interesa pojedinaca i društvenih grupa koje su u sukobu, u smislu uspostavljanja esencijalnog poretka. Takav je pristup savremenih teorija pravde, time što umesto dvostranog pristupa, pojedini autori smatraju da pojam pravde sadrži tri elementa: individualni – *suum cuique tribuere*; društveni – osnovni principi na koje u određenoj istorijskoj etapi počiva ljudska civilizacija (socijalna pravda); i politički – koji se odnosi na prinudna ovlašćenja države (državna pravda).

Savremeno učenje o pravdi kao najvišoj pravnoj vrednosti je posebno fokusirano na unutrašnju dvosmislenost njenog pojma, shvaćenog kao „svakome dati svoje“ i „svakom dati podjednako“. Postavlja se pitanje, da li ova dva suprotna zahteva (ako se svakome da svoje, znači da se ne tretiraju jednako, i obrnuto), mogu spojiti u zajednički viši pojam pravde. Jedina formula koja u tom smislu određuje sadržaj pojma pravde je princip da suštinski jednaki ne smeju biti tretirani nejednako, a suštinski nejednaki ne smeju biti tretirani jednako.¹⁰ Drugim rečima, pravda se može definisati kao jednak tretman (suštinski) jednakih, a nejednak tretman (suštinski)

¹⁰ V. Kurt Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 4. Auflage, München, 2007, 129.

različitih. Ova definicija ne može da odgovori na pitanje: kako se utvrđuje suštinska jednakost ili razlika, da bi se ustanovilo da li je tretman jednak ili nejednak.

Odgovor na ovo pitanje ne može dati formalni pristup pravdi: formalna pravda i jednakost, koja se svodi na formalnu jednakost pred zakonom. Ali zakon koji se podjednako primenjuje na različite rezultira krajnje nepravednim posledicama (tako da se, na primer, dva izvršioca ubistva kažnjavaju istom kaznom, iako je jedan delo izvršio sa umišljajem, a drugi iz nehata). Formalna pravda ne uvažava činjenicu postojanja fizičkih i intelektualnih razlika među ljudima, kao i dodatne razlike u društvenom položaju, šansi za postizanje opštih dobara itd.¹¹ Prema tome, formalna jednakost pred zakonom zadovoljava postulat pravde samo kada su u pitanju zabranjujuće norme, koje ne zahtevaju nikakvo aktivno delovanje za njihovo poštovanje, već nalažu pasivan odnos prema zabranjenom ponašanju (zabrana ubistva, krađe itd.).

Materijalna (stvarna) pravda se zasniva na suštinskoj jednakosti, koja podrazumeva i jednakost u različitostima – socijalnih, ekonomskih itd.¹² Ona zahteva da se odnosi među ljudima uređuju ne polazeći od jednakog, već od delovanja pojedinca koje odgovara njegovom suštinskom položaju i mogućnostima, što nalaže potrebu za vrednosno procenjivanje u svakom individualnom slučaju. Dok formalna pravda teži opštosti u primeni pravne norme, materijalna pravda teži njenoj individualizaciji. Samo analiza konkretnog slučaja može dati osnov za zaključak da li primenjena opšta norma vodi do pravednog ili nepravednog rezultata. Iz tih razloga, kada se radi o vrednostima koje određuju suštinski kriterijum pravde, formalna pravda se mora kombinovati sa materijalnom pravdom, putem razumnog i pravičnog procenjivanja svih okolnosti konkretnog slučaja.

Primena pravne norme u konkretnom slučaju dovodi do pravične presude (ili druge odluke) u zavisnosti od njenog prilagođavanja, koje uzima u obzir sve relevantne okolnosti tog slučaja na osnovu vrednosnog tumačenja, vođenog zahtevom da svaka norma mora da se rukovodi idejom pravde. Sudija (prema *Aristotelu*) u tom slučaju treba da rasuđuje kao da je zakonodavac koji ispravlja i propuste u zakonu, postupajući onako kako bi postupio i sam zakonodavac da je mogao da ih ispravi.

Ideja pravde podrazumeva postojanje vrednosti, koje gravitiraju oko moralne kategorije dobrog (*aghatos*). Kao moralna kategorija, dobro je opšta vrednost, oličenje života i životnog smisla. S obzirom na to da pravda kao dobro supsumira

¹¹ V. Dennis Lloyd, *Introduction to Jurisprudence, With selected Texts*, Second Edition, Stevens, London, 1965, 137.

¹² Dragan Babić, „Pravednost, pravičnost i pravo“, *Pravni vjesnik*, god. 3, br. 2, Osijek, 1987, 153.

različite pojedinačne vrednosti (istinitost, poštenje, čast itd.), njihovo izjednačavanje ili raspodela ponekad podrazumeva uspostavljanje numeričkih merila, tako da, na primer, u slučaju naknade štete, pravda uvek može da bude zadovoljena ako tačno do dinara bude izračunata njena visina. Ali mnogo je teže uporediti duhovne, nematerijalne vrednosti, ili uporediti, meriti i izjednačiti nematerijalne i materijalne vrednosti: tako, na primer, ako je lopov kažnjen sa jednogodišnjom kaznom zatvora, pitanje da li je pravda zadovoljena zavisi od toga kako vrednujemo slobodu, odnosno koja je dnevna vrednost slobode (koja je danas, u eri senzibilnosti današnjeg čoveka na svako ograničavanje slobode, mnogo dragocenija nego pre nekoliko dekada).

Upoređivanje različitih vrednosti, što je značajna funkcija postulata pravičnosti, ne može da bude prepušteno slobodnoj proceni, već mora treba da dobije određenu pravnu formu kroz sudski postupak koji ima za cilj utvrđivanja svih relevantnih okolnosti konkretnog slučaja koji se odnose na njihov uzajamni odnos i meru izjednačavanja ili pretežnosti. Bez takvog pristupa, pravna prinuda koja je sastavna komponenta pravnih normi gubi svoj vrednosni smisao, a nepravedna sudska presuda ostaje bez poželjnog efekta. Jer ono što opravdava i obrazlaže prinudu, otelotvorenu kroz sudsku presudu, nije formalna povreda zakona, već materijalna povreda dobra koje stoji iza pravne norme.

Uvođenjem moralne komponente pravičnosti produbljuje se razlika između pravde kao ideala i društvene stvarnosti, koju karakteriše disharmonija i stalni sukobi između različitih društvenih grupa. Stoga, odstupajući od moralnih postulata, neki autori svode pravdu na pitanje društvene ravnoteže, *modus vivendi* i usaglašavanja antagonističkih interesa. Objektivna pravda, prema ovom mišljenju, ne postoji, odnosno retko je moguće postići saglasnost da su zakon u celini, poseban zakon ili norma u zakonu apsolutno pravedni i da u svakom konkretnom slučaju rezultiraju pravičnim rešavanjem pravnih sporova. Stav da se pravo ne može zasnivati na objektivnoj i apsolutnoj pravdi vodi do vrednosnog relativizma: pravda je relativno objektivna, kao što je i pravo relativno objektivan spoj između idealnog i stvarnog. Takvo je relativističko učenje o pravdi kao „pravičnosti“ *Rawlsa* (*Teorija pravde*). Zakon i njegova prinuda mogu ispuniti svoju funkciju samo ako polaze od ideje pravde zasnovane na poštovanju kako pojedinca tako i društvenog konteksta ravnomerne raspodele svih društvenih vrednosti, kao što su sloboda, i jednakih šansi za pristup društvenim vrednostima.¹³ Relevantan je samo stepen pravednosti osnovne društvene strukture, a time i samog zakona, tako da ako je ta struktura u osnovi pravedna, zakon se primenjuje takav kakav jeste, ali uz poštovanja zahteva pravičnog postupka.

¹³ Džon Roulz, *Teorija na pravednosti*, Skopje, 2002, 60.

PRAVIČNOST U KONTEKSTU JUSNATURALIZMA

Ako napustimo teren filozofije prava i jusnaturalizma koji je danas njen naj-uticajniji ontološki i aksiološki pravac, suočavamo se ograničenjima koje postavlja tvrdokorna pozitivistička orijentacija pravne nauke, zakonodavstva i prakse. Takvo je sužavanje pojma pravičnosti: prvo, kao načela sudskog postupka i donošenja sudskih presuda; drugo, kao formalni izvor prava u anglo-saksonskom pravnom sistemu (*law of equity* – pravično pravo); i treće, kao načela elastičnog tumačenja normi i rešavanje pravnih praznina u kontinentalnom pravu.

Nasuprot ovako naizgled čvrsto postavljenog okvira razmatranja sadržaja i domašaja pojma pravičnosti, položenog na dubokim razlikama između dva sistema prava u Zapadnoj hemisferi (anglosaksonskog i kontinentalnog), nove perspektive za njihovo preispitivanje otvaraju pre svega značajne promene u svetu prava kao posledice ubrzane globalizacije, jačanja transnacionalnih elemenata pravnih sistema, unifikacije i harmonizacije brojnih pravnih područja i približavanja i mešanja niz bazičnih pravnih instituta u oba sistema.

Hart, najjemenentniji predstavnik pozitivizma u engleskoj filozofsko-pravnoj misli, razvija svoju tezu o tzv. sistemskom kvalitetu prava, kao sistema koji se sastoji od „primarnih“ i „sekundarnih pravila“.¹⁴ Prva su obavezujuća i nameću pojedincima dužnosti (pravila kaznenog prava, deliktno pravo itd.). Druga su pravila koja daju vlast, javnu ili privatnu, ili propisuju pravila za ovlašćenja sudova, zakonodavnih tela i drugih javnih tela. Primarna pravila ulaze u pravni sistem u skladu sa „pravilom priznavanja“ (prihvatanja), po kojem se utvrđuje da li je neka norma nesporna i utvrđena od suverenog autoriteta. Po tom pravilu, naredbe suverene vlasti sadržane u zakonima, se posmatraju samo kao opšte norme, koje načelno treba poštovati. Ali zakonodavac nije samo onaj čijom se vlašću zakon stvara, već i onaj čijim autoritetom se on održava na snazi. Od posebnog značaja za postojanje pravnog sistema nije samo pasivno poštovanje zakona, već i aktivnost organa koji ih primenjuju, tumače ih i stvaraju dalja pravila za njihovu primenu. Za razliku od primarnih pravnih normi, koje određuju šta je zabranjeno ili dozvoljeno, u ovoj drugoj oblasti – oblasti primene, stvaraju se sekundarne norme o sprovođenju i kontroli primarnih, donošenjem konkretnih odluka. U savremenim uslovima hipertrofije pravnih normi ova pravila su komplikovana, jer nije uvek jasno kako odrediti važeće primarne norme. Hartovo učenje o primarnim i sekundarnim normama i priznavanju prvih kroz delovanje institucija za sprovođenje zakona ima svoje logično objašnjenje u kontekstu anglosaksonskog pravnog sistema, u kome je uticaj precedentnog prava još uvek snažan. Ali i za kontinentalne pravne sisteme,

¹⁴ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.

postavljenih na strogoj hijerarhiji važećih normi, na čijem vrhu je ustav države, naglašavanje uloge institucija za primenu prava kao ko-zakonodavaca koji održavaju legitimitet zakona ima poseban značaj za ostvarivanje načela vladavine prava.

Osnovne karakteristike anglosaksonskog „pravičnog prava“ imaju svoje uporište i u filozofsko-pravnom okviru jusnaturalizma, čiji su glavni protagonisti *Finnis*, *Fuller* i *Dworkin* (opširnije o engleskom „pravičnom pravu“.¹⁵ Učenje prvog je poznato kao teorija „supstancijalnog jusnaturalizma“, drugog kao teorija „proceduralnog jusnaturalizma“, a trećeg kao učenje o „pravu kao integritet“. U osnovi, njihova učenja ne odstupaju od okvira razmatranja odnosa između pravde i pravičnosti postavljenog u antičkoj filozofsko-pravnoj misli.¹⁶

Finnis definiše prirodno pravo kao sistem principa praktične razumnosti za uređenje ljudskog života i ljudskog društva, a kao poseban zahtev praktične razumnosti on izdvaja pravičnost: pojedinac treba da poštuje ljudske vrline ne u sebi i za sebe, već zajednički i sa drugima, u zajednici u kojoj živi.¹⁷ Međutim, ako pravni sistem nije u funkciji ovih dobara i ako je izopačen, *Finnis* ne smatra da je *lex iniusta non est lex*.¹⁸ Drugim rečima, pozitivno pravo i dalje postoji, iako je njegov pravni kvalitet umanjen: takvo pravo stvara pravnu, ali ne i moralnu obavezu, osim ako iza njega ne stoji javni interes.

U svojoj kritici pozitivizma, *Fuller* posebno ističe njegovu verbalnu i formalnu prirodu, koja izbegava da objasni sadržaj prava, zbog čega ne može da odgovori na suštinska pitanja: šta je „zakon“, je li pravo „dobro“, a šta treba uzeti u obzir kao pouzdan kriterijum za pravo kao pojavu iskustvenog sveta. Na ova pitanja nas upućuje zdrav razum, koji je odgovoran za vrednovanje svih iskustvenih pojava, a samim tim i razlikovanje „dobrog“ i „lošeg“ zakona. Na osnovu te ideje on razvija svoju teoriju „unutrašnje moralnosti prava“, prema kojoj je pravo instrument za podređivanje ljudskog ponašanja vladavini pravila koja imaju unutrašnji i spoljašnji moral, razlikujući dve vrste morala: „moral dužnosti“ i „moral težnji“.¹⁹ Unutrašnja moralnost prava pokriva obe oblasti, a takav kvalitet treba postići prilikom stvaranja pozitivnog prava. Pod „spoljnim moralom prava“ podrazumeva kvalitet zakona i drugih pravnih propisa. Do sukoba sa unutrašnjim moralom dolazi u slučajevima kada zakoni imaju neophodnu formu, logičku strukturu itd., ali odstupaju

¹⁵ K. Čavoški, op. cit., 41.

¹⁶ Laurenz Vuchetich, „Pravednost i pravičnost u filozofiji prava“, *Pravnik*, Vol. 41, No. 85, 2007, 49.

¹⁷ Džon Finis, *Prirodno pravo*, CID, Podgorica, 2005, 172.

¹⁸ *Ibidem*, 366.

¹⁹ Up. Lon L. Fuller, *Moralnost prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, 19.

od pravila unutrašnjeg morala (kao u primeru nacističkog pravnog sistema u vreme *Hitlera*, koji je suspendovao zabranu retroaktivnog dejstva zakona, formirani su posebni preki sudovi itd.). Ne garantuje unutrašnju moralnost zakona niti formalno poštovanje opštih pravila (rimski car *Kaligula* je naredio da se zakoni pišu sitnim slovima i izlažu visoko, tako da ih niko živ ne može pročitati). Krajnji cilj prava je pravda, ka čijem postizanju su usmerena pravila unutrašnjeg morala prava, koje *Fuller* naziva „proceduralnim prirodnim pravom“ i koje su koncentrirane na njegovu pravičnu primenu.

Žestoki kritičar pravnog pozitivizma (naročito u *Hartovoj verziji*), *Dworkin* svoje stavove o pravu fokusira na donošenje sudskih odluka u najtežim slučajevima (zbog toga se njegovo učenje naziva i „teorijom sudskog odlučivanja“). Pravo se, po njemu, sastoji ne samo od opštih pravila (normi), već i od opštih pravnih principa koji su opštiji od pravila i primenjuju se u rešavanju najtežih slučajeva.²⁰ Prema njegovoj teoriji o „pravu kao integritetu“, ono je strukturirano kao koherentan skup principa o pravdi, pravičnosti i fer proceduri i predstavlja instancu koja uspostavlja internu koherenciju u stavovima zajednice, ujedno onemogućavajući arbitrarno tumačenje pravnih propisa i političkih odluka, odnosno njihovo *ad hoc* prilagođavanje trenutnim partikularnim političkim interesima. Pravo kao integritet podrazumeva da se pravičnost bazira na principima, koji su protkani moralitetom zajednice. Pronalaženje prava u svim složenim slučajevima zahteva „konstruktivno tumačenje“, zasnovano na moralno zasnovanim stavovima o ljudskim pravima. Kada pravna norma nije dovoljna u rešavanju konkretnog slučaja, sud treba da se pozove na načelo koje je bitno za taj slučaj, ali ne odlučuje po apsolutno slobodnom uverenju već prema objektivnom, opšteprihvaćenom značenju tog principa, iza kojeg stoji sloboda i prava pojedinca i dostojanstvo ljudske ličnosti. Princip integriteta zahteva od sudije da tumači pravo kao koherentnu i uređenu celinu, koja kombinuje principe političke pravde, materijalne pravde i zakonom propisane procedure, posmatranih kroz prizmu principa pravičnosti.²¹

Jusnaturalizam i koncept prirodnih ljudskih prava imaju danas snažan uticaj na uvažavanje postulata pravičnosti i u kontinentalnom pravu. Usvajanje Univerzalne deklaracije ON iz 1948. godine i međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima koji slede posle nje, proklamuje kraj autoritarnih pravnih doktrina, utilitarizma i ekstremnog pozitivizma, kao i nastupa ere urođenih i neotuđivih prirodnih prava kao putokaza za budući razvoj prava i njegovih reformi. Glavni cilj pravnih reformi postaje etabliranje vodećeg načela vladavine prava i podizanje

²⁰ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd, London, 1977, 24.

²¹ R. Dworkin, *Carstvo prava*, Filip Višnjić, Beograd, 2003, 440.

uloge nezavisnog suda na pijedestalu glavnog protagoniste tog načela. Filozofija prava, kao i pravna nauka, posle ekscesa i zloupotreba prava pre i za vreme Drugog svetskog rata, stoji pred izazovom pronalaska čvrstih uporišta za simbiozu prirodnog prava sa pozitivnim pravom i za zaštitu prirodnih ljudskih prava. Za većinu pravnih teoretičara prošlo je vreme krstaškog duha stare jurisprudencije, inspirisane idealističkim pristupom prirodnom pravu, koji danas mora da ustupi mesto realnim zahvatima, među koje posebnu pažnju zaslužuje garantovanje pravičnosti sudskih postupaka (i uopšte postupka primene prava). Nije slučajno to da u kontinentalnom pravu najveći proboj tipičnih anglosaksonskih procesnih instituta počinje na planu sudskih postupaka. Njihova zajednička karakteristika jeste jačanje adverzivnog, kontradiktornog i fer postupka i načela sudske nezavisnosti i nepristrasnosti. Reforme sudskog sistema i procesne reforme, koje impliciraju učvršćivanje prava na sudsku zaštitu prirodnih prava kao osnovnog ljudskog prava, znače, između ostalog, otvaranje širokog prostora za promociju načela pravde i pravičnosti.

Različiti pristupi koji su emanacija osobenosti pravne kulture, tradicije, ekonomskog razvoja, demokratije i političkog sistema pojedinih društava, nameću potrebu za sveobuhvatnijom analizom pitanja – u kojoj meri je anglosaksonski sistem bliže konceptu pravnog sistema zasnovanog na principu vladavine prava i postulata prirodnog prava u poređenju sa kontinentalnim. Nezavisnost sudije u tom sistemu podrazumeva njegovu slobodu u slučaju pravnih praznina ili pravne konfuzije („teški slučajevi“) da i sam kreira pravno pravilo, ili da se poziva na raniji sudski presedan, polazeći od principa pravde i pravičnosti i drugih opštih principa prava. Prema anglosaksonskoj doktrini „common lawa“, ne manje je značajna funkcija pravičnosti kao sredstva za ublažavanje rigidnosti prestrogih zakona.²² Takva sloboda sudije u kontinentalnom pravnom sistemu je ograničena strogim pravnim pravilima, iako zakoni (na primer, zakoni o sudovima u našem regionu), daju sudiji ovlašćenje da u slučaju pravnog vakuuma odlučuje o konkretnom slučaju pozivajući se na opšta načela prava.²³ U tom smislu, interesantna je odredba čl. 1 švajcarskog Građanskog zakonika iz 1907. godine (stupio na snagu 1912. godine): „Ako se u zakonu ne može iznaći odgovarajuća odredba, sudija će odlučiti u skladu sa običajnim pravom, a ako i ono nedostaje, u skladu sa normom koju bi doneo da je zakonodavac. Pritom, on crpi inspiraciju iz rešenja prihvaćenih u doktrini i sudskoj praksi.“

²² V. K. Čavoški, op. cit., 181.

²³ O tradiciji pozivanja na pravdu i pravičnost radi popunjavanja pravnih praznina u građanskim zakonicima iz 19. veka v. S. Perović, „Prirodno pravo i odgovornost“, Uvodna reč, *Pravni život*, br. 9, 2011.

PRAVIČNOST U SVETLU UČENJA NOVE PRAVNE RETORIKE

Na prihvatanje principa pravde i pravičnosti kao izvora prava, bilo u smislu neposrednih izvora radi popunjavanja pravnih praznina, bilo kao korektiva strogosti zakona, individualizacije opštih normi ili njihovog tumačenja, snažan uticaj imaju promene bazičnih koncepcija prava i njegovih ciljeva. Imperativna koncepcija prava, kao i sociološke teorije o cilju prava, su osporavale pravdu i pravičnost, jer smatraju da pravo ima svoje ciljeve i vrednosti (čuvanje mira i poretka, pravnu sigurnost itd.), tako da ne može da bude vezano za postulat pravde. *Dura lex sed lex*, pravne norme ostvaruju svoje funkcije i prihvatanje ne zato što su pravedna (ili kada su pravedna), već zato što iza njih stoji pravna prinuda, čiji ciljevi su određeni interesima države.²⁴ Tek jusnaturalizam postavlja pitanje moralnog i vrednosnog karaktera prava, uvodeći u njegovom pojmu metajuridičke elemente prirodnog prava, pre svega moralno obojene pravde i pravičnosti i postulate prirodnih i urođenih ljudskih sloboda i prava. Ako su ranije uticajne teorije o svrsi prava ili imperativna koncepcija polazile od ideje da društvenu stvarnost treba modelirati i prilagošavati apstraktnim pravnim normama, jusnaturalizam, koji danas ima direktnu podršku u univerzalnom konceptu ljudskih prava kao izvora pozitivnog prava, uvodi vrednosti, formiranih oko ljudske slobode i prava kao kriterijum ispravnosti zakona uopšte, ali i kao vrednosni kriterijum koji treba poštovati u njegovoj primeni u konkretnom slučaju.

Pored ostalog, ta promena pravne paradigme (re)aktuelizuje pitanje odnosa između pojma prava i zakona, uvodeći u razmatranju pozitivnog prava aksiološki kriterijum nadzakonskog, ispravnog, pravednog prava. Samo zakon koji je pravedan (ispravan) je pravo u punom značenju tog pojma. To je ideja koja je vrlo jasno izražena, na primer, u nemačkom Ustavu, koji izričito predviđa (čl. 20) da je „izvršna i sudska vlast vezana za zakon i pravo (Gesetz und Recht).“ Prema prof. Peroviću, polazeći od antinomnosti i komplementarnosti pozitivnog i prirodnog prava, kao i od evolucije pozitivnog prava i njegovih postojećih rešenja, odnos između pozitivnog i prirodnog prava mogao bi se izraziti sledećom triparticijom: prirodno pravo je supstrat i uzor pozitivnom pravu; prirodno pravo je supsidijarni neposredni izvor prava; i prirodno pravo je korektivni faktor u primeni pozitivnog prava.²⁵

U ovako promenjenoj vizuri prava, slabi značaj klasičnog, formalno-logičkog i aksiomatsko-deduktivnog pristupa, koji podrazumeva striktno vezivanje sudije za pravnu normu. Podvođenje stvarnosti (činjenica) pod pravnom normom

²⁴ V. D. Babić, op. cit., 151.

²⁵ V. S. Perović (2011), op. cit., 20.

više nije jednostavna logička operacija, koju on može da izvrši bez uzimanja u obzir vrednosti i ciljeva koji stoje iza ili izvan pravne norme (kao što je, na primer, u krivičnom pravu princip pravde, individualizacija kazne itd.). Sudija, dakle, više ne može biti „usta koja izgovaraju zakon“, već subjekt koji zaključuje i donosi odluke koristeći, pored pravila formalne logike, i sve neformalne argumente u prilog određenog zaključka. Prebacujući fokus pravnog rasuđivanja sa epistemološkog na aksiološki nivo, teorija pravne argumentacije uvodi praktičnu filozofiju u sudski proces, čiji glavni cilj predstavlja donošenje pravične presude.

Tu refleksiju promena u bitku prava, koji postaje koncentrat vrednosnih ideja o prirodnim ljudskim pravima, pravde i pravičnosti, sublimira na veoma konzistentan učenje o novoj pravnoj retorici i argumentacija. Njegova polazna osnova je zalaganje za transformaciju značenja imperativnih pravnih normi, uvažavanjem subjekta na koga se odnose: on, naime, treba da se uveri u njihovu ispravnost, sadržaj i ciljeve. Ovakva „demokratizacija“ prava ima za posledicu promenu pozicije suda. On ima ne samo ulogu državnog organa koji (slepo) primenjuje zakon, već i funkciju garanta prirodnih ljudskih prava. Sudija postaje glavni protagonist vladavine prava i pravne države i u uslovima slabljenja normativne moći zakona preuzima sve značajniju ulogu u oživljavanju apstraktnih pravnih normi, tumačeći ih na način koji odgovara stvarnom životu. Pored anglosaksonskog prava, u kojem doktrina precedentnog prava (*stare decisis*) tradicionalno podstiče analitički i induktivni pristup u pravnom rasuđivanju, ovoj tendenciji se sve više pridružuje i kontinentalno pravo, u kojem ono prodire najpre kroz praksu međunarodnih sudova (Evropski sud za ljudska prava), odnosno Suda pravde EU.

Svoje objašnjenje transformacije prava i uloge sudije koja jača poziciju principa pravde i pravičnosti kao pravne vrednosti, nova pravna retorika naslanja na shvatanje o argumentativnom diskursu čiji su elementi: argumentator, adresat, predmet argumentacije – tema ili teza za rešavanje određenog problema (premisa), činjenična osnova – osnova argumentacije, logika i argumentativno ubeđivanje.²⁶ Kao najuticajniji pravac neformalne logike, ovo učenje smatra da pravno rezonovanje nije dedukcija, već logika vrednosnih sudova, koji su nezavisni od proizvoljnosti pojedinaca, a pribegavanje vrednosnim sudovima i rasuđivanju je emanacija principa pravde koji zahteva da se suštinski slični slučajevi tretiraju na isti način.²⁷ Isto tako, prema ovom učenju, za razliku od formalne

²⁶ Юриі V. Іvlev *Teorія і практика аргументації*, Moskva, 2013, 12.

²⁷ V. H. Perelman, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Deuxième édition, Paris, 1976, 103; Jasminka Hasanbegović, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006, 24.

logike, koja je logika opravdanja, neformalna logika je heuristička (otkrivajuća), „supstantivna logika“: pomaže u pronalaženju rešenja određenog pravnog problema, za razliku od formalne logike, koja samo pomaže u pronalaženju njegove justifikacije.²⁸

Perelman, otac nove pravne retorike, razvija osnove ovog učenja na metodomama nemačkog filozofa i matematičara *Fregea* za usavršavanje formalne logike. Slično matematičaru, sudija treba da dođe do pravičnih, razumnih i prihvatljivih rešenja, kroz dijalektičko i retoričko rezonovanje u cilju postizanja saglasnosti o vrednostima koje su predmet pravne rasprave. Dijalektika, retorika i argumentacija pojavljuju se kao tehnike problematičnog mišljenja i instrumenti praktičnog uma. Oblik dijalektičkog mišljenja i argumentacije, koji je osnova za odlučivanje, najčešće nije silogistički (deduktivan). Tehnika argumentacije podrazumeva isticanje niza različitih razloga, sa jačim ili slabijim dejstvom, suprotstavljenih jedan drugom, koji podržavaju ili pobijaju tezu i predstavljaju osnovu za odluku. Dakle, analitičkim i dijalektičkim rasuđivanjem, bez primene pravnog silogizma, sudija donosi svoju konačnu odluku, čija istinitost zavisi od jačine argumenata za vrednosti koje izražava.²⁹ Utemeljujući svoje učenje na *Aristotelovim (Organon)* stavovima o analitičkoj i dijalektičkoj misli, *Perelman* odbacuje stav o apsolutnom, apriornoj istinitosti sudova i zaključaka (koji se dalje mogu izvesti na niže premise i zaključke), i definiše početnu poziciju teorije argumentacije na tezi da pojedinci i grupe prihvataju mišljenja sa različitim intenzitetom. Racionalna upotreba neformalnih argumenata može se izvesti iz retoričkog učenja i vrednosne argumentacije, koja je relevantna u meri u kojoj je prihvatljiva i može uticati na ubeđivanje auditorijuma. To zavisi od sposobnosti govornika (tužioca, branioca, itd.) da koristi stvarne i prihvatljive argumente i da afirmiše i brani određenu vrednosnu tezu.³⁰ Neformalni argumenti imaju za cilj da utiču na auditorijum, a ne da demonstriraju stavove koji pripadaju formalnoj logici. To su „kvazilogički argumenti“, koji su slični formalnim strukturama logike. Dakle, pravno rezonovanje treba proširiti tako da uključuje ne samo dokaz i dedukciju (silogizam), već i argumentaciju kao izraz praktičnog uma, ne samo sudove o stvarnosti, već i sudove o vrednostima, i ne samo istinu, već i druge vrednosti, pre svega pravdu i pravičnost.

Za *Perelmana* i njegove sledbenike (*Haage*, *Verheij*, itd.), ključni argument u prilog prihvatanja ove teorije jeste argument pravde i pravičnosti: pravno rezonovanje,

²⁸ Andrzej Malec, „Legal Reasoning and Logic, Studies in Logic“, *Grammar and Rhetoric*, Vol. 5, No. 18, 2002, 97.

²⁹ H. Perelman (1976), op. cit., 125.

³⁰ *Ibidem*, 109.

koliko god formalno-logički ispravno, ne može rezultirati nepravičnim zaključkom, jer bi to izneverilo smisao prava kao otelotvorenje ideje pravde. Nesporno je da je aksiomatsko-deduktivno rezonovanje od suštinskog značaja za primenu prava, jer odgovara pravnoj sigurnosti kao osnovnoj pravnoj vrednosti, te da je u konceptualnom sukobu sa neformalnom pravnom logikom koja operiše sa argumentom pravičnosti, tako da je odnos među njima pitanje aksiološkog odnosa pravne sigurnosti i pravde kao osnovnih pravnih vrednosti. Kao vrednost, pravna sigurnost je postulat koji nameću zahteve vezane za položaj čoveka i njegove slobode: sigurnost pojedinca za njegovo postojanje, koja može biti ugrožena proizvoljnim tumačenjima zakona; jasno identifikovanje njegovog pravnog položaja, kao i predvidljivost njegovih radnji i prava i dužnosti koje proističu iz ulaska u određene pravne odnose (jasnoća zakona); doslednost u primeni zakona i izvesnost konkretnih sudskih odluka i njihovog izvršenja; i stabilnost pravnog sistema, njegova funkcionalnost i efikasnost.

Cilj pravne argumentacije postiže se argumentativnim (retoričkim) sredstvima koja se sastoje u primeni diskurzivne govorne tehnike, *Zippelius* to naziva „dijaloško-argumentativnim rezonovanjem“.³¹ Učesnici u diskurzivnoj argumentaciji su stranke u konkretnom sudskom predmetu, kao i sudija koji donosi presudu. U zavisnosti od prirode postupka (kazneni ili parnični), sudija (sud) je auditorijum, koji može aktivno učestvovati u argumentaciji (tako sud u kaznenom postupku, koji zadržava aktivni status), ili pasivno posmatrati raspravu između dve suprotstavljene strane (sud u parničnom postupku). Ali, bez obzira na svoj status, on daje konačnu ocenu o celokupnom procesu argumentacije i njegovom rezultatu, sumirajući sve argumente drugih subjekata kroz zaključak koji je osnova za njegovu presudu. Pored dokazanih činjenica konkretnog slučaja, konačni zaključak (presudu) sudija donosi i na osnovu svog ličnog osećaja pravičnosti i na uvažavanja moralnih i socijalnih aspekata slučaja, kao i implikacija odluke, u granicama zakonske norme koju će primeniti u tom slučaju.

Za utemeljenje pravnog sistema na principu vladavine prava, prema ovom učenju, od ključnog značaja je ideja da nadležnost za odlučivanje u konkretnom slučaju ostaje na sudiji, ali u komunikaciji sa strankama, koji svojim aktivnim učešćem u argumentativnom diskursu proširuju prostor za iznalaženje rešenje spora najbližeg zamišljenoj pravdi. Sudska presuda zavisi od njihove sposobnosti za argumentovan diskurs, što nameće izuzetno važno pitanje – kako urediti sam postupak argumentacije, radi izbegavanja nezakonitih ili neistinitih argumentata, izvrtnje činjenica, pogrešno tumačenje zakona itd. Središte problema

³¹ Up. H. Perelman (1976), op. cit., 108; Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 9. Auflage.

ostvarivanja principa pravičnosti u takvoj transformaciji pozicije sudije i samog sudskog procesa fokusira se na postojanje određenih internih minimalnih normi koje imaju čvrstu logičku i vrednosnu osnovu, prepoznatljivu sudiji i učesnicima u postupku. One određuju dozvoljene ili nedozvoljene udarce u „argumentacionom ringu“, odnosno „proceduralna“ pravila pravnog rasuđivanja. U okviru teorije pravne argumentacije razvijeno je učenje (*Alexy*) o procesnoj doktrini opšteg, racionalnog i praktičnog postupanja, koje se kao misaoni proces odvija saglasno specifičnim normama i pravilima.³² Takva su pre svega pravila koja se odnose na pravno tumačenje, kao što je pravilo *clara non sunt interpretanda* (jasne norme se ne tumače).³³ Sledeća grupa su pravila logičkog mišljenja, tipa *argumentum a contrario* itd. Treća grupa su koliziona pravila, koja se primenjuju za rešavanje sukoba pravnih normi: *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferiori* itd. Četvrtu grupu čine pravila koja utvrđuju činjenične okolnosti, kao što su *in dubio pro reo*, itd. U petu grupu spadaju proceduralna pravila, kao što su *audiatur et altera pars* itd. Ali pored svih tih pravila, postoji i neopisivo pravilo pravičnog rasuđivanja i odlučivanja, utemeljeno na moralnom integritetu samog sudije i njegovog osećaja pravičnosti.

PRAVNIČNOST I SUDIJSKA NEZAVISNOST

Koncept vladavine prava i diskurs o ulozi sudije kao glavnog protagoniste tog koncepta, ima ne samo filozofsko-pravne i teorijske, već i izuzetno važne praktične implikacije na savremene reforme prava i sistema pravde. U uslovima suštinskih promena u funkcijama prava i njegove primene, koje za svoju vodeću ideju pravdu i prirodne ljudske slobode i prava, pravno rasuđivanje i postavljanje konceptualnog okvira primene prava ne može da se svede isključivo na aksiomatsko-deduktivno rezonovanje i pravni silogizam. Hiperinflacija pravnih normi, stvaranje nove formalne i vrednosne vertikale prava, od pravila samoreguatornih tela do međunarodnih normi koje imaju karakter *ius cogens*, a posebno naglašavanje superiornosti prirodnih ljudskih prava i vrednosnih principa prirodnog prava kao izvora prava, sve te karakteristike savremenog prava čine gotovo deplasiranim svodenje prava i pravde na jednosmerni odnos „pravna norma –činjenino stanje konkretnog slučaja – sudska presuda“, u kojem sudiji ostaje jednostavni zadatak da primeni pravnu normu u silogističkom postupku, uz određeno ograničeno ovlašćenje za njeno tumačenje. Nasuprot tog modela, postulat pravde i pravičnosti implicira zahtev

³² „Kodeks“ praktičnog uma, v. Gvido Faso, *Istorija filozofije prava*, CID, Podgorica, 2007, 688.

³³ A. Malec, op. cit. 98.

da postupak usvajanja zakona, kao i njihova primena u konkretnim slučajevima, nužno podrazumeva argumentativni diskurs čija glavna tema i vrednisni sadržaj. U odnosu na zakonodavca, taj zahtev je emanacija osnovnog ljudskog prava na demokratiju i vladavinu prava, dok u odnosu na sud i druge organe koji primenjuju zakone on je refleksija prava na pravnu zaštitu osnovnih prava pred nezavisnim sudom i na pravični postupak (Evropska konvencija o ljudskim pravima, čl. 6). Po sili prirodnog prava i principa pravde, zakonodavac je dužan da donosi legitimne i ispravne zakone i da tim zakonima garantuje pravo na sudsku zaštitu u pravičnom postupku. Zakonodavac je dužan da prihvati korektivnu funkciju principa pravičnosti kao konsekvenciju saznanja da pravna norma, kao norma prostorne i vremenske opštosti, nekada može zanemariti razliku koja postoji između dva slučaja na koja treba da se primeni.³⁴

Dovođenje suda (sudije) u ulogu glavnog protagonista demokratske pravne države i zaštitnika ljudskih sloboda i prava, uz jačanje kontradiktornog (adverzivnog) karaktera sudskog postupka i garancija za prava stranaka i njihova jednakost, su elementi nove paradigme „prava na delu“ (*law in action*) kao nove paradigme pojma pravnog sistema uopšte. U takvim uslovima neminovno je oslabljen klasični aksiomatsko-deduktivni metod primene zakona, koji mora da bude dopunjen argumentativnim diskursom kao komplementarnim elementom pravnog rezonovanja, čiji je cilj da ispravlja moguće nepravedne posledice primena zakona u konkretnom slučaju koje zakonodavci teško mogu izbeći.³⁵ Ipak, domašaj takvog pristupa ne može da pređe granicu postavljenu izričitom normom zakona, zaobilazeći ili suspendujući volju zakonodavca. Nije redak slučaj da, donoseći presudu za koju smatra lično da je nepravedna, ali mu zakon ne ostavlja prostora za uvažavanje razloga morala, pravde i pravičnosti, upada u teškom sporu sa svojom sopstvenom savešću,

Sledeći, podjednako važan argument u prilog jačanju pozicije suda (sudije) kao nezavisne javne institucije pravde, jeste zahtev za efikasnom zaštitom osnovnih ljudskih sloboda i prava kao suštinske komponente vladavine prava i osnovnog cilja pravnog sistema. Pored institucionalnih garancija načela podele vlasti, zaštita prirodnih prava kao superiorni princip problematizuje tradicionalni stav da je sudija „usta koja izgovaraju zakon“, nastalog na početku savremene pravne epohe kao reakcija na krajnju pravnu arbitrarnost i samovolju prethodne, feudalne epohe.³⁶

³⁴ S. Perović, „Pravna država i kriza pravnog sistema“, *Pravno-filozofske rasprave*, Beograd, 1995, 373.

³⁵ K. Čavoški, op. cit., 28.

³⁶ *Montesquieu*; o rigidnosti tog pravila u prvim kodifikacijama 19. veka v. S. Perović (2011), op. cit., 26.

Poštovanje volje zakonodavca i vezivanje za zakon, koje je emanacija načela podela vlasti, sprečava sudiju da se transformiše u „ko-zakonodavca“ koji stvara nova pravna pravila (*ius facere*). Ali isticanje uloge sudije kao glavnog protagoniste vladavine prava podrazumeva značajnu promenu: prema *Dworkinu*, on postaje figura slična jednom od više autora (dakle, pored zakonodavca) koji pišu roman zajedno, tako da svako piše posebno poglavlje: svako je vezan za ono što su ranije napisali drugi, ali u svom delu za iste likove razvija poseban narativ.³⁷ Pri tome, zakonodavec (autor prvog dela), koji je dužan da polazi od principa pravde i pravičnosti (jer su ti prirodnopravni postulati emanacija i ustavno zagarantovanih ljudskih sloboda i prava), donosi zakone koje su rezultat ne samo njihovog uvažavanja, već i „političke igre“ i interesa poslanika u parlamentu. Sudija (autor drugog dela), donosi presudu u postupku u kojem učestvuju dve strane sa suprotstavljenim interesima, zahtevima i argumentima o tome kome pripada pravda, a povrh toga pravičnost njegove presude podleže sudskoj kontroli viših sudskih instanci (autori trećeg dela). Teško je sporiti sa tvrdnjom da je dramatičnost raspleta narativa o pravdi i pravičnosti fokusirana upravo na drugi, i nešto manje na njegov treći deo.

Podređenost svake, pa i sudske vlasti principu vladavine prava (*Rechtsstaatsprinzip*) u kontinentalnom pravu predmet je teorijskih rasprava vezanih za pitanje širine ovlašćenja sudije da suspenduje pravnu normu čija primena dovodi do nepravedne presude u konkretnom slučaju (makedonski zakon o sudovima i u drugim sistemima iz našem region predviđaju takve mogućnosti, koje se svode na prekidanje postupka i podnošenje inicijative ustavnom sudu za ispitivanje ustavnosti spornih odredbi). Zakonodavac utvrđuje ciljeve i interese koje sud treba da poštuje prilikom donošenja odluke, ali funkcija garanta pravde i zaštitnika ljudskih prava dovodi sudiju u poziciju istraživača i kreatora novih vrednosti u primeni prava metodama tumačenja, radi prilagođavanja zakona stvarnim društvenim odnosima i vrednostima. Ova koncepcija se odražava i na karakter sudskog postupka i ovlašćenja suda u njegovom vođenju. Prema mišljenju koje postaje sve uticajnije u sudskim reformama u našem regionu, o nezavisnosti sudske vlasti može se govoriti više u akuzatornom postupku, a u inkvizitornom postupku sud nije vlast, već je pravi *dominus litis* država, koja vlada i nad sudom.³⁸

³⁷ Up. Gerard Timsit, „La métaphore dans le discours juridique“, *Revue européenne des sciences sociales* [Online], XXXVIII-117, 2000, 83.

³⁸ Jean Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *Institutions judiciaires*, 7. edition, Paris, 2003, 158.

Stajalište da sudija nije obična „usta koja izgovaraju zakone“, već kreativni saradnik zakonodavca u primeni zakona i zaštitnik sloboda i prava pojedinca, je najznačajnija emanacija postulata pravičnosti, a time i načela vladavine prava. Ali taj postulat ne pledira za njegovo dovođenje u poziciju „ko-zakonodavca“ koji može samovoljno da dezavuiše ili suspenduje zakon. Odstupanje od ove zabrane, čije nepoštovanje vodi pravnom haosu i društvenoj dezorganizaciji, može da bude dopušten samo u vanrednim situacijama „državnog terora“, zločina „pod zaštitom zakona“, potpune animije ili slabljenja načela zakonitosti do nivoa negacije „elementarnog pravnog poretka“, utemeljenog na univerzalnim standardima o ljudskim pravima, opštim principima prava i moralnim vrednostima civilizovanog društva.

Tendencija priznavanja takve „kooperativne“ uloge i aktivizma sudije dolazi do izražaja kroz nekoliko krupnih novina u savremenoj pravnoj reformi, od kojih su posebno značajne: konstituisanje supranacionalnih sudskih instancija (Evropski sud za ljudska prava, Međunarodni kazneni sud); i prihvatanje u evropskim sudskim sistemima institucija svojstvenih anglosaksonskom precedentnom pravu. Iako su na liniji afirmacije principa pravičnosti, treba imati na umu i opravdanost kritičkog zaključka da „vladavina sudija“ nije uvek bolja od „vladavine političara“. Da li će doći do situacije da arbitrarnost zakonodavca, odnosno političara, bude zamenjena samovoljom sudija, zavisi od toga da li su garancije za njegovu nezavisnost i nepristrasnost, ali i odgovornosti za pravično vođenje postupka i donošenja pravičnih odluka ne samo formalno proklamovane, već i dosledno primenjivane u praksi. Te garancije obuhvataju zakonsko utvrđivanje slobode sudije u tumačenju i izricanju prava, uključivši donošenje odluka na osnovu slobodnog sudijskog uverenja i pravičnog odmeravanja kazni, naknada štete i drugih posledica kaznenog dela ili građanskog delikta.

Iz prava na pravično suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom proizilaze i drugi zahtevi, bez čijeg zadovoljenja se ne može smatrati ispunjenim načelo nezavisnosti: razvijanje efikasnih sistemskih rešenja sudske kontrole zakonitosti pojedinačnih akata državne uprave koje ograničavaju ljudska prava, proširivanje nadležnosti ne samo ustavnog suda već i redovnih sudova da dovode u pitanje ustavnost zakona (sa mogućnošću da se donošenje sudske odluke odloži do ispitivanja njegove ustavnosti pred ustavnim sudom), kao i prihvatanje monističkog sistema primene međunarodnih normi i standarda za ljudska prava, koji postaju direktni izvor domaćeg prava. Ovi postulati daju snažnu dinamiku savremenim reformama pravosuđa i prodoru koncepta pravednog prava i njegove vladavine osigurane pravičnim sudskim postupcima i odlukama.

Academician Prof. Dr. VLADO KAMBOVSKI
Macedonian Academy of Sciences and Arts

EQUITY AS A LEGAL VALUE

Summary

From *Aristotle* until today, equity as „justice in a concrete case“ has remained the generally accepted topos of the philosophy of law and jurisprudence. With the interpolation of natural law into positive law, through the acceptance of the universal concept of human freedoms and rights, justice and other legal values as criteria of correct law, as well as with the modern transformation of law in accordance with the postulates of jusnaturalism, the fairness of proceedings and court decisions is becoming an increasingly important value of law. Its strengthening, connected with the emphasis on the role of the independent judge as the main protagonist of the rule of law, implies the establishment of constitutional and legal guarantees for expanding the judge's freedom in the interpretation and application of the law. They refer primarily to the acceptance of the principle of fair procedure, strengthening its adversarial character and making court decisions through an argumentative discourse that adds to the basic syllogistic procedure a value assessment of the specific case and its legal consequences from the aspect of the principles of justice and fairness.

Key words: justice, equity, judicial independence, argumentative discourse, procedural fairness, fair court decision

Literatura

- Alexy R., *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 2002.
- Aristotel, *Nikomahova etika*, Kultura, Beograd, 1970.
- Babić D., „Pravednost, pravičnost i pravo“, *Pravni vjesnik*, god. 3, br. 2, Osijek, 1987.
- Čavoški K., *O pravdi i pravičnosti*, SANU, Beograd, 2017.
- Dvorkin R., *Carstvo prava*, Filip Višnjić, Beograd, 2003.
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd, London, 1977.
- Engelmann J. M., Tomaselo M., „Trends“, *Cogn. Sci.*, No. 23, 2019.
- Faso G., *Istorija filozofije prava*, CID, Podgorica, 2007.
- Finis Dž., *Prirodno pravo*, CID, Podgorica, 2005.
- Fuler L. L., *Moralnost prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.
- Grir S., *Evropska konvencija za čovekovi prava, Dostignuvanja, problem i izgledi*, Skopje, 2009.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- Hart H. L. A., „Positivism and the Separation of Law and Morals“, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958.
- Hasanbegović J., *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006.

- Horn N., *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Heidelberg, 2004.
- Ivlev Ю. V., *Teorija i praktika argumentacii*, Moskva, 2013.
- Lloyd, D., *Introduction to Jurisprudence, With selected Texts*, Second Edition, Stevens, London, 1965.
- Madžar LJ., „Pravda u sistemu društvenih vrednosti“, *Pravni život*, br. 12, tom IV, 2006.
- Malec A., „Legal Reasoning and Logic, Studies in Logic“, *Grammar and Rhetoric*, Vol. 5, No. 18, 2002.
- Martens P., „Le pouvoir judiciaire en Belgique: Institutions et mutations“, Mole N., Harby C., *Pravoto na pravično sudenje*, Sovet na Evropa, Strazbur, 2001.
- Perelman H., *Pravo, moral i filozofija*, Nolit, Beograd, 1983.
- Perelman H., *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Deuxième édition, Paris, 1976.
- Perović S., „Pravna država i kriza pravnog sistema“, *Pravno-filozofske rasprave*, Beograd, 1995.
- Perović S., „Prirodno pravo i univerzalne vrednosti“, Uvodna reč, *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2006.
- Perović S., „Prirodno pravo i odgovornost“, Uvodna reč, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011.
- Platon, *Država*, Kultura, Beograd, 1969.
- Radbruh G., *Filozofija na pravoto*, Makedonska akademija na naukite i umetnostite, Skopje, 2008.
- Ross A., *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958.
- Rouls, Dž., *Teorija na pravednosta*, Skopje, 2002.
- Seelmann K., *Rechtsphilosophie*, 4. Auflage, München, 2007.
- Timsit G., „La métaphore dans le discours juridique“, *Revue européenne des sciences sociales* [Online], XXXVIII-117, 2000.
- Vincent J., Guinchard S., Montagnier G., Varinard A., *Institutions judiciaires*, 7. edition, Paris, 2003.
- Vuchetich L., „Pravednost i pravičnost u filozofiji prava“, *Pravnik*, Vol. 41, No. 85, 2007.
- Zippelius R., *Juristische Methodenlehre*, 9. Auflage, Mnchen, 2005.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ZEHRA ODYAKMAZ
KERİM AZAK

**THE EFFECT OF THE DECISION OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE OF MESUTOĞLU
v. TURKEY ON THE TIME LIMIT TO FILE A LAWSUIT
WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RIGHT
TO ACCESS TO THE COURT**

One of the tacit elements of the right to a fair trial is the right to access to the court, in as much as it is not possible to mention a fair trial without the right to access to the court. Nevertheless, states could regulate and limit the usage of this right. This is the case especially when some procedural rules are applied in order to ensure the well-functioning of the justice system. However, a formal and strict interpretation of the procedural rules shall lead to the violation of the right of access to the court. As a matter of fact, in the case of Mesutoğlu v. Turkey, the European Court of Human Rights decided that Article 6 of the Convention had been violated. Mesutoğlu Decision has had important implications on the interpretation of the rules of procedure in Administrative Justice in Turkey. The references have been made to the Mesutoğlu Decision in relation to the procedural law on many subjects, such as the time limit to file a lawsuit, the rejection of the petition, the places where the petition can be submitted, and the attorneys' fee to be applied against the plaintiff. Taking into account the Council of State Decisions, this study expounds on the positive contribution of the Mesutoğlu decision to the time limit to file

Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, Chairwoman of Public Law Department, Head of Administrative Law Department, Faculty of Law, Mevlâna University, Turkey, e-mail: odyakmaz.zehra@gmail.com.

Kerim Azak, Research Assistant, Ankara University, Institute of Social Sciences, Department of Public Law, Ankara, Turkey, e-mail: krmazak@gmail.com.

a lawsuit in the administrative justice system in Turkey. As can be observed throughout the whole study, the Mesutoğlu decision had significant effects on the Turkish administrative judiciary.

Key words: *right to a fair trial, right of access to the court, time limit to file a lawsuit, European Convention on Human Rights, human rights*

INTRODUCTION

The right to a fair trial, which is regulated in Article 6 of the European Convention on Human Rights, contains several implicit and explicit elements. One of the implicit elements of the right to a fair trial is the right to access the court. As the European Court of Human Rights accepts, it is not possible to talk of a fair trial without ensuring access to the court. For this purpose, the right of access to the court is of great importance for individuals. Although the right of access to a court is protected under the Convention, it is not an absolute right. For this reason, it is possible to limit and regulate the use of this right by the State Parties to the Convention. Nevertheless, the ECtHR oversees the limitations imposed by the Contracting Countries on this right. National Courts hold the authority and competence to interpret the procedural rules on the right of access to the court. However, whether the procedural rules are interpreted in accordance with the Convention is under the control of the European Court of Human Rights. Hence, the Decision in the case *Mesutoğlu v. Turkey* is exactly about such control of the interpretation of the procedural rules in terms of compliance with the Convention.

As explained further in the study, with *Mesutoğlu Decision*, the European Court of Human Rights has adopted an important principle regarding the interpretation of procedural rules. This decision of the European Court of Human Rights had also a significant effect on the Turkish administrative judiciary. In its decisions regarding procedural rules such as the time limit to file a lawsuit, the rejection of the petition, the places where the lawsuit can be filed, and the attorney's fee to be awarded against the plaintiff, the Council of State made references to *Mesutoğlu decision*.

The subject of this study is the effect that the *Mesutoğlu decision* had on the Turkish administrative judiciary in relation to the time limit to file a lawsuit. In the first part of the study, *Mesutoğlu v. Turkey decision* is summarized. In the second part, the right of access to the court is explained. In the final part, the effect of the *Mesutoğlu decision* on time the limit to file a lawsuit is evaluated. This evaluation is based on the decisions of the Turkish Council of State where the Council makes references to the *Mesutoğlu decision*. As can be seen in this section, the Council of State made references to the *Mesutoğlu decision* and thus to

the right of access to the court while developing its jurisprudence regarding the time limit to file a lawsuit. In this respect, it would not be wrong to claim, from the outset, that the Mesutoğlu decision has had very significant effects on the Turkish administrative judiciary.

The purpose of this study is to explain the practice of the Turkish Council of State regarding the interpretation of the procedural rules regulating the right of access to the court within the framework of the Mesutoğlu decision. In this respect, the scope of the study is limited only to the time limit to file a lawsuit. The point we want to emphasize in the study is the necessity of interpreting, away from strict formalism, the rules regarding the time limit to file a lawsuit, which imposes a significant limitation on the right of access to the court.

MESUTOĞLU v. TURKEY DECISION^{1,2}

The case summary

In the case of Mesutoğlu v. Turkey, which is the subject of the Decision taken by the European Court of Human Rights (ECtHR) in 2008, the relatives of those who lost their lives in the traffic accident that occurred due to the fault of the municipality, filed a lawsuit before the civil court of the first instance to obtain compensation from the municipality. The civil court gave a decision of non-jurisdiction on the grounds that the case fell within the jurisdiction of the administrative courts. In its decision, the court also ruled that if the applicants apply to the court within 10 days from the finalization of the decision, the file would be sent to the competent administrative court. The civil court sent the case file to the competent administrative court upon the application of the plaintiffs following the finalization of the decision. The competent administrative court established an interim decision and requested the applicants to complete their petitions within 30 days from the date of notification. Upon the applicants' completion of the petition in accordance with the Administrative Justice Procedure Act, the court carried out various procedural actions such as the notification of the petitions to the parties. After a while, the administrative court decided to reject the case on the grounds that there was a procedural error and to send the file (back) to the civil court of the first instance.

¹ Abbreviations:

ECtHR: European Court on Human Rights / E.: File Number / K.: Decision Number / T.: Decision Date / AJPA: Turkish Administrative Justice Procedure Act.

² ECtHR, Case of Mesutoğlu v. Turkey, Application No: 36533/04, 14.10.2008, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, 5.7.2022.

Justification of the administrative court decision

In the Turkish judicial system, the principle of “the separation of the jurisdictions” is applied. In other words, judicial and administrative jurisdiction are separated from each other. In this context, Turkish “Administrative Justice Procedure Act” (AJPA) No. 2577,^{3, 4} regulates what should be done in case a lawsuit is filed in the field of civil jurisdiction instead of administrative jurisdiction. According to Article 9/1 of the AJPA, in such a case, the plaintiff may file a lawsuit in the administrative jurisdiction within 30 days from the finalization of the decision of non-jurisdiction by the civil court. The date of application to a non-commissioned judicial authority will be considered as the date of application to administrative jurisdiction.

In the case subject to the Mesutoğlu decision, the applicants did not file a lawsuit before the administrative court after the non-jurisdiction decision of the civil court. The civil court decided to send the file to the administrative court upon the application of the plaintiffs following the finalization of the non-jurisdiction decision. However, such a procedure is not envisaged in the AJPA. On the contrary, it was required that the applicants file a lawsuit in the administrative court after the decision of non-jurisdiction. The administrative court found this practice, which is not foreseen by Article 9/1 of the AJPA, to be faulty and therefore decided to reject the case. According to the administrative court, the applicants should have filed a lawsuit in the administrative jurisdiction with a petition prepared by themselves in accordance with Article 3 of the AJPA. This decision of the Administrative Court has been finalized by passing the control of the Council of State.

The Justification of the European Court of Human Rights

The plaintiffs applied to the ECtHR on the grounds that their right to access the court had been violated within the scope of Paragraph 1 of Article 6 of the European Convention on Human Rights. In its decision, the European Court of Human Rights (ECtHR) accepts that the right of access to the court is not unlimited and that the regulations to be brought by the parties regarding the right of application naturally limit this right. However, the compatibility of these limitations with article 6/1 of the European Convention on Human Rights depends on pursuing a legitimate aim and finding a reasonable balance between the purpose and the means. Based on these principles, the ECtHR has determined the issues

³ Turkish Administrative Justice Procedure Act No. 2577, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>, 28.07.2022.

⁴ For Act No. 2577 in English see <https://rm.coe.int/law-no-2577-on-procedure-of-administrative-justice/16809f008b>, 12.08.2022.

that the court should pay attention to in the evaluation of the procedural rules to be brought by the parties regarding the right to file a lawsuit. Accordingly, when applying these rules, courts should avoid rigid formalism that would undermine the fairness of the case. However, in the evaluation of the rules introduced, the courts should also avoid excessive flexibility which may cause these rules to disappear.

Within the framework of these principles regarding the right of access to the court, the ECtHR evaluated the case at hand. According to article 9 of the AJPA, if a lawsuit that must have been filed in the administrative jurisdiction has been filed in the judicial jurisdiction, it is possible to file a lawsuit in the administrative jurisdiction within a certain period, upon the decision of non-jurisdiction. In the present case, however, the applicants did not file a lawsuit directly, and the civil court sent the file to the competent administrative court upon the application of the plaintiffs. The ECtHR has emphasized that there is no difference, in terms of the outcome, between the applicants' filing a lawsuit in the administrative court upon the decision of non-jurisdiction and the civil court sending the file to the administrative court. Ultimately, both cases serve the purpose of having the case examined by a competent judicial authority. The ECtHR added that even if it is assumed that Article 9 of the AJPA should be strictly applied, the applicants had also submitted their petitions to the administrative court after the interim decision of the administrative court.

As a result, according to the ECtHR, the aim of Articles 4 and 9 of the AJPA is to facilitate access to administrative courts. However, the strict application of Article 9 of the AJPA deprived the applicants of their right of access to the court and therefore their right to a fair trial within the framework of Article 6/1 of the European Convention on Human Rights. For this reason, the ECtHR decided that the right to a fair trial had been violated.

