UDK 34 (497.11) (05) YU ISSN 0350–0500

PRAVNI ŽIVOT

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

»Pravni život«, časopis za pravnu teoriju i praksu pojavio se 1952. godine kao zajedničko glasilo udruženja pravnika Srbije i Bosne i Hercegovine, a nešto docnije i Udruženja pravnika Crne Gore.

Pošto su ostala dva udruženja počela izdavati sopstvene časopise, »Pravni život« 1969. godine postaje glasilo Udruženja pravnika Srbije.

Časopis objavljuje teorijska istraživanja i studije iz jugoslovenskog i uporednog prava kao i materijale sa naučnih i stručnih skupova. U njemu se poklanja pažnja svemu onome što se u pravnom životu zbiva. Na njegovim stranama objavljuju se izabrane odluke iz sudske i arbitražne prakse, osvrti i prikazi novih knjiga kao i raznovrsni prilozi iz svakodnevne prakse. Kao glasilo Udruženja pravnika Srbije, časopis prati delatnost pravničke organizacije i o njima obaveštava čitaoce.

Dosadašnji urednici »Pravnog života« bili su: Mihailo Đorđević (1952–1969), dr Živojin Aleksić (1969–1975) i dr Milan Petrović (1975–1980).

Broj 12/2017 / Godina LXVI / Knjiga 602
1–744

Beograd

Glavni i odgovorni urednik
SLOBODAN PEROVIĆ

Redakcija
MIODRAG ORLIĆ, SLOBODAN PEROVIĆ,
RATOMIR SLIJEPČEVIĆ

Izdavački savet
Budimir Košutić, Petar Milutinović, Miroslav Paunović,
Slobodan Perović, Dragoljub Petrović,
Gordana Stanković, Miroslav Varićak

Izdavač
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE
Beograd, Krunska 74
tel. 244-69-10
fax 244-30-24, poštanski fah 18
E-mail: upj@EUnet.rs
www.Kopaonikschool.org

Lektura i korektura
Dragana Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2017. godinu iznosi: za fizička lica – 8.000 dinara,
za pravna lica – 16.000 dinara, za inostranstvo – 300 Eura,
Pretplata se vrši na žiro račun broj: 310-203539-17
Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

PETA KATEDRA

PRAVO NA PRAVDU

Sud u koneksitetu pravde

GORDANA STANKOVIĆ

ZAJEDNIČKA PRODAJA NEPOKRETNOSTI I POKRETNIH STVARI

1. Zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari izvršnog dužnika predstavlja novo sredstvo izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca koje je uveo Zakon i izvršenju i obezbeđenju (2015)[1] iako ga izričito nije imenovao kao sredstvo izvršenja[2] u odredbi u kojoj je nabrojao sredstva izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja.[3] U odredbama kojima je izvršena podela nadležnosti u sprovođenju izvršenja između suda i javnog izvršitelja, pošto je ZIO (2015) promenio institucionalni okvir u postupku izvršenja, zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari stavljena je u isključivu sudsku nadležnost,[4] dok su u odredbama kojima je regulisano izvršenje na nepokretnostima radi namirenja novčanog potraživanja u posebnom odeljku sadržane posebne odredbe[5] kojima je uređen postupak sprovođenja izvršenja radi zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari.[6]

Dr Gordana Stanković, profesor Univerziteta u Nišu.

1 *"Sl. glasnik RS"*, 106/2015 i 106/2016 - autentično tumačenje. U daljem tekstu ZIO (2015).

2 Videti odredbu člana 54. ZIO (2015).

3 Interesantno je da u obrazloženju predloga zakonskog teksta uopšte nije bio spomenut ovaj institut iako je predstavljao novo zakonsko rešenje.

4 Videti odredbu člana 4. stav 1. ZIO (2015).

5 Videti odredbe čl. 211-216. ZIO (2015).

6 Detaljno o tome: G. Stanković – V. Boranijašević, *Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja,* Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2017, str. 223-232.

2. Institut zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari predviđen je odredbama ZIO (2015) iz određenih pravnopolitičkih i pravnotehničkih razloga. Zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari treba da omogući potpunije i efikasnije namirenje izvršnog poverioca jer se, s jedne strane, ne vrši zasebna prodaja pojedinih predmeta izvršenja, ne vrši rasparčavanje imovine izvršnog dužnika i parcijalno unovčenje predmeta. Na taj način sprečava se i da neke pokretne stvari ostanu neprodate, a čije čuvanje i eventualno održavanje može da proizvede dodatne troškove strankama. Zajedničkom prodajom štedi se i na troškovima, jer se na javnoj prodaji istovremeno i zajedno prodaju nepokretnost i određene pokretne stvari, a samim tim postiže se i efikasnost i ekonomičnost u postupanju i poboljšavaju izgledi za namirenje izvršnog poverioca ili izvršnih poverilaca. S druge strane, zajednička prodaja nepokretnosti i određenih pokretnih stvari omogućava kupcu na javnom nadmetanju da kupovinom nepokretnosti i pokretnih stvari, koje predstavljaju ekonomsku celinu, započne određenu delatnost ili privredno poslovanja.

3. Kod zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari predmet izvršenja su nepokretnost i sve pokretne stvari izvršnog dužnika koje se nalaze na nepokretnosti ili unutar nje ili su u funkcionalnoj vezi s nepokretnošću.[7] Pokretne stvari izvršnog dužnika koje su dislocirane sa nepokretnosti koja je predmet izvršenja i nalaze se na području drugog suda ne mogu da budu obuhvaćene zajedničkom prodajom.

Zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari je npr. moguća kad je predmet izvršenja zemljište na kome se nalazi poslovna zgrada sa inventarom i uskladištenom robom, teretno vozilo i putnički automobil, nepokretnost na kojoj se nalaze staja, stoka i stočna hrana, vinograd sa vinskim podrumom, proizvodna hala sa mašinama, poslovna zgrada sa inventarom, poslovni prostor sa robom, stan sa ugrađenim plakarima i ugrađenom kuhinjskom opremom, itd.

Izvršenje se sprovodi zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari na istoj javnoj prodaji i po jednoj ukupnoj ceni tako da je kupovina nepokretnosti uslovljena kupovinom pokretnih stvari i obrnuto.[8]

4. Izvršenje koje se sprovodi zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari razlikuje se od izvršenja koje je određeno na celokupnoj raspoloživoj imovini izvršnog dužnika. Kod izvršenja na celokupnoj imovini izvršnog dužnika predmet izvršenja nije unapred određen i konkretizovan, dok je kod zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari predmet unovčenja određen. Kod izvr-

[7] Videti odredbu člana 212. stav 1. ZIO (2015).

[8] Redaktorima se u odredbi člana 212. stav 2. ZIO potkrala jedna greška jer umesto da stoji "obrnuto", jer se misli na suprotno, pogrešno stoji "obratno," koje označava suprotan pravac kretanja.

šenja na celokupnoj imovini izvršnog dužnika vrši se parcijalno unovčenje imovine zasebnom prodajom pojedinih stvari iz sastava imovine, dok se kod zajedničke prodaje zajedno prodaju na istoj prodaji nepokretnost i pokretne stvari koje su na njoj, unutar nje ili su u funkcionalnoj vezi s njom. Prodaja pojedinih pokretnih ili nepokretnih stvari vrši se po posebnim pravilima koja su predviđena za konkretno sredstvo i predmet izvršenja tako da su, pored javne prodaje koju organizuje i sprovodi javni izvršitelj, mogući i drugi načini prodaje, dok se zajednička prodaja sprovodi po posebnim pravilima i to isključivo putem javne prodaje. Izvršenje na celokupnoj imovini sprovodi javni izvršitelj koji, pošto je identifikovao sastav imovine izvršnog dužnika, određuje zasebnu prodaju pojedinih stvari izvršnog dužnika radi namirenja izvršnog poverioca, dok zajedničku prodaju sprovodi sud radi namirenja jednog ili većeg broja izvršnih poverilaca istog izvršnog dužnika.

5. Zakonodavac je u pogledu izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari predvideo isključivu nadležnost suda da određuje i sprovodi izvršenje.[9] U postupku zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari isti organ postupka izvršenja određuje i sprovodi izvršenje. Zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari javni izvršitelj ne može sprovoditi iako se radi o sprovođenju izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja na nepokretnim i na pokretnim stvarima koje su redovno u njegovoj isključivoj nadležnosti.

6. Za izvršenje zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari zakonodavac je predvideo posebnu mesnu nadležnost suda na čijem se području nalazi nepokretnost jer je dosledno primenio kriterijum za određivanje posebne isključive mesne nadležnosti koji je predviđen kad je predmet izvršenja nepokretnost.[10]

7. Mesna nadležnost suda za određivanje i sprovođenje izvršenja zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari zasniva se, po pravilu, podnošenjem predloga izvršnog poverioca isključivo mesno nadležnom sudu.[11] Ukoliko se nepokretnost koja je predmet zajedničke prodaje, prema kojoj se određuje mesno nadležni sud za zajedničku prodaju, nalazi na području više sudova, pošto je potencijalno nadležan svaki od tih sudova, izvršni poverilac ima pravo da izabere mesno nadležni sud prema pravilu iz odredbe člana 39. ZIO o shodnoj primeni odredbe člana 51. stav 2. ZPP.

---

[9] Videti odredbu člana 4. stav 1. ZIO (2015).

[10] Videti odredbu člana 211. ZIO (2015).

[11] Videti odredbu člana 8. stav 2. ZIO (2015).

8. Do zasnivanja nadležnosti suda za sprovođenje izvršenja zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari može da dođe i naknadno iako sud prvobitno rešenjem o izvršenju nije odredio da se izvršenje sprovede njihovom zajedničkom prodajom. U toku već pokrenutih postupaka izvršenja, u kojima je sud doneo rešenje o izvršenju i odredio izvršenje na nepokretnosti u svojini izvršnog dužnika i izvršenje na njegovim pojedinim pokretnim stvarima po predlogu jednog ili više izvršnih poverilaca i odredio istog ili različite javne izvršitelje, kao isključivo nadležne za sprovođenje izvršenja, sud može da naknadno zasnuje svoju isključivu nadležnost na predlog izvršnog poverioca i to ukoliko odluči da spoji postupke sprovođenja izvršenja koji su u toku. Odlukom o spajanju postupaka, pod određenim uslovima, sud naknadno, svojom odlukom derogira zakonom predviđenu isključivu nadležnost javnih izvršitelja da sprovode postupke izvršenja rešenja o izvršenju na nepokretnostima ili pokretnim stvarima izvršnog dužnika, bez obzira što su oni već bili određeni odlukom suda da postupaju u konkretnoj izvršnog pravnoj stvari u skladu sa odredbom člana 4. stav. 2. ZIO (2015) i što je zasnovana njihova nadležnost, i odlučuje da on nastavi postupak sprovođenja izvršenja. Odluka kojom sud derogira isključivu nadležnost javnog izvršitelja i odlučuje da on preuzme sprovođenje postupka izvršenja i da nastavi postupak je zaključak protiv koga nije dozvoljen pravni lek.

9. Do derogacije isključive nadležnosti javnih izvršitelja dolazi odlukom suda ili na predlog izvršnog poverioca ili po službenoj dužnosti ukoliko su ispunjeni uslovi za zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari i ukoliko javni izvršitelj ili javni izvršitelji koji sprovode izvršenje nisu objavili zaključak o prodaji nepokretnosti ili pokretnih stvari.

Uslovi u pogledu zajedničke prodaje predviđeni su u odredbi člana 212. ZIO (2015) koja predviđa da se zajednička prodaja određuje kad se pokretne stvari nalaze na nepokretnosti ili unutar nje ili su u funkcionalnoj vezi s nepokretnošću. Javni izvršitelj donosi i objavljuje zaključak o prodaji nepokretnosti, odnosno pokretnih stvari posle pravnosnažnosti rešenja o izvršenju.

Izvršni sud je javnom izvršitelju, koga je odredio rešenjem izvršenju na predlog izvršnog poverioca, dostavio rešenje o izvršenju i javni izvršitelj je u pojedinim izvršnim pravnim stvarima preduzimao procesne radnje u postupku sprovođenja izvršenja. Dostavio je rešenje o izvršenju strankama i eventualno drugim učesnicima i preduzimao konkretne izvršne radnje predviđene zakonom zavisno od toga da li je rešenjem o izvršenju bilo određeno da sprovede izvršenje na nepokretnsti ili na pokretnim stvarima. Ukoliko pojedini javni izvršitelj nije objavio zaključak o prodaji nepokretne ili pokretne stvari prema rešenju o izvršenju, sud može da derogira njegovu isključivu nadležnost za sprovođenje izvršenja i da

izuzme iz njegove nadležnosti izvršnu pravnu stvar koja je bila određena rešenjem o izvršenju radi zajedničke prodaje koja je u isključivoj kompetenciji suda.

10. Zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari u toku sprovođenja postupka izvršenja koji sprovodi jedan ili više javnih izvršitelja može da se odredi zaključkom o spajanju postupaka na predlog izvršnog poverioca ili po službenoj dužnosti.

Izvršni poverilac, prema odredbi člana 215. ZIO (2015) može da predloži zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari u toku postupka sprovođenja izvršenja jer, prema odredbi člana 58. ZIO (2015), izvršni poverilac ima pravo da u toku postupka izvršenja promeni sredstvo izvršenja. Izvršni poverilac može naknadno da predloži izvršnom sudu zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari i spajanje postupaka sprovođenja izvršenja koji su već u toku bez obzira da li postupke sprovodi jedan ili više javnih izvršitelja, tako da odluku o promeni sredstva izvršenja i spajanju postupaka izvršenja koji su bili u toku donosi izvršni sud a ne javni izvršitelj jer je predlogom kojim se menja sredstvo izvršenja predloženo sredstvo izvršenja iz isključive kompetencije izvršnog suda.

Sud određuje zajedničku prodaju po službenoj dužnosti kad je izvršni poverilac to predložio s obzirom da je sprovođenje izvršenja zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari u njegovoj isključivoj nadležnosti.

11. Zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari određuje se, po pravilu, na predlog izvršnog poverioca i tako zasniva nadležnost izvršnog suda za određivanje i sprovođenje izvršenja. Rešenje o zajedničkoj prodaji nepokretnosti i pokretnih stvari izvršni sud može da donese kad je to predložio izvršni poverilac u predlogu za izvršenje.

Međutim, rešenje o zajedničkoj prodaji nepokretnosti i pokretnih stvari izvršni sud može da donese i kad je izvršni poverilac u predlogu za izvršenje kumulirao sredstva i predmete izvršenja i predložio, pored izvršenja na nepokretnosti, i izvršenje na pokretnim stvarima izvršnog dužnika. U tom slučaju, iz razloga celishodnosti, ukoliko su ispunjeni uslovi za zajedničku prodaju, izvršni sud može, da odredi zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari. Npr. predloženo je izvršenje prodajom poslovnog objekata (hale) i mašina iz tog proizvodnog pogona.

Prema odredbi člana 57. ZIO, predviđeno je da izvršni sud, po pravilu, određuje sredstvo i predmete izvršenja koji su predloženi u predlogu za izvršenje. Zakonodavac je predvideo da u pogledu određivanja sredstva i predmeta izvršenja u rešenju o izvršenju "*po pravilu*" važi princip dispozicije. Time što je naglasio da se po pravilu određuje sredstvo i predmet izvršenja koji su predloženi u predlogu za izvršenje, zakonodavac je posredno predvideo i izuzetak od tog pravila, koji ne mora da se odnosi na situaciju kad je oficijelno pokrenut postupak izvrše-

nja i kad izvršni sud određuje sredstvo i predmet izvršenja ili kad je predloženo izvršenje na celokupnoj raspoloživoj imovini izvršnog dužnika i kad je prepušteno javnom izvršitelju da on odabere adekvatan predmet izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja.

U situaciji kad je predloženo izvršenje na nepokretnosti i izvršenje na pokretnim stvarima koje se nalaze u toj nepokretnosti, na njoj ili su u funkcionalnoj vezi s njom, pošto treba istovremeno da se sprovede izvršenje na više predmeta izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja, izvršni sud, iz razloga celishodnosti, da se ne bi rasparčavala imovina izvršnog dužnika sa neizvesnim ishodom u pogledu unovčenja, izuzetno može da po službenoj dužnosti odredi zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari. Ovakvo rešenje je u interesu i izvršnog poverioca i izvršnog dužnika jer se smanjuju troškovi postupka pošto se na jednoj javnoj prodaji prodaju i nepokretnosti i pokretne stvari i ubrzava postupak namirenja.

12. Kad u toku postupka sprovođenja izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca ili izvršnih poverilaca bude podnet predlog za zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari istog izvršnog dužnika, izvršni sud po službenoj dužnosti derogira zasnovanu isključivu nadležnost javnih izvršitelja i donošenjem odluke u formi zaključka o spajanju postupaka sprovođenja izvršenja preuzima u svoju isključivu nadležnost dalje sprovođenje postupka izvršenja.

13. Rešenje o određivanju izvršenja zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari dostavlja sud s obzirom da je ovo sredstvo izvršenja u njegovoj isključivoj kompetenciji.[12] I kad u toku postupka sprovođenja izvršenja izvršni sud donese naknadno rešenje o izvršenju zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari i derogira isključivu nadležnost javnih izvršitelja koji sprovode izvršenje prema ranije donetim rešenjima o izvršenju, odluči o spajanju postupaka izvršenja koji su u toku i odluči da on nastavi postupak radi zajedničke prodaje pokretnih i nepokretnih stvari istog izvršnog dužnika, sud dostavlja rešenje o zajedničkoj prodaji strankama i učesnicima u postupku izvršenja, kao i javnom izvršitelju, odnosno javnim izvršiteljima.

14. Ukoliko je sud na inicijalni predlog izvršnog poverioca doneo rešenje o izvršenju zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari izvršnog dužnika, s obzirom da on sprovodi izvršenje, dužan je da odmah dostavi rešenje o izvršenju organu koji vodi katastar nepokretnosti radi upisa zabeležbe rešenja o izvršenju na nepokretnosti koja je predmet zajedničke prodaje. S obzirom da se

[12] Videti odredbu člana 9. ZIO (2015).

zajednička prodaja odnosi i na pokretne stvari, sud je dužan da odredi da se sprovede popis pokretnih stvari.

15. Protiv rešenja o zajedničkoj prodaji nepokretnosti i pokretnih stvari dozvoljeni su pravni lekovi, dok protiv zaključka o spajanju postupka radi zajedničke prodaje pravni lek nije dozvoljen. Jedino pravno sredstvo protiv zaključka o spajanju postupaka izvršenja koji su bili u toku je predlog za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja koji može da podnese stranka ili učesnik u postupku.[13]

16. Sam postupak sprovođenja izvršenja fragmentarno je regulisan. Zakonom su predviđene izvršne radnje koje se preduzimaju u postupku sprovođenja izvršenja, a upućujućom normom predviđena je shodna primena pojedinih odredaba kojima je regulisan postupak sprovođenja izvršenja na nepokretnosti radi namirenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca koji je, po pravilu, u isključivoj nadležnosti javnog izvršitelja.

17. Zakonom je predviđeno da se u postupku zajedničke prodaje preduzimaju, kao izvršne radnje, procena vrednosti nepokretnosti i pokretnih stvari i njihova prodaja na javnom nadmetanju.

S obzirom da do zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari može da dođe na inicijalni predlog za izvršenje i na naknadni predlog izvršnog poverioca u toku postupka sprovođenja izvršenja koji sprovodi javni izvršitelj, zakonodavac je izostavio na navede prvu izvršnu radnju koja se sprovodi u postupku izvršenja na nepokretnosti – upis zabeležbe rešenja o izvršenju u katastar nepokretnosti i to iz dva razloga.

Ukoliko je izvršni sud na inicijalni predlog izvršnog poverioca doneo rešenje o izvršenju, on je bio dužan da dostavi rešenje o izvršenju organu koji vodi katastar nepokretnosti da bi omogućio da izvršni poverilac stekne pravo na namirenje i određeni rang u namirenju. Ukoliko je prvobitno doneto rešenje kojim je na predlog izvršnog poverioca određeno izvršenje na nepokretnosti, javni izvršitelj je bio dužan da po dostavljanju rešenja o izvršenju dostavi rešenje o izvršenju katastru nepokretnosti sa nalogom da izvrši upis zabeležbe rešenja o izvršenju, te po donošenju zaključka o spajanju postupka izvršenja na pokretnim i nepokretnim stvarima radi zajedničke prodaje nema potrebe za preduzimanjem prve izvršne radnje.

[13] Videti odredbu člana 148. ZIO (2015). Treba primetiti da su redaktori zakonskog teksta, s obzirom da ne prave razliku između predloga, kao podneska koji sadrži procesnu radnju stranke ili učesnika, i zahteva koji određena radnja sadrži i koji predstavlja predmet odlučivanja, pogrešno imenovali predlog za otklanjanje nepravilnosti u sprovođenju izvršenja kao "*zahtev za otklanjanje nepravilnosti*." Detaljno o tome: G. Stanković – V. Boranijašević, *op. sit.,* str. 173.

Ukoliko je bio u toku postupak sprovođenja izvršenja na pokretnim stvarima, posle popisa koji je izvršio javni izvršitelj, izvršni poverilac je stekao pravo da upisom u Registar zaloge stekne zakonsko založno pravo na popisanim stvarima kao i pravo namirenje po redosledu sticanja prava na namirenje.

Namirenje, kao posebna etapa u sprovođenju izvršenja zajedničkom prodajom nepokretnosti i pokretnih stvari predviđena je u odredbi člana 214. ZIO.

18. Odredbama ZIO (2015) izričito je predviđeno da se zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari vrši isključivo javnim nadmetanjem. Zakonodavac je procenio da će se u postupku javnog nadmetanja postići povoljnija prodajna cena i povećati izgledi za namirenje izvršnog poverioca.

Pre određivanja zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari vrši se procena njihove zajedničke vrednosti.

Procenu zajedničke vrednosti nepokretnosti i pokretnih stvari određuje sud koji je doneo rešenje o izvršenju. Ukoliko je došlo do spajanja postupka sprovođenja izvršenja koji su tekli odvojeno radi namirenja novačnog potraživanja izvršnog poverioca, javni izvršitelj je u svakom od pojedinih postupaka sprovođenja izvršenja koji su bili u toku već sproveo postupak procene, jer ta izvršna radnja predhodi objavljivanju zaključka o prodaji, tako da je potrebno da se samo izvrši zajednička procena svih stvari koje se prodaju putem zajedničke prodaje.

Zajednička vrednost nepokretnosti i pokretnih stvari utvrđuje se u visini njihove tržišne cene na dan procene.

Procena se može izvršiti na različite načine s obzirom da izvršni sud nije stručan da izvrši zajedničku procenu vrednosti nepokretnosti i pokretnih stvari.

Sud može zatražiti obaveštenje o ceni nepokretnosti i pokretnih stvari od pojedinih organizacija, institucija ili pravnih lica ili će zatražiti njihove cenovnike po kojima vrše otkup ili prodaju pojedinih pokretnih stvari, a može odlučiti i da angažuje neko stručno fizičko lice da izvrši procenu. Procenitelj treba da bude fizičko lice odgovarajuće struke npr. sudski veštak koji je upisan u registar sudskih veštaka za određenu oblast veštačenja ili preduzetnik koji obavlja određenu delatnost.

19. Iako je izvršena procena vrednosti nepokretnosti i pokretnih stvari koje treba da budu zajednički prodate, stranke imaju pravo da predlože da zajednička početna cena po kojoj one treba da budu prodavane na prvom javnom nadmetanju viša od 70% procenjene vrednosti nepokretnosti i pokretnih stvari. Takav predlog može da stavi i izvršni poverilac koji očekuje da bude postignuta povoljna prodajna cena da bi mogao da namiri svoje potraživanje. U tom slučaju sud je dužan da na zajednički predlog stranaka ili predlog izvršnog poverioca odredi da

početna cena na prvom javnom nadmetanju bude viša od 70% procenjene vrednosti nepokretnosti i pokretnih stvari.

20. Pošto je sud utvrdio zajedničku vrednost nepokretnosti i pokretnih stvari, on donosi zaključak o zajedničkoj prodaji nepokretnosti i pokretnih stvari koji mora da ima sadržinu predviđenu zakonom. U zaključku o zajedničkoj prodaji nepokretnosti i pokretnih stvari sud precizno određuje koja se nepokretnost i koje su pokretne stvari predmet zajedničke prodaje na javnom nadmetanju i pod kojim uslovima.

Zaključak o prodaji na javnom nadmetanju koji se objavljuje mora da ima elemente obavezne sadržine koji su predviđeni odredbom člana 173. ZIO (2015).

21. Zaključak o prodaji na javnom nadmetanju dostavlja se strankama, založnim poveriocima, učesnicima u postupku (npr. trećem licu, titularu prava službenosti, dužniku izvršnog dužnika), imaocu zakonskog prava preče kupovine i imaocu ugovornog prava preče kupovine na nepokretnosti koje je upisano u katastar nepokretnosti.

Zaključak se objavljuje i na oglasnoj tabli suda, kao i na drugi uobičajeni način i dostavlja strankama i učesnicima. Zaključak o zajedničkoj prodaji stranka može o svom trošku objaviti u sredstvima javnog obaveštenja i o njemu obavestiti lica koja se bave posredovanjem u prodaji. Oglas koji sadrži zaključak o zajedničkoj prodaji mogu da o svom trošku objave i izvršni poverilac i izvršni dužnik, zavisno od procene sopstvenog interesa.

22. Zajednička prodaja predmeta izvršenja sprovodi se tako da što se i nepokretnost i pokretne stvari koje se nalaze na nepokretnosti, unutar nje ili su funkcionalno poverane sa njom prodaju objedinjeno, na istoj prodaji, i to po jednoj ukupnoj ceni. Zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari moguća je samo putem javnog nadmetanja (odredba člana 213. ZIO).

23. Zainteresovani ponudioci na javnom nadmetanju mogu kupiti samo zajedno nepokretnost i sve pokretne stvari po jednoj ukupnoj ceni za sve predmete izvršenja koji se zajedno prodaju. Prilikom nadmetanja i prodaje ne mogu se izdvajati neke od pojedinih pokretnih stvari, niti se mogu posebno prodavati, bez obzira na udeo koji u toj ceni ima nepokretnost u odnosu na pokretne stvari.

24. Postupak same javne prodaje sprovodi se po pravilima koja su predviđena za postupak sprovođenja izvršenja na nepokretnosti. Zakonodavac je izričito predvideo da se primenjuju pravila o tome ko ne može biti kupac na javnom nadmetanju, o polaganju "jemstva"[14] za učešće na javnom nadmetanju, o javnom

[14] Termin "jemstvo" u odredbama ZIO (2015) upotrebljen je u specifičnom značenju koje odstupa od značenja koji ovaj obligacionopravni pojam ima iako to redaktori ovog zakonskog teksta

nadmetanju s jednim ponudiocem, o prvom i drugom javnom nadmetanju, o toku javnog nadmetanja, o prodajnoj ceni na javnom nadmetanju, o zaključku i sadržini zaključka o dodeljivanju nepokretnosti, vraćanju i zadržavanju položenog "jemstva" kod javnog nadmetanja i o neuspehu javnog nadmetanja.

25. Javno nadmetanje za zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari održava se, po pravilu, u prostorijama suda. Međutim, ono se može održati i na nekom drugom mestu ukoliko sud proceni da je to celishodno. U postupku javnog nadmetanja radi zajedničke prodaje održavaju se najviše dva ročišta za usmeno javno nadmetanje. Prvo ročište za javno nadmetanje održava se u roku koji ne može biti kraći od 15, niti duži od 30 dana od dana objavljivanja zaključka o zajedničkoj prodaji nepokretnosti i pokretnih stvari na javnom nadmetanju na oglasnoj tabli suda.

26. Na javnom nadmetanju mogu učestvovati samo lica koja su prethodno položila "jemstvo" od dana objavljivanja zaključka na oglasnoj tabli suda do objavljivanja zaključka o zajedničkoj prodaji nepokretnosti i pokretnih stvari na samom javnom nadmetanju.

Zakonom je predviđena visina "jemstva" koju treba prethodno da polože učesnici na javnom nadmetanju radi zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari izvršnog dužnika. Zakonom je predviđeno da ono iznosi jednu desetinu od utvrđene vrednosti nepokretnosti i pokretnih stvari.

Pojedini potencijalni učesnici na javnom nadmetanju oslobođeni su dužnosti da polože "jemstvo" da bi mogli da uzmu učešće u javnom nadmetanju. Izvršni poverilac i založni izvršni poverilac su oslobođeni polaganja "jemstva" ukoliko njihova potraživanja koja imaju prema izvršnom dužniku dosežu iznos "jemstva" i ako bi, s obzirom na njihov redosled namirenja i procenjenu vrednost nepokretnosti, taj iznos njihovog potraživanja mogao da se namiri iz eventualno ostvarene prodajne cene.

27. Izvršni dužnik nema pravo da učestvuje u javnom nadmetanju. On po samom zakonu ne može biti kupac nepokretnosti i pokretnih stvari koje se zajedno prodaju usmenim javnim nadmetanjem jer je on stranka u postupku prema kojoj se vodi postupak na stvarima koje su njegova svojina da bi se prinudnim

---

nisu naglasili u odredbama člana 2. ZIO (2015). Termin "jemstvo" nije adekvatan jer je jedan tradicionalan, klasičan obligacionopravni pojam upotrebljen u neodgovarajućem značenju. Jemstvo je, kao obligacionopravni odnos, regulisano odredbama ZOO. U zakonskim tekstovima i pravnoj literaturi termin "jemstvo" ima tačno određeno značenje: to je obligacioni odnos u kome se jemac, kao lice koje je različito od strana u tom obligacionom odnosu, obavezuje poveriocu da će ispuniti dospelu obavezu dužnika za slučaj da on to sam ne učini. I pored toga što je u našoj procesnoj literaturi neadekvatna upotreba termina "jemstvo" kritikovana, ovaj terminološki nedostatak koji je uočen još u vreme važenja Zakona o izvršnom postupku iz 1978, redaktori nisu otklonili.

putem namirilo potraživanje izvršnog poverioca koje on po dospelosti nije namirio. Ukoliko bi se izvršni dužnik pojavio kao kupac sopstvenih stvari, onda bi bilo očigledno da je on bio nesavestan, da je šikanozno i abuzivno postupao i da je namerno izazvao pokretanje i vođenje postupka izvršenja jer nije isplatio svoje dugove iako je imao novčana sredstva.

28. Kupac ne može biti ni ono lice koje službeno učestvuje u postupku (sudija, zapisničar, sudski izvršitelj, javni izvršitelj koji je sprovodio postupak izvršenja) niti lice koje je njihov krvni srodnik u pravoj liniji a u pobočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva, tazbinski srodnik do drugog stepena, supružnik, vanbračni partner ili usvojitelj ili usvojenik.

29. Ročište za javno nadmetanje za zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari može da se održi i u prisustvu samo jednog ponudioca koji je položio "jemstvo" i koje ne spori da je mogući ponudilac, bez obzira da li će staviti ili neće staviti ponudu u pogledu prodajne cene.

Ukoliko je na ročištu za javnu prodaju prisutan samo jedan ponudilac, izvršni poverilac ima pravo da predloži da se u tom slučaju odloži javno nadmetanje za zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari jer nisu ispunjeni uslovi da se u nadmetanju postigne povoljna prodajna cena. Ovaj predlog izvršni poverilac treba da podnese pre no što sud objavi početak javnog nadmetanja. U tom slučaju sud može, prema okolnostima slučaja, da odloži ročište za javno nadmetanje za zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari.

Ako izvršni poverilac nije predložio odlaganje ročišta za javnu prodaju jer je na javnom nadmetanju bio prisutan samo jedan ponudilac koji nije stavio ponudu za kupovinu nepokretnosti i pokretnih stvari, sud je dužan da zaključkom utvrdi da javno nadmetanje nije uspelo.

30. Na ročištu za zajedničku prodaju, pre no što objavi početak javnog nadmetanja, sud je dužan da proveri i ispita da li su ispunjeni svi uslovi da se pristupi javnom nadmetanju i pošto utvrdi da su oni ispunjeni, sud objavljuje da se pristupa javnom nadmetanju.

31. Ročište za javno nadmetanje počinje tako što se objavljuje javno nadmetanje za zajedničku prodaju oglašene nepokretnosti i pokretnih stvari i potom saopštava zajednička početna cenu za zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari. Početna cena za zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari na prvom ročištu za javnu prodaju iznosi 70% od njihove procenjene vrednosti i na prvom ročištu nepokretnosti i pokretne stvari se ne mogu prodati ispod ove cene. Na taj način zakonodavac je nastojao da zaštiti interese izvršnog dužnika da se stvari ne prodaju u bescenje i da se povećaju izgledi za namirenje izvršnog poverioca ili izvršnih poverilaca.

32. Tok javnog nadmetanja odvija se na način koji je predviđen odredbom člana 179. ZIO. Kad se objavi početna cena i učesnici pozovu da stave svoje ponude, nijedan ponudilac nema pravo da ponudi cenu nižu od početne. U slučaju da ima više ponudilaca, svaki naredni ponudilac je dužan da ponudi višu cenu od cene koju je ponudio prethodni ponudilac. Ponudilac je vezan datom ponudom sve dok ne bude data ponuda s višom cenom.

Ukoliko se dogodi da na ročištu za javnu prodaju ponudioci nisu učinili povoljniju ponudu, stvari koje su predmet izvršenja na prvom ročištu za javnu prodaju mogu da budu prodate po utvrđenoj početnoj ceni tj. po ceni koja iznosi 70% od njihove procenjene vrednosti.

Ukoliko javno nadmetanje na ročištu za prvo javno nadmetanje ne uspe i stvari koje su predmet zajedničke prodaje ne budu prodate, sud je dužan da donese zaključak kojim konstatuje da prva javna prodaja nije uspela i da, po okončanju prvog javnog nadmetanja, odmah se zakaže drugo javno nadmetanje za zajedničku prodaju nepokretnosti i pokretnih stvari koje mora da se zakaže i održi u roku od najmanje 15, a najviše 30 dana od dana okončanja prvog javnog nadmetanja.

33. Za drugo ročište za javno nadmetanje određuje se nova početna prodajna cena koja ne može biti niža od 50 % njihove procenjene vrednosti.

34. U slučaju da putem javnog nadmetanja ne dođe do zajedničke prodaje i unovčenja nepokretnosti i pokretnih stvari, postupci sprovođenja izvršenja se razdvajaju. Razdvajanjem postupaka sud prestaje da bude isključivo nadležan za dalji postupak sprovođenja izvršenja i postupak sprovođenja izvršenja se ponovo prenosi u nadležnost javnog izvršitelja određenog rešenjem o izvršenju po izboru javnog izvršitelja koji je do spajanja postupaka izvršenja postupao ili se nalaže izvršnom poveriocu da naknadno predloži javnog izvršitelja jer on nije bio predložen u inicijalnom podnesku, a koji će biti određen naknadno da sprovede postupak prodaje stvari neposrednom pogodbom po sporazumu stranaka ili po izboru izvršnog poverioca, zavisno od toga kakav predlog bude učinio izvršni poverilac.

35. Za slučaj da postupak javne prodaje uspe, namirenje u postupku zajedničke prodaje, pošto bude uplaćena prodajna cena u roku koji je odredio sud u zaključku o prodaji stvari, sprovodi sud. Postupak namirenja odvija se odvojeno.

Kad bude uplaćena prodajna cene na depozitni račun suda, sud je dužan da donese zaključak kojim će odrediti stalnog sudskog veštaka kome će naložiti da utvrdi koji deo ukupne prodajne cene otpada na kupovinu nepokretnosti, a koji deo ostvarenog novčanog iznosa zajedničkom prodajom otpada na pokretne stvari koje su bile predmet prodaje jer je to od značaja za postupak namirenja poverilaca.

Pošto stalni sudski veštak utvrdi koji deo uplaćene cene se smatra delom koji je dobijen prodajom nepokretnosti a koji deo ukupne cene je dobijen prodajom pokretnih stvari, pristupa se namirenju izvršnih poverilaca i drugih lica koja imaju pravo na namirenje.

Namirenje se vrši odvojeno za potraživanja koja se namiruju iz cene za prodatu nepokretnost, a odvojeno za potraživanja koja se namiruju iz cene ostvarene prodajom pokretnih stvari.

O namirenju se donosi zaključak.

36. Oba postupka namirenja vodi isti sudija. Podlogu za odlučivanje i donošenje zaključka o namirenju čini stanje stvari u spisima predmeta, katastra nepokretnosti i Registra zaloge.

U postupku namirenja postupa se po pravilima koja su predviđena zakonom za namirenje u postupku sprovođenja izvršenja na nepokretnosti i u postupku sprovođenja izvršenja na pokretnim stvarima.

37. Na samom početku primene ZIO (2015) pojedine sudije[15] izrazile su određene rezerve u pogledu ovog novog sredstva izvršenja i ukazali na potencijalne probleme koji mogu da se jave u domenu sprovođenja izvršenja i to prvenstveno zbog mogućnosti naknadnog spajanja i razdvajanja postupaka sprovođenja izvršenja koji su bili u toku zbog preplitanja nadležnosti izvršnog suda i javnih izvršitelja.

GORDANA STANKOVIĆ, Ph.D.,
Full Professor, University of Niš

A JOINT SALE OF REAL ESTATE AND MOVABLE PROPERTY

Summary

A joint sale of real estate and movable property of an executive debtor represents a new enforcement instrument for settlement of monetary claims of an executive creditor introduced by the Law on Enforcement and Security (2015) although it has not explicitly been named as an enforcement instrument in the re-

[15] Videti: Z. Rogić, Najvažnije izmene i novine u izvršenju na nepokretnostima u novom ZIO, Zbornik radova "*Primena novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju,*" redaktor prof. dr Nebojša Šarkić, Glosarijum, Beograd, 2016, str. 79.

gulation where enforcement instruments for settlement of monetary claims have been listed.

In this paper the author critically analyzes the legal regulations which norm this institute and states that it has to enable a more complete and more efficient settlement of an executive creditor, prevent fragmentation of an executive debtor's property and partial encashment of objects and prevent certain objects of enforcement from remaining unsold whose keeping and possible maintenance can cause additional cost to the parties. A joint sale also lowers the costs since in the public sale both the real estate and movable property of the same executive debtor are sold simultaneously, achieving this way efficiency and economy in acting and improvingthe odds for settlement of an executive creditor or creditors. A joint sale of real estate and certain movable property enables a buyer in the public bidding to start a certain activity or economic business by the act of buying the real estate and movable property which represent an economic entity.

ARSEN JANEVSKI

JAVNOBELEŽNIČKI PLATNI NALOG

U V O D

Javno beležništvo u Republici Makedoniji uvedeno je 1996. Zakonom o obavljanju notarskih poslova.[1] Zakon o notarijatu,[2] donet je 2007, a maja 2016. donet je treći po redu Zakon o javnom beležništvu (ZJB).[3] U ovom radu kritički se analiziraju nova zakonska rešenja koja se odnose na javnobeležnički platni nalog, kao novi institut.

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju iz 2009 godine,[4] izvršen je transfer sudskih nadležnosti u domenu izdavanja platnih naloga i javni beležnici dobili su novu izvornu nadležnost da donose rešenja kojima se dopušta izvršenje na osnovu verodostojnih isprava i koja predstavljaju izvršne isprave. Nakon toga, ova izvorna nadležnost javnih beležnika predviđena je i u ZJB kao

---

Dr Arsen Janevski, profesor u trajnom zvanju, Pravni fakultet "Justinijan Prvi" – Skopje, Republika Makedonija.

[1] Zakonot za vršenje na notarskite raboti ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*" br. 25/1996). U daljem tekstu ZVNR.

[2] Zakonot za noterijatot ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*" br. 25/2007). U daljem tekstu ZN.

[3] Zakon za notarijatot ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*" br. 72/2016,142/2016). Primena zakona trebalo je da počne 20.8.2016, ali je odložena do 31.12.2016 i u primeni je od 1.1.2017.U daljem tekstu ZJB.

[4] Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Zakonot za izvršuvanje ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*" br. 83/2009). U daljem tekstu ZID (2009).

institut javnobeležnički platni nalog. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku 2015.[5] predviđene su, između ostalog, i suštinske novine u postupku za izdavanje platnog naloga. Intervencija zakonodavca u pogledu postupka po platnom nalogu bila je sasvim opravdana jer je prvi put napravljena distinkcija između sudskog platnog naloga i javnobeležničkog platnog naloga, preuređen je postupak po sudskom platnom nalogu i propisan je postupak po prigovoru protiv javnobeležničkog platnog naloga. Iz ovih razloga u ovom radu izložićemo prvo novine u postupku po platnom nalogu prema ZIDZPP (2015), a potom i iz postupka po javnobeležničkom platnom nalogu.

NOVINE U POSTUPKU PO PLATNOM NALOGU PREMA ZID ZPP IZ 2015 GODINE

Novelom ZI (2009) regulisan je postupak za donošenje rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave kao izvorna nadležnost javnih beležnika i iako to nije bilo predviđeno Zakonom o javnom beležništvu.[6] Istovremeno, novelama Zakona o parničnom postupku, u postupku za izdavanje platnog naloga bilo je predviđeno da poverilac može da zahteva od javnog beležnika da donese rešenje kojim se dozvoljava izvršenje na osnovu verodostojne isprave, a da sud može da izda platni nalog samo ako tužilac učini verovatnim postojanje pravnog interesa za izdavanje platnog naloga. Ukoliko tužilac ne učini verovatnim postojanje pravnog interesa za izdavanje platnog naloga, sud će odbaciti tužbu.[7] Novelom ZPP (2010) ponovo su izvršene intervencije u pogledu postupaka za izdavanje platnog naloga tako što je predviđeno da će sud izdati platni nalog u slučaju da je u pitanju dospelo novčano potraživanje koje se dokazuje verodo-

[5] Zakonot za parničnata postapka ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*" br. 79/2005, 110/2008, 83/2009,116/2010, 124/2015).

[6] Prema članu 17. ZID ZI iz 2009. godine, odredbe ovog zakona trbalo je da se primenjuju od 1 jula 2010. Međutim, Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju iz 2010. ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*" br. 88/2010), primena ovih odredbi odložena je za godinu dana tj. do 2011, tako da su javni beležnici počeli da donose rešenja kojima se dopušta izvršenje na osnovu verodostojnih isprava od 1.7. 2011. Detaljno: A. Janevski, T. Zoroska Kamilovska, *Graćansko procesno pravo*, kniga prva, *Parnično pravo*, vtoro izmeneto i dopolneto izdanie, Skopje, 2012, str. 510-516; A. Janevski, T. Zoroska Kamilovska, Izmenite vo parničnoto, vonparničnoto i izvršnoto zakonodavstvo na Republika Makedonija vo svetlo na aktuelnite trendovi za zabrzuvanje na postapkite, *Delovno pravo*, br. 24/2011, str. 17-18; A. Janevski, T. Zoroska Kamilovska, M. Rakočević, Najnovite izmeni vo parničnoto zakonodavstvo na Republika Makedonija spored novelata na Zakonot za parničnata postapka od 2015 godina, *Delovno pravo*, br. 33/2015, str. 59-82; A. Janevski, T. Zoroska Kamilovska, *Graćansko procesno pravo*, kniga treta, *Izvršno pravo*, Skopje, 2011, str. 45, 46 i sled.; A. Janevski, T. Zoroska Kamilovska, Izmenite vo Zakonot za parničnata postapka i vo Zakonot za izvršuvanje i nivnoto vlijanie na rabotata na notarite, *Notarius*, br. 19/2011, str. 34-55.

[7] Vidi čl.1 ZID ZPP (2009).

stojnom ispravom, a dužnik je u postupku donošenja rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave kod javnog beležnika izjavio prigovor u skladu sa ZI i ako je tužilac učinio verovatnim postojanje pravnog interesa za izdavanje platnog naloga. Ako tužilac ne učini verovatnim postojanje pravnog interesa ili ne zahteva od javnog beležnika donošenje rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave, sud će odbaciti tužbu.[8] Zakonodavac je u ZID ZPP (2015) još jednom intervenisao u pogledu postupka za izdavanje platnog naloga tako što je novim odredbama uredio situacije u kojima sud može da izda sudski platni nalog. Ovim izmenama zakonodavac je napravio distinkciju između sudskog platnog naloga i javnobeležničkog platnog naloga, prvi put je uveo termin javnobeležnički platni nalog, preuredio postupak po sudskom platnom nalogu i uredio postupak po prigovoru protiv javnobeležničkog platnog naloga. Razlika između ovih platnih naloga nije samo u nazivu, već i u postupku donošenja javnobeležničkog platnog naloga koji je uređen u ZJB.

U novelama ZPP (2015) promenjen je, pre svega, rubrum u pogledu posebnog parničnog postupka za izdavanje platnog naloga tako da on glasi „Postupak po sudskom platnom nalogu,"[9] a predviđene su i nove odredbe kojima je uređen postupak po prigovoru protiv javnobeležničkog platnog naloga pod rubrumom „Postupak po prigovoru po javnobeležničkom platnom nalogu." Zbog ovih izmena, izvršene su i terminološke izmene u ZPP i termin „platni nalog" zamenjen je terminom „sudski platni nalog."[10]

ZID ZPP (2015) predvideo je nova rešenja u slučaju da sud izdaje platni nalog. ZPP je do tada predviđao da će sud izdati platni nalog ukoliko tužilac učini verovatnim postojanje pravnog interesa za izdavanje platnog naloga. U sudskoj praksi je ovo rešenje bilo problematizovano jer se postavilo pitanje koje su to situacije kada tužilac ima pravni interes da traži od suda izdavanje platnog naloga, umesto da ostvaruje svoje pravo pred javnim beležnikom traženjem da se donese rešenja kojim se određuje izvršenje na osnovu verodostojne isprave. ZID ZPP (2015) izričito je predvideo da sud izdaje sudski platni nalog samo ako se tužbeni zahtev odnosi na dospelo potraživanje u novcu, koje se dokazuje verodostojnom ispravom priloženom uz tužbu u orginalu ili u overenom prepisu, i ako obaveza treba da se ispuni u inostranstvu. Novela ZPP (2015) predvidela je da prvostepeni

[8] Vidi čl.96 ZID ZPP (2010).

[9] Vidi čl. 30 ZID ZPP (2015).

[10] Zakonodavac je ovako postupio zbog toga što je u to vreme pripreman ZJB koji je bio u fazi predloga, a koji je predviđao javnobeležnički platni nalog, pa se htelo da se novelirane odredbe ZPP usaglase sa budućim zakonskim rešenjima. Pored toga, bio je u toku i postupak donošenja novog ZI, koji je bio u fazi zakonskog predloga, a u kome nisu bile predviđene odredbe o donošenju rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave, te je u Predlogu ZJB bio uređen postupak za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga.

postupak za izdavanje sudskog platnog naloga treba da se završi u roku od tri meseca, a drugostepeni sud po žalbi protiv odluke prvostepenog suda treba da odluči u roku od trideset dana.[11] Za tužbu kojom se traži izdavanje sudskog platnog naloga plaća se sudska taksa u roku od osam dana, a u slučaju propuštanja smatra se da je tužba povučena.

Novelom ZPP (2015) zakonodavac je uredio i krug verodostojnih isprava na osnovu kojih sud izdaje sudski platni nalog. Umesto prethodnog zakonskog rešenja po kome su verodostojne isprave bile navedene *exempli causa*, novelom su verodostojne isprave taksativno nabrojane i njihov broj je smanjen. Prema novom zakonskom rešenju, verodostojne isprave na osnovu kojih sud izdaje sudski platni nalog su: javne isprave, menice i čekovi sa protestom i povratnim računima ako su isti potrebni za zasnivanje zahteva, fakture i isprave koje po posebnim propisima imaju značaj javnih isprava. Kao verodostojne isprave za izdavanje sudskog platnog naloga nisu više predviđene: privatne isprave na kojima je potpis dužnika overio nadležan organ za overavanje i izvodi iz overenih poslovnih knjiga. Ne vidimo, međutim, da postoji bilo koji razlog zbog koga su izostavljne navedene isprave sa liste verodostojnih isprava koje su osnov za donošenje sudskog platnog naloga.

Značajnu novinu Novela ZPP (2015) predstavlja brisanje odredbu kojom je bila normirana mogućnost da sud može doneti nedokumentarni platni nalog.[12] Zakonodavac nije dao objašnjenje zašto je brisao odredbe o nedokumentarnom platnom nalogu. Jedino objašnjenje bi moglo biti to što je drastično povećan vrednosni cenzus kod spora male vrednosti, od 180.000 denara (što je približno 3000 eura), na 600.000 denara (što je približno 10.000 eura). Pored toga, značajna novina, kao što je već rečeno, je i regulisanje postupka po prigovoru protiv javnobeležničkog platnog naloga.[13]

JAVNOBELEŽNIČKI PLATNI NALOG

Pošto su odredbama ZID ZI (2009) javni beležnici dobili izvornu nadležnost da mogu da na predlog poverioca donesu rešenje kojim se dozvoljava izvrše-

[11] Vidi čl. 33 ZID ZPP (2015) kojim se menja čl. 418 ZPP.

[12] Članom 35 ZID ZPP (2015) briše se član 419. ZPP koji je predviđao da sud može da izda platni nalog samo protiv glavnog dužnika kao tuženog kada se tužbeni zahtev odnosi na dospelo potraživanje u novcu koje ne prelazi iznos od 180.000 denara i ako uz tužbu nisu priložene verodostojne isprave, a u tužbi je iznet osnov i iznos dugovanja i priloženi su dokazi na osnovu kojih može da se utvrdi istinitost tužbenih navoda.

[13] Postupak po prigovoru na javnobeležnički platni nalog uređen je odredbama člana 42. ZID ZPP (2015) u kome su dodata nova tri člana: 428a, 428b i 428v. O sadržini ovih odredbi i njihovoj elaboraciji biće reči u ovom radu kada bude obrađeno pitanje prigovora protiv javnobeležničkog platnog naloga.

nje na osnovu verodostojne isprave za dospela novčana potraživanja s tim da ovo rešenje ima svojstvo izvršne isprave i prestavlja osnov za sprovođenje izvršenja, ova izvorna nadležnost javnih beležnika bila je uređena u ZJB (2016)[14] kao javnobeležnički platni nalog.

Pokretanje postupka i mesna nadležnost. – Postupak za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga na osnovu verodostojne isprave prema odredbi stava 1. člana 68. ZJB pokreće se predlogom. Predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga podnosi se javnom beležniku na čijem području dužnik koji je fizičko lice ima prebivalište ili boravište, a ako je pravno lice gde ima sedište. S obzirom da ZJB nema izričitu odredbu kom javnom beležniku se podnosi predlog ako na tom području ima više javnih beležnika, smatramo da poverilac kao predlagač po svom izboru bira javnog beležnika kome podnosi predlog, što je posledica načela dispozicije.[15] U ZJB nema odredbe kojom bi poverilac bio ograničen u pogledu izbora javnog beležnika kome bi podneo predlog, kao što je to predviđeno u odredbi člana 135. stav 2. Zakona o vanparničnom postupku.[16] Predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga, podnosi se u dovoljnom broju primeraka i priloga; dospelost novčanog potraživanja dokazuje se verodostojnom ispravom, priloženom uz predlog u orginalu ili u prepisu overenom kod javnog beležnika (član 70. stav 1. ZJB).

Obavezno sastavljanje podnesaka u postupku izdavanja javnobeležničkog platnog naloga kod advokata. – U odredbi stava 2. člana 68. ZJB, po prvi put predviđeno je novo zakonsko rešenje u kome je izričito predviđeno da podneske u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga obavezno mora da sastavi advokat i da oni moraju da imaju advokatski pečat i potpis, izuzev kada je poverilac Republika Makedonija.[17] Advokat mora obavezno da sastavi: predlog za izdavanje rešenje za javnobeležnički platni nalog na osnovu verodostojne isprave, pri-

[14] Javnobeležnički platni nalog uređen je odredbama čl. 68-81 ZJB (2016). Odredbe kojima je uređen javnobeležnički platni nalog dobrim delom imaju istu sadržinu kao i odredbe kojima je bio uređen postupak za donošenje rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave (čl. 16a-16ž ZID ZI – 2009).Članom 81. ZJB (2015) predviđena je supsidijarna primena ZPP u ovom postupku te se u nedostatku odredbi u ZJB shodno primenjuju odredbe ZPP.

[15] Tako i T. Tomanović, Notarski platen nalog, *Delovno pravo*, br. 35/2016, str.85. ZID ZI (2009) u članu 16a imao je izričitu odredbu da poverilac podnosi predlog javnom beležniku po svom izboru na čijem području je boravušte ili prebivalište odn. sedište dužnika.

[16] Prema članu 135. stav 2. Zakona o vanparničnom postupku ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*" br. 9/2008), kada na području suda ima više javnih beležnika, predmeti im se dodeljuju ravnomerno prema azbučnom redosledu prezimena javnih beležnika.

[17] Obavezno advokatsko zastupanje (zahtev za pokretanje izvršenja, podnošenje prigovora i podnošenje žalbe) u postupku izvršenja predviđa i ZI (2016). Vidi član 28, 86. stav 1 i 87. stav 1. ZI. Detaljno: A. Janevski, Zakon o izvršenju iz 2005. godine i novi Zakon o izvršenju Republike Makedonije iz 2016. godine, *Zbornik radova s* II Međunarodnog savjetovanja "*Aktualnosti građanskog*

govor protiv rešenja kojim je izdat javnobeležnički platni nalog ili u odnosu na odluku o troškovima postupka, prigovor protiv rešenja javnog beležnika kojim se odbacuje predlog kao neuredan, predlog za ukidanje potvrde o pravnosnažnosti i izvršnosti, prigovor protiv rešenja javnog beležnika za ukidanje potvrde o pravnosnažnosti i izvršnosti, prigovor protiv odluke javnog beležnika kojom se odbija predlog za ukidanje potvrde o pravnosnažnosti i izvršnosti, žalbu protiv rešenja suda. Svi ovi podnesci obavezno treba da sadrže advokatski pečat i potpis.

Iz dikcije člana 68. stav 2. ZJB, dobija se utisak da se ova zakonska odredba ne odnosi na ostale podneske koje stranke podnose javnom beležniku u toku postupka za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga,[18] iako je intencija zakonodavca bila da sve podneske stranaka sastavlja advokat i da oni imaju potpis i pečat advokata. Odredbom člana 68. stav 2. ZJB nisu obuhvaćeni svi podnesci stranaka u ovom postupku povodom rešenja koja donosi javni beležnik. Tako, nije predviđeno da mora advokat da sastavi i podnese žalbu koju poverilac može da izjavi protiv rešenja kojim se smatra da je predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga povučen zato što nije plaćena sudska taksa (član 71. stav 8. ZJB), predlog kojim se povlači žalba protiv rešenja o povlačenju donetog javnobeležničkog platnog naloga (član 76. ZJB), prigovor protiv rešenja kojim se traži ispravka rešenja koje je doneo javni beležnik u toku postupka, predlog za protivizvršenje i prigovor na rešenje koje je doneto po predlogu i dr.

Postavlja se i pitanje kako će postupiti javni beležnik kad primi predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga koji nije sastavio advokat i koji nema potpis i pečat advokata? Iako ZJB nema izričitu odredbu o tome, iz odredbe koja je sadržana u članu 71. ZJB koji uređuje postupak po predlogu za izdavanje javnobeležničkog platnog nalog, proizlazi da je predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga koji nije sastavio advokat i koji nema njegov potpis i pečat neuredan, te ga treba vratiti poveriocu da ga uredi prema datim uputstvima i da ga vrati u roku od osam dana od dana prijema obaveštenja. Ako poverilac ne podnese ispravljeni predlog u određenom roku, javni beležnik će doneti rešenje kojim će utvrditi da se predlog smatra povučenim (član 71. stav 5. ZJB). Ako predlog bude podnet u roku, a nije uređen prema datim uputstvima, javni beležnik će doneti rešenje kojim odbacuje predlog. Protiv tog rešenja dozvoljen je prigovor (član 71. stav 6. ZJB).

Iako je u članu 68. stav 2. ZJB, predviđeno da predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga obavezno mora da sastavi advokat, kao i da on ima potpis i pečat advokata, u stavu 3. člana 68. ZJB, predviđen je izuzetak. Predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga koji se odnosi na određena novča-

procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća," Split, 2016. str. 48 i sled.

[18] Tako i T.Tomanović, cit.delo, str. 86.

na potraživanja koja proizlaze iz komunalnih i sličnih usluga[19] ne mora da sastavi advokat, a samim tim on ne mora da sadrži potpis i pečat advokata. Međutim, poverilac je dužan da pre podnošenja predloga podnese zahtev za izvansudsku naplatu duga preko Komore izvršitelja (član 240. stav 1. ZI) i ukoliko izvansudska naplata duga nije uspela, tek tada poverilac može sam, bez advokata da podnese predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga.

Kada su u pitanju predlozi za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga koji je podneo poverilac koji pruža određene usluge, javni beležnik je dužan da vodi računa o tome da li se radi o novčanom potraživanju iz komunalnih usluga iz člana 68. stav 3. ZJB, da li je potraživanje u okviru dozvoljenog vrednosnog cenzusa i da li je poverilac prethodno tražio izvansudsku naplatu. Ako je poverilac tražio izvansudsku naplatu, a dužnik nije pristao da plati dug, odnosno izvansudska naplata nije uspela, tek tada poverilac može da podnese predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga pod uslovom da je uz predlog priložio dokaz da izvansudska naplata koju vodi izvršitelj nije uspela. Ako poverilac ne podnse dokaz da izvansudska naplata duga nije uspela, javni beležnik je dužan da zatraži od poverioca da podnese dokaz u roku od osam dana, a ako poverilac to ne učini, javni beležnik donosi rešenje kojim odbacuje predlog. Protiv tog rešenja poverilac ima pravo na prigovor. U odredbama ZI kojim je uređena izvansudska naplata (član 240-244 ZI) nema odredbe kojom se uređuje pitanje neuspešne izvansudske naplate, osim što je u članu 240. stav 4. ZI, predviđeno da je izvršitelj dužan da donese zaključak kojim odbija zahtev ali samo iz razloga koji su izričito navedeni u članu 240. stav 4. alineja 1-3.[20] ZI je predvideo mogućnost da, pored ostalih pitanja koja nisu uređena u ZI, Komora izvršitelja na osnovu člana 240. stav 5. ZI, uz prethodnu saglasnost Ministarstva za pravdu, donosi akt kojim se uređuju, pored drugih pitanja, i pitanje sadržine i načina podnošenja zahteva za izvansudsku naplatu koji podnosi poverilac i sadržinu odgovora i način dostavljanja odgovora Komore poveriocu.

Povodom neposrednog podnošenja predloga za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga bez učešće advokata za limitirane iznose novčanih potraživanja koja proizlaze iz komunalnih usluga, u praksi se postavilo pitanje da li mogu da se kumuliraju novčana potraživanja iz istog osnova koja proizlaze iz više verodostoj-

[19] U pitanju su potraživanja iz verodostojne isprave (fakture): za vodu, smeće i održavanje zajedničkih prostorija u iznosu do 2.000,00 denara (33 eura); za električnu ili toplotnu energiju u iznosu do 6.000,00 denara (100 eura); za telefon i potraživanja mobilnog ili kablovskog operatera u iznosu do 2.000,00 denara (33 eura).

[20] Izvršitelj je dužan da donese zaključak kojim odbija zahtav za izvansudsku naplatu duga ako poverilac ne priloži dokaz kojim je Komora odredila izvršitelja da postupa po zahtevu za izvansudsku naplatu duga, ne podnese dokaz da Komora nije odgovorila na zahtev poverioca da se odredi izvršitelj u roku od pet dana od dana prijema zahteva i ako ne avansira cenu za administriranje zahteva i materijalne troškove za dostavljanje (član 240. stav 4. alineja 1,2. i 3. ZI).

nih isprava (faktura) sa različnim iznosima do 2.000,00 odnosno do 6.000,00 denara? Ako se ima u vidu član 240. stav 1. ZI u kom je jasno navedeno da poverilac mora neposredno da podnese zahtev za izvansudsku naplatu duga koji proizlazi iz komunalnih usluga pre no što pokrene postupak za donošenje rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave[21] (reči verodostojna isprava su upotrebljene u jednini), proizlazi da ne mogu da se kumuliraju novčana potraživanja iz istog osnova koja proizlaze iz više verodostojnih isprava (faktura) i kad su iznosi manji od 2.000,00 odnosno 6.000,00 denara. To znači da za svako potraživanje koje je navedeno u verodostojnoj ispravi, ma koliki bio iznos koji je manje od 2.000,00 denara, odnosno manji od 6.000,00 denara, poverilac mora prvo da podnese zahtev Komori izvršitelja za izvansudsku naplatu, pa tek ako ta naplata bude neuspešna može da podnese predlog javnom beležniku da izda javnobeležnički platni nalog. Imajući u vidu da ovo zakonsko rešenje nije ni racionalno ni ekonomično, teško bi moglo da se pretpostavi da je ideja i zamisao zakonodavca bila ona koja proizlazi iz napred navedene zakonske odredbe.[22] Očigledno je da je u pitanju loša redakcija koja u primeni zakona izaziva velike troškove, probleme i nesporazume između advokata, izvršitelja i javnih beležnika. Zato je potrebno da se u ovom delu ZI i ZJB što pre izmene i usaglase.

Pored navedenog izuzetka kad nije potrebno da poveriocu koji pruža komunalne i slične usluge predlog sastavi advokat, ZJB u stavu 4. člana 68, predviđa još jedan izuzetak. Kada predlog za izdavanje jvnobeležničkog platnog naloga podnosi banka, štedionica, finansijsko društvo, davalac finansijskog lizinga ili osiguravajuće društvo kao poverilac, predlog ne mora da sastavi advokat ako je vrednost potraživanja u verodostojnoj ispravi ispod 10.000 eura. Navedenim poveriocima predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga mogu da sastave njihove stručne službe. Međutim, ako je potraživanje iznad 10.000 eura, pred-

[21] U članu 240. stav 1. ZI, zbog očiglednog redakcijskog propusta tekst glasi:" pre nego što započne postupak za donošenje rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave u skladu sa odredbama Zakona o javnom beležništvu", iako bi trebalo da glasi:"pre nego što se podnese predlog za izdavanje rešenje za javnobeležnički platni nalog na osnovu verodostojne isprave u skladu sa odredbama Zakona o javnom beležništvu."

[22] U postupku za izdavanje sudskog platnog naloga uređenog odredbama ZPP pre novele iz 2015, kada nije pravljena distinkcija između sudskog i javnobeležničkog platnog naloga, nema nikakvih ograničenja za izdavanje platnog naloga. Izuzetak je predviđen u postupku po privrednim sporovima, nakon Novele ZPP (2015). U tom postupku za novčana potraživanja čiji iznos ne prelazi 1.000.000,00 denara (16.000 eura), pre nego što se podnese tužba, stranke su dužne da pokušaju da spor reše putem medijacije. Tužbu uz koju nije priložen dokaz da medijacija nije uspela sud će odbaciti. U drugim slučajevima nije predviđen nikakav vrednosni cenzus, niti je predviđeno da advokat obavezno sastavlja tužbu i druge podneske. Na dispoziciji stranke je da li će u postupku nastupati sama ili će kao punomoćnika angažovati advokata ili drugo lice koje po odredbama ZPP može biti punomoćnik (član 81. stav 1. ZPP).

log mora da sastavi advokat i on mora da sadrži njegov pečat i potpis. Iz sadržine odredbe člana 68. stav 4, ZJB nameće se zaključak da se izuzetak odnosi samo na predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga, a ne i za ostale podneske koji su navedeni u stavu 2. člana 68. ZJB. Povodom ovog zakonskog rešenja osnovano se postavlja pitanje zašto je zakonodavac privilegovao navedene finansijske organizacije (i to samo za sastavljanje i podnošenje predloga za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga, a ne i za sve druge podneske u tom postupku) u odnosu na sve druge pravne subjekte (privredna društva, javna preduzeća, ustanove i dr.) iako najveći deo njih ili svi imaju posebne stručne službe za pravne poslove ili koriste punomoćnike u skladu sa ZPP. Ovakvu distinkciju ne pravi ni ZPP bilo da je u pitanju postupak po platnom nalogu ili bilo koji drugi parnični postupak.

Obavezno sastavljanje i podnošenje predloga i drugih podnesaka od strane advokata u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga opravdano nameće pitanje da li to dovodi do povećanja troškova postupka i da li pogoršava položaj dužnika. Osim toga, postavlja se i pitanje da li su ove navedene odredbe ZJB u saglasnosti sa članom 54. i 55. Ustava Republike Makedonije. Ustav u članu 54. stav 1. predviđa da "sloboda i prava čoveka i građanina mogu da se ograniče samo u slučajevima utvrđenim Ustavom," te iz ove odredbe proizlazi da se zakonom ne može ograniči pravo građanina da sam sastavi i podnese predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga kao i druge podneske koji su navedeni u članu 68. stav 2. ZJB. Ustav u članu 55. stav 2, predviđa: "Republika obezbeđuje jednaki pravni položaj svim subjektima na tržištu. Republika preuzima mere protiv monopolskog položaja i monopolskog ponašanja na tržištu...". Iz ove odredbe proizlazi da Republika Makedonija, banke, štedionice, finansijska društva, davaoce finansijskog lizinga ili društva za osiguranje, kao pravna lica, stavlja u privilegovani položaju u odnosu na ostala pravna lica i na taj način vrši diskriminaciju koja po Ustavu nije dozvoljena. Diskriminisani su i svi pravnici koji su zaposleni u tim pravnim licima, a koji ispunjavaju sve uslove za zastupanje. Posebno se postavlja pitanje kako je moguće da diplomirani pravnici sa položenim pravosudnim ispitom, koji su zaposleni u pravnim licima, mogu biti zastupnici stranaka u parničnom i u drugim sudskim postupcima, da prema odredbama ZPP i da mogu da sastave tužbu za izdavanje sudskog platnog naloga, a da ne mogu da sastave predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga i druge podneske u ovom postupku. Isto tako, postavlja se pitanje kako je moguće da taj isti diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom koji u postupku pred javnim beležnikom nije mogao da sastavi predlog i druge podneske, u postupku po prigovoru na javnobeležnički platni nalog pred sudom može da bude punomoćnik. Ostaje otvoreno pitanje da li će biti podneta inicijativa pred Ustavnim sudom i ako budu osporena navedena zakonska rešenja kakva će biti odluka Ustavnog suda.

Ovoreno je i pitanje da li obavezno advokatsko sastavljanje predloga za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga i ostalih podnesaka znači i obavezno

učešće advokata u daljem toku postupka. Ako se striktno tumači odredba po kojoj predlog i ostale podneske obavezno sastavlja ih advokat i da oni mora da sadrže advokatski pečat i potpis, to bi značilo da sastavljanjem podneska prestaje punomoćje jer ono odnosi samo na jednu procesnu radnju. Mešutim, ako je advokat dobio punomoćje i za zastupanje poverioca ili dužnika, onda on i u daljem toku postupka ima pravo i obavezu da preduzima sve procesne radnje u tom postupku. Čini se da cilj zakonodavca nije bio da se uvede obavezno advokatsko zastupanje stranaka u postuku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga na osnovu verodostojne isprave, nego samo sastavljanje određenih podnesaka u interesu advokature.

Sadržina predloga za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga. – Predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga na osnovu verodostojne isprave treba da sadrži: 1) naziv javnog beležnika koji treba da postupa po predlogu, 2) podatke o poveriocu i dužniku, sa njihovim imenima odn. firmi, adresu, EMBG, EMBS, njihov račun u banci, kao i sve ono što je potrebno za identifikaciju i pronalaženje stranaka (podatke koje treba da sadrži svaki podnesak), 3) vid i iznos potraživanja, 4) vreme ispunjenja obaveze i njena dospelost; 5) zahtev za izdavanje platnog naloga kojim se nalaže dužniku, da pod pretnjom prinudnog izvršenja, plati u određenom roku novčano potraživanje koje proizlazi iz verodostojne isprave, 6) pismenu izjavu poverioca da je potraživanje dospelo, ako iz se verodostojne isprave ne vidi kada dospeva potraživanje, i da označi dan dospelosti potraživanja, 7) troškovnik koji treba da sadrži iznos troškova koji treba da plati dužnik povodom podnetog predloga, 8) dokaz da je plaćena sudska taksa, 9) druge navode koji bi bili od značaja da bi mogao javni beležnik da postupa po predlogu, 10) potpis podnosioca predloga.[23]

Osnov za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga. – Predlog kojim se zahteva donošenje rešenja o javnobeležničkom platnom nalogu na osnovu verodostojne isprave podnosi se za dospelo novčano potraživanje koje se dokazuje verodostojnom ispravom priloženom uz predlog u orginalu ili u prepisu koji je overio javni beležnik (člani 70. stav 1. ZJB). Da bi javni beležnik mogao da izda javnobeležnički platni nalog na osnovu verodostojne isprave prvi uslov je da se radi o novčanom potraživanju i da je ono dospelo. Ako se iz verodostojne isprave ne vidi kada dospeva potraživanje, javni beležnik će izdati javnobeležnički platni nalog ako poverilac podnese pismenu izjavu da je dospelo potraživanje i ako označi dan dospelosti. Drugi uslov da se donese javnobeležnički platni nalog odnosi se

[23] Neki od napred navedenih elemenata koje treba da sadrži predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga su izričito navedeni u članu 69. ZJB, a neki su navedeni po članu 81. ZJB koji predviđa da se u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga u nedostataku odredbi u ZJB shodno primenjuju odredbe ZPP.

na verodostojnu ispravu kojom se dokazuje dospelost novčanog potraživanje koja treba da bude ppriložena u orginalu ili u overenom prepisu.[24]

ZJB u članu 70. stav 2, taksativno je nabrojao isprave koje se smatraju za verodostojne iako nije definisao šta je verodostojna isprava. Zbog toga bi za potrebe ZJB verodostojne isprave bile samo one na osnovu kojih javni beležnik može da izda javnobeležnički platni nalog.[25] Prema članu 70. stav 2. ZJB, verodostojne isprave su: 1) faktura; 2) menica i ček sa protestom i sa povratnim računom; 3) izvod iz overenih poslovnih knjiga banke, štedionice, finansijskog društva, davaica finansijskog lizinga ili osiguravajućeg društva; 4) javna isprava i 5) isprave koje prema posebnim propisima imaju značaj javnih isprava.[26] U pogledu toga šta se smatra verodostojnom ispravom ZJB prati Novelu ZPP (2015) koja je reducirala broj verodostojnih isprava. Za razliku od ZPP, u kome su verodostojne isprave bile nabrojane primera radi, a ne taksativno, kao što je to bilo u Noveli ZI (2009), gde nije postojala razlika u pogledu broja verodostojnih isprava, Novela ZPP (2015) taksativnim nabrajanjem verodostojnih isprava limitirala je njihov broj, što je prihvaćeno i u ZJB. Za razliku od Novele ZI (2009) u kojoj je bio uređen postupak po predlogu za donošenje rešenja kojim se dozvoljava izvršenje na osnovu verodostojne isprave, u ZJB nisu predviđene kao verodostojne isprave "prema zakonu overena privatna isprava"[27] i "obračun kamate." [28]

---

[24] Imajući u vidu da ZJB u članu 70. stav 1, izričito navodi da verodostojna isprava kojom se dokazuje novčano potraživanje treba da bude priložena u orginalu ili u prepisu koji je overio javni beležnik, ne bi moglo na da se osnovu člana 81. ZJB, koji predviđa mogućnost supsidijarne primene ZPP, primeni odredba člana 472. stav 2. ZPP koji predviđa da isprava na osnovu koje se izdaje platni nalog ne mora da bude u orginalu ili u overenom prepisu i da je dovoljno da je prepis takve isprave overio ovlašćeni organ pravnog lica.

[25] Tako i A. Janevski, T.Zoroska Kamilovska, Izmenite vo Zakonot za parničnata postapka i vo Zakonot za izvršuvanje i nivnoto vlijanie na rabotata na notarite, *Notarius*, br.19/2011, str. 42-43.

[26] Za razliku od Novele ZI (2009), novi Zakon o izvršenju ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*"br. 76/2016, 142/2016) u članu 11. stav 1. tačka 14. pod verodostojnim ispravama na osnovu kojih može da se traži izvansudska naplata duga smatra: fakturu, obračun kamate, javnu ispravu, izvod iz overenih poslovnih knjiga, polisu osiguranja, tovarni list, privremenu građevinsku situaciju i druge isprave koje prema zakonu imaju karakter javnih isprava.

[27] Izostavljanje overene privatne isprave iz liste verodostojnih isprava na osnovu kojih je ranije sud izdavao platni nalog, a javni beležnik donosio rešenje kojim se dozvoljava izvršenje, čini se da nije opravdano. Ovo iz razloga što su i poverilac i dužnik podjednako zaštićeni i mogu putem prigovora da spreče nastupanje pravnosnažnosti i izvršnosti i sudskog i javnobeležničkog platnog naloga.

[28] "Obračun kamate" može da se podvede pod pojam "fakture" u smislu člana 70. stav 2. tačka 1. ZJB. Obračun kamate se javlja kod novčanih potraživanja i predstavlja ispravu ako je kamata obračunata u pismenoj formi. Obračun kamate treba da sadrži sve elemente koje sadrži faktura. Obračunata kamata treba da bude sačinjena u formi fakture i treba da sadrži sve elemente koji su

Da bi verodostojna isprava bila podobna da javni beležnik izda javnobeležnički platni nalog, u njoj treba da je naveden poverilac, dužnik, vrsta i obim potraživanja i vreme ispunjenja obaveze.[29] Ako se iz verodostojne isprave ne vidi dospelost potraživanja, javni beležnik može da donese javnobeležnički platni nalog samo ako poverilac podnese pismenu izjavu da je potraživanje dospelo i ako označi dan dospelosti.

Vrste verodostojnih isprava. 1) Faktura. – Faktura je verodostojna isprava na osnovu koje javni beležnik može da donese javnobeležnički platni nalog. Fakturu izdaje poverilac, a dostavlja dužniku za isporučenu robu ili obavljenu uslugu. Da bi bila verodostojna isprava na osnovu koje javni beležnik bi mogao da odluči, faktura treba da sadrži sve bitne elemente predviđene zakonom[30] i da ima potpis i pečat ovlašćenog lica.[31]

2) Menica i ček. – Menica je hartija od vrednosti po nalogu kojom njen emitent (trasant) izdaje bezuslovni nalog drugoj osobi (trasat) korisniku menice (remitent) da isplati određenu sumu novca, ili sam emitent obećava da će izvršiti tu isplatu. Menica kao hartija od vrednosti mora da ima određenu sadržinu[32] i da ispunjava sve pretpostavke od kojih zavisi njena punovažnost. U protivnom ona ne može biti verodostojna isprava. Ček je hartija od vrednosti po naredbi kojim izdavač (emitent) daje nalog drugoj osobi da korisniku čeka isplati određenu sumu novca iz njegovog pokrića. Ono što je napred navedeno za menicu kad se izdaje javnobeležnički platni nalog važi i za ček. Prema ZJB, predviđeno je da uz menicu i ček budu priloženi protest i povratni račun.

---

predviđeni u članu 69. stav 1. ZJB i da se podnese javnom beležniku uz predlog za javnobeležnički platni nalog.

[29] Tako i G.Stanković, V. Boranijašević, *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 81.

[30] To su: ime i prezime ako je u pitanje fizičko lice i EMBG, firma i EMBS, adresa, račun i poreski broj, ko je isporučio robu ili izvršio uslugu; ime i prezime ako je fizičko lice i poreski broj, firma i EDBS, adresa i poreski broj kome je isporučena roba ili izvršena usluga; mesto izdavanje fakture, broj i datum; količina i oznaka isporučene robe, vrsta i količina izvršene usluge; datum isporučene robe i izvršene usluge; cena isporučene robe i izvršene usluge; iznos poreza i ukupni iznos cene sa porezom; rok plaćanja i račun na koji treba de se izvrši plaćanje.

[31] Ne bi trebalo da se prizna svostvo verodostojne isprave fiskalnim računima koji su plaćeni u gotovini za isporučenu robu ili izvršenu uslugu, zbog toga što se iz njih ne može da vidi kome je izdat fiskalni račun za isporučenu robu ili izvršenu uslugu.

[32] Menica mora da sadrži:1) oznaku da je menica, napisano na jeziku na kome je sastavljena; 2) bezuslovni uput da se uplati određena suma novca; 3) ime lica koje treba da plati (trasat); 4) oznaku dospelosti; 5) mesto gde treba da se izvrši plaćanje; 6) ime kome ili po čijoj naredbi treba da se plati (remitent); 7) oznaka dana i mesta gde je izdata menica; i 8) potpis lica koje je izdalo menicu (trasant).

3) Izvod iz overenih poslovnih knjiga banke, štedionice, finansijskog društva, davaoca finansijskog lizinga ili osiguravajućeg društva. – Verodostojne isprave su izvodi iz overenih poslovnih knjiga koje se overavaju od strane organa i lica pre početka njihovog korišćenja.[33] Njih sastavljaju lica koja vode poslovne knjige, po pravilu, sami poverioci ili lica kojima je poverilac poverio vođenje njegovog računovostva. Izvodi iz overenih poslovnih knjiga mogu da budu verodostojne isprave ako se poslovne knjige u pogledu sadržaja i načina njihovog vođenja vode prema računovodstvenim i poreskim propisima. O istinitosti izvoda iz poslovnih knjiga svojim potpisom garantuju zastupnici pravnih lica ili lica kojima je preneto njihovo ovlašćenje, s tim što isprave koje su sastavljene uz pomoć računara mogu umesto potpisa, da imaju faksimil ili drugu prepoznatlivu oznaku lica koja ih je sastavila. Verodostojnost poslovnih knjiga može da potvrdi i javni beležnik.

4) Javna isprava. – Javna isprava kao verodostojna isprava je ona isprava koju je u propisanoj formi izdao državni organ u granicama svoje nadležnosti, kao i isprava koju u takvoj formi izdalo fizičko ili pravno lice u obavljanju javnog ovlašćenja koje mu je povereno zakonom ili propisom zasnovanim na zakonu.[34] Javne isprave mogu biti verodostojne isprave ako sadrže sve ono što mora da ima svaka verodostojna isprava, a to je: da su navedeni poverilac, dužnik, predmet, vrsta, obim i vreme ispunjenja obaveze.

Javna isprava, po pravilu, dokazuje istinitost onoga što se potvrđuje ili određuje u njoj. Priložena javna isprava predstavlja garanciju da potraživanje postoji.[35] Pravilo o dokaznoj snazi javnih isprava kojima se nešto potvrđuje je *presumptio juris tantum* pa je dopušteno dokazivati da su u javnoj ispravi neistinito utvrđene činjenice ili da je isprava nepravilno sastavljena.[36] Javni beležnik ima pravo da,

---

[33] Poslovne knjige se već duže vreme ne overavaju i praksa je protumačila sintagmu "izvod iz overenih poslovnih knjiga" kao "overeni izvod iz neoverenih poslovnih knjiga."

[34] Da bi isprava bila javna treba da ispunjava tri uslova i to: 1) da je nju izdao ovlašćeni organ ili lice, 2) da je izdana u propisanoj formi i 3) da je izdana u okviru nadležnosti odnosno javnog ovlašćenja izdavača. Nedostatak jednog od ova tri elemenata oduzima ispravi svojstvo javne isprave.

[35] U slučaju sumnje o autentičnosti isprave, može da se traži da se o tome izjasni organ od koga isprava navodno potiče. Ako se stane na stanovište da je autentičnost izvesna, onda onaj pred kojim je priložena vezan je za zakonsku prezumciju o istinitosti sadržine isprave.

[36] Dokazivanje da je isprava nepravilno sastavljena obuhvata dokazivanje da ispravu nije izdao organ ili lice koja je u ispravi označena kao izdavač, da po svojoj sadržini isprava ne odgovara izvorniku ili da nije sastavljena u propisanoj formi. Ako isprava nema spoljašnih nedostataka (u pogledu forme, pečata, potpisa i sl.) koji izazivaju sumnju u njenu autentičnost, uzima se da je teret dokazivanja o protivnome na onome koji poriče autentičnost isprave. Ako spoljašni nedostaci izazivaju opravdanu sumnju u njenu autentičnost, teret dokazivanja pada na onoga koji se na takvu ispravu poziva kao na javnu. Kad je autentičnost nesporna, dužnost dokazivanja neistinitosti činjeničnih utvrđenja u ispravi tereti onoga koji poriče njihovu istinitost. O ispravama detaljno: A. Janevski, T. Zoroska Kamilovska, *Građansko procesno pravo*, kniga prva, *Parnično pravo*, vtoro izmeneto i dopl-

ako posumnja u autentičnost javne isprave, zatraži da se izjasni subjekt koji na njoj je označen kao izdavač.

Pored domaćih javnih isprava postoje i strane javne isprave. Ako međunarodnim ugovorom nije nešto drugo predviđeno, strane javne isprave koje su propisno overene, pod uslovom uzajamnosti, imaju istu dokaznu snagu kao i domaće javne isprave. Uz ispravu koja je sastavljena na stranom jeziku prilaže se i overeni prevod na službenom jeziku zemlje u kojoj se podnosi. Sa javnim ispravama izjednačene su i isprave koje se prema posebnim propisima smatraju za javne isprave.

Postupak po predlogu za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga. – Po prijemu predloga za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga na osnovu verodostojne isprave, javni beležnik proverava da li je on dopušten i osnovan. Da bi predlog bio dopušten i osnovan, treba da je podnet od ovlašćenog lica i da se odnosi na dospelo novčano potraživanje koje se dokazuje verodostojnom ispravom, koja treba da bude priložena uz predlog u originalu ili u prepisu koji je overio javni beležnik. Ako javni beležnik oceni da je predlog dopušten i osnovan, on donosi rešenje kojim usvaja predloženi platni nalog (član 71. stav 1. ZJB). Rešenje o javnobeležničkom platnom nalogu, javni beležnik dostavlja poveriocu ili advokatu, kao punomoćniku poverioca, i dužniku. Pored rešenja, dužniku se dostavlja i primerak predloga za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga zajedno sa prilozima (član 71. stav 2. ZJB). Odredba o dostavljanju može izazvati dilemu zbog sveze "ili" te se postavlja pitanje da li je ostavljeno javnom beležniku da oceni kome će dostaviti rešenje, da li poveriocu ili njegovom advokatu. Kome će javni beležnik dostaviti rešenje zavisi od toga ko je podneo predlog javnom beležniku – ako je predlog podneo poverilac, rešenje se dostavlja njemu, a ako je to učinio advokat uz uredno priloženo punomoćje, rešenje se dostavlja advokatu. Činjenica da je advokat sastavio predlog koji mora da ima njegov pečat i potpis nema uticaj na dostavljanje rešenja, ako uz predlog advokat nije priložio punomoćje sa ovlašćenjem za zastupanje.[37] Ako je predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga na osnovu verodostojne isprave podnet protiv državnih organa koji su osnovani zakonom, rešenje o izdavanju javnobeležničkog platnog naloga dostavlja se i državnom organu i Državnom pravobraniocu Republike Makedonije (član 71. stav 3. ZJB).

Ako javni beležnik oceni da predlog za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga nije dopušten ili nije osnovan, onda prosleđuje predmet nadležnom sudu na postupanje i odlučivanje kao da je podneta tužba (član 71. stav 4. ZJB).

---

neto izdanie, Skopje, 2012, str. 326-329; S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, VII izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d. Zagreb, 2014, str. 510-517; G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 447-456.

[37] Tako i T. Tomanović, cit. delo str.89-90.

Javni beležnik po prijemu predloga ocenjuje da li je on uredan i da li sadrži sve elemente koji su predviđeni zakonom. Ako javni beležnik oceni da predlog nije uredan, dužan je da ga vrati ga poveriocu ili njegovom advokatu kao punomoćniku sa nalogom da ga uredi prema datim uputstvima u roku od osam dana od prijema obaveštenja. Ako predlog u određenom roku ne bude ispravljen ili dopunjen, javni beležnik će doneti rešenje kojim će utvrditi da se smatra da je predlog povučen (član 71. stav 5. ZJB). Javni beležnik će doneti rešenje kojim se smatra da je predlog povučen i kada poverilac nije platio sudsku taksu u roku od osam dana od dana kada je podneo predlog (član 71. stav 8. ZJB).

Ako poverilac ili njegov advokat podnese predlog koji nije uređen prema datim uputstvima, javni beležnik će doneti rešenje kojim odbacuje predlog. Protiv ovog rešenja dozvoljen je prigovor u roku od osam dana od dana prijema rešenja. Prigovor se podnosi preko javnog beležnika, osnovnom sudu na čijem je području sedište javnog beležnika koji je postupao po predlogu (član 71. stav 6. ZJB). Protiv rešenja suda dozvoljena je žalba u roku od osam dana od dana prijema rešenja. Žalba se podnosi naležnom apelacionom sudu (član 71. stav 7. ZJB).

Forma i sadržina javnobeležničkog platnog naloga. – U članu 78. ZJB predviđeni su forma i sadržina javnobeležničkog platnog naloga. Rešenje ima formu štambilja. Štambilj ima sledeću sadržinu: podatke o javnom beležniku koji je izdao platni nalog; označenje da se rešenjem usvaja javnobeležnički platni nalog i da se nalaže dužniku da u roku od osam dana po prijemu rešenja namiri potraživanje poveriocu zajedno sa kamatama i troškovima postupka, uključujući i javnobeležničku nagradu, troškove i nagradu advokata i sudske takse, kao i upozorenje da sledi prinudno izvršenje ako ne postupi po rešenju; pravnu pouku da protiv rešenja kojim je izdat javnobeležnički platni nalog i protiv odluke o troškovima dužnik ima pravo da podnese prigovor u roku od osam dana od dana prijema rešenja preko javnog beležnika koji je doneo rešenje nadležnom osnovnom sudu, datum kada je doneto rešenje, potpis i pečat javnog beležnika. Štambilj se stavlja na zadnjoj strani predloga, a ako to nije moguće štambilj se stavlja na poseban list koji se spaja sa predlogom za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga.

Prigovor protiv rešenja kojim je izdat javnobeležnički platni nalog. – Dužnik može protiv rešenja kojim je izdat javnobeležnički platni nalog i protiv odluke o troškovima da izjavi prigovor. Prigovor se podnosi nadležnom osnovnom sudu na čijem području je sedište javnog beležnika koji je postupao po predlogu, preko javnog beležnika koji je doneo javnobeležnički platni nalog, u roku od osam dana od dana prijema rešenja.[38] Javni beležnik dužan je da u roku od tri dana od podnošenja prigovora dostavi spise nadležnom osnovnom sudu. Prilikom dostavljanja predmeta on treba da vodi računa o stvarnoj nadležnosti suda koji treba da

[38] Pošto je rok određen u danima, treba da se imaju u vidu odredbe ZPP koje se odnose na računanje rokova.

odlučuje po prigovoru jer od visine novčanog potraživanja zavisi da li će po prigovoru postupati osnovni sud ili osnovni sud sa proširenom nadležnošću. Javni beležnik nema ovlašćenje da ceni da li je prigovor blagovremen, dozvoljen i potpun jer to ceni sud po prijemu prigovora sa spisima. Neblagovremeni, nedopušteni i nepotpuni prigovor odbacuje sudija pojedinac, odnosno predsednik veća bez održavanje ročišta.[39] ZJB ne predviđa razloge zbog kojih dužnik može da izjavi prigovor, kao i da li on treba da bude obrazložen. Smatramo da dužnik treba da obrazloži prigovor. Razlozi zbog kojih dužnik može da izjavi prigovor mogu biti različiti: da je dužnik namirio potraživanje, da je potraživanje zastarelo, da dužnik ne duguje poveriocu, da potraživanje nije dospelo, da je presuđena stvar, da javni beležnik nije mesno nadležan, da je u pitanju uslovno potraživanje a da uslov nije ispunjen i dr.[40] Budući da dužnik prethodno nije imao mogućnost da se upozna sa predlogom poverioca, u prigovoru treba da navede činjenice i dokaze kojima pobija rešenje javnog beležnika. U suštini prigovor prestavlja pismeni odgovor na tužbu, zbog toga što po prigovoru odlučuje sud. Protiv rešenja suda dozvoljena je žalba nadležnom apelacionom sudu u roku od osam dana od dana prijema rešenja. Odredbom člana 42. Novele ZPP (2015), kojom je dodat novi član 428-v ZPP, predviđeno je da postupak po prigovoru na rešenje o izdavanju javnobeležničkog platnog naloga pred prvostepenim sudom mora da se završi u roku od šest meseci od dana prijema predmeta u sudu, a da je drugostepeni sud dužan da donese odluku po žalbi koja je podneta protiv odluke prvostepenog suda u roku od 30 dana. Propisivanjem ovih rokova zakonodavac je nastojao da obezbedi brzo i efikasno postupanje suda.

Potvrda o pravnosnažnosti i izvršnosti. – Ukoliko dužnik nije izjavio prigovor protiv javnobeležničkog platnog naloga, ako ga javni beležnik u roku od osam dana od urednog dostavljanja nije primio ili je protekao rok za dobrovoljno namirenje obaveze koja je određena u rešenju, javni beležnik po službenoj dužnosti stavlja potvrdu o pravnosnažnosti na rešenje kojim je izdat javnobeležnički platni nalog.[41] On to može učiniti i na pismeni zahtev poverioca ili njegovog advokata na rešenju kojim je izdat javnobeležnički platni nalog, koje je njima dostavlje-

[39] O postupku po prigovoru o javnobeležničkom platnom nalogu pored odredbe koje su sadržane u ZJB odredbe sadrži i Novela ZPP (2015) (član 428a, 428b i 428v). Jedan dobar deo tih odredbi ponavljaju se u ZJB (član 72. ZJB).

[40] Tako i A. Janevski, T.Zoroska Kamilovska, cit.delo, *Notarius*, br. 19/2011, str.48; K.Čavdar, K.Čavdar, *Zakon za izvršuvanje, so komentari, sudska praksa, obrasci za praktična primena i predmeten registar*, Akademik, 2011, str. 103.

[41] U članu 73. stav 1. ZJB navedeno je da će javni beležnik po službenoj dužnosti staviti potvrdu o pravnosnažnosti i kad je odbacio prigovor kao neblagovremen ili nedozvoljen. Međutim očigledno je da se radi o redakcijskoj grešci zakonodavca zbog toga što i prema odredbama ZJB i prema odredbama Novele ZPP (2015) javni beležnik ne odlučuje o prigovoru.

no. Pravnosnažno i izvršno rešenje kojim je izdat javnobeležnički platni nalog je izvršna isprava.

Ukidanje potvrde o pravnosnažnosti i izvršnosti. – Ako je na rešenje o javnobeležničkom platnom nalogu neosnovano stavljena potvrda o pravnosnažnosti i izvršnosti, javni beležnik na pismeni predlog stranaka ili po službenoj dužnosti rešenjem ukida potvrdu o pravnosnažnosti i izvršnosti (član 74 ZJB). Rešenje o ukidanju pravnosnažnosti i izvršnosti javni beležnik donosi u roku od osam dana od dana prijema pismenog predloga pošto je konstatovao da su potvrde neosnovano stavljene. Protiv rešenja javnog beležnika kojom se ukida potvrda o pravnosnažnosti i izvršnosti poverilac ima pravo na prigovor. Prigovor se izjavljuje u roku od osam dana od dana prijema rešenja. Pravo na prigovor protiv rešenja kojim se odbija predlog za ukidanje potvrde o pravnosnažnosti i izvršnosti ima i nezadovoljna stranka koja je tražila ukidanje klauzule o pravnosnažnosti i izvršnosti. I protiv ovog rešenja rok za prigovor je osam dana od dana prijema rešenja. O prigovorima odlučuje osnovni sud na čijem području je sedište javnog beležnika. Protiv rešenja suda koji je odlučivao po prigovoru, dozvoljena je žalba. Rok za žalbu je osam dana od dana prijema rešenja. Žalba se podnosi nadležnom apelacionom sudu.

Povlačenje predloga za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga. – U skladu sa načelom dispozicije i u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga poverilac ili njegov advokat, kao punomoćnik, može da povuče predlog. Predlog može da se povuče bez saglasnosti dužnika samo do podnošenja prigovora. Ako predlog za izdavanje platnog naloga bude povučen, javni beležnik donosi rešenje u kome konstatuje da je predlog povučen i ukida doneto rešenje o izdatom javnobeležničkom platnom nalogu, a ako poverilac ili njegov advokat kao punomoćnik ne traže da se izradi formalno rešenje, javni beležnik će zapisnički konstatovti da je predlog povučen bez donošenja formalnog rešenja (član 76 ZJB). Postavlja se pitanje da li može poverilac da povuče predlog i kad je dužnik izjavio prigovor? Imajući u vidu da o prigovoru odlučuje sud i da se u postupku po prigovoru primenjuju odredbe ZPP, a kako je javni beležnik dužan da u roku od tri dana od podnošenja prigovora predmet sa svim spisima dostavi sudu, bez obzira što je predmet sa spisima još kod javnog beležnika, on ne može da odlučuje o zahtevu za povlačenje predloga jer o tome može da odlučuje samo sud pošto primi predmet sa spisima.

Način dostavljanja pismena. Način dostavljanja pismena uređen je odredbama čl. 79-80. ZJB. Dostavljanje pismena koja proizlaze iz rada javnog beležnika vrši se na dva načina i to: neposrednim predavanjem pismena od strane javnog beležnika ili preko pošte. Kod neposrednog dostavljanja kad dostavljač zatekne lice kome se vrši lično dostavljanje, on mu predaje pismeno i dostavljanje je ured-

no izvršeno. U slučaju da se adresat ne zatekne na adresi dostavljanja, javni beležnik je dužan da kod nekog od njegovih punoletnih članova domaćinstva ostavi pismeno obaveštenje za adresata da dođe određenog dana i časa u javnobeležničku kancelariju da bi primio pismeno. Član domaćinstva koji je primio pismeno obaveštenje potpisuje se na službenoj belešci koju je sastavio javni beležnik. Ako adresat ne dođe da primi akt, a dolazak ne opravda u roku od tri dana od dana kada je pozvan da dođe u javnobeležničku kancelariju, akt se šalje preporučenom poštom. Ako akt ne bude podignut u roku od osam dana od dana obaveštenja da akt treba da se podigne, smatra se da je dostavljanje uredno obavljeno. Navedeni način dostavljanja odnosi se na dostavljanje fizičkim licima.[42] To proizlazi iz stava 2. člana 79. ZJB koji upućuje na član 136. ZPP koji uređuje dostavljanje fizičkim licima. Iako je u navedenoj odredbi upotrebljena reč "lice," ne bi se mogao prihvatiti stav da se navedeni način dostavljanja odnosi i na pravna lica. U prilog tome govori i odredba člana 137. stav 3. ZPP koja predviđa da se dostavljanje državnim organima i pravnim licima vrši u skladu sa odredbama člana 127. ovog zakona koji uređuje dostavljanje pravnim licima.

Dostavljanje poštom vrši se preporučenom pošiljkom. Ako je dostavljanje neuspešno, ono se ponavlja u roku od osam dana. Ukoliko je neuspešan ponovljeni pokušaj, javni beležnik vrši dostavljanje javnim objavljivanjem (član 80. ZJB). Javni beležnik je dužan da za svaki neuspešni pokušaj sastavi službenu belešku. Dostavljanje putem javnog objavljivanja nije dalo očekivane rezultate jer nije efikasno, veoma je skupo i nije doprinelo poboljšanju dostavljanja. Prilikom izmena i dopuna ZJB javno objavljivanje treba da se briše. Za radnje koje je preuzeo u pogledu dostavljanja javni beležnik ima pravo na naknadu, kao i za materijalne troškove prema Javnobeležničkoj tarifi.

Ako je prebivalište ili boravište, odnosno sedište[43] učesnika nepoznato javnom beležniku čije se pismeno dostavlja ili on nije mogao da izvrši uredno dostavljanje, javni beležnik dostavljanje vrši javnim objavljivanjem i to ili u dnevnoj štampi koja je u opticaju na celoj teritoriji Republike Makedonije, svakodnevno u tri izdanja, ili jednokratnim objavljivanjem u "Službenom vesniku Republike Makedonije." Sadržina javne objave predviđena je zakonom.[44] Nakon isteka perioda

[42] Pravila o ličnom dostavljanju se ne primenjuju kad se radi o adresatu koji je pravno lice, preduzetnik ili državni organ i jedinice lokalne samouprave. Tako i G. Stanković, cit. delo, str. 298.

[43] Da odredbe o dostavljanju stvaraju zabunu i da su nejasne, posebno kad su u pitanju pravna lica, vidi se i iz odredbe člana 80. stav 1. ZJB u kome je upotrebljena je reč "sedište". Sedište imaju samo pravna lica i ono ne može da bude nepoznato, te to predstavlja još jedan argument da odredbe o dostavljanju ne mogu da se primene na pravna lica.

[44] Objava sadrži: ime, prezime i sedište javnog beležnika, ime, prezime, prebivalište/ naziv i sedište učesnika**,** poznatu adresu, broj predmeta i period u kom učesnik treba da se javi javnom be-

koji je naveden u objavi, smatra se da je učesnik uredno obavešten o pismenu. Za obavljeno dostavljanje javnim objavljivanjem, javni beležnik ima pravo na naknadu, kao i materijalne troškove prema Javnobeležničkoj tarifi.

Način dostavljanja pismena predviđen odredbama ZJB u dosadašnjoj praksi javnih beležnika izazvao je brojne dileme i nejasnoće,[45] veoma je skup (znatno je povećao troškove postupka) i neefikasan je. Ovo se posebno odnosi na dostavljanje putem javnog objavljivanja. Zakonodavac nije uspeo da malim brojem odredaba uredi na isti način dostavljanje i fizičkim i pravnim licima, kao i da uredi i lično i obično dostavljanje. Zbog toga se nameće zaključak da je urgentno da se pristupi izmenama i dopunama ZJB.[46]

Dužnost plaćanja sudske takse. – Prema članu 158. ZJB za službene radnje koje preduzima javni beležnik plaća se taksa predviđena zakonom. Vid i visina takse u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga predviđeni su Zakonom o sudskim taksama, s tim što ZJB predviđe njeno umanjenje za 75%. Smanjenjem sudske takse za 75% za službene radnje koje preuzima javni beležnik zakonodavac je hteo da smanji troškove strankama u postupku pred javnim beležnikom. Javni beležnik je dužan da vodi računa da li je stranka uredno platila taksu za službene radnje koje on je preduzeo. On nesme da izda ispravu stranci pre nego što ona dokaže da je platila taksu.

Nagrada i troškovi u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga. – Za radnje preduzete u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga, javni beležnik ima pravo na nagradu i naknadu troškova u skladu sa Javnobeležničkom tarifom, a advokati u skladu sa Advokatskom tarifom. Nagrada i naknada troškova koje poverilac je platio javnom beležniku i advokatu su troškovi postupka koje treba dužnik da plati poveriocu. Javni beležnik i advokat dužni su da poveriocu izdaju račun za naplaćenu nagradu i troškove. Za javnobeležničke i advokatske troškove koji su nastali nakon što je donet javnobeležnički platni nalog koji nisu uračunati u njemu, javni beležnik i advokat izdaju poveriocu račun koji predstavlja sastavni deo javnobeležničkog platnog naloga. Pošto je javnobeležnički platni nalog izvršna isprava na osnovu koje može da se sprovede izvršenje, sastavni deo te izvršne isprave je i račun na osnovu koga može da se sprovede izvršenje.