THE RIGHT OF ACCESS TO THE COURT

The right to a fair trial is regulated in Article 6 of the European Convention on Human Rights. Paragraph 1 of Article 6 is valid for cases related to civil rights and obligations and for criminal cases. Paragraphs 2 and 3 of Article 6 are only applicable to criminal cases.⁵ In Article 6 of the European Convention on Human

⁵ Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Âdil Yargılanma Hakkı", [The Right to a Fair Trial in the European Convention on Human Rights], *European Convention on Human Rights and Judicial Justice Symposium*, Union of Turkish Bar Associations Publications, Ankara, 2004, 39; Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, *Protecting The Right To A Fair Trial Under The European Convention On Human Rights*, 2nd Edition, Council of Europe, Strasbourg, 2017, 11; William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2015, 271.

Rights, some of the principles of fair trial are clearly regulated. However, the ECtHR, while determining the principles of a fair trial, does not limit itself to the text of the article. In this respect, the ECtHR broadly interpreted Article 6 due to the importance of Article 6 for the rule of law and the democratic society and accepted that the mandatory consequences of a fair trial are included among the principles.⁶ In other words, there are explicit and implied principles of the right to a fair trial.⁷

According to Article 6/1 of the Convention, everyone has the right to have their case heard by an (i) independent and (ii) impartial (iii) court (iv) established by law, in (v) public and within a (vi) reasonable time. As it can be seen, the right of access to the court is not mentioned in Article 6 of the Convention. However, this right is accepted among the implied principles as a necessary consequence of the right to a fair trial. Because if there is no case, there is no point in the trial being fair, public and speedy.⁸ In other words, the right of access to a court is a logical prerequisite and indispensable condition (*sine quo non*) of the procedural guarantees set out in Article 6/1 of the Convention.⁹ For this reason, Article 6/1 of the Convention not only guarantees a trial that has already begun but also guarantees the right to go to court, that is, the right to access the court.¹⁰

The fact that courts play an important role in protecting rights, compensating damages, ensuring the rule of law and peaceful resolution of disputes, is the basis for the right of access to the court.¹¹ Indeed, in an international or national legal system, the protection and respect of human rights can only be guaranteed by the existence of an effective judicial remedy.¹² As a matter of fact, in its Decision:

⁶ Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Âdil Yargılama”, [Fair Trial in the European Convention on Human Rights], *Ankara University Faculty of Political Sciences Journal*, Vol. 49, 1994, 200-201; D. Vitkauskas, G. Dikov, op. cit., 12; W. A. Schabas, op. cit., 284-285.

⁷ For explicit and implied elements, see A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, [European Convention on Human Rights and Its Practice], 10th Edition, Turhan Bookstore, Ankara, 2013, 267.

⁸ ECtHR, Case of Golder v. U.K., Application No: 4451/70, 21.02.1975, §35, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, 23.07.2022.

⁹ Boštjan M. Zupancic, “Access to Court as a Human Right According to the European Convention of Human Rights”, *Nottingham Law Journal*, No. 2, Vol. 9, 2000, 7.

¹⁰ A. Ş. Gözübüyük, F. Gölcüklü, op. cit., 266.

¹¹ Christopher A. Whytock, “Foreign State Immunity and The Right to Court Access”, *Boston Law Review*, Issue 6, Vol. 93, 2013, 2048.

¹² Francesco Francioni, “The Rights of Access to Justice under Customary International Law”, *Access to Justice as a Human Right*, (Ed. Francesco Francioni), Vol. XVI/4, Oxford University Press, New York, 2007, 1.

Golder v. The UK, the ECtHR stated that in the absence of the possibility of access to a court, it is difficult to claim the existence of the rule of law.¹³

These justifications for the existence of the right of access to the court are even more important in terms of judicial review of the acts of the executive branch. Because one of the elements of the rule of law is the judicial review of the actions of the executive.¹⁴ In this framework, in the Turkish legal system where the separation of jurisdiction is accepted; access to administrative jurisdiction is indispensable for the existence of the rule of law.

In addition to the theoretical existence of the right of access to the court, this right must de facto / actually exist.¹⁵ In other words, although the possibility of applying to a court is theoretically available if this right is not used in practice effectively without the fault of the person concerned, article 6/1 of the Convention is deemed to be violated.¹⁶ In fact, for this reason, the ECtHR, in its Decision Golder v. the UK, which is its first decision in which it accepted the right of access to court, decided that article 6/1 of the Convention had been violated.¹⁷ Therefore, de facto or legal obstruction of the right of access to the court and likewise, the restriction of this right by making it impossible to exercise it means that Article 6 of the Convention is violated.¹⁸ However, it should also be noted that the obligations of the States Parties to the Convention are not only negative obligations but that is also to say, limited to the non-prevention of the use of this right. In addition, the States Parties are also required to take measures (positive obligation) to ensure the effective use of this right.¹⁹

The right of access to court, which is a necessary consequence of the right to a fair trial, is not absolute. Due to its nature, this right needs to be regulated by states.²⁰ Arrangements to be made may change in time and place according to the needs and resources of individuals and society.²¹ In particular, in order to prevent

¹³ Case of Golder v. U.K., §34.

¹⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, [Turkish Constitutional Law], 19th Edition, Yetkin Publications, Ankara, 2019, 125 ff.

¹⁵ David John Harris, Michael O'Boyle, Carla Warbrick, *Law of The European Convention on Human Rights*, 2nd Edition., Oxford University Press, New York, 2009, 236; R. Türmen, op. cit., 41.

¹⁶ A. Ş. Gözübüyük, F. Gölcüklü, op. cit., 278.

¹⁷ D. J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, op. cit., 236.

¹⁸ F. Gölcüklü, op. cit., 208.

¹⁹ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Âdil Yargılanma Hakkı*, [Right to Fair Trial in the Decisions of the European Court of Human Rights], 4th Edition, Beta Publications, İstanbul, 2013, 115-116; A. Ş. Gözübüyük, F. Gölcüklü, op. cit., 279.

²⁰ W. A. Schabas, op. cit., 285.

²¹ Case of Golder v. U.K., §38.

abuse of this right, the States may determine the conditions under which it is used and limit its use.²² Likewise, as a principle, it can be accepted to make procedural arrangements in national legislation for the purposes of the good functioning of justice, the prevention of excessive caseload for the courts, the regular functioning of the judicial system, and the “legal certainty”.²³ For example, limiting the filing of the lawsuit within a certain period of time, applying fees for litigation and decision making, denying legal aid, delaying litigation, obligatory representation by a lawyer in the application for legal remedies (such as appeals), and penalizing legal remedy applications with a malicious intention, have such a nature that limit the right to access to the court.²⁴ The limitations to be brought to the right of access to the court are under the discretion of the states, but the limits of the use of this discretion have been determined by the ECtHR.²⁵ In other words, the ECtHR, while accepting that the right can be limited, has also determined the criteria for its limitation.²⁶ Accordingly, to be acceptable, the limitation of this right must comply with three requirements:²⁷ (i) Limitation must serve a legitimate purpose. (ii) It should not harm the essence of the right. (iii) There should be a reasonable ratio/balance between the means and the purposes of the limitation.

In the *Ashingdane* decision, in which the limitation criteria were determined, it was found that the limitation imposed on the right of access to the court over a person who was receiving treatment at a mental hospital conformed with the Convention. In the British legal system, the right to file a lawsuit against mentally ill persons is limited. This limitation aims to prevent unjust pressures, through the lawsuit, on those people who are responsible for the care of mentally ill persons.²⁸ The ECtHR has determined that the restriction brought in this direction has a legitimate aim, does not undermine the essence of the right, and is proportional. It is possible to limit the right of access to the court under the above-mentioned conditions.

²² A. Ş. Gözübüyük, F. Gölcüklü, op. cit., 278.

²³ D. Vitkauskas, G. Dikov, op. cit., 33; Pieter van Dijk, Fried van Hoff, Arjen van Hijn, Leo Zwaak (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th Edition, Intersentia Publishing, Antwerpen/Oxford, 2006, 573.

²⁴ For more similar examples of limitations, see D. J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, op. cit., 239 ff; S. İnceoğlu, op. cit., 120 ff; D. Vitkauskas, G. Dikov, op. cit., 33 ff; P. van Dijk et al., op. cit., 569 ff.

²⁵ Paula Giliker, “Osman and Police Immunity in the English Law of Torts”, *Legal Studies*, Issue 3, Vol. 20, 2000, 374.

²⁶ ECtHR, Case of *Ashingdane v. U.K.*, Application No: 8225/78, 28.05.1985, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, 26.07.2022.

²⁷ Case of *Ashingdane v. U.K.*, §57.

²⁸ Case of *Ashingdane v. U.K.*, §58.

However, the interpretation of the procedural conditions, especially regarding the right of access to the court, also affects this right. If it is possible to interpret the procedural rules in several ways, they should not be interpreted or applied strictly in such a way that the right of access to the court may be prevented.²⁹ In several of its judgments, the ECtHR has evaluated that the strict interpretation and application of procedural rules deprives individuals of their right of access to the court.³⁰

Indeed, as explained earlier, in its decision *Mesutoğlu v. Turkey*, the Court also stated that national courts should avoid strict formalist interpretations when construing the procedural rules.³¹ At this point, it should be added that national courts are competent in the interpretation of procedural rules. The ECtHR also states in its decisions that it has no duty to interpret national legislation, its duty is only to supervise the compliance of the interpretations of national courts with the Convention.³²

THE EFFECTS OF THE MESUTOĞLU DECISION ON THE TIME LIMIT TO FILE A LAWSUIT

While the ECtHR recognizes that it has no duty to interpret national legislation, it oversees the interpretation of national courts for compliance with the European Convention on Human Rights. The *Mesutoğlu* decision of the ECtHR, which we have summarized at the beginning of the study, sets an important principle in terms of the interpretation of the procedural rules regarding the application made to the court. Accordingly, while interpreting the procedural rules, the judicial authorities should avoid both excessive formalisms that would violate the right of access to the court and the excessive flexibility that would make the procedural rules meaningless. This criterion brought by the ECtHR regarding the interpretation of the procedural rules had important effects on the Turkish administrative judiciary.

In many of its decisions, the Turkish Council of State referred to the *Mesutoğlu* decision. The Turkish Council of State has also included the *Mesutoğlu* decision in many procedural decisions such as the time limit for filing a lawsuit, the rejection of the lawsuit petition, the places where the lawsuit can be filed, the attorney's

²⁹ D. J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, 240.

³⁰ ECtHR, *Case of Pérez De Rada Cavanilles v. Spain*, Case No: 116/1997/900/1112, 28.10.1998, §49, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, 26.07.2022; ECtHR, *Case of Běleš And Others v. The Czech Republic*, Application No: 47273/99, 12.11.2002, §50-51, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, 26.07.2022.

³¹ *Case of Mesutoğlu v. Turkey*, §22.

³² ECtHR, *Case of Yagtzilar and Others v. Greece*, Application No: 41727/98, 06.12.2001, §25, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, 26.07.2022.

fee to be awarded against the plaintiff, the decision of the non-commissioned judicial authority to send the file. In this respect, this decision of the ECtHR has had an impact on the Turkish administrative judiciary in several ways. Although the Mesutoğlu decision is not directly related to the time limit for filing a lawsuit, this is among the issues to which the Council of State makes reference in its decisions. Although important jurisprudence has been developed regarding this issue especially the courts of the first instance make an overly formalistic interpretation from time to time. Therefore, the Mesutoğlu decision is still of significant importance in the interpretation of the rules regarding the time limit for filing a lawsuit.

While evaluating the effect of the Mesutoğlu decision on the “time limit to file a lawsuit” in the Turkish administrative judiciary, the decisions of the Turkish Council of State where reference was made to this decision were taken into account. As can be seen in the decisions of the Council of State, as a result of the Mesutoğlu decision, the Turkish administrative judiciary tends to interpret the procedural rules within the framework of the “right of access to the court”. Of course, there are also decisions of the Council of State that are open to criticism and interpret the procedural rules in an overly formal way. However, the decisions regarding the time limit for filing a lawsuit, which make reference to the Mesutoğlu decision, constitute the main subject of this study. These decisions, on the other hand, show the positive approach that the Council of State assumed together with the Mesutoğlu decision.

*Limitation of the right of access to the court by setting
a time limit for filing a lawsuit*

According to the case law of the ECtHR, it is possible to regulate and limit the right of access to the court by the States Parties. As a matter of fact, in this context, various procedural conditions can be brought in relation to filing a lawsuit, such as the time limit for filing a lawsuit. Although it is accepted that the parties have the discretion to regulate and limit this right, the compliance of this limitation with the Convention is regulated. The limitation is controlled by subjecting it to the triple test of a legitimate aim, proportionality, and the prohibition of touching the essence of the right.

It should be stated that the time limit to file a lawsuit, which is so short that it is impossible to act on time, can de facto deprive the person of the right of access to the court.³³ Except for such cases, it is mostly not possible to talk about the fact that the period of filing a lawsuit damages the essence of the right.

³³ Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2nd Edt., Sweet & Maxwell, London, 2004, 78.

Imposing a time limit is of vital importance in bringing certainty and stability to social and legal relations and in the well-functioning of justice.³⁴ The ECtHR has stated that the “time limit” has legitimate aims such as ensuring legal certainty, protecting potential defendants against old claims that may be difficult to challenge, and preventing the courts from being unfair when deciding on long past events.³⁵ Indeed, if there is no time limit, there will be a possibility of disputes arising indefinitely, causing legal uncertainties for the parties, and the quality of the decisions will decrease as the courts will deal with the events that took place a long time ago.³⁶ In addition to all these, if there is no time limit in terms of administrative jurisdiction, administrative proceedings could be under the constant threat of lawsuits, and this may cause disruption of public administration and services.³⁷

Considering the justifications for setting a time limit for initiating litigation, it seems that such limitations serve a legitimate purpose. Therefore, a “time limit” would not be contrary to the Convention if it complies with the principle of proportionality.³⁸ In the control of proportionality, the discretion of the states is also taken into account given the different practices of the parties.³⁹ In other words, the parties have a wide margin of discretion in determining the time limit for filing a lawsuit. The time limit for filing a lawsuit in the Turkish administrative judiciary is stipulated in Article 7 of the AJPA and the articles that follow it. Whether the case is filed within the time limit is among the first issues to be examined. The courts of instance make this examination *ex officio*. If it is determined that the case has not been filed within the time limit, the case is rejected in terms of preconditions before starting to evaluate the case on merit. In this respect, the Mesutoğlu decision is of particular importance in the interpretation of the provisions regarding the “time to file a lawsuit” in the Turkish administrative judiciary.

³⁴ Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, 2nd Edt., Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 497.

³⁵ ECtHR, *Case of Stubbings and Others v. the U.K.*, Application No: 22095/93, 22.10.1996, §51, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, 29.07.2022.

³⁶ N. Jayawickrama, *op. cit.*, 497.

³⁷ Lütfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, [Time Limit to File a Lawsuit in Administrative Jurisdiction], *Istanbul Law Review*, No. 1-2, Vol. 11, Istanbul, 1945, 239; Ahmet Akbaba, *Right to Fair Trial in Turkish Administrative Justice System in the Light of European Human Rights Law*, Legal Publishing, Ankara, 2016, 51. For a critique of such views on the time limit to file a lawsuit see Yıldırım Uler, “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, [Time Limit to File Lawsuit in Administrative Jurisdiction], *First National Administrative Law Congress*, Book One, Council of State Publications, Ankara, 1991, 209 ff.

³⁸ D. J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *op. cit.*, 240.

³⁹ *Ibidem*.

Notification of the time limit for filing a lawsuit in administrative acts

According to Article 40/2 of the Turkish Constitution⁴⁰ dated 1982, in its acts the State must specify the authority to which and the time limit when such an appeal can be made. Based on this constitutional provision, the determination of the time limit for filing a lawsuit has been a matter of debate in the Turkish doctrine and judiciary in terms of transactions where such a time limit is not notified. Due to the difference in jurisprudence between the departments of the Council of State, the issue has also come before the Board of the Unification of Case Law.

In the Turkish administrative jurisdiction, there are two groups of time limits to initiate litigation: general time limit and special time limit: The general time limit is 60 days in administrative courts and 30 days in tax courts. Apart from this, some laws stipulate a shorter period than the general time limits. In cases where the time limit is not notified by the State, how will the time to file a lawsuit be calculated? Regarding the subject, the Council of State's Case-Law Unification Board also referred to the Mesutoğlu decision and decided that the general litigation period should be applied in cases where the state does not notify a time limit for filing lawsuits against its acts.⁴¹ In other words, even if there is a transaction subject to a special time limit for filing a lawsuit, if the person concerned is not notified, the general time limit shall be applied.

*Application of different time limits to file a lawsuit
in administrative courts and tax courts*

According to article 7 of the AJPA, the time limit for filing a lawsuit is 60 days in administrative courts and 30 days in tax courts as mentioned above. The stipulation of different time limits for administrative and tax courts sometimes causes problems. Although the duties of administrative and tax courts are separated from each other, there may exist hesitation in the determination of the competent court in terms of some acts. For example, in a lawsuit filed after 30 days, considering that the administrative court is in charge, if in fact, the tax court is in charge, the time to file a lawsuit will have passed.

Exactly in a case like the example given above, the Council of State referred to the Mesutoğlu decision and interpreted the procedural rules to ensure the right

⁴⁰ Constitution of the Republic of Turkey, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, 29.07.2022.

⁴¹ The Board of the Unification of Case Laws of the Council of State, E. 2021/2, K. 2022/1, T. 15.03.2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/06/20220619-7.pdf>, 28.07.2022.

of access to the court.⁴² In the case subject to the decision, the case was filed in the administrative court after the 30-day period had elapsed. The administrative court decided on the merits of the case. However, the decision was overturned by the Council of State in the appeal review on the grounds that the tax court should be in charge. The tax court, which received the file, accepted the date of application to the administrative court as the application date pursuant to the provisions of the AJPA and decided to reject the case because the deadline for filing a lawsuit had passed. Upon the appeal of this decision, the relevant chamber of the Council of State reversed the tax court's decision. According to the justification of the decision, in a situation where even the administrative court cannot determine the competent court, the determination of the competent court cannot be expected from the plaintiff. Admission to the contrary would not be in accordance with justice and would undermine the essence of the right of access to the court. For this reason, it is necessary to accept that the lawsuit was filed within the time limit.

*The time limit to file a lawsuit in full remedy cases arising
from administrative actions*

There is no law regulating the administrative procedure in the Turkish legal system. For this reason, the applications to be made to the administration before filing a lawsuit and the effect of these applications on the time limit to file a lawsuit are regulated in the AJPA. According to article 13 of the AJPA, in order to be able to claim compensation for a loss arising from an administrative action, an application must be made to the administration responsible for compensating the damage before filing a full remedy action. It is possible to file a lawsuit if the administration explicitly or implicitly rejects the application. Failure to make this application within the specified period will result in the rejection of the lawsuit to be filed due to the statute of limitations.

In the relevant article, the time limit for application is limited to 1 year from the date of the administrative action by the interested parties, and in any case, to 5 years from the date of the administrative action. The lawsuits to be filed upon the rejection of the application to the administration after the deadline for application to the administration will be rejected due to the statute of limitations. The Council of State,⁴³ which set legal precedents over time regarding the beginning of these

⁴² 3rd Chamber of the Council of State, E. 2013/5292, K. 2015/42, T. 21.01.2015, *www.lexpera.com.tr*, 23.07.2022.

⁴³ For the jurisprudence of the Council of State on this issue, see Serkan Çınarlı, Kerim Azak, "Kamu Hastanelerinde Covid-19 Nedeniyle Zarar Gören Hastaların İdareye Başvuru Sürecinin Tartışılması (İYUK Madde 13 Kapsamında)", *Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19*, [Discussion of the

periods, also referred to the Mesutoğlu decision, emphasizing the right of access to the court.^{44,45} The determination of the content of the learning act, which is valid for the beginning of the 1-year period, has eliminated the unfair situations experienced due to the statute of limitations. Especially for damages arising from medical practice, the Council of State has taken into account the date when the administrative nature of the action and the damage are learned together as the basis for determining the time limit. For example, if the damage was learned first, and then it was later learned that the damage was caused by the action of administration, this second date was taken into account in terms of the beginning of the 1-year period.

In article 13 of the AJPA, the date of the administrative action is determined as the beginning of the 5-year application period. However, taking the beginning of this 5-year period as the date of action may result in a violation of the right to access to the court. For this reason, the Council of State has also developed its jurisprudence regarding the beginning of the 5-year period. The Council of State, in a decision that referred to the Mesutoğlu decision, stated that the 5-year period would begin with the discovery of the fact that the action was administrative.⁴⁶

In another decision⁴⁷ given within the scope of article 13 of the AJPA, the Council of State determined when the implied rejection period would start. According to the decision, the implied rejection period will start on the date the petition enters into the records of the administration that will evaluate the compensation claim. Regarding the event subject to the decision, the administrative court decided that the implied refusal period would begin with the application made

Application Process of Patients Aggrieved due to Covid-19 in Public Hospitals to the Administration (Within the Scope of Article 13 of Administrative Jurisdiction Procedures Law), A Global Epidemic and Law: Covid-19], (Eds. Murat Batu, Sezai Çağlayan), Seçkin Publications, Ankara, 2021, 259-269.

⁴⁴ 15th Chamber of the Council of State, E. 2016/245, K. 2016/1455, T. 07.03.2016, www.lexpera.com.tr, 23.7.2022; 15th Chamber of the Council of State, E. 2015/9942, K. 2016/1698, T. 14.03.2016, www.lexpera.com.tr, 23.07.2022; 15th Chamber of the Council of State, E. 2015/1071, K. 2015/3624, T. 4.6.2015, www.lexpera.com.tr, 23.07.2022.

⁴⁵ As a matter of fact, this issue has also been the subject of a decision of the ECtHR and it has been determined that the interpretation of the Turkish Military High Administrative Court regarding Article 13 of the AJPA violates the Convention, ECtHR, Case of Eşim v. Turkey, Application No: 59601/09, 17.09.2013, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, 30.7.2022. It should also be noted that military courts in Turkey were abolished with the 2017 Constitutional Amendment.

⁴⁶ 15th Chamber of the Council of State, E. 2015/689, K. 2015/3382, T. 28.05.2015, www.lexpera.com.tr, 23.07.2022.

⁴⁷ 15th Chamber of the Council of State, E. 2016/4241, K. 2016/3896, T. 31.05.2016, www.lexpera.com.tr, 23.07.2022.

to the Ministry of Health, which is not responsible for evaluating the compensation claim and refused the statute of limitations. The Council of State found this interpretation of the administrative court too rigid and formalistic.

*Time limit to file a lawsuit upon the decision
of non-jurisdiction of the civil court*

The time limit for filing a lawsuit in cases that fall under the jurisdiction of the administrative judiciary, but which have been brought before the civil judiciary is regulated in Article 9 of AJPA. According to this provision, the plaintiffs may file a lawsuit before the administrative court, within 30 days starting from the finalization of the decision of dismissal of the case in terms of competence. The date of application to a non-commissioned judicial authority is considered the date of application to the administrative judicial authority.

According to the wording of the article, the 30-day period stipulated in article 9 of the AJPA will start from the day following the finalization of the decision of non-jurisdiction. In other words, the 30-day period will start even if the final decision is not notified to the person concerned. However, the Council of State, although in some cases it had decided to the contrary, decided that this 30-day period would begin with the notification of the finalization decision to the relevant person. In this decision, the Council of State, by referring to the Mesutoğlu decision, emphasized that the excessive formalist interpretation of Article 9 of the AJPA would violate the right of access to the court.⁴⁸

Another issue related to article 9 of the AJPA is that the file is sent to the administrative judicial authority in charge by the judicial authority that gave the decision of non-jurisdiction, upon the non-jurisdiction decision of the civil court. As a matter of fact, this issue has been the subject of the Mesutoğlu decision. Especially under the effect of the Mesutoğlu decision, the applications made to the civil court to send the file after the decision of non-jurisdiction of the civil court are considered in conformity with the procedure by the Council of State. In other words, the Council of State finds the applications made to the civil court to forward the file in accordance with article 9 of the AJPA, even though it is not specified in the law. It also considers the date of the application made to the civil court to send the file as the date of application to the administrative judicial authorities.⁴⁹

⁴⁸ 14th Chamber of the Council of State, E. 2011/16787, K. 2012/9669, T. 13.12.2012, www.lexpera.com.tr, 23.07.2022.

⁴⁹ 6th Chamber of the Council of State, E. 2011/7631, K. 2013/3480, T. 16.05.2013, www.lexpera.com.tr, 23.07.2022.

CONCLUSION

The time limit to file a lawsuit is an important limitation set before the right of access to the court. The ECtHR accepts such a limitation set for application to the court. However, the interpretation of the rules regarding the time limit for filing a lawsuit, which is a procedural rule, should be in conformity with provisions of the Convention. Considering the rather short time limits set for filing a lawsuit stipulated in the Turkish administrative jurisdiction, the interpretation of these rules is of considerable importance in terms of the right of access to the court.

As can be seen throughout the study, the Mesutoğlu decision and the principle set forth regarding the interpretation of the procedural rules affected the Turkish administrative judiciary. This effect is so great that the Turkish administrative courts, especially the Turkish Council of State, have made references to the Mesutoğlu decision in their various decisions. Pointing out that a strict interpretation of the procedural rules would violate the right of access to the court, the Council of State used this principle especially in the interpretation of the rules regarding the “time limit to file a lawsuit”. It should be added that the effect of the Mesutoğlu decision is not limited to the time limit set for filing a lawsuit, but also to many procedures regarding the right of access to the court. Finally, it is possible to say that the Mesutoğlu decision given in 2008 continues to have positive effects on the Turkish administrative procedure.

Prof. Dr ZEHRA ODYAKMAZ
Redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Mevlâna
KERIM AZAK
Istraživač saradnik
Univerziteta u Ankari

UTICAJ PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U SLUČAJU MESUTOĞLU PROTIV TURSKE NA ROK ZA PODNOŠENJE TUŽBE U OKVIRU PRAVA NA PRISTUP SUDU

Rezime

Jedan od prećutnih elemenata prava na pravično suđenje je pravo na pristup sudu – nema pravičnog suđenja bez pristupa sudu. Ipak, države bi trebalo da regulišu i ograniče korišćenje ovog prava, naročito prilikom primene određenih procesnih pravila, kako bi se obezbedilo nesmetano funkcionisanje pravosudnog sistema. S druge strane, formalno i strogo tumačenje proceduralnih pravila neminovno dovode do povrede prava na pristup sudu. Upravo je to bio zaključak Evropskog suda

za ljudska prava u slučaju *Mesutoğlu* protiv Turske, gde je utvrđeno da je član 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava koji garantuje pravo na pravično suđenje prekršen. Odluka *Mesutoğlu* je imala važne implikacije na tumačenje procesnih pravila upravnog pravosuđa u Turskoj. U radu, ova odluka se razmatra u kontekstu mnogih procesnih pravila: onih koja se odnose na rok za podnošenje tužbe, na odbijanje zahteva, na mesto gde se zahtev može podneti, kao i na naknadu za rad advokata. Oslanjajući se na odluke turskog Državnog saveta, u radu je podvučen značajan domašaj odluke *Mesutoğlu* po pitanju ne samo vremenskog roka za podnošenje tužbe u sistemu upravnog pravosuđa u Turskoj, nego i turskog upravnog pravosuđa u celini.

Ključne reči: pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, rok za podnošenje tužbe, Evropska konvencija o ljudskim pravima, ljudska prava

Bibliography

- Akbaba A., *Right to Fair Trial in Turkish Administrative Justice System in the Light of European Human Rights Law*, Legal Publishing, Ankara, 2016.
- Çınarlı S., Azak K., “Kamu Hastanelerinde Covid-19 Nedeniyle Zarar Gören Hastaların İdareye Başvuru Sürecinin Tartışılması (İYUK Madde 13 Kapsamında)”, *Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19*, [Discussion of the Application Process of Patients Aggrieved due to Covid-19 in Public Hospitals to the Administration (Within the Scope of Article 13 of Administrative Jurisdiction Procedures Law), A Global Epidemic and Law: Covid-19], (Eds. Murat Batı, Sezai Çağlayan), Seçkin Publications, Ankara, 2021.
- Dijk P. v., Hoff F. v., Hijm A. v., Zwaak L. (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th Edition, Intersentia Publishing, Antwerpen/Oxford, 2006.
- Duran L., “İdari Kazada Dava Açma Müddeti” [Time Limit to File a Lawsuit in Administrative Jurisdiction], *Istanbul Law Review*, No. 1-2, Vol. 11, Istanbul, 1945.
- Francioni F., “The Rights of Access to Justice under Customary International Law”, *Access to Justice as a Human Right*, (Ed. Francesco Francioni), Vol. XVI/4, Oxford University Press, New York, 2007.
- Giliker P., “Osman and Police Immunity in the English Law of Torts”, *Legal Studies*, Issue 3, Vol. 20, 2000.
- Gölcüklü F., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama”, [Fair Trial in the European Convention on Human Rights], *Ankara University Faculty of Political Sciences Journal*, Vol. 49, 1994.
- Gözübüyük A. Ş., Gölcüklü F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, [European Convention on Human Rights and Its Practice], 10th Edition, Turhan Bookstore, Ankara, 2013.
- Harris D. J., O’Boyle M., Warbrick C., *Law of The European Convention on Human Rights*, 2nd Edition, Oxford University Press, New York, 2009.
- İnceoğlu S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, [Right to Fair Trial in the Decisions of the European Court of Human Rights], 4th Edition, Beta Publishing, Istanbul, 2013.

- Jayawickrama N., *The Judicial Application of Human Rights Law*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- Özbudun E., *Türk Anayasa Hukuku*, [Turkish Constitutional Law], 19th Edition, Yetkin Publications, Ankara, 2019.
- Reid K., *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London, 2004.
- Schabas W. A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2015.
- Türmen R., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı”, [The Right to a Fair Trial in the European Convention on Human Rights], *European Convention on Human Rights and Judicial Justice Symposium*, Turkish Bar Association Publications, Ankara, 2004.
- Uler Y., “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, [Time Limit to File Lawsuit in Administrative Jurisdiction], *First Book of National Administrative Law Congress*, Council of State Publications, Ankara, 1991.
- Vitkauskas D., Dikov G., *Protecting The Right To A Fair Trial Under The European Convention On Human Rights*, 2nd Edition, Council of Europe, Strasbourg, 2017.
- Zupancic B. M., “Access to Court as a Human Right According to the European Convention of Human Rights”, *Nottingham Law Journal*, No. 2, Vol. 9, 2000.
- Whytock C. A., “Foreign State Immunity and The Right to Court Access”, *Boston Law Review*, Issue 6, Vol. 93, 2013.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

VLADAN PETROV

SUDSKA VLAST U SRBIJI – „NOVO POGLAVLJE“?

U radu, autor analizira proceduralne i sadržinske aspekte ustavnih promena u delu o pravosuđu iz 2022. godine. U proceduralnom smislu, i pored toga što su dobrim delom bili ispoštovani određeni evropski standardi promene ustava, ostala je „senka“ u delu koji se odnosi na referendumsku kampanju. Ona nije bila dovoljno organizovana. Utisak je da ni nosioci promena ni njihovi protivnici nisu uradili sve što su mogli da obaveste građane o čemu glasaju na referendumu i koje su dobre, a koje loše strane amandmanskih rešenja. U sadržinskom smislu, amandmani donose sistemske promene u sudstvu, koje moraju biti praćene kvalitetnim zakonskim i podzakonskim rešenjima kao i radom na razvoju pravne kulture koja odgovara istinskoj pravnoj državi. Autor zaključuje da „novo poglavlje“ za sudsku vlast u Srbiji jeste otvoreno, ali da još mnogo toga preostaje da se uradi da bi ono bilo „ispisano“ tako da dobijemo nezavisno i odgovorno sudstvo.

Ključne reči: Ustavni amandmani, nezavisno sudstvo, odgovorno sudstvo, pravna država, Visoki savet sudstva

U V O D

Od 1990. godine i, barem deklarativnog, povratka liberalno-demokratskoj ustavnosti, u Srbiji se istovremeno odvijaju i prožimaju dva procesa – uspostavljanje i izgradnja demokratije, s jedne strane, i pravne države, odnosno vladavine prava, s druge strane. Odavno je utvrđeno da su to dva procesa koja se nalaze

Prof. dr Vladan Petrov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije, e-mail: vpetrov@ius.bg.ac.rs.

u svojevrsnom „začaranom krugu“ (*circulus vitiosus*). Prava, stabilna demokratija stvara se putem prava. Drugim rečima, pravna sredstva i pravne institucije služe da se demokratija definiše, organizuje i institucionalizuje. Moderna demokratija nije politička (predstavnička) demokratija. To je ustavna demokratija u kojoj se, dva donekle suprotstavljena načela, načelo narodne (građanske) suverenosti i načelo suprematije ustava, dovode u ravnotežu. Ta ravnoteža neophodna je radi ostvarivanja i zaštite osnovne vrednosti ustavne demokratije. To su ljudska prava i slobode. Čuvari ljudskih prava i sloboda treba da budu svi, različiti institucionalni i vaninstitucionalni činioци u društvu, ali prvi njihov čuvar jeste nezavisno sudstvo.

Pravna i društvena borba za nezavisno sudstvo u najnovijoj istoriji Srbije traje više od tri decenije. Ustav Srbije iz 1990, premda je proklamovao načelo podela vlasti, ostao je dosledno odan načelu narodne suverenosti kad je sudska vlast u pitanju. Sudije su sudile u ime naroda, ali je sudije i birao narod, odnosno narodni predstavnici.¹ Sudska vlast ne sme biti do te mere „odnarođena“ da prestane bilo kakva veza sa izvornim nosiocem suverenosti,² ali joj se moraju obezbediti odgovarajuće pravne garantije koje će omogućiti da sudije sude po meri ustava i objektivnog prava, a ne po meri politike i političkog interesa, čiji god da je taj interes – pojedinca, grupe (političke stranke ili nevladine organizacije) ili većine (parlamentarne ili neke druge).

Ideja o pravosudnom savetu kao telu koje treba i može da obezbedi nezavisno i odgovorno pravosuđe dobila je svoje pravne obrise u Srbiji početkom ovog veka, da bi Visoki savet sudstva postao ustavni organ Ustavom Srbije iz 2006.³ Prema izvornom tekstu Ustava, „Visoki savet sudstva (dalje: VSS, V. P.) je nezavisan i samostalan organ koji obezbeđuje i garantuje nezavisnost i samostalnost sudova i sudija“⁴. Ako zanemarimo da je ustavotvorac propustio da VSS-u izričito odredi svojstvo državnog organa, toj ustavnoj definiciji se nije moglo ništa drugo suštinski zameriti. Ipak, Ustav iz 2006. stao je „na pola puta“. Ovaj akt predvideo je jedan „politizovani“ VSS, sastavljen od funkcionera koji su svoj mandat neposredno dugovali politici (predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine – članovi po položaju) i osam članova, koji su nominalno pripadali struci (šest sudija sa stalnom sudijskom funkcijom i dva ugledna i istaknuta pravnika), ali koje je birala Narodna

¹ Član 73. Ustava Srbije iz 1990. godine (*Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 1/1990).

² V. Vladan Kutlešić, „Nema nezavisnog sudstva“, <https://www.ekspres.net/politika/nema-nezavisnog-sudstva-vladan-kutlesic-profesor-ustavnog-prava-na-univerzitetu-union-nikola-tesla>, 20. 10. 2022.

³ V. više o pravosudnim savetima uopšte i u Republici Srbiji: Darko Simović, Vladan Petrov, *Ustavno pravo*, Beograd 2018, 290–294.

⁴ Član 153. stav 1 Ustava Srbije iz 2006. (*Službeni glasnik RS*, broj 98/2006).

skupština.⁵ Takav sastav VSS-a pratila je i kompetenciona „impotentnost“ ovog organa. Ne samo da je sudije koje se prvi put biraju, na mandat od tri godine, birala Narodna skupština, nego VSS nije raspolagao ni mnogim drugim značajnim nadležnostima u vezi za statusom sudija.⁶ Drugim rečima, konkretne nadležnosti VSS-a, od kojih su samo neke bile navedene u Ustavu, i njegov sastav nisu odgovarali ustavnoj definiciji ovog organa. Prema tome, Ustav iz 2006. jeste predvideo pravosudni savet, ali su Narodna skupština, kao *par excellence* politički činilac, a posredstvom nje i izvršna vlast bili i dalje nadmoćni. Uticaj politike na sudsku vlast, suštinski, nije se smanjio u odnosu na Ustav Srbije iz 1990. godine. S druge strane, VSS prema izvornom tekstu Ustava iz 2006. nije bio, prema svojoj suštini, pravi pravosudni savet.

Ustav Srbije iz 2006. je „ustav iz nužde“.⁷ Ustav, koji se donosi u krajnje nepovoljnim unutrašnjim i spoljnim okolnostima, teško može odlikovati logička koherentnost njegovih osnovnih rešenja. „Fasadna ustavnost“, u različitim modalitetima, danas prisutna u svim savremenim državama koje su zadržale izvesna autoritarna obeležja, karakteriše se nominalnim uvođenjem institucija, koje su uređene tako da promašuju svoju svrhu, izopačavaju se u svoju suprotnost i, po pravilu, diskredituju u nepovoljnim društveno-političkim okolnostima. To se, u najvećoj meri, desilo i VSS-u prema izvornom tekstu Ustava iz 2006. Njegova uloga u opštem (re)izboru sudija 2009. godine, koji je izvršen ne samo uz flagrantno kršenje Ustava,⁸ već i osnovnih evropskih standarda i civilizacijskih tekovina moderne pravne države, bila je takva da je bacila ozbiljnu „senku“ sumnje na kapacitet jednog takvog organa da obezbedi nezavisno i odgovorno sudstvo. S druge strane, Srbija, koja je u pristupnim pregovorima sa Evropskom Unijom, preuzela i međunarodno-pravne obaveze da reformiše svoje pravosuđe, potrošila je čitavu jednu deceniju između „čekića i nakovnja“, između navodnih „ustavobranitelja“, koji bi svako spominjanje promene Ustava vezivali za „predaju“ Kosova i Metohija, i onih ustavnih „puritanaca“, koji bi da Ustav menjaju u idealno-tipskim uslovima (uz najširi društveni konsenzus, potpunu slobodu medija, u pluralističkom parlamentu u kojem će svačiji glas biti podjednako vredan i tome sl.). Oba politička činioca, uz neodlučne poteze nosilaca izvršne vlasti, koji su se nametnuli kao jedini inicijatori

⁵ Član 153. st. 2–4 Ustava Srbije iz 2006. (*Službeni glasnik RS*, broj 98/2006).

⁶ Član 154. Ustava Srbije iz 2006. (*Službeni glasnik RS*, broj 98/2006).

⁷ Taj izraz upotreбили smo na naučnom skupu „Dva veka srpske ustavnosti“, u organizaciji SANU i Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 2010. godine. Negde u isto vreme, taj izraz upotrebio je i profesor Edin Šarčević za Ustav BiH (tzv. Dejtonski ustav). V. Edin Šarčević, *Ustav iz nužde*, Sarajevo, 2010.

⁸ V. Tanasije Marinković, „O ustavnosti opšteg reizbora sudija“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2009, 283–291.

ustavne reforme, doveli su do toga se o ustavnim promenama samo priča, ali da se na njima na jedan kvalitetan i dosledan način ne radi. Činilo se da će i Vladin predlog za promenu Ustava u delu o pravosuđu iz decembra 2020. godine,⁹ istovetne sadržine kao i onaj iz novembra 2018. godine, ostati još jedan „ustavni promašaj“. Nije se još moglo naslutiti da će Srbija promeniti Ustav u delu o pravosuđu ni kada je nadležni skupštinski odbor polovinom aprila 2021. godine doneo odluku o preduzimanju aktivnosti u pravcu usvajanja akta o promeni Ustava. Kada je početkom juna 2021. godine, Narodna skupština usvojila predlog akta o promeni Ustava,¹⁰ još uvek je bilo više onih koji su mislili da do promene Ustava neće doći. Ipak, pažljivom posmatraču nije mogla promaći u tom trenutku barem jedna suštinska promena u odnosu na prethodne neuspele pokušaje. Promena Ustava ušla je u fazu u kojem je, barem nominalno, Narodna skupština bila „gospodar“ postupka. To više nije bila izvršna vlast od onog momenta kada je Skupština prihvatila njen predlog za promenu Ustava. Narodna skupština će osam meseci kasnije, 9. februara 2022. godine i proglasiti Akt o promeni Ustava u delu o pravosuđu.¹¹ U javnosti skromno praćenom događaju koji je predstavljao prvu promenu Ustava Srbije u njenoj savremenoj istoriji, političari su se već uveliko okrenuli predstojećim opštim izborima.

PROCEDURALNI ASPEKTI PROMENE USTAVA – FORMALNO I STVARNO

U svom mišljenju na ustavne amandmane o pravosuđu od oktobra 2021. godine, Venecijanska komisija je iznela pozitivne ocene o proceduri u kojoj su izrađeni nacrt akta o promeni Ustava u delu o pravosuđu i ustavni zakon za sprovođenje akta o promeni Ustava. „Proces javnih konsultacija za ovaj nacrt amandmana može se okarakterisati kao dovoljno inkluzivan i transparentan“. Venecijanska komisija jeste konstatovala da je institucionalni okvir za promenu Ustava dala politički monolitna skupština i da je do okončanja procesa nephodno „aktivno tražiti učešće i uključivanje opozicije“, da bi se „postigao najširi mogući legitimitet za ustavnu reformu“.¹²

⁹ V. Predlog za promenu Ustava Republike Srbije, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2020/1984-20.pdf.

¹⁰ Predlog za promenu Ustava (*Službeni glasnik RS*, broj 58/2021).

¹¹ Odluka o proglašenju akta o promeni Ustava Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

¹² Venice Commission, *Opinion on the Draft Constitutional Amendments on the Judiciary and the Draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments*, CDL-AD(2021)032.

Komentatori i kritičari promene Ustava izvlačili su iz konteksta ove reči, uglavnom, ne navodeći da Venecijanska komisija traži „odgovornost opozicije i učesće u procesu“.¹³ Ta odgovornost je, najvećim delom, izostala. Narodna skupština, takva kakvu je Srbija imala u tom trenutku, usvojila je akt o promeni Ustava krajem novembra 2021. godine. Formalno-pravno, Narodna skupština je obavila svoj zadatak. Usledila je referendumski kampanja u kojoj po slovu Zakona nisu smeli da učestvuju državni organi i nosioci javnih funkcija. Krajnje neuobičajeno zakonsko rešenje,¹⁴ otvorilo je pitanje u javnosti ko može biti organizator referendumski kampanje i kako ona, u relativno kratkom periodu, do 16. januara 2022. godine, kada je bilo predviđeno održavanje referenduma o promeni Ustava, treba da bude organizovana da bi se građanima objasnilo o čemu će glasati i koji su razlozi „za“, a koji „protiv“ predloženih rešenja. Referendumski kampanja odvijala se nekako spontano. Predstavnicima vlasti ili nisu bili sigurni da smeju ili uopšte i nisu bili zainteresovani da učestvuju u referendumski kampanji. Predstavnicima različitih opozicionih struja uglavnom su se slagali oko dve stvari – da nije momenat za promenu Ustava i da je referendum samo „poligon“ za odmeravanje snaga pred opšte izbore u aprilu 2022. godine.¹⁵ Bilo je i mišljenja da treba „suspendovati“ postupak promene Ustava, „povući amandmane iz procedure“, održati izbore, pa se posle toga vratiti promeni Ustava.¹⁶ Pokazalo se, u suštini, po ko zna koji put, da ustavno pitanje ne može da „sazri“ i dobije neophodan nivo ozbiljnosti i dostojanstva, ako je samo društvo politički i demokratski još uvek nezrelo. Stranačke izborne borbe uvek su bile veći motiv za angažovanje stranačkih rukovodstava i mobilizaciju širih slojeva društva. Nekoliko dana pred referendum postalo je više nego očigledno da se promena Ustava u delu o pravosuđu, koje treba da obezbedi nezavisnije, efikasnije i odgovornije pravosuđe, gotovo podjednako loše gleda kako u krugovima vladajuće partije, tako i u opozicionim krugovima. U uslovima novog „talasa“ pandemije virusom kovid 19 i u prazničnom zimskom periodu godine, glasanje naroda

¹³ Venice Commission, *Opinion on the Draft Constitutional Amendments on the Judiciary and the Draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments*, CDL-AD(2021)032.

¹⁴ Član 28 Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi iz 2021. (*Službeni glasnik RS*, broj 111/2021 i 119/2021).

¹⁵ V. „Za i protiv referenduma o promeni Ustava“, <https://www.slobodnaevropa.org/a/srbija-referendum-promene-ustava/31621248.html>, 20. 10. 2022.

¹⁶ „Profesor prava pisao Venecijanskoj komisiji: pravosuđe ostaje pod uticaje politike“, <https://www.politika.rs/scc/clanak/496180/Profesor-prava-pisao-Venecijanskoj-komisiji-Pravosuđe-ostaje-pod-uticajem-politike>, 20. 10. 2022.

o prvoj promeni Ustava u savremenoj istoriji Srbiji od 1990, ostalo je i u danu za glasanje druga ili treća tema.¹⁷

Kao da je neki neobjašnjivi i iracionalni „X faktor“ obezbedio da do promene Ustava u pravosuđu, ipak, dođe. Moguće je da je taj „X faktor“ nastao u neponovljivoj simbiozi dela nauke i struke, koji su izradili ustavne amandmane, s jedne strane, i suštinskom povlačenju politike da nauka i struka obavi ustavotvorni posao, s druge strane.¹⁸ I jednima i drugima je bilo lepo i korisno. Predstavnicima nauke i strukovnih udruženja što se činilo da konačno vode glavnu reč. Političari su imali svoju računicu. Vladajuća stranka se podelila na dve grupe: nezainteresovane i zainteresovane da promena Ustava ne prođe jer, ona, navodno vodi otuđenju sudstva od naroda, svojevrstnoj „sudokratiji“.¹⁹ Vladajuća partija, odnosno jedan njen deo, izgleda da je zaboravila je da je akt o promeni Ustava usvojila „njena“ Skupština, a naročito da je depolitizacija pravosuđa međunarodno preuzeta obaveza Srbije na putu evropskih integracija. Jedino je predsednik Narodne skupštine Ivica Dačić bio svestan značaja amandmanskog procesa i bio dosledan u podršci od početka do kraja. Predsednik Republike Aleksandar Vučić se nije mešao sve do nekoliko dana pred referendum. Mediji su ovom procesu posvetili pažnju sporadično i uzgred.²⁰ Ni naučne institucije, a pogotovo državni pravni fakulteti nisu se pokazali spremnim da u dovoljnom dugom vremenskom periodu (jesen i prvi mesec zime) organizuju naučne i stručne skupove.²¹ Kritičari ustavnih promena iz reda struke bili su ili izolovani pojedinci ili članovi i simpatizeri pojedinih opozicionih političkih partija. U nedostatku ključnih sadržinskih primedbi, zameralo se

¹⁷ Na dan referenduma, u svim medijima, prva tema bila je Odluka Federalnog suda Australije o proterivanju Novaka Đokovića iz Australije i konačnoj zabrani da učestvuje na turniru Australian Open.

¹⁸ V. Miloš Stanić, „Kad nauka i politika saraduju – iz ugla člana radne grupe“, *Politika*, 5. decembar 2021. godine.

¹⁹ V. Vladan Petrov, *Promena se plaše i u opoziciji i u vlasti*, <https://www.ekspres.net/vesti/promena-se-plase-i-u-opoziciji-i-u-vlasti-25-1-2022>, 20. 10. 2022.

²⁰ Nekoliko emisija u kojima su učestvovali, uglavnom, istomišljenici, bilo pristalice promene Ustava bilo njeni protivnici, ali nikako zajedno, na televizijama sa nacionalnom frekvencijom i nekoliko tekstova u elektronskim medijima bili su više nego skroman doprinos obaveštavanju građana o tome šta je uopšte ustavotvorni referendum, o čemu se glasa i zašto je referendumsko pitanje markar podjednako značajno kao i pitanje izbora. Svetao primer kvalitetnog praćenja promena Ustava u delu o pravosuđu dale su dnevne novine *Politika*, koje su i na taj način opravdale veličinu svog imena i svoje tradicije.

²¹ Bilo je izuzetaka. Na primer, Institut za uporedno pravo, Institut za evropske studije, Pravni fakultet u Kragujevcu je organizacijom naučnog skupa o Vidovdanskom ustavu u septembru 2021. godine nagovestio uspeh revizije procedure.

pogrešnom momentu promene Ustava, „nomotehnici“ amandmana, jeziku i stilu, ukazivalo se na naopaku pravnu i političku kulturu koja će možda i dobre namere ustavopisaca odvesti u pogrešnom pravcu itd. Bilo je među njima i ljudi koji imaju ime, zvanje i neporecivo znanje (sudija, univerzitetskih profesora, advokata), ali se, nažalost, još jedanput pokazalo da su neki od njih istupali iz političkih pobuda ne-vešto prikrivenih iza titula i zvanja.²² U svakom slučaju, i ovom prilikom potvrdilo se da srpsko političko društvo još uvek nije doseglo onaj nivo ozbiljnosti koji bi omogućio organizovanu i konstruktivnu raspravu o ustavu, usmerenu na to da se građani objektivno i sveobuhvatno obaveste, a ne da se izigraju i dovedu u zabludu.

Ustavotvorni referendum na kojem su potvrđeni ustavni amandmani o pravosuđu potvrdio je da je raskorak između proklamovanog (nominalnog) i stvarnog još uvek prilično velik u našem društvu, koje nije ni dovoljno demokratsko ni dovoljno pravno osvešćeno. Način na koji su amandmani izrađeni i doneti, energija kojom je čitava amandmanska procedura praćena i poduprta, verbalizam političara, naučnih i drugih poslenika, neće se zadugo pamtit. Nova sadržina ustavnih amandmana, ipak, daje osnova za optimizam i legitimno očekivanje da je „novo poglavlje“ o sudskoj vlasti, koja će biti više nezavisna od politike i više odgovorna predstavnicima struke i samom društvu, doista „otvoreno“.

SADRŽINA AMANDMANA – NI PARTITOKRATIJA NI SUDOKRATIJA NEGO MERITOKRATIJA

Ustavni amandmani iz 2022. u potpunosti zamenjuju deo Ustava Srbije koji uređuje pravosuđe. U svojoj suštini, oni predstavljaju pokušaj da se pronade ravnoteža u ovoj materiji. Ta ravnoteža tiče se pre svega odnosa između političkih vlasti i sudske vlasti. Nezavisnost sudstva nije i ne može biti apsolutna, jer nije ustavna vrednost za sebe. Politika se povlači iz izbora sudija, ali to povlačenje nije apsolutno, jer sudije sude u ime naroda, a sva vlast, pa i sudska svoje izvorište ima u narodu. Otuda je svaka vlast i politička, ali je sudska vlast posebna, jer je ona najmanje „politička“. To što je ona najmanje politička ne znači da i njeno vršenje ne povlači odgovornost, makar i posrednu, pred društvom i građanima. To je razlog što su i pisci ustavnih amandmana ostali pri formulaciji odnosa tri grane vlasti, kojoj se, iz čisto teorijskog ugla, mogu uputiti određene zamerke: „Odnos tri grane vlasti zasniva se na međusobnom proveravanju i *ravnoteži*“ (obeležio V. P.).²³

²² V. Tanasije Marinković, „Brzopleta promena Ustava“, <https://nova.rs/vesti/politika/profesor-tanasije-marinkovic-brzopleta-promena-ustava/>, 20. 10. 2022.

²³ Amandman I na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

Teorijsko čistunstvo nalagalo bi drukčije alternative. Prva bi bila brisanje ovakve odredbe (u izvornom tekstu stajalo je: „Odnos tri grane vlasti zasniva se na ravnoteži i međusobnoj kontroli“²⁴). Druga bi uredila odnos između političkih vlasti, tako da odredba glasi: „Odnos zakonodavne i izvršne vlasti zasniva se na proveravanju i ravnoteži.“ Takva ustavna odredba bila bi, u stvari, ustavna definicija parlamentarnog sistema, što naš sistem vlasti, u osnovi, jeste. Dakle, ni sudska vlast, koja je nezavisna,²⁵ ne može sasvim izvirati iz sebe same niti samoj sebi odgovarati. Apsolutna nezavisnost, bez ikakvih mehanizama uzajamnog uticaja, jeste apsolutna negacija odgovornosti, a nijedan poredak koji teži da bude ustavna demokratija nezamisliv je bez jasno utemeljenog i ustavno ostvarivog principa odgovornosti.

Pošto ustavni amandmani temeljno i strukturalno postavljaju sudsku vlast na drukčije osnove od onih iz izvornog teksta Ustava iz 2006, može se s pravom zaključiti da je Srbija u delu o pravosuđu dobila nov ustav. Prva značajna *novina* „novog ustava“ o pravosuđu je *njegov odnos prema ustavnoj materiji*. Taj odnos se ispoljava dvostruko: ostavljanjem zakonodavcu da uredi materiju pravosudnog organizacionog prava i doslednijom regulativom načela o sudskoj vlasti.

Ustavnim amandmanima je određeno da sudska vlast pripada sudovima koji su nezavisni.²⁶ Osnivanje, ukidanje, vrste, nadležnost, područja i sedišta sudova, sastav suda i postupak pred sudovima uređuju se zakonom. Zabranjeno je osnivanje prekih, privremenih ili vanrednih sudova. Najviši sud u Republici Srbiji je Vrhovni sud.²⁷ Dakle, načelno, ustavni amandmani poštuju pravilo prema kojem je pravosudno organizaciono pravo zakonska, a ne ustavna materija. Izuzetak od ovog pravila odnosi se na ustavne odredbe o izboru i mandatu predsednika Vrhovnog suda i predsednika ostalih sudova. Propisano je da se uslovi za izbor sudija i uslovi za izbor i mandat sudija porotnika uređuju zakonom.²⁸ Ostavljanjem zakonodavcu da uredi u potpunosti pravosudno organizaciono pravo postižu su dva cilja. Prva je rasterećenje Ustava od materije koja i nije *materia constitutionis*, što je bilo vrlo izraženo u izvornom tekstu Ustava. Druga je ustavno identifikovanje onih pitanja koja moraju biti uređena Ustavom, čime je i dostojanstvo sudske vlasti kao takve uzdignuto na odgovarajući nivo.

To dostojanstvo sudske vlasti, koja ne sme biti sama sebi svrha, nego treba da služi građanima i da delotvorno štiti njihova ustavom zajemčena prava, dodatno

²⁴ Član 4. stav 3 Ustava Srbije iz 2006.

²⁵ Amandman I na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

²⁶ Amandman IV na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

²⁷ Amandman V na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

²⁸ Amandman VII na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

se oslikava u načelima o sudskoj vlasti, među kojima su neka doslednije definisana nego u izvornom tekstu, a neka su prestala da budu ustavna načela.

Ustavnim amandmanima proklamuju se sledeća ustavna načela o sudovima: 1) sudska vlast je posebna državna vlast; 2) jedinstvo sudske vlasti; 3) nezavisnost sudske vlasti; 4) obaveznost sudske odluke; 5) javnost suđenja; 6) stalnost sudijske funkcije; 7) sudijski imunitet; 8) sudijski inkompatibilitet. Jedno načelo nije izričito proklamovano, ali se ono izvlači sistemskim tumačenjem ustavnih normi – reč je o instancionom načelu (načelu višestepenosti suđenja).

Nezavisnost sudstva je izričito proklamovano ustavno načelo. „Sudska vlast pripada sudovima koji su nezavisni.“²⁹ Odustalo se od ranije formulacije, prema kojoj su sudovi samostalni i nezavisni. Nezavisnost je viši kvalitet od samostalnosti. Ona supsumira samostalnost. Državni organ može biti samostalan, ali ne i nezavisan, što je, u izvesnom smislu, i dalje slučaj sa javnim tužilaštvom.³⁰ Obrnuto, međutim, nije moguće.

Definisana je personalna nezavisnost sudija: „Sudija je nezavisan i sudi na osnovu Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora, zakona, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i drugih opštih akata, donetih u skladu sa zakonom. – Zabranjen je svaki neprimeren uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije.“³¹ Unekoliko novim formulacijama ovog načela, postignuta je dvostruka korist. Prvo, dosledno su navedeni svi izvori prava koje je sudija dužan da tumači i primenjuje pri vršenju sudijske funkcije. Iako, pogotovo u našim uslovima, ovakva odredba može imati više deklarativni, nego pravno-obavezujući karakter, važno je neprestano insistirati na pluralizmu izvora „sudskog prava“. Ako sudijama u Srbiji danas više nije nepoznata Evropska konvencija o ljudskim pravima i ako se sve češće dešava da se na nju pozivaju u obrazloženjima sudskih odluka, onda je još uvek retka neposredna primena Ustava, a za mnoge sudije, nažalost i za mnoge profesore prava, uloga sudije je i dalje da tumači zakon. Primena Ustava ostaje apstraktna kategorija u isključivoj nadležnosti nekog „kvazi-suda“ kao što je Ustavni sud. O eventualnom korišćenju zakonskog ovlašćenja³² „redovnog“ suda da zastane sa postupkom

²⁹ Amandman IV na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

³⁰ Iako je i javno tužilaštvo dobilo određene ustavne garantije interne nezavisnosti, koje ga čine „nezavisnijim“ od položaja koji je imalo ranije u našem ustavnopravnom poretku, praktično od 1946. godine. V. o ranijem statusu javnog tužilaštva u naznačenom periodu: Goran Ilić, M. Matić Bošković, *Javno tužilaštvo u Srbiji – Istorijski razvoj, međunarodni standardi, uporedni modeli i izazovi modernog društva*, Beograd, 2019.

³¹ Amandman VI na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

³² Član 63. Zakona o Ustavnom sudu (*Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011, 18/13 – Odluka US, 40/15 i 103/15).

u slučaju sumnje u ustavnost nekog zakona, ne treba ni trošiti reči. Ono je u praksi gotovo nepostojeće. Stoga je izuzetno važno u svakom trenutku i svakom prilikom podvlačiti značaj i složenost uloge modernog sudije, koji odavno ne može i ne sme da sudi samo na osnovu zakona i podzakonskih opštih akata. Drugo, važno je što se ostalo pri izrazu „neprimereni uticaj na sudiju“, jer nije svaki uticaj neprimeren, pa sledstveno zabranjen. Postoje uticaju na sudiju koji su ne samo dozvoljeni, nego su legitimni. Na primer, uticaj predavanja univerzitetskog profesora ili izlaganja kolege sudije na nekom stručnom skupu, autorskog naučnog članka ili u stručnom časopisu izraženog stava o pitanju od značaja za donošenje konkretne sudske odluke itd., je dozvoljen, štaviše poželjan. Nauka i struka kao specifični „izvori prava“ moraju biti sredstva koja „utiču“ na sudije. Šire posmatrano, to mogu biti i različite televizijske emisije, stavovi predstavnika određenih društvenih grupa izraženi u sredstvima javnog informiranja itd. Savremeni sudija nije „društveno-politički“ evnuh, ni „paragraflija“, koji ne vidi dalje od jezičkog značenja zakonske norme.