---

ležniku. Pored toga objava sadrži i upozorenje da se ovaj način dostavljanja smatra se za urednim i da štetne posledice koje mogu nastati podnosi učesnik.

[45] Iz napred navednih razloga smatramo da u nedostatku odredbi u ovom zakonu, naročito u pogledu dostavljanja, na osnovu člana 81. ZJB treba primeniti odredbe ZPP.

[46] Do ovog zaključka je došla i Vlada Republike Makedonije. Ministarstvo za pravdu Republike Makedonije u avgustu 2017. donelo je Rešenje kojim je formirana Radna grupa za pripremu Predloga zakona o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu.

Supsidijarna primena ZPP. – U postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga, u nedostatku odredbi u ZJB, shodno se primenjuju odredbe ZPP (član 81 ZJB). Imajući u vidu da je postupak po platnom nalogu poseban parnični postupak koji je uređen u ZPP i da se u ovom postupku supsidijarno primenjuju opšte odredbe ZPP, a kako su u ZJB sadržane odredbe kojim se reguliše postupak za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga, postaje sasvim jasno da ima potrebe za supsidijarnom primenom ZPP, a naročito zbog toga što su Novelama ZPP (2015) predviđene i odredbe o postupku po prigovoru o javnobeležničkom platnom nalogu.

U članu 81. ZJB, pored odredbe o shodnoj primeni ZPP, posebno je naglašeno da se u pogledu izuzeća javnog beležnika u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga primenjuju odredbe ZPP da bi se otklonila svaka sumnja o mogućoj pristrasnosti javnog beležnika u ovom postupku. Ovo je sasvim razumljivo jer je izuzeće u ZPP u potpunosti uređeno i što su razlozi za izuzeće u ZPP brojniji i strožiji, u odnosu na razloge za izuzeće u ZJB. O izuzeću odlučuje predsednik Komore, a po žalbi protiv odluke predsednika Komore odlučuje Upravni odbor Komore. Postupak odlučivanja o izuzeću javnog beležnika nije dobro regulisan jer o njegovom izuzeću odlučuje predsednik Komore, a po žalbi odlučuje Upravni odbor Komore, a predsednik Komore je i predsednik Upravnog odbora Komore.

*
* *

I pored relativno kratkog vremena primene zakona u praksi, primena odredaba kojima je uređen javnobeležnički platni nalog izazvala je niz problema što je ukazalo da je potrebno pristupiti njihovim izmenama i dopunama. Potrebno je urediti pitanje dostavljanja, naročito dostavljanje pravnim licim i način javnog objavljivanja, posebno zbog toga što znatno poskupljuje postupak, ne daje nikakve rezultate i odugovlači postupak. Možda treba proširiti i listu verodostojnih isprava na osnovu kojih javni beležnik izdaje javnobeležnički platni nalog, kao i otkloniti grube redakcijske greške i odredbe koje izazivaju osnovanu sumnju da su u suprotnosti sa Ustavom Republike Makedonije.

Zbog brojnih dilema, problema i primedbe koje je izazvao ZJB u njegovoj primeni Ministarstvo pravde Republike Makedonije u avgustu 2017. formiralo je Radnu grupu za pripremu Predloga zakona o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu.

ARSEN JANEVSKI, LL.D.,
Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje

NOTARIAL PAYMENT ORDER

Summary

The subject of elaboration of this paper arethe provisions of the Law on Notary Service from 2016 (LNS), in whichfor the first time under this notion theNotarial Payment Order was introduced. The paper focuses on the analysis of the new legal solutions, provides an overview and critical review, while addressing specific legal solutions. Prior to the enactment of the LNS, the Law on Amendments and Modifications of the Law on litigation procedure was enacted in 2015 (LAM LLP 2015), which, amongst others novelties, also regulated the novelties in the procedure for issuing a payment order. The intervention of the legislator in the provisions of the LLP regarding the payment order procedureappears to be fully justified, given the amendments introducing the transfer of the court competences in the field of issuing of payment orders to other subjects. For these reasons, the subject of elaboration in this paper are also the provisions of the LAM LLP from 2015, which refer to the payment order procedure. The provisions on the transfer of court competences in the field of issuing payment orders were first regulated in the Law on Amendments and Modifications of the Law on Enforcement from 2009 (LAM LE), by which the notaries in the Republic of Macedonia were given new genuine authority to issue decisions allowing enforcement on the basis of authentic instruments, which decisions were enforcement titles, and afterwards this genuine jurisdiction of the notaries has been regulated in the LNS, by new provisions and under the new notion Notarial Payment Order.

DEJAN ĐURĐEVIĆ

PROCESNI ASPEKTI NASLEDNOPRAVNE TRANSMISIJE

UVOD

Naslednopravne posledice ostaviočeve smrti utvrđuju se u ostavinskom postupku za čije su sprovođenje nadležni osnovni sudovi i javni beležnici.[1] Jedan od najvažnijih ciljeva ostavinskog postupka jeste određivanje ostaviočevih naslednika. Da bi se ostvario taj cilj, ostavinski sud, odnosno javni beležnik kojem je povereno sprovođenje ostavinskog postupka[2] mora od potencijalnih naslednika da uzme nasledne izjave, tj. da im pruži mogućnost da se izjasne da li prihvataju nasledstvo ili se odriču od njega (čl. 117. st. 2. ZVP). U praksi se dešava da potencijalni naslednik umre neposredno posle ostavioca i ne stigne da dâ naslednu izjavu. Za takav slučaj zakonodavac predviđa sledeće pravilo: "Kad naslednik umre pre okončanja prvostepenog postupka za raspravljanje zaostavštine a ne odrekne

Dr Dejan B. Đurđević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Identitetski preobražaj Srbije*, koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

[1] Vidi čl. 87. i 30a Zakona o vanparničnom postupku – ZVP, *Sl. glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88 i *Sl. glasnik RS*, br. 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14, 6/15 i 106/15.

[2] Kada je reč o naslednopravnoj transmisiji, irelevantno je da li ostavinski postupak sprovodi osnovni sud ili javni beležnik kao poverenik suda. U tom smislu, vidi čl. 30d st. 1. ZVP, koji predviđa da je javni beležnik dužan da postupa po pravilima postupka koji mu je poveren. U daljem tekstu, zbog preglednosti, govoriću samo o ostavinskom sudu. Međutim, pravila koja važe za ostavinski sud, *mutatis mutandis* se primenjuju i u situacijama kada ostavinski postupak sprovodi javni beležnik kao poverenik suda.

se nasleđa, pravo odricanja prelazi na njegove naslednike."[3] Nasleđivanje prava na davanje nasledne izjave naziva se *naslednopravna transmisija*.[4] U naslednopravnoj transmisiji javljaju se tri subjekta: *ostavilac*, *transmitent* i *transmisar*. Transmitent je ostaviočev naslednik koji je umro posle ostavioca, a nije dao naslednu izjavu. Transmisar je transmitentov naslednik. Suština naslednopravne transmisije jeste u tome što transmisar stiče pravo na davanje nasledne izjave u ostavinskom postupku koji se vodi iza transmitentovog ostavioca. Transmisar u tom ostavinskom postupku treba da se izjasni da li će transmitent naslediti svog ostavioca.[5] Naslednopravna transmisija proističe iz načela univerzalne sukcesije, po kojem naslednik ne stiče samo aktivu i pasivu već celokupan materijalnopravni i procesnopravni položaj svog ostavioca, pa samim tim dolazi i u pravni položaj koji je njegov ostavilac imao kao naslednik svog ostavioca.[6]

---

[3] Vidi čl. 215. Zakona o nasleđivanju – ZON, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/03 i 6/15.

[4] Za kritiku termina vidi: Nikola Gavella, Vlado Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb 2008, 100, koji smatraju da izraz "naslednopravna transmisija" nije primeren sistemu *ipso iure* nasleđivanja (kom sistemu pripadaju nemačko, švajcarsko i francusko pravo, kao i pravni poreci bivših jugoslovenskih republika). Ti autori smatraju da se o transmisiji može govoriti samo u sistemu akvizicije (austrijsko pravo), gde zaostavština ne prelazi na naslednika u momentu ostaviočeve smrti. Po njima, u sistemima *ipso iure* nasleđivanja postoji nasleđivanje naslednog prava, a u sistemima akvizicije reč je o nasleđivanju "mogućnosti da se stekne nasledno pravo". Pri tome, izraz naslednopravna transmisija se može koristiti samo za označavanje nasleđivanja mogućnosti da se stekne nasledno pravo. Takvo stanovište ne može se prihvatiti iz nekoliko razloga. 1° Austrijski autori definišu naslednopravnu transmisiju kao nasleđivanje naslednog prava, pri čemu se pravi razlika između *transmisije u užem smislu*, do koje dolazi kada transmitent umre pre nego što je dao naslednu izjavu, i *transmisije u širem smislu*, koja se javlja onda kada transmitent umre nakon što je dao pozitivnu naslednu izjavu, ali pre nego što mu je uručena zaostavština. Vidi: Helmut Koziol, Rudolf Welser, *Bürgerliches Recht*, Wien 2007, Bd. II, 461. 2° Izraz naslednopravna transmisija koristi se za označavanje nasleđivanja prava na davanje nasledne izjave i u stranim državama koje prihvataju sistem *ipso iure* nasleđivanja, npr. Nemačka (vidi: Karlheinz Muscheler, *Erbrecht*, Tübingen 2010, Bd. II, 1497) ili Poljska (vidi: Hans-Peter Schrömmer, Andrzej Remin, Renata Szewior, *Internationales Erbrecht – Polen*, München 2011, 162-163). 3° Izraz "naslednopravna transmisija" koriste za označavanje nasleđivanja prava na davanje nasledne izjave bitni činioci pravnog života u Republici Srbiji, kako pravna nauka (vidi: Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd 2015, 325; Oliver Antić, *Nasledno pravo*, Beograd 2008, 63), tako i sudska praksa (vidi: Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 2/99 od 27. januara 1999, *Bilten pravne prakse Republičkog javnog tužilaštva Srbije iz oblasti građansko-pravne zaštite zakonitosti*, 1998, 40.).

[5] Vidi: D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, 325 i dalje.

[6] U tom smislu, vidi: Ivo Schwander, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch II* (Hrsg: H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel–Genf 2003, 408. Uporedi: Axel Stein, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (begr. von H. T. Soergel; Hrsg: J. Damrau), Bd. 21 – Erbrecht 1 (§§ 1922–2063), Stuttgart 2001, 219 (u daljem tekstu: Soergel/Stein), koji ističe da pravo na odricanje od nasleđa nije "aneks niti deo ostaviočeve zaostavštine" jer to pravo nastaje tek u mo-

Kada je reč o naslednopravnoj transmisiji, tu se zapravo radi o dva nasleđivanja, što implicira postojanje dva ostavioca, dva naslednika (odnosno dve grupe naslednika), dve zaostavštine i dva ostavinska postupka. Transmitent povezuje ta dva ostavinska slučaja. U jednom ostavinskom postupku transmitent ima ulogu naslednika, dok se u drugom ostavinskom postupku pojavljuje kao ostavilac. Zbog jasnoće izlaganja, izraz "ostavilac" u ovom tekstu označavaće isključivo transmitentovog ostavioca, dok će izraz "zaostavština" označavati zaostavštinu transmitentovog ostavioca.

U naslednopravnoj transmisiji pojavljuje se nekoliko spornih procesnopravnih pitanja koja nisu izričito uređena zakonom. Pre svega, postavlja se pitanje kako ostavinski sud treba da postupa u slučaju naslednopravne transimisije. Da li on može sam da utvrdi transmisare i da ih pozove na ročište radi davanja nasledne izjave ili je dužan da prekine ostavinski postupak koji se vodi iza ostavioca dok se u drugom ostavinskom postupku, koji se vodi iza transmitenta, ne utvrdi ko su transmisari (*određivanje transmisara kao prethodno pitanje u ostavinskom postupku*)? Drugo pitanje tiče se izrade ostavinskog rešenja u ostavinskom postupku koji se vodi iza ostavioca. Da li se u izreci ostavinskog rešenja kao ostaviočev naslednik navodi transmitent ili transmisar (*označavanje ostaviočevog naslednika*)? I na kraju, treće pitanje odnosi se na postupanje ostavinskog suda kada ima više transmisara koji se na različite načine izjašnjavaju o tome da li transmitent treba da nasledi ostavioca (*neslaganje transmisara*).

U ovom radu biće razmotrena navedena sporna pitanja i dat predlog za njihovo rešavanje u praksi. Međutim, pre toga neophodno je da se ukaže na pravne pretpostavke koje moraju da se ispune da bi uopšte došlo do naslednopravne transmisije.

PRETPOSTAVKE ZA NASLEDNOPRAVNU TRANSMISIJU

Iz pojmovnog određenja naslednopravne transmisije proističe da ona može nastati samo ako ostaviočev naslednik u momentu svoje smrti poseduje pravo na davanje nasledne izjave.[7] Za nastanak naslednopravne transmisije nužno je da ostaviočev naslednik stekne pravo na davanje nasledne izjave i umre dok to pra-

mentu ostaviočeve smrti u imovini njegovog naslednika (transmitenta) i kao takvo, na osnovu izričite zakonske norme, može nasleđem preći na transmisare.

[7] Uporedi: K. Muscheler, II, 1497, koji ističe da je bitna pretpostavka za naslednopravnu transmisiju da ostaviočev naslednik "u trenutku svoje smrti još uvek bude ovlašćen da se odrekne od nasleđa."

vo još uvek postoji.[8] To dalje znači da pretpostavke za naslednopravnu transmisiju zavise od pravila kojima je uređeno pravo na davanje nasledne izjave.

U savremenim naslednopravnim sistemima pravilo je da niko ne može postati naslednik protiv svoje volje.[9] Zbog toga svakom potencijalnom nasledniku pravni poredak daje mogućnost da se izjasni o tome da li se prihvata nasledstva. Ta mogućnost po svojoj pravnoj prirodi predstavlja jedno preobražajno pravo koje se vrši davanjem nasledne izjave.[10] Pravo na davanje nasledne izjave potencijani naslednik stiče u trenutku ostaviočeve smrti. Izjave o prihvatanju ili o odricanju od nasleđa koje su date za života ostvioca apsolutno su ništave.[11]

Nasledna izjava može biti pozitivna (izjava o prihvatanju nasleđa) ili negativna (izjava o odricanju od nasleđa). Negativna nasledna izjava mora biti data izričito. Potencijalni naslednik koji hoće da se odrekne nasledstva mora sudu ili javnom beležniku neposredno (direktno) saopštiti takvu svoju nameru.[12] Izjave potencijalnog naslednika iz kojih bi se posredno (indirektno) moglo zaključiti da on namerava da se odrekne nasleđa ne smatraju se negativnom naslednom izjavom.[13] Nasuprot negativnoj naslednoj izjavi, pozitivna nasledna izjava može biti

---

[8] Vidi: Alojzij Finžgar, *Nasleđivanje*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada (red: O. Stanković, S. Perović, M. Trajković), Beograd 1978, tom II, 363.

[9] Pravo potencijalnog naslednika da se odrekne od nasleđa predviđena je i u srpskom i u uporednom pravu. Vidi: čl. 212. st. 2. ZON; čl. 768. st. 1. francuskog Građanskog zakonika (*Code civil* – CC) § 1942. st. 1. nemačkog građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB); čl. 566. st. 1. švajcarskog Građanskog zakonika (*Zivilgesetzbuch* – ZGB). Pravo naslednika na odricanje od nasledstva u austrijskom pravu proističe iz § 799. Opšteg građanskog zakonika (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB), koji predviđa da onaj koji hoće da stekne nasledstvo mora pred sudom dokazati svoj osnov pozivanja na nasleđe i dati izričitu izjavu o prihvatanju nasledstva. Vidi: Rudolf Welser, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (Hrsg. P. Rummel), Wien 2000, Band I, 1043. Jedini izuzetak od prava na odricanje od nasleđa predviđen je onda kada država nasleđuje kao poslednji zakonski naslednik. U tom slučaju država ne može dati negativnu naslednu izjavu. Vidi čl. 21. st. 2. ZON.

[10] O pravnoj prirodi prava na odricanje od nasleđa, vidi umesto svih, sa upućivanjima: D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, 318.

[11] Vidi: Manfred Harder, Inge Kroppenberg, *Grunzüge des Erbrechts*, Neuwied und Kriftel 2002, 138.

[12] Vidi umesto svih, sa upućivanjima: D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, 320.

[13] Ovo stanovište može se ilustrovati primerima iz sudske prakse. Ostaviočevu izjavu na ročištu za ostavinsku raspravu da neće ništa iz zaostavštine jer je namiren poklonom koji mu je učinio ostavilac, bivši Okružni sud u Valjevu (Gž 1587/2005, 15. 12. 2005) nije kvalifikovao kao negativnu naslednu izjavu, već kao priznanje naslednika da je od ostavioca dobio poklon koji mu se uračunava u nasledni deo. Objavljeno kod: Oliver Antić, Dejan Đurđević, *Priručnik za nasledno pravo*, Beograd 2009, 407– 408. Apelacioni sud u Novom Sadu (Gž 58/2010, 21. 4. 2010) pravilno je odbio da izjavu zakonskog naslednika da ne osporava testament kvalifikuje kao odricanje od nasleđa. To znači da ako testament ospore ostali zakonski naslednici i utvrdi se da je on ništav, zakonski naslednik

data izričito, prećutno ili ćutanjem.[14] Prećutni prijem nasleđa javlja se u slučaju tzv. nasledničkog ponašanja (lat. *gestio pro herede*), kada se naslednik ponaša na način iz kojeg se sa sigurnošću može zaključiti da namerava da nasledi ostavioca, npr. kada potencijalni naslednik raspolaže zaostavštinom ili njenim delom (čl. 219. st. 2. ZON). Ćutanje naslednika, tj. njegovo pasivno ponašanje, uzdržavanje od davanja bilo kakve nasledne izjave, zakonodavac kvalifikuje kao pozitivnu naslednu izjavu. Naime, čl. 219. st. 1. ZON predviđa da potencijalni naslednik gubi pravo na odricanje od nasledstva i svoje svojstvo naslednika čini konačnim ako do donošenja prvostepenog ostavinskog rešenja ne dâ negativnu naslednu izjavu.

Imajući u vidu izložena pravila o pravu na naslednu izjavu, može se zaključiti da je za nastanak naslednopravne transmisije neophodno da se ostvare dve pravne pretpostavke. Prva je da potencijalni ostaviočev naslednik nadživi ostavioca i da ispunjava opšte uslove za sticanje nasledničkog svojstva prema tom ostaviocu (da je sposoban i dostojan za nasleđivanje). Ako potencijalni naslednik umre pre ostavioca ili ako nadživi ostavioca ali je nedostojan da ga nasledi, on ne stiče pravo na davanje nasledne izjave, pa samim tim se ne može otvoriti ni pitanje nasleđivanja tog prava.[15]

Druga pretpostavka za naslednopravnu transmisiju jeste da potencijalni ostaviočev naslednik umre pre nego što je dao naslednu izjavu. Naslednopravna transmisija se javlja samo onda kada potencijalni ostaviočev naslednik umre u vreme dok postoji neizvesnost da li će se prihvatiti ili odreći nasleđa.[16] Ako potencijalni ostaviočev naslednik umre pošto dâ pozitivnu naslednu izjavu, ne dolazi do naslednopravne transmisije. U tom slučaju se ne radi o nasleđivanju prava na davanje nasledne izjave, već o tome da naslednikov naslednik nasleđuje od naslednika, između ostalog, i zaostavštinu koju je naslednik prethodno nasledio od svog ostavioca. S obzirom na to da se pasivno ponašanje potencijalnog naslednika koje traje do donošenja prvostepenog ostavinskog rešenja kvalifikuje kao pozitivna nasledna izjava, naslednopravna transmisija ne može nastati ako potencijalni naslednik umre nakon što je doneto prvostepeno ostavinsko rešenje. O naslednopravnoj transmisiji ne može biti reči ni onda kada potencijalni naslednik umre nakon što je dao izjavu o odricanju od nasleđa, jer je davanjem negativne nasledne izjave on izvršio (konzumirao) svoje pravo na naslednu izjavu i na taj način ga ugasio.

---

koji je dao izjavu da ne osporava testament dobija zakonski nasledni deo. Objavljeno u: *Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu*, 1/2010, 80–81.

[14] Vidi umesto svih, sa upućivanjima: D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, 322–324.

[15] Uporedi: Milan Kreč, Đuro Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Zagreb 1964, 451.

[16] Vidi: Knut Werner Lange, *Erbrecht*, München 2011, 403; Dieter Leipold, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 9 – Erbrecht (Red. G. Schlichting), München 2004, 271 (u daljem tekstu: MK/Leipold).

ODREĐIVANJE TRANSMISARA KAO PRETHODNO PITANJE U OSTAVINSKOM POSTUPKU

Ostavinski sud ne može doneti ostavinsko rešenje ako potencijalni naslednici ne daju nasledne izjave ili ako im se bar ne pruži prilika da daju nasledne izjave (čl. 117. st. 1.–3. ZVP). Naime, on je dužan da pozove svakog potencijalnog naslednika na ročište ostavinske rasprave radi davanja nasledne izjave. Nasledna izjava se može dati pred ostavinskim sudom ili pred nekim drugim nadležnim organom (javnim beležnikom, sudom koji nije nadležan za sprovođenje ostavinskog postupka ili pred diplomatsko-konzularnim predstavništvom Republike Srbije).[17] Ako potencijalni naslednik koji je uredno pozvan na ročište ne dođe, a svoj izostanak ne opravda, ostavinski sud, odnosno javni beležnik kojem je povereno raspravljanje zaostavštine odlučuje na osnovu podataka kojima raspolaže, kao i na osnovu pismenih izjava koje mu stignu do donošenja ostavinskog rešenja (čl. 117. st. 3. ZVP).

Imajući u vidu navedena procesna pravila o davanju nasledne izjave, moguće je razlikovati tri situacije. Prva situacija postoji onda kada potencijalni naslednik dođe na ročište i dâ naslednu izjavu. U tom slučaju ostavinski sud uređuje naslednopravne posledice ostaviočeve smrti na osnovu takve nasledne izjave. Druga situacija javlja se onda kada potencijalni naslednik ne dođe na ročište, ali naslednu izjavu dâ u formi solemnizovane isprave pred javnim beležnikom koji nije nadležan da sprovodi ostavinski postupak ili pred DKP-om i tu solemnizovanu izjavu dostavi ostavinskom sudu. U tom slučaju naslednopravne posledice ostaviočeve smrti uređuju se na osnovu dostavljene solemnizovane izjave. Treća situacija postoji onda kada potencijalni naslednik koji je uredno[18] pozvan ne dođe na ročište, a ne dâ naslednu izjavu pred drugim javnim beležnikom ili DKP-om. U tom slučaju se uzima da je data pozitivna nasledna izjava (čl. 115. st. 3. i 117. st. 3. ZVP u vezi sa čl. 219. st. 1. ZON).

---

[17] Pred ostavinskim sudom, odnosno javnim beležnikom koji je nadležan za sprovođenje ostavinskog postupka nasledna izjava se daje usmeno na zapisnik. Ako potencijalni naslednik daje naslednu izjavu pred javnim beležnikom koji nije nadležan za sprovođenje ostavinskog postupka ili pred diplomatsko-konzularnim predstavništvom Republike Srbije, onda on to mora učiniti u formi javno potvrđene (solemnizovane isprave). Vidi čl. 118. ZVP. U tom smislu vidi i Mišljenje Ministarstva pravde Republike Srbije, br. 018/07/00025/2016–22, od 7. decembra 2016. godine, str. 6, tač. 7 (izvor: *Arhiva Ministarstva pravde*).

[18] Uredno pozivanje podrazumeva da je potencijalnim naslednicima blagovremeno dostavljen poziv na ročište i da su u tom pozivu upozoreni: "da mogu do okončanja postupka dati sudu izjavu da li se primaju nasleđa ili se nasleđa odriču, a ako na ročište ne dođu ili ne daju izjavu – da se pretpostavlja da se prihvataju nasleđa i da će sud odlučiti o njihovim pravima prema podacima kojima raspolaže". Vidi čl. 115. st. 3. ZVP.

Iz izloženog se može zaključiti da je za donošenje ostavinskog rešenja neophodno da potencijalni naslednik dâ naslednu izjavu. On to može učiniti izričito (pred ostavinskim sudom ili drugim nadležnim organom), prećutno (nasledničkim ponašanjem) ili ćutanjem. Ćutanje potencijalnog naslednika tretira se kao pozitivna nasledna izjava samo ako mu je uredno dostavljen poziv na ročište za ostavinsku raspravu, a on nakon toga nije došao na to ročište, niti je dao negativnu naslednu izjavu pred nekim drugim nadležnim organom. Ostavinski sud ne može doneti ostavinsko rešenje ako ispred sebe nema naslednu izjavu, dokaz nasledničkog ponašanja ili dokaz o tome da je potencijalni naslednik uredno pozvan na ročište na koje nije pristupio.

Ako transmitent umre pre nego što je dao naslednu izjavu, odnosno pre nego što su se ispunili zakonski uslovi da se njegovo pasivno držanje kvalifikuje kao pozitivna nasledna izjava, pravo na davanje nasledne izjave prelazi na transmisare. Najznačajnija procesnopravna posledica naslednopravne transmisije ogleda se u tome što ostavinski sud ne može doneti ostavinsko rešenje i utvrditi naslednopravne posledice ostaviočeve smrti ako transmisari ne daju nasledne izjave, odnosno ako se njima ne pruži prilika da daju nasledne izjave. U tom slučaju odluka ostavinskog suda zavisi od toga ko su transmisari, tj. ko su transmitentovi naslednici. Svojstvo transmisara predstavlja pravno pitanje od čijeg rešavanja zavisi ostavinsko rešenje. Imajući u vidu izloženo, može se reći da svojstvo transmisara predstavlja *prethodno pitanje* (prejudicijelno pitanje) u ostavinskom postupku koji se vodi iza ostavioca.[19] Od toga ko su transmisari (prethodno pitanje) dalje zavisi čije će nasledne izjave ostavinski sud uzeti kao relevantne u postupku koji se vodi iza ostavioca, da li će transmitent postati ostaviočev naslednik, i na kraju, koja lica će biti ostaviočevi naslednici i koliko će iznositi njihove nasledne kvote (glavno pitanje – predmet ostavinskog postupka). Uslovljavajući značaj svojstva transmisara u ostavinskom postupku koji se vodi iza ostavioca može se ilustrovati konkretnim primerom. Iza ostavioca su ostala dva sina. Stariji sin je umro neposredno iza ostavioca. Stariji sin od najbližih srodnika ima brata, a sačinio je testament kojim je za naslednika imenovao vanbračnu ženu. Ostavinsko rešenje koje se donosi u ostavinskom postupku iza ostavioca zavisi od toga da li će naslednik ostaviočevog starijeg sina biti njegov brat ili vanbračna žena.

U takvim i sličnim situacijama ostavinski sud mora da ide "korak po korak".[20] Prvi korak je utvrđivanje transmisara. Kada utvrdi ko su transmisari, ostavinski sud može da načini drugi korak i da transmisarima uputi poziv na ro-

[19] Za pojam prethodnog pitanja u građanskom sudskom postupku vidi: Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2009, 443 i dalje; Nevena Petrušić, *Opšti režim rešavanja prethodnog pitanja u vanparničnom postupku*, Pravni život, 12/2001, 211 i dalje.

[20] U tom smislu vidi: Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra. Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 2009, 709.

čište kako bi se izjasnili da li transmitent treba da nasledi ostavioca. Svojstvo transmisara podobno je da samo po sebi bude predmet posebnog ostavinskog postupka jer predstavlja "samostalnu pravnu celinu".[21] Za sprovođenje tog drugog ostavinskog postupka, u kojem se utvrđuje ko su transmisari (transmitentovi naslednici), može biti nadležan neki drugi sud, a ne onaj koji sprovodi ostavinski postupak iza ostavioca. To će biti slučaj kada ostavilac i transmitent nisu imali prebivalište na teritoriji istog osnovnog suda.[22] Na primer, neposredno iza ostavioca A, koji je imao poslednje prebivalište u Subotici, umre njegov sin B (zakonski naslednik), čije je poslednje prebivalište bilo u Novom Sadu. Da bi Osnovni sud u Subotici sproveo ostavinski postupak, potrebno je da se utvrdi ko su naslednici ostaviočevog sina, a za utvrđivanje naslednika ostaviočevog sina nadležan je Osnovni sud u Novom Sadu.

Osnovno procesnopravno pitanje koje se postavlja u vezi s naslednopravnom transmisijom tiče se ovlašćenja ostavinskog suda da sam rešava prethodno pitanje, odnosno da utvrđuje ko su transmisari. Da li ostavinski sud može sam da reši prethodno pitanje i da utvrđuje ko su transmisari ili je dužan da prekine ostavinski postupak koji se vodi iza ostavioca dok se pravnosnažno ne završi ostavinski postupak koji se vodi iza transmitenta? Odgovor na to pitanje zavisi od toga da li se u slučaju naslednopravne transmisije primenjuje specijalno pravilo za rešavanje prethodnog pitanja u ostavinskom postupku iz čl. 119. ZVP ili opšte pravilo za rešavanje prethodnog pitanja u vanparničnom postupku iz čl. 22. ZVP.

Mogućnost primene člana 119. ZVP

Čl. 119. ZVP predviđa dužnost ostavinskog suda da prekine ostavinsku raspravu i da učesnike uputi na parnični postupak ili postupak pred organom uprave, ako su među učesnicima sporne činjenice od kojih zavisi neko njihovo pravo. Pretpostavke za primenu člana 119. ZVP jesu: 1° da postoje makar dva učesnika u ostavinskom postupku, 2° da između njih postoji spor o jednoj ili više činjenica i 3° da njihovo pravo na nasleđe ili neko drugo pravo relevantno za ostavinski postupak (pravo na izdvajanje predmeta domaćinstva i sl.) zavisi od činjenice koja je sporna među njima. Institut upućivanja na parnični postupak koji je uređen čl. 119. ZVP predstavlja poseban slučaj prethodnog pitanja u ostavinskom postup-

[21] Bitan element pojma prethodnog pitanja jeste da ono predstavlja samostalnu pravnu celinu, tj. da može biti glavni predmet odlučivanja u nekom drugom pravnom postupku. Vidi: Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2004, 389; A. Jakšić, 444.

[22] Mesna nadležnost za sprovođenje ostavinskog postupka određuje se prema prebivalištu, odnosno boravištu ostavioca u momentu njegove smrti. Vidi čl. 88. ZVP.

ku.[23] Kod ustanove upućivanja na parnični postupak odluka ostavinskog suda takođe zavisi od toga da li postoji neko subjektivno pravo ili pravni odnos (npr. da li nužni naslednik ima pravo na nužni deo). Za utvrđivanje postojanja tog prava ili pravnog odnosa nije nadležan vanparnični sud, već je reč o pravnim stvarima za koje je nadležan parnični sud ili organ uprave.

Postojanje određenog subjektivnog prava je sporno među učesnicima u postupku (npr. nužni naslednik tvrdi da ima pravo na nužni deo, a testamentarni naslednik to negira), a spor potiče odatle što učesnici imaju različitu predstavu o činjenicama na kojima se to subjektivno pravo zasniva[24] (npr. testamentarni naslednik tvrdi da je nužni naslednik fizički zlostavljao ostavioca, a nužni naslednik to negira). U takvoj situaciji ostavinski sud nije ovlašćen da sam reši prethodno pitanje. On je dužan da donese rešenje kojim prekida ostavinski postupak i učesnika upućuje na parnični postupak.

Problem koji se javlja kod naslednopravne transmisije, tj. problem određivanja transmitentovih naslednika ne može se podvesti pod čl. 119. ZVP. U prilog takvoj tvrdnji govore sledeći argumenati. Pre svega, čl. 119. ZVP uređuje situaciju kada odluka ostavinskog suda zavisi od toga da li postoji pravo ili pravni odnos za čije je utvrđivanje nadležan parnični sud, odnosno organ uprave. Kod naslednopravne transmisije situacija je drugačija. Tu odluka ostavinskog suda zavisi od

[23] U tom smislu: Gordana Stanković, Milena Trgovčević-Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, Beograd 2015, 119; A. Jakšić, 769–770; N. Petrušić, 214. Suprotno stanovište zastupa Borivoje Starović, *Spor i prethodno pitanje u vanparničnom postupku*, Pravo – teorija i praksa, 1–2/1989, 46–47, koji smatra da pravila iz čl. 119. ZVP predstavljaju "uskraćivanje ovlašćenja ostavinskom sudu da sudi kada nastane spor o činjenicama". Svoju tvrdnju Starović zasniva na tome što mnogi slučajevi u kojima dolazi do upućivanja na parnični postupak, prema njegovom shvatanju, predstavljaju glavnu stvar, tj. predmet ostavinskog postupka. Iz Starovićevog izlaganja moglo bi se zaključiti da on smatra da ako između učesnika u ostavinskom postupku postoji spor o činjenici od koje zavisi da li je određeno lice ostaviočev naslednik, to ne predstavlja prethodno pitanje jer je određivanje naslednika glavno pitanje u ostavinskom postupku. Međutim, takvo rezonovanje nije ispravno jer se zasniva na pogrešnom shvatanju predmeta ostavinskog postupka. Naime, predmet ostavinskog postupka nije ograničen isključivo na to da se utvrdi da li je konkretno lice ostaviočev naslednik već sud treba da utvrdi sve ostaviočeve naslednike i njihove nasledne kvote. Položaj potencijalnih naslednika međusobno je uslovljen jer sticanje nasledničkog svojstva ili veličina nasledne kvote jednog kandidata za nasleđe zavisi od toga da li drugi kandidat za nasleđe ima nasledničko svojstvo (npr. ako ostaviočeva supruga nema nasledničko svojstvo, to u nekim situacijama dovodi pripadnike trećeg naslednog reda u poziciju da postanu naslednici, odnosno pripadnicima prvog ili drugog naslednog reda povećava nasledne kvote). Sledstveno tome, i u slučaju iz čl. 119. ZVP reč je o prethodnom pitanju u ostavinskom postupku gde odluka suda o glavnoj stvari (određivanje svih naslednika i njihovih kvota) zavisi od toga da li neko lice ima pravo na nasleđe, koje pitanje u slučaju da je sporno ima karakter samostalne pravne celine, ali ne u ostavinskom, već u parničnom postupku.

[24] U tom smislu: Marija Salma, *Prethodno pitanje u građanskom sudskom postupku*, Novi Sad 1995, 167.

postojanja pravnog odnosa za čije utvrđivanje je nadležan vanparnični sud. Osim toga, problem određivanja transmitentovih naslednika nije uslovljen postojanjem spora. Taj problem može nastati i onda kada u ostavinskom postupku postoji samo jedan učesnik. Sledstveno izloženom, u slučaju naslednopravne transmisije, ostavinski sud ne treba da postupa u skladu sa specijalnim pravilom za rešavanje prethodnog pitanja u ostavinskom postupku koje je predviđeno čl. 119. ZVP.

Mogućnost primene člana 22. ZVP

Čl. 22. ZVP propisuje opšte pravilo za rešavanje prethodnog pitanja u vanparničnom postupku. Ta odredba predviđa da kada odluka vanparničnog suda "zavisi od prethodnog rešenja pitanja da li postoji neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju još nije doneo odluku sud ili drugi nadležni organ (prethodno pitanje), sud može sam rešiti to pitanje, ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije određeno". Pretpostavke za primenu čl. 22. ZVP jesu: 1° da donošenje ostavinskog rešenja zavisi od postojanja nekog pravnog odnosa i 2° da postojanje tog pravnog odnosa predstavlja samostalnu pravnu celinu koja je predmet odlučivanja u nekom drugom postupku (sudskom ili upravnom) i 3° da organ nadležan za rešavanje tog pravnog pitanja još nije doneo odluku o njemu.[25] Nasuprot čl. 119. ZVP, čl. 22. ZVP ne insistira na tome da postoji spor između učesnika u ostavinskom postupku. Čl. 22. ZVP može da se primeni i na situacije kada odluka suda u ostavinskom postupku zavisi od toga da li postoji neki pravni odnos za čije utvrđenje je nadležan vanparnični sud, što nije slučaj sa čl. 119. ZVP. Sledstveno izloženom, u slučaju naslednopravne transmisije treba primeniti opšte pravilo o rešavanju prethodnog pitanja u vanparničnom postupku predviđeno čl. 22. ZVP, a ne posebno pravilo o upućivanju učesnika ostavinskog postupka na parnični postupak ili postupak pred organom uprave.

Kod naslednopravne transmisije ostavinski sud ima dve mogućnosti (tzv. *fakultativnost rešavanja prethodnog pitanja*).[26] Prva je da prekine ostavinski postupak koji se vodi iza ostavioca i da sačeka dok se pravnosnažno ne okonča ostavinski postupak iza transmitenta. U gore navedenom primeru, to bi značilo da će Osnovni sud u Subotici doneti rešenje kojim prekida ostavinski postupak koji se vodi iza ostavioca A dok se pred Osnovnim sudom u Novom Sadu pravnosnažno ne okonča ostavinski postupak iza lica B. Druga mogućnost je da ostavinski sud sam reši prethodno pitanje, tj. da utvrdi ko su transmitentovi naslednici. Stav koji

[25] G. Stanković, M. Trgovčević–Prokić, 118 i dalje.

[26] M. Salma, 164; G. Stanković, M. Trgovčević-Prokić, 118–119.

je ostavinski sud zauzeo rešavajući prethodno pitanje u teoriji i zakonodavstvu naziva se odlukom o prethodnom pitanju (*prejudicijelna odluka*).[27]

Ako ostavinski sud izabere drugu mogućnost, njegova prejudicijelna odluka (u konkretnom slučaju odluka o transmitentovim naslednicima) "ima pravno dejstvo" samo u ostavinskom postupku koji je vođen iza ostavioca (čl. 22. st. 2. ZVP). To znači da prejudicijelna odluka predstavlja deo donje premise sudskog silogizma. Ona je element činjeničnog stanja na osnovu kojeg je ostavinski sud odlučio o tome ko su ostaviočevi naslednici, što je predmet ostavinskog postupka. Kako je prejudicijelna odluka element činjeničnog stanja, ona se ne unosi u izreku ostavinskog rešenja, već u obrazloženje. Ako bi u prethodno navednom primeru Osnovni sud u Subotici izabrao mogućnost da sam reši prethodno pitanje i tako utvrdio da su naslednici lica B njegova deca V i G, u izreci ostavinskog rešenja bi stajali podaci o naslednicima lica A, a u obrazloženju rešenja sud bi naveo da je nasledne izjave za lice B (transmitent) uzeo od njegovih naslednika V i G (transmisari), kao i način na koji je utvrdio da su V i G naslednici lica B.

Prejudicijelna odluka nema dejstvo materijalne pravnosnažnosti. To što je ostavinski sud kao prethodno pitanje rešavao ko su transmisari ne predstavlja smetnju da se vodi ostavinski postupak iza transmitenta. U tom drugom ostavinskom postupku utvrđivanje transmisara predstavljalo bi glavno pitanje. Ostavinski sud koji sprovodi ostavinski postupak iza transmitenta nije vezan prejudicijelnom odlukom kada utvrđuje njegove naslednike. On može utvrditi da su transmitentovi naslednici neka druga lica, a ne ona koja je kao transmisare utvrdio ostavinski sud rešavajući prethodno pitanje ostavinskom postupku koji je vođen iza ostavioca. Ako bi u gore navedenom primeru sud u Subotici sam rešio prethodno pitanje i utvrdio da su naslednici lica B njegova deca V i G, sud u Novom Sadu koji je nadležan da sprovede ostavinski postupak iza lica B nije vezan tom njegovom prejudicijelnom odlukom. Novosadski sud može utvrditi da je dete V nedostojno za nasleđivanje i da je ostaviočev naslednik samo dete G.

Kada se pred ostavinskim sudom koji je nadležan da sprovede ostavinski postupak iza transmitenta pravnosnažno utvrdi svojstvo njegovih naslednika drugačije nego što je to učinjeno prejudicijelnom odlukom, postavlja se pitanje kako to utiče na ostavinski postupak koji je vođen iza ostavioca. Reč je o situaciji u kojoj je nadležni sud na drugačiji način pravnosnažno rešio prethodno pitanje na kojem je zasnovana odluka nekog drugog suda. U parničnom postupku takva situacija predstavlja razlog za ponavljanje postupka.[28] Predlog za ponavljanje

[27] Iako zakonodavac koristi izraz "odluka suda o prethodnom pitanju" (čl. 22. st. 2 ZVP), striktno posmatrano, tu se ne radi o sudskoj odluci jer sud ne donosi posebno rešenje o prethodnom pitanju. Pravilnije je reći da sud *zauzima stav* o prethodnom pitanju koji predstavlja jedan od elemenata za odlučivanje u glavnoj stvari. U tom smislu: N. Petrušić, 215.

[28] Vidi član 426. tačka 9. Zakona o parničnom postupku – ZPP, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2015.

parničnog postupka iz tog razloga dozvoljen je samo ako stranka bez svoje krivice nije mogla da pre pravnosnažnog okončanja postupka iznese da je nadležni sud na drugačije rešio prethodno pitanje (čl. 427. st. 2. ZPP). U ostavinskom postupku nije dozvoljeno da se podnosi predlog za ponavljanje postupka. Ako postoje uslovi za ponavljanje postupka po pravilima parničnog postupka, stranci je priznato pravo da pokrene korektivni parnični postupak za raspravljanje zaostavštine (čl. 131. ZVP).

Koju će mogućnost ostavinski sud izabrati, tj. da li će sam rešavati prethodno pitanje ili će prekinuti postupak, zavisi od njegove procene šta je *in concreto* celishodno i ekonomično. Ako se proceni da postupak za raspravljanje transmitentove zaostavštine nije komplikovan (npr. iza transmitenta nije ostao testament, niti ugovor o doživotnom izdržavanju tako da se na nasleđe pozivaju samo zakonski naslednici koji jedni drugima ne osporavaju nasledničko svojstvo), načelu ekonomičnosti više odgovara da ostavinski sud sam reši prethodno pitanje i da time ubrza glavni postupak. Ostavinski sud ne mora da čeka da se pravnosnažno okonča postupak za raspravljanje transmitentove zaostavštine da bi doneo ostavinsko rešenje ako ne postoji rizik da će sud nadležan za raspravljanje transmitentove zaostavštine utvrditi druga lica za transmisare, a ne ona koja bi on utvrdio svojom prejudicijelnom odlukom. Međutim, ako ostavinski sud proceni da je postupak za raspravljanje transmitentove zaostavštine složen (npr. postoji testament čiju punovažnost zakonski naslednici osporavaju) i da postoji rizik da sud nadležan za raspravljanje transmitentove zaostavštine utvrdi transmisare drugačije nego što bi to on uradio svojom prejudicijelnom odlukom, onda je celishodnije da se ostavinski postupak prekine do pravnosnažnog okončanja postupka za raspravljanje transmitentove zaostavštine. Drugim rečima, postupanje ostavinskog suda u slučaju naslednopravne transmisije zavisi od toga kolika je verovatnoća da svojstvo transmisara na različit način bude utvrđeno prejudicijelnom odlukom i odlukom ostaviskog suda koji je nadležan za raspravljanje transmitentove zaostavštine. Ako takva verovatnoća postoji, razlozi celishodnosti nalažu da se ostavinski postupak prekine dok nadležni sud u postupku za raspravljanje transmitentove zaostavštine pravnosnažno ne utvrdi ko su njegovi naslednici.

Ako je ostavinski postupak iza transmitenta pravnosnažno okončan (u gore navedenom primeru Osnovni sud u Novom Sadu je pravnosnažno raspravio zaostavštinu lica B), ostavinski sud je vezan tim ostavinskim rešenjem.[29] On će na ročište za ostavinsku raspravu pozvati lica koja su pravnosnažnim rešenjem oglašena za transmitentove naslednike. U takvoj situaciji ostavinski sud nije ovlašćen da sam utvrđuje ko su transmisari.[30]

---

[29] U tom smislu, vidi: G. Stanković, M. Trgovčević-Prokić, 119.

[30] To proističe iz formulacije čl. 22. st. 1. ZVP, gde stoji da sud može sam rešiti prethodno pitanje ako o tom pitanju "još nije doneo odluku sud ili drugi nadležni organ".

OZNAČAVANJE OSTAVIOČEVOG NASLEDNIKA U OSTAVINSKOM REŠENJU

Ako u ostavinskom postupku koji se vodi iza ostavioca transmisari daju pozitivne nasledne izjave, tj. ako se izjasne da transmitent treba da nasledi ostavioca, postavlja se pitanje koga ostavinski sud u izreci ostavinskog rešenja označava kao ostaviočevog naslednika: transmitenta ili transmisara. U vezi sa tim pitanjem postojala su lutanja u sudskoj praksi.

U jednom slučaju utvrđeno je da je ostavilja, iza koje su ostali suprug i dve kćeri, preminula 8. avgusta 1992. godine, a da je njen suprug umro nedelju dana kasnije ne stigavši da dâ naslednu izjavu. Iza supruga su ostale dve ćerke iz braka sa ostaviljom i ćerka njegovog iz prethodnog braka. Viši sud u Pančevu, rešavajući po žalbi na prvostepeno ostavinsko rešenje, zauzeo je stanovište da ostaviljin suprug "nije mogao biti oglašen za naslednika i da nije mogao dati nasledničku izjavu jer je izgubio pravni subjektivitet".[31]

U drugom slučaju, neposredno iza ostavioca umro je njegov sin, koji takođe nije stigao da se izjasni da li se prihvata ili odriče nasledstva iza smrti svog oca. Sin je od naslednika imao suprugu. U ostavinskom rešenju kojim je raspravljena ostaviočeva zaostavština za naslednika je oglašena ostaviočeva snaja (transmisar). Okružni sud u Gnjilanu je u postupku po žalbi ukinuo prvostepeno ostavinsko rešenje. U obrazloženju svoje odluke on kaže da je ostavinski sud trebalo "da za pokojnog ostaviočevog sina utvrdi da je nasledio ostavioca, a da potom raspravi zaostavštinu sina ostavioca, koju je sada pokojni nasledio od ostavioca." Takav svoj stav Okružni sud u Gnjilanu obrazlaže pravilom po kojem zaostavština po sili zakona prelazi na ostaviočeve naslednike u trenutku njegove smrti.[32] I Vrhovni sud Srbije je u jednom slučaju iz 1996. godine smatrao da kao ostaviočev naslednik treba da bude označen transmitent, a ne transmisar: "Prvostepeni sud će raspravljajući zaostavštinu ostavioca utvrditi krug njegovih zakonskih naslednika u momentu otvaranja njegovog nasleđa koji su nadživeli ostavioca, pa zatim krug njihovih zakonskih naslednika, ukoliko su tokom ostavinskog postupka preminuli."[33]

Prilikom rešavanja ovog problema neophodno je imati u vidu dve stvari: 1° princip *ipso iure* nasleđivanja i s njim povezanu deklarativnu prirodu ostavinskog rešenja, kao i 2° zakonske odredbe o sadržini ostavinskog rešenja.

---

[31] Rešenje Višeg suda u Pančevu 1 Gž 477/12, od 26. juna 2012. godine, objavljeno na: *http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/supa/viewAct/547921f7-7af0-59f3-d053-36106b5baa41*.

[32] Vidi rešenje Okružnog suda u Gnjilanu Gž 194/94, od 26. februara 1996. – O. Antić, D. Đurđević, 84.

[33] Rešenje Vrhovnog suda Srbije Rev. 5958/97, od 26. novembra 1997. – O. Antić, D. Đurđević, 84–85.

Ostavinsko rešenje je deklarativna odluka. Njime se utvrđuju naslednopravne posledice koje su po sili zakona (*ipso iure*) nastupile u momentu ostaviočeve smrti.[34] U sistemu *ipso iure* nasleđivanja, za koji se opredelio srpski zakonodavac,[35] zaostavština *po sili zakona* prelazi sa ostavioca na njegove naslednike u trenutku ostaviočeve smrti. Od trenutka ostaviočeve smrti nastupa stanje "naslednopravnog provizorijuma", u kojem potencijalni naslednik (kandidat za naslednika; provizorni naslednik) treba da se izjasni da li hoće ili neće da nasledi ostaviočevu zaostavštinu.[36] Taj provizorijum se okončava davanjem nasledne izjave, koja deluje *ex tunc*. Ako je nasledna izjava pozitivna, uzima se da je potencijalni naslednik konačno stekao zaostavštinu i da je postao njen imalac već od momenta ostaviočeve smrti. S druge strane, negativna nasledna izjava dovodi do toga da se kandidat za nasleđe smatra kao da nikada nije ni postao ostaviočev naslednik (čl. 213. st. 3. ZON). Ostavinskim rešenjem, koje takođe deluje *ex tunc* utvrđuje se (deklariše) da je u trenutku ostaviočeve smrti nastupila određena pravna posledica, tj. da je određeno lice postalo ostaviočev naslednik.

Naslednopravna transmisija ništa ne menja u pogledu navedenih osnovnih pravnodogmatskih principa na kojima počiva sistem *ipso iure* nasleđivanja. Kod naslednopravne transmisije u trenutku ostaviočeve smrti zaostavština prelazi na transmitenta, jer je on nadživeo ostavioca i ispunio zakonske uslove da stekne zaostavštinu. Transmitent u trenutku ostaviočeve smrti stiče svojstvo tzv. "provizornog naslednika", koji ima pravo da se izjasni da li hoće da nasledi svog ostavioca.[37] Jedina razlika između redovne situacije (situacija u kojoj naslednik doživi trenutak davanja nasledne izjave) i naslednopravne transmisije sastoji se u tome što se u redovnoj situaciji naslednopravni provizorijum okončava naslednom izjavom naslednika, dok se kod naslednopravne transmisije naslednopravni provizorijum okončava naslednom izjavom koju umesto naslednika (transmitenta) daju njegovi naslednici (transmisari).[38] Međutim to što naslednu izjavu nije dao transmitent nego su je dali transmisari umesto njega (odnosno "za njega" ili "sa dejstvom prema njemu"), ne menja ništa u pogledu toga da je zaostavština u trenut-

[34] U tom smislu vidi umesto svih: D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, 310.

[35] Vidi član 212. ZON: "Zaostavština prelazi po sili zakona na ostaviočeve naslednike u trenutku njegove smrti. Istovremeno naslednici stiču i pravo na odricanje od nasleđa."

[36] Bliže o tome vidi: Dirk Olzen, *Erbrecht*, Berlin 2009, 281 i dalje.

[37] Uporedi: Julius Binder, *Bürgerliches Recht – Erbrecht*, Berlin 1923, 34; Ulrich von Lübtow, *Erbrecht*, Berlin 1971, Bd. II, 687.

[38] Uporedi: J. Binder, 34; U. v. Lübtow, II, 687. Vidi i: Andree Wildemann, *Juris Paxiskommentar BGB*, Bd. V – Erbrecht (Hrsg. W. Hau), Saarbrücken 2009, 171, koji ističe da pravo na naslednu izjavu prelazi na transmisare zajedno sa ukupnim pravnim položajem transmitenta kao provizornog naslednika. U tom smislu i: Horst Bartholomeyczik, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Hrsg. W. Erman), Münster 1967, Bd. II, 1242.

ku ostaviočeve smrti prešla sa ostavioca na transmitenta. Shodno tome, u izreci ostavinskog rešenja kao naslednik ostavioca treba da bude označen transmitent.

Sadržina ostavinskog rešenja uređena je zakonom. Izreka ostavinskog rešenja treba, između ostalog, da sadrži: lično ime, zanimanje i prebivalište naslednika, odnos naslednika prema ostaviocu – da li nasleđuje kao zakonski ili testamentarni naslednik (čl. 122. st. 2. ZVP). Kod naslednopravne transmisije ostaviočev naslednik je transmitent, te u izreci ostavinskog rešenja treba navesti podatke o transmitentu, a ne o transmisarima. U obrazloženju rešenja sud treba da navede da su naslednu izjavu umesto transmitenta dali transmisari i način na koji je utvrdio svojstvo transmisara.

Na ovom mestu neophodno je osvrnuti se na argumentaciju koju je izneo Viši sud u Pančevu u gore citiranoj odluci. On kaže da transmitent nije mogao "biti oglašen za naslednika i da nije mogao dati nasledničku izjavu jer je izgubio pravni subjektivitet". Navedeno stanovište može se delimično uvažiti. Smrt transmitenta predstavlja prepreku za davanje nasledne izjave, jer pravni posao ne može preduzimati mrtav čovek. Međutim, to što je neko lice izgubilo pravni subjektivitet nakon smrti ostavioca ne predstavlja nikakvu pravnu prepreku da ono u ostavinskom rešenju bude oglašeno za naslednika. Iako se takvo nešto na prvi pogled čini apsurdnim, to je moguće upravo zbog deklarativne prirode ostavinskog rešenja. Naime u vanparničnim postupcima koji se meritorno okončavaju donošenjem preobražajne (konstitutivne) odluke (npr. postupak za lišenje poslovne sposobnosti ili postupak za davanje dozvole za stupanje u brak) smrt lica o čijim se pravu ili statusu odlučuje imala bi za posledicu donošenje rešenja o obustavljanju postupka jer je bespredmetno mrtvo lice lišavati poslovne sposobnosti, odnosno dozvoljavati mu da zaključuje brak. U ostavinskom postupku se utvrđuje da li je neko lice u prošlosti steklo određeno pravo, tako da njegova smrt koja je nastupila pre donošenja ostavinskog rešenja ne čini bespredmetnim dalje vođenje postupka. To nije jedini slučaj gde se nakon smrti određenog lica u izreci sudske odluke utvrđuje da li je ono za života bilo u nekom pravnom odnosu. Kao primer mogu se navesti porodičnopravni propisi koji dozvoljavaju vanbračnom detetu da protiv naslednika muškarca kojeg smatra svojim ocem podigne tužbu za utvrđivanje očinstva.[39] Ako sud utvrdi da je tužbeni zahtev osnovan, u izreci presude će stajati da se utvrđuje da je otac tužioca muškarac koji nije živ u vreme donošenja sudske odluke, a ne naslednici tog muškarca, protiv kojih je podneta tužba i koji su bili stranke u postupku.

NESLAGANJE TRANSMISARA

Kada ima više transmisara, može se desiti da se oni na različite izjasne o tome da li transmitent treba da nasledi svog ostavioca, tj. da neki od njih daju

[39] Vidi čl. 255. Porodičnog zakona, *Sl. glasnik RS*, 18/2005, 72/2011 i 6/2015.

pozitivnu, a neki negativnu naslednu izjavu. Pojedini transmisar može imati neposredan pravni interes da transmitent ne nasledi ostavioca. Ta situacija se može ilustrovati konkretnim primerom. Uzmimo da ostavilac ima jednog sina, koji je umro neposredno nakon njegove smrti ostavivši iza sebe suprugu i kćer. Supruga i kći kao naslednici ostaviočevog sina (transmisari) biće pozvani da se u ostavinskom postupku koji se vodi iza ostavioca izjasne da li sin (transmitent) treba da nasledi svog oca. Supruga ima neposredan pravni interes da bude data pozitivna nasledna izjava. U tom slučaju, ostaviočeva zaostavština prelazi na njegovog sina, a potom sa sina na sinovljeve naslednike, tako da u krajnjem ishodu supruga dobija 1/4 zaostavštine svog svekra. S druge strane, kćerkin neposredan interes jeste da bude data negativna nasledna izjava. Pri takvom sledu događaja ostaviočev sin ne postaje naslednik, primenjuje se pravo predstavljanja, te kćer kao reprezentant ostaviočevog sina nasleđuje celokupnu zaostavštinu svoga dede.

U srpskom pravu to pitanje nije zakonski regulisano. Zakonodavac nije propisao normu kojom bi uredio postupanje ostavinskog suda u situaciji kada transmisari daju različite nasledne izjave. U uporednom pravu se sreću različita rešenja.

BGB u § 1952. stav 3. daje transmisarima mogućnost da različito postupe: "Od više naslednikovih naslednika, svaki može da se odrekne dela nasleđa koji je srazmeran njegovom naslednom delu." To znači da ako su iza transmitenta ostala dva transmisara, jedan može da se prihvati nasledstva, a drugi da dâ negativnu naslednu izjavu. Na primer, ako ostaviočev sin umre neporedno posle njega ne stigavši da dâ naslednu izjavu, a naslednici ostaviočevog sina su njegova supruga koja nasleđuje 1/4 i kćer koja nasleđuje 3/4, nemačko pravo dozvoljava da supruga dâ pozitivnu, a kćer negativnu naslednu izjavu u pogledu zaostavštine ostavioca. U tom slučaju, kćer nasleđuje samo 3/4 transmitentove zaostavštine, dok supruga dobija 1/4 transmitentove zaostavštine i 1/4 zaostavštine ostavioca. Ćerka na zaostavštini ostavioca nema nikakav udeo.[40] U nemačkom pravu je sporno šta se dešava sa delom ostaviočeve zaostavštine koji je ostao slobodan usled toga što je neki od transmisara dao negativnu naslednu izjavu. U gore navedenom primeru sporno je kome treba da pripadne 3/4 zaostavštine kojih se odrekla transmitentova ćerka. Prema jednom stanovištu deo zaostavštine kojeg se odrekao jedan od transmisara pripada onom licu koje bi se pozvalo na nasleđe da je transmitent dao negativnu naslednu izjavu.[41] Ako bi se to stanovište primenilo u navedenom primeru, ostaviočeva zaostavština bi se podelila između transmisara (supruge

[40] Bliže o tome, vidi: MK/Leipold, 273–274.

[41] U tom smislu: K. Muscheler, II, 1500 i dalje; Gerhard Ruby, Elmar Uricher, *Handbuch des Erbrechts* (Hrsg: R. Hausmann, G. Hohloch), Berlin 2010, 137; Gerhard Otte, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Red. G. Otte), Buch V/1: Erbrecht (Einleitung; §§ 1922–1966), Berlin 2000, 474–475.

ostaviočevog sina) koja bi imala 1/4, i ostaviočevih naslednika iz drugog naslednog reda, koji bi dobili preostale 3/4. Prema drugom stanovištu, deo zaostavštine kojeg se odrekao jedan od transmisara treba da pripadne ostalim transmisarima.[42] Primena tog shvatanja na konkretni slučaj dovela bi do toga da celokupna ostaviočeva zaostavština pripadne transmisaru – supruzi ostaviočevog sina.

Princip po kojem transmisari ne moraju da se na istovetan način izjasne da li transmitent treba da nasledi svog ostavioca prihvaćen je i u italijanskom pravu. Naime, ako transmisari nisu saglasni da li treba da daju pozitivnu ili negativnu naslednu izjavu, italijanski Građanski zakonik (*Codice civile*) u čl. 479. st. 2. predviđa da transmisari koji su dali pozitivnu naslednu izjavu stiču sva prava i sve obaveze iz zaostavštine transmitentovog ostavioca, dok oni transmisari koji su dali negativnu naslednu izjavu ne učestvuju u podeli nasleđa koje je ostalo iza transmitentovog ostavioca.[43]

U francuskom pravu pravila kojima je uređen položaj transmisara korenito su promenjena. Izvorni tekst CC polazio je od toga da transmisari moraju istovetno da postupe. Čl. 782. CC predviđao je da ako transmisari nisu saglasni da li da se prihvate ili da se odreknu nasleđa, onda se uzima da su svi dali izjavu u prihvatanju nasleđa s privilegijom popisa.[44] Nakon reforme franscuskog naslednog prava 2006. godine, novelirani čl. 775. st. 2. CC priklonio se rešenju koje je prihvaćeno u nemačkom i italijanskom pravu.

Davanje mogućnosti transmisarima da različito postupe svoje pravnopolitičko opravdanje nalazi u nameri zakonodavca da afirmiše slobodu svakog od njih da samostalno odluči da li će iskoristiti mogućnost da se odrekne od nasleđa kao sredstvo za zaštitu od sticanja prezadužene zaostavštine.[45] Nasleđivanje ne predstavlja samo korist za naslednika. Ono sa sobom nosi i određene uštrbe koji se ogledaju u obavezi da se izvrše ostaviočeve obaveze. Svaki naslednik procenjuje da li sticanje udela u aktivi i pasivi ostavinske mase u krajnjem ishodu pozitivno ili negativno utiče na njegove imovinske prilike, te prema tome donosi odluku

[42] U tom smislu, vidi: H. Bartholomeyczik, 1243; MK/Leipold, 273–274; U. v. Lübtow, II, 690; A. Wildemann, 171–172; Winfried Schlüter, *Erbrecht*, München 2000, 184; Kurt Herbert Johannsen, *Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes – Kommentar* (BGB-RGRK), Berlin/New York 1974, Bd. V, Teil I (§§ 1922–2146), 127.

[43] Bernhard Eccher, Francesco Schurr, Gregor Christandl, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien 2009, 618.

[44] Bliže o tome, vidi: Murad Ferid, *Das Französische Zivilrecht*, Bd. II, Frankfurt am Main/Berlin 1971, 1476–1477.

[45] O negativnoj naslednoj izjavi kao sredstvu za zaštitu naslednika od nasleđivanja prezadužene zaostavštine, vidi bliže: Dejan Đurđević, *Zaštita naslednika od posedica sticanja prezadužene zaostavštine*, Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije, knj. 6 (ur. S. Lilić), Beograd 2016, 172–175.

o privatanju ili odricanju od nasledstva. Rešenje za koje su se opredelili nemačko i italijansko pravo daje mogućnost transmisarima da odbiju sticanje udela na ostaviočevoj zaostavštini ako nasleđivanje te zaostavštine smatraju rizičnim i da zadrže samo udeo na transmitentovoj zaostavštini, pri čemu je transmisarima koji imaju drugačiju procenu ostavljena mogućnost da prihvate i ostaviočevu i transmitentovu zaostavštinu.[46]

Postavlja se pitanje da li tako mogu da postupaju i srpski sudovi u odsustvu izričitog zakonskog pravila koje bi to predvidelo. Prilikom rešavanja tog problema neophodno je istaći da je pravilo koje dozvoljava transmisarima da različito postupe u suprotnosti sa nekim od fundamentalnih principa na kojima počiva srpsko nasledno pravo.

Pre svega, mogućnost da transmisari daju različitite nasledne izjave u pogledu ostaviočeve zaostavštine u suprotnosti je s načelom univerzalne sukcesije, što ne dovode u pitanje ni autori iz država koje tu mogućnost dozvoljavaju.[47] Suština unverzalne sukcesije ogleda se u tome što zaostavština "kao celina" (*per universitatem*) prelazi sa ostavioca na njegove naslednike.[48] Sva prava i obaveze ostavioca kao jedinstvena celina prelaze na sve njegove naslednike.[49] Drugim rečima, kod nasleđivanja, kao jednog vida univerzalne sukcesije svi ostaviočevi naslednici zajedno stiču celokupnu njegovu zaostavštinu.[50] Načelo univerzalne sukcesije nalaže da transmisari jedinstveno postupe – ili da svi odbiju ostaviočevu zaostavštinu ili da je svi prihvate.[51] U oba slučaja svi transmisari bi zajedno nasledili jednu zaostavštinu kao celinu. U slučaju da odbiju ostaviočevu zaostavštinu, ostavinska masa koju nasleđuju transmisari bila bi manja i činila bi je samo transmitentova imovina, dok bi u slučaju da transmisari prihvate ostaviočevu zaostavštinu oni

---

[46] Vidi: Stephan Seidl, Kommentar *zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Hrsg: H. G. Bamberger, H. Roth), Bd. III (1297-2385; EGBGB; CISG), München 2003, 1344; MK/Leipold, 272; K. Muscheler, II, 1499-1500. Redaktori BGB su ovakvo rešenje pravdali razlozima pravičnosti i potrebama pravnog saobraćaja. Vidi: Staudinger/Otte, 474.

[47] Uporedi: MK/Leipold, 272.

[48] O univerzalnoj sukcesiji, bliže sa upućivanjima: D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, 35 i dalje.

[49] Zbog toga U. v. Lübtow, Hb. I, 21, kaže da univerzalna sukcesija predstavlja "sticanje zaostavštine kao onakvog kvalitativnog jedinstva imovisnkopravnih objekata kakvo je postojalo kod ostavioca".

[50] Uporedi: Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2014, 293, koji kaže: "Kod univerzalne sukcesije sve predstavlja jedinstvo – jedinstven je objekt sticanja i subjekt sticanja."

[51] Uporedi: J. Binder, 34, koji je smatrao da bi za nemačko pravo bilo zahvalno rešenje po kojem bi svi transmisari morali istovetno da postupe u pogledu prihvatanja, odnosno odbijanja ostaviočevog nasleđa. On kritikuje redaktore BGB-a što su umesto takvog "jednostavnog i primerenog rešenja" u Zakonik uneli "nespretno" formulisan § 1952. st. 3.

nasledili veću ostavinsku masu koju bi činila transmitentova imovina uvećana za ono što je on nasledio od svog ostavioca. Mogućnost tramsmisara da se različito izjašnjavaju ima za posledicu promenu u strukturi odnosa između ostaviočeve i transmitentove zaostavštine.[52] Ako transmisari različito postupe, transmitentovo nasleđe ne može, po prirodi stvari, postati sastavni deo njegove imovine, već ostaje zasebna imovinskopravna celina.[53] Umesto da postoji jedna imovinska celina koja prelazi na jednu nasledničku zajednicu, različito postupanja transmisara dovodi do nastanka dveju imovinskopravnih celina (transmitentova posebna imovina i transmitentovo nasleđe) i dve nasledničke zajednice.[54] Na transmitentovoj posebnoj imovini postojala bi naslednička zajednica svih njegovih naslednika, dok bi na transmitentovoj nasleđenoj imovini nasledničku zajednicu činili samo oni transmisari koji su se prihvatili nasleđa iza ostavioca.

Različito postupanje transmisara u suprotnosti je s principima na kojima je uređena naslednička zajednica, kao zajednička imovina svih sanaslednika.[55] Naime, sanasledici imaju udeo na zaostavštini kao celini kojom upravljaju zajednički i sporazumno. Mogućnost jednog transmisara da se nezavisno od ostalih odrekne udela na ostaviočevoj zaostavštini u suprotnosti je s pravilom po kojem sanasledici nemaju udeo na pojedinim delovima zaostavštine, pa samim tim ne mogu njima samostalno raspolagati.[56]

Pravilo koje zabranjuje da se parcijalno odriče od nasleđa (čl. 214. st. 2. ZON) biće pogaženo ako se transmisarima omogući da različito postupe.[57] Kada po istom osnovu dobija određeni deo zaostavštine naslednik mora da prihvati svoju kvotu na celini zaostavštine ili da se odrekne te kvote. Nije dozvoljeno da se putem nasledne izjave vrši uticaj na veličinu naslednog dela koji se dobija po

[52] MK/Leipold, 272.

[53] Vidi: K. Muscheler, II, 1500, koji izričito ističe da se ostaviočeva zaostavština ne ubraja u zajedničku imovinu nasledničke zajednice transmisara (zajednica naslednikovih naslednika, *Erbeserbengemeinschaft*) koja nastaje na zaostavštini transmitenta.

[54] MK/Leipold, 272; U. v. Lübtow, II, 690; K. Muscheler, II, 1500; Staudinger/Otte, 474; Malte Masloff, *Praxiskommentar Erbrecht* (Hrsg: J. Damrau, M. Tanck), Bonn 2014, 164.

[55] J. Binder, 34; H. Bartholomeyczik, 1243; MK/Leipold, 272; U. v. Lübtow, II, 690; K. Muscheler, II, 1500; Ursula Tschichoflos, *BGB Kommentar* (Hrsg. H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich), Köln 2009, 2665.

[56] O pravnoj prirodi nasledničke zajednice vidi: Dejan Đurđević, *Pravna priroda nasledničke zajednice*, Srpska politička misao, 4/2015, 109 i dalje.

[57] To nije sporno ni među nemačkim autorima, koji smatraju da se različitim postupanjem transmisara zaobilazi pravilo koje zabranjuje nasledniku da svoju pozitivnu, odnosno negativnu naslednu izjavu ograniči na deo nasleđa (§ 1950. BGB). U tom smislu: Heinrich Lange, Kurt Kuchinke, *Erbrecht*, München 2001, 209; H. Bartholomeyczik, 1243; U. v. Lübtow, II, 690; G. Ruby, E. Uricher, 136; Staudinger/Otte, 474, U. Tschichoflos, 2665.

određenom osnovu[58] niti da se pojedini delovi zaostavštine (idealni ili realni) posebno prihvataju ili odbijaju[59], npr. da naslednik izjavi da se prihvata nasledstva samo na ostaviočevim nepokretnostima, a da se odrekne naslednog dela na pokretnoj imovini.[60]

Imajući u vidu izloženo, mogućnost da transmisari različito postupe bila bi u suprotnosti s fundamentalnim pravilima na kojima počiva uređenje pravnog položaja naslednika u srpskom pravu (princip univerzalne sukcesije, nasledničkа zajednica kao zajednica zajedničke ruke – zajednička imovina, zabrana da se parcijalno odriče od nasleđa). Srpsko pravo, doduše, poznaje slučajeve gde se odstupa od tih pravila, ali su takvi izuzeci izričito predviđeni u zakonu.[61] Pošto u naslednopravnoj transmisiji takvog izričitog zakonskog izuzetka nema, srpski sudovi ne mogu dozvoliti da se transmisari različito izjasne u pogledu nasleđivanja ostaviočeve zaostavštine. Međutim, i dalje ostaje otvoreno pitanje kako postupiti u tom slučaju.

Prilikom rešavanja tog pitanja, neophodno je poći od opštih pravila kojima se uređuje pravni položaj sanaslednika. Time što su nasledili transmitenta, koji je umro pre nego što se izjasnio da li hoće da nasledi svog ostavioca, transmisari su u okviru transmitentove zaostavštine, pored ostalih nasledivih prava (svojina na pokretnim i nepokretnim stvarima, potraživanja, prava intelektualnih tvorevina, udeli u privrednim društvima i sl.) stekli i pravo na naslednu izjavu, tj. pravo da se izjasne da li transmitent treba da nasledi svog ostavioca.[62] I kao što ostala

[58] Npr. ako *in concreto* jedno lice dobija 1/4 zaostavštine kao zakonski i 1/4 zaostavštine kao testamentarni naslednik dozvoljeno je da se prihvati naslednog dela koji mu pripada kao testamentarnom nasledniku a da se odrekne naslednog dla koji mu pripada kao zakonskom nasledniku. I obrnuto. Međutim, ako nasleđuje 1/2 zaostavštine po istom osnovu pozivanja na nasleđe, onda mora da prihvati tu polovinu ili da je se odrekne. U tom slučaju nije dozvoljeno da se prihvati samo četvrtine nasledstva. Bliže o tome, vidi: Đurđević, *Institucije naslednog prava*, 321–322

[59] Bliže o tome, vidi: MK/Leipold, 265 i dalje.

[60] Takva naslednikova želja mogla bi eventualno da se ostvari u drugom koraku, prilikom deobe zaostavštine. Kada daje naslednu izjavu on se prihvata nasledstva, ili idelnog udela na zaostavštini kao celini.

[61] Kao primer može se navesti čl. 204. st. 1. ZON: "Posle smrti davaoca izdržavanja njegove obaveze prelaze na njegovog bračnog druga i potomke koji su pozvani na nasleđe, ako pristanu." U ovom slučaju se odstupa od principa univerzalne sukcesije, zajedničkog upravljanja u nasledničkoj zajednici i zabrane da se parcijalno prihvata nasleđe, pa se za jednu grupu ostaviočevih prava i obaveza (prava i obaveze iz ugovora o doživotnom izdržavanju koje je ostavilac imao kao davalac izdržavanja) uspostavlja specijalni naslednopravni režim. Ovde zaostavština ne prelazi na naslednike kao jedinstvena celina već kao dve imovinskopravne celine u pogledu kojih naslednici mogu različito da se izjasne da li će ih prihvatiti.

[62] U tom smislu se eksplicitno izjašnjava G. Ote, koji kaže da pravo na naslednu izjavu "na osnovu *ipso iure* nasleđivanja prelazi na transmitentove naslednike kao sastavni deo njegove zaostavštine". Vidi: Staudinger/Otte, 472. Vidi i: U. Tschichoflos, 2665.

prava iz transmitentove zaostavštine vrše zajednički i sporazumno, oni na isti način treba da vrše i pravo na naslednu izjavu. Ako sanaslednici ne mogu da se slože o upravljanju zaostavštinom (npr. ne mogu da se dogovore da li da prodaju akcije ili da za nasleđene dinare kupe devize), zakonodavac je predvideo određene pravne mehanizme pomoću kojih se takva situacija razrešava. U tom slučaju sud na zahtev nekog od sanaslednika postavlja upravitelja zaostavštine koji može uz odobrenje suda raspolagati pravima iz zaostavštine ako je to potrebno radi otklanjanja kakve štete (čl. 229. i 230. ZON). Sledstveno izloženom pravilu, upravitelj bi u slučaju neslaganja transmisara trebalo da dâ pozitivnu naslednu izjavu. Međutim ako se dokaže da je ostaviočeva zaostavština prezadužena i da prihvatanje takve ostavinske mase stvara za transmisare opasnost od nastupanja štete, ostavinski sud bi imao osnov da upravitelju zaostavštine dozvoli da dâ negativnu naslednu izjavu.

Do sličnog rešenja dolazi se i onda kada se na ostavinski postupak shodno primene pravila o jedinstvenim suparničarima iz čl. 210. ZPP, što je moguće na osnovu čl. 30. st. 2. ZVP. Naime, položaj transmisara u pogledu davanja nasledne izjave sličan je položaju jedinstvenih suparničara – onih suparničara prema kojima se zbog prirode pravnog odnosa u kojem se nalaze spor mora rešiti na jednak način. Da bi spor mogao da se na jednak način reši prema svim jedinstvenim suparničarima u parničnom postupku se primenjuje *fikcija po kojoj sud postupa kao da na strani suparničara postoji samo jedan pravni subjekt*.[63] Iz te fikcije dalje proističu dva važna pravila: 1° nisu dozvoljene nesaglasne radnje jedinstvenih suparničara i 2° ako jedinstveni suparničari preduzimaju radnje koje se uzajamno isključuju merodavna je povoljnija radnja.[64] Ako bi se ta pravila shodno primenila na transmisare u ostavinskom postupku, to bi značilo da svi transmisari moraju dati istovetne nasledne izjave. U slučaju različitih naslednih izjava merodavna bi bila ona koja je povoljnija, a to će redovno biti pozitivna nasledna izjava. Izuzetno, negativna nasledna izjava mogla bi se smatrati povoljnijom radnjom samo ako se dokaže da je zbog prezaduženosti zaostavštine odricanje od nasledstva neophodno da bi se sprečila opasnost od štete za transmisare.

ZAKLJUČAK

Naslednopravna transmisija javlja se ako naslednik (transmitent) umre dok je imalac prava na davanje nasledne izjave, tj. ako umre nakon ostavioca, a pre nego što pravo na naslednu izjavu izgubi na jedan od sledećih načina: 1° davanjem negativne nasledne izjave, 2° davanjem izričite izjave o prihvatanju nasledstva, 3° preduzimanjem radnje koja se može kvalifikovati kao nasledničko po-

[63] Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009, 505–506.

[64] B. Poznić, 506.

našanje (*gestio pro herede*) ili 4° propuštanjem da se do okončanja prvostepenog ostavinskog postupka izjasni da li se prihvata ili odriče od nasledstva. U tom slučaju, pravo na davanje nasledne izjave prelazi na transmitentove naslednike (transmisare), koji stiču mogućnost da se u ostavinskom postupku koji se vodi iza ostavioca izjasne da li transmitent treba da nasledi ostavioca.

Da bi sproveo ostavinski postupak, sud mora da pozove transmisare na ročište radi davanja nasledne izjave. U ostavinskom postupku koji se vodi iza ostavioca određivanje transmisara predstavlja prethodno pitanje koje se rešava u skladu sa čl. 22. ZVP – sud može sam da reši prethodno pitanje i odredi transmisar ili da prekine postupak do pravnosnažnog okončanja ostavinskog postupka koji se vodi iza transmitenta.

U izreci ostavinskog rešenja kao naslednik se označava transmitent. Transmisari nisu ostaviočevi, već transmitentovi naslednici.

Ako u ostavinskom postupku transmisari nisu saglasni u pogledu toga da li transmitent treba da nasledi ostavioca, pravila na kojima se zasniva pravni položaj naslednika u srpskom pravu (načelo univerzalne sukcesije, princip zajedničke imovine sanaslednika i zabrana parcijalnog odricanja od nasleđa) nalažu da se se svi transmisari tretiraju kao jedan subjekt i da se ne dozvoli da daju nesaglasne nasledne izjave. Ako su nasledne izjave transmisara nesaglasne treba uzeti da je data pozitivna nasledna izjava. Izuzetak bi bio moguć samo onda ako bi se dokazalo da je ostaviočeva zaostavština prezadužena i da bi prihvatanje nasledstva stvorilo opasnost od štete. Tada bi u slučaju da su nasledne izjave transmisara nesaglasne trebalo uzeti da su se svi odrekli od nasledstva.

DEJAN ĐURĐEVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

THE PROCEDURAL ASPECTS OF ACCEPTANCE OR WAIVER OF INHERITANCE

Summary

In Serbian estate law both the intestate successors and the heirs named in a will have the right to disclaim or to accept the inheritance. The very right of a successor to either accept or waive the bequest by declaration of his own will is inheritable in Serbian law. The inheritability of the right to accept or to waive an inheritance shall be relevant in cases where the successor dies before exercising such right in the course of non-contentious proceedings. However, there are certain practical difficulties with respect to inheritability of the right to declare acceptance or waiver. These dif-

ficulties have to do with: 1º The duty of the court to halt the ongoing probate proceedings in case of death of a successor who did not manage to express his own will with regards to the inheritance in question, until the ending of another probate process, and that is the probate process concerning the assets of the said deceased successor; 2º The identification of a successor in the probate decision, having in mind that the original successor and a holder of the right to accept or refuse the inheritance in question, has died in the course of probate proceedings; 3º Situation where there are two or more heirs to the departed successor, some of them holding that the successor should have inherited, and others maintaining that he should have waived the inheritance. After a thorough doctrinal and comparative legal analysis, the author offers practical solutions for the aforesaid controversial issues.

NIKOLA BODIROGA

PONAVLJANJE PARNIČNOG POSTUPKA PRED VRHOVNIM KASACIONIM SUDOM

O NEOPHODNOSTI PONAVLJANJA PARNIČNOG POSTUPKA PRED VRHOVNIM KASACIONIM SUDOM

Vrhovni kasacioni sud (dalje: VKS) je najvši sud u Republici Srbiji (član 143, stav 4 Ustava). Ustav ne sadrži odredbe kojima se uređuju zadaci i nadležnost VKS–a, već to prepušta Zakonu o uređenju sudova[1] i procesnim zakonima. Član 30 Zakona o uređenju sudova nosi naslov "Nadležnost u suđenju". Tim članom je propisano da VKS odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima izjavljenim protiv odluka sudova Republike Srbije i u drugim stvarima određenim zakonom (član 30, stav 1 Zakona o uređenju sudova). Osim toga, VKS odlučuje o sukobu nadležnosti između sudova, ako za odlučivanje nije nadležan neki drugi sud, kao i prenošenju nadležnosti sudova, radi lakšeg vođenja postupka ili drugih važnih razloga (član 30, stav 2 Zakona o uređenju sudova). Član 31 Zakona o uređenju sudova nosi naslov "Nadležnost izvan suđenja", a to podrazumeva da VKS obezbeđuje jedinstvenu sudsku primenu prava i jednakost stranaka u sudskim postupcima; razmatra primenu zakona i drugih propisa i rad sudova; imenuje sudije

Dr Nikola Bodiroga, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

[1] Zakon o uređenju sudova–ZUrS, *Službeni list RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011– dr. zakon, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 101/2013, 40/2015 – dr. zakon, 106/2015, 13/2016 i 108/2016.

Ustavnog suda, daje mišljenje o kandidatu za predsednika VKS i vrši druge nadležnosti određene zakonom (član 31 Zakona o uređenju sudova).

U parničnom postupku jedan od najznačajnijih zadataka VKS jeste odlučivanje o vanrednim pravnim lekovima, tj. o reviziji i o zahtevu za preispitivanje pravnosnažne presude. Osim odlučivanja o vanrednim pravnim lekovima, VKS u parničnom postupku rešava sporna pravna pitanja, vrši delegaciju i ordinaciju nadležnosti, odlučuje o sukobu nadležnosti između sudova različite vrste, itd. Za predmet ovog rada ti drugi poslovi nisu relevantni.

U postupku odlučivanja o reviziji ili o zahtevu za preispitivanje pravnosnažne presude od strane VKS, mogu se dogoditi određene nezakonitosti ili nepravilnosti ili može doći do povreda ili uskraćivanja određenih ljudskih i manjinskih prava i sloboda, zbog čega postoji potreba da se ti propusti otklone i strankama garantuje pravo na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu prava (član 2, stav 1 ZPP). Radi ostvarivanja navedenih ciljeva bilo je neophodno urediti ponavljanje parničnog postupka pred VKS.

RAZLOZI, ROKOVI I POSTUPAK ODLUČIVANJA O PREDLOGU ZA PONAVLJANJE POSTUPKA PRED VRHOVNIM KASACIONIM SUDOM

Razlozi i rokovi. –U odnosu na krug razloga zbog kojih se može tražiti ponavljanje parničnog postupka pred sudovima nižeg stepena, razlozi za ponavljanje postupka pred VKS su znatno suženi. Ta ograničenja proizilaze iz samog predmeta i specifičnosti postupka odlučivanja o vanrednim pravnim lekovima od strane VKS. Ponavljanje parničnog postupka pred VKS može se zahtevati samo iz razloga navedenih u članu 426, tač. 1), 6), 11) i 12) ovog zakona ako se razlog za ponavljanje postupka odnosi isključivo na postupak pred VKS (član 433a, stav 1 ZPP).

Postupak pred VKS se može ponoviti ako je VKS bio nepropisno sastavljen ili ako je sudio sudija koji je po zakonu morao da bude isključen ili je rešenjem suda bio izuzet (član 426, tačka 1 ZPP). To znači da je član veća VKS koje je donelo odluku bio sudija u odnosu na kojeg je postojao razlog za isključenje (član 67, stav 1, tačka 1)–7) ZPP)) ili je kao član veća VKS postupao sudija u odnosu na kojeg je doneto rešenje o izuzeću. Rok za ponavljanje postupka iz ovog razloga iznosi 60 dana od dana dostavljanja odluke stranci (član 428, stav 1, tačka 1 ZPP), ali se po proteku roka od pet godina od dana kada je odluka postala pravnosnažna ponavljanje postupka ne može tražiti (član 428, stav 3 ZPP).

Jedan od razloga za ponavljanje postupka pred VKS postojaće i ako je do odluke VKS došlo usled krivičnog dela sudije, zakonskog zastupnika ili punomoćnika stranke, protivne stranke ili trećeg lica (član 426, tačka 6 ZPP). Tada se

predlog za ponavljanje postupka može podneti u roku od 60 dana od dana kada je stranka saznala za pravnosnažnu presudu u krivičnom postupku, a ako krivični postupak ne može da se sprovede, onda od dana kad je saznala za obustavu tog postupka ili za okolnosti zbog kojih postupak ne može da se pokrene (član 428, stav 1, tačka 3 ZPP). Da bi se tražilo ponavljanje postupka iz navedenog razloga, predlagač mora da dokaže postojanje krivičnog dela pravnosnažnom presudom donetom u krivičnom postupku, osim ako vođenje krivičnog postupka nije bilo moguće zbog pravnih ili stvarnih smetnji, u kojem slučaju će se o postojanju krivičnog dela kao razlogu za ponavljanje parničnog postupka odlučivati kao o prethodnom pitanju. I kod ovog razloga za ponavljanje postupka propisan je objektivni rok za podnošenje predloga. Po proteku roka od pet godina od dana kada je odluka postala pravnosnažna predlog za ponavljanje postupka se ne može podneti (član 428, stav 3 ZPP).

Ako stranka stekne mogućnost da upotrebi odluku Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke, postojaće razlog za ponavljanje postupka pred VKS. Tada se predlog za ponavljanje postupka može podneti u roku od 60 dana od dana kada je stranka stekla mogućnost da upotrebi odluku koja predstavlja razlog za ponavljanje postupka (član 428, stav 1, tačka 4 ZPP). Objektivni rok za podnošenje predloga za ponavljanje postupka u ovoj situaciji ne postoji (član 428, stav 3 ZPP).

Konačno, ako je Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku, a to je moglo biti od uticaja na donošenje povoljnije odluke, može se tražiti ponavljanje postupka pred VKS. Subjektivni rok iznosi 60 dana od dana kada je stranka stekla mogućnost da upotrebi odluku koja predstavlja razlog za ponavljanje postupka (član 428, stav 1, tačka 4 ZPP), dok objektivni rok za podnošenje predloga za ponavljanje postupka ni u ovoj situaciji ne postoji.

Odredbom člana 428, stav 3 ZPP-a prvobitno je bilo propisano da se po proteku roka od pet godina od dana kada je odluka postala pravnosnažna, predlog za ponavljanje postupka ne može podneti. Ta odredba se podjednako odnosila na sve razloge za ponavljanje parničnog postupka pa i na situaciju u kojoj se predlog za ponavljanje postupka podnosi zbog odluke Ustavnog suda ili ESLJP. Ustavni sud je na sednici održanoj 21. februara 2013. godine, doneo odluku kojom se utvrđuje da odredba člana 428, stav 3 Zakona o parničnom postupku nije u saglasnosti sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorom.[2] Na osnovu

[2] Odluka Ustavnog suda IUz–147/2012 od 21. februara 2013. godine, objavljena u Službenom glasniku RS, br. 74/2013.

člana 168, stav 3 Ustava, odredba člana 428, stav 3 Zakona o parničnom postupku je prestala da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u "Službenom glasniku Republike Srbije.

U obrazloženju odluke Ustavnog suda se između ostalog navodi:...." Međutim, odredbom člana 428, stav 3 Zakona propisan je objektivni rok od pet godina za podnošenje predloga za ponavljanje postupka i u slučajevima kad stranka stekne mogućnost da upotrebi odluku Evropskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo biti od uticaja na donošenje povoljnije odluke u tom postupku, odnosno ako je Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog i manjinskog prava zajamčenog Ustavom u parničnom postupku, a to je moglo biti od uticaja na donošenje povoljnije odluke u tom postupku, i početak tog roka vezuje se za dan kada je parnični postupak pravnosnažno okončan. Ustavni sud nalazi da navedeno zakonsko rešenje nije saglasno sa Ustavom utvrđenim načelom da svako ima pravo na sudsku zaštitu, ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su tom povredom nastale (član 22. stav 1. Ustava), budući da se u tim slučajevima propisano pravno sredstvo ne može smatrati delotvornim sa stanovišta člana 13. Evropske konvencije. Ovo iz razloga što je nesporno da stranka ni na koji način ne može da utiče na to da se postupak zaštite njenih zajemčenih prava pred Ustavnim sudom i Evropskim sudom za ljudska prava okonča pre isteka roka propisanog odredbom člana 428. stav 3. Zakona. Kako je, prema stavu Evropskog suda za ljudska prava, ustavna žalba u Republici Srbiji delotvorno pravno sredstvo za zaštitu sloboda i prava građana i uslov za obraćanje Evropskom sudu je vođenje postupka pred Ustavnim sudom, u skladu sa pravom zajemčenim odredbom člana 22. stav 2. Ustava, odnosno da je građanin kao stranka prethodno zaštitu svojih prava pokušao da ostvari pred Ustavnim sudom, Sud je utvrdio da odredba člana 428. stav 3, u vezi razloga za ponavljanje postupka predviđenih članom 426. stav 1. tač. 11) i 12) Zakona o parničnom postupku, dovodi u pitanje ostvarivanje drugih prava zajemčenih Ustavom, i to konkretno ostvarivanje prava na pravično suđenje i prava na pravno sredstvo iz čl. 32. i 36. Ustava. Ovo stoga što stranka, u roku od šest meseci nakon odluke Ustavnog suda po ustavnoj žalbi, ima pravo da se obrati Evropskom sudu za ljudska prava..."[3]

[3] Sam pristup Ustavnog suda ovom problemu je parcijalan i osnov za reagovanje Ustavnog suda je postojao mnogo ranije. Naime, predlog za ponavljanje postupka se između ostalog može podneti iz grupe razloga koje možemo zajedničkim imenom nazvati „krivična dela učesnika u postupku". Ta grupa razloga postoji već nekoliko decenija u našim zakonima o parničnom postupku. Ukoliko se odluka suda zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka (član 426, tačka 4), odnosno na falsikovanoj ispravi (član 426, tačka 5), odnosno ako je do odluke suda došlo usled krivičnog dela sudi-

Time je stvorena praznina koju je zakonodavac trebalo da popuni Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku ("Službeni glasnik RS", br. 55/2014). Međutim, nakon usvajanja tih izmena, odredba člana 428, stav 3 ZPP-a je formulisana tako da objektivni rok za podnošenje predloga za ponavljanje postupka ostaje pet godina od dana pravnosnažnosti presude, osim ako se ponavljanje postupka traži zbog odluke Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava. Drugim rečima, kada se ponavljanje parničnog postupka traži zbog odluke Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava, objektivni rok za podnošenje predloga ne postoji.

Postupak odlučivanja o predlogu za ponavljanje postupka.– Predlog za ponavljanje postupka se podnosi preko prvostepenog suda (član 433a, stav 2 ZPP). Predlog za ponavljanje postupka se podnosi preko punomoćnika advokata. Prvostepeni sud ispituje blagovremenost, dozvoljenost i potpunost predloga. Ukoliko je predlog nedozvoljen, neblagovremen ili nepotpun, prvostepeni sud će ga odbaciti rešenjem. Protiv rešenja o odbacivanju predloga za ponavljanje postupka može se izjaviti žalba, a protiv rešenja drugostepenog suda kojim se potvrđuje rešenje prvostepenog suda o odbacivanju predloga za ponavljanje postupka revizija je uvek dozvoljena (član 420, stav 5 ZPP). Ako prvostepeni sud ne odbaci predlog, dostaviće ga protivnoj stranci na odgovor (član 433a, stav 3 ZPP). Kada sudu stigne odgovor na predlog ili kada protekne rok za davanja odgovora (član 430, stav 2 ZPP), prvostepeni sud će dostaviti spise VKS (član 433, stav 4 ZPP). O osnovanosti predloga za ponavljanje postupka VKS odlučuje bez rasprave, rešenjem kojim može odbiti ili usvojiti predlog za ponavljanje postupka. Protiv tog rešenja nije dozvoljena žalba. Ako VKS smatra da je predlog za ponavljanje postupka osnovan, ukinuće svoju raniju odluku i doneti novu odluku o glavnoj stva-

---

je, odnosno sudije porotnika, zakonskog zastupnika ili punomoćnika stranke, protivne stranke ili trećeg lica (član 426, tačka 6). U slučaju da se predlog za ponavljanje postupka podnosi iz nekog od navedenih razloga, stranka postojanje tih razloga dokazuje pravnosnažnom presudom iz krivičnog postupka. To nesumnjivo proizilazi iz odredbe člana 428, stav 1, tačka 3: „Predlog za ponavljanje postupka se podnosi u roku od 60 dana, i to u slučajevima iz čl.426, tač 4) do 6) ovog zakona, od dana kada je stranka saznala za pravnosnažnu presudu u krivičnom postupku, a ako krivični postupak ne može da se sprovede onda od dana kada je saznala za obustavu tog postupka ili za okolnosti zbog kojih postupak ne može da se pokrene". Krivična dela kao razlozi za ponavljanje postupka postoje mnogo duže u našem parničnom zakonodavstvu nego presuda ESLJP, odnosno odluka US, pa i u toj situaciji se može desiti da krivični postupak traje duže od objektivnog roka od 5 godina iz člana 428, stav 3 ZPP, za šta stranka koja podnosi predlog za ponavljanje postupka ne snosi krivicu, pa samim tim stranka koja podnosi predlog za ponavljanje postupka takođe može biti uskraćena u pravu na pravično suđenje. Na ovaj problem je ukazao i ESLJP u presudi Melis protiv Grčke od 22.07.2010. godine (§§24–29), http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["Melis"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-100055"]}, 19.jul 2017. godine

ri (član 433a, stav 5 ZPP). Novu odluku o glavnoj stvari VKS će doneti bez rasprave (član 433a, stav 6 ZPP).

ODLUKA USTAVNOG SUDA KAO RAZLOG ZA PONAVLJANJE PARNIČNOG POSTUPKA PRED VRHOVNIM KASACIONIM SUDOM

U radu ćemo posebno analizirati ponavljanje parničnog postupka zbog odluke Ustavnog suda. S tim u vezi, u praksi se javljaju određeni problemi koji utiču na odnos Ustavnog suda i redovnih sudova, a posebno na odnos Ustavnog suda i VKS–a.

Odluka Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode kao razlog za ponavljanje postupka je uvedena Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2009. Taj razlog za ponavljanje postupka je zadržao i važeći ZPP, uz određene izmene. Prema odredbama važećeg ZPP-a, postupak koji je odlukom suda pravnosnažno okončan može se po predlogu stranke ponoviti kada je Ustavni sud, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke (član 426, tačka 11 ZPP).

Iz citirane odredbe ZPP-a proizilazi da je za ponavljanje parničnog postupka na osnovu odluke Ustavnog suda potrebno da bude ispunjeno nekoliko uslova. Najpre, neophodno je da je stranka protiv pravnosnažne sudske odluke (u našem slučaju protiv odluke VKS) podnela ustavnu žalbu. Sam Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi mora doneti odluku kojom utvrđuje da je došlo do povrede ili uskraćivanja ljudskog ili manjinskog prava ili slobode zajemčene Ustavom. Nakon toga, stranka bi morala da na osnovu te odluke Ustavnog suda podnese predlog za ponavljanje postupka. O blagovremenosti, dozvoljenosti i potpunosti ovog predloga odlučivao bi prvostepeni sud. Ako predlog za ponavljanje postupka ne bi bio odbačen kao neblagovremen, nedozvoljen ili nepotpun morao bi biti dostavljen protivnoj stranci na izjašnjenje. Protivna stranka bi mogla da podnese odgovor, ali ne bi morala jer neće trpeti nikakve štetne posledice neizjašnjavanja o predlogu za ponavljanje postupka. U svakom slučaju, po prijemu odgovora ili po proteku roka za davanje odgovora, prvostepeni sud bi bio dužan da spise dostavi VKS radi donošenja odluke o osnovanosti predloga za ponavljanje postupka. Da bi VKS usvojio predlog za ponavljanje postupka kao osnovan i da bi ukinuo svoju raniju odluku, neophodno je da oceni da je uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode u ranijem postupku pred VKS moglo biti od uticaja na donošenje povoljnije odluke po predlagača, odnosno po stranku koja je podnela predlog za ponavljanje postupka. Iz toga sledi da nije svaka odluka Ustavnog suda kojom

je u parničnom postupku utvrđena povreda ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavnom, podobna da bude razlog za ponavljanje parničnog postupka, već je neophodno da sud koji odlučuje o osnovanosti predloga za ponavljanje postupka, u našem slučaju VKS, oceni da je uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode moglo uticati na donošenje povoljnije odluke po predlagača. Utvrđivanje povrede ljudskog ili manjinskog prava i slobode od strane Ustavnog suda, ne podrazumeva obavezu parničnog suda da po automatizmu usvoji predlog za ponavljanje postupka, nego je potrebno da bude i ispunjen i ovaj dodatni uslov, a to je mogućnost donošenja povoljnije odluke po stranku koja je tražila ponavljanje postupka.

Sada ćemo prikazati relevantne odredbe Zakona o Ustavnom sudu.[4] Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnog akta ili radnje državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje, a kojima se uskraćuju ili povređuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva ili je zakonom isključeno pravo na njihovu sudsku zaštitu (član 82 Zakona o Ustavnom sudu). Ustavnu žalbu može izjaviti svako lice koje smatra da mu je pojedinačnim aktom ili radnjom državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčeno Ustavom (član 83, stav 1 Zakona o Ustavnom sudu). Ustavnu žalbu u ime lica iz stava 1 ovog člana, na osnovu njegovog pismenog ovlašćenja, može izjaviti drugo fizičko lice, odnosno državni ili drugi organ nadležan za praćenje i ostvarivanje ljudskih i manjinskih prava i sloboda (član 83, stav 2 Zakona o Ustavnom sudu). Rok za izjavljivanje ustavne žalbe iznosi 30 dana od dana dostavljanja akta ili preduzimanja radnje kojom se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode, a ako je rok propušten iz opravdanih razloga može se tražiti vraćanje u pređašnje stanje. Predlog za vraćanje u pređašnje stanje se zajedno sa ustavnom žalbom mora podneti u roku od 15 dana od dana prestanka razloga koji je izazvao propuštanje. Posle isteka roka od tri meseca od dana propuštanja ne može se tražiti vraćanje u pređašnje stanje (član 84 Zakona o Ustavnom sudu). Zakonom je precizno uređena sadržina ustavne žalbe, kao i prilozi koji se uz nju moraju podneti (član 85 Zakona o Ustavnom sudu). Izjavljivanje ustavne žalbe, po pravilu, ne sprečava primenu pojedinačnog akta ili radnje protiv kog je izjavljena (član 86, stav 1 Zakona o Ustavnom sudu). Na predlog podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud može odložiti izvršenje pojedinačnog akta ili radnje, iz stava 1 ovog člana, ako bi izvršenje prouzrokovalo nenadoknadivu štetu podnosiocu, a odlaganje nije suprotno jav-

[4] Zakon o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US 103/2015 i 40/2015 – dr. zakon.

nom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća šteta trećem licu (član 86, stav 2 Zakona o Ustavnom sudu). Postupajući po ustavnoj žalbi, Ustavni sud može doneti različite odluke. Ustavni sud će obustaviti postupak: 1)ako je ustavna žalba povučena; 2) ako organ koji je doneo osporeni pojedinačni akt, poništi, ukine ili izmeni taj akt u skladu sa zahtevom iz ustavne žalbe ili ako je prestala radnja koja je prouzrokovala uskraćivanje ili povredu slobode i prava zajemčenog Ustavom; 3) ako prestanu druge procesne pretpostavke za vođenje postupka (član 88 Zakona o Ustavnom sudu). Ako ne dođe do obustave postupka, Ustavni sud odlučuje meritorno. On može usvojiti ustavnu žalbu ili je odbiti kao neosnovanu (član 89, stav 1 Zakona o Ustavnom sudu). Kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda, može poništiti pojedinačni akt, zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojim se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca (član 89, stav 2 Zakona o Ustavnom sudu). Odlukom kojom se usvaja ustavna žalba Ustavni sud će odlučiti i o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete, kada je takav zahtev postavljen, s tim što Ustavni sud, kada je zahtev usvojen, određuje u odluci organ koji je obavezan da isplati naknadu materijalne ili nematerijalne štete i određuje rok od četiri meseca od dana dostavljanja odluke tom organu u kome on dobrovoljno može da plati naknadu štete. Postupak za izvršenje naknade materijalne, odnosno nematerijalne štete, može početi tek ako naknada materijalne, odnosno nematerijalne štete ne bude dobrovoljno plaćena u roku od četiri meseca od dana dostavljanja odluke (član 89, stav 3 Zakona o Ustavnom sudu). Odluka Ustavnog suda kojom je uvažena ustavna žalba ima pravno dejstvo od dana dostavljanja učesnicima u postupku (član 89, stav 4 Zakona o Ustavnom sudu).

Iz citiranih zakonskih odredaba proizilazi da je poništavanje pojedinačnog akta najsnažnije ovlašćenje koje Ustavni sud ima kada odlučuje o ustavnoj žalbi, odnosno kada oceni da je ustavna žalba osnovana. To ovlašćenje Ustavni sud koristi i kada smatra da je sudskom odlukom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda, pa su tako poništene brojne odluke redovnih sudova, uključujući i odluke VKS. Ukoliko Ustavni sud smatra da je ustavna žalba osnovana, on se ne zadržava samo na utvrđivanju povrede ljudskog ili manjinskog prava i slobode, već ide i korak dalje i poništava sudsku odluku kojom je povreda izvršena. To na primeru izgleda ovako:

"1. Usvaja se ustavna žalba MD i utvrđuje da je rešenjem Vrhovnog kasacionog suda Rev. 37/13 od 23. januara 2013 .godine povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na pravično suđenje, zajmečeno članom 32, stav 1 Ustava Republike Srbije, dok se u preostalom delu ustavna žalba odbacuje.

2. Poništava se rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev. 37/13 od 23. januara 2013. godine i određuje da isti sud donese novu odluku o reviziji tuženog izjavljenoj protiv presude Apelacionog suda u Beogradu Gž.1366/11 od 26. septembra 2012. godine."[5]

Da se Ustavni sud zadržao samo na prvom stavu izreke, to bi u potpunosti bilo u skladu sa ovlašćenjima koja ima ESLJP kada odlučuje o predstavkama zbog povrede prava garantovanih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: EKLJP). Na osnovu takve odluke ESLJP kojom je utvrđena povreda konvencijskog prava u parničnom postupku, stranka bi mogla da podnese predlog za ponavljanje parničnog postupka o čijoj dopuštenosti i osnovanosti bi se odlučivalo u skladu sa odredbama ZPP koje smo citirali. Međutim, drugim stavom izreke, Ustavni sud ide korak dalje u odnosu na ovlašćenja ESLJP i poništava rešenje VKS–a, i istovremeno mu nalaže da donese novu odluku o reviziji tuženog. To znači da Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi ima snažnija ovlašćenja od onih koje ESLJP ima u postupku povodom predstavke zbog povrede konvencijskih prava i sloboda, a ta snažnija ovlašćenja Ustavnog suda se negativno odražavaju na odnose Ustavnog suda i VKS–a, ali i dovode u pitanje primenu odredaba ZPP-a kojima se uređuje ponavljanje parničnog postupka zbog odluke Ustavnog suda. Naime, ako se parnični postupak ponavlja na osnovu naloga Ustavnog suda sadržanog u izreci odluke kojom se usvaja ustavna žalba, time se derogiraju odredbe ZPP-a kojima su propisani uslovi za ponavljanje postupka u toj situaciji.

DVA PRAVNA PUTA ZA PONAVLJANJE PARNIČNOG POSTUPKA ZBOG ODLUKE USTAVNOG SUDA

Odluka Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom, predstavlja razlog za ponavljanje parničnog postupka pred svakim sudom, pa to važi i za VKS. Predlog za ponavljanje parničnog postupka podnosi stranka, jer se i u ovom postupku primenjuje načelo dispozicije. Postupak odlučivanja o predlogu za ponavljanje postupka ima obeležja kontradiktornog postupka, jer prvostepeni sud nakon što ispita postojanje procesnih pretpostavki ima obavezu da predlog za ponavljanje postupka dostavi protivnoj stranci na odgovor. Ročište za raspravljanje o predlogu za ponavljanje postupka se održava pred prvostepenim sudom (član 431, stav 1 ZPP). Ako bude potrebe da se održi više od jednog ročišta iz stava 1 ovog člana, sud je u obavezi da rešenjem odredi vremenski okvir (član 431, stav 2 ZPP). Po

[5] Odluka Ustavnog suda Už–3760/2013 od 7.jula 2016.godine, iz arhive suda.

održanom ročištu za raspravljanje o predlogu prvostepeni sud donosi odluku o predlogu, osim ako se razlog za ponavljanje postupka odnosi isključivo na postupak pred sudom višeg stepena (član 432, stav 1 ZPP). Rešenjem kojim se dozvoljava ponavljanje postupka, ukinuće se i odluka doneta u ranijem postupku (član 432, stav 2 ZPP). Ako se razlog za ponavljanje postupka odnosi isključivo na postupak pred sudom višeg stepena, prvostepeni sud će da dostavi predmet sudu višeg stepena radi donošenja odluke (član 433, stav 1 ZPP). O predlogu za ponavljanje postupka sud višeg stepena odlučuje bez rasprave (član 433, stav 2 ZPP).

Ukoliko se razlog za ponavljanje postupka isključivo odnosi na postupak pred VKS, onda se primenjuje član 433a ZPP. Prvostepeni sud ispituje postojanje procesnih pretpostavki i ako su one ispunjene, dužan je da dostavi predlog protivnoj stranci na odgovor. Nakon što stigne odgovor na predlog ili kada protekne rok za davanje odgovora, prvostepeni sud dostavlja spise VKS, koji odlučuje o osnovanosti predloga za ponavljanje parničnog postupka bez rasprave.

Da bi se usvojio predlog za ponavljanje parničnog postupka zbog odluke Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom, neophodno je da je ta povreda odnosno uskraćivanje prava i sloboda moglo biti od uticaja na donošenje povoljnije odluke po predlagača. Ispunjenost tog uslova ceni sud koji odlučuje o osnovanosti predloga za ponavljanje postupka, u našem slučaju to je VKS. Ako usvoji predlog za ponavljanje postupka, VKS ukida raniju odluku i donosi novu odluku bez rasprave.

Odlučivanje o predlogu za ponavljanje postupka, u skladu sa odredbama ZPP-a, odvija se po načelima dispozicije i kontradiktornosti. Postupak se pokreće predlogom stranke. Ukoliko predlog ispunjava sve procesne pretpostavke mora se dostaviti protivnoj stranci na odgovor. Protivna stranka može odgovoriti ali ne mora, u svakom slučaju dostavljanjem predloga za ponavljanje postupka ona je obaveštena da je taj predlog podnet. Na kraju, pre nego što će odlučiti o osnovanosti predloga za ponavljanje postupka zbog odluke Ustavnog suda, nadležni sud mora utvrditi postojanje veze između uskraćivanja ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom i mogućnosti donošenja povoljnije odluke po stranku koja je podnela predlog za ponavljanje postupka.

Za razliku od ponavljanja parničnog postupka u skladu sa odredbama ZPP–a, ponavljanje parničnog postupka u skladu sa Zakonom o Ustavnom sudu i praksom Ustavnog suda ima bitno drugačija obeležja. Najpre, postupak po ustavnoj žalbi nije kontradiktoran postupak. Podneta ustavna žalba se ne dostavlja protivnoj stranci na odgovor. To znači da protivnik podnosioca ustavne žalbe ne zna da je protiv pravnosnažne presude donete u njegovu korist podneta ustavna žalba. Kada Ustavni sud utvrdi da je došlo do povrede ili uskraćivanja ljud-

skog ili manjinskog prava i slobode, on svojom odlukom određuje način na koji će ta povreda biti otklonjena, a jedan od načina jeste i poništaj sudske odluke, pa tako i odluke VKS–a. Tada Ustavni sud odlučujući o ustavnoj žalbi u nekontradiktornom postupku, kada oceni da je ustavna žalba osnovana, sam ceni da li je povreda ljudskog ili manjinskog prava takva da se može otkloniti jedino poništajem sudske odluke i sam nalaže nadležnom sudu da ponovi postupak. Dakle, nema predloga stranke za ponavljanje parničnog postupka, nema postupka pred nadležnim parničnim sudovima zasnovanog na načelima dispozicije i kontradiktornosti, nema ovlašćenja nadležnog parničnog suda da ispituje uzročnu vezu između povrede ili uskraćivanja ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom i mogućnosti donošenja povoljnije odluke po predlagača. Sudu čiju je odluku Ustavni sud poništio, ostaje samo da ponovi postupak na osnovu naloga sadržanog u odluci Ustavnog suda.

O specifičnosti ponavljanja postupka na osnovu naloga sadržanoj u odluci kojom usvaja ustavnu žalbu sam Ustavni sud kaže sledeće: ....” To dalje znači da u situaciji kada je zbog utvrđene povrede ustavnog prava poništena sudska odluka i naloženo (određeno) donošenje nove odluke, izvršenje odluke Ustavnog suda ne podrazumeva samo formalno donošenje nove odluke od strane redovnog suda, već i postupanje i odlučivanje suda u skladu sa ocenama i pravnim stavovima iznetim u odluci Ustavnog suda koja se izvršava, odnosno postupanje u skladu sa *ratio decidendi* ustavnosudske odluke. Takođe, Ustavni sud ukazuje da odluke Ustavnog suda svakako imaju i šire dejstvo, te da pravni stavovi Suda, posebno o sadržini ustavnih prava, deluju za ubuduće, i to na postupke koji su u toku pred redovnim sudovima... Kada je reč o pitanju reotvaranja predmeta redovnog suda na osnovu odluke Ustavnog suda kojom je poništena osporena sudska odluka i naloženo ponovno odlučivanje, Ustavni sud najpre konstatuje da je ovo pitanje u suštini pitanje pravnog dejstva odluke Ustavnog suda, a koje je uređeno Zakonom o Ustavnom sudu. Sud smatra da dolazi do *eo ipso* ponavljanja postupka, odnosno reotvaranja predmeta pred redovnim nadležnim sudom. Naime, kako je takvom odlukom Ustavnog suda već poništena odluka redovnog suda, nalaganje redovnom sudu da ponovo odluči o predmetu spora, odnosno o poslednjem izjavljenom pravnom sredstvu, u suštini zahteva ponavljanje postupka samo po sebi, pri čemu redovan sud sada ne ukida spornu odluku, budući da je ona već poništena odlukom Ustavnog suda. To dalje znači da redovan sud u takvom *eo ipso* ponovljenom postupku u suštini izvršava odluku Ustavnog suda, i to kroz formalno donošenje nove odluke i postupa i odlučuje u skladu sa ocenama i pravnim stavovima iznetim u odluci Ustavnog suda koju redovan sud izvršava....”[6]

[6] Iz obrazloženja odluke Ustavnog suda Už–8736/2013 od 18. juna 2015. godine, iz arhive suda.

Iz citiranog obrazloženja proizilazi da kada Ustavni sud svojom odlukom usvoji ustavnu žalbu i poništi sudsku odluku, primenjuje se sasvim drugačiji pravni režim od onog koji je propisan odredbama ZPP-a. U toj situaciji, parnični sud, ne samo da mora da donese novu odluku, već postupanje i odlučivanje parničnog suda treba da bude u skladu sa ocenama i pravnim stavovima koje je zauzeo Ustavni sud. Pravni stavovi Ustavnog suda, a naročito oni koji se odnose na sadržinu ustavnih prava, prema tom tumačenju deluju i ubuduće i to na postupke koji su u toku pred redovnim sudovima. Do ponavljanja postupka tada dolazi *eo ipso*– stav je Ustavnog suda. Redovni sud tada ne ukida svoju odluku, pošto je ona već poništena odlukom Ustavnog suda, nego on u *eo ipso* ponovljenom postupku izvršava odluku Ustavnog suda, držeći se njegovih pravnih ocena i pravnih stavova. Obaveze koje tada ima redovni sud u postupku izvršenja odluke Ustavnog suda, odnose se i na VKS kao najviši sud u Republici Srbiji. Ovakvo postupanje isključuje primenu odredaba ZPP-a kojima je uređeno ponavljanje postupka, pa i ponavljanje postupka pred VKS. Najviši sud u Republici Srbiji bi tada trebalo samo da izvrši odluku Ustavnog suda držeći se ocena i pravnih stavova koje su iznete u toj odluci. Usled toga, isključena je primena odredaba ZPP–a, pa i člana 433a koji je dodat Zakonom o izmenama i dopunama ZPP-a 2014. godine kako bi se preciznije regulisalo ponavljanje parničnog postupka pred VKS.

OBAVEZNOST PRAVNIH STAVOVA USTAVNOG SUDA ZA VRHOVNI KASACIONI SUD

Odluka Ustavnog suda kao razlog za ponavljanje parničnog postupka je uvedena Zakonom o izmenama i dopunama ZPP-a iz 2009. godine, i uz određene izmene, taj razlog za ponavljanje postupka je zadržan i u važećem ZPP-u. Međutim, od trenutka kada je Ustavni sud počeo da postupa i donosi prve odluke ustavnim žalbama, razvio se poseban pravni put za ponavljanje parničnog postupka koji ne uvažava odredbe ZPP-a. U pitanju je prinudno ponavljanje parničnog postupka na osnovu naloga sadržanog u odluci Ustavnog suda, pri čemu parnični sud, pa ni VKS, ne treba da primenjuje odredbe ZPP-a kojima se uređuje postupak odlučivanja o predlogu za ponavljanje postupka, već da u okviru izvršenja odluke Ustavnog suda ponovi postupak, držeći se pritom pravnih stavova koje je Ustavni sud izneo u odluci kojom je usvojio ustavnu žalbu i poništio odluku parničnog suda.

Ovakvim postupanjem Ustavnog suda dovodi se u pitanje primena odredaba ZPP-a kojima se uređuje ponavljanje postupka u toj situaciji. Naročito interesantno pitanje jeste pitanje obaveznosti stavova koje je Ustavni sud izneo u

odluci kojom je usvojio ustavnu žalbu. U obrazloženju odluke Ustavnog suda Už–8736/2013 koje smo citirali, navodi se kako pravni stavovi Ustavnog suda, posebno o sadržini ustavnih prava, deluju i za ubuduće, i to na postupke koji su u toku pred redovnim sudovima. Iz toga se može zaključiti da su pravni stavovi Ustavnog suda obavezujući za parnične sudove, pa i za VKS, a to se posebno odnosi na stavove o sadržini ustavnih prava, ali je problem što se u odlukama Ustavnog suda zauzimaju pravni stavovi koji se ne odnose samo na sadržinu ustavnih prava, već se tim stavovima nastoje izmeniti pravni stavovi VKS–a, koji se odnose na jednoobraznu primenu materijalnog i procesnog prava. Posledice toga se nužno održavaju na odnose Ustavnog suda i VKS–a, ali i na odnose VKS–a i redovnih parničnih sudova.

Nadležnosti VKS–a nisu regulisane Ustavom, nego Zakonom u uređenju u sudova. Član 31. tog zakona nosi naslov: "Nadležnost izvan suđenja". Njime je propisano da VKS obezbeđuje jedinstvenu sudsku primenu prava i jednakost stranaka u sudskim postupcima; razmatra primenu zakona i drugih propisa i rad sudova; imenuje sudije Ustavnog suda, daje mišljenje o kandidatu za predsednika VKS i vrši druge nadležnosti određene zakonom. Iako je obezbeđivanje jedinstvene sudske primene prava svrstano u nadležnosti izvan suđenja, VKS taj zadatak obavlja i u postupku odlučivanja o vanrednim pravnim sredstvima u parničnom postupku.

Obezbeđivanje jedinstvene sudske primene prava od strane VKS je teško zamislivo ako i Ustavni sud o istim pitanjima zauzima različite pravne stavove i menja ustaljenu i doslednu sudsku praksu VKS-a. Na ovom mestu ćemo navesti neke primere.

Suprotno Zakonu o stambenim odnosima koji je stupio na snagu 29. jula 1973. godine i suprotno jedinstvenoj sudskoj praksi tadašnjeg Vrhovnog suda Srbije prema kojoj se posle 29. jula 1973. godine ne može sticati stanarsko pravo na stanu u privatnoj svojini niti svojstvo korisnika člana porodičnog domaćinstva i korisnika stana, Ustavni sud je u svojoj odluci Už–5084/2011 od 17. januara 2013. godine zaključio da je lice koje se uselilo u stan u privatnoj svojini 26. decembra 1982. godine, postalo korisnik stana, bez obzira na to što je nosilac stanarskog prava umro. Na osnovu takvog stava koji je suprotan stavovima i jednoobraznoj sudskoj praksi tadašnjeg Vrhovnog suda Srbije, Ustavni sud je poništio pravnosnažnu presudu kojom je naloženo iseljenje tog lica koje se, još jednom naglašavamo, posle 29. jula 1973. godine uselilo u stan u privatnoj svojini.[7]

[7] Vid. odluku Ustavnog suda Už–5084/2011 od 17. januara 2013. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 37 od 23. aprila 2013. god.

Dešava se da Ustavni sud čak dva puta uzastopno poništava odluku VKS o reviziji u istom predmetu. Razlog za to je nepristajanje VKS–a na pravno shvatanje Ustavnog suda. Tužioci su podneli tužbu radi naknade štete zbog smrti bliskog lica koje je poginulo u nesreći u rudniku. Prvostepenom presudom je tužbeni zahtev usvojen i obavezana tužena "Elektroprivreda Srbije" da svakom od tužilaca isplati naknadu nematerijalne štete. Drugostepenom presudom je prvostepena presuda preinačena i tužbeni zahtev odbijen zbog zastarelosti. Tadašnji Vrhovni sud Srbije je odlučujući o reviziji potvrdio drugostepenu presudu.[8] Revizijsku presudu Vrhovnog suda Srbije poništio je Ustavni sud zbog povrede prava na pravično suđenje. VKS je ponovo odlučivao o reviziji i odbio je kao neosnovanu. VKS je odluku zasnovao na pravnom stavu Građanskog odeljenja od 10. februara 2004, a koji je suprotan pravnom stavu Ustavnog suda iznetom u odluci Už-482/2008. Odlukom Ustavnog suda Už-482/2008 od 13.oktobra 2011.godine je poništena revizijska odluka tadašnjeg Vrhovnog suda. U obrazloženju ove odluke je, pored ostalog navedeno: da je na sednici Ustavnog suda od 7. jula 2011. godine utvrđen pravni stav da u slučaju kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom (čl. 377 ZOO), ako je za krivično gonjenje predviđen duži rok zastarelosti od rokova propisanih čl. 376 ZOO, zahtev za naknadu štete prema svakom odgovornom licu, a ne samo štetniku, zastareva kada istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja, samo ako je pravnosnažnom presudom utvrđeno postojanje krivičnog dela i okrivljeni proglašen krivim za krivično delo, što je u konkretnom predmetu i bio slučaj jer su odgovorna lica pravnosnažnom presudom bila osuđena na kaznu zatvora.

Pošto Vrhovni sud ovakav stav nije primenio u svojoj revizijskoj presudi, Ustavni sud je je utvrdio da je presudom Vrhovnog suda Rev. 2002/07 od 29. avgusta 2007. godine povređeno pravo podnosilaca ustavne žalbe na pravično suđenje i jednaku zaštitu prava, pa da se posledice mogu otkloniti samo poništajem revizijske presude. VKS je novom revizijskom presudom[9] ponovo odbio reviziju tužilaca kao neosnovanu. Time je potvrđeno pravno shvatanje drugostepenog suda o rokovima zastarelosti u ovom slučaju. U obrazloženju presude VKS–a se pored ostalog navodi kako su po Zakonu o uređenju sudova, sudovi samostalni i nezavisni državni organi koji štite slobode i prava građana i obezbeđuju ustavnost i zakonitost, a samo VKS i Privredni apelacioni sud imaju nadležnost da usvajaju i utvrđuju pravne stavove i pravna shvatanja, radi jedinstvene primene materijalnog prava, da i ESLJP u više odluka navodi da stavove iz oblasti materijalnog i

[8] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2002/07 od 29. avgusta 2007. godine, iz arhive suda.

[9] Presuda VKS Rev. 17/11 od 3. oktobra 2012. godine, iz arhive suda.

procesnog prava utvrđuju tzv.stručni sudovi, da su naknada štete i zastarelost instituti materijalnog (obligacionog) prava, pa zato tumačenje značenja odredaba čl. 376 i 377, u vezi čl. 172 ZOO može dati samo VKS, a ne Ustavni sud, jer pitanja koja se odnose na zastarelost potraživanja naknade štete ne spadaju u oblast ljudskih i manjinskih prava i sloboda, te da je sudska praksa u pogledu ovih instituta saglasna, dosledna i neprotivurečna. Odlučujući o ustavnoj žalbi izjavljenoj protiv nove revizijske presude Ustavni sud konstatuje kako je VKS postupajući po odluci Ustavnog suda Už-482/2008 doneo osporenu presudu, te je i pored naloga Ustavnog suda i ocena iznetih u odluci Už-482/2008 ponovo odbio reviziju pozivajući se na zastarelost potraživanja. Ustavni sud dalje odgovara na navode VKS po kojima Ustavni sud ne može da zauzima pravne stavove. Imajući u vidu deo obrazloženja osporene revizijske presude, Ustavni sud smatra da je potrebno da još jednom ukaže na svoj stav da u postupku po ustavnoj žalbi nije nadležan da kao instancioni sud preispituje zaključke i ocene redovnih sudova u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja i primene procesnog i/ili materijalnog prava. Međutim, u situaciji kada je primena procesnog i/ili materijalnog prava od strane redovnih sudova očigledno proizvoljna, arbitrerna i na štetu podnosioca ustavne žalbe, tada Ustavni sud, pružajući podnosiocu ustavne žalbe neposrednu ustavnosudsku zaštitu, utvrđuje povredu Ustavom garantovanog prava na pravično suđenje. Na kraju je Ustavni sud poništio i novu revizijsku presudu VKS-a.[10]

Pravni stavovi koje je zauzimao Ustavni sud, a koji su suprotni pravnim stavovima VKS-a ne odnose se samo na primenu materijalnog prava, nego i na primenu procesnog prava, konkretno odredaba ZPP-a kojima se uređuje aktivna legitimacija za podnošenje predloga za ponavljanje parničnog postupka na osnovu odluke Ustavnog suda kojom je usvojena ustavna žalba. U već citiranoj odluci Už–8736/2013 od 18. juna 2015. godine, Ustavni sud zauzima stav da samo lice koje je bilo stranka u postupku po ustavnoj žalbi i kojem je je Ustavni sud usvojio ustavnu žalbu, može na temelju te odluke Ustavnog suda podneti predlog za ponavljanje parničnog postupka. Dejstvo odluke Ustavnog suda na druga lica koja se nalaze u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji postoji samo kada je to utvrdio sam Ustavni sud u izreci odluke kojom usvaja ustavnu žalbu. U fusnoti 16 obrazloženja navedene odluke Ustavni sud primećuje da je Građansko odeljenje VKS usvojilo zaključak suprotne sadržine: "Ukazuje se da je Građansko odeljenje Vrhovnog kasacionog suda, u izvršavanju zakonske obaveze da razmatra rad sudova, prati i proučava praksu sudova i obezbeđuje jedinstvenu primenu prava, na IV sednici održanoj 2. aprila 2012. godine, donelo zaključak da se ne prihvata prav-

[10] Odluka Ustavnog suda Už–224/2013 od 6. juna 2013. godine, iz arhive suda.

no shvatanje apelacionih sudova usvojeno na zajedničkom sastanku od 17. februara 2011. godine koje glasi: "U skladu sa odredbama člana 422. tačka 11) Zakona o parničnom postupku, odluka Ustavnog suda Srbije kojom je utvrđena povreda ili uskraćivanje ljudskog i manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom može biti razlog za ponavljanje postupka samo u parničnom postupku u kome je ta odluka doneta". Prema zaključku Vrhovnog kasacionog suda, ponavljanje postupka se može tražiti na osnovu odluke Ustavnog suda kojom je u postupku po ustavnoj žalbi utvrđeno kršenje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajamčeno Ustavom u parničnom postupku od strane svakog lica koje se nalazi u istoj pravnoj situaciji. Nebitno je da li se odluka Ustavnog suda o ustavnoj žalbi kojom je utvrđena navedena povreda odnosi na odluku koja je doneta u parničnom postupku čije se ponavljanje traži. Ukoliko se utvrdi da se tužilac ili tuženi kao podnosilac predloga za ponavljanje postupka i podnosilac ustavne žalbe nalaze u istoj pravnoj situaciji, onda bi oni imali pravo da na osnovu odluke Ustavnog suda traže ponavljanje postupka u smislu člana 422. tačka 11) Zakona o parničnom postupku, bez obzira što oni lično nisu podnosili ustavnu žalbu ("Bilten" Vrhovnog kasacionog suda, broj 3/2012)."[11]

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu nedoumice koje su postojale u teoriji i sudskoj praksi, dobro je da je zakonodavac uredio ponavljanje parničnog postupka pred VKS. Normirani su razlozi za ponavljanje, rokovi, postupak i odluke. Međutim, to nije otklonilo sve probleme koji prate primenu ovog vanrednog pravnog leka. Ova konstatacija se pre svega odnosi na ponavljanje parničnog postupka zbog odluke Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom. Tada se potencijalno mogu primeniti dva procesna režima: jedan propisan odredbama ZPP-a i drugi koji se sreće u praksi Ustavnog suda. Prinudno ponavljanje parničnog postupka na osnovu odluke Ustavnog suda, uz postojanje obaveze svakog parničnog suda, pa i VKS–a, da po nalogu Ustavnog suda donese novu odluku o pravnoj stvari, te da u postupku odlučivanja poštuje pravne stavove koje je zauzeo Ustavni sud postoji i u drugim zemljama. Na to je Ustavni sud ukazao u obrazloženju svojih odluka.

Ono što u tim drugim zemljama ne postoji jeste odluka Ustavnog suda kao razlog za ponavljanje parničnog postupka u odredbama ZPP-a. Primer za to je Hrvatska. Odlukom kojom se usvaja ustavna tužba Ustavni sud ukida osporavani akt kojim je povređeno ustavno pravo (član 76, stav 1 Ustavnog zakona o Ustav-

[11] Odluka Ustavnog suda Už–8736/2013 od 18. juna 2015. godine, iz arhive suda.

nom sudu Hrvatske). Ako su nadležni sudski ili upravni organ ili jedinica lokalne samouprave ili pravno lice sa javnim ovlašćenjima dužni da donesu novi akt, Ustavni sud predmet vraća na ponovni postupak telu koje je donelo ukinuti akt (član 76, stav 2 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Hrvatske). Kada u postupku po ustavnoj tužbi Ustavni sud Hrvatske ukine osporeni akt, dužan je da u obrazloženju navede koje je ustavno pravo povređeno i u čemu se ta povreda sastoji (član 77, stav 1 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Hrvatske). Pri donošenju novog akta iz člana 76, stav 2 ovog Ustavnog zakona, nadležni sudski ili upravni organ ili jedinica lokalne samouprave ili pravno lice sa javnim ovlašćenjima dužni su da poštuju pravne stavove Ustavnog suda izražene u odluci kojim se ukida akt kojim je povređeno ustavno pravo podnositelja ustavne tužbe (član 77, stav 2 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Hrvatske). U Hrvatskoj postoji samo jedan pravni put ponavljanja parničnog postupka na osnovu odluke Ustavnog suda, i taj pravni put je uređen Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Hrvatske. Njime je propisano da kada Ustavni sud poništi sudsku odluku, pa i odluku Vrhovnog suda, nadležni sud je dužan da ponovi postupak u određenom roku i da u ponovljenom postupku poštuje pravne stavove Ustavnog suda. Ovaj pravni put isključuje ponavljanje parničnog postupka zbog odluke Ustavnog suda po odredbama ZPP-a, jer u odredbama ZPP-a Hrvatske, to nije uređeno kao razlog za ponavljanje parničnog postupka.[12]

U kontekstu predstojeće diskusije o ustavnim promenama ovo pitanje treba da bude stavljeno na dnevni red jer će njegovo rešavanje imati posledice i po odnose između Ustavnog suda i VKS–a. Sadašnje stanje stvari je neodrživo, a jedno od mogućih rešenja jeste primena hrvatskog modela. Druga mogućnost jeste da se novim ustavnim rešenjima zabrani Ustavnom sudu da poništava sudske odluke, već da samo utvrđuje povredu Ustavom garantovanih prava i sloboda na osnovu čega bi se onda moglo zahtevati ponavljanje parničnog postupka u skladu sa odredbama ZPP-a. Takav predlog se može naći u komentarima Društva sudija Srbije u vezi sa predlogom izmena Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe.[13]

---

[12] Vid. član 421 ZPP-a Hrvatske. Članom 428a uređeno je ponavljanje parničnog postupka zbog odluke ESLJP, što je i logično jer ESLJP za razliku od Ustavnog suda Hrvatske (a i Ustavnog suda Srbije) nema ovlašćenje da poništi sudsku odluku nacionalnog suda, nego samo da utvrdi da je njome povređeno pravo zajemčeno odredbama EKLJP. Na osnovu takve odluke ESLJP se može tražiti ponavljanje parničnog postupka, u skladu sa odredbama ZPP-a, o čemu odlučuje nadležni parnični sud. Za razliku od našeg ZPP-a, članom 428a hrvatskog ZPP izričito je propisana obaveza hrvatskih sudova da poštuju pravne stavove iskazane u konačnoj presudi ESLJP kojom je utvrđena povreda ljudskih prava i sloboda.

[13] https://www.mpravde.gov.rs/tekst/16110/konsultacije-u-vezi-sa-izmenom-ustava-republike-srbije-u-delu-koji-se-odnosi-na-pravosudje.php, 30.jul 2017.godine, takvo rešenje bi bilo u

NIKOLA BODIROGA, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

REOPENING OF CIVIL PROCEEDINGS BEFORE SUPREME COURT OF CASSATION

Summary

The possibility of reopening of civil proceedings before Supreme Court of Cassation has been introduced through 2014 amendments to the Civil Procedure Code. According to the Article 433a, reopening of civil proceedings before Supreme Court of Cassation may be requested based on the following grounds: irregular composition of the court (Article 426, point 1); criminal offence done by a judge, party, representative or attorney of a party or by a third party (Article 426, point 6); if European Court for Human Rights has found violation of human rights which could have affected the adoption of favorable decision (Article 426, point 11); if in the proceedings following a constitutional appeal, the Constitutional court has found violation or denial of human or minority rights and freedoms guaranteed by Constitution in a litigious proceedings, and this could have influenced taking a more favorable decision (Article 426, point 12). A request for reopening of civil proceedings should be filed through first instance court. If a first instance court doesn't dismiss a request, the copy of request shall be send to the opposing party which has the right the reply within 30 days. When the court receives the reply, or upon expiration of time limit for reply the court shall submit the file to the Supreme Court of Cassation. If the Supreme Court of Cassation finds the request to be justified, it shall repeal its earlier decision made in the previous proceedings and render a new decision without holding a hearing. That is the procedure regulated by Article 433a of Civil Procedure Code. However, when it comes to reopening of civil proceedings based on the decision of Constitutional Court, the proceedings prescribed under Article 433a of Civil Procedure Code doesn't apply. When Constitutional Court finds that there has been violation or denial of constitutional rights and liberties it quashes the decision of Supreme Court of Cassation and orders the proceedings to be reopened and new decision to be made. In that case there is no request of a party filed under Article 433a of Civil Procedure Code, there is no adversarial proceedings and Supreme Court of Cassation has no power to determine whether the violation of constitutional rights and liberties coud have affected taking a more favorable decision. It is compulsory reopening of civil proceedings based on the order of Constitutional Court which excludes the application of Article 433a of Civil Procedure Code. Furthermore, Supreme Court of Cassation has the obligation to follow the legal interpretations adopted by Constitutional Court. This legal issue affects the relations between Constitutional Court and Supreme Court of Cassation and needs to be resolved. There shouldn't be two different legal mechanisms for reopening of civil proceedings based on the decision of Constitutional Court. The choice should be made between reopening of civil proceedings in accordance with the provisions of Civil Procedure Code and compulsory reopening of civil proceedings based on the order of Constitutional Court.

---

skladu sa ponavljanjem parničnog postupka na osnovu odluke ESLJP.

NEBOJŠA ŠARKIĆ,
MILAN POČUČA

IZVRŠENJE JAVNOBELEŽNIČKIH AKATA PREMA ODREDBAMA NOVOG ZAKONA O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU

UVOD

Najosetljivije pitanje u izlaganju ove materije, po našem mišljenju, je činjenica da je Zakon o izvršenju i obezbeđenju[1] donet nakon stupanja na snagu Zakona o javnim beležnicima,[2] te je novi ZIO na nešto drugojačiji način uredio pitanje izvršnih isprava.

Takođe, novi ZIO je drugačije uredio i pitanje ovlašćenja javnih izvršitelja kojima sada daje javno ovlašćenje, ali i isključivu nadležnost za sprovođenje izvršenja (osim malobrojnih slučajeva koja su ostavljena u nadležnosti sudova.[3]

Na samom početku rada daćemo kratak prikaz pojma izvršne isprave radi komparacije pravnih akata koja mogu sačiniti javni beležnici, te njihove izvršno-

---

Dr Nebojša Šarkić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

Dr Milan Počuča, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akdemija u Novom Sadu.

[1] "Službeni glasnik RS", br. 106/2015 i 106/2016 autentično tumačenje.Stupio na snagu 1.07.2016.

[2] "Službeni glasnik RS", br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014-dr.zakon, 93/2014 –dr. zakon, 121/2014, 6/2105 i 106/2015.

[3] O nadležnosti javnih izvršitelja, te razgraničenju nadležnosti javnih izvršitelja i suda, vidi detaljnije N. Šarkić, Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Paragraf, Beograd, 2016.

sti. Izvršna isprava je javna isprava na osnovu koje se po zakonu može tražiti prinudno izvršenje. Osnovna podela izvršnih isprava odnosi se na domaće izvršne isprave i strane izvršne isprave. Od 4. juna 1937. godine kada je donet prvi Zakon o izvršenju i obezbeđenju za područje tadašnje Jugoslavije do danas odnos zakonodavca prema izvršnih ispravama je bio veoma različit.[4]

Izvršna isprava, kao i svaka druga isprava, javna ili privatna, morala bi biti što je moguće razumljivija, preciznija i jasnija.[5] Ovo je izuzetno značajno s obzirom na to da sud ili javni izvršitelj prilikom odlučivanja po načinu, obimu, te vremenu izvršenja postupa na osnovu dobijene izvršne isprave. Svako tumačenje izvršne isprave nosi sa sobom opasnost od pogrešnog razumevanja, pa u izvršnom postupku nije dozvoljeno odstupanje od izreke izvršne isprave.[6] Da bi se moglo tražiti izvršenje potrebno je da je protekao paricioni rok za njeno dobrovoljno izvršenje (ovaj rok je po pravilu 15 dana u parničnoj materiji, 8 dana u privrednim stvarima i sporovima iz radnog odnosa, ali svakako može biti i kraći. Kada se radi o privremenim merama, npr. iseljenja nasilnika iz stana, rok je "odmah" što se pogrešno tumači da nema roka. Pogrešno se sudovi ograničavaju na maksimum 15 dana, te nema ni jednog razloga da rok za dobrovoljno izvršenje i ne bude duži ukoliko sud ili drugi organ koji donosi odluku proceni da bi to bilo neophodno. Na primer, prilikom iseljenja ili rušenja iz poslovnih objekata nekog privrednog subjekta sasvim je sigurno da je rok od 15 dana nedovoljan, te bi sud komot-

[4] Prvi Zakon o izvršenju i obezbeđenju koji se primenjivao od 1. januara 1938. godine predviđa da je izvršna isprava i izvršni naslov materijalno-pravno ovlašćenje za vođenje postupka. Iz izvršnog naslova proističe dužnost suda da na predlog ovlašćenog subjekta dozvoli i sprovede izvršenje. U izvršnom naslovu treba da bude navedena sadržina, obim i vrste izvršenja ili činidbe kao i legitimacija stranaka. Zakon razlikuje tri osnovne grupe izvršnih isprava i to: odluke sudova, odluke upravnih organa i vlasti i akt stranaka, kao izvršnih naslova koji utvrđuju postojanje izvršnog naslova, a koji definiše kao ispravu u kojoj je taj akt zadužen. O ovome detaljnije B. Blagojević, Sistem izvršnog postupka,Izdavačko i knjižarsko preduzeće "Geca Kon" Beograd 1938. i B. Poznić, Građansko-procesno pravo,Beograd, 1976., str. 418.

[5] O pojmu izvršnih isprava prema zakonima koji su se primenjivali od 1978. godine do danas, na našim područjima, vidi detaljnije: N. Šarkić i D. Rašić, Priručnik za primenu Zakona o izvršnom postupku, Savremena administracija, Beograd 1990, str. 107; N. Šarkić, Građanski izvršni postupak, Fakultet za poslovno pravo, Beograd 2005, str. 35; N. Šarkić, M. Nikolić, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Fakultet za poslovno pravo, Beograd 2005, str. 129; N. Šarkić, M. Nikolić, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Službeni glasnik, Beograd 2009, str. 296; N. Šarkić, M. Nikolić, Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Paragraf, Beograd 2013, str. 136;

[6] O načelu formalnog legaliteta, vidi detaljnije: N. Šarkić, M. Nikolić, *Načela izvršnog postupka,* ZR, Izvršenje odluka, Glosarijum, Beograd 2008, str. 5; N. Šarkić, *Shodna primenama odredaba Zakona o parničnom postupku u postupku izvršenja i obezbeđenja,* ZR, Početak primene Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Glosarijum 2016; B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015, str. 573.

no mogao da odredi i duži rok. Takođe, ovde moramo voditi računa i o tome da li žalba odlaže izvršenje ili se kao kod privremenih mera izvršenju pristupa odmah). Prinudno izvršenje može biti samo prema osuđujućoj, kondemnatornoj presudi. Izvršnom ispravom se dakle utvrđuje pravo izvršnog poverioca, te obaveza izvršnog dužnika koja mora biti jasno određena i naravno dozvoljena (kockarski dugovi, nezakonita prodaja oružja ili narkotika i sl. ne mogu uživati sudsku zaštitu).

Izvršna isprava takođe mora sadržati u sebi rok za izvršenje. On je izuzetno važan da bi se znalo od kojeg trenutka se može pristupiti prinudnom izvršenju, a koji je period koji je ostavljen izvršnom dužniku radi dobrovoljnog izvršenja.

ODREDBE ZIO KOJIMA SE UREĐUJE MATERIJA IZVRŠNOSTI JAVNOBELEŽNIČKIH AKATA

Iz izvršnog naslova proističe dužnost suda da na predlog ovlašćenog subjekta dozvoli i sprovodi izvršenje. U izvršnom naslovu treba da bude navedena sadržina, obim i vrsta izvršenja ili činidbe kao i legitimacija stranaka. Izvršna isprava je pojedinačni pravni akt na osnovu kog se može prema zakonu tražiti prinudno izvršenje."Izvršna isprava i izvršni naslov predstavlja materijalnopravno ovlašćenje za vođenje postupka."[7] Izvršnom ispravom se na verodostojan način utvrđuje stvarna legitimacija izvršnog poverioca i izvršnog dužnika, postojanje i obim potraživanja i njegova dospelost. Osnovna podela izvršnih isprava odnosi se na izvršne isprave domaćih i stranih sudova. Izvršna isprava kao i svaka ruga isprava mora biti što razumljivija i jasnija. Ovo je izuzetno značajno s obzirom da se sud pri odlučivanju prevashodno koncentriše na razrešavanje spornog odnosa. Budući da se izvršenje može sprovoditi pred drugim sudom izuzetno je značajno da je izreka odluke koja predstavlja izvršnu ispravu bude jasna, razumljiva i određena, jer se na taj način definitivno razrešava sporni odnos gde izvršni poverilac može u potpunosti da ostvari svoje pravo koje je u skladu sa izvršnom ispravom.

Svako tumačenje izvršne isprave nosi sa sobom opasnost od pogrešnog razumevanja, a u izvršnom postupku nije dozvoljeno odstupanje od izreke izvršne isprave Izvršna isprava je javna isprava na kojoj se po zakonu može tražiti prinudno izvršenje.[8] Osnovna podela izvršnih isprava odnosi se na izvrne isprave domaćih i stranih sudova. Zakon definitivno razrađuje koje su to izvršne isprave.

---

[7] Mladen Nikolić, Đorđe Sibinović, Slobodan Spasić, Nebojša Šarkić, *Pravo pravosudnih profesija,*Pravni fakultet Univerziteta Union i JP Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 190.

[8] "Već je u rimsko doba formulisana maksima, koja je tekovina i modernog izvršnog prava, da se prinudno izvršenje smije dopustiti i provesti samo na temelju valjanog izvršnog naslova: *nu-*

Naravno da ni svaka sudska odluka ne predstavlja podobnu izvršnu ispravu zato što u njoj mora da bude utvrđeno davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje (kondemnatornost odluke). Osim sudske odluke u ovu kategoriju spadaju i sudska poravnanja koja takođe moraju imati identične elemente. Sudsko poravnanje koje na primer glasi da se supružnici mire, ne može biti podobna za sudsko izvršenje niti predstavlja izvršnu ispravu. Izvršna isprava mora imati određenu činidbu da bi mogla biti deo izvršnog postupka.

Zakon je uvrstio i odluke donete u prekršajnom postupku, odluke u upravnom postupku, te novi pravni institut upravno poravnanje, naravno sve pod uslovom da glase na novčanu obavezu iako posebnim zakonom nije predviđena druga nadležnost. Posebna izvršna isprava predstavlja i ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava, sačinjena saglasno propisima kojim se uređuje hipoteka. U stručnoj javnosti bilo je dosta polemika oko toga da li se postupak medijacije (arbitražno odlučivanje van državnih sudova, posredovanje u rešavanju postupaka, mirenje i sl.) ima tretirati kao oficijelan postupak čiji sporazum ima snagu izvršne isprave. Većina pravnih teoretičara smatra da je ceo postupak konstituisan na principu dobrovoljnosti, te da se tako ima rešiti i problem zaključenog sporazuma ili poravnanja. Ipak naš zakon uvodi sporazum o rešavanju sporova putem posredovanja koji ispunjava sve uslove određene zakonom kojim se uređuju posredovanje u rešavanju sporova kao posebnu – novu izvršnu ispravu.

Zakon predviđa i jednom opštom normom da i svaka druga izvršna isprava koja je predviđena posebnim zakonima može biti izvršna isprava pod uslovom da ispunjava sve uslove.

Sudska i upravna odluka i poravnanje. – Kondemnatorne sudske odluke jesu izvršne isprave i sud ih donosi u obliku presude ili izvršnog rešenja. Sud takođe može zaključiti i sudsko poravnanje koje predstavlja sporazum stranaka, te može biti zaključen u parnično ili vanparničnom postupku.

Izvršne isprave koje su donete od strane upravnih organa ili sudova za prekršaje moraju da glase na novčana potraživanja.

U pojedinim slučajevima i odluke donete u krivičnom postupku mogu predstavljati izvršne isprave (rešenje o novčanom kažnjavanju, oduzimanje predmeta, naknada štete oštećenom u krivičnom postupku ukoliko je krivični sud odlučio da u istom postupku odluči i o imovinskom zahtevu i sl.).

U parničnom postupku to su sudske odluke koje u sebi sadrže neku obavezu koju treba da ispuni izvršni dužnik. U krivičnom postupku to je odluka suda o imovinsko-pravnom zahtevu oštećenog odnosno odluka suda u pogledu odluka

---

lla executio sine titulo" S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Sudsko izvršno pravo, Opći dio, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje,* Informator Zagreb, 1984, str. 133.

donetih u postupku za privredne prestupe, to su one odluke koje u sebi sadrže posebne novčane kazne bez mere oduzimanja predmeta i imovinske koristi, te troškovi postupka i imovinsko-pravni zahtevi.

Upravnom odlukom smatra se i rešenje ili zaključak donet u upravnom postupku.U pogledu upravnog poravnanja važe ista pravila koja važe za poravnanje zaključeno pred sudom u pogledu kondemnatornosti.

*Izvršnost sudske i upravne odluke i javnobeležničke isprave koja ima snagu izvršne isprave***.** – Sudska odluka može se sprovoditi u sudskom izvršnom postupku ako postane izvršna, a izvršna je ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje dužnikove obaveze koje je utvrđeno pravosnažnom odlukom. Da bi se odluka mogla sprovoditi neophodno je da postane pravosnažna, dakle da se protiv nje više ne mogu ulagati redovni pravna sredstva, kao i da je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje dužnikove obaveze.

Kada je reč o odlukama donetim u upravnom postupku onda ta odluka mora da bude konačna.

U slučajevima da se sudskom odlukom utvrđuje zabrana nekog činjenja – nečinjenje (prolaz kroz tuđu parcelu, korišćenje tuđe stvari i sl.) onda ovakva odluka postaje izvršna odmah nakon pravosnažnosti u formalnom i materijalnom smislu reči. Dakle, kada odluka više ne može da bude napadana u redovnim pravnim postupcima i kada je izvršni dužnik saznao za ovu odluku. Ovde nema nikakvog paricionog roka, već je nečinjenje utvrđeno samom odlukom gde izvršnost nastupa odmah nakon uručenja odluke izvršnom dužniku.

Specifičnosti izvršenja upravnih odluka, znači da će se na izvršnost primenjivati pravila i izvršnog postupka kada je ona konačna, odnosno kada eventualno podneti pravni lek zadržava ili ne zadržava njeno izvršenje.

U odnosu na generalni stav da je pravosnažnost uslov da bi neka odluka imala svojstvo izvršne isprave, postoje izuzeci da se izvršenje određuje i na osnovu na primer odluke suda koja nije postala pravosnažna ili odluke donesene u upravnom postupku koje nisu postale konačne ako je zakonom propisao da žalba ne zadržava izvršenje kod te vrste sporova. Nesuspenzivnost pravnog leka ima za posledicu da su takve odluke izvršne isprave i kao primer možemo navesti rešenje koje sud donosi odlučujući o zahtevu u postupku parnice smetanja državine, te shodno odredbama ZPP predviđa mogućnost da sud može odlučiti iz opravdanih razloga da žalba ne zadržava izvršenje rešenje. Takođe, u skladu sa odredbama ZPP žalba protiv prvostepene presude kojom se fizičkom licu nalaže isplata potraživanja čija glavnica ne prelazi određeni iznos u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan donošenja odluke odnosno kojom se preduzetniku ili pravnom licu nalaže isplata potraživanja čija granica ne prela-

zi iznos od 1.000 eura u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu NBS na dan donošenja odluke ne odlaže izvršenje. Ista je situacija i kod privremenih mera.

U javnobeležničkom aktu mora biti utvrđena obaveza na činidbu dužnika, ali i njegova izjava da pristaje na prinudno izvršenje nakon dospelosti, što znači da akt mora sadržati klauzulu da bi bio izvršna isprava. Saglasnost dužnika je procesna dispozicija koja se odnosi na određeni zahtev i ne utiče na nastanak same obaveze. Javni beležnik prilikom sačinjavanja javnobeležničkog akta mora da pouči dužnika o posledicama izvršnosti javnobeležničkog akta i o tome da li dužnik u javnobeležničkom aktu oslobađa poverioca dužnosti dokazivanja neophodnosti ispunjenja obaveze, te nastupanja pretpostavljene izvršnosti.[9] Tu mogućnost poznaje i uporedno pravo, ali predviđa i naš Zakon o javnom beležništvu.

*Potvrda o izvršnosti odluke***.** – Zakon predviđa i dalje postojanje posebne klauzule izvršnosti. To je potvrda koju stavlja sud da bi se moglo dalje krenuti u izvršni postupak. Dakle, potvrda o izvršnosti u svojoj osnovnoj strukturi znači donetu odluku suda kojom prvo utvrđuje da je odluka podobna za sudsko izvršenje prema opštim pravilima o podobnosti. Takođe sud će ceniti da li je i istekao paricioni rok za sprovođenje izvršenja. Već smo rekli da u nekim slučajevima ne postoji rok za dobrovoljno izvršenje (pojedini slučajevi smetanja državine, privremene mere, sporovi male vrednosti, odluke o zabrani činjenja – nečinjenja i sl.). U ovakvim slučajevima dakle nema potrebe da se posebno utvrđuje izvršnost jer zapravo nje ni nema. Odluka je postala izvršna danom njenog donošenja odnosno njene pravnosnažnosti.

Ukoliko je sud stavio makar i minimalni rok za izvršenje, primera radi 24 sata u hitnim slučajevima taj rok počinje teći od trenutka kada je odluka uručena izvršnom dužniku. Nekada parnične sudije i nesvesno komplikuju postupak zato što odrede na primer kod državinskih sporova minimalni rok za izvršenje, ali potpuno time menjaju strukturu izvršnog postupka. Tako na primer, ukoliko sud u parničnom postupku kaže da protiv odluke nije dozvoljena žalba ili da žalba ne zadržava izvršenje, izvršenje će se sprovoditi praktično odmah. Ukoliko sud da makar i minimalni rok od 6 sati ili 24 sata postupak će započeti odbrojavanjem prema opštim pravilima o rokovima od trenutka kada je izvršni dužnik zaprimio rešenje suda ili presudu.

Identična situacija je i u upravnom postupku, jer će upravni organ prema opštim pravilima o upravnom postupku odlučiti da li se izvršenje može sprovoditi odmah nakon donošenja prvostepene odluke ili upravnog poravnanja ili se čeka određeni rok.

---

[9] Detaljnije o radnjama javnog beležnika u izvršnom postupku kod Milena Trgovčeviić Prokić, *Ovlašćenja javnog beležnika,* JP Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 162, 168.

Sa javnim beležnicima je situacija nešto drugojačija. Ako u javnobeležničkom aktu stoji odložni rok za ispunjenje koje se odnosi na vremenski period (npr. dug će biti plaćen nakon 1. januara), ili ako je uslov da se neki događaj desi (da se isplati 1.000 evra osobi A kada napuni 18 godina, kada diplomira, kada sklopi brak i sl.). I u jednom i u drugom slučaju javni beležnik pre nego što stavi klauzulu izvršnosti na sopstveni akt mora najpre da proveri da li je došlo do proteka vremenskog roka odnosno da li je došlo do ispunjenja uslova.[10]

No ukoliko u javnobeležničkom aktu, kao i u sudskom poravnanju, stoji da će se izvršenju pristupiti nakon 1. januara 2016. godine onda nema nikakvog razloga da se proverava bilo koja okolnost, već će se klauzula izvršnosti, a potom i pristupiti izvršenju, staviti kada je protekao naznačeni rok (svaki dan posle 1. januara 2016. godine).

Ukoliko je klauzula izvršnosti od strane suda, upravnog organa, prekršajnog suda ili pak javnog beležnika stavljena neosnovano, na predlog stranaka svaki od ovih organa je dužan da po predlogu ili pak po službenoj dužnosti stavi van snage – ukine klauzulu izvršnosti. U pogledu započetih radnji primeniće se opšta pravila koja se odnose na promenjene okolnosti u izvršnom postupku. Naime, ako je neka radnja započeta onda će se postupak obustaviti, a ako je namirenje sprovedeno u celosti ili delimično primeniće se odredbe o protivizvršenju.

*Izvršnost sudskog i upravnog poravnanja i javnobeležničkog zapisnika o poravnanju***.** – Zakon predviđa da se sudsko poravnanje, odnosno poravnanje zaključeno u upravnom postupku ili pak javnobeležnički akt mogu sprovoditi u sudskom izvršnom postupku ako je potraživanje po poravnanju dospelo. To praktično podrazumeva protek roka koji je utvrđen u poravnanju za izvršenje određene obaveze. Dospelost ovog potraživanja dokazuje se zapisnikom o poravnanju ili javnom ispravom ili ispravom overenom po zakonu. To dalje znači da se na poravnanje neće stavljati potvrda pravnosnažnosti i izvršnosti suda ili organa pred kojim je zaključeno poravnanje, već će se samo na osnovu overenog zapisnika dokazivati da je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze utvrđene u zaključenom poravnanju.

Ako se dospelost ne može dokazati na način kako je to naznačeno dokazuje se pravnosnažnom odlukom donetom u parničnom postupku. To se odnosi na slučajeve kada je dospelost potraživanja i zaključenog poravnanja sporna, pa se mora dokazivati u parničnom postupku. Posle pravnosnažnosti odluke donete u parničnom postupku utvrđuje se dospelost potraživanja pa će praktično izvršna isprava biti, zaključeno poravnanje i parnična pravnosnažna odluka kao i dos-

[10] Član 44 ZIO Srbije,dok je članom 43 stav 3. ZIO propisano:" ...a izvršnost javnobeležničke isprave koja ima snagu izvršne isprave-prema zakonu kojim se uređuje javno beležništvo."

pelost potraživanja. Na osnovu obe izvršne isprave sud će dozvoliti izvršenje i to na osnovu zaključenog poravnanja što se tiče osnovnog potraživanja, a što se tiče parnične presude o tome kada je dospelo potraživanje.

Dospelost se može dokazivati javnom ispravom, a javna isprava je akt državnog organa ili drugog ovlašćenog organa i kao takva svojom sadržinom odnosno nekim podacima potvrđuje dospelost potraživanja i poravnanja. Po Zakonu overena isprava je privatna isprava kojom je overen potpis lica koje je izdalo tu ispravu. To će najčešće biti zajednička izjava ili sporazum izvršnog dužnika i poverioca kojim potvrđuje dospelost potraživanja ili pak samo overa izjave izvršnog dužnika kojom potvrđuje dospelost potraživanja iz poravnanja.

Izvršenje strane izvršne isprave. – Nažalost, iako je stručna javnost ukazivala na potrebu postepenog uvođenja Evropskog izvršnog naslova kao novog i veoma interesantnog pravnog instituta u naš pravni sistem, zakonodavac to nije učinio. Po našem mišljenju propuštena je odlična prilika da se postepeno uvede Evropski izvršni naslov. Naime, osnova ovog novog uspostavljenog pravnog instituta je da se u predmetima gde je nesporno potraživanje (presuda na osnovu priznanja, sudsko poravnanje ili javnobeležnički akt u kome je izvršni dužnik priznao dug, kao i uz izričitu saglasnost izvršnog dužnika), može sprovoditi u zemlji sprovođenja izvršenja postupak bez posebne odluke suda o priznanju strane sudske ili arbitražne odluke. Zakon o izvršenju i obezbeđenju odredbom člana 46. samo predviđa da se strana izvršna isprava izvršava isto kao i domaća, ako glasi na privatno pravno potraživanje i priznata je pred domaćim sudom. Izvršni poverilac može podneti predlog za izvršenje strane izvršne isprave koja nije priznata pred domaćim sudom. U tom slučaju sud koji je nadležan za donošenje rešenja o izvršenju odlučuje o priznanju strane izvršne isprave, kao i o drugim prethodnim pitanjima. Takvo rešenje o izvršenju može da se pobija žalbom i zbog toga što nisu bili ispunjeni zakonom određeni uslovi za priznanje strane izvršne isprave. [11]

Dakle, zakonodavac je u potpunosti zadržao raniji pravni sistem ignorišući novopomenuti pravni institut Evropskog izvršnog naslova. [12] Iako se Evropski izvršni naslov kod nas još uvek ne primenjuje, smatrali smo za potrebno da se stručna javnost u Srbiji upozna sa ovim izuzetno zanimljivim pravnim institu-

[11] O priznanju stranih sudskih i arbitražnih odluka vidi:N.Šarkić,M.Nikolić, *Priznanje i izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka,* Pravni život, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br.13/2008, str. 345-359.

[12] Regulation (EC) NO 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21. april 2004. creating a European Enforcement Order for uncontested claims, dalje Uredba. Stupila je na snagu 21.06.2005. godine i počela se primenjivati 25.10.2005. godine – "Službeni glasnik Evropske unije" od 30. aprila 2004. godine.

tom. Razlozi za to leže pre svega u činjenici što se Evropski izvršni naslov uveliko koristi u našem okruženju, te se i naša stručna javnost sa njim već susreće.[13]

Takođe, po našem uverenju, postoje brojni razlozi zašto bi Srbija mogla već sada da donese propis kojim se na području Srbije primenjuje Evropski izvršni naslov kao izvršna isprava uprkos činjenici da ne predstavljamo oficijelni deo Evropske zajednice.[14]

IZVRŠNOST JAVNOBELEŽNIČKIH ZAPISA

ZJB predviđa da javnobeležnička isprava mora biti sačinjena u skladu sa zakonom da bi imala snagu javne isprave. Znamo da su javne isprave koje se izdaju od državnih organa, dakle javnobeležnička isprava sačinjena u zakonitoj formi predstavlja javnu ispravu. Javnobeležnička isprava je izvršna ili verodostojna isprava u slučajevima kada je to predviđeno zakonom. Dakle, već u osnovnim odredbama člana 7. ZJB govori o izvršnosti javnobeležničkog akta.

Sasvim je sigurno da nije svaka isprava koju javni beležnik sačini i izvršna isprava. Javni beležnici u svom poslu između ostalog obavljaju poslove sačinjavanja javnobeležničkih zapisa, sačinjavaju javnobeležničke zapisnike, izdaju potvrde te vrše overe. Samo javnobeležnički zapisi koji su sačinjeni u preciznoj po zakonu predviđenoj formi i ukoliko ispunjavaju zakonom predviđene uslove mogu biti izvršna isprava.

ZJB predviđa koji se pravni poslovi moraju sačiniti u formi javnobeležničkog zapisa a koji "drugi pravni poslovi" mogu imati oblik javnobeležničkog zapisa. Razumevanja radi nabrojaćemo samo neke. Tako se u formi javnobeležničkog zapisa sačinjavaju: ugovori o imovinskim odnosima između supružnika; ugovor o imovinskim odnosima između vanbračnih partnera; sporazum o zakonskom izdržavanju u skladu sa zakonom; ugovor o ustupanju i raspadu imovine za života; ugovor o doživotnom izdržavanju…

---

[13] O Evropskom izvršnom naslovu detaljnije kod:Nebojša Šarkić, Milan Počuča, *Evropski izvršni naslov*, Pravni život,Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br.12/2014, str. 387-400.

[14] "Uredba koja je donesena u okviru Programa mera za sprovođenje načela uzajamnog priznanja odluka u građanskim i trgovačkim stvarima prvi je stupanj koji predviđa ukidanje egzekvature, to je stvaranje evropskog ovršnog naslova za nesporne tražbine i trebalo bi pridoneti ostvarivanju cilja zajednice za održavanje i razvijanje prostora slobode, sigurnosti i pravde u kojem je sloboda kretanja osoba osigurana, ona je jedan od mera na području pravosudne suradnje u građanskim stvarima koje su nužne za odgovarajuće funkcionisanje unutar tržišta; ona je izraz stava da je načelo uzajamnog priznanja sudskih odluka, a treba dodati i drugih izvršnih isprava uključujući i javnobeležničke, kamen temeljac za uspostavljanje izvršnog pravosudnog postupka". Prema: Mihailo Dika, *Javnobilježničke ovršne isprave,* Zbornik radova sa Regionalne konferencije o notarijatu u organizaciji GRZ, Beograd, april 2010, str. 15.

U formi javnobeležničkog zapisa članom 83. ZJB predviđeno je da se mogu sačiniti: zaveštanje (testament); izjava kojom se nužni naslednik isključuje iz nasledstva; izjava kojom se nužni naslednik lišava nasledstva; izjava o priznanju očinstva kao, i izjava o saglasnosti sa priznanjem očinstva i dr.

Dakle, našu pažnju posebno ćemo usmeriti na član 85. ZJB kojim se uređuje pitanje izvršnosti javnobeležničkog zapisa. Ovo pitanje je za nas interesantno zbog veze sa izvršni postupkom, odnosno koji se od javnobeležničkih akata (zapisa) i kada može izvršavati po pravilima izvršnog postupka. U odredbi člana 85. ZJB se u sedam stavova razrađuje pitanje izvršnosti javnobeležničkog zapisa. Dakle, centralno pitanje je kada je javnobeležnički zapis izvršna isprava.

Prvi uslov je obaveza na činidbu. Kondemnatornost je uslov za činidbu.[15] Prema pravilima građanskog procesnog prava postoje tri vrste tužbi pa samim tim i tri vrste presuda. Samo one presude koje u sebi sadrže nalog za određenu činidbu (kondemnatornost) mogu se izvršavati prema pravilima izvršnog prava. Dakle da bi zapis koga sačini javni beležnik mogao biti upodobljen sa izvršnom ispravom on mora sačinjavati određenu činidbu. Teoretski posmatrano činidbe se mogu deliti na pozitivne radnje i negativne. Pozitivne radnje podrazumevaju na primer: isplatu novca, predaju stvari, iseljenje iz stana, vraćanje radnika na rad, predaju ili oduzimanje deteta, upis prava u neku javnu knjigu ili registar i sl. Pod negativnim radnjama najčešće podrazumevano uzdržavanje od određenih radnji kao što su: zabrana prolaza, zabrana uznemiravanja, zabrana činjenja, zabrana obavljanja određenih tekstova i sl. Dakle pojam činidbe je uslov bez kojeg se ne može kada govorimo o svakoj izvršnoj ispravi pa i o javnobeležničkom zapisu. Tako na primer uopštene izjave stranka o npr. pomirenju, uređivanju međusobnih odnosa, prevazilaženju određenih problema među partnerima ili druge izjave koje u sebi ne sadrže jasnu činidbu, ne mogu biti predmet izvršavanja pa se samim tim ni takav zapis ne smatra izvršnom ispravom.

ZJB kao uslov predviđa takođe i uslov da se o pitanjima koja su predmet dogovora stranke "mogu sporazumeti". Ovaj uslov treba sagledavati u kontekstu opštih pravila Zakona o parničnom postupku [16] koji se shodno primenjuje u izvršnom postupku pa samim tim i u postupku izvršavanja javnobeležničkog zapisa. Naime, opštim odredbama građanskog procesnog prava je predviđeno da stranke ne mogu raspolagati onim zahtevima ili pravima koja su u suprotnosti sa zakonom, koja su u suprotnosti sa moralom ili sa opštim pravilima koja važe u jednome društvu. Tako na primer sudsku zaštitu ne mogu tražiti kockari za naplatu

[15] Kondemnatornu pravomoćnu presudu u odnosu na koju je paricijski rok istekao, autori nazivaju "perfektnom izvršnom ispravom". S. Triva, V. Belajec, M. Dika, op. cit., str. 134.

[16] "Sl. Glasnik RS" 72/2011, 49/2013 -odluka US, 74/2013-odluka US i 55/2014.

kockarskog duga, ne može se postići sporazum kojim se jedan od roditelja odriče prava na izdržavanje ili da se ugovori izvršenje nekog krivičnog dela i naknada za obavljanje tog krivičnog dela. Dozvoljenost je opšti princip koji podrazumeva da se stranke mogu dogovarati samo ono što je u skladu sa zakonom te da je svaki akt raspolaganja koji je u suprotnosti sa zakonom nedozvoljen pa ga samim tim ni javni beležnik neće sačiniti. To dalje znači da se dozvoljenost tretira kao uslov koji mora da ispuni javnobeležnički zapis a o tome će naravno odlučivati javni beležnik koji sačinjava ovaj zapis. U slučaju da javni beležnik utvrdi da nije dozvoljeno raspolaganje koje je predmet dogovora stranaka u određenom javnobeležničkom zapisu, stranke mogu tražiti pravnu zaštitu pred Komorom.

Kao jedan od osnovnih uslova za izvršnost javnobeležničkog akta ZJB predviđa i izričitu izjavu obavezanog lica o tome da se na osnovu te isprave može sprovesti izvršenje. Ova izjava mora biti precizna, jasna i nedvosmislena. Izjave poput onih da "neko namerava, ima želju, planira, voleo bi da može i sl." ne mogu biti predmet izvršenja. Takve izjave ne sadrže izričiti pristanak niti se mogu tretirati kao saglasnost volja koja je preduslov za izvršnost javnobeležničkog zapisa. Upravo u ovoj odredbi leži i suštinska razlika između izvršne isprave koju sačinjava sud u odnosu na izvršnu ispravu koju sačinjava javni beležnik. Naime, sud sudi i samim tim i presuđuje. Odluka suda predstavlja izvršnu ispravu uz naravno ostale izvršne isprave. Ali kada govorimo o razlici onda moramo imati u vidu da javni beležnik nema ovlašćenja da odlučuje o spornim stvarima. Imanentnost njegove profesije upravo leži u činjenici da on na osnovu javnog ovlašćenja koje ima može da uredi nesporne odnose između stranaka. To dalje govori o vrednosti javnobeležničke profesije te ogromnim uštedama koje uvođenje javnobeležničke profesije donosi svakoj državi. Javni beležnici "rasterećuju" sudove od nespornih stvari ali i olakšavaju strankama da u situaciji kada postoji saglasnost volja mogu brže, jednostavnije i jeftinije da razreše problem. Dakle stranka koja priznaje određeno pravo, činidbu ili je spremna da nešto učini ili da se trajno uzdrži od nečega, može sa drugom strankom sačiniti javnobeležnički zapis u kome će tu svoju volju nedvosmisleno iskazati, a nedvosmisleno iskazana volja mora biti i potvrđena od strane javnog beležnika.

Kada se radi o novčanim potraživanjima ZJB predviđa i uslov određivanja roka dospelosti. Taj rok dospelosti znači da se jedna strana obavezuje da će u vremenski određenom trenutku izmiriti određenu obavezu.[17]

[17] Iako zakon ne daje preciznija određenja pojma dospelosti, možemo sa sigurnošću tvrditi da se radi o opšte prihvaćenim pojmovima koji važe u drugim zakonskim propisima. To su pre svega odredbe Zakona o izvršenju i obezbeđenju ("Sl. glasnik RS", br. 31/2011 i 99/2011 – dr. zakon) koji se odnosi na dospelost ali i drugih propisa kojima se uređuju ova pitanja, npr. Zakon o obligaci-

Nema karakter izvršne isprave javnobeležnički zapis u kome se npr. osoba A obavezuje da će dug vratiti osobi B. Čak i ukoliko je iznos toga duga precizno određen ukoliko nema vremenskog naznačenja dospelosti obaveze ne možemo govoriti o podobnosti za izvršenje takvog zapisa. Prema odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju paricioni rok za dobrovoljno izvršenje nakon donošenja izvršne isprave je 15 dana. U zavisnosti od materije i okolnosti slučaja, te procene suda nekada ti rokovi mogu biti kraći (rok od osam dana u privrednim sporovima ili sasvim kratki rokovi u odlukama o privremenim merama). No pošto se ovde ne radi o presudi, već o sporazumu stranaka koji javni beležnik samo utvrđuje, nepostojanje utvrđenog datuma dospelosti onemogućava sprovođenje izvršenja te takav akt ne može biti podoban za izvršenje i takav javnobeležnički zapis nema karakter izvršne isprave. Pored svih nabrojanih uslova i vremensko označenje dospelosti je uslov za izvršnog javnobeležničkog zapisa.

Navedeni uslovi, koje je predvideo zakon, predstavljaju osnov za prinudno izvršenje. Prinudno izvršenje prema pravilima Zakona o izvršenju i obezbeđenju podrazumeva aktivnu ulogu suda ili izvršitelja. Mehanizam sprovođenja izvršenja po pravilu zavisi od volje stranaka odnosno da li će izvršenje odluke poveriti sudu ili izvršitelju. Izuzetak su samo oni slučajevi koji su dati u isključivu nadležnost sudu odnosno izvršitelju o čemu je bilo reči u uvodnom delu ovoga teksta. Prinudno izvršenje podrazumeva skup radnji suda li izvršitelja koje se odnose na: naplatu novčanih potraživanja putem prodaje pokretnih stvari, prodajom nepokretnosti, prodajom akcija ili udela i sl.; predaju stvari; činidbe i sl.

ZJB predviđa varijantu u kojoj se pravi razlika između izvršenja koje sprovodi sud i onog izvršenja koje sprovodi izvršitelj. Zakon naznačava da u slučajevima kada se izvršenje sprovodi preko sudskog izvršitelja javnobeležnički zapis mora imati i druge elemente koji su neophodni za sprovođenje izvršenja. Po mišljenju autora ova naznaka zakonodavca je nepotrebna jer zapravo ne postoje nikakvi posebni elementi kada se radi o izvršenju koje sprovodi izvršitelj. Iako je izričito predvideo da postoji obaveza da se utvrdi datum dospeća, ZJB predviđa i situaciju u kojoj nije moguće unapred utvrditi tačan datum nastupanja određene dospelosti. Ova dospelost može zavisiti od isteka određenih vremenskih rokova koji se ne mogu predvideti ili okolnosti koje ne mogu nastupiti npr. danom odlaska u penziju, završetkom studija, upisom privrednog društva u registar privrednih društava, dobijanjem građevinske dozvole i sl. U ovakvim slučajevima ZJB predviđa dve osnovne mogućnosti. Prva mogućnost je da se stranke naknadno slože oko toga da je određeni vremenski period istekao odnosno da je određena

onim odnosima – "Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89. "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 – Ustavna povelja i sl.

okolnost nastupila. Tada će se javnobeležnički zapis dopuniti izjavama stranaka koje predstavljaju takođe saglasnost volja i sprovode se prema opštim – uobičajenim pravilima javnobeležničkog prava. Dakle ta saglasnost volja može biti veoma jednostavna. Ona bi se mogla izraziti naprosto konstatacijom i potpisivanjem da je određeni vremenski period istekao odnosno da je određeni rok nastupio. Ipak ozbiljnija situacija nastaje ukoliko takve saglasnosti nema ili se takva saglasnost iz raznih objektiv h ili subjektivnih okolnosti ne može dobiti. Tada prema slovu zakona mogu da nastupe sledeće situacije i to: da se javnom ispravom potvrdi određena činjenica, ili da se privatnom ispravom na kojoj je overen potpis poverioca to dokaže. Šta je javna isprava je opšte poznato i o tome ne treba pisati. Lice koje javnom ispravom dokaže npr. da je diplomiralo, da je dobio građevinsku dozvolu, da je upisao privredno društvo u registar privrednih društava može dakle dokazati ispunjenost određenog usova. Takođe ZJB ostavlja mogućnost da se i privatna isprava na kojoj je overen potpis poverioca može tretirati kao validna za zastupanje uslova. Dakle, to je isprava sa overenim potpisom kojom poverilac potvrđuje da je određeni uslov za ispunjenje obaveze nastupio odnosno da su se stekli uslovi da javnobeležnički zapis postane izvršna isprava.[18]

Komplikovanija situacija je u slučajevima kada nemamo ni jedan od napred naznačenih uslova. Tada izvršni poverilac može da pokrene parnični postupak i da na osnovu pravosnažne sudske odluke dokaže da je nastupila dospelost (protekao predviđeni rok ili da je nastupio određeni uslov koji je bio predviđen javnobeležničkim zapisom). Po mišljenju autora pojam "pravnosnažna parnična presuda" nije odgovarajući. Zakonodavac je trebalo da koristi pojam pravosnažna odluka jer se u parničnom postupku stranke mogu sporazumeti i poravnanjem što bi u konkretnom slučaju bilo u potpunosti izjednačeno sa pravosnažnom presudom s obzirom na uslov koji zakon traži. Naime, za izvršnost javnobeležničkog zapisa bitna je ili u sudskom postupku utvrđena kao nesporna činjenica što se dokazuje pravosnažnom presudom ili činjenica koju priznaju obe strane što se može utvrditi zaključenim sudskim poravnanjem.

No, bez obzira na sve naznačene okolnosti možemo reči da je ZJB relativno precizno utvrdio šta je sve neophodno da bi se jedan javnobeležnički zapis tretirao kao validna izvršna isprava odnosno da bi stranke mogle da ostvare određeno pravo u "skraćenom" postupku u odnosu na sudski postupak.

Nažalost, moramo konstatovati da odredba stava 7. ZJB ne odgovara realnosti. Naime, ovom odredbom je predviđeno da se izvršnost javnobeležničkog za-

[18] O uslovima za izvršnost javnobeležničke ipsrave vidi kod: Milena Trgovčević-Prokić, Đorđe Sibinović, *Izvršna javnobeležnička isprava*, Zbornik radova, Primena novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju, gl. ur. Nebojša Šarkić, Glosarijum, Beograd, 2016, str. 293-294.

pisa može pobijati po odredbama zakona kojim se uređuje izvršnost postupka. Sud, odnosno drugi organ ili lice koje sprovodi izvršenje (izvršitelj), obustaviće izvršenje ako utvrdi da prilikom sačinjavanja javnobeležničkog zapisa nisu ispunjeni uslovi koji se zahtevaju da bi taj zapis imao snagu javne ili izvršne isprave. Ova odredba je naime u potpunoj suprotnosti sa načelom formalnog legaliteta koje se primenjuje u izvršnom postupku kada govorimo o izvršnim ispravama koje donosi sud ili drugi organ kome je dato pravo da donosi izvršne isprave koje se sprovode po pravilima izvršnog postupka.

Naime, izvršni sud odnosno izvršitelj nisu ovlašćeni da tumače, menjaju, preinačuju ili na bilo koji drugi način preispituju izvršnu ispravu. Ovakvom zakonskom odredbom zakonodavac utvrđuje da je izvršni sud odnosno izvršitelj ovlašćen da ispituje izvršnu ispravu i da obustavi izvršenje ako utvrdi da prilikom sačinjavanja javnobeležničkog zapisa nisu ispunjeni uslovi za dobijanje snage izvršne, odnosno javne isprave. Po mišljenju autora ova odredba bi se morala preispitati jer se izvršnost javnobeležničkog zapisa ne može pobijati po odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju. Ovaj zakon ne poznaje mogućnost bilo kakvog sudskog pobijanja odluke pa samim tim ni javnobeležničkog zapisa. Ovde se ne mogu ni koristiti odredbe koje govore o eventualnom upućivanju na parnicu jer je ovaj uput predviđen za druge pravne situacije te se po mišljenju autora ova odredba mora ili brisati ili u potpunosti revidirati jer će stvarati nejasnoće u postupku primene. ZJB dalje predviđa ovlašćenje javnog beležnika da na zahtev stranke stavi klauzulu izvršnosti na javnobeležnički zapis.

Po ovakvoj zakonskoj formulaciji javni beležnik će još jedanput proveriti da li su ispunjeni svi uslovi koje predviđa kako ZJB tako i Zakon o izvršenju i obezbeđenju u smislu da li je javnobeležnički zapis ujedno i izvršna isprava. Zahtev stranke je dakle uslov bez kojeg se ne može. To praktično znači da javni beležnik ne stavlja po službenoj dužnosti potvrdu o izvršnosti. Javni beležnik će nakon sprovođenja prethodnog postupka provere javnobeležničkog zapisa staviti ovu klauzulu. Potvrda o izvršnosti je prema opštim pravilima Zakona o izvršenju i obezbeđenju potvrda koju stavlja sud na pravnosnažnu presudu. Pravosnažnost se deli na formalnu i materijalnu. Kada su ispunjeni uslovi da je izvršni dužnik primio izvršnu ispravu od tada teče paricioni rok (najčešće 15 dana a rok može biti i duži i kraći ukoliko je utvrđen sudskom odlukom). Ukoliko nije utvrđen sudskom odlukom istekom 15-og dana nastupa izvršnost, i ovde napominjemo da izvršnost moramo razlikovati od izvršljivosti kao mogućnosti za sprovođenje izvršenja u smislu podobnosti – kondemnatornosti izvršne isprave da se može sprovoditi prema opštim pravilima Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

Zakonodavac nije predvideo mogućnost šta se dešava ukoliko je došlo do promene javnog beležnika odnosno da drugi javni beležnik može staviti potvrdu

izvršnosti na tuđ javnobeležnički zapis. U pogledu prvog pitanja razmišljanje autora ide u pravcu da javni beležnik koji je nastavio sa radom u javnobeležničkoj kancelariji ili koji zamenjuje odsutnog ili javnog beležnika kome je prestalo svojstvo javnog beležnika može staviti klauzulu izvršnosti. Ovu klauzulu, po mišljenju autora, ne može staviti drugi javni beležnik jer je potvrda o izvršnosti sastavni deo jednog javnobeležničkog zapisa.

Takođe ZJB ne predviđa ni životne situacije koje se mogu desiti u slučajevima da javni beležnik iz određenog razloga odbije da stavi klauzulu izvršnosti. Po mišljenju autora i u ovoj situaciji mogu se primeniti opšta pravila koja važe za slučaj da je stranka nezadovoljna radom javnog beležnika te zaštitu toga prava može ostvariti pred Komorom.

Izvršenje radi ostvarivanja novčanog potraživanja određuje se i na osnovu verodostojne isprave. Prema Zakonu o izvršenju i obezbeđenju verodostojne isprave su: menica i ček domaćeg ili stranog lica sa protestom ako je to potrebno za zasnivanje potraživanja, obveznice ili druge hartije od vrednosti izdate u seriji koje imaocu daju pravo na isplatu nominalne vrednosti, fakture, računi domaćeg ili stranog lica sa otpremnicom ili drugim pisanim dokumentima da je izvršni dužnik obavešten o nastaloj obavezi, izvod iz poslovnih knjiga, javna isprava koja konstituiše izvršivu novčanu obavezu, mangarska garancija, akreditiv, poverena izjava izvršnog dužnika koje ovlašćuje banku da sa njegovog računa izvrši prenos novčanih sredstava na račun izvršnog poverioca, obračun kamate sa dokazima o osnovu dospelosti i visini potraživanja privremena ili okončana situacija u vezi sa izvršnim građevinskim radovima, obračun o nagradi i naknadi advokata.

Verodostojna isprava je potvrda za izvršenje ako su u njoj naznačeni izvršni poverilac i izvršni dužnik, predmet, vrsta, obim i vreme ispunjenja obaveza.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju predviđa da u slučajevima da se iz verodostojne isprave ne vidi dospelost potraživanja izvršenje se određuje ako je izvršni poverilac podneo pismeni dokaz da je izvršnog dužnika pozvao da ispuni dospelu obavezu u naknadno ostavljenom roku.

Sa stanovišta javnobeležničkog prava ovde možemo reći da se pod određenim uslovima i verodostojne isprave mogu tretirati kao osnov za nastupanje obaveze izvršnog dužnika. "Kako bi se javnobeležnički akt mogao smatrati izvršnom ispravom on mora da sadrži i klauzulu izvršnosti u kojoj će biti konstatovana izjava obveznika da je saglasan da se neposredno na osnovu tog akta nakon dospelosti potraživanja traži izvršenje."[19] Naime verodostojne isprave, same po sebi, predstavljaju izvršne isprave u postupku izvršenja i obezbeđenja. Ove izvršne isprave sprovodiće sud odnosno izvršitelj. Veza između izvršnog i javnobeležničkog pra-

[19] M. Dika, *Javnobilježničke ovršne isprave*, op. cit., Beograd, 2010, str. 3.

va kod verodostojnih isprava može nastupiti u svim onim uslovima koji su naznačeni kod izvršnosti javnobeležničkog zapisa. Naime ukoliko postoji spor oko toga da li je neki od uslova koji je predviđen verodostojnom ispravom nastupio, stranke mogu pred javnim beležnikom da priznaju nastupanje određenog uslova ili istek određenog roka za dospelost potraživanja. Dakle, ne možemo govoriti o direktnom sprovođenju verodostojnih isprava od strane javnih beležnika jer javni beležnik i nema ta ovlašćenja s obzirom na to da su ista rezervisana za sud. Javni beležnik može samo obaviti one radnje koje su predviđene članom 85. ZJB radi sačinjavanja javnobeležničkog zapisa koje će imati snagu izvršne isprave. Tako na primer član 18. u stavu 1. tačka 8) Zakona o izvršenju i obezbeđenju predviđa da se može kao verodostojna isprava tretirati overena izjava izvršnog dužnika kojom ovlašćuje banku da sa njegovog računa izvrši prenos novčanih sredstava na račun izvršnog poverioca. Ukoliko izvršni dužnik pred javnim beležnikom sačini ovu ispravu ona će biti tretirana kao valjana izvršna isprava za osnaživanje verodostojne isprave.

Identična situacija može se tretirati i kod tačke 9) istog člana koja predviđa obračun kamate sa dokazima o osnovu dospelosti i visini potraživanja. Ako izvršni poverilac i izvršni dužnik kod javnog beležnika sačine u formi javnobeležničkog zapisa akt kojim se pitanje sporne kamate reguliše sud će takođe ovaj sporazum tretirati kao verodostojnu ispravu i pristupiti njegovom direktnom sprovođenju.

Na isti način možemo tretirati i tačku 10) istog člana koja propisuje da je verodostojna isprava i privremena ili okončana situacija u vez sa izvršenim građevinskim radovima ili tačka 11) obračun o nagradi i naknadi advokata. Ukoliko su ova akta sačinjena pred javnim beležnikom u formi javnobeležničkog zapisa oni će imati mnogo jaču pravnu snagu i moći će se odmah sprovoditi u izvršnom postupku.

Na osnovu svega iznetog možemo reći da u pogledu verodostojnih isprava javni beležnik nema direktnih ovlašćenja, već je on u funkciji osnaživanja verodostojnih isprava ili pak u funkciji potvrđivanja činjenica koje mogu biti sporne ili potvrđivanja o nastupanju određenih rokova dospelosti.

ZAKLJUČAK

Po našem mišljenju Zakon o javnim beležnicima nije u dovoljnoj meri iskoristio čini se najznačajniju potencijalnu mogućnost koja se u mnogome koristi u uporednom pravu, sačinjavanje javnobeležničkih poravnanja u cilju ubrzanja izvršenja međusobnih obaveza poverioca i dužnika. Naime, pun doprinos javnih

beležnika vidimo pre svega u činjenici da oni u svim nespornim stvarima, kada je strankama dozvoljeno raspolaganje uz njihovu saglasnost, sačini akt kojim se neko pravo priznaje strani A od strane B. Tada se ne moraju voditi postupci pred npr. parničnim sudom, već se pred javnim beležnikom može sačiniti akt koji naravno u potpunosti u pogledu forme i obrađene sadržine mora odgovarati zakonom predviđenim uslovima iz izvršnog prava.

U narednom periodu treba očekivati dalju doradu našeg pravnog sistema u oblasti građanskog izvršnog prava u delu koji se odnosi na izvršavanje odluka stranih sudova (poput rešenja koja su predviđena u Evropskom izvršnom naslovu). Naime, iako Srbija nije još uvek dobila punopravno članstvo u Evropskoj porodici naroda, bilateralno ili multilateralno može se urediti pitanje priznavanja odluka stranih sudova, arbitraža ili javnobeležničkih akata, pod uslovom da ispunjavaju sve pred uslove našeg ZIO, odnosno uz saglasnost izvršnog dužnika. Na taj način će se svakako ubrzati postupak, rasteretiti sudovi sa priznanjem i izvršenjem stranih sudskih arbitražnih i javnobeležničkih odluka, ali i povećati efikasnost rada pravnog sistema u zaštiti prava građana i njihove imovine.

NEBOJŠA ŠARKIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of law, University Union, Belgrade
MILAN POČUČA, Ph.D.,
Professor, Faculty of law, University Business Academy
Novi Sad

EXECUTION OF NOTARIAL INSTRUMENT ACCORDING TO THE PROVISIONS OF THE NEW LAW ON EXECUTION AND SECURITY

Summary

In this paper the authors deal with the comparison of the provisions of the Law on Enforcement and Security with the provisions of the Law on Public Notary in the part which regulates the execution of notarial instruments. By constituting the notary offices by passing of the Law on the Public Notary, part of the authority in the enforcement procedure was passed on to notaries. The first part of his paper deals with enforcement documents and court decisions that are eligible to execution. Issues of the enforcement of the court and administrative settlement and the public notary record of the settlement were processed. The matter which is related to the execution of notary records was addressed in particular, in a way that authors first follow legal solutions, and than critically reflect on them and propose new solutions in the part of the analyzed matter of executive law.

MILENA TRGOVČEVIĆ-PROKIĆ

JAVNOBELEŽNIČKI ZAPIS I SOLEMNIZACIJA

U V O D

U vršenju javnobeležničke delatnosti javni beležnici postupaju po pravilima javnobeležničkog postupka koji je regulisan zakonom i autonomnim aktima Javnobeležničke komore.

Javnobeležnički postupak po čijim pravilima javni beležnik postupa u vršenju javnobeležničke delatnosti ima za cilj da spreči buduće povrede građanskih subjektivnih prava. To je u razlog što se javnobeležnički postupak naziva postupkom preventivne jurisdikcije. U vršenju svoje javnobeležničke delatnosti javni beležnik primenjuje pravo i uređuje odnose stranaka tako da im pruža preventivnu zaštitu[1] da bi se izbeglo eventualno nastajanje građanskopravnih sporova, za razliku od sudije koji u parničnom postupku odlučuje o primeni prava kad je, po pravilu, došlo do povrede, ugrožavanja ili osporavanja prava ili u vanparničnom postupku kad između stranaka postoji nesaglasnost. Pored toga, javni beležnik sastavlja isprave o činjenicama na kojima se zasnivaju građanska subjektivna prava, povrđuje sadržinu isprava, prima na čuvanje isprave, novaac ili hartije od vrednosti radi njihove predaje drugim licima ili nadležnim organima, savetuje stranke koje sudeluju u sastavljanju javnobeležničkih isprava, posreduje prilikom zaključivanja vansudskog poravnanja.

Dr Milena Trgovčević-Prokić, sudija Prvog osnovnog suda u Beogradu.

[1] Dika, M., "Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj" *Pravo i porezi*, broj 12/2001, Zagreb, str. 12.

Javni beležnik vrši javnobeležničku delatnost tako što samostalno preduzima procesne radnje iz svoje stvarne nadležnosti ili tako što postupa po nalogu suda. Sud, u skladu sa zakonom, može da poveri određene pravne stvari javnom beležniku ukoliko proceni da je to celishodno. Samostalna javnobeležnička delatnost obuhvata: postupak sastavljanja i izdavanja isprava o pravnim poslovima, postupak za potvrđivanje sadržine privatnih isprava (solemnizacija), postupak za izdavanje potvrda, postupak za overu prepisa, potpisa i rukopisa i postupak deponovanja. Vrste isprava koje javni beležnik sastavlja su određene zakonom. Kad je zakonom predviđena imperativna forma za određene pravne poslove i izjave, nepoštovanje ove forme ima za posledicu ništavost pravnog posla ili izjave.

Javnobeležnički zapis

Javnobeležnički zapis[2] je isprava o pravnim poslovima i izjavama koju sastavlja javni beležnik. Ova javnobeležnička isprava predstavlja javnu ispravu i ima potpunu dokaznu snagu.[3] Javnobeležnička forma sadrži osnovna pravila koja su imperativno postavljena u zakonu.Ova pravila odnose se na pouzdanost javnobeležničke isprave (isprava mora da bude čitljiva, neizbrisiva, na papiru koji će garantovati čuvanje akta; ona ne sme da sadrži praznine, da bi se onemogućilo da se u akt ubaci određena brojka ili dodatne klauzule). Naš zakon imperativnu formu zapisa predviđa za: ugovor o raspolaganju nepokretnostima poslovno nesposobnih lica, sporazum o zakonskom izdržavanju, u skladu sa zakonom, ugovor o hipoteci i založnu izjavu ako sadrže izričitu izjavu obvezanog lica da se na osnovu ugovora o hipoteci, odnosno založne izjave, može, radi ostvarenja dugovane činidbe, po dospelosti obaveze neposredno sprovesti prinudno izvršenje, bilo sudskim bilo vansudskim putem. U literaturi[4] se navodi da imperativna forma zapisa ovim pravnim poslovima daje "uzvišen domen autentičnosti", jer poštovanje

[2] Naše pravo, po ugledu na nemačko, koristi izraz zapis. U Nemačkoj je u upotrebi izraz *notarielle Niederschrift*, što u prevodu znači zapis, protokol. Hrvatska i Slovenija koriste izraz javnobeležnički akt dok su Federacija Bosne i Hercegovine i Republike Srpske usvojile terminološki izraz notarski obrađena isprava, koji je sinonim za izvornik.

[3] Javnobeležnički zapis ima materijalnu i formalnu dokaznu snagu. Formalnu dokaznu snagu imaju sve beležničke isprave (javnobeležnički zapisi,zapisnici,overe,potvrde) ako ispunjavaju sledeće zahteve: da ih je izdalo lice od javnog poverenja u okviru poslovnog delokruga u propisanom postupku i da su snabdevene potpisom i pečatom beležnika. Pravni značaj izjave sadržane u ispravi jeste materijalna dokazna snaga isprave.v.: Najman, G., *Komentar građanskog parničnog postupka*, Planeta, Beograd, 1935, str. 945, Stanković, G., *Građansko procesno pravo*,Pravni fakultet, Niš, 1987, str. 325.

[4] Trgovčević-Prokić, Ovlašćenje javnog beležnika i organizacija beležništva, Službeni glasnik, 2012, str. 257.

javnobeležničke forme jeste uslov i za validnost samog pravnog posla. Ukoliko ovi poslovi i izjave nisu sastavljeni u formi javnobeležničkog zapisa ne proizvode pravno dejstvo.Imperativna javnobeležnička forma obezbeđuje sigurnost u odnosu na treća lica.

Pravni poslovi i izjave volja stranaka koje se zaključuju u formi javnobeležničkog zapisa imaju snagu javnih isprava a ukoliko su ispunjene određene pretpostavke oni predstavljaju izvršne isprave. Izvršna javnobležnička isprava izjednačena je sa sudskom odlukom, te se ovde spaja funkcija suda i javnog beležnika.[5] Može se zaključiti da pod određenim uslovima, isprave koje beležnik sačinjava izjednačene su sa pravosnažnim presudama i poravnanjima zaključenim pred sudom.[6] Najbolji dokaz da beležnik obavlja javnu službu jeste izvršnost javnobeležničkog zapisa, odnosno izdavanje izvršnog naslova od strane javnog beležnika.[7]

Stranke mogu i za druge poslove izabrati formu javnobeležničkog zapisa ukoliko žele da pojačaju pravnu snagu svojih ugovora i tada se radi o slobodnom izboru učesnika. Fakultativni izbor javnobeležničkog zapisa koji je ostavljen strankama doprinosi pravnoj sigurnosti u pravnom saobraćaju i predstavlja "korisni domen" autentičnosti javnobeležničkog zapisa i doprinosi pravnoj sigurnosti.[8] Stranke mogu da se odluče da samo potvrde privatni ugovor, odnosno solemnizuju sadržinu ugovora pred javnim beležnikom, čime on dobija snagu javne isprave.

POSTUPAK SASTAVLJANJA JAVNOBELEŽNIČKOG ZAPISA

Javnobeležnički postupak u kome se sastavlja javnobeležnički zapis ima više faza. On obuhvata pripremnu fazu u kojoj se ispituje ispunjenja procesnih pretpostavki za pokretanje javnobeležničkog postupka, postupak za utvrđivanje identiteta stranaka i učesnika u postupku, prikupljanje i proveravanje dokaza, utvrđivanje volje stranaka. Potom sledi postupak sastavljanja i odobravanje javnobeležničkog zapisa i dostavljanje otpravka stranci.

---

[5] Trgovčević-Prokić, M., Ovlašćenje javnog beležnika i organizacija beležništva, 2012, str. 317.

[6] Hess, B., "Ekspertiza o nacrtu ovršnog zakona za Federaciju BiH od 16. 7. 1997", *Nova rešenja u Zakonu o parničnom postupku i Zakonu o izvršnom postupku Federacije BiH*, Ministarstvo pravde, Sarajevo, 1998, str. 114. Beck'sches, *o. c.*, str. 1035.

[7] Münzberg, W., "Einwendungen gegenüber Nolstreckbaren Anwaltsvergleichen", NW 19/99, 1999, str. 1359. Wolfsteiner, H., "Vollstreckbare Urkunde, Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen und Scheidssprüchen mit vereinbartem Wortlaut", u: *Grundkurs für angehende Anwaltsnotare*, Arbeintsunterlage Band III, Bochum, 1999, str. 100.

[8] Trgovčević-Prokić, M., Prikaz Zakona o javnom beležnicima Srbije i potreba za za usklađivanjem sa drugim zakonima, *Pravni život*, broj 12/2012, str. 87.

Postupak utvrđivanja identiteta

Pre no što pristupi sastavljanju isprave javni beležnik utvrđuje identitet stranke. Identitet se utvrđuje na osnovu javne isprave sa fotografijom – lične karte, vozačke dozvole, pasoša, službene legitimacije itd. U slučaju da stranka nema javnu ispravu, njen identitet će potvrditi dva svedoka identiteta.[9] Ukoliko je stranka promenila lično ime, a nije promenila lične isprave, tada je dovoljno da ovu promenu dokaže javnom ispravom. Ako je identitet stranke utvrđen na osnovu svedoka identiteta,[10] javni beležnik će ovo uneti u napomenu, zatim, ime, prezime, prebivalište, službeni dokument na osnovu koga je utvrđen identitet.

Svedoci identiteta treba da budu poslovno sposobni, pismeni i da znaju službeni jezik i jezik učesnika (samo ako se radi o učesniku koji nezna službeni jezik). Svedok identiteta može biti lice i koje bi prema javnobeležničkom zapisu trebalo da dobije kakvu korist ili je u radnom odnosu kod javnog beležnika. Identitet stranog državljanina može se utvrditi uvidom u službene dokumente koje izdaju nadležne vlasti u našoj državi (lična karta ili putna isprava za stranca) ili putnu ispravu koje izdaje strana država. Identitet stranog državljanina koji traži azil vrši se uvidom u ličnu kartu za lice koje traži azil, odnosno odobrenog azila.

Utvrđivanja identiteta stranke sa čulnim nedostacima

ZVP izričito predviđa pozivanje pozvanih svedoka koji će pomoći stranci sa čulnim nedostacima da se lakše sporazume sa javnim beležnikom. Lice od poverenja je lice koje je sposobno da stranci objasni celokupan sadržaj isprave, ako se radi o licu koje ima neki čulni nedostatak.

Identitet pozvanog svedoka utvrđuje se na osnovu službenog dokumenta sa fotografijom.Za pozvanog svedoka važe određene zabrane. Pozvani svedok mora ispunjavati dva uslova: da je punoletan i da se može sporazumeti sa strankom.

[9] ZVP (2014) uvodi svedoke identiteta i pozvane svedoke. ZJB nije pravio pojmovnu i terminološku razliku već ih je nazvao svedocima. Ova razlika je značajna na praktičnom planu. Prema odredbama ZJB i za svedoke identiteta važilo bi pravilo da nemogu da budu u bliskom odnosu sa javnim beležnikom, niti da stiču neko pravo na osnovu pravnog posla pred javnim beležnikom, niti da rade kod javnog beležnika. Međutim, svedok identiteta potvrđuje samo identitet stranke i poželjno je da stranku poznaje jer on ne učestvuje u postupku kao dokazno sredstvo o bitnim činjenicama koje predviđa materijalnopravna norma. ZVP za svedoke identiteta zahteva da budu punoletna lica koja javnom beležniku mogu da pruže podatke o identitetu učesnika.

[10] Odredba člana 178. Zakona o vanparničnom postupku – ZVP ("Službeni glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Službeni glasnik RS", br.46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon i 85/12, 43/13, 55/14, 6/15). Odredbama ZVP predviđena je posebna dopuna zakonskih rešenja u odnosu na ZJB, pa se zahteva, pored prevodioca i tumača, i pozivanje svedoka koji će pomoći stranci u postupku radi lakšeg sporazumevanja sa javnim beležnikom.

Kada ne postoji mogućnost sporazumevanja sa strankom preko njih, tada će javni beležnik morati da pozove tumača.

Utvrđivanja identiteta stranke po dužnosti

U krug ovih lica spadaju stranke koje preduzimaju pravne poslove u svoje ime sa dejstvom na treća lica. Stranke po dužnosti u većini slučaja postavlja nadležni organ ali može i fizičko lice. To su na primer, izvršitelji zaveštanja, staratelji zaostavštine. Izvršitelja zaveštanja (testamenta) u većini slučajeva postavlja zaveštalac u samom zaveštanju. Međutim, njega može postaviti i sud, naročito ako su u zaveštanju određeni rokovi i nalozi.

Utvrđivanja identiteta zastupnika, tumača, prevodioca i veštaka

Ovlašćenja zastupnika pravnih lica. Svojstvo zastupnika pravnog lica javni beležnik može da utvrdi ili uvidom u odgovarajući javni registar[11] ili uvidom u podnetu ispravu. Ukoliko je reč o privrednom društvu u osnivanju, svojstvo zastupnika tog lica u nastajanju može se utvrditi uvidom u akt o osnivanju.

Ovlašćenja zakonskih zastupnika pravnih lica (stečajnog upravnika i likvidacionog upravnika) javni beležnik može utvrditi iz odluke o njihovom imenovanju. Svojstvo i ovlašćenje za zastupanje usvojioca kod nepotpunog usvojenja koje je zasnovano u vreme važenja ranijih porodičnopravnih propisa može se utvrditi na osnovu odluke kojom je zasnovano usvojenje. Ovlašćenja staratelja, kao zakonskog zastupnika, mogu se utvrditi na osnovu odluke o stavljanju pod starateljstvo.Ovlašćenje za zastupanje punomoćnika javni beležnik utvrđuje uvidom u punomoćje koje je izdao vlastodavac. Ako je tumač lično poznat javnom beležniku, javni beležnik će uneti u ispravu da mu je tumač lično poznat. Ako tumača lično ne poznaje, javni beležnik identitet utvrđuje pomoću službenog dokumenta sa fotografijom (lične karte, saobraćajne dozvole, putne isprave i drugo). On mora navesti kvalifikaciju tumača i način na koji je ona utvrđena. Ovlašćenje tumača javni beležnik utvrđuje uvidom u u evidenciju tumača koja se vodi u ministarstvu nadležnom za pravosuđe. Tumač stavlja pored potpisa i pečat.

Utvrđivanje identiteta prevodioca i veštaka vrši se pomoću službenog dokumenta sa fotografijom.

Konstatacija o načinu utvrđivanja indentiteta

U napomeni javni beležnik navodi način utvrđivanja identiteta svih učesnika u postupku. Način utvrđivanja indentiteta sadrži potpune podatke o izdavaocu

[11] Registar privrednih subjekata, registar ustanova ili registar udruženja.

službenog dokumenta (datum izdavanja i serijski broj) na osnovu koga se identitet utvrđuje. Javni beležnik uvek unosi napomenu da je identitet utvrđen uvidom u službeni dokument određene vrste. U napomeni se navodi na osnovu kog dokumenta je utvrdio identitet, datum izdavanja, serijski broj dokumenta.

Javni beležnik je dužan da konstatuje kojom je ispravom utvrdio identitet, i da kopira svaku javnu ispravu i da tu kopiju priloži u javnobeležnički spis.

Nemogućnost utvrđivanja identiteta

Nemogućnost utvrđivanja identiteta biće i u sutiaciji ako javni beležnik na osnovu saslušanja svedoka identiteta nije stekao uverenje da se radi o dotičnoj stranci ili ako se radi o svedoku koji ne zavređuje njegovo poverenje. To će biti u situaciji ako je javnom beležniku lično poznato da je svedok identiteta osuđen za davanje lažnog iskaza. U tom slučaju dužnost javnog beležnika je da uskrati službenu radnju. Ista pravila važe i za ostale svedoke.