Amandmani definišu obaveznost sudskih odluka tako da „sudsku odluku može preispitivati samo nadležni sud u zakonom propisanom postupku, kao i Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi“³³. Dakle, nijedan drugi organ osim nadležnog suda ne može preispitivati zakonitost sudske odluke. Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi ne ispituje zakonitost sudske odluke, već da li je osporenom sudskom odlukom povređeno ustavom zajemčeno ljudsko pravo. Stoga se ovaj nadzor Ustavnog suda nad odlukom suda i ne može smatrati odstupanjem od načela obaveznosti sudskih odluka. Ova nova formulacija u kojoj se izričito ovlašćuje Ustavni sud da preispituje sudske odluke neće naići na odobravanje onih sudija „redovnog“ suda, koji smatraju da Ustavni sud nije sud i da se svaka njegova intervencija u sudsku odluku može smatrati atakom na nezavisnost sudstva. Ipak, ona će možda doprineti i izvesnoj „relaksaciji“ u odnosima između Ustavnog suda i redovnih sudova, jer se od sada bar neće postavljati pitanje može li i treba li Ustavni sud da se bavi sudskim odlukama. Ustavni odgovor je sada jasan: može i treba. Svakako, ne treba imati iluzije da će se time povremeno jako izražene napetosti u odnosima između Ustavnog suda i, naročito, Vrhovnog suda sasvim otkloniti. Naprotiv, one će opstajati i pored ovakvog ustavnog rešenja, jer nijedna ustavna norma taj problem ne može do kraja da sanira.

Prema izvornom tekstu Ustava Srbije iz 2006, još dva načela o sudstvu su bila izričito proklamovana. To su zbornost suđenja („Sud sudi u veću...“) i porotno suđenje (učešće građana u presuđivanju). Ustavnim amandmanima ovo više nisu načela sudstva. Ostalo je mogućnost da zakon uredi slučajevne kada sudi sudsko

³³ Amandman IV na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

veće i kada pored sudija sude i sudije porotnici („Zakonom se može propisati da pored sudija sude i sudije porotnici“).

Još jedno ustavno načelo o sudstvu korigovano je tako da se ono više ne može dovesti u pitanje. Reč je o stalnosti sudijske funkcije: „Sudijska funkcija je stalna.“³⁴ Sudijska funkcija traje od izbora za sudiju dok sudija ne navrši radni vek. Osnovi za prestanak sudijske funkcije pre navršenja radnog veka određeni su u Ustavu, što nije bio slučaj pre ustavnih izmena iz 2022. godine. Novim rešenjem date su jake ustavne garantije stalnosti sudijske funkcije.

Komponenta stalnosti sudijske funkcije je nepremestivost (nepokretnost) sudije. Nepremestivost je sudije da sudijsku funkciju vrši u sudu u koji je izabran. Samo uz svoju saglasnost može biti trajno premešten ili privremeno upućen u drugi sud. Ustav predviđa slučajeve u kojima je to dozvoljeno i bez saglasnosti sudije. Prvo, u slučaju ukidanja suda, sudija se premešta u sud koji preuzima nadležnost ukinutog suda. Drugo, u slučaju ukidanja pretežnog dela nadležnosti suda, sudija može izuzetno bez svoje saglasnosti biti trajno premešten ili privremeno upućen u drugi sud istog stepena koji je preuzeo pretežan deo nadležnosti. Ustav definiše da je sudu ukinut pretežni deo nadležnosti ako je usled promene stvarne nadležnosti suda, osnivanja novog suda ili drugog zakonom predviđenog slučaja smanjen potreban broj sudija u sudu. Ustav garantuje sudiji koji je trajno premešten ili privremeno upućen u drugi sud pravo da zadrži platu koju je imao u sudu iz kojeg je premešten ili upućen, ako je ona povoljnija po njega. Sudija protiv odluke o trajnom premeštaju ili privremenom upućivanju, koju donosi Visoki savet sudstva, ima pravo na žalbu Ustavnom sudu i ona isključuje pravo na ustavnu žalbu.³⁵ Preciznije definisanje nepremestivosti sudije i odstupanja od ovog aspekta stalnosti sudijske funkcije u tekstu iz 2022. godine daje snažnije ustavne garantije stalnosti sudijske funkcije u odnosu na rešenja iz izvornog teksta Ustava.

Druga sistemski promena u ustavnim amandmanima je *način izbora sudija*. Prema izvornom tekstu Ustava Srbije iz 2006, lica koja su prvi put birana na sudijsku funkciju na period od tri godine birala je Narodna skupština na predlog VSS. Sudije na stalnu funkciju birao je VSS. Prema aktuelnom ustavnom tekstu iz 2022, sudije se biraju na stalnu funkciju i to je nadležnost Visokog saveta sudstva.³⁶ Da bi o izboru sudija, ali i o drugim, pre svega, statusnim pitanjima sudija, bilo odlučivano po meritornim, a ne po partijskim i političkim kriterijumima, nije bilo dovoljno samo ukloniti predstavnike izvršne i zakonodavne vlasti iz tog procesa,

³⁴ Amandan VIII na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

³⁵ Amandman IX na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

³⁶ Amandmani VIII, XII na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

nego obezbediti ustavno moćan pravosudni savet. Stoga su bitne promene izvršene u definiciji, ustavnim nadležnostima i sastavu Saveta. To je *treća grupa sistemskih promena* koju nose ustavni amandmani.

Ustavna definicija VSS glasi: „Visoki savet sudstva je nezavisan državni organ koji obezbeđuje i jemči nezavisnost sudova, sudija, predsednika sudova i sudija porotnika.“³⁷ Bitna novina je izričito kvalifikovanje VSS-a kao državnog organa, što ranije nije bio slučaj. Time je otklonjena jedna dilema – da li je VSS državni organ ili nije. Druga, koja se tiče pravne prirode tog organa, nije rešena samom ustavnom definicijom VSS-a, nego njegovim nadležnostima i sastavom. VSS nije organ sudske vlasti, jer ne vrši sudsku vlast. Nije ni organ sudske samouprave, jer ga ne čine isključivo sudije niti sve članove Saveta biraju sudije. Takođe, poslovi pravosudne uprave dele se između tog organa i ministarstva pravde. Neophodno je zakonom učiniti što jasnijom tu liniju razgraničenja. Dakle, VSS pripada kategoriji nezavisnih državnih organa, kako ga i ustavni amandmani izričito određuju.

Nadležnosti VSS-a nisu isključivo ustavna kategorija. U načelu, nadležnosti u vezi sa odlučivanjem o pitanjima položaja sudija, predsednika sudova i sudija porotnika su navedene u Ustavu, ali ostavljena je mogućnost da se propišu i druge nadležnosti ovog organa zakonom („Visoki savet sudstva bira sudije i sudije porotnike i odlučuje o prestanku sudijske funkcije, bira predsednika Vrhovnog suda i predsednike ostalih sudova i odlučuje o prestanku njihove funkcije, odlučuje o premeštaju i upućivanju sudija, određuje potreban broj sudija i sudija porotnika, odlučuje o drugim pitanjima položaja sudija, predsednika sudova i sudija porotnika i vrši druge nadležnosti određene Ustavom i zakonom.“)³⁸ Ustavnim amandmanima su značajno proširene nadležnosti VSS-a u odnosu na izvorni ustavni tekst iz 2006, čime su stvorene solidne normativne pretpostavke za ostvarivanje ustavne funkcije ovog organa.

Visoki savet sudstva ima 11 članova: šest sudija koje biraju sudije, četiri istaknuta pravnika koje bira Narodna skupština i predsednik Vrhovnog suda.³⁹ Iako je odnos između sudijskih i nesudijskih članova Saveta 7 : 4 u korist sudija, prema evropskim standardima u ovoj oblasti, predsednik Vrhovnog suda se kvalifikuje kao član po položaju i ne računa se u članove koji su sudije izabrane od strane sudija. Ipak, prema aktuelnom ustavnom rešenju, više je članova sudija nego onih koji dolaze iz reda istaknutih pravnika. Standard da pravosudni savet bude telo uravnoteženog sastava ostvaren je ustavnim amandmanima iz 2022. godine.

³⁷ Amandman XII na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

³⁸ Amandman XII na Ustav Srbije („*Službeni glasnik RS*“, broj 16/2022).

³⁹ Amandman XIII na Ustav Srbije („*Službeni glasnik RS*“, broj 16/2022).

Ustav prepušta zakonu regulisanje načina izbora članova VSS-a iz redova sudija, ali nalaže da se prilikom njihovog izbora u VSS vodi računa o najširoj predstavljenosti sudija. Predsednici sudova ne mogu birani u VSS.

Kad je reč o članovima VSS-a iz reda istaknutih pravnika, njih bira Narodna skupština između osam kandidata koje predloži nadležni odbor Narodne skupštine, posle javnog konkursa, glasovima dve trećine svih narodnih poslanika, u skladu sa zakonom. Cilj ovakvog rešenja jeste da se jednim delom zadrži veza sa Skupštinom koja oličava narodnu suverenost, ali da se spreči politizacija izbora ovih članova i obezbedi njihova maksimalna nezavisnost i nepristrasnost. To bi trebalo postići posredstvom istaknutih pravnika u VSS-u. Pojam istaknuti pravnik je pravni standard, što znači da se njegova sadržina određuje u svakom konkretnom slučaju.⁴⁰ Ustav dodaje da istaknuti pravnik mora imati najmanje 10 godina iskustva u pravnoj struci, da mora biti dostojan te funkcije, kao i da ne može biti član političke stranke. Ustav predviđa da „ostali uslovi za izbor i nespojivost sa funkcijom člana Visokog saveta sudstva koje bira Narodna skupština uređuju se zakonom“.⁴¹

Ako Narodna skupština ne izabere sva četiri člana u roku određenom zakonom, posle isteka zakonom određenog roka, primeniće se „alternativni mehanizam“ izbora – preostale članove između svih ostalih kandidata koji ispunjavaju uslove za izbor bira Komisija. Tu komisiju čine: predsednik Narodne skupštine, predsednik Ustavnog suda, predsednik Vrhovnog suda, Vrhovni javni tužilac i Zaštitnik građana, većinom glasova. Dakle, ako u Narodnoj skupštini ne bude postignut gotovo konsenzus oko predloženih kandidata iz redova istaknutih pravnika – jer zahteva se kvalifikovana, dvotrećinska većina koju nije lako postići bez opšte saglasnosti skoro svih parlamentarnih stranaka – izbor preostalih kandidata izvršiće telo sastavljeno od lica koje predstavlja i oličava Narodnu skupštinu (predsednika Narodne skupštine) i četiri pravnika za koje se izričito traži ili se bar pretpostavlja da su istaknuti pravnici (predsednik Ustavnog suda, predsednika Vrhovnog suda, Vrhovnog javnog tužioca i Zaštitnika građana). Ipak, imajući u vidu da je ova komisija sastavljena od samo pet članova, da odlučuje prostom većinom (tri glasa „za“ je dovoljno za izbor) i da njen demokratski legitimitet nije ni nalik skupštinskom, primena ovog alternativnog („antideadlock“ mehanizma) treba da bude krajnje izuzetna. Narodna skupština ne sme olako odustajati od svoje Ustavom ustanovljene nadležnosti da bira istaknute pravnike članove VSS-a.⁴²

⁴⁰ Vladan Petrov, „Kako do pravih istaknutih pravnika u pravosudnom svetu?“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 02/2022, 37–53.

⁴¹ Amandman XIII na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 16/2022).

⁴² Ustanovljenje „antideadlock“ mehanizma za izbor istaknutih pravnika u VSS-u kritikovali su mnogi u domaćoj stručnoj javnosti, ali je to bio jedan od „ustupaka“ učinjenih Venecijanskoj komisiji,

Ustavni amandmani ne uređuju način odlučivanja VSS-a, a naročito većinu (ili različite većine) za odlučivanje. To je prepušteno zakonodavcu. S jedne strane, to je dobro rešenje, jer metodologija odlučivanja pravosudnog saveta nije ustavna materija. S druge strane, pitanje različitih većina za odlučivanje u Savetu je jedno od najvažnijih za očuvanje Ustavom zamišljene ravnoteže između sudijskog i nesudijskog kadra u VSS-u.

Član VSS-a bira se na pet godina, a isto lice ne može biti ponovo birano u VSS. Pre isteka vremena na koje je izabran, članu VSS-a prestaje mandat ako sam to zatraži ili ako bude osuđen za krivično delo na kaznu zatvora od najmanje šest meseci. Ustav predviđa i jedan poseban osnov za prevremeni prestanak funkcije člana iz reda sudija – to je prestanak sudijske funkcije, i jedan poseban osnov za prevremeni prestanak funkcije člana iz reda istaknutih pravnika – to je trajni gubitak radne sposobnosti za vršenje funkcije člana VSS-a. Odluku o prestanku mandata člana VSS-a donosi VSS. Protiv te odluke može se izjaviti žalba Ustavnom sudu, koja isključuje pravo na ustavnu žalbu.⁴³

VSS ima predsednika i potpredsednika. Predsednika bira VSS među članovima koji su sudije, a potpredsednika među članovima koje bira Narodna skupština, na pet godina. Ustav izričito zabranjuje da predsednik Vrhovnog suda bude izabran za predsednika VSS-a. Iako je ovo utvrđeni standard Venecijanske komisije, iz ugla naše pravne kulture, postavlja se pitanje da li je primereno da u organu sedi „prvi čovek“ pravosuđa, ali kao „običan“ član.

Mora se priznati da demokratski standardi, meritorni kriterijumi i „minimum“ hijerarhije koji odlikuje svaki državni organ, pa i VSS, mogu u svojoj mešavini proizvesti pravno-logički i životno teško održiva rešenja. Ako već prvi sastav novog VSS-a ne iskaže spremnost i snagu da se zarad opšteg interesa društva i građana uzdigne iznad pojedinačnih i partikularnih interesa, nijedna pravna norma, ma koliko stručno savršeno konstruisana, neće mu obezbediti autoritet koji ovo telo do sada, objektivno, nije imalo i zbog kojeg su, donekle s pravom, kritičari novih rešenja protiv njih i ustali.

Četvrta sistemska promena koju donose ustavni amandmani je povratak osnova za prestanak u Ustav. Pre navršenja radnog veka, sudiji prestaje funkcija iz sledećih razloga: 1) ostavkom („ako sam to zatraži“); 2) ako trajno izgubi radnu

koja insistira na postojanju ovakvog mehanizma. Venecijanska komisija nije bila preterano zadovoljna sastavom petočlane Komisije, ali ni sama nije predložila konkretno drukčije rešenje. Venice Commission, *Urgent Opinion on the Revised Draft Constitutional Amendments on the Judiciary*, CDL-PI(2021)019 rev.

⁴³ Amandman XIV na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 9/2022).

sposobnost za vršenje sudijske funkcije; 3) ako mu prestane državljanstvo Republike Srbije; 4) ako bude razrešen.

Aktuelni ustavni tekst određuje i razloge za razrešenje: 1) ako je sudija osuđen na kaznu zatvora od najmanje šest meseci; 2) ako je u disciplinskom postupku utvrđeno da je učinio težak disciplinski prekršaj koji, prema oceni VSS-a, ozbiljno šteti ugledu sudijske funkcije ili poverenju javnosti u sudove. Prvi osnov za razrešenje je vrlo precizno određen, dok drugi nije u potpunosti, jer izvesnu „marginu slobodne procene“ ostavlja VSS-u prilikom odlučivanja o posledicama teškog disciplinskog prekršaja po ugled sudijske funkcije ili po poverenje javnosti u sudove.⁴⁴

ZAKLJUČAK

Posmatrano *grosso modo*, jer ovaj tekst je više „skica“ nego pedantan i minuciozan opis ustavnih amandmana o pravosuđu, mišljenja smo da su systemske promene koje donose ovi amandmani takve da se njima otvara „novo poglavlje“ u razvoju sudske vlasti u Srbiji. Započeti „novo poglavlje“, međutim, ne znači i ispisati ga. Premda ne treba umanjivati doprinos svih onih pojedinaca koji su učestvovali u procesu, koji je trajao mnogo duže od godinu dana (od podnošenja predloga Vlade za promenu Ustava), objektivno posmatrano, pred Srbijom je teži deo puta. Na tom putu biće mnogo pravnih i političkih, unutrašnjih i spoljnih izazova. Iako Srbija treba da gradi pravnu državu evropskog tipa zbog sebe i svojih građana, ona to ne može činiti izolovano, naročito danas kada se svet nalazi pred najvećim izazovima u ovom stoleću. Da li će se Srbija, Evropa i svet izboriti sa tim izazovima ne zavisi mnogo od tekstova, ustavnih i zakonskih na unutrašnjem, odnosno međunarodnopravnih dokumenata na spoljnom planu. Zavisice od spremnosti i sposobnosti odlučujućih, unutrašnjih i spoljnih, činilaca da se, bez licemerja ispraznih reči i kvazidemokratskih fraza, vrte suštini – svekolikoj i sveprožimajućoj kulturi. Kulturi ophođenja, kulturi dijaloga kao jedinim legitimnim sredstvima u životu pojedinaca, država i međunarodnih organizacija. Kulturi koju oličava Kopaonički prirodnopravni heksagon univerzalnih vrednosti kao uzvišenom cilju i idealu bez koga je svaki ustav, međunarodnopravni dokument, nacionalno pravo, međunarodno pravo, samo „ljuštura“ bez prave, životne snage. Nažalost, živimo u doba u kojem se svakodnevnim rešavanje tekućih i tehničkih pitanja supstituišu nespremnost i nesposobnost da se bavimo suštinskim i strateškim pitanjima.

Ako se vratimo sasvim konkretno promenama ustava u delu o pravosuđu, imamo obavezu da budemo oprezni. Ako je cilj sudstvo koje je nezavisno i odgovorno,

⁴⁴ Amandman VIII na Ustav Srbije (*Službeni glasnik RS*, broj 9/2022).

a to znači sudstvo koje ima autoritet, odnosno sudstvo u koje će građani imati više poverenja, ako je cilj pravna država ustrojena prema pravim evropskim vrednostima, koje nisu samo „evropske“ nego opšte i univerzalne, mnogo je toga što je još preostalo da se ispiše u „novom poglavlju“. Drugi korak je zakonsko i podzakonsko „oživotvorenje“ ustavnih amandmana. Prema Venecijanskoj komisiji, i taj korak ćemo izgleda uspešno izvesti. Naravno, nije Venecijanska komisija zakonodavac. To je Narodna skupština Republike Srbije i, bez sumnje, od nje i jedino od nje zavisi kakve ćemo pravosudne zakone u prvoj polovini sledeće godine dobiti. Ako je ustavne amandmane usvojila politički monolitna skupština, ova aktuelna, koji bi trebalo da donese pravosudne zakone, svakako nije, pa je to i prilika da se postigne tzv. najširi mogući društveni konsenzus o kojem su govorili protivnici ustavnih amandmana.

Ostaje treći korak, koji je najvažniji, ali za koje čak i mnogi nosioci pravosudne reforme misle da će doći kao posledica prva dva, a neće. To je kulturni preporod. To je način razmišljanja koji podrazumeva postupanje na javnoj sceni u kojem se pojedinačni interesi gube pred opštim. Sportski rečeno, to je vera i ubeđenost u pobedu tima, a ne pojedinca. To je ambijent u kojem nema dubinskih podela između navodnih branilaca i navodnih protivnika sistema, između sudija i univerzitetskih profesora, u kojem nema „sektorskog“ i „sektaškog“ pogleda na stvari itd. Ambijent u kojem se prepoznaju, neguju i razvijaju prave vrednosti – vrednosti koje baštini i naša, Kopaonička škola.

Prof. Dr. VLADAN PETROV
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

THE JUDICIAL POWER IN SERBIA – „A NEW CHAPTER“?

Summary

In the article, the author analyzes the procedural and the substantive aspects of the constitutional revision in the field of the judiciary from 2022. In the procedural sense, despite the fact that, for the most part, the European standards for constitutional amendments were complied with, „a shadow“ remained in the part related to the referendum campaign. The referendum campaign was not sufficiently organized. The impression is that neither the bearers of the amendments nor their opponents did everything they could to inform the citizens what is the subject of the referendum and what are the good and the bad sides of the proposed changes in the judiciary. In terms of content, the amendments definitely bring systematic changes in the judiciary which must be accompanied by high-quality laws and by-laws as well as by the development of legal culture that corresponds to a true

rule of law. The author concludes that a „new chapter“ in the judiciary in Serbia has been opened but that much remains to be done in order for it to be „written“ so that Serbia gets the independent and the responsible judiciary.

Key words: Constitutional amendments, independent judiciary, responsible judiciary, legal state, the High Judicial Council

Literatura

- Ilić G., Matić Bošković M., *Javno tužilaštvo u Srbiji – Istorijski razvoj, međunarodni standardi, uporedni modeli i izazovi modernog društva*, Beograd, 2019.
- Kutlešić V., „Nema nezavisnog sudstva“, <https://www.ekspres.net/politika/nema-nezavisnog-sudstva-vladan-kutlesic-profesor-ustavnog-prava-na-univerzitetu-union-nikola-tesla>.
- Marinković T., „O ustavnosti opšteg reizbora sudija“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2009.
- Marinković T., „Brzopleta promena Ustava“, <https://nova.rs/vesti/politika/profesor-tanasije-marinkovic-brzopleta-promena-ustava/>.
- Petrov V., *Promena se plaše i u opoziciji i u vlasti*, <https://www.ekspres.net/vesti/promena-se-plase-i-u-opoziciji-i-u-vlasti-25-1-2022>.
- Petrov V., „Kako do pravih istaknutih pravnikka u pravosudnom svetu?“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 02/2022.
- „Profesor prava pisao Venecijanskoj komisiji: pravosuđe ostaje pod uticaje politike“, <https://www.politika.rs/scc/clanak/496180/Profesor-prava-pisao-Venecijanskoj-komisiji-Pravosuđe-ostaje-pod-uticajem-politike>.
- Simović D., Petrov V., *Ustavno pravo*, Beograd, 2018.
- Stanić M., „Kad nauka i politika saraduju – iz ugla člana radne grupe“, *Politika*, 5. decembar 2021. godine.
- Šarčević E., *Ustav iz nužde*, Sarajevo, 2010.
- Venice Commission, *Urgent Opinion on the Revised Draft Constitutional Amendments on the Judiciary*, CDL-PI(2021)019 rev.
- „Za i protiv referenduma o promeni Ustava“, <https://www.slobodnaevropa.org/a/srbija-referendum-promene-ustava/31621248.html>.

VLADIMIR ĐURIĆ

IZBOR I IMENOVANJE SUDIJA USTAVNOG SUDA U REPUBLICI SRBIJI

PRILOG TEORIJSKOM ODREĐENJU PRAVNE PRIRODE POSTUPKA, USLOVA I AKATA

U radu se analizira pravna priroda postupka, uslova i akata za izbor i imenovanje sudija Ustavnog suda u Republici Srbiji. Zaključak je da su u pitanju dva, međusobno uslovljena, po fazama i pravnom okviru identična i normativno nedovoljno regulisana, ali svakako različita postupka. Suštinske razlike koje se u tim postupcima javljaju i koje ima implikacije na materiju pravnog pobijanja i zaštite izbora odnosno imenovanja proističu iz ustavnog položaja i odnosa između NS i PR i odnose se na pravnu prirodu određivanja kandidata i konačnog izbora, odnosno imenovanja.

Ključne reči: izbor, imenovanje, sudije, Ustavni sud

U V O D

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.¹ Da bi bili funkcionalno najviši organi odlučivanja i obavljali najvažniju funkciju zaštite i kontrole ustavnosti i zakonitosti,

Dr Vladimir Đurić, viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: vđuric12@gmail.com.

¹ Rene Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963, 202.

ustavni sudovi moraju biti samostana i nezavisna ustavna vlast. Kontrola ustavnosti i zakonitosti se ne može uspešno obavljati ukoliko sudije ovih sudova nisu potpuno nezavisne, ne samo u smislu izbegavanja da njihove odluke budu pod uticajem i kontrolom drugih vlasti ili vladajuće stranke, već i da njihov položaj i profesionalno iskustvo garantuju intelektualnu nezavisnost, a za šta su prvi uslov način izbora i pretpostavke za prestanak funkcije sudije ustavnog suda.² Imajući u vidu da ustavni sud kontroliše rad svih državnih organa, u teorijskim radovima se jasno ističe da je izbor njegovih sudija politički osetljivo i institucionalno delikatno pitanje, jer bi tim izborom trebalo uskladiti nekoliko protivrečnih zahteva – obezbediti samostalnost i nezavisnost tog suda od drugih državnih organa koji učestvuju u njegovom formiranju, sačuvati njegovu funkciju neutralne vlasti, obezbediti odgovarajući legitimitet, jer je funkcija tog suda da kontroliše predstavničko telo koje raspolaže neposrednim političkim legitimitetom, obezbediti da za sudije budu birana lica odgovarajućih profesionalnih i ličnih kvaliteta i omogućiti da sastav suda odslikava složenu strukturu države u nacionalnoj, konfesionalnoj, jezičkoj, regionalnoj i svakoj drugoj sferi.³

Načelno posmatrano, iskustva savremenih evropskih zemalja u pogledu propisivanja uslova za izbor sudija ustavnog suda su različita, ali preovlađuju zemlje u čijim su ustavima, odnosno zakonima precizno uređeni uslovi u pogledu potrebnih stručnih kvalifikacija i ličnih svojstava za izbor sudija ustavnog suda u koje najčešće spadaju obrazovanje, godine života, radno iskustvo, zanimanje, državljanstvo, jezik, prebivalište, biračko pravo, moral i integritet, kao i drugi uslovi, tako da se ti uslovi, po pravilu, ne razlikuju se od uslova za izbor na bilo koju drugu državnu funkciju ili službu, a posebno od uslova za izbor sudija redovnih sudova.⁴ U uporednom pravu postoje različiti modeli dolaska na funkciju sudije ustavnog suda. Venecijanska komisija uočava postojanje tri modela – model direktnog

² Dragan Stojanović, *Ustavno pravo*, knj. II, Niš, 2003, 414, 415.

³ Darko Simović, Vladan Petrov, *Ustavno pravo*, Beograd, 2018, 432. U vezi s poslednjim od navedenih zahteva, Venecijanska komisija u svom dokumentu *Vademecum on Constitutional Justice* ističe potrebu garantovanja nezavisnosti ustavnog sudstva spram različitih interesnih grupa, ali i doprinosa da se kroz uspostavljanje ustavnosudskog organa vodi računa o tom pluralizmu (uravnoteženi sastav) – CDL-JU(2007)012, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2007\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2007)012-e), 22. 7. 2022.

⁴ Bosa Nenadić, Snežana Labus, „Uslovi za izbor sudija ustavnih sudova u savremenim evropskim zemljama“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 9–10, Vol. 21, Novi Sad, 2004, 3–16. Ispravno označavajući ove uslove kao *uslove za dolazak na funkciju*, Tiho Džakić ih u svojoj doktorskoj disertaciji dublje analizira – Tiho Džakić, „Garantije nezavisnosti sudija ustavnih sudova“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, <https://uvidok.rcub.bg.ac.rs/bitstream/handle/123456789/3148/Doktorat.pdf?sequence=1>, 18. 7. 2022.

imenovanja koji ne uključuje bilo kakvu proceduru glasanja već, po toj Komisiji, zavisi od diskrecione ocene o kandidatima koju donose tela ovlašćena za postavljenje, izborni model koji podrazumeva veću demokratsku legitimaciju i uključuje glasanje najčešće u nacionalnom parlamentu i mešoviti (hibridni) model koji obuhvata kombinaciju imenovanja i izbora kao načina dolaska na funkciju, postoji u više varijeteta i omogućava učešće različitih grana državne vlasti u odlučivanju o dolasku na funkciju sudije ustavnog suda.⁵

U domaćoj udžbeničkoj literaturi pitanje dolaska na funkciju sudija ustavnih sudova najčešće je bilo sagledavano u uporednopravnom kontekstu državnih organa koji učestvuju u njihovom izboru i imenovanju.⁶ Poslednjih godina, uoči i od usvajanja Ustava 2006, pitanja u vezi s dolaskom na funkciju sudija ustavnih sudova, naročito o uslovima za dolazak na funkciju, zavređuju više pažnje u domaćoj pravnoj nauci.⁷ Uprkos tome, koliko je autoru ovog teksta poznato, mali broj

⁵ Venice Commission, *The Composition of Constitutional Courts*, CDL-STD(1997)020, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1997\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1997)020-e), 18. 7. 2022.

⁶ Pavle Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd, 1994, 308, 309; Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 1995, 664–669.

⁷ Olivera Vučić, Vladan Petrov, Darko Simović, *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika – teorija, norma, praksa*, Beograd, 2010; Olivera Vučić, „Izbor i sastav ustavnih sudova – mukotrpan put dostizanja evropskih standarda“, *Zbornik radova Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. Stevan Lilić), knj. 2, Beograd, 2012, 132–146; Vladan Kutlešić, „Uslovi za izbor sudija ustavnih sudova – uporedna analiza 51 ustava“, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. Bosa Nenadić), Beograd 2013, 259–268; Ratko Marković, „Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije od 2006. godine“, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, Godina LV, br. 2, 2007, 19–46; Savo Manojlović, „Izbor i položaj sudija Ustavnog suda u Republici Srbiji“, *Regionalna konferencija o izboru sudija ustavnih sudova*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Savo_Manojlovic.pdf, 11. 7. 2022; B. Nenadić, S. Labus, op. cit.; Bosa Nenadić, „Predgovor“, *Zakon o Ustavnom sudu*, Beograd 2008, 11–53; B. Nenadić, „Ustavni sud Republike Srbije – U svetlu Ustava iz 2006. godine“, *Revus* br. 11, 2009, 127–150; B. Nenadić, *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova sa posebnim osvrtom na Ustavni sud Srbije*, Beograd, 2012; Vladan Petrov, „Zašto sudija ustavnog suda (ne) mora biti istaknuti pravnik? – analiza pojma „istaknuti pravnik“ u Ustavu Srbije od 2006.“, *Regionalna konferencija o izboru sudija ustavnih sudova*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov.pdf, 10. 7. 2022; V. Petrov, „Istaknuti pravnik – poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma?“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Vol. 18, br. 3, Beograd, 2013, 41–52; Darko Simović, „Slabosti institucionalnih garantija nezavisnosti Ustavnog suda Srbije“, *Regionalna konferencija o izboru sudija ustavnih sudova*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Darko_Simovic.pdf, 9. 7. 2022; D. Simović, „Problem politizacije i sastav ustavnog suda“, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. Bosa Nenadić), Beograd 2013, 242–258, i dalje.

autora se dublje bavio *pravnom prirodom* normi kojima su regulisani uslovi za izbor i imenovanje, kao i *pravnom prirodom* postupka u kojem se odlučuje o dolasku na funkciju i akata o izboru i imenovanju.⁸ Ovaj rad predstavlja skromni doprinos teorijskom sagledavanju i određenju pravne prirode uslova, postupka i akata u vezi s dolaskom na funkciju sudija Ustavnog suda Srbije koji, u različitim kontekstima, u praksi mogu izazvati kontroverze i proizvesti neželjene i teške situacije. U radu će se prvenstveno koristiti dogmatsko-pravni metod, a u određenoj meri i uporednopravni metod.

PRAVNI OKVIR IZBORA I IMENOVANJA SUDIJA USTAVNOG SUDA

Ustav Republike Srbije (u daljem tekstu URS)⁹ izboru i imenovanju sudija Ustavnog suda (u daljem tekstu US) posvećuje samo pet odredbi. Članom 172. predviđeno je da pet sudija US bira Narodna skupština (u daljem tekstu NS), pet imenuje predsednik Republike (u daljem tekstu PR), a pet opšta sednica Vrhovnog suda (st. 2), da NS bira pet sudija US između deset kandidata koje predloži PR, PR imenuje pet sudija US između deset kandidata koje predloži NS, a opšta sednica Vrhovnog suda imenuje pet sudija između deset kandidata koje na zajedničkoj sednici predlože Visoki savet sudstva i Visoki savet tužilaštva (st. 3) da sa svake od predloženih lista kandidata jedan od izabranih kandidata mora biti sa teritorije autonomnih pokrajina (st. 4), da se sudija US bira i imenuje među istaknutim pravnicima sa najmanje 40 godina života i 15 godina iskustva u pravnoj struci (st. 5), te da jedno lice može biti birano ili imenovano za sudiju US najviše dva puta (st. 6). Rešenje na osnovu koga svaka od tri grane državne vlasti učestvuje u postupku izbora sudija tako da se uspostavlja svojevrsni sistem teža i protivteža, a US svoju egzistenciju ne duguje nijednom posebnom organu, smatra se mnogo većim jemstvom njegove samostalnosti i nezavisnosti,¹⁰ odnosno rešenjem koje je u skladu s evropskim standardima ostvarenim u pogledu ovih pitanja, te da ga je „teško kritikovati uz oslanjanje na ozbiljniju argumentaciju“.¹¹ Ipak, izvesna nelogičnost je primetna kod izbora pet sudija od strane sudske vlasti, jer bi, držeći se ustavnog ranga ovih organa, logičnije bilo da su ovde uloge bile promenjene, pa da tih pet sudija Ustavnog suda imenuje Visoki savet sudstva na osnovu liste od deset kandidata koju sastavi Vrhovni kasacioni sud (nakon ustavnih promena Vrhovni sud – prim. V. Đ.)

⁸ Hvale vredan izuzetak u tom smislu je rad S. Manojlovića, op. cit.

⁹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

¹⁰ D. Simović (2012), op. cit., 4.

¹¹ O. Vučić (2012), op.cit., 143.

na opštoj sednici zajedno sa Državnim većem tužilaca (nakon ustavnih promena Visoki savet tužilaštva – prim. V. Đ.), pošto je Vrhovni savet sudstva taj koji bira i razrešava sudije, a ne obrnuto. Na ovaj način, Vrhovni savet sudstva je degradiran, jer se prilikom izbora sudija US on pojavljuje u ulozi predlagачa odluke koju treba da donese organ koji je on izabrao.¹² Izložena argumentacija, makar u formalnom smislu, dobija na težini ukoliko se u vidu ima i ustavno rešenje (usvojeno u okviru promena URS) prema kome NS bira članove Visokog saveta sudstva među istaknutim pravnicima sa najmanje deset godina iskustva u pravnoj struci, od osam kandidata koje predloži nadležni odbor NS, posle javnog konkursa, glasovima dve trećine svih narodnih poslanika, u skladu sa zakonom, dakle među licima koja bi trebalo da ispunjavaju jedan uslov koji je isti kao i za sudije US (istaknuti pravnici) i u uređenom postupku u kojem se za izbor zahteva kvalifikovana većina, nasuprot većini koja je u NS potrebna za izbor sudija US. U daljem tekstu pažnja će prvenstveno biti usmerena na izbor i imenovanje od strane NS i PR.

Izbor i imenovanje sudija US regulisani su URS. Zakon o US (u daljem tekstu ZUS)¹³ u čl. 11. st. 1 ističe samo da US čini 15 sudija, koji se biraju i imenuju na način propisan URS. Pojedina pitanja u vezi s uslovima za izbor i imenovanje, postupkom izbora i imenovanja, kao i pravnim aktima o izboru i imenovanju nisu rešena ni zakonima koji se odnose na organe koji učestvuju u takvom postupku – Zakonom o NS¹⁴ i Zakonom o PR.¹⁵ Jedini, i to vrlo uzak, izuzetak od ustavnog „uređivanja“ materije uslova, postupka i akata u vezi s dolaskom na funkciju sudija US čini Poslovnik NS¹⁶ (o čemu će više reči biti u odeljcima koji slede). U vezi s pitanjem vrste i pravne snage akata kojima je uređena materija izbora i imenovanja sudija US važno je istaći da je u Mišljenju o Nacrtu ZUS koje je dostavljeno Venecijanskoj komisiji izložen stav da bi ZUS-om trebalo preciznije urediti pitanja u vezi s uslovima za izbor,¹⁷ ali je takav stav u domaćoj pravnoj nauci pobijan s argumentacijom da se posebni uslovi za izbor sudija US moraju definisati URS,

¹² R. Marković (2006), op. cit., 25–26.

¹³ Zakon o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015 – dr. zakon.

¹⁴ Zakon o Narodnoj skupštini, *Službeni glasnik RS*, br. 9/2010.

¹⁵ Zakon o predsedniku Republike, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2007.

¹⁶ Prečišćeni tekst Poslovnika Narodne skupštine, [http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina/-vazna-dokumenta/poslovnik-\(precisceni-tekst\)/ceo-poslovnik-\(precisceni-tekst\).1423.html](http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina/-vazna-dokumenta/poslovnik-(precisceni-tekst)/ceo-poslovnik-(precisceni-tekst).1423.html), 15. 7. 2022.

¹⁷ Venice Commission, Draft law on the Constitutional court of the Republic of Serbia, comments by MS Hanna Suchocka, Opinion No. 445/2007, CDL-AD(2007)039, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)039-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)039-e), 12. 7. 2022.

te da, kad ustavotvorac nije našao za shodno da ih precizira, to ne bi trebalo da uradi ni zakonodavac, jer preciziranju uslova nema mesta u u običnom zakonu, naročito zbog toga što ustavotvorac nije ni nagovestio, a kamoli izričito naložio zakonodavcu da precizira značenje pojedinih uslova (videti dalji tekst).¹⁸ S druge pak strane, iako URS takođe ne nalaže zakonodavcu da bliže uredi pojedina pitanja u vezi s prestankom dužnosti, to ipak nije bila smetnja da se ona, makar i delimično, regulišu odredbama ZUS, a što nije naišlo na značajniju kritiku u domaćoj pravnoj književnosti. Bilo kako bilo, izloženi pravni okvir otvara niz pitanja u vezi s postupkom, uslovima za izbor i imenovanje i aktima o izboru i imenovanju koja, u pojedinim slučajevima, imaju karakter pravnih praznina.

POSTUPAK/CI IZBORA I IMENOVANJA

U postupku/cima izbora i imenovanja sudija US, kako to jasno proističe iz odredbi URS, učestvuju NS, PR i Vrhovni sud. Takav način izbora odgovara načelu podele vlasti, tačnije omogućava odlučivanje o kandidatima od strane organa različitih grana vlasti i implicira da se među sudijama US nađu lica koja pripadaju različitim pravniciim profesijama. U tom smislu, u relevantnim radovima se ističe da bi bilo logično da NS na listi istakne kandidate koji imaju iskustva u zakonodavnim poslovima, PR da predloži profesore prava, iskusne pravnike u najvišim organima državne uprave itd., a Vrhovni sud, tj. Visoki savet sudstva i Visoki savet tužilaštva, istaknute sudije najviših sudova, javne tužioce, advokate od ugleda itd.¹⁹ U vezi s učešćem pojedinih ustavnih organa u postupku izbora i imenovanja sudija US u domaćim radovima se zapaža da se PR javlja kao organ koji ima najveći uticaj na izbor sudija US, ili bar veći od ostala dva organa vlasti, jer on „preteže“ u tom izboru, budući da, ako je pripadnik iste političke opcije koja ima većinu u parlamentu, može presudno da utiče na izbor kandidata u dva maha, jednom kod predlaganja, drugi put kod imenovanja.²⁰

Osim o učešću pojedinih ustavnih organa u izboru i imenovanju sudija US, URS ne sadrži bilo kakve odredbe o nizu pitanja što, prema pojedinim mišljenjima,

¹⁸ V. Petrov (2012), op. cit., 6.

¹⁹ *Ibidem*. Prof. Petrov navodi da se u praksi, ovo logično očekivanje izjavilo, u najvećoj meri, prilikom izbora i imenovanja prvog sastava US. Tome bi se, sasvim opravdano, moglo dodati da i ponjji izbori i imenovanja nisu u svemu udovoljili tom logičnom očekivanju. Primera radi, Opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda, imenovala je četvoro sudija Ustavnog suda na sednici održanoj 19. aprila 2019. godine, sa liste od 10 kandidata, pri čemu dvoje od četvoro imenovanih sudija nisu uopšte bili iz pravosuđa! <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/op%C5%A1ta-sednica-vrhovnog-kasacionog-suda-imenovala-sudije-ustavnog-suda>, 19. 7. 2022.

²⁰ O. Vučić, V. Petrov, D. Simović (2010), op. cit., 111.

ostavlja širok prostor za arbitrarnost u postupanju organa koji učestvuju u formiranju US.²¹ Reč je o sledećim pitanjima: ko i kako pokreće postupak izbora i imenovanja sudija, kako se oglašavaju (obznanjuju) upražnjena sudijska mesta, kako teče postupak utvrđivanja liste kandidata, kako se utvrđuje koji kandidati ispunjavaju uslove da budu na listi, odnosno da budu izabrani za sudiju, kako se vrši „odmeravanje snage kandidata“ i utvrđuje njihova osposobljenost za vršenje ove izuzetne i posebne funkcije, može li se lista „vratiti podnosiocu“, tj. predlagraču, i ako može kada i pod kojim uslovima, u kom roku se pre isteka mandata sudiji US mora izvršiti izbor, odnosno imenovanje novog sudije i kad taj sudija stupa na dužnost, itd.²² Svakako da bi detaljnija analiza svakog od navedenih pitanja uveliko prevazišla dozvoljeni obim ovog rada, ali je važno istaći da su mnoga od njih po svojoj prirodi pravne praznine koje bi se, upotrebom odgovarajućih metoda tumačenja, mogle popuniti i/ili bi ih, kada po svojoj prirodi ne spadaju u ustavne rezervate, valjalo zakonski bliže urediti. Na ovom mestu bi trebalo ukazati na one segmente postupka koji bi, naročito u kontekstu ustavnih načela građanske suverenosti, vladavine prava (i, sledstveno tome, mesta i uloge US) i podele vlasti, mogli biti sistemski sagledani i objašnjeni, a pojedine procesne solucije, ako ih ima, jezički protumačene, što bi utrla put odgonetanju pravne prirode postupka izbora i imenovanja sudija US.

URS propisuje da NS *bira* pet sudija US između deset kandidata koje predloži PR, PR *imenuje* pet sudija US između deset kandidata koje predloži NS, a opšta sednica Vrhovnog suda imenuje pet sudija između deset kandidata koje na zajedničkoj sednici predlože Visoki savet sudstva i Visoki savet tužilaštva. Prema Poslovniku NS, reč je o jednom od *postupaka za izbor i prestanak funkcije* koje vrši NS. Budući da je po sredi *postupak*, jasno je da, osim organa koji ga sprovodi/e, on/i mora/ju imati početak i pokretača/e, učesnike, tok, odnosno faze i rokove u kojima se preduzimaju određene procesne radnje i, što je najvažnije, svoj predmet.

Imajući u vidu da prema čl. 174. st.1 URS sudiji US dužnost prestaje istekom vremena na koje je izabran ili imenovan, na njegov zahtev, kad napuni zakonom propisane opšte uslove za starosnu penziju ili razrešenjem, jasno je da su navedene okolnosti relevantne za sagledavanje početka postupka izbora i imenovanja. Prema ZUS-u, predsednik US dužan je da šest meseci pre isteka perioda od devet godina na koji je imenovan, odnosno izabran sudija US, obavesti o tome ovlašćenog predlagrača i NS (čl. 12), a u istom roku pre ispunjenja uslova za starosnu penziju je, prema čl. 14. st. 3 ZUS-a, u obavezi da o tome obavesti ovlašćenog predlagrača i NS. Sudija US podnosi zahtev da mu prestane dužnost pre isteka perioda na koji je

²¹ D. Simović (2012), op. cit., 6.

²² B. Nenadić (2012), op. cit., 139.

izabran, odnosno imenovan, ovlašćenom predlagaču, NS i predsedniku US, a, ako NS ne donese odluku o tom zahtevu u roku od tri meseca od dana njegovog podnošenja, sudiji dužnost prestaje po sili zakona istekom tog roka. Ispunjenost uslova za razrešenje sudije utvrđuje US, a postupak za razrešenje pokreću ovlašćeni predlagači za izbor, odnosno imenovanje. Iako se rok od šest meseci za obaveštavanje ovlašćenih predlagača o nastupanju uslova za prestanak dužnosti sudije US spominje samo u dva od četiri predviđena slučaja prestanka dužnosti, ipak bi se moglo stati na stanovište da je namera zakonodavca išla za tim da se celokupan postupak izbora, odnosno imenovanja novih sudija okonča u tom periodu, te da ovlašćeni predlagači odmah po dobijanju takvog obaveštenja započnu postupak.

Učesnici postupka za izbor i imenovanje su *kandidati* za sudije US. Iz takvog određenja sledi da se zapravo ceo postupak sastoji iz dve faze – faze kandidovanja i faze izbora, odnosno imenovanja, pri čemu bi se, s osloncem na uporednopravna rešenja i uprkos razlikama koje u obimu uređenosti postupka postoje između Republike Srbije i tih primera, zaista moglo stati na stanovište da se faza kandidovanja sastoji u isticanju kandidatura i kandidovanja u užem smislu, tačnije utvrđivanja konačne liste kandidata.²³ U pogledu isticanja kandidatura domaće zakonodavstvo ne sadrži niti jednu jedinu odredbu! Takav pristup omogućava tumačenje prema kome između isticanja kandidatura i kandidovanja u užem smislu, tačnije utvrđivanja konačne liste kandidata od strane ovlašćenih predlagača, nema razlike, te da se te dve etape prve faze postupka zapravo spajaju. Međutim, produbljenijom sistemskom analizom moglo bi se doći do sasvim oprečnog zaključka. Naime, nema mnogo institucionalne logike, a još manje opravdanja da se prilikom nekih drugih izbora koje sprovodi NS, kao što je to već predočeni slučaj izbora članova Visokog saveta sudstva, URS izričito predviđa javni konkurs za isticanje kandidatura. Takođe, javni poziv za isticanje kandidatura predviđen je i kod izbora Zaštitnika građana (propisan zakonom na osnovu ustavne odredbe da se izbor uređuje zakonom), Poverenika za informacije od javnog značaja, kao i u drugim zakonom predviđenim slučajevima (npr. izbora članova određenih saveta). Argument kojim bi se eventualno pobijala mogućnost popunjavanja pravne praznine u pogledu uređivanja isticanja kandidatura na javnom konkursu, odnosno po javnom pozivu (bar u slučaju kandidata koje predlaže NS) upotrebom analogije, a koji bi počivao na tezi da su takvi načini isticanja kandidatura mahom predviđeni zakonom, ne bi bio održiv kako zbog činjenice da je jedan takav slučaj predviđen URS (*analogia constitutionis*), tako i zbog činjenice da bi NS kao donosilac takvih

²³ U tom smislu Teodor Antić, „Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske“, *Regionalna konferencija o izboru sudija ustavnih sudova*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 7, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Teodor_Antic.pdf, 10. 7. 2022.

zakona inače mogla da donese i odluku o sprovođenju konkursa za isticanje kandidatura, a ni upotreba *analogia iuris* u ustavnom pravu nije isključena. Drugim rečima, pravna praznina u ustavnopravnom poretku RS u pogledu isticanja kandidatura za sudiju US bi u pogledu kandidata koje utvrđuje i predlaže NS morala biti popunjena analogijom, a istovetno rešenje bi upotrebom *argumentum a maiore ad minus* moglo da važi i za isticanje kandidatura za utvrđivanje kandidata od strane PR, jer, ako bi takav model važio za kandidate NS, onda bi *a fortiori* trebalo da važi za kandidate PR.

Na osnovu izložene ustavne odredbe, moglo bi se stati na stanovište da meritum (srž – predmet) postupka čine *biranje* (izbor) ili *imenovanje*, već u zavisnosti od toga koji je ustavni organ nadležan da odlučuje. Biranje, odnosno imenovanje se može odnositi samo na *kandidate*, tačnije lica koja su se našla na konačnim listama kandidata odgovarajućih ovlašćenih predlagača. U tom smislu, kao prethodno pitanje, pitanje koje prethodi izboru ili imenovanju, nameće se dilema kako se utvrđuje koji kandidati ispunjavaju uslove da budu na listi, odnosno da budu izabrani za sudiju, a tek nakon njegovog rešavanja pitanje kako se i na osnovu čega konačno vrši „odmeravanje snage kandidata“ i utvrđuje izbor odnosno imenovanje. Za konačne odgovore na izložena pitanja od kojih svakako presudno zavisi utvrđivanje pravne prirode postupka neophodno bi bilo sagledati i odrediti pravnu prirodu uslova za izbor, odnosno imenovanje. No, pre tog razmatranja potrebno je dati dve važne napomene.

Najpre, ako se stane na stanovište da bi se isticanje kandidatura moglo vršiti na javnom konkursu, odnosno po javnom pozivu, onda je jasno da bi u utvrđivanju konačne liste kandidata od strane ovlašćenih predlagača mogla da učestvuju i posebna tela, odnosno službe u njihovom sastavu – nadležni odbor NS u slučaju utvrđivanja konačne liste kandidata NS i Generalni sekretarijat PR u slučaju konačne liste kandidata PR. Takvo rezonovanje podržavaju i odgovarajuća poslovnička, odnosno zakonska rešenja. Naime, prema čl. 48 Poslovnika NS, Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo *razmatra pitanja* u vezi s izborom i imenovanjem sudija US.²⁴ Ako razmatra pitanja u vezi s izborom i imenovanjem, onda bi taj Odbor mogao i da, ako ne utvrđuje, a onda svakako NS uputi obrazloženu konačnu listu kandidata (eventualno nakon obavljenog razgovora s licima koja su istakla kandidaturu). S druge strane, Generalni sekretarijat PR kao služba koja mu pruža stručnu i tehničku podršku bi trebalo da, po sprovedenom javnom konkursu odnosno pozivu, PR pripremi predlog konačne liste kandidata.

²⁴ Takođe i u vezi s izborom Zaštitnika građana i drugih funkcionera, u skladu sa zakonom, što je još jedan, doduše posredni, dokaz o mogućnosti primene analogije za popunjavanje pravne praznine o isticanju kandidature.

Druga se napomena odnosi na utvrđivanje lista kandidata. URS uopšte ne sadrži odredbu na koji način NS utvrđuje konačnu listu kandidata, ali, ako je već reč o *njenoj* listi, onda bi nesumnjivo tačno bilo da se ona utvrđuje na sednici i to većinom glasova svih narodnih poslanika. Tu listu bi NS mogla da uputi PR bez bilo kakvog obrazloženja. Naprosto, iz ustavnog određenja prema kome je NS najviše predstavničko telo i nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti, te da je čine narodni poslanici koji predstavljaju građane od kojih potiče suverenost, jasno sledi da NS ne bi bila dužna da PR posebno obrazlaže svoju listu kandidata za sudije US. S druge pak strane, takvo se rezonovanje ne bi moglo odnositi na PR i njegovu listu kandidata. Takav zaključak ne proističe samo iz činjenice da PR nema ustavnu ulogu koja se vezuje za suverenost građana, već, a u vezi s tim, i iz ustavnih rešenja o odnosima između njega i NS, posebno onome prema kome je dužan da donese ukaz o proglašenju zakona ili da zakon, *uz pismeno obrazloženje*, vrati NS, ali, i da ga obavezno proglasi u slučaju da ga ona ponovo izglasa većinom od ukupnog broja poslanika, dakle istom većinom kojom bira sudije US i kojom bi trebalo da utvrđuje svoju listu kandidata!

USLOVI ZA IZBOR I IMENOVANJE

Da bi jedno lice bilo izabrano za sudiju US neophodno je da ispunjava tri uslova – 1. da ima najmanje 40 godina života, 2. da ima 15 godina iskustva u pravnoj struci i 3. da bude istaknuti pravnik. Jasno je da je uslov godina starosti jasno određen, da je uslov u pogledu godina iskustva delimično određen, te da zavisi od shvatanja pojma „pravna struka“, dok uslov koji se vezuje za kvalitet kandidata (istaknuti pravnik) nije precizno određen. Navedeni uslovi iziskuju bliže sagledavanje.

Prvo pitanje koje se u vezi s izloženim uslovima nameće je pitanje što se uopšte može smatrati iskustvom u pravnoj struci, tačnije koje konkretne poslove obuhvata taj pojam. Iz odredbi URS nedvosmisleno proističe da u njih spada profesura, jer sudija US ne može vršiti drugu javnu ili profesionalnu funkciju niti posao, *izuzev profesure na pravnom fakultetu u Republici Srbiji*, u skladu sa zakonom. U stranim radovima posvećenim materiji izbora sudija ustavnih sudova, u pogledu istovetno postavljenog uslova, ističe se da se, izuzev profesure i poslova u pravosuđu, problem određivanja javlja u vezi s onim poslovima koje obavljaju pravnici, a koji nisu klasični pravni poslovi i koji, od slučaja do slučaja, mogu pretežno ili tek u manjem delu obuhvatati pravne poslove.²⁵ U tom smislu, navodi se da je, s obzirom na raznovrsnost poslova, vrlo verovatno da će u svakom konkretnom slučaju biti potrebno oceniti koji se od njih smatraju poslovima kojima se stiče radno

²⁵ T. Antić, op. cit., 14.

iskustvo u pravnoj struci, naročito zbog toga što svako propisivanje i nabranje tih poslova na apstraktnom i generalnom nivou ne bi rešilo problem, između ostalog, zbog toga što nije moguće precizno i potpuno navesti sve različite pravne poslove i njihove nazive.²⁶ U vezi s ovim uslovom za izbor posebno je važno ukazati da pojmovi „radno iskustvo“ i „radni staž“ ne moraju biti istoznačni, jer, s jedne strane, lice može imati određeni radni staž, a da je pritom samo jedan njegov deo ostvaren u pravnoj struci, dok, s druge strane, lice može imati iskustvo u pravnoj struci koje mu iz raznih razloga nije priznato u radni staž.²⁷

Domaću pravnu nauku posebno je intrigiralo pitanje tumačenja uslova „istaknuti pravnik“. Naime, ponuđena su bila dva tumačenja – prema jednom, istaknuti pravnik je vrhunski pravni stručnjak, pravnik koji se izdvaja po profesionalnim dostignućima od ostalih pravnik,²⁸ dakle lice koje raspolaže najvišim znanjima u tumačenju i primeni prava, pogotovo najvišeg pravnog akta i čiji ga stručni i (ili) naučni kvaliteti izdvajaju među pravnicima. Prema drugom shvatanju, istaknuti pravnik je više od vrhunskog pravnog stručnjaka – lice koje mora posedovati izuzetna lična svojstva, kao što su visok moralni integritet, autonomnost mišljenja, hrabrost, umerenost, kreativnost, razvijenu svest o odgovornosti itd., tako da takav kandidat može obavljati funkciju na način koji odgovara njenom visokom dostojanstvu, pri čemu je to shvatanje nemoguće pretočiti u relativno preciznu pravnu normu, jer se viša merila koja treba da ispunjava sudija US, a koja obuhvata standard „istaknuti pravnik“, ne mogu ni propisati ni obezbediti Ustavom i zakonom.²⁹

Od tumačenja, odnosno utvrđivanja pravog značenja uslova za izbor i imenovanje sudija US čini se da je, bar u kontekstu teme ovog rada, značajnije utvrditi njihov pravni karakter. Načelno, iako to pitanje nije bilo predmet prevashodnog interesovanja domaće pravne misli, ipak se, makar i sporadično, u pojedinim radovima navode dva oprečna stava. Pojedini autori stoje na stanovištu da je, bar u pogledu uslova „istaknuti pravnik“, reč o *pravnom standardu* čija se konkretna sadržina određuje prilikom svakog izbora, odnosno imenovanja za

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ U tom smislu nesumnjivo je da se iskustvo u pravnoj struci ne može dokazivati odnosno utvrđivati na osnovu podataka iz radne knjižice, jer se njom kao javnom ispravom dokazuje samo trajanje radnog staža i organizacija u kojoj je on ostvaren, ali ne i poslovi na kojima je ostvaren, pa je stoga je verodostojni dokument za dokazivanje iskustva u pravnoj struci jedino potvrda kojom poslodavac (u najširem smislu) pod materijalnom i krivičnom odgovornošću potvrđuje da je jedno lice u određenom razdoblju kod njega ili za njega obavljalo pravne poslove, pri čemu bi bilo korisno da takva potvrda sadrži i osnovni opis pravnih poslova koji su obavljani – *Ibidem*.

²⁸ Ratko Marković, *Ustavno pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd, 2009, 178; D. Simović (2012), op. cit., 5, 6.

²⁹ V. Petrov (2012), op. cit., 7; V. Petrov (2013), op. cit.

sudiju US.³⁰ S druge pak strane, iznošen je i stav da je ovaj uslov sadržan u normi kojom je prepuštena *diskreciona ocena* donosiocima odluke o izboru i/ili imenovanju sudija.³¹

Pravni standardi su opšti pravni kriterijumi koji nisu jasni i koji iziskuju komplikovano sudsko donošenje odluke (odnosno donošenje odluke od strane primenjivača norme – prim. V. Đ).³² Drugim rečima, to su pojmovi koji menjaju svoju konkretnu sadržinu zavisno od svakog konkretnog slučaja, a ipak ostaju u suštini isti. Budući da nije moguće da se ta sadržina odredi unapred za svaki konkretan slučaj, to se upotrebljavaju dotični neodređeni pojmovi.³³ Važno je istaći da u slučaju normi koje sadrže pravne standarde *za svaki konkretan slučaj postoji samo jedno ponašanje koje odgovara dispoziciji* i koje treba utvrditi, a sva druga moguća ponašanja su suprotna dispoziciji i predstavljaju njen prekršaj.³⁴ S druge pak strane, kod normi koje sadrže mogućnost diskrecionog odlučivanja državnim organima koji ih primenjuju se *daje ovlašćenje da utvrde pravilo ponašanja koje se odnosi na obavezanog subjekta*, pri čemu je državni organ (najčešće upravni) dužan da savesno, odgovorno i stručno propiše dispoziciju kojom se u najvećoj mogućoj meri ostvaruje cilj države, odnosno njen interes, a suština diskrecione vlasti državnog organa sastoji se u oceni svrsishodnosti (celishodnosti) na osnovu koje se utvrđuje pravilo ponašanja.³⁵ Suštinska, ali i veoma tanana, razlika između pravnih standarda i neodređenih pojmova s jedne, i diskrecionog odlučivanja, s druge strane, leži u tome što kod prvih opšta pravna norma stipuliše uslove kod kojih je teže pronaći pravu zakonsku volju, a što uslovljava veću ili manju meru subjektivnog prosuđivanja primenjivača norme, ali kod kojih je još uvek merodavna volja zakona (opšteg akta – V. Đ.), dok je kod drugih ostavljeno nadležnom organu uprave da, prema sopstvenom nahođenju, odabere optimalnu alternativu.³⁶ U praksi je međutim veoma teško uočiti razlikovanje, a u pojedinim teorijskim pristupima se zastupa „srednje rešenje“ prema kome od volje donosioca opšte norme zavisi da li će neodređeni pojam značiti i pravo na diskrecionu ocenu.³⁷

³⁰ D. Simović (2012), op. cit., 5; V. Petrov (2012), op. cit., 6.

³¹ S. Manojlović, op. cit., 9.

³² Hans-Bernd Schaefer, „Legal Rules and Standards“, *The Encyclopedia of Public Choice* (eds. Charles K. Rowley, Friedrich Schneider), Springer, Boston, 2004, 671–674.

³³ Radomir Lukić, Budimir Košutić, Dragan Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd 1999, 435.

³⁴ Gordana Vukadinović, Radivoj Stepanov, *Teorija prava I*, Petrovaradin, 2001, 267.

³⁵ Snežana Savić, Matej Savić, *Teorija države i prava*, Banja Luka, 2017, 331.

³⁶ Ivo Krbeč, *Diskreciona ocena*, Zagreb, 1937, 341.

³⁷ Walter Jelinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 35, navedeno prema Mirjana Drenovak, „Diskreciona ocena u upravnom pravu Srbije sa osvrtom na uporedno pravo i evropske standarde“, magistarski rad, Beograd, 2009.

Imajući u vidu teorijski okvir razlikovanja između pravnih standarda i diskrecione ocene, moglo bi se stati na stanovište da je za odgonetanje pravne prirode pojma „istaknuti pravnik“ od suštinske važnosti kontekst u kojem se to određenje pojavljuje kao uslov za izbor, jer se samo posredstvom tog konteksta može utvrditi da li je volja donosioca opšte norme u kojoj je taj uslov sadržan išla za tim da se organima koji vrše izbor i imenovanje ostavi da u svakom konkretnom slučaju odrede sadržinu tog određenja (pravni standard), ili pak da prema sopstvenom nahođenju, odaberu optimalnu alternativu (diskreciono odlučivanje). U tom smislu, od značaja je uočiti da se u čl. 172. st. 5 URS navodi da se sudija US bira i imenuje *među* istaknutim pravnicima, dakle među licima koja su već prethodno, dobijajući status kandidata, određena kao istaknuti pravnici. Drugim rečima, pravna priroda određenja „istaknuti pravnik“ jeste od značaja za utvrđivanje pravne prirode određivanja kandidata, ali ne u istoj meri i od značaja za utvrđivanje pravne prirode samog izbora i imenovanja. Od presudne važnosti za sagledavanje pravne prirode samog čina izbora i imenovanja jeste činjenica da se ono (izbor i imenovanje) odnosi na *sudiju US kao samostalnog i nezavisnog državnog organa koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode*. Dakle, kontekst u kojem se vrši izbor i imenovanje, kao i njegov cilj je obezbeđivanje samostalnosti i nezavisnosti US i osiguranje delotvorne zaštite ustavnosti, zakonitosti i ljudskih i manjinskih prava. Takvo shvatanje uveliko omogućava određivanje pravne prirode izbora i imenovanja sudija US. Ipak, radi svestranijeg sagledavanja i razumevanja ove materije, neophodno je osvrnuti se i na formu, sadržinu i pravnu prirodu akata o izboru i imenovanju.

AKTI O IZBORU I IMENOVANJU

NS i PR o izboru i imenovanju sudija US donose akte u formi odluke. Jedina razlika je u nazivu – akt NS nosi naziv Odluka o izboru sudija US,³⁸ dok akt PR nosi naziv Odluka o imenovanju sudija Ustavnog suda.³⁹ U uvodu odluke NS se poziva na relevantne odredbe URS i Zakona o NS, dok se PR poziva na odredbu URS i Zakona o PR.⁴⁰ Takođe, u uvodu odluke NS ne navode se podaci o listi kandidata koje je dostavio PR (datum utvrđivanja i dostavljanja liste, kao i eventualni službeni

³⁸ Odluka o izboru sudija Ustavnog suda, *Službeni glasnik RS*, br.101/2016.

³⁹ Odluka o imenovanju sudija Ustavnog suda, *Službeni glasnik RS*, br.101/2016.

⁴⁰ Zanimljivo je uočiti da se u uvodu svoje odluke NS, osim na čl.99..st..2..tač. 2 URS i čl. 2 Zakona o NS, poziva i na i čl. 172. st. 2 URS, dok se PR, osim na čl. 24. st. 1 Zakona o PR, poziva na čl. 172. st. 3 URS! Drugim rečima, NS se u svojoj odluci poziva na odredbu koja govori o tome koliko sudija US bira i imenuje koji organ, dok se PR poziva na odredbu koja upućuje da on imenuje pet sudija Ustavnog suda između deset kandidata koje predloži NS.

broj), ali se navode podaci o broju sednice na kojoj je donesena odluka i datumu njenog održavanja. S druge strane, u uvodu odluke PR se poziva i na službeni broj i datum utvrđivanja liste kandidata NS (što znači da tu listu NS utvrđuje posebnim aktom!). Zatim u obe odluke sledi deo u kojem se navodi da se određena lica biraju, odnosno imenuju za sudije US i da se odluka objavi u Službenom glasniku. Prema pojedinim autorima, taj deo odluka sadrži ono što bi klasičan upravni akt sadržao u izreci.⁴¹ Obe odluke ne sadrže obrazloženje.

U pogledu pravne prirode odluke o izboru i imenovanju sudija US u domaćoj pravnoj nauci nije mnogo pisano. U retkim primerima izloženo je shvatanje prema kome je akt o izboru (imenovanju) sudija US konkretan, pojedinačan i individualan pravni akt, jer se njime rešava pojedinačna situacija koja se odnosi na određeno lice, te da se njime vrši konkretizacija opšte, ustavne, odnosno zakonske norme (pravna utemeljenost akta), od strane pravno nadležnog, merodavnog organa (autoritativnost akta), zbog čega je akt neposredno izvršiv (izvršnost akta) i kao takav principijelno se određuje kao upravni akt.⁴² U stranim radovima nastalim u državama sličnog pravnog nasleđa koji su posvećeni tom pitanju ističe se da je odluka (parlamenta) o izboru sudija ustavnog suda nesumnjivo političke prirode i da, u tom smislu, predstavlja „akt vladanja“, ali i da, budući da je njeno donošenje uslovljeno ispunjenjem određenih pravnih pretpostavki koje se odnose na postupak donošenja kao i na uslove koje moraju zadovoljiti kandidati za izbor na tu dužnost, reč o *pravno vezanom aktu pravno-političke prirode*.⁴³ Suštinska dilema je dakle sledeća – da li je odluka o izboru sudija US upravni akt donet po diskrecionoj oceni, a što bi značilo i da podleže kontroli (is)pravnosti, ili je pak reč o političkom aktu, aktu koji donose najviši državni organi neposredno odlučujući na osnovu svojih ustavnih ovlašćenja i koji, iako zaodenu u pravno ruho, izmiče sudskoj kontroli.

Za odgonetanje prirode odluka NS i PR o izboru, odnosno imenovanju sudija US od značaja može biti i pozivanje na odgovarajuće pravne osnove u njihovim uvodnim delovima. Naime, u uvodu odluke PR stoji pozivanje na čl. 24. st.1 Zakona o PR, a budući da se rubrum tog člana odnosi na *vrste pravnih akata* koje donosi PR, jasno je da iz toga sledi da se odluka PR mora smatrati *pravnim aktom*. U tom smislu, izostanak obrazloženja takve odluke predstavlja krupan propust. Naime, obrazloženje odluke PR bi bilo nužno ne samo iz istovetnih razloga koji su u ovom radu izloženi u pogledu obrazloženja liste kandidata PR, a u kontekstu njegovog odnosa s NS, već i zbog toga što takvom svojom odlukom PR zaista (doduše, ne prevashodno) odlučuje o pravima, obavezama i interesima lica koja je kao kandidate prethodno utvrdila NS

⁴¹ S. Manojlović, op. cit., 14.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ T. Antić, op. cit., 18.

kao nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti, a naročito zbog toga što PR kao inokosni organ svojim imenovanjem čiji bi cilj trebalo da bude obezbeđivanje samostalnosti i nezavisnosti US i osiguravanje delotvorne zaštite ustavnosti, zakonitosti i ljudskih i manjinskih prava (suštinski) odlučuje koji od kandidata, za koje je NS prethodno utvrdila da ispunjavaju uslove i čijom je listom vezan, najviše doprinose ostvarivanju tog cilja.⁴⁴ Drugim rečima, odluka PR o imenovanju bi po svojoj pravnoj prirodi jedino mogla da bude donesena diskrecionim odlučivanjem što je svrstava u upravni akt za koji bi, u skladu s čl. 198. st. 2 URS, trebalo da važi mogućnost preispitivanja pred sudom u upravnom sporu. To što bi takve mogućnosti bile limitirane samo na slučajeve izostanka obrazloženja, ili mana svrhe, načelno ne bi trebalo da opovrgava tom aktu svojstvo upravnog akta. S druge strane, odluka NS o izboru kandidata s liste PR je nesumnjivo pravni akt, ali nešto drugačije prirode od odluke PR. Evo i zašto. NS, za razliku od PR, svoje diskreciono odlučivanje o tome koji od kandidata s liste PR najviše obezbeđuju samostalnost i nezavisnost US i osiguravaju delotvornu zaštitu ustavnosti, zakonitosti i ljudskih i manjinskih prava, kao nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti, ne bi ni trebalo da obrazlaže iz prostog razloga što je sve što ona odluči *per definitionem* u skladu s javnim interesom. Drugim rečima, i odluka NS ima karakter upravnog akta donesenog po slobodnoj oceni, ali takav akt, imajući u vidu cilj diskrecionog odlučivanja i ustavnu ulogu NS, ni na koji način ne može biti pravno manjkav, osim u slučaju grubog kršenja prava pojedinih kandidata,⁴⁵ kojima bi na raspolaganju stajao put ustavnosudske zaštite posredstvom ustavne žalbe.⁴⁶

ZAKLJUČAK

Na osnovu svega izloženog, moglo bi se stati na stanovište da se izbor i imenovanja sudija US od strane NS i PR sprovode kroz dva, međusobno uslovljena, po fazama i pravnom okviru identična i normativno nedovoljno regulisana, ali svakako

⁴⁴ Ovo, zbog ustavnog naloga da sa svake od predloženih lista kandidata jedan od izabranih kandidata mora biti sa teritorije autonomnih pokrajina, ne bi važilo u slučaju da NS na svoju listu stavi samo jednog kandidata s teritorije autonomnih pokrajina. U tom slučaju, PR bi bio u poziciji „zlatne ribice“ koja bi obavezno ispunila „želju“ NS i *vice versa*.

⁴⁵ Npr. da je u skupštinskoj raspravi jasno istaknuto da neko lice neće biti izabrano zbog svoje nacionalne, verske ili jezičke pripadnosti.

⁴⁶ Kritika izložena u pojedinim stranim radovima prema kojoj bi u takvom slučaju jedini kontrolor tih akata bio Ustavni sud, dakle one sudije koji su prethodno izabrane takvim aktima (u analizi se ukazuje da su to akti vladanja), a što bi imalo implikacije na funkcioniranje načela podela vlasti (Miljenko Appio Giunio, „Izbor sudaca Ustavnog suda kao akt vladanja i 'odgoda učinaka' konstitutivne presude“, *Informator*, br. 5733, 2009) ne može biti osnovana, jer bi posredi bilo odlučivanje o povredi prava kandidata.

različita postupka – postupku izbora i postupku imenovanja. Istovete pravne praznine koje se u njima javljaju, a koje se odnose na fazu kandidovanja mogu biti popunjene analogijom za šta u domaćoj pravnoj nauci i praksi svakako ima kapaciteta (sredstava). Suštinske razlike koje se u tim postupcima javljaju i koje imaju implikacije na materiju pravnog pobijanja i zaštite izbora odnosno imenovanja proističu iz ustavnog položaja i odnosa između NS i PR i odnose se na pravnu prirodu određivanja kandidata i konačnog izbora, odnosno imenovanja. U fazi kandidovanja URS opredeljeni uslovi, naročito uslov „istaknuti pravnik“ su za NS pravni standardi čiju bi sadržinu ona u svakom konkretnom slučaju trebalo da odredi, dok su za PR smernice za odabir optimalnih kandidata što utvrđivanje njegove liste čini diskrecionim odlučivanjem koje bi moralo biti obrazloženo. U fazi izbora, odnosno imenovanja po sredi je diskreciono odlučivanje upravnim aktom oba organa u cilju obezbeđivanja samostalnosti i nezavisnosti US i osiguranja delotvorne zaštite ustavnosti, zakonitosti i ljudskih i manjinskih prava, s tim što je odlučivanje NS *per definitionem* u skladu s javnim interesom i, kao takvo, za razliku od odluke PR, ne bi moglo da bude predmet upravnosudske kontrole, već samo i u retkim slučajevima ustavnosudske zaštite ljudskih i manjinskih prava kandidata.

Dr. VLADIMIR ĐURIĆ
Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

THE ELECTION AND APPOINTMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Contribution to the theoretical determination of the procedure,
conditions' and acts' legal nature

Summary

This paper analyzes the legal nature of the procedure, conditions and acts for the election and appointment of the Constitutional Court judges in the Republic of Serbia. The conclusion is that there are two, mutually conditioned, in terms of stages and legal framework identical and normatively insufficiently regulated, but certainly different procedures. The essential differences in those proceedings which have implications for the matter of legal protection in matter of elections and appointments arise from the constitutional position and relationship between National Assembly and the president of the Republic and refer to the legal nature of the selection of candidates and the final election and appointment.

Key words: election, appointment, judges, Constitutional Court

Literatura

- Antić T., „Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske“, Regionalna konferencija o izboru sudija ustavnih sudova, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Teodor_Antic.pdf.
- Džakić T., „Garantije nezavisnosti sudija ustavnih sudova“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, <https://uvidok.rcub.bg.ac.rs/bitstream/handle/123456789/3148/Doktorat.pdf?sequence=1>.
- Drenovak M., „Diskreciona ocena u upravnom pravu Srbije sa osvrtom na uporedno pravo i evropske standarde“, magistarski rad, Beograd, 2009.
- Giunio M. A., „Izbor sudaca Ustavnog suda kao akt vladanja i „odgoda učinaka“ konstitutive presude“, *Informator*, br. 5733, 2009.
- Jelinek W., *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.
- Krbek I., *Diskreciona ocjena*, Zagreb, 1937.
- Kutlešić V., „Uslovi za izbor sudija ustavnih sudova – uporedna analiza 51 ustava“, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. Bosa Nenadić), Beograd, 2013.
- Lukić R., Košutić B., Mitrović D., *Uvod u pravo*, Beograd, 1999.
- Manojlović S., „Izbor i položaj sudija Ustavnog suda u Republici Srbiji“, Regionalna konferencija o izboru sudija ustavnih sudova, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Savo_Manojlovic.pdf.
- Marković R., *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 1995.
- Marković R., „Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije od 2006. godine“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LV, br. 2, 2007.
- Marković R., *Ustavno pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd, 2009.
- Marcic R., *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963.
- Nenadić N., Labus S., „Uslovi za izbor sudija ustavnih sudova u savremenim evropskim zemljama“, *Pravo – teorija i praksa*, Vol. 21, No. 9–10, Novi Sad, 2004.
- Nenadić B., „Predgovor“, *Zakon o Ustavnom sudu*, Beograd 2008.
- Nenadić B., „Ustavni sud Republike Srbije – U svjetlu Ustava iz 2006. godine“, *Revus* br. 11, 2009.
- Nenadić B., *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova sa posebnim osvrtom na Ustavni sud Srbije*, Beograd, 2012.
- Nikolić P., *Ustavno pravo*, Beograd, 1994.
- Petrov V., „Zašto sudija ustavnog suda (ne) mora biti istaknuti pravnik? – analiza pojma 'istaknuti pravnik' u Ustavu Srbije od 2006“, Regionalna konferencija o izboru sudija ustavnih sudova, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2012, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov.pdf.
- Petrov V., „'Istaknuti pravnik' – poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma?“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Vol. 18, No. 3, Beograd, 2013.

- Savić S., Savić M., *Teorija države i prava*, Banja Luka, 2017.
- Simović D., „Slabosti institucionalnih garantija nezavisnosti Ustavnog suda Srbije“, Regionalna konferencija o izboru sudija ustavnih sudova, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Darko_Simovic.pdf.
- Simović D., „Problem politizacije i sastav ustavnog suda“, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. Bosa Nenadić), Beograd, 2013.
- Simović D., Petrov V., *Ustavno pravo*, Beograd, 2018.
- Stojanović D., *Ustavno pravo*, knj. II, Niš, 2003.
- Schaefer H. B., „Legal Rules and Standards“, *The Encyclopedia of Public Choice* (eds. Charles K. Rowley, Friedrich Schneider), Springer, Boston, 2004.
- Vučić O., Petrov V., Simović D., *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika – teorija, norma, praksa*, Beograd, 2010.
- Vučić O., „Izbor i sastav ustavnih sudova – mukotrpan put dostizanja evropskih standarda“, *Zbornik radova Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. Stevan Lilić), knj. 2, Beograd, 2012.
- Vukadinović G., Stepanov R., *Teorija prava I*, Petrovaradin, 2001.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MIJODRAG RADOJEVIĆ

PRAVOSUĐE I PROMENA USTAVA

Predmet istraživanja su ustavni amandmani i položaj sudske vlasti u Srbiji. Amandmanima nije uspostavljen samo nov model izbora sudija, već je ukinut probni mandat, proširena je nadležnost i promenjen je sastav Visokog saveta sudstva, ojačane su garancije nezavisnosti sudske vlasti i prekomponovano je tužilaštvo... U zavisnosti od polazišta o položaju i ulozi pravosuđa, amandmani se različito tumače. Prvo, ističu se pozitivne promene u konstitucionalizovanju pravosuđa; drugo, težište analize prebacuje se na politikološki teren tvrdnjama da priroda političkog sistema u Srbiji nije plodno tlo za kvalitativniju promenu položaja pravosuđa; naredno, primećuju se nedostaci u inoviranim ustavnim institutima i, poslednje, smatra se da je sužavanjem ovlašćenja parlamenta ustavna reforma pogrešno usmerena na štetu odgovornosti sudstva. Autor zaključuje da je postavljena konstitucionalna infrastruktura, ali za stvarnu nezavisnost sudske vlasti neophodne su druge pretpostavke, poput demokratije, vladavine prava, političke volje, poverenja javnosti i spremnosti sudija da brane svoj status i ugled.

Ključne reči: nezavisnost sudske vlasti, ustavni amandmani, referendum, legitimitet, izbor sudija

TRI REFORME PRAVOSUĐA U SRBIJI

Misao o tome da pravo vredi onoliko koliko vrede sudije prihvaćena je u većini savremenih pravnih sistema, bilo da je reč o zemljama koje slede *common law* tradiciju, bilo da pripadaju kontinentalnom pravnom poretku. Bez obzira na baštinu

Dr Mijodrag Radojević, naučni saradnik Instituta za političke studije, e-mail: miodrag.radojevic@gmail.com.

po kojoj sudstvo predstavljaju profesionalno odabrane sudije ili je, u širem smislu, izdvojeni deo upravnog aparata sa posebnim statusom, pod uticajem liberalnog učenja o podeli vlasti i vladavine prava nezavisnost sudstva se uobličavala kao neporecivo polazište konstitucionalizma. Dogma je zasnovana na uverenju da je nezavisno pravosuđe pretpostavka zaštite ljudskih prava i sloboda jer, kao što bez slobodnih i poštenih izbora nema parlamenta kao otelotvorenja narodnog suvereniteta, i vladavina prava je nezamisliva bez nepristrasnih sudija. Od sudske vlasti u modernom društvu se očekuje da se „drži zakona“ i pravde, da je dostupna, kompetentna, nepotkupljiva, imuna na političke uticaje i pritiske, efikasna i odgovorna...

Sabirajući i razrađujući pomenute kriterijume, u međunarodnoj zajednici su prihvaćeni univerzalni standardi nezavisnosti sudstva. Pod okriljem Saveta Evrope ispisan je pregršt preporuka i pravila. U ovaj posao uključeni su i Evropski sud za ljudska prava, koji putem sudske prakse učestvuje u dograđivanju svojevrstnog prava za sudije, i Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), za koju se može reći da je *spiritus movens* kodifikacije principa i smernica za unapređivanje položaja sudske vlasti.¹ O važnosti ovih uzusa govori i to da su parametar za vrednovanje da li je država na putu demokratije ili se udaljava od vladavine prava. Evropska unija je vladavinu prava i nezavisno pravosuđe ugradila u svoje pravne tekovine. Od svojih država članica ona očekuje da poštuju ove vrednosti, što nije uvek slučaj. Obratimo pažnju samo na pokušaje političkih pritisaka na sudsku vlast u Poljskoj i Mađarskoj, ali i u drugim evropskim zemljama. Od kandidata za članstvo u EU očekuje se poštovanje standarda o nezavisnom i samostalnom pravosuđu.

S druge strane, u silnom zamahu harmonizacije prava zanemaruje se ideološki podtekst nezavisnosti sudstva,² i u razvijenim demokratijama pravosuđe nije imuno od političkih uticaja, ali i drugih neformalnih centara moći. Još je „svež“ primer Evropskog suda za ljudska prava, kada su obelodanjene nedozvoljene veze sudija sa civilnim organizacijama.³ U Sjedinjenim Američkim Državama hroničan

¹ Upor.: čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda; Preporuka (94)12 Komiteta ministara Saveta Evrope o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija; Evropska povelja o zakonu za sudije (1998); Mišljenje br. 1 Konsultativnog veća evropskih sudija o standardima koji se odnose na nezavisnost sudstva i nesmenjivost sudija. Navedena i druga dokumenta u prevodu na srpski jezik mogu se naći na veb-portalu Vrhovnog kasacionog suda (<http://vk.sud.rs/sr/medjunarodna-dokumenta>, 12. 9. 2022) i u izdanjima: *Odabrani dokumenti Venecijanske komisije i Komiteta ministara Saveta Evrope*, Institut za uporedno pravo (prir.), Beograd, 2020.

² Dragutin S. Avramović, Ilija D. Jovanov, „Mit o nezavisnosti sudstva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2021, 506.

³ V. European Centre for Law & Justice, *NGOs and the Judges of the ECHR 2009 –2019*, 2nd, Strasbourg, 2020, <https://eclj.org/ngos-and-the-judges-of-the-echr?lng=en>, 4. 10. 2022.

problem je narušavanje integriteta sudijske funkcije usled običaja sudija da trguju uticajem s ciljem obezbeđivanja resursa u kampanji za sledeće svoje izbore. Ipak, podsetimo se da u Ujedinjenom Kraljevstvu, kolevci parlamentarizma, „pravni sistem nisu stvorili ni građani, ni njihovi izabrani predstavnici, već uvaženo sveštenstvo mudrih, starih sudija sa perikama“,⁴ a poseban položaj obezbedili su zahvaljujući svom ugledu i podršci društva. Da pojasnimo da opasnost po položaj sudske vlasti nalazimo i u nekritičkoj recepciji institucija.⁵ Pravosuđe neće biti nezavisno i samostalno, uprkos deklarativnim standardima, ako je u zemlji nezavidan stepen demokratije i vladavine prava.

U Srbiji sudstvo pati od mnogih boljki, od kojih je većina nasleđena iz prethodnog komunističkog razdoblja. Odsustvo nezavisnosti, neefikasnost i pomanjkanje poverenja javnosti samo su deo problema i izazova. U međuvremenu, u protekle tri decenije bezuspešno su sprovedene tzv. pravosudne reforme. Uprkos okolnosti da funkcioniše u uslovima višestranačja i podele vlasti, pravosuđe se nije oslobodilo stigme političke zavisnosti. Donošenjem paketa pravosudnih zakona (2001), pokrenuta je prva reforma pravosuđa. Po prvi put su uspostavljena posebna tela (Visoki savet pravosuđa, Veliko personalno veće i Nadzorni odbor), sa ovlašćenjima u postupku izbora i razrešenja sudija, kao i vršenja drugih poslova u vezi sa uređivanjem položaja pravosuđa. Visoki savet pravosuđa institucionalizovan je kao organ sa savetodavnom i predlagačkom nadležnošću u izboru i razrešenju sudija. Prenošnje nadležnosti sa ministarstva pravosuđa na Visoki savet pravosuđa nije uklonilo tzv. partijske kvote za izbor sudija.⁶ U Ustavu iz 2006. godine, sudski savet je konstitucionalizovan i preimenovan (Visoki savet sudstva, skraćeno: VSS). Međutim, VSS nije ostvario važniju ulogu u jačanju nezavisnosti sudske vlasti, delom i zbog svog institucionalnog položaja. Izbor njegovih članova je netransparentan, a nadležnost sužena. Ustavotvorac nije bio široke ruke u proklamovanju ustavnih načela o nezavisnosti i samostalnosti sudija. Naredne godine, Venecijanska komisija u svom mišljenju kritikuje „prekomeran“ uticaj parlamenta na pravosuđe.⁷

⁴ Raul Van Caenegem, *Judges, Legislators & Professors – Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, London, 1987, 164.

⁵ Irena Pejić, „Konstitucionalizacija sudske nezavisnosti: uporedno i iskustvo Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68 (LIII), 2014, 161.

⁶ Upor.: Mijodrag Radojević, „Putevi i stranputice reforme pravosuđa“, *Hereticus*, br. 1, 2010, 53.

⁷ Zanimljivo je i da je Venecijanska komisija upozoravala na neodgovarajuće odredbe u fazi izrade nacrtu i predloga Ustava. Međutim, njene primedbe nisu bile uvažene. Upor.: Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija, Mišljenje o Ustavu Srbije, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)004-srb](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)004-srb), 13. 9. 2022).

Druga reforma pravosuđa (2008–2012) pokušaj je da se u ustavnim okvirima promeni položaj sudske prakse nakon donošenja novog paketa zakona. Reizbor sudija samo će pogoršati stanje u pravosuđu. Trećina od ukupnog broja sudija faktički je razrešena, kao i oko 200 javnih tužilaca.⁸ Ovaj postupak pratile su brojne nezakonitosti, nepravilnosti i kontroverze. Ustavnost opšteg izbora sudija bila je sporna po više osnova,⁹ što je konstatovao i Ustavni sud, čime se proces reforme pravosuđa „restartuje“.

Sledeće razdoblje počinje 2013. godine, nakon obrazovanja Radne grupe za izradu analize izmene ustavnog okvira na osnovu Nacionalne strategije pravosuđa u okviru Ministarstva pravde. Nova faza reforme pravosuđa polazi od koncepta po kome su ustavna rešenja usko grlo za jačanje nezavisnosti i samostalnosti sudstva, naročito imajući u vidu rešenja o nadležnosti Visokog saveta sudstva i načinu izbora sudija. Prelomni momenat je usvajanje ustavnih amandmana 2022. godine. U narednom periodu, usvajanjem novih pravosudnih propisa, dovršava se normativna osnova za poboljšanje položaja pravosuđa. Neizvesno je da li ona konačno dati i dobre plodove u vidu nezavisnog, samostalnog, odgovornog i efikasnog pravosuđa.

USTAVNI AMANDMANI – PRO ET CONTRA

Nakon višegodišnjeg mukotrpnog dijaloga predstavnika izvršne vlasti, zakonodavne vlasti i pravosuđa,¹⁰ uz asistenciju Venecijanske komisije i povremeno učešće domaće stručne javnosti, održanog referenduma 16. januara 2022. godine, Narodna skupština je proglasila ustavne amandmane 9. februara. Ovim amandmanima je, suprotno njihovom osnovnom značenju u doktrini i uporednom pravu,¹¹

⁸ Ove sudije nisu izabrane po Zakonu o sudijama (2008), pa je *ex lege* njihova funkcija prestala.

⁹ M. Radojević (2010), op. cit., 56; Tanasije Marinković, „O ustavnosti opšteg reizbora sudija“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 2009, 288–289; D. Boljević, Oспорavanje legitimite- ta sudske vlasti u procesu ustavnog uređenja nezavisnosti sudstva na primeru Srbije, 4–5, https://fcjp.ba/analize/Dragana_Boljevic2-Osporavanje_legitimiteta_sudske_vlasti_u_procesu_ustavnog_uredjenja_nezavisnosti_sudstva_na_primeru_Srbije.pdf, 9. 9. 2022.

¹⁰ Hronologiju procesa i dešavanja, kao i različitih tumačenja, nalazimo u zborniku radova: Društvo sudija Srbije, *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka*, Beograd, 2018. Elektronsko izdanje zbornika je dostupno na veb-adresi: https://www.sudije.rs/Dokumenta/Publikacije/Dru%C5%A1tvo_sudija_Srbije_-_Svedo%C4%8Danstvo.pdf, 3. 9. 2022.

¹¹ U našem pravnom sistemu, kao i u Crnoj Gori i Severnoj Makedoniji, nasleđena je pravna tehnika ustavnih amandmana bivše Jugoslavije. Amandmani se koriste za promene u izvornom ustavnom tekstu, mada bi to trebalo učiniti u formi ustavnog zakona o izmenama i dopunama ustava. V. Mijodrag Radojević, „Amandmani i promena ustava“, *Politička revija*, br. 2 (72), 2022, 32;

izmenjen deo Ustava o uređenju vlasti u oblasti pravosuđa. U sadržinskom smislu, amandmanima se konstitucionalizuju dodatna jemstva nezavisnosti sudstva, garantuje se stalnost sudske funkcije, uređuje se drugačiji način izbora sudija i tužilaca, regulišu se statusna pitanja sudija i tužilaca...

Usvajanjem amandmana ostvareno je više ciljeva. Srbija je ispunila međunarodne obaveze u procesu evropskih integracija, na koje se obavezala Akcionim planom za poglavlje 23 u pregovorima sa Evropskom unijom od 2016. godine. Ustav je usklađen sa standardima i preporukama Saveta Evrope u oblasti pravosuđa, naročito u rešenjima o izboru i statusu sudija. Amandmanima su otklonjene nomotehničke anomalije u oblasti pravosuđa i položene osnove za reformu sudske vlasti, a zakonodavcu određen rok za donošenje novih zakona o pravosuđu.¹² U postupku izrade teksta amandmana, osim predstavnika vlasti i strukovnih udruženja, učestvovao je nevladin sektor, a Venecijanska komisija je svojim preporukama i mišljenjima oblikovala ključna rešenja i finalni izgled amandmana. Ustavni amandmani su zvanično predstavljeni kao kompromis različitih polazišta o položaju pravosuđa, konsenzus struke i politike. Naročito se isticalo da se ustavnim promenom ostvaruje bolja zaštita prava građana i jača vladavina prava.

Domaća stručna javnost nije jednodušna u oceni ustavnih amandmana. U našoj pravnoj literaturi u raspravama objašnjeno je da je popravljen ustavni ram pravosuđa i da se proces ustavne revizije odvijao uz uvažavanje demokratskih načela, odnosno da je bio „inkluzivan“ i „transparentan“,¹³ kao i da je njen finalni proizvod „pravosuđe po meri Srbije“. Ustavne promene obezbeđuju mehanizam koji štiti pravosuđe od upliva drugih grana vlasti, ali i njihovu vezu sa nosiocima suverenosti.¹⁴ Na taj način, uravnoteženi su zahtevi za nezavisnošću i odgovornošću sudske vlasti.

Slično: Irena Pejić, „Constitutional referendum and judicial reform in Serbia“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 94 (LXI), 2022, 88; Takođe: Vladan Petrov, „Postupak za promenu Ustava Republike Srbije u 'Venecijanskom ogledalu'“, *Primena prava i pravna sigurnost: zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava* (ur.) Jelena S. Perović, Beograd, 2021, 500; D. Simović (2022), op. cit., 93.

¹² V. čl. 2 Ustavnog zakona za sprovođenje Akta o promeni Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 115/2021. U vreme pisanja ovog teksta, dostupni su nacrti zakona o javnom tužilaštvu, Državnom veću tužioca, uređenju sudova, sudijama i Visokom savetu sudstva na veb-portaluu Ministarstva pravde (<https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 3. 10. 2022).

¹³ Profesor V. Petrov, neposredni učesnik, svedoči da je radna grupa za izradu Nacrta akta o promeni Ustava bila reprezentativno sastavljena, da nije bila pod političkim uticajem i da je njen rad koordinisan sa Venecijanskom komisijom (Vladan Petrov, „Na korak od promene Ustava u delu o pravosuđu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, 2022, 75).

¹⁴ Đorđe Marković, „Zašto i šta menjamo u Ustavu?“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, 2022, 82.

Kritičari u svojim raspravama zameraju na sadržini amandmana i načinu na koji su oni usvojeni. Sporan je demokratski legitimitet usvojenih ustavnih amandmana, evidentni su propusti u referendumske kampanji i postupku izrade Akta o promeni Ustava. Ustavni amandmani su nedorečeni ili polovični.¹⁵ Naposljetku, posebnu pažnju zaslužuju i oni koji su skeptični prema novom modelu izbora sudija, smatrajući da on polazi od neosnovane pretpostavke da se nepristrasno i nezavisno sudstvo može obezbediti tako što bi sudije preuzele ključnu ulogu u realizaciji ovog procesa. Štaviše, to je korak natrag, jer pogoduje drugim slabostima i problemima u organizaciji i funkcionisanju pravosuđa.¹⁶

Postupak donošenja i sadržina ustavnih amandmana različito se tumače. Prvo polazište ističe pozitivne promene u konstitucionalizovanju pravosuđa u 2022. godini; drugo težište analize prebacuje na politikološki teren, tvrdeći da priroda političkog sistema u Srbiji nije plodno tlo za kvalitativniju promenu položaja pravosuđa; naredno primećuje nedostatke inoviranih ustavnih instituta i poslednje, pa zaključuje da je sužavanjem ovlašćenja parlamenta ustavna reforma pogrešno preusmerena.

Pogled unatrag – reforme i amandmani

Venecijanska komisija je preporučila drugačija rešenja o pravosuđu – prvi put u svom mišljenju o Nacrtu ustava (2005), a drugi put, nakon donošenja Ustava (2007). Srž njene kritike su nedovoljna jemstva nezavisnosti i samostalnosti sudske vlasti, osobito prilikom imenovanja sudija.¹⁷ Opravdanost ovih konstatacija potvrdila je erozija srpskog pravosuđa nakon reizbora sudija 2009. godine. Sa promenom vlasti 2012. godine, usledili su prvi signali da će se pristupiti promenama ustavnog položaja sudske vlasti, ali je bila potrebna decenija da se to i ostvari.

¹⁵ Upor.: Darko Simović, „Ustavni amandmani iz nužde – kritički osvrt na ustavnu reformu sudske vlasti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2022, 85–119; Jasminka Hasanbegović, „Može li promena Ustava da promeni srpsko pravosuđe nabolje?“, *Pravno-političke rasprave o pravosuđu* (ur.) M. Jovanović, CEPRIS, Beograd, 2022, 7–16; Savo Đurđić, „Da li će i kada sudstvo u Srbiji zaista biti nezavisno?“, *Pravno-političke rasprave o pravosuđu* (ur.) M. Jovanović, CEPRIS, Beograd, 2022, 17–34. Tanasije Marinković, „Ustavni amandmani udaljavaju Srbiju od EU“, <https://www.danas.rs/dijalog/licni-stavovi/ustavni-amandmani-udaljavaju-srbiju-od-eu/>, 26. 9. 2022; Zoran R. Tomić, „Četiri pretpostavke za prosvetljenje Srbije“, <https://pescanik.net/cetiri-pretpostavke-za-prosvetljenje-srbije/>, 25. 9. 2022.

¹⁶ Goran Marković, „Hoće li pravosuđe zaista biti nezavisno u Srbiji“, *Heretikus*, br. 1–2, Vol. XX, 143–166.

¹⁷ Ustavotvorac nije uvažio primedbe na Nacrt ustava koje je Venecijanska komisija imala o poglavlju o pravosuđu.

U međuvremenu, proces je sporo odmicao, ispoljena su potpuno suprotna polazišta o položaju i ulozi sudske vlasti. Vlast je kao osnovni problem isticala nedostatak odgovornosti i efikasnosti, problem korupcije u pravosuđu koji bi trebalo rešiti i redefinisanjem načela kontrole i ravnoteže tri grane vlasti. Nasuprot tome, strukovna udruženja i deo pravne javnosti smatrali su da je odugovlačenje i taktiziranje u procesu reforme pravosuđa pokazatelj namere da se ojača nadzor nad pravosuđem. U više verzija nacрта ustavnih amandmana Ministarstva pravde definisani su „novi putevi politizacije“ pravosuđa tokom 2018. godine.¹⁸ Neiskrena namera vlasti da uistinu reformiše pravosuđe potkrepljena je neuvažavanjem struke, stvaranjem paralelnog civilnog društva i pritiskom na sudije.¹⁹

Treća strana u procesu bile su Evropska unija i Savet Evrope. I pored pokušaja osporavanja, Evropska unija je vršila pritisak s ciljem promene ustavnog položaja pravosuđa. U izveštajima Evropske komisije godinama je predočavan nedostatak konkretnih koraka u napretku Srbije u oblasti pravosuđa, što je postalo kamen spoticanja u evrointegracijama. Stručnim telima Saveta Evrope (Venecijanska komisija, Konsultativno veće evropskih sudija i Konsultativno veće evropskih tužilaca) poverena je savetodavna uloga u pripremi teksta ustavnih promena.²⁰ Po našem mišljenju, ona su bila i više od konsultanta jer je Venecijanska komisija imala završnu reč u pripremi najvažnijih rešenja u tekstu amandmana.

Nakon što je Konsultativno veće evropskih sudija dostavilo primedbe u vezi sa poslednjim nacrtom iz oktobra 2018. godine, proces je privremeno obustavljen do sredine 2021. godine. Vlada je podnela Predlog za promenu Ustava Srbije koji

¹⁸ Upor.: D. Boljević (s. a.), op. cit., 7. V. Jasminka Hasanbegović, „Ka ustavnim amandmanima o pravosuđu: ka nezavisnom pravosuđu u Srbiji ili pak u suprotnom smeru, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 78 (LVII), 2018, 15–18.

¹⁹ Upor.: Jasminka Hasanbegović J., „Može li promena ustava da promeni srpsko pravosuđe nabolje?“, *Pravno-političke rasprave o pravosuđu* (ur.) Marko Jovanović, Teodora Miljojković, CEPRIS, Beograd, 2022, 12; V. Rakić Vodinelić (2018), op. cit., 323; Vida Petrović Škero, Ana Zdravković, Procedura predlaganja ustavnih amandmana, <https://crta.rs/wp-content/uploads/2019/01/Procedura-predlaganja-ustavnih-amandmana.pdf>, 21–22, 4. 10. 2022; Jedan sudija beleži da su „tužioc i sudije konstantno izloženi pritiscima nosilaca političkih funkcija i tabloidnih medija...“ (Savo Đurđić, „Da li će i kada sudstvo u Srbiji biti zaista nezavisno?“, *Pravno-političke rasprave o pravosuđu* (ur.) Marko Jovanović, Teodora Miljojković, CEPRIS, Beograd, 2022, 26). Kršenje ustavne zabrane uticaja na sudiju u vršenju sudijske funkcije dolazi i od najviših nosilaca izvršne vlasti, što dodatno pogoršava ambijent u kome funkcioniše pravosuđe (Tanasije Marinković, *Odgovornost predsednika Republike za povredu Ustava – zabrana uticaja na vršenje sudijske funkcije*, CEPRIS, 2021, Beograd, 15–24).

²⁰ Pojedini predstavnici stručne javnosti smatraju da su ove promene u pravosuđu posledica pritiska koje su upravo dolazile iz Evropske unije. V. V. R. Vodinelić, „Pravno-politički ciljevi ustavnih amandmana o pravosuđu“, *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka* (prir.) Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018, 322; G. Marković (2022), op. cit., 145.

je usvojila Narodna skupština 7. juna 2021. godine i od tada su ubrzano preduzete i druge radnje za donošenje ustavnih amandmana: formirana je Radna grupa za izradu Akta o promeni Ustava (23. juna) koja je utvrdila prvi Nacrt akta o promeni Ustava (6. septembra). Dve naredne verzije nacrtu usvojene su 28. oktobra, odnosno 29. novembra, nakon odgovora (mišljenja) Venecijanske komisije. Dan kasnije, Narodna skupština je usvojila Akt o promeni Ustava i donela odluku o raspisivanju republičkog referenduma radi potvrđivanja Akta o promeni Ustava Republike Srbije. Nakon održanog referenduma o ustavnim amandmanima, Narodna skupština je proglasila Akt o promeni Ustava 9. februara.

U novijoj ustavnoj povesti Srbije po prvi put je korišćena tehnika ustavnih amandmana 2022. godine.²¹ Ključna dilema u raspravama o ovim promenama glasi – da li je ustavna revizija obavljena u skladu sa demokratskim principima, odnosno da li je nov ustavni supstrat pogodan okvir za uspostavljanje nezavisnog, samostalnog, odgovornog i delotvornog pravosuđa.

Šta je (ne)sporno u ustavnim amandmanima?

U teoriji se razdvaja nedemokratski od demokratskog postupka donošenja i promene ustava.²² Za demokratski postupak je karakteristično da je ustavna promena usklađena sa legitimnošću. Prema Monteskejue, legitimnost je „sklad vlasti, političkog režima, sa načinom mišljenja jednog naroda“, iz koga proističu drugi principi i proceduralna pravila, poput suverenosti, vladavine prava, ali i konsenzusa i transparentnosti. U tumačenju primene ovih načela i standarda u trećoj fazi reforme pravosuđa naša pravna struka se razmimoilazi.

Postupak i dijalog o ustavnim promenama odvijao se pod krovom parlamenta. Prva primedba upućena je krnjem legitimitetu Narodne skupštine – stožernom telu u okviru koga se odvijao ustavotvorni proces u drugoj polovini 2021. i početkom 2022. godine.²³ U sazivu ovog parlamenta usvojen je Akt o promeni Ustava i doneti su propisi za sprovođenje referenduma. U skupštini, konstituisanoj

²¹ Dva pokušaja delimične revizije Ustava iz 1990. godine bila su neuspešna (1992), ali na referendumu je prihvaćen Akt o promeni Ustava 2006. godine.

²² Upor: V. Petrov (2022), op. cit., 495.

²³ Na ovim izborima je zabeležena najmanja izlaznost birača od ponovnog uvođenja višestranačkog sistema (M. Radojević (2022a), op. cit., 199–200). U prestonici je na izbore izašlo samo 38% birača. Uprkos smanjenju izbornog cenzusa sa 5% na 3%, u Narodnoj skupštini su bile zastupljene samo tri liste i poslanici stranaka nacionalnih manjina. Na ovim izborima su zabeležene i brojne ne-regularnosti (Beogradski centar za ljudska prava, *Ljudska prava u Srbiji: januar–jun 2020*, Beograd, 2020, 59–62).

nakon izbora 2020. godine, izostalo je prisustvo opozicije. Tadašnji saziv Narodne skupštine nije imao „demokratski legitimitet za aktiviranje ustavotvorne vlasti“, odnosno izabran je i pogrešan momenat za sprovođenje ustavnih promena, s ciljem da se „stvari privid da je ustavotvorni postupak transparentan i inkluzivan“. ²⁴ Osim toga, o ustavnim promenama nije obezbeđen dijalog vlasti i opozicije, a javna slušanja (trebalo je da nadomeste široku javnu raspravu) nisu održana u tolerantnoj atmosferi. ²⁵

Druga ključna primedba tiče se referendumu. Na referendumu je potvrđen Akt o promeni Ustava, ali uz veoma nisku izlaznost, najmanju u odnosu na referendume održane na nacionalnom nivou od 1990. godine. ²⁶ Na referendumu se izjasnilo oko 30% građana upisanih u birački spisak, a promenu Ustava je podržao svaki peti birač u Srbiji (18,27%). ²⁷ Izlaznost na referendumu se objašnjava teškoćama izazvanim pandemijom, bojkotom opozicionih glasača i simpatizera, okolnostima da se glasalo po hladnom vremenu i činjenicom da vlast nije upotrebila raspoložive resurse u kampanji. Svoje prisustvo u kampanji je limitirala, što je bio povod da se sumnja u dobronamernu podršku ustavnim promenama. Iz vladajućeg tabora upućivane su oprečne poruke, ²⁸ što je dodatno zbunilo građane. Rezultati referendumu potkrepljivali su tezu o deficitu poverenja građana, ²⁹ pri čemu se može spekulirati o uzrocima – da li su posledica nezainteresovanosti ili neinformisanosti o tako važnoj temi kao što je pravosuđe.

Referendum je uspeo jer Ustav ne zahteva cenzus izlaznosti kao uslov za punovažnost. Međutim, detaljnije preispitajmo i odredbu o punovažnosti referenduma koja isključuje pragove izlaznosti i(li) kvoruma odobrenja. S obzirom na to

²⁴ Simović (2022), op. cit., 89–90.

²⁵ „[...] javna slušanja nije odlikovala tolerantna i konstruktivna atmosfera, već su pojedini članovi radne grupe za izradu ustavnih amandmana, uz podršku predstavnika vladajuće političke koalicije, omalovažavali i obezvređivali svaki kritički ton i razvodnjavali raspravu politikantskim frazama i trivijalnim patriotskim usklikima“ (D. Simović (2022), op. cit., 90).

²⁶ Održano je šest referenduma. O tome opširnije: Mijodrag Radojević, „Referendum u Srbiji – između narodne volje i manipulacije“, *Nacionalni interes*, br. 1, 2022, 191–192.

²⁷ Republička izborna komisija, Izveštaj o ukupnim rezultatima republičkog referenduma radi potvrđivanja Akta o promeni Ustava Republike Srbije. <https://www.rik.parlament.gov.rs/tekst/41877/rezultati-referenduma.php>, 3. 10. 2022.

²⁸ Tadašnji predsednik parlamentarnog odbora za pravosuđe, državnu upravu i lokalnu samoupravu javno je poručio da će glasati protiv promene Ustava, jer se nije složio sa sužavanjem uloge Narodne skupštine u postupku izbora sudija (Đukanović: „Zaokružiću 'ne' na referendumu, ponudeno rešenje dugoročno loše za državu“, <https://www.danas.rs/vesti/politika/djukanovic-zaokruzicu-ne-na-referendumu-ponudjeno-resenje-dugorocno-lose-za-drzavu/>, 2. 10. 2022).

²⁹ G. Marković (2022), op. cit., 144; D. Simović (2022), op. cit., 92; I. Pejić (2022), op. cit., 79–80.

da je Venecijanska komisija autoritativno telo za tumačenje evropskih standarda o pravnim institucijama, pozovimo se i na njen stav u smernicama o dobroj referendumskoj praksi. Kada je reč o pitanjima od ključne ustavne važnosti u jednoj zemlji, ona predlaže da je za uspeh referendumu neophodan viši stepen poverenja građana od tzv. proste većine palih glasova.³⁰ Nije precizno navedeno da li se to odnosi na odredbe kojima se uređuje sudska vlast, ali smatramo da je to jedna od najvažnijih ustavnih oblasti. U slučaju nepostojanja drugih zaštitnih mehanizama, kao što je obezbeđenje uslova za fer kampanju, rešenje o ukidanju kvoruma pogoduje političkom bloku koji kontroliše institucionalne, finansijske i medijske resurse u zemlji. U tom slučaju, referendum je potencijalno manipulativno sredstvo ogrtanja političkih odluka narodnom voljom. Najzad, imamo u vidu da je razblažena referendumska podrška ukomponovana sa složenim trofaznim postupkom promene Ustava Srbije. U svakoj etapi je neophodna parlamentarna podrška, pa se i za usvajanje akta i predloga za promenu Ustava zahteva dvotrećinska većina svih poslanika (čl. 203. st. 3. i 6). Dakle, za ustavnu reviziju potrebna je homogena politička većina.

Paradigmatičan primer narušavanja vladavine prava vezan je za donošenje Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi krajem 2021. godine. Prethodni neustavni zakon iz 1994. godine, nakon više pokušaja, konačno je ukinut pet dana pre usvajanja Akta o promeni Ustava i donošenja odluke o raspisivanju referendumu. Iz oportunih razloga i Venecijanska komisija nije insistirala na usklađivanju srpskog zakonodavstva sa njenim smernicama, po kojima nije poželjno da se donose propisi u godini održavanja referendumu.³¹ Izvrđavanje javne rasprave o predlogu ovog zakona odvijalo se preko leta, uz poštovanje minimalnog zakonskog roka i dostavljanje pisanih primedbi i komentara.

Narodno glasanje o Aktu o promeni ustava održano je po odredbama novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi, usvojenim neposredno pre referendumu.³² Donošenje ovog zakona je bilo celishodno, jer je i regulativa o referendumu konačno usklađena sa ustavnim odredbama, ali i postupku usvajanja ovog propisa nalazimo krupne zamerke, naročito načinu sprovođenja javne rasprave.³³ Takođe, primedbe se odnose i na formulisanje referendumske pitanja, sprovođenje referendumske kampanje, propuste u obaveštavanju građana itd. Narušeni integritet

³⁰ Upor.: Mijodrag Radojević, „O prirodi referendumu – s posebnim osvrtom na zakonodavna rešenja u Srbiji i Republici Srpskoj“, *Pravna riječ*, 64 (XVIII), Banja Luka, 2021, 66-67.

³¹ M. Radojević (2021), op. cit., 64.

³² „Novi zakon usvojen je nepuna dva meseca pre održavanja referendumu o Aktu o promeni Ustava, a svega četiri dana pre usvajanja Odluke o raspisivanju referendumu...“, M. Radojević (2022a), op. cit., 200.

³³ M. Radojević (2022a), op. cit., 201.

referendumskog (ustavotvornog) procesa posledica je užurbanosti da se obave sve ustavne radnje do raspisivanja novih parlamentarnih izbora. Sa nedostatkom demokratske prakse i iskustvom nadležnih organa, kao i „rupama“ u propisima, nastale su teškoće koje su delimično i zaslužne za odsustvo punog demokratskog legitimiteta u ustavnom procesu.³⁴

(Ne)sporna sadržina ustavnih amandmana

Amandmanima su revidirani položaj sudstva i tužilaštva, u skladu s tim i načela koja uređuju odnos različitih grana vlasti, nadležnost Narodne skupštine i odredbe o izboru i imenovanju sudija Ustavnog suda. U ovom delu teksta predstavimo „nova ustavna rešenja“. Njihov kvalitet ocenjujemo pomoću više indikatora: a) izvornog ustavnog teksta b) međunarodnih standarda i rešenja u uporednom pravu i c) teorijskih paradigmi o nezavisnosti sudstva, samostalnosti tužilaštva, podeli vlasti i vladavini prava.

Amandmanom I korigovana je formulacija o podeli vlasti. Termin „kontrola“ zamenjen je izrazom „proveravanje“, pa se shodno tome odnos tri grane vlasti ne zasniva na „međusobnoj kontroli“, jer je to u nesaglasju sa načelom nezavisnosti sudstva, već na „međusobnom proveravanju“ (čl. 4. st. 3. Ustava). *Ratio* ovog noveliranja, prema preporuci Venecijanske komisije,³⁵ podrazumeva da pravosuđe nije izuzeto od uticaja drugih grana vlasti. Nezavisnost sudstva nije apsolutna i ona ne znači izuzimanje od odgovornosti. Pomenuta terminološka korekcija ispoljava nameru ustavotvorca da pomiri zahteve za uspostavljanjem nezavisnog i odgovornog pravosuđa. Međutim, uvereni smo da to nije učinjeno na najbolji način, premda je postojalo i gore rešenje koje je predlagalo Ministarstvo pravde („ograničavanje“). U poslednjoj verziji amandmana izraz „ograničavanje“ ustupio je mesto terminu „proveravanje“. Pomenuta terminološka distinkcija nije precizna, niti odgovara uzajamnim odnosima različitih grana vlasti.³⁶ U ovom slučaju, krećemo se u začaranom krugu jer sudska vlast, iako je deo sistema provere i ravnoteže, ima i poseban položaj u ovom institucionalnom odnosu.

³⁴ O nedostacima u pravnom okviru postupka promene Ustava v. V. Petrov (2021), op. cit., 502-505.

³⁵ European Commission for democracy through law (Venice commission), Opinion No. 921/2018, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2018\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)011-e), 21. 9. 2022. O tome i: M. Radojević (2022b), op. cit., 42-43.

³⁶ Slažemo se sa polazištem da „sudsku vlast nije moguće adekvatno smestiti u institucionalni aranžman koji određuje odnose između političkih grana vlasti“, ali time nismo rešili ovaj problem. Simović (2022), op. cit., 98-99.

Amandmanom IV konstitucionalizovan je važan aspekt odnosa sudske vlasti i Ustavnog suda, donedavno uređen samo Zakonom o Ustavnom sudu (čl. 82). Ustavni sud može da preispituje sudske odluke u postupku po ustavnoj žalbi. Ovo ovlašćenje odranije koristi u praksi, ali je to bilo i predmet teorijskih kontroverzi. Ako sudske odluke ne mogu biti predmet vansudske kontrole, a Ustavni sud je izvan sistema redovnog pravosuđa, kako to da on *vice versa* postupa kao instancioni sud? Dilemu je opet razjasnila Venecijanska komisija u preporuci kojom je uobličila konačan tekst amandmana, tvrdeći da je Ustavni sud ipak sud, koji vršenjem svog prava na preispitivanje sudske odluke ne dovodi u pitanje nezavisnost sudstva. Kontrola sudskih odluka povodom postupka po ustavnoj žalbi emanacija je zaštite ljudskih prava, bez koje bi i institut ustavne žalbe bio obesmišljen. Obrazloženje ovog amandmana značajno je za sagledanje uloge Ustavnog suda u našem pravnom sistemu.³⁷

U raspravama je kritikovana formulacija o zabrani uticaja na sudije u vršenju sudijske funkcije. Prema amandmanu VI, ne postoji apsolutna zabrana uticaja na sudije, već zabrana „neprimerenog uticaja“. Pomenuta formulacija „neprimerenog uticaja“ je neodređena, pa bi je trebalo precizirati zakonskim i podzakonskim normama. U Radnoj verziji (nacrtu) zakona o sudijama neprimereno vršenje uticaja na sudiju u vršenju sudijske funkcije klasifikuje se kao disciplinski prekršaj, ali ne navode se oblici ponašanja koji se mogu podvesti pod ovaj pravni standard. Sudija može podneti zahtev za zaštitu od neprimerenog uticaja (čl. 30. i 97),³⁸ a detaljnija pravila u vezi sa postupkom regulisaće se posebnim aktom Visokog saveta sudstva.

Ustavnim amandmanima je ukinut probni trogodišnji mandat sudija, koji je relativizovao sudsku nezavisnost i načelo stalnosti sudijske funkcije. Probni mandat ima i svoje pozitivne strane, ali je prevladala kritika ovog instituta, jer se smatra da trijaža sudije izlaže pritiscima koji ugrožavaju njihovu nezavisnost.³⁹ Nažalost, ovo rešenje je moglo biti empirijski zasnovano da je sprovedeno istraživanje o primeni instituta probnog perioda u Srbiji.

U amandmanima nisu konstitucionalizovani uslovi za izbor sudija (Amandman VII), iako je bilo i takvih predloga (Venecijanska komisija). U nacrtima amandmana postojala je odredba o tome da kandidati za izbor sudije moraju da prođu

³⁷ V. Obrazloženje Akta o promeni ustava, 22, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/ostala_akta/2021/2166-21%203.pdf, 24. 9. 2022.

³⁸ Nacrt zakona o sudijama, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 10. 10. 2022.

³⁹ Slobodan Orlović, „Stalnost sudijske funkcije vs. opšti reizbor sudija u Republici Srbiji, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2 (LVIII), 2010, 175.

obaveznu obuku organizovanu u Pravosudnoj akademiji. Ministarstvo pravde je uporno branilo ovo rešenje tvrdeći da se tako uspostavlja mehanizam koji obezbeđuje stručnost sudija. Prema kritičarima, to je pokušaj da se na zaobilazan način omogući upliv politike na izbor sudija. Kompromis između oprečnih polazišta utkan je u Radnu verziju zakona o sudijama. Ocena na početnoj obuci na Pravosudnoj akademiji je alternativni način za utvrđivanje stručnosti i osposobljenosti kandidata za sudiju koji se prvi put bira na sudijsku funkciju (čl. 51). Kandidat ima pravo da bira da li će polagati ispit koji organizuje Visoki savet sudstva ili će završiti početnu obuku na Pravosudnoj akademiji.

Sudijska funkcija je stalna i sudija vrši svoju funkciju dok ne navrši radni vek, ako njegova funkcija ne prestane nastupanjem razloga navedenih Ustavom (Amandman VIII). Amandmanima se konstitucionalizuju razlozi za razrešenje sudija, čime se onemogućava njihovo ekstenzivno i proizvoljno uređivanje zakona. Odluku o razrešenju donosi Visoki savet sudstva, ako je ispunjen jedan od dva razloga – ako je sudija osuđen za krivično delo na kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili ako učini težak disciplinski prekršaj. Novim ustavnim amandmanom daju se veća prava sudijama u slučaju kada se premeštaju u drugi sud. Sudija samo izuzetno može biti premešten ili privremeno upućen u drugi sud i tada ima pravo da zadrži svoju platu, a protiv odluke o trajnom premeštaju ili privremenom upućivanju može i da podnese žalbu Ustavnom sudu (up. Amandman IX i čl. 150 Ustava). Delimičnim korekcijama teksta dve ustavne odredbe (čl. 151. i 152) regulisani su imunitet i nespojivost sudijske funkcije tako što su spojeni u Amandman X.