Ukoliko javni beležnik ne može da utvrdi identitet učesnika, tada je dužan da odbije da preduzme službenu radnju. Ako javnobeležnički zapis ne sadrži podatak o identitetu učesnika i na koji način je utvrđen identitet,smatraće se nepostojećim. Međutim ako je javni beležnik propustio da na zakonit način utvrdi identitet stranke, beležnik će biti dužan da joj nadoknadi štetu.[12] Takođe, povreda pravila o utvrđivanju identiteta predstavlja disciplinski prestup.[13]

Ispitivanje procesne sposobnosti

U pripremnoj fazi postupka javni beležnik, pre svega, ispituje da li postoje procesne pretpostavke da preduzme službenu radnju, a to je da li je stvarno i mesno nadležan i da li postoje razlozi za njegovo isključenje ili izuzeće. U ovoj fazi postupka javni beležnik utvrđuje identitet stranaka i proverava poslovnu sposobnost stranaka kao i ovlašćenje da zaključe pravni posao. ZJB predviđa dužnost javnog beležnika da po službenoj dužnosti vodi računa o tome da li stranke imaju stranačku i procesnu sposobnost. Ako posumnja u poslovnu sposobnost lica koje zahteva javnobeležnčku radnju, javni beležnik će biti dužan da utvrdi da li je to lice lišeno poslovne sposobnosti ili da li je nad njim produženo roditeljsko pravo.

Ako je stranka maloletno lice, koje je emancipacijom steklo potpunu poslovnu sposobnost, na primer zaključilo je brak pre navršenog punoletstva, tada će beležnik izvršiti uvid u izvod iz matične knjige venčanih i priložiti ga spisu.

[12] Član 58. ZJB Srbije.

[13] Ćlan 150. stav 3. tačka 3. ZJB Srbije.

Ukoliko posumnja u procesnu sposobnost neke od stranaka, javni beležnik je dužan da odmah obustavi sve dalje radnje u sastavljanju isprave jer javnobeležnički zapis ne bi mogao da proizvodi pravno dejstvo. U slučaju da utvrdi da stranka nema procesnu sposobnost, javni beležnik je dužan da uskrati odnosno odbije preduzimanje službenih radnji i da obavesti organ starateljstva o uočenim pojavama. Osim toga, javni beležnik ispituje i poslovnu sposobnost svedoka, (pozvanih, svedoka identiteta, svedoka potpisa i uopšte svedoka koji svedoče o pravnorelevantnim činjenicama).

Upoznavanje sa pravnom radnjom o kojoj se sastavlja javnobeležnički zapis

U narednoj fazi postupka učesnik je dužan da upozna javnog beležnika sa pravnim poslom, odnosno izjavom ili bilo kojom radnjom o kojoj javni beležnik treba da sačini javnobeležnički zapis. Javni beležnik mora da identifikuje o kom pravnom poslu treba da sačini javnobeležnički zapis a potpm on mora da izvidi i da utvrdi da li je volja stranaka slobodna i ozbiljna i da li su su ispunjeni zakonski uslovi za preduzimanje pravnog posla u formi javnobeležničkog zapisa.

Ako je stranka lice sa čulnim nedostatkom (nemo ili gluvonemo lice), javni beležnik će mu tada preko tumača znakovnog jezika ili pozvanog svedoka saopštiti sadržinu i posledice pravnog posla koji želi da preduzme. Ako ne uspe tokom postupka da saopšti sadržinu nameravanog pravnog posla i preko tumača, javni beležnik će se obratiti organu starateljstva.

Pouka o pravnom poslu

Javni beležnik je dužan da ukaže strankama na pravne posedice pravnog posla koji žele da zaključe u formi javnobeležničkog zapisa.

Pouka o pravnom poslu predstavlja izjavu da su stranke poučene od strane javnog beležnika o sadržini i posledicama pravnog posla.[14] Dužnost javnog beležnika je da u postupku sastavljanja isprave objasni strankama smisao pravnog posla, da im ukaže na njegove posledice i da ispita da li je pravni posao dozvoljen, odnosno da nije u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima.[15]

---

[14] Trgovčević-Prokić, M., Ovlašćenje javnog beležnika i organizacija beležništva,2012, *op. cit.*, str. 157.

[15] U uporednom pravu je opšte je usvojeno da se na ništavost pravnog posla pazi po službenoj dužnosti.v: Perović,S.,Obligaciono pravo,knj. I., Privredna štampa,Beograd,1980, str298. U teoriji obligacionog prava smatra se da zabluda o pravu proizvodi ista pravna dejstva kao i zabluda o činjenicama, dok pojedina zakonska rešenja, kao Austrija (1431AGZ) i Mađarska (član 210

Da bi mogao da pouči stranke, javni beležnik je dužan da ispita da li se radi o raspolaganju stranaka koje bi bilo izvan granica njihove autonomije volje odnosno slobode ugovaranja i da ukaže na moguće sporove i pravne smetnje, odnosno da ih pouči o pravnom poslu. Javni beležnik mora da upozori stranke na određene smetnje kod pravnog posla koji žele da zaključe. [16]

Kada konstatuje da stranke žele da zaključe pravni posao koji će biti ništav[17] javni beležnik mora da odbije službenu radnju. Odbijanje službene radnje ispoljava se u zaštiti interesa stranaka i pravnoj sigurnosti neophodnoj u pravnom saobraćaju. U situaciji ako se ugovorači protive unošenju upozorenja i pouke, javni beležnik je dužan da odbije službenu radnju.

Javni beležnik nije dužan da pouči stranke o mogućnosti pobijanja pravnog posla. Suprotno stanovište nije opravdano s obzirom da na sastavljanje javnobeležničkog zapisa to ne proizvodi pravno dejstvo.[18] Prilikom sastavljanja javnobeležničkog zapisa ostavljena je mogućnost beležniku da sačini ispravu o pravnom poslu i kada su izjave stranaka nejasne, nerazumljive ili dvosmislene i ukoliko su one i posle upozorenja javnog beležnika pri takvim izjavama ostale.[19]

Posledice nedostatka upozorenja i pouke

Nedostatak upozorenja i pouke u javnobeležničkom zapisu kod sačinjavanja zapisa proizvodi apsolutnu ništavost takvog pravnog posla ili izjave što ima za posledicu gubljenje autentičnosti javne isprave koja je sastavljena.

GZ) predviđaju da ukoliko pravni stručnjak, postupajući u krugu svoje nadležnosti, u zajedničkom prisustvu obe stranke strankama dâ očigledno pogrešno obaveštenje u pogledu sadržine pravnih propisa, postoji zabluda o pravu. Stoga nedostatak upozorenja i pouke prilikom sačinjavanja javnobeležničkog zapisa ili kod potvrđivanja sadržine privatnih ugovora i kod overavanja proizvodi apsolutnu ništavost takvog ugovora i gubljenje autentičnosti.

[16] Na primer, da je potrebna saglasnost od trećih lica, u situaciji ako prodavac prodaje stan koji se nalazi u zajedničkoj svojini, tada je potrebna saglasnost prodavčevog supružnika za prodaju stana. Takođe, kada treba da se optereti stan koji se nalazi u zajedničkoj svojini, za davanje založne izjave, odnosno za zaključenje ugovora o hipoteci takođe je potrebna saglasnost supružnika vlasnika nepokretnosti. Neophodna je i saglasnost organa starateljstva ako roditelji raspolažu nepokretnošću svog maloletnog deteta.

[17] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 485/94 od 14. oktobra 1994. g., Zbirka sudskih odluka Vrhovnog suda 1945-1952, str. 124: "Ništav je ugovor koji predstavlja fiktivno poravnanje da bi se izigrali interesi trećeg lica, kao i simulovan pravni posao da bi se izbegla zakonska obaveza ili protivpravno oštetilo treće lice."

[18] U stranoj pravnoj teoriji postoje i drugačija shvatanja, Jan Uhlenbruck, "Aktuelle Fragendes Insolvenzrechtsindernotariellen Praxis – unterbesonderer Berücksichtigungdes Insolvenzrechtsreformgesetzes", Mitteilungender Rheinischen Notarkammer, br. 11/1994, str. 309.

[19] Član 80. ZJB Srbije u vezi člana 172. ZVP Srbije.

Ukoliko javni beležnik ne unese pouku i upozorenje, on disciplinski odgovara, jer je njegova opšta dužnost da pouči stranke u postupku. Pogrešna pouka tereti javnog beležnika i on odgovara disciplinski. Osim toga, dužan je da nadoknadi štetu stranci. Javnobeležnički zapis se u tom slučaju smatra nepostojećim.

Uzimanje izjava

Javni beležnik koji treba da sastavi javnobeležnički zapis dužan je, pošto obavi sve prethodne radnje, da uzme izjave stranaka i da ih jasno i nedvosmisleno unese u sadržinu isprave. Kada je potrebno, on u javnobeležnički zapis unosi i upozorenje da su stranke, i pored pouke o nedopuštenosti pravnog posla, zahtevale da sastavi javnobeležničku ispravu.

Javni beležnik mora da uskrati odnosno odbije službenu radnju ukoliko je u pitanju nezakonit pravni posao.

Prilikom sastavljanja javnobeležničkog zaspisa on je dužan da ispravu sastavi u skladu sa pravilima o pisanju javnobeležničkih isprava jer je to u interesu pravne sigurnosti.

Pravila o sastavljanju isprave o datumu, vremenu, mestu i času

Javni beležnik je dužan da unese datum u ispravu koju sastavlja. Bitni element zapisa je momenat davanja izjave ili zaključenja pravnog posla. Značaj momenta davanja izjave ima značaj zbog kasnijeg eventualnog osporavanja sačinjavanja javnobeležničkog zapisa.

Činjenice datuma, mesta i vremena sačinjavanja zapisa mogu biti cenjene u parničnom postupku koji se eventualno kasnije vodi radi pobijanja date izjave ili pravnog posla. Na osnovu datuma iz zapisa kod pravnih poslova, može se ceniti i postojanje mana volja. Kod ugovora koji imaju za osnov obezbeđenje potraživanja, dospelost potraživanja računa se prema vremenu njihove dospelosti.

Mesto sastavljanja javnobeležničkog zapisa je bitan element zapisa, ako se on sastavlja van kancelarije, jer javni beležnik mora da ima odobrenje Javnobeležničke komore za postupanje van svog sedišta. U tom slučaju, ako nema ovo odobrenje, isprava će izgubiti pravno dejstvo.

Bitan element zapisa je i čas; on je važan zbog rokova, a kod zaveštanja je izričito značajan. Prethodnim zakonski rešenjem podatak o času je bio potreban da se navede samo ako on ima značaj za pravni posao, odnosno izjavu. Međutim, prema izmenama ZJB (2015) činjenica vremena predstavlja bitni element zapisa. Osim toga, datum se stavlja i kod utvrđivanja uvida u pojedine dokaze, na primer,

kod uvida u javni registar. Ako se čas i vreme ne navede u zapisu, isprava koja se sačinjava neće proizvoditi pravno dejstvo. Ukoliko je saglasnost trećih lica ili dozvola nekog organa bila uslov za punovažnost pravnog posla, u javnobeležnički zapis se unose i podaci koji se na nju odnose.

Čitanje sastavljene isprave

Javni beležnik je dužan da pročita tekst sastavljene isprave i da upozna stranke sa njenom sadržinom. Javni beležnik može sastavljanje javnobeležničkog zapisa da poveri i svom pripravniku, ali je dužan da prilikom čitanja, odobravanja i potpisivanja javnobeležničkog zapisa bude prisutan. Čitanje sastavljene isprave je značajan i bitan deo ove faze. Dužnost je javnog beležnika je da strankama pročita sastavljeni tekst pravnog posla ili izjave.

Izuzetak postoji u dve situacije: kad sastavljena isprava sadrži odredbu koja upućuje na drugu ispravu ili kad je reč o upućivanju na zakonske i druge propise, sudske odluke ili pojedinačne pravne akte. Posebna pravila o čitanju javnobeležničkog zaspisa predviđaju situacije kad stranka ima čulne nedostatke ili kad ne poznaje službeni jezik. Ako se radi o slepom ili slabovidom licu, koje ima očuvan sluh i koje nije gluvonemo, javni beležnik će pročitati sadržinu pravnog posla jer ono može da čuje.

Posebna pravila predviđena su i kada stranka ne zna službeni jezik. U tom slučaju isprava joj mora biti pročitana u prisustvu prevodioca.[20]Ako je stranka nepismena isprava će joj biti pročitana u prisustvu javnog beležnika i dva pozvana svedoka koja uz službeni jezik znaju i jezik učesnika. Javni beležnik u toku postupka primenjuje ova posebna pravila ZVP koja se odnose na lica sa čulnim nedostacima jer u suprotnom javnobeležnička isprava gubi svojstvo i dejstvo javne isprave, odnosno ništava je.

Javni beležnik je dužan ne samo da pročita sastavljenu ispravu već i da u nju unese napomenu da je sastavljena isprava pročitana učesnicima.[21] Javni beležnik čini povredu službene dužnosti ako se u ovom postupku ne pročita tekst sastavljene isprave.

---

[20] U javnobeležničkom postupku data je mogućnost učestvovanja stranom državljaninu i predviđa se obavezno učestvovanje prevodioca u slučaju ako stranka ili učesnik ne vlada službenim jezikom ili ukoliko to zahteva sama stranka prilikom javnobeležničke radnje, tada je učešće prevodioca neophodno. Osim toga, ako javni beležnik obavlja delatnost na području gde se upotrebljava jezik manjine on mora da priloži sporazum o saradnji sa sudskim prevodioce.

[21] Zakon izričito ne navodi da javni beležnik lično mora da pročita zapis, već je dovoljno da bude prisutan prilikom čitanja, tako da pripravnik ili pomoćnik javnog beležnika mogu glasno da pročitaju tekst.

Rekognicija

Posebna faza u postupku predstavlja odabravanje javnobeležničkog zapisa ili rekognicija. Rekognicija[22] se sastoji u izjavi stranke da je njena volja u svemu verno uneta u javnobeležnički zapis i njen potpis na sastavljenoj ispravi predstavljaju odabravanje javnobeležničkog zapisa, odnosno priznavanje. Stranka ovom izjavom i potpisom priznaje ispravu za svoju – svojim potpisom odobrava javnobeležnički zapis i na taj način priznaje da sastavljena isprava sadrži njenu izjavu volje. Stranka ovom izjavom i potpisom priznaje ispravu za svoju.

Posebna pravila o davanju ove izjave su predviđena ukoliko stranke imaju određene čulne nedistatke, te je potrebno prisustvo pozvanih svedoka, tumača ili prevodioca kako bi se utvrdilo da je takvo lice dala ovu izjavu.

Dužnost je javnog beležnika da unese napomenu da je javnobeležnički zapis pročitan učesnicima pravnog posla i izjavu stranaka da su razumele sadržinu i posledice pravnog posla. Javni beležnik sve preduzete radnje unosi u napomenu.

Potpisivanje javnobeležničkog zapisa

Svi učesnici u javnobeležničkom postupku za sastavljanje javnobeležničkog zapisa dužni su da se potpišu.Stranka potpisom priznaje ispravu za svoju. Ako je stranka nepismena, poziva se svedok potpisa koji će potvrditi u ispravi, da je umesto potpisa, stranka stavila rukoznak i priznala ispravu za svoju. Tumač i prevodilac su dužni da stave svoj pečat ispod potpisa. Ako javni beležnik nije bio prisutan prilikom potpisivanja isprave, lice koje je potpisalo ispravu mora izjaviti pred javnim beležnikom da ju je potpisalo. Javni beležnik se poslednji potpisuje i stavlja svoj pečat i štambilj.[23]

Pravo na pravni lek

Ukoliko je javni beležnik odbio da sastavi javnobeležnički zapis, dužan je da o tome odluči rešenjem.Protiv rešenja javnog beležnika o odbijanju da sastavi javnobeležnički zapis nezadovoljna stranka može izjaviti prigovor prvostepenom sudu. Protiv rešenja suda kojim se usvaja prigovor stranke, nije dozvoljeno da žalbu izjavi javni beležnik.Stranke mogu izjaviti žalbu na rešenje osnovnog suda ko-

[22] Đurđević,D., *op. cit*., str. 156-158.

[23] Službeni pečat mora da sadrži naziv i grb Republike Srbije, ime i prezime i sedište javnog beležnika. Štambilj mora da sadrži ime i prezime javnog beležnika, oznaku "javni beležnik" i označenje službenog sedišta javnog beležnika.

jim se odbija prigovor u roku od 15 dana. Drugostepeni sud odlučuje po žalbi izjavljenoj na rešenje osnovnog suda.

POSTUPAK ZA POTVRĐIVANJE SADRŽINE PRIVATNE ISPRAVE – SOLEMNIZACIJA

Povrđivanje sadržine privatne isprave (solemnizacija)[24] predviđena je zakonom za: ugovore o prometu nepokretnosti kad ih zaključuju poslovno sposobna lica, ugovore o doživotnom izdržavanju, ugovore o raspodeli imovine za života, ugovore o prenosu naslednog dela, bračne ugovore, sporazume o imovinskim odnosima između supružnika, sporazume o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom supružnika, ugovor o hipoteci, ugovori kojima se zasnivaju stvarne i lične službenosti.

Zakonom je predviđena solemnizacija i za određene vrste izjava. To su: založne izjave koje sadrže izričitu izjavu obvezanog lica da se na osnovu nje može neposredno sprovesti prinudno izvršenje, izjava o odricanju vlasnika nepokretnosti u korist Republike Srbije.

Postupak solemnizacije

Postupak za potvrđivanja sadržine isprave pokreće učesnik kod javnog beležnika tako što mu se obraća usmenim ili pismenim putem sa zahtevom da solemnizuje podnetu privatnu ispravu.

Procesne pretpostavke za solemnizaciju su: da je isprava sačinjena na način koji je predviđen za sastavljanje javnobeležničkih isprava u pogledu načina pisanja, jezika i pisma i hartije na kojoj je napisana sadržina isprave,[25] da stranka ima poslovnu sposobnost, da postoji saglasnost za zaključivanje pravnog posla kad je to predviđeno zakonom, da ne postoji razlog za isključenje ili izuzeće javnog beležnika, da ne postoje razlozi za uskraćivanje službene radnje.

Javni beležnik potvrđuje sadržinu privatne isprave tako što stavlja na privatnu ispravu klauzulu o potvrđivanju (solemnizaciona klauzula), koja je uslov

[24] Potrebno je podvući da ZVP upotrebljava termin " potvrđivanje sadržine privatne isprave" dok ZJB upotrebljava termin " overa nejavne isprave,",a sledstveno tome i u dr. zakonima kao napr. u ZIO,koristi se termin "po zakonu overena isprava."Smatramo da ova terminologija nije prihvatljiva jer ovakvom terminologijom ne pravi se razlika u dokaznoj snazi isprava. U uporednom pravu se takođe ne pravi ova razlika u zakonima o beležništvu,dok teorija pravi razliku.videti i Fabbender, Grauel, Kemp, Ohmen, Peter, Roemer, *Notariatskunde,* 14. Auflage, München, 2001,str. 101.

[25] To znači da ona mora da bude usklađena sa pravilima koja se odnosena službenu upotrebu jezika i pisma i sačinjena na određenoj vrsti hartije.

za punovažnost pravnog posla[26].Javni beležnik je dužan da odbije da solemnizuje ispravu ako bi pravni posao u privatnoj ispravi bio protivan zakonu, prinudnim propisima i dobrim običajima.

Ukoliko se radi o ispravi koja predviđa raspolaganje koje je van autonomije volja stranaka, takvo raspolaganje je ništavo i javni beležnik će uskratiti potvrđivanje sadržine takve isprave.

Solemnizaciona klauzula

Javni beležnik u tekst isprave unosi svoje podatke, navodi način na koji je utvrđen identitet stranaka i drugih učesnika, da je isprava pročitana učesnicima, da su ispoštovane formalnosti koje se odnose na pisanje i čitanje sadržine pravnog posla, da su stranke dale izjave i da su stranke odobrile potvrđivanje isprave.

Posebnim zakonom[27] propisana je dužnost javnog beležnika da unese pouku i upozorenje, na primer, ako se u postupku solemnizacije ugovora o kupoprodaji nepokretnosti prodavac protivi da javni beležnik unese upozorenje u solemnizacionu klauzulu da je u toku spor koji za predmet ima utvrđivanje prava svojine od strane trećeg lica na nepokretnosti koja je predmet ugovora. U tom slučaju javni beležnik je dužnan da odbije potvrđivanje ugovora odnosno solemnizaciju, jer kupac mora biti obavešten o postojanju spora od strane beležnika.[28]

Ukoliko javni beležnik uvidom u posebnu evidenciju o ugovorima o prometu nepokretnosti, utvrdi da je već zaključen ugovor o prometu konkretne nepokretnosti i da je prodavac isto lice, a ugovornici se protive unošenju upozorenja, javni beležnik je dužan da odbije da solemnizuje ugovor jer on ima dužnost da spreči duple kupoprodaje.

Solemnizaciona klauzula treba pored ostalih podataka, da sadrži i izjavu stranke da je poučena o sadržini i pravnim posledicama pravnog posla, kao i izjavu da su stranke, ako je to bilo potrebno, upozorene da su njihove izjave nejasne, nerazumljive ili dvosmislene, kao i da su i posle upozorenja ostale pri takvim izja-

---

[26] Stanković, G., Trgovčević, M., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*,Službeni glasnik, 2016, str. 836.

[27] Odredba člana 4a Zakona o prometu nepokretnosti, "*Službeni glasnik RS,*" br. 93/14, 121/14, 6/15, u daljem tekstu: ZPN, propisana je dužnost javnog beležnika da upozori ugovorne strane ukoliko uvidom u registar nepokretnosti utvrdi da je nepokretnost koja je predmet ugovora o prometu nepokretnosti već prodata drugoj ugovorno jstrani, da je reč o nepokretnosti za koju nije izdata upotrebna dozvola ili da je u toku postupak legalizacije konkretne nepokretnosti. Ovo upozorenje javni beležnik mora da unese u klauzulu o solemnizaciji.

[28] Rešenje javnog beležnika OUP br. 238/16 od 15.04.2016. godine i rešenje Drugog osnovnog suda u Beogradu R-jb br. 3/16 od 20.04.2016. godine, rešenje Višeg suda u Beogradu Gž-jb-7/16.

vama. Privatne isprave nema svojstvo, niti pravno dejstvo javne isprave ako ne sadrži korektnu klauzula o potvrđivanju, odnosno solemnizacionu klauzulu.

Javni beležnik mora u svakom konkretnom slučaju da unese u solemnizacionu klauzulu da se stranke upozorene na pravne posledice pravnog posla, kao i to da su stranke, nakon što im je beležnik objasnio te posledice i po potrebi ih upozorio da su njihove izjave nejasne, nerazumljive ili dvosmislene, izjavile da ostaju pri svojoj izjavljenoj volji za zaključenje pravnog posla.

U solemnizacionu klauzulu ne može se uneti samo uopštena formulacija iz zakona da je on ukazao strankama na sve pravne posledice. On mora strankama da razjasni činjeničnu situaciju za konretan pravni posao i upozna ih o konkretnim pravnim posledicama[29].

Bez razjašnjenja činjenične situacije i ukazivanja na posledice pravnog posla ili izjave sama konstatacija javnog beležnika da su stranke upozorene bez obrazloženja razloga za konkretan slučaj, ne bi bio čvrst dokaz za istinitost sadržaja isprave, iako su tu konstataciju svojim potpisima potvrdile stranke. Stranke bi mogle, posebno ukoliko bi zahtevale u parnici poništaj isprave, da dokazuju da su u toj ispravi činjenice neistinito navedene ili da je ona nepravilno sastavljena.

Solemnizaciona klauzula je suštinski značajna ne samo na planu punovažnosti pravnog posla već i na planu osnovanosti zahteva u eventualnom sudskom postupku u pogledu savesnosti stranaka ali i javnog beležnika, jer upravo sadržina klauzule potvrđuje da su stranake upoznate s konkretnim pravnim posledicama preduzetog pravnog posla.

Odbijanje solemnizacije

Javni beležnik će odbiti solemnizaciju isprave koja nije sačinjena u formi javnobeležničkog zapisa i ispravu na kojoj su pojedina mesta ispravljena, preinačena, brisana, precrtana, umetnuta ili dodata, odnosno koja je pocepana, oštećena ili sumnjiva po svom spoljašnjem obliku. Pored toga, on će odbiti da solemnizuje privatnu ispravu ako su pravni posao ili izjava volje nedopušteni.

Pravni lek

Stranka može izjaviti prigovor prvostepenom sudu na rešenje javnog beležnika o odbijanju solemnizacije. Protiv rešenja suda kojim se odbija prigovor, žalba se podnosi drugostepenom sudu u opštem roku.

---

[29] Stanković, G., Trgovčević,M., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, Službeni glasnik, 2016, str. 837.

MILENA TRGOVČEVIĆ-PROKIĆ, LL.D.,
Judge, First basic court

PUBLIC RECORD AND SOLIMNIZATION

Summary

A public notary record is a document of legal affairs and statements issued by a notary public. The legal affairs and statements of the will of the parties that are stated in the public notary record have the power of public documents and if certain requisites are fulfilled, they have the value of enforcement documents. The content and form of the notary public record are the necessary condition for its validity. The public notary record is defined procedure and content wise. In a procedural sense, it is issued by the notary according to the rules of the appropriate legal procedure that has several stages and in the prescribed form.

It is the duty of the notary public to explain to the parties, in the process of drafting a document or during the solemnization, the meaning of a legal transaction, to point them to its consequences and to examine whether the legal work is permitted, or that it is not contrary to the compulsory regulations, public order and customs. The notary public must warn the parties of possible disruptions in the legal transaction that they wish to conclude. The notary public will refuse to compile or solemnise a private document if the legal transaction or declaration of the will are inadmissible.

RANKA RAČIĆ

PUNOMOĆNICI U PARNIČNOM POSTUPKU

– Neka sporna pitanja o punomoćnicima nakon Novele Zakona o parničnom postupku iz 2013. godine –

U V O D

Stranke mogu u parničnom postupku, po pravilu, preduzimati radnje lično ili preko punomoćnika.[1] Punomoćnik je zastupnik koji zastupa stranku u parnici na osnovu ovlašćenja koje je dobio od nje.[2]

Pored stranke, punomoćnika mogu da postave i zakonski zastupnik, zastupnik pravnog lica i umješač. Punomoćnika može da postavi samo poslovno i parnično sposobno lice.[3]

U parničnom postupku Republike Srpske, stranka može, po pravilu, slobodno da odluči da li će preduzimati parnične radnje lično ili preko punomoć-

---

Dr Ranka Račić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci.

[1] Zakon o parničnom postupku Republike Srpske – ZPP RS, *Službeni glasnik RS* br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13. *Vid*, čl. 300.st. 1. ZPP RS.

[2] O punomoćniku u parničnom postupku *vid,* G. Stanokvić, R. Račić, *Parnično procesno pravo, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje,* Banja Luka 2017,197-210.

[3] "Davalac punomoći je poslovno sposoban za davanje punomoći ako je poslovno sposoban za poslove čije vršenje povjerava punomoćniku".Vrhovni sud Srbije, Rev-848/88. *vid.* R. Ćosić, T. Krsmanović, *Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava,* Beograd 2000, 45.

nika[4], kao i koga će angažovati kao voljnog zastupnika[5]. Postavljanjem punomoćnika stranka ne gubi pravo da i sama preduzima parnične radnje. Ona može da dođe pred sud i da daje izjave pored svog punomoćnika. Stranka može da angažuje jednog ili više punomoćnika. S druge strane, suparničari, čiji interesi nisu suprotni, mogu da imaju istog punomoćnika i to za sve ili samo za pojedine parnične radnje.

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2013. godine temeljno su izmjenjene odredbe o punomoćnicima. Zakonodavac je istovremeno donio i nova pravila o postulacionoj sposobnosti stranaka u postupku po reviziji.[6] Novela zakona o punomoćnicima, posljedica je želje zakonodavca da parnični postupak učini efikasnijim jer je kvalifikovano zastupanje, prije svega, u interesu zastupanog lica. Osim toga, ovim pravilima zakonodavac je htio da parnični postupak učini što kvalitetnijim u samomom rezultatu – pravilnosti i zakonitosti suđenja[7]. Zastupanje putem punomoćnika stranci pruža izvjesnu garantiju da zbog nepoznavanja propisa ne izgubi spor u kome njena volja dolazi u znatnoj mjeri do izražaja. U složenijem sporu se vođenje parnice preko stručnog punomoćnika pogotovo pokazuje kao cjelishodno.[8]

Nova zakonska rješenja o punomoćnicima[9] trebala bi da unaprijede sprovođenje parničnog postupka kvalitetnijim zastupanjem. Međutim, ova pravila u sudskoj praksi izazivaju određene dileme i nejasnoće. Pravila koja se odnose na korporativne punomoćnike i mogućnosti advokata da ga u parnici, uz izričito ovlašćenje zastupnog, pred sudom prvog stepena mjenja advokatski pripravnik

---

[4] U ZPP RS prihvaćeno je, kao osnovni princip, načelo o slobodnom zastupništvu jer je proklamovano pravilo da stranke mogu preduzimati parnične radnje lično ili preko zastupnika. U zakonu su predviđena određena odstupanja od načela o slobodnom zastupništvu. Iako je stranka, koja je parnično sposobna, potpuno postulaciono sposobna, zakonom je predviđeno obavezno kvalifikovano zastupanje u parnici ili stranka mora određene parnične radnje da preduzima preko kvalifikovanog punomoćnika. (*Vid*, G. Stanković, R. Račić, 243.)

[5] Ista zakonska rješenja sadržana su u Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine. *Vid.* Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine - ZPP FBiH, *Službene novine FBiH,* br. 73/05, 19/06 i 98/15.

[6] O obaveznom advokatskom zastupanje u Republici Srbiji *vid.* G. Stanković, "Obavezno advokatsko zastupanje u postupku po reviziji i zahtevu za zaštitu zakonitosti" Zbornik radova, *Funkcionisanje pravnog sistema Republike Srbije*, Niš 2006, 545-556.

[7] O tome *v.* M. Dika, *Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV.knjiga,* Narodne novine, Zagreb 2008, 205-227.

[8] B. Poznić, V. Rakić, Vodinelić, *Građansko procesno pravo,* Savremena administracija, Beograd 2010, 163.

[9] *V.* J. Čizmić, "Novine u pravnom uređenju instituta punomoćnika u bosansko –hercegovačkom građanskom sudskom postupku", *Revija za pravo i ekonomiju,* Mostar 2017, 60-63.

su povod za različito postupanje u sudskoj praksi. Jedan broj pravnih stručnjaka dovode ova zakonska rješenja u direktnu vezu. U stručnim diskusijama koje su vođene poslije stupanja na snagu ovih izmjena i dopuna, iznosili su se različiti stavovi povodom ovih zakonskih rješenja. Nejasnoće i dileme, vezane za korporativne punomoćnike i supstituciju, su bile povod za pisanje rada na ovu temu. Autor se nada da će ovaj rad biti skroman podsticaj za pravne teoretičare da se ova sporna pitanja podrobnije obrade u procesnoj teoriji i istovremeno da će on biti od pomoći pravnim praktičarima da bar pojedine dileme razrješe kako bi se sporne izmjene potpuno i pravilno razumjele.

SPOSOBNOST BITI PUNOMOĆNIK

Punomoćnik, po pravilu, ne mora da ima posebne stručne kvalifikacije za zastupanje[10]. Punomoćnik stranke može biti, pored advokata i lice koje nije advokat. Ukoliko se u ulozi punomoćnika nalazi lice koje nije advokat, ono mora da bude u posebnom porodičnopravnom odnosu sa vlastodavcem. Do stupanju na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZPP RS iz 2013. godine punomoćnik je mogao da bude advokat, advokatsko društvo ili zaposleni kod službe za besplatni pravnu pomoć kao i, za pravna lica zaposleni kod tog pravnog lica, a za fizička lica bračni, odnosno vanbračni drug stranke ili srodnik stranke po krvi ili tazbini.

(Ne)ograničen broj lica u ličnosti punomoćnika kada je u pitanju srodstvo obesmislilo je zakonsko pravilo i intenciju zakonodavca da stranku zastupa srodnik stranke. Pravilo po kome punomoćnik za fizička lica može biti bračni, odnosno vanbračni drug stranke ili srodnik po krvi ili po tazbini je kritikovano u teoriji parničnog procesnog prava. Naime, visok stepen srodsta pružao je mogućnost zastupanom licu da angažuje nadripisara[11] kao punomoćnika. "Određenjem da punomoćnik stranke može biti njezin "srodnik po krvi ili po tazbini", bez ikak-

[10] U Republici Hrvatskoj je predviđeno, kao osnovno pravilo, da stranku može zastupati samo advokat ako drugačije nije određeno zakonu. *V.*čl.89a. Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske, (Urednički pročišćeni tekst, "*Službeni list",* broj 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, *"Narodne novine*", broj 35/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – čl. 50. Zakon o arbitraži, 117/03, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 43/13 - Rješenje USRH i 89/14-OU-SRH)

[11] Krivični zakonik Republike Srpske nije regulisao nadripisarstvo kao posebno krivično djelo. Ali u odredbi čl. 310. je predviđeno krivično djelo neovlašćeno bavljenje određenim zanimanjem. Ovom odredbom je predviđeno da će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine kazniti lice koje se neovlašteno bavi određenim zanimanjem za čije bavljenje je, po zakonu ili drugim propisima donesenim na osnovu zakona, potrebna dozvola nadležnog organa, odnosno organizacije. *V*. Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik RS* br.64/17. Međutim , Statut Advokatske komore Republike Srpske govori o nadripisarstvu. *V. Službeni glasnik RS* br.65/05 i 98/08.

vih ograničenja u stupnjevima srodstva, u velikoj se mjeri umanjuje temeljni cilj odredbe čl. 301. FZPP, kojemu je intencija da osigura da stranke u postupku zastupaju kvalificirani punomoćnici, jer se uveliko proširila mogućnost zastupanja stranaka od strane nekvalificiranih punomoćnika. Nema dvojbe da će se suci naći u velikoj nedoumici ako im se u nekom sporu kao punomoćnik pojavi osoba koja ima sumnjivo visoki stupanj srodstva sa strankom koja ga je angažirala kao punomoćnika".[12] U praksi ovo zakonsko rješenje je imalo za posljedicu da je skoro bilo nemoguće dokazati da li se radi o srodniku ili nadripisaru. S pravom se isticalo da [...] stranka može angažovati za punomoćnika srodnika koji je sa njom u srodstvu po "Evi i Adamu"[13]. Stoga je ova odredba dopunjena na način da je ograničen krug srodnika koji mogu zastupati parničnu stranku.

Punomoćnik stranke može biti bračni i vanbračni drug. Brak je uslov da bi jedno lice moglo biti punomoćnik svog bračnog druga. Po prirodi stvari, prestankom braka prestaje i ovlašćenje za zastupanje. I vanbračni drug može biti punomoćnik svog vanbračnog partnera. Međutim, prilikom dokazivanja da li jedno lice živi u vanbračnoj zajednici sa svojim partnerom može, u sudskoj praksi, da izazove određene poteškoće. Utvrđivanje da li se radi o vanbračnom partneru kao punomoćniku nije jednostavno. Stoga pojedine zemlje koje su nastale raspadom bivše SFRJ uopšte ne predviđaju ovu mogućnost[14]. Pored toga ni Porodični zakon RS[15] ne reguliše direktno vanbračnu zajednicu. U odredbi čl. 12. st. 1. PZ RS predviđeno je da zajednica života žene i muškarca koja nije pravno uređena na način propisan zakonom (vanbračna zajednica) izjednačena sa bračnom zajednicom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugih imovinskopravnih odnosa propisanih zakonom.

Međutim, kod izdržavanja vanbračnih partnera zakonodavac je posredno definisao vanbračnu zajednicu i regulisao da pravo na izdržavanje pripada i licu iz vanbračne zajednice ako je prestala vanbračna zajednica koja je trajala tri godine i duže.[16] A u odredbi čl. 284. st. 1. PZ RS je propisano da imovina stečena radom lica u vanbračnoj zajednici koja je trajala duže vremena smatra se njihovom zajedničkom imovinom. Tumačenjem ovih pravila, moglo bi se zaključiti da je vanbračna zajednica ona zajednica koja je trajala tri godine i duže vremena. Prema tome, PZ RS nije direktno regulisao vanbračnu zajednicu kao što je to npr. uradio

[12] J. Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Privredna štampa, Sarajevo 2017, 854.

[13] *Ibidem,* 855.

[14] Tako npr. ZPP Republike Hrvatske ne predviđa mogućnost da vanbračni partner bude punomoćnik stranke.

[15] Vid. Porodični zakon Republike Srpske - PZ RS, *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 54/02, 41/08 i 63/14.

[16] Vid, čl. 248.st.1. PZ RS.

zakonodavac u Porodičnom zakonu FBiH[17]. U odredbi čl. 3. ovog zakona je predviđeno da: zajednica života žene i muškarca koji nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete predstavlja vanbračnu zajednicu. Ni pravilima parnične procedure takođe, nije određeno kako će se u postupku dokazati da li je punomoćnik vanbračni partner stranke.U teoriji parničnog postupka se može pročitati da bi trebalo biti dovoljno da punomoćnik i stranka izjave na ročištu da žive u izvanbračnoj zajednici, a da bi pribavljanju dokaza o postojanju izvanbračne zajednice trebalo pribjegavati tek u slučaju kada bi protivna stranka tome prigovorila ili zahtijevala da se to pitanje raspravi, a i tada bi trebalo utvrđivati samo faktičko postojanje zajednice života punomoćnika i stranke bez obzira na prethodno vremensko trajanje te zajednice"[18].

Punomoćnik može biti i zaposleni kod službe za besplatnu pravnu pomoć. Otežan pristup sudu za određeni krug lica, a posebno za neuke i siromašne stranke, u pojedinim situacijama, dovedi do narušavanja principa pravičnog suđenja[19], pa je to bio i jedan od razloga što je zakonodavac predvidio mogućnost da stranku zastupa zaposleni u službi za besplatnu pravnu pomoć. Zakonom o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Srpske[20], u cilju obezbjeđenja prava na pravnu zaštitu i prava na pristup sudu, proširen je krug potencijalnih voljnih zastupnika fizičkih lica koji imaju određene i odgovarajuće stručne kvalifikacije. "Pravo na besplatnu pravnu pomoć danas je posebno aktuelno kako zbog stanja u društvu, tako i zbog određenih promjena na zakonodavnom planu. Stanje u savremenom društvu karakteriše: enormni porast broja nezaposlenih kao posledica neuspelih privatizacija, stalni porast broja nezaposlenih i osiromašenih građana zbog stanja u privredi i rastuće ekonomske krize, konstantno raslojavanje u društvu, veliki broj pojedinaca koji ostvaruju minimalne iznose zarada ili penzija, porast broja nepismenih, i dalje veliki broj izbeglica i interno raseljenih lica, povećanje broja žrtava trafikinga ili porodičnog nasilja, itd"[21]. Zakonom o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Srpske izričito je predviđeno da punomoćnik fizičkog lica, pored advokata, koji su članovi Advokatske komore Republike Srpske, to mogu biti i zaposleni u Centru za pružanje pravne pomoći i zaposleni u nevladinim organizacijama koje

[17] Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, "Službene novine Federacije BiH", br.. 35/05, 31/14.

[18] J. Čizmić, (2017), 66.

[19] *Vid*. G. Stanković, "Sprečavanje diskriminacije po osnovu imovnog stanja u parničnom postupku", Zbornik radova, *Pravi sistem i zaštita od diskriminacije*, Pravni fakultet u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2017, 16.

[20] *V. Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 120/08, 89/03i i 63/14.

[21] G. Stanković, 16.

se bave pružanjem pravne pomoći pod uslovima koji su predviđeni u Zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći[22]. Proširenjem kruga potencijalnih besplatnih punomoćnika zakonodavac je nastojao da ograniči advokatski monopol u pogledu zastupanja, a da besplatno zastupanje učini djelotvornim i kvalifikovanim.

Intervencije zakonodavca u dijelu koji se odnosi na punomoćnike išle su u više pravaca. Kada su u pitanju punomoćnici koji su srodnici stranke zakonodavac je ograničio krug lica koji mogu zastupati stranku. Izričitom zakonskom odredbom zakonodavac je normirao pravilo po kome punomoćnik za fizičke osobe može biti: srodnik stranke u pravoj liniji do bilo kog stepena, u pobočnoj liniji do četvrtog stepena zaključno, odnosno srodnik po tazbini do drugog stepena. Novo zakonsko rješenje odnosi se i na besplatno zastupanje radnika u radnim sporovima od strane osobe koja je uposlena za pružanje pravne pomoći pri sindikatu, pod uslovom da je diplomirani pravnik i ima položen pravosudni ispit.

Takođe, pravila o punomoćnicima su dopunjena odredbom čl. 301a., kojom je predviđeno pravilo o postulacionoj nesposobnosti punomoćnika pravnih lica. Radi obezbjeđenja stručne i kvalifikovane pravne pomoći, u parnicama gdje vrijednost predmeta spora prelazi određeni limit, punomoćnik pravnog lica mora imati položen pravosudni ispit[23]. Jedna od značajnih novina sadržana je i u odredbi čl. 301b. ZPP RS kojom se oduzima postulaciona sposobnost, u postupku po reviziji, strankama ukoliko nisu advokati odnosno ako nemaju položen pravosudni ispit.

Prema važećem pravilu sada punomoćnik fizičkog lica može biti srodnik stranke po krvi ili po tazbini po pravoj liniji do bilo kog stepena, u pobočnoj liniji do četvrtog stepena zaključno, odnosno srodnik po tazbini zaključno do drugog stepena. Dopunjena odredba o ograničinju srodnika kao punomoćnika, je dobro zakonsko rješenje i ono u sudskoj praksi nije izazvalo nikakve poteškoće. Naravno ovdje nije naodmet napomenuti da bi u slučaju spora da li je punomoćnik stranke njegov srodnik, to trebalo da dokaže punomoćnik ali samo ako bi protivnik parnične stranke to zahtjevao. U tom smislu je i suđeno. "Izjavu punomoćnika stranke o stepenu njegovog krvnog ili tazbinskog srodstava sa strankom, na koju suprotna strana nije imala primjedbi, ne treba dodatno provjeravati izvođenjem adekvatnih dokaza"[24].

Odredba čl. 301. ZPP RS je dopunjena novim pravilom po kome "u radnim sporovima besplatno radnika može zastupati i lice uposleno za pružanje pravne pomoći pri sindikatu, pod uslovom da je diplomirani pravnik i da ima položen

[22] Čl. 8. Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći.

[23] G. Stanković, (2006), 553.

[24] *V.* Presudu Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 070-0-Rev-09-000114 od 23. 3. 2010. godine.

pravosudni ispit".[25] Ovo pravilo rediguje besplatnu pravnu pomoć i daje mogućnost diplomiranim pravnicima sa položenim pravosudnim ispitom ukoliko su u radnom odnosu pri sindikatu da pružaju besplatnu pravnu pomoć radnicima u svim parnicama u radnim sporovima. Intervencija zakonodavca u ovom smjeru posljedica je uvažavanja specifične društvene stvarnosti,[26] i dopuna odredaba ovog člana kojom je uvedeno zastupanje ovlašćenih lica pri sindikatu rezultat je jako velikog broja postupaka u kojima se pojavljuju obespravljeni radnici, koji nemaju materijalne mogućnosti platiti stručnu pomoć niti su sposobni samostalno nastupati pred sudom[27].

Na ovom mjestu treba posebno istaći da se ova odredba ne smije tumačiti na način da kvalitet radnog odnosa bude prepreka za angažovanje diplomiranog pravnika sa položenim pravosudnim ispitom za pružanje besplatne pravne pomoći[28]. To bi značilo da radni odnos punomoćnika na određeno vrijeme nije prepreka da besplatno zastupa radnika ako ima položen pravosudni ispit. Ali u zakonu nije precizirano da li radnik mora biti član sindikalne organizacije. Čini se da ipak, da bi pravo ne besplatnu pravnu pomoć pripadalo samo radniku koji je član sindikalne organizacije pri kojoj je zaposlen punomoćnik za pružanje pravne pomoći. Da bi lice zaposleno za pružanje pravne pomoći pri sindikatu besplatno zastupalo radnika moraju se ispuniti sljedeći uslovi: punomoćnik mora biti zaposlen pri sindikalnoj organizaciji, mora imati punomoćje izdato od strane radnika i mora imati položen pravosudni ispit. Ako radnik u punomoćju nije bliže odredio ovlašćenja za zastupanje, punomoćnik za pružanje besplatne pravne pomoći ovlašćen je da vrši sve radnje u postupku, ali mu je uvijek potrebno izričito ovlašćenje za povlačenje tužbe, za priznanje ili odricanje od tužbenog zahtjeva, za zaključenje poravnanja, za odricanje ili odustanak od pravnog lijeka i za prenošenje punomoćja na drugo lice, kao i za podnošenje vanrednih pravnih lijekova.

Pravilo po kome punomoćnik za pravno lice može biti svako poslovno sposobno lice je ograničeno u parnicama koje se vode povodom imoviskopravnih zahtjeva čija vrijednost predmeta spora prelazi 50.000 KM. U odredbi čl. 301a. ZPP RS je predviđeno "ako u imovinskopravnim zahtjevima vrijednost predmeta spora prelazi iznos od 50.000 KM, punomoćnici pravnih lica mogu biti samo lica koja imaju položen ispit". *Ratio* za intervenciju zakonodavca i ograničenje postulacione sposobnosti punomoćnika pravnih lica koji nemaju položen pravosud-

[25] Čl. 301. st. 3. ZPP RS.

[26] *V*. Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine sa obrazloženjem, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2015, 47.

[27] M. Dika, 218.

[28] Tako, M. Dika, 218

ni ispit je pravnopolitičke i pravnotehničke prirode. Ovo pravilo je u službi pravne zaštite pravnih lica ali se istovremeno povećava procesnopravna efikasnost u postupku suđenja.[29] Zakonodavna intervencija, u ovom slučaju, motivisana je nastojanjem da se, pored opšteg poboljšanja zakonskih rješenja u domenu civilne procedure, kvalitet pravne zaštite obezbjedi i povećanjem stručnih kvalifikacija punomoćnika.[30]

Još jedno ograničenje u ličnosti punomoćnika predviđeno je Novelom iz 2013. godine. U odredbi čl. 301b. st. 1. predviđeno je "u postupku po reviziji stranku, mora, kao punomoćnik, zastupati advokat, osim ako je sama stranka advokat".U st. 2. istog člana je regulisan izuzetak, od naprijed citiranog pravila, tako što i stranka može sama izjaviti reviziju, ako ima položen pravosudni ispit, odnosno za stranku reviziju može izjaviti njen punomoćnik, koji ima položen pravosudni ispit, koji je po odredbama ZPP RS ili drugog zakona ovlašćen da zastupa stranku. Ograničenje postulacione sposobnosti u postupku po reviziji posljedica je želje zakonodavca da ovaj postupak učini što efikasnijim ali i da podnesci upućeni ovom sudu po svojoj sadržini ali svakako i po formi budu što kvaliteniji.

Kao što je istaknuto u pravilu koje je sadržano u čl. 301b. predviđeno da "u postupku po reviziji stranku može zastupati samo advokat izuzev ako je sama stranka advokat". Pravilnim tumačenjem ove odredbe može se zaključiti da je samo advokat ovlašćen da podnese reviziju i da u postupku po reviziji može samo on učestvovati. Tako, npr., odgovor na reviziju može da izjavi, u skladu sa postojećim rješenjem, samo advokat. U st. 2. istog člana je predviđeno da *stranka koja ima položen pravosudni ispit može podnijeti reviziju.*(Podvukla, R.R.) Dovođenjem ove dvije odredbe u vezu moglo bi se zaključiti da stranka sa položenim pravosudnim ispitom ne bi mogla učestvovati u postupku po reviziji već bi to mogao samo advokat. Međutim, odredba se ne bi smjela tumačiti na ovaj način već punomoćnicima sa položenim pravosudnim ispitom treba dopustiti da učestvuju u postupku po reviziji.

PRENOŠENJE PUNOMOĆJA (SUPSTITUCIJA) I KORPORATIVNI PUNOMOĆNICI

Pravilo po kome punomoćnik pravnog lica u imovinskopravnim parnicama u kojima vrijednost predmeta spora prelazi 50.000 KM mora biti lice sa položenim pravosudnim ispitom ima za posljedicu da stranke- pravna lica u ovim

[29] M. Dika, 216.

[30] G. Stanković 553.

slučajevima se često obraćaju advokatima radi pružanja pravne pomoći. Upravo ova činjenica da pravna lica angažuju advokate, u ovim postupcima, među pravnim praktičarima izaziva određene dileme i nedoumice. Naime, Novelom iz 2013. godine redigovano je pravilo po kome "advokat kojem je stranka izdala punomoć može, uz izričito ovlašćenje stranke, zamjenjivati drugi advokat, pred sudom prvog stepena i stručni saradnik za pravne poslove i advokatski pripravnik koji su kod njega zaposleni"[31]. U stručnoj javnosti se pojavila dilema ukoliko pravno lice izda punomoćje advokatu i izričito ga ovlasti, da ga može zamijeniti drugi advokat, a pred sudom prvog stepena i stručni saradnik za pravne poslove i advokatski pripravnik, da li to znači da ga u ovim parnicama ne može zamjenjivati advokatski pripravnik? Da bi se ispravno odgovorilo na ovo pitanje nužno je prethodno razjasniti šta pomenute odredbe regulišu. U odredbi člana 301a. ZPP RS regulisan je institut postulacione nesposobnosti korporativnih pravnika, kao punomoćnika pravnih lica koji nemaju položen pravosudni ispit.

S obzirom na visinu vrijednosti predmeta spora oni bez obzira što su diplomirani pravnici koji rade na pravničkim poslovima ne mogu da zastupaju vlastodavca – pravno lice. Radi obezbjeđenja stručne i kvalifikovane pravne pomoći, uzimajući u obzir vrijednost predmeta spora zakonodavac predviđa posebno kvalifikovano zastupanje i kao uslov za postojanje postulacione sposobnosti predviđa položen pravosudni ispit. To znači da punomoćnik pravnog lica treba da ima kvalifikacije u rangu advokata. S druge strane, zastupnik pravnog lica ne mora da ima posebne stručne kvalifikacije jer je organ tog pravnog lica. Međutim, odredba 306. ZPP RS reguliše sasvim drugi institut. Ona se odnosi na supstituciju[32]. Ukoliko punomoćje koje je vlastodavac izdao punomoćniku sadrži supstitucionu klauzulu, advokat može po potrebi prenijeti dobijeno ovlašćenje na drugog advokata, stručnog saradnika i advokatskog pripravnika kao zamjenika. Ugovor stranke – vlastodavca i advokata je ugovor *intuitu pesonae* i iz tog razloga je neophodna supstituciona klauzula[33]. To se odnosi i na slučaj kad advokata zamjenjuju stručni saradnik za pravne poslove i advokatski pripravnik. Kad advokatski pripravnik koji je zaposlen kod advokata zamjenjuje advokata pred prvostepenim sudom, na njega se ne odnosi odredba člana 301a. ZPP RS jer je stranka ovlastila advokata i supstitucionom klauzulom omogućila mu da ga zamjenjuje advokatski pripravnik. Advokatskog pripravnika je ovlastila stranka, koja može da bude i fizičko

[31] Čl. 306. ZPP RS.

[32] O supstituciji *vid*. G. Stanković, R. Račić, 204.

[33] "Izdavanjem punomoćja između vlastodavca i punomoćnika zasniva se pravni posao čiju sadržinu određuje vlastodavac". (Rješenje Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. IP. Br. 37/13 od 27. 3. 2013), Vrhovni sud Crne Gore Bilten, Podgorica 2013, 204.

i pravno lice, da zamjenjuje svog principala kod koga je u radnom odnosu, a ne kod stranke-vlastodavca. Supstitut odgovara za eventualnu štetu koju je počinio rđavim zastupanjem stranci, a prvi punomoćnik odgovara stranci za nastalu štetu ako nije pokazao potrebnu pažnju prilikom izbora supstituta, ili ako je supstitutu dao nepotpuna ili pogrešna uputstva. Prestankom punomoćnikovog ovlašćenja za zastupanje prestaje i supstitutovo ovlašćenje da zamjenjuje punomoćnika u zastupanju parnične stranke[34]. Stoga odredbe čl. 301a. i čl. 306. ZPP ne mogu i ne smiju se dovoditi u vezi i izvlačiti zaključci da u parnicama u kojima vrijednost predmeta spora prelazi 50.000 KM ne može zastupati advokatski pripravnik koji zamjenjuje svoga principala na osnovu supstitucione klauzule. Odredbu čl. 301a. treba dovesti u vezu sa čl. 301. st. 1. ZPP RS. U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 301. st. 1. je predviđeno: punomoćnik može biti [...], za pravna lica zaposleni kod tog pravnog lica. To praktično znači da svako lice koje je zaposleno kod tog pravnog lica može biti punomoćnik. Međutim, zbog pravne zaštite pravnih lica, zakonodavac, je ograničio postulacionu sposobnost lica koji nemaju položen pravosudni ispit. Naravno, ovdje ne treba izgubiti iz vida činjenicu da zastupnik za zastupanje pravnog lica ne podliježe ovom ograničenju.

U pravnoj teoriji se može pročitati da povreda pravila o zastupanju pravnog lica od strane punomoćnika koji nema položen pravosudni ispit, može imati samo značaj relativno bitne povrede parničnog postupka[35]. Protivna stranka nije ovlašćena izjaviti žalbu zbog toga što je pravnu osobu zastupao punomoćnik koji nije ispunjavao navedeni kvalifikacijski zahtjev.[36]

OBIM PUNOMOĆJA I PRENOŠENJE PUNOMOĆJA

Stranka koja postavlja punomoćnika sama određuje obim ovlašćenja za zastupanje. Ako vlastodavac nije sam odredio obim ovlašćenja za zastupanje, nego je samo ovlastio punomoćnika da ga zastupa u parnici, obim ovlašćenja je predviđen zakonom i zavisi od toga ko se nalazi u ulozi punomoćnika. Obim ovlašćenja za zastupanje je različit i zavisi od toga da li je punomoćje izdato advokatu ili licu koje nije advokat. Razlika u obimu ovlašćenja za zastupanje uslovljena je razlikama u stručnosti punomoćnika. Stručniji punomoćnik može bolje da štiti interese vlastodavca te je to razlog što on ima i šira ovlašćenja u postupku.

Ako je stranka izdala punomoćje za vođenje parnice advokatu, a nije u punomoćju ovlašćenja bliže odredila, advokat je ovlašćen: 1) da preduzima sve rad-

[34] G. Stanković, R. Račić, 204.

[35] Tako, M. Dika, 216.

[36] *Ibidem.*

nje u postupku, a naročito da podigne tužbu, da je povuče, da prizna tužbeni zahtjev, da se odrekne tužbenog zahtjeva, da zaključi sudsko poravnanje, da uloži pravni lijek, da se odrekne pravnog lijeka, da povuče uloženi pravni lijek (da preduzima sve parnične radnje uključujući i dispozitivne parnične radnje); 2) da stavlja prijedlog za izdavanje mjera obezbjeđenja u parnici i da preduzima potrebne radnje u postupku povodom takvih zahtjeva; 3) da preduzima određene radnje povodom parnice: da od protivne stranke primi dosuđene parnične troškove (ali ne može da primi i ispunjenje obaveze druge stranke jer se radi o materijalnopravnom poslu), 4) da ovlasti drugog advokata na preduzimanje samo pojedinih radnji u postupku, osim zastupanja na glavnoj raspravi[37].

Pojedini pravni praktičari ističu nakon izmjerna i dopuna ZPP iz 2013. godine da su odredbe čl. 306. i 305. st. 1. t. 4. u koliziji. U odredbi čl. 306. je predviđeno "advokata kojem je stranka izdala punomoć može, uz izričito ovlašćenje stranke zamjenjivati drugi advokat, a pred sudom prvog stepena i stručni saradnik za pravne poslove i advokatski pripravnik koji su kod njega zaposleni". U pravilu 305. st. 1. t. 4., stoji "ako je stranka izdala advokatu punomoćje za vođenje parnice, a nije bliže odredila ovlašćenja u punomoćju, advokat je na osnovu ovakvog punomoćja ovlašćen: da pismeno ovlasti drugog advokata na preduzimanje samo pojedinih radnji u postupku, osim zastupanja na glavnoj raspravi." Odredba člana 306. ZPP RS odnosi se isključivo na zamjenu advokata-punomoćnika drugim advokatom na osnovu generalnog ovlašćenja koje je dala stranka za slučaj da postoji potreba za zamjenom jer je ugovor između vlastodavca i advokata, kao punomoćnika, ugovor *intuitu pesonae.* Stranka je izabrala advokata i ovlastila ga na zastupanje. U pravilu koje je sadržano u čl. 304. st. 1. t. 4. zakonodavac je isključio mogućnost zastupanja stranke od strane drugog advokata na glavnoj raspravi u pogledu koje važi princip jedinstva bez obzira na broj ročišta, iako bi, u principu, do zamjene moglo da dođe na nekom od ročišta zbog spriječenosti advokata. Zakonodavac je pošao od toga da stranka želi da je zastupa onaj koga je ona ovlastila. U slučaju spriječenosti advokata stranka je prinuđena da sama ovlasti drugog advokata da je zastupa na jednom od ročišta jer zakonodavac nije nigde limitirao da ona mora da ima samo jednog punomoćnika. Pojedine parnične radnje mogle bi da bude: prijedlog za obezbeđenje dokaza, izjavljivanje pravnog lijeka – pokreće se instancioni postupak, prijedlog za vraćanje u pređašnje stanje ili sudska mjera obezbeđenja (postupak obezbjeđenja). Ove radnje bi mogao da obavi drugi advokat na osnovu pismenog ovlašćenja, a u skladu sa čl. 305.st. 1. t. 4. ZPP RS.

[37] *Vid.* G. Stanković, R. Račić, 200.

Dilema bi mogla da postoji povodom prisustva na ročištu pred zamoljenim sudom (advokat ne može i ne mora da putuje u drugo mjesto i to je najčešće razlog da se izda zamjeničko punomoćje), s obzirom da je i ročište pred zamoljenim sudom dio glavne rasprave. Međutim, tumčenjem po analogiji moglo bi da se zaključi da je to mogućno – jer ako dokaze umjesto sudećeg suda može da izvodi zamoljeni sudija, onda nema razloga da advokata ne zamjeni po zamjeničkom punomoćju drugi advokat.

Uostalom, stranka kada u punomoćju predviđa supstitucionu klauzulu, računa na eventualne situacije kada postoji potreba da neko zamjeni njenog punomoćnika-advokata da je ne bi pogodile štetne posljedice propuštanja i da se ne bi izlagala riziku da snosi troškove postupka za vraćanje u pređašnje stanje.

Iz čl. 306. ZPP RS proizlazi da advokata principala može na ročištima za glavnu raspravu da zamjenjuje bez ograničenja, zamjenjivati drugi advokat, zaposleni saradnik u njegovoj kancelariji i advokatski pripravnik ako postoji supstituciona klauzula.

Razlika postoji u pogledu sadržine supstitucione klauzule – kad je u pitanju advokat, on u punomoćju nije poimenično određen ("ovo ovlašćenje moj punomoćnik može i na drugog prenijeti") jer izbor advokata-zamjenika vrši advokat, a ne vlastodavac, dok su saradnik i advokatski pripravnik ili poimenično određeni ili su određeni na generalan način ("ovo ovlašćenje moj punomoćnik može prenijeti na zaposlena lica u njegovoj advokatskoj kancelariji") jer se advokatski pripravnici mjenjaju pošto im istekne staž.

Stranka može da angažuje kao punomoćnika i lice koje nije advokat (supružnika, vanbračnog partnera, srodnika do određenom stepena srodstva) i koje nema stručne kvalifikacije za zastupanje ili lice koje ima položen pravosudni ispit. U tom slučaju stranka sama određuje obim ovlašćenja za zastupanje. Ako stranka u punomoćju koje je izdala licu koje nije advokat nije bliže odredila ovlašćenja punomoćnika, on može, na osnovu ovakvog punomoćja, da preduzima sve radnje u postupku ali mu je uvijek potrebno izričito ovlaštenje za preduzimanje dispozitivnih parničnih radnji kao što su: podizanje tužbe, povlačenje tužbe, priznanje tužbenog zahtjeva, odricanje od tužbenog zahtjeva, zaključenje sudskog poravnanja, izjavljivanje pravnog lijeka, odricanje od pravnog lijeka, povlačenje pravnog lijeka, ulaganje vanrednih pravnih lijekova. Iako to nije izričito predviđeno zakonom, punomoćnik koji nije advokat može da stavi i prijedlog za vraćanje u pređašnje stanje zbog propuštanja roka za ulaganje redovnog pravnog lijeka. U ovom slučaju radi se o jednom specifičnom pravnom lijeku. Pored toga, ovaj punomoćnik mora da ima i izričito ovlaštenje da može da prenese punomoćje i na drugo lice, pa i kad je supstitut advokat. Ovakvo ovlaštenje mora da bude izričito navedeno u parničnom punomoćju.

Parnično punomoćje izdato neadvokatu, ovlašćuje ovog punomoćnika samo na preduzimanje parničnih radnji, a ne i radnji povodom parnice. Međutim, on može biti izričito ovlašćen da preduzima i ove radnje.

Parnično punomoćje izdato licu koje nije advokat kojim je on ovlašćen da preduzima sve radnje u postupku prestaje kad stranka, odn. njen zakonski zastupnik umre ili kad izgubi poslovnu sposobnost, ili kad zakonski zastupnik bude razriješen dužnosti. U tom slučaju punomoćnik neadvokat gubi po samom zakonu ovlaštenje da preduzima dispozitivne parnične radnje koje se u punomoćju moraju izričito navesti. Ako je punomoćniku fizičkog lica dato ovlašćenje da može da preduzima sve radnje u postupku, a stranka, njen zakonski zastupnik umre ili postane poslovno nesposoban ili ako zakonski zastupnik bude razriješen dužnosti, on je dužan da preduzima radnje u postupku koje ne trpe odlaganje da bi zaštitio interese stranke ili njenih sukcesora. Parnično punomoćje izdato licu koje nije advokat kojim je on ovlašćen da preduzima sve radnje u postupku prestaje kad punomoćje bude otkazano.

ZAKLJUČAK

Novelom iz 2013. godine je predviđeno da stranke mogu angažovati punomoćnike koji imaju određena svojstva. Ograničenje postulacione sposobnosti kada su u pitanju korporativni punomoćnici motivisano je posebnim pravno-političkim i pravno-tehničkim razlozima. Ovim pravilom ostvaruje se posebna zaštita pravnih lica, ali se istovremeno ostvaruje i procesna efikadsnost. Pravilo, po kojem korporativni punomoćnici u parnicama u imovinskopravnim odnosima u kojima vrijednost predmeta spora prelazi određeni iznos moraju biti lica sa položenim pravosudnim ispitom, određuje samo svojstvo punomoćnika ukoliko ga pravna lica imaju ali ne i dužnost da imaju punomoćnika. U ovim parnicama pravna lica mogu zastupati njihovi organi zastupnici nezavisno od bilo kakve kvalifikacije.

Uvođenjem obaveznog kvalifikovanog zastupanja u postupku po reviziji motivisano je željom zakonodavca da se kvalitetno ostvari kontrola zakonitosti u postupku pred najvišom sudskom instancom, da se ubrza postupak i da se istovremeno rastereti najviši sud u entitetu od neosnovano izjavljenih revizija.

Nove odredbe koje se odnose na supsticiju i korporativne punomoćnike u sudskoj praksi izazvale su određene nedoumice. Autor se nada da će ovaj rad biti skroman podsticaj za pravne teoretičare da se ova sporna pitanja podrobnije obrade, u domaćoj stručnoj literaturi, i istovremememo da će biti od pomoći pravnim praktičarima da bar pojedine dileme razrješe kako bi se sporne izmjene i dopune potpuno i pravilno razumjele.

RANKARAČIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University
in Eastern Sarajevo, Faculty of Law,
University in Banja Luka

CIVIL PROCEDURE PROXIES

– Some disputable issues related to proxies following the Amendments to the Civil Procedure Act 2013 –

Summary

Amendments to the Civil Procedure Act 2013 radically changed the provisions related to proxies. The Author is addressing new legal solutions on proxies and some disputable issues that have arisen in the case law after these legal solutions became effective. Particularly analysed are provisions on limitation of capacity to sueand representing of a party by proxy: relative, employee providing free legal aid under trade union, legal entities – corporate legal advisers and lawyers in review procedure. The Author is particularly dealing with proxy substitution in relation to new legal provisions on proxies.

BESFORT RAMADANI

ODLUKA O TROŠKOVIMA PARNIČNOG POSTUPKA

– Kao osnov povrede prava na pravično suđenje –

U V O D

Troškovi parničnog postupka predstavljaju sporedno potraživanje u parnici i upravo zbog ove prirode troškova, ovo potraživanje nije duži vremenski period bio predmet posebne pažnje Ustavnog suda. Ova situacija se znatno promenila poslednjih godina. Danas usvajajuće odluke Ustavnog suda povodom troškova parnice imaju značajni udeo u ukupnom broju usvajajućih odluka Suda. Povodom ovog pitanja od značaja je praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, a naročito presude koje su donete protiv država koje imaju istovetne procesne odredbe o troškovima postupka kao i Zakon o parničnom postupku Republike Srbije.

ODLUKA O TROŠKOVIMA POSTUPKA KAO AKT KOJIM SE ODLUČUJE O PRAVIMA I OBAVEZAMA POJEDINCA

Da bi određeno pitanje bilo predmet razmatranja u ustavnosudskom postupku potrebno je da se predmetno pitanje odnosi na utvrđivanje prava i obaveza pojedinca. Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama (član 32. stav 1. Ustava Republike Srbije).[1] Dakle, garancije prava na

Besfort Ramadani, viši savetnik Ustavnog suda.

[1] Ustav Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", broj 98/06).

pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava primenjuju se u svim postupcima u kojima se odlučuje o pravima i obavezama pojedinca. Koncept "građanskih prava i obaveza" je utvrđen i razrađen u praksi Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu.[2] Uopšteno, to su prava i obaveze koje spadaju u domen privatnog, a ne javnog prava. 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 lična (građanska) prava i obaveze pojedinca.[3] 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.[4]

Kada je konkretno reč o troškovima postupka, na početku, u praksi Evropske komisije[5] je bilo zastupljeno pravno stanovište da odlučivanje o troškovima postupka ne spada u materiju "građanskih prava i obaveza", s obzirom na to da su troškovi postupka sporedno pitanje u jednom građanskom postupku. Ovakvo pravno stanovište Evropski sud za ljudska prava je promenio u predmetu *Robins protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj predstavke 22410/93, od 23. septembra 1997. godine. U navedenoj presudi je zauzeto stanovište da se odlučivanje o troškovima postupka smatra sastavnim delom suđenja, odnosno "delom utvrđenja građanskih prava i obaveza", u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija).

[2] Odredbom člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prva i osnovnih sloboda (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) je utvrđeno da svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama, ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Orginalni engleski tekst Konvencije govori o "građanskim pravima i obavezama" (civil rights and obligations), dok francuski tekst govori o pravima i obavezama "građanskopravne prirode" (droits et obligations de caractere civil). Opširnije o tome vidi, M. Janis, R. Kay, A. Bradley, European Human Rights Law – Texts and Materials, Oxford University Press, 2008, str. 740.

[3] K. Rid, Evropska konvencija o ljudskim pravima, vodič za praktičare, prva knjiga, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava, 2007, str. 85.

[4] N. Mole, C. 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.

[5] Prvobitno su delovali i Evropska komisija za ljudska prava, kao prvostepeni organ, i Evropski sud za ljudska prava, kao drugostepeni. Stupanjem na snagu Protokola 11 uz Konvenciju, 1. novembra 1998. godine, Komisija je ukinuta, a Evropski sud za ljudska prava postao je stalni organ na nivou Saveta Evrope za odlučivanje o primeni Konvencije.

Takvo pravno stanovište Ustavni sud je takođe zauzeo u Odlukama Už - 914/2012 od 15. januara 2015. godine i Už - 3844/2012 od 5. februara 2015. godine.

ZAKONSKI OKVIR

Troškovi parničnog postupka regulisani su u čl. 150-170 Zakona o parničnom postupku ("Službeni glasnik RS", br. 72/11, 42/13,74/13 i 55/14)(u daljem tekstu: ZPP). Zatim, za razmatranje pitanja troškova parnice od pravnog značaja je i Zakon o sudskim taksama ("Službeni glasnik RS", br. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08, 31/09, 101/11, 93/12, 93/14 i 106/15). Ovim zakonom su regulisani troškovi sudskih taksi, a visina sudskih taksi zavisi od vrednosti i vrste predmeta spora. Nagrada i naknada troškova za rad advokata u parnici regulisana je članom 150. stav 2. ZPP, a visina tih troškova regulisana je Tarifom o nagradama i naknadama troškova za rad advokata ("Službeni glasnik RS", broj 121/12). Nagrada i naknada troškova za rad državnog pravobranilaštva propisana je odredbom člana 10. stav 1. Zakona o pravobranilaštvu ("Službeni glasnik RS", broj 55/14). Troškovi veštačenja u parničnom postupku regulisani su odredbom člana 26. Zakona o sudskim veštacima ("Službeni glasnik RS", broj 44/10).

POJAM I VRSTE PARNIČNIH TROŠKOVA

Troškovi parničnog postupka su izdaci koji su učinjeni u toku ili povodom konkretnog parničnog postupka (član 150. stav 1. ZPP). Svako podnošenje tužbe povlači za sobom troškove za sud, za stranke, kao i njihove zastupnike.[6] U najznačajnije troškove parnice spadaju: 1) troškovi sudskih taksi koji se plaćaju prilikom preduzimanja svake procesne radnje (taksa na tužbu, taksa na odgovor na tužbu, taksa na žalbu, taksa na drugostepenu presudu itd.); 2) nagrada i naknada troškova za rad advokata, a koji troškovi predstavljaju najznačajniji deo troškova koja stranka ima u parnici; 3) troškovi veštačenja. Pored navedenih parničnih troškova, postoji i drugi troškovi – troškovi koje je sud imao povodom izlaska iz zgrade za izvršenje uviđaja (član 236. ZPP), troškovi saslušanja svedoka (član 253. stav 2. ZPP), troškovi koje je treće lice imalo u vezi sa podnošenjem isprave (član 244. stav 4. ZPP) itd.

USPEH STRANKE U PARNICI

Stranka koja u celini izgubi parnicu dužna je da protivnoj stranci naknadi troškove (član 153. stav 1. ZPP). Prema osnovnom principu koji se primenju-

[6] A. Jakšić, Građansko procesno pravo, Beograd, 2013, str. 547.

je u materiji troškova parničnog postupka, za pravo stranke na naknadu tih troškova presudan je uspeh koji je stranka postigla u parnici prema protivnoj stranci.[7] Troškovi parnice određuje se, po pravilu, prema vrednosti predmeta spora. Kada tužilac zahteva plaćanje određenog novčanog iznosa, vrednost predmeta spora, jeste novčani iznos koji se potražuje u parnici. Kao posledica navedenog, kada tužilac potražuje visoki novčani iznos, biće i visoki troškovi parnice. Troškovi parničnog postupka se odmeravaju na kraju postupka, u skladu sa uspehom stranaka u sporu. Pravilom koje predviđa obavezu stranke da plati troškove u zavisnosti o svom uspehu u parnici, a koji troškovi se određuju u odnosu na vrednost predmeta spora, postiže se legitiman cilj koji se sastoji u tome da se izbegnu neopravdana parničenja i nerazumno visoki troškovi parničenja, te ovo pravilo treba da odvrati potencijalne tužioce od pokretanja neutemeljenih sporova ili od podnošenja previsokih tužbenih zahteva bez snošenja posledica, čime se osigurava pravilno delovanje pravosudnog sistema i ekonomska zaštita prava drugih.[8]

Procesno pravilo da je stranka, koja u celini izgubi parnicu, dužna da protivnoj stranci naknadi troškove primenjuje se bez obzira na svojstvo stranke u postupku. To znači da "pobednik" u sporu može da bude država, a da je "gubitnik", koji ima obavezu naknade troškova postupka, obično fizičko lice. Na normativnom planu to je potvrđeno odredbom člana 162. ZPP kojom je propisano da se odredbe o troškovima primenjuju i na stranke koje zastupa javno pravobranilaštvo i u tom slučaju troškovi postupka obuhvataju i iznos koji bi se stranci priznao na ime nagrade advokatu. Državno pravobranilaštvo je organ koji obavlja poslove pravne zaštite imovinskih prava i interesa Republike Srbije, autonomne pokrajine, odnosno jedinice lokalne samouprave. Zatim, odredbom člana 10. stav 1. Zakona o pravobranilaštvu je propisano da se troškovi zastupanja u postupcima pred sudom priznaju državnom pravobranilaštvu po propisima o nagradi i naknadi troškova za rad advokata. Dakle, navedene zakonske odredbe advokate i državno pravobranilaštvo, po pitanju parničnih troškova, stavljaju u istu ravan, iako se rad državnog pravobranilaštva finasira iz državnog budžeta i nije obveznik plaćanja poreza na dodatu vrednost, što sa aspekta naknade troškova zastupanja države u određenim situacijama može da ima određeni pravni značaj.

O ovom pravnom pitanju, kada se država pojavljuje kao stranka u postupku koja je uspela u sporu, izjasnio se i Evropski sud za ljudska prava. Po pravnom stanovištu ovog Suda, cilj procesnog pravila da "gubitnik plaća" ne dovodi

[7] N. Petrušić, D. Simonović, Komentar Zakona o parničnom postupku, Beograd, Službeni glasnik, 2011, str. 298.

[8] Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Klauz protiv Republike Hrvatske*, broj predstavke 28963/10, od 18. jula 2013. godine, stav 84.

se u pitanje kada je u parnici stranka država i da se ne može smatrati da država ima neograničene resurse, te bi i država, poput poput privatnih stranaka, takođe, trebala uživati zaštitu od neopravdanih parnica, odnosno da od neuspešne stranke naplati troškove postupka.[9] Ovde se radi o jednom načelnom pravnom stavu Evropskog suda koji se ne primenjuju automatski, što znači da od okolnosti svakog konkretnog slučaja zavisi primena navedenog stava. Tako je Evropski sud za ljudska prava, s obzirom na posebne okolnosti slučaja (naknada štete zbog smrti bliskog lica), te da je iznos troškova parnice bio previsok s obzirom na finansijsku situaciju podnosilaca, utvrdio da odluka parničnog suda da podnosioci plate puni iznos troškova zastupanja države u postupku predstavlja nesrazmeran finansijski teret za njih, te da je stoga došlo do povrede prava na imovinu iz člana 1. Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju i prava na pristup sudu iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije.[10] Pri tome, treba uzeti u obzir i zakonsku zateznu kamatu koja se dosuđuje na iznos troškova parnice.[11]

Kada je reč o troškovima zastupanja države u sudskom postupku, treba napomenuti da ostvareni prihodi u zastupanju predstavljaju prihod Republike Srbije (član 10. stav 2. Zakon o pravobranilaštvu). Dakle, ostvareni troškovi zastupanja države u sudskom postupku se iskazuju kao jedan vid javnog prihoda, kojim se povećava neto imovina države. Ovakva funkcija naknade troškova zastupanja države u sudskom postupku nije u vezi sa zakonskom defincijom parničnih troškova kao izdataka koja je stranka imala u toku ili povodom konkretnog parničnog postupka, kao što je to slučaj sa zastupanjem privatne stranke. Upravo ova zakonska činjenica da ostvareni prihodi u zastupanju države predstavljaju prihod Republike Srbije predstavlja legitimni razlog da se u ZPP ili u nekom merodavnom materijalnom zakonu propiše dodatna norma koja bi predstavljala korektiv u doslednoj primeni odredbe o naknadi punog iznosa troškova zastupanja države u postupku. Tako na primer, u parnicama za naknadu štete zbog smrti bliskog lica ili naročito teškog invalideta nekog lica, kada je država označena kao tužena, zbog osetljivosti i delikatnosti ovih pitanja, razlog pravičnosti nalaže da se tužioci u ovim parnicama po samom zakonu oslobode plaćanja naknada za zastupanje države, nezavisno od uspeha u sporu. Zatim, u parnicama radi naknade štete zbog neosnovanog lišenja slobode, a imajući u vidu da je sloboda pojedinca najvrednije ljudsko dobro koje je garantovano Ustavom (član 27.) i Evropskom kon-

[9] Presuda u predmetu *Klauz protiv Republike Hrvatske*, stav 85.

[10] Presuda u predmetu *Cindrić i Bešlić protiv Republike Hrvatske,* broj predstavke 721527/13, od 6. septembra 2016. godine, st. 110,111. i 123.

[11] Opširnije o tome, M. Blagojević, Troškovi parničnog postupka i zakonska zatezna kamata, Pravni život, 11/2015; Odluka Ustavnog suda Už-9130/2013 od 19. novembra 2015. godine.

vencijom (član 5.), pravično bi bilo da se utvrdi gornja granica visine naknade troškova zastupanja države u parnici, bez obzira na novčani iznos koji se tužbom traži na ime neosnovanog lišenja slobode.

DELIMIČNI USPEH STRANKE U PARNICI

Ako stranka delimično uspe u parnici, sud može s obzirom na postignuti uspeh da odredi da svaka stranka snosi svoje troškove ili da jedna stranka naknadi drugoj srazmeran deo troškova (član 153. stav 2. ZPP). Zakonski pojam "postignuti uspeh" u sporu treba da se odredi na jedan kvantitativan način u smislu da se utvrdi u kom procentu je stranka uspela u sporu, kako bi se što preciznije primenio zakonski kriterijum "naknada drugoj strani srazmeran deo troškova" prilikom odmeravanja troškova parnice. Neprimena navedenog zakonskog kriterijuma odnosno dosuđivanje punog iznosa troškova stranci koja je delimično uspela u parnici ima za posledicu povredu prava na pravično suđenje.[12] U praksi Evropskog suda za ljudska prava, Ustavnog suda, kao i redovnog sudstva, prepoznate su tri izuzetne situacije u kojima postoji mogućnost odstupanja od dosledne primene kriterijuma "naknade srazmernog dela troškova": 1) kada je država stranka u postupu; 2) kada su u pitanju troškovi žalbenog postupka; 3) kada su u pitanju troškovi u parnicama radi naknade nematerijalne štete.

Država kao stranka u parnici. – Kada parnični sud presudom utvrdi da je tužbeni zahtev za naknadu određenog potraživanja protiv tuženog osnovan, ali preterano visok, naložit će tuženom da tužiocu plati naknadu, a tužiocu istovremeno može naložiti da plati troškove postupka tuženom, u smislu člana 153. stav 2. ZPP. U slučaju delimičnog uspeha u sporu, kada tužilac traži previsok novčani iznos, troškovi parnice mogu premašiti novčani iznos dodeljene naknade pa će ukupna finansijska korist biti na strani tuženog bez obzira na to što je utvrđeno da je tužilac pretrpeo gubitak zbog čega mu je naknada i dodeljana. Svrha ovog pravila je zaštita tuženih od tužilaca koji ističu previsoke zahteve (koji su inače osnovani) i time nerazumno povećavaju troškove tuženog. Ovo procesno pravilo se primenjuje i u parnici u kojem je država stranka. Primena navedenog pravila ne izaziva nikakve dileme u praksi kada je reč o sporu između privatnih stranaka. Načelno, primena navedenog procesnog pravila ne izaziva nikakve dileme ni kada je država stranka u parnici, jer država, poput privatnih stranaka, takođe, treba da uživa zaštitu od nerazumno visokih troškovi parničenja, odnosno da od delimično uspešnog tužioca naplati srazmeran deo troškova.

[12] Odluke Ustavnog suda Už-3250/2014 od 16. juna 2016. godine i Už-6699/2015 od 11. aprila 2017. godine.

Međutim, u određenim parnicama, kao što je parnica radi naknade štete koja je prouzrokovana izvršenjem krivičnog dela zlostavljanje od strane službenog lica u toku vršenja službe, značajno smanjenje naknade koja je dodeljena tužiocu kao posledica njegove obaveze plaćanja troškova zastupanja države, predstavlja nesrazmernu procesnu sankciju za isticanje previsokog tužbenog zahteva i u kojoj situaciji dolazi do punog izržaja parodoks da država kroz naplatu naknade za državno pravobranilaštvo uzima znatan deo naknade koja je dodeljena tužiocu, a što sve ukupno ima za posledicu povredu prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske Konvencije.[13]

Nesrazmerna procesna sankcija zbog postavljanja previsokog tužbenog zahteva (smanjenje dodeljene naknade zbog plaćanje troškova zastupanja države) postoji i u situacijama kada postoji neujednačena sudska praksa povodom određenog pravnog pitanja. Na primer, utvrđivanje visine naknade nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode je skopčano sa mnogim teškoćama, pre svega zbog nemogućnosti uspostavljanja stanja pre nastanka ove štete i nemogućnosti njenog novčanog izražavanja, a iz kojih razloga postoji neujednačeno postupanje sudova na teritorije Srbije.[14] U ovoj situaciji tužilac se ne može kriviti zbog postavljanja visoke cene "vrednosti" slobode kada ne postoji ujednačena sudska praksa povodom određivanja visine naknade za neosnovano lišenje slobode. U tom slučaju nije jasno ko bi mogao utvrditi što je to "razumna visina" tužbenog zahteva.

Troškovi žalbenog postupka i delimični uspeh u parnici. – Parnične stranke mogu da traže troškove drugostepenog postupka u žalbi, u odgovoru na žalbu ili najkasnije do završetka rasprave pred većem drugostepenog suda. Delimični uspeh u sporu postoji kada drugostepeni sud po žalbi preinači prvostepenu presudu (kojom je u celosti odbijen tužbeni zahtev), tako što utvrdi postojanje pravnog osnova tužbenog zahteva (da postoji naknada štete, da postoji sticanje bez pravnog osnova, da postoji neosnovan pritvor), ali dosudi niži isnos naknade od naknade koji se potraživao u tužbenom zahtevu. Tužilac je po zakonskoj definiciji delimično uspeo sa svojim tužbenim zahtevom i njemu po zakonu pripada srazmeran deo troškova prvostepenog postupka, ali troškovi žalbenog postupka mu pripadaju u celosti. U ovoj situciji žalba je predstavljala potrebnu parničnu radnju koju je tužilac trebao da preduzme u cilju promene pravnog stanovišta prvostepenog suda i svi troškovi koji su nastali povodom navedene parnične radnje bili su

[13] Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Klauz protiv Republike Hrvatske*, st. 96-97.

[14] S. Dingarac-Nićiforović, Naknada neimovinske štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude, Pravni život, 10/2015, str. 735.

nužni i neophodni i navedena parnična radnja tužioca dovela je do željenog procesnog cilja u smislu da je drugostepeni sud zauzeo sasvim drugačije pravno stanovište u odnosu na prvostepeni sud, te razlog pravičnosti nalaže dosuđenje troškova žalbenog postupka u celini. U ovoj situaciji tužilac iako nije u potpunosti uspeo u svom tužbenom zahtevu, on je uspeo u žalbenom postupku u smislu da je došlo do zauzimanja drugačijeg pravnog stanovišta od strane drugostepenog suda. Uspeh u sporu predstavlja jedini merodavni zakonski momenat kada su u pitanju troškovi prvostepenog postupka, ali kada su u pitanju troškovi žalbenog postupka merodavna okolnost je i uspeh u žalbenom postupku.[15]

Parnica radi naknade nematerijalne štete i delimični uspeh u sporu. – U sporu za naknadu nematerijalne štete, sud, pored pravne ocene o osnovanosti postavljenog zahteva, daje i ocenu o naknadi, imajući u vidu da njena visina zavisi od okolnosti pobrojanih u članu 200. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima (značaj povređenog dobra, cilj kome služi ta naknada, da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom). Stoga, kako ne postoje unapred utvrđeni objektivni parametri za određivanje pravične novčane naknade, sud je taj koji daje konačnu ocenu o novčanom iznosu koji u određenom slučaju može poslužiti kao vid satisfakcije zbog povrede nekog nematerijalnog dobra. Tužilac, dakle, ni kod iniciranja parničnog postupka, a ni u toku njegovog trajanja, ne može anticipirati pravnu ocenu suda o visini naknade nematerijalne štete, ali je ipak dužan da određeni novčani iznos označi u tužbi, kako bi se tužba smatrala urednom. Stoga, dosledna primene odredba člana 153. stav 2. ZPP (naknada troškova postupka srazmerno uspehu u sporu) u parnici radi naknade nematerijalne štete suštinski se narušava pravičnost parničnog postupka.[16]

OPREDELJENOST ZAHTEVA ZA NAKNADU TROŠKOVA PARNICE

Ostvarivanje prava na troškove parnice spada u dispozitivnu parničnu radnju stranke u postupku, tj. sud ne odlučuje o naknadi troškova postupka ex officio. Za priznavanje navedenog prava potrebno je da stranka podnese zahtev (član 163. stav 1. ZPP). Taj zahtev mora biti opredeljen. Princip opredeljenosti zahteva za naknadu troškova podrazumeva da je stranka dužna da u zahtevu opredeli vrstu i iznos troškova za koje traži naknadu (član 163. stav 2. ZPP).[17] U navedenom smislu, nije dovoljno opredeljen zahtev stranke ako stranka traži da joj se troškovi

[15] Odluka Ustavnog suda Už-6699/2015 od 11. aprila 2017. godine.

[16] Odluka Ustavnog suda Už-583/2014 od 6. oktobra 2016. godine.

[17] O tome vidi i Odluku Ustavnog suda Už - 1179/2009 od 31. marta 2011. godine.

dosude po advokatskoj i taksenoj tarifi ili ako traži troškove postupka za sva održana ročišta, za sva neodržana ročišta ili za svaki pisani podnesak.

Kako bi ostvarila svoje pravo na troškove postupka na zakonom propisani način, parnična stranka, po pravilu, do zaključunje glavne rasprave pred prvostepenim sudom podnosi pisani jedinstveni, objedenjeni, troškovnik. Međutim, parnična stranka ima mogućnost da označi iznos parničnog troška prilikom preduzimanja svake procesne radnje koja trošak izaziva. Ovakav zahtev je opredeljen u smislu člana 163. stav 2. ZPP i sud ga morati uzeti u obzir prilikom donošenja odluke o troškovima parničnog postupka, iako parnična stranka do zaključenja glavne rasprave nije predala jedinstven, objedinjeni troškovnik.[18]

Parnična stranka koja teži da ostvari svoje pravo na naknadu troškova postupka dužna je da svoje ponašanje uskladi sa postojećim imperativnim procesnim pravilima, a to je podnošenje opredeljenog zahteva za naknadu troškova postupka najkasnije do završetka raspravljanja koje prethodi odlučivanju o troškovima, u kom slučaju na njenoj strani postoji legitimno očekivanje da će troškove postupka i ostvariti. Odbijanje zahteva za naknadu troškova postupka sa obrazloženjem da parnična stranka nije podnela navedeni zahtev, iako je očigledno i nesumnjivo da je takav zahtev u spisu predmeta podnet, predstavlja "očiglednu grešku" suda koja dovodi u sumnju pravičnost postupka.[19] Propust Ustavnog suda da otkloni ovakvu "očiglednu grešku" redovnog suda (previd da je podnet zahtev za naknadu troškova postupka) ima za posledicu povredu prava aplikanta na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije.[20]

Problem u sudskoj praksi, takođe, nastaje kada postoji razlika između zapisnički konstatovane činjenice da je stranka troškovnik predala u spisima predmeta i faktičkog, stvarnog stanja, da se u spisima ne nalazi takav troškovnik. Kada je reč o zapisniku o glavnoj raspravi, navedena isprava ima sve elemente javne isprave koji su predviđeni u članu 230. ZPP i predstavlja dokaz o izvršenim procesnim radnjama suda, stranaka i drugih učesnika u postupku. Obaveza urednog vođenja zapisnika i spisa predmeta je na strani suda, a zakonska je pretpostavka da je sadržina zapisnika, kao javne isprave, istinita. Imajući navedeno, sama činjenica da se u spisima predmeta fizički ne nalazi troškovnik, a u zapisniku o glavnoj raspravi je konstatovano da je troškovnik predat, ne predstavlja razlog za odbijanje zahteva za naknadu troškova postupka, u suprotnom, postoji povreda prava

[18] J. Vukanović, Neka sporna pitanja u vezi sa obračunom i dosuđivanjem troškova parničnog postupka, Bilten Vrhovnog kasacionog suda, 4/2014, str. 178.

[19] Odluka Ustavnog suda Už-914/2012 od 15. januara 2015. godine.

[20] Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Pavlović i drugi protiv Republike Hrvatske,* broj predstavke 13274/11, od 2. aprila 2015. godine.

na pravično suđenje.[21] Eventualni propust suda u pogledu urednog vođenja spisa predmeta ne može biti na štetu stranke jer je na strani suda obaveza da se stara o urednom vođenju spisa predmeta.

PREKLUZIVNI PROCESNI ROK ZA PODNOŠENJE ZAHTEVA ZA NAKNADU TROŠKOVA PARNICE

Zahtev za naknadu troškova stranka je dužna da podnese najkasnije do završetka raspravljanja koje prethodi odlučivanju o troškovima (163. stav 3. ZPP). Ova imperativna procesna norma je jasna i precizna, te ne ostavlja nikakve dileme u njenom tumačenju i primeni i ona obavezuje kako sud tako i parnične stranke. Radi se o jednom procesnom roku čije je trajanje izričito određeno zakonom, pa ni sud ni stranke ne mogu menjati ovaj zakonski rok. Iz same sadržine odrednice "najkasnije do završetka raspravljanja koje prethodi odlučivanju o troškovima" proizlazi da je ZPP odredio poslednji procesni trenutak do kada se može podneti zahtev za naknadu troškova, a sama je stranka ovlašćena da podnese predmetni zahtev u bilo kojoj fazi prvostepenog postupka, a najkasnije do navedenog procesnog momenta.[22] Po pravilu, parnične stranke predaju jedinstveni troškovnik na poslednjem ročištu za glavnu raspravu, ali ako takvog podneska nema, sud je dužan da uzme u obzir eventualno ranije podnete jedinstvene troškovnike ili eventualno pojedinačno opredeljene zahteve za svaku procesnu radnju. Propust suda da to učini, po stanovištu Ustavnog suda, dovodi do povrede prava na pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava.[23]

Ostavljajući jednoj stranci naknadni sudski rok (od tri dana od dana zaključenja glavne rasprave) za predaju troškovnika, parnični sud nezakonito produžava zakonski prekluzivni rok za podnošenje zahteva za naknadu troškova postupka. Takvo postupanje suda je protivno imperativnoj zakonskoj normi. Na ovaj način se jednoj od stranaka u postupku (koja je pobedila u sporu) daje više prava od prava koje joj po zakonu pripada – da zahtev koji nije blagovremeno istakla u zakonom predviđenom roku podnese u naknadno ostavljenom sudskom roku. Omogućavanje parničnoj stranci da preduzme ovu procesnu radnju po isteku zakonskog roka, narušava se procesna ravnopravnost stranaka u postupku, a time i pravičnost postupka.[24]

[21] Odluka Ustavnog suda Už-7784/2013 od 13. januara 2016. godine.

[22] Odluka Ustavnog suda Už-7887/2013 od 10. decembra 2015. godine.

[23] Odluka Ustavnog suda Už-9055/2013 od 14. aprila 2016. godine.

[24] Odluka Ustavnog suda Už-8544/2014 od 7. jula 2016. godine. Postoje i takvi propusti suda u primeni procesnih rokova koji nemaju za posledicu davanje više prava od prava koja stranka

TROŠKOVI PARNICE I PRAVO NA OBRAZLOŽENU ODLUKU

Pravo na obrazloženu sudsku odluku, iako nije izričito garantovano članom 32. stav 1. Ustava, predstavlja sastavni deo prava na pravično suđenje. Obim dužnosti davanja obrazloženja može da varira u zavisnosti od prirode odluke i mora da bude određen u svetlu okolnosti slučaja. Prilikom ocene da li su ispunjeni standardi prava na pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava, neophodno je sagledati da li je sud pravnog leka ispitao odlučna pitanja koja su pred njega izneta ili se zadovoljio pukim potvrđivanjem odluka nižeg suda.[25]

Troškovi parničičnog postupka predstavljaju sporedno potraživanje u parnici što se manifestiju i u obrazloženju odluke o troškovima parnice u smislu da se navedena odluka svodi na mehaničko nabrajanje parničnih radnji za koje se priznaju troškovi postupka i to sve u jednom pasusu, što je, sa aspekta standarda obrazloženosti odluke, sasvim dovoljno. Međutim, sama činjenica da se radi o jednom sporednom potraživanju i da se obrazlaganje odluke o troškovima svodi na nabrajanje parničnih radnji za koje se priznaju troškovi postupka, ne isključuje obavezu parničnog žalbenog suda da odgovori na pravno relevantne žalbene navode parnične stranke koji se odnose na troškove postupka (npr. zašto nisu priznati određeni parnični troškovi stranci ili zašto su suprotnoj strani priznati određeni troškovi koji nisu bili nužni i neophodni u konkretnom slučaju). Nije retka situacija, da je parnična presuda u pogledu glavne stvari obrazložena, sa aspekta prava prava na pravično suđenje, ali da je odluka o troškovima postupka neobrazložena, što ima za posledicu poništenje parnične presude samo u pogledu odluke o troškovima postupka, dok se ustavna žalba protiv sudske presude u pogledu glavne stvari odbacuje. Paradoksalno je da je jedan od najčešćih razloga za utvrđenje povrede prava na pravično suđenje odlukom o parničnim troškovima upravo neobrazloženost navedene odluke.[26]

PLAĆANJE SUDSKIH TAKSI I PRAVO NA PRISTUP SUDU

Pravo na pristup sudu, iako nije eksplicitno naznačeno prilikom normiranja ustavnog prava na pravično suđenje, čini njegov imanentni i neodvojivi deo, kao

po zakonu ima, kao što je npr. slučaj kada je u pouci o pravnom leku greškom naveden duži rok za izjavljivanje pravnog leka od zakonom predviđenog, jer stranka ima pravo na izjavljivanje pravnog leka te bi odbacivanje pravnog leka kao neblagovremenog bilo na očiglednu štetu njegovog podnosioca (Odluka Ustavnog suda Už. 8709/2014 od 9. juna 2014. godine).

[25] Odluka Ustavnog suda Už-3187/2010 od 11. decembra 2013. godine.

[26] Odluke Ustavnog suda Už-1285/2011 od 21. maja 2014. godine, Už-6393/2013 od 30. juna 2016. godine, Už-7975/2014 od 15. septembra 2016. godine i Už-8996/2014 od 24. marta 2017. godine.

nužni uslov da bi se ovo pravo uopšte moglo ostvariti. Ovo zato, jer ako se stranci onemogući raspravljanje i odlučivanje pred sudom o postavljenom zahtevu, svi ostali elementi složenog i višeslojnog prava na pravično suđenje, postaju iluzorni i apstraktni, odnosno bespredmetni. Međutim, pravo na pristup sudu nije apsolutno pravo i može biti predmet zakonskih ograničenja.[27] Takvo ograničenje prava pristupa sudu može biti finansijske prirode. Plaćanje sudskih taksi, kao finansijski uslov, za pokretanje parničnog postupka ili za pokretanje pojedinih faza parničnog postupka - žalbenog ili revizijskog, je, načelno, u skladu sa standardima pravičnog suđenja. Interes za pravičnim sprovođenjem pravde može opravdati nametanje finansijskih ograničenja pravu pristupa pojedinci sudu.[28]

Unapred obligatorno plaćanje sudskih taksi ima za pravni cilj da se podigne nivo procesne discipline parničnih stranaka u smislu da se za sudsko rešavanje spora opredeljuju samo one stranke čija su prava ozbiljno i stvarno povređena ili ugrožena, pri čemu se smanjuje mogućnost pokretanje parnice ili pojedinih faza (žalbenog ili revizijskog) isključivo u cilju šikaniranja suprotne stranke ili prolongiranja parnice. Time se istovremeno pojedinci u većem stepenu opredeljuju da manje složene sporove ili sporove manjeg značaja ("nesporazume") rešavaju vansudskim putem aktiviranjem mehanizama alteranativnog rešavanja sporova (na primer: medijacija). Takođe, time se ostvaruje ekonomski cilj, urednim i blagovremenim plaćanjem sudskih taski finasira se prvosudni sistem i povećava se nivo javnih prihoda i time se izbegava potreba da se angažuju drugi državni organi (Poreski organ) ili izvršitelji radi prinudne naplate novčanog iznosa na ime sudskih taksi ako stranka nije dobrovoljno platila sudsku taksu u zakonom propisanom roku.

Međutim, visoki novčani iznos na ime plaćanja sudskih taksi, a uzimajući u obzir sposobnost podnosioca da plati takvu sudsku taksu i fazu postupka u kojoj mora da izmiri ovu finansijsku obavezu, može otvoriti pitanje prava na pristup sudu. Evropski sud za ljudska prava primenjuje strože standarde kada je reč o plaćanju sudske takse za samo pokretanje parnice. Kada je podnosiocu predstavke naloženo da plati 100 miliona PLZ, što je predstavljalo prosečnu jednogodišnju platu u Poljskoj, kako bio mogao da pokrene parnicu, Evropski sud za ljudska prava je utvrdio da je takav iznos bio nesrazmeran, pri čemu je redovni sud propustio da utvrdi da li je podnosilac bio u mogućnosti da plati taj iznos, zbog čega je podnosilac lišen mogućnosti pristupa prvostepenom sudu.[29] Evropski sud

[27] Odluka Ustavnog suda Už-7197/2013 od 21. aprila 2016. godine.

[28] Presuda u predmetu Evropskog suda za ljudska prava *Tolstoy-Miloslavsky protiv Ujedinjenog Kraljevstva,* Serija A broj 316-B, od 13. jula 1995. godine, stav 61.

[29] Presuda u predmetu *Kreuz protiv Poljske,* broj predstavke 28249/95, od 19. juna 2001.

za ljudska prava je utvrdio i povredu prava na pristup Vrhovnom sudu, zbog sudskog naloga da se plati taksa za podnošenje vanrednog pravnog sredstva, a čije je neplaćanje predstavljalo smetnju za pokretanje postupka pred najvišim sudom.[30]

U našem pravosudnom sistemu nedovoljno plaćena ili neplaćena taksa ne zadržava tok sudskog postupka (član 7. stav 1. Zakona o sudskim taksama). Ovakvo rešenje u našem zakonodavstvu i praksa redovnih sudova u pogledu navedenog pitanja je svakako izuzetno povoljno za parnične stranke, te se u tom kontekstu ne postavlja pitanje prava na pristup sudu. Zbog ovakvog rešenja naš pravosudni sistem se suočava sa problemom neredovnog i neblagovremenog plaćanja sudskih taksi, zbog čega se često angažuju izvršitelji (ranije Poreska uprava) radi prinudne naplate sudske takse, a koja naplata se ne retko završava neuspešno zbog njene zastarelosti. Naplata takse zastareva u roku od tri godine po isteku kalendarske godine u kojoj je nastala taksena obaveza (član 8. Zakona o sudskim taksama). Ovaj problem izaziva još jednu dilemu da li stranci koja je pobedila u sporu treba priznati pravo na naknadu troškova postupka na ime vrednosti sudske takse koja je dospela za naplatu, a nije plaćena do zaključenja glavne rasprave. Naime, odredbom člana 150. stav 1. ZPP propisan je pojam troškova parničnog postupka kao izdataka koji su učinjeni u toku ili povodom konkretnog parničnog postupka, a sudska taksa koja je dospela a nije plaćena nije izdatak parničnoj stranci koje je pobedila u sporu, pri čemu sud odlučuje prema stanju materijalno pravnog odnosa u vreme zaključenja glavne rasprave te nema razumnog opravdanja da se nenaplaćena a do tada dospela taksena obaveza uračuna u vrednost dosuđene naknade troškova postupka.[31]

Po stanovištu Ustavnog suda parničnoj stranci koja je pobedila u sporu pripadaju troškovi postupka i na ime vrednosti dospelih a neplaćenih sudskih taksi, s obzirom na to da je sudska taksa zakonska obaveza koja mora da se plati i sud je dužan da do zaključenja glavne rasprave traži uplatu čak i one sudske takse za koju do tog momenta nije ni nastala obaveza plaćanja (npr. za prvostepenu sudsku odluku koja nije doneta ni objavljena), jer se zna da će postojati i da se zbog toga radi o nužnim troškovima, a suprotno postupanje redovnog suda ima za posledicu povredu prava na pravično suđenje.[32] Kako je pravo na pravnu zaštitu javnopravne prirode, tako je i obaveza titulara prema državi da plate sudske takse,

[30] Presuda u predmetu *Mogielnicki protiv Poljske,* broj predstavke 42689/09, od 15. septembra 2015. godine.