U teoriji i praksi ne postoji saglasnost o najboljem modelu izbora sudija. U uporednom pravu izbor sudija nije regulisan na jednoobrazan način,⁴⁰ pa i ustavi sadrže različita rešenja.⁴¹ U našoj doktrini i u mišljenjima i preporukama međunarodnih organizacija godinama unazad je sugerisano da je uzrok većine problema u sudskoj vlasti neodgovarajući način izbora sudija, jer bi to pravo trebalo da pripadne profesionalnom i nezavisnom telu. Zbog toga je amandmanima Narodna skupština razvlašćena, odnosno izgubila je ovlašćenja da direktno utiče na izbor sudija. Ključnu ulogu u upravljanju pravosuđem preuzeo je Visoki savet sudstva, koji će ubuduće birati sudije i odlučivati o statusnim pitanjima sudija (Amandman XII). Kako bi se umanjio uticaj politike na izbor sudija promenjen je i način izbora i sastav VSS. Sedam članova pripadaju sudskoj grani vlasti

⁴⁰ O izboru sudija opširnije: Vladan Petrov, Izbor sudija uporedno i u Republici Srbiji – predlozi za promenu Ustava, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov1.pdf, 26. 9. 2022; Atila Bado, „Izbor sudija – nepristrasnost i politika – komparativna analiza“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2014, 277–315; G. Marković (2021), op. cit., 84–114.

⁴¹ Vladimir Mikić, *Pojmovnik evropske ustavnosti*, Službeni glasnik, Beograd, 2022, 898–898.

(šest sudija i predsednik Vrhovnog suda), a preostala četiri člana („istaknute prav-
nike“) bira Narodna skupština (Amandman XIII).

U debatama o izboru sudija primena modela sudskog saveta sa centralizova-
nom nadležnošću kritikovan je iz različitih uglova. Najpre se zapaža da je izostalo
istraživanje o vrednovanju VSS u prethodnom periodu, a zatim se previđa da je
ovakav model funkcionalan u zemljama s razvijenom demokratijom, pravnim si-
stemom i kulturom, dok je manje efikasan u državama koje su se vratile liberalnoj
ustavnosti u procesu tranzicije u poslednjoj deceniji XX veka. U pravnoj literaturi,
sudskim savetima se prigovara nedostatak demokratskog legitimiteta, pa se tvrdi
da nema garancija da će njihovo delovanje doista biti oslobođeno političkog utica-
ja.⁴² Ako bi se sudska vlast samokonstituisala, to bi značilo da je Narodna skupština
isključena iz posla izbora sudija. Ove teze pobijaju se polazištem po kome tri grane
vlasti imaju različitu prirodu. Zakonodavna i izvršna vlast su političke vlasti, a sud-
stvo je stručna vlast. Za razliku od političke vlasti čiji se proceduralni legitimitet
zasniva na izborima, sudije ne bi trebalo da biraju obični građani i političari, već
lica koja raspoložu stručnim znanjima.⁴³

U svrhu dezavuisanja sudskih saveta, odnosno „kontrolne“ uloge parlamen-
ta u postupku izbora sudija nabrajaju se i loše posledice tzv. sudokratije. U nastoja-
nju da se zatvore vrata političkom uticaju na sudije, sudsko samoupravljanje otva-
ra prozore za pritisak drugih centara moći, poput interesnih grupa i korporacija.
Članovi sudskih saveta nisu objektivni, niti imuni na lične preferencije i interese,
što za posledicu može imati nastanak sudskih koterija. Pristalice sudskih saveta ne
uviđaju da ova tela predstavljaju samo spoljnu branu nezavisnosti sudija, a ne uzi-
maju u obzir i to da ona može biti narušena iznutra, od njegovih pretpostavljenih
ili kolega (unutrašnja nezavisnost).⁴⁴ Zbog toga je mešoviti sastav VSS kompromis
dva polarizovana polazišta o sudskim savetima.

⁴² Simović (2022), op. cit., 116.

⁴³ Đorđe Tasić, jedan od najuglednijih profesora na Pravnom fakultetu u Beogradu u razdo-
blju između dva svetska rata, ubraja se među retke teoretičare koji su navodili prednosti izbora su-
dija putem posebnih stručnih (sudijskih) tela. Po njegovom mišljenju, to je najmanje loš način izbo-
ra, čija je dobra strana u tome što štiti sudije od političkih uticaja, u skladu je s načelom podele vla-
sti i „budi kod sudija svest o njihovoj nezavisnosti“ (Đorđe Tasić, „O jemstvima sudske nezavisno-
sti“, *Spomenica sednice glavne skupštine Kongresa pravnika Kraljevine Jugoslavije u Beogradu dana*
22-24. IX 1935, Beograd, 11-13). Nedostatak ovog načina izbora jeste u tome da pogoduje „esnaf-
skom duhu“. Zbog toga, Tasić predlaže spoljnji oblik proveravanja rada sudija i objektivna merila kao
kriterijum za njihovo napredovanje.

⁴⁴ Shimon Shetreet, „Judicial independence and accountability: core values in liberal de-
mocracies“, *Judiciaries in comparative perspective* (ed.) H. P. Lee, Cambridge University Press, Cam-
bridge, 2011, 3.

Razmotrimo sada i drugu vrstu kritika, prema kojima amandmani nisu dosledni u razradi koncepta nezavisnosti sudstva i depolitizacije VSS.⁴⁵ Pre svega, sporan je status i uloga tzv. nesudskih članova. Za istaknutog pravnika može biti izabran kandidat sa najmanje 10 godina radnog iskustva, pod uslovom da je dostojan. Članovi VSS ne mogu biti članovi političkih stranka, ali to ne predstavlja garanciju od politizovanja ovog tela. Zakonodavcu je prepušteno da propiše i druge uslove za izbor i osnove nespojivosti. Standard „istaknuti pravnik“ nije nepoznat u Ustavu (v. čl. 172), u praksi je kompromitovan,⁴⁶ pa je neophodno da se utvrde kriterijumi i merila koji bi onemogućili zloupotrebu ovog standarda. Ako su voljom moćnika nesudski članovi njihova ekspozitura, uz kvorum za odlučivanje u VSS od osam članova, kao što je to prema čl. 19. Radne verzije zakona o VSS, rad ovog tela zavisice od volje političke većine. Postavljanjem ovog klipa u točkove, postoji mogućnost da se parališe funkcionisanje ovog tela, sa nesagledivim posledicama po ostvarivanje nezavisnosti i samostalnosti sudske grane vlasti.

Amandmanima je uređen i položaj tužilaštva, sa značajnom novinom u razdvajanju izbora Vrhovnog javnog tužioca od izbora drugih tužilaca, izmenjenom sastavu Visokog saveta tužilaštva (u nastavku teksta: VST), kao i konstitucionalizaciji stalnosti javnotužilačke funkcije (Amandman XXII). Glavni javni tužilac se bira na šest godina, uz mogućnost reizbora (Amandman XX). Izbor i razrešenje javnog tužioca i glavnog tužioca u nadležnosti su VST, dok je izbor Vrhovnog javnog tužioca i dalje u rukama Parlamenta. Međutim, amandmanima su u VST ojačani mehanizmi političkog uticaja, a na štetu njegove samostalnosti. U sastavu VST smanjen je broj tužilaca (upor.: Amandman XXV sa čl. 164. st. 3 Ustava), ministar pravde i Vrhovni javni tužilac su još njeni članovi i sa četiri istaknuta pravnika, kako je to primetila Venecijanska komisija, politička većina zadržava kontrolni paket akcija i u ovom telu. Ključna figura u tužilaštvu – Vrhovni javni tužilac (skraćeno: VJT) bira se kvalifikovanom parlamentarnom većinom na predlog Visokog saveta tužilaštva, ali bez prava na obnavljanje mandata. Reizbor VJT je ukinut s ciljem stvaranja uslova da nepristrasno obavlja svoju funkciju, jer neće biti u prilici da se „bori“ za novi mandat. Za izbor VJT neophodno je obezbediti veću parlamentarnu podršku nego za izbor vlade (najmanje 150 narodnih poslanika), čime je smanjen politički uticaj na njegov izbor.⁴⁷

⁴⁵ D. Simović (2022), op. cit., 107–113.

⁴⁶ O kriterijumima i dilemama kategorije istaknuti pravnik kod izbora sudija Ustavnog suda v.: Vladan Petrov, „Istaknuti pravnik – poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma?“, *Nauka, bezbednost, politika*, 3, 2013, 43–46.

⁴⁷ I. Pejić (2022), op. cit., 83.

AMANDMANI KAO KOMPROMIS RAZLIČITIH POLAZIŠTA

Ustavni amandmani su ključni događaj u tzv. trećoj reformi pravosuđa od 2001. godine. Suprotno značenju u doktrini ustavnog prava, a shodno domaćoj tradiciji, ovim amandmanima se zadire u ustavno tkivo, jer se menjaju i dopunjavaju odredbe o pravosuđu. U njihovom sastavljanju učestvovali su predstavnici izvršne i sudske vlasti, stručna javnost i Venecijanska komisija. U odnosu na prethodna polazišta, Ministarstvo pravde je odustalo od niza rešenja i prihvatilo demontažu dela nadležnosti Narodne skupštine u upravljanju pravosuđem. Rezultat je poboljšanje ustavnog okvira. Ustavnim amandmanima nije samo uspostavljen nov model izbora sudija, već je ukinut probni mandat, proširena je nadležnost i promenjen je sastav Visokog saveta sudstva, ojačane su garancije nezavisnosti sudske vlasti i prekomponovano je tužilaštvo... U odnosu na Ustav iz 2006. godine načinjen je iskorak, uvažena je većina međunarodnih smernica i standarda i stvorena je solidna osnova za unapređenje položaja pravosuđa.

S druge strane, dve vrste kritika su upućene amandmanima. Prva se odnosi na postupak njihovog donošenja. Put je bio dugotrajan, slikovito je izgledao poput teške bitke okončane privremenim primirjem. O odsustvu demokratskog legitimiteta najviše se polemicalo nakon održanog referenduma, pa su kritičari isticali da nema iskrene političke namere da se oživotvore amandmani i da su skriveni mehanizmi očuvanja političke kontrole. Druga vrsta kritika tiče se sadržine amandmana. Izuzev nomotehničkih nedostataka, konstatuje se da je propuštena prilika da se konstitucionalizuju neka od statusnih pitanja, kao što su uslovi za izbor sudija i sudski budžet, odnosno dekonstitucionalizuju odredbe, kao što je ona o zabrani političkog delovanja sudija, a zatim i da se drugačije urede ostali instituti.

Kritičari amandmana razilaze se ne samo kada komentarišu amandmane (*de lege lata*) i predlažu kako treba da glase (*de lege ferenda*), već i u pogledima na nezavisnost sudske vlasti. Po nekima je mit, po drugima ideal koji treba ostvariti. Ovi narativi su ogledalo i njene višeznačnosti u pravnim sistemima, koja uostalom ne zavisi samo od doktrinarnih shvatanja, već i od političke klime. Ipak, deo kritičara greši jer je, prema referentnim istraživanjima, savremeni trend jačanje nezavisnosti pravosuđa. U našem slučaju, amandmanima je postavljena konstitucionalna infrastruktura,⁴⁸ ali su za *stvarnu nezavisnost* neophodne druge

⁴⁸ Važno je i kako će ustavni amandmani biti saobraženi u zakonska rešenja, koja bi trebalo da budu usvojena do 9. februara 2023. godine. Radna grupa za izradu novog paketa pravosudnih zakona obrazovana je u aprilu 2022. godine i nakon pet meseci je završila pripremu radnih verzija nacrtu pravosudnih zakona (v. <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 3. 10. 2022).

pretpostavke, poput demokratije, vladavine prava, političke volje, poverenja javnosti i spremnosti sudija da brane svoj status i ugled.

Dr. MIJODRAG RADOJEVIĆ
Research-associate, Institute for Political Studies
Belgrade

JUDICIARY AND THE CHANGE OF THE CONSTITUTION

Summary

At the referendum held on January 16, 2022, Serbia adopted the Act amending the Constitution. It was a key event in the so-called the third judicial reform since 2001. Constitutional amendments, contrary to the meaning they generally have in comparative law, changed the constitutional provisions on judicial power. The professional public participated in the drafting of the amendment and the Venice Commission was consulted. However, the constitution-making process has been criticized for lacking democratic legitimacy. Constitutional amendments established a new model for the election of judges, the probationary term of judges was abolished, the competence was expanded and the composition of judicial councils was changed, the reasons for the termination of the judicial office have been determined and the guarantees of the independence of the judicial authority have been strengthened. The prosecutor's office is included in the constitutional changes. The author, on the basis of different starting points in the explanation of the procedure for passing constitutional amendments and their content, concludes that progress has been achieved in the constitutionalization of decisions on an independent and autonomous judiciary. However, based on previous experience, he believes that in order to achieve the real independence of the judiciary, it is necessary to fulfill other assumptions.

Key words: judicial independence, constitutional amendments, referendum, legitimacy, election of judges

Literatura

- Avramović D., Jovanov I., „Mit o nezavisnosti sudstva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2021.
- Bado A., „Izbor sudija – nepristrasnost i politika – komparativna analiza“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2014.

Dve osnovne primedbe mogu se konstatovati i ovom prilikom: odstupanje od dobre prakse prilikom formiranja radnih grupa i neuvažavanje predloga koje je ponudilo esnafsko udruženje sudija. Ministar pravde je potvrdio da je koristio svoje diskreciono pravo da imenuje članove radnih grupa. Pritom, Advokatska komora Srbije je ignorisana jer joj nije dozvoljeno da delegira svoje članove u pomenutim grupama, niti je poštovano načelo javnosti, pa tako nije dozvoljeno ni nevladinim organizacijama da prisustvuju sednicama radnih grupa u svojstvu posmatrača.

- Boljević Dragana, Osporavanje legitimiteta sudske vlasti u procesu ustavnog uređenja nezavisnosti sudstva na primeru Srbije, https://fcjp.ba/analize/Dragana_Boljevic2-Osporavanje_legitimiteta_sudske_vlasti_u_procesu_ustavnog_uredjenja_nezavisnosti_sudstva_na_primeru_Srbije.pdf.
- Caenegem V. C., *Judges, Legislators & Professors – Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, London, 1987.
- Društvo sudija Srbije, *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka*, Beograd, 2018.
- Hasanbegović J., „Može li promena ustava da promeni srpsko pravosuđe nabolje?“, *Pravno-političke rasprave o pravosuđu* (ur.) M. Jovanović, T. Miljojković, CEPRIS, Beograd, 2022.
- Hasanbegović J., „Ka ustavnim amandmanima o pravosuđu: ka nezavisnom pravosuđu u Srbiji, ili pak u suprotnom smeru“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 78 (LVII), 2018.
- Đurđić S., „Da li će i kada sudstvo u Srbiji zaista biti nezavisno?“, *Pravno-političke rasprave o pravosuđu* (ur.) M. Jovanović, CEPRIS, Beograd, 2022.
- Marinković T., „O ustavnosti opšteg reizbora sudija“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 2009.
- Marinković T., Ustavni amandmani udaljavaju Srbiju od EU, <https://www.danas.rs/dijalog/licni-stavovi/ustavni-amandmani-udaljavaju-srbiju-od-eu/>.
- Marinković T., *Odgovornost predsednika Republike za povredu Ustava – zabrana uticaja na vršenje sudijske funkcije*, CEPRIS, Beograd, 2022.
- Marković G., „Election of Judges: are We Ready to Question the Dogma?“, *Izazovi pravnom sistemu* (Vol. 1) (ur.) Stanka Stjepanović, Radomir V. Lukić, Dimitrije Čeranić, Istočno Sarajevo, 2021.
- Marković G., „Hoće li pravosuđe zaista biti nezavisno u Srbiji“, *Hereticus*, br. 1–2, Vol. XX.
- Marković Đ., „Zašto i šta menjamo u Ustavu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, 2022.
- Orlović S., „Stalnost sudijske funkcije vs. opšti reizbor sudija u Republici Srbiji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2 (LVIII), 2010.
- Pejić I., „Konstitucionalizacija sudske nezavisnosti: uporedno i iskustvo Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68 (LIII), 2014.
- Pejić I., „Constitutional referendum and judicial reform in Serbia“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 94 (LXI), 2022.
- Petrov V., „Istaknuti pravnik – poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma?“, *Nauka, bezbednost, politika*, br. 3, 2013.
- Petrov V., Izbor sudija uporedno i u Republici Srbiji – predlozi za promenu Ustava, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov1.pdf.
- Petrov V., „Na korak od promene Ustava u delu o pravosuđu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, 2022.

- Petrov V., „Postupak za promenu Ustava Republike Srbije u 'Venecijanskom ogledalu'“, *Priomena prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava* (ur.) Jelena S. Perović, Beograd, 2021.
- Petrović Škero V., Zdravković A., Procedura predlaganja ustavnih amandmana, <https://crtars/wp-content/uploads/2019/01/Procedura-predlaganja-ustavnih-amandmana.pdf>.
- Radojević M., „Putevi i stranputice reforme pravosuđa“, *Hereticus*, br. 1/2010.
- Radojević M., „O prirodi referenduma – s posebnim osvrtom na zakonodavna rešenja u Srbiji i Republici Srpskoj“, *Pravna riječ*, 64 (XVIII), Banja Luka, 2021.
- Radojević M., „Referendum u Srbiji – između narodne volje i manipulacije“, *Nacionalni interes*, br. 1, 2022a.
- Radojević M., „Amandmani i promena Ustava“, *Politička revija*, br. 2, 2022b.
- Shetreet S., „Judicial independence and accountability: core values in liberal democracies“, *Judiciaries in Comparative perspective* (ed.) H. P. Lee, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- Simović D., „Ustavni amandmani iz nužde – kritički osvrt na ustavnu reformu sudske vlasti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2022.
- Tasić Đ., „O jemstvima sudske nezavisnosti“, *Spomenica sednice glavne skupštine Kongresa pravnika Kraljevine Jugoslavije u Beogradu dana 22-24. IX 1935*, Beograd (poseban otisak).

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PRAVNI KARAKTER OSPORENOG AKTA IZ IZVRŠNOG POSTUPKA KAO PRETPOSTAVKA ZA IZJAVLJIVANJE USTAVNE ŽALBE

Ustav Republike Srbije je u odredbi člana 170. zajemčio ustavnu žalbu kao posebno pravno sredstvo kojim se pokreće postupak pred Ustavnim sudom radi zaštite ljudskih prava. Pojedinci sa izjavljivanjem ustavne žalbe imaju mogućnost da osporavaju i pojedinačne akte organa izvršnog postupka – izvršnog suda i javnog izvršitelja, ukoliko smatraju da je takvim pojedinačnim aktom povređeno ili uskraćeno njihovo ljudsko pravo. Za razmatranje ustavne žalbe iz oblasti izvršnog postupka u meritumu, potrebno je da takva ustavna žalba ispunjava pretpostavke utvrđene Ustavom i pretpostavke propisane Zakonom o Ustavnom sudu. Prva ustavna i zakonska pretpostavka koja se razmatra u ustavnosudskom postupku, uopšteno, tiče se pravnog karaktera osporenog akta. Ova pretpostavka dobija na značaju kod ustavne žalbe u oblasti izvršnog postupka, jer je navedena pretpostavka najčešći razlog za odbacivanje ove vrste ustavne žalbe, što je samo posledica pravne prirode izvršnog postupka koji ima za cilj prinudno namirenje potraživanja izvršnog poverioca – a ne utvrđivanje novih subjektivnih građanskih prava i obaveza stranaka i učesnika u postupku.

Ključne reči: ustavna žalba, Ustavni sud, izvršni postupak, pojedinačni akt, zaštita ljudskih prava, izvršni sud i javni izvršitelj

PRAVNI KARAKTER OSPORENOG AKTA KAO USTAVNA I ZAKONSKA PRETPOSTAVKA ZA IZJAVLJIVANJE USTAVNE ŽALBE

U današnjem ustavnopravnom sistemu jedna od najznačajnijih i najpretežnijih funkcija Ustavnog suda jeste neposredna zaštita ljudskih prava i sloboda u postupku

Besfort Ramadani, master prava, Savetnik Ustavnog suda Republike Srbije, e-mail: besfort.ramadani@ustavni.sud.rs.

po ustavnoj žalbi. Ustavna žalba¹ predstavlja posebno, supsidijarno i ekskluzivno pravno sredstvo putem koga pojedinci mogu da osporavaju pojedinačne akte organa javne vlasti kojima se povređuju ljudska prava i slobode. Evropski sud za ljudska prava u Strazburu priznao je ustavnu žalbu kao delotvorno pravno sredstvo, čije je prethodno izjavljivanje uslov za obraćanje Sudu u Strazburu.²

Pretpostavke za izjavljivanje ustavne žalbe sadržane su u odredbi člana 170. Ustava Republike Srbije³ i u merodavnim odredbama Zakona o Ustavnom sudu.⁴ Pretpostavka koja se odnosi na pravni karakter pravnog akta koji se pobija ustavnom žalbom (*ratione materiae*) sadržana je u navedenoj ustavnoj odredbi i u odredbi člana 82. navedenog zakona.

Odredbom člana 170. Ustava je utvrđeno da se ustavna žalba može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu. Iz navedene ustavne norme proizlazi da je predmet ustavne žalbe „pojedinačni akt državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje“.⁵ Osim pretpostavke koja se odnosi na pravni karakter osporenog akta, druge ustavne pretpostavke za izjavljivanje ustavne žalbe su: 1) da je izvršena povreda ljudskog prava zajemčeno Ustavom (ali i drugim međunarodnim dokumentima)⁶ i 2) da su iscrpljena ili da nisu predviđena druga pravna sredstva za zaštitu povređenih prava.⁷

¹ Pojam „ustavna žalba“ predstavlja doslovan prevod sa nemačkog reči *verfassungsbeschwerde*, čijim se tvorcem (1885) smatra nemački pravni teoretičar *Seydel*.

² Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Vinčić i drugi* podnosioci predstavki protiv Srbije, br. 44698/06 i dr, od 1. 12. 2009, st. 51, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 19. 7. 2022.

³ *Službeni glasnik RS*, broj 98/06 – u daljem tekstu: Ustav.

⁴ *Službeni glasnik RS*, br. br. 109/07, 99/11, 18/13 – Odluka Ustavnog suda, 40/15 i 103/15. U skladu sa odredbom člana 175. st. 3 Ustava, postupak po ustavnoj žalbi je uređen Zakonom o Ustavnom sudu (čl. 82. do 90, čl. 29. do 41, čl. 44. do 49).

⁵ Predmet ustavne žalbe su i „radnje“, ali one u praksi nemaju neposredno pravno dejstvo, već se suštinski vezuju sa pravne akte.

⁶ Prema opštem pravnom stavu Ustavnog suda, ustavnom žalbom štite se sva ljudska i manjinska prava i slobode, individualna i kolektivna, zajemčena Ustavom, nezavisno od njihovog sistematskog mesta u Ustavu i nezavisno od toga da li su izričito ugrađena u Ustav ili su u ustavnopravni sistem implementirana potvrđenim međunarodnim ugovorima – Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi, Su br. 1-8/11/9, od 2. 4. 2009, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/163-100890/stavovi-suda>, 18. 08. 2022.

⁷ Pod pojmom „da su iscrpljena pravna sredstva“ podrazumeva se da je podnosilac ustavne žalbe iskoristio sva delotvorna pravna sredstva na koja je imao pravo u skladu sa zakonom.

Zakon o Ustavnom sudu je u odredbi člana 82. u potpunosti preuzeo definiciju iz odrebe člana 170. Ustava, te i navedena zakonska odredba izričito propisuje pojedinačni akt kao pretpostavku za izjavljivanje ustavne žalbe. Zakon o Ustavnom sudu propisuje još tri pretpostavke za korišćenje ustavne žalbe: 1) legitimaciju za podnošenje ustavne žalbe (*ratione personae*), ustavnu žalbu može izjaviti svako lice koje smatra da mu je povređeno ustavno pravo,⁸ a to su fizičko lice (domaći i strani državljani) i pravno lice koje je, takođe, nosilac subjektivnih prava i obaveza;⁹ 2) blagovremenost za izjavljivanje ustavne žalbe, rok za izjavljivanje ustavne žalbe je 30 dana od dostavljanja akta organa javne vlasti;¹⁰ 3) urednost ustavne žalbe – sadržina i obavezni prilozi.¹¹ Za razmatranje ustavne žalbe u meritumu, potrebno je da takva ustavna žalba ispunjava ustavne i zakonske pretpostavke, a u slučaju nepostojanja istih, Sud odbacuje ustavnu žalbu rešenjem.¹²

Ustav i Zakon o Ustavnom sudu, ali i podzakonski akt – Poslovnik o radu Ustavnog Suda,¹³ ne sadrže opštu definiciju o tome šta je to pojedinačni akt koji se može pobijati ustavnom žalbom. Samim tim ne postoji ni definicija pojedinačnog akta u izvršnom postupku.

U hijerarhiji pretpostavki za izjavljivanje ustavne žalbe, pretpostavka koja se odnosi na pravni karakter osporenog akta predstavlja prvu pretpostavku koja se

Ustavni sud je nakon analize delotvornosti pravnih sredstava u svakom konkretnom postupku, zauzeo opšti pravni stav o tome koja pravna sredstva podnosilac mora da koristi u svakom konkretnom postupku pre podnošenja ustavne žalbe. U izvršnom postupku donošenjem odluke po žalbi, odnosno prigovoru, smatraće se da je iscrpljeno delotvorno pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe, Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi, Su br. 1-8/11/9, 18. 08. 2022.

⁸ Čl. 83. st. 1. U okviru ove pretpostavke razlikuje se: žalbena sposobnost i aktivna legitimacija. Žalbena sposobnost je sposobnost nekog lica da bude stranka u ustavnosudskom postupku, a to su fizička i pravna lica. Titulari subjektivnih ustavnih prava nisu Republika Srbija, njeni organi i organizacije kada vrše javna ovlašćenja, odnosno organi nižih – decentralizovanih oblika vlasti. Aktivna legitimacija predstavlja procesni element koji podrazumeva postojanje uzročne veze između podnosioca ustavne žalbe i predmeta ustavne žalbe, odnosno pojedinačnog akta koji se osporava ustavnom žalbom.

⁹ Gerhard Dannemann, „Constitutional Complaints: The European Perspective“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, No. 1, 1994, 147.

¹⁰ Čl. 84. st. 1.

¹¹ Čl. 85.

¹² Čl. 46. st. 1. tač. 9. Ustavnu žalbu rešenjem odbacuje tročlano Malo veće Ustavnog suda, jednoglasnom odlukom. U slučaju nepostojanja jednoglasnosti, konačnu odluku o odbacivanju ustavne žalbe donosi Sednica Ustavnog suda, većinom glasova od ukupnog broja sudija Ustavnog suda.

¹³ *Službeni glasnik RS*, br. 103/13.

ispituje u postupku po ustavnoj žalbi. Prvorazredni procesni značaj ove pretpostavke dolazi do izražaja kada u postupku po ustavnoj žalbi postoje više pretpostavki za odbacivanje ustavne žalbe, a među njima je i pretpostavka koja se odnosi na pravni karakter osporenog akta, i u takvom slučaju ustavna žalba se odbacuje isključivo zbog pravnog karaktera osporenog akta, bez upuštanja u razmatranje drugih pretpostavki za izjavljivanje ustavne žalbe.¹⁴ To je pretpostavka *sui generis*, jer takva pretpostavka proizvodi pravno dejstvo u konkretnom ustavnosudskom postupku, ali i u svim budućim ustavnosudskim postupcima u kojima se ustavnom žalbom osporava konkretni pravni akt. Zato je ova pretpostavka apsolutnog procesnog karaktera, za razliku od drugih pretpostavki čije je dejstvo ograničeno u konkretnom postupku po ustavnoj žalbi. U postupku po ustavnoj žalbi iz oblasti izvršnog postupka, ova pretpostavka se javlja kao najčešći razlog za odbacivanje navedenog pravnog sredstva.

POJEDINAČNI AKTI IZ IZVRŠNOG POSTUKA (NE) PODOBNI ZA OSPORAVANJE USTAVNOM ŽALBOM

Kao što je navedeno, predmet ustavne žalbe su 1) pojedinačni akti, a ne opšti akti, i 2) to su akti koji donose organi javne vlasti – državni organi ili organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja.

1) Pod pojedinačnim aktima podrazumevaju se akti kojima se odlučuje o građanskim pravima i obavezama podnosioca u konkretnom slučaju. Koncept „građanskih prava i obaveza“ primenjuje se bez obzira na status stranaka u postupku, na karakteristike zakona koji se primenjuju na određeni spor i na vrstu organa kojima je data nadležnost za rešavanje određenog pravnog pitanja, jer je ključno pitanje da li će ishod postupka imati odlučujući uticaj na građanska prava i obaveze pojedinca.¹⁵ U građanska prava i obaveze, po pravilu spadaju prava i obaveze koja nastaju u međusobnim odnosima pravnih i fizičkih lica u oblasti građanskog (privatnog) prava – obligacija, stvarnog, naslednog, privrednog, porodičnog i radnog prava.¹⁶ Za razmatranje navedenog ustavnopravnog pitanja od pravnog značaja je opšti pravni stav Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, koji je prihvatio i Ustavni sud, da pravo na izvršenje pravnosnažne sudske odluke predstavlja

¹⁴ Rešenje Ustavnog suda od 19. 6. 2018.

¹⁵ Karen Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima, vodič za praktičare*, prva knjiga, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007, 85.

¹⁶ Nuala Mole, Catharina Harby, *The right to a fair trial – A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2001, 2006, 10-13.

integralni deo prava na pravično suđenje.¹⁷ Znači, generalno gledano, zaštita subjektivnih građanskih prava odvija se u dva stupnja: u parničnom i u izvršnom postupku.¹⁸ Izvršni postupak, dakle, predstavlja vrstu sudskog postupka u kojem mogu da se donesu pojedinačni akti koji imaju odlučujući uticaj na građanska prava i obaveze stranaka i učesnika u postupku, samim tim mogu da se klasifikuju kao pojedinačni akti iz člana 170. Ustava, podobni da se pobijaju ustavnom žalbom.

2) Donosioci pojedinačnih akata su državni organi. Ustav u članu 170. koristi pojam „državni organi“ ne sužavajući mu značenje na zakonodavne, izvršne, upravne ili sudske organe državne vlasti. Pod pojedinačnim aktom Venecijanska komisija smatra upravne akte kojima upravni organ rešava u individualnim slučajevima, ali i (konačne) sudske odluke.¹⁹ Znači, predmet ustavne žalbe su i pojedinačni akti izvršnih sudova. U izvršnom postupku, osim izvršnih sudova, postupaju i odlučuju javni izvršitelji. Javni izvršitelj vrši javna ovlašćenja koja su mu poverena Zakonom o izvršenju i obezbeđenju ili drugim zakonom.²⁰ Javni izvršitelji su osnovani od strane zakonodavnog organa, oni su u krajnjoj instanci integrisani u okviru sudske organizacije, tako što izvršni sudovi vrše kontrolu nad radom javnih izvršitelja i oni vrše delatnost od opšteg interesa (namirenje potraživanja izvršnog poverioca). To su razlozi zašto su i pojedinačni akti javnih izvršitelja predmet ustavnosudske kontrole.

Nisu svi pravni akti u izvršnom postupku, koji su po svom karakteru pojedinačni akti, istovremeno i pojedinačni akti iz člana 170. Ustava, podobni da se pobijaju ustavnom žalbom. Kao što je navedeno, potrebno je da ti akti imaju odlučujući (neposredni) uticaj na građanska prava i obaveze stranaka i učesnika u postupku. Pojam „odlučujući (neposredni) uticaj na građanska prava i obaveze“ je više teorijska strazburška konstrukcija, a za određivanje praktičnog sadržaja tog pojma u konkretnom slučaju bitan je subjektivni momenat – slobodno sudijsko uverenje i ocena sudije izvestioca u konkretnom predmetu, koja se vremenom pretvara u praksu Ustavnog suda. U dugogodišnjoj praksi Ustavnog suda, koja se stalno nadograđuje, određen je praktični sadržaj procesne pretpostavke koje se tiče

¹⁷ Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Hornsby protiv Grčke*, broj predstaveke 18357/91, od 19. 3. 1997, st. 40, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 19. 7. 2022.

¹⁸ Walter H Rechberger, Paul Oberhammer, *Exekutionsrecht*, WUV Universitätsverlag, Beč, 2009, 2.

¹⁹ *Venice Commission, Study on Individual Access to Constitutional Justice*, [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD(2010)039rev-e), 25. 8. 2022.

²⁰ Čl. 468 Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 106/2015, 106/2016 (Autentično tumačenje), 113/2017 (Autentično tumačenje) i 54/2019.

pojedinačnog akta u izvršnom postupku, odnosno zauzeti su načelni pravni stavovi o tome koji akti u izvršnom postupku se mogu pobijati ustavnom žalbom – akti iz člana 170. Ustava, a koji akti nisu akti iz člana 170. Ustava. Usvajanjem pravnih stavova za određenu pravnu oblast ima zadatak da obezbedi ispravnost i jednoobraznost u tumačenju pravnih propisa koji se primenjuju u donošenju sudskih odluka. Navedeno je u funkciji ostvarivanja jednake zaštite prava pred sudom, jer posledica neujednačenog postupanja suda i donošenje različitih odluka/rešenja u jednakim stvarima može dovesti do kršenja konstitucionalnog i konvencijskog prava na pravično suđenje.²¹

Za određivanje pojedinačnog akta iz člana 170. Ustava u izvršnom postupku nije od značaja ko je donosilac akta, izvršni sud ili javni izvršitelj, niti u kojoj formi se donosi pojedinačni akt, akti u izvršnom postupku se donose u formi rešenja ili zaključka. Ono što je od ustavnopravnog značaja jeste sadržina osporenog akta, odnosno njegovo pravno dejstvo na građanska prava i obaveze stranaka i učesnika u postupku.

Organi izvršnog postupka su izvršni sud i javni izvršitelj.²² Izvršni sud predstavlja tradicionalni organ izvršnog postupka, dok je javni izvršitelj uveden u izvršni postupak tadašnjim Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine²³ kao nova pravosudna profesija u postupku, sa ciljem efikasnijeg sprovođenja izvršenja. Ustavni sud se u postupku ocene ustavnosti odredaba Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine izjasnio o institutu javnog izvršitelja i u tom normativnom postupku je izričito zauzet pravni stav da se procesne garancije prava na pravično suđenje primenjuju i na postupanje i odlučivanje javnog izvršitelja.²⁴ Na ovaj način Ustavni sud je u postupku normativne kontrole izjednačio sud i javnog izvršitelja,

²¹ Zaključak Ustavnog suda IUz-434/2011 od 8. 12. 2011, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19. 8. 2022.

²² Čl. 3. i 4 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

²³ *Službeni glasnik RS*, br. 31/11, 99/11 – dr. zakon, 109/13 – US, 55/14 i 139/14.

²⁴ Rešenje IUz-782/2012 od 27. 2. 2014, kojim su odbačene inicijative za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti odredaba Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine (čl. 49. st. 2 i čl. od 251. do 256.), a kojim odredbama je bilo ustanovljeno zakonsko ovlašćenje javnog izvršitelja da odlučuje o predlogu za izvršenje radi namirenja potraživanja iz komunalnih usluga. Evropski sud za ljudska prava je, takođe, u pogledu prava na sudsku zaštitu iz člana 6. st. 1 Evropske konvencije izrazio stav da se ne traži od država da svaki spor „o civilnim pravima i obavezama“ podvrgnu postupku čiji bi se svaki stadijum odvijao pred sudskim telima. Ako se jedan stadijum postupka odvija pred nekim drugim telom, zahtevima te odredbe udovoljeno je ako se naknadni stadijum odvija pred sudom u sporu pune jurisdikcije. Takvo pravno stanovište je zauzeto u presudi *Albert i Le Compte protiv Belgije*, br. predstavke 7299/75 i 7496/76, od 10. 2. 1983, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 19. 7. 2022.

kao organe izvršnog postupka, u smislu da se zaštita ustavnih prava može vršiti kako u postupku pred izvršni sudom, tako i u postupku pred javni izvršiteljem. Normativna praksa Ustavnog suda neizbežno je uticala na ustavnosudsku praksu po pitanju izjavljenih ustavnih žalbi protiv akata javnog izvršitelja, u smislu da se i akti navedenog organa izvršnog postupka mogu tretirati kao pojedinačni akti iz člana 170. Ustava, bez obzira što su oni izvršnim zakonom koncipirani kao organi sprovođenja izvršenja.²⁵

U izvršnom postupku odluke se donose u formi rešenja ili zaključka.²⁶ Za zaključak je zakonom izričito propisano da se tim aktom nalaže preduzimanje izvršnih radnji i upravlja izvršnim postupkom.²⁷ U skladu sa navedenom zakonskom definicijom zaključak izvršnog suda/javnog izvršitelja spada u sprovedbene – procesne akte, a takvi akti ne predstavljaju pojedinačne akte iz člana 170. Ustava. Ti akti nemaju rešavajući (meritorni) karakter. S tim što navedena zakonska norma predstavlja samo prvi korak za određenje pojedinačnog akta iz člana 170. Ustava, a drugi korak, koji je ustavno merodavan, jeste sadržina osporenog zaključka odnosno njegovo pravno dejstvo. Čest je slučaj u izvršnoj sudskoj praksi da se u formi zaključka meritorno odlučuje o građanskim pravima i obavezama stranaka u postupku.²⁸ To je nekada i posledica propusta izvršnih zakona. Tako na primer, u skladu sa izvršnim zakonima, organi izvršnog postupka su treće lice zaključkom označavale za novog izvršnog dužnika, usled prelaza obaveze sa starog izvršnog dužnika na novog izvršnog dužnika i protiv takvog zaključka nije bio dozvoljen pravni lek, tako da novi izvršni dužnik nije mogao da se protivi nezakonitom određenju izvršenja prema njemu. Ustavni sud je za takvu vrstu izvršnog zaključka zauzeo sledeći pravni stav: „da zaključak izvršnog suda kojim se treće lice označava kao novi izvršni dužnik i kojim se tom licu po prvi put u izvršnom postupku nameće obaveza izmirenja potraživanja iz izvršne isprave prema izvršnom poveriocu, ima pravno dejstvo jednog rešenja o izvršenju, s obzirom na to da se takvim aktom treće lice označava kao novi izvršni dužnik.“²⁹ Pod uticajem prakse Ustavnog suda, Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2019. godine³⁰

²⁵ Odluka UŽ-3187/2018 od 16. 6. 2022, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19. 8. 2022.

²⁶ Čl. 23. st. 1 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

²⁷ Član 23. st. 4 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

²⁸ Odluka UŽ-205/2017 od 20. 9. 2017, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19.8.2022.

²⁹ Odluka UŽ-3858/2016 od 31. 5. 2018, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 19. 8. 2022.

³⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 54/19.

je izmenjena odredba čl. 48. st. 2. tako što je određeno da novo lice (izvršni dužnik) stupa u izvršni postupak na osnovu *rešenja* protiv kojeg je dozvoljen prigovor.³¹

Kao orijentacioni kriterijum za određivanje pravnog karaktera osporenog akta u izvršnom postupku može poslužiti procesni momenat odnosno faza izvršnog postupka u kojoj se donosi osporeni akt. Izvršni postupak se sastoji od faze odlučivanja o predlogu za izvršenje, faze sprovođenja izvršenja i faze okončanja izvršnog postupka. Faza odlučivanja o predlogu za izvršenje i faza okončanja izvršnog postupka imaju meritorni (rešavajući) karakter, dok faza sprovođenja izvršenja ima, načelno, sprovedbeni karakter. Pravna priroda faze izvršnog postupka, načelno, determiniše pravni karakter osporenog akta koji se donosi u konkretnoj fazi izvršnog postupka. Ovo pravilo je načelnog karaktera koje treba prihvatiti uz određene rezerve, jer se, na primer, i u fazi sprovođenja izvršenja, u zavisnosti od činjeničnog i pravnog stanja konkretnog izvršnog predmeta, donose pojedinačni akti iz člana 170. Ustava.

U prvoj fazi izvršnog postupka se odlučuje o predlogu za izvršenje, tako što se rešenjem određuje predloženo izvršenje ili se rešenjem odbija/odbacuje predlog za izvršenje, dok se u završnoj fazi okončava izvršni postupak – obustavom ili zaključenjem.³² Pravni akti koji se donose u navedenim fazama izvršnog postupka su prema ustavno-izvršnoj praksi, pojedinačni akti iz člana 170. Ustava, podobni za pobijanje ustavnom žalbom. Naravno postoje izuzeci. Tako, na primer, rešenje organa izvršnog postupka, doneto u postupku po prigovoru, kojim se stavlja van snage rešenje o izvršenju i određuje da će se postupak nastaviti kao povodom prigovora platnog naloga, ne predstavlja pojedinačni akt iz člana 170. Ustava.³³ Za rešenje o izvršenju, na osnovu verodostojne isprave – naloga za plaćanje doplatnih karata za parkiranje i opomena za njihovo plaćanje, je utvrđeno da nema neophodan ustavnopravni značaj koji može dovesti do povrede prava zajemčenog najvišim pravnim aktom države.³⁴

Kada je reč o fazi sprovođenja izvršenja, ona predstavlja najbitniju fazu u izvršnom postupku. Suština i cilj izvršnog postupka se iscrpljuje u fazi sprovođenja izvršenja u kojoj se pojedinačna pravna norma iz sudske odluke ili iz druge izvršne i verodostojne isprave pretvara u realno, faktičko stanje. Ono što određuje ovu fazu izvršnog postupka jeste donošenja velikog broj pravnih akata i ti akti su po

³¹ Nikola Bodiřoga, *Vodič za primenu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, EU uz Pravdu – Podrška za Poglavlje 23, Beograd, 2019, 34.

³² Član 128. st. 1 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

³³ Rešenja UŽ-7790/2012 od 10. 10. 2013. i UŽ-2379/2021 od 22. 6. 2022.

³⁴ Rešenje UŽ-1908/2019 od 8. 3. 2022.

samom zakonu, pretežno, sprovedbeni-procesni akti. Prema strukturi predmeta, najveći broj ustavnih žalbi iz oblasti izvršnog postupka odnose se na pravne akte doneti u fazi sprovođenja izvršenja. Stoga se, ova kategorija ustavnih žalbi statistički najviše odbacuje zbog pravnog karaktera osporenog akta. Inače, pravna priroda faze sprovođenja izvršenja, zbog svog značaja i obimnosti, određuju pravnu prirodu izvršnog postupka u celini i određuje njegovu specifičnost u odnosu na ostale građanske sudske postupke. Ovaj postupak nije kontradiktorni postupak, u tom postupku načelno ne odlučuje se o novim subjektivnim građanskim pravima, već je osnovni cilj izvršnog postupka prinudno namirenje potraživanja izvršnog poverioca iz izvršne isprave.³⁵

Akti doneti u fazi sprovođenja izvršenja koji nisu pojedinični akti su: zaključak kojim se menja sredstvo i predmet izvršenja,³⁶ rešenje kojim se odbije predlog za odlaganje izvršenja,³⁷ rešenje kojim se odlaže izvršenje,³⁸ rešenje kojim se prekida izvršni postupak,³⁹ rešenje kojim se odbija predlog za prekid izvršnog postupka,⁴⁰ zaključak kojim se izvršni dužnik obaveštava o terminu iseljenja iz stana,⁴¹ zaključak kojim se određuje prodaja stvari,⁴² zaključak kojim je naloženo Republičkom fondu PIO da sprovede postupak izvršenja na penziji,⁴³ zaključak kojim je određen popis i procena stvari izvršnog dužnika i kojim je izvršni dužnik obavešten o vremenu i mestu popisa i procene stvari,⁴⁴ zaključci o utvrđivanju vrednosti, prodaji, dodeli i predaji nepokretnosti,⁴⁵ rešenje kojim je

³⁵ Nikola Bodiřoga, *Teorija izvršnog postupka*, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2012, 26 i 27. Na navedeno je ukazao i Evropski sud za ljudska prava, koji je, odlučujući o primenljivosti garancija sadržanih u pravu na pravično suđenje iz čl. 6. st. 1 Evropske konvencije na izvršni postupak, zaključio da se odluke koje donosi sud u postupku izvršenja nužno ne odnose na novo i posebno određivanje građanskih prava i obaveza, u poređenju sa parničnim postupkom koji je prethodio izvršnom postupku i odlukom koja je rezultat tog postupka. Takvo pravno stanovište je zauzeto u predmetu *Anton Dornbach protiv Savezne Republike Nemačke*, br. 11258/84 OI 46, koje je citirano u nizu Odluka Ustavnog suda.

³⁶ Rešenje UŽ-4887/2013 od 24. 11. 2014.

³⁷ Rešenje UŽ-9185/2012 od 23. 1. 2014.

³⁸ Rešenje UŽ-8657/2020 od 1. 3. 2022.

³⁹ Rešenje UŽ-223/2011 od 16. 12. 2013.

⁴⁰ Rešenje UŽ-5086/2013 od 22. 12. 2014.

⁴¹ Rešenje UŽ-2207/2011 od 24. 4. 2012.

⁴² Rešenje UŽ-3170/2010 od 2. 12. 2010.

⁴³ Rešenje UŽ-1693/2010 od 24. 11. 2011.

⁴⁴ Rešenje UŽ-7586/2013 od 5. 2. 2015.

⁴⁵ Rešenje UŽ-2381/2016 od 19. 6. 2018.

određen zastoj postupka,⁴⁶ rešenje kojim su odbijeni predlozi za obustavu sprovođenja protivizvršenja⁴⁷ itd.

U obrazloženjima svojih rešenja, kojim se odbacuje ustavna žalba zbog pravne prirode osporenog akata, Ustavni sud koristi sledeću formulaciju: „Saglasno odredbi člana 170. Ustava Republike Srbije, kojom je ustavna žalba ustanovljena kao posebno i izuzetno pravno sredstvo za zaštitu Ustavom zajemčenih prava i sloboda, ustavna žalba se može izjaviti samo protiv pojedinačnog akta ili radnje kojima je odlučivano o pravima i obavezama podnosioca ustavne žalbe, pošto samo takvim aktom ili radnjom podnosiocu može biti povređeno ili uskraćeno neko od Ustavom zajemčenih prava i sloboda. Polazeći od navedenog, a imajući u vidu pravnu prirodu i sadržinu osporenog akta, Ustavni sud je utvrdio da se, u konkretnom slučaju, ne radi o pojedinačnom aktu iz člana 170. Ustava, te je stoga ustavnu žalbu odbacio.“

Pravni akt u izvršnom postupku kojeg posebno treba izdvojiti jeste zaključak o iseljenju izvršnog dužnika i trećih lica koji žive sa izvršnim dužnikom. Iseljenje izvršnog dužnika predstavlja osetljivo životno pitanje, jer se time direktno zadire u pravo na dom izvršnog dužnika i uopšteno dovodi se u pitanje njegova egzistencija. U formalnom smislu, zaključak o iseljenju spada u sprovedbeni akt koji se donosi u završnoj fazi izvršnog postupka i kom aktu su prethodili niz izvršnih radnji i akata, protiv kojih je izvršni dužnik mogao da koristi delotvorne pravne lekove, žalbu i prigovor, i pravna sredstva, zahtev za otklanjanje nepravilnosti. Upravo iz ovih razloga zaključak o iseljenju ne spada u pojedinačni akt iz člana 170. Ustava.⁴⁸ Drugačije ustavnopravno obrazloženje se koristi kada se izvršni dužnik u zakonom overenoj ispravi saglasio sa oduzimanjem imovine u slučaju neizmirenja duga poveriocu. Tako je Ustavni sud zauzeo pravni stav: „U vezi sa tvrdnjom da se iseljenjem iz predmetne nepokretnosti u izvršnom postupku povređuje pravo na dom, Ustavni sud ukazuje da je predmetno izvršenje određeno na osnovu izvršne vansudske hipoteke što znači da se izvršni dužnik sam saglasio da se izvrši prodaja predmetne nepokretnosti i da se izvršni dužnik i sva treća lica koji se nalaze u posedu nepokretnosti iseie iz nepokretnosti ukoliko izvršni dužnik ne izmiri dug koji je obezbeđen hipotekom. Stoga, u takvoj vrsti izvršnog postupka, koji se pokreće na osnovu navedene izvršne isprave, načelno ne može doći do povrede prava na dom“⁴⁹

⁴⁶ Rešenje UŽ-6192/2021 od 12. 7. 2022.

⁴⁷ Rešenje UŽ-11779/2020 od 10. 3. 2022.

⁴⁸ Rešenje UŽ-333/2016 od 27. 9. 2018.

⁴⁹ Rešenje UŽ-14161/18 od 17. 6. 2020. Ovakvo pravno stanovište je zauzeo i Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Vrzić protiv Hrvatske*, broj 43777/13, od 12. 7. 2016, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 19. 7. 2022.

ZAKLJUČAK

Najveći broj ustavnih žalbi (više od 90%) Ustavni sud ne rešava u meritimu, već ih rešenjima odbacuje na sednicama tročlanih malih veća. Ovakav obim ustavnosudskog aktivizma je opravdan, jer Ustavni sud ne može i ne sme da se pretvori u krajnjeg kontrolora zakonitosti pojedinačnih akata sudova. Zato su bitne ustavne i zakonske pretpostavke za izjavljivanje ustavne žalbe. Prva pretpostavka i koja je istovremeno najznačajnija pretpostavka u izvršnom postupku odnosi se na pravni karakter osporenog akta. Za razliku od drugih pretpostavki, kod kojih procesni zakoni u konkretnim sudskim postupcima u pretežnom delu određuju njihov praktični sadržaj, primena pretpostavke pojedinačnog akta u velikoj meri se oslanja na slobodno sudijsko uverenje i ocene sudije izvestioca u konkretnom predmetu. Dominantan subjektivni element ove pretpostavke daje na fleksibilnosti prakse Ustavnog suda po ovom pitanju, u smislu da se njena promena može izvršiti ako za to postoje opravdani razlozi, a da to istovremeno nije u suprotnosti sa Zakonom o Ustavnom sudu ili procesnim zakonima u konkretnim sudskim postupcima. U opravdane razloge svakako spada praksa Evropskog suda za ljudska prava. U tom kontekstu od značaja su presude Evropskog suda u predmetima *Rousk protiv Švedske*, br. predstavke 27183/04, od 25. 7. 2013, *Vaskrsić protiv Slovenije*, br. predstavke 31371/12, od 25. 4. 2017 i najnovija *Mindek protiv Hrvatske* br. predstavke 6169/13, od 10.1.2019, u kojima su utvrđene povrede prava na dom i prava na imovinu izvršnih dužnika. Navedeno daje za pravo da se određeni akti, koji trenutno nisu pojedinačni akti iz člana 170. Ustava, kao što su zaključak o promeni sredstva izvršenja kojim se kao novo sredstvo izvršenja određuje nepokretnost izvršnog dužnika (stan ili kuća) i zaključak o iseljenju izvršnog dužnika (ako to nije utvrđeno samom izvršnom ispravom), u daljem razvoju prakse Ustavnog suda eventualno tretiraju kao akti podobni za pobijanje ustavnom žalbom, kako bi se još jednom proverilo da li postoji očigledna povreda imovinskih prava izvršnog dužnika.

BESFORT RAMADANI, LL.M.

Advisor at the Constitutional Court of Serbia

LEGAL NATURE OF THE DISPUTED ACT FROM EXECUTIVE PROCEDURE AS A PRESUMPTION FOR FILING A CONSTITUTIONAL COMPLAINT

Summary

The Constitution of the Republic of Serbia, in the provision of Article 170, stipulates a constitutional appeal as a special legal means by which proceedings are initiated before the Constitutional Court for the protection of human rights. Individuals with a constitutional appeal have the

opportunity to challenge individual acts of executive procedure authorities - the executive court and the public bailiff, if they believe that such an individual act violated or denied their human rights. In order to consider a constitutional appeal from the field of executive procedure on the merits, it is necessary that such a constitutional appeal fulfills the assumptions established by the Constitution and the assumptions prescribed by the Law on the Constitutional Court. The first constitutional and legal presumption that is considered in the constitutional court procedure, in general, concerns the legal character of the contested act. This presumption gains importance in the case of a constitutional appeal in the field of enforcement proceedings, because the stated presumption is the most common reason for rejecting this type of constitutional appeal, which is only a consequence of the legal nature of the enforcement proceedings, which aims at the forced settlement of the claims of the enforcement creditor - and not the determination of new subjective civil rights and obligations of parties and participants in the procedure.

Key words: constitutional appeal, Constitutional Court, executive procedure, individual act, protection of human rights, executive court and enforcement agen

Literatura

- Bodiroga N., *Vodič za primenu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, EU uz Pravdu – Podrška za Poglavlje 23, Beograd, 2019.
- Bodiroga N., *Teorija izvršnog postupka*, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2012.
- Dannemann G., „*Constitutional Complaints: The European Perspective*“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, No. 1, 1994.
- Mole N., Harby C., *The right to a fair trial – A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2001, 2006.
- Rid K., *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, vodič za praktičare, prva knjiga, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007.
- Rechberger W. H., Oberhammer P., *Exekutionsrecht*, WUV Universitätsverlag, Beč, 2009.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MARKO STANKOVIĆ

LOKALNA DEMOKRATIJA U SVETLOSTI DONOŠENJA NOVOG ZAKONA O REFERENDUMU I NARODNOJ INICIJATIVI

Rad analizira posledice donošenja novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi po lokalnu demokratiju u Republici Srbiji. Tim Zakonom je nakon gotovo tri decenije zamenjen zastareli Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi iz 1994. godine. Njegova rešenja primenjuju se, osim na republičkom, i na nivou lokalne samouprave, gde odranije postoje instituti poluneposredne demokratije – građanska inicijativa i referendum. Centralni deo rada posvećen je ispitivanju da li su rešenja novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi adekvatno uredila materiju poluneposredne demokratije na nivou lokalne samouprave. U zaključnim razmatranjima su, između ostalog, predložena i određena poboljšanja važećeg zakonskog okvira.

Ključne reči: lokalna demokratija, referendum, narodna inicijativa, građanska inicijativa, Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi

UVODNA RAZMATRANJA

Ustav Srbije iz 2006. nastavio je da razvija tradiciju liberalnodemokratske ustavnosti na temeljima koji su postavljeni Ustavom iz 1990. godine.¹ Jedan od ključnih principa važećeg Ustava Srbije predstavlja načelo narodne suverenosti, prema kojem suverenost potiče od građana koji je vrše referendumom, narodnom

Dr Marko Stanković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: stankovicm@ius.bg.ac.rs.

¹ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 148.

inicijativom i preko svojih slobodno izabраниh predstavnika. Narodna suverenost, dakle, podrazumeva poluneposrednu demokratiju, kako je Ustav ispravno propisao.² Ovo načelo je parafrazirano i u odgovarajućim ustavnim odredbama o teritorijalnoj organizaciji Republike, kada je propisano da „građani imaju pravo na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu, koje ostvaruju neposredno ili preko svojih slobodno izabраниh predstavnika“ (čl. 176, st. 1 Ustava). Zakoni koji regulišu materiju lokalne samouprave predviđaju tri oblika neposrednog učešća građana u ostvarivanju lokalne samouprave: građansku (narodnu) inicijativu, zbor građana i referendum (čl. 67, st. 1 Zakona o lokalnoj samoupravi,³ u daljem tekstu: ZLS, i čl. 44, st. 1 Zakona o glavnom gradu,⁴ u daljem tekstu: ZGG).

Zakoni koji uređuju oblast lokalne samouprave poznaju različite oblike neposrednog učešća građana u ostvarivanju lokalne samouprave.⁵ Svi ti oblici se mogu podeliti na povremene, u koje se svrstavaju građanska (narodna) inicijativa, zbor građana i referendum (kao instituti tzv. poluneposredne demokratije), i stalne, u koje spadaju različiti oblici mesne samouprave, među kojima je najznačajnija mesna zajednica.⁶

Donošenje novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi (u daljem tekstu: ZRNI)⁷ u velikoj meri je uticalo na institute referenduma i građanske inicijative, ali na sasvim različite načine. Dok je u slučaju referenduma zakonodavac obavio svoj posao na relativno zadovoljavajuć način, u slučaju narodne odnosno građanske inicijative napravio je grube propuste koji su otvorili mnoga sporna pitanja, među kojima je svakako ključno pitanje da li su narodna i građanska inicijativa na lokalnom nivou dva nezavisna pravna instituta.

REFERENDUM U LOKALNOJ SAMOUPRAVI

Prema važećim zakonskim okvirima, referendum u jedinici lokalne samouprave može biti fakultativni i obavezni. Fakultativni referendum raspisuje skupština

² Upor. Slobodan Orlović, *Ustavno pravo*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2018, 56–57.

³ Zakon o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik RS*, br. 129/07, 83/14 – dr. zakon, 101/16 – dr. zakon, 47/18 i 111/21 – dr. zakon.

⁴ Zakon o glavnom gradu, *Službeni glasnik RS*, br. 129/07, 83/14 – dr. zakon, 101/16 – dr. zakon, 37/19 i 111/21 – dr. zakon.

⁵ O neposrednoj demokratiji u jedinicama lokalne samouprave pogledati: Goran Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2021, 405.

⁶ V. Milan Vlatković, *Pravo lokalne samouprave*, BLC i Besjeda, Banja Luka, 2008, 240–241.

⁷ Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi, *Službeni glasnik RS*, br. 111/21 i 119/21.

jedinice lokalne samouprave na sopstvenu inicijativu, o pitanjima iz svoje nadležnosti. (čl. 70 ZLS; čl. 47 ZGG).

Nakon donošenja novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi iz 2021. godine, prestao je da važi deo odredaba Zakona o lokalnoj samoupravi i Zakona o glavnom gradu koji se odnosio na lokalni referendum, već se na referendum u jedinicama lokalne samouprave neposredno primenjuju odredbe novog Zakona.

Zakonom o referendumu i narodnoj inicijativi utvrđeno je (čl. 10, st. 5) da „prema teritoriji na kojoj se sprovodi, referendum može biti republički (na celoj teritoriji ili delu teritorije Republike Srbije), pokrajinski (na celoj teritoriji ili delu teritorije autonomne pokrajine) ili lokalni (na celoj teritoriji ili delu teritorije jedinice lokalne samouprave)“. Odredbe Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi „koje se odnose na jedinice lokalne samouprave shodno se primenjuju i na sprovođenje referenduma i narodne inicijative u gradskim opštinama“ (čl. 10, st. 3 ZRNI).

Zakon predviđa da na referendumu koji se raspisuje za teritoriju jedinice lokalne samouprave ili za deo njene teritorije (referendum u jedinici lokalne samouprave) građani odlučuju o pitanjima za koja je to statutom jedinice lokalne samouprave određeno kao i o pitanjima iz nadležnosti skupštine jedinice lokalne samouprave za koja to odluči ta skupština na zahtev većine od ukupnog broja odbornika ili na zahtev najmanje 10% birača koji imaju prebivalište na teritoriji jedinice lokalne samouprave (čl. 54).

Prema pravnom dejstvu odluke, referendum može biti obavezujući ili savetodavni (čl. 10, st. 4 ZRNI). Odluka na obavezujućem referendumu doneta je ako je za nju glasala većina izašlih građana na teritoriji za koju je referendum raspisan, a proizvodi pravno dejstvo od dana proglašenja ukupnih rezultata referenduma (čl. 11 ZRNI). S druge strane, mišljenje građana na savetodavnom referendumu utvrđuje se glasovima većine izašlih građana i nije pravno obavezujuće (čl. 12 ZRNI).

Skupština je dužna da donese odluku o raspisivanju referenduma o pitanju za koje je statutom jedinice lokalne samouprave, određeno da o njemu odlučuju građani referendumom. Prema vremenu donošenja akta koji je predmet izjašnjavanja građana, referendum može biti prethodni ili naknadni (čl. 10, st. 6). U slučaju tzv. naknadnog referenduma, kada je određeno da se na referendumu građani izjašnjavaju o potvrđivanju usvojenog akta u skupštini, skupština je dužna da donese odluku o raspisivanju referenduma istovremeno sa usvajanjem tog akta. S druge strane, u slučaju tzv. prethodnog referenduma, kada je Ustavom ili zakonom određeno da odluci skupštine prethodi referendum, skupština je dužna da donese odluku o raspisivanju referenduma, po mogućnosti na istoj sednici, a najkasnije u roku od 30 dana od dana utvrđivanja predloga odluke. U skladu sa Ustavom,

referendum je obavezan za promenu Ustava i za osnivanje, ukidanje i promenu teritorije autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave (čl. 13 ZRNI).

Zahtev za raspisivanje referenduma o pitanju iz nadležnosti lokalne skupštine može da podnese većina od ukupnog broja odbornika skupštine jedinice lokalne samouprave, a u zahtevu se obavezno navodi da li se zahteva raspisivanje obavezujućeg ili savetodavnog referenduma. Osim toga, zahtev obavezno sadrži navođenje referenduskog pitanja sa ponuđenim odgovorima. Skupština je dužna da donese odluku o raspisivanju referenduma istovremeno sa usvajanjem zahteva za raspisivanje referenduma (čl. 14 ZRNI).

Zakon reguliše i održavanje referenduma na zahtev birača (čl. 15). Skupština jedinice lokalne samouprave je dužna da raspiše referendum na zahtev najmanje 10% birača koji imaju prebivalište na teritoriji jedinice lokalne samouprave. U zahtevu se navodi se da li se traži raspisivanje referenduma radi prethodnog izjašnjavanja o pitanju koje treba da se uredi aktom skupštine ili se predlaže usvajanje akta, njegova izmena, dopuna ili prestanak važenja, kao i da li je referendum obavezujući ili savetodavan. Zahtev obavezno sadrži navođenje referenduskog pitanja sa ponuđenim odgovorima. Zahtevom birača smatra se i pokrenuta narodna inicijativa radi sprovođenja referenduma, podržana potpisima potrebnog broja birača, koja se odnosi na pitanje o kojem se može odlučivati na referendumu i koja je sačinjena u skladu sa odredbama ovog zakona o podnošenju narodne inicijative. Zahtev za raspisivanje referenduma na teritoriji autonomne pokrajine, odnosno jedinice lokalne samouprave, treba da ispunjava i uslove utvrđene statutom autonomne pokrajine, odnosno jedinice lokalne samouprave. Odluka o raspisivanju referenduma na zahtev birača donosi se istovremeno sa usvajanjem zahteva za raspisivanje referenduma. Na referendumu građani se prethodno izjašnjavaju o pitanju koje treba da se uredi aktom skupštine, odnosno izjašnjavaju se o usvajanju akta čije se donošenje predlaže zahtevom birača ili o potpunom, odnosno delimičnom prestanku važenja akta koji je donela skupština. Kada skupština raspiše referendum na zahtev birača, ona može utvrditi stav o pitanju o kojem se odlučuje na referendumu i upoznati građane sa svojim stavom na zvaničnoj veb-prezentaciji i putem medija, taj stav skupštine o pitanju o kojem se odlučuje na referendumu usvaja se istovremeno sa donošenjem odluke o raspisivanju referenduma (čl. 16 ZRNI).

Zakon sadrži i posebne odredbe o referendumu na zahtev građana u lokalnoj samoupravi (čl. 55 ZRNI) i predviđa da se zahtev za raspisivanje referenduma podnosi skupštini jedinice lokalne samouprave u pisanom obliku, s obrazloženjem akta odnosno pitanja koje je predmet referenduma. Ukoliko nisu ispunjeni uslovi propisani Zakonom, skupština jedinice lokalne samouprave ostavlja naknadni rok od 15 dana podnosiocu zahteva za otklanjanje nedostataka, a ako podnosilac zahteva

ne otkloni nedostatke u navedenom roku, skupština jedinice lokalne samouprave doneće rešenje o odbacivanju zahteva. Kada zakonom utvrđeni broj birača podnese zahtev za raspisivanje referenduma, a skupština jedinice lokalne samouprave smatra da se ne radi o pitanju iz njene nadležnosti ili da se odnosi na pitanja koja ne mogu biti predmet referenduma (navedena u čl. 48 ZRNI), ili da referendum nije u skladu sa statutom autonomne pokrajine ili statutom jedinice lokalne samouprave, skupština je dužna da donese rešenje kojim se odbacuje zahtev, na prvoj narednoj sednici. Ukoliko skupština odbaci zahtev za raspisivanje referenduma na zahtev birača, podnosilac zahteva može podneti tužbu Upravnom sudu ako smatra da je skupština nepravilno postupila prilikom odlučivanja o zahtevu za raspisivanje referenduma. Tužba se podnosi u roku od 15 dana od dana dobijanja rešenja skupštine ili od dana isteka roka za odlučivanje, a Upravni sud rešava po tužbi u roku od 30 dana od dana prijema tužbe i njegova odluka po tužbi je pravnosnažna.

Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi sadrži čitav niz odredaba kojima se reguliše postupak sprovođenja referenduma (čl. 18–45), među kojima poseban značaj imaju odredbe o organima za sprovođenje referenduma (nadležnoj izbornoj komisiji i glasačkom odboru – čl. 19–23), glasačkim mestima (čl. 24), danu i vremenu održavanja referenduma (čl. 25), referendumskoj kampanji (čl. 27–34), referendumskom pitanju (čl. 36), glasačkom listiću (čl. 37), glasanju (čl. 38–39), utvrđivanju rezultata glasanja (čl. 40) i sprovođenju odluke (čl. 42). Zakon sadrži i posebne odredbe o zaštiti biračkog prava (čl. 71–76) i posebne mere zaštite referendumske kampanje (čl. 77–78).

Kad je reč o obaveznosti odluke donete na obavezujućem referendumu, Zakon propisuje da „skupština može doneti akt suprotan aktu odnosno pitanju potvrđenom na referendumu ili izmenama i dopunama tog akta menjati suštinu potvrđenog akta odnosno pitanja tek po isteku četiri godine od dana održavanja referenduma, uz obavezu sprovođenja savetodavnog referenduma o tom pitanju“ (čl. 43, st. 1), a predviđa i da „ako su građani na referendumu doneli odluku protiv potvrđivanja akta odnosno pitanja koje je bilo predmet izjašnjavanja, o tom aktu, odnosno pitanju ne može se ponovo odlučivati na referendumu u roku kraćem od četiri godine od dana održavanja referenduma“ (čl. 44).

Predmet referenduma u jedinici lokalne samouprave mogu biti pitanja koja su statutom jedinice lokalne samouprave utvrđena kao nadležnost skupštine jedinice lokalne samouprave, izuzev pitanja za koja je Ustavom i Zakonom izričito navedeno da ne mogu biti predmet referenduma (obaveze koje proizlaze iz međunarodnih ugovora, zakoni koji se odnose na ljudska i manjinska prava i slobode, poreski i drugi finansijski zakoni, budžet i završni račun, uvođenje vanrednog stanja i amnestija, kao ni pitanja koja se tiču izbornih nadležnosti Narodne skupštine).

Referendum se raspisuje radi izjašnjavanja građana o predlogu akta, o potvrđivanju usvojenog akta ili o pitanju od opšteg značaja (čl. 10, st. 3 ZRNI).

Na osnovu svih navedenih odredaba, može se dati opšta ocena da su rešenja Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi koja uređuju lokalni referendum u skladu sa Ustavom i relevantnim zakonima koja uređuju materiju lokalne samouprave. Zakonodavac je ispravno postupio kada je predvideo prestanak važenja odredaba Zakona o lokalnoj samoupravi i Zakona o glavnom gradu koja bi eventualno mogla biti u koliziji sa novousvojenim rešenjima. U tom smislu, Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi u delu u kojem uređuje lokalni referendum zavređuje prelaznu ocenu.

GRAĐANSKA I/ILI NARODNA INICIJATIVA

Prelazna ocena koja se može dati Zakonu o referendumu i narodnoj inicijativi u delu kojim reguliše referendum se, nažalost, ne može dati kada je reč o delu kojim je regulisao narodnu inicijativu, jer je tim Zakonom stvorena jedina velika dilema: da li su građanska inicijativa, predviđena zakonima koji uređuju materiju lokalne samouprave, i narodna inicijativa u jedinici lokalne samouprave, predviđena novim Zakonom o referendumu i narodnoj inicijativi, dva nezavisna pravna instituta.

Prema *Zakonu o lokalnoj samoupravi*, građani putem *građanske inicijative* predlažu skupštini jedinice lokalne samouprave donošenje akta kojim će se urediti određeno pitanje iz nadležnosti jedinice lokalne samouprave, promenu statuta ili drugih akata i raspisivanje referenduma u skladu sa zakonom i statutom (čl. 68 ZLS). Skupština jedinice lokalne samouprave je dužna da održi raspravu o tom predlogu i da dostavi obrazložen odgovor građanima u roku od 60 dana od dobijanja predloga. Broj potpisa građana potreban za pokretanje građanske inicijative iznosi 5% od ukupnog broja građana sa biračkim pravom.⁸ U okviru reforme lokalne samouprave 2018. usvojeno je nekoliko odredaba o sprovođenju građanske inicijative, koje se odnose na obaveštavanje javnosti o pripremi propisa i na sprovođenje javne rasprave. Prema tim odredbama, nadležni organ opštine je dužan da na internet prezentaciji opštine odnosno na drugi primeren način obavesti javnost da je otpočeo rad na pripremi propisa koje donosi skupština. Osim toga, radi sprovođenja

⁸ Ovo rešenje je usvojeno 2018. godine. Izvorni tekst Zakona od 2007. predviđao je da se broj potpisa građana potreban za punovažno pokretanje građanske inicijative utvrđuje statutom jedinice lokalne samouprave, ali da ne može da bude manji od 5% birača. Ovom izmenom je otklonjena moguća neizvesnost u pogledu uspeha pokretanja građanske inicijative, jer su u praksi zabeleženi primeri da je statutima opština utvrđivan neprimereno visok procenat, koji je iznosio i do 25% birača.

javne rasprave, predlog građana svojim potpisima treba da podrži najmanje 100 građana sa biračkim pravom na teritoriji opštine, a prikupljanje potpisa građana za sprovođenje javne rasprave se sprovodi u skladu sa propisima koji uređuju građansku inicijativu. Nadležni odbor skupštine jedinice lokalne samouprave odlučuje po primljenom predlogu građana o sprovođenju postupka javne rasprave (čl. 68, st. 4–7 ZLS). Zakon o glavnom gradu utvrdio je da se broj potpisa birača za pokretanje građanske inicijative utvrđuje statutom, ali da ne može biti manji od 30.000 (čl. 45, st. 3 ZGG). Zanimljivo je primetiti da se i za narodnu inicijativu za donošenje zakona u Narodnoj skupštini predviđa isti broj potpisa birača kao za građansku inicijativu u gradu Beogradu (čl. 107, st. 1 Ustava), odakle proizlazi da je zakonodavac previsoko odredio minimalan broj potpisa za građansku inicijativu u glavnom gradu.

S druge strane, novi *Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi iz 2021.* godine propisuje da „narodnom inicijativom građani predlažu donošenje, izmenu, dopunu ili prestanak važenja Ustava, zakona, drugih propisa i opštih akata iz nadležnosti Narodne skupštine, odnosno statuta, drugih propisa i opštih akata iz nadležnosti skupštine autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave i podnose druge predloge u skladu sa Ustavom i zakonom, odnosno statutom autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave“ (čl. 56). Nejasno je zbog čega taj Zakon nije usvojio termin građanska inicijativa, čime je stvorena dilema da li je građanska inicijativa oblik narodne inicijative ili je reč o dva slična, ali ipak nezavisna, pravna instituta, pogotovu ako se ima u vidu da tim Zakonom nije dirano u odredbe Zakona o lokalnoj samoupravi i Zakona o glavnom gradu kojima je regulisana građanska inicijativa, za razliku od odgovarajućih odredaba tih zakona kojima je regulisan referendum.

Narodna inicijativa se može podneti u obliku (čl. 57 Zakona): 1) opšteg predloga za donošenje, izmenu, dopunu ili prestanak važenja odgovarajućeg akta ili za rešavanje određenog pitanja, s tim da se iz predloga jasno vide pravci promena, odnosno rešenja koje se predlaže (opšta inicijativa), ili 2) konkretnog predloga za donošenje, izmenu ili ukidanje odgovarajućeg akta, sa izrađenim predlogom pravnog akta i obrazloženjem (konkretizovana inicijativa). Kad je predmet narodne inicijative akt kojim se predlaže izmena ili dopuna određenog pravnog akta, izmene moraju biti pripremljene tako da su usklađene sa delom pravnog akta koji se ne menja i ostaje na snazi i da zajedno čine pravno i logički usklađenu celinu.

Radi ostvarivanja narodne inicijative građani obrazuju inicijativni odbor od najmanje tri člana koji imaju biračko pravo, a inicijativni odbor može obrazovati posebne odbore za prikupljanje potpisa na pojedinim mestima (čl. 58 ZRNI). Inicijativni odbor formuliše predlog u jednom od predviđenih oblika, potpisuje ga

i podnosi skupštini nadležnoj za donošenje akta, odnosno za rešavanje pitanja, radi obaveštavanja i verifikacije predloga. Predlog se može podneti u pismenoj ili elektronskoj formi. Ako se predlog podnosi radi sprovođenja referenduma, u predlogu se obavezno navodi i predlog referenduskog pitanja sa ponuđenim odgovorima (čl. 59, st. 1–3 ZRNI). Od momenta podnošenja predloga, predlog se ne može dopunjavati i menjati, osim radi otklanjanja nedostataka u postupku verifikacije predloga (čl. 59, st. 6 ZRNI).

Postupak verifikacije regulisan je čl. 60 Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi. Predsednik skupštine kojoj je inicijativni odbor podneo predlog utvrđuje da li je predlog formulisan u skladu sa Zakonom i da li se odnosi na pitanja iz nadležnosti skupštine i, ako to jeste slučaj, obaveštava o tome inicijativni odbor u roku od 15 dana. Ukoliko nisu ispunjeni uslovi propisani Zakonom, predsednik skupštine određuje naknadni rok od 15 dana inicijativnom odboru za otklanjanje nedostataka. Sednici skupštine, na kojoj se razmatra podneti predlog, prisustvuje predstavnik podnosioca predloga, a ako predstavnik podnosioca predloga nije određen, na sednicu skupštine poziva se prvi potpisani u inicijativnom odboru. Skupština može odlučiti da verifikuje ili odbaci podneti predlog, a predsednik skupštine obaveštava inicijativni odbor o odluci skupštine u roku od sedam dana od dana donošenja odluke.

Zakonom o referendumu i narodnoj inicijativi su potanko regulisana pitanja koja se odnose na sprovođenje postupka narodne inicijative, kao što su prikupljanje potpisa (čl. 61–62), kampanja (čl. 63–64), sadržina liste potpisnika (čl. 65), proveravanje ispunjenosti uslova (čl. 67) i slična pitanja.

Propisujući dovoljan broj potpisa za narodnu inicijativu, Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi propisuje da se kao dovoljan broj potpisa za narodnu inicijativu smatra „najmanji broj potpisa utvrđen Ustavom, zakonom odnosno statutom autonomne pokrajine“ (čl. 66), dok se statuti jedinica lokalne samouprave u toj odredbi ne spominju, što je svakako krupan propust. Time se dodatno produbljuje dilema o odnosu građanske i narodne inicijative u jedinicama lokalne samouprave.

Skupština autonomne pokrajine odnosno jedinice lokalne samouprave dužna je da o predlogu sadržanom u pokrenutoj narodnoj inicijativi odluči na prvoj narednoj sednici odnosno najkasnije u roku od 90 dana od dana pokretanja narodne inicijative, na način i po postupku utvrđenim Ustavom i zakonom, odnosno statutom autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave ili poslovnikom skupštine (čl. 69, st. 2). Navedeni rok od 90 dana za narodnu inicijativu se razlikuje od roka od 60 dana koji je Zakonom o lokalnoj samoupravi propisan za građansku inicijativu. Kada skupština prihvati opštu narodnu inicijativu, obavezuje nadležno radno telo da pripremi predlog odgovarajućeg pravnog akta i dužna je da o tom aktu odluči

u roku od 120 dana od dana prihvatanja opšte inicijative (čl. 69, st. 3). S druge strane, kada skupština odluči da ne prihvati predlog sadržan u narodnoj inicijativi, dužna je da obrazloženu odluku o tome dostavi inicijativnom odboru i objavi na svojoj veb-prezentaciji, u roku od sedam dana od dana donošenja odluke (čl. 70).

Imajući u vidu navedene novine koje sadrži Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi, sasvim je jasno da je neophodno da zakonodavac otkloni dileme o tome da li je u slučaju građanske i narodne inicijative reč o jednom ili dva pravna instituta, pa da u zavisnosti od toga za koje se rešenje opredeli preduzme korake u cilju usklađivanja i upotpunjavanja zakonskih rešenja.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Lokalna samouprava je u svojoj suštini obavljanje lokalnih poslova u okviru lokalne zajednice, pa bi možda i najlogičnije bilo da se u njoj primenjuje neposredna demokratija. U savremenom svetu, lokalna samouprava se „najmanje udaljila od izvornog značenja pojma demokratije“,⁹ pa se neposredno vršenje vlasti od strane građana samo u njoj i može susresti. Kako je pisao Jovan Đorđević, „neposredna lokalna samouprava postoji kad funkcije upravljanja poslovima određenog mesta i lokaliteta isključivo ili pretežno vrše građani, birači, na svojim 'skupovima', 'zborovima', 'sastancima' ili 'skupštinama'“.¹⁰ Ipak, ona i na lokalnom nivou polako nestaje, pa se može pronaći još jedino u engleskim parohijama, opštinama u pojedinim švajcarskim kantonima i u seoskim opštinama u SAD. „U ovom slučaju lokalna samouprava se poklapa sa onim što se u političkoj teoriji naziva elementarna ili neposredna demokratija.“¹¹

Imajući u vidu da je Republika Srbija primenila tzv. koncept velikih opština, u kojem jedinice lokalne samouprave u proseku imaju preko trideset hiljada stanovnika, nije moguće da se u njima primeni čist koncept neposredne demokratije. Stoga je rešenje prema kojem, pored predstavničke demokratije, postoje i oblici neposrednog učešća građana u obavljanju poslova u opštini putem referenduma i narodne (građanske) inicijative jedini moguć element neposredne demokratije u postojećem sistemu lokalne samouprave u Srbiji.

Iako su građanska inicijativa i referendum do skora bili delimično uređeni zakonima koji se odnose na oblast lokalne samouprave, zakonodavac je prilikom

⁹ Radivoje Marinković, *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Institut za političke studije Beograd, 1998, 64.

¹⁰ Jovan Đorđević, *Osnovni tipovi lokalne samouprave*, Nova administracija, Beograd, 1957, 15.

¹¹ *Ibidem*.

donošenja novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi očigledno imao nameru da obuhvati institute poluneposredne demokratije na svim nivoima vlasti – republičkom, pokrajinskom i lokalnom. U slučaju referenduma to mu je pošlo za rukom i može se reći da je referendum solidno regulisan.

S druge strane, regulišući narodnu inicijativu, zakonodavac je stvorio veliku dilemu: da li su narodna i građanska inicijativa jedan ili dva pravna instituta. Namera zakonodavca je verovatno bila da se odredbe novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi primenjuju i na građansku inicijativu. To proizlazi iz jednog od obrazloženja koje je stajalo u predlogu tog Zakona: „Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi (*Službeni glasnik RS*, broj 47/18), izmenom člana 68. stav 3. fiksiran je potreban broj birača za pokretanje *narodne inicijative* [kurziv, M. S.] na broju od 5% birača u jedinici lokalne samouprave.“¹² Iz ove rečenice je jasno da zakonodavac podrazumeva da su narodna i građanska inicijativa jedan isti pravni institut, iako to iz odredaba u propisima ne proizlazi. Stoga je neophodno da se zakoni međusobno usklade, pri čemu bi najlakši i najlogičniji način bio da se u zakonima koji regulišu oblast lokalne samouprave građanska inicijativa preimenuje u narodnu inicijativu, kao i da se ukinu odredbe Zakona o lokalnoj samoupravi koje su u suprotnosti sa odredbama novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi. Ukoliko se to ne dogodi, dilema o jednom ili dva pravna instituta neće biti rešena.

Dr. Marko Stanković
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

LOCAL DEMOCRACY IN THE LIGHT OF THE ADOPTION OF THE NEW LAW ON REFERENDUM AND PEOPLE'S INITIATIVE

Summary

The paper analyzes some consequences of the adoption of the new Law on Referendum and People's Initiative for local democracy in the Republic of Serbia. After almost three decades, this law replaced the obsolete Law on Referendum and People's Initiative from 1994. New legal solutions are also applied at the level of local self-government, and its institutes of semi-direct democracy – civic initiative and referendum. The central part of the paper is dedicated to examining whether the solutions

¹² Tekst predloga Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi dostupan na internet adresi Narodne skupštine: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2021/1955-21.pdf, 16. 3. 2022.

of the new Law on Referendum and People's Initiative have adequately regulated the matter of semi-direct democracy at the level of local self-government. In the concluding remarks, among other things, certain improvements to the current legal framework were proposed.

Keywords: local democracy, referendum, people's initiative, civic initiative, Law on Referendum and People's Initiative

Literatura

Đorđević J., *Osnovni tipovi lokalne samouprave*, Nova administracija, Beograd, 1957.

Marinković R., *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Institut za političke studije, Beograd, 1998.

Marković G., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u *Istočnom Sarajevu*, Istočno Sarajevo, 2021.

Marković R., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u *Beogradu*, Beograd, 2014.

Orlović S., *Ustavno pravo*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2018.

Vlatković M., *Pravo lokalne samouprave*, BLC i Besjeda, Banja Luka, 2008.

PREGLEDNI RAD

MIROSLAV ĐORĐEVIĆ

VERIFIKACIJA POSLANIČKOG MANDATA OD STRANE PRESEDNIKA TZV. TEHNIČKE VLADE – IZNUĐENA NEUSTAVNOST?

U jednoj redovnoj, sasvim uobičajenoj fazi parlamentarnog života, došlo je prilikom konstituisanja novog saziva Narodne skupštine do sporne situacije, koja je izazvala oštre polemike kako u stručnoj, tako i u široj javnosti. Naime, predsednica Vlade (koja je u tom trenutku bila u tzv. tehničkom mandatu) osvojila je na parlamentarnim izborima i verifikovala svoj poslanički mandat u postupku konstituisanja srpskog parlamenta, te se postavilo pitanje inkompatibiliteta između dve funkcije koje je u tom trenutku držala. Iako bi se moglo očekivati da je ustavnopravni odgovor na to pitanje jednostavan, pokazalo se da usled slabosti normativnih rešenja važećeg Ustava to ipak nije tako. Doslovno čitanje relevantnih ustavnih odredaba navedi na zaključak koji nije u skladu sa osnovnim postulatima parlamentarizma. Analiza svih mogućih scenarija pokazuje da je posredi specifičan paradoks iznuđene neustavnosti, te da stoga relevantne odredbe u budućnosti treba revidirati.

Ključne reči: tehnička Vlada, verifikacija poslaničkog mandata, predsednik vlade, Republika Srbija, Ustav

U V O D

Prilikom konstituisanja novog saziva Narodne skupštine, svoj poslanički mandat je 1. avgusta verifikovala i predsednica (tzv. tehničke) Vlade Republike Srbije, Ana Brnabić, izazvavši time niz polemika o ustavnosti takvog čina. Samo dan kasnije,

Dr Miroslav Đorđević, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, docent Pravnog departmana Državnog univerziteta u Novom Pazaru, e-mail: miroslav.djordjevic@yahoo.com.

2. avgusta uveče, ona je pak na funkciju narodnog poslanika podnela ostavku. Ostala je dilema da li je ovim činom premijerka prekršila Ustav Srbije, kao i da li možda zbog toga može doći do nekih daljih posledica. Da li predsednik tzv. tehničke Vlade Republike Srbije može u skladu sa važećim ustavnopravnim okvirom da se prihvati funkcije narodnog poslanika s obzirom na to da je predsednik Vlade kojoj je istekao mandat? Ukoliko postoji povreda Ustava u ovom smislu, šta ona sa sobom nosi i da li su takvim ograničenjem (ukoliko ono zaista postoji) povređena osnovna politička ljudska prava – pravo da se bude biran? Jedna kraća ustavnopravna analiza pruža odgovore na ova pitanja.

Tokom izrade ustavnih i zakonskih normi uvek se polazi od nekakvih pretpostavljenih situacija, odnosno imaginacije načina odigravanja (ustavno)pravnog života, te iznalaženja mogućnosti izigravanja predviđenih rešenja. Uvek treba uložiti poseban trud da se takva postupanja preduprede i onemoguće. Načelno, postoje mnogobrojne situacije u kojima je teško predvideti svaku pojedinost, već je upravo praksa ta koja će pokazati da li je do određenih propusta došlo ili nije. Međutim, kada je reč o nekim osnovnim postulatima odigravanja političkog života, normativnim kamenima međama koji daju obrise jednog ustavnopravno-političkog sistema, tu zaista ne bi smelo da dolazi do većih propusta, posebno ukoliko je reč o redovnim procedurama.

Stilski ali i sadržinski problemi sa važećim Ustavom Srbije su brojni.¹ U svojoj kritici neki autori odlaze i tako daleko da kažu: „Srbija nije imala pravno i jezički nepismeniji tekst za svoj ustav, a po svoj prilici, posle iskustva koje će imati sa ovim, nikada ga više neće ni imati.“² Nejasnoće u ustavnom tekstu dovode, osim problema s tumačenjem, i do ugrožavanja usklađenosti ustavnih rešenja sa njihovom zakonskom konkretizacijom. U okviru jednog ustavnopravnog okvira neophodna je pak potpuna harmonija ustavnih i zakonskih rešenja, od kojih ova druga moraju slediti kako sadržinski, tako i terminološki logiku Ustava kako bi se omogućilo jasno, čisto i nedvosmisleno tumačenje (posebno kada je reč o najvažnijim sistemskim procedurama uređenja državne vlasti). Pitanje koje je čin verifikacije poslaničkog mandata Ane Brnabić otvorilo svodi se suštinski na pitanje postojanja inkompatibiliteta između funkcija predsednika (tehničke) Vlade i mandata poslanika

¹ „Nomotehnički problemi srpskog Ustava su brojni i kreću se od flagrantnih, sadržinskih grešaka, preko brojnih primera lošeg stila i sistematike, pa sve do pojedinih terminoloških grešaka. Nekoliko primera propusta i grešaka već postaju opšta mesta u doktrinarnim analizama, a kako do danas ovaj ustav nije od svog donošenja nijedanput menjan, pomenute slabosti se ili prosto ignorišu, ili ih Ustavni sud pokušava svojim tumačenjima na neki način ublažiti donošenjem odluka koje faktički sprečavaju štetno dejstvo do koga bi usled njihove doslovne primene došlo.“ Miroslav Đorđević, „Neki nomotehnički propusti regulative predsednika Republike u Ustavu Srbije“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Banja Luka, 2020, 155.

² Ratko Marković, „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali*, br. 2, 2006, 44.

(novog saziva) Narodne skupštine. Odredbe o inkompatibilitetu su u ovom slučaju pak (in)direktno vezane za pitanje podela vlasti i funkcionisanje osnovnih postulata parlamentarizma i kako će se pokazati, ne mogu se posmatrati izvan šireg konteksta, a sve usled normativnih i terminoloških slabosti važećeg Ustava.

SRBIJA I SISTEM VLASTI

Kada se govori o sistemima vlasti tradicionalno se vrši podela na predsednički model, koji podrazumeva strožu podelu vlasti, parlamentarni – gipku ili umerenu (koja podrazumeva saradnju i ravnotežu vlasti, pre svega legislative i egzekutive), kao i na niz mešovitih, predsedničko-parlamentarnih, odnosno polupredsedničkih modela (o čijoj definiciji i klasifikaciji u literaturi postoje različita mišljenja).³ Osnovna odlika parlamentarnog sistema jeste „gipka podela vlasti“ koja podrazumeva: „1) gipku specijalizaciju vlasti – što uključuje i postojanje oblasti u kojima zajednički deluju državni organi, nosioci različitih vlasti; i 2) sredstva uzajamnog pritiska jedne vlasti na drugu“⁴. Za razliku od predsedničkog sistema vlasti, u parlamentarnom sistemu vlada stoji naspram parlamenta, jer ona politički „proizlazi“ iz njega te mu je stoga i politički odgovorna (u predsedničkom sistemu je čitava egzekutiva politički neodgovorna parlamentu – državni sekretari kao svojevrсни pandan ministrima, u SAD su odgovorni samo predsedniku, koji pak politički ne odgovara Kongresu).

Srpski sistem vlasti se različito ocenjuje, najčešće kao hibridan ili polupredsednički, a u literaturi je izražen i stav da je, u stvari, u pitanju nedovršena ili nedosledna varijanta francuskog sistema vlasti.⁵ Jedan od tvoraca Ustava Srbije iz 1990. godine Ratko Marković objašnjava razloge za izgled prvog srpskog ustava od ponovnog uvođenja višepartijske, liberalne demokratije. Sistem vlasti po njemu „nije izgrađen po obrisima ni parlamentarnog ni polupredsedničkog sistema nego prema neponovljivim, a već prošlim istorijskim prilikama u Srbiji početkom devedesetih godina 20. veka“⁶. No, bez obzira na razloge nastanka, prevladuje stav da se Srbija priklonila tendenciji stvaranja jedne vrste mešovitog tipa vlasti, te se može

³ Miroslav Đorđević, *Suspenzivni veto predsednika republike* (doktorska disertacija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu), Beograd, 2020, 23.

⁴ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2014, 190.

⁵ Postojale su i tvrdnje da je on nastao „izopačenim oponašanjem za potrebe lične vladavine predsednika Slobodana Miloševića“. Pavle Nikolić, „Institucija predsednika Republike i promašaji i nedorečenosti Ustava Republike Srbije od 1990“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 2–3, 1991, 287–295.

⁶ Ratko Marković, „Ka budućem Ustavu Srbije“, *Srpska politička misao*, posebno izdanje, 2017, 267.

reći da naša zemlja pripada po svojim ustavnopravnim odlikama pripada grupi država sa polupredsedničkim sistemom.⁷ Ovo je važno kako po Ustavu iz 1990. godine, tako i po važećem Ustavu Republike Srbije iz 2006.

Motiv stvaranja polupredsedničkih sistema je najčešće jačanje političke stabilnosti. Iz predsedničkog sistema se obično preuzima neposredan izbor predsednika republike, koji tako nije odgovoran parlamentu i koji uz veći legitimitet svoje funkcije najčešće dobija i šira ovlašćenja.⁸ Pored jakog legitimiteta predsednika usled njegovog neposrednog izbora, često se kao „distinktivna odlika ovih sistema“ spominje podeljena, „dvoeglava“ (bicefalna) egzekutiva.⁹ No uloga vlade u ovakvom sistemu ostaje ista kada je reč o njenom odnosu sa narodnim predstavništvom. Vlada „proizlazi“ iz parlamenta i odgovara mu politički za svoj rad, baš kao i u klasičnom parlamentarnom sistemu.

INKOMPATIBILITET

Kako Vlada i Narodna skupština Republike Srbije pripadaju dvema različitim granama vlasti (izvršnoj i zakonodavnoj), koje stoje u ravnoteži ali se međusobno i proveravaju,¹⁰ utvrđena su jasna pravila o nespojivosti (inkompatibilitetu) ovih funkcija. U Ustavu se tako kaže da narodni poslanik ne može biti funkcioner u organima izvršne vlasti¹¹ kao i da „član Vlade ne može biti narodni poslanik u Narodnoj skupštini“.¹²

Ovakve odredbe nesumnjivo govore da postoji inkompatibilitet između funkcije narodnog poslanika i člana Vlade (pa tako i njenog predsednika), te svrstavaju Srbiju u grupu zemalja koje karakteriše ono što se u teoriji naziva „država sa neposlaničkom vladom“.¹³ Međutim, da li činjenica da je Vlada Srbije u momentu sporne situacije u tzv. tehničkom mandatu menja situaciju? Da li se navedene odredbe odnose samo na redovno stanje, a ne nužno i na ovakav period svojevrnog interregnuma? Kratak odgovor je: ne, doslovnim čitanjem teksta Ustava,

⁷ Ovako i: Ratko Marković, „Ne daj se, ne daj, demokratijo“, *Sa ustavne osmatračnice*, Beograd, 2017, 289.

⁸ Dragan Stojanović, *Ustavno pravo*, Niš, 2006, 191.

⁹ Richard Albert, „Presidential values in parliamentary democracies“, *International Journal of Constitutional Law*, No. 2, 2010, 227.

¹⁰ Ustav Republike Srbije, čl. 4. st. 3.

¹¹ Ustav Republike Srbije, čl. 102. st. 3.

¹² Ustav Republike Srbije, čl. 126. st. 1.

¹³ „Ne može se istovremeno biti i kontrolor i kontrolisani“, R. Marković (2014), op. cit., 336.

inkompatibilitet nesumnjivo postoji i u ovakvoj situaciji, što sledstveno dovodi do paradoksalne situacije nesvojstvene parlamentarnom sistemu.

No, u objašnjenju ovakvog stava treba ići korak po korak. Pre svega Ustav i Zakon ne poznaju termin „tehnička Vlada“, već koriste izraz „Vlada kojoj je *presta* mandat“,¹⁴ a ovakva Vlada po slovu Ustava „može da vrši samo poslove određene zakonom, *do izbora nove Vlade*“.¹⁵

Sledeće pitanje koje se logično postavlja jeste: kada Vladi prestaje mandat? Odgovor nije jednostavan, jer se ovde prilikom tumačenja Ustava uočava problem. Naime, usled nepreciznog korišćenja termina, neophodno je koristiti ciljno tumačenje, kao i druga tumačenja, a ne samo jezičko tumačenje teksta, kakvo može stvoriti zabunu i dovesti do pogrešnih zaključaka. Naime, Ustav kaže: „mandat Vlade traje *do isteka mandata Narodne skupštine* koja ju je izabrala“.¹⁶ Kako Ustav kaže da „potvrđivanjem mandata dve trećine narodnih poslanika prestaje mandat prethodnog saziva Narodne skupštine“,¹⁷ a Zakon o Narodnoj skupštini u sličnom duhu da „narodnom poslaniku mandat prestaje potvrđivanjem mandata dve trećine narodnih poslanika narednog saziva Narodne skupštine“,¹⁸ tako ispada da mandat starog saziva Narodne skupštine, njenih poslanika, *kao i Vlade* koju je ona izabrala prestaju momentom konstituisanja novog saziva Skupštine. Dok za Narodnu skupštinu i njene poslanike to nije sporno, jasno je da pun mandat Vlade ne može trajati do konstituisanja nove Skupštine, već do momenta raspuštanja starog saziva (što su dva vremenski udaljena trenutka). Narodna skupština koja je raspuštena „vrši samo tekuće ili neodložne poslove“¹⁹ u koje svakako ne spada i jedno od osnovnih prava koje ona inače ima – da nadzire rad Vlade i odlučuje o prestanku mandata Vlade i ministara.²⁰ Ukoliko bi se Ustav u ovome tumačio doslovno, to bi onda značilo da je Vlada od momenta raspuštanja i dalje u punom kapacitetu nadležnosti, ali uz to i bez ikakve kontrole, što svakako ne može biti slučaj.

Da je reč o terminološkoj zabuni, tj. nekonzistentnom korišćenju reči „mandat“ (koja na nekim mestima u Ustavu podrazumeva period na koji je neki funkcioner izabran, dok na drugom označava samu njegovu funkciju) ukazuje već sagledavanje čl. 101, gde se prvo kaže da „izbore za narodne poslanike raspisuje

¹⁴ Ustav Republike Srbije, čl. 128.

¹⁵ Ustav Republike Srbije, čl. 128. st. 4.

¹⁶ Ustav Republike Srbije, čl. 128. st. 1.

¹⁷ Ustav Republike Srbije, čl. 101. st. 6.

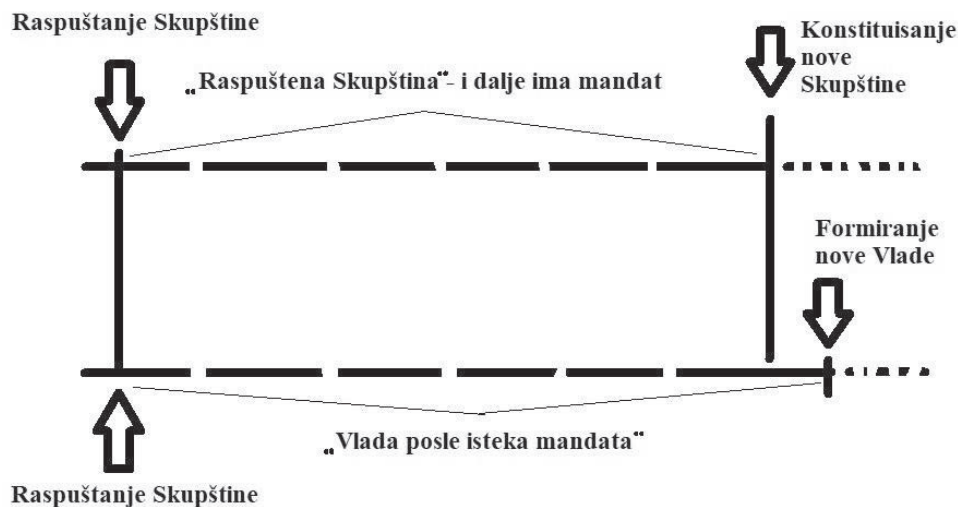
¹⁸ Zakon o narodnoj skupštini, čl. 44.

¹⁹ Ustav Republike Srbije, čl. 109. st. 7.

²⁰ Ustav Republike Srbije, čl. 99. st. 2. tač. 1.

predsednik Republike, 90 dana *pre isteka mandata Narodne skupštine*, tako da se izbori okončaju u narednih 60 dana“;²¹ a potom u istom članu stoji i već citirani stav da „potvrđivanjem mandata dve trećine narodnih poslanika prestaje mandat prethodnog saziva Narodne skupštine“.²² Jasno je da je kao *terminus technicus* reč „mandat“ ovde upotrebljena u dva različita značenja.

Ukoliko se vratimo na ustavnu odredbu o prestanku mandata Vlade, jasno je da se tu (u ovom, redovnom kontekstu, kada je došlo do punog trajanja mandata od četiri godine) u stvari misli na momenat raspuštanja Skupštine, posle čega je Vlada u „tehničkom mandatu“, tj. kako se to na drugim mestima u Ustavu i zakonima navodi – ona je „Vlada kojoj je prestao mandat“. Odlika ovakve Vlade jeste da kao i raspušteni parlament obavlja neodložne poslove. Takve poslove dakle posle raspuštanja Narodne skupštine obavljaju *raspuštena Narodna skupština koja je i dalje u mandatu* i *Vlada kojoj je istekao mandat*. Šematski prikazano, to izgleda ovako:



Intencija jeste da ustavnopravni poredak konstantno zadržava integritet i da u svakom trenutku postoje Vlada i Narodna skupština koji su u stanju da odgovore na neodložne izazove. Poželjno je svakako da taj međuperiod traje (u idealnim okolnostima) što kraće. Odredbe o izboru narodnih poslanika i rokovi koji su

²¹ Ustav Republike Srbije, čl. 101. st. 1.

²² Ustav Republike Srbije, čl. 101. st. 6. Rešenje kojim će se parlament smatrati konstituisanim verifikacijom mandata 2/3 narodnih poslanika u literaturi je inače opravdano ocenjeno kao sporno. V.: Vladan Petrov, *Parlamentarno pravo*, Beograd, 2010, 123.

propisani imaju jasan cilj da interregnum maksimalno skrate,²³ ali najviši pravni akt nedvosmisleno predviđa i mogućnost produženja mandata narodnih poslanika uprkos isteku perioda na koji je poslanik izabran (u slučaju da je, kao nedavno kod nas, došlo do probijanja rokova usled višestrukog ponavljanja izbora). Ustav takođe kaže: „Mandat narodnog poslanika počinje da teče danom potvrđivanja mandata u Narodnoj skupštini i traje četiri godine odnosno *do prestanka mandata narodnih poslanika tog saziva Narodne skupštine*“.²⁴ Korišćenje formulacije „odnosno do prestanka“, jasno govori da se misli na prestanak koji može biti pre, ali i posle vremena na koji je poslanik izabran.

Sumarno posmatrano, do zabune delom dolazi zbog nesrećnih formulacija našeg Ustava. Ranije pomenutoj jezičkoj zabuni (dva značenja reči „mandat“) treba dodati i neophodnost da se ne mešaju pojmovi raspuštene Skupštine i Skupštine kojoj je prestao mandat (takva Skupština više ne postoji), a takođe ni pojmove Narodne skupštine kojoj je prestao mandat i Vlade kojoj je prestao mandat – iako se koriste isti izrazi („prestao mandat“), status i ovlašćenja su im bitno različiti. Narodna skupština kojoj je istakao mandat praktično više ne postoji (konstituisana je nova), a njeni poslanici zadržavaju samo određena prava, poput pristupa arhivu, biblioteci, svečanostima i sl.²⁵ S druge strane, Vlada kojoj je prestao mandat i dalje je operativna, doduše u smanjenom kapacitetu, i služi da se premosti period do izbora nove Vlade od strane novog saziva Narodne skupštine (čl. 128. st. 4). Posredi je primer još jednog stilski/tehnički lošeg rešenja, kakvima naš Ustav nažalost obiluje. Ovakvih zabuna u prethodnom Ustavu iz 1990. godine nije bilo.

Dakle, dok traje mandat narodnih poslanika (a on traje do konstituisanja novog parlamenta), kao i posle konstituisanja novog saziva a do izbora nove Vlade, i dalje postoji „stara“ Vlada koju je prethodni saziv parlamenta izglasao („Vlada kojoj je prestao mandat“). Doslovnim tumačenjem, sve do izbora nove Vlade, članovi prethodne Vlade ostaju upravo to – članovi Vlade, te se ne smeju prihvatiti funkcije narodnog poslanika, u skladu sa opštim odredbama o inkompatibilitetu, koje su citirane na početku teksta. Ukoliko do ovakve konfuzije dođe, mora se napustiti jedna od funkcija (jer je takvo stanje, doslovno posmatrano, neustavno), što je premijerka Republike Srbije Ana Brnabić u konkretnom slučaju posle dan i po i učinila. Takvim postupkom bilo je izvesno da premijerka u slučaju da ne bude u novoj Vladi ili na nekoj drugoj funkciji neće moći da bude poslanica u Narodnoj skupštini, iako joj je po izbornim rezultatima pripadao mandat. Politički razvoj

²³ Ustav Republike Srbije, čl. 101.

²⁴ Ustav Republike Srbije, čl. 102. st. 1.

²⁵ Zakon o Narodnoj skupštini, čl. 46.

situacije pokazao je da do ove situacije nije došlo (Ana Brnabić je dobila mandat za sastavljanje nove Vlade), ali je do nje svakako moglo doći.

Konačno, u stručnoj i široj javnosti ovim povodom pokrenuto je još jedno pitanje, na koje je pak znatno lakše dati odgovor: Da li je aktom verifikacije poslaničkog mandata premijerka Brnabić ostala bez funkcije premijera, jer se u Zakonu o narodnoj skupštini navodi da: „narodnom poslaniku prestaje funkcija koja je nespojiva sa poslaničkom funkcijom na dan potvrđivanja poslaničkog mandata“²⁶?

Ustav taksativno navodi razloge zbog kojih članu Vlade prestaje mandat: „konstatovanjem ostavke, izglasavanjem nepoverenja u Narodnoj skupštini i razrešenjem od strane Narodne skupštine, na predlog predsednika Vlade“.²⁷ Ova odredba je zatvorena, tj. ona ne ostavlja mogućnost da se zakonom u ovom smislu uvode dodatni uslovi, a kako je Ustav Srbije najviši pravni akt u našoj zemlji (akt čija je pravna snaga veća od bilo kog zakona), jasno je da mesta za primenu čl. 39 Zakona o narodnoj skupštini nema.

PROBLEM BEZ USTAVNOG ODGOVORA?

Prethodna analiza ustavnopravnog okvira pošla je od doslovnog tumačenja slova Ustava. No, ukoliko bi se ova logika sledila do kraja, došlo bi se do ustavnopravno sasvim neprihvatljivih situacija. Na primer, u slučaju postojanja inkompatibiliteta između funkcije predsednika tehničke Vlade i mesta u Narodnoj skupštini, logički bi se moglo zaključiti da predsednik tehničke vlade koji se nađe u ovakvoj situaciji ne treba da verifikuje svoj mandat, već da treba da čeka da vidi da li će mu biti ponuđeno neko mesto s kojim „postoji“ inkompatibilitet, pa tek onda da se odluči. Na taj način bi inkompatibilitet bio otklonjen, a problem samo prividno rešen, jer bi onda bila zamisliva situacija u kojoj bi formiranje nove Vlade bilo otežano ili čak onemogućeno, ako su se na izbornoj listi (sami ili sa koalicionim partnerima) koja može da ostvari tesnu većinu za formiranje vlade našli i „bivši“ ministri – članovi tehničke Vlade. Takvi poslanici mogli bi da čekaju da vide da li će nešto „dobiti“ (a radi izbegavanja tobožnjeg inkompatibiliteta), čime bi došlo do paradoksa: bilo bi otežano, teorijski možda čak i onemogućeno formiranje nove vlade, jer neverifikovani poslanici – ministri tehničke Vlade čekaju da vide da li će u toj vladi za sebe naći mesta.

Već na prvi pogled je jasno da je ovako nešto nelogično i u suprotnosti sa samom idejom parlamenta i (polu)predstavničke demokratije. Poslanički mandat je dobijen od naroda, osvojen na izborima i predstavlja deo suvereniteta građana

²⁶ Zakon o Narodnoj skupštini, čl. 39. st. 2.

²⁷ Ustav Republike Srbije, čl. 128. st. 6.

koji oni prenose svojim političkim predstavnicima. U demokratskoj državi polune-posredne demokratije čin dodele mandata ne bi smeo biti predmet stranačko-političkih igara, koje nikada ne treba da stoje ispred volje naroda.

Ukoliko se ova gruba, doslovna logika dalje sledi, takođe dolazi do toga da se faktički stvara teorijski koncept, koji podrazumeva da se politički dogovori odigravaju zakulisno, tj. da se unapred zna ko će koju poziciju dobiti, a da parlamentarne procedure predstavljaju samo procesnu formalnost. To bi bilo jedino opravdanje zašto do pomenutog paradoksa ne može doći, te zašto čekanjem ishoda pregovora ne bi bilo dovedeno u pitanje funkcionisanje najvišeg predstavničkog tela i formiranje Vlade. No, čak i ukoliko se u realnosti neretko suštinski pregovori u našoj zemlji, ali i u mnogo razvijenijim zemljama, odigravaju izvan institucija (preko kojih se ti dogovori kasnije samo realizuju), nikako ne bi bilo poželjno stvarati sistem, ili ga tumačiti na način da se to podrazumeva i ohrabruje.

Suštinska ideja inkompatibiliteta jeste ona u skladu sa osnovnim postulatima parlamentarizma. U ovom slučaju to bi značilo da premijer vlade koju je izabrala jedna parlamentarna većina ne može istovremeno bio deo tog saziva parlamenta (jer Srbija poznaje tzv. neposlaničku vladu) iz kog je vlada proistekla. Dakle, inkompatibilitet postoji prosto radi sprečavanja sukoba interesa do koga bi moglo doći da njega nema („kontrolisani koji je istovremeno i kontrolor“). U konkretnom slučaju stvara se zabuna jer saziv Narodne skupštine koji je izabrao premijerku na to mesto više ne postoji, već postoji novi saziv parlamenta, koji tek treba da izabere vladu (koja će mu odgovarati i sa kojom će nesumnjivo postojati inkompatibilitet funkcija – člana vlade i narodnog poslanika). Inkompatibilitet stoga, teorijski posmatrano, postoji između funkcije predsednika Vlade i mesta u starom sazivu Narodne skupštine – onom kome je ta Vlada bila odgovorna. Drugačije tumačenje znači distorziju osnovnih postulata parlamentarizma, a posredno predstavlja i ugrožavanje osnovnih ljudskih prava – i to prava prve generacije – političkih prava. Do takvog kršenja pasivnog biračkog prava došlo bi u slučaju da je anticipacijom postojanja inkompatibiliteta neka osoba (u ovom slučaju premijerka) odlučila da se uopšte ne kandiduje na parlamentarnim izborima. U sistemu koji polazi od toga da se politički dogovori u razumnoj meri odigravaju izvan institucija, ali najvećim delom u samim institucijama, ovakav postupak (koji bi bio iznuđen) predstavljao bi povredu političkog prava.

ZAKLJUČAK

Činjenica da doslovno čitanje ustavnopravnog okvira vodi zaključku da između funkcije predsednika ili člana *tehničke* Vlade i funkcije narodnog poslanika u *novom* sazivu Narodne skupštine postoji inkompatibilitet ukazuje na to da je

i u ovom aspektu naš Ustav manjkav. Osnovni teorijski postulati parlamentarnog prava pak ukazuju na to da takav zaključak nije ispravan te da predstavlja ozbiljnu distorziju predviđenog teorijskog modela, a njegov nesklad sa odredbama važećeg Ustava samo vodi zaključku da prikrom sledeće revizije Ustava i o ovome treba voditi računa. Ustavnopravna rešenja imaju najveću važnost u jednom pravnom poretku, jer hijerarhijski determinišu čitav sistem. Ona stoga moraju pravnotehnički biti perfektna, nedvosmislena, sistematična i razumljiva, te moraju uvek promovisati tri osnovne vrednosti savremenog ustavnog prava: zaštitu ustavnosti, ideju narodne suverenosti i ljudska prava.²⁸ Ustavna regulativa problema o kome je u ovom radu bilo reči vodi ugrožavanju kako narodne suverenosti, tako i ljudskih (političkih) prava, te paradoksu iznuđene neustavnosti – lice koje se u toj situaciji nađe pred sobom nema na raspolaganju rešenje koje će biti ustavno, a da pritom ne ograničava njegova sopstvena prava (što takođe predstavlja povredu Ustava). Ustav Srbije iz 2006. godine od svog nastanka pokazuje niz svojih slabosti u različitim domenima. U tekstu mišljenja Venecijanske komisije o Ustavu iz 2006. godine konstatuje se da je „tekst pripremljen veoma brzo“, te da je „mala grupa partijskih vođa i eksperata pregovarala u periodu od oko dve nedelje u cilju utvrđivanja kompromisnog teksta, prihvatljivog za sve političke stranke“.²⁹ Ustavni amandmani iz tekuće godine predstavljali su pokušaj da se barem u domenu pravosuđa situacija koliko toliko popravi, ali je jasno da potreba za revizijom čitavog Ustava Srbije postoji.

Dr. MIROSLAV ĐORĐEVIĆ
Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

VERIFICATION OF THE MP'S MANDATE AND THE SO CALLED “TECHNICAL GOVERNMENT” – UNAVOIDABLE UNCONSTITUTIONALITY?

Summary

During the constitution of the new convocation of the National Assembly, on August 1, the Prime Minister of the (so-called “technical”) Government of the Republic of Serbia, Ana Brnabić, verified her parliamentary mandate, thereby causing a series of controversies about the constitutionality of such an act. Just one day later, on the evening of August 2, she resigned from the post of MP. The dilemma remains whether the prime minister violated the Constitution of Serbia with this act, as well

²⁸ M. Đorđević (2020), op. cit., 16.

²⁹ Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), *Izveštaj o nezavisnosti pravosudnog sistema*, 2010, tač. 7.

as whether there may be some further consequences. May the Prime Minister of the so-called technical Government of the Republic of Serbia, in accordance with the current constitutional framework, accept the MP function, considering the fact that the government whose PM he or she was expired? If there is a violation of the Constitution in this sense, what does it entail and are maybe the basic political human rights (the right to be elected) violated by such a restriction (if it really exists)? A shorter constitutional analysis offers answers to these questions. A literal reading of the constitutional provisions leads to a conclusion that the present constitutional framework is not in accordance with the basic postulates of parliamentarism. The analysis of all the possible scenarios shows that there is a paradox of forced unconstitutionality in this case, and that the relevant provisions should therefore be changed in the future.

Key words: technical government, mandate verification, prime minister, Republic of Serbia, Constitution

Literatura

- Albert R., „Presidential values in parliamentary democracies“, *International Journal of Constitutional Law*, No. 2, 2010.
- Đorđević M., „Neki nomotehnički propusti regulative predsednika Republike u Ustavu Srbije“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Banja Luka, 2020.
- Đorđević M., *Suspenzivni veto predsednika republike* (doktorska disertacija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu), Beograd, 2020.
- Marković R., „Ne daj se, ne daj, demokratijo“, *Sa ustavne osmatračnice*, Beograd, 2017.
- Marković R., „Ka budućem Ustavu Srbije“, *Srpska politička misao*, posebno izdanje, 2017.
- Marković R., „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali*, br. 2, 2006.
- Marković R., *Ustavno pravo*, Beograd, 2014.
- Nikolić P., „Institucija predsednika Republike i promašaji i nedorečenosti Ustava Republike Srbije od 1990“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 2–3, 1991.
- Petrov V., *Parlamentarno pravo*, Beograd, 2010.
- Stojanović D., *Ustavno pravo*, Niš, 2006.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ALEKSA NIKOLIĆ

TEZE I ANTITEZE USTAVNIH AMANDMANA U OBLASTI PRAVOSUĐA

Ovaj rad je zamišljen kao debata o prednostima i manama nedavno usvojenih ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa. Kako pravosuđe čini sudska i javnotužilačka vlast, u fokusu istraživanja biće ustavne odredbe koje se tiču podele vlasti, izbora sudija i javnih tužilaca, kao i izbora i sastava Visokog saveta sudstva (VSS), odnosno Visokog saveta tužilaštva (VST). Prilikom izrade ovog rada autor analizira stavove vodećih domaćih profesora Ustavnog prava, naučnih istraživača iz najprestižnijih domaćih instituta kao i mišljenja nevladinog sektora odnosno nevladinih organizacija (NVO). Drugim rečima, cilj rada je da sistematizuje pomenuta mišljenja i pokuša da da opštu ocenu (sintezu) ustavne reforme koja je sprovedena u Srbiji.

Ključne reči: Ustav Srbije od 2006, ustavni amandmani, pravosuđe, sudska vlast, javnotužilačka vlast, različita mišljenja, stručna javnost

U V O D

Desetinama godina unazad naš ustavni sistem boluje od jedne teške, hronične bolesti. Ni potpuno osamostaljenje 2006. godine, odnosno usvajanje novog Ustava iste godine nije uspelo da izleči ustavnopravni položaj Srbije i državu konačno postavi na „zdrave noge“. Mitrovdanskom ustavu (2006), kao i mnogim prethodnim, dijagnostikovana je ista hronična bolest – i on je bolovao od *politike*.

Aleksa Nikolić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: aleksa.nikolic@ius.bg.ac.rs. Rad je nastao kao prilog projektu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“, podtema „Pravosuđe i izazovi današnjice“ koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Medicinskim rečnikom, *influenca politikom* metastazirala je u onim odredbama koje se tiču pravosuđa, odnosno uređenja sudske i javnotužilačke vlasti. Nju prati ne samo nomotehnička slabost ustavnog teksta, već i tehničko-pravna nepreciznost pojedinih odredbi koje dodatno izazivaju konfuziju.

Naravno, slabosti Ustava uočene su nedugo nakon njegovog stupanja na snagu. Pored niza kritika upućenih od strane Venecijanske komisije ali i domaće naučne i stručne javnosti bilo je jasno da ustavne odredbe koje se tiču sudske vlasti nisu na zadovoljavajućem nivou – one same po sebi nisu u stanju da obezbede adekvatan pravni okvir za ostvarivanje nezavisnosti sudske vlasti.¹ Narodna skupština je u julu 2013. godine prva izašla sa konkretnim predlogom – usvojena je Nacionalna strategija za reformu pravosuđa u kojoj se kao krajnji, petogodišnji cilj navodi promena Ustava u onim odredbama koje se tiču pravosuđa.² Napredovanje pristupnih pregovora sa Evropskom unijom (EU) iniciralo je 2016. godine usvajanje Akcionog plana za pregovaračko Poglavlje 23 čime se Srbija i formalno-pravno obavezala na izmene Ustava u oblasti pravosuđa. Ministarstvo pravde 2018. godine objavljuje radni tekst ustavnih amandmana koji nailazi na žestoke kritike stručne javnosti.³ Predstavljena rešenja su ocenjena kao „devalviranje već dostignutih ustavnih jemstava o nezavisnosti sudstva [...] čime je stvoreno nepoverenje i, činilo se, nepremostiv jaz“.⁴ Iako je Vlada unela nekoliko izmena u predlog ustavnih amandmana i potom otpočela proceduru za promenu Ustava krajem novembra 2018. godine, Narodna skupština se o njemu nije izjasnila.