[31] B. Živković, Obaveza plaćanja sudske takse i naknada parničnih troškova, Pravni informator, 9/2015, str. 61.

[32] Odluke Ustavnog suda Už-8719/2012 od 26. februara 2015. godine i Už-8339/13 od 19. novembra 2015. godine.

takođe, javnopravne prirode.[33] Samim tim, na državi je prvenstvena odgovornost da se stara da preko svojih ustanovljenih mehanizama naplati svoje prihode.

ZAKLJUČAK

Odluka o troškovima parničnog postupka predstavlja akt kojim se odlučuje o pravima i obavezama stranaka u postupku, samim tim ovim aktom može se povrediti pravo na pravično suđenje. Do povrede navedenog ustavnog i konvencijskog prava može doći zbog "očigledne greške suda", neobrazloženosti odluke o troškovima, proizvoljne primene imperativnih procesnih normi, a do povrede navedenog prava može doći zbog nametanja obaveze privatnoj stranci da plati nesrazmerni visoki novčani iznos na ime troškova zastupanja države, što prouzrokuje povredu prava na pristup sudu. Pojedine presude koje je doneo Evropski sud za ljudska prava povodom troškova postupka mogu da predstavljaju razlog za izmenu i dopunu ZPP, u smislu da se propiše nova zakonska norma zasnovana na razlogu pravičnosti koja bi, izuzetno, sprečila doslednu primenu nekih odredbi o troškovima postupka u situacijama u kojima bi primena takvih odredbi bila očigledno nepravična i nepravedna na štetu fizičkog lica a u korist države.

BESFORT RAMADANI
Senior Legal Advisor, Constitutional Court

DECISION ON COSTS OF LITIGATION AS A BASIS OF BREACH OF RIGHT TO A FAIR TRIAL

Summary

The decision on the costs of litigation is an act that decides on the rights and obligations of the parties in the proceedings, therefore, this act may violate the right to a fair trial. The violation of the above mentioned constitutional and convention right may be due to the "manifest error of the court", the unreasoned court decision on costs, the arbitrary application of imperative procedural norms, and the violation of this right may occur due to imposing an obligation on the private party to pay disproportionate high amount costs of representation of the state, causing a violation of the right to access to the court. Certain judgments European Court of Human Rights on the costs of the proceedings may constitute a reason for amending the ZPP, in the sense that a new legal norm based on the cause of justice is prescribed, which would, exceptionally, preclude the consistent application of certain provisions on the costs of the proceedings in situations in which the application of such provisions would be manifestly unfair to the detriment of a natural person and for the benefit of the state.

[33] A. Jakšić, *op.cit.*, str. 548.

NATAŠA STOJANOVIĆ,
IVANA EVTIMOV

ULOGA JAVNIH BELEŽNIKA U PORODIČNOPRAVNIM STVARIMA U REPUBLICI SRBIJI

– Sa posebnim osvrtom na javnobeležničku praksu –

UVOD

Izvornim tekstom Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije[1] bio je stipulisan relativno širok spektar zaduženja javnih beležnika (notara) u porodičnopravnim stvarima. Naime, oni su bili ovlašćeni da u formi javnobeležničkog zapisa, kao obaveznoj formi, sastavljaju ugovore kojim se uređuju imovinski i lično-imovinski odnosi između supružnika i vanbračnih partnera, zatim pravne poslove kojim se obećava poklon i poklon za slučaj smrti, nezavisno od toga ko su strane ugovornice, te ugovore kojim se raspolaže nepokretnostima poslovno nesposobnih lica.[2] Osim toga, u nadležnost javnog beležnika spadalo je, ali samo kao mogućnost, sastavljanje, u formi javnobeležničkog zapisa, izjave o priznanju očinstva i izjave o saglasnosti sa priznatim očinstvom, te izjave o pristanku na po-

---

Dr Nataša Stojanović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Ivana Evtimov, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2013–2018. godine.

[1] "Službeni glasnik RS", br. 31/2011. Ovaj zakonski tekst je, inače, do sada, više puta menjan i dopunjavan. U tom pravcu videti: "Službeni glasnik RS", br. 85/2012, 19/2013, 55/2014 – drugi zakon, 93/2014 – drugi zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

[2] Videti: čl. 82, st. 1, tač. 1–5 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

stupak začeća uz biomedicinsku pomoć, kao i ugovora o raspolaganju nepokretnostima svih poslovno sposobnih lica i ugovora o raspolaganju pokretnim stvarima ili pravima, nezavisno od toga ko su njegove ugovorne strane.[3]

Izmene i dopune Zakona o javnom beležništvu, izvršene 2015. godine, ali i Porodičnog zakona[4] u to isto vreme, unekoliko su promenile pravni volumen nadležnosti javnih beležnika u uređenju porodičnopravnih odnosa. Naime, sada, prema noveliranom Zakonu o javnom beležništvu, u formi javnobeležničkog zapisa mora da se sastavlja sporazum o zakonskom izdržavanju između ovlašćenih lica i ugovor kojim se raspolaže nepokretnostima poslovno nesposobnih subjekata, dok se za ugovor o raspolaganju nepokretnostima poslovno sposobnih lica predviđa forma javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave.[5] Novelirani Porodični zakon, osim sačinjavanja sporazuma o izdržavanju između supružnika, vanbračnih partnera ili srodnika u formi javnobeležničkog zapisa, stipuliše da je notar ovlašćen da u formi javnobeležnički potvrđene isprave sastavlja: bračni ugovor, ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom i sporazum o deobi zajednički stečene imovine supružnika, vanbračnih partnera ili članova porodične zajednice.[6] Nijedan od izmenjenih zakonskih tekstova ne sadrži rešenje u koju formu mora biti "zaodenuta" izjava o priznanju očinstva, data pred javnim beležnikom,[7] a mogućnost davanja pristanka na postupak biomedicinski potpomognute oplodnje više se i ne spominje.

Predmet naše pažnje jeste postupanje javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima i normativni okvir njihovog delovanja u Republici Srbiji. Radi celovitog sagledavanja ove problematike, osim analize odgovarajućih propisa i konsultovanja pravne literature, autorke su, od početka marta do kraja jula 2017. godine, sprovele empirijsko istraživanje u javnobeležničkim kancelarijama na području Vranja, Pirota, Prokuplja, Aleksinca i delom Niša,[8] za period od 1. septembra 2014. godine do 1. marta 2017. godine.[9] Istraživanje je obavljeno sa ciljem da se

[3] Videti: čl. 83, st. 1, tač. 1–2 i 10–11 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

[4] "Službeni glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011 – drugi zakon i 6/2015.

[5] Videti: čl. 82, st. 1–2 i čl. 93, st. 2, tač. 1 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

[6] Videti: čl. 161, st. 2, čl. 179, st. 2, čl. 188, st. 2 i čl. 189, st. 5 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[7] Videti: čl. 51, st. 1 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[8] Istraživanje na teritoriji grada Niša nije sprovedeno u potpunosti, budući da se dva javna beležnika nisu odazvala našoj molbi i nisu popunila anketni list, pripremljen u svrhu istraživanja.

[9] Ovim putem izražavamo veliku zahvalnost: Aleti Stojanović i Danilu Dozetu, javnim beležnicima za područje grada Niša, Oliveri Stamenović, i Mileni Stanković, javnim beležnicima za područje grada Vranja, Đorđu Petroviću, javnom beležniku za područje grada Pirota, Dejanu Miladinoviću, javnom beležniku za područje opštine Prokuplje i Draganu Nešiću, javnom beležniku za

ispita i utvrdi da li su i, ako jesu, u kojoj meri su ovlašćenja javnih beležnika u ovoj materiji primenjena u javnobeležničkoj praksi, i da se identifikuju problemi koji prate primenu odgovarajućih zakonskih rešenja, kako bi se ukazalo na potrebu njihovog eventualnog upodobljavanja socijalnom realitetu.

PRIZNANJE VANBRAČNOG OČINSTVA

Porodični zakon Republike Srbije stipuliše da se očinstvo deteta rođenog van braka može utvrđivati na dva načina: priznanjem očinstva i istraživanjem očinstva u sudskom postupku.[10]

Naša pažnja je fokusirana na izjavu o priznanju očinstva koju može dati muškarac sa navršenih 16 godina života, koji je pritom sposoban da shvati smisao i pravne posledice davanja takve izjave.[11] Da bi data izjava o priznanju očinstva dobila punu potvrdu u pravnom prometu mora da se sa njom saglase majka deteta, ako je navršila 16 godina života i sposobna je za rasuđivanje i/ili dete koje se priznaje, koje pritom mora da ispuni iste uslove koje zakon postavlja i za njegovu majku.[12] Slovo zakona, takođe, predviđa da u slučaju da ni majka, a ni dete ne mogu da daju saglasnost, onda takvu izjavu daje staratelj deteta uz prethodnu saglasnost organa starateljstva.[13]

Izmene i dopune Porodičnog zakona, izvršene 2015. godine, u odnosu na izvornu verziju ovog zakonskog teksta propisuju da očinstvo može biti priznato, osim pred matičarem, organom starateljstva ili sudom i pred javnim beležnikom.[14]

Dakle, evidentno je da je proširen spektar mogućnosti za muškarca koji želi da prizna dete za svoje, čime se olakašava njegovo delovanje na tom polju i još u većoj meri poštuje princip najboljeg interesa deteta.[15] Ono što će u praksi stvarati dilemu i biti povod za različito postupanje javnih beležnika jeste koju vrstu isprave javni beležnik mora da sastavi kada prima izjavu o priznanju očinstva? Osim toga, nejasno je da li je javni beležnik nadležan da primi izjavu kojom se majka i/

---

područje opštine Aleksinac, koji su iskazali veliki profesionalizam i kolegijalnost, popunjavanjem anketnog lista, i pružili nam značajnu pomoć tokom istraživanja.

[10] Videti: čl. 45, st. 4 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[11] Videti: čl. 46 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[12] Videti: čl. 48, st. 1 i čl. 49, st. 1 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[13] Videti: čl. 50 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[14] Videti: čl. 51, st. 1 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[15] Tako i: O. Cvejić-Jančić, Reforma porodičnog prava Srbije, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine,* br. 1–2/2006, str. 10.

ili dete saglašava sa datom izjavom o priznanju očinstva, budući da novelirani Porodični zakon o tome ništa ne propisuje, a odgovarajuća odredba Zakona o javnom beležništvu brisana je izmenama i dopunama ovog zakonskog teksta, izvršenim 2015. godine.

Interes pravne sigurnosti i istovetnost postupanja javnih beležnika u postupcima priznanja očinstva nalažu da se ove uočene praznine popune odgovarajućim rešenjima. Predlažemo da, zbog važnosti za pravni promet same izjave o priznanju očinstva, ona ima formu javnobeležničkog zapisa. U skladu sa tim, prihvatljivo je i da izjavu o saglasnosti majke i/ili deteta sa priznatim očinstvom prima javni beležnik i da ona, isto tako, ima formu javnobeležničkog zapisa.

Sprovedeno istraživanje javnobeležničke prakse u zadatom periodu pokazuje da notari nisu imali nijedan slučaj utvrđivanja očinstva priznanjem.

PRISTANAK NA POSTUPAK BIOMEDICINSKI POTPOMOGNUTE OPLODNJE

Porodični zakon Republike Srbije, u sklopu trećeg dela posvećenog odnosu dece i roditelja, izvestan prostor daje materinstvu i očinstvu deteta koje je začeto u postupku biomedicinski potpomognute oplodnje.[16]

Srpski zakonodavac za dete začeto ovim putem stipuliše da se njegovom majkom smatra žena koja ga je rodila. Istim članom reguliše se i pravni status žene koja je darovala jajnu ćeliju u postupku začeća deteta uz biomedicinsku pomoć, zabranom utvrđivanja njenog materinstva.[17]

Ocem deteta koje je začeto u postupku biomedicinski potpomognute oplodnje smatra se muškarac ili vanbračni partner žene koja je rodila dete. Uslov je da taj muškarac pristane, u pisanoj formi, na začeće uz biomedicinsku pomoć. U suprotnom, očinstvo deteta začetog uz biomedicinsku pomoć može se osporavati, kao i što se može osporavati očinstvo, ako do začeća nije došlo u postupku biomedicinski potpomognute oplodnje.[18] I ovaj član normira pravni status muškarca koji je darovao semene ćelije prema tako začetom detetu, zabranom utvrđivanja njegovog očinstva.[19]

Ono što se na prvo čitanje ovih odredaba može uočiti jesu određene nedoslednosti. Naime, Porodični zakon ne propisuje za ženu koja je rodila dete, začeto uz biomedicinsku pomoć, kao za oca tog deteta, davanje pristanka na biomedicinski potpomognutu oplodnju, što je u suprotnosti sa načelom slobode

[16] Videti: čl. 57–58 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[17] Videti: čl. 57 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[18] Videti: čl. 58, st. 1–4 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[19] Videti: čl. 58, st. 2 Porodičnog zakona Republike Srbije.

odlučivanja, na čemu insistira Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Republike Srbije.[20] Takođe, Porodični zakon, u slučaju začeća deteta uz biomedicinsku pomoć, ne zahteva, kao u slučaju prirodnog začeća, da dete bude rođeno u braku ili najkasnije 300 dana od prestanka braka, da bi se muž majke smatrao ocem deteta, pod uslovom da je brak prestao smrću muža i ako majka nije sklopila brak u tom periodu.[21]

Kako je već rečeno, u odnosu na izvornu verziju Zakona o javnom beležništvu, koja je sadržavala pravilo da izjava o pristanku na začeće deteta uz biomedicinsku pomoć može imati formu javnobeležničkog zapisa, izmene i dopune ovog zakonskog teksta, izvršene 2015. godine, brišu takvo rešenje. Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji predviđa da svi subjekti koji se podvrgavaju postupku biomedicinski potpomognute oplodnje moraju da daju pristanak u pisanoj formi, i to za svaki postupak posebno.[22] Isto važi i za davaoca reproduktivnih ćelija, odnosno davaoce embriona, s tim što za njih pomenuti zakonski tekst predviđa da se ova lica izjašnjavaju, opet u pisanoj formi, pred za to ovlašćenim zdravstvenim radnikom u Banci reproduktivnih ćelija, tkiva i embriona ili u Centru za biomedicinski potpomognutu oplodnju.[23]

Ono što je nejasno, da li i lica koja se podvrgavaju postupku biomedicinski potpomognute oplodnje svoj pristanak na začeće uz biomedicinsku pomoć daju pred istim zdravstvenim radnikom ili je dovoljan samo pisani pristanak, nezavisno od toga ko ga prima, i da li je potrebno da potpis na tom pristanku javni beležnik overi?[24] [25] Smatramo da se ovakva nedorečenost slova zakona može široko i različito interpretirati i samim tim primeniti u praksi, te da je stoga opravdano i potrebno izvršiti potrebne izmene Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

---

[20] Videti: čl. 27, u vezi sa čl. 9 Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 40/2017).

[21] Videti: čl. 45, st. 2 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[22] Videti: čl. 27, st. 1 i 2 Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Republike Srbije.

[23] Videti: čl. 38, st. 1– Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Republike Srbije.

[24] U Hrvatskoj i Makedoniji za donatore reproduktivnih ćelija zahteva se njihova pisana saglasnost, dok za donatore embriona saglasnost u pisanoj formi koju overava javni beležnik. Videti: čl. 19, st. 1–2 Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 86/2012) i čl. 15, st. 1 i 2 Zakona o biomedicinski potpomogunotoj oplodnji Republike Makedonije (Zakon za biomedicinsko potpomognato oploduvanje, "Služben vesnik na RM", br. 37/2008, br. 149/2014, 192/2015 i 37/2016).

[25] Budući da makedonsko pravo reguliše kao poseban postupak medicinski potpomognute oplodnje, surogat materinstva, za subjekte koji koji učestvuju u ovom postupku zahteva se, kako pisana saglasnost bračnog para koji se podvrgava ovom postupku, tako i pisana saglasnost surogat majke koje overava notar. Videti: čl. 12b, st. 1 i 2 Zakona o biomedicinski potpomogunotoj oplodnji Republike Makedonije.

U odnosu na praksu javnih beležnika grada Vranja, gde je zabeleženo pet slučajeva davanja pristanka na biomedicinski potpomognutu oplodnju, drugi javni beležnici koji su učestvovali u istraživanju, nisu u svom radu imali iskustva sa davanjem pristanka na postupak biomedicinski potpomognute oplodnje. Među anketiranim javnim beležnicima, međutim, nije bilo jedinstvenog gledanja o tome koju formu mora da ima pristanak na postupak začeća uz biomedicinsku pomoć, što se može pripisati nedovoljno određenoj formulaciji izvornog teksta Zakona o javnom beležništvu da izjava o pristanku na postupak biomedicinski potpomognute oplodnje može imati (ne da mora imati, *primedba autora*) formu javnobeležničkog zapisa, a pritom se ne stipuliše u kom još obliku ova izjava može biti data, odnosno sada nedovoljno preciznoj odredbi, sadržanoj u Zakonu o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, koja predviđa za lica koja se podvrgavaju postupku biomedicinski potpomognute oplodnje da moraju dati pisani pristanak.

SPORAZUMNI RAZVOD BRAKA

Porodični zakon Republike Srbije, u sklopu mogućih načina prestanka braka, propisuje da supružnici mogu da se razvedu sporazumno ili ukoliko jedan od supružnika pokrene postupak za razvod braka tužbom.[26]

Domaći legislator, za razliku od zakonodavstava nekih drugih država,[27] dozvoljava sporazumni razvod braka i supružnicima koji imaju zajedničku maloletnu decu ili punoletnu decu nad kojom je produženo roditeljsko pravo. Potrebno je da roditelji postignu dogovor o vršenju roditeljskog prava i podeli zajednički stečene imovine. Pritom, sporazum o vršenju roditeljskog prava može imati dva modaliteta: sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava i sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava.[28]

Iako bi, čini se, budući da su supružnici postigli saglasnost o svim relevantnim aspektima prestanka braka više bilo mesta da njihovu zajedničku odluku o razvodu potvrdi u vanparničnom postupku nadležni sud, srpski zakonodavac i za ovaj način prestanka braka propisuje parničnu proceduru.[29] [30] Pri tom, za sudije

[26] Videti: čl. 40–41 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[27] U pravu Republike Srpske, recimo, sporazumni razvod braka moguć je samo ako supružnici nemaju zajedničku maloletnu biološku ili usvojenu decu ili, pak, punoletnu decu nad kojom je produženo roditeljskog pravo. Videti: čl. 55, st. 1 Porodičnog zakona Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014).

[28] Videti: čl. 40, st. 2 i 3 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[29] Videti: čl. 210 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[30] Tako i: M. Dika, "Ivanparnična" i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika – *de lege lata i de lege ferenda, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu,* 59 (6), 1153–1177 (2009), Pravni fakultet, Zagreb, str. 1158.

koji postupaju u svim porodičnopravnim predmetima srpski zakonodavac zahteva da moraju da imaju posebna znanja iz oblasti prava deteta.[31]

Na sudu je, uzimajući u obzir sve pravno relevantne činjenice, a na osnovu valjano sprovedenog postupka, da proveri da li je sporazum supružnika o vršenju roditeljskog prava u najboljem interesu deteta. U tome mu značajnu stručnu pomoć pruža organ starateljstva.[32] Ako to nije tako, onda je sud ovlašćen da na drugačiji način uredi vršenje roditeljskog prava.[33]

Poslednjih godina, na evropskom pravnom prostoru primetna je tendencija da se javnim beležnicima ili nekim drugim subjektima prepuštaju razvodi brakova, na osnovu sporazuma supružnika. Njen nastanak jednim delom je prouzrokovan Preporukom o merama za sprečavanje i smanjivanje opterećenja sudova [br. R (86) 12] Komiteta ministara Saveta Evrope iz 1986. godine kojom je, pored ostalog, predviđeno smanjivanje "vansudskih dužnosti sudija", a što je svojstveno postupku za sporazumni razvod braka.

U zavisnosti od pravnog sistema o kome je reč primetna su različita rešenja o zaduženjima javnih beležnika u sferi sporazumnog razvoda brakova.

Tako, Građanski zakonik Republike Francuske, osim sporazumnog razvoda braka pred sudom,[34] izmenama i dopunama koje su stupile na pravnu snagu 1. januara 2017. godine,[35] omogućava supružnicima da se sporazumno razvedu putem privatne isprave koju sastavljaju advokati oba supružnika (tzv. advokatska isprava), a kojom se konstatuje razvod braka i njegove posledice. Ovako sročena isprava mora da se, da bi počela da proizvodi pravno dejstvo i dobila snagu izvršnog naslova, preda na čuvanje javnom beležniku.[36] On je zadužen da kontroliše da li ovako napisana privatna isprava ispunjava sve formalne zahteva[37] i da se

[31] Videti: čl. 203, st. 2 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[32] Na osnovu čl. 270 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[33] Videti: čl. 272, st. 2 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[34] Videti: čl. 230 i čl. 232 Građanskog zakonika Republike Francuske (*Code sivil*, iz 1804. godine, version en vigueur au 8 août 2017, na internet stranici http:www.legifrance.gouv.fr. Pristup ostvaren 8. avgusta 2017. godine)

[35] Radi se o izmenama i dopunama izvršenim na osnovu Zakona 2016-1547 o modernizaciji pravosuđa XXI veka od 18. novembra 2016. godine (*Loi 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016*).

[36] Videti: čl. 229-1, st. 1 Građanskog zakonika Republike Francuske.

[37] Novelirani Građanski zakonik Republike Francuske (čl. 229, st. 2) propisuje da privatna isprava o sporazumnom razvodu braka, pod pretnjom ništavosti, sadrži ove relevantne podatke: o supružnicima koji se razvode i njihovoj zajedničkoj deci nad kojom vrše roditeljsko pravo; podatke o advokatima koji zastupaju supružnike, uključujući i advokatsku komoru u kojoj su učlanjeni; napomenu o saglasnosti supružnika o razvodu braka i njegovim dejstvima u rokovima propisanim zakonom; modalitete potpunog regulisanja dejstava razvoda braka, posebno ako postoji razlog za davanje izdržavanja supružnika; imovinsku kartu supružnika; napomenu da je maloletno dete bilo

uveri da su supružnici potpisali sporazum, poštujući rok za razmišljanje.[38] Aktivno učešće advokata oba supružnika, prilikom sporazumnog razvoda braka, omogućava da se sačini sporazum koji će ravnomerno zaštiti njihove interese. Da bi se postigao taj cilj, advokati moraju da udvostruče oprez i da ispitaju: da li je sporazum plod slobodno izražene volje supružnika, ima li sve elemente, propisane zakonom, da li je u saglasnosti sa javnim poretkom i da li su roditelji obavestili svoju maloletnu decu o pravu da budu saslušana od strane sudije.[39] [40]

Slovenački Porodični zakon,[41] osim sporazumnog razvoda braka pred sudom,[42] dozvoljava supružnicima da se sporazumno razvedu pred javnim beležnikom uz određena ograničenja i strogo definisane uslove. Naime, ovom povlasticom ne mogu da se koriste supružnici koji imaju zajedničku decu nad kojom vrše roditeljsko pravo. Dakle, supružnici bez zajedničke dece mogu da se obrate javnom beležniku radi razvoda braka na osnovu sporazuma, ali je potrebno da prethodno postignu saglasnost: o deobi zajednički stečene imovine, izdržavanju supružnika i zakupu stana u kojem su živeli kao supružnici. Sporazum supružnika o svim ovim pitanjima mora da ima formu javnobeležničkog zapisa. Brak se smatra razvedenim onog dana kada je javnobeležnički zapis potpisan.[43]

Rumunsko pravo, čini se da je otišlo najdalje u normiranju sporazumnog razvoda braka, budući da, izuzev sporazumnog razvoda braka pred sudom,[44] reguliše i sporazumni razvod braka pred matičarem i sporazumni razvod braka pred javnim beležnikom.[45]

---

obavešteno od strane roditelja o svom pravu da ga sasluša sudija i da ono ne želi da iskoristi takvu mogućnost.

[38] Radi se o roku od 15 dana, koji počinje da teče od dana prijema predloga sporazuma za razvod braka od strane supružnika, koji mu preporučenim pismom, sa zahtevom za potvrdu prijema, šalje njegov advokat. Videti: čl. 229-4 Građanskog zakonika Republike Francuske.

[39] Opširnije videti kod: C. Ferre-Darricau, *Divorce sans juge et par acte d'avocat,* na internet stranici https://ferreavocats.com/.../divorce-sans-juge-et-par-acte-davocat/. Pristup ostvaren 16. jula 2017. godine.

[40] Ako dete realizuje ovo svoje pravo, postupak za razvod braka automatski prelazi u nadležnost suda. Videti čl. 388-1 Građanskog zakonika Republike Francuske.

[41] *Družinski zakonik,* "Uradni list", št. 15/2017. Ovaj zakonski tekst počinje da se primenjuje od 31. marta 2019. godine, ali je zbog uključivanja javnih beležnika u postupak sporazumnog razvoda braka predmet naše pažnje.

[42] Videti: čl. 96 Porodičnog zakona Republike Slovenije.

[43] Videti: čl. 97, st. 1 i 2 Porodičnog zakona Republike Slovenije.

[44] Videti: čl. 373–374 Građanskog zakonika Republike Rumunije (*Codul Civil Român* ili *Noul Cod Civil,* Monitorul Oficial, Legea, nr. 287/2009), na internet stranici http://www.dselex.ro/coduri/civ.pdf. Pristup ostvaren 2. avgusta 2017. godine.

[45] Postupak za razvod braka pred matičarem ili javnim beležnikom uvedeni su u rumunsko pravo Zakonom br. 202/2010 (Monitorul Oficial, Legea, nr. 202/2010) čija rešenja su sastavni deo

Razvod braka na osnovu sporazuma supružnika pred matičarem moguć je samo ako su ispunjena dva uslova koja stipuliše rumunski zakonodavac: ako se supružnici slože da brak prestane razvodom i ukoliko nemaju zajedničku maloletnu decu, rođenu u braku, van braka ili usvojenu.[46]

Razvod braka na osnovu sporazuma supružnika pred javnim beležnikom moguć je, osim pod uslovima koji se traže za sporazumni razvod braka pred matičarem i kada supružnici imaju zajedničku maloletnu decu, rođenu u braku, van braka ili usvojenu, a da su saglasni oko prezimena koje će koristiti posle razvoda braka, detetovog doma, o načinu vršenja roditeljskog prava oba roditelja, održavanju odnosa između deteta i roditelja sa kojim dete ne živi i određivanju doprinosa oba roditelja za izdržavanje dece.[47] Nedostatak saglasnosti o bilo kom od pomenutih pitanja ima za posledicu odbacivanje predloga za sporazumni razvod braka od strane javnog beležnika.[48]

Inicijativa Javnobeležničke komore Republike Srbije da javnim beležnicima bude prepušten sporazumni razvod braka, s obzirom na karakteristike ovog postupka,[49] treba da bude detaljno ispitana i sveobuhvatno sagledana, polazeći prvenstveno od značaja koji brak ima za naše društvo, život i razvoj mladog naraštaja, kao i mogućnosti javnih beležnika da prošire svoju nadležnost, naročito imajući u vidu broj javnih beležnika koji deluju na teritoriji Republike Srbije i njihovu teritorijalnu raspoređenost. Primera radi, grad Niš, prema poslednjem popisu stanovništva iz 2011. godine, ima 260.237 stanovnika,[50] i na njegovoj teritoriji službeno sedište imaju četiri javna beležnika.[51] Smatramo da nije realno moguće da oni preuzmu i sporazumni razvod braka, uz sve poslove koje već obavljaju. Korak koji potom sledi jeste uspostavljanje valjanog normativnog okvira za po-

Građanskog zakonika Republike Rumunije.

[46] Videti: čl. 375, st. 1 Građanskog zakonika RepublikeRumunije.

[47] Videti: čl. 375, st. 2 Građanskog zakonika Republike Rumunije.

[48] Opširnije o tome videti kod: N. Crâciun, The divorce by the public notary. Proceedings, *Bulletin of the Transilvania University of Braşov,* Series VII: Social Sciences, Law, Vol. 7 (56) No. 2/2014, na internet stranici http://webbut.unitbv.ro/BU2014/Series%20VII/BULETIN%20VII/25_craciun%202-2014.pdf.

[49] Podaci preuzeti iz dnevnog informativnog časopisa "Večernje novosti", od 6. jula 2017. godine, na internet stranici http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.h. Pristup ostvaren 29. jula 2017. godine.

[50] Podaci preuzeti od Republičkog zavoda za statistiku sa internet stranice http://www.stat.gov.rs/website/repository/documents/00/02/29/16/CEO_StatistickiGodisnjak/RS_2016.pdf. Pristup ostvaren 2. avgustva 2017. godine.

[51] Podaci preuzeti sa internet stranice Javnobeležničke komore Republike Srbije http://www.beleznik.org/index.php/sr/pronadji-svog-javnog-beleznika/spisak-javnih-beleznika-i-kontakti. Pristup ostvaren 4. avgusta 2017. godine.

stupanje javnih beležnika u postupku za sporazumni razvod braka, uključujući i razrešenje dileme da li bi sporazumni razvodi brakova bili u izvornoj i isključivoj nadležnosti javnih beležnika ili bi te poslove obavljali kao poverene poslove, slično postupku za raspravljanje zaostavštine.[52] Osim toga, potrebno je razmotriti i pitanje nadležnosti suda, odnosno javnih beležnika u situaciji da jedan od supružnika pokrene postupak za razvod braka tužbom, a tokom postupak izrazi se volja supružnika da sporazumno razvedu brak. I na kraju, iako je podjednako važno sa prethodno navedenim, jeste kako utvrditi potrebne stručne kvalitete javnih beležnika, polazeći od najboljeg interesa deteta, ako supružnici koji se razvode imaju zajedničku decu nad kojom vrše roditeljsko pravo.

Javni beležnici koji su učestvovali u istraživanju, pored ostalog, zamoljeni su da iznesu svoje viđenje i u pogledu proširivanja nadležnosti javnih beležnika na sporazumni razvod braka. Ono što karakteriše izneta mišljenja jeste nepostojanje saglasnosti o ovom pitanju. Na jednoj strani su javni beležnici koji se suprotstavljaju ovoj ideji sa argumentom da je brak u krizi i da, umesto prepuštanja sporazumnog razvoda braka notarima, treba jačati temelje braka i porodice. Na drugoj strani su, pak, javni beležnici koji zagovaraju proširenje nadležnosti javnobeležničke službe, budući da bi postupak za ravod braka pred javnim beležnicima, smatraju oni, bio efikasniji pravni mehanizam za prestanak braka. Ima i shvatanja da sa proširivanjem nadležnosti javnih beležnika i na sporazumni razvod braka treba sačekati i pripremiti javnost na to, pa onda menjati zakon.

LIČNOIMOVINSKI ODNOSI IZMEĐU SUPRUŽNIKA, VANBRAČNIH PARTNERA I SRODNIKA

Zakonsko izdržavanje kao materijalni izraz porodične solidarnosti,[53] Porodični zakon Republike Srbije stipuliše između krvnih, građanskih i tazbinskih srodnika, kao i između supružnika i vanbračnih partnera.

Da bi nastala obligacionopravna veza između lica koje ima pravo na izdržavanje i lica koje je dužno da izdržava neophodno je ispunjene uslova koje Zakon postavlja.[54]

Iako je pravo na zakonsko izdržavanje regulisano imperativnim normama, srpski zakonodavac, ipak, dozvoljava da volja davaoca i primaoca izdržava-

[52] Na tu dilemu već je ukazano u teoriji. Videti: M. Dika, *op. cit.,* str. 1158.

[53] O zakonskom izdržavanju kao vidu porodične solidarnosti, opširnije videti kod: Z. Ponjavić, Između porodične i društvene solidarnosti, *Zbornik radova "Ostvarivanje i zaštita prava na zakonsko izdržavanje"*, Kragujevac, Pravni fakultet, 2002, str. 3–11.

[54] Videti: čl. 151–159 Porodičnog zakona Republike Srbije.

nja dođu do izražaja. To je jasno vidljivo u rešenju da izdržavano lice i lice koje je dužno da daje izdržavanje mogu da se dogovore oko samog načina izdržavanja, koje se, po pravilu, određuje u novcu.[55] Zatim, sam primalac izdržavanja ovlašćen je da izabere da li će izdržavanje biti stipulisano u fiksnom novčanom iznosu ili u procentu od redovnih mesečnih novčanih primanja onoga ko daje izdržavanje.[56] Takođe, premda se to u Zakonu izričito ne navodi, na temelju sporazuma između poverioca i dužnika izdržavanja moguće je, u zavisnosti od okolnosti koje su se promenile, korigovati već utvrđenu visinu izdržavanja.[57] [58]

Izmene i dopune Porodičnog zakona, izvršene 2015. godine, ne odstupajući od izvorne verzije Zakona o javnom beležništvu, propisuju da sporazum između davaoca i primaoca izdržavanja o načinu izdržavanja mora imati formu javnobeležničkog zapisa.[59] Ako ostavimo po strani da srpski zakonodavac nije, poput slovenačkog legislatora, jasno opredelio izvršnost ove javne isprave,[60] ovako sročena formulacija ostavlja prostor za razmišljanje da li svi poverioci i dužnici zakonske alimentacije mogu da zaključuju ovaj pravni posao? Ovde naročito imamo u vidu maloletnu decu ili punoletnu decu nad kojom je produženo roditeljsko pravo, kao primaoce izdržavanja. To povlači druga pitanja: u kojoj meri je javni beležnik dovoljno stručan da ispita da li je sadržina ugovora u najboljem interesu deteta, s obzirom na to da Porodični zakon propisuje da sudije koje postupaju u porodičnim stvarima moraju da imaju posebna znanja iz oblasti prava deteta, i da li o takvom sporazumu treba mišljenje da dâ organ starateljstva?[61] Osim toga, diskutabilno je i da li se lice koje daje izdržavanje i lice koje prima izdržavanje mogu sporazumeti o trajanju ili prestanku izdržavanja, kako to propisuje hrvatski zakonodavac kada se u položaju poverioca i dužnika zakonske alimentacije nalaze supružnici,[62] i koju bi formu taj pravni posao imao?

Pod pretpostavkom da je nadležni sud već doneo odluku o visini i načinu izdržavanja, a da primalac i davalac zakonske alimentacije iskoriste pravo koje im

[55] Videti: čl. 161 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[56] Videti: čl. 162, st. 1 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[57] Videti: čl. 164 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[58] Takvog mišljenja je i: Z. Ponjavić, *Porodično pravo,* Kragujevac, Pravni fakultet, 2007, str. 321.

[59] Videti: čl. 161, st. 3 Porodičnog zakona i čl. 82, st. 1 izvornog teksta Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

[60] Videti: čl. 101, čl. 192–193 Porodičnog zakona Republike Slovenije. Doduše, takav zaključak, načelno, proističe iz sadržine čl. 85, st. 2 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

[61] Na osnovu čl. 270 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[62] Videti: čl. 302, st. 2 Porodičnog Zakona Republike Hrvatske (*Obiteljski zakon,* "Narodne novine", br. 103/2015).

Zakon daje da, zbog promenjenih okolnosti, dogovore viši ili niži iznos izdržavanja, postavlja se pitanje odnosa između pravnosnažne i izvršne sudske odluke i naknadno zaključenog sporazuma o zakonskom izdržavanju u formi javnobeležničkog zapisa, koji prema slovu zakona, takođe, predstavlja ispravu pogodnu za izvršenje. Budući da srpski zakonodavac ne zabranjuje ovakvu situaciju, postavlja se pitanje da li sporazum o zakonskom izdržavanju u formi javnobeležničkog zapisa *de facto* predstavlja mehanizam kojim se prećutno stavlja van snage pravnosnažna i izvršna sudska odluka i urušava pravilo *res iudicata pro veritate accipitur*? Za njim sledi pitanje, ko je zadužen da proveri, u situaciji kada su bivši supružnici za dete nad kojim vrše roditeljsko pravo naknadno ugovorili niži iznos izdržavanja od iznosa koji je odredio sud u presudi, da li je takav ugovor u najboljem interesu deteta?

U cilju predupređivanja ovakvih situacija, poželjno bi bilo slučajeve ugovaranja zakonskog izdržavanja ograničiti samo na situacije kada o tome već ne postoji pravnosnažna i izvršna sudska odluka, i urediti pitanje mehanizma putem kojeg bi javni beležnik najbolje zaštitio interese dece, ocenom da li sporazum u najboljem interesu deteta – traženjem mišljenja od organa starateljstva, licenciranjem javnih beležnika i dužnošću javnog beležnika da od nadležnih organa pribavi izveštaje o imovinskom stanju oba roditelja, kako bi se izbegle evenutalne zloupotrebe na štetu dece.

Ukoliko već postoji pravnosnažna i izvršna sudska odluka, jedini način da se očuva pravna sigurnost, da se nedovede u pitanje nadležnost sudova,[63] da se zaštiti najbolji interes detata[64] i da se izbegne situacija kreiranja dve isprave, podjedanko podobne za izvršenje,[65] jeste izmena postojeće odluke suda u sudskom postupku, tužbom za izmenu, zbog promenjenih okolnosti, koja svakako ne isključuje mogućnost da bivši supružnici sporazumom to pitanje reše na ročištu.

Za slučaj, ipak, da je izdejstvovana pravnosnažna i izvršna presuda kojom se stipuliše određeni način i iznos izdržavanja, i da je naknadno zaključen sporazum o izdržavanju, sa ciljem da se "isprate" promenjene okolnosti, pa primalac izdržavanja zahteva od davaoca izdržavanja ispunjenje dužnosti/obaveze po osnovu obe izvršne isprave, ne preostaje ništa drugo već da davalac izdržavanja, pokretanjem parničnog postupka zahteva, sa pozivom na zloupotrebu prava od strane izvršnog

[63] Videti: čl. 22, st. 2 i čl. 24, st. 1, tač. 3 Zakona o uređenju sudova Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – drugi zakon, 78/2011 – drugi zakon, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – drugi zakon, 13/2016 i 108/2016.

[64] Na osnovu čl. 272 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[65] Videti: čl. 41, st. 1, tač. 1 i 6 Zakona o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 106/2015 i 106/2016 – autentično mišljenje).

poverioca, nedopuštenost izvršenja, budući da su pokrenuta dva izvršna postupaku, povodom iste pravne stvari.

Istražena praksa javnih beležnika u zadatom periodu pokazuje da nije bilo primera ovog pravnog posla. Opravdanje za to može se tražiti u nedostatku volje davaoca i primaoca izdržavanja da dogovorom urede zakonsku alimentaciju.

IMOVINSKI ODNOSI IZMEĐU SUPRUŽNIKA, VANBRAČNIH PARTNERA I SRODNIKA

Porodični zakon Republike Srbije omogućava supružnicima da svoje imovinske odnose urede prema pravilima koja on sadrži (zakonski imovinski režim)[66] ili da odstupe od njih, uz obavezno poštovanje imperativnih odredaba porodičnog prava.[67]

Pravni instrumenti, inače normirani aktuelnim porodičnopravnim propisima, koji mogu da posluže tome cilju jesu: bračni ugovor, ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom i ugovor o deobi zajedničke imvovine. To, međutim, nikako ne znači da supružnici ne mogu zaključiti i druge pravne poslove, ali se oni moraju uskladiti sa suštinom i svrhom braka.[68]

Za razliku od ugovora o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom i ugovora o deobi zajednički stečene imovine, čijim zaključenjem supružnici ne isključuju temelje zakonskog imovinskog režima – zajedničku i posebnu imovinu, kod bračnog ugovora situacija je kvalitetno drugačija. Naime, ovaj pravni posao omogućava supružnicima da urede svoje imovinske odnose kako na postojećoj, tako i na budućoj imovini,[69] uz isključenje zakonskog imovinskog režima.[70]

---

[66] Videti: čl. 168–187 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[67] U pravnoj literaturi navedeni su primeri ugovora koje supružnici nikako ne mogu da zaključe, jer su u suprotnosti sa imperativnim odredbama zakona: odricanje supružnika prava da opozove ugovor o upravljanju i raspolaganju zajednički stečenom imovinom, odricanje supružnika prava na zakonsko izdržavanje, ugovaranje da se jedan od supružnika oslobođa vođenja zajedničkog života. Primeri navedeni kod: M. Draškić, *Porodično pravo,* autor i Čigoja štampa, Beograd, 2005, str. 410, nap. br. 1261.

[68] Tako i : Z. Ponjavić, *Porodično pravo, ...* str. 366–367.

[69] Termin "buduća imovina" u pravnoj literaturi se pojašnjava kao "imovina koja će sigurno nastati", "imovina koja će po redovnom toku stvari verovatno nastati" ili "imovina koja će možda, sa velikim stepenom neizvesnosti nastati". Videti: S. Panov, Predmet bračnog ugovora, *Pravni život,* br. 10/2009, str. 896–897.

[70] Kako će ti odnosi biti uređeni stvar je dogovora između supružnika. O mogućoj sadržini bračnog ugovora videti kod: M. Draškić, *op. cit.,* str. 411; Z. Ponjavić, *Porodično pravo, ...,* str. 369–370; S. Panov, *ibid.,* str. 898–899; G. Kovaček-Stanić, Ovlašćenja javnog beležnika u bračnim/par-

Ostavljajući po strani da li se ovakvim određenjem bračnog ugovora zalazi na područje ugovora o nasleđivanja, predviđenog Nacrtom Građanskog zakonika Republike Srbije[71] i šire ugovornog nasleđivanja,[72] ono što izaziva posebnu pažnju jeste forma bračnog ugovora, ali i drugih pravnih poslova, regulisanih Porodičnim zakonom, kojim se menja zakonski imovinski režim.

Kako je već rečeno, u odnosu na izvorni tekst Zakona o javnom beležništvu, koji je za ove ugovore, kao obaveznu formu, predvideo formu javnobeležničkog zapisa, izmene i dopune Porodičnog zakona, izvršene 2015. godine, menjaju takvo rešenje, u pravcu da se sada oni zaključuju u formi javnobeležnički potvrđene isprave.[73]

Ne sumnjajući u dobru nameru domaćeg zakonodavca, da na ovaj način uredi imovinske odnose supružnika, ostaje nedoumica, zašto je u pogledu forme sve ove pravne poslove izjednačio, kada se samo bračnim ugovorom isključuje zakonski imovinski režim? Takođe, nejasno je zašto je u noveliranom Porodičnom zakonu zadržano rešenje iz izvorne verzije Zakona o javnom beležništvu, o formi sporazuma o zakonskom izdržavanju (koji svakako mogu zaključiti i supružnici), oblik javnobeležničkog zapisa, a promenio formalne zahteve za sve ostale ugovore koje mogu zaključiti supružnici. Pretpostavljamo da su za ovakvu odluku srpskog normotvorca bili presudni pravno-politički razlozi. Čini se, ipak, da se ovom pitanju moralo pristupiti sa pojačanom dozom opreza, i da je trebalo insistirati na formi javnobeležničkog zapisa, budući da postupak solemnizacije može biti potencijalno opasan, ukoliko privatnu ispravu ne sastavlja, advokat ili drugi javni beležnik,[74] jer jednoj privatnoj ispravi daje ista pravna dejstva kao javnobeležničkom zapisu.[75]

---

tnerskim odnosima, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* br. 2/2012, Pravni fakultet, Novi Sad, str. 94.

[71] Videti: čl. 2778 Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, iz 2015. godine, na internet stranici http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf. Pristup ostvaren 24. jula 2016. godine.

[72] O razgraničenju bračnog ugovora i ugovora o nasleđivanju, videti opširno kod: M. Stanković, *Ugovorno nasleđivanje između supružnika* (doktorska disertacija), Beograd, 2015, str. 212–213.

[73] Uporediti: čl. 82, st. 1, tač. 1 i 3 izvornog teksta Zakona o javnom beležništvu i čl. 179, st. 2, čl. 188, st. 2 i čl. 189, st. 5 noveliranog Porodičnog zakona Republike Srbije.

[74] Takvo rešenje, recimo, ima čl. 49, st. 2–3 Zakona o notarijatu Republike Slovenije (Zakon o notariatu, "Uradni list RS", št. 13/1994, 48/1994, 82/1994, 83/2001, 73/2004, 98/2005, 17/2006, 115/2006, 33/2007, 45/2008 i 91/2013).

[75] Na tu opasnost već je ukazano u pravnoj literaturi. Videti: M. Povlakić, Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu,* 63 (2) 245–310 (2013), str. 251, nap. br. 31.

Iako domaći Porodični zakon ugovor o poklonu između supružnika spominje u kontekstu uticaja prestanka braka razvodom ili poništajem na vraćanje učinjenih poklona,[76] iz sadržine odredaba posvećenih ovom pitanju ne vidi se i moguća forma ovog pravnog posla.

Kako su pravila izvornog teksta Zakona o javnom beležništvu koja se tiču forme obećanja poklona i poklona za slučaj smrti "izbrisana" sa izmenama i dopunama ovog zakonskog teksta iz 2015. godine, a budući da aktuelni obligacionopravi propisi ne sadrže odredbe o poklonu, sledi da bi kod poklanjanja nepokretnosti, u pogledu forme, trebalo primeniti ono što se uopšte predviđa za promet nepokretnosti,[77] a za poklanjanje pokretnih stvari, iako je pravno neubedljivo kada su u pitanju pokretnosti velike vrednosti, pisanu formu i overu potpisa od javnog beležnika.[78]

Aktuelni porodičnopravni propisi za vanbračne partnere i članove porodične zajednice propisuju analognu primenu pravila kojima se uređuje zakonski i ugovorni imovinski režim između supružnika.[79] Iako se u okviru osmog dela, posvećenog imovinskim odnosima, ovog zakonskog teksta poseban prostor daje imovinskim odnosima između roditelja i dece,[80] on ne sadrži rešenja o formi pravnih poslova kojim se raspolaže imovinom poslovno nesposobnih lica. Razlog, pretpostavljamo, leži u činjenici da je Zakonom o javnom beležništvu već sadržana odredba kojom se decidirano određuje da ugovor o raspolaganju nepokretnostima maloletnih lica ili lica kojima je oduzeta poslovna sposobnost moraju imati formu javnobeležničkog zapisa.[81] Time se otvara prostor za različito postupanje u praksi kada se raspolaže pokretnostima velike vrednosti. Budući da Porodični zakon insistira na tome da i raspolaganje detetovim pokretnim stvarima veliki vrednosti mora biti praćeno prethodnom ili naknadnom saglasnošću organa starateljstva,[82] čini se da ima mesta zbog toga, kao i zbog značaja koja takva dobra imaju za pravni promet, da se i ovi pravni poslovi sklapaju u formi javnobeležničkog zapisa.

---

[76] Mada bi se iz naslova iznad čl. 190 Porodičnog zakona "ugovor o poklonu", moglo zaključiti da je posredi potpuno normiranje ovog pravnog posla. Ovaj nedostatak u zakonskom tekstu već je bio predmet pažnje u pravnoj literaturi. Videti: O. Cvejić-Jančić, *op. cit.,* str. 25.

[77] Na osnovu čl. 93, st. 2, tač. 1 Zakona o javnom beležništvu i čl. 4, st. 1 Zakona o prometu nepokretnosti ("Slubežni glasnik RS", br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015).

[78] Na osnovu čl. 5 Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa ("Službeni glasnik RS", br. 93/2014 i 22/2015).

[79] Videti: čl. 191, st. 2 i čl. 195, st. 3 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[80] Videti: čl. 192–194 Porodičnog zakona Republike Srbije.

[81] Videti: čl. 82, st. 1, tač. 1 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

[82] Videti: čl. 193, st. 3 Porodičnog zakona Republike Srbije.

Ono što je opravdalo naša očekivanja, u pogledu rezultata sprovedenog istraživanja, jeste da javni beležnici u svom radu najčešće primenjuje odredbe Porodičnog zakona kojima se uređuju imovinski odnosi supružnika.

Da u javnobeležničkoj praksi nije uvek onako kako zakon propisuje i da smo mi kao društvo daleko od ravnopravnosti supružnika, govore u prilog slučajevi zaključenja ugovora o prometu nepokretnosti, gde se u ulozi lica koje raspolaže pojavljuje jedan od supružnika. Tada javni beležnik obavezno zahteva saglasnost drugog sdupružnika, ako se radi o dobrima iz zajednički stečene imovine. Iskustvo javnih beležnika govori da se muškarci uglavnom nalaze uvređenim kada se zahteva saglasnost njegove supruge i nerado pristaju na to.

Inače, svi anketirani javni beležnici, tokom perioda u kome se sprovodilo istraživanje, solemnizovali su sporazum o deobi zajedničke imovine supružnika i bračni ugovor. Javnobeležnička praksa nije zabeležila slučajeve zaključivanja ugovora o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom supružnika, što se, s jedne strane, može opravdati prihvatanjem zakonskog imovinskog režima, a s druge strane, da su ova pitanja ili samo neko od njih (na primer, raspolaganje tačno određenim dobrom) regulasani bračni ugovorom. Ono što je, takođe, privuklo našu pažnju jeste da, izraženo u brojkama, u praksi javnih beležnika nema mnogo pravnih poslova kojim se uređuju imovinski odnosi supružnika. Najveći broj sporazuma o podeli zajednički stečene imovine (ukupno četiri) solemnizovao je javni beležnik sa sedištem u Aleksincu, a sadržinu navećeg broja bračnih ugovora (ukupno pet) potvrdio je javni beležnik sa sedištem u Prokuplju. Osim toga, praksa javnih beležnika beleži i zaključivanje ugovora o poklonu između supružnika. Premda nema, kako smo već rekli, propisa o formi ugovora o poklonu, javni beležnici su jedinstveni su svom delovanju: za poklanjanje nepokretnosti, vrši se solemnizacija ovog pravnog posla, a za poklanjanje pokretnih stvari, overavaju se potpisi poklonodavca i poklonoprimca. Najveći broj ugovora o poklonu u svom radu beleži javni beležnik sa sedištem u Pirotu (ukupno deset). Javni beležnici su takođe saglasni da supružnici brojčano najviše zaključuju ugovor o doživotnom izdržavanju, kojim dodatno obezbeđuju svoju egzistenciju. U javnobeležničkoj praksi nisu zabeleženi slučajevi sporazumne deobe zajedničke imovine vanbračnih partnera, a ni članova porodične zajednice, kao ni drugih pravnih poslova kojima ovi subjekti mogu da uređuju imovinske odnose.

ZAKLJUČAK

Porodični zakon i Zakon o javnom beležništvu Republike Srbije javnim beležnicima daju relativno širok krug ovlašćenja u porodičnopravnim stvarima ličnog, ličnoimovinskog i imovinskog karaktera.

Podaci prikupljeni sprovednim istraživanjem ukazuju da su slučajevi postupanja javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima retki. Postavlja se pitanje zašto je to tako? Smatramo da je ovakva statistika duboko uslovljena uticajem većeg broja faktora.

Ono što je vidljivo, na prvi pogled, jeste nedovoljna upućenost javnosti u ovlašćenja javnih beležnika za postupanje u porodičnopravnim stvarima. Gotovo da sa sigurnošću možemo reći da je u sredstvima javnog informisanja od početka rada javnih beležnika do danas, akcenat stavljen na ulogu javnih beležnika u postupcima prometa nepokretnosti, manje na njihovu ulogu u postupcima za raspravljanje zaostavštine, dok su rasprave na temu ovlašćenja javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima prava retkost. To se najbolje može videti na slučaju davanja izjave o priznanju očinstva pred javnim beležnikom.

Primena pojedinih porodičnopravnih instituta, pa samim tim i učešća javnih beležnika u njihovom regulisanju, duboko je ekonomski uslovljena. Supružnici i vanbračni partneri mogu da uređuju svoje imovinske odnose putem bračnog ugovora, ugovora o upravljanju i raspolaganju zajednički stečenom imovinom i ugovora o podeli zajedničke imovine, logično, ako imaju imovinu. Osim toga, ne može se negirati i činjenica da na zaključenje, u prvom redu, bračnog ugovora, deluju kulturološki faktori i tradicija. Bračni ugovor nije deo našeg pravnog miljea, te se postavlja pitanje da li su budući supružnici spremni da odstupe od unapred trasiranog i determinisanog modela ponašanja prilikom zaključenja braka. Istu sudbinu dele i drugi pravni poslovima kojima se uređuju imovinski odnosi između supružnika.

Postupanje javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima, pored već navedenog, uslovljena je i spremnošću poverioca i dužnika zakonske alimentacije na dogovor, a do toga, naročito u ovoj sferi, teško je doći, budući da su odnosi među navedenim subjektima često poremećeni.

Potom, na kvantitet i kvalitet angažovanja javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima imaju uticaja, pored relativno čestih izmena relevantnih pravnih izvora, i pravne praznine, nedorečene ili nedovoljno precizne odredbe u propisima koji su bili predmet naše pažnje. Primera za tu našu tvrdnju je više, odsustvo formalnih zahteva za izjavu o priznanju očinstva, nedefinisanje odnosa između pravnosnažne i izvršne sudske odluke kojom se određuje način i iznos izdržavanja i naknadno zaključenog sporazuma o izdržavanju, nepostojanje propisa o formi ugovora o poklonu, itd.

Kada je reč o prenošenju postupka za razvod braka u nadležnost javnih beležnika, stručna, a i šira društvena javnost tom pitanju treba da pristupi sa merom velikog opreza. Ne zanemarujući činjenicu da mi nemamo nikakav normativni okvir za proširivanje ovlašćenja javnih beležnika i na teren sporazumnog razvo-

da braka, ono što tome mora da prethodi jeste analiza da li smo kao društvo zreli za takvu promenu, i da li time brak i porodica mogu biti dodatno urušeni. Pri tome, nije bez značaja ni činjenica u kojoj meri broj i teritorijalna raspoređenost javnih beležnika u Republici Srbiji, kao i vrsta i obim poslova koji javni beležnici već obavljaju mogu zaista da odgovore novom zadatku, ali i pravnom izazovu. Svakako, na tom planu mogu nam pomoći zakonodavna aktivnost, ali i iskustva iz prakse država koje su na javne beležnike (ili druga ovlašćena lica), već preneli postupak za sporazumni razvod braka.

NATAŠA STOJANOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Niš
IVANA EVTIMOV
Student of doctoral studies, Faculty of Law
University of Niš

THE ROLE OF NOTARIES PUBLIC IN FAMILY-LAW RELATIONSHIPS
IN THE REPUBLIC OF SERBIA
– With specific reference to notaries public practice –

Summary

In the paper, the authors focus their attention to the authorities of notaries public in the Republic of Serbia in the sphere of family-law relationships, taking as the starting basis adequate legal solutions, stands of practitioners of legal thought on this topic, and actual notary public practice. The role of notaries public, according to the amendments of the current Family Law of the Republic of Serbia, is focused on a relatively narrow scope of activities. Before a notary public, a statement on acknowledgement of paternity may be given. Besides that, a notary public is authorised to draw up an agreement on legal support. Also, within the scope of responsibilities of a notary public falls the attestation of content (solemnization) of: a marital agreement, an agreement on the division of the community property of spouses, as well as an agreement on administration and disposition of the community property of the same subjects. According to the original version of the Law on Notary Public, a notary public was authorised for the finalisation of individual legal affairs (e.g. giving a statement on compliance with the acknowledged fatherhood or a statement on consent to the process of assisted impregnation), which stays out of its legal protection mission now. On the basis of the conducted empirical research, the authors provide a rationale why family-law issues are not represented in the practice of notaries public in the Republic of Serbia to a greater extent; they argumentatively highlight the weaknesses of individual legal solutions and the need for their correction in a specific direction; as well as the justification of expending the competences of notaries public in the family-law sphere, particularly emphasizing a higher degree of de-judicialization of civil law protection, through transferring no-fault divorce, under specific conditions, to the competency of notaries public.

NEVENA PETRUŠIĆ,
JELENA ARSIĆ

POSREDOVANJE JAVNIH IZVRŠITELJA

– Dometi i limiti –

U V O D

Usvajanjem *Zakona o posredovanju u rešavanju sporova* iz 2014. godine[1] i niza podzakonskih akata,[2] u Srbiji je okončan rad na reformi medijacije,[3] koja je

Dr Nevena Petrušić, profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Dr Jelena Arsić, docentkinja Pravnog fakulteta Univerziteta Union. Koautorka Nevena Petrušić napisala je rad u okviru projekta br. 179046: Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

[1] "Sl. glasnik RS", br. 55/2014 (u daljem tekstu: ZPRS).

[2] Pravilnik o programu osnovne obuke posrednika, "Sl. glasnik RS", br. 146/2014; Pravilnik o postupku izdavanja, obnavljanja i oduzimanja dozvole za posredovanje i obrascu dozvole za posredovanje, "Sl. glasnik RS", br. 146/2014; Pravilnik o načinu vođenja Registra posrednika, "Sl. glasnik RS", br. 146/2014; Etički kodeks posrednika, "Sl. glasnik RS", br. 146/2014; Pravilnik o obrascu uverenja o završenoj osnovnoj i specijalizovanoj obuci posrednika, "Sl. glasnik RS", br. 11/2015; Pravilnik o bližim uslovima i postupku za izdavanje dozvole za sprovođenje osnovne i specijalizovane obuke posrednika i nadzoru nad sprovođenjem obuke, "Sl. glasnik RS", br. 13/2015; Pravilnik o Tarifi o nagradama i naknadama u postupku posredovanja, "Sl. glasnik RS", br. 35/2015.

[3] Rad na reformi započeo je 2008. godine i bio je praćen mnogim zastojima i konceptualnim lutanjima. O procesu izrade novog zakona i teškoćama koje su ga pratile, šire: Petrušić, N. Arsić, J. Novi zakon o medijaciji: putevi i stranputice jednog zakonodavnog procesa, Izbor sudske prakse, God. 21, br. 12 (2013), str. 22-29.

dobila novi zakonski naziv – "posredovanje u rešavanju sporova".[4] Osnovni cilj reforme bio je da se otklone normativne slabosti koje su kočile razvoj medijacije i uspostavi funkcionalan, stabilan i održiv sistem usluga medijacije, usklađen sa evropskim i međunarodnim standardima u ovoj oblasti.[5] Novoustanovljeni pravni i institucionalni okvir razlikuje se u mnogim aspektima od onog koji je važio od 2005. godine, kada je usvojen prvi *Zakon o posredovanju – medijaciji*.[6] Jedna od osnovnih novina ogleda se u tome što su izmenjeni uslovi za bavljenje medijacijom i što je uspostavljen jedinstven Registar posrednika,[7] u koji se mogu upisati lica koja su dobila dozvolu za posredovanje, čime je sistem medijacije institucionalizovan i obezbeđena pravna infrastruktura za razvoj profesije medijatora.

Prema čl. 33. ZPRS, dozvola za posredovanje izdaje se licu: 1) koje je poslovno sposobno, 2) državljanin je Republike Srbije, 3) koje je završilo osnovnu obuku za posrednika, 4) ima visoku stručnu spremu i 5) nije osuđivano na bezuslovnu kaznu zatvora za krivično delo koje ga čini nedostojnim za obavljanje poslova posredovanja. Analiza ovih uslova pokazuje da ZPRS ne favorizuje pravne profesionalace kao pružaoce usluge posredovanja, kako je to činio raniji ZOM, što je jedna od njegovih dobrih strana.[8]

---

[4] U obrazloženju ZPRS (str. 14) ova terminološka promena objašnjena je time da je, navodno, naziv posredovanje u rešavanju sporova "približniji duhu srpskog jezika", te da je pojam medijacije "izazivao nerazumevanje prosečnog građanina". Ovaj neracionalni terminološki diskontinuitet izazvao je negativne reakcije u delu stručne javnosti. Videti: Petrušić, N. Arsić, J. Posrednik u rešavanju sporova: nova profesija ili stara opsesija? u: Novi propisi u Republici Srbiji: zbornik radova (redaktor Nebojša Šarkić), Beograd: IP Glosarijum, 2015, str. 202-228.

[5] Standardi medijacije u građanskopravnim stvarima sadržani su u brojnim međunarodnim aktima, među kojima poseban značaj imaju: *UNCITRAL Conciliation Rules* (1980) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_ texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html (pristup 1. 7. 2017); *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* (2002), *Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation*; *Recommendation Rec (2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties*, *Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters.* Sve preporuke Saveta Evrope dostupne su na portalu https://wcd.coe.int/search.jsp?ShowCrit=yes&Lang =en&CritTitle=Council%20of %20Europe%20-%20Documents%20database (pristup 1. 7. 2017). Na nivou EU, standardi medijacije utvrđeni su u: ***Directive 2008/52/EC of the*** *European* ***Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters***, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv :OJ.L_.2008.136.01.0003.01.ENG (pristup 4. 7. 2017).

[6] "Sl. glasnik RS", br. 18/2005 (u daljem tekstu: ZOM).

[7] Član 33. ZPRS. Registar posrednika vodi Ministarstvo pravde. U Registar se upisuju sva lica kojima je u zakonom sprovedenom postupku izdata dozvola za posredovanje. Registar je javan i objavljuje se na internet stranici Ministarstva, https://www.mpravde.gov.rs/intermediaries.php (pristup 9. 8. 2017)

[8] Od samog uvođenja u pravni sistem, medijacije u Srbiji je uglavnom imala karakter sudski aneksirane medijacije, a dominantnu ulogu imale su same sudije. O negativnim posledicama

S druge strane, ZPRS ne isključuje mogućnost da sudije i pripadnici drugih pravnih profesija budu posrednici, ali ne reguliše da li se i pod kojim uslovima mogu profesionalno baviti posredovanjem, izuzev što propisuje da sudije "mogu obavljati posredovanje isključivo van radnog vremena i bez naknade".[9]

Jedno od spornih pitanja koje se pojavilo ubrzo posle usvajanja ZPRS jeste da li se javni izvršitelji mogu profesionalno baviti medijacijom, tj. posredovanjem u rešavanju sporova. Pored toga, otvoreno je i niz pitanja u pogledu posredničke delatnosti izvršitelja u predmetima izvršenja, koju su prema *Zakonu o izvršenju i obezbeđenju*[10] javni izvršitelji dužni da obavljaju.[11] Iako se povodom ovih pitanja javlja niz teorijskih i praktičnih problema i dilema, posredovanje javnih izvršitelja još uvek je na marginama interesovanja pravne nauke i struke. U želji da podstaknemo naučnu i stručnu raspravu, u ovom radu pažnju smo posvetile uslovima pod kojima se javni izvršitelji mogu profesionalno baviti posredovanjem u rešavanju sporova (medijacijom) i posredničkoj delatnosti koju javni izvršitelji obavljaju u predmetima izvršenja.

POSREDOVANJE IZVRŠITELJA U REŠAVANJU SPOROVA

Opšti i posebni uslovi za posredničku delatnost izvršitelja

Pitanje da li izvršitelji mogu da se bave posredničkom (medijatorskom) delatnošću, onako kako to mogu i lica drugih zanimanja, postavilo se u našoj stručnoj javnosti ubrzo nakon usvajanja ZPRS. Navedena dilema bila je dodatno pod-

ovakvog pristupa, šire: Petrušić, N. Arsić, J. Novi Zakon o medijaciji - putevi i stranputice jednog zakonodavnog procesa, u: Novine u zakonskim rešenjima: zbornik radova (redaktor Nebojša Šarkić), Beograd, Glosarijum, 2013, str. 196-215.

[9] Ovo zakonsko rešenje je izazvalo oprečnu reakciju stručne javnosti. Pojedini pravni stručnjaci su mišljenja da je rešenje adekvatno jer je njime obezbeđeno da se "sudije tokom radnog vremena posvete svom poslu – rešavanju nagomilanih predmeta, dok se drugim profesijama ostavlja više mogućnosti za bavljenje poslom posrednika (Pavić, V. Đordević, M. Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji, Harmonius, 2014, str. 269). Ima, međutim, i onih koji tvrde da ovom pravilu nije mesto u zakonu koji reguliše oblast medijacije, jer je odnos sudijske funkcije i drugih službi i poslova koje sudije mogu da obavljaju regulisan Zakonom o sudijama. S druge strane, ne postoji opravdan razlog zbog kojeg sudijama treba uskratiti pravo da za svoje medijatorske usluge naplaćuju jer su time stavljeni u nejednak položaj sa ostalim profesionalcima, koji se medijacijom takođe mogu baviti van svog redovnog posla. (Petrušić, N. Arsić, J. Novi Zakon o medijaciji - putevi i stranputice jednog zakonodavnog procesa, u: Novine u zakonskim rešenjima: zbornik radova (redaktor Nebojša Šarkić), Beograd, Glosarijum, 2013, str. 216).

[10] "Sl. glasnik RS", br. 106/2015 (u daljem tekstu: "ZIO" i "novi ZIO"). Zakon je usvojen 18. decembra 2015. godine, a počeo je da se primenjuje 1. 7. 2016. godine.

[11] Član 137. ZIO.

staknuta i odredbom tada važećeg *Zakona o izvršenju i obezbeđenju*[12] kojim je bilo propisano da je izvršitelj ovlašćen da "na zahtev izvršnog dužnika, odnosno izvršnog poverioca posreduje u cilju postizanja sporazumnog rešenja".[13] Zato se postavilo pitanje da li je mogućnost posredovanja izvršitelja ograničena samo na predmete izvršenja ili oni mogu pružati usluge posredovanja i u drugim slučajevima, van svog redovnog izvršiteljskog posla.

Pravni okvir u kome se mogu tražiti odgovori na ova pitanja svakako predstavljaju odredbe ZPRS, kao osnovnog propisa kojim se uređuje primena medijacije, kao i odredbe ZIO koje regulišu pravni položaj javnih izvršitelja kao posebne pravosudne profesije.

Prateći međunarodne standarde u oblasti medijacije, ZPRS utvrđuje uslove za bavljenje posredovanjem, koji ne postavljaju ograničenja u pogledu osnovne profesije posrednika,[14] tako da se posredovanjem u rešavanju sporova mogu baviti pripadnici različitih profesija, uključujući i profesionalce u pravosuđu.

S druge strane, novi ZIO izričito propisuje koji poslovi nisu spojivi sa poslovima javnog izvršitelja[15]. Na listi ovih poslova ne nalazi se posredovanje u rešavanju sporova, već je, naprotiv, propisano da nespojivosti sa delatnošću javnog izvršitelja ne podležu, između ostalih, i "poslovi posredovanja u mirnom rešavanju sporova".[16] Ovim pravilom novi ZIO je otklonio prazninu koja je postojala u ZIO 2011[17] i omogućio da se javni izvršitelji profesionalno angažuju kao posrednici u

[12] "Sl. glasnik RS", br. 31/11, 99/11 - dr. zakon, 109/13 - US, 55/14 i 139/14. (u daljem tekstu: ZIO 2011).

[13] Član 325. st. 1. tač. 11. ZIO 2011.

[14] Kako je ranije navedeno, jedino ograničenje koje predviđa sadržano je u odredbi čl. 33. st. 6. kojom je predviđeno da "sudije mogu obavljati posredovanje isključivo van radnog vremena i bez naknade".

[15] Prema čl. 496. st. 1. ZIO, sa delatnošću javnog izvršitelja nespojiva je javna funkcija, funkcija u organu upravljanja ili nadzora privrednog društva, poslovi obezbeđenja, advokature ili javnog beležništva, bilo koje drugo plaćeno zanimanje, kao i drugi poslovi koji su kao nespojivi određeni propisom Komore.

[16] Član 496. ZIO.

[17] Prema čl. 314. ZIO 2011, sa ovlašćenjima izvršitelja nisu bili spojivi poslovi koji se vezuju za "vršenje javne funkcije, upravne ili nadzorne funkcije u privrednim društvima, obavljanje poslova obezbeđenja, advokata i drugih pravosudnih profesija, kao i obavljanje drugih poslova koji su nespojivi sa obavljanjem poslova izvršitelja". Navedena zabrana nije se odnosila jedino na obavljanje naučnih, stručnih, umetničkih i obrazovnih aktivnosti, kao i obavljanje aktivnosti u Komori i međunarodnim udruženjima izvršitelja. Pored navedenog, čl. 2. Pravilnika o nespojivosti poslova sa obavljanjem poslova izvršitelja (http://www.komoraizvrsitelja.rs/?q=propisi/_akti-komore/pravilnik-o-nespojivosti-poslova-sa-obavljanjem-poslova-izvrsitelja-0, pristup 9. 8. 2017) bilo je, opet vrlo uopšteno, predviđeno da je "delatnost izvršitelja nespojiva sa drugim profesionalnim delatnostima, poslovima koji narušavaju čast i ugled profesije izvršitelja, kao i poslovima koji nisu u

rešavanju sporova, pružajući usluge medijacije besplatno ili uz uz naknadu,[18] ako ispunjavaju uslove koje ZPRS propisuje. Time su potpuno otvorena vrata javnim izvršiteljima da postupaju kao medijatori, u skladu sa ZPRS, te da im bude priznat status posrednika u rešavanju sporova sa svim pravima, dužnostima i odgovornostima koji se vezuju za profesiju medijatora.

Odredbom čl. 496. st. 2 ZIO, otklonjena je, čini se, i dilema koju je podržavao ZIO 2011, a koji je zbog odsustva jasnog rešenja u pogledu spojivosti posredovanja u rešavanju sporova sa poslovima izvršitelja, ostavljao prostor za različita tumačenja o tome može li izvršitelj biti razrešen ako obavlja poslove medijatora. Naime, prema novom ZIO, javni izvršitelj može biti razrešen ukoliko, između ostalog, "počne da se bavi poslovima advokata, ili javnog beležnika ili drugim plaćenim zanimanjem ili poslovima koji su kao nespojivi određeni propisom Komore".[19] Kako je sada jasno uređeno da posredovanje u rešavanju sporova nije na listi nedozvoljenih delatnosti javnog izvršitelja, može se zaključiti da takav osnov za razrešenje javnog izvršitelja nije pravno moguć u slučajevima u kojima izvršitelj, van svog redovnog izvršiteljskog posla, pruža usluge posredovanja u rešavanju sporova.[20]

---

skladu sa nezavisnošću, samostalnošću i javnim poverenjem izvršitelja", a nešto konkretnije i da je sa obavljanjem poslova izvršitelja nespojivo, između ostalog, "obavljanje bilo kog drugog plaćenog zanimanja", ali i "drugih poslova koji su nespojivi sa poslovima izvršitelja". Navedena rešenja nisu omogućavala nesumnjiv zaključak o tome mogu li se izvršitelji baviti medijacijom. Štaviše, fomulacija navedenih odredbi više je naginjala zaključku da poslovi posredovanja u rešavanju sporova nisu spojivi sa poslovima izvršitelja, budući da su nespojivošću bile obuhvaćene sve "pravosudne profesije", pri čemu su u našoj javnosti i posrednici često smatrani jednom od takvih profesija. Čak i da takvo tumačenje ne stoji (više o tome, videti: Petrušić, N. Arsić, J., op. cit. 4, str. 212. i 215.), bilo je jasno da izvršitelji, čak i kada bi mogli postupati kao medijatori, ne bi mogli naplaćivati usluge medijacije, slično kao što je to zakonom predviđeno za sudije koji se angažuju kao posrednici u rešavanju sporova. Ovo, stoga, jer su odredbe pomenutog Pravilnika nedvosmislene u pogledu nespojivosti poslova izvršitelja sa obavljanjem bilo kog drugog plaćenog zanimanja. Sve to je činilo sasvim neizvesnim odgovor na pitanje mogu li se, i pod kojim uslovima, izvršitelji baviti medijacijom.

[18] Prema čl. 29. st. 3. ZPRS, posrednicima priprada pravo na nagradu za rad i naknadu troškova u vezi sa posredovanjem, a u skladu sa odredbama Pravilnika o Tarifi o nagradama i naknadama u postupku posredovanja.

[19] Član 487. st. 1. tač. 4. ZIO.

[20] Prema podacima iz Registra posrednika, do danas je izdato nekoliko dozvola za posredovanje licima koja se bave izvršiteljskim poslovima: jednom javnom izvršitelju iz Novog Sada, kao i javnom izvršitelju i pomoćniku javnog izvršitelja iz Niša. Interesantno je da je su svi oni upisani u Registar posrednika još u periodu važenja ZIO 2011, što navodi na zaključak da je Ministarstvo pravde i tada važeća, mada nedovoljno jasna zakonska rešenja, tumačilo u prilog mogućnosti obavljanja medijatorske delatnosti od strane javnih izvršitelja, kao i lica zaposlenih u kancelarijama javnog izvršitelja.

Prava i dužnosti izvršitelja kao posrednika u rešavanju sporova

Pravni položaj svih lica koja postupaju kao medijatori primarno je uređen odredbama sadržanim u ZPRS i pravilima *Etičkog kodeksa posrednika*.[21] Prema ZPRS, posrednik je fizičko lice koje na nezavisan, neutralan i nepristrasan način posreduje između strana u spornom odnosu.[22] Posrednik je lice koje, za razliku od javnog izvršitelja, nema javna ovlašćenja, a njegova osnovna dužnost je da primenom odgovarajućih veština i metoda posredovanja, usmerava proces konstruktivnog rešavanja određenog spornog odnosa. Smernice takvom postupanju posrednika primarno predstavljaju osnovna načela medijacije – dobrovoljnost, poverljivost, isključenje javnosti, ravnopravnost strana i dr.[23] Samim tim, kada postupaju kao posrednici u rešavanju sporova, javni izvršitelji moraju svoje postupanje uskladiti sa specifičnom ulogom posrednika.

Načelo dobrovoljnosti predstavlja polazni princip medijacije, a njegovo poštovanje pretpostavlja **dužnost medijatora da pre pokretanja postupka posredovanja** stranama pruži potrebne informacije o procesu posredovanja, ulozi posrednika, mogućnosti okončanja postupka zaključenjem sporazuma, kao i na koji način sporazum o rešavanju spora putem posredovanja može da ima svojstvo izvršne isprave".[24] Iz ovog načela proističe pravo strana da slobodno izaberu medijatora, kao i da se sporazumeju o načinu sprovođenja postupka posredovanja (na primer, o vremenu i mestu održavanja sesija, uključivanju trećih lica i sl). Načelo dobrovoljnosti im, takođe, omogućava da postignu dogovor koji odgo-

[21] Etički kodeks je akt koji obavezuje sva lica koja se bave posredovanjem u rešavanju sporova a poštovanje utvrđenih etičkih pravila predstavlja uslov za obnavljanje dozvole za posredovanje. Videti čl. 2. Etičkog kodeksa posrednika u vezi sa čl. 34. st. 1. tač. 1. i čl. 38. st. 4. ZPRS.

[22] Član 33. stav 1. ZPRS. Nezavisnost, kao komponenta uloge posrednika, podrazumeva odsustvo bilo kakve veze medijatora sa stranama u spornom odnosu (porodične, poslovne i dr.), koja bi mogla biti osnov postojanja konflikta interesa. Nepristrasnost obavezuje medijatora da ravnopravno tretira strane u procesu, bez obzira na njihove lične karakteristike, stavove i ponašanje u toku medijacije. Konačno, neutralnost medijatora tiče se nemogućnosti da se u ulozi medijatora nađe lice koje u konkretnom slučaju ima bilo kakav lični interes za postizanjem određenih rešenja spornog odnosa.

[23] Na to izričito upućuje i odredba koja obavezuje posrednika da posredovanje obavlja u skladu sa načelima posredovanja, ali i Etičkim kodeksom posrednika. Videti čl. 34. st 1. tač. 1. u vezi sa čl. 9-16. ZPRS. Više o etičkim standardima u oblasti medijacije, videti: Arsić, J., "Etička pitanja i standardi prakse medijacije", u: Džamonja Ignjatović, T. (ur.), *Medijacija: principi, proces, primena*, Centar za primenjenu psihologiju, Beograd, 2014, str. 115-130.

[24] Čl. 9. st. 1. tač. 1. Etičkog kodeksa posrednika.

vara njihovim potrebama i interesima, što podrazumeva zabranu nametanja bilo kakvih rešenja od strane medijatora.[25]

ZPRS propisuje dužnost medijatora da stranama obezbedi ravnopravan položaj[26], pa je posebna odgovornost medijatora da blagovremeno prepozna prisustvo faktora nejednakosti strana u spornom odnosu i da adekvatno proveri stvarnu volju svake od strana u smislu dobrovoljnosti učešća u medijaciji, kao i sposobnosti jednakog učešća u procesu donošenja odluka. Intervencije medijatora moraju biti tako isplanirane da se omogući jednako učešće strana u postupku, a da se istovremeno ne ugrozi neutralnost postupanja medijatora.[27]

Postupak medijacije zaštićen je načelom poverljivosti. Poverljivost obavezuje medijatora da sve informacije, izjave i predloge u vezi sa postupkom medijacije čuva kao tajnu u odnosu na treća lica.[28] Poverljivost, takođe, obavezuje medijatora da informacije koje je u toku postupka saznao u razgovorima sa jednom stranom ne otkriva drugoj strani, osim ukoliko ga je prva strana na to ovlastila.[29] Povreda načela poverljivosti od strane medijatora sankcionisana je odgovornošću medijatora za štetu koju je time prouzrokovao, uz rizik da mu bude oduzeta i dozvola za posredovanje.[30]

Kako se medijacija u praksi može inicirati pre, ali i nakon pokrenutog sudskog ili drugog postupka pravne zaštite, zakonom je predviđena i dužnost medija-

[25] Prema čl. 34. st. 2. ZPRS: "Posrednik ne može da nameće stranama rešenje, da daje obećanja i pravne savete, niti da garantuje određeni ishod posredovanja."

[26] Čl. 10. st. 2. ZPRS.

[27] Više o tome, videti: Despotović Stanarević, V., Ćuk Milankov, D., "Disbalans u moći strana kao izazov za medijaciju", u: Džamonja Ignjatović, T. (ur.), *Medijacija: principi, proces, primena*, Centar za primenjenu psihologiju, Beograd, 2014, str. 223-236. Nemogućnost medijatora da obezbedi ravnopravnost strana i vođenje postupka u skladu sa načelom dobrovoljnosti i ravnopravnosti, uvek ostavlja mogućnost korišćenja zakonskog ovlašćenja medijatora da postupak obustavi, ukoliko dalje vođenje postupka nije celishodno. Takvo ovlašćenje medijatora sadržano je u čl. 23. st. 2. ZPRS.

[28] Ova tzv. eksterna poverljivost odnosi se na ograničenja u pogledu učešća trećih lica u medijaciji, primenu pravila o obaveznom uništavanju beleški medijatora nakon završetka medijacije, zabranu korišćenja informacija u vezi sa postupkom medijacije u nekom drugom postupku, kao i zabranu svedočenja medijatora na sudu ili u nekom drugom postupku u vezi sa informacijama do kojih je došao u medijaciji. Videti čl. 7. Etičkog kodeksa u vezi sa čl. 9. i 16. ZPRS.

[29] U pitanju je tzv. interna poverljivost koja se, po pravilu, vezuje za odvojene razgovore koje u toku procesa medijator vodi sa svakom od strana u spornom odnosu, i obuhvata sve informacije i dokumente koji su mu učinjeni dostupnim u toku odvojenih razgovora.

[30] Čl. 35., 38. st. 4. i 39. st. 1. ZPRS.

tora da sudu odnosno drugom organu, po čijem je uputu medijacija sprovedena, dostavi obaveštenje o načinu okončanja postupka.[31]

U vezi sa sporazumom koji strane postižu u postupku medijacije (koji ZPRS naziva "sporazum o rešavanju spora putem posredovanja"), medijator je dužan da stranama u spornom odnosu objasni njegovu pravnu prirodu, naročito u pogledu načina na koji ovaj sporazum može steći svojstvo izvršne isprave.[32] Pored toga, posrednik je dužan da stranama, na njihov zahtev, pruži odgovarajuću pomoć u sačinjavanju njihovog sporazuma, a takođe je dužan da takav sporazum potpiše.

Zakonom je predviđena odgovornost posrednika za štetu koju prouzrokuje stranama svojim nezakonitim postupanjem. Takva odgovornost postoji i u slučaju postupanja koje je protivno Etičkom kodeksu u slučaju kada je šteta nastala kao rezultat nezakonitog postupanja koje je posledica namere ili grube nepažnje medijatora.[33]

Zakonom se medijatoru, za njegov rad, garantuje pravo na naknadu troškova, koje uključuje pravo na nagradu za rad i pravo na naknadu drugih troškova u vezi sa sprovođenjem posredovanja.[34] Visina troškova posredovanja određuje se prema Tarifi koju je usvojilo Ministarstvo pravde, a predviđeno je da medijatori mogu da pružaju usluge posredovanja bez naknade, što bi, čini se, važilo kao mogućnost i bez izričite zakonske norme.

Posrednik je dužan da ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa svake godine podnosi izveštaj o broju obavljenih medijacija.[35]

Najvažnija prava i dužnosti medijatora, onako kako ih predviđaju ZPRS i Etički kodeks, konkretizuju se u okviru sporazuma o pristupanju posredovanju

---

[31] Čl. 24. st. 2-3. ZPRS. Imajući u vidu zahteve načela poverljivosti, navedena dužnost medijatora podrazumeva obaveštavanje suda ili drugog organa jedino o načinu okončanja postupka medijacije, bez pružanja bilo kakvih drugih informacija u vezi sa postupkom medijacije. Isto pravilo važi i u pogledu dužnosti medijatora da obavesti nadležni organ ili organizaciju u slučaju kada strane u postupku medijacije nisu postigle sporazum u postupku posredovanja koji je posebnim zakonom predviđen kao uslov za vođenje sudskog ili drugog postupka

[32] Čl. 27. i 28. ZPRS, i čl. 9. st. 1. i 4. Etičkog kodeksa posrednika.

[33] Čl. 35. ZPRS. Za razliku od ZIO, koji predviđa obavezu zaključivanja ugovora o osiguranju od odgovornosti za štetu izvršitelja, ZPRS ne sadrži odredbu o obaveznom osiguranju posrednika od profesionalne odgovornosti za štetu. Budući da je medijacija specifična usluga, pri čemu neformalnost samog procesa postavlja brojne izazove adekvatnom postupanju medijatora, osiguranje od profesionalne odgovornosti svakako bi doprinelo boljoj zaštiti posrednika.

[34] Videti čl. 29. st. 2. ZPRS.

[35] Videti čl. 34. st. 1. tač. 5. ZPRS. U izveštaju medijator mora navesti podatke o vrsti spornog odnosa povodom koga je vođena medijacija, mestu u kome je postupak medijacije sproveden i načinu okončanja postupka medijacije. Ovim se, u nastojanju izgradnje kvalitetnog sistema usluga medijacije, obezbeđuje efikasno praćenje i vođenje evidencije rada posrednika.

koji potpisuju posrednik i strane u spornom odnosu.[36] Prava i dužnosti medijatora nisu uslovljena oblašću primene medijacije, što se može objasniti činjenicom da sve intervencije medijatora imaju jednak značaj u rešavanju različitih spornih situacija, nezavisno od prirode spornog odnosa i stila medijatora. Ipak, specifičnosti nekih vrsta sporova mogu usloviti dodatne procesne dužnosti posrednika.[37]

U vezi sa postupanjem javnih izvršitelja kao posrednika u rešavanju sporova, postavlja se pitanje da li javni izvršitelj, koji je u određenom predmetu postupao kao medijator, može kasnije u istom predmetu da sprovodi izvršenje u svojstvu javnog izvršitelja? Drugim rečima, postavlja se pitanje da li je prethodno sprovođenje medijacije od strane javnog izvršitelja razlog za njegovo isključenje (ili izuzeće) u postupku izvršenja koji se vodi između stranaka povodom one pravne stvari u kojoj je javni izvršitelj bio posrednik?[38]

Za razliku od ZIO 2011, koji uopšte nije propisivao mogućnost izuzeća izvršitelja,[39] novi ZIO to omogućava. Naime, u članu 495. ZIO, pod marginalnim *naslovom "Razlozi za izuzeće javnog izvršitelja*", regulisani su razlozi za isključenje i razlozi za izuzeće javnog izvršitelja. Odredbama ovog člana između ostalog je propisano da se javni izvršitelj izuzima "ako je sa strankom bio u poslovnom odnosu povodom koga se sprovodi izvršenje" (st. 2), kao i kada "druge činjenice dovode u sumnju njegovu nepristrasnost" (st. 3). Međutim, iako je u čl. 495. st. 2. ZIO poslovni odnos javnog izvršitelja i stranke izričito naveden kao razlog za izuzeće, u čl. 527. st 1. tač. 8. ZIO propisano je da "preduzimanje radnji izvršitelja i pored razloga za isključenje" predstavlja težu disciplinsku povredu, a u te razloge za isključenje naveden je i razlog zbog koga se, saglasno čl. 495. st. 2. ZIO javni iz-

[36] Sporazum o pristupanju posredovanju medijator potpisuje sa stranama u spornom odnosu koje su ga zajednički izabrale, i njime se uređuju međusobna prava i obaveze u vezi sa sprovođenjem postupka posredovanja. **Ovim sporazumom potvrđuju se izbor medijatora, uređuju prava** i obaveze medijatora i strana u spornom odnosu u skladu sa načelima medijacije, utvrđuju se troškovi medijacije (uključujući naknadu za rad medijatora), kao i druga pitanja od značaja za sprovođenje medijacije. **ZPRS izričito propisuje da zaključenjem sporazuma o pristupanju posredovanju** počinje sam postupak posredovanja. Čl. 18-19 ZPRS.

[37] Na primer, u nekim slučajevima ZPRS obavezuje posrednika da se u postupku, pored osnovnih načela medijacije, rukovodi i načelom zaštite najboljeg interesa deteta. Videti čl. 34. st. 1. tač. 2. ZPRS. Više o tome: Arsić, J., "Medijacija u porodičnim sporovima: specifičnosti postupka medijacije i uloge medijatora", u: Ponjavić, Z. (ur.), *Novo porodično zakonodavstvo: zbornik sa savetovanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Centar za porodično pravo, Kragujevac, 2006, str. 75-79.

[38] Ova situacija posebno dobija na značaju kada se ima u vidu zakonska mogućnost pokretanja i sprovođenja procesa medijacije u svim fazama razvoja postupka, uključujući i postupak izvršenja. Videti čl. 30. st. 1-2. ZPRS.

[39] Član 31. st. 2. ZIO 2011. Ovako rešenje je izazvalo negativne kritike teoretičara procesnog prava. Šire: Stanković, G. Boranijašević, V. Izvršno procesno pravo, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 49.

vršitelj izuzima. Očigledno je da su navedene odredbe ZIO neusaglašene kada je u pitanju primena pravila o isključenju i izuzeću javnih izvršitelja, što može dovesti do velikih problema u praksi, posebno imajući u vidu značajne razlike koje postoje između instituta isključenja i izuzeća. Mišljenja smo da ovu kontradiktornost treba što pre otkloniti, a do usvajanja adekvatnog zakonskog rešenja shodno primenjivati pravilo iz čl. 67. st. 1. tač. 6. Zakona o parničnom postupku[40], kojim je izričito propisano da sudija ne može vršiti sudijsku dužnost "ako je u istom predmetu učestvovao u postupku medijacije".

POSREDNIČKA DELATNOST JAVNIH IZVRŠITELJA U POSTUPKU IZVRŠENJA

Domaći pravni okvir

Usvajanjem ZIO 2011, domaće izvršno procesno pravo je temeljno reformisano u cilju povećanja brzine i efikasnosti izvršnog postupka. Jedna od najvećih novina jeste uvođenje (privatnih) izvršitelja[41], čime je započeo proces dejudicijalizacije i privatizacije izvršenja.[42] Pored delatnosti sprovođenja izvršenja, privatni izvršitelji su, po ovom zakonu, obavljali i niz drugih delatnosti, kao što su kvazisudska, detektivska, delatnost dostavljanja i dr.,[43] uključujući i posredničku delatnost. Ova delatnosti (privatnih) izvršitelja, bila je regulisana propisivanjem pravila da izvršitelj "*na zahtev izvršnog dužnika, odnosno izvršnog poverioca posreduje u cilju postizanja sporazumnog rešenja*"[44]

Usvajanjem novog ZIO, status (privatnih) izvršitelja, za koje su u novom ZIO koristi naziv "javni izvršitelji", nije izmenjen, ali je proširena njihova nadlež-

[40] "Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014.

[41] Naziv "privatni izvršitelj" koristi se u literaturi kako bi se napravila razlika izmeđz sudskih izvršitelja i izvršitelja koji izvršiteljsku delatnost obavljaju kao preduzetnici ili članovi ortačkog društva. Videti: Bodiroga, N. O ustavnosti izvršenja potraživanja putem privatnih izvršitelja, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LXII, 1/2014, str. 115.

[42] Zakonski režim izvršenja ustanovljen ZIO 2011 bio je zasnovan na premisama tzv. kombinovanog sistema izvršenja (izvršenje od strane suda i privatnih izvršitelja), pri čemu je sudsko izvršenje ostavljeno kao alternativa izvršenju koje sprovode privatni izvršitelji (Videti: Šarkić, N. Nikolić, M. Kritička analiza pojedinih odredaba novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Pravni život br. 11/2011, tom III, str. 840. U delu teorije ovaj potez zakonodavca doživeo je negativne kritike, a postavilo se i pitanje ustavnosti odredaba kojima je privatnim izvršiteljima priznato ovlašćenje da određuju izvršenje u postupku prinudnog izvršenja. (Videti: Stanković, G. Boranijašević, V. op. cit. str. 36–37; Rakić-Vodinelić, V. u: Dragor Hiber, redaktor, Novi Zakon o izvršnom postupku, Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd 2004, str. 12; Bodiroga, N. op. cit. str. 116-129.

[43] Detaljno: Bodiroga, N. op. cit. str. 116-117.

[44] Član 325. tač. 11. ZIO 2011.

nost u domenu sprovođenja izvršenja.[45] I novi ZIO omogućava da javni izvršitelji posreduju između stranaka,[46] propisujući u čl. 137. da je "*Javni izvršitelj dužan* [je] *da posreduje između stranaka radi sporazumnog namirenja izvršnog poverioca*". Time je posredovanje postalo sastavni deo radnih zadataka i uloge javnih izvršitelja u predmetima izvršenja.

Kratak komparativni pregled

Mogućnost da javni izvršitelji budu posrednici u predmetima izvršenja nije nepoznanica u uporednom izvršnom procesnom pravu, već postoji u mnogim pravnim sistemima. U nekima je ta mogućnost izričito propisana, dok u nekim sistemima ne postoji izričito pravilo kojim je to dopušteno, ali ni pravilo kojim je posredovanje zabranjeno, pa ga izvršitelji svakodnevno praktikuju. Takav trend je posledica promena u pogledu samog cilja izvršnog postupka i uloge izvršitelja, čiji se delatnost sve manje svodi na primenu sile radi prinudnog izvršenja, a sve više se ogleda u pružanju pomoći stranama da pronađu takav modalitet namirenja koji će biti najpovoljniji za poverioca, ali neće dovesti do potpune propasti dužnika.[47]

Podršku ovoj promeni pruža i *Preporuka Saveta Evrope Rec (2003)17 o izvršenju*, kojom se državama članicama upućuje preporuka da prilikom regulisanja izvršne procedure naprave pozitivnu ravnotežu između prava i interesa stranaka u postupku izvršenja.[48] Na ovim idejama zasnovane su i *Smernice Evropske*

[45] Javnim izvršiteljima priznata je isključiva nadležnost za sprovođenje izvršenja u svim izvršnim pravnim stvarima, izuzev u nekoliko pravnih stvari koje su ostale u isključivoj nadležnosti izvršnog suda. Prema čl. 4. ZIO, izvršni sud je isključivo nadležan za izvršenje putem zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari, za izvršenje obaveze na činjenje, nečinjenje ili trpljenje (čl. 359-367), kao i za izvršenje odluke u vezi sa porodičnim odnosima (izvršenje radi predaje i oduzimanja deteta, izvršenje radi održavanja ličnih odnosa sa detetom, izvršenje radi zaštite od nasilja u porodici, zaštite prava deteta i drugih odluka u vezi s porodičnim odnosima (čl. 368-380) i izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad (čl. 381-385).

[46] Čini se da je važnost posredničke delatnosti javnih izvršitelja još naglašenija, s obzirom na to da je u novom ZIO odredba o ovoj delatnosti, čiji rubrum glasi "Dužnost posredovanja javnog izvršitelja", izdvojena u poseban član 137. i smeštena u deo zakona posvećen sprovođenju izvršenja (Glava IX).

[47] Bodiroga, N., op. cit., str. 128. sa pozivanjem na: Burkhard Hess, Die Neuorganisation des Gerichtsvo- llzieherswesens, Rechtsgutachten, 2006, str. 37.

[48] Recommendation Rec(2003)17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement, para. 3. https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1565277&direct=true (pristup 2. 7. 2017). U Trećem delu preporuke posebno je apostrofirana potreba uspostavljanja ravnoteže između stranaka u kontekstu prava na pravično postupanje i prava na poštovanje porodičnog života (člana 6. i 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava), uz ukazivanje da u izvršnim postupcima koji se tiču porodice, interese članova porodice treba uzeti u obzir, vodeći računa o najboljem interesu dece koji je od primarne važnosti.

komisije za efikasnost pravde (CEPEJ) za bolju primenu postojeće Preporuke Saveta Evrope za izvršenje sudskih presuda,[49] u kojima se naglašava da bi proces izvršenja trebao da bude dovoljno fleksibilan kako bi izvršni poverilac imao širok prostor za sklapanje sporazuma sa dužnikom, ako među njima postoji konsenzus.

Naglašeno je, međutim, da takvi aranžmani treba da budu podvrgnuti temeljnoj kontroli kako bi se osigurala nepristrasnost izvršitelja i zaštita interesa izvršnog poverioca i trećih strana. Zakonodavcima je preporučeno da zakonima jasno definišu ulogu izvršitelja (stepen autonomije), uz ukazivanje na da u postupku izvršenja mogu imati ulogu "post-sudskog medijatora" ("*post judicial mediator")*. U pravnim sistemima država EU, među režimima prinudnog izvršenja postoje znatne razlike, koje se, pored ostalog, ogledaju i u različitom pravnom statusu i ovlašćenjima izvršitelja.[50] Razlike postoje i u pogledu mogućnosti izvršitelja da u predmetima izvršenja posreduju među strankama. Tako, na primer, ova mogućnost postoji u Francuskoj,[51] Belgiji,[52]

[49] Guidelines for a better implementation of the existing Council of Europe's Recommendation on enforcement, CEPEJ, Strasbourg, 9 – 10 December 2009. https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1565277&direct=true (pristup 3. 7. 2017).

[50] Videti: Case study on the functioning of enforcement proceedings relating to judicial decisions in Member States, Directorate-General for Justice, Consumers and Gender Equality, Final Report, 2015, http://ec.europa. eu/justice/effective-justice/files/enforcement_proceedings_final_report_en.pdf (2.7.2017); Enforcement of court decisions in Europe, European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ), https://www.coe.int/t/ dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution_en.pdf. (pristup 3. 7. 2017).

[51] Od 2011. godine, kada je usvojen *Décret n° 2011-1173 du 23 septembre 2011 portant diverses dispositions relatives à certaines professions judiciaires et juridiques réglementées*, izvršitelji u Francuskoj mogu da se bave posredovanjem kao svojom dodatnom delatnošću. Tekst ovog zakonskog akta dostupan je na https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/9/23/JUSC1111356D/jo/texte (2. 7. 2017). Nacionalna komora izvršitelja osnovala je 2013. svoj Centar za posredovanje, čiji su članovi izvršitelji koji su posebno obučeni za posredovanje. https://www.infogreffe.com/in/web/guest/informations-et-dossiers-entreprises/actualites/les-huissiers-de-justice-deviennent-des-acteurs-de-la-mediation-de-proximite.html (2. 7. 2017).

[52] U Belgiji mogućnosti izvršitelja *(l'huissier de justice*) da posreduju proizlazi iz čl. 519. Le Code judiciaire (*Gerechtelijk wetboek*) iz 1967, u kome su nabrojane "ostale" kompetencije izvršitelja, tj. one koje se ne tiču samog postupka izvršenja (http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language= fr&la=F&cn=1967101002&table_name=loi, (pristup 2. 7. 2017). Na sajtu belgijske Nacionalne komore sudskih izvršitelja navodi se da izvršitelj može pomiriti različita mišljenja i suprotne interese stranaka, ali da je on taj koji najbolje može da oceni kada treba krenuti u prinudno izvršenje. Šire: L'huissier de justice: Ses activités, https://www.huissiersdejustice.be/nkgb-cnhb/lhuissier-de-justice/lhuissier-de-justice-ses-activit%C3%A9 (pristup 2. 7. 2017).

Holandiji,[53] Litvaniji,[54] Švedskoj,[55] kao i u Bugarskoj.[56] Međutim, u Nemačkoj,[57] Italiji[58] i Poljskoj[59] nije predviđena mogućnost da izvršitelji posreduju u predmetima izvršenja, ali prema svedočenju samih izvršitelja, oni u svom radu to svakodnevno čine.[60]

U pravnim sistemima uspostavljenim na prostoru bivše Jugoslavije, u kojima važe različiti režimi izvršenja, osim srpskog ZIO, nijedan drugi zakon ne reguliše posredovanje izvršitelja u predmetima izvršenja. Takva mogućnost ne postoji ni u sistemima u kojima je sprovođenje izvršenje u nadležnosti sudskih iz-

---

[53] U Holandiji se medijacija u postupcima izvršenja široko primenjuje, posebno u porodičnim stvarima. Videti: Van den Oever V. Linksom of rechtsom: de gerechtsdeurwaarder als mediator, Gerechtsdeurwaarder, 2010. № 2. P. 9 http://www. public-i-writers.nl/uploads/Gerechtsdeurwaarder_ nr2_2eproef.pdf (pristup 2. 7. 2017).

[54] Prema podacima iz literature, iako litvanski Zakon o izvršiteljima izričito ne propisuje mogućnost posredovanja u postupku izvršenja, izvršitelji ga u praksi primenjuju, a predstavnici Komore izvršitelja, stoje na stanovištu da propisi pružaju tu mogućnost. Filipova, I.A. Filipov, V.V. Mediation in enforcement proceedings: application in the European countries and prospects of application in the Russian Federation, Актуельны проблемы экономики и права, 2017. Т. 11. Но. 1 , p. 207-211. https://cyberleninka.ru/article/v/mediation-in-enforcement-proceedings-application-in-the-european-countries-and-prospects-of-application-in-the-russian-federation (приступ 2. 7. 2017).

[55] Filipova, I.A. Filipov, V.V. op. cit.p. 211.

[56] Zakonom o privatnim izvršiteljima Bugarske iz 2005. izvršitelji su ovlašćeni da na zahtev stranaka posreduju u cilju "postizanja sporazuma među njima". Videti čl. 18. st. 3. Закона за частните съдебни изпълнители Обн., ДВ, бр. 43 от 20.05.2005 г., в сила от 1.09.2005 г., изм., бр. 39 от 12.05.2006 г., в сила от 12.05.2006 г., изм. и доп., бр. 31 от 13.04.2007 г., изм., бр. 59 от 20.07.2007 г., в сила от 1.03.2008 г., бр. 64 от 7.08.2007 г., бр. 69 от 5.08.2008 г., бр. 97 от 10.12.2010 г., в сила от 1.01.2011 г., изм. и доп., бр. 82 от 21.10.2011 г., в сила от 1.01.2012 г., бр. 49 от 29.06.2012 г. https://www.bcpea.org/uploads/pdf/zakon.pdf (pristup 2. 7. 2017).

[57] Videti: Tochtermann, P. Mediation in Germany: The German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads, in: Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective (ed. Klaus J. Hopt and Felix Steffek), Oxford Scholarship Online, January 2013 http://www.oxfordscholarship.com/view/ 10.1093/acprof:oso/ 9780199653485.001.0001/acprof-9780199653485-chapter-8 (pristup 4.7. 2017).

[58] Videti: De Palo, G. Keller, L. Mediation in Italy: Alternative Dispute Resolution for All, in: Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective (ed. Klaus J. Hopt and Felix Steffek), Oxford Scholarship Online, January 2013 http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199653485.001. 0001/acprof-9780199653485-chapter-8 (pristup 4. 7. 2017).

[59] Ipak, u Poljskoj već postoji inicijativa da se izvršiteljima omogući posredovanje po ugledu na rešenja u francuskom pravu. Sienkiewicz, K. Komornik mediatorem?, http://www.dochodzeniewierzytelnosci.pl/ 2012/08/16/komornik-mediatorem/ (pristup 4. 7. 2017).

[60] Jedan nemački izvršitelj svoju ulogu opisuje sledećim rečima: "Heute ist er auch ein Berater, ein Vermittler, manchmal auch eine Art Sozialarbeiter", ukazujući da je on danas i savetnik, i posrednik, ponekad i neka vrsta socijalnog radnika, dostupno na http://www.augsburger-allgemeine.de/augsburg/Immer-oefter-klopft-der-Gerichtsvollzieher-id4003521.html (pristup 3. 7. 2017).

vršitelja (Ovršni zakon Hrvatske,[61] Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosna i Hercegovina,[62] Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske,[63] Zakon o izvršnom postupku Brčko distrikta BIH[64]), niti u onima u kojima je izvršenje povereno privatnim izvršiteljima (Zakon o izvršbi in zavarovanju Slovenije,[65] Закон за извршување Македоније)[66].

Cilj i predmet posredničke delatnosti javnih izvršitelja u predmetima izvršenja

Iako je cilj postupka izvršenja prinudno ostvarivanje potraživanja poverioca koje je utvrđeno izvršnom, odnosno verodostojnom ispravom, i u ovom postupku postoji prostor za sporazumevanje stranaka, što proizlazi iz načela dispozicije, na kome je postupak zasnovan, i iz dispozitivne prirode samih prava koja se u njemu prinudno ostvaruju. Na mogućnost sporazumevanja utiču i novi izazovi sa kojima se stranke u postupku prinudnog izvršenja suočavaju. Naime, donošenje rešenja o izvršenju menja poziciju i preobražava početne motive i interese koje su stranke imale u postupku iz koga potiče izvršna isprava. Izvršni dužnik se suočava sa činjenicom da je namirenje poverioca neminovnost, što ga može motivisati da o svojim interesima razmišlja iz perspektive nekoga kome preti prinudni zahvat u imovinu radi namirenja potraživanja poverioca.

U mnogim slučajevima i izvršni poverilac je spreman da sa dužnikom pregovara kako bi bio namiren u što kraćem roku, u što većem obimu i uz što manje troškova. Poseban podsticaj za pregovaranje postoji kada izvršni poverilac nije siguran u krajnji ishod izvršenja zbog lošeg imovnog stanja dužnika, specifične životne situacije u kojoj se dužnik nalazi, pretenzija drugih poverilaca i sl. Iskustvo pokazuje da se upravo u stadijumu sprovođenja izvršenja kod stranaka smanjuje želja za borbom i nadmetanjem, što može povećati njihovu motivaciju za pronalaženjem obostrano prihvatljive opcije namirenja potraživanja. To je i razlog zbog koga posredovanje u stadijumu sprovođenja izvršenja može biti uspešno, pa se u tom smislu opredeljenje zakonodavca da javnim izvršiteljima omogući posredo-

[61] "Narodne novine" br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17.

[62] "Sl. novine FBiH", br. 32/03 i br. 33/06.

[63] "Sl. glasnik RS", br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 i 67/13.

[64] "Sl. glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, br. 39/13.

[65] "Uradni list RS", št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15 in 76/15 – odl. US).

[66] "Сл. весник на РМ", бр.72.

vanje može smatrati pozitivnim potezom,[67] koji je u duhu savremenih trendova u razvoju izvršne procedure.

Zakonodavac, međutim, nije valjano obavio zadatak u regulisanju posredovanja, jer je propustio da bliže razradi ovu specifičnu aktivnost javnog izvršitelja. Lapidarno pravilo o dužnosti javnih izvršitelja da posreduju u predmetima izvršenja radi sporazumnog namirenja poveriočevog potraživanja otvara niz pitanja, na koje ZIO ne nudi odgovor, što u praksi može izazvati probleme, stvoriti pravnu nesigurnost i demotivisati izvršitelje da se ovom delatnošću bave.

Pre svega, postavlja se pitanje šta je neposredni predmet posredovanja i koji se cilj njime ostvaruje, imajući u vidu da do posredovanja dolazi u stadijumu sprovođenja izvršenja, koji sleduje nakon što je donošenjem rešenja o izvršenju izvršenje određeno (dozvoljeno).

U literaturi posvećenoj režimu izvršenja ustanovljenom ZIO 2011 sreće se stav da su predmet posredovanja u toku sprovođenja izvršenja prava i obaveze utvrđene izvršnom ispravom, te da je cilj posredovanja postizanje sporazuma kojim stranke naknadno revidiraju svoja prava i obaveze. Saglasno tome, tvrdi se da sporazum ima karakter vansudskog poravnanja, čijim sklapanjem prestaje dejstvo rešenja o izvršenju, a ako stranke dobrovoljno ne ispune preuzete obaveze, mora se voditi novi parnični postupak kako bi nastao novi osnov za izvršenje.[68] Ovakav stav je zasnovan na pravilu iz čl. 325. tač. 11. ZIO 2011, kojim je kao cilj posredovanja bilo navedeno "postizanje sporazumnog rešenja", bez preciziranja šta je predmet sporazumnog rešenja.

Uprkos nedorečenosti odredbe i nedostatka bilo kakvog objašnjenja u obrazloženju predloga ZIO 2011 u pogledu posredovanja izvršitelja, mišljenja smo da predmet posredovanja u pregovorima stranaka u fazi sprovođenja izvršenja nisu prava i obaveze stranaka utvrđene izvršnom, odnosno verodostojnom ispravom. Ono oko čega stranke u toku sprovođenja izvršenja mogu pregovarati uz posredovanje javnog izvršitelja, u suštini jesu pitanja koja se tiču sredstva i predmeta izvršenja, odnosno načina namirenja. Takav zaključak proizlazi iz cilja posredovanja onako kako je on definisan novim ZIO, a to je "sporazumno namirenje izvršnog

[67] U pravnoj ekspertizi Nacrta ZIO 2011 "Nacrt Zakona o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije, komentari o usklađenosti sa zahtevima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava", autora Alena Uzelca, iznet je stav "da odredba kojom se izvršitelji ovlašćuju da intervenišu kao posrednici na zahtev bilo dužnika, bilo poverioca, radi postizanja sporazumnog rešenja, zaista zaslužuje pohvalu. Ovlašćenje da interveniše i ponudi srednje rešenje moglo je čak da bude u još većoj meri prošireno, kako bi se izvršitelju priznalo pravo da po službenoj dužnosti interveniše i posreduje između interesa dveju strana, pokušavajući da iznađe rešenje koje će doneti maksimalnu efikasnost i korist za sve aktere u izvršnom postupku. Takvo posredovanje bi takođe moglo izričito da obuhvati i pravo na sugerisanje metoda zadovoljenja poverilačkih potraživanja, sporazuma o plaćanju u ratama itd". www.alanuzelac.from.hr/pubs/E17_ZIP_ekspertiza.doc (pristup 4. 7. 2017)

[68] Stanković, G., Boranijašević, V., op. cit., str. 46.

poverioca". Izraz "sporazumno namirenje izvršnog poverioca" treba shvatiti kao modalitet namirenja koji je najpovoljnija opcija i za poverioca i za dužnika, a koji su stranke sporazumno utvrdile putem pregovora i uz posredovanje javnog izvršitelja. Saglasno tome, u krug pitanja podobnih za pregovaranje i posredovanje spada, na primer, izbor sredstva i predmeta izvršenja (npr. u slučajevima kada je izvršenje određeno na celokupnoj imovini izvršnog dužnika),[69] određivanje sredstva i predmeta izvršenja u slučaju potrebe za promenom ili dodavanjem sredstava i predmeta izvršenja,[70] olakšavanje načina ispunjenja činidbe (npr. sporazum stranaka o isplati duga u više rata) i sl.

Imajući u vidu da je krajnji cilj pregovaranja i posredovanja u predmetima izvršenja "sporazumno namirenje poverioca", evidentno je da sporazum koji su pregovaranjem stranke postigle ne utiče na rešenje o izvršenju, koje i dalje proizvodi pravno dejstvo.

Dužnost posredovanja i sadržina posredničke delatnosti javnog izvršitelja

Za razliku od ZIO 2011, kojim je bilo propisano da izvršitelj posreduje na zahtev stranaka, izvršnog poverioca ili izvršnog dužnika, novim ZIO propisana je dužnost javnog izvršitelja da posreduje, bez navođenja da to čini na zahtev stranaka. U vezi sa tim postavlja se pitanje kako treba tumačiti ovo zakonsko pravilo. Mišljenja smo da se smisao pravila kojim je propisana dužnost javnog izvršitelja da posreduje, pre svega, ogleda u njegovoj dužnosti da preuzme ulogu posrednika u pregovorima stranaka, ako to jedna ili obe stranke zatraže. Drugim rečima, ovim pravilom se javnom izvršitelju uskraćuje mogućnost da odbije obavljanje ovog specifičnog radnog zadatka, koji je sastavni deo njegovog izvršiteljskog posla. To, naravno, ne znači da i sam izvršitelj ne može inicirati pregovore stranaka.

Naprotiv, u praksi se može očekivati da će upravo on biti taj koji inicira pregovore stranaka jer ima celovit uvid u pravne i faktičke činjenice i subjektivne i objektivne okolnosti konkretne izvršne stvari, na osnovu kojih može da proceni situaciju, motivisanost i otvorenost stranaka za pregovore i dr. Inicijativa javnog izvršitelja da stranke pristupe pregovorima podrazumeva ukazivanje na mogućnost i prednosti pregovaranja i izražavanje spremnosti da kao nepristrasni treći posreduje u pregovorima.

Međutim, samo posredovanje je, po prirodi stvari, besmisleno ako stranke ne žele da pregovaraju. Stoga, zakonska dužnost javnog izvršitelja da posreduje ne može se tumačiti ni kao njegova obaveza da u svakom postupku izvršenja inicira

[69] Član 60. ZIO.

[70] Član 58. ZIO.

pregovore stranaka. Da li će to učiniti, zavisi od njegove procene, koja se zasniva na sveukupnim okolnostima konkretnog slučaja.

Posrednička delatnost javnog izvršitelja je neformalne prirode i ogleda se u primeni tehnika konstruktivne komunikacije kojima olakšava proces pregovaranja stranaka oko pitanja koja su u njihovoj dispoziciji, što može uključivati i pružanje pravnih informacija i razjašnjenja, uz mogućnost da sam izvršitelj sugeriše moguća rešenja, koja će biti povoljna i za poverioca i za dužnika. Konkretna sadržina posredničke delatnosti može biti različita, na šta utiče mnogo činilaca. U nekim slučajevima će javni izvršitelj podstaći stranke da pregovaraju i pomoći im da putem neposrednog razgovora pronađu obostrano prihvatljivo rešenje. Nekada će, međutim, svoju posredničku delatnost obavljati vodeći odvojene razgovore sa strankama i saopštavajući im ono što je svaka od njih predložila – tzv. "šatl" posredovanje. Nezavisno od stila posredovanja, javni izvršitelj je i u tim prilikama nosilac javnih ovlašćenja i dužan da spreči svaki pokušaj zloupotrebe, bez obzira na to od koje stranke dolazi, imajući na umu da je krajnji cilj posredovanja "sporazumno namirenje poverioca".

Postupak posredovanja javnog izvršitelja u predmetima izvršenja ima karakter incidentalnog postupka koji se odvija u okviru faze sprovođenja izvršenja. Da bi posredovanje ostvarilo svoju svrhu, najčešće će biti potrebno da tokom pregovora izvršitelj zastane sa preduzimanjem faktičkih i pravnih radnji koje su usmerene na prinudno namirenje poverioca. S druge strane, u nekim slučajevima postojaće potreba da se zastane sa postupkom sprovođenja izvršenja sve dok poverilac ne bude namiren na način na koji su se poverilac i dužnik sporazumeli. Tako, na primer, ako su se stranke sporazumele da dužnik isplati dugovani novčani iznos u pet mesečnih rata, ako dužnik redovno izmiruje svoju obavezu, sve dok to čini, trajaće zastoj u postupku sprovođenja izvršenja.

Posredovanje javnog izvršitelja je specifično radno angažovanje izvršitelja koje se ne može poistovetiti sa posredovanjem (medijacijom) u smislu ZPRS. Reč je samo o jednom od radnih zadataka izvršitelja, koji može obavljati bez ispunjenja uslova koje ZPRS postavlja za posrednike (medijtore).[71] To, naravno, ne znači da u posredovanju izvršitelji ne mogu koristiti medijatorska znanja i veštine, ako njima raspolažu, jer će svakako bio uspešniji u ispunjavanju ovog svog specifičnog radnog zadatka. U pogledu posredovanja javnog izvršitelja u predmetima izvršenja ne važe pravila ZPRS o izboru posrednika, niti pravila o dužnosti sklapanja sporazuma o pristupanju posredovanju. Posredovanje u fazi sprovođenja izvršenja je po samom zakonu dužnost javnog izvršitelja, pa nema mesta izboru posrednika. Sama posrednička delatnost javnog izvršitelja sastavni je deo nje-

[71] Član 33. ZPRS.

govog izvršiteljskog radnog angažmana, koji je u celini regulisan propisima u pogledu prava i dužnosti koje u postupku sprovođenja izvršenja pripadaju strankama i javnom izvršitelju.

Kada je reč o naknadi troškova posredovanja, oni su sastavni deo troškova izvršenja, tako da u pogledu njih važe pravila o naknadi stvarnih troškova i nagradi za rad javnog izvršitelja.[72] S obzirom da je posredovanje javnog izvršitelja u predmetima izvršenja deo njegove delatnosti u predmetima izvršanja, u pogledu odgovornosti za štetu koju je posredovanjem prouzrokovao važe opšta pravila o odgovornosti izvršitelja za štetu, propisana ZIO, tako da se pravila ZPRS o odgovornosti posrednika za štetu ne primenjuju.

ZAKLJUČAK

Poslove posredovanja u rešavanju sporova mogu obavljati pripadnici različitih pravnih profesija, kao što su sudije, javni tužioci, javni izvršitelji i drugi. Postojeći zakonski propisi, međutim, ne daju uvek jasan odgovor na pitanje pod kojim uslovima pripadnici različitih pravnih profesija mogu da obavljaju medijatorsku delatnost, što izaziva pravnu nesigurnost. Usvajanjem novog ZIO otklonjena je dilema o tome da li su poslovi posredovanja u rešavanju sporova spojivi sa poslovima javnih izvršitelja, tako da je sada nesporno da se javni izvršitelji mogu profesionalno baviti posredovanjem u rešavanju sporova pod istim uslovima pod kojima to mogu činiti pripadnici drugih profesija. Kada postupa u svojstvu posrednika u rešavanju sporova, u smislu ZPRS, javni izvršitelj ima sva prava, dužnosti i odgovornosti posrednika (medijatora), a sam postupak posredovanja sprovodi primenjujući odredbe ZPRS i relevantne odredbe drugih propisa, u zavisnosti od vrste spora.

U situacijama u kojima javni izvršitelj posreduje u predmetima izvršenja, on obavlja jedan od zadataka koji je sastavni deo njegovog izvršiteljskog posla. Ovo specifično radno angažovanje izvršitelja ne može se poistovetiti sa posredovanjem u smislu ZPRS, pa za obavljanje posredničke delatnosti u postupku izvršenja nije potrebno da javni izvršitelj bude upisan u Registar posrednika. To, naravno, ne znači da prilikom posredovanja koje predviđa ZIO javni izvršitelji ne mogu koristiti medijatorska znanja i veštine, ako njima raspolažu, jer primena takvih znanja i veština samo može doprineti uspešnijem ispunjavanju ove specifične posredničke aktivnosti koja je sada i zakonom prepoznata kao sastavni deo uloge svakog javnog izvršitelja.

---

[72] Pravila o naknadama i nagradama za rad javnog izvršitelja regulisane su Javnoizvršiteljskom tarifom ("Sl. glasnik RS", br. 59/2016).

NEVENA PETRUŠIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš
JELENA ARSIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University Union,
Belgrade

MEDIATION OF PUBLIC EXECUTORS

Summary

The new Law on Enforcement and Security of 2015, as well as the Law on Mediation of 2014, have raised many questions in terms of the possibility of public enforcement officers to provide mediation services to citizens within, or out of, their regular enforcement officer's work. Relevant regulations in Serbia allow for various legal professionals to serve as mediators, including judges, public prosecutors, enforcement officers and others. However, laws often lack clear provisions on conditions that need to be fullfiled in order for legal professionals to act as mediators in addition to their basic professional role, thereby leaving a space for legal uncertainty. In cases where the public enforcement officer conducts the enforcement procedure, he or she may undertake facilitation activities in order to support the parties in finding agreeable solution to the dispute. These activities now represent an integral part of public enforcement officer's work under the Law on Enforcement and Security. However, such activities cannot be identified with mediation, since existing legal framework still indicates for numerous differences between the role of enforcement officer when facilitating in enforcement cases, and situations where he or she acts, or may act as a mediator.

VLADIMIR BORANIJAŠEVIĆ

POSTUPAK ZA UTVRĐIVANJE DISCIPLINSKE ODGOVORNOSTI JAVNIH IZVRŠITELJA

1. Javni izvršitelji, kao što je poznato, uvedeni su u pravni sistem Republike Srbije Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine[1] kada je izvršena reforma izvršne sudske procedure.[2] Izvršitelji, kako ih je zakon tada nazivao, bili su pripadnici nove pravničke profesije kojima su bila poverena javna ovlašćenja i na koje su bile prenete određene funkcije. Na izvršitelje je bila preneta funkcija suđenja u postupku za namirenje potraživanja po osnovu komunalnih i sličnih usluga na osnovu verodostojne isprave. Izvršitelji su imali ovlašćenje da u ovom posebnom postupku odlučuju i faktički sprovode ceo postupak određivanja i sprovođenja izvršenja, čime je funkcija suđenja, koja po prirodi stvari pripada sudu, bila prenesena na izvršitelja. Izvršitelji su, takođe, bili nadležni za samostalno sprovo-

---

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

[1] Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Službeni glasnik RS", br. 31/2011, 99/2011 – dr. zakon. U daljem tekstu: ZIO 2011.

[2] Uvođenje izvršitelja u pravni sistem bilo je u skladu sa tada važećom Nacionalnom strategijom za reformu pravosuđa za period 2006-2011. godine ("Službeni glasnik RS", br. 44/2006), koja je, kao jedan od osnovnih ciljeva reforme, predviđala rasterećenje sudova od nadležnosti koje se ne odnose na suđenje i uvođenje novih pravosudnih profesija, ali je bilo motivisano i drugim različitim razlozima. Detaljnije: Stanković, G. – Privatizacija sudske funkcije, Zbornik radova naučnog skupa sa međunarodnim učešćem "Pravne norme u vremenu i prostoru", sveska prva, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 17–18.

đenje postupka izvršenja na osnovu rešenja o izvršenju, u zavisnosti od volje izvršnog poverioca, osim u izvršnim pravnim stvarima u kojima je bila propisana isključiva nadležnost suda za sprovođenje izvršenja. U paralelnom sistemu izvršenja, postupak sprovođenja izvršenja koje je odredio sud bili su ovlašćeni da sprovode i sudski izvršitelji i izvršitelji a od volje izvršnog poverioca je zavisilo ko će sprovesti izvršenje.[3]

2. U Republici Srbiji je 2015. godine donet novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju.[4] Ovaj zakon, treći po redu u novijoj istoriji srpske državnosti, rezultat je procesa reforme nacionalnog procesnog zakonodavstva, u kojoj su efikasnost, delotvornost i ekspeditivnost postupka građanskopravnog izvršenja bili prioritetni pravno – politički ciljevi.[5] Osim što zakonodavac u odredbama novog ZIO izvršitelje označava tehničkim terminom "javni izvršitelji", ZIO donosi krupne novine u pogledu javnih izvršitelja i njihovih ovlašćenja. Javni izvršitelji su i dalje nadležni za određivanje i sprovođenje izvršenja u posebnom postupku za namirenje potraživanja po osnovu komunalnih i srodnih delatnosti, u kome vrše prenetu sudsku funkciju. Kada je u pitanju sprovođenje izvršenja, ono je u najvećem broju izvršnih pravnih stvari u njihovoj isključivoj nadležnosti, osim u izvršnim pravnim stvarima u kojima je za sprovođenje izvršenja propisana isključiva nadležnost suda. Ukinuti su paralelan sistem sprovođenja izvršenja i sistem alternativne nadležnosti u postupku sprovođenja izvršenja, te od volje izvršnog poverioca više ne zavisi da li će izvršenje koje je odredio sud sprovesti sudski ili javni izvršitelj. Novim zakonskim rešenjima proširena su ovlašćenja javnih izvršitelja i javnim izvršiteljima je omogućeno da meritorno odlučuju u toku sprovođenja izvršenja, raspolažu tokom postupka sprovođenja izvršenja, odlučuju o subjektivnim pravima stranaka i učesnika u postupku i donose različite vrste odluka.[6]

---

[3] Detaljno: Stanković, G.–Boranijašević, V. – Izvršno procesno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2014, str, 132-136.

[4] Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Službeni glasnik RS", br. 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje. U daljem tekstu: ZIO.

[5] Stanković, G. – Predgovor za Zakon o izvršenju i obezbeđenju, Službeni glasnik, Beograd, 2016, str. 6. Doneti zakon i novine koje je doneo u skladu su i sa osnovnim načelima reforme pravosudnog sistema Republike Srbije koja su predviđena Nacionalnom Strategijom reforme pravosuđa za period od 2013 – 2018. godine ("Službeni glasnik RS", br. 57/2013). Uvođenje javnih izvršitelja bi, prema Strategiji, trebalo da obezbedi rasterećenje sudova, povećanje efikasnosti i rešavanje predmeta u razumnom roku.

[6] Detaljno o funkcijama javnog izvršitelja, videti: Stanković, G.–Boranijašević, V. – Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitovici, Kosovska Mitrovica, 2017, str. 45–48.

3. Javni izvršitelji su dužni da svoju delatnost obavljaju poštujući zakon i sudske odluke, savesno i pošteno, u skladu sa standardima Etičkog kodeksa javnih izvršitelja.[7] Njihova dužnost je da u okviru svoje delatnosti, na području sudova za koje su imenovani, preduzimaju radnje izvršenja i obezbeđenja u skladu sa svojim ovlašćenjima i da to čine poštujući prava stranaka i učesnika u postupku. Dužnost je javnih izvršitelja da u okviru svoje delatnosti postupaju i u skladu sa nalozima i odlukama nadležnih organa Komore, opštim aktima Komore i drugim propisima, i ispunjavaju određene dužnosti koje imaju prema resornom ministarstvu.

Međutim, u radu javnih izvršitelja može doći do određenih propusta i nepravilnosti pa je vrlo važno pitanje kontrole zakonitosti i pravilnosti njihovog rada[8] i njihove odgovornosti. Kako su donošenjem novog ZIO ovlašćenja javnih izvršitelja značajno proširena, pitanje njihove odgovornosti dobija na značaju.

Pored odgovornosti javnih izvršitelja za štetu,[9] zakonom je propisana i njihova disciplinska odgovornost. Pravila u pogledu disciplinske odgovornosti javnih izvršitelja, disciplinskih povreda koje mogu biti povod za utvrđivanje njihove disciplinske odgovornosti i pravila po kojima se postupa u disciplinskom postupku, regulisana su odredbama ZIO,[10] Statuta Komore javnih izvršitelja[11] i Pravilnika o disciplinskom postupku protiv javnih izvršitelja.[12]

---

[7] Etički kodeks javnih izvršitelja donela je Skupština Komore javnih izvršitelja na sednici 19. novembra 2017. godine.

[8] Detaljno o mehanizmima kontrole rada javnih izvršitelja, videti: Stanković, G. – Mehanizam kontrole izvršenja prema odredbama novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Pravni život br. 11/2016, str. 579–591; Bodiroga, N. – Sudska kontrola rada izvršitelja, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 2/2015, str. 61–77.

[9] Javni izvršitelj prilikom postupanja može naneti štetu strankama u postupku i odgovoran je za štetu koju pričini prilikom preduzimanja radnji u postupku izvršenja ili postupku obezbeđenja. Republika Srbija nije preuzela odgovornost za štetu koju javni izvršitelji pričine u obavljanju javnoizvršiteljske delatnosti jer javni izvršitelj jeste organ u postupku izvršenja i obezbeđenja ali nije državni organ. Kao nedržavni organ koji vrši zakonom prenetu sudsku funkciju i koji posluje kao privredni subjekt, javni izvršitelj odgovara svojom celokupnom imovinom za štetu koju svojom krivicom prouzrokuje u postupku izvršenja ili postupku obezbeđenja.

[10] U odnosu na ZIO 2011 u kome su zajedno, u okviru posebne glave zakona, bili regulisani nadzor nad radom izvršitelja i njihova disciplinska odgovornost (čl. 346–357), odredbama novog ZIO podrobnije su regulisana pitanja u vezi s disciplinskom odgovornošću javnih izvršitelja, taksativno su propisane teže disciplinske povrede, izvršena je klasifikacija disciplinskih mera srazmerno učinjenoj povredi i disciplinski postupak je značajno detaljnije uređen.

[11] Statut Komore javnih izvršitelja donela je Skupština Komore javnih izvršitelja na sednici 19. novembra 2016. godine. U daljem tekstu: Statut Komore.

[12] Videti: "Službeni glasnik RS", br. 32/2016, 58/2016. Udaljem tekstu: PDP. Odredbe o disciplinskoj odgovornosti primenjuju se i u slučajevima disciplinskih povreda koje su učinili zamenici

Prema ZIO, javni izvršitelj disciplinski odgovora zbog povrede zakona i drugih propisa, zbog neispunjavanja obaveza koje su predviđene Statutom Komore i drugim propisima ili opštim aktima Komore ili zbog povrede ugleda javnih izvršitelja.[13] U posebnom disciplinskom postupku izviđa se i odlučuje o disciplinskoj odgovornosti javnog izvršitelja za lakše ili teže disciplinske povrede koje je načinio obavljajući svoju javnoizvršiteljsku delatnost. Ovaj poseban upravni postupak ima specifičan tok i zasniva se na određenim procesnim načelima, a rezultat postupka je rešenje disciplinske komisije kojim se javnom izvršitelju izriče disciplinska mera određene vrste, u slučaju da je utvrđena njegova disciplinska odgovornost.

4. Kada su u pitanju disciplinske povrede koje može javni izvršitelj da načini, one po svojoj prirodi mogu biti lakše ili teže disciplinske povrede. Vrste disciplinskih povreda nisu regulisane na jednom mestu već lakše disciplinske povrede predviđa Statut Komore a teže ZIO. Lakše disciplinske povrede[14] predstavljaju propusti javnih izvršitelja koji se odnose na angažovanje u radu Komore ili nepoštovanje njenih akata i naloga i propusti u odnosu na dužnosti prema ministarstvu u postupku nadzora, dok teže disciplinske povrede[15] predstavljaju propusti

javnih izvršitelja i javni izvršitelji koji su privremeno preuzeli poslove javnog izvršitelja kome je prestala delatnost.

[13] Član 525. stav 1. ZIO.

[14] U lakše disciplinske povrede spadaju: 1) neopravdano neprisustvovanje člana Skupštine, odnosno njegovog zamenika ili pomoćnika zakazanoj sednici Skupštine, 2) nepoštovanje naloga i odluka nadležnih organa Komore, odnosno nepostupanje u skladu sa nalozima i odlukama nadležnih organa Komore, 3) nepostupanje po drugim propisima i opštim aktima Komore, 4) neplaćanje članarine na vreme, 5) nedostavljanje izveštaja o poslovanju u propisanom roku Ministarstvu i Komori i 6) nedostavljanje izjašnjenja na podnete pritužbe, kao i spisa predmeta (član 65. Statuta Komore).

[15] Težu disciplinsku povredu dužnosti javnog izvršitelja predstavlja: 1) sprovođenje izvršenja iako javni izvršitelj nije bio nadležan za to, 2) kašnjenje sa donošenjem rešenja i zaključaka u postupku izvršenja ili postupku obezbeđenja ili neblagovremeno preduzimanje radnji kojima se neposredno sprovodi izvršenje ili obezbeđenje, 3) obaveštavanje suda, odnosno izvršnog poverioca da je javni izvršitelj sprečen da prihvati sprovođenje ili nastavljanje izvršenja iako sprečenost ne postoji, 4) povreda pravila o dostavljanju rešenja ili zaključaka suda ili javnog izvršitelja zbog koje je stranka ili učesnik u postupku izgubio neko procesno pravo, 5) određivanje, menjanje ili dodavanje sredstava i predmeta izvršenja kojim je ozbiljno narušeno načelo srazmere, 6) određivanje, promena ili dodavanje predmeta izvršenja koji su izuzeti od izvršenja ili na kojima je izvršenje ograničeno, koji uslede posle donošenja rešenja o izvršenju na osnovu izvršne ili verodostojne isprave, 7) ponavljanje iste radnje izvršenja ili obezbeđenja, da bi se uvećali troškovi postupka, 8) preduzimanje radnji i pored razloga za isključenje ili donetog rešenja o izuzeću, 9) nedonošenje rešenja kojim se odbacuje predlog za izvršenje u slučaju da izvršni poverilac uz predlog za izvršenje ne dostavi javnom izvršitelju odgovor Komore iz koga proizlazi da je za javnog izvršitelja određen upravo on, ili ne dostavi

javnog izvršitelja prilikom postupanja u postupku izvršenja i obezbeđenja i vršenja prenete sudske funkcije, neopravdano ispunjavanje dužnosti prema Komori i ministarstvu, grubo kršenje zakona i povrede ugleda javnih izvršitelja i njihove delatnosti.

5. Disciplinski postupak vodi se protiv određenog javnog izvršitelja i u njemu se utvrđuje da li je javni izvršitelj u obavljanju svoje delatnosti načinio lakšu ili težu disciplinsku povredu. Pravila u pogledu pokretanja disciplinskog postupka, inicijalne radnje kojom se postupak pokreće, procesne legitimacije za pokretanje postupka, pravila u pogledu toka postupka, sastava i ovlašćenja disciplinske komisije i mera koje komisija može izreći, sadržana su u odredbama ZIO i PDP.

6. Disciplinski postupak protiv javnog izvršitelja pokreće se predlogom za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja. Iako i ZIO i Pravilnik o disciplinskom postupku govore o zahtevu za utvrđivanje disciplinske odgovornosti,[16] predlog predstavlja inicijalnu radnju kojom se pokreće disciplinski postupak protiv određenog javnog izvršitelja a zahtev za utvrđivanje disciplinske odgovornosti je sastavni deo sadržine predloga. Kao i svaka inicijalna radnja kojom se pokreće postupak, i predlog za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja ima određenu sadržinu. Predlog sadrži ime i prezime javnog izvršitelja, nazive sudova za čije područje je javni izvršitelj imenovan i sedište njegove kancelarije, činjenični opis i pravnu ocenu disciplinske povrede, predlog dokaza koje treba izvesti na usmenoj raspravi, zahtev za utvrđivanje disciplin-

dokaz da Komora nije odgovorila na zahtev izvršnog poverioca u roku od pet dana, 10) naplata naknade za rad ili naknade troškova suprotno Javnoizvršiteljskoj tarifi, 11) nezakonito korišćenje sredstava s namenskog računa, 12) ponavljanje disciplinskih povreda pre nego što je već izrečena disciplinska mera brisana iz evidencije, 13) povreda Etičkog kodeksa javnih izvršitelja ili Standarda profesionalnog ponašanja javnih izvršitelja koja je dovela do teškog ugrožavanja ugleda javnih izvršitelja, 14) nuđenje usluga protivno Etičkom kodeksu javnih izvršitelja, 15) povreda dužnosti čuvanja profesionalne tajne, 16) neuredno vođenje knjiga i evidencija, 17) nevođenje postupka izvršenja ili postupka obezbeđenja na jeziku koji je u službenoj upotrebi u sudu, 18) postupanje sa stvarima i novčanim sredstvima u postupku izvršenja ili postupku obezbeđenja koje je suprotno zakonu ili ovlašćenju stranaka, 19) neopravdano odbijanje javnog izvršitelja da privremeno preuzme poslove javnog izvršitelja kome je prestala delatnost ili da na osnovu rešenja predsednika Komore privremeno zamenjuje javnog izvršitelja koji je sprečen da obavlja delatnost, 20) javno iznošenje ličnih, porodičnih i materijalnih prilika stranaka i učesnika u postupku koje je javni izvršitelj saznao u obavljanju delatnosti, 21) neplaćanje članarine Komori tri meseca uzastopno ili šest meseci sa prekidima u toku kalendarske godine, 22) neopravdano odbijanje stručnog usavršavanja, 23) obavljanje poslova javnog izvršitelja uprkos izrečenoj disciplinskoj meri privremene zabrane delatnosti javnog izvršitelja (član 527. ZIO).

[16] Član 536. ZIO i član 15. PDP.

ske odgovornosti i predlog disciplinske mere koju treba izreći.[17] Iako nije izričito propisano, predlog mora da sadrži i svojeručni potpis podnosioca. Cilj podizanja predloga je da se u disciplinskom postupku utvrdi da je javni izvršitelj načinio lakšu ili težu disciplinsku povredu i da mu se, prema predviđenim pravilima i težini disciplinske povrede, izrekne disciplinska mera.

7. Procesnu legitimaciju za pokretanje postupka za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja ima širok krug lica. Predlog za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja mogu da podnesu ministar, disciplinski tužilac ministarstva, disciplinski tužilac Komore i predsednik Komore.[18] Kako je ministar pravde nadležan za imenovanje javnog izvršitelja za obavljanje javnoizvršiteljske delatnosti i vršenje poverenih ovlašćenja i prenete sudske funkcije, ministar ima legitimaciju da pokrene disciplinski postupak protiv javnog izvršitelja. Disciplinski tužilac ministarstva, takođe, može pokrenuti postupak protiv konkretnog javnog izvršitelja na osnovu rezultata nadzora, kada na osnovu zapisnika o izvršenom nadzoru nad radom javnog izvršitelja koji mu se dostavlja smatra da postoje razlozi za pokretanje postupka.[19] Prema Statutu Komore javnih izvršitelja,[20] osnovno ovlašćenje disciplinskog tužioca Komore je pokretanje disciplinskog postupka protiv javnog izvršitelja. Predsednik Komore, iako to nije izričito navedeno u odredbama Statuta Komore kojima su propisana njegova ovlašćenja, ima pravo da pokrene postupak za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja jer ga na to ovlašćuju ZIO i PDP. Ko prvi od ovlašćenih lica podnese predlog, smatra se da je pokrenuo disciplinski postupak protiv određenog javnog izvršitelja.[21]

Vođenje postupka nadzora nad radom javnog izvršitelja nije i preduslov za pokretanje disciplinskog postupka protiv konkretnog javnog izvršitelja, jer je izričitom zakonskom odredbom propisano da se predlog za utvrđivanje disciplinske odgovornosti može podneti iako pre toga nije vršen nadzor nad radom javnog iz-

[17] Član 536. stav. 4. ZIO i član 15. stav 2. PDP.

[18] Član 536. stav. 2. ZIO i član 16. stav 1. PDP.

[19] Odredbom iz člana 21. stav 2. Pravilnika o nadzoru nad radom javnih izvršitelja ("Službeni glasnik RS", br. 32/2016), predviđeno je da se primerak zapisnika o nadzoru bez odlaganja dostavlja disciplinskom tužiocu ministarstva i disciplinskom tužiocu Komore.

[20] Član 48. stav 1. Statuta Komore.

[21] Iako ni odredbama ZIO ni odredbama PDP nije predviđeno spajanje disciplinskih postupaka koje su pokrenuli Komora i ministarstvo, u praksi je zabeleženo da je disciplinska komisija donela zaključak o spajanju disciplinskih postupaka protiv istog javnog izvršitelja koje su predlogom pokrenuli i Komora i Ministarstvo pravde (dostupno na: https://www.mpravde.gov.rs/files/Resenje%20o%20disc.%20odgovornosti%20s.%20%C4%86ur%C4%8Di%C4%87%204.str..pdf, pristupljeno: 21. avgusta 2017. godine).

vršitelja.[22] To znači da povod za podnošenje predloga za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja mogu biti sproveden postupak nadzora nad njegovim radom i rezultati nadzora koji su dostavljeni ministarstvu i Komori, ali da je pokretanje disciplinskog postupka moguće iako nije vršen nadzor nad radom javnog izvršitelja a potencijalni podnosioci predloga imaju saznanja o propustima u radu javnog izvršitelja.

Kako bi se izbegla situacija u kojoj dva organa ministarstva ili Komore javnih izvršitelja zajedno vode disciplinski postupak, odredbama PDP je izričito predviđeno da se ministru pravde koji je pokrenuo disciplinski postupak protiv javnog izvršitelja ne može pridružiti disciplinski tužilac ministarstva, i obrnuto.[23] Isto tako, ukoliko je postupak pokrenuo disciplinski tužilac Komore, ne može mu se pridružiti predsednik Komore, i obrnuto. Međutim, ministru ili disciplinskom tužiocu ministarstva u postupku se može pridružiti disciplinski tužilac Komore ili predsednik Komore. Takođe, ako je postupak pokrenuo disciplinski tužilac Komore ili predsednik Komore, disciplinskom postupku se može pridružiti ministar ili disciplinski tužilac ministarstva. U slučaju da je došlo do pridruživanja disciplinskom postupku, moguće je da dođe do toga da oba podnosioca predloga, i onaj koji je postupak pokrenuo i onaj koji mu se pridružio, preduzmu različite procesne radnje. Tada se smatra da važi ona radnja podnosioca predloga koja je nepovoljnija po javnog izvršitelja.[24]

8. Predlog za utvrđivanje disciplinske odgovornosti podnosi se u tačno predviđenim rokovima. Propisani su subjektivni i objektivni rok. Podnosilac predloga je dužan da predlog podnese u roku od šest meseci od saznanja za disciplinsku povredu a najkasnije u roku od godinu dana od dana kada je disciplinska povreda učinjena.[25] Ukoliko predlog nije podnet u ovim rokovima, nastupa zastarelost u pogledu pokretanja disciplinskog postupka. Vođenje disciplinskog postupka zastareva u roku od jedne godine od dana pokretanja disciplinskog postupka.

9. Disciplinski postupak se vodi pred disciplinskom komisijom koja odlučuje o predlogu i zahtevu za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja.[26]

---

[22] Član 536. stav 3. ZIO.

[23] Član 16. stav 3. PDP.

[24] Član 17. stav 1. PDP.

[25] Arg. iz člana 542. stav 1. ZIO.

[26] Pravila u pogledu sastava disciplinske komisije, trajanja mandata članova komisije, konstituisanja disciplinske komisije, izbora predsednika i zamenika predsednika komisije, prestanka

Sastav disciplinske komisije čini pet članova. Postupak imenovanja članova komisije je specifičan jer deo članova komisije imenuje ministar pravde a drugi deo članova Izvršni odbor Komore. Ministar pravde imenuje tri člana komisije. To su sudije sa iskustvom u postupcima izvršenja i obezbeđenja koje poznaju postupak izvršenja i obezbeđenja i koje mogu da utvrde postojanje disciplinske povrede koju je javni izvršitelj načinio. Ostala dva člana komisije, na predlog predsednika Komore, imenuje Izvršni odbor Komore iz reda javnih izvršitelja.[27]

10. Pošto bude podnet predlog za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja, komisija u postupku po predlogu najpre ispituje njegovu urednost. Predlog je uredan ukoliko sadrži sve elemente formalne sadržine koji omogućavaju da komisija može po njemu da postupa. Predlog je neuredan ukoliko ima nedostatke zbog kojih komisija po njemu ne može da postupa, ukoliko je nerazumljiv ili ako je nepotpun.[28] Kada utvrdi da je predlog neuredan, komisija u roku od osam dana od dana prijema predloga nalaže podnosiocu predloga da predlog uredi. Rok za uređivanje predloga iznosi najmanje osam dana a prilikom nalaganja podnosiocu predloga da isti uredi, komisija upozorava podnosioca na posledice ukoliko to ne učini u datom roku.

Ukoliko podnosilac predloga u roku uredi predlog za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja, smatra se da je predlog od početka bio uredan. Ukoliko pak u roku koji je komisija odredila podnosilac ne uredi predlog, komisija donosi zaključak i odbacuje predlog. Komisija zaključkom odbacuje i predlog za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja koji je podnelo neovlašćeno lice. Kako je odredbama ZIO i PDP izričito propisano ko mogu biti podnosioci predloga, predlog koji podnese svako drugo lice izuzev tih lica biće odbačen zaključkom komisije.[29]

11. Kada je predlog podnelo ovlašćeno lice i kada komisija utvrdi da je predlog uredan, ili je uređen u roku koji je komisija odredila, predlog za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja dostavlja se javnom izvršitelju protiv koga je podignut. Komisija odmah dostavlja predlog javnom izvršitelju na izjašnjenje, sa svim prilozima, i nalaže mu da u roku od 15 dana od dana prijema

dužnosti člana disciplinske komisije i razrešenja člana komisije podrobno su propisana odredbama ZIO (čl. 531–535) i PDP (čl. 3–14).

[27] Član 532. stav 3. ZIO. Imenovani članovi komisije među sobom biraju predsednika komisije čiji mandat traje dve godine.

[28] Član 18. stav 2. PDP.

[29] Član 18. stav 5. PDP.

predloga sa prilozima odgovori na njega.[30] Javni izvršitelj protiv koga je predlog podignut je dužan da na zahtev odgovori pisanim putem.

Javni izvršitelj čija se disciplinska odgovornost utvrđuje, u odgovoru na predlog iznosi svoj stav o tvrdnjama i činjenicama u njemu istaknutim i iznosi svoju odbranu, navodeći činjenice i prilažući dokaze kojima komisiji omogućava utvrđivanje njihove istinitosti.

12. Kada primi odgovor javnog izvršitelja na predlog za utvrđivanje njegove discilinske odgovornosti ili pošto protekne rok od 15 dana za odgovor javnog izvršitelja, disciplinska komisija može zakazati ročište za usmenu raspravu. Iako zakonodavac propisuje da "komisija zakazuje usmenu raspravu"[31] te proizlazi da je zakazivanje ročišta za usmenu raspravu obavezno, potrebno je naglasiti da postoje i situacije kada se ročište za usmenu raspravu ne zakazuje i koje predstavljaju izuzetak od pravila da se obavezno zakazuje ročište za usmenu raspravu.

Ročište za usmenu raspravu ne zakazuje se ako je nesporno činjenično stanje i ako je nastupila zastarelost u pogledu pokretanja disciplinskog postupka.[32] Ukoliko komisija nakon prijema odgovora javnog izvršitelja na predlog za utvrđivanje njegove disciplinske odgovornosti utvrdi da je činjenično stanje među strankama nesporno, komisija ne zakazuje ročište za usmenu raspravu. Samo ukoliko je činjenično stanje sporno, komisija će zakazati ročište za usmenu raspravu jer u tom slučaju treba da se utvrdi činjenično stanje i da se proveri kvalifikacija učinjene disciplinske povrede.

Ročište za usmenu raspravu neće biti zakazano i u slučaju da komisija pre ili nakon prijema odgovora javnog izvršitelja utvrdi da je pravo na pokretanje disciplinskog postupka protiv javnog izvršitelja zastarelo, odnosno da su protekli rokovi u kojima je bilo potrebno podneti predlog.

13. Zakazivanje ročišta za usmenu raspravu je, po pravilu, obavezno zbog toga što i u disciplinskom postupku javni izvršitelj ima pravo na odbranu, s jedne strane, a s druge, to nalažu i princip pravičnosti i pravo na izjašnjavanje koje imaju stranke u ovom postupku.

Ročište za usmenu raspravu, kada je to potrebno, zakazuje predsednik Komisije. Poziv za ročište za usmenu raspravu se dostavlja podnosiocu predloga za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja, javnom izvršitelju protiv koga je postupak pokrenut i drugim licima čije je prisustvo neophodno na ročištu. Podnosiocu predloga se prilikom dostavljanja poziva za ročište za usmenu ra-

[30] Član 537. stav 1. ZIO.

[31] Član 537. stav 2. ZIO.

[32] Član 20. stav 1. PDP.

spravu dostavlja i odgovor javnog izvršitelja na podneti predlog za utvrđivanje njegove disciplinske odgovornosti.

Ročište za usmenu raspravu se održava po proteku roka od najmanje osam dana od dana dostavljanja poziva za ročište.

ZIO propisuje da se usmena rasprava sastoji od jednog ili više ročišta,[33] što je i razumljivo jer se može dogoditi da sa ročišta opravdano izostane javni izvršitelj prema kome se postupak vodi ili da izostane pozvani svedok. S druge strane, PDP predviđa da se usmena rasprava sastoji, po pravilu, od jednog ročišta (član 21. stav 1).

Disciplinska komisija je dužna da vodi računa o tome da se usmena rasprava ne odugovlači, da ne dođe do odlaganja ročišta i da se usmena rasprava okonča već na prvom ročištu. Predsednik komisije upravlja usmenom raspravom i preduzima potrebne radnje kako bi se usmena rasprava odvijala nesmetano i okončala na prvom ročištu. Zato se i propisuje da se rasprava sastoji, po pravilu, od jednog ročišta. Međutim, ukoliko nije moguće okončati usmenu raspravu na jednom ročištu, usmena rasprava se sastoji iz više ročišta. Poštovanje načela hitnosti disciplinskog postupka[34] ne sme da ide na štetu pravilnog i zakonitog utvrđivanja stanja stvari koje će biti podloga za odluku komisije, te je u pojedinim situacijama neophodno održati više ročišta za usmenu raspravu stranaka pred komisijom. U svakom slučaju, važi princip jedinstva usmene rasprave.

Usmena rasprava može da se održi i u odsustvu javnog izvršitelja protiv koga se disciplinski postupak vodi. Ukoliko javni izvršitelj koji je uredno pozvan na ročište za usmenu raspravu neopravdano ne dođe na usmenu raspravu, ročište za usmenu raspravu se održava, ukoliko za to postoje opravdani razlozi. Postoji i mogućnost da komisija odloži ročište za usmenu raspravu i to o trošku javnog izvršitelja.[35] Iako ni odredbama ZIO ni PDP nije propisano u kojim situacijama se ročište za usmenu raspravu odlaže, može se zaključiti da se rasprava može odložiti ukoliko javni izvršitelj dokaže da postoje opravdani razlozi zbog kojih ne može da pristupi usmenoj raspravi i zahteva njeno odlaganje, o svom trošku.

I stranke i disciplinska komisija na ročištu za usmenu raspravu imaju određena prava i ovlašćenja. Javni izvršitelj, shodno načelu o pravu na izjašnjavanje, ima pravo da se na ročištu za usmenu raspravu izjasni o činjenicama koje su iznete u predlogu za utvrđivanje disciplinske odgovornosti i ponuđenim dokazima.

[33] Član 538. stav 1. ZIO.

[34] Načelo hitnosti izričito je predviđeno odredbama iz člana 2. PDP kojima je propisano da je disciplinski postupak hitan, posebno ukoliko je javni izvršitelj suspendovan, i da je disciplinska komisija dužna da disciplinski postupak sprovede bez odugovlačenja.

[35] Član 538. stav 4. ZIO i član 21. stav 3. PDP.

Iako je već imao mogućnost da se izjasni u odgovoru na predlog koji je dostavio komisiji, javni izvršitelj se na ročištu za usmenu raspravu izjašnjava o činjenicama i dokazima, učestvuje u izvođenju dokaza, može postavljati pitanja svedocima i veštacima. Takođe, javni izvršitelj iznosi na ročištu za usmenu raspravu činjenice koje su od značaja za njegovu odbranu, predlaže dokaze, iznosi pravne tvrdnje i pobija tvrdnje suprotne stranke koje se ne slažu sa njegovim tvrdnjama.

Na ročištu za usmenu raspravu ne važi princip javnosti. Usmena rasprava je javna samo ukoliko javni izvršitelj to zahteva.[36] Na njegov izričit zahtev, ročište za usmenu raspravu može biti otvoreno za javnost.

Disciplinska komisija na ročištu za usmenu raspravu ima široka ovlašćenja. Komisija može, shodno istražnom načelu, izvoditi dokaze koje stranke nisu predložile ili su ih predložile a u međuvremenu od njih odustale. Takođe, komisija može utvrđivati i one činjenice koje stranke nisu iznele u toku postupka, ukoliko oceni da je utvrđivanje tih činjenica značajno za odlučivanje u postupku.

14. Pošto usmena rasprava bude zaključena, komisija pristupa odlučivanju a odluka se donosi većinom glasova članova komisije. Kada utvrdi činjenice koje su od bitnog značaja za odlučivanje o disciplinskoj odgovornosti javnog izvršitelja, komisija nakon većanja i glasanja, o kome se vodi poseban zapisnik, donosi odluku.

Komisija prilikom odlučivanja nije vezana za sadržinu predloga, činjenice i pravni osnov koji je podnosilac naveo, kao ni za predloženu disciplinsku meru u slučaju da je utvrđena disciplinska odgovornost javnog izvršitelja. To znači da u disciplinskom postupku ne važi princip formalnog legaliteta i vezanost komisije za sadržinu predloga i traženu meru. Komisija može odrediti drugu meru kojom će sankcionisati disciplinsku povredu koju je u obavljanju svoje delatnosti načinio javni izvršitelj.

Disciplinska komisija odlučuje rešenjem. Komisija može rešenjem usvojiti zahtev za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja i izreći mu disciplinsku meru, odbiti zahtev za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja kao neosnovan ili obustaviti disciplinski postupak zbog zastarelosti pokretanja ili vođenja disciplinskog postupka.

15. Kada komisija utvrdi da je javni izvršitelj odgovoran za disciplinsku povredu koju je načinio u obavljanju svoje delatnosti, ona donosi rešenje kojim usvaja zahtev za utvrđivanje disciplinske odgovornosti i izriče javnom izvršitelju disciplinsku meru. Disciplinska mera se javnom izvršitelju izriče srazmerno težini učinjene disciplinske povrede ali je komisija dužna da određene okolnosti uzme u

[36] Član 539. stav 2. ZIO.

obzir prilikom određivanja disciplinske mere koja će javnom izvršitelju biti izrečena. Sve okolnosti koje mogu da utiču na vrstu i visinu mere, a pre svega težina i posledice njegove disciplinske povrede, ranije ponašanje javnog izvršitelja, učinjena šteta, stepen odgovornosti i disciplinske mere koje su ranije izrečene javnom izvršitelju,[37] su faktori o kojima komisija vodi računa prilikom određivanja disciplinske mere koju izriče javnom izvršitelju. Evidentno je da posao komisije nije nimalo lak jer će u svakom konkretnom slučaju morati da vodi računa o svim navedenim okolnostima i pažljivo određuje vrstu i odmerava visinu disciplinske mere. U zavisnosti od stepena odgovornosti, visine načinjene štete i drugih okolnosti, mera koju komisija izriče može biti blaža a može biti i rigorozna i imati za posledicu trajnu zabranu delatnosti javnog izvršitelja.

16. Odredbama ZIO propisane su vrste disciplinskih mera koje u postupku za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja mogu biti izrečene.[38]

Mere koje komisija može izreći javnom izvršitelju za lakše disciplinske povrede su opomena i novčana kazna do jedne prosečne mesečne plate sudije osnovnog suda isplaćene u mesecu koji prethodi onom u kome je doneto rešenje o novčanoj kazni. Kako se radi o opomeni koja nije javna i čija je poruka upućena lično javnom izvršitelju i novčanoj kazni čiji iznos nije preveliki, moguće je zaključiti da mere koje mogu biti izrečene za lakše disciplinske povrede predstavljaju posebnu vrstu vrstu upozorenja javnom izvršitelju i da imaju preventivni karakter.

Jači intenzitet rezervisan je za mere koje komisija može izreći javnom izvršitelju za teže disciplinske povrede. Pošto komisija utvrdi da je javni izvršitelj načinio težu disciplinsku povredu vršeći svoju delatnost, može mu izreći neku od zakonom predviđenih mera. To su: javna opomena, novčana kazna od jedne do 12 prosečnih mesečnih plata sudije osnovnog suda isplaćenih u mesecu koji prethodi onom u kome je doneto rešenje o novčanoj kazni, privremena zabrana delatnosti javnog izvršitelja i trajna zabrana delatnosti javnog izvršitelja.[39]

Javna opomena ima i preventivni i represivni karakter. Ona preventivno treba da utiče na rad javnih izvršitelja uopšte, jer se oni putem javne opomene određenom javnom izvršitelju na neki način upozoravaju da će i njihove disciplinske povrede biti sankcionisane i da će i oni biti izloženi javnoj osudi za eventualno učinjene propuste u svom radu. S druge strane, represivni karakter ove mere odnosi se na konkretnog javnog izvršitelja kome je mera izrečena koji lično trpi posledice javne osude za učinjenu disciplinsku povredu.

---

[37] Član 529. ZIO i član 25. PDP.

[38] Član 528. ZIO.

[39] Član 528. stav 2. t. 1-4. ZIO.

Novčanom kaznom se zadire u ekonomsku sferu javnih izvršitelja i visokim novčanim iznosom se sankcioniše utvrđena disciplinska odgovornost konkretnog javnog izvršitelja. Još težu disciplinsku meru predstavlja mera privremene zabrane delatnosti javnog izvršitelja kojom se vrlo ozbiljno kažnjava javni izvršitelj za učinjenu povredu. Ovom merom se javnom izvršitelju zabranjuje delatnost od najmanje tri meseca do jedne godine, srazmerno učinjenoj težoj disciplinskoj povredi.[40]

Kada je javni izvršitelj svojom delatnošću grubo prekršio zakon, neopravdano nije ispunjavao dužnosti ili je povredio ugled javnih izvršitelja i njihove delatnosti, postoji teža disciplinska povreda koja se sankcioniše najstrožijom merom koju komisija može izreći javnom izvršitelju – merom trajne zabrane delatnosti. Izricanjem ove mere, javni izvršitelj više ne može da obavlja delatnost javnog izvršitelja.[41]

17. Rešenje disciplinske komisije se objavljuje na internet stranicama Komore i ministarstva. Kada komisija u disciplinskom postupku donese rešenje kojim se javnom izvršitelju izriče određena disciplinska mera, to rešenje se dostavlja ministarstvu i Komori. Ukoliko je rešenjem javnom izvršitelju izrečena mera trajne zabrane delatnosti, rešenje se dostavlja i ministru koji nakon prijema rešenja pokreće postupak za razrešenje javnog izvršitelja.

O izrečenim disciplinskim merama nadležno ministarstvo vodi evidenciju koja sadrži precizno propisane podatke.[42] Disciplinska mera izrečena javnom iz-

[40] Član 528. stav. 3. ZIO. Ovu meru svakako treba razlikovati od udaljenja javnog izvršitelja sa dužnosti dok traje disciplinski postupak. Udaljenje ili suspenzija je mera koju izriče komisija u toku disciplinskog postupka (član 528. stav. 4. ZIO). Ova specifična mera je privremenog karaktera i ograničenog vremenskog trajanja a komisija je izriče na sopstvenu inicijativu ili na predlog podnosioca predloga ukoliko je to potrebno zbog zaštite interesa trećih lica, ako se zahteva utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja za teže disciplinske povrede ili ako je to potrebno radi zaštite javnog poverenja u delatnost javnih izvršitelja (član 23. stav 1. PDP). Komisija donosi rešenje kojim udaljava javnog izvršitelja sa dužnosti a udaljenje traje do okončanja razloga koji su motivisali donošenje odluke o udaljenju. Nakon prestanka potrebe za udaljenjem i razloga koji su udaljenje izazvali, rešenje o udaljenju javnog izvršitelja se stavlja van snage. Mera privremene zabrane je, s druge strane, mera koju komisija izriče rešenjem, kao odlukom koja je rezultat izviđanja i odlučivanja u disciplinskom postupku.

[41] Disciplinska komisija je u nekoliko postupaka za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnih izvršitelja izrekla meru trajne zabrane delatnosti (videti objavljena rešenja komisija na zvaničnom sajtu Ministarstva pravde - https://www.mpravde.gov.rs/tekst/729/izvrsitelji.php, pristupljeno: 21. avgusta 2017. godine.

[42] Prema odredbi iz člana 544. stava 2. ZIO, evidencija o izrečenim disciplinskim merama sadrži: ime i prezime javnog izvršitelja, datum rođenja i jedinstveni matični broj građana javnog izvršitelja, poreski identifikacioni broj i sedište javnog izvršitelja, broj rešenja i datum donošenja re-

vršitelju upisuje se i u Imenik javnih izvršitelja i zamenika javnih izvršitelja. Na zahtev javnog izvršitelja kome je mera izrečena moguće je izvršiti brisanje disciplinske mere iz Imenika javnih izvršitelja i zamenika javnih izvršitelja, i to brisanje disciplinske mere zbog lakše disciplinske povrede pošto protekne rok od šest meseci od njenog upisa a u slučaju da je izrečena mera za težu disciplinsku povredu, nakon što protekne rok od godinu dana od dana upisa mere.

18. Kada disciplinska komisija izriče meru novčane kazne javnom izvršitelju koji je učinio disciplinsku povredu i čija je odgovornost utvrđena u disciplinskom postupku, rešenjem se javnom izvršitelju naređuje da novčani iznos na ime novčane kazne uplati na propisani uplatni račun javnih prihoda u određenom roku. Naplaćena novčana kazna predstavlja prihod budžeta Republike Srbije.

Istim rešenjem se i određuje izvršenje radi namirenja potraživanja po osnovu izrečene novčane kazne ukoliko javni izvršitelj u propisanom roku ne uplati predviđeni novčani iznos. Rešenje o izricanju novčane kazne ima dejstvo rešenja o izvršenju, što znači da postoji izvršna isprava na osnovu koje se može sprovesti izvršenje u slučaju da javni izvršitelj ne uplati novčani iznos na ime kazne u roku koji je komisija rešenjem odredila. Izvršenje radi namirenja potraživanja po osnovu novčane kazne po službenoj dužnosti sprovodi Izvršni odbor Komore.[43]

19. Pitanje uređenja postupka za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnog izvršitelja od bitnog je značaja, s obzirom na izuzetno veliki obim ovlašćenja koja javni izvršitelji imaju u postupku izvršenja i postupku obezbeđenja i široku listu dužnosti koje imaju prema Komori javnih izvršitelja i ministarstvu. Obavljajući svoju javnoizvršiteljsku delatnost i vršeći zakonom prenetu sudsku funkciju, javni izvršitelji su u prilici da načine lakše ili teže disciplinske povrede i tako grubo prekrše zakon, povrede ugled javnih izvršitelja, nanesu štetu strankama i učesnicima u postupku i naruše ostvarivanje njihovih prava. S druge strane, neadekvatnim ispunjavanjem dužnosti prema Komori i ministarstvu javni izvršitelji postupaju suprotno zakonom propisanim pravilima. Novi ZIO značajno detaljnije uređuje pitanje disciplinske odgovornosti javnih izvršitelja i postupka za utvrđivanje njihove disciplinske odgovornosti. Pomenuta pravila, uz pravila sadržana u podzakonskim aktima i autonomnim pravilima Komore javnih izvršitelja, predstavljaju adekvatan normativni okvir za sprovođenje disciplinskog postupka, čiji je rezultat odluka kojom se izriče određena disciplinska mera i sankcioniše propust javnog izvršitelja u slučaju da je njegova disciplinska odgovornost utvrđena.

šenja kojim je izrečena disciplinska mera, naznačenje disciplinske povrede zbog koje je disciplinska mera izrečena i naznačenje vrste disciplinske mere koja je izrečena.

[43] Član 36. stav 1. tačka 25. Statuta Komore.

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

THE PROCEDURE FOR DETERMINING DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF PUBLIC EXECUTIVES

Summary

In the activity of public executives there can appear certain omissions and irregularities. Therefore the question of their responsibility is raised. Apart from delict responsibility of public executives, the law also regulates their disciplinary responsibility. In the special disciplinary procedure it is investigated and decided upon the disciplinary responsibility of a public executive for less or more serious disciplinary violations that they have made while performing their public execution activity. This special administrative procedure has a specific course and is based on certain process principles, while the result of the procedure is the decision of the disciplinary commission which imposes a disciplinary measure of a certain kind on a public executive in case their disciplinary responsibility has been determined.

In the paper the author analyzes the rules regarding initiation of the disciplinary procedure, the process legitimation for initiation of this procedure, the disciplinary commission that leads the procedure and brings decisions, and the deadlines in which the procedure can be initiated. The author has analyzed the more and less serious disciplinary violations as a whole, and they have in detail pointed to the course and specificities of the disciplinary procedure and kinds of disciplinary measures that the commission can impose on the public executive in case during the procedure they have been determined to be disciplinary responsible.

RADMILA KRSTIĆ

ODGOVORNOST JAVNOG IZVRŠITELJA ZA ŠTETU NASTALU U POSTUPKU IZVRŠENJA ILI OBEZBEĐENJA

U V O D

Uvođenjem privatnih (sada javnih) izvršitelja u pravni sistem Republike Srbije pravosuđe je dobilo novu pravosudnu profesiju, a deo poslova iz nadležnosti suda je prešao u ruke fizičkih lica koja su dobila određena javna ovlašćenja, ali sa njima i veliku odgovornost koju javna ovlašćenja sa sobom nose. Imajući u vidu da je javnim izvršiteljima država priznala poseban položaj u pravnom sistemu, od njih se očekuje zakonito, stručno i blagovremeno postupanje. Stoga, javni izvršitelj mora odgovarati ukoliko ne postupa u skladu sa navedenim očekivanjima i vršeći svoju delatnost nanese štetu učesnicima u izvršnom postupku ili trećim licima. Za štetu koju prouzrokuje mimo toga odgovara po opštim pravilima o odgovornosti, kao svako drugo poslovno sposobno lice.

Celokupan postupak određivanja i sprovođenja izvršenja je do 2011. godine bio u isključivoj nadležnosti suda. Donošenjem Zakona o izvršenju i obezbeđenju 2011. godine[1] privatni izvršitelji preuzimaju deo sudske nadležnosti najpre u delu koji se ticao sprovođenja izvršenja, a zatim i u delu koji se odnosio na odlučivanje o predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave radi naplate novča-

---

Radmila Krstić, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu i stručni saradnik Višeg suda u Nišu.

[1] ("Službeni glasnik RS", br. 31/2011, 99/2011 - drugi zakon, 109/2013 - Odluka US RS, 55/2014 i 139/2014).

nog potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga. ZIO iz 2016. godine je nadležnost sada javnih izvršitelja još više proširio u smislu da su javni izvršitelji danas gotovo isključivo nadležni za sprovođenje izvršenja (sud je zadržao isključivu nadležnost za sprovođenje izvršenja u još par zakonom izuzetih slučajeva).[2]

Kako bi javni izvršitelji mogli da postupaju u okviru dobijenih nadležnosti, država im je dodelila javna ovlašćenja.[3] Javna ovlašćenja su ovlašćenja na autoritativno istupanje, a autoritativno istupanje je istupanje sa jačom voljom, sa pozicija nosilaca vlasti,[4] odnosno, javna ovlašćenja su drugi naziv za pojedine prerogative državne vlasti.[5] Uprkos tome, javni izvršitelj ne istupa kao deo državnog prinudnog aparata jer nije ni državni organ ni državni službenik, odnosno organizaciono i funkcionalno je odvojen od države. Ovo distanciranje državnog aparata od javnih izvršitelja proizlazi i iz odredbe da javni izvršitelj obavlja delatnost kao preduzetnik ili kao član ortačkog društva čiji su članovi isključivo javni izvršitelji.[6] Pored toga, država se i na jedan eksplicitan način ogradila od radnji javnih izvršitelja time što je isključila svoju odgovornost za štetu koju prouzrokuje javni izvršitelj svojom krivicom u vršenju svoje profesionalne delatnosti.[7]

Radi se o šteti koju javni izvršitelj može da pričini, vršeći svoja ovlašćenja u toku izvršnog postupka, izvršnom poveriocu, izvršnom dužniku ili trećem licu. Za očekivati je da eventualna šteta bude materijalna, mada ne bi trebalo isključiti ni nastanak nematerijalne štete (shvaćenom u skladu sa objektivnom koncepcijom nematerijalne štete). Šteta u izvršnom postupku se može javiti u različitim oblicima, npr. gubitak popisanih stvari, prodaja stvari ispod cene propisane zakonom, nepoštovanje reda prvenstva poverilaca zbog čega poverilac sa pravom prioriteta ne bude namiren, neblagovremeno sprovođenje mera obezbeđenja, prodaja stvari koje pripadaju trećem licu, a ne izvršnom dužniku, prodaje stvari koje ne mogu biti predmet izvršenja, bezrazložno nesprovođenje izvršenja itd.

Pravni institut naknade štete je uprkos većim ili manjim razlikama doživeo svoju afirmaciju u različitim vremenskim epohama i različitim pravnim sistemima. Ipak, pravni poredak ne garantuje da će svaka pretrpljena šteta biti nadokna-

---

[2] Čl. 4. Zakon o izvršenju i obezbeđenju ("Službeni glasnik RS", br. 106/2015, Autentično tumačenje - 106/2016) – u daljem tekstu ZIO.

[3] Čl. 468. st. 1. ZIO.

[4] Nevenka Bačanin, Upravno pravo, Kragujevac, 2000, str. 214.

[5] Zoran Tomić, Upravno pravo, Beograd, 1998, str. 250.

[6] Čl. 468. st. 2. ZIO.

[7] Čl. 498. st. 2. ZIO; Videti i: Nebojša Šarkić, Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju, 2016, str. 426.

đena nego određuje u kojim slučajevima postoje osnovi odgovornosti štetnika. To znači da tek ukoliko su ispunjeni određeni zakonski uslovi, oštećenik može da ostvari naknadu štete od lica koje ju je prouzrokovalo, odnosno koje je odgovorno za njen nastanak.

PRAVNA PRIRODA GRAĐANSKOPRAVNE ODGOVORNOSTI JAVNOG IZVRŠITELJA

Država kao nosilac suvereniteta kao i oni subjekti kojima je država prenela deo svojih ovlašćenja nisu izuzeti od građanskopravne odgovornosti, kao vrsti pravne odgovornosti.[8]

Kada javni izvršitelj sprovodi izvršni postupak, istupa kao nosilac javnog ovlašćenja prema strankama u izvršnom postupku, što znači da nije u ravnopravnom položaju ni u odnosu sa izvršnim dužnikom niti u odnosu sa izvršnim poveriocem. Izvršni poverilac bira javnog izvršitelja koji će sprovesti izvršenje (osim u određenim slučajevima u kojima se izvršitelji određuju na način posebno propisan zakonom[9]), ali se između njih ne zaključuje ugovor kojim bi se obavezali na uzajamne činidbe. Obaveze javnog izvršitelja proizlaze iz imperativnih odredbi ZIO, odnosno iz prenetih javnih ovlašćenja.

Ipak, ukoliko kao posledica radnji javnog izvršitelja u izvršnom postupku, nastupi šteta, između oštećenika i štetnika se zasniva građanskopravni odnos. Povređen je princip postojeće imovinske ravnoteže između štetnika i oštećenika zbog koga šteta treba biti adekvatno nadoknađena.[10] Kako nema ugovora, javni izvršitelj za štetu može da odgovara samo na osnovu delikta, kako prema strankama tako i prema trećim licima. Pitanje osnova odgovornosti nije samo teorijskopravno već ima i praktični značaj jer od toga može da zavisi obim odgovornosti, iako se u načelu pravila deliktne odgovornosti primenjuju analogno i na ugovornu odgovornost.[11]

---

[8] "Odgovornost je ustanova pravne, moralne i svake druge civilizacije, koja nastaje povredom odgovarajućeg pravila ponašanja koju prate unapred ustanovljene sankcije, a čiji su uslovi i sadržina primereni prirodi i vrsti povređenog dobra." Slobodan Perović, Prirodno pravo i odgovornost, Pravni život, 9/2011, str. 35.

[9] Čl. 393. ZIO.

[10] Slobodan Perović, Prirodno pravo i odgovornost, str. 35.

[11] Kod deliktne odgovornosti šteta nadoknađuje po pravilu integralne naknade štete. Različiti su rokovi u kome zastareva potraživanje naknade štete. Ugovorom je moguće proširiti, a pod određenim pretpostavkama i ograničiti ili isključiti ugovornu odgovornost za štetu, dok je kod delikata to jedino moguće ako oštećenik na to pristane.

KRIVICA IZVRŠITELJA

Jedina odredba koja se u ZIO neposredno bavi odgovornošću za štetu koju pričini javni izvršitelj je čl. 498. ZIO koji propisuje da javni izvršitelj odgovara svojom celokupnom imovinom za štetu koju svojom krivicom prouzrokuje u izvršnom postupku ili postupku obezbeđenja, kao i da za tu štetu ne odgovara Republika Srbija. Iz navedenog proizlazi da ZIO odgovornost za štetu vezuje za krivicu javnog izvršitelja, bez nekog bližeg pojašnjenja o kakvoj se krivici radi, što znači da je u konkretnom slučaju potrebno primeniti opšte odredbe ZOO.

Ovde se može postaviti pitanje da li se odgovornost javnog izvršitelja može upodobiti odgovornosti sudije, odnosno države koja odgovara za rad svojih organa, s obzirom da su javni izvršitelji preuzeli određena ovlašćenja suda.

Država kao pravno lice ne može da prouzrokuje neposredno štetu, već se radi o šteti koju prouzrokuju državni organi, odnosno lica u službi države, a za koju u gotovo svim sistemima odgovara država. Osnovni izvor prava koji u Republici Srbiji reguliše pitanje naknade štete koju prouzrokuje država je Ustav koji u čl. 35. st. 2. propisuje da svako ima pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete koju mu nezakonitim i nepravilnim radom prouzrokuje državni organ, imalac javnog ovlašćenja, organ autonomne pokrajine ili organ jedinice lokalne samouprave.

U pravnoj literaturi je prihvaćeno da odgovornost države predstavlja poseban slučaj objektivne odgovornosti iz čl. 154. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima. Razlog za navedeno je to što za postojanje odgovornosti nije dovoljno samo postojanje štete i uzročne veze, već se kao uslov odgovornosti zahteva i postojanje protivpravnosti. Razlog za ovo je čl. 35. st. 2. Ustava koji nezakonitost i nepravilnost rada organa zahteva kao obavezan uslov za naknadu štete.[12][13] Nezakoniti rad se definiše kao postupanje suprotno zakonu, drugom propisu ili opštem aktu ili propuštanje da se postupa u skladu sa zakonom, drugim propisom ili opštim aktom. Nepravilan rad je postupanje suprotno uobičajenom ili propisanom nači-

[12] Videti: Jakov Radišić, Obligaciono pravo. Opšti deo, Beograd, 2008, 243-244; Predrag Trifunović, Odgovornost države za greške organa-neka sporna pitanja, Bilten Vrhovnog suda Srbije, 2/2008, str. 206-207; Rastko Nešović, Osnov odgovornosti države za naknadu štete, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 5/2015, str. 241.

[13] Doduše, postoje situacije u kojima je država odgovorna za naknadu štete i onda kada nema njenog nepravilnog i nezakonitog rada, tzv. koncept rizika. Npr. pravo na naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude ne vezuju za postojanje protivpravnih akata državnih organa jer samo neosnovano lišenje slobode, odnosno neosnovna osuda, a ne greška u preduzimanju radnji, daje pravo na naknadu štete. Više o tome: Milan Marković, Osnov odgovornosti za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude, Pravo – teorija i praksa, Broj 01–03/2014, str. 52.

nu obavljanja delatnosti, odn. radnje koje nisu u skladu sa normalnom i dobrom službom, najčešće u pogledu načina izvršenja.[14]

Ipak, treba napomenuti da uprkos tome što je u našem pravu prihvaćena objektivna teorija protivpravnosti, primetna je tendencija u sudskoj praksi prihvatanja subjektivnog umesto objektivnog koncepta odgovornosti države. U skladu sa njim odgovornost države zavisi od krivice državnog službenika, a primetna je i sudska praksa po kojoj odgovornost države postoji samo ako je šteta prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom kao stepenima krivice.[15]

Ustav RS uslovljava odgovornost nosilaca javnih ovlašćenja samo postojanjem nepravilnog i nezakonitog rada, dok ZIO odgovornost za štetu javnog izvršitelja uslovljava i njegovom krivicom. Dakle, uprkos tome što je po Ustavu za postojanje odgovornosti za štetu dovoljna protivpravnost, shvaćena u smislu nepravilnog i nezakonitog rada, imajući u vidu navedenu odredbu ZIO, može se zaključiti da javni izvršitelj odgovara po pravilima subjektivne odgovornosti. Protivpravnost je pretpostavka krivice i zbog toga se krivica shvaćena u smislu opštih odredbi ZOO ne može izjednačiti sa protivpravnošću (odnosno sa postojanjem nepravilnog i nezakonitog rada) (objektivna teorija protivpravnosti).[16]

Za razliku od države koja načelno odgovara po principima objektivne odgovornosti za nepravilan i nezakonit rad, odgovornost izvršitelja za štetu postoji samo ako je takav rad posledica krivice. To znači da su uslovi za odgovornost izvršitelja strožiji u odnosu na uslove koji se traže za odgovornost države. Ipak, ako se pođe od shvatanja izraženih u sudskoj praksi da država odgovara samo za nameru i krajnju nepažnju, koja se ceni u odnosu na službeno lice koje postupa, onda je odgovornost javnog izvršitelja šira jer on odgovara za štetu „koju prouzrokuje svojom krivicom", što znači i za običnu nepažnju, pošto zakon nigde ne ograničava odgovornost na samo određene oblike krivice. Inače, krivica je osnov po kome odgovaraju i pripadnici tzv. slobodnih profesija: advokati, lekari, inženjeri i dr.

Članom 154. ZOO propisano je da ko drugome prouzrokuje štetu dužan je naknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice. To zna-

---

[14] Videti: P. Trifunović, op. cit, str. 210; Maja Bukovac Puvača, Nataša Žunić Kovačević, Problem temelja odgovornosti države za štetu prouzročenu nezakonitim i nepravilnim radom njenih tijela, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 1/2011, str. 284-285.

[15] Presuda Višeg trgovinskog suda Pž-6241/2004 od 14. 09. 2004. godine, presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž-6355/10 od 20. 01. 2011. godine, presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž-1364/2012 od 23. 01. 2013. godine; Navedeno prema i više o tome kod: R. Nešović, op.cit, str. 239-256; Uporedi sa: M. Bukovac Puvača, N. Žunić Kovačević, op.cit, str. 271-295.

[16] Videti: J. Radišić, op.cit, str. 220-223. Uporedi sa: Slobodan Perović, Prirodno pravo i odgovornost, str. 92 i dalje.

či da u pravu Republike Srbije važi pretpostavka krivice, odnosno na štetniku je teret dokazivanja da u njegovom postupanju nema krivice, a što olakšava procesnopravni položaj oštećenika uprkos pravilu o teretu dokazivanja u ZPP-u.[17] Pri tome, pretpostavlja se da je šteta prouzrokovana običnom nepažnjom,[18] a što je dovoljno za zasnivanje subjektivne odgovornosti u građanskom pravu. To znači da ako oštećenik bude imao za to pravni interes, može dokazivati da je šteta prouzrokovana krajnjom nepažnjom ili namerom.

Uprkos tome što krivica ima karakter subjektivnog elementa odgovornosti, ona se u značajnom delu domaće teorije građanskog prava i u praksi domaćih sudova ne razume kao određeno unutrašnje stanje štetnika, već kao postupak koji se imajući u vidu sve okolnosti i očekivanja od štetnika, kvalifikuje kao pogrešan.[19] To znači da je tako shvaćen pojam krivice u domaćem građanskom pravu objektivizovan[20] i da se ona utvrđuje po apstraktnom, depersonalizovanom merilu, nezavisno od ličnih osobina i prilika u kojima se štetnik nalazi.[21]

Drugim rečima, uvek kad se neko ponaša onako kako nije trebalo da se ponaša i time prouzrokuje štetu za drugog, ispunjen je uslov krivice. Ona se može ispoljiti bilo preduzimanjem nečega što nije trebalo da se preduzme ili propuštanjem nečega što je trebalo da se učini.[22]

Prilikom ocene da li postoji krivica javnog izvršitelja za prouzrokovanu štetu, treba najpre uzeti u obzir da se radi o šteti koja je prouzrokovana u vršenju njegove delatnosti. To znači da je odgovornost javnog izvršitelja u tom slučaju pojačana imajući u vidu opštu odredbu ZOO da je lice koje vrši profesionalnu delatnost dužno da u izvršavanju obaveze iz svoje profesionalne delatnosti postupa s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka),[23] dok je na sudskoj praksi da standard pažnje dobrog stručnjaka iz čl. 18. st. 2. ZOO-a popuni sadržajem. U svakom slučaju standard pažnje dobrog stručnjaka sastoji se iz objektiviziranog zahteva poznavanja i poštovanja pravila

---

[17] Čl. 231. st. 2. Zakona o parničnom postupku ("Službeni glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 - Odluka US RS, 74/2013 - Odluka US RS, 55/2014).

[18] Zaključak XIV Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 25 i 26. marta 1980. godine, Zbirka sudskih odluka, knjiga V, sveska I, str. 18.

[19] Marija Karanikić Mirić, Pretpostavka krivice, Pravni život, 11/09, str. 955.

[20] Uporedi čl. 299. Nacrta Građanskog zakonika, dostupno na https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf.

[21] Marija Karanikić Mirić, Pretpostavka krivice, str. 956.

[22] S. Perović, Prirodno pravo i odgovornost, str. 96.

[23] Čl. 18. st. 2. ZOO; Videti i: N. Šarkić, op. cit, str. 425.

struke i zahteva postojanja povećane pažnje.[24] Pažnja dobrog stručnjaka traži se od svakog lica koje obavlja određenu profesionalnu delatnost, pri čemu se smisao ove pažnje razlikuje u zavisnosti od konkretne delatnosti.

Ovde treba ukazati da ZOO pažnju dobrog stručnjaka zahteva od strana u obligacionom odnosu, dok javni izvršitelj kao što smo napred naveli nije u obligacionom odnosu sa učesnicima u izvršnom postupku niti sa nekim trećim licem čiji imovinski interesi mogu biti povređeni u konkretnom slučaju. Međutim, uprkos ovakvom određenju ZOO, sudska praksa pažnju dobrog stručnjaka zahteva za svaku profesionalnu delatnost, a ne samo za onu koja se vrši po osnovu prethodno zaključenog ugovora.[25] Za razliku od drugih profesionalnih delatnosti npr. advokatske gde se uspostavlja intuitu personae odnos između ugovornih strana, između stranaka u izvršnom postupku i javnog izvršitelja ne samo da nema ugovora nego se i rad izvršitelja ne može uporediti sa radom advokata koga karakteriše određeni stepen autonomije i kreativnosti,[26] a koju izvršitelj nema pre svega zbog načela formalnog legaliteta u skladu sa kojim postupa. Stoga, ako se pažnja dobrog stručnjaka očekuje od advokata čiji rad ima napred navedene karakteristike, tim pre se pojačana pažnja u postupanju ima očekivati od javnog izvršitelja čije je postupanje mnogo detaljnije uređeno zakonom, a kome su pritom data javna ovlašćenja, odn. određene prerogative vlasti, zbog čega se nalazi u dominantnom položaju u odnosu na stranke u postupku.[27]

Da li je javni izvršitelj postupao sa pažnjom dobrog stručnjaka ceniće se ako dođe do nastanka štete (u kom slučaju nastaje i obligacioni odnos) pri čemu se cene odredbe ZIO koje regulišu postupanje javnog izvršitelja, drugi relevantni propisi od značaja za postupanje u konkretnom slučaju, specifičnosti ove profesi-

---

[24] *Silvija Petrić, Odgovornost odvjetnika za savjet i mišljenje, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 1/2010, str. 39.*

[25] **Lekar je prilikom preduzimanja medicinske mere dužan da pokaže pažnju dobrog stručnjaka koja je propisana odredbom člana 18. Zakona o obligacionim odnosima i u skladu sa pravilima medicinske struke. (Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 2896/2013 od 17.12.2014. godine). Preuzeto iz pravne baze ParagrafLex. Mediji su dužni da ne dozvole objavljivanje neproverenih informacija i da postupaju sa pažnjom dobrog stručnjaka. (Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 5021/2013 od 17.7.2013. godine). Preuzeto iz pravne baze ParagrafLex.**

[26] *S. Petrić,* op. cit*, str. 25.*

[27] U Nemačkoj je u sudskoj praksi i pravnoj nauci razvijen koncept Verkehrssicherungspflichten ili Verkehrspflichten ili "obaveza sigurnosti u prometu". Ovaj koncept podrazumeva da svako ko istupa u prometu, shvaćenom u najširem smislu, dužan da preduzme sve mere da se drugi zaštiti od štete i to nezavisno od postojanja i sadržine ugovora, jer će u suprotnom odgovarati za štetu. Praktična primena ovog koncepta je najznačajnija u oblasti profesionalne odgovornosti. Više vidi: VON BAR, C., Verkehrspflichten, Köln-Berlin, 1980. Navedeno po: *S. Petrić,* op. cit*, str. 31-32.*

je, ali i Etički kodeks javnih izvršitelja[28]. ZOO je prihvatio objektivnu pažnju kao standard na koju ne utiču individualne osobine.[29] To znači da se ponašanje štetnika odmerava prema zamišljenom ponašanju razboritog i pažljivog dobrog stručnjaka u tim istim okolnostima. Za zasnivanje odgovornosti stručnjaka dovoljna je obična nepažnja.[30] Štetnik koji je štetu prouzrokovao obavljajući profesionalnu delatnost, ne oslobađa se odgovornosti ako dokaže da se ponašao kao razuman i pažljiv čovek, već samo ako dokaže da je postupao onako kako bi se u istoj situaciji poneo razuman i pažljiv stručnjak.[31] Odatle proizlazi da bi ponašanje konkretnog javnog izvršitelja trebalo uporediti sa ponašanjem pažljivog, stručnog i iskusnog pravnika istog tog zanimanja, a ako se nije ponašao na takav način, postoji njegova krivica.[32] Imajući u vidu uslove za bavljenje ovim poslom, te postupak izbora i imenovanja koji sprovodi država, učesnici u postupku imaju osnova da od ovog lica očekuju stručnost, dužnu pažnju i kompetentnost vezano za postupak koji sprovodi, te je zahtev pojačane pažnje razumljivo opravdan.

Kada odgovara za drugoga, javni izvršitelj odgovara bez obzira na vlastitu krivicu. Od lica koje postupa u ime izvršitelja očekuje se isti onaj kvalitet pažnje koji se očekuje od samog javnog izvršitelja jer oštećenik ne može da bude u goroj poziciji zbog toga što javni izvršitelj neku radnju nije sam preduzeo. ZIO zato odgovornost izvršitelja proširuje i na odgovornost za rad njegovih zamenika, sa kojima odgovara solidarno.[33] Za štetu koju prouzrokuju pomoćnici izvršitelja (stalno zaposlena lica ili lica angažovana po potrebi) isključivo je odgovoran izvršitelj jer je reč o licima koja postupaju u ime i za račun izvršitelja.[34]

PROTIVPRAVNOST

Da bi javni izvršitelj bio odgovoran za štetu potrebno je da je njegovo postupanje protivpravno. Protivpravnost u ovom slučaju postoji ako je rad javnog izvršitelja nepravilan i nezakonit. Protivpravno postupanje bi postojalo i onda kada

[28] Etički kodeks javnih izvršitelja ("Službeni glasnik RS", br. 105/2016 od 26.12.2016. god.).

[29] Slobodan Perović, glavni redaktor, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 44.

[30] Marija Karanikić Mirić, Odgovornost javnog beležnika u srpskom građanskom pravu, Pravni život, 10/2014, str. 575.

[31] Ibid, str. 576.

[32] Uporedi: *S. Petrić,* op. cit*, str. 40;* M. Karanikić Mirić, Odgovornost javnog beležnika u srpskom građanskom pravu, str. 564.

[33] Čl. 506. st. 1 ZIO.

[34] Član 509. st. 5 ZIO; Videti i: N. Šarkić, op. cit, str. 426.

javni izvršitelj odbije da sprovede izvršni postupak, mimo zakonom predviđenih slučajeva, budući da ima ne samo pravo nego i obavezu da preduzima službene radnje u skladu sa zakonom.

Za razliku od postupanja suda u parnici koji ima znatno veću slobodu u vršenju svoje uloge suđenja i koju prati načelo slobodne ocene dokaza, javni izvršitelj postupa u skladu sa načelom formalnog legaliteta. Takođe, sudu su nekad data možemo reći i „diskreciona ovlašćenja". Neke zakonske konstrukcije, kao na primer: "učiniti verovatnim postojanje potraživanja i postojanja opasnosti" kod određivanja privremene mere, daju sudiji prilično slobode za postupanje, što bi značilo da ako se neka odluka kasnije pokaže kao pogrešna, ne znači da je njegov rad bio nepravilan i nezakonit u smislu čl. 35. Ustava. Inače, u sudskoj praksi je prevagnuo stav da se ne može raditi o nepravilnom i nezakonitom radu državnog organa ako je neka odluka doneta pogrešnim tumačenjem propisa, a što je protivno vladajućem konceptu objektivne teorije protivpravnosti.[35] Ovo se naročito odnosi na slučajeve tumačenja nejasnih zakonskih odredbi i pravnih praznina gde je praksa vrlo kolebljiva, ali i odlučivanje u činjenično, odnosno pravno složenim predmetima na šta je ukazao i Evropski sud. U sudskoj praksi u više odluka[36] je izraženo shvatanje da pogrešno tumačenje ne predstavlja protivzakonitu radnju, dok se postupanje (nepostupanje) po jasnim i potpuno određenim odredbama zakona smatra protivzakonitim postupanjem.[37]

Iz tih razloga i svaka greška javnog izvršitelja nema za posledicu građansko-pravnu odgovornost za naknadu štete. Ipak, ne treba zanemariti napred spomenuto načelo formalnog legaliteta. Načelo formalnog legaliteta znači da sud ima obavezu da donese rešenje o izvršenju ako su za to ispunjeni zakonski uslovi, a nakon toga izvršitelj sprovodi izvršenje radi namirenja potraživanja iz izvršne isprave ako su ispunjeni potrebni uslovi.[38] U izvršnom postupku ne postoji mogućnost da se na bilo koji način preispituje, menja ili prilagođava izvršna isprava – sudska odluka doneta u parničnom ili nekom drugom postupku,[39] odnosno druga isprava kojoj je zakonom priznato svojstvo izvršne isprave. Ovo potvrđuje i čl. 5. st. 2. ZIO kojim je propisano da sud nije ovlašćen da ispituje zakonitost i pravil-

[35] R. Nešović, op. cit, str. 244.

[36] Presuda Saveznog suda Gzz. 39/74 od 19.09.1974. godine; presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 5785/00 od 09.05.2000. godine (pogrešno pravno shvatanje suda nastalo kao rezultat tumačenja zakona ne predstavlja nezakonit rad organa zbog koga bi država odgovarala). Navedeno po: P. Trifunović, op. cit, str. 211- 212.

[37] Ibid, str. 211- 212.

[38] Ranko Keča, O osnovnim načelima zakona o izvršenju i obezbeđenju, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2012, str. 160.

[39] N. Šarkić, op. cit, str. 15.

nost izvršne isprave. Ovo bi a contrario značilo da kada sud ili izvršitelj odlučuju o dozvoljenosti izvršenja na osnovu verodostojne isprave da imaju ova ovlašćenja jer se o postojanju potraživanja nije odlučivalo u nekom drugom postupku. I u pravnoj teoriji se ukazuje da se načelo formalnog legaliteta ne može prihvatiti i garantovati kada se izvršni postupak sprovodi na osnovu verodostojne isprave.[40] U situaciji kada javni izvršitelj odlučuje o predlogu za izvršenje (na osnovu verodostojne isprave), stranke u izvršnom postupku imaju mogućnost ulaganja prigovora na rešenje o izvršenju, odnosno rešenje o izvršenju se može izvršiti samo nakon njegove pravnosnažnosti.[41] Prigovor se podnosi u prekluzivnom roku nakon čega zakon detaljno uređuje dalje postupanje javnog izvršitelja i suda nakon ulaganja prigovora. Dakle, ceo postupak ima za cilj da spreči da opstanu nezakonita rešenja o izvršenju. Ukoliko stranka u izvršnom postupku propusti da uloži prigovor na uredno dostavljeno rešenje o izvršenju, pretpostavka je da se složila sa njegovim donošenjem, ono postaje pravnosnažno i kao takvo sastavni deo pravnog sistema. Ukoliko je stranka uložila prigovor na rešenje, ali je isto uprkos prigovoru ostalo na snazi, u tom slučaju pre možemo govoriti o nezakonitom i nepravilnom radu suda koji kao organ kontrole rada javnog izvršitelja abolira javnog izvršitelja od odgovornosti za štetu.

Stoga, smatramo da protivpravnost rada izvršitelja, shvaćena u smislu uslova za naknadu štete, može da postoji samo u stadijumu sprovođenja izvršenja. Naime, postupanje javnih izvršitelja u postupku sprovođenja izvršenja je precizno uređeno zakonskim odredbama te se svako odstupanje od njih može okarakterisati kao protivpravno i uz ispunjenost ostalih uslova biti osnov za ostvarivanje prava na naknadu štete. Zbog toga javni izvršitelj ima malo prostora za eskulpiranje od odgovornosti za štetu koja je nastala usled pogrešnog tumačenja propisa. Suprotno tome, mogućnost za oslobođenje od odgovornosti je mnogo veća u onim situacijama koje nisu precizno regulisane zakonom i koje u izvesnoj meri daju diskreciono ovlašćenje javnom izvršitelju. Tako npr. ZIO u čl. 122. daje izvršitelju mogućnost da odloži sprovođenje izvršenja na predlog izvršnog dužnika ako su ispunjeni određeni zakonski uslovi. Dakle, ZIO ne određuje da će javni izvršitelj obavezno doneti odluku o odlaganju ako su ispunjeni uslovi za to, već daje izvršitelju mogućnost da to učini. Javni izvršitelj može odbiti da odloži izvršenje što može dovesti do toga da izvršni dužnik pretrpi nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu. Prilikom ocene postupanja izvršitelja treba voditi računa o tome da li je javni izvršitelj uzeo u obzir sve podnete dokaze i dao obrazloženu odluku

[40] R. Keča, op. cit, str. 161.

[41] Čl. 394. ZIO.

zbog čega nije prihvatio predlog izvršnog dužnika ili je odluka doneta bez savesnog razmatranja predloženih dokaza.

Postavlja se pitanje da li postojanje protivpravnosti pre odlučivanja o zahtevu za naknadu štete treba utvrditi u postupku za otklanjanje nepravilnosti, odnosno da li je rešenje kojim je utvrđeno da je nepravilnost učinjena preduslov da se ostvari pravo na naknadu štete. Zahtev za otklanjanje nepravilnosti je jedino pravno sredstvo koje se može koristiti u fazi sprovođenja izvršenja. Nepravilnost, u smislu ZIO, se ne može sastojati u donošenju nezakonite i nepravilne odluke, već samo u nedonošenju odluke i preduzimanju ili propuštanju radnje.[42] Kako javni izvršitelj u toku sprovođenja izvršenja zaključcima nalaže preduzimanje izvršnih radnji i upravlja izvršnim postupkom, to znači da će donete odluke izvršitelja u fazi sprovođenja izvršenja ostati van sudske kontrole, što pokazuje da ovo pravno sredstvo ima jako ograničen domet.[43] U tim slučajevima dakle nije ni moguće ishodovati rešenje kojim se utvrđuje da su učinjene nepravilnosti, već oštećeniku stoji na raspolaganju samo zahtev za naknadu štete kako bi se uklonile posledice nepravilnog i nezakonitog rada javnog izvršitelja. Izuzetak od odredbe da se ovo pravno sredstvo može koristiti u slučajevima nedonošenja odluke, preduzimanja ili propuštanja radnje, predviđen je u čl. 193. st. 3. ZIO u kome se navodi da rešenje kojim se usvaja zahtev za otklanjanje nepravilnosti protiv zaključka o predaji nepokretnosti ima samo dejstvo osnova za naknadu štete.[44] Samo u tom slučaju uslov za obraćanje sudu radi naknade štete je rešenje kojim je utvrđeno postojanje nepravilnosti jer je u pitanju redovan pravni put koji stranci stoji na raspolaganju protiv zaključka o predaji nepokretnosti (kao donetoj odluci u postupku).

U slučajevima gde je podnošenje ovog pravnog sredstva dozvoljeno, ukoliko se ispostavi da je zahtev za otklanjanje nepravilnosti osnovan, preduzimaju se mere kojima se otklanjaju nepravilnosti.[45] Međutim, ove mere nekad ne mogu da otklone pretrpljenu štetu u potpunosti. Tada oštećenik može da potražuje naknadu štete pozivajući se na rešenje kojim se utvrđuje da postoje nepravilnosti. Ipak, čak i da stranka nije tražila otklanjanje nepravilnosti u izvršnom postupku, smatramo da sud u postupku za naknadu štete može da odluči da li je bilo protivpravnosti ili ne.[46] Naime, protivpravne faktičke radnje neulaganjem navedenog

[42] Čl. 148. st. 1. ZIO.

[43] Više o tome: Nikola Bodiroga, Sudska kontrola rada izvršitelja, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LXIII, 2/2015, str. 74-75.

[44] Uporedi: Nikola Bodiroga, op. cit, str. 66.

[45] Čl. 149. st. 1. i 2. ZIO.

[46] Uporedi: P. Trifunović, op. cit, str. 207-210.

pravnog sredstva ne mogu da se ozakone, odnosno da postanu zakonite i pravilne. Isto tako, to što sprovodeći izvršenje javni izvršitelj nije doneo neku odluku, ne znači da nije ni trebalo da je donese samo zbog toga što nije izjavljen i usvojen zahtev za otklanjanje nepravilnosti. Sud je u parničnom postupku ovlašćen da ceni da li su ispunjeni uslovi za naknadu štete, da li postoji neko pravo ili pravni odnos, a ako o tom pitanju još nije doneo odluku sud ili drugi nadležni organ (prethodno pitanje), sud može sam da reši to pitanje ako posebnim propisima nije drugačije predviđeno.[47] Sa druge strane, ako je izvršitelj rešenjem odbio zahtev za otklanjanje nepravilnosti, a sud odbio prigovor na takvo rešenje, postoji pravnosnažna sudska odluka da nema nepravilnosti. Ukoliko stranka uprkos postojanju takve odluke podnese tužbu sudu i traži da joj javni izvršitelj nadoknadi štetu, a po osnovu iste te nepravilnosti za koju je utvrđeno da je nije bilo, smatramo da u tom slučaju sud ne može zaobići pravnosnažnu odluku kojom je rešeno prethodno pitanje, osim ako je u međuvremenu doneta krivična presuda u kojoj je utvrđeno drugačije stanje.[48] Ipak, ukoliko su u međuvremenu izmenjene relevantne okolnosti, tj. nastupile druge činjenice koje nisu uzete u obzir prilikom odlučivanja o zahtevu za otklanjanje nepravilnosti, sud će navedenu odluku suda o odbijanju zahteva za otklanjanje nepravilnosti ceniti kao svaku drugu činjenicu.

U izvršnom postupku postoji mogućnost da štetu pretrpi i treće lice. Primer za to je kada izvršenje bude sprovedeno na stvari koja ne pripada izvršnom dužniku nego trećem licu. Ipak, ZIO je predvideo pravno sredstvo za zaštitu prava trećeg lica, a to je pravo na prigovor. Da bi izvršitelj usvojio prigovor trećeg lica i obustavio izvršenje u pogledu određenog predmeta izvršenja, potrebno je da treće lice dokaže postojanje svog prava pravnosnažnom odlukom ili javnom ili po zakonu overenom ispravom. Ako treće lice nije dokazalo svoje pravo, javni izvršitelj rešenjem na koje dužnik nema pravo žalbe odbija prigovor. Treće lice može u tom slučaju da pokrene parnicu u kojoj će tražiti da se utvrdi da izvršenje na određenom predmetu nije dopušteno.[49] Pitanje je da li javni izvršitelj može da bude odgovoran za štetu koju treće lice pretrpi ukoliko, nakon sprovedenog postupka izvršenja prodajom stvari, u parničnom postupku izvršenje na tom predmetu bude proglašeno nedopuštenim. U tom slučaju izvršni poverilac vraća ono što je primio putem instituta sticanja bez osnova.[50] Međutim, ovim se šteta za treće lice najčešće ne otklanja u potpunosti, budući da se stvari često prodaju ispod vrednosti, tako da povraćajem primljenog iznosa treće lice ne može pribaviti stva-

[47] Čl. 12. ZPP.

[48] Čl. 13. ZPP.

[49] Čl. 110 st. 2 i 111 ZIO.

[50] Smatramo da u ovom slučaju protivizvršenje nije moguće shodno čl. 118. ZIO.

ri koje su mu prodate zbog čega trpi štetu. Znači, sam zakon predviđa mogućnost da sud i izvršitelj različito ocene navode i podnete dokaze koji se tiču prava trećeg lica, te odluka izvršitelja sama po sebi nije dovoljna za ostvarivanje prava na naknadu štete. Da bi se u ovoj situaciji razmotrilo pitanje odgovornosti javnog izvršitelja, najpre se mora utvrditi da li je preduzimao radnje postupajući po zakonu. Zatim bi se moralo ceniti postupanje trećeg lica i kvalitet i pravna snaga dokaza koje je podnelo u izvršnom postupku, a zatim njegovo postupanje u parnici i dokazi koje je u parnici predlagao, ali i postupanje izvršitelja u smislu da li je postupao sa pažnjom dobrog stručnjaka prilikom ocene podnetih dokaza.

U svakom slučaju zakonska obaveza javnog izvršitelja nije i ne može biti uspešno okončanje izvršnog postupka. Javni izvršitelj zato ne može biti odgovoran za štetu poveriocu ukoliko posle sprovedenog izvršnog postupka ovaj ostane u potpunosti ili delimično nenamiren, ukoliko je javni izvršitelj iskoristio svoja zakonska ovlašćenja koja mu stoje na raspolaganju u cilju namirenja izvršnog poverioca.

NEODGOVORNOST DRŽAVE ZA RADNJE JAVNOG IZVRŠITELJA I OBAVEZNO OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI

Država je svoju odgovornost za rad imalaca javnih ovlašćenja isključila još Zakonom o državnoj upravi kojim je propisano da imaoci javnih ovlašćenja sami odgovaraju za štetu koju svojim nezakonitim ili nepravilnim radom prouzrokuju fizičkim i pravnim licima u vršenju poverenih poslova državne uprave.[51] ZIOom je izričito isključila i odgovornost za štetu koju svojom krivicom prouzrokuju javni izvršitelji. Dakle, javnom izvršitelju država daje određene prerogative vlasti, dok istovremeno zakonom isključuje svoju odgovornost za njihov rad. Eventualnim oštećenicima javni izvršitelj odgovara celokupnom svojom imovinom, kao preduzetnik,[52] što znači da je lišen materijalne potpore države.

Dakle, za poslove koje je nekad obavljao sudija i za čiji rad je odgovarala isključivo država, država je danas isključila svoju odgovornost. U gotovo svim pravnim sistemima sudija uživa građanskopravni imunitet, ali zato za njegove radnje odgovara država još od kada je u 17. veku u Engleskoj razvijena doktrina sudijskog imuniteta.[53] Naime, smatra se da ovakav imunitet sudije obezbeđuje njegov

[51] Čl. 5. st. 2. Zakona o državnoj upravi. ("Službeni glasnik RS", br. 79/2005, 101/2007, 95/2010 i 99/2014).

[52] Čl. 498. ZIO.

[53] Više o tome: Vesna Rakić-Vodinelić, Ograničena odgovornost sudije za štetu – neophodna privilegija koja obezbeđuje nezavisnost ili učvršćivanje sudijske neodgovornosti?, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/2013, str. 719-720.

nezavisan i nepristrasan rad.[54] Sudija i u pravu Republike Srbije shodno čl. 5. i 6. Zakona o sudijama prema oštećenicima uživa građanskopravni imunitet. To znači da je isključena mogućnost podnošenja direktne tužbe protiv sudije, a odgovornost sudije postoji samo posredno (ukoliko država reši da iskoristi svoje pravo na regres i to samo ako je sudija prouzrokovao štetu namerno).

Država je slično isključila i odgovornost za štetu koju pričine javni beležnici, na koje je takođe prenela deo svojih javnih ovlašćenja i istovremeno notarsku službu odredila kao službu od javnog poverenja.[55] Obrazlažući navedeno isključenje odgovornosti prof. Karanikić Mirić navodi da javni beležnik, iako obavlja određene službene radnje koje su ranije bile u nadležnosti države, to ne čini u ime države jer nije ni državni organ ni državni službenik, nego u sopstveno ime, zbog čega se pravila o odgovornosti države za štetu koju trećim licima prouzrokuje njen organ ili državni službenik ne mogu primeniti na slučaj kada štetu prouzrokuje notar.[56] Ipak, isti autor smatra da se pravilo o neodgovornosti države treba usko posmatrati zbog čega država ostaje odgovorna za grešku u imenovanju javnih beležnika, grešku u nadzoru nad obavljanjem javnobeležničke delatnosti ili davanje pogrešnih uputstava za njeno obavljanje i uopšte za nezakonit ili nepravilan ili na drugi način pogrešan rad državnih organa ili državnih službenika u vezi sa notarijalnom delatnošću. U tom slučaju država ne odgovara za pogrešno postupanje javnog beležnika, već odgovara za vlastitu grešku, odnosno za pogrešno postupanje svojih organa koje je dovelo do štete u vezi sa obavljanjem javnobeležničke delatnosti.[57] Smatramo da se navedeno shvatanje može primeniti i na odgovornost države kada su u pitanju javni izvršitelji, te da država mora da odgovara za pogrešno postupanje svojih organa koje je dovelo do štete, a u vezi je sa izvršiteljskom delatnošću.

Ipak, kako bi se potencijalnim oštećenicima pružilo dodatno obezbeđenje s obzirom na zakonsko isključenje odgovornosti države, ZIO je uveo obavezno osiguranje od odgovornosti javnog izvršitelja na taj način što je obavezao izvršitelja da pre polaganja zakletve zaključi ugovor o osiguranju za štetu koju bi svojom delatnošću mogao prouzrokovati drugom licu. Pored ovog ugovora, javni izvršitelj je u obavezi da zaključi i ugovor o osiguranju prostorija i predmeta primljenih u depozit za slučaj njihovog oštećenja, uništenja ili nestanka.[58] U svakom slučaju,

---

[54] I u SAD, Nemačkoj, Francuskoj, Italiji sudija uživa građanskopravni imunitet, a za njegov rad građansku odgovornost snosi država. Više o tome: V. Rakić-Vodinelić, op. cit, str. 720-729.

[55] Čl. 2. Zakona o javnom beležništvu ("Službeni glasnik RS", br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - drugi zakon, 93/2014 - drugi zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015).

[56] M. Karanikić Mirić, Odgovornost javnog beležnika u srpskom građanskom pravu, str. 564.

[57] Ibid, str. 565.

[58] Čl. 478. st. 1. tač. 1. ZIO.

postojao je širi društveni interes da se zbog potencijalnog broja oštećenih lica koji mogu biti ugroženi delatnošću javnog izvršitelja i visine potencijalnih šteta propiše obavezno osiguranje od odgovornosti.

Slično je i sa drugim tzv. pravosudnim profesijama kao što su advokatska i javnobeležnička delatnost koje su pokrivene obaveznim osiguranjem od odgovornosti za pričinjenu štetu.[59] Radi se o profesionalnim delatnostima u kojima se očekuje postupanje sa povećanom pažnjom (pažnja dobrog stručnjaka), ali gde je uprkos tome moguć nastanak štete.

Olakšanje položaja javnog izvršitelja ogleda se u tome što osiguravajuće društvo preuzima pored izvršitelja obavezu naknade šteta koje u konkretnim slučajevima mogu dostići ogromne iznose. Sa druge strane, prenošenje krajnje obaveze naknade štete na osiguravajuće društvo može da ima negativne posledice u vidu izostanka potrebne profesionalne pažnje koja se očekuje od javnog izvršitelja. Dobra strana uvođenja obaveznog osiguranja za oštećenika je što se naplata potraživanja od osiguravajućeg društva pokazala u svemu kao lakša i pouzdanija u odnosu na naplatu koja se vrši prema fizičkom licu, pa makar ono bilo i javni izvršitelj.

ZAKLJUČAK

Javni izvršitelj kao imalac javnih ovlašćenja nije u građanskopravnom odnosu sa učesnicima u izvršnom postupku, ali ukoliko svojim radnjama učini štetu, zasniva se obligacioni odnos u kome oštećenik dobija položaj poverioca, a javni izvršitelj položaj dužnika. Za štetu koju prouzrokuje vršeći svoju delatnost javni izvršitelj odgovara po osnovu krivice, što znači da odgovara po drugačijem osnovu u odnosu na državu, za čiju je odgovornost dovoljno da je njen organ postupao nepravilno i nezakonito. I javni izvršitelj odgovara za nepravilno i nezakonito postupanje, ali samo ako je takvo postupanje posledica njegove krivice, shvaćene u smislu opštih odredbi ZOO. Ocena da li je javni izvršitelj postupao sa krivicom ili ne, zavisi od toga da li je pokazao pažnju dobrog stručnjaka prilikom obavljanja delatnosti javnog izvršitelja. Zahtev pojačane pažnje je opravdan s obzirom da pre imenovanja javni izvršitelj treba da ispuni veći broj uslova, između kojih su i završen pravni fakultet, položen pravosudni ispit i ispit za javnog izvršitelja, što sve treba da garantuje njegovu stručnost. Prilikom ocene da li je javni izvršitelj pokazao potrebnu pažnju, njegovo postupanje se upoređuje sa ponašanjem stručnog, pažljivog i savesnog javnog izvršitelja.

[59] Čl. 37. Zakona o advokaturi ("Službeni glasnik RS", br. 31/2011 i 24/2012 - Odluka US RS) i čl. 59. Zakona o javnom beležništvu.

RADMILA KRSTIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Niš

CIVIL LIABILITY FOR THE DAMAGE CAUSED BY THE ENFORCEMENT ANGENT IN THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS OR SAFEKEEPING PROCEEDINGS

Summary

An enforcement agent is empowered to carry through some originally state authorities. Therefore, there is no civil relationship between the enforcement agent and participants in enforcement proceedings. If the enforcement agent during the enforcement proceeding cause the damage, a new obligational relationship will be originated between the participant who suffered damage (as creditor) and the enforcement agent (as debtor). The enforcement agent is liable for the caused damage on the basis of his own guilt, that means that his liability lays on the ground that is different from the ground on which is based the liability of the state (illegal and irregular work). In order to be liable for the damage, the enforcement agent should work illegal or irregular. Beside that, the guilt of the enforcement agent is needed. The guilt in that case is assumed. The law does not specify which kind of guilt is needed for civil liability of the enforcement agent, so he has to be liable for the common kind of negligence. During his professional work the enforcement agent has to pay a diligent attention. This kind of attention is needed because the state empowered him with some important authorities. High professional demands are required from the enforcement agent, because he should achieve several professional accomplishments, before gets promoted to be the enforcement agent.

ZORAN VAVAN

IZVRŠENJE SUDSKIH ODLUKA O REINTEGRACIJI ZAPOSLENIH

U V O D

Zaštita prava zaposlenih uvek je aktuelna tema i pitanje kojem su jednako posvećeni i teorija i praksa. Pravo na rad, kao jedno od osnovnih načela radnog prava i ljudsko pravo koje garantuju brojni heteromni i autonomni izvori radnog prava, veoma često ume biti ugroženo i uskraćeno. U takvim situacijama, postojanje adekvatnog mehanizma zaštite prava ogledalo je funkcionisanja, pre svega pravnog, te u tom okviru i pravosudnog sistema jedne države.

Normativni osnov reintegracije zaposlenog, koji se odnosi na "nezakoniti otkaz" u naše radno zakonodavstvo uveden je Zakonom o radu iz 2001. godine,[1] dok ga aktuelni Zakon o radu dodatno razrađuje (u daljem tekstu: ZOR).[2] Poslednjim zakonskim izmenama promenjen je termin odredbe koja uređuje ovo pitanje, te je umesto nezakonit otkaz, njen naziv sada "pravne posledice nezakonitog prestanka radnog odnosa".[3]

Zoran Vavan, asistent Fakulteta za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, Novi Sad; doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd.

[1] Zakon o radu, "Sl. glasnik RS" br. 70/2001 i 73/2001 – ispr.

[2] Zakon o radu, "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014.

[3] Čl. 191. ZOR.

Zaštita prava zaposlenih po osnovu nezakonitog prestanka radnog odnosa, koja se sprovodi u radnom sporu, okončava se presudom. Presuda u ovoj vrsti parničnog postupka po svojoj pravnoj prirodi jeste dvojaka. S jedne strane je konstitutivna presuda kojom se poništava rešenje poslodavca, a kondemnatorna, s druge, s obzirom na činjenicu da se tuženom, poslodavcu, nalaže obaveza određenog činjenja, odnosno obaveza otklanjanja svih posledica donošenja nezakonitog rešenja, uključujući i vraćanje zaposlenog na rad.

Donošenjem presude, postupak zaštite prava zaposlenog se ne okončava. Kako je u pitanju presuda kondemnatornog karaktera, cilj zaštite se ne iscrpljuje isključivo njenim donošenjem. Potrebno je da usledi još jedan akt, odnosno akt izvršenja obaveze naložene u izreci presude, koji može biti izvršen dobrovoljno ili prinudno.

Izvršenje sudske odluke predstavlja usklađivanje pravnog i faktičkog stanja, normativnog i stvarnog. Ono predstavlja konkretno i konačno ostvarenje zahteva koji se ističe u tužbi.[4]

Izvršni postupak vraćanja zaposlenog na rad izdvojen je i posebno definisan Zakonom o izvršenju i obezbeđenju (u daljem tesktu ZIO).[5] Osobenosti izvršenja ove vrste sudskih odluka biće obrađene u daljem tekstu.

POSTUPAK REINTEGRACIJE

Reintegracija zaposlenog lica predstavlja ponovo uključivanje zaposlenog u proces rada. Sam proces uključivanja podrazumeva konkretnu radnju poslodavca kojom će omogućiti vraćanje zaposlenog na one poslove koje je i ranije obavljao, sa svim pravima, obavezama i odgovornostima koja mu pripadaju u radu i po osnovu rada.[6]

U slučaju kada je pravnosnažnom sudskom odlukom utvrđen nezakonit prestanak radnog odnosa i ukoliko zaposleni to zahteva, sud će odlučiti da

[4] Jovan Đorđević naglašava da je izvršenje jedno od najznačajnijih funkcija prava, koja čini, u osnovi, jedinstvo sa funkcijom odlučivanja. Isti autor ističe: "izvršenje je akt pretvaranja norme u realni cilj i time izraz uspostavljanja jedinstva između norme i njene sadržine, između konstatacije i društvenih odnosa, kojima ona sebe potvrđuje ili osporava. U tom smislu izvršenje u oblasti prava je mera racionalnosti i efikasnosti. Ona traži sklad i smanjuje protivrečnost između teorije i prakse, između normativnog i stvarnog", videti u J. Đorđević *Pojam, uloga i značaj izvršenja u pravu*, Zbornik: Izvršenje sudskih odluka, 1979. Beograd.

[5] Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", br. 106/2015.

[6] Z. Ivošević, "*Izvršenje odluke o vraćanju radnika na rad*", Zbornik radova "Izvršenje sudskih odluka", Republički sekretarijat za pravosuđe i opštu upravu SR Srbije i Republički zavod za javnu upravu SR Srbije, Beograd, 1979., str. 407.

se zaposleni vrati na rad. Ukoliko sud usvoji tužbeni zahtev zaposlenog o vraćanju na rad, utvrdiće obavezu, činidbu poslodavca, da zaposlenog vrati na poslove koje je prethodno obavljao. Ako zaposleni ne postavi ovakav zahtev, sud ne može po službenoj dužnosti odrediti reintegraciju zaposlenog. Vraćanje zaposlenog na rad nije obligatornog karaktera, već je stvar odlučivanja suda. Usvajanjem tužbenog zahteva i poništajem rešenja o prestanku radnog odnosa, uspostavlja se stanje koje je prethodilo donošenju nezakonitog rešenja (*restitutio in integrum*).

Pravne posledice nezakonitog prestanka radnog odnosa definisane su posebnim članom 191. ZOR, kao što je u uvodnom delu navedeno. Pored postupka vraćanja u proces rada, predviđena je i mogućnost isplate naknade štete umesto reintegracije, ukoliko zaposleni ili poslodavac, takav zahtev postave do okončanja glavne rasprave pred sudom. U tom slučaju, sud će obavezati poslodavca da zaposlenom isplati naknadu štete u iznosu od najviše 18 zarada koje bi zaposleni ostvario da radi, zavisno od vremena provedenog u radnom odnosu i godina života zaposlenog, kao i broja izdržavanih članova porodice.[7] Uz uvažavanje svih okolnosti i interesa obe ugovorne strane i ukoliko postoje okolnosti koje opravdano ukazuju da nastavak radnog odnosa nije moguć, takav zahtev može postaviti i poslodavac, s tim što sud iznos naknade štete dosuđuje u dvostruko višem iznosu u odnosu na istovetni zahtev zaposlenog.[8]

Reintegraciju zaposlenog na rad, prema odluci suda, poslodavac može izvršiti dobrovoljno ili prinudno.

Dobrovoljno izvršenje sudske odluke

Presude o vraćanju radnika na rad u izvesnom broju slučajeva izvršavaju se dobrovoljno. Ova dobrovoljnost, dobrim delom, praćena je svešću o mogućnosti nastupanja prinudnog izvršenja presude, ukoliko se ne postupi po njenoj izreci u paricionom roku. Dobrovoljnost u izvršenju presude, kada izreka nalaže obavezu vraćanja zaposlenog na rad, podrazumeva faktičke i pravne radnje koje su potrebne da se zaposleni uključi u proces rada i to sve u paricionom roku.

Faktičke radnje predstavljaju konkretno i realno omogućavanje obavljanja onih poslova koje je zaposleni obavljao pre nezakonitog prestanka radnog odnosa. Pravne radnje koje poslodavac treba preduzeti u postupku reintegracije, dolaze do izražaja kada je posao zaposlenog, na koji se treba vratiti, prestao da postoji. Tada je u cilju njegove reintegracije potrebno doneti odluku o raspoređivanju na druge poslove i radne zadatke, koji odgovaraju njegovoj stručnoj spremi, od-

[7] Čl. 191. st. 5. ZOR.

[8] Čl. 191. st. 6. ZOR.

nosno stečenoj radnoj sposobnosti.[9] Isto tako, takvu reintegraciju treba da prati i odgovarajuća izmena Pravilnika o organizaciji i sistematizaciji poslova, za slučaj da posao na koji se zaposleni može rasporediti više ne postoji.

U slučaju dobrovoljnog izvršenja, pravni osnov za ponovo uključivanje zaposlenog u proces rada jeste sama izvršna presuda. U skladu sa tim, ne postoji obaveza da poslodavac ponovo odlučuje o samom vraćanju radnika na rad, već reintegracija podrazumeva konkretno uključivanje u radni odnos, dakle omogućavanje da zaposleni nastavi sa radom, bez donošenja posebne odluke ili rešenja.[10] Stoga i ne postoje posebna procesna pravila za dobrovoljno izvršenje izvršnih presuda o vraćanju zaposlenog na rad. Dovoljno je da poslodavac pismeno pozove zaposlenog da preuzme poslove i radne zadatke koje je obavljao pre donošenja nezakonitog rešenja o prestanku radnog odnosa.

Pokretanje izvršnog postupka

U praksi često dolazi do otpora dobrovoljnom izvršenju presuda o vraćanju zaposlenog na rad. Tako zaposleni, u slučaju da poslodavac presudom naloženu činidbu nije ispunio u paricionom roku, dalje ima potrebu za pružanjem pravne zaštite, kako bi konačno uživao svoje pravo. Ovo pravo zaposleni ne može ostvariti sam, s obzirom na činjenicu da, osim u izuzetno određenim situacijama, zakonom nije predviđena samopomoć u ostvarivanju prava iz oblasti rada.[11] Država, koja je zabranila samovlasno ostvarivanje prava, preuzela je zadatak da definitivno pruži obećanu pravnu zaštitu i da prinudnim putem omogući neposrednu realizaciju prava zaposlenog, tako što je odredila organe specijalizovane za pružanje ove pravne zaštite i propisala pravila po kojima će oni postupati u postupku prinudne egzekucije.[12]

Stoga, zaposleni svoje pravo, utvrđeno pravnosnažnom i izvršnom presudom, može ostvariti jedino prinudnim sudskim putem, prema pravilima Zakona o izvršenju i obezbeđenju. S obzirom na izuzetni značaj materije koja se tretira

---

[9] Z. Ivošević: "*Izvršenje odluke o vraćanju radnika na rad*", Pravni život, XXXIII 3/1983, str. 322.

[10] N. Šarkić: "*Izvršenje odluka donetih u radnim sporovima*", Radni odnosi, zbornik radova, Beograd, 2004, str. 193.

[11] Dozvoljena samopomoć definisana čl. 162. Zakona o obligacionim odnosima, "Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja.

[12] Više o ovoj temi videti u: G. Stanković, *Predmet izvršnog postupka*, Pravni život, 12/2004, X tom, str. 5.

u oblasti radnog odnosa, razumljivo je da je zakonodavac za ovu vrstu izvršenja odredio isključivo sudsku nadležnost.[13]

U četvrtom delu ZIO, u okviru šeste glave posebno se uređuje postupak izvršenja radi vraćanja zaposlenog na rad.[14]

Postupak izvršenja kod mesno nadležnog osnovnog suda pokreće zaposleni, u svojstvu izvršnog poverioca, pismenim predlogom za izvršenje protiv poslodavca, kao izvršnog dužnika koji obavezu naloženu u izvršnoj ispravi, presudi, nije dobrovoljno izvršio u paricionom roku. Zakon o izvršenju i obezbeđenju u ovom delu ne određuje posebno sadržinu ove vrste predloga za izvršenje, ali on bi svakako trebao da bude razumljiv i uredan, odnosno da sadrži sve elemente koji su propisani kao obavezna sadržina svakog predloga za izvršenje koji se podnosi na osnovu izvršne isprave.[15] Predlog za izvršenje po izvršnoj ispravi o vraćanju zaposlenog na rad, zaposleni može podneti samo u roku od 60 dana od dana kada je stekao pravo da taj predlog podnese.[16] Zaposleni stiče pravo da podnese predlog za prinudno izvršenje prvog narednog dana po proteku paricionog roka, odnosno roka za dobrovoljno izvršenje izvršne isprave. U pitanju je prekluzivni rok, čijim protekom zaposleni gubi pravo da zahteva vraćanje na rad prinudnim putem, odnosno tako podneti predlog sud po službenoj dužnosti odbacuje kao neblagovremen.

Rok je relativno kratak, ali za to postoje opravdani razlozi. Prvo, postoji značajna zainteresovanost zaposlenog da se vrati na rad, s obzirom da je prestankom radnog odnosa, lišen sredstava kojima sebi i svojoj porodici obezbeđuje egzistenciju. Drugo, zbog mogućnosti da izvršni dužnik po zahtevu izvršnog poverioca u izvršnom postupku bude obavezan da mu od pravnosnažnosti presude kojom je vraćen na rad, isplati zaradu koju bi ostvario da je bio na radu, postavlja se pitanje da li izvršni poverilac zloupotrebljava svoja prava, kada na primer, podnosi predlog za izvršenje na isteku samog roka.[17] Ovaj razlog, sa druge strane, može biti opravdano kritikovan, jer dužnik treba da snosi sve posledice nepostupanja po izvršnoj sudskoj odluci. Ipak, dužnik bi se mogao osloboditi ove obaveze ukoliko dokaže da je preduzimao radnje radi sprovođenja izvršenja, ukoliko je, na primer, kontaktirao i pozivao poverioca.

---

[13] Čl. 4. st. 1. ZIO.

[14] Članovi 381.-385. ZIO.

[15] U skladu sa čl. 59. ZIO.

[16] Čl. 382. ZIO.

[17] U ranijim zakonima koji su regulisali oblast izvršenja, kao što su zakoni iz 1978. i 2000. godine, rok za podnošenje predloga za izvršenje sudu je iznosio 6 meseci, što je dosta dug period u kojem se obaveze dužnika mogu dosta usložiti.

Nadležnost

Opšta mesna nadležnost za odlučivanje o predlogu za izvršenje ustanovljena je u korist suda na čijem području je sedište izvršnog dužnika – poslodavca.[18] U delu ZIO koji posebno uređuje vraćanje na rad, kod mesne nadležnosti navodi se "da je mesno nadležan i sud na čijem se području nalazi sedište poslodavca".[19] Pretpostavka je da se radi samo o terminološkoj grešci, odnosno višku veznika "i", s obzirom na to da se ne navode posebni slučajevi mesne nadležnosti. S druge strane, ZIO upućuje i na shodnu primenu Zakona o parničnom postupku,[20] te bi se posebna mesna nadležnost mogla utvrditi i u korist suda na čijem području se rad obavlja ili bi trebao da se obavlja. Međutim, tumačeći ovako utvrđenu pomenutu odredbu o mesnoj nadležnosti kod vraćanja zaposlenog na rad, ovde, po svemu sudeći, nema mesta primeni posebne nadležnosti, s obzirom na to da sam normativni tekst odaje utisak namere zakonodavca da mesnu nadležnost izričito odredi.

Izvršenje presude o vraćanju zaposlenog na rad vrši se novčanim kažnjavanjem izvršnog dužnika - poslodavca, a sredstvo izvršenja radi naplate novčane kazne je u najvećem broju slučajeva plenidba i prenos sredstava sa njegovog računa, koji se vodi tamo gde je sedište poslodavca.[21] Ukoliko se izvršenje radi naplate novčane kazne sprovodi na drugom predmetu i sredstvu izvršenja, na primer, popisom, procenom i prodajom pokretnih ili nepokretnih stvari, sasvim je opravdano da ove radnje određuje i sprovodi mesno nadležan sud gde je i sedište poslodavca.

Sprovođenje izvršenja

a) *Novčano kažnjavanje.* – Izvršenje po izvršnoj ispravi, na osnovu koje je poslodavac dužan da zaposlenog vrati na rad i da mu ponovo poveri poslove koje je ranije obavljao, po svojoj prirodi spada u širu grupu izvršenja radi ostvarenja nenovčanog potraživanja. Osnovno obeležje ove vrste izvršenja jeste da se prinudnim putem izdejstvuje radnja koju ne može izvršiti neko treće fizičko ili pravno lice, već samo poslodavac sa kojim je zaposleni bio u radnom odnosu. Za slučaj da poslodavac dobrovoljno ne ispuni svoju obavezu, različita zakonodavstva

[18] Čl. 7. ZIO.

[19] Čl. 381.

[20] Zakon o parničnom postupku, "Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014.

[21] N. Šarkić, M. Nikolić: *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Službeni glasnik RS, Beograd, 2006, str. 412.

propisuju različita rešenja, ali se sva ona svode na pojedine oblike sankcionisanja poslodavca – izvršnog dužnika, kojim će ga prinuditi da ispuni dugovanu činidbu naloženu u izvršnoj ispravi.

Naš zakonodavac se, prateći uporednopravna rešenja, opredeljuje za sistem novčanih kazni, kao meru pritiska koja pogađa imovinu izvršnog dužnika, a koja se izriče ne samo poslodavcu, već i odgovornom licu.[22] Ovde dolazi do odstupanja od pravila da se izvršenje određuje samo prema onom licu koje je bilo stranka u parničnom postupku i koje je kao takvo označeno kao izvršni dužnik u izvršnoj ispravi.[23] Proširivanjem dejstva izvršne isprave, pored poslodavca, i na odgovorno lice, želela se pojačati efikasnost u izvršenju odluka ove vrste.[24]

Kod ove vrste izvršnog postupka, propisana je isključiva nadležnost suda.[25] Rešenje o novčanom kažnjavanju donosi sud po službenoj dužnosti, koji takođe i izvršava ovo rešenje radi naplate novčane kazne poslodavcu i odgovornom licu. Dakle, sud izriče novčanu kaznu izvršnom dužniku – poslaodavcu i odgovornom licu kod poslodavca, pri čemu mu ostavlja dodatni rok da svoju obavezu iz izvršne isprave dobrovoljno izvrši.[26] Obaveza suda je da pre donošenja rešenja, kojim izriče novčanu kaznu, vodi računa prilikom odmeravanju visine kazne o značaju radnje koju izvršni dužnik mora obaviti.

Ukoliko izvršni dužnik, poslodavac, u ostavljenom roku ne izvrši svoju obavezu, sud sprovodi izvršenje novčane kazne. Uz sprovođenje rešenja, sud izriče novu novčanu kaznu i to u povećanom iznosu. Sud će nastaviti sa izricanjem novčane kazne svaki put u povećanom iznosu u odnosu na prethodno izrečenu novčanu kaznu sve dok izvršni dužnik ne postupi po nalogu suda.[27] Proizilazi da je teoretski moguće novčanu kaznu izreći izvršnom dužniku u ovom slučaju neograničen broj puta.

Izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad ili radi njegovog raspoređivanja na određene poslove, realizuje se prema odredbama o izricanju novčane kazne

[22] Čl. 383. st. 1. ZIO.

[23] N. Šarkić, M. Nikolić: *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Službeni glasnik RS, Beograd, 2006, str. 72.

[24] U praksi su često upravo odgovorna lica, najčešće direktori, koristeći svoj uticaj, iz određenih razloga onemogućavala vraćanje zaposlenog na rad, i pored izrečene novčane kazne poslodavcu u izvršnom postupku, te je razumljiv ovakav stav i namera zakonodavca.

[25] Čl. 4. st. 1. ZIO.

[26] Shodno čl. 131. st. 4. ZIO, fizičkom i odgovornom licu se izriče novčana kazna u iznosu od 10.000 do 200.000 dinara, a pravnom licu od 100.000 do 2.000.000 dinara.

[27] U skladu sa čl. 363. st. 2. ZIO.

radi preduzimanja radnje koju može preduzeti samo izvršni dužnik.[28] Takav postupak se ponavlja sve dok izvršni dužnik ne preduzme radnju. Neplaćanje novčane kazne povlači sa sobom i dodatne kaznene mere.[29] Izricanje novčane kazne prestaje kada sud utvrdi da je zaposleni počeo da radi na poslovima koji su određeni u izvršnoj ispravi.

Dakle, u ovoj vrsti izvršnog postupka konkretno odlučuje i sprovodi izvršne radnje sudija izvršnog odeljenja. On donosi rešenje o izvršenju i sprovodi isto izricanjem novčanih kazni.

Poslodavac u svojstvu izvršnog dužnika, protiv rešenja o izvršenju, ima mogućnost izjavljivanja pravnog leka – žalbe višem sudu.[30]

Postupak izvršenja radi naplate novčane kazne od poslodavca koji nije postupio po odluci suda o vraćanju zaposlenog na rad, sprovodi se prema opštim pravilima za izvršenje radi ostvarenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca, pri čemu su najčešće predmet izvršenja, kada je sam poslodavac u pitanju, novčana sredstva na računu poslodavca, odnosno zarada, kada je reč o naplati novčane kazne odgovornom licu.[31] Izvršenje novčane kazne na računu poslodavca sprovodi se dostavljanjem rešenja organizaciji za prinudnu naplatu pri Narodnoj banci Srbije, koja će naložiti banci ili bankama kod kojih poslodavac ima otvorene račune, da iste blokiraju i da prenesu novčana sredstva na određen račun.[32] Postupak izvršenja na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima odgvornog lica, sprovodi se plenidbom i prenosom određenog dela primanja.[33] Prilikom donošenja

[28] Način sprovođenja izvršenja novčane kazne kod vraćanja radnika na rad, uređen je odredbom 383. ZIO koja upućuje na član 363. - radnje koje može izvršiti samo izvršni dužnik.

[29] Ukoliko sud nije mogao da sprovede izvršenje novčane kazne koja je utvrđena fizičkom licu, odnosno ukoliko je izvršni postupak naplate novčane kazne ostao bez uspeha, doneće rešenje kojim svakih 1.000 dinara novčane kazne zamenjuje jednim danom mere zatvora, a najviše do 60 dana - čl. 132. st. 4 ZIO.

[30] Praksa Višeg suda u Novom Sadu, kao drugostepenog suda u izvršnim postupcima vraćanja zaposlenog na rad, ukazuje da poslodavci u žalbama uglavnom pokušavaju da ospore određeni usko formalni i proceduralni propust zaposlenog prilikom podnošenja predloga za izvršenje (npr. da uz predlog za izvršenje nije podneta izvršna isprava) ili da jednostavno prolongiraju izvršenje (pozvan zaposleni ali se nije javio na rad, ne postoji trenutno mesto, u toku je postupak vraćanja bez konkretnog dokaza i sl.). Presude: Gž 3327/16, Gž 3338/16, Gž 3359/16.

[31] N. Šarkić, Z. Vavan, *Izvršenje odluka donetih u parnicama iz radnih odnosa prema odredbama novog zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Zbornik radova: "Najznačajnije novine u propisima o radu i po osnovu rada", Glosarijum, Beograd, 2016.

[32] Organizacija za prinudnu naplatu, postupajući po rešenju, prenosi novčana sredstva sa računa poslodavca na račun koji je određen u izvršnoj ispravi, u ovom slučaju na račun suda, obzirom da je reč o novčanoj kazni.

[33] U skladu sa čl. 259. ZIO.

rešenja o izvršenju na zaradi, sud je u obavezi da vodi računa da se naplata može sprovesti zaplenom i prenosom samo do visine ograničene zakonom i koja je potrebna da se namiri iznos novčane kazne.

Navedeni iznosi novčanih kazni, kao sankcija za nepostupanje poslodavca i odgovornog lica, uplaćuju se na poseban račun suda.

b) *Naknada štete.* – Problem vraćanja zaposlenog na rad ne iscrpljuje se samom faktičkom reintegracijom zaposlenog na rad.

S obzirom na temeljno načelo radnog prava, odnosno prava na rad, institut vraćanja na rad inkorporira i mnoga druga prava iz radnog odnosa koji su zaposlenom bila uskraćena za vreme nezakonitog udaljenja sa rada, te je propisana obaveza poslodavca da zaposlenom, za vreme faktičke udaljenosti sa rada, isplati i naknadu štete u visini izgubljene zarade, kao i usplatu doprinosa za socijalno osiguranje.[34] Predlog za naknadu ovih potraživanja može biti postavljen i naknadno, ali samo do okončanja izvršnog postupka, a rešenje koje sud donosi ima pravno dejstvo rešenja o izvršenju i izvršava se onim sredstvom koje je izvršni poverilac opredelio prilikom podnošenja predloga.[35]

Iznos naknade izgubljene zarade određuje se u visini iznosa koji bi zaposleni primio da je bio na radu, zajedno s porezima i doprinosima.[36] Ovaj iznos se može umanjiti za iznos prihoda koji je zaposleni, po prestanku radnog odnosa ostvario po osnovu rada (radni odnos ili neka druga forma rada koja ne mora biti praćena i zaključenim ugovorom).[37] Dakle, izvršni dužnik - poslodavac može zahtevati da rešenje o izvršenju sud stavi van snage, ako su se nakon donošenja rešenja izmenile okolnosti na osnovu kojih je ono doneseno, kao što je, na primer, činjenica da je izvršni poverilac u spornom periodu radio kod nekog drugog poslodavca.[38]

Ukoliko se utvrdi da je zaposlenom nezakonito prestao radni odnos, a zaposleni ne zahteva da se vrati na rad, sud će, kao što je već navedeno u prethodnom delu rada, na njegov zahtev obavezati poslodavca da mu isplati naknadu šte-

---

[34] Čl. 191. st. 2. ZOR.

[35] Na to upućuje i odredba čl. 384. st. 3. ZIO, koja propisuje mogućnost izvršnog poverioca, zaposlenog, da podnese predlog, bilo zajedno sa predlogom za vraćanje na rad, bilo posebnim predlogom ali u okviru istog postupka kojim traži da bude vraćen na rad, kojim zahteva od poslodavca da mu isplati naknadu zarade za vremenski period od pravosnažnosti presude do faktičkog vraćanja na rad.

[36] Čl. 384. st. 2. ZIO.

[37] U praksi se može javiti problem dokazivanja, da li je zaposleni ostvarivao prihode po osnovu rada, naročito u situaciji kada se rad obavljao na "crno".

[38] primena klauzule *rebus sic stantibus* – promenjene okolnosti.

te. U slučaju da se zaposlenom dosudi određeni iznos štete, on i pored toga ima pravo na naknadu izgubljene zarade, s obzirom da su to dva odvojena nezavisna zahteva koja se međusobno ne isključuju.[39]

Pored materijalne štete, zaposleni usled nezakonitog prestanka radnog odnosa može zahtevati i naknadu nematerijalne štete. Ukoliko je usled navedene nezakonite radnje poslodavca pretrpeo povredu prava ličnosti, časti i ugleda, zaposleni ima pravo da zahteva naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova. Pored ovog oblika neimovinske štete, on takođe može zahtevati naknadu štete usled pretrpljenog straha. Takođe, postoje i drugi vidovi neimovinske štete koju zaposleni može doživeti na radu i u vezi sa radom, a koji se tiču fizičkih i psihičkih bolova.[40]

Novčano potraživanje, koje je dosuđeno izvršnom odlukom suda zaposlenom po bilo kom osnovu, sprovodi se u zavisnosti od toga koje je sredstvo izvršenja on opredelio kao izvršni poverilac, s tim što je moguće predložiti izvršenje na celokupnoj imovini izvršnog dužnika, ne navodeći posebno sredstvo ili predmet izvršenja.[41] Ukoliko se opredelio da naznači sredstvo izvršenja, na raspolaganju mu stoje sva sredstva predviđena ZIO, a to su: prodaja pokretnih stvari, prodaja nepokretnosti, prenos novčanog potraživanja, prenos potraživanja za predaju pokretnih stvari ili nepokretnosti, unovčenje drugih imovinskih prava, prenos sredstava koja se vode na računu kod banke, prodaja akcija i prodaja udela u privrednim subjektima.[42]

U praksi su najčešći slučajevi prenosa sredstava koji se vode na računu izvršnog dužnika kod banke.[43] Predlog za izvršenje u ovakvim postupcima treba da sadrži, pored obaveznih ličnih podataka, matični broj kao i poreski identifikacioni broj izvršnog dužnika, te naziv banke i broj računa izvršnog dužnika, a kada je kao izvršni dužnik označena Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, izvršni poverilac je dužan da, pored računa budžeta izvršenja, naznači i korisnika budžetskih sredstava zbog čijeg rada je nastalo potraži-

[39] Ovakvo stanovište potvrđuje i praksa - presuda Apelacionog suda u Novom Sadu poslovni broj Gž1.2862/12 od 03. aprila 2013. godine, kojom je potvrđena prvostepena presuda i pravo tužioca na zahtev za naknadu izgubljene zarade i naknadu štete usled nezakonitog prestanka radnog odnosa.

[40] Više o naknadi neimovinske štete videti u: G. Obradović, S. Kovačević-Perić, *Novčana naknada nematrijalne štete zbog nezakonitog otkaza*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 67, 2014.

[41] Prema čl. 60. ZIO.

[42] Čl. 54. st. 3. ZIO.

[43] Ovo je najčešći vid izvršenja pod uslovom da poslodavac (privredno društvo ili neka ustanova) redovno - solventno posluje i ima sredstva na svom računu.

vanje.[44] Ukoliko navedene dodatne podatke iz bilo kog razloga izvršni poverilac ne može da pribavi, predlog za izvršenje može podneti i bez njih, a kasnije će ih tokom sprovođenja izvršenja javni izvršitelj pribaviti od organa za prinudnu naplatu NBS.

Izvršenje na sredstvima na računu izvršnog dužnika kod banke sprovodi se pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju. Mesno je nadležan sud na čijem se području nalazi sedište izvršnog dužnika.

Sva novčana sredstva na računu poslodavca mogu biti predmet izvršenja i u pogledu tih novčanih sredstava nema ograničenja, niti izuzimanja od izvršenja.[45] Ukoliko na računu poslodavca – izvršnog dužnika nema novčanih sredstava ili je njihov priliv nedovoljan da bi se namirilo potraživanje izvršnog poverioca, izvršenje je moguće sprovesti na pokretnim stvarima izvršnog dužnika.

U poslednje vreme kao sredstvo izvršenja, naročito u slučaju kada se kao izvršni poverioci pojavljuju veće grupe zaposlenih prema istom poslodavcu – izvršnom dužniku (koji najčešće ima problema u poslovanju), kao sredstvo izvršenja pojavljuje se i prodaja nepokretnosti. Svaka nepokretnost poslodavca može biti predmet izvršenja i tu nema ograničenja i izuzimanja, osim u slučaju kada su u pitanju objekti namenjeni odbrani i bezbednosti države. Izvršni poverilac ima pravo da u predlog za izvršenje radi ostvarivanja novčanog potraživanja predloži i više sredstava izvršenja, s tim što je tada poželjno da naznači redosled po kome će sud postupati.[46]

Sve navedene radnje koje se tiču postupka izvršenja odluka donetih u radnom sporu, a koje glase na novčano potraživanje po bilo kom osnovu (zarada, naknada zarade, naknada štete, regresi ili druga primanja iz radnog odnosa) sprovodi javni izvršitelj. Ovo je svakako razumljivo i jasno, s obzirom da se radi o naplati klasičnih novčanih potraživanja.[47]

---

[44] Čl. 300. st. 2. ZIO.

[45] Ova vrsta izvršenja danas izaziva dosta polemike i nezadovoljstva u javnosti, usled nelimitiranosti. Izvršenje na zaradi i drugim novčanim primanjima je zakonom ograničeno na 2/3 odnosno 1/2 primanja, dok na računima nije. Javni izvršitelji tako imaju mogućnost da ukoliko saznaju da izvršni dužnik poseduje sredstva na računu (tekućem, deviznom, štednom) izvršenje sprovedu na svim sredstvima kojima on raspolaže i bukvalno ga ostave bez ikakvih novčanih sredstava.

[46] Javni izvršitelj je pri tom dužan da vodi računa o srazmeri između visine obaveze izvršnog dužnika i sredstva i vrednosti predmeta izvršenja, poštujući načelo srazmere u skladu sa čl. 56. ZIO.

[47] Očigledna namera zakonodavca da delegiranjem gotovo čitave izvršne referade, javnim izvršiteljima, rastereti sud, čini se nije u potpunosti realizovana. Naime, kod pojedinih postupaka koji su ostali u isključivoj nadležnosti suda, obuhvaćeni nedovoljno konkretizovanim čl. 4 ZIO, ne postoji, čini se, konkretno objašnjenje zašto izvršenje ne bi mogao sprovoditi javni izvršitelj. Tu pre svega valja spomenuti alimentaciju, ali i druge oblike klasičnih novčanih potraživanja.

ZAKLJUČAK

Pojam vraćanja zaposlenog na rad podrazumeva njegovu faktičku reintegraciju na one poslove koje je ranije obavljao, pre nezakonitog prestanka radnog odnosa. Pored ove radnje, dakle samog čina ponovog uključivanja u proces rada, poslodavac ima obavezu naknade zarade za period u kojem zaposleni nije radio, te uplatu poreza i doprinosa, kao i upis radnog staža.

Reintegracija, odnosno vraćanje zaposlenog na rad usled nezakonitog prestanka radnog odnosa kompleksan je i osetljiv postupak. Zakon koji reguliše izvršnu materiju ga posebno izdvaja i uređuje, te utvrđuje isključivu nadležnost suda u donošenju i sprovođenju rešenja o izvršenju.

U slučajevima kada poslodavac odbija da sprovede postupak reintegracije zaposlenog, kao sankcija za nepostupanje po sudskoj odluci, izriče se novčana kazna poslodavcu i odgovornom licu, koja se ponavlja i uvećava dok se izvršenje rešenja ne sprovede. Ova vrsta sankcije zapravo predstavlja vid pritiska na poslodavca da ispuni svoju obavezu i omogući doslovno zaposlenom da obavlja radne zadatke, sa svim pravima, obavezama i odgovornostima koja mu pripadaju u radu i po osnovu rada.

Pitanje koje se nameće jeste u kakvoj će radnoj atmosferi po povratku na rad zaposleni obavljati svoje radne zadatke i kakav će pritisak trpeti od strane organa upravljanja i poslovođenja. Nisu retki slučajevi da u takvim situacijama ponovo dođe do sudskog spora, bilo po istom ili nekom drugom osnovu, te da redovan i ugovoreni rad jednostavno nije moguć, pogotovo u manjim kolektivima ili radnim jedinicama. S toga veoma često sam zaposleni ni ne želi da se vrati na rad kod poslodavca koji ga je nezakonito otpustio. Ukoliko se utvrdi nezakonit prestanak radnog odnosa, a zaposleni ne zahteva da se vrati na rad, sud će na njegov zahtev obavezati poslodavca da isplati naknadu određenog novčanog iznosa. Na taj način, zaposleni će steći pravo na određenu novčanu satisfakciju usled povrede garantovanog prava na rad, kao i mogućnost privremene egzistencije do pronalaska novog zaposlenja i primanja po osnovu rada.

ZORAN VAVAN
Assistant, Faculty of Law and Business
Studies dr Lazar Vrkatić Novi Sad

EXECUTION OF COURT DECISIONS ON EMPLOYEE REINTEGRATION

Summary

The issue of employee reintegration to the workplace has always been a point of special interest in the field of labor and labor law, especially in a contemporary transitional society such as Serbian. Reintegration, or return of an employee to work, is regulated by the Law on Enforcement and Security as a separate type of executive procedures. The Law prescribes that the court or a judge shall be exclusively competent to conduct enforcement procedure for the return of an employee to work. First, the court decision is issued to the employer. Secondly, if the employer fails to comply, the court imposes a fine, which can be extended and increased, if the employer should persist in not acting on the decision. In addition to the employer, a wage penalty is imposed on the responsible party within the organization. The process of reintegration to work shall also ensure that other legal rights that an employee may have been denied during their unlawful removal are re-asserted. The Law stipulates that the employer pays damages to the employee in the amount of lost earnings as well as the social security contributions for the duration of their absence from the workplace. This paper will discuss the specific details regarding the execution of court decisions in the case of unlawful termination of employment.

VUKAŠIN RISTIĆ

NEKA NOVA REŠENJA U ZAKONU O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU I NJIHOV DOMAŠAJ

– Kritički osvrt –

U V O D

Materija izvršenja i obezbeđenja više puta je uređivana posebnim saveznim i republičkim zakonima, iako se ista, posebno u ranijim periodima, smatrala sastavnim delom građansko procesnog prava i u okviru te grane prava proučavana na pravnim fakultetima.

Međutim, u zakonima o parničnom postupku, koji su na potpun način uređivali pravila postupka u toj oblasti, nije bilo posebnih odredaba koje bi regulisale pravila izvršnog postupka, odnosno postupka obezbeđenja. Sve do donošenja saveznog Zakona o izvršnom postupku, 1978. godine, ove postupke sprovodili su sudovi, shodnom primenom pravila parničnog postupka,propisanih odgovarajućim zakonom o parničnom postupku,koji je u to vreme bio u primeni.

Zakon o izvršnom postupku iz 1978. godine, kao i svi zakoni u ovoj oblasti, doneti nakon toga, pa i sada važeći republički Zakon o izvršenju i obezbeđenju, sadržavali su posebnu odredbu o shodnoj primeni zakona kojim se uređuje parnični postupak, "u izvršnom postupku i postupku obezbeđenja shodno se primenjuje zakon kojim se uređuje parnični postupak", kako glasi član 39. važećeg zakona.

Vukašin Ristić, advokat u Beogradu.

Proizlazi da su svi ti zakoni, po logici stvari, jer se ipak radi o procesnim zakonima, sadržavali određena, specifična pravila izvršenja i obezbeđenja, ali da su se, u njihovom nedostatku "shodno" primenjivala pravila parničnog postupka.

Moglo bi se zaključiti da su sudovi u primeni navedene odredbe imali u vidu činjenicu o jednom od osnovnih načela u ovim postupcima, načelu formalnog legaliteta, - da prilikom odlučivanja o predlogu za izvršenje,nisu ovlašćeni da ispituju zakonitost i pravilnost izvršne isprave, jer su "vezani izvršnom i verodostojnom ispravom", koje se načelo ne primenjuje u parničnom postupku. Po važećem zakonu ovo načelo se odnosi i na javne izvršitelje, koji su, jednako kao i sudovi, nadležni da u određenim slučajevima odlučuju i o predlozima za izvršenje, a ne samo da sprovode izvršenje, po već donetim rešenjima o izvršenju od strane nadležnih sudova. Važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju, sa početkom primene od 1. jula 2016. godine, uveo je, pored suda, kao klasičnog državnog organa i drugi,privatni organ sa javnim ovlašćenjima – javni izvršitelj-koji više nije "paralelan" organ sudu u ovoj oblasti, već organ sa posebnom, izdvojenom nadležnošću u odnosu na sudove i posebnim ovlašćenjima i dužnostima.

Sve do donošenja Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine, sudovi su bili isključivo nadležni za postupanje u ovoj oblasti, kako za odlučivanje o predlozima za izvršenje po osnovu izvršnih i verodostojnih isprava i predlozima za obezbeđenje, tako isto i za njihovo sprovođenje.

Zaključujemo ovaj uvodni deo referata time što ističemo da je, bez preterivanja, važeći zakon u odnosu na sve ranije zakone u ovoj oblasti, /propisao najveći broj novih rešenja i određena pitanja uredio na drugačiji način. Ta nova rešenja, rekli bismo, jednako se odnose kako na opšt deo zakona, - osnovne odredbe i opšta pravila izvršnog postupka, tako i na poseban, drugi deo, koji se odnosi na sprovođenje izvršenja, na svim sredstvima izvršenja, radi namirenja novčanog potraživanja i radi ostvarenja nenovčanog potraživanja /ranije: nenovčanog zahteva/. U izvesnom smislu, novo i različito rešenje u ovom zakonu, u odnosu na ranije zakone, je i činjenica da isti sadrži potpuni tekst o javnim izvršiteljima, a ne samo ono što se neposredno odnosi na njihovo postupanje, preduzimanje određenih radnji i donošenje odluka.

U referatu ćemo, ukratko i na sumaran način, izneti suštinu, sadržinu i domašaj nekih novih rešenja i naše viđenje o potrebi za njihovim izmenama u budućem periodu, a sve radi potpunijeg i delotvornijeg ostvarenja osnovnih načela i ciljeva, koje je zakonodavac postavio.

Odredbe zakona koje se odnose na javne izvršitelje

Osim, donekle, osnovnih odredaba o položaju javnih izvršitelja i njihovim ovlašćenjima i dužnostima, i to samo u odnosu na njihovu nadležnost i obavlja-

nje poslova u vezi sa uređivanjem i sprovođenjem postupka izvršenja i postupka obezbeđenja, ostale odredbe ovog dela zakona su suvišne i nepotrebne.One samo više usložavaju sprovođenje ovih postupaka, čime, u suštini ne idu na ruku ni osnovnim načelima koje je zakon postavio.

Pitanja kao što su, na primer, uslovi za imenovanje zamenika i pomoćnika javnih izvršitelja i njihova odgovornost,Komore javnih izvršitelja, nadzor nad njihovim radom, disciplinska odgovornost, izbor i prestanak njihove funkcije i dr. u pravom smislu te reči, ni na koji način ne doprinose ostvarivanju postavljenih ciljeva zakonodavca da se u ovoj oblasti u dogledno vreme postignu željeni rezultati.

Sudovi, a sada već i javni izvršitelji zapali su u veliku neažurnost sa malim izgledima da se iste u dogledno vreme oslobode. U budućim izmenama ovog zakona, za koje postoje i drugi razlozi da će se uskoro dogoditi, treba odvojenim pravnim aktom- određenim materijalnim zakonom sva ova pitanja koja se ne odnose na samo postupanje i nadležnost javnih izvršitelja, samostalno i posebno urediti. To su materijalni zakoni čije se postojanje pretpostavlja da bi se određenom državnom organu,odnosno organu sa javnim ovlašćenjima, podarila ovlašćenja da u posebnim, zakonom uređenim postupcima, vrše vlast u ime države.

S tim u vezi, ni jedan procesni zakon u krivičnoj, građanskoj i upravnoj materiji, na primer, ne sadrži bilo kakve odredbe o personalnim i statusnim pitanjima lica koja te postupke vode i po njima donose konkretne odluke.

Izostavljanje suvišnih odredaba o javnim izvršiteljima iz pvpg zakona, nesumnjivo će dovesti i do njegove efikasnije primene, kako od strane sudova, tako i od strane samih javnih izvršitelja.zostavljanje navedenih suvišnih odredaba o javnim izvršiteljima iz ovog zakona nesumnjivo će dovesti i do njegove efikasnije primene, kako od strane sudova, tako i od strane samih javnih izvršitelja.

Redosled određenih poglavlja u zakonu

Iako činjenica o hronološkom ugrađivanju pojedinih delova zakona, kao posebnih celina, nije od posebnog značaja za temu ovog referata, ipak je u važećem zakonu zapažen neadekatan redosled određenih delova, koji odudara od hronoloških događanja i obavljanja određenih izvršnih radnji u tim delovima.

Tako je, na primer, u drugom delu zakona- Opšta pravila izvršog postupka- hronološki redosled pojedinih oblasti, po glavama, sledeći: glava peta - *Protivizvršenje,* glava šesta - *Odlaganje izvršenja,* glava sedma - O*končanje izvršnog postupka,* glava osma - *Novčana kazna* i glava deveta - *Sprovođenje izvršenja.*

U prethodnom zakonu iz 2011. godine, ovaj redosled navedenih poglavlja je drugačiji i, rekli bismo, adekvatniji samom odvijanju i toku ovih postupaka, koji

nastaju nakon okončanja prve faze postupka- donošenja rešenja o izvršenju, odnosno rešenja o obezbeđenju.

U delu drugom tog zakona,koji nosi naziv Zajedničke odredbe o izvršenju, ovaj redosled je sledeći: opšte odredbe o postupku izvršenja, novčana kazna, sudski penali i postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika, sprovođenje izvršenja, okončanje izvršenja i protivizvršenje. Po tom zakonu nije bila propisana mogućnost odlaganja izvršenja. Sva ova pravna sredstva i pravni standardi upotrebljavaju se *posle* donošenja rešenja o izvršenju i rešenja o obezbeđenju, upravo onim hronološkim redosledom koji ovim referatom predlažemo. Ne bi trebalo, na primer, uređivati pravno sredstvo protivizvršenje, pa i u zakon stavljati, pre normiranja okončanja izvršnog postupka, jer "izvršni dužnik može, kada je izvršenje *već okončano,* podneti sudu predlog za protivizvršenje", kako kaže važeći zakon u članu 113. stav 1.

Protivizvršenje može nastati pošto se izvršenje opkonča, pa zašto o njemu raspravljati na *početku* a o *sprovođenju izvršenja,* na kraju. Zato predlažemo da redosled ovih pravnih instituta u budućem zakonu bude: sprovođenje izvršenja, odlaganje izvršenja, novčana kazna, okončanje izvršenja i na kraju protivizvršenje.

Stvarna nadležnost sudova i javnih izvršitelja

Za razliku od prethodnog Zakona o izvršenju i obezbeđenju, iz 2011. godine, ovaj zakon je, po prvi put, propisao isključivu i posebnu stvarnu nadležnost i sudova i javnih izvršitelja u postupanju i donošenju odluka, tako da u praksi ne bi trebalo da se pojavljuju dileme i sporna pitanja o tzv. mešanju te nadležnosti između ovih organa.

Međutim, odredbe o njihovoj nadležnosti nisu na adekvatan i jasan način u zakon ugrađene, posebno ne na istom mestu po sistematici, kao što su, na primer, uređeni nadležnost i sastav suda u Zakonu o parničnom postupku .

Kada je u pitanju tzv. apsolutna stvarna nadležnost sudova i javnih izvršitelja da po ovom zakonu postupaju i odlučuju, svako u svom domenu,zakon ne daje odmah jasne odgovore, iako se iz teksta pojedinih članova ta činjenica može utvrditi. Tako, u članu 3. važećeg zakona,koji nosi naslov "Pokretanje i vođenje izvršnog postupka i postupka obezbeđenja", tek u stavu 2. tog člana može se zaključiti da je sud, a ne javni izvršitelj ili neki drugi državni ili drugi organ, *apsolutno* stvarno nadležan da odlučuje o "predlogu za izvršenje na osnovu izvršne ili verodostojne isprave i predlogu za obezbeđenje". To znači da bi se predlog za izvršenje,ukoliko bi bio podnet nekom drugom državnom organu ili javnom iz-

vršitelju u slučajevima u kojima on nije nadležan, odbacio, kao nedozvoljen, jer je podnet organu koji nije, za postupanje po njemu, apsolutno stvarno nenadležan.

Smatramo zbog toga da ovoj odredbi o apsolutnoj stvarnoj nadležnosti u ovom članu nije bilo mesta, već pre da je bila smeštena na odgovarajući način u poseban član,pošto joj nije bilo mesta ni u članu 4. zakona, čiji je naslov "Nadležnost za *sprovođenje* izvršenja.".

Proizlazi da je zakonodavac odredbu o apsolutnoj stvarnoj nadležnosti suda ugradio u član 3. koji se odnosi na načine pokretanja ovih postupaka.

Izraz "vođenje" ovih postupaka u ovom članu je neuobičajen i nedovoljno razumljiv, ali treba shvatiti da se isti odnosi na stav 4. ovog člana, da se posle donošenja rešenja o izvršenju i rešenja o obezbeđenju, postupak nastavlja,po pravilu, sprovođenjem izvršenja, kao druge faze u tom postupku. Takođe, odredbe zakona iz člana 6. o stvarnoj nadležnosti sudova za odlučivanje o ovom predlogu trebalo je da se nađu po sistematici odmah iza odredbe iz člana 3. o apsolutnoj stvarnoj nadležnosti.

U svakom slučaju,odredba iz člana 4. stav 1. o *isključivoj* stvarnoj nadležnosti već određenog suda /osnovnog ili privrednog/ za *sprovođenje* izvršenja /prema naslovu člana/ nije, na prvi pogled, dovoljno jasna, jer joj nedostaje reč "sprovođenje" iza reči "za", pošto reč "izvršenje" u tom stavu ne mora da se,bez bližeg određenja, odnosi i na sprovođenje izvršenja, odnosno, isključivo na sprovođenje izvršenja.

Ukoliko se tom odredbom htelo reći da se ista odnosi *i na odlučivanje o predlogu za izvršenje i na sprovođenje izvršenja,* onda je to bilo suvišno,jer je članom 3. već određeno da je sud uvek nadležan da odlučuje o predlogu za izvršenje, osim u slučaju iz stava 3. tog člana. Proizlazi, dakle, da sadržina odredbe iz člana 4. stav 1. ne odgovara naslovu jer joj nedostaje reč "sprovođenje", kao što je već rečeno. Sem toga, članom 9. zakona propisana je mesna nadležnost suda za donošenje rešenja u toku sprovođenja izvršenja, kada isto sprovodi javni izvršitelj.

Međutim, ovim članom zakonodavac, u stvari, propisuje i *stvarnu nadležnost suda* za navedene slučajeve, jer sva ostala rešenja u slučajevima kada izvršenje sprovodi javnim izvršitelj donosi on sam (član 4. stav 2.) osim ovih iz člana 9.stav 1. pa je to izuzetak od tog pravila. Proizlazi da je članom 9. stav 1. propisana ne samo posebna mesna nadležnost određenog suda(koji je doneo rešenje o izvršenju), već je određena i njegova stvarna nadležnost, kako je inače članom 4.stav 1. propisano.

U odnosu na stvarnu nadležnost javnih izvršitelja stanje je slično onome koje se odnosi na stvarnu nadležnost sudova u ovoj oblasti. Zakonodavac se nije potrudio da, paralelno sa uređivanjem nadležnosti sudova, na istom mestu propiše i ovu nadležnost javnih izvršitelja.

Odredbe zakona o tome su nesihronizovane i rasejane gotovo po celom zakona,,u njegovim osnovnim odredbama, u delu o opštim pravilima izvršnog postupka, kod namirenja novčanih potraživanja nastalih iz komunalnih i srodnih delatnosti, kao i u posebnom, sedmom delu, o položaju, pravima i ovlašćenjima javnih izvršitelja i dr.

Ovim zakonom, kao što je već rečeno, zakonodavac je ipak, propisao posebne i isključive nadležnosti sudova i javnih izvršitelja za postupanje, preduzimanje određenih izvršnih radnji i donošenje odgovarajućih odluka u oblasti izvršenja i obezbeđenja. Smatra se da su u potpunosti otklonjene dileme u vezi sa ukupnom nadležnošću ovih organa, koje su se ispoljavale po ranijem zakonu /iz 2011. godine/.

U članu 4. stav 2. zakona propisana je *isključiva stvarna nadležnost* javnih izvršitelja za sprovođenje izvršenja kod svih sredstava izvršenja,osim onih koja su navedena u stavu prvom tog člana, za koja su sudovi isključivo nadležni,kako za određivanje, tako i za sprovođenje izvršenja.

Takođe, istom odredbom određena je isključiva stvarna nadležnost javnih izvršitelja za sprovođenje izvršenja rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, rešenja o usvajanju predloga za protivizvršenje i rešenja o izvršenju rešenja o izrečenim sudskim penalima.

Podsetimo, izvršni postupak se, po pravilu, sastoji iz dve faze postupka: iz određivanja izvršenja /dozvole izvršenja/ i faze sprovođenja izvršenja. Pravilo je da su sudovi stvarno nadležni za odlučuju o predlogu za izvršenje i o predlogu za obezbeđenje na osnovu izvršne i verodostojne isprave, izuzev što o ovim predlozima, na osnovu verodostojne isprave radi namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih usluga i srodnih delatnosti, isključivo odlučuje javni izvršitelj (član 3).

Javni izvršitelj je stvarno nadležan da donosi sve zaključke i rešenja /po prvi put u ovom zakonu/, u toku sprovođenja izvršenja,koje on sprovodi, osim onih rešenja koja se odnose na : izricanje novčane kazne, zamenu novčane kazne u kaznu zatvora, kao i ona koja se odnose na rešenja o zahtevu za izuzeće javnog izvršitelja i koja se donose povodom izjavljenih prigovora, izuzev onih koji se donose povodom prigovora trećeg lica. Ta rešenja, kao što je, već navedeno, donosi mesno nadležan sud (član 9).

O žalbi na rešenja javnog izvršitelja,koja donosi u toku sprovođenja izvršenja, uvek odlučuje drugostepeni sud koji je mesno nadležan da odlučuje o žalbi protiv rešenja o izvršenju tog suda (član 82. stav 2.).

Kao što je navedeno, sud je isključivo stvarno nadležan za odlučivanje, ne samo o predlozima za izvršenje, već i o predlozima za obezbeđenje u odnosu na sva sredstva obezbeđenja: sticanje založnog prava na nepokretnosti i pokretnoj

stvari po sporazumu stranaka, sticanje založnog prava na nepokretnosti i pokretnoj stvari, kao i prethodne i privremene mere (član 414. zakona).

U odnosu na *sprovođenje pojedinih sredstava obezbeđenja* sud ostaje i dalje isključivo stvarno nadležan, ali samo kod onih sredstava i predmeta izvršenja za koje je isključivo nadležan i za određivanje njihovog izvršenja, iz člana 4. stav 1. važećeg zakona. Za sva ostala sredstva i predmete izvršenja, za njihovo sprovođenje izvršenja, "za izvršenje ostalih izvršnih isprava", kako glasi odredba iz člana 4. stav 2. nadležni su javni izvršitelji.

Zakonodavac je, umesto da nadležnost javnih izvršitelja normira i uredi na odgovarajućem mestu u osnovnim odredbama zakona, jedan deo te nadležnosti, u stvari, propisao u posebnom, sedmom delu, u članu 493.(i dr), u vidu "ovlašćenja i dužnosti javnih izvršitelja". U tom članu nabrojana su najvažnija ovlašćenja izvršitelja,kako glasi naslov člana, u njegovoj delatnosti, sa napomenom "pre svega". Tako je javni izvršitelj nadležan da: donosi rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave radi namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih usluga i srodnih delatnosti, da zaključkom određuje sredstvo i predmet izvršenja, da ga menja ili dodaje, da donosi rešenja i zaključke, preduzima radnje kojima se neposredno sprovodi izvršenje ili obezbeđenje, da dostavlja akte suda i javnog izvršitelja i pismena stranaka i drugih učesnika u postupku ako javni izvršitelj sprovodi izvršenje, pribavlja podatke o izvršnom dužniku(član 30).

Iz izloženog, u vezi nadležnosti i delatnosti javnih izvršitelja, koje im je važeći zakon poverio, nesumnjivo proizlazi da navedena i druga pitanja, u budućem zakonu treba preciznije i jasnije urediti, da bi i praktična primena zakona bila efikasnija i delotvornija, u skladu sa njegovim osnovnim načelima.

Prekršajna odgovornost sudija

Članom 16. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, u Osnovnim odredbama zakona, propisano je, po prvi put, da nepostupanje sudija u rokovima za donošenje odluka koji su određeni tim zakonom predstavlja disciplinski prekršaj sudije.

Po ranijim zakonima o sudovima i drugim zakonima iz oblasti pravosuđa nije bila propisana odgovornost sudija, kao nosilaca stalnih funkcija, za učinjene "prekršaje" u vezi sa obavljanjem sudijske funkcije.

Međutim, takođe po prvi put, u Ustavu Republike Srbije iz 2006. godine, članom 148. propisao je da sudiji prestaje sudijska funkcija: na njegov zahtev, nastupanjem zakonom propisanih uslova ili razrešenjem.,. kao i ako ne bude izabran na stalnu funkciju. Misli se na odredbu iz člana 147. Ustava da mandat sudije koji je prvi put izabran na sudijsku funkciju traje tri godine, jer je sudijska

funkcija inače stalna. Ustav je, dakle, omogućio da se i zakonom /pored ustava/ može propisati još neki razlog za prestanak ove funkcije.

Zakonom o sudijama Republike Srbije, "Sl.glasnik RS",br. 116/2008, sa brojnim izmenama i dopunama, u članu 57.stav 1. izričito su propisani razlozi za prestanak sudijske funkcije i to: kad sudija navrši radni vek, kad trajno izgubi radnu sposobnost za obavljanje sudijske funkcije, kad ne bude izabran na stalnu funkciju ili kad bude razrešen zbog učinjenog teškog disciplinskog prekršaja.

Nijedan drugi zakon osim ovog ne može da propiše neki poseban razlog za prestanak ove funkcije.

U članu 90. tog zakona navedeni su isključivi razlozi i sadržina i vrste disciplinskih prekršaja zbog kojih sudije podležu toj odgovornosti. U stavu 2. tog člana data je sadržina tzv. teškog disciplinskog prekršaja i koji uslovi treba da budu ispunjeni da bi se moglo tvrditi da je takav prekršaj učinjen.

U izričito nabrojanim vrstama disciplinskog prekršaja sudije, propisanim u tom članu, ne postoji vrsta prekršaja - "nepostupanje sudija u rokovima za donošenje odluka", kako je opisana sadržana tog prekršaja u članu 16. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, čiji je naslov "disciplinska povreda".

Iz prednjeg proizlazi da zakonodavac u važećem Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, nije mogao da propiše novu vrstu disciplinskog prekršaja sudije, na stalnim sudijskim funkcijama, koju je nazvao disciplinska povreda. To ovlašćenje imao je isključivo, samo Zakon o sudijama, sve dok je u važnosti navedena,po našem mišljenju, neustavna i nezakonita, odredba iz člana 62. stav 2. tog zakona, da sudija može biti razrešen od vršenja ove funkcije i zbog učinjenog teškog prekršaja. Iz tih razloga,kao i nesumnjive činjenice da se "disciplinskim prekršajem /sudija/ ne može smatrati "nesavesno vršenje sudijske funkcije ili ponašanje sudije nedostojno sudijske funkcije,...", kako je to propisano članom 89. Zakona o sudijama. Ovo, iz prostog razloga što se pod pojmom "prekršaj" podrazumevaju "povrede *javnog poretka*" /podvukao V.R./, utvrđene zakonom ili drugim propisima za koje su propisane prekršajne kazne i zaštitne mere"- kako kaže član 7. Zakona o prekršajima, "Sl. glasnik RS", br. 21/90, sa brojnim izmenama i dopunama (poslednja u broju 116/2008).

Smatramo da ovaj član budućim izmenama zakona treba izostaviti jer sudije ne podležu disciplinskoj odgovornosti za "prekršaje" učinjene u vezi sa obavljanjem svoje funkcije, zbog neispunjenja ili nedovoljnog ispunjenja svojih radnih i profesionalnih obaveza, po samom pojmu ovog pravnog instituta..

Nažalost, u navedenom Zakonu o sudijama u članu 90. propisano je da sudija čini disciplinski prekršaj i ako "neopravdano kasni u izradi odluka", "neopravdano ne zakazuje ročišta ili pretrese", "učestalo kasni na zakazana ročišta ili pretrese" i sl.

Takvim "prekršajima" pri zdravom razumu i u vezi sa ostalim ustavnim i zakonskim propisima o položaju sudija i njihovoj samostalnosti, nezavisnosti i odgovornosti, sudija ne može da *vređa i povređuje javni poredak!*

Odvojeno je pitanje odgovornosti sudija za povrede radne dužnosti,kao zaposleno lice u stalnom radnom odnosu i na stalnoj funkciji,na koje se primenjuju propisi iz radnog odnosa. U svakom slučaju ovde se ne radi o prekršajima, već eventualno o povredama radne dužnosti, koje zakon netačno identifikuje kao disciplinska povreda.

Zabrana ukidanja prvostepenih rešenja

Posebna,značajna novina, u važećem zakonu odnosi se na odredbu iz člana 26. kojom je *zabranjeno* sudu, nadležnom za odlučivanje o prigovoru i žalbi, da ukine prvostepeno rešenje i da predmet uputi na ponovno rešavanje

S obzirom da ni u jednom od prethodnih zakona iz ove oblasti, saveznog i republičkog karaktera, ovakva odredba nije postojala, te da se, u izvesnom smislu na ovaj način uskraćuje pravo strankama na ponovno odlučivanje pred prvostepenim organom, to smo mišljenja da je ova odredba preuranjena i da nije u skladu sa ostalim procesnim zakonima, po kojima se odlučuje o subjektivnim pravima i obavezama zainteresovanih lica. Osim toga, smatramo, da je odredba nepotpuna, jer obavezuje sudove /drugostepene i zborna veća prvostepenih sudova/ da po njoj postupaju u svim slučajevima bez izuzetka, što će u praktičnoj primeni stvarati određene teškoće i voditi, u suštini, odugovlačenju određenih postupaka, što nije bio cilj zakonodavca.

Naime, pošto se radi zaista o izuzetno novom rešenju u postupanju i odlučivanju po pravnim lekovima,koje odudara od sličnih rešenja u drugim procesnim zakonima,bilo je oportuno da se u posebnim slučajevima dozvoli izuzetak od ovog pravila i omogući prvostepenim organima /sudovima i javnim izvršiteljima/ da još jednom, odlučuju o istim pravima stranaka..

Ovo i iz razloga, što sudovi u drugom stepenu neće biti u mogućnosti da u svim ovakvim slučajevima meritorno odlučuju o "predmetu spora", u odsustvu stranaka ili održavanjem ročišta, radi potpunijeg utvrđivanja činjeničnog stanja, da bi se donela pravilna i zakonita odluka, koja je konačna i pravnosnažna. Čini se /izraz koji važeći zakon često koristi/ da bi se *preostali- dopunski deo* tih postupaka pred prvostepenim organom, mogao brže i efikasnije sprovesti,uz veliku verovatnoću, i konačno rešiti.

U Zakonu o parničnom postupku, u članu 387. stav 3. propisano je da drugostepeni sud ne može da ukine presudu i uputi predmet prvostepenom sudu na ponovno suđenje, ako je prvostepena presuda *već jedanput bila ukinuta.*

Međutim,isti zakon sadrži brojne odredbe o sprovođenju takvog ožalbenog postupka, ukoliko po istom predmetu drugostepeni sud treba ponovo da odlučuje. U tom postupku, kao što je poznato, primarna su osnovna načela usmenosti i kontradiktornosti, pa je i održavanje glavne rasprave i izvođenje novih dokaza pred tim sudom dozvoljeno i moguće.

U postupku izvršenja i obezbeđenja stidljivo je spomenuto i načelo usmenosti, jer je pravilo da sudovi i javni izvršitelji postupaju /i odluke donose/ "na osnovu podnesaka i drugih pismena", uz izričito određenje u kojim slučajevima se pred tim organima može i ročište održati. Stoga je i pitanje, da li su sudovi iz člana 26. ovog zakona uopšte ovlašćeni da o spornoj stvari održavaju usmene rasprave-ročišta, da bi ovu odredbu do kraja i u potpunosti ispoštovali.

Postoji, dakle, u primeni ovog člana mala bojazan da će sudovi u primeni ovog člana,biti više naklonjeni da stvar meritorno reše u sednici veća,bez održavanja usmenog ročišta, i u slučajevima kada za to ne budu do kraja i u potpunosti, ispunjeni svi potrebni uslovi da odluka bude pravilna i zakonita,a koja je, uz to, i pravnosnažna. U takvim slučajevima drugostepeni sudovi i zborna veća prvostepenih sudova su ovlašćeni, shodnom primenom pravila parničnog postupka /član 39/ da pribavljaju određene podatke i dokaze od prvostepenih organa,jer neće raspolagati svim potrebnim dokazima i činjenicama, da bi u vezi podnetih prigovora i žalbi, mogli da donesu meritornu odluku.

Sa ovih iznetih razloga mišljenja smo da ovu odredbu treba u navedenom pravcu dopuniti, osim ukoliko kao takva u budućoj primeni važećeg zakona opstane,u šta smo skloni da izrazimo izvesnu rezervu.

Odredbe važećeg zakona o pravnim lekovima

Zakonodavac je u važeći zakon uneo najveći broj novih rešenja, koja u ranijim zakonima nisu postojala, u odnosu na odredbe o žalbi i prigovoru,kao jedinim redovnim pravnim lekovima u postupku izvršenja i postupku obezbeđenja.

Osim što je u odnosu na raniji Zakon o izvršenju i obezbeđenju /iz 2011. godine/ ponovo uveo žalbu kao pravni lek, a prigovor iz ranijeg zakona zadržao, zakonodavac je nastojao da, metodom pozitivne enumeracije propiše mogućnost i dopuštenost njihove upotrebe u određenom zakonskom roku.. Kada se radi o donošenju rešenja prvostepenih organa /sudova i javnih izvršitelja/, a nije nazna-

čeno da li je i koji pravni lek dozvoljen, treba uzeti da je žalba dozvoljena /član 24. stav 2/.

Odredbe o pravnim lekovima smeštene su u dva različita dela zakona: opšte odredbe u članovima 24, 25. i 26. zakona, u prvom delu /Osnovne odredbe/, a ostale, posebne odredbe, u glavi četvrtoj, pod nazivom "žalba", u drugom delu zakona /Opšta pravila izvršnog postupka/, za oba pravna leka /član 73-107/.

Uređenje svih pitanja koja se odnose na pravila o mogućnosti podnošenja ovih pravnih lekova, postupku prvostepenih i drugostepenih organa u vezi sa njihovim podnošenjem, kao i donošenje odluka, normirano sa 36. članova. Ne uzimajući u obzir odredbe koje se odnose na prigovor trećeg lica /član 108-112/, koji ne ulazi u krug pravnih lekova, već da se radi o posebnom pravnom sredstvu lica koje na "predmetu izvršenja ima neko pravo koje sprečava izvršenje" i za čije se podnošenje ne primenjuju opšti rokovi za podnošenje.

Bez namere da ovom prilikom podrobnije analiziramo suštinu i domašaj ovih pravnih lekova, o tome je autor ranije pisao /ističemo da se pretežni deo ovih odredaba pokazuje kao suvišan, nedovoljno pri praktičnoj primeni, jasan i razumljiv, što stvara utisak nedovoljne preglednosti i pretrpanosti. Pri tom, neke odredbe se više puta u skoro istovetnim tekstovima ponavljaju, tako da je potreban poseban napor da se shvati "šta je pisac hteo da kaže", što sve, na početku primene važećeg zakona, sam zakon čini nedovoljno prilagodljivim za efikasnu primenu.

Naša zapažanja o ovom pitanju, koja smo napred izneli, makar bila i polemična, oslanjaju se na *nespornu činjenicu,* da je upotreba i korišćenje pravnih lekova u ovim postupcima, u svim ranije donetim zakonima iz ove oblasti, zauzimala primarno mesto, jer je njihovo normiranje bilo od veoma velikog značaja,pre svega za efikasno i delotvorno postupanje nadležnih organa u ovoj oblasti,kao i okončanje tih postupaka u što kraćim i razumnim rokovima.

Kod uređivanja ovih pitanja postoji dilema da li je zakonodavac imao mogućnost da, propisujući opšti rok za podnošenje prigovora i žalbe od osam dana, u određenim slučajevima i situacijama, odredi druge, različite rokove,za podnošenje ovih pravnih lekova. Ovo, s obzirom na nespornu činjenicu da u zakonu, osim opšteg roka od osam dana, ni jednom odredbom tu mogućnost nije propisao, pa se u primeni zakona drugačiji rokovi ne bi mogli za konkretne slučajeve ni propisivati. Opšti rok od osam dana propisan članom 25. važećeg zakona, jedino se,kao zakonski i prekluzivni, može koristiti.

Misli se na rešenja prvostepenog organa /suda i javnog izvršitelja/, jer se ovi pravni lekovi ne mogu podnositi protiv rešenja drugostepenog organa /suda/, a protiv rešenja prvostepenog suda u zbornom veću, samo u određenim slučajevima.

Međutim, ovaj zakon u nekim slučajevima propisuje i kraće rokove za izjavljivanje žalbe protiv rešenja prvostepenog suda, ne i rešenja javnog izvršitelja, iako za to nema osnova u zakonu.

Naime, u članu 25. stav 1. i 2. važećeg zakona propisan je opšti rok za izjavljivanje žalbe na rešenja prvostepenih organa od osam od dana prijema rešenja. Tim članom, niti nekim drugim ovaj zakon nije za određene slučajeve propisao drugi rok, pa smatramo da propisivanje nekog drugog roka nije u skladu sa ovim zakonom, te su takve odredbe zakona nesaglasne sa navedenim odredbama iz člana 25. te ih ne treba primenjivati.

Takođe je i u članu 76. stav 2. važećeg zakona propisano da izvršni dužnik ima pravo na žalbu u *roku od tri dana* od dana prijema rešenja prvostepenog suda o odbacivanju žalbe koja nije blagovremena. To isto i u članu 92. stav 2. istog zakona, po kome izvršni dužnik može da izjavi žalbu u istom roku od tri dana od dana prijema rešenja, koje je donelo zborno veće prvostepenog suda o odbacivanju prigovora, koji nije blagovremen, potpun ili dozvoljen.

Potsećamo da je članom 367.stav 1. Zakona o parničnom postupku, određen opšti rok za izjavljivanje žalbe na presudu prvostepenog suda od 15 dana od dana dostavljanja prepisa presude, *ako u tom zakonu nije drugačije propisano.* U meničnim i čekovnim sporovima rok za žalbu je osam dana od dana dostavljanja prepisa presude. Isti rokovi za žalbu primenjuju se i protiv rešenja prvostepenog suda u tom postupku /član 402. ZPP/.

U Zakonu o vanparničnom postupku, članom 19. propisan je rok od 15 dana od dana dostavljanja prepisa rešenja, ako tim ili drugim zakonom nije drukčije određeno. I drugim procesnim zakonima različiti rokovi za izjavljivalje pravnih lekova moraju biti određeni tim ili drugim zakonom . Tako je, na primer, po članu 220. Zakona o opštem upravnom postupku predviđen rok za žalbu od 15 dana od dana dostavljanja rešenja, ako zakonom / bilo kojim/ nije drukčije određeno. Prema tome, ukoliko je zakonom za izjavljivanje pravnih lekova propisan opšti rok, bez propisivanja,istim ili drugim zakonom, posebnih rokova za određene slučajeve, tada se, za postupanje u određenim slučajevima, drugačiji rokovi ne mogu određivati .

Proizlazi, da su navedene odredbe o kraćim rokovima za izjavljivanje žalbe protiv rešenja suda, iz člana 76.stav 2. i 92.stav 2. važećeg zakona, nezakonite, te ih ne treba primenjivati., dopk se u postpku pre ustavnim sudonm ne potvrdi /ili ospori/ njihova zakonitost.

Ostale odredbe važećeg zakona, posebno one koje se odnose na postupak po prigovoru i žalbi protiv rešenja o predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave /član 85-107/, su, po našem mišljenju, pretrpane detaljima o uopštenim razlozima za njihovo podnošenje, te ostavljaju utisak nedovoljne jasnoće za

praktičnu primenu. .Zakonodavac se, po našem mišljenju,brojnim odredbama, koje imaju karakter administrativnog postupanja u sprovođenju ovih postupaka, nepotrebno upušta u nabrajanje radnji i obaveza njihovih učesnika-, posebno prvostepenog i drugostepenog suda, što sve može da ima i negativne posledice u odnosu na ukupno trajanje ovih žalbenih postupaka.

Postoji rizik, naime, da ovaj i ovakav način uređivanja ovih pitanja postane kontraproduktivno jer je opšti utisak da su se ista mogla i morala urediti na jednostavniji način, kako je to uređivano ranijim zakonima iz ove oblasti. Pri tom, u dosadašnjoj praksi u primeni ovih zakona, nisu uočeni značajniji propusti u načinu uređivanj ovih pitanja, zbog kojih bi važećim zakonom ona bila uređenja tako velikim brojem zakonskih članova.

U svakom slučaju, sve ove odredbe treba detaljnije ponovo ispitati i oceniti potrebu za njihovim izmenama, u skladu sa intencijama celog zakona.

Verujemo da će buduća praksa sudova i javnih izvršitelja u primeni i ovih odredaba o pravnim lekovima, iznaći najbolja rešenja, da se njihovim korišćenjem, sa jedne strane, omogući obezbeđenje prava na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu, a na drugoj strani, da se učesnicima u ovim postupcima, posebno izvršnim dužnicima, onemogući svaka zloupotreba procesnih prava, spreči nezakonito i nepotrebno odugovlačenje ovih postupaka, da bi se isti sproveli i okončali u efikasnim i razumnim rokovima.

ZAKLJUČAK

Referatom je ukazano na neka nova rešenja u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, koji se primenjuje od 1. jula 2016. godine.

Istovremeno, dat je kritički osvrt o izvesnim neodorečenostima i nejasnoćama, koje su od značaja za efikasnu, delotvornu i transparentnu primenu ovog zakona. Ovim zakonom, javnim izvršiteljima - privatnim licima sa javnim ovlašćenjima, - data su velika ovlašćenja, prava i

obaveze u njegovoj primeni, kako u odnosu na određivanje (dozvolu) izvršenja, tako i posebno, kod prinudnog sprovođenja izvršenja, koje,gotovo isključivo, sprovode oni, umesto sudova, kao državnih organa.

Primedbe referenta na neka nova rešenja, imaju za cilj da se u ovoj veoma značajnoj oblasti, ubrza sprovođenje izvršenja i namire poverioci.

VUKAŠIN RISTIĆ
Lawyer, Belgrade

NEW SOLUTIONS IN THE NEW LAW ON ENFORCEMENT AND SECURITY

Summary

The paper focuses some new solutions in the new Law on Enforcement and Security that came into force on 1 July 2017. Critical comments on some insufficiently clear solutions are presented since they are believed not to be adjusted to implementation in practice.

This procedural law for the first time gives very broad powers to enforcement officers, i.e. bailiffs, who are private citizens with public powers. These powers used to be entrusted to courts that exercised them as state bodies. Over the fairly short period of implementation of the law satisfactory results have been achieved, which has resulted in substantial improvement of expeditiousness in this important area of law.

The suggestions in the paper are aimed at improvement of the quality of enforcement and faster exercising of the creditors' rights. Thus, the principle of the rule of law will be realized more completely.

RODOLJUB ETINSKI

POZIVANJE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA NA VLADAVINU PRAVA

UVOD

Vladavinom prava štiti se sloboda pojedinca kako u odnosu na državu, tako i u odnosu na druge pojedince i pravna lica.[1] U doktrini i praksi nema potpune saglasnoti oko sadržaja tog koncepta i u pogledu funkcija ili važnosti pojedinih funkcija tog koncepta. Pominju se procesni i materijalni elementi vladavine prava. Klajnfeld (Kleinfeld) razlikuje ciljeve i sredstva za postizanje tih ciljeva. Kao ciljeve vladavine prava ona navodi da je vlada vezana pravom, jednakost pred zakonom, pravo i poredak, predvidivo i delotvorno pravosuđe i nepostojanje kršenja ljudskih prava.[2] Vladavina prava štiti ljudsko dostojanstvo.[3] Delotvorna vladavina prava uslov je zdrave ekonomije te je to razlog zašto se tim pitanjem bavi Svetska banka.[4] Zato je mnogo novca uloženo u jačanje vladavine prava širom sveta.

Dr Rodoljub Etinski, profesor Pravnog fakulteta Univeryiteta u Novom Sadu.

[1] A. Bedner, An Elementary Approach to the Rule of Law, *Hague Journal of the Rule of Law*, 2/2010, 50-52.

[2] Navedeno prema A. Bedner, *op. cit*., 55.

[3] Ovu tezu je izneo američki pravni filozof Lon Fuller u knizi Morality of Law, 1964. Vidi kritički osvrt kod D. Luban, The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons, *Hague Journal of the Rule of Law* 2/2010, 29-47.

[4] V. Maru, Access to Justice and Legal Emprowment: A Review of World Bank Practice, *Hague Journal of the Rule of Law,* 2/2010, 259-281.

Koncept vladavine prava ne treba svoditi samo na vladanje putem zakona jer taj koncept podrazumeva postojanje nekog prava koje ograničava svaku javnu vlast, svaki zakon, svaku politiku itd. Dakle, "pravo koje vlada" jeste ne samo granica svake javne vlasti i politike već i "sveti duh" prava koji se ispoljava u svakom konkretnom pravnom pravilu i daje mu odgovarajući pravedni smisao. Otuda koncept vladavine prava ne kontroliše samo stvaranje prava i njegove materijalne i formalne kvalitete već i tumačenje i primenu prava.

Američki pravnik Henkin smatra da je doktrina vladavine prava začeta Velikom poveljom sloboda (Magna Carta Libertatum) iz 1215. godine kojom su zajemčeni neki elementi prava na slobodu i kojom je engleski kralj Jovan bez Zemlje (kralj John), prisiljen pobunom vlastele, ograničio svoju vlast.[5] U predmetu *Advokati za svet* Evropski sud pravde navodi da se temelj vladavine prava u Evropskoj uniji nalazi u članu 6 Ugovora o Evropskoj uniji, a koji obavezuje Uniju da poštuje osnovna prava, kako su ona zajemčena Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i kako proističu iz ustavnih propisa koji su zajednički državama članicama.[6] Preambula Evropske konvencije o ljudskim pravima pominje vladavinu prava kao jedan od elemenata zajedničkog nasleđa evropskih zemalja u kontekstu rešenosti tih zemalja da pristupe kolektivnom obezbeđivanju pojedinih ljudskih prava. Evropski sud za ljudska prava je ponovio više puta da je koncept vladavine prava inherentan svakom članu Evropske konvencije o ljudskim pravima.[7] On smatra dalje da je načelo vladavine pravo jedno od osnovnih komponenti evropskog javnog poretka.[8] Vladavina prava i ljudska prava su neodvojivi i ne postoji jedno bez drugog. Socijalnu suštinu ljudskih prava čini interakcija pojedinca i zajednice u kojoj pojedinac slobodno izražava individualne potrebe i očekivanja, a zajednica izražava spremnost da ih zadovolji. To je sama suština društvenosti. Pomenuta interakcija se u značajnom delu obezbeđuje pravom kojim se obezbeđuju demokratski izbori, demokratska rasprava u parlamentu, nezavisno sudstvo, efikasna sudska zaštita itd. Samo ljudsko pravo se u sferi prava pojavljuje kao prav-

[5] Louis Henkin, "The Age of Rights", *Human Rights* (eds. L. Henkin, G. L. Neuman, D. F. Orentlicher, D. W. Leebron), New York 1999, 11. Neki pisci nalaze koncept vladavine prava u antici. Tako T. Endikot upućuje na Aristotela koji u Politici (III.16, 1287a19) piše da je bolje da pravo vlada nego bilo koji građanin. T.A.O. Endicott, The Impossibility of the Rule of Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1/1999, 2. A, Bedner piše da su se tim konceptom bavili Platon i Artistotel ted a je on bio dugo zaboravljen da bi ga ponovo otkri Toma Akvinski. A. Bedner, *op. cit*., 50.

[6] Case C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, ECJ Judgment 3 March 2007, par. 45.

[7] *Baka v. Hungary* (*Application no. 20261/12*) Judgment 23 June 2016, par. 117; Karácsony and Others v. Hungary (Applications nos. 42461/13 and 44357/13) Judgment of 17 May 2016, par. 156.

[8] *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (*Application no. 5809/08*) Judgment of 21 June 2016., par. 145.

no ovlašćenje pojedinca i kao pravna obaveza države. Koncept vladavine prava zahteva da se uspostavi takav pravni sistem u kome će pojedinac stvarno moće da uživa prava i slobode predviđene pravom i koji će ga štiti od nezakonitog mešanja države ili bilo koga drugog u ta prava.

STANDARDI VLADAVINE PRAVA[9]

Autori definišu standarde vladavine prava različito ali u osnovi slično.[10] Neki standardi se odnose na pojedine kvalitete prava, odnosno zakona. Zakoni treba da budu doneti u demokratskoj proceduri.[11] Zakoni treba da se sastoje od opštih pravila, koja su dostupna javnosti i dovoljna jasna tako da svako na osnovu njih može da predvidi posledice svojih postupaka,[12] odnosno na šta može da se oslone u pogledu akcije vlasti.[13] Zakon ne treba da ima retroaktivno dejstvo.[14] Zakoni treba da budu u skladu sa načelom jednakosti[15] i međunarodnim standardi ljudskih prava.[16] Oni treba da budu konzistentni, dakle neprotivurečni unutar sebe i konstantni, dakle relativno trajni.[17] Pravni sistem treba da bude potpun, bez velikih pravnih praznina i usklađen, dakle bez značajnih kontradikcija unutar sebe. Arbitrerna vlast je nespojiva sa vladavinom prava.[18] Pojedini standardi se odnose na suprematuju prava. Zakon je suveren, a ne vladar, vlada ili po-

[9] Veći deo teksta o standardima vladavine prava je već objavljen u članku R. Etinski, B. Tubić, International Law and the Rule of Law, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 3/2016, 58, 59.

[10] Vidi opšti pregled kod A. Bedner, *op. cit*., 48-74.

[11] A. Bedner, *op. cit.*, 62.

[12] S. Chesterman, Panel on "The 2012 UN Declaration on the Rule of Law and Its Projections", *American Society of International Law Proceedings* 107/2013. A. Bedner, *op. cit*, 60.

[13] J. Waldron, "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?", *The European Journal of International La,* 2/2011, 317.

[14] J. Crawford, "International Law and The Rule of Law", *Adelaide Law Review* 24/2003, 4.

[15] J. Waldron, *op. cit*.,317, S. Chesterman, 467, R. E. Brooks, "Conceiving a Just World under Law: A Panel Summary of Remarks by Frederic L. Kirgis", *Proceedings of the 98th Annual Meeting of the American Society of International Law* 2004, 126.

[16] The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the UN Secretary-General, 23 August 2004, S/2004/616, 4; R. E. Brooks, *op. cit.*, 126.

[17] L. Fuller, Morality of Law, 1964, navedeno prema D. Luban, The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons, *Hague Journal of the Rule of Law* 2/2010, 31.

[18] J. Crawford, *op. cit.*, 4; J. Waldron, *op. cit.*, 316; The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the UN Secretary-General, 23 August 2004, S/2004/616, 4; S. Chesterman, *op. cit.*, 467; R. E. Brooks, *op. cit.*, 126.

jedinac. Države, vlade, [19] javne vlasti,[20] institucije, javni i privatni subjekti i pojedinci su podčinjeni zakonu[21] i niko nije iznad zakona.[22] Posebna grupa standarda posvećena je položajuju sudstva u državnom organizovanju i tiče se nezavisnosti sudova,[23] proceduralnim jemstvima pravičnog postupka kao i davanja mogućnoti pojedincima da osporavaju pred sudovima akte vlasti naročito ako se ovi tiču njihovih vitalnih interesa. [24]

Pozivanje Evropskog suda za ljudska prava na vladavinu prava

Evropski sud za ljudska prava nalazi osnov i razlog za pozivanje na vladavinu prava u preambuli Evropske konvencije o ljudskim pravima koja upućuje na vladavinu prava kao na elemenat zajedničkog nasleđa država članica, a koji je relevantan za njihovo kolektivno delanje na obezbeđivanju ljudskih prava. Sud se poziva na *načelo* vladavine prava. Evropska konvencija o ljudskim pravima ostavlja diskreciju ili polje slobodne procene u pogledu nekih aspekata nacionalnog obezbeđivanja ljudskih prava. Sud koristi načelo vladavine prava da spreči da se ta diskrecija ne pretvori u arbitrerno vršenje vlasti. Dakle, države članice uživaju izvesnu slobodu da vršenje ljudskih prava, zajemčenih Konvencijom, prilagode nacionalnim okolnostima vezanim za istorijske uslove, najdublja moralna ubeđenja i sl., ali ta sloboda se ne može vršiti proizvoljno suprotno ciljevima u duhu Konvencije. Evropski sud za ljudska prava koristi načelo vladavine prava da zaštiti prava i slobode proklamovane Konvencijom od arbitrenog uplitanja države. Većina prava zajemčenih Konvencijom nisu apsolutna prava, dakle izvesna ograničenja su dozvoljena, dozvoljeno je izvesno mešanje javne vlasti u ta prava zbog opravdanih ciljeva i na dozvoljen način. U vezi sa nekim pravima ciljevi koji opravdavaju mešanje države u ljudska prava su određeni propisima Konvencije, kao što su i dozvoljeni načini određeni propisima Konvencije. To nije slučaj u pogledu nekih zajemčenih prava. Dakle, pri određivanju ciljeva intervencije u prava, kada ovi nisu definisani Konvencijom, i pri korišćenju dozvoljenih sredstava, države ne sme da se ponaša arbitrerno. Evropski sud za ljudska prava tumači sva prava i slobode zajemčene Konvencijom u svetlu načela vladavine prava. To

[19] J. Crawford, *op. cit.*, 4.

[20] S. Chesterman, *op. cit.*, 467.

[21] The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General, 23 August 2004, S/2004/616, 4.

[22] J. Waldron, *op. cit.*, 317.

[23] J. Crawford, *op. cit.*, 4. A. Bedner, *op. cit.*, 67.

[24] J. Waldron, *op. cit.*, 317.

je, dakle, jedno načelo koje, kako je to Sud rekao, inherentno svakom pravu proklamovanom Konvencijom i koje dopunjuje o daje potpuni smisao svakom pravu.

Sažet pregled pozivanja Evropskog suda za ljudska prava na načelo vladavine prava obuhvatiće ne sva već samo neka pozivanja za koja mislimo da su naročito važna a koja se odnose na pravo na slobodne izbore i slobodnu raspravu u parlamnetu, na kvalitete nacionalnih zakona i na pravo na pravično suđenje. Takođe, pregled će obuhvatiti i kako Evropski sud za ljudska prava primenjuje ovo načelo na svoj rad, prvenstveno na tumačenje Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Pozivanje Evropskog suda za ljudska prava na načelo vladavine prava u kontekstu prava na slobodne izbore

Pored vladavine prava demokratsko uređenje spada u zajedničko nasleđe evropskih država, koje je, takođe, pomenuto u preambuli Evropske konvencije. Kao što postoji tesna veza između vladavine prava i ljudskih prava, tako postoji i tesna veza između vladavine prava i demokratskog uređenja. Nema vladavine prava bez demokratije i, obrnuto, nema demokratije bez vladavine prava. Demokratija se zasniva na pravu na slobodne izbore. Članom 3 Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima zajemčeno je pravo na slobodne izbore. Strane ugovornice obavezale su se tim članom da organizuju slobodne izbore u razumnim vremenskim intervalima putem tajnog glasanja i pod uslovima koji će obezbediti slobodno izražavanje mišljenja naroda u pogledu izbora zakona. Evropska konvencija ne sadrži poseban propis koji bi se odnosio na pravo poslanika na slobodnu raspravu u parlamentu te Evropski sud razmatra ova pitanja u svetlu navedenog člana 3 Protokola br. 1 kao i u svetlu člana 10 Evropske konvencije kojim se jemči sloboda izražavanja uopšte.

Evropski sud za ljudska prava odbacio je, prvo, tumačenje prema kome se članom 3 Protokola br. 1 ne jemči pravo na slobodne izbore kao individualno pravo pojedinca zato što navedeni član govori o obavezi država ugovornica za razliku od ostalih članova koji govore o pravima pojedinaca. Sud smatra takvo tumačenje preuskim i neodgovarajućim.[25] Sa druge strane, Sud je prihvatio da pravo na slobodne izbore nije neograničeno pravo i da svaka država propisuje određene uslove u pogledu uživanja i vršenja tog prava. Sam član 3 Protokola br. 1 ne navodi ciljeve koji bi opravdavali ograničavanje tog prava, kako je to učinjeno u članovima 8-11 Evropske konvencije te je država slobodna da odredi te ciljeve. Ova slo-

[25] *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* (Application no. 9267/81) Judgment of 2 March 1987., par. 48.

boda nije neograničena te ciljevi kojima država opravdava ograničenje tog prava treba da budu u saglasnosti sa vladavinom prava i ciljevima Evropske konvencije.[26] Ograničenje prava na slobodne izbore licu koje je ozbiljno zloupotrebilo svoju javnu funkciju ili čije ponašanje preti da potkopa vladavinu prava i demokratske temelje države nije, naravno, suprotno načelu vladavine prava.[27]

U pogledu prava poslanika na slobodnu raspravu u parlamentu Evropski sud za ljudska prava je istakao značaj parlamentarne rasprave i potrebe da se ona vodi na uređen način saglasno poslovniku te da su mere kojima se ovo štiti i kojima se štite prava drugih poslanika opravdane.[28] Parlamenti uživaju diskreciju inherentnu parlamentarnoj autonomiji u sankcionisanju govora ili ponašanja u parlamentu, kojim se zloupotrebljava prava na slobodnu raspravu, ali ta diskrecija nije neograničena i podleže testu neizbežne nužnosti, saglasno članu 10(2) Konvencije.[29] Pored toga, ta diskrecija mora da bude usaglašena, takođe, sa "delotvornom političkom demokratijom" i "vladavinom prava."[30] Parlamentarna autonomija ne sme da bude korišćena radi usvajanja pravila unutrašnjeg funkcionisanja parlamenta koja bi omogućavala većini da zloupotrebljava svoju dominantnu poziciju u odnosu na opoziciju.[31]

Kvaliteti koje bi zakoni trebalo da imaju saglasno načelu vladavine prava prema mišljenju Evropskog suda za ljudska prava

Evropske konvencija o ljudskim pravima, kao i protokoli uz nju upućuju na domaće zakone na mnogo mesta u različitim kontekstima, ali Evropski sud za ljudska prava bavi se pitanjem kvaliteta zakona u svetlu zahteva načela vladavine prava, naročito kada razmatra intervencije države u ljudska prava koje su dopuštene stavom 2 članova 8 – 11 Konvencije ili kada razmatra član 7 Konvencije koji se odnosi na načelo zakonitosti u krivičnom pravu. Stavom 2 pomenutih članova određeni su uslovi pod kojim je intervencija države dozvoljena u pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, slobodu mišljenja, savesti i veroispovesti,

---

[26] *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece* (*Application no. 42202/07*) Judgment of 12 March 2012., par. 64.

[27] *Ždanoka v. Latvia* (Application no. 58278/00) Judgment of 16 March 2006., par. 110; Paksas v. Lithuania (Application no. 34932/04) Judgment 6 January 2011., par. 100.

[28] *Karácsony and Others v. Hungary* (Applications nos. 42461/13 and 44357/13) Judgment of 17 May 2016., par. 141

[29] *Karácsony and Others v. Hungary*, *op. cit.,* 147.

[30] *Ibid*.

[31] *Ibid*.

slobodu izražavanja i slobodu okupljanja i udruživanja. Jedan od uslova je da je takva intervencija predviđena zakonom. Međutim, Evropski sud za ljudska prava ne zadovoljava se samo time da je intervencija predviđena zakonom već traži da taj zakon zadovoljava zahteve načela vladavine prava. Ukoliko to nije slučaj, Sud nalazi da je odgovarajući propis Konvencije prekršen.

Zakoni treba da budu opšti, a ako su usmereni protiv konkretne, određene osobe oni su suprotni načelu vladavine prava.[32] Oni treba da budu dostupni i dovoljno predvidivi[33], formulisani sa dovoljno preciznosti tako da omoguće pojedincu, ako je potrebno uz stručni savet, da se ponaša u skladu sa njim odnosno da može da predvidi ponašanje javnih vlasti prema njemu.[34] Jasnoća zakona treba da bude takva da građani mogu tačno da znaju pod kojim okolnostima i uslovima javna vlast može da se meša u njihova prava.[35]Ovo je naročito važno u pogledu krivičnog zakona. Krivična dela treba da budu jasno i precizno definisana tako da pojedinac može da se informiše iz teksta relevantnog propisa i, ako je potrebno uz stručnu pomoć koja se oslanja na sudsku praksu, o tome koji ga akti ili propusti čine krivično odgovornim.[36] Krivični zakon ne sme da se tumači široko, na primer, putem analogije.[37] U pogledu predvidivosti dejstva zakona, Evropski sud za ljudska prava kaže da ma kako da je zakon jasno formulisan, uzimanje u obzir sudskog tumačenja uvek je neizbežno, čak i kada je u pitanju krivični zakon.[38] Dakle, čak ni član 7 Konvenvcije, po mišljenju Suda, ne zabranjuje postepeno razjašnjavanje krivične odgovornosti kroz sudsko tumačenje pod uslovom da je razvoj u pogledu značenja, koji rezultira iz sudskih slučajeva, konsistentan sa suštinom krivičnog dela i da se razumno mogao predvideti.[39]

Suprotno je vladavini prava ako se zakonom ostavlja pravna diskrecije izvršnoj vlasti koja nije dovoljno određena i koja može da se pretvori u neograničenu vlast. Zato zakon treba dovoljno jasno da odredi obim takve diskrecijje i način

---

[32] *Baka v. Hungary* (Application no. 20261/12) Judgment 23 June 2016, par. 117.

[33] *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* (Application no. 38433/09) Judgment 7 June 2012, par. 156.

[34] *Gillan and Quinton v. the United Kingdom* (Application no. 4158/05) Judgment of 12 Januar 2010, par. 76; *S. and Marper v. the United Kingdom* (Applications nos. 30562/04 and 30566/04) Judgment 4 December 2008, par. 95. *Kopp v. Schwitzerland* (no. 23224/94) Judgment of 28 March 1998., par. 62-75.

[35] *R.E. v. United Kingdom* (Application no. 62498/11) Judgment of 27 October 2015, par. 122.

[36] *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* (Applications nos. 2312/08 and 34179/08) Judgment 18 July 2013, par. 66.

[37] *Ibid.*

[38] *Ibid.*

[39] *Ibid.*

njenog vršenja.[40] Nivo preciznosti koji treba da postigne zakon zavisi od sadržine instrumenta u pitanju, polja njegove primene i broja i statusa onih kojima je upućen. [41]

Arbitrernost je negacija vladavine prava. Evropski sud za ljudska prava ostavlja široku diskreciju nacionalnim vlastima u pogledu tumačenja domaćih zakona ali ne prihvata arbitrerno tumačenje.[42]

Pozivanje Evropskog suda za ljudska prava na načelo vladavine prava u kontekstu prava na pravično suđenje

Nije potrebno posebno argumentovati značaj prava na pravično suđenje za ostvarivanje vladavine prava jer je to sasvim očigledno i razumljivo. Jasno je, takođe, da vladavina prava ne može da se svede samo na pravo na pravično suđenje i Evropski sud za ljudska prava tumači pravo na pravično suđenje u svetlu načela vladavine prava.[43]

Načelo vladavine prava i koncept pravičnog suđenja iz člana 6 Evropske konvencije zabranjuju, kaže Evropski sud za ljudska prava, mešanje zakonodavne vlasti u vršenje sudske pravde radi uticanja na sudsko rešavanje spora.[44] Suprotno bi bilo ovom načelu ako bi država ovlastila neku nesudsku vlast da se meša u sudski postupak ili da dovodi u pitanje sudske nalaze.[45] Neizvršavanje sudske presude je, takodje, suprotno ovom načelu.[46]

Vladavina prava zahteva da mešanje izvršne vlasti u prava pojedinca bude pod delotvornim nadzorom, koji bi normalno trebalo da vrši sudstvo, jer sudska kontrola nudi najbolja jemstva u pogledu nezavisnoti, nepristrasnosti i odgovarajućeg postupka. [47]

---

[40] *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, *op. cit.,* par. 77; *S. and Marper v. the United Kingdom op. cit.,* , par. 95.

[41] *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, *op. cit.,* , par. 77.

[42] *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (*Application no. 5809/08*) GCh. Judgment of 21 June 2016., par. 145.

[43] *Běleš and Others v. the Czech Republic* (*Application no. 47273/99*) Judgment of 12 November 2002., par. 49; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (*Application no. 5809/08*) GCh. Judgment of 21 June 2016., para 126.

[44] *Assanidze v. Georgia* (*Application no. 71503/01*) Judgment of 8 April 2004., par. 129.

[45] *Ibid.*

[46] *Assanidze v. Georgia, op. cit*., par. 183, 199.

[47] Rotaru v. Romania (Application no. 28341/95) Judgment of 4 May 2000m par. 59.

Jedan od važnih aspekata vladavine prava je načelo pravne sigurnosti a ova zahteva da svi parničari treba da imaju delotvorna pravna sredstva koja će im omogućiti da štite svoja građanska prava.[48] Jednako tako pravne formalnosti i rokovi treba da služe ispravnom vršenju pravde i da budu usklađeni sa načelom pravne sigurnosti.[49] Nespojivo je sa vladavinom prava u demokratskom društvu, kaže Evropski sud, da država može bez ograničenja i kontrole da čitav niz građanskopravnih zahteva izuzme od sudske nadležnosti ili da može da obezbedi imunitete za neke kategorije lica.[50] Evropski sud je to rekao u kontekstu sprovođenja individualnih sankcija Saveta bezbednosti UN, dakle sankcija koje se primenjuju na pojedince i mogu da pogode njihova građanska prava u toj meri da im se, prema mišljenje Evropskog suda za ljudska prava, moraju obezbediti sredstva sudske zaštite.[51] Dakle, ni Savet bezbednosti UN nije vlastan da ukine vladavinu prava.

Postojanje suprotnih sudskih presuda, nekonzistentne sudske prakse u dužem vremenskom periodu može da stvori stanje pravne nesigurnosti i podrije javno poverenje u sudski sistem, a to poverenje je jedno od suštinskih odrednica države zasnovane na vladavini prava.[52] Tu je važno koliko nekonzistentna sudska praksa traje, da li postoje mehanizmi za prevazilaženje te nekonzistentnosti, da li su oni korišćeni, i ako jesu, koji su rezultati.[53]

Suđenje u razumnom roku je važno za vladavinu prava i pošto je Evropski sud za ljudska prava konstatovao širenje prakse prolongiranja sudskih postupaka u većem broju država on je promenio svoje razumevanje odnosa između prava na pravično suđenje, čija je komponenta pravo na suđenje u razumnom roku iz člana 6 (1) Konvencije i prava na delotvoran pravni lek iz člana 13 Konvencije. On je smatrao da je pravo na pravično suđenje *lex specialis* prava na delotvoran pravni lek te da svaka povreda člana 6 zato automatski znači povredu člana 13 te kada bi našao da je povređen član 6 Sud se nije bavio članom 13. Međutim, kako je prolongiranje sudskih postupaka postala praksa u većem broju država, koja je ugrožavala vladavinu prava, Evropski sud za ljudska prava je stao na stanovište da na-

[48] *Běleš and Others v. the Czech Republic , op. cit*, par. 49.

[49] *Ibid.*

[50] *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (*Application no. 5809/08*) GCh. Judgment of 21 June 2016., par. 127; *Cudak v. Lithuania* (*Application no. 15869/02)* Judgment 23 March 2010., par. 58.

[51] Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland (*Application no. 5809/08*) GCh. Judgment of 21 June 2016., par. 145.

[52] Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania (*Application no. 76943/11*) Judgment 29 November 2016, par. 116.

[53] *Ibid.*

čelo vladavine prava zahteva da države obezbede poseban delotvorni pravni lek za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i od tada, Sud kada nađe da je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, zaštićeno članom 6, on ispituje i da li je povređen član 13, odnosno da li je država obezbedila delotvorni pravni lek za zaštitu tog prava.[54]

Tumačenje Evropske konvencije o ljudskim pravima od strane Evropskog suda za ljudska prava i vladavina prava

Evropski sud za ljudska prava traži od država ugovornica Konvencije da poštuju načelo vladavine prava. Ti zahtevi bi bili kompromitovani ako Sud sam ne bi poštovao to načelo. Dakle, Evropski sud za ljudska prava nastoji da u svom radu – tumačenju i primeni Konvencije – poštuje to načelo. Gore je rečeno da Sud ostavlja široku diskreciju državama u pogledu tumačenja domaćeg prava ali da ne prihvata arbitrerno tumačenje. Jednako tako Evropski sud za ljudska prava se trudi da njegova tumačenja Konvencije ne budu arbitrerna. Pored toga, videli smo gore da Sud smatra da sudska praksa ima važnu ulogu, pod određenim uslovima, u određivanju značenja propisa. Jednako tako praksa Evropskog suda za ljudska prava ima veliku ulogu u tumačenju propisa Konvencije.

Evropski sud za ljudska prava nije formalno dužan da sledi svoje ranije presude, ali Sud kaže, u interesu je pravne sigurnosti, predvidivosti i jednakosti pred zakonom da ne odstupa bez valjanog razloga od presedana učinjenih u prethodnim slučajevima.[55] Evropski sud za ljudska prava je poznat po svom evolutivnom tumačenju. Potrebe i očekivanja pojedinaca se menjaju tokom vremena, spremnost zajednice da ih zadovolji se, takođe, menja i kada se promena reflektuje u unutrašnjim pravima većine država, Evropski sud za ljudska prava ne može da ignoriše takav većinski stav i da koči društveni razvoj te on tada menja svoja ranija tumačenja.[56] Sudija tog Suda Pinto de Albuquerque kaže da je od samog početka rada Suda evolutivno tumačenje bilo tesno povezano sa potrebom konsenzualnog čitanja teksta, dakle sa čitanjem teksta koje se zasnivalo na izvesnoj saglasnoti

[54] Sürmeli v. Germany (*Application no. 75529/01*) Judgment 8 June 2006, par. 104.

[55] Christine Goodwin v. the United Kingdom, (*Application no. 28957/95*) Judgment 11 July 2002, par. 74.

[56] R. Etinski, Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom as a Means of its Interpretation; In:Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije : tematski zbornik. Knj. Novi Sad, Pravni fakultet, 2015, 17-36.

većine država ugovornica.[57] Ta saglasnost, koju Sud naziva evropskim konsenzusom, postiže se neformalno kroz promene u unutrašnjim pravnim poretcima. Zato sudija de Albuquerque kaže da se evolutivno tumačenje zasniva na razmatranju domaćih pravnih poredaka država članica Saveta Evrope i na zajedničkom nasleđu političkih tradicija, ideala, slobode i vladavine prava.[58]

Struktura Evropskog suda za ljudska prava, koja se sastoji od većeg broja sudije pojedinca, više odbora od trojice sudija, više veća od sedmoro sudija i jednog Velikog veća od sedamnaest sudija, sačinjena je tako da uključuje mehanizam koji sprečava konflikte presude veća. Ukoliko dva veća u okolnostima suštinski jednakih činjenca donesu suprotne presude, postoji mogućnost da se stvar iznese pred Veliko veće kako bi se prevazišle suprotne presude.

Izvršavanje presuda Evropskog suda za ljudska prava nadzire Veće ministara Saveta Evrope i uporno i dugotrajno odbijanje države da izvršava presude može da rezultira u isključenju države iz Saveta Evrope.

ZAKLJUČCI

Koncept vladavine prava nije koncept oko koga postoji opšta saglasnost i on nije jednoobrazno definisan. U vezi sa njim postoje razlike kako u doktrini tako i u praksi. Stavovi Evropskog suda za ljudska prava pomažu da se taj koncept jasnije definiše i da se preciznije odredi njegov sadržaj makar u okvirima 47 članica Saveta Evrope. Ti stavovi omogućuju izvesnu kodifikaciju sadržaja tog koncepta na nivou Evrope. To ne znači da bi trebalo da unutrašnje pravo bude jednako u 47 država članica Saveta Evrope. Ali, to znači da bi "vladajuće pravo", dakle "jezgro" ili "duh" prava trebalo da budu jednaki u 47 država članica.

Koncept vladavine prava neodvojiv je od ljudskih prava i demokratije. Ta tri instituta su tako povezani da jedan ne postoji bez druga dva. Demokratija i vladavina prava važni su za pravnu artikulaciju i zaštitu ljudskih prava. Vladavina prava bez ljudskih prava i demokratije jeste prazna ljuštura.

Evropski sud za ljudska prava smatra da je načelo vladavine prava inherentno svakom članu Evropske konvencije o ljudskim pravima i tumači sva ljudska prava zajemčena Konvencijom u skladu sa načelom vladavine prava. Za koncept vladavine prava na nacionalnom nivou naročito su važni stavovi ovog Suda o dejstvu načela vladavine prava u pogledu prava na slobodne izbore i slobodnu raspravu u parlamentu, u pogledu kvaliteta zakona i prava na pravično suđenje.

[57] Muršić v. Croatia, (*Application no. 7334/13*) Judgment 20 October 2016, Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, par. 13.

[58] Ibid.

Načelo vladavine prava nije samo jedno pozitivno-pravno načelo koje primenjuje Evropski sud za ljudska već je to i jedan pravni ideal. Praksa Suda pokazuje da i države koje imaju dugu tradiciju vladavine prava odstupaju ponekad od tog načela. Praksa Suda u pogledu vladavine prava važna je, posebno, za države koje nemaju takvu tradiciju i koje treba da ulože velike napore u saobražavanju svojih pravnih poredaka ovom idealu. Ustavni sud Srbije našao je inspiraciju za određivanje sadržaja načela vladavine prava, proklamovanog Ustavom Republike Srbije, u praksi Evropskog suda za ljudska prava.[59]

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

INVOCATION OF THE RULE OF LAW BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The rule of law, human rights and democracy are so closely interrelated that one of them does not exist without two others. The European Court of Human Rights contributed a lot to harmonization of the content and effects of the principle of the rule of law in 47 State Parties of the European Convention on Human Rights. It has shown that the principle of the rule of law is inherent to each right guaranteed by the Convention but its consideration of the relationship between the rule of the law, on one side, and the right to free elections, the qualities of the laws and the right to a fair trial are of particular importance.

[59] ІУз – 882/2010; ІУз-295/2013.

BOJAN MILISAVLjEVIĆ

OCENA POSTOJEĆEG KONCEPTA IUS COGENS NORMI U MEĐUNARODNOM PRAVU

UVOD

Pitanje kogentnih normi je jedno od ključnih pitanja čitavog međunarodnog prava. Ove norme ustanovljene su definitivno Konvencijom o ugovornom pravu koja je postavila njihove pravne okvire, utvrdila definiciju i predvidela efekte sukoba sa ovim normama. Povodom tako ustanovljene koncepcije kogentnih normi može se postaviti niz pitanja: da li je ovaj koncept na pravi način odredio biće kogentnih normi, kako je regulisano pitanje njihovog nastanka, kada smo sigurni da je neka norma kogentne prirode u nedostatku zakonodavca, a naročito da li je ovaj koncept kogentnih normi održiv u današnjim uslovima, postoji li potreba za redefinicijom ovog koncepta i posebno kakav je međusobni odnos kogentnih normi? Naročitu pažnju potrebno je posvetiti tenzijama koje postoje između normi koje su opštepriznate kao kogentne norme u međunarodno pravu kao što su zabrana pretnje i upotrebe sile i pravo na samoodbranu, jer to opterećuje dejstvo ovih normi.

U današnjoj međunarodnoj zajednici nesporno je da postoji potreba za kogentnim normama. Može se zaključiti da one predstavljaju čvrsto jezgro celokupnog međunarodnog prava koje je u velikoj meri koncipirano na običajnim pravilima, partikularnom pravu koje počiva na različitim ugovorima. Utoliko se

Dr Bojan Milisavljević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

postojanje kogentnih normi postavlja kao još veći imperativ. Ako se ima u vidu očigledno širenje međunarodnog prava onda se ove kogentne norme postavljaju i kao svojevrsno vezivno tkivo u smislu sprečavanja fragmentacije pravnog poretka. Kogentne norme su imerativna pravila obavezujuća za sve aktere i kao takve čine okosnicu univerzanog međunarodnog poretka. U tom smislu kogentne norme tretira i Izveštaj stručne grupe Komisije za međunarodno pravo.[1] Pošto je jasno da postoji veliki broj otvorenih pitanja ovaj rad će pokušati da odgovori na neka od njih, kao i da iznese predloge u pogedu njihovog preciziranja i eventualnog utvrđivanja liste pozitivnopravnih kogentnih normi. Povodom ovih normi postoji naizgled potpuni konsenzus, ali kada se pokuša dati precizan odgovor na otvorena pitanja kogentnih normi tu nastupaju velika odstupanja. Zbog toga je uslovno ispravan zaključak Braunlija kada kogentna pravila poredi sa automobilom koji je stalno u garaži i nikada se upotrebljava.[2]

RAZVOJ KOGENTNIH NORMI U MEĐUNARODNOM PRAVU

Među autorima postoji konsenzus da je Alfred Verdros bio prvi autor koji je prepoznao postojanje kogentnih normi u međunarodnom pravu,[3] kao normi od kojih nije dopušteno nikakvo odstupanje.[4] Iako je ideja o dominantnom pravu i superiornom pravu veoma stara, teško da se može tvrditi da su prve kogentne norme nastale pre prve polovine 19. veka.[5]

Na prvi pogled može da deluje da se od kogentnih normi previše očekuje jer one treba da otklone brojne i objektive nedostatke međunarodnog pravnog pore-

---

[1] Fragmentation of International Law: Diffi culties Arising From the Diversifi cation and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Chaired by Martti Koskenniemi, Report of the International Law Commission on the work of its 58 th session, 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006.

[2] l. Brownlie, *'Comment' in Antonio Cassese and J.H.H.,* Weiler (eds), Change and Stability in International LaJl'-Making, de Gruyter: Berlin, 1988, 110.

[3] M. Petsche, Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order, *Penn State International Law Review*, 2010, 233, videti: L. Alexidze, The Legal Nature of Ius Cogens in Contemporary International Law, *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, III/1981, 229, A. Verdross, Forbidden Treaties in International Law, *American Journal of International Law*, 1937, 571;

[4] A. Verdross, Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, *American Journal of International Law*, 1966, 56.

[5] Carnegie Endowment for International Peace ,The Concept of Jus Cogens in Public International Law, in Papers and Proceedings: Report of a Conference in Lagonisi, Greece, 1966, Geneva, 1976, 19.

tka.[6] S jedne strane, one treba da predstavljaju vrhovna imperativna pravila iako njihova struktura nije najjasnija, kao što nije precizno utvrđen i način njihovog nastajanja. S druge strane, od njih se očekuje da suvereno rešavaju svaku nesaglasnost u pogledu obaveza država kojih je sve više usled usložnjavanja međunarodnog poretka i postojanja realnih razlika između država, regiona, kultura i drugih podporedaka u okviru univerzalnog međunarodnog prava.[7] Tako se kogentne norme postavljaju i kao dogmatske celine koje imaju elemente nosećih pravnih principa. Ovakav primat obezbeđuje se preko predviđenog dejstva kogentnih normi iz Konvencije o ugovornom pravu.[8] Međutim ovako utvrđeno pravilo ne može da reši problem sukoba normi na svim nivoima već samo ukoliko se kogentna norma odnosi na određeno pitanje povodom koga je sukob normi i nastao.

Pojedini autori smatraju da je koncept kogentnih normi koji je uspostavljen Konvencijom o ugovornom pravu, obzirom da je po prvi put definisao ova pravila, na snazi samo za ubuduće i samo za države kao učesnice takvih normi jer se ova konvencija odnosila samo na takve ugovore. Ovakvi zaključci su veoma uski i nikako se ne bi mogli smatrati većinskim. Međunarodni sud pravde je nekoliko puta potvrdio da su pravila iz Konvencije o ugovornom pravu običajne prirode, pa kao takva važe u univerzalnom smislu. Preovlađujuća je grupa autora koji smatraju da su kogentne norme ipak uspostavljene još formiranjem opštih imperativnih pravila od usvajanja Povelje Ujedinjenih nacija pa na ovamo, a da je Konvencija o ugovornom pravu postavila kakve takve pravne okvire za njihovu primenu.[9] S obzirom da je od tada proteklo pedesetak godina jasno je da je neop-

[6] Videti: M. Kreća, Jus cogens u savremenom međunarodnom pravu, Beograd, 1988, 160 strana, M. Kreća, Some General Reflections on Main Features of Jus Cogens as a Notion of International Public Law, u New Directions in International Law, Essays in Honour of W. Abendroth, 1982;

[7] Ulf Linderfalk, The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?, The European Journal of International Law Vol. 18 no.5, EJIL 2008, 854.

[8] Član 53. Konvencije o pravu ugovora: Ništav je svaki ugovor koji je u trenutku sklapanja suprotan imperativnoj normi opšteg međunarodnog prava. U svrhu ove Konvencije, imperativna norma opšteg međunarodnog prava je norma koju je prihvatila i priznala čitava međunarodna zajednica država kao normu od koje nije dopušteno nikakvo odstupanje i koja se može izmeniti samo novom normom opšteg međunarodnog prava iste prirode.

[9] A. Orakhelashvili, Peremptory Norms in International Law (2006); L. Hannikainen, Peremptory Norms (Jus Cogens) In International Law (1988); Allain, The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement , 13 Int'l J Refugee L (2001) 533; Araujo, Anti-Personnel Mines and Peremptory International Law: Argument and Catalyst , 30 Vanderbilt J Transnat'l L (1997) 1; De Wet, The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law, 15 EJIL (2004). 97; MacGregor, State Immunity and Jus Cogens, 55 ICLQ (2006) 437; Spiermann, Humanitarian Intervention as a Necessity and the Threat or Use of Jus Cogens, 71 Nor-

hodno uneti izvesna preciziranja i bliže odrediti kogentne norme u međunarodnoj zajednici kakva je ona danas.

Ekspanzija u razvoju kogentih normi počinje posle Drugog svetskog rata kada je započela era kodifikacija i ustrojstva međunarodnog prava na čvrstim normativnim temeljima. Prvi korak u tom smislu bila je sama Povelja Ujedinjenih nacija, koja iako ne pominje kogentne norme u svom članu 2. navodi nesporno opšta načela međunarodnog prava sa imperativnim efektima.[10] Da je ovaj akt koncipiran kao svojevrsni ustav međunarodnog prava svedoči i član 103.[11]

Sa svoje strane Međunarodni sud pravde je jasno podržao postojanje opšte volje međunarodne zajednice kroz svoje savetodavno mišljenje u vezi rezervi na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. „U takvim konvencijama ugovorne strane nemaju izražen samostalni interes, one imaju jasan opšti interes koji se sastoji u zaštićenom objektu koji predstavlja više ciljeve konvencije. Ti viši ciljevi proizlaze iz zajedničke volje svih država članica međunarodne zajednice."[12] Kogentne norme su one norme koje su hijerarhijski superiorne u odnosu na sve druge norme međunarodnog prava.[13] Na ovaj način se uspostav-

dic J Inter'l L (2002) 523; Verhoeven, Droit des traits, réserves et ordre public (jus cogens), 13 Js trib (1994) 765; Kornicker, State Community Interests, Jus Cogens and Protection of the Global Environment, 11 Georgetown Int'l Environmental L Rev (1998) 101;

[10] Organizacija i njeni članovi postupaju u sprovođenju ciljeva navedenih u članu 1 u saglasnosti sa sledećim načelima: 1. Organizacija počiva na načelu suverene jednakosti svih svojih članova; 2. da bi svakom od njih osigurala prava i povlastice koje proističu iz članstva, svi članovi savesno ispunjavaju obaveze koje su preuzeli u saglasnosti s ovom Poveljom; 3. svi članovi rešavaju svoje međunarodne sporove mirnim načinima, tako da međunarodni mir i bezbednost kao ni pravda ne budu povređeni; 4. svi članovi se u svojim međunarodnim odnosima uzdržavaju od pretnje si-. lom ili upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti svake države, ili na svaki drugi način nesaglasan s ciljevima Ujedinjenih nacija; 5. svi članovi daju Ujedinjenim nacijama svaku pomoć u svakoj akciji koju one preduzimaju u skladu s ovom Poveljom, i uzdržavaju se od davanja pomoći svakoj državi protiv koje Ujedinjene nacije preduzimaju preventivnu ili prinudnu akciju; 6. Organizacija obezbeduje da države koje nisu članice Ujedinjenih nacija postupaju u skladu s ovim načelima u meri u kojoj je to potrebno radi održanja međunarodnog mira i bezbednosti; 7. ništa u ovoj Povelji ne ovlašćuje Ujedinjene nacije da se mešaju u pitanja koja se po suštini nalaze u unutrašnjoj nadležnosti svake države niti zahteva od čla-nova da takva pitanja iznose na rešavanje na osnovu ove Povelje; ali ovo načelo neće uticati na primenu prinudnih mera predviđenih u glavi VII.

[11] U slučaju sukoba između obaveza članova Ujedinjenih nacija po ovoj Povelji i njihovih obaveza po nekom drugom međunarodnom sporazumu, prevagu će imati njihove obaveze po ovoj Povelji.

[12] Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports (1951), p.15 at p. 23.

[13] R. Wallace, *International Law,* 2d ed., 1994;

lja poredak u smislu normi međunarodnog prava.[14] Pored toga nije neophodno da imperativne norme budu prihvaćene od svih država. Biće dovoljno ukoliko su one prihvaćene od strane pretežne većine država, što znači da ukoliko jedna država koja je izolovana odbija da prihvati takvu normu ne utiče na apsolutnu obaveznost pravila, ili ukoliko se nekoliko država protivi takvoj normi, to neće uticati na postojanje obavezujuće norme.[15]

Kasnija praksa u okviru Međunarodnog suda pravde potvrđuje prihvaćenost koncepta kogentnih normi iz Konvencije o ugovornom pravu.[16] Tako se u slučaju o Vojnim aktivnostima na teritoriji Konga nesumnjivo sud odredio da je zabrana vršenja genocida kogentna norma međunarodnog javnog prava.[17] Pored ovog slučaja postojanje kogentnih normi potvrđuje se i u slučaju pravila o zabrani torture gde Međunarodni sud pravde zaključuje da je zabrana vršenja torture deo međunarodnog običajnog prava i kao takav postao je kogentna norma.[18]

Koliki je značaj kogentnih normi u modernom međunarodom pravu svedoči činjenica da je Generalna skupština Ujedinjenih nacija odlučila da uvrsti u dnevni red Komisije za međunarodno pravo temu *ius cogens* normi na svom šezdeset i devetom zasedanju.[19] Već naredne godine na zasedanju Komisije za među-

[14] K. Hossain, The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter, Santa Clara Journal of International Law, 2005, 72;

[15] U.N. Conference on the Law of Treaties I, M.K. Yasseen, the former Chairman of the Drafting Committee of the Vienna Conference on the Law of Treaties, 472;

[16] North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/ Netherlands), Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p. 3, para. 72 ("[w]ithout attempting to enter into, still less pronounce upon any question of jus cogens, it is well understood that, in practice, rules of international law can, by agreement, be derogated from in particular cases, or as between particular parties"). Case Concerning Right of Passage over Indian Territories (Portugal v India) Merits, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960, p. 6, Dissenting opinion of Judge ad hoc Fernandez, at para. 29, South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966, p. 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 298. See also North Sea Continental Shelf Cases (n 118), dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 182 declaring that reservations in conflict with a principle of jus cogens would be null and void; and see further separate opinion of Judge Moreno Quintana in Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing Guardianship of Infants (Netherlands v Sweden), Judgment of 28 November 1958, ICJ Reports 1958, p. 55, at pp. 106-107 recognizing a number of rules as having "a peremptory character and a universal scope"

[17] Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v Rwanda), Judgment of 3 February 2006, ICJ Reports 2006, p. 6, para. 64.

[18] *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal),* Judgment of 20 July 2012, *ICJ Reports* 2012, para. 99.

[19] Videti: para. 8 of General Assembly resolution 69/118 of 10 December 2014;

narodno pravo određen je specijalni izvestilac za ovu temu, tako da je i formalno započeo rad na pripremi prvog izveštaja. Prvi izveštaj je Komsiji za međunarodno pravo na zasedanju 2016. godine[20] pa se na osnovu njega mogu predvideti dalji koraci koji će uslediti povodom kogentnih pravila.

PROBLEM OTKRIVANjA KOGENTNIH NORMI I SUKOB POJEDINIH KOGENTNIH NORMI

Još od samog početka rada na Konvenciji o ugovornom pravu iz 1969. godine bilo je jasno da je jedan od očiglednih problema pri uspostavljanju ovih pravila način njihovog otkrivanja. To se može videti iz izlaganja delegacija država, gde je na primer predstavnik Španije u šestom Pravnom komitetu predlagao uvođenje liste kogentnih normi u međunarodnom pravu kako bi se postigla pravna sigurnost, pa makar se radilo i o okvirnoj listi.[21] U nedostatku centralizovanog zakonodavca od primarnog je značaja postići konsenzus na globalnom nivou o tome koje su norme kogentne prirode. Ovo bi svakako bio jedan od glavnih nedostataka postojećeg koncepta kogentnih normi. Pošto ni danas nemamo ustanovljenu listu kogentnih normi onda se, kao po običaju, poseže za praksom sudova i država. Tako deluje da se kogentnim smatraju načela iz Povelje Ujedinjenih nacija, ali da se tu njihova lista ne završava. Svakako bi se kao takva pravila, pored načela iz Povelje, mogla uvrstiti sloboda plovidbe otvorenim morem, zabrana vršenja torture, pravo na samoodbranu. Kada je reč o pravu na život, obzirom da se radi o osnovnom pravu čoveka trebalo bi očekivati da je i ova norma kogentnog tipa, ali postoje još uvek značajne države koje imaju ovu kaznu (SAD, Kina, Iran...), pa sve dok je tako teško je govoriti o kogentnom tipu ovog pravila. Budući da je na regionalnom planu u okviru Saveta Evrope u svim državama članicama ukinuta ova kazna može se reći da se radi o regionalnom kogentnom pravilu.

Tako se opravdano ukazuje na konceptualne nedostatke koji postoje kod ovih normi u smislu njihovog kreiranja i detektovanja.[22] Koliko su velika lutanja u pogledu detektovanja kogentnih normi može svedočiti sledeći primer. Naime zvanični odgovor Holandije Međunarodnom sudu pravde prilikom davanja savetodavnog mišljenja o samoproglašenoj nezavisnosti Kosova bio je sledeći: „obaveza da se poštuje i promoviše pravo na samoopredeljenje je kao i obaveza

[20] First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, International Law Commission Sixty-eighth session Geneva, 2 May-10 June and 4 July-12 August 2016.

[21] Statement by Spain, A/C.6/69/SR.21, para. 42.

[22] M. Petsche, Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order, 29 *Penn St. Int'l L. Rev.*, 2010-2011, 241.

da se države uzdrže od svake nasilne akcije koja bi sprečavala korišćenje tog prava po svojoj pravnoj prirodi peremptorna norma opšteg međunarodnog prava."[23] Upravo na ovom primeru može se videti koliko je u današnjoj međunarodnoj zajednici neophodno da dođe do ustanovljenja smernica za utvrđivanje kogentnih normi. Ukoliko do toga ne dođe onda će države, kao u ovom slučaju, proglašavati kogentnim normama nešto što teško može biti nazvano i pravnim pravilom. Naime pravo na samoopredeljenje je u Povelji Ujedinjenih nacija uvedeno u ciljeve Povelje sa jasnim razlogom, a to je podsticanje procesa dekolonizacije. Kada je vremenom došlo do gotovo potpunog okončanja ovog procesa, pravo na samoopredeljenje više ne može imati svoju spoljašnju formu, već je potrebno tumačiti ga u kontekstu unutrašnjeg samoopredeljenja.

Formalna prepreka za shvatanje prava na samoopredeljenje kao pravila međunarodnog prava jeste koncept ustanovljen Poveljom Ujedinjnih nacija prema kome je ova organizacija u obavezi da čuva teritorijalni integritet svake države članice. Sa materijalne strane manjkavost prava na samoopredeljenje jeste u tome što se ne zna jasno ko je titular prava na samoopredeljenje, kao ni kakva je procedura za ostvarenje tog prava. Na ovom primeru se vidi koliko problema nastaje zbog nedostataka jasnih granica u pogledu kogentnih pravila, već je državama prepušteno da procenjuju kada je neko pravilo kogentno, a kada nije. To je naročito opasno jer se radi o vrhovnim pravilima, čije je pravno dejstvo opšteg imperativnog tipa.

Da bi se na neki način institucionalizovalo otkrivanje kogentnih normi mora se dati jača formalna snaga odlukama Međunarodnog suda pravde. Kroz rad Komisije za međunarodno pravo, kao i kroz praksu reginalnih sudskih i kvazisudskih tela jasno je da Međunarodni sud pravde predstavlja nesumnjiv autoritet koji bi mogao da bude iskorišten i formalno predviđen kao mera za postojanje kogentnih pravila. Kao potvrda za ovakav predlog može se priložiti rezonovanje Međunarodnog suda pravde o kogentnoj prirodi zabrane vršenja torture u slučaju Belgija protiv Senegala: „prema mišljenju Suda zabrana torture je deo međunarodnog običajnog prava i postala je kogentna norma. Takva zabrana počiva na širokoj međunarodnoj praksi i svesti o pravnoj obaveznosti država. Postoji nekoliko međunarodnih instrumenata na univerzalnom planu koj se odnose na zabranu torture – Univerzalna deklaracija o pravima čoveka iz 1948, Ženevska konvencija o zaštiti žrtava rata, Pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966, Rezolucija Generalne skupštine 3452/30 iz 1975. godine o zaštiti svih osoba koje su žrtve torture i drugog nehumanog postupanja i kažnjavanja, a zabrana torture se nalazi u unutrašnjim zakonodavstvima skoro svih država, zbog svega nave-

[23] Kosovo Advisory Opinion, Written Statement of the Netherlands, 17 April 2009, 3.2.

denog smatra se da je ova norma apsolutno prihvaćena kako na međunarodnom, tako i na unutrašnjem planu."[24] Ovaj primer mogao bi da predstavlja uputnicu Komisiji za međunarodno pravo koja ima za zadatak da kogentne norme učini jasnijim i odredivijim, da preko empirijskih dokaza dođe do postojanja kogentnih normi i tako spreči svaku moguću politizaciju do koje može doći.

Kao donekle opravdana kritika koncepta pogentnih normi javljaju se autori koji koji ukazuju na nesumnjive nedostatke uspostavljenog koncepta. Oni idu čak dotle da tvrde da ova pravila postoje samo na papiru.[25] Iako su primedbe opravdane na osnovu prakse država i pre svih Međunarodnog suda pravde, ne bi se nikako moglo tvrditi da ova pravila ne postoje i ne primenjuju se. Ipak ne postoji ni idealna ravnoteža u pogledu jednog od nosećih pravila međunarodnog prava kogentnog karaktera – zabrani pretnje i upotrebe sile. Međunarodni sud pravde nedvosmisleno zabranu upotrebe sile u slučaju Nikaragva ocenjuje kao kogentno pravilo.[26] Pošto imperativne norme ne bi smele da trpe nikakva odstupanja, sama Povelja priznaje i prihvata pravo na individualnu i kolektivnu samoodbranu kao urođeno pravo svake države.[27] U praksi postoje i autori koji tvrde da se pravo na samoodbranu pojavljuje u svoja dva vida. Sa jedne strane radi se o pravu na samoodbranu kao običajnom pravnom pravilu i pravu na samoodbranu koje je uvršteno u Povelju kao jedno od osnovnih prava država. Kada je reč o pravu na samoodbranu kao običajnom pravilu onda neki autori smatraju da ono može da obuhvati i preventivnu samoodbranu od očekivanog i izvesnog napada.[28] Po

[24] ICJ, Belgium v. Senegal case, 2012;

[25] G. Christenson, Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society, 28 *Virginia Journal of International Law,* 1988, 585; M. Weisburd, The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, As Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina, 17 *Michigan Journal of International Law*, 1995 – 1996, 1.

[26] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua. v. United States), ICJ Reports 1986, p. 14, para. 190.

[27] Ništa u ovoj Povelji ne umanjuje urođeno pravo na individualnu ili kolektivnu samoodbranu u slučaju oružanog napada protiv člana Ujedinjenih nacija, dok Savet bezbednosti ne preduzme mere potrebne za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti. O merama koje preduzmu članovi pri vršenju ovoga prava na samoodbranu biće odmah izvešten Savet bezbednosti i one neće ni na koji način da dovedu u pitanje ovlašćenja i odgovornost Saveta bezbednosti da po ovoj Povelji preduzme u svako doba takvu akciju ako je smatra nužnom radi održanja ili vaspostavljanja me-đunarodnog mira i bezbednosti.

[28] Brunée and Toope, Slouching Towards New " Just " Wars: International Law and the Use of Force After September 11 th ' , 51 Netherlands Int'l LRev (2004) at 373; Wolfrum, The Attack of September 11, 2001, the Wars Against the Taliban and Iraq: Is there a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force an the Rules in Armed Confl ict?, 7 Max Planck Yearbk UN L (2003) 28 – 29; A.C. Arendt and R.J. Beck, International Law and the Use of Force (2003), at 71 –

njima ovo običajno pravilo egzistira paralelno i izvan sistema Ujedinjenih nacija. Autori koji se zalažu za prihvatanje preventivne samoobrane tvrde da je u slučaju sukoba kogentne norme (što je po njima običajna verzija prava na saoodbranu) i člana 51. Povelje koje predviđa ograničenja prava na samoodbranu, potrebno dati prevagu običajnom pravilu kogentnog tipa.[29] Ovakva koncepcija je neodrživa jer je Povelja ustavni akt međunarodne zajednice što potvrđuje član 103.[30] Iako je on koncipiran tako da se može odnositi na ugovore i pominje samo obaveze, a ne i prava, nema sumnje da su kreatori Povelje želeli da stvore akt koji će apsolutno obavezivati sve države, čak i one koje nisu članice ove organizacije.

Posle velikog terorističkog napada, na SAD i Svetski trgovinski centar od 11. septembra 2001. godine, veći broj autora je pokrenuo debatu o tome da je došlo do promena u pogledu običajnog pravila tako da se samoodbrana sada može preduzimati, ne samo prema drugim državama, već i prema privatnim licima i korporacijama.[31] Iako ne treba u potpunosti isključiti mogućnost da u nekom kratkom vremenskog periodu dođe do uspostavljanja kogentnih pravila, teško bi se mogla braniti teza da se u slučaju intervencija SAD posle 11. septembra 2001. godine, razvilo novo običajno pravilo o pravu na samoodbranu i to pre svega zato što nema opšte prihvaćenosti takvog pravila od strane dominantnog broja država, jer se zahteva da kogentno pravilo bude prihvaćeno i priznato od strane međunarodne zajednice kao celine.[32] Pored toga problematično je i pitanje da li se akcije privatnih lica i terorističkih organizacija mogu smatrati oružanim napadom u smislu tradicionalnog osnova za preduzimanje mera samoodbrane?[33] Jasno je da su postojeća pravila uspostavljena radi sprečavanja oružanih napada države

79; D.W. Bowett, Self Defence in International Law (1958), at 192. See also the dissenting opinion of Judge Schwebel, in the Nicaragua Case, at 347–348.

[29] Ulf Linderfalk, The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?, The European Journal of International Law Vol. 18 no.5, EJIL 2008, 861.

[30] U slučaju sukoba između obaveza članova Ujedinjenih nacija po ovoj Povelji i njihovih obaveza po nekom drugom međunarodnom sporazumu, prevagu će imati njihove obaveze po ovoj Povelji.

[31] Videti: Afghanistan Combat Zone Executive Order of 12 Dec. 2001, Sept. 19 was designated as the date of commencement of combat activities. See www.whitehouse.gov/news/releases.

[32] Član 53. Konvencije o ugovornom pravu.

[33] Videti: Stahn, International Law at a Crossroads? The Impact of September 11 , 62 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrrecht (2002) 203 – 214; Cassese, Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Categories of International Law , 12 EJIL (2001) 993; Franck, Terrorism and the Right of Self-Defense, 95 AJIL (2001) 839 – 843; Mégret, " War " ? Legal Semantics and the Move to Violence, 13 EJIL (2002) 361; Quénivet, The Legality of the Use of Force by the United States and the United Kingdom Against Afghanistan, 6 Austrian Rev Int'l and European L

protiv države, ali je u današnjim okolnostima potrebno elastično tumačiti takve odredbe, ako već ne može doći do njihove izmene. Problem je, međutim taj, što se mere samoodbrane preduzimaju izvan svoje teritorije, što je suprotno defanzivnoj prirodi prava na samoodbranu, kao i što se deluje na teriroriji druge države čime se vređa njen teritorijalni integritet suprotno slovu Povelje. Takva proširenja prava na samoodbranu nikako ne mogu da se uklope u formalni koncept Ujedinjenih nacija koji predstavlja dominantni režim.

Sistem Ujedinjenih nacija uređen je tako da je odluka o upotrebi sile rezervisana samo za Savet bezbednosti, ali je sprovođenje intervencija po odluci ovog organa prepušteno državama članicama ili organizacijama kje odredi Savet bezbednosti. Pošto se smatra da je zabrana pretnje i upotrebe sile običajno pravilo kogentnog tipa, onda bi svaka upotreba sile od strane država bila suprotna ovom pravilu.[34] Kako onda opravdati upotrebu sile od strane države koja je inicirana odlukom Saveta bezbednosti? U strogo formalnom smislu to bi bila povreda kogentne norme. Tako je međutim samo ako se zabrana pretnje i upotrebe sile posmatra izolovano od sistema Ujedinjenih nacija. Ukoliko se ovo kogentno pravilo posmatra u sistemu Povelje onda je jasno da se sistem kolektivne bezbednosti aktivira odlukama Saveta bezbednosti i da to nikako ne može biti povreda tog pravila. Autori koji tvrde suprotno zanemaruju činjenicu da treba praviti razliku između porekla nekog pravila, što je u ovom slučaju obiajno poreklo norme o zabrani pretnje i upotrebe sile, od njene pozitivnopravne egzistencije. Da bi pozitivnopravni režim kogentnih normi mogao da funkcioniše neophodno je prihvatiti činjenicu da je pravo koje proizlazi iz Povelje Ujedinjenih nacija pravo višeg tipa i da ga odlikuje ustavni karakter.[35]

Pored ovakvih ukazivanja na nedostatke postojećeg koncepta kogentnih normi postoje i autori koji relativizuju čak i pravilo o zabrani pretnje i upotrebe sile zalaganjem za postojanje humanitarne intervencije kojima se štite osnovna prava čoveka i grupa ljudi.[36] U međunarodnom pravu u proteklom periodu postoji čitava plejada autora koji zagovaraju opštu humanizaciju međunarodnog prava, ali je malo onih koji traže da se to čini sa dužnom pažnjom kako se ne bi

(2001) 205; Paust, Use of Armed Force Against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond, 35 Cornell Int'l LJ (2002) 533.

[34] Frowein and Krisch, ' Article 42', in B. Simma et al. (eds), The Charter of the United Nations. A Commentary (2nd edn., 2002), i, at 756–758.

[35] Cf. Fassbender, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, 36 Columbia J Transnat'l L (1998) 529–619; Dupuy, The Constitutional Dimension of the Charter Revisited, 1 Max Planck Yearbk UN L (1997), at 1.

[36] O. Spiermann, Humanitarian Intervention as a Necessity and the Threat or Use of Jus Cogens, 71 Nordic Journal of International Law, 2002, 523;.

narušila ravnoteža koja postoji na univerzalnom planu i ne dođe do preterane fragmentacije opštih pravila.[37] Ovo nas dovodi u jedno pitanje: Da li između kogentnih normi može postojati neki oblik hijerarhije? Ukoliko pođeno od strogo formalnog koncepta mora se zaključiti da među kogentnim normama nema hijerarhije, ali se time ne rešava pitanje njihovih međusobnih tenzija. Predpostavka je da su norme kogentnog karaktera međusobno usaglašene i da po prirodi stvari ne mogu postojati suprotstavljene kogentne norme. Deluje da je ispravan zaključak da između kogentnih normi nema hijerarhije.[38] Možda će precizniji odgovor na ovo pitanje dati Komisija za međunarodno pravo u svom daljem radu. Jedno od mogućih rešenja jeste da se napravi razlika između posledica ništavosti u slučaju sukoba sa kogentnim normama, pa je tako neophodno ostaviti takvu posledicu u pogledu dejstva na sve druge pravne akte u međunarodnom pravu, osima u slučaju međusobnog odnosa samih kogentnih normi. Time se izbegava jedna nelogičnost koja postoji u pozitivnom međunarodnom konceptu kogentnih normi u pogledu njihove potencijalne nesaglasnosti u apsolutnom smislu.

Nameće se zaključak da je "uticaj sudske prakse na kogentne norme ogroman."[39] Ova činjenica nikako ne bi smela da bude zanemarena i ono što je u praksi već prihvaćeno, a to je vodeća uloga Međunarodnog suda pravde u otkrivnju i formulisanju kogentnih pravila, trebalo bi jasnije podvući i na neki način formalizovati. Na takav način bi se ojačao globalni javni poredk u kome kogentne norme imaju najznačajniju ulogu. Danas su kogentne norme opšteg međunarodnog prava prepoznate kroz praksu u međunarodnoj zajednici, kroz jurisprudenciju kako međunarodnih tako i unutrašnjih sudova i tribunala, i u pravnoj doktrini."[40]

ZAKLJUČAK

Svako analiziranje kogentnih normi u pozitivnom međunarodnom pravu trebalo bi da predstavlja pokušaj pružanja opšteg osvrta na čitav sistem pravnih pravila i njihov međusobni odnos. To je veoma teško uraditi u okvirima jednog rada, ali postojala je težnja da se ukaže na neke osnovne probleme koji opterećuju

[37] Videti: R. Etinski, Potreba redefinisanja pojma ljudskih prava, Zbornik matice srpske za društvene nauke, br. 144, 3/2013, str. 483 – 496.

[38] M. Koskenniemi, Fragmentation of International La2V: Difficulties Arising from the Fragmentation and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 (13 April 2006), 168-169, para. 367.

[39] M. Koskenniemi, op. cit., 190, para. 377.

[40] ILC, Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook … 2001 vol. II, Part Two, 282;

pozitivni koncept kogentnih normi koji je uspostavljen još Konvencijom o ugovornom pravu iz 1969. godine. Činjenica da je Komisija za međunarodno pravo u proteklom periodu stavila na dnevni red pitanje kogentnih normi takođe je motivisano potrebom utvrđivanja jasnijih kriterijuma na njihovo otkrivanje i unošenje višeg nivoa pravne sigurnosti u poredak ovih pravila. Može se zaključiti da je opravdanost za unapređenjem kogentnih normi očigledna. U tom smislu je posebno važno nasloniti se na praksu pred Međunarodnim sudom pravde i okvirima koje je on postavio prilikom rešavanja slučajeva, ali i davanja savetodavnih mišljenja.

Trenutno ne postoji zadovoljavajući nivo konsenzusa u vezi jasnih kritetijuma za otkrivanje kogentnih normi, ali se barem može pronaći pretežni konsenzus u pogledu normi koje već imaju taj karakter. Narčito je važno prilikom svake dalje materijalnizacije uputstava u vezi otkrivanja kogentnih normi očuvati univerzalni međunarodni poredak na čijem su čelu kogentne norme. Ovde je posebno važno odoleti nekim težnjama o uspostavljanju fragmentisanog međunarodnog prava koji je u direktnoj koliziji sa opštim konceptom kogentnih normi i univerzalnog i objektivnog pravnog poretka.

Kao jedna od mogućnosti za unapređenje kogentnih pravila pojavila se i njihova barem delimična enumeracija koja je već uključena u rad Komisije za međunarodno pravo kada se radilo na temi fragmentacije međunarodnog prava, što će svakako pomoći u daljem unapređenju kogentnih pravila.[41] Dalji napori u unapređenju koncepta kogentnih normi moraju biti zasnovani na sudskoj praksi i praksi država, a potreba za unapređenjem svakako da psotoji. Svaki korak u tom pravcu doprineće stabilnosti međunarodnog poretka i sveukupnih odnosa između država.

[41] Tako se navode sledeće kogentne norme: 1. zabrana agresivne upotrebe sile, 2. pravo na samoodbranu, 3. zabrana genocida, 4. zabrana torture, 5. zločini protiv čovečnosti, 6. zabrana ropstva i trgovine robljem, 7. zabrana piraterije, 8. zabrana rasne diskriminacije i aparthejda, 9. zabrana nasilnih mera prema civilnom stanovništvu kao načelo međunarodnog humanitarnog prava, Martti Koskenniemi, Fragmentation of International La2V: Difficulties Arising from the Fragmentation and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 (13 April 2006) at 190, para. 377.

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

ASSESSMENT OF THE EXISTING CONCEPT OF JUS COGENS NORMS IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The paper analyzes the existing concept of ius cogens norms in international law and gives concrete proposals for its improvement. The author primarily points to the problems and difficulties that arise in the existing system of rules established by the 1969 Convention of Law of Treaties. Particular attention was paid to the problem of discovering the norms of ius cogens, their interrelation, the hierarchy of these rules.

It was pointed out that it is necessary to rely more on the order established by the Charter of the United Nations, but also the practice of the International Court of Justice. How much is a great need to improve the existing concept of cogent norms is shown by the work of the Commission for International Law. International Law Commission began to work on the precise rules of the ius cognes norms and should be expected to continue her work. Particular attention has been paid to the existence of inconsistencies in the already established ius cogens rules and some concrete solutions have been given to overcome such deficiencies.

The paper argues that the remarks made by certain authors on the need for the existence of the ius cogens of norms are substantiated and proposes the introduction of a framework list of legal rules of this nature.

IVANA KRSTIĆ

ZABRANA KOLEKTIVNOG PROTERIVANJA U PRAKSI EVROSPKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

UVOD

Zabrana proterivanja predstavlja dobroustanovljenu normu međunarodnog prava koja je prvi put oličena u članu 33. stav 1. Konvencije o statusu izbeglica,[1] a potom i u članu 3. stav 1. Konvencije protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih i ponižavajućih postupanja i kažnjavanja.[2] Ovaj princip prihvaćen je i u praksi Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na član 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima, kao i u praksi Komiteta protiv mučenja u odnosu na član 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, kojima se zabranjuje mučenje i drugi oblici zlostavljanja. Međutim, vremenom se nastala posebna norma međunarodnog prava ljudskih prava kojom se zabranjuje kolektivno proterivanje stranaca i čija primena postaje značajna u vreme masovnijeg priliva migranata na teritoriju jedne zemlje.

Dr Ivana Krstić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao u okviru projekta *Identitetski preobražaj Srbije* čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[1] Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189. Ovaj član uvodi jasnu zabranu državama da ne smeju "na bilo koji način, proterati ili vratiti silom, izbeglicu na granice teritorije gde bi njegov život ili sloboda bili ugroženi zbog njegove rase, vere, državljanstva, pripadnosti nekoj društvenoj grupi ili njegovog političkog mišljenja."

[2] Zakon o ratifikaciji konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, "*Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*", br. 9/91.

Četvti protokol uz Evropsku konvenciju, usvojen 1963. godine, prvi put zabranjuje kolektivno proterivanje.[3] Ovaj član donet je uz oslanjanje na član 9. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima koji zabranjuje arbitrarno proterivanje.[4] U evropskom sistemu zaštite ljudskih prava Povelja o osnovnim pravima u EU takođe uvodi ovu zabranu i to u članu 19. stav 1.[5] Član 19. zabranjuje kolektivno proterivanje, a potom pruža garanciju svakom licu da neće biti proterano u državu gde mu oprati opasnost po život i bezbednost. Prvi stav ima isto značenje i domašaj kao i član 4. Četvrtog protokola, jer pruža garanciju svakom licu da će odluka o udaljenju sa teritorije konkretne zemlje biti zanovana na posebnom ispitivanju svakog slučaja i da će sprečiti proterivanje lica koja imaju neke zajedničke karakteristike. Da oba člana imaju isti domašaj govori i član 52. stav 3. Povelje koji propisuje da u meri u kojoj Povelja sadrži prava koja odgovaraju pravu zajemčenom Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, značenje i obim tih prava istovetni su pravima utvrđenim Konvencijom, iako ova odredba ne sprečava da Povelja predvidi veći stepen zaštite.[6]

Imajući u vidu isti domašaj oba pomenuta člana, cilj ovog rada je da ispita značenje i domašaj člana 4, posebno u svetlu sve ekstenzivnije jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti.

Poreklo člana 4. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju

Kao što je već rečeno, zabrana kolektivnog proterivanja uvedena je u član 4. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju 1963. godine. Uvođenje ove odredbe inspirisano je masovnim proterivanjem ljudi tokom Drugog svetskog rata, iako se

[3] Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, Strasbourg, 16 November 1963, European Treaty Series no. 46.

[4] Na univerzalnom planu i UN Konvencija o zaštiti radnika migranta i članova njihove porodice zabranjuje u članu 22. stav 1. kolektivno proterivanje stranaca i nalaže da se svaki slučaj proterivanja individualno ispita i o njemu donese pojedinačna odluka.

[5] Pored navedenih izvora, još neki međunarodni dokumenti sadrže odredbu o zabrani kolektivnog proterivanja: član 26. stav 2 Arapske povelje o ljudskim pravima iz 2004; član 25. stav 4. Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama Komonvelta nezavisnih država iz 1995; član 12. stav 5. Afrička povelja o ljudskim i pravima naroda iz 1981.

[6] Važno je naglasiti da je pravo na ulazak u EU i boravak iz ekonomskih razloga, koji su sadržani u odredbama članova 45 do 56. Ugovora o osnivanju EU, a koji je podložan izuzecima na osnovu javne politike, javne bezbednosti i javnog zdravlja, koji ne mogu opravdati kolektivno proterivanje. Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner, Angela Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary,* Hart Publishing, 2014, p. 549.

pomenuti član ne odnosi na te događaje.[7] Parlamentarna skupština Saveta Evrope je predložila u svom nacrtu da se član 4. odnosi na garancije strancu koji zakonito boravi na teritoriji države ugovornice Evropske konvencije i koji može biti proteran samo ukoliko ugrozi nacionalnu bezbednost države na čijoj teritoriji boravi, ili postupa suprotno javnom poretku i moralu. Štaviše, ukoliko stranac zakonito boravi na teritoriji države ugovornice duže od 10 godina, može biti proteran samo iz razloga nacionalne bezbednosti ili zbog povrede javnog poretka i morala, ukoliko su takva dela "posebno ozbiljna."[8] Takođe, ovaj nacrt člana je predviđao da stranac koji najmanje 2 godine zakonito boravi na teritoriji države ugovornice ima pravo na delotvoran pravni lek u smislu člana 13. Evropske konvencije.

Ipak, Komitet ministara nije hteo da prihvati odredbe koje ograničavaju razloge za proterivanje. Umesto toga, Komitet je predložio da ovaj član glasi: "Zabranjeno je kolektivno proterivanje stranaca," a u cilju uvođenja zabrane kolektivnog proterivanja stranih državljana kojom se ne može opravdati mera kolektivnog proterivanja koja se već dešavala u prošlosti.[9] Zanimljivo je da Komitet nije hteo da uvede odredbu o individualnom proterivanju, smatrajući da nacionalni organi treba da procenjuju razloge za proterivanje i da ih u toj oblasti ne treba ograničavati.[10] S druge strane, Komitet je zauzeo stav da je važno uvesti zabranu kolektivnog proterivanja, koja se u jurisprudenciji Evropskog suda iskristalisala kao obaveza koja podrazumeva da stranci ne mogu biti udaljeni sa teritorije države ugovornice bez ispitivanja ličnih okolnosti svakog od njih, a time i mogućnosti da izlože svoje argumente pred relevantnim vlastima.[11]

Domašaj člana 4. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju

Imajući u vidu da Evropska konvencija samo uvodi zabranu kolektivnog proterivanja, a ne definiše ovaj pojam, Evropski sud je u svojoj praksi pošao od toga da kolektivno proterivanje podrazumeva svaku meru nacionalnih organa kojom se stranci kao grupa proteruju sa teritorije države ugovornice Evropske kon-

[7] Christoph Grabenwarten, *European Convention on Human Rights: Commentary*, Hart, 2014, p. 421.

[8] Explanatory report to the to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, p. 11; tekst je na engleskom dostupan na https://rm.coe.int/16800c92c0 (01.09.2017).

[9] *Isto*, stavovi 31, 33. Ovo tumačenje je naglašeno i u *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (VV), predstavka br. 27765/09, presuda od 23. februara 2012, stav 177.

[10] Explanatory Report, p. 12.

[11] *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (VV), stav 177.

vencije, osim ukoliko je takva mera doneta na osnovu "razumnog i objektivnog ispitivanja" svakog slučaja ponaosob, iako je stranac deo grupe koja se proteruje i iako se protiv njega donosi odluka koja je slična odluci drugih stranaca obuhvaćenih istom merom.[12] Ova definicija sadržana je u jednoj odluci Evropske komisije iz 1975. godine, koja je doneta na osnovu predstavke direktora jednog projekta za zaštitu dece, inače državljanina Federalne Republike Nemačke. On je tvrdio da je repatrijacija 199 dece iz Vijetnama na dansko ostrvo Livo predstavljalo kršenje zabrane kolektivnog proterivanja. Komisija se nije složila sa ovom ocenom jer je pronašla da je svaki slučaj pojedinačno ispitan.[13]

U svakom slučaju, ceniće se da li je lice imalo mogućnosti da izloži svoju argumentaciju protiv donošenja odluke o proterivanju pred nadležnim organom i na individualnoj osnovi.[14] Time je ovaj član povezan sa članom 13. Evropske konvencije koji podrazumeva postojanje pravnog leka koji može da spreči izvršenje mere koja je suprotna Evropskoj konvenciji i čiji su efekti potencijalno nepopravljivi. Tako nije u saglasnosti sa ovim članom ukoliko je mera izvšena pre nego što su nacionalne vlasti ispitale da li je ona u skladu sa standardima koji proizlaze iz prakse Evropskog suda.[15] Drugim rečima, to znači da pravni lek mora imati suspenzivno dejstvo.[16] U slučaju da pravni lek nema automatsko suspenzivno dejstvo, to ne znači da će i doći do povrede člana 13. u vezi sa članom 4. Četvrtog protokola kada lice ne tvrdi da postoji realni rizik od smrti ili zlostavljanja vraćanjem u konkretnu zemlju.[17] U toj situaciji, Evropska konvencija ne nameće apsolutnu obavezu državi da garantuje automatsko suspenzivno dejstvo, već zahteva da lice ima mogućnost da delotvorno preispita odluku o udaljenju pred nezavisnim i nepristrasnim tribunalom.[18] S druge strane, odsustvo domaće procedure kojom bi tražilac azila mogao da traži ispitivanje njegovog zahteva pre odluke o udaljenju, može takođe dovesti do povrede člana 13.[19] U nekim slučajevi-

[12] *Čonka v. Belgium*, stav 59. Ova definicija prvi put je pomenuta u jednom predmetu pred Evropskom komisijom. Videti *Becker v. Denmark*, Evropska komisija, predstavka br. 7011/75, odluka od 3. oktobra 1975.

[13] *Becker v. Denmark*, stav 216.

[14] *Sultani v. France*, predstavka br. 45233/05, presuda od 26. septembra 2007, stav 81.

[15] *Čonka v. Belgium*, stav 79.

[16] *Isto*, stavovi 77-85.

[17] *Khlaifia and Others v. Italy* [VV], stav 281.

[18] *Isto*, stav 279.

[19] *Hirsi Jamaa v. Italy* [VV], stavovi 201-207; *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, stavovi 240-243.

ma će čak postojati direktna veza između onemogućavanja lica da podnese zahtev za azil i pristupa procedurama koje ispunjavaju uslove iz člana 13. Evropske konvencije.

Sam izraz proterivanje (eng. expulsion) ima isto značenje kao i reč upotrebljena u članu 3. Četvrtog protokola kojim se zabranjuje proterivanje državljana, uključujući i apatride,[20] i podrazumeva "udaljiti sa mesta",[21] bez obzira na to kako se određena mera naziva u nacionalnom pravu. Takođe, ne odnosi se na individualne slučajeve proterivanja, koji su obuhvaćeni članom 1. Sedmog protokola ukoliko lice zakonito boravi na teritoriji države ugovornice. Važno je samo da su lica prisilno udaljena sa teritorije države ugovornice Evropske konvencije.[22]

Takođe, iako se najveći broj predmeta odnosi na strance koji se već nalaze na teritoriji država ugovornica, ovaj član ima i ekstrateritorijalnu primenu jer je Evropski sud pronašao da tekst člana i pripremni radovi (*travaux préparatoires*) ne isključuju njegovu primenu na situacije kada se lice nađe izvan teritorije države ugovornice, ali pod njenom jurisdikcijom.[23] Ovo je veoma važno jer savremeni migrantski tokovi i reakcija država na povećan priliv migranata često dovodi do primene tzv. *push back* faktora, posebno na moru.

Takođe, važno je pomenuti da se ova odredba ne odnosi samo na strance koji zakonito borave na teritoriji države ugovornice, poput nekih drugih članova iz Evropske konvencije, već i na one koji su tu nezakonito, makar se nalazili kratko vreme u tranzitu.[24] Drugim rečima, pomenuti član se primenjuje na tražioce azila,[25] izbeglice, ali i na neregularne migrante.[26]

---

[20] David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press (3rd. ed.), 2014, p. 961.

[21] Videti *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], § 174.

[22] *Khlaifia and Others v. Italy* [GC], §§ 243-244.

[23] Važno je pomenuti da je Evropski sud naglasio da će se ovaj član uglavnom primeniti na situaciju koja se dešava na teritoriji države ugovornice, ali se može primeniti i na situacije koje se događaju izvan teritorije države, kada ona vrši ekstrateritorijalnu nadležnost i kolektivno proteruje strance, onemogužavajući im pristup teritoriji, a time i postupku azila. Videti *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [VV], stavovi 169-182.

[24] *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [VV], stav 174. Za razliku od ovog člana, član 2. Četvrtog protokola i član 1. Sedmog protokola se odnose samo na strance koji zakonito borave na teritoriji države ugovornice Evropske konvencije.

[25] Videti, na primer, *Čonka v. Belgium*, predstavka br. 51564/99, presuda od 5. februara 2002.

[26] *Georgia v. Russia (no. I)* [VV], predstavka br.13255/07, presuda od 3. jula 2014, stav 170. Videti i Article 4 of the final Committee draft, p. 505, 34.

Slučajevi pred Evropskim sudom

Član 4. Četvrtog protokola jedan je od retkih odredbi Evropske konvencije koji nisu često bili na razmatranju pred Evropskim sudom. Ipak, do promene je došlo sa padom Berlinskog zida, koja je po Houliju (*Howley*) uslovila veću pokretljivost ljudi preko međunarodnih granica, a time dovela i do novih vidova kolektivnog proterivanja.[27] Poslednjih godina situacija se još značajnije menja, na šta utiče kriza sa migrantima i veliki broj situacija u kojima se stranci proteruju sa teritorije države ugovornice. Već je rečeno da se ovaj član primenjuje kako na situacije u kojima se lice već nalazi na teritoriji države ugovornice, tako i na situacije u kojima granična policija ne dozvoljava pristup teritoriji.[28]

Konačno, član 4. ne može biti podložan fakultativnim ograničenjima, već može biti samo derogiran (stavljanjen van snage) u slučaju rata ili neposredne ratne opasnosti, a u smislu značenja člana 15. Evropske konvencije.[29]

Slučajevi u kojima je Evropski sud pronašao povredu člana 4. – U svega nekoliko slučajeva Evropski sud je pronašao da je došlo do povrede člana 4. Četvrtog protokola, ali je u tim predmetima utvrdio jasne standarde koji se primenjuju na ovaj član.

Slučajevi u kojima su se kristalisali standardi vezano za član 4. Evropske konvencije. – Prvi slučaj u kojem je Evropski sud pronašao da je došlo do kolektivnog proterivanja bio je slučaj *Čonka protiv Belgije* iz 2002. godine.[30] U ovom predmetu, podnosioci predstavke su slovački državljani romskog porekla koji su 1998. tražili azil u Belgiji zbog učestalih rasističkih napada skinhedsa u zemlji porekla, na koje je izostala reakcija i zaštita policije. Belgijske vlasti su odbile zahtev u martu 1999. smatrajući da nisu izneti dokazi da bi rizikovali svoje živote povratkom u Slovačku. Njihova žalba na ovu odluku je odbijena, a a odluka o deportaciji je doneta samo na osnovu činjenice da su u Belgiji boravili duže od 3 meseca. U septembru 1999. oni su dobili obaveštenje da treba da dođu u policijsku stanicu, kako bi kompletirali zahtev za azil. U stanici su dobili nove odluke o udaljenju i bili su lišeni slobode od 29. septembra do 5. oktobra 1999, kada su odvedeni na vojni aerodrom i udaljeni sa teritorije Belgije. U ovom predmetu, Evropski sud je pronašao da primenjena procedura nije obezbeđivala dovoljno garancija da će

[27] JD Howley, Unlocking the Fortress: protocol No. 11 and the Birth of Collective Expulsion Jurisprudence in the Council of Europe System, *Geographical Immigration Law*, vol. 21, p. 111.

[28] *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, predstavka br. 16643/09, presuda od 21. oktobra 2014, stavovi 210-213.

[29] Christoph Grabenwarten, *op. cit.*, p. 422.

[30] *Conka v. Belgium*.

lične okolnosti svakog lica biti individualno i ozbiljno uzete u razmatranje. Sud je posebno uzeo u obzir da ova procedura nije otklonila sumnju da proterivanje ne bi bilo "kolektivno". Šta je sve Evropski sud uzeo u ozbir?

Evropski sud se oslonio na sledeće činjenice: 1. pre nego što su podnosioci predstavke deportovani sa teritorije Belgije, vlasti su najavile da će biti ovakvih operacija u narednom periodu; 2. svi stranci su bili u obavezi da posete policijsku stanicu u isto vreme; 3. naredbe o hapšenju i udaljenju su bile identične; 4. podnosiocima predstavke je bilo jako teško da stupe u kontakt sa advokatom; 5. azilna procedura nije bila okončana; 6. vlasti su u raznim dokumentima ukazivale na problem povećanja broja tražilaca azila iz Slovačke i na akcije koje su usmerene na njihov kolektivni povratak (*collective repatriation*).

Iako je slučaj bio više nego jasan, presuda u konkretnom slučaju nije doneta jednoglasno. Tako su neke sudije istakle da činjenica da su naredbe o udaljenju sa teritorije Belgije izdate u odnosu na grupu i da je oko 70 stranaca zajedno proterano (avionom) ne znači da je u pitanju "kolektivno proterivanje".[31] Oni su posebno uzeli u obzir da su lične okolnosti svakog stranca tri puta razmatrane i to u periodu od 3.marta do 29. septembra 1999. godine. Takođe, oni su bili mišljenja da član 4. Evropske konvencije ne sprečava države da radi ekonomičnosti i efikasnosti proteraju lica u istu zemlju na kraju postupka. Interesantno je da u ovom slučaju nije pokrenuto pitanje povrede člana 14. Evropske konvencije, posebno imajući u vidu diskriminatorne prakse prema Romima koje su prisutne u mnogim evropskim državama, uključujući Slovačku.[32] Posebno je jasno iz svih okolnosti slučaja da je mera proterivanja izvršena kao posledica diskriminatorne prakse prema Romima u Slovačkoj, a koja ima svoje duboke korene još od 15 veka.[33]

Drugi slučaj odnosio se na 11 migranata iz Somalije i 13 iz Eritreje, koji su u maju 2009. napustili Libiju.[34] Italijanske vlasti su presrele brod na otvorenom moru i prisilile ga da se vrati nazad u Libiju. Tom prilikom, italijanske vlasti nisu sprovele identifikacionu proceduru, niti su individualno ispitale okolnosti vezane pojedinačno za svakog migranta. Štaviše, vojne vlasti na brodu nisu bile obučene da sprovedu intervjue i saslušaju migrante, kao što na brodu nisu bili pri-

[31] Partly dissenting opinion of Judge Jungwiert, joined by Judge Küris.

[32] Za istu kritiku videti Daniel Rietiker, Collective Expulsion of Aliens: The Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of in Stormy Times, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 39, 2016, p. 661.

[33] O proterivanju Roma videti više u Jacob D. Howley, Unlocking the Fortress: Protocol No. 4 and the Birth of Collective Expulsion Jurisprudence in Council of Europe System, *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 21, 2006, 2006, p. 112.

[34] *Hirsi Jamaa and Others v. Italy.*

sutni ni prevodioci i pravni savetnici. Značajno, Evropski sud je pronašao da se u konkretnom slučaju može uzeti da podnosioci predstavke dolaze pod domašaj člana 1. Evropske konvencije jer su bili pod kontinuiranom i ekskluzivnom *de jure* i *de facto* kontrolom italijanskih vlasti.[35] Evropski sud je zaključio da je jasno da je pojam "proterivanje" u principu teritorijalan jer se najčešće dešava na teritoriji države ugovornice. Ipak, to ne predstavlja prepreku da se prihvati da je vršenje ekstrateritorijalne nadležnosti u konkretnom slučaju imalo formu kolektivnog proterivanja.[36] U suprotnom, na vršenje vlasti na otvorenom moru ne bi se primenila Evropska konvencija koja nameće obavezu državama da obezbede svakom licu prava i slobode garantovane ovim međunarodnim instrumentom.[37] Tako je Evropski sud pronašao da je vršenje esktrateritorijalne jurisdikcije od strane države u konkretnom slučaju bilo u formi kolektivnog proterivanja.

U jednom od novijih slučajeva protiv Rusije, a na osnovu međudržavne predstavke, Evropski sud se bavio odlukom ruskih sudova da proteraju hiljade gruzijskih državljana.[38] Po oceni gruzijske vlade, radio se o 4.600 odluka o proterivanju gruzijskih državljana za period septembar 2006. – januar 2007. godine. Od tog broja, u 2.300 slučajeva radilo se o prinudnom udaljenju, dok su ostala lica napustila Rusiju koristeći sopstvena sredstva.[39] Evropski sud je pronašao da iako je sudska odluka doneta za svako lice, ponašanje tokom procedure udaljenja lica sa teritorije Rusije, kao i broj proteranih lica, ukazuje na to da individualne odluke nisu mogle biti razumno i objektivno ispitane za svakog pojedinca.[40] Štaviše, Rusija je primenila politiku hapšenja, pritvaranja i proterivanja gruzijskih državljana i Evropski sud nije mogao da ne utvrdi povredu, i pored toga što države imaju pravo da usvoje soptvene migratorne politike.[41] Evropski sud je posebno poklonio pažnju na dopise vlasti kojima je traženo od službenika da identifikuju gruzijske državljane koji nezakonito borave u Rusiji, kao i da identifikuju gruzijsku decu u ruskim školama. Iako je odluka doneta govoto jednoglasno, interesantno je pomenuti da je ruski sudija Dedov smatrao da je Sud primenio veoma

[35] *Isto,* stav 81.

[36] *Isto*, stav 178.

[37] Na osvom mestu Evropski sud upućuje na *Medvedyev and Others v. France* (VV), predstavka br. 3394/03, presuda od 29. marta 2010, stav 81.

[38] *Georgia v. Russia* (no. I) (VV). Videti i *Berdzenishvili and Others v. Russia, predstavke br.* 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 i 16706/07, presuda od 20. decembra 2016; *Shioshvili and Others v. Russia*, predstavka br. 19356/07, presuda od 20. decembra 2016.

[39] Daniel Rietiker, *Op. cit*., p. 662.

[40] *Georgia v. Russia,* stav 175.

[41] *Isto*, stav 177.

kontroverzan pristup utvrđivanju činjenica i proceni dokaza koje su iznele visoke strane ugovornice.[42]

Iste godine, Evropski sud je razmatrao još jedan slučaj protiv Italije i Grčke.[43] Ovde su Italijanske vlasti deportovale državljane Avganistana u Grčku, tvrdeći da je na osnovu Dablin II[44] regulative ova zemlja nadležna da ispita njihove zahteve za azil. Evropski sud je istakao da su italijanske vlasti morale da sprovedu individualizovanuprocenu situacije svakog podnosioca predstavke, kako bi ustanovile da Grčka ima nadležnost da odlučuje o zahtevu, pre nego što ih je deportovala. Sud je posebno naglasio da kolektivni i nediskriminatorni povratak s pozivanjem na Dablin sistem može biti opravdan jedino kada se primenjuje u skladu sa standardima sadržanim u Evropskoj konvenciji.[45] Sud zaključuje da povratak bez odlaganja, koji se može smatrati kolektivnim i nediskriminatornim, predstavlja povredu člana 4. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju.[46] Sud je posebno uzeo u ozbir izveštaje intervenijenata u postupku, koji jasno ukazuju na nediskriminatorni povratak italijanskih graničnih vlasti u lukama na Jadranskom moru u Grčku, koje je učinjeno bez poštovanja supstantivnih i proceduralnih prava. Prema ovim izvorima, od dobre volje granične policije je zavisilo da li će stranac biti u mogućnosti da stupi u kontakt sa prevodiocima i službenicima koji mogu da im pruže minimalne informacije o azilnim procedurama. Međutim, mnogo su bile češće situacije u kojima su oni tražili od kapetana brodova da ih vrati u Grčku.

Slučaj Klaifija i drugi protiv Italije. – U 2016. godini, Evropski sud za ljudska prava odstupa od do tada konzistentne jurisprudencije u odnosu na član 4. Četvrtog protokola, razmimoilaženjem u stavovima sa većem koje je o ovom predmetu prethodno odlučivalo. U pitanju je predmet *Klaifija i drugi protiv Italije*, gde su tri državljana Tunisa pokušala da se domognu italijanske obale u septembru 2011. godine (u vreme tzv. Arapskog proleća). Italijanska obalna straža je uzaptila brod na kojem su se podnosioci predstavke nalazili i prebacila ih je na ostrvo Lampeduzu. Tamo su prebačeni u prihvatni centar zbog registracije i smešteni su u prenatrpane prostorije sa neodgovarajućim sanitarijama, neadekvatnim mestom za spavanje i bez mogućnosti kontakta sa spoljnim svetom usled konstantnog policijskog nadzora. Prihvatni centar je delimično uništen u požaru, a oni su odvede-

[42] Dissenting Opinion of Judge Dedov.

[43] Ovde se misli na *Sharifi and Others v. Italy and Greece*.

[44] Više o Dablin konvenciji, Dablin II i Dublin III regulativi, kao i o tzv. Dablin slučajevima pred Evropskim sudom za ljudska prava videti Ivana Krstić, Bojana Čučković, Praksa Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na primenu Dablin regulative, *Pravni život* br. 12/2016, str. 103 - 122.

[45] *Isto,* stav 223.

[46] *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, stav 223.

ni na sportski teren. Nakon toga su uspeli da pobegnu i učestvuju u demonstracijama, zajedno sa drugih 1.800 migranata. Tokom demonstracija su uhapšeni i odvedeni u Palermo, gde su smešteni na brodove u prenatrpanim prostorijama, sa veoma ograničenim pristupom toaletima. Na brodu im nisu pružene nikakve informacija, a policijski službenici su ih konstantno vređali. Posle 5 do 7 dana odvedeni su na aerodrom, gde su uz pomoć tunižanskog konzula identifikovani i deportovani u zemlju porekla, na osnovu bilateralnog sporazuma između dveju zemalja.

Veće Evropskog suda za ljudska prava[47] je u konkretnom slučaju pronašlo povredu člana 4. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju, iako je postojala individualna odluka o njihovom udaljenju sa teritorije Italije. Sud je uzeo u ozbir da su odluke bile identične, bez ikakvog ukazivanja na lične okolnosti podnosilaca predstavke, oni nisu pojedinačno intervjuisani, veliki broj pojedinaca istog porekla je u isto vreme podvrgnuto istom rezultatu, a bilateralni sporazum sa Tunisom predstavljao je osnov za povratak nelegalnih migranata primenom pojednostavljene procedure samo na osnovu proste identifikacije pojedinca.[48] Sud je uzeo u ozbir da su podnosioci predstavke, za razliku od slučaja *Hirsi Džama,* prošli kroz identifikacionu proceduru. Međutim, Sud je zaključio da prosto uvođenje identifikacione procedure nije samo po sebi dovoljno da bi se zaključilo da nije bilo kolektivnog proterivanja.[49] Sud je pronašao i da je došlo do kršenja člana 13. Evropske konvencije, uzete zajedno sa članom 4. Četvrtog protokola, jer podnosioci predstavke nisu imali obezbeđen delotvoran pravni lek koji bi imao automatsko suspenzivno dejstvo.[50] Ipak, dvojica sudija nisu se saglasila sa odlukom većine sudija.[51] Oni su smatrali da je koncept kolektivnog proterivanja shvaćen suviše široko i da nije u skladu sa obrazloženjem odluke datim u prethodnim slučajevima. Po njihovom mišljenju, da bi proterivanje bilo "kolektivno" ono mora ili da se odnosi na grupu pojedinaca koji imaju iste identitetske karakteristike (na primer etničko poreklo), ili da se odnosi na grupu pojedinaca koji nisu prošli kroz individualnu identifikaciju od strane vlasti. Ovakav stav sudije koje su izdvojile mišljenje čini se veoma restriktivnim.[52] Naime, kolektivno proterivanje će postojati u situaciji kada lica koja se proteruju imaju neke iste karakteristike, od-

[47] *Khlaifia and Others v. Italy*, predstavka br. 16483/12, presuda od 1. septembra 2015.

[48] *Isto*, stav 156.

[49] *Isto,* stav 156.

[50] *Isto,* stav 172.

[51] Dissending opinion of judges Sajó and Vucinic.

[52] Za istu kritiku videti Ana Rita Gil, Collective Expulsions in times of migratory crisis: Comments on the Khlaifia case of the ECHR, 11 February 2016, dostupno na http://eumigration-

nosno kada zapravo postoje diskriminatorne prakse koje su zasnovane na nekom ličnom svojstvu. Ovaj problem je primetan u slučaju *Čonka,* u kojem Evropski sud uopšte nije razmatrao postojanje diskriminatorne mere. Međutim, kolektivno proterivanje postoji i onda kada vlasti proteruju grupu pojedinaca bez procene njihove situacije i takav stav je upravo došao do izražaja u pomenutom slučaju protiv Slovačke, ali i u *Hirsi Džama* i *Šarifi*, gde su pojedinci delili ne lične karakteristike, već iste okolnosti dolaska na teritoriju države ugovornice.

Slučaj je završio na razmatranju pred Velikim većem, koje je jednoglasno donelo odluku po ovom pitanju, što se u praksi retko dešava.[53] Veliko veće je došlo do nekoliko zaključaka. Prvo, nije neophodno da se garantuje individualni intervju u svim okolnostima, posebno ne kada je svaki stranac imao "stvarnu i delotvornu mogućnost" da podnese argumente protiv mere udaljenja i kada su ti argumenti mogli da budu ispitani na odgovarajući način od strane nadležnih organa.[54] U konkretnom slučaju, Sud je pronašao da su podnosioci predstavke prošli kroz identifikaciju u dva navrata, da je ustanovljeno njihovo državljanstvo i da su u svakom trenutku imali mogućnost da podnesu argumente protiv mere udaljenja, da su to želeli. Iako su u konkretnom slučaju odluke bile isto napisane (samo sa izmenom ličnih podataka), one su posledica toga da lica nisu imala važeću putnu ispravu i što nisu tvrdila da su u zemlji porekla progonjena po nekom osnovu, niti da imaju strah da bi povratkom u zemlju porekla bila izložena zlostavljanju. Zato je bilo razumno očekivati da odluke budu jednostavne i standardizovane. Drugo, proterivanje nije kolektivno po svojoj prirodi i pored simultanih povrataka sva tri podnosioca predstavke, jer je ono samo posledica njihovih individualizovanih naredbi za udaljenje sa teritorije Italije.[55] Takođe, Sud je pojasnio da član 4. Četvrtog protokola ne garantuje pravo na individualni intervju u svim okolnostima, već je dovoljno da je svaki stranac imao stvarnu i delotvornu mogućnost da podnese svoje arumente protiv odluke o proterivanju, i kada su te argumenti ispitale nadležne vlasti na odgovarajući način.[56]

Ipak, jedan sudija je izdvojio svoje mišljenje.[57] Sudija Serhides (*Serghides*) je smatrao da ovakva interpretacija "kolektivnog proterivanja" predstavlja odstupanje od ranije dobro ustanovljene prakse Suda. On je posebno tvrdio da je cilj

lawblog.eu/collective-expulsions-in-times-of-migratory-crisis-comments-on-the-khlaifia-case-of-the-echr/ (15.09.2017).

[53] *Klaifia and Others* (VV), predstavka br. 16483/12, presuda od 15. decembra 2016.

[54] *Isto*, stav 248.

[55] *Isto*, stav 249-254.

[56] *Isto*, stav 248.

[57] Partialy dissending opinion of judge Serghides.

člana 4. Evropske konvencije da spreči proterivanje stranaca u kolektivnom maniru bez ispitivanja pojedinačnih okolnosti slučaja u vidu personalnog intervjua. Po njemu je ovakva odluka problematična jer ne uzima u ozbir obaveznu prirodu proceduralne obaveze da vlasti obave individualni intervju, čime vlastima daje diskreciono pravo i umanjuje nadzornu ulogu Evropskog suda. Ovakva kritika se čini ispravnom, posebno u svetlu sve češćeg kršenja obaveze države da u vreme masovnijih priliva migranata svakom licu omogući pristup proceduri azila i individualnom ispitivanju slučaja.

Primeri u kojima nije utvrđena povreda člana 4. Četvrtog protokola

Evropski sud je utvrdio standarde primene člana 4. Četvrtog protokola i u slučajevima u kojima nije pronašao povredu Evropske konvencije.[58] Tako je u jednom predmetu protiv Francuske Sud pronašao da su okolnosti podnosioca predstavke pojedinačno ispitane.[59] Ovde je lice bilo u prilici da iznese argumente protiv odluke o udaljenju, a vlasti su uzele u obzir ne samo opštu situaciju u Avganistanu, već i njegove izjave koje se odnose na njegovu ličnu situaciju i rizik kojem bi bio izložen povratkom u zemlju porekla. Takođe, u jednom slučaju protiv Švedske, vojni dezerter iz Bosne i Hercegovine deportovan je iz Švedske zajedno sa drugim bosanskim Hrvatima.[60] Evropski sud je u ovom slučaju naglasio da činjenica da veći broj stranaca prima sličnu odluku ne može dovesti do zaključka da je došlo i do kolektivnog proterivanja, ukoliko je svako lice imalo mogućnosti da predstavi svoje argumente protiv ove odluke pred nadležnim organima.[61] Kada je licu omogućeno individualno ispitivanje, neće biti povrede člana 4. Četvrtog protokola čak i kada je više lica zajedno odvedeno u policijsku stanicu, kada su deportovana u grupi i kada su odluke o deportovanju slično formulisane i nisu ukazale na ranije odluke iz azilne procedure.[62]

---

[58] Detaljnije o ovim predmetima videti u Dragoljub Popović (ur.), *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd, 2017, str. 700-701.

[59] *Sultani v. France,* stavovi 81-84.

[60] *Prjanko v. Sweden* (neobjavljena odluka), navedeno prema JD Howley, Unlocking the Fortress: Protocol No. 11 and the birth of Collective Expulsion Jurisprudence in the Council of Europe System', *Georgetown Immigration Law Journal*, Volume 21, Issue 1, 2006, p. 120.

[61] Videti i *Andric v. Sweden,* predstavka br. 45917/99, odluka od 23. februara 1999.

[62] *M.A. v. Cyprus,* predstavka br. 41872/10, odluka od 23. jula 2013, stavovi 252-255.

Posebno je zanimljiv slučaj *Beriša i Haljiti protiv Makedonije*,[63] gde je bračni par tvrdio da su izloženi kolektivnom proterivanju jer su vlasti dodnele jednu odluku o njihovom proterivanju, bez razumnog i objektivnog ispitivanja posebnih okolnosti slučaja za svakog od njih. Ipak, Evropski sud je smatrao da su vlasti donele jednu odluku za bračne partnere kao posledica njihovog ponašanja jer su oni zajedno došli u Makedoniju, zajedno su podneli zahtev za azil i zajedno su podneli žalbu na odbijajuću odluku.[64] Drugim rečima, ništa u ovom slučaju nije ukazivalo na postojanje kolektivnog proterivanja. Do sličnog zaključka je Evropski sud došao i u jednom predmetu protiv Grčke, gde je 46 grčkih državljana stiglo na protest protiv G-8 grupe koji se održavao u Italiji.[65] Oni su tvrdili da ih je policija uhapsila i proterala u Grčku. Međutim, Evropski sud je smatrao da ovo nije bio slučaj kolektivnog proterivanja jer lica nisu htela da pokažu identifikacione dokumente i nisu sarađivala sa vlastima, zbog čega su i proterana.

ZAKLJUČAK

Iako nekoliko međunarodnih instrumenata sadrži odredbu o zabrani kolektivnog proterivanja, član 4. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju predstavlja najvažniji izvor ove zabrane, imajući u vidu još uvek siromašnu, ali sve intenzivniju juriprudenciju Evropskog suda za ljudska prava. Zbog proliferacije međunarodnih normi i sistema zaštite ljudskih prava, važno je napomenuti da član 19. stav 1. Povelje o osnovnim pravima u EU ima isti domašaj kao i član 4. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju, što obezbeđuje njihovu ujednačenu primenu.

Evropski sud je definisao u svojoj praksi šta se podrazumeva pod kolektivnim proterivanjem. Pomenutim članom se garantuje da će svaki stranac na teritoriji države ugovornice Evropske konvencije dobiti razumno, objektivno i delotvorno ispitivanje njegovog slučaja. Ovaj član odnosi se kako na lica koja zakonito borave na teritoriji jedne zemlje, tako i na ona koja tu borave bez pravnog osnova. Značenje ovog izraza određeno je još u praksi Evropske komisije 70-ih godina prošlog veka i zadržano je do danas, ali je važno naglasiti da je Evropski sud proširio domašaj člana 4. time što je priznao njegovu ekstrateritorijalnu nadležnost.

[63] *Berisha and Haljiti v. FYROM*, predstavka br. 18670/03, delimična odluka o prihvatljivosti od 16. juna 2005.

[64] *Isto,* stav 2.

[65] *Dritsas and Others v. Italy*, predstavka br. 2344/02, odluka od 1. februara 2011. See also *Abdi Ahmed and Others v. Malta*, predstavka br. 43985/13, odluka od 16. septembra 2014.

Ovakav pristup odgovara savremenim migratornim tokovima i pokušajima ulaska migranata u EU morskim putem. S druge strane, presuda Velikog veća u slučaju *Klaifija* odstupa od ranije jurisprudencije Evropskog suda i zauzima veoma restriktivan pristup u proceni da li je bilo kolektivnog proterivanja. Čini se da je ispravan nalaz veća da prosto uvođenje identifikacione procedure nije samo po sebi dovoljno da bi se zaključilo da nije bilo kolektivnog proterivanja. Evropski sud mora biti pažljiv kada prihvata da su lica imala prilike da zatraže azil i ukažu na okolnosti zbog kojih izražavaju bojazan da će povratkom u zemlju porekla biti progonjena. U velikom broju situacija migranti nemaju pristup postupku azila, niti bilo kakvu pravnu pomoć i usluge prevodilaca, a često ne žele da uđu u postupak azila u određenoj zemlji jer ih to onemogućava da stignu do željene destinacije. Mešoviti migratorni tokovi, koji su odlika savremenih kretanja, ukazuju na potrebu postupanja sa dužnom pažnjom i izbegavanja ispunjavanja proste forme, a Veliko veće zauzelo je upravo formalistički pristup, bez ocene realne situacije i mogućnosti koje su stajale na raspolaganju podnosiocima predstavke.

Ipak, treba pohvaliti pristup Evropskog suda da se pojedincima prizna ovo pravo i u slučaju onemogućavanja pristupa azilnoj proceduri. Analiza Nacrta članova o proterivanju stranaca Međunarodne pravne komisije iz 2014. godine čini se da ima uži domašaj od člana 4. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju.[66] Član 9. Nacrta predviđa da je kolektivno proterivanje stranaca zabranjeno i da podrazumeva proterivanje stranaca kao grupe.[67] Tako je država u obavezi da protera lice sa svoje teritorije samo na osnovu procene svakog slučaja i svakog člana grupe, a ovaj režim ne dira u pravila međunarodnog prava koja se primenjuju na proterivanje stranaca u vreme oružanog sukoba u kojem učestvuje država koja proteruje strance.[68] Međutim, kada se pogleda član 2. Nacrta koji definiše "proterivanje", može se zaključiti da se on odnosi samo na ponašanje države kojim od pojedinca traži da napusti teritoriju države, a ne i na ekstradiciju, predaju lica međunarodnom krivičnom sudu ili tribunalu, odnosno neprihvatanju pojedinca na teritoriju države. Na osnovu ovoga se može zaključiti da član 4. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju pruža veći stepen zaštite od režima priznatog međunarodnim javnim pravom jer se odnosi i na situacije neprihvatanja pojedinca na teritoriju države ugovornice, a ne samo na situacije proterivanja sa njene teritorije.

---

[66] Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries, 2014, ILC, dostupno na *http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_12_2014.pdf* (1.9.2017).

[67] Član 9. stavovi 1 i 2.

[68] Član 19. stav 4.

IVANA KRSTIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

THE PROHIBITION OF COLLECTIVE EXPULSION IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

In an era of a great influx of migrants, states are using push back factors in order to prevent migrants from entering or staying at their territory, due to which provisions prohibiting collective expulsion today represents a cornerstone of migrant protection. This paper mentions different sources on the prohibition of collective expulsion, with special focus to Article 4 of the Protocol No. 4 of the European Convention on Human Rights, which has the same scope as Article 19, par. 1 of the EU Charter of Fundamental Rights.

Article 4 is elaborated in the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR), defining collective expulsion as any measure compelling aliens as a group to leave the country. It requires that State Parties provide reasonable, objective, and effective examination of each individual case. Therefore, the core purpose of the Article is to prevent States from being able to remove a certain number of aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority. Also, the ECtHR accepts that this provision has an extratteritorial application. In addittion, this provision applies to all aliens – refugees and other foreigners lawfully residing on the territory of certain state, as well as to illegal migrants.

Although the case-law of the ECtHR was consistent in relation to Article 4, the Grand Chamber has applied a more restrictive approach in 2016 in *Klaifia* case, which is criticized by the author. On the other side, the author suggests that the scope of this provision is wider than the regime accepted by general international law, as the 2014 Draft articles on the expulsion of aliens, adopted by the International Law Commission, limits application only to aliens residing on the territorty of certain state.

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ

SEDAM DECENIJA MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE UJEDINJENIH NACIJA

PROLEGOMENA

Još u toku Drugog svetskog rata, države savezničke koalicije, a posle i članice Ujedinjenih nacija postigle su saglasnost o ustanovljavanju jednog međunarodnog suda koji je, *inter alia*, trebalo da bude nadležan da rešava sporove između država. Nastavljajući se na tradiciju Stalnog međunarodnog suda pravde koji je delovao u okviru Društva naroda između dva svetska rata, novoosnovani Međunarodni sud pravde produžio je da postupa kao nezavisno sudsko telo i kao jedan od glavnih organa nove svetske organizacije.[1] Ideja o njegovom formiranju

---

Dr Duško Dimitrijević, naučni savetnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd. Rad predstavlja deo naučnog projekta Instituta za međunarodnu politiku i privredu:"Srbija u savremenim međunarodnim odnosima – strateški pravci razvoja i učvršćivanja položaja Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljnopolitički, međunarodni ekonomski, pravni i bezbednosni aspekti", finansiranog od strane Ministarstva, prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Vlade Republike Srbije (evidencioni broj: 179029).

[1] Na osnovu člana 14. Pakta Društva naroda, Savet Društva naroda preuzeo je odgovornost da formuliše plan za osnivanje Stalnog suda međunarodne pravde. Početkom 1920. godine, Savet je imenovao jedan savetodavni komitet pravnika na čijem je čelu bio čuveni baron Descamps, sa zadatkom da izradi nacrt Statuta Suda. Nacrt Statuta prihvaćen je na Skupštini Društva naroda 13. decembra 1920. godine, a stupio je na snagu u septembru naredne godine po deponovanju ratifikacionih instrumenata većine članova Društva naroda. Sud je otpočeo je sa radom u Palati mira u Hagu, u februaru 1922. godine, pošto je pre toga izvršen izbor sudija (11 redovnih sudija i 6 zamenika, među kojima je zanimljivo, bio i jedan naš državljanin – Mihajlo Jovanović, predsednik Kasacionog suda u Beogradu). Videti: Đura Popović, *Liga naroda, njen postanak, uređenje i rad,* Srpska književna za-

potekla je još tokom ratnih dešavanja od strane neformalnog među-savezničkog komiteta osnovanog da raspravlja o pitanjima budućeg statusa Stalnog suda međunarodne pravde.[2] Na konferenciji stručnjaka savezničkih sila održanoj u Damberton Ouksu od 21. avgusta do 7. oktobra 1944. godine, iznet je predlog da se u Glavu VII nacrta Povelje Ujedinjenih nacija unese odredba po kojoj bi međunarodni sud bio jedan od njenih glavnih organa. Takođe, predloženo je i da Međunarodni sud treba da se konstituiše i da funkcioniše u skladu sa Statutom koji bi bio priložen Povelji, a da članstvo u novoj svetskoj organizaciji i Sudu treba da bude identično.[3] Iako su na osnivačkoj konferenciji Ujedinjenih nacija, održanoj od 25. aprila do 26. juna 1945. godine u San Francisku, provejavala različita stanovišta o formiranju novog Međunarodnog suda, ipak je odlučeno da se taj sud osnuje kao "glavni pravosudni organ" nove svetske organizacije sa Statutom kao integralnim delom Povelje.[4] Povelja Ujedinjenih nacija zajedno sa Statu-

druga, Beograd, 1930, str. 110-111. Iako je Stalni sud međunarodne pravde funkcionano bio vezan za Društvo naroda, i da su Skupština i Savet Društva naroda povremeno učestvoavali u izboru sudija, Sud formalno nije bio u njegovom sastavu kao što ni njegov Statut nije predstavljao sastavni deo njegovog Pakta. Sud je likvidiran nakon što je Skupština Društva naroda usvojila odluku o njegovom raspuštanju 18. aprila 1946. godine i sporazum o ustupanju arhive i imovine novom Međunarodnom sudu pravde. Videti: Juraj Andrassy, *Međunarodno pravosuđe*, Izdavački zavod Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1948, str. 37; Hugh McKinnon-Wood, "The Dissolution of the League of Nations", *British Yearbook of International Law*, 1946, vol. 23, pp. 312, etc.

[2] Međusaveznički komitet delovao je nezavisno od vlada koje su predložile njegovo osnivanje (vlade Kanade, Belgije, Čehoslovačke, Luksemburga, Grčke, Poljske, Francuske, Norveške i Novog Zelanda), između 1943. i 1944. godine. Komitet je izneo mišljenje da bez obzira da li će biti osnovan novi sud ili će biti zadržan dotadašnji Stalni međunarodni sud pravde, nije poželjno da to pravosudno telo bude povezano sa novom svetskom organizacijom na način kako je Stalni međunarodni sud pravde bio kvazi-organizaciono povezan sa Društvom naroda. Takođe, prema shvatanju Komiteta ovaj pravosudni organ bi morao biti konstituisan na trajnoj bazi koja bi mu omogućila da ostane van uticaja promena koje bi mogle zadestiti tu novu svetsku organizaciju. Sud i nova univerzalna organizacija ne bi mogle funkcionisati na zadovoljavajući način osim ako članstvo u ove dve institucije ne bi bilo praktično identično. Videti: Manley O. Hudson, "The Succession of the International Court of Justice to the Permanent Court of International Justice", *American Journal of International Law,* no. 51, 1957, p. 570.

[3] Manley O. Hudson, "The Twenty-Third Year of the Permanent Court of International Justice, and its Future", *American Journal of International Law,* no. 39, 1945, pp. 3, etc; Robert C. Hilederband, *Dumbarton Oaks: The Origins of the United Nations and the Search for Postwar Security*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1990, pp. 116, etc.

[4] Ruth B. Russel, *A History of United Nations Charter: The Role of the United States, 1940–1945,* Brookings Institutions, London, 1958, pp. 879, etc. Kako 13 država učesnica na konferenciji nisu bile potpisnice Statuta Stalnog suda međunarodne pravde (uključujući Sovjetski Savez i Sjedinjene Američke Države), a 16 država koje su potpisale ovaj Statut nije uzelo učešće u radu konferencije, odlučeno je da se konstituiše novi međunarodni sud. Nneposredno pre konferencije u San Francisku formiran je Odbor pravnika kome je poverena izrada nacrta Statuta novog međunarod-

tom Međunarodnog suda pravde usvojena je 26. juna 1945. godine, a oba pravna instrumenta stupila su na snagu 24. oktobra 1945. godine. Konačno, nakon izbora sudija u februaru 1946. godine, Međunarodni sud pravde započeo je sa radom 18. aprila 1946. godine. Ustrojstvo Međunarodnog suda pravde odnosno pravni osnov za njegovo osnivanje i pravni status regulisani su Glavom XIV Povelje. Prema odredbi člana 92. Povelje, Sud "postupa u skladu sa priloženim Statutom koji je zasnovan na Statutu Stalnog suda međunarodne pravde i čini sastavni deo ove Povelje".[5] Pomenuto normativno povezivanje Statuta Međunarodnog suda pravde sa Statutom Stalnog suda međunarodne pravde ne ukazuje na institucionalnu i pravnu sukcesiju, već na funkcionalni kontinuitet između ova dva pravosudna organa kojom su sa Stalnog suda međunarodne pravde na Međunarodni sud pravde, prešla određena prava u pogledu nadležnosti, jurisprudencije, organizacione strukture, sistematizacije, i dr. U tom smislu, uprkos institucionalnim razlikama između Stalnog suda međunarodne pravde i Međunarodnog suda pravde, Statut ovog potonjeg predviđa u odredbi člana 36. stav 5. da: "Izjave date po članu 36. Statuta Stalnog suda međunarodne pravde, a koje su još na snazi, smatraju se, među stranama ovog Statuta, kao prihvatanje obavezne nadležnosti Međunarodnog suda do isteka roka njihovog trajanja i saglasno njihovim odredbama". Pored toga, odredba člana 37. Statuta Međunarodnog suda pravde eksplicite propisuje i da: "Kad god se nekim važećim ugovorom ili konvencijom predviđa iznošenje nekog pitanja pred sud koji je trebalo da obrazuje Društvo naroda ili pred Stalni sud međunarodne pravde, pitanje će se, ako posredi strane ovog Statuta, izneti pred Međunarodni sud".

Integrisanje Međunarodnog suda pravde u sistem Ujedinjenih nacija ne znači da su Statut i Povelja istovetni instrumenti. Iako Statut predstavlja prilog Povelje Ujedinjenih nacija, njegova pravna snaga nije podređena Povelji