„Novi pokušaj“ promene Ustava usledio je nakon podnošenja predloga za promenu Ustava u delu o pravosuđu odnosno donošenja Odluke o pokretanju aktivnosti u postupku promene ustava aprila 2021. godine od strane Narodne skupštine. Nadležni Odbor Narodne skupštine je tim povodom organizovao sedam javnih slušanja na koja su pozvani svi relevantni subjekti – profesori, nastavnici, predstavnici nauke, struke i brojne NVO što je na kraju ishodovalo usvajanjem

¹ V. Venice Comission, CDL-AD(2007)004, Opinion on the Constitution of Serbia; Ratko Marković, „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2006, 5-46; Tanasije Marinković, „O ustavnosti opšteg reizbora sudija“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2009, 283-292; Slobodan Orlović, „Stalnost sudijske funkcije vs. opšti reizbor sudija u Republici Srbiji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2010, 163-186.

² Nešto više o ovome v. Vladan Petrov, „Predlozi za reformu Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe – preispitivanje nacionalne strategije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68, Niš, 2014, 97-108.

³ V. *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka*, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018.

⁴ Darko Simović, „Ustavni amandmani iz nužde – kritički osvrt na ustavnu reformu sudske vlasti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2022, 86.

Predloga za promenu Ustava 7. juna 2021. godine.⁵ Pomenuti Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo Narodne skupštine je, nedugo zatim, formirao posebnu Radnu grupu za pripremu nacrtu akta o promeni Ustava nakon čega kreće novi, drugi ciklus javnih slušanja. S tim u vezi, Vladan Petrov ističe tri bitna činioca koja su uticala na kvalitet rada Radne grupe: 1) reprezentativnost; 2) lišenost političkog pritiska; i 3) neprekidni kontakt sa Venecijanskom komisijom oko iznalaženja najpogodnijeg rešenja.⁶ Međutim, autori poput Darka Simovića su izneli pojedine kritike smatrajući da su „javna slušanja svedena na običnu formalnost, jer je, prilikom usvajanja finalne verzije ustavnih amandmana, Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo ignorisao gotovo sve primedbe i sugestije, čak i one opravdane i dobronamerno izrečene.“⁷ Nakon završetka rada na tekstu ustavnih amandmana, Venecijanska komisija je 15. oktobra 2021. godine, na 128. plenarnoj sednici, okarakterisala nacrt teksta ustavnih amandmana kao zadovoljavajući⁸ što je, nakon sitnih intervencija članova Radne grupe na nacrtu ustavnih amandmana ponovo potvrdila 24. novembra 2021. godine.⁹ Građani su se na referendumu 16. januara 2022. godine izjasnili za usvajanje ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa nakon kog je 9. februara Narodna skupština proglasila Akt o promeni Ustava, čime je formalizovana parcijalna promena Ustava Srbije.¹⁰ Time je potvrđena davno izrečena

⁵ S tim u vezi, Vladan Petrov ističe da se prilikom promene Ustava od 2006. godine vodilo računa o standardima Venecijanske komisije ne samo u pogledu sadržine, već i u pogledu revizijske procedure (transparentnosti, inkluzivnosti i legitimnosti postupka). Uz to, prvi put je primenjen institut koje naše pozitivno pravo ne poznaje kada je reč o promeni Ustava – javna rasprava. Više o ovome v. Vladan Petrov, „Postupak za promenu Ustava Republike Srbije u 'venecijanskom ogledalu'“, *Primena prava i pravna sigurnost – Zbornik radova sa 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, tom 3, Beograd, 2021, 505.

⁶ Vladan Petrov, „Na korak od promene Ustava u delu o pravosuđu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 2022, 76.

⁷ Darko Simović, op. cit., 87.

⁸ Venecijanska komisija je u svom mišljenju u okviru tačke 110. navela da postoji prostor za napredak pojedinih odredbi. Njih je, u autorskom tekstu, detaljno obradila Sofija Mandić, članica CEPRIS-a. Upor. Venice Commission, CDL-AD(2021)032, Serbia Opinion on the Draft Constitutional Amendments on the Judiciary and the Draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments, <https://www.cepris.org/licni-stavovi/mandic-2-minuta-i-27-sekundi/>, 03.08.2022.

⁹ Venice Commission, CDL-PI(2021)019-E, Serbia – Urgent Opinion on Revised Draft Constitutional Amendments on Judiciary.

¹⁰ Naravno, treba napomenuti da su ustavni amandmani usvojeni tesnom većinom od 59, 62%, a da je izlaznost na referendum bila svega 30, 65 %. V. Aleksa Nikolić, Ivana Radisavljević, „You shall (not) pass: About the Constitutional Amendments in Serbia – the position of Public Prosecutors' Office“, *SEE | EU Cluster Excellence in European and International Law*, Vol. 8, Saarbrücken, 2022.

misao Jovana Đorđevića da „promena ustava zavisi od istorijske situacije, stanja društva i naučne misli u momentu preuzimanja promena.“¹¹

SKICA NAJVAŽNIJIH PITANJA

Kako je ovaj rad zamišljen kao sinteza rasprava istaknutih naučnih delatnika i građanskih udruženja odnosno nevladinih organizacija (NVO) o tekstu (nacrtu) ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa bilo je neophodno opseg istraživanja suziti na nekoliko ključnih problema. Kako pravosuđe čini sudska i javnotužilačka vlast, u fokusu istraživanja biće ustavne odredbe koje se tiču podele vlasti, načina izbora sudija i javnih tužilaca, kao i izbora i sastava Visokog saveta sudstva (VSS), odnosno Visokog saveta tužilaštva (VST). S tim u vezi, kroz osvrt na, prema našem mišljenju, najznačajnija pitanja izložićemo i suočićemo različite stavove koji će nam biti od koristi da procenimo uspeh i opseg dugo čekanih ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa. Međutim, kako su ustavni amandmani tek nedavno usvojeni, sasvim je normalno da još uvek manjka broj naučnih radova na ovu temu. Stoga ćemo u nastavku rada analizirati i izjave pomenutih relevantnih aktera date za razna sredstva javnog informisanja (štampu, televiziju, internet) kako bismo dobili što reprezentativniji uzorak.

Načelo podele vlasti

Jedno od najproblematičnijih mesta u Ustavu Srbije od 2006. godine vezuje se za čl. 4. kojim je uređeno načelo podele vlasti, pa samim tim i nezavisnosti sudske vlasti. Naime, u čl. 4. st. 2. ustavotvorac navodi da uređenje vlasti počiva na podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, a onda u narednom stavu (čl. 4. st. 3. Ustava) nesmotreno navodi da se odnos tri (*sic*) grane vlasti zasniva na ravnoteži i međusobnom proveravanju, pritom konstatujući u čl. 4. st. 4. Ustava od 2006. godine da je sudska vlast nezavisna. Time je načinjen veliki propust u formulaciji jer se stavovi 3. i 4. isključuju, odnosno „protivreče jedan drugom“, kako je to još u svom komentaru Ustava od 2006. godine primetio Ratko Marković.¹²

Prvim amandmanom preuređen je koren problema (ne)zavisnosti sudske vlasti, načelo podele vlasti.¹³ Mijodrag Radivojević navodi da je još 2018. godine

¹¹ Jovan Đorđević, „Ustavne promene i modernizacija ustava i prava“, *Politički sistem socijalističkog samoupravljanja i ustavne promene*, tom 1, Beograd, 1988, 12.

¹² Ratko Marković, „Ustav Republike Srbije od 2006. godine – kritički pogled“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2006, 9.

¹³ Aleksa Nikolić, „Prilog raspravi o (ne)zavisnosti sudstva u Republici Srbiji“, *Hereticus*, br. 3-4, Beograd, 2021, 123.

Venecijanska komisija sugerisala na izmeni pojma „kontrola“ koji se nalazi u ustavnoj formulaciji odnosno uvoji sintagma „princip kočnica i ravnoteža“ (*checks and balances*) u buduću verziju Ustava.¹⁴ Radivojević primećuje da se redakcija amandmana opredelila da je „duhu našeg jezika i smislu pogodnije istaći da su vlasti u uzajamnoj ravnoteži i međusobnom proveravanju“.¹⁵ Međutim, usvojeno rešenje bilo je predmet kritika pojedinih autora i NVO. Darko Simović je, prilikom analize ustavnih amandmana, kritikovao novo rešenje vezano za podelu vlasti koje se od prethodnog razlikuje u samo jednoj reči – naime čl. 4. st. 3. sada navodi da se odnos tri grane vlasti zasniva na ravnoteži i međusobnom proveravanju, umesto kontroli. Za Simovića je to neprihvatljivo jer „ta izmena ne samo da nije otklonila nedostatke izvornog ustavnog rešenja, već je stvorila nove nedoumice, a loše ustavno rešenje učinila još lošijim“.¹⁶ Sa ovim tumačenjem je saglasan i Slobodan Orlović koji ističe dilemu u vezi sa novim ustavnim rešenjem vezanu za njen način sprovođenja jer „Skupština više ne bira sudije tužioce, predsednike sudova i buduće glavne tužioce“. Stoga, Orlović zaključuje da „ukoliko ‘proveravanja’ ne može biti, ne treba ga ni u Ustav upisivati“.¹⁷ Savo Đurđić napominje da je pomenuto rešenje suprotno mišljenju domaćih eksperata i nadležnih stručnih tela te da je učinjeno sve da se sačuva odredba prema kojoj se ovaj princip odnosi na sve tri grane vlasti.¹⁸ Sa tim stavom je saglasan i Tanasije Marinković koji ističe da je suštinski čitav član ostao identičan, da on izaziva podsmeh konstitucionalista jer predstavlja loš prevod engleskog izraza *check and balances* te da je u amandmanima zapravo samo izvršena permutacija dve reči iz čl. 4. st. 3.¹⁹

¹⁴ Mijodrag Radojević, „Amandmani i promena Ustava“, *Politička revija*, br. 2, Beograd, 2022, 43. Čini se pomalo diskutabilnom primena načela *checks and balances* jer je ona odlika predsedničkog sistema, a ne parlamentarnog, kome je naš ustavotvorac težio. Možda bi zaista elegantije bilo rešenje koje je predlagao Ratko Marković, a to je da se u budućem ustavu nađe sledeća formulacija: Odnos zakonodavne i izvršne vlasti se zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli. Sudska vlast je nezavisna. Više o ovome upor. Vladan Petrov, „Izbor sudija uporedo i u Republici Srbiji – predlozi za promenu Ustava“, *Sudije u pravnom sistemu* (ur. Edin Šarčević, Vladan Petrov), Sarajevo, 2013, 59; Ratko Marković, op. cit., 9.

¹⁵ Mijodrag Radojević, op. cit., 43.

¹⁶ Darko Simović, op. cit., 98.

¹⁷ Slobodan Orlović, Ko je za promenu Ustava?, <https://srpskipravnickiklub.rs/2021/10/05/ko-je-za-promenu-ustava.html>, 04.08.2022.

¹⁸ Savo Đurđić, „Ustavno načelo podele vlasti i nezavisnost sudstva u svetlu predloženih promena Ustava Republike Srbije o pravosuđu“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost – Zbornik radova sa 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, tom 3, Beograd, 2020, 603.

¹⁹ Tanasije Marinković – Odredbe o sudstvu vratiti na doradu, <https://www.danas.rs/vesti/drustvo/vladavina-prava/odredbe-o-sudstvu-vratiti-na-doradu/>, 06.08.2022.

Kada je reč o nevladinim organizacijama, CEPRIS (Centar za pravosudna istraživanja) je na javnoj raspravi ponudio sopstveni nacrt u želji da doprinese usvajanju što kvalitetnijih ustavnih promena.²⁰ Njima se, između ostalog, nije dopala formulacija čl. 4. Ustava od 2006. godine, ali ni formulacija predložena Prvim amandmanom. U svom nacrtu, Radna grupa CEPRIS-a je ponudila sledeće rešenje: „U Republici Srbiji vlast je organizovana na načelu podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Odnos tri grane vlasti određen je Ustavom. Nadležnosti svih organa vlasti određene su i ograničene Ustavom i zakonom, u skladu sa načelom vladavine prava. Nijedan organ ne može prisvojiti vlast koja je ustavom poverena.“ Dakle, „široko postavljene odredbe st. 3. i st. 4. člana 4. u praksi su ne samo pogrešno tumačene, nego i korišćene od strane zakonodavne i izvršne grane vlasti kao opravdanje za mešanje u rad sudova.“²¹ Stoga, predloženo rešenje CEPRIS-a počiva na jasnoj ideji zaštite individualne slobode, odnosno na činjenici da je „ograničena vlast najznačajniji mehanizam zaštite te slobode, te da ograničene vlasti nema bez sistema podele vlasti“.²² Nasuprot CEPRIS-u, Društvo sudija Srbije je pozdravilo predložene izmene čl. 4. Ustava od 2006. godine, imajući u vidu da je Dragana Boljević, istaknuti član ovog udruženja, bila član Radne grupe za izradu ustavnih amandmana. Ostali predstavnici civilnog društva poput YUCOM-a (Komiteta pravnika za ljudska prava), Transparentnost Srbije i Beogradskog centra za ljudska prava u svojim analizama su propustili da se osvrnu na predlog Prvog amandmana odnosno pitanje podele vlasti.²³

Izbor sudija i javnih tužilaca

Jedno od najspornijih teorijskih, a ujedno i praktičnih problema predstavljalo je pitanje izbora sudija i javnih tužilaca. Prema ustavnom rešenju od 2006. godine, ustavotvorac razlikuje izbor sudija koji se prvi put biraju na funkciju i izbor sudija za trajno obavljanje sudijske funkcije. Naime, čl. 146. i 147. Ustava od 2006. je predviđeno da takozvani probni sudijski mandat traje tri godine, i da tada Narodna skupština, na predlog Visokog saveta sudstva bira sudije, dok je izbor sudija koje će trajno obavljati sudijsku funkciju prepusten Visokom savetu sudstva. Za Vladana Petrova pravni režim izbora dve „kategorije“ sudija sporan je

²⁰ V. Model amandmana I do XXXVI na Ustav Republike Srbije i model ustavnog zakona o izmenama i dopunama Ustava Republike Srbije sa obrazloženjem, <https://www.cepris.org/wp-content/uploads/2021/09/Model-amandmana-sa-obrazlozenjem.pdf>, 04.08.2022.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ V. Šta se menja u Ustavu?, <http://www.bgcentar.org.rs/sta-se-menja-u-ustavu/>, 04.08.2022.

iz bar dva razloga: prvog, jer više nema reči o stalnosti sudijske funkcije (koja je postojala u Ustavu Srbije od 1990. godine) i drugog, jer odluka o izboru sudija postaje diskrecioni akt parlamenta u čijem donošenju pretežnu ulogu imaju politički (stranački) razlozi umesto onih objektivnih i suštinskih.²⁴ S obzirom na to da je Visoki savet sudstva prilikom drugog (trajnog) izbora ograničen na one kandidate koje je u „sudijski stalež uvela Narodna skupština prvim izborom, primedba je da će Skupština i dalje, a to znači stranačka politika, određivati profil sudijskog kadra“, ispravno primećuje Ratko Marković.²⁵ Isto je i kod tužilaštva. „Mač i pogača“ nalazili su se u rukama predstavničkog tela, koje je prema ustavnom rešenju od 2006. godine dobilo zadatak da bira Republičkog javnog tužiova kao i ostale javne tužioce, naravno na predlog Vlade (čl. 158. st. 2, kao i čl. 159. st. 2. Ustava od 2006). „Ako se tome doda da organizacija javnog tužilaštva počiva na hijerarhijskom načelu, jasno je da čitav organ može biti pod snažnim uticajem izvršne vlasti“, zaključuje Đorđe Marković.²⁶

Ustavnim amandmanima izvršene su značajne izmene kada je reč o izboru sudija i javnih tužilaca. Amandmanom br. VII predviđeno je da će se uslovi za izbor sudija urediti zakonom, odnosno ovo pitanje se našlo u nadležnosti Visokog saveta sudstva. Tanasije Marinković je pozdravio prenošenje izbora sudija sa Narodne skupštine na Visoki savet sudstva kao i brisanje tzv. probnog sudijskog mandata.²⁷ Iako se načelno ovakvom ustavnom rešenju ne može ništa zameriti jer uslovi za izbor sudija po pravilu nisu deo ustavne materije, Darko Simović izražava bojazan da bi ovakvo nomotehničko rešenje moglo da dovede do prikrivenog uticaja Pravosudne akademije na Visoki savet sudstva kroz donošenje nekog novog zakona u budućnosti.²⁸ Na kraju, Slobodan Orlović iznosi kritiku ovakvog rešenja smatrajući da je ono u nesaglasnosti sa Prvim amandmanom ali i da „izbacivanje“ Skupštine dovodi do otuđenja pravosuđa (sudstva i tužilaštva – prim. A.N.) od građana i njihove kontrole jer ostaje da pravosuđe samo sebe bira, samo sebi odgovara, a poseduje ogromnu vlast poput

²⁴ Vladan Petrov (2013), op. cit., 60-61.

²⁵ Ratko Marković, Ustavno pravo, Beograd, 2012, 524.

²⁶ Đorđe Marković, „Nezavisnost sudstva u Republici Srbiji – predlozi za promenu ustavnog okvira za izbor sudija i prestanak sudijske funkcije“, *Srpska politička misao – posebno izdanje*, Beograd, 2017, 218, fn. 72.

²⁷ Tanasije Marinković – Odredbe o sudstvu vratiti na doradu, <https://www.danas.rs/vesti/drustvo/vladavina-prava/odredbe-o-sudstvu-vratiti-na-doradu/06.08.2022>. Sličnog stava je i Jasminka Hasanbegović. V. Jasminka Hasanbegović, „Može li promena Ustava da promeni srpsko pravosuđe nabolje“, *Pravno-političke rasprave o pravosuđu* (ur. Miodrag Jovanović, Teodora Miljojkić), Beograd, 2022, 14.

²⁸ Darko Simović, op. cit., 102-103.

države u državi.²⁹ Kada je reč o izboru tužilaca, pored terminoloških promena učinjene su i neke kvalitativne. Amandmanom br. XVII predviđeno je da se nekadašnje Republičko javno tužilaštvo preimenuje u Vrhovno javno tužilaštvo, a da umesto javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, kako je predviđao prethodni ustavotvorac, nova verzija ustava poznaje kategorije glavnih javnih tužilaca i javnih tužilaca. Međutim, ono kvalitativno, suštinsko što je ustavotvorac promenio jeste izbor Vrhovnog javnog tužioca, glavnih javnih tužilaca i javnih tužilaca. Naime, prema amandmanu br. XX predviđeno je da Narodna skupština bira samo Vrhovnog javnog tužioca, ovaj put na predlog Visokog saveta tužilaštva, a ne vlade i to glasovima tri petine svih poslanika. Izbor ostalih tužilaca prepušten je zakonodavcu i osnovano je očekivati da će se on naći „u rukama“ Visokog saveta tužilaštva. S tim u vezi Irena Pejić navodi da je to u suštini dobro rešenje, naročito ističući da je pohvalno to što „za izbor Vrhovnog tužioca ustavotvorac zahteva jaču većinu nego što je neophodna za izbor vlade, čime je učinio značajan iskorak ka smanjenju političkog uticaja na izbor Vrhovnog javnog tužioca“.³⁰ Posredno, ovakav zaključak možemo izvesti i iz analize Darka Simovića koji navodi da bi na ovaj način Vrhovni javni tužilac trebalo da ostane van domašaja vladine parlamentarne većine,³¹ dok Mijodrag Radojević ističe da je amandmanima otklonjena kritika da je u ustavni sistem institucionalno ugrađena politizacija sudstva i tužilaštva prilikom izbora njenih nosilaca.³²

Civilni sektor je podeljenog mišljena kada je reč o izboru sudija i tužilaca prema novom ustavnom rešenju. Društvo sudija Srbije je u potpunosti pozdravilo predloženu verziju Radne grupe. CEPRIS je u svom modelu amandmana za promenu Ustava predvideo gotovo identično rešenje kao i Radna grupa – ukidanje probnog sudijskog mandata kao i izbor sudija od strane Visokog saveta sudstva, u skladu sa Ustavom i zakonom (Amandman br. VIII i br. IX CEPRIS-ovog modela). Međutim, kada je reč o javnotužilačkoj vlasti, CEPRIS je ponudio drugačije rešenje. Oni su prepoznali dve kategorije subjekata, Vrhovog javnog tužioca i javne tužioce koje bi birao Visoki savet tužilaštva, a ne Narodna skupština (v. Amandman br. XXIII i br. XXIV CEPRIS-ovog modela). Kada je reč o ostalim nevladinim organizacijama, na zajedničkoj konferenciji za medije YUCOM, Beogradski centar za ljudska prava i Transparentnost Srbija 28. decembra 2021. godine zajednički su

²⁹ Upor. Ko je za promenu Ustava?, <https://srpskipravnickiklub.rs/2021/10/05/ko-je-za-promenu-ustava.html>, 06.08.2022; O ustavnom referendumu kao maču narodnom, <https://srpskipravnickiklub.rs/2021/12/23/o-ustavnom-referendumu-kao-macu-narodnom.html>, 06.08.2022.

³⁰ Irena Pejić, „Constitutional Referendum and Judicial Reform in Serbia“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, vol. 94, Niš, 2022, 83.

³¹ Darko Simović, op. cit., 113.

³² Mijodrag Radojević, op. cit., 46.

istakli da podržavaju ukidanje probnog sudijskog mandata kao i gubitak izborne funkcije Narodne skupštine kada je reč o sudijama i javnim tužiocima.³³ Međutim, glavna zamerka izneta je povodom načina izbora Vrhovnog javnog tužioca – njega i dalje bira zakonodavni organ i Vrhovni javni tužilac ima mogućnost da, preko svog članstva u Visokom savetu tužilaštva, utiče u budućnosti na izbor glavnih javnih tužilaca i javnih tužilaca. Transparentnost Srbija je u svom saopštenju posebno pohvalila ukidanje zamenika javnih tužilaca i njihovo preimenovanje u javne tužioce, jer sa novim nazivom dolazi i mogućnost da tužioci u praksi budu samostalniji i odgovorniji za svoje postupanje ali i nepostupanje.

Visoki savet sudstva i Visoki savet tužilaštva

Visoki savet sudstva (VSS) i Državno veće tužilaca (DVT, reimenovano ustavnim amandmanima od 2022. godine u Visoki savet tužilaštva (VST)) su tek Mitrovdanskim ustavom od 2006. godine postali ustavne institucije. Međutim, umesto da obezbede veću nezavisnost i samostalnost sudske i javnotužilaške vlasti, pomenuti državni organi su prouzrokovali dodatnu konfuziju i politizaciju u pravosuđu. Svrha njihovog osnivanja trebalo je da predstavlja izbor sudija i javnih tužilaca odnosno „samokonstituisanje sudske i (javnotužilačke) vlasti“³⁴ premda se njihove nadležnosti u tom pogledu značajno razlikuju. I dok VSS svoju izbornu funkciju vrši donekle – on je čl. 147. st. 3. Ustava od 2006. zadužen za izbor sudija koji će trajno obavljati svoju funkciju,³⁵ DVT je potpuno skrajnuto – umesto da bira tužioce, ustavotvorac je izborna ovlašćenja ovog državnog organa isključivo predvideo za zamenike javnih tužilaca (čl. 165. Mitrovdanskog ustava). Zbog toga Petrov i Stanković zaključuju da „za razliku od VSS, za koji se može konstatovati da ima delimično adekvatan obim ustavnih nadležnosti imajući u vidu njegovu ustavom definisanu poziciju i ulogu, DVT je državni organ čije ustavne nadležnosti najvećim delom nisu u skladu sa njegovom ustavnom definicijom (*DVT je samostalan organ koji obezbeđuje i garantuje samostalnost javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, u skladu sa Ustavom*).“³⁶

³³ Konferencija za novinare na temu promene Ustava (28.12.2021), <https://www.youtube.com/watch?v=ClBciv8hUw4>, 09.08.2022.

³⁴ Ratko Marković, op. cit., 526.

³⁵ Vladan Petrov ističe kao nedoumicu ustavotvorčev razlog da nadležnost za izbor sudija na tzv. probni period od tri godine poveri Narodnoj skupštini a ne Visokom savetu sudstva te zaključuje da je „ovakvo rešenje potvrda ustavotvorčeve nesigurnosti u pogledu pravne prirode VSS-a i dokaz da se u konstitucionalizovanju VSS-a kao organa koji 'obezbeđuje i garantuje nezavisnost i samostalnost sudija i sudova nije išlo do kraja“ (Vladan Petrov (2013), op. cit., 61).

³⁶ Vladan Petrov, Marko Stanković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2020, 340.

Ni broj članova ova dva tela nije bio pošteđen kritika. Poput odraza u ogledalu, Ustavom od 2006. godine je predviđeno da VSS i DVT broje jedanaest članova, od kojih su tri člana po položaju, a preostalih osmoro su izborni članovi. Tako su u sastav VSS-a ulazili predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine, dok su izborni članovi bili šest sudija sa stalnom sudijskom funkcijom, od kojih je jedan sa teritorije autonomnih pokrajina, i dva ugledna i istaknuta pravnik sa najmanje 15 godina iskustva u struci, od kojih je jedan advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta. Kada je reč o sastavu DVT-a, članovi po položaju su identični, s tim da se umesto predsednika Vrhovnog kasacionog suda u sastavu ovog organa nalazio Republički javni tužilac, a, kada je reč o osam izbornih članova, pored šest javnih tužilaca ili zamenika javnih tužilaca sa stalnom funkcijom, od kojih je jedan sa teritorije autonomnih pokrajina, članovi ovog tela su i dva ugledna i istaknuta pravnik sa najmanje 15 godina iskustva u struci, od kojih je jedan advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta. Za Ratka Markovića takvo rešenje je neprihvatljivo jer većinu članova organa koji treba da bude garant sudijske nezavisnosti (VSS-a, prim. A.N.) bira predstavničko telo u kojem se odluke donose na osnovu stranačke pripadnosti, što *mutatis mutandis* važi i za sastav DVT-a.³⁷ Za Petrova, „način izbora članova VSS-a morao bi se promeniti kako bi se otklonio dominantan uticaj Narodne skupštine (a preko skupštinske većine, i Vlade) u ovoj oblasti“ a sličnog stava su i Ilić i Matić Bošković koji, analizirajući sastav DVT-a kao problem primećuje članstvo aktivnih političara, čime se dovodi u pitanje politička neutralnost ovog tela.³⁸

Usvojeni ustavni amandani su u značajnoj meri redizajnirali sastav VSS-a i VST-a. Amandmanom br. XIII je određeno da u sastav Visokog saveta sudstva ulazi šest sudija koje biraju sudije, četiri istaknuta pravnik koje bira Narodna skupština i predsednik Vrhovnog suda. Kada je reč o sastavu Visokog saveta tužilaštva, amandmanom br. XXV je predviđeno da njega čini pet javnih tužilaca koje biraju glavni javni tužioci i javni tužioci, četiri istaknuta pravnik koje bira Narodna skupština, Vrhovni javni tužilac i ministar nadležan za pravosuđe. Irena Pejić ističe prednosti ustavnih amandana kada je reč o reformisanju VSS-a i VST-a ističući

³⁷ Ratko Marković, op. cit., 23-24.

³⁸ Petrov ustavotvorcu zamera ovlašćenja ministra nadležnog za pravosuđe, članstvo predsednika nadležnog skupštinskog odbora, to što ustavotvorac nije predvideo da u sastav VSS-a ulaze sudije različite vrste i stepena (isto važi i za tužioce u DVT – prim. A.N.) kao i to što jedan član mora biti sa teritorije autonomnih pokrajina, budući da Srbija nije federacija, a čak i da to jeste, pravna priroda VSS-a (i DVT-a – prim. A.N.) ne bi nalagala zastupljenost federalnih (teritorijalnih) jedinica u ovom organu. Upor. Vladan Petrov, op. cit., 64-66 Goran Ilić, Marina Matić Bošković, *Javno tužilaštvo u Srbiji – Istorijski razvoj, međunarodni standardi, uporedni modeli i izazovi modernog društva*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2019, 240.

da je „struktura VST-a posebno ojačana kroz strukturu koja garantuje nezavisnost članova od političke vlasti“.³⁹ Slično misli i Đorđe Marković koji navodi da se „cilj ove ustavne promene ogleda u smanjivanju mogućnosti da do sudstva i tužilaštva dopru štetni (koruptivni uticaji).⁴⁰ Miroslav Đorđević zaključuje da „predviđeni mehanizam izbora sudija od strane VSS-a, odnosno tužilaca putem VST-a omogućava zdrav kompromis između zahteva zadržavanja legitimiteta suverenog naroda (putem istaknutih pravnika – članova saveta koje bira Narodna skupština), ali i zahteva stručnosti (putem sudijskih, to jest tužilačkih članova saveta)“.⁴¹ Međutim, postoje i autori koji su se kritički poneli prema novousvojenim rešenjima. Darko Simović se u svojoj analizi zadržao samo na VSS, navodeći da „novousvojena rešenja imaju značajne nedostatke i čini se da su njima ustanovljeni perfidno prikriveni kanali za politizaciju njegovog rada“.⁴² Goran Marković prilikom analize sastava VSS-a kao prednost ističe umanjeno moći političkih elita, budući da prema novom rešenju Narodna skupština bira samo četiri člana Saveta, umesto osam, kako je bilo normirano Ustavom od 2006. godine. Kao manu, pak, ističe preveliki broj istaknutih pravnika (četiri), jer taj broj na posredan način omogućuje uticaj na izbor sudija, jer je teško verovati da će Narodna skupština istaknute pravnike birati van sfere politike.⁴³ Kada je reč o sastavu VST-a, Marković nema pozitivno mišljenje smatrajući da je odlučujuća reč ipak dodeljena političkim elitama. On je izneo kritiku vezanu za članstvo ministra pravde i Vrhovnog javnog tužioca u VST-u, a mišljenja je i da je bilo neophodno redukovati broj istaknutih pravnika na dvojicu, ili čak jednog.⁴⁴ Na kraju, i sâm Vladan Petrov, predsednik Radne grupe za izradu ustavnih amandmana konstatuje da je najsporniji deo samih amandmana ostao sastav VST. Iako je vlast ministra nadležnog za pravosuđe značajno redukovana budući da on nema pravo glasa u postupku ostvarivanja disciplinske odgovornosti

³⁹ Irena Pejić, op. cit., 88.

⁴⁰ Đorđe Marković, „Zašto i šta menjamo u Ustavu?“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 2022, 82.

⁴¹ Miroslav Đorđević, Ključna pitanja o kojima ne sme biti zabune, <https://www.politika.rs/sr/clanak/493784/%D0%94%D1%80%D1%83%D1%88%D1%82%D0%B2%D0%BE/%D0%9A%D1%99%D1%83%D1%87%D0%BD%D0%B0-%D0%BF%D0%B8%D1%82%D0%B0%D1%9A%D0%B0-%D0%BE-%D0%BA%D0%BE%D1%98%D0%B8%D0%BC%D0%B0-%D0%BD%D0%B5-%D1%81%D0%BC%D0%B5-%D0%B1%D0%B8%D1%82%D0%B8-%D0%B7%D0%B0%D0%B1%D1%83%D0%BD%D0%B5>, 13.08.2022.

⁴² Konkretno, Simović izdvaja čak osam tačaka (slabosti) redizajniranog VSS-a. Detaljnije, Darko Simović, op. cit., 107-113.

⁴³ Goran Marković – Zašto na referendumu zaokružiti ne?, <https://www.noviplamen.net/glavna/zasto-na-referendumu-u-srbiji-zaokruziti-ne/>, 09.08.2022.

⁴⁴ *Ibidem*.

javniih tužilaca, Petrov ističe da se u promenama možda ipak moglo otići i korak dalje, uklanjanjem Vrhovnog javnog tužioca iz sastava VST-a.⁴⁵

CEPRIS je u javnim istupima ostao dosledan sopstvenoj verziji sastava Visokog saveta sudstva i Visokog saveta tužilaštva. Prema njihovom modelu amandmana VSS je trebalo da se sastoji iz predsednika Vrhovnog suda, sedam sudija i tri istaknuta pravnik od kojih dvojicu bira Narodna skupština, a jednog svi pravni fakulteti iz redova redovnih profesora. Na taj način bi se samostalnost VSS-a povećala u pravcu ostvarenja ustavnih načela o vladavini prava, podeli vlasti i nezavisnosti sudstva.⁴⁶ Kada je reč o Visokom savetu tužilaštva, CEPRIS prati model VSS-a, tako što bi njega trebalo da čine Vrhovni javni tužilac, sedam javnih tužilaca i tri istaknuta pravnik, od kojih dvojicu bira Narodna skupština, a jednog svi pravni fakulteti iz redova redovnih profesora. Predviđeni sastav Saveta bio bi sastavljen po meritornom principu i bio bi u skladu sa shvatanjima Evropskog suda za ljudska prava da javno tužilaštvo ne samo da treba faktički da bude slobodno od političkog uticaja već treba i da ostavlja utisak nezavisnosti, odnosno da posmatraču deluje nezavisno od političkog uticaja, navodi se u studiji CEPRIS-a.⁴⁷ Društvo sudija Srbije podržalo je tekst ustavnih amandmana vezan za izbor i sastav VSS-a i VST-a, dok su YUCOM, Beogradski centar za ljudska prava i Transparentnost Srbija zajedno konstatovali da i dalje postoji prostora za potencijalni politički uticaj na rad VSS-a i VST-a, naročito ukoliko uzmemo u obzir da se u sastavu pomenutih tela nalaze istaknuti pravnici – pravni standard koji nije dovoljno preciziran. Pomenute NVO su iznele mišljenje da bi bilo bolje rešenje da je ustavom uređeno da se istaknuti pravnici biraju iz redova Advokatske komore (Beograda, Srbije, Vojvodine), odnosno sa univerziteta pa čak i iz javnobeležničke komore.⁴⁸

EPILOG RASPRAVE

Na osnovu svega što je izrečeno i napisano o ustavnim promenama a vezano je za naša tri izložena pitanja odnosno problema (podelu vlasti, izbor sudija i tužilaca, izbor i sastav VSS-a i VST-a) kao ključne teze možemo izdvojiti sledeće:

⁴⁵ Vladan Petrov, „Na korak od promene Ustava u delu o pravosuđu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 2022, 78.

⁴⁶ V. Model amandmana I do XXXVI na Ustav Republike Srbije i model ustavnog zakona o izmenama i dopunama Ustava Republike Srbije sa obrazloženjem, <https://www.cepris.org/wp-content/uploads/2021/09/Model-amandmana-sa-obrazlozenjem.pdf>, 07.08.2022 (str. 42 i 43).

⁴⁷ *Ibidem*, 50.

⁴⁸ Pogledati od 21. minuta pa nadalje: Konferencija za novinare na temu promene Ustava (28.12.2021), <https://www.youtube.com/watch?v=ClBciv8hUw4>, 13.08.2022.

1. redefinisane načela podele vlasti tako da ono ne dovodi u pitanje proklamovanu nezavisnost sudstva;

2. veće garantovanje nezavisnosti sudstva kroz ukidanje tzv. probnog sudijskog mandata i redefinisane načina izbora sudija (sudije od sada bira VSS);

3. veće garantovanje nezavisnosti javnotužilačke vlasti kroz redefinisane način izbora Vrhovnog javnog tužioca, kao i glavnih javnih tužilaca odnosno javnih tužilaca;

4. smanjenje političkog uticaja na izbor VSS-a i VST-a kroz izmenu članova pomenutih tela.

Nasuprot njima, u dosadašnjoj analizi su postavljene i određene „antiteze“ kojima se drugačije posmatraju ustavne reforme u oblasti pravosuđa. Ukratko, ti stavovi bi mogli da se grupišu na sledeći način:

1. redefinisane načela podele vlasti nije dovelo do suštinske promene u garantovanju nezavisnosti sudske vlasti jer je i dalje ostalo prisutno načelo *checks and balances*, a nova verzija Ustava je samo bolji prevod pomenute sintagme;

2. način izbora sudija može dovesti do prikrivenog uticaja zakonodavne (a kroz nju izvršne) vlasti kroz neko buduće donošenje zakonskih rešenja kojima se može narušiti nezavisnost sudstva a istovremeno način izbora sudija može dovesti i do otuđenja sudske vlasti od građana i njihove kontrole;

3. način izbora Vrhovnog javnog tužioca i dalje je u „rukama“ zakonodavne vlasti a posredno i izbor ostalih tužilaca budući da je on dodeljen VST-u koji u svom sastavu ima više članova koje bira zakonodavna i izvršna vlast (Ministar pravosuđa, Vrhovni javni tužilac, četvoro istaknutih pravnika);

4. uprkos izmenama sastava VSS-a i VST-a i dalje postoji prostor za posredan uticaj zakonodavne (i izvršne) vlasti na izbor članova pomenutih tela naročito preko (i dalje) nedefinisanog pravnog standarda „istaknutog pravnika“.

Dakle, možemo se složiti da ustavne promene definitivno nisu bile „kozmetičke prirode“ i da su novousvojena rešenja bila dovoljno inovativna da „prodrmaju“ uspavanu javnost, što primećujemo iz šarenolikosti tumačenja samih amandmana. Uprkos suprostavljenim stavovima i neslaganjima vezanim za kvalitet i domašaj ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa, čini se da su pomenuti autori i NVO saglasni da su ustavni amandmani bili neophodni i da su oni uspeli da (u većoj ili manjoj meri) otklone sve one propuste koji su nesumnjivo opterećivali Mitrovdanski ustav. Rečima Jovice Trkulje, bilo je neophodno prekinuti „kontinuitet vazalnog sudstva“.⁴⁹ Međutim, ustavotvorac je preuzeo tek prvi korak kojim je odškrinuo vrata nezavisnosti pravosuđa – izmenio je sporne norme koje su se ticale

⁴⁹ Jovica Trkulja, *Suočavanje s vremenom. Razgovori s povodom (1985-2015)*, Beograd, 2017, 352.

sudske i javnotužilačke vlasti. Da li će se ta vrata potpuno otvoriti ili će se pod najezdom raznih vetrova (ponovo) zatvoriti zavisi ne samo od budućih normativnih aktivnosti organa vlasti koji će „razraditi“ ustavna rešenja već (u odlučujućoj meri) i od buduće prakse pravosudnih organa.

ALEKSA NIKOLIĆ
Lecturer, Faculty of Law
University of Belgrade

THESIS AND ANTITHESIS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS ON THE JUDICIARY

Summary

This paper is intended as a debate on the advantages and disadvantages of the recently adopted constitutional amendments on the judiciary in the Republic of Serbia. As the judiciary consists of judicial and prosecutorial power, the focus of the research will be constitutional provisions concerning the division of power, the election of judges and public prosecutors, as well as the election and composition of the High Judiciary Council (HJC), i.e. the High Prosecutorial Council (HPC). During the preparation of this paper, the author analyzes the views of leading domestic professors of Constitutional Law, scientific researchers from the most prestigious domestic institutes, as well as the opinions of the non-governmental sector, i.e. non-governmental organizations (NGOs). In other words, the goal of the work is to systematize the mentioned opinions and try to give a general assessment (synthesis) of the constitutional reform that was implemented in Serbia.

Key words: Serbian Constitution (2006), constitutional amendments, judiciary, judicial power, public prosecutor's power, different opinions, expertise public opinion

Literatura

Dorđević J., „Ustavne promene i modernizacija ustava i prava“, *Politički sistem socijalističkog samoupravljanja i ustavne promene*, tom 1, Beograd, 1988.

Dorđević M., Ključna pitanja o kojima ne sme biti zabune, <https://www.politika.rs/sr/clanak/493784/%D0%94%D1%80%D1%83%D1%88%D1%82%D0%B2%D0%BE/%D0%9A%D1%99%D1%83%D1%87%D0%BD%D0%B0-%D0%BF%D0%B8%D1%82%D0%B0%D1%9A%D0%B0-%D0%BE-%D0%BA%D0%BE%D1%98%D0%B8%D0%BC%D0%B0-%D0%BD%D0%B5-%D1%81%D0%BC%D0%B5-%D0%B1%D0%B8%D1%82%D0%B8-%D0%B7%D0%B0%D0%B1%D1%83%D0%BD%D0%B5>.

Durđić S., „Ustavno načelo podele vlasti i nezavisnost sudstva u svetlu predloženih promena Ustava Republike Srbije o pravosuđu“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost – Zbornik radova sa 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, tom 3, Beograd, 2020.

- Hasanbegović J., „Može li promena Ustava da promeni srpsko pravosuđe nabolje“, *Pravno-političke rasprave o pravosuđu* (ur. Miodrag Jovanović, Teodora Miljojkić), Beograd, 2022.
- Ilić G., Matic Bošković M., *Javno tužilaštvo u Srbiji – Istorijski razvoj, međunarodni standardi, uporedni modeli i izazovi modernog društva*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2019.
- Ko je za promenu Ustava?, <https://srpskipravnickiklub.rs/2021/10/05/ko-je-za-promenu-ustava.html>.
- Konferencija za novinare na temu promene Ustava (28.12.2021), <https://www.youtube.com/watch?v=ClBciv8hUw4>.
- Mandić: 2 minuta i 27 sekundi, <https://www.cepris.org/licni-stavovi/mandic-2-minuta-i-27-sekundi/>.
- Marinković T., Odredbe o sudstvu vratiti na doradu, <https://www.danas.rs/vesti/drustvo/vladavina-prava/odredbe-o-sudstvu-vratiti-na-doradu/>.
- Marinković T., „O ustavnosti opšteg reizbora sudija“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2009.
- Marković Đ., „Nezavisnost sudstva u Republici Srbiji – predlozi za promenu ustavnog okvira za izbor sudija i prestanak sudijske funkcije“, *Srpska politička misao – posebno izdanje*, Beograd, 2017.
- Marković Đ., „Zašto i šta menjamo u Ustavu?“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 2022.
- Marković G., Zašto na referendumu zaokružiti ne?, <https://www.noviplamen.net/glavna/zašto-na-referendumu-u-srbiji-zaokruziti-ne/>.
- Marković R., „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2006.
- Model amandmana I do XXXVI na Ustav Republike Srbije i model ustavnog zakona o izmenama i dopunama Ustava Republike Srbije sa obrazloženjem, <https://www.cepris.org/wp-content/uploads/2021/09/Model-amandmana-sa-obrazlozenjem.pdf>.
- Nikolić A., „Prilog raspravi o (ne)zavisnosti sudstva u Republici Srbiji“, *Hereticus*, br. 3-4, Beograd, 2021.
- Nikolić A., Radisavljević I., „You shall (not) pass: About the Constitutional Amendments in Serbia – the position of Public Prosecutors’ Office“, *SEE | EU Cluster Excellence in European and International Law*, Vol. 8, Saarbrücken, 2022.
- O ustavnom referendumu kao maču narodnom, <https://srpskipravnickiklub.rs/2021/12/23/o-ustavnom-referendumu-kao-ma%C4%8Du-narodnom.html>.
- Orlović S., „Stalnost sudijske funkcije vs. opšti reizbor sudija u Republici Srbiji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2010.
- Orlović S., Ko je za promenu Ustava?, <https://srpskipravnickiklub.rs/2021/10/05/ko-je-za-promenu-ustava.html>.

- Pejić I., „Constitutional Referendum and Judicial Reform in Serbia“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, vol. 94, Niš, 2022.
- Petrov V., „Izbor sudija uporedo i u Republici Srbiji – predlozi za promenu Ustava“, *Sudije u pravnom sistemu* (ur. Edin Šarčević, Vladan Petrov), Sarajevo, 2013.
- Petrov V., „Predlozi za reformu Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe – preispitivanje nacionalne strategije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68, Niš, 2014.
- Petrov V., Stanković M., *Ustavno pravo*, Beograd, 2020.
- Petrov V., „Postupak za promenu Ustava Republike Srbije u 'venecijanskom ogledalu'“, *Primena prava i pravna sigurnost – Zbornik radova sa 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, tom 3, Beograd, 2021.
- Petrov V., „Na korak od promene Ustava u delu o pravosuđu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 2022.
- Radojević M., „Amandmani i promena Ustava“, *Politička revija*, br. 2, Beograd, 2022.
- Simović D., „Ustavni amandmani iz nužde – kritički osvrt na ustavnu reformu sudske vlasti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2022.
- Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka*, Društvo sudija Srbije, Beograd, 2018.
- Trkulja J., *Suočavanje s vremenom. Razgovori s povodom (1985-2015)*, Beograd, 2017.
- Šta se menja u Ustavu?, <http://www.bgcentar.org.rs/sta-se-menja-u-ustavu/>.
- Venice Comission, CDL-AD(2007)004, Opinion on the Constitution of Serbia.
- Venice Comission, CDL-AD(2021)032, Serbia Opinion on the Draft Constitutional Amendments on the Judiciary and the Draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments.
- Venice Comission, CDL-PI(2021)019-E, Serbia – Urgent Opinion on Revised Draft Constitutional Amendments on Judiciary.

PREGLEDNI RAD

ALEKSANDAR CVETKOVIĆ

REFERENDUMSKO PITANJE – STANDARDI VENECIJANSKE KOMISIJE I MOGUĆNOSTI KONTROLE

Referendurnsko pitanje predstavlja važan segment referendurnskog procesa. Autor u ovom radu analizira standarde Venecijanske komisije koji se tiču referendurnskog pitanja. Pored toga, sagledane su i mogućnosti kontrole tog pitanja. Naime, pretpostavka je da od načina na koji je formulirano referendurnsko pitanje može da zavisi ishod referenduma. Pored toga, ova tema se posmatra u kontekstu ostvarivanja slobodnog prava glasa i stvaranja uslova za slobodno formiranje volje birača. Opšteprihvaćeni standard jeste da pitanje mora biti jasno. Venecijanska komisija navedena pitanja posmatra na isti način. Isto ovo telo Saveta Evrope ističe neophodnost kontrole referendurnskog pitanja, pri čemu postoji preporuka da tu kontrolu vrši nezavisno telo ili ustavni sud (ili najviši sud, tamo gde nema ustavnog). Stoga se u radu navode primeri kontrole, ali se analizira i nedavno doneti Zakon o referendurnu i narodnoj inicijativi u Republici Srbiji u delu koji se tiče referendurnskog pitanja.

Ključne reči: referendurnsko pitanje, jasnost referendurnskog pitanja, ustavnosudska kontrola, referendum, Venecijanska komisija, Zakon o referendurnu i narodnoj inicijativi

U V O D

Maija Setala (*Maiya Setälä*), autorka koja se detaljno bavila proučavanjem referenduma, primećuje da nam istorijsko iskustvo pokazuje da referendum kao ustavni institut ima dualnu prirodu. Sa jedne strane, on je odlično sredstvo podsticanja

Aleksandar Cvetković, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: aleksandar.cvetkovic@ius.bg.ac.rs.

participacije građana u donošenju odluka i stoga se može posmatrati kao korak bliže daljoj demokratizaciji društva. S druge, praksa primene referendumu nam pokazuje da je referendum idealno manipulativno sredstvo u rukama autoritarnih vladara, ali i sredstvo većinske demokratije koje kao takvo može da ugrozi manjine.¹ Iz koje god perspektive da ga posmatramo, jasno je da je reč o institutu koji zahteva pažljivo „konstruisanje“ i oblikovanje.

Referendum kao sredstvo neposrednog izjašnjavanja građana ima sve veći značaj širom Evrope.² To pitanje se obično posmatra u kontekstu dva sistema – predstavničke i neposredne demokratije. Referendum zapravo služi kao korektiv ili dopuna uobičajenog načina donošenja odluka – putem predstavničkih demokratskih organa. Stoga je pravno uređenje referendumu od ogromnog značaja. Broj pitanja koja u tom smislu iskrsavaju je jako veliki. Važno je, međutim, uočiti da su sva ta pitanja proizašla ili se svode na slobodnu volju birača. Drugim rečima, referendumsko izjašnjavanje građana treba posmatrati u kontekstu prava glasa, sa svim njegovim demokratskim kvalitetima. Osnovni kvalitet jeste slobodno formiranje volje birača. Ali, da bi građanin mogao slobodno da formira svoju volju, neophodno je da se ispune mnogi preduslovi.

Iskustva referendumu širom sveta nas uče tome da ishod referendumu može biti u dobroj meri „nametnut“. Jedan od načina da se to učini jeste i putem referenduskog pitanja. Naime, od načina na koji je ono formulisano zavisi i ishod odlučivanja. Pitanje može biti sugestivno, nejasno, formulisano tako da zbunjuje birače i sl. Time i referendum gubi svoju svrhu, jer ne oslikava pravu volju birača. Primera radi, na referendumu održanom u Kanadi, a povodom otcepljenja pokrajine Kvebek, pitanje je bilo tako formulisano da su građani bili u dilemi koji odgovor da zaokruže. I Venecijanska komisija je posvetila dosta pažnje „referendumskoj materiji“. S toga je cilj ovog rada da pruži analizu jednog pitanja koje se tiče referendumu – naime, referenduskog pitanja.

U prvom delu rada biće učinjen pokušaj da se odredi mesto referendumu u demokratskom sistemu (2). U drugom delu (3), govoriće se o referenduskom pitanju. To podrazumeva osvrt na teorijske dileme, a naročito analizu standarda Venecijanske komisije koji se tiču formulisanja i kontrole referenduskog pitanja (3.1, 3.2). Iz takve analize pokušaćemo da utvrdimo kako to referendumsko pitanje može biti predmet kontrole (naročito u sudskom postupku, 3.3). To činimo sa

¹ Maiya Setälä, *Referendums and Democratic Government – Normative Theory and the Analysis of the Institutions*, Palgrave Macmillan, Hampshire and London, 1999, 1.

² Daniel Moeckli, „Introduction to The Legal Limits of Direct Democracy“, *The Legal Limits of Direct Democracy* (ed. Daniel Moeckli, Anna Forgács, Henri Ibi), Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2021, 1.

ciljem da utvrdimo da li je takva kontrola opravdana i kakve su mogućnosti takve kontrole u domaćem pravu. Zato se u trećem delu analiziraju relevantni delovi nedavno donetog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi (4).³ Dakle, ne utvrđujemo substantivna ograničenja predmeta referenduma, već je pažnja usmerena ka formulisanju referenduskog pitanja i mehanizmima kontrole takvog procesa, od koga, kako je već navedeno, može da zavisi ishod referenduma.

MESTO REFERENDUMA U DEMOKRATSKOM SISTEMU

Prima facie, od referenduma se očekuje da ima pozitivnu ulogu u demokratskom sistemu.⁴ Štaviše, ima argumenata da je neposredno izjašnjavanje građana jedino istinski demokratsko. Razume se, takvi su stavovi prevaziđeni, ako ni zbog čega drugog, bar zbog toga što je „čista“ neposredna demokratija neprimenljiva. Naravno, ima i drugih ubedljivijih argumenata u prilog referendumu. Tako, često se ističe da predstavnička demokratija kviri volju građana i da je to zapravo volja većine predstavnika. Zato ona i jeste kritikovana sa stanovišta teorije društvenog ugovora i narodne suverenosti kao oblik otuđivanja suverenosti od svog nosioca.⁵ Na osnovu toga su se razvili pojedini mehanizmi koji treba da ublaže čisti predstavnički sistem. Jedan od njih jeste i referendum. Tako je počelo da se govori o tzv. poluneposrednoj demokratiji,⁶ odnosno o onom sistemu koji je u osnovi predstavnički, ali uključuje neke instrumente neposrednog odlučivanja.

Upravo se tu „otvara“ pitanje kvaliteta referenduma. Iako je intuitivna pretpostavka da ovaj mehanizam predstavlja idealni model demokratije (dajući direktno glas demosu i to na način da budu zadovoljeni i načelo narodne suverenosti i politička jednakost građana), savremene teorije zastupaju stav da je predstavnički sistem sinonim za demokratiju sâmu.⁷ U vezi sa tim se ističe i suprotan argument – referendum je sa stanovišta teorije demokratije problematičan, a za neke autore, čak inherentno nedemokratsko sredstvo.⁸ Koje su to kritike referenduma koje su

³ Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2021, 119/2021.

⁴ V. Alan Renwick, Jess Sargeant, „The Rules of Referendums“, *The Palgrave Handbook of European Referendums* (ed. Julie Smith), Cham, 2021, 67.

⁵ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet u Beogradu; *Službeni glasnik*, Beograd, 2015, 213.

⁶ V. Vladan Petrov, Marko Stanković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 168–169.

⁷ Stephen Tierney, *Constitutional Referendums*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 19.

⁸ *Ibidem*.

izazvale ovakav teorijski trend? Jedna od prisutnih kritika odnosi se na to da birači nemaju dovoljno znanja da odluče o kompleksnim pitanjima koja se pred njih iznose. Oni, dakle, nisu dovoljno kompetentni.⁹ Često se navodi i da su referendumski kontrolisani od strane elita. Neretko navođen primer tiče se odnosa Ujedinjenog Kraljevstva prema Evropskoj uniji. Tako je 1975. godine održan referendum o tome da li građani žele da Ujedinjeno Kraljevstvo ostane u Evropskoj zajednici. Tada je *establishment* odlučio o nastavku članstva u toj organizaciji. I obrnuto, kada su te iste elite imale drugačiji interes, Ujedinjeno Kraljevstvo je napustilo Evropsku uniju.¹⁰ Često se navodi i da referendumski kvare institucionalnu logiku predstavničke demokratije koja je takva da omogućava legitimitet donetih odluka.

Iz prethodno navedenog ipak je jasno da koju god kritiku da posmatramo, ona je u osnovi konstruisana u odnosu na referendum koji ima određene karakteristike. Drugim rečima, netačno je da je priroda referenduma apriorno takva da ga čini nedemokratskim sredstvom – šta može biti „demokratskije“ i u tradicionalnom i u savremenom smislu od maksimalne moguće participacije građana? Referendum će imati onoliko demokratski karakter, koliko je njegova fizionomija demokratska, odnosno zavisice od njegovog pravnog uređenja. Pošto je to utvrđeno, praktično se odbacuju i one kritike da je referendum nužno kontrolisan od strane elita i da su one u stanju da nametnu ishod, između ostalog, i nametanjem referendumskog pitanja. To je tačno, ali pod pretpostavkom da postoji zloupotreba ili kršenje prava¹¹ (a to onda izlazi iz okvira ove ili bilo koje druge pravnonaučne analize). Konačno, dolazimo do pitanja koje je u centru ovog rada – šta je referendumsko pitanje i kako pravo može da nametne ograničenja ili da predvidi sisteme kontrole u njegovom formulisanju da bi referendum ipak bio demokratsko sredstvo sa svim zahtevima savremenog društva.

JASNO REFERENDUMSKO PITANJE – OGRANIČENJE REFERENDUMA

Već je u uvodu rada izneta teza da od načina na koji je referendumsko pitanje formulisano može da zavisi ishod referenduma. Za tu tezu postoje dvostruki argumenti – jedni teorijski i drugi praktični. Sa teorijske strane, često se ističe

⁹ Miodrag Jovičić, *Demokratija i odgovornost*, Službeni glasnik; Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006, 33.

¹⁰ Julie Smith, „Introduction“, *The Palgrave Handbook of European Referendums* (ed. Julie Smith), Cham, 2021, 20.

¹¹ Ovo posebno treba naglasiti imajući u vidu da zloupotreba prava nije kršenje prava. To je „izvrtanje“ smisla jednog pravnog pravila, ali tako da se ostaje u njegovim okvirima.

argument da političke elite (najčešće nosioci političke vlasti) imaju mogućnost da utiču na ishod referenduma i to na tri načina: odlukom da iniciraju održavanje referenduma, postavljanjem odnosno formulisanjem pitanja i konačno, određivanjem pravila pod kojima će referendum biti održan.¹² Nedovoljno vremena za referendumsku kampanju ostavlja malo prostora biračima da formiraju svoje mišljenje ili da se upoznaju sa svim relevantnim argumentima. Istovremeno, zakazivanje referenduma za tačno određeni datum može biti i stvar taktike.¹³ Naravno, jasno je i da organizovanje referendumske kampanje, što uključuje medijsko oglašavanje, javne debate, finansiranje kampanje i sl. ima ogroman uticaj na ishod referenduma.¹⁴ Ako su ovo dva očigledna načina da se utiče na ishod referenduma, treći je, čini se, manje vidljiv i tiče se formulisanja referenduskog pitanja. Ono može biti takvo da zbunjuje birače i da oni uopšte nisu svesni šta njihov glas znači, čime se pravo glasa povređuje. Prvi primer je referendumsko pitanje postavljeno 1995. godine na referendumu u Kanadi, a koji se ticao budućeg statusa pokrajine Kvebek. To pitanje je glasilo: „Da li prihvatate da Kvebek treba da postane suveren, nakon što uputi formalnu ponudu Kanadi za novo ekonomsko i političko partnerstvo, a u skladu sa propisom koji poštuje budućnost Kvebeka i Sporazumom potpisanim 12. juna 1995. godine?“ Prema istraživanjima, četvrtina birača koji su glasali za opciju „da“, verovali su da takav glas znači da će Kvebek i dalje ostati u sastavu Kanade i da će nastaviti da šalje svoje predstavnike u centralne institucije u Otavi.¹⁵ Drugi primer bi mogao biti onaj iz Sovjetskog Saveza (SSSR). Na referendumu 1991. godine, neposredno pre raspada SSSR-a, postavljeno je pitanje: „Da li smatrate da je neophodno očuvanje Sovjetskog Saveza kao obnovljene federacije sastavljene od jednakih suverenih republika, u kojoj će prava i slobode građana i nacija biti garantovani?“

¹² S. Tierney, op. cit., 24.

¹³ Miodrag Jovanović, *Constitutionalizing secession in federalized states: a procedural approach*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2007, 185.

Primeru radi, referendum u Ujedinjenom Kraljevstvu o devoluciji, održan je u Velsu 1997. godine, samo nedelju dana kasnije u odnosu na referendum sa istim predmetom u Škotskoj. U Škotskoj je opcija za devoluciju dobila široku podršku, ali je u Velsu raspoloženje prema devoluciji bilo znatno drugačije. Ipak, tumači se da je ovakav „tajming“ ipak doveo do pobeđe opcije za devoluciju i u Velsu i to sa minimalnom razlikom (50,3% prema 49,7%), verovatno pod uticajem rezultata u Škotskoj. Nav. prema: S. Tierney, op. cit., 113.

¹⁴ M. Jovanović, op. cit., 186–187.

Smit navodi jedan zanimljiv primer. Reč koja je najčešće pretraživana na Guglu (*Google*) u Ujedinjenom Kraljevstvu samo dan nakon Bregzita bila je „Šta je Evropska unija?“ Jasno je dakle da birači mogu biti suočeni sa izborom koji se tiče pitanja o kome imaju malo ili nikakvo znanje. V. J. Smith, op. cit., 17.

¹⁵ M. Jovanović, op. cit., 189.

Ovako postavljeno pitanje koje je uključivalo termine „očuvanje“, „obnavljanje“, „suverene republike“ bilo je u najmanju ruku kontroverzno, zato što su oni koji su na tom referendumu glasali za opciju „da“, samo par meseci kasnije velikom većinom glasali za nezavisnost svojih republika od SSSR-a.¹⁶

U vezi sa ovim zapažanjima, treba primetiti da su svi navedeni načini „upravljanja“ referendumskom procedurom suštinski protivni principima vladavine prava.¹⁷ Oni zapravo predstavljaju pretnju pravu na slobodno slobodno formiranje volje birača i na kraju pretnju slobodnom pravu glasa. Ti načini ne moraju biti nužno otvoreno kršenje pravnih propisa, oni mogu imati i formu zloupotrebe prava. Ovo, međutim, nije samo jedna teorijska tvrdnja – ona ima i visoki praktični značaj. Broj referenduma širom Evrope koji se tiču politički osetljivih pitanja je izuzetno porastao poslednjih godina. Primetno je da su ti referendumi često za svoj predmet imali veoma osetljiva politička pitanja i da su oni izazvali žestoke političke debate.¹⁸ To je i otvorilo pitanje mogućih pravnih ograničenja referenduma. Ipak, treba postaviti pitanje šta je osnov mogućih ograničenja. To je u osnovi sukob dva ustavna načela, naime, narodne suverenosti sa jedne strane i vladavine prava, sa druge.¹⁹

Tenzija između ovih načela postala je naročito vidljiva tokom protekle decenije, kada su države sa mehanizmima neposredne demokratije morale da se suoče sa narodnim inicijativama koje su bile u direktnom sukobu sa građanskim pravima.²⁰ Kako Kristman (*Anna Christmann*) primećuje, ova debata nije nova, ali je i dalje aktuelna, samo sada sa fokusom na predstavničke političke sisteme.²¹ Pojednostavljeno rečeno, suština je da u liberalnoj političkoj teoriji, osnovna prava imaju apsolutni prioritet nad demokratskim samoodređenjem. Njima ne treba demokratska legitimacija, jer njihovo postojanje proizlazi iz njihove nužnosti. Sa druge strane, postoji stav da je suverenost naroda apsolutni prioritet i da ne može biti delegirana ili umanjena. Trenutno postojeća prava samo su odraz ljudske volje i uvek mogu biti promenjena odlukom većine građana.²² Jasno je da i jedan i drugi pristup imaju svoje manjkavosti. Međutim, tema ovog rada nije objašnjenje teorijske

¹⁶ *Ibidem*, 188.

¹⁷ D. Moeckli, op. cit., 2.

¹⁸ *Ibidem*, 4.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Anna Christmann, „Direct Democracy and the Rule of Law – Assessing a Tense Relationship“, *Direct Democracy and Minorities* (ed. Wilfried Marxer), Wiesbaden, 2012, 47.

²¹ A. Christman, op. cit., 48.

²² *Ibidem*, 49.

napetosti između principa vladavine prava i narodne suverenosti (demokratije), već kako pomiriti ta dva načela. Još preciznije, pošto je i intuitivno jasno da u savremenim demokratskim sistemima ne može apriorno da se odbaci nijedan od ovih principa, pitanje je koja(e) je(su) posledica(e) njihove koegzistencije u okvirima političkog sistema?

Čini se da je problem u pretpostavljenom shvatanju značenja ovih pojmova. Naime, ako demokratsko odlučivanje, odnosno narodnu suverenost shvatimo kao pravnu neograničenost, onda zaista vladavina prava i suverenost jesu inkompatibilne. Ali ako suverenost shvatimo kao pravno vrhovništvo, onda su ova dva načela kompatibilna. Ono što je ograničenje suverenog „vladara“ (naroda), jesu ljudska prava.²³ S toga, nema nikakve dileme da građani mogu (i putem referenduma) donositi odluke za koje oni ocenjuju da su od značaja za zajednicu, ali odluka, a pre toga pitanje koje se postavlja, mora biti u skladu sa ljudskim pravima. Tada je to poredak vladavine prava. Ako ove principe primenimo na referendumsko odlučivanje, videćemo da primena načela demokratije vodi neograničenosti referenduma, dok iz načela vladavine prava ne proizlazi nužno zaključak o zabrani primene referenduma, već da on može da postoji uz neka ograničenja. Razume se, to ograničenje može biti takvo da postoje materijalne granice, ali, što je za nas na ovom mestu važnije, to znači da se otvara mogućnost preispitivanja neke odluke. U poretku vladavine prava, neophodno je da postoji institucionalna kontrola ustavnosti i zakonitosti.²⁴

Ovaj kratki teorijski osvrt na sukob dva načela, naime, demokratije i vladavine prava, pokazao je da je itekako opravdano primenjivati referendum i da su kritike koje ovaj institut odbacuju neosnovane, ali nam je istovremeno pokazao da je opravdano i postojanje različitih sistema kontrole. Ta kontrola je naročito važna kada je reč o referendumskom pitanju.

Uputstvo dobre prakse Venecijanske komisije

Značajan doprinos razvijanju standarda referendumske procedure dala je Evropska komisija za demokratiju posredstvom prava (dalje u tekstu, po uobičajenom nazivu: Venecijanska komisija ili Komisija). Njeno delovanje se zasniva na tri osnovna principa: demokratija, zaštita ljudskih prava i vladavina prava koji se razrađuju u aktivnostima Komisije na tri ključna polja: demokratske institucije

²³ Jasminka Hasanbegović, *Ka filozofiji prava kao filozofiji ljudskih prava*, Dosije studio, Beograd, 2021, 186.

²⁴ *Ibidem*, 192.

i osnovna prava; ustavno sudstvo i redovno pravosuđe; izbori, referendum i političke stranke.²⁵ Venecijanska komisija je poznata po svojim mišljenjima o ustavnim i drugim glavnim zakonskim reformama, ali njen najveći značaj se ogleda u formulisanju međunarodnih standarda o pojedinim pitanjima.²⁶ Premda oni nemaju obavezujuću pravnu snagu, njihov značaj za države članice je veliki.²⁷ Jedan od takvih dokumenata koji sadrži objedinjene standarde koji se tiču referenduma jeste i *Code of Good Practice on Referendums* (Kodeks dobre referendumske prakse, dalje u tekstu: Kodeks)²⁸. On je donet 2007. godine. Ne treba gubiti iz vida činjenicu da je 2002. godine Venecijanska komisija donela *Code of Good Practice in Electoral Matters* (Kodeks dobre prakse u izbornim pitanjima), u kojoj su sadržani osnovni standardi evropskog nasleđa koji se tiču izbornog prava. Pravilnik koji se tiče referenduma donet je zbog velike zainteresovanosti Parlamentarne skupštine za ovu temu.²⁹

Nakon Bregzita, u oktobru 2016. godine otpočeo je postupak revizije ovog Pravilnika.³⁰ U tom procesu je Venecijanska komisija državama članicama upućivala pitanja na koja su države odgovarale. Tako je 2019. godine Parlamentarna skupština Saveta Evrope usvojila Rezoluciju o izmeni uputstva koja će osigurati pravične referendume u državama članicama Saveta Evrope.³¹ Jedno od važnijih pitanja koje je adresirano u Rezoluciji tiče se i referenduskog pitanja. Tako, u tač. 3.2. se navodi: „predlozi izneti na referendumsko odlučivanje moraju biti jasni koliko je to moguće i predmet detaljnog razmatranja (...) kako bi se osiguralo da oni

²⁵ Vladan Petrov, Maja Prelić Simović, „Venecijanska komisija i ustavna reforma pravosuđa u Republici Srbiji“, *Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović – Unifikacija prava i pravna sigurnost* (ur. Jelena S. Perović Vujačić), tom III, Beograd, 2020, 524, 526.

²⁶ Piere Garrone, „The Code of Good Practice on Referendums“, *The Legal Limits of Direct Democracy* (ed. Daniel Moeckli, Anna Forgács, Henri Ibi), Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2021, 11.

²⁷ O tome v. V. Petrov, M. Prelić Simović, op. cit., 524.

²⁸ Code of Good Practice on Referendums CDL-EL(2006)033rev.

²⁹ Time se i ne završava predistorija donošenja Pravilnika. Još 2001. godine, Venecijanska komisija je donela Uputstvo za održavanje ustavotvornih referenduma na nacionalnom nivou (*Guidelines for constitutional referendums at national level*, CDL-INF (2001) 10), a 2005. godine usvojila je i Izveštaj o analizi pravnih pravila u evropskim državama (*Referendums in Europe – an Analysis of the Legal Rules in European States*; Study No. 287/2004, CDL-AD (2005)034; dalje u tekstu: *Analysis*).

³⁰ Prema zvaničnom obrazloženju, postupak revizije je otpočet zbog održavanja velikog broja referenduma u državama članicama što zahteva preispitivanje i procedure za pokretanje referenduma i materiju predloženih promena, Opinion No. 887/2017, CDL-AD(2022)015, I.5.

³¹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Updating guidelines to ensure fair referendums in Council of Europe member States, Resolution 2251, 2019.

reflektuju stavove i želje biračkog tela“. Pored toga, „nezavisno telo mora da proveri sva predložena referendumska pitanja, kako bi osiguralo da su ona jasna, razumljiva i nepristrasna“ (4.7). Iz ovoga jasno proizlazi da je jedno od bitnijih pitanja u postupku revizije bilo upravo ono koje se tiče referenduskog pitanja i to ne samo materijalnih kriterijuma u pogledu njegove formulacije, već i u pogledu procedure provere, odnosno kontrole njegove sadržine. Konačno, na 131. plenarnoj sesiji Venecijanske komisije, koja je održana 17. i 18. juna 2022. godine, usvojen je tzv. *Revised Code of Good Practice on Referendums* (Izmenjeni Kodeks dobre referendumske prakse).³² S toga će u nastavku biti analizirana sadržina ovog dokumenta u delu koji se odnosi na formulisanje referenduskog pitanja, uz navođenje relevantnih teorijskih stavova i praktičnih primera.

Standardi u formulisanju referenduskog pitanja

Predviđanje standarda u oblasti referenduskog pitanja logična je posledica činjenice da Venecijanska komisija smatra da sloboda da se glasa (*freedom to vote*) pretpostavlja da pitanje koje se postavlja biračkom telu mora da bude jasno, ne sme da bude zbunjujuće ili da birače navodi na određeni odgovor.³³ Pitanje ostvarivanja biračkog prava prilikom održavanja svakog referenduma veoma je značajno. S toga i ne čudi da su u Kodeksu na samom početku nabrojana načela evropskog nasleđa u oblasti izbora koja podrazumevaju opšte i jednako pravo glasa, slobodno pravo glasa i tajno glasanje.³⁴ U nastavku dokumenta su nabrojani uslovi za implementaciju ovih pravila u kontekstu referenduma, a to su vladavina prava, poštovanje osnovnih prava, postojanost referenduskog zakonodavstva i proceduralne garantije.³⁵

U okviru posebnih pravila sadržanih u Kodeksu, Venecijanska komisija je predvidela dve grupe pravila: materijalnu usaglašenost teksta koji je upućen na

³² Revised Code of Good Practice on Referendums, CDL-AD(2022)015.

U nastavku, kada se govori o Kodeksu, reč je o revidiranoj verziji od 2022. godine. S toga, dalje u tekstu, skraćeno: Revised Code.

³³ *Analysis*, 77.

³⁴ Revised Code, I.1, 2, 3.

Tema ovog rada se upravo i posmatra iz takve perspektive. Referendum gubi svoju svrhu ako nije organizovan u skladu sa ovim principima. Govoreći o konceptu slobodnih izbora Marinković navodi: „Sloboda izbora ne znači samo neometanost birača u trenutku glasanja i verno utvrđivanje rezultata glasanja, već i da je birač istinski gospodar svoje odluke, da je njegova volja slobodno formirana“, Tanasije Marinković, *Rasprava o pravu na slobodne izbore*, Dosije studio, Beograd, 2019, 303. Sve ovo, *mutatis mutandis* važi i kada je reč o referendumu. Između ostalog, pravilno formulisano referendumsko pitanje omogućava to slobodno formiranje volje birača.

³⁵ Revised Code, II.1, 2, 3, 4.

referendumsko odlučivanje i proceduralnu usaglašenost teksta koji je upućen na odlučivanje, a koja se zapravo svodi na način formulisanja referenduskog pitanja. Kada je reč o materijalnoj usaglašenosti, ona se ostvaruje primenom „principa hijerarhije pravnih normi“. Tako, Kodeks predviđa da tekst upućen na referendum ne sme biti u suprotnosti sa međunarodnim pravom, osnovnim načelima Venecijanske komisije (demokratija, ljudska prava i vladavina prava) i uslovima članstva u Savetu Evrope.³⁶ Ukoliko tekst protivreči ovim pravilima, takvo pitanje ne bi trebalo da bude izneto na referendum.

U pogledu procesnih pravila, Venecijanska komisija je bila dosta detaljnija. Naime, Kodeksom je predviđeno da pitanje koje je upućeno na referendum mora da zadovolji tri zahteva: jedinstvo forme, jedinstvo sadržaja i jedinstvo hijerarhijskog nivoa.

Jedinstvo forme podrazumeva da isto pitanje ne sme istovremeno da uključuje specifično formulisano pitanje sa načelnim predlogom ili načelnim pitanjem. Ne smeju se „kombinovati“ takve dve opcije. Ako je reč o konkretnom pitanju, prihvatanje opcije „da“ znači da je određeni zakon usvojen. Ako je, pak, reč o načelnom pitanju, pitanju principa, tada je referendum samo faza u postupku donošenja zakona. Ako referendumsko pitanje uključuje obe varijante, to zbunjuje birače i time se ugrožava pravo da jasno znaju efekte referendumske odluke.³⁷

Pod jedinstvom sadržaja, Venecijanska komisija razume „intrinzičnu“ (*intrinsic*) vezu između različitih delova svakog pitanja koje se stavlja na glasanje sa ciljem da garantuje slobodno pravo birača, koji ne sme biti pozvan da prihvati ili odbije predlog u celini ako nema te „intrinzične veze“. Pravilnikom je predviđen izuzetak od ovog pravila i on se odnosi na tzv. totalnu reviziju akta u celini, pri čemu je precizirano da je revizija nekoliko delova teksta u isto vreme jednaka totalnoj reviziji.³⁸ Šta, međutim, znači intrinzična veza? Pod time treba razumeti da delovi pitanja ne smeju biti kontradiktorni, veza između delova pitanja mora biti jasna, a delovi moraju biti tako povezani da proističu jedan iz drugog ili da te delove povezuje sadržina.³⁹ Oni moraju biti koherentni. U evropskom kontekstu koristi se engleski termin *unity of content*, dok je u Sjedinjenim Američkim Državama u upotrebi termin *single-subject rule* koji možda rečitije govori o čemu je reč.⁴⁰

³⁶ Revised Code III. 1.

³⁷ Explanatory Memorandum, 43. Reč je o dokumentu koji je Venecijanska komisija usvojila zajedno sa Kodeksom, a koji sadrži dodatna objašnjenja njegove sadržine.

³⁸ Revised Code, III. 2.

³⁹ *Analysis*, 209.

⁴⁰ Daniel Moeckli, „Switzerland“, *The Legal Limits of Direct Democracy* (ed. Daniel Moeckli, Anna Forgács, Henri Ibi), Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2021, 33–34.

Ovakav zahtev i Venecijanska komisija vidi kao nužni deo prava na slobodno formiranje volje birača i kvalifikuje ga kao najvažniji deo tzv. proceduralne usaglašenosti. Takav zahtev je jasan, jer ako on nije ispunjen, birači nisu u stanju da izraze svoje mišljenje – oni ili moraju da podrže predlog u celini, iako se ne slažu sa nekim njegovim delom ili moraju da glasaju protiv, iako se slažu sa pojedinim delovima.⁴¹

I na kraju, pitanje postavljeno na referendumu ne sme istovremeno da bude primenjeno na različitim hijerarhijskim nivoima. Venecijanska komisija u Memorandumu uz Kodeks⁴² navodi da ovaj treći nije od suštinskog značaja kao prva dva zahteva, ali da se preporučuje. Recimo, nije poželjno da se u okviru jednog pitanja glasa o aktu o ustavnim promenama i o usvajanju akta o primeni tog novog ustava (bez obzira na formu ustavne promene). Pojednostavljeno, u okviru jednog referendumskog pitanja, treba da se glasa o jednom aktu određene pravne snage.

Iz svega prethodno navedenog, treba primetiti da je uobičajeni standard u formulisanju referenduskog pitanja da ono mora biti jasno. To, međutim, ne govori dovoljno rečito o tome kakvo pitanje zaista i treba da bude. Jasnost, očigledno, ima status pravnog standarda. Neke kriterijume jasnosti (*clarity*) dala je Venecijanska komisija u Kodeksu. Tako, predviđeno je da pitanje mora biti jasno i razumljivo. Razumljivost je ponajviše jezička kategorija. Tako i Terni (*Stephen Tierney*) navodi da prvi problem sa referenduskim pitanjem može biti jezičke prirode. Pitanje je nejasno, recimo, zbog kakvog tehničkog nedostatka.⁴³ Nekada, pitanje može i namerno da bude nejasno formulisano, tako da navodi birača na odgovor. Kodeks zato precizira da pitanje ne sme da sugerise odgovor. Drugi problem može nastati kada je više pitanja sadržano u jednom.⁴⁴ To je ono što je ranije označeno kao *single-subject rule* ili *unity of content*. Terni objašnjava da tako elite mogu pokušati da obezbede podršku manje popularnom zahtevu, stavljajući ga u okvir šireg pitanja, a za koje je poznato da uživa veću podršku.⁴⁵ Primera radi, Šarl de Gol (*Charles de Gaulle*) 1969. godine izneo je na isti referendum dva pitanja – o reformi Senata i o reformi regiona.⁴⁶ Ipak, Venecijanska komisija nije apsolutno isključila mogućnost

⁴¹ D. Moeckli, op. cit., 34.

⁴² Explanatory Memorandum, 45.

⁴³ S. Tierney, op. cit., 227.

⁴⁴ *Ibidem*, 228.

⁴⁵ *Ibidem*. Na istom mestu Terni potvrđuje stav koji je ranije iznet u radu, a to je da se ovo može prevazići propisivanjem pravila o formulisanju pitanja (*question design*). U ovom radu dopunjujemo taj stav neophodnošću institucionalne kontrole.

⁴⁶ S. Tierney, op. cit., 232. De Gol je često pribegavao referendumima koji su imali plebiscitarnu formu, a služio se upravo „tehnikom“ postavljanja više pitanja u okviru jednog. Takav metod

da se simultano glasa o više pitanja u jednom, odnosno da postoji više odgovora. Standard je tzv. binarno pitanje (*binary question*), odnosno da se može odgovoriti samo sa da ili ne, ali kada je to opravdano i u skladu sa Kodeksom, mogu se predvideti i pitanja sa više od jednog odgovora (tzv. *multi-option referendum*).⁴⁷ Konačno, treći problem nije u tako neposrednoj vezi sa formulisanjem referenduskog pitanja, a tiče se posledica određene referendumske odluke. Pitanje je jasno i onda kada birači znaju kakvi su efekti referenduma. Zato, Kodeksom se predviđa da pitanje ne sme da bude obmanjujuće i da mora da bude nepristrasno.

Da rezimiramo, Kodeks predviđa da referendusko pitanje mora biti jasno i razumljivo; ne sme da bude obmanjujuće; mora da bude nepristrasno, ne sme da sugeriše odgovor; birači moraju biti obavešteni o efektima referenduma; birači moraju biti u mogućnosti da odgovore sa da ili ne ili da se ne izjasne (*blank vote*).⁴⁸ Ovome se mogu dodati i neki teorijski stavovi. Jovanović navodi određene preporuke: treba izbegavati da referendusko pitanje sadrži termine koji imaju izrazito pozitivnu ili izrazito negativnu psihološku konotaciju za građane; građanima treba postaviti samo ona pitanja o kojima oni zaista i mogu da donesu odluku, koja je u njihovoj nadležnosti.

Međutim, i Venecijanska komisija je svesna da propisivanje samo materijalnih pravila nije dovoljno za sprovođenje nekih principa. Tek predviđanje institucionalne kontrole čini neki standard potpunim. Tako, Kodeksom je predviđeno da nezavisno telo mora prethodno da ispita da li je pitanje jasno.⁴⁹ Time prelazimo na sledeće pitanje, a ono se tiče mogućnosti kontrole referenduskog pitanja i standarda Venecijanske komisije.

Kontrola referenduskog pitanja

Ranije je utvrđeno da je kontrola referenduma (a samim tim i referenduskog pitanja) teorijski izvedena iz potrebe pomirenja načela demokratije i narodne suverenosti (v. *supra* 3). Nema sumnje da je takvo opravdanje neophodno, jer je pitanje kontrole ekstremno složeno, upravo zato što se postavlja pitanje da li je opravdano sprečavanje referenduma zbog toga što je narod „prekoračio svoja

je davao rezultate, jer su De Golovi predlozi dobijali podršku biračkog tela, sve do ovog referenduma od 1969. godine, kada nije uspeo da dobije podršku u sprovođenju zamišljenih reformi. Zbog toga je i podneo ostavku.

⁴⁷ Revised Code, III.5.b.

⁴⁸ Revised Code, I.3.1.c.

⁴⁹ Revised Code, I.3.1.d.

ovlašćenja“.⁵⁰ Na ovom mestu, interesuju nas standardi koje je u tom smislu utvrdila Venecijanska komisija u Kodeksu, kao i uporedni primeri takve kontrole. Pre toga, treba pomenuti da kontrola referenduma može da se odnosi na pripremne referendumske radnje, formulisanje pitanja i na sâm referendumski proces.⁵¹ U odnosu na momenat kada se sprovodi, kontrola može biti preventivna (*contrôle préventif*) ili naknadna, korektivna (*contrôle correctif*), nakon sprovođenja referenduma.⁵² Bilo da je reč o preventivnoj ili naknadnoj kontroli, jasno je da je preventivna prihvatljivija i za građane „bolja“. Naime, time organ koji sprovodi kontrolu ne dolazi u sukob sa voljom naroda. On može, primera radi, oglasiti neustavnom inicijativu ili referendumsko pitanje, ali on ne oglašava neustavnim zakon koji je narod izglasao na referendumu, već samo projekat tog zakona o kome se građani još uvek nisu izjasnili.⁵³ Nama se čini da je ta preventivna kontrola kod referenduskog pitanja jedina i prihvatljiva.

Kodeks dobre referendumske prakse Venecijanske komisije predviđa da nezavisno telo mora da vrši prethodnu kontrolu jasnosti pitanja.⁵⁴ Precizirano je da nezavisno telo mora da bude zaduženo za organizovanje referenduma. Ono mora da postoji na svim nivoima, od nivoa države do biračkih mesta. Izuzetno ako postoji duga tradicija nepristrasnosti upravnih organa (*administrative authorities*), oni mogu da obavljaju takav zadatak.⁵⁵ Centralna izborna komisija ili nezavisno telo mora da bude snabdeveno, između ostalog, i nadležnošću da proveri ispravnost predloženog referenduskog pitanja i da odobri konačni predlog. Pored toga, pre glasanja, a kako bi se izbegla situacija da se glasanje proglašeno nevažećim, ona treba da ima nadležnost i da ispravi loše predloge, kao npr. kada je pitanje nejasno, obmanjujuće ili sugestivno.⁵⁶ U Memorandumu je pojašnjeno da bi nezavisna komisija trebalo da bude snabdevena nadležnošću da izmeni predloženi tekst pitanja kada je to moguće i ako se time ne menja smisao pitanja (*without distorting it*).⁵⁷

Kodeks, dakle, predviđa nadležnost nezavisne komisije u pogledu kontrole referenduskog pitanja. U tome Venecijanska komisija vidi minimum u procesu

⁵⁰ Francis Hamon, *Le référendum – Étude comparative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1995, 44.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ F. Hamon, op. cit., 46.

⁵⁴ Revised Code, I.3.1.d.

⁵⁵ Revised Code, II.4.1.a.

⁵⁶ Revised Code, II.4.1.b.

⁵⁷ Explanatory Memorandum, 29.

garantovanja prava na slobodno formiranje volje birača i šire, slobodnog prava glasa. Međutim, iako Kodeksom nije izričito predviđeno u Memorandumu i ranije u Uputstvu, preporučuje se da tamo gde je moguće treba da se uspostavi i sudska kontrola referendumskog procesa. Iz propisa proizlazi da se to odnosi i na mogućnost kontrole referendumskog pitanja. Uputstvom nije razrađeno kakva kontrola treba da bude, ali je precizirano da u krajnjoj instanci nju treba da vrši Ustavni sud, ako postoji ili Vrhovni sud.⁵⁸ Takva preporuka je jasna, jer nema vladavine prava ako nema efikasne sudske zaštite. U jednom širem smislu, nema „pravde i pravičnosti“ bez sudova.

Kada je reč o evropskim državama, načelno mali broj ustava predviđa nadležnost ustavnih sudova u oblasti kontrole ustavnosti pitanja koje je upućeno na referendum. Jedna od država koja izričito u svom ustavu predviđa kontrolu je Ukrajina. Ustavnim amandmanima od 2016. godine predviđena je takva mogućnost, i to kada je referendum pokrenut narodnom inicijativom, a obrazloženje za to su bila prethodna negativna iskustva.⁵⁹ Međutim, nema relevantne prakse koja bi pokazala efekte ovakve kontrole.

Sa druge strane, vrlo upečatljiv primer je Italija. Naime, italijanski ustav i zakoni ne predviđaju nikakva ograničenja niti standarde u formulisanju referendumskog pitanja. Ipak, Ustavni sud Italije je kroz svoju praksu razvio određene principe u skladu sa kojima mora da bude formulisano referendumsko pitanje.⁶⁰ Tako, pitanje mora biti homogeno, koherentno i razumljivo. Ako je pitanje heterogeno, u smislu da nedostaje jedinstvo sadržaja, takvo pitanje sud oglašava nedozvoljenim. Pored toga, pitanje treba da bude jednostavno, jasno, celovito i ne sme da bude kontradiktorno.⁶¹ Važno je pomenuti da Ustavni sud jasnost pitanja posmatra kao preduslov slobodnog prava glasa, što je u skladu i sa standardima Venecijanske komisije. U pogledu vremena kontrole, reč je o kontroli *ex ante*, odnosno pre održavanja referenduma. Štaviše, u jednoj svojoj odluci, Ustavni sud Italije je sugerisao da kontrola jasnosti referendumskog pitanja treba da bude izvršena u vidu preliminarne kontrole čak i pre prikupljanja potpisa kojima se inicira održavanje referenduma kako bi građani i pre nego što podrže inicijativu bili svesni teme i predmeta budućeg mogućeg referenduma.⁶² Treba tome dodati još jedan razlog.

⁵⁸ Guidelines, II.P.

⁵⁹ Study on referendums – replies to the questionnaire, 30.G.4, 193.

⁶⁰ Henri Ibi, „Italy“, *The Legal Limits of Direct Democracy* (ed. Daniel Moeckli, Anna Forgács, Henri Ibi), Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2021, 78.

⁶¹ H. Ibi, op. cit., 78–79.

⁶² *Ibidem*, 80.

Ako je referendumsko pitanje neustavno, onda se sprečava i praktično „suvišno“ prikupljanje ne tako malog broja potpisa. To se poklapa i sa teorijskim stavovima o tome da je preventivna kontrola bolja od naknadne.⁶³ Inače, to je važno, jer se ova kontrola odnosi samo na tzv. abrogativne referendume, koje mogu inicirati građani sa najmanje 500.000 potpisa ili najmanje pet regionalnih saveta. Takav podatak postaje još značajniji ako se ima u vidu da je od 72 referenduma koji su održani u Italiji od donošenja Ustava od 1948, bilo čak 67 abrogativnih.⁶⁴ Pored ove sudske kontrole, postoji još jedna, pre ustavnosudske. Ona je u nadležnosti tzv. Centralne kancelarije (*Ufficio Centrale per il referendum*),⁶⁵ koja potvrđuje da je referendumski zahtev saglasan zakonu i ne bavi se kontrolom jasnosti referenduskog pitanja (proverava da li je prikupljen dovoljan broj potpisa, da li su potpisi overeni i da li se referendumski zahtev odnosi na zakon koji je na snazi).⁶⁶

Italija predstavlja „staru evropsku demokratiju“. Radi potpunijeg prikaza, treba pomenuti i način na koji je pitanje kontrole uređeno u tzv. novim demokratijama. U tom smislu, vredan pomena je slučaj Slovenije. U jednoj svojoj odluci od 1997. godine Ustavni sud Slovenije je našao da je nejasno i neprecizno referendumsko pitanje protivno principima vladavine prava, kao i samoj suštini referenduma.⁶⁷ Jedinstvo forme i jedinstvo sadržaja nisu eksplicitno definisani u slovenačkom zakonodavstvu, ali Ustavni sud u praksi može da vrši kontrolu ustavnosti referenduskog pitanja (što on i čini), ali samo u slučaju tzv. preliminarnih zakonodavnih referenduma.⁶⁸ Slovenački Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi predviđa da se u predlogu za raspisivanje referenduma mora jasno navesti referendumsko pitanje, a ako ono nije u skladu sa standardom jasnosti, predsednik Džavnog zbora (naziv za slovenački parlament – *prim. aut.*) pre sednice ili Državni zbor u toku sednice poziva predlagača ili predstavnika predlagača da dopuni ili ispravi predlog, a to može učiniti i sam parlament (što nam govori da tu vrstu kontrole vrši jedan politički organ).⁶⁹

Konačno, vredan pomena je i primer Kanade, premda je reč o zemlji izvan okvira Saveta Evrope. Ipak, gotovo da nema rada koji se bavi jasnošću referenduskog

⁶³ F. Hamon, op. cit., 46.

⁶⁴ H. Ibi, op. cit., 66. Inače, postoji vrlo bogata praksa Ustavnog suda Italije o ovom pitanju.

⁶⁵ Reč je o specifičnom telu (kako ga Ibi [*Henri Ibi*] definiše, *ad hoc* sudskom veću) koje je osnovano i deluje u okviru Kasacionog suda Italije. V. H. Ibi, op. cit., 67; F. Hamon., op. cit., 44.

⁶⁶ H. Ibi, op. cit., 81–83.

⁶⁷ Bruna Žuber, Igor Kaučič, „Slovenia“, *The Legal Limits of Direct Democracy* (ed. Daniel Moeckli, Anna Forgács, Henri Ibi), Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2021, 147.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Zakon o referendumu in o ljudski inicijativi, *Uradni list RS*, št. 15/94.

pitanja, a da ne pominje taj primer. Reč je o slučaju pokušaja secesije Kvebeka na referendumu održanom 1995. godine. Iako je takav predlog doživeo neuspeh, posledica je bila donošenje odluke Vrhovnog suda Kanade, a potom, na osnovu tog akta, donošenje tzv. Zakona o jasnosti (*Clarity Act*). Njime su razrađena pravila o formulisanju referendumskog pitanja i kontroli jasnosti koja je poverena političkom organu – naime, donjem domu kanadskog parlamenta (*House of Commons*).⁷⁰

ZAKON O REFERENDUMU I NARODNOJ INICIJATIVI

Nakon dvadeset sedam godina, 2021. godine, Narodna skupština Republike Srbije donela je novi Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi. Time je prestao da važi Zakon od 1994. godine. Takva promena bila je neophodna, a izvršena je neposredno pre referenduma o reviziji dela Ustava od 2006. godine. Pored toga, Srbija je pre usvajanja novog Zakona zatražila i stav Venecijanske komisije, te je u novembru 2021. godine usvojeno takozvano Hitno mišljenje o Zakonu o referendumu i narodnoj inicijativi.⁷¹

Referendum u Srbiji uređen je Ustavom na opšti način, a razrada je prepuštena zakonu.⁷² Zakon od 2021. sadrži brojne novine u odnosu na Zakon od 1994. godine. Neke od tih novina tiču se i referendumskog pitanja. Članom 36 Zakona predviđeno je da pitanje o kome se građani na referendumu izjašnjavaju mora biti izraženo jasno i nedvosmisleno, tako da se na njega može odgovoriti rečju „za“ ili „protiv“, odnosno rečju „da“ ili „ne“, a ne sme biti izraženo tako da daje prednost ili sugerije jedan od mogućih odgovora. Možemo uočiti da Zakon nije naročito detaljno razradio kriterijume „jasnosti“, premda ni uporedno posmatrano zakoni ne zalaze detaljno u materijalne kvalitete referendumskog pitanja. Uglavnom je ustavnosudska praksa ta koja ih razrađuje.

Kada je reč o kontroli referendumskog pitanja, Zakon od 1994. godine nije odredio organ zadužen za takvu kontrolu. Stoga je Venecijanska komisija preporučila, a u skladu sa Kodeksom, da se nadležnost za ocenu jasnosti poveri nezavisnom organu. Pored toga, preporuka je da nezavisni organ vrši i kontrolu prikupljenih potpisa. Zakon je takvu preporuku prihvatio. Ustavom Srbije od 2006. predviđeno

⁷⁰ O tome v. M. Jovanović, op. cit., 61–64, 148–158.

⁷¹ Serbia – urgent opinion on the revised draft law on the referendum and the people’s initiative; Opinion No. 1062/2021, CDL-PI(2021)018.

⁷² Čl. 108 Ustava od 2006, *in fine*.

Detaljnije o elementima neposredne demokratije u Srbiji, v. Tanasije Marinković, „Serbia“, *International Encyclopaedia of Laws – Constitutional Law* (ed. André Alen, David Haljan), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2019, 108–110.

je da se referendum raspisuje na zahtev većine svih narodnih poslanika ili najmanje 100.000 birača, o pitanju iz nadležnosti Narodne skupštine (čl. 108). U skladu sa tim, predviđena je i razlika u postupku ocene jasnosti referendumskog pitanja.

U slučaju referenduma koji je pokrenut na zahtev većine svih Narodnih poslanika, odbor Narodne skupštine nadležan za ustavna pitanja donosi odluku o raspisivanju referenduma. Ta odluka, između ostalog, mora da sadrži i pitanje o kome se građani izjašnjavaju na referendumu sa ponuđenim odgovorima (čl. 18). Ono je, međutim, deo obavezne prethodne kontrole. Ta provera jasnosti je poverena nadležnoj komisiji, a iz odredaba Zakona proizlazi da je nadležni odbor Narodne skupštine dužan da prilikom svakog referenduma, pribavi pozitivno mišljenje komisije, a pre donošenja odluke o raspisivanju referenduma (čl. 36, st. 2).

Ukoliko je reč o referendumu na zahtev birača, tada se mišljenje komisije o jasnosti pitanja pribavlja u toku trajanja postupka verifikacije predloga. Proizlazi iz odredaba Zakona da predlog ne može biti verifikovan pre pozitivnog mišljenja komisije. Pored toga, važno je uočiti da se kontrola jasnosti vrši pre nego što se prikupe potpisi. Naime, narodnu inicijativu podnosi inicijativni odbor u formi opšteg ili konkretnog predloga Narodnoj skupštini. Pošto je predlog podnet, predsednik Narodne skupštine vrši verifikaciju predloga koja podrazumeva proveru usaglašenosti inicijative sa zakonskim odredbama. U okviru tog postupka, predsednik Narodne skupštine dužan je da dostavi predlog inicijativnog odbora nadležnoj komisiji radi davanja mišljenja o predlogu referendumskog pitanja. Inicijativni odbor može da otpočne sa prikupljanjem potpisa nakon što je predlog verifikovan. To odgovara praksi pojedinih evropskih zemalja u kojima se ustanovljava mogućnost, pa čak i obaveza da još pre prikupljanja potpisa bude pribavljeno pozitivno mišljenje o jasnosti referendumskog pitanja. Takva praksa načelno odgovara i članovima inicijativnog odbora, budući da prikupljanje potpisa zahteva odgovarajuću organizaciju, a proizvodi i troškove.

Ono što je Venecijanska komisija navela kao nedostatak Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi jeste to što nije izričito navedeno kakva je posledica negativnog mišljenja nadležne komisije. Premda je Komisija navela da su srpske vlasti obavestile Komisiju da referendum ne bi mogao da se održi, ona je ostala na stanovištu da je bolje da takva odredba bude i izričito formulisana.⁷³

Nadležna komisija je dužna da mišljenje dostavi u roku od osam dana od dana prijema predloga, pri čemu nedostavljanje mišljenja u pomenutom roku proizvodi pretpostavku o pozitivnom mišljenju, odnosno da je referendumsko pitanje

⁷³ Serbia – urgent opinion on the revised draft law on the referendum and the people's initiative; Opinion No. 1062/2021, CDL-PI(2021)018, 27.

jasno. Zakonom je definisano da je nadležna komisija jedan od organa za sprovođenje referenduma (drugi je glasački odbor) i to je za sprovođenje republičkog referenduma Republička izborna komisija, za sprovođenje pokrajinskog referenduma pokrajinska izborna komisija, a za sprovođenje referenduma u jedinici lokalne samouprave opštinska odnosno gradska izborna komisija.

ZAKLJUČAK

Čini se da pitanje jasnosti nema istu „težinu“ kod svakog referenduma. Naime, ako je reč o referendumu na kojem se građanima postavlja pitanje da li su „za“ ili „protiv“ usvajanja nekog akta, na prvi pogled ne postoji mogućnost zloupotrebe. Međutim, čak i tada, ostvarivanje slobodnog prava građana zavisi od načina na koji je pitanje formulisano (primeru radi, građanima mogu istovremeno da budu postavljena dva pitanja čime se sprečava mogućnost da slobodno izraze svoje mišljenje). Dakle, referendumsko pitanje nesumnjivo predstavlja vrlo značajan segment referenduskog procesa. Materijalni kriterijumi kojima se određuje način formulisanja tog pitanja su naročito značajni. Na osnovu nalaza ovog rada, utvrđeno je da je uporedno posmatrano najrašireniji kriterijum jasnosti. Reč je o pravnom standardu koji često zahteva izvesna preciziranja. Ustavi retko sadrže takva pravila, te se njegova razrada obično prepušta zakonima. Nezavisna tela, ali pre svega ustavni sudovi mogu u tom procesu da imaju veoma važnu ulogu.

Kriterijumi, ma koliko precizni, ipak nisu dovoljni za ostvarivanje slobodnog prava glasa. Kao što smo u radu utvrdili, nema pravne sigurnosti bez adekvatne kontrole kojom bi se sprečili kršenje i zloupotreba prava. Kontrola jasnosti referenduskog pitanja često se prepušta nezavisnim organima. Takav je slučaj i u Srbiji gde je nadležnost poverena Republičkoj izbornoj komisiji (za republičke referendume). Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi od 2021. godine predstavlja nesumnjivi napredak u odnosu na prethodni Zakon od 1994. godine kada je reč o formulisanju i kontroli referenduskog pitanja. Njime su predviđeni i materijalni kriterijumi i mehanizmi kontrole. U tom segmentu, Zakon najvećim delom prati standarde Venecijanske komisije. Pitanje koje je potencijalno sporno, međutim, nije normativno, već empirijsko, a tiče se toga koliko je telo poput izborne komisije objektivno u oceni jasnosti referenduskog pitanja.

Konačno, koji je značaj ove teme kada je reč o Republici Srbiji? Od donošenja Ustava od 2006. godine, u Srbiji je održan samo jedan referendum – 2022. godine, o reviziji Ustava. U poređenju sa drugim evropskim zemljama, Srbija nema bogatu referendumsku praksu. To, međutim, ne znači da je referendum pitanje kome ne treba posvetiti posebnu pažnju i to iz najmanje dva razloga. Prvo, referendum

predstavlja neposredno ostvarivanje suverenosti građana i drugo, ne treba isključiti mogućnost da će se u budućnosti održati referendumima sa politički vrlo osjetljivim pitanjima. Tada će referendumsko pitanje, zajedno sa svim ostalim elementima, nesumnjivo imati vrlo važnu ulogu u ostvarivanju slobodnog prava glasa. A da bi to pravo do kraja i bilo ostvareno, pored njegove sudske zaštite, ustavnosudska kontrola jasnosti referendumskog pitanja bi sigurno bila najjača brana mogućim zloupotrebama. To jasno proizlazi i iz preporuke Venecijanske komisije – poželjno je da ocena jasnosti referendumskog pitanja bude u nadležnosti ustavnog suda. Skupa uzev, sudski postupci zaštite biračkog prava na referendumu i ustavnosudski postupak kontrole referendumskog pitanja mogu u najvećoj mogućoj meri da obezbede pravično vršenje narodne suverenosti.

ALEKSANDAR CVETKOVIĆ
Teaching Associate, Faculty of Law
University of Belgrade

REFERENDUM QUESTION – STANDARDS OF THE VENICE COMMISSION AND POSSIBILITIES OF CONTROL

Summary

Referendum question represents an important part of the referendum process. Author in this paper analyses the standards of the Venice Commission concerning the referendum question. In addition, author analysed the possibilities of control of the referendum question. Namely, the assumption is that the result of the referendum can be affected by the way of the formulation of the referendum question. Apart from that, this topic can be examined in the context of the right to vote and in the context of creating conditions for the voters to freely form an opinion. The generally accepted legal standard is that the referendum question must be clear. These questions, the Venice Commission observes in the same context. This body of Council of Europe underlines the necessity of controlling the referendum question, which has to be exercised by an independent body, or by the constitutional court (or Supreme court if there doesn't exist a constitutional court). Therefore, this paper includes some examples of the process of control and also includes the study of the recently enacted Law on Referendum and popular Initiative, especially the analysis of the part about the referendum question.

Key words: referendum question, clarity of the referendum question, constitutional court review, referendum, The Venice Commission, Law on Referendum and Popular Initiative

Literatura

Christmann A., „Direct Democracy and the Rule of Law – Assessing a Tense Relationship“, *Direct Democracy and Minorities* (ed. Wilfried Marxer), Wiesbaden, 2012.
Code of Good Practice on Referendums CDL-EL(2006)033rev.

- Council of Europe, Parliamentary Assembly, Updating guidelines to ensure fair referendums in Council of Europe member States, Resolution 2251, 2019.
- Garrone P., „The Code of Good Practice on Referendums“, *The Legal Limits of Direct Democracy* (ed. Daniel Moeckli, Anna Forgács, Henri Ibi), Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2021.
- Guidelines for constitutional referendums at national level, CDL-INF (2001) 10.
- Hamon F., *Le référendum – Étude comparative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1995.
- Hasanbegović J., *Ka filozofiji prava kao filozofiji ljudskih prava*, Dosije studio, Beograd, 2021.
- Ibi H., „Italy“, *The Legal Limits of Direct Democracy* (ed. Daniel Moeckli, Anna Forgács, Henri Ibi), Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2021.
- Jovanović M., *Constitutionalizing secession in federalized states: a procedural approach*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2007.
- Jović M., *Demokratija i odgovornost*, Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006.
- Marinković T., *Rasprava o pravu na slobodne izbore*, Dosije studio, Beograd, 2019.
- Marinković T., „Serbia“, *International Encyclopaedia of Laws – Constitutional Law* (ed. André Alen, David Haljan), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2019.
- Marković R., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet u Beogradu; Službeni glasnik, Beograd, 2015.
- Moeckli D., „Introduction to The Legal Limits of Direct Democracy“, *The Legal Limits of Direct Democracy* (ed. Daniel Moeckli, Anna Forgács, Henri Ibi), Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2021.
- Petrov V., Prelić Simović M., „Venecijanska komisija i ustavna reforma pravosuđa u Republici Srbiji“, *Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović – Unifikacija prava i pravna sigurnost* (ur. Jelena S. Perović Vujačić), tom III, Beograd, 2020.
- Petrov V., Stanković M., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Referendums in Europe – an Analysis of the Legal Rules in European States, Study No. 287/2004, CDL-AD (2005)034.
- Renwick A., Sargeant J., „The Rules of Referendums“, *The Palgrave Handbook of European Referendums* (ed. Julie Smith), Cham, 2021.
- Revised Code of Good Practice on Referendums, CDL-AD(2022)015.
- Serbia – urgent opinion on the revised draft law on the referendum and the people’s initiative, Opinion No. 1062/2021, CDL-PI(2021)018.
- Setälä M., *Referendums and Democratic Government – Normative Theory and the Analysis of the Institutions*, Palgrave Macmillan, Hampshire and London, 1999.

Smith J., „Introduction“, *The Palgrave Handbook of European Referendums* (ed. Julie Smith), Cham, 2021.

Tierney S., *Constitutional Referendums*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Žuber B., Kaučič I., „Slovenia“, Legal limits, *The Legal Limits of Direct Democracy* (ed. Daniel Moeckli, Anna Forgács, Henri Ibi), Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

SUDSKI POSTUPAK – PRAVDA I PRAVIČNOST – III tom
COURT PROCEEDINGS – JUSTICE AND FAIRNEES – Vol. III

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

6. Radni odnosi

Labour Relations

Disciplinska odgovornost zaposlenih u stručnoj službi
Zaštitnika građana

Disciplinary liability of employees in the Protector of
Citizens' Secretariat

– *mr Dragana Petković Anojčić*, doktorand Pravnog fakulteta
Univerziteta u Novom Sadu, viši savetnik u Zaštitniku građana 5

Razumno prilagođavanje procesa i uslova rada
potrebama radnika sa porodičnim dužnostima
na savremenom tržištu rada

Reasonable accommodation of process and working conditions
to the needs of workers with family responsibilities in the
modern workplace

– *Kristina Balnožan*, master prava, sudijski pomoćnik
Osnovnog suda u Pančevu 23

| | |
|--|-----|
| <p>Spor povodom izmena elemenata ugovora o radu The dispute regarding amendments to the elements of the employment contract</p> <p>– <i>Tijana Kovačević</i>, master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu</p> | 43 |
| <p>Pravda i pravičnost – radno vreme u pravu Evropske unije sa posebnim osvrtom na sudsku praksu Suda pravde Evropske unije</p> <p>Justice and fairness – working time in European Union Law with the special emphasis on the case law of the Court of Justice of the European Union</p> <p>– <i>Mina Kuzminac</i>, saradnik van radnog odnosa na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu</p> | 63 |
| <p>7. Banke i bankarski poslovi <i>Banks and Banking Affairs</i></p> | |
| <p>Nastavak dominacije američkog dolara kao rezervne valute i implikacije za finansijska tržišta</p> <p>Continuation of American dollar domination as a reserve currency and implications for financial markets</p> <p>– <i>prof. dr Đorđe Đukić</i>, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Beogradu</p> | 85 |
| <p>Bankoosiguranje – model saradnje banaka i osiguravajućih društava na finansijskom tržištu</p> <p>Bank insurance – a model of bank and insurance companies cooperation in the financial market</p> <p>– <i>prof. dr Mirjana Knežević</i>, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu</p> | 95 |
| <p>Značaj ponude i potpune informisanosti u predugovornoj fazi zaključenja ugovora o kreditu</p> <p>The importance of the offer and to be fully informed in the pre-contractual phase of conclusion of a loan agreement</p> <p>– <i>mr Predrag Knežević</i>, advokat iz Beograda; <i>Nataša Stoiljković Pucar</i>, advokat iz Beograda</p> | 111 |

PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU
RIGHT TO INTELLECTUAL CREATION

1. Prava intelektualne svojine

Intellectual Property Law

- Tužbe u postupcima građanskopravne zaštite prava na industrijski dizajn
Lawsuits in design law infringement proceedings
- *Nikola Milosavljević*, master prava, asistent Pravnog fakulteta
Univerziteta u Kragujevcu 125
- Pronalazačka svedočanstva kao oblik zaštite pronalazaka
Inventor's certificates as a form of protection of inventions
- *dr Snežana Šarboh*, Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd;
Saša Zdravković, Zavod za intelektualnu svojinu, Beograd 143
- Pravo autora na posebnu naknadu – opšti okvir u pravu EU,
komparativni pregled i stanje u Republici Srbiji
Author's right to fair compensation for private copying
- general framework in EU law, comparative legal overview
and the situation in the Republic of Serbia
- *dr Uroš Ćemalović*, viši naučni saradnik Instituta za evropske studije;
Pavle Pavičić, šef Službe za međunarodne pravne poslove,
Sokoj – Organizacija muzičkih autora Srbije 157

2. Pravo informaciono komunikacionih tehnologija

Information and Communications Technology Law

- Legal obligations and liability in a ransomware attack
Obaveze i odgovornost za rensomver napad
- *dr Đorđe Krivokapić*, vanredni profesor, Fakultet organizacionih
nauka Univerzitet u Beogradu, Univerzitet Masarik, Brno;
Andrea Nikolić, asistent, Fakultet organizacionih nauka,
Univerzitet u Beogradu 173
- Uvođenje indeksa razvoja elektronske uprave jedinica lokalne samouprave
Introducing the development index of electronic government units
of local self-government units
- *Svetlana Jovanović*, stručni saradnik Fakulteta organizacionih nauka
Univerziteta u Beogradu 197

| | |
|--|-----|
| Pitanje utvrđivanja identiteta registranata naziva internet domena u svetlu važećih propisa o zaštiti podataka o ličnosti Internet domain registrants' identity determination in light of current data protection legal framework | |
| – <i>dr Dejan Đukić</i> , direktor Fondacije „Registar nacionalnog internet domena Srbije“; <i>Dragan Milić</i> , advokat iz Beograda | 215 |

Peta katedra
Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU
RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde

Court in Connexity of Justice

| | |
|---|-----|
| Operacionalizacija prava na slobodu izražavanja u parničnom postupku Operationalization of the right to freedom of expression in civil proceedings | |
| – <i>prof. dr Gordana Stanković</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, u penziji | 235 |
| Sloboda izražavanja u sudskim postupcima Freedom of expression in court proceedings | |
| – <i>dr Biljana Lepotić</i> , sudija Višeg suda u Novom Sadu | 251 |
| Strateški postupci protiv učešća javnosti Strategic litigation against public participation | |
| – <i>prof. dr Ranka Račić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Istočno Sarajevo; <i>dr Dženana Radončić</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici | 261 |
| Koncept predstavničke parnice anglosaksonskog prava – potreba razumevanja kolektivne tužbe kao preduslov za uspešnu pravnu transplantaciju The concept of representative litigation under anglo-saxon law – the need to understand a class action as a prerequisite for successful legal transplantation | |
| – <i>dr Jovana T. Veličković</i> , advokat u Beogradu | 277 |

| | |
|--|-----|
| Pravo na poštovanje doma i njegova zaštita (sa posebnim osvrtom na parnični postupak i praksu sudova u Republici Srbiji) The right to respect for home and its protection (with special reference to litigation procedure and court practice in the Republic of Serbia) | |
| – <i>prof. dr Dušica Palačković</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, u penziji; <i>dr Sanda Ćorac</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu | 295 |
| Od spora preko parnice i sudskog postupka do pravde i pravičnosti (Path) from dispute through litigation and court procedure to justice and fairness | |
| – <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 | 313 |
| Komparativna usporedba hrvatskog i srpskog izvanparničnog uređenja Comparative approach to the Croatian and Serbian non-contentious systems | |
| – <i>prof. dr Aleksandra Maganić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Zagrebu | 327 |
| Izvršenje činjenja, nečinjenja ili trpljenja Enforcement of action, omission or sufferance | |
| – <i>prof. dr Nebojša Šarkić</i> , profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd; <i>Mladen Nikolić</i> , sudija Privrednog apelacionog suda | 347 |
| Disciplinska odgovornost sudija Disciplinary responsibility of judges | |
| – <i>prof. dr Nikola Bodiroga</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 359 |

2. Međunarodni odnosi i pravda

International Relations and Justice

a) Međunarodno pravo

International law

Ponovo o legalnosti humanitarne intervencije

Legality of humanitarian intervention, revisited

| | |
|---|-----|
| – <i>prof. dr Rodoljub Etinski</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu u penziji | 379 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| O ratu, pravu i zloupotrebi genocida: privremene mere u ukrajinsko-ruskom sporu pred Međunarodnim sudom pravde On war, law and abuse of genocide: provisional measures in the case between Ukraine and Russia before the International Court of Justice – <i>prof. dr Sanja Đajić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu | 399 |
| Pravo na abortus kao pravo na privatnost i (ili) pitanje ostvarenja rodne jednakosti? The right to abortion as a right to privacy and/or a question of achieving gender equality? – <i>prof. dr Ivana Krstić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 421 |
| Međunarodnopravne dileme o upotrebi sile u savremenim međunarodnim odnosima International legal dilemma on the use of force in contemporary international relations – <i>dr Duško Dimitrijević</i> , naučni savetnik u Institutu za međunarodnu politiku i privredu, Beograd | 443 |
| Međunarodnopravni standardi nezavisnosti sudstva sa posebnim osvrtom na ulogu medija u njihovoj zaštiti International standards of judicial independence with special reference to the role of the media in their protection – <i>Dejan Milovanović</i> , sudija Prvog osnovnog suda u Beogradu, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 467 |
| <i>b) Pravo Evropske unije</i> <i>European Union Law</i> | |
| Neuhvatljive posledice dejstva EU direktiva Elusive consequences of the effects of EU directives – <i>dr Jelena Vukadinović Marković</i> , naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu; <i>akademik prof. dr Radovan Vukadinović</i> , redovni profesor Univeziteta u Kragujevcu, u penziji | 481 |
| Inicijative za stvaranje Evropske političke zajednice – od pedesetih godina 20. veka do danas Initiatives for the creation of the European Political Community – from the 1950s to the present – <i>prof. dr Jelena Čeranić Perišić</i> , naučni savetnik, Institut za uporedno pravo, Beograd | 499 |

Seeking justice and fairness in competition law: the regulation of digital platforms in the European Union

U potrazi za pravdom i pravičnošću u pravu konkurencije: regulativa digitalnih platformi u pravu Evropske unije

– *Andrea Piletta Massaro*, naučni saradnik Univerziteta u Torinu 515

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

Teorija tumačenja prava Gligorija Geršića
Gligorije Geršić's theory of legal interpretation

– *prof. dr Saša Bovan*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu 537

Pravičnost kao pravna vrednost
Equity as a legal value

– *akademik prof. dr Vlado Kambovski*, Makedonska akademija
nauka i umetnosti 551

b) Pravna država – ustavno-pravna pitanja
State Ruled by Law – Constitutional Law Issues

The effect of the decision of the European Court of Human Rights in the case of *Mesutoğlu v. Turkey* on the time limit to file a lawsuit within the framework of the right to access to the court

Uticaj presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Mesutoğlu* protiv Turske na rok za podnošenje tužbe u okviru prava na pristup sudu

– *prof. dr Zehra Odyakmaz*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Mevlâna; *Kerim Azak*, istraživač saradnik Univerziteta u Ankari 571

| | |
|--|-----|
| Sudska vlast u Srbiji – „novo poglavlje“? The judicial power in Serbia – “A new chapter”? – <i>prof. dr Vladan Petrov</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije | 589 |
| Izbor i imenovanje sudija Ustavnog suda u Republici Srbiji Prilog teorijskom određenju pravne prirode postupka, uslova i akata The election and appointment of the Constitutional Court judges in the Republic of Serbia Contribution to the theoretical determination of the procedure, conditions’ and acts’ legal nature – <i>dr Vladimir Đurić</i> , viši naučni saradnik, Instituta za uporedno pravo u Beogradu | 607 |
| Pravosuđe i promena Ustava Judiciary and the change of the Constitution – <i>dr Mijodrag Radojević</i> , naučni saradnik Instituta za političke studije | 625 |
| Pravni karakter osporenog akta iz izvršnog postupka kao pretpostavka za izjavljivanje ustavne žalbe Legal nature of the disputed act from executive procedure as a presumption for filing a constitutional complaint – <i>Besfort Ramadani</i> , master prava, Savetnik Ustavnog suda Republike Srbije | 645 |
| Lokalna demokratija u svetlosti donošenja novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi Local democracy in the light of the adoption of the new Law on referendum and people’s initiative – <i>dr Marko Stanković</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 657 |
| Verifikacija poslaničkog mandata od strane predsednika tzv. tehničke Vlade – iznuđena neustavnost? Verification of the mp’s mandate and the so called „technical government“ – unavoidable unconstitutionality? – <i>dr Miroslav Đorđević</i> , naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, docent Pravnog departmana Državnog univerziteta u Novom Pazaru | 669 |

| | |
|---|-----|
| Teze i antiteze ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa | |
| Thesis and antithesis of constitutional amendments on the judiciary | |
| – <i>Aleksa Nikolić</i> , asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu . . . | 681 |
| Referendumsko pitanje – standardi Venecijanske komisije i mogućnosti kontrole | |
| Referendum question – standards of the Venice Commission and possibilities of control | |
| – <i>Aleksandar Cvetković</i> , saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 697 |

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.114(082)

347.9(082)

342.22(082)

347.77/.78(082)

КОПАОНИЧКА школа природног права Слободан Перовић (35 ; 2022 ; Копаоник)

Sudski postupak – pravda i pravičnost : zbornik radova 35. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović, Kopaonik, 13. – 17. decembar 2022 : međunarodna naučna konferencija. Tom 3 = Court proceedings – justice and fairness : collection of papers from the 35th Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović, Kopaonik, 13 - 17 December 2022 : international scientific conference. Vol. 3 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2022 (Novi Sad : Futura). - 727 str. ; 24 cm

Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 500. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries ; Rezimei.

ISBN 978-86-81956-14-4

ISBN 978-86-81956-11-3 (za izdavačku celinu)

а) Судски поступак -- Зборници б) Правда -- Зборници в) Правна држава -- Зборници
г) Интелектуална својина -- Зборници

COBISS.SR-ID 80136457



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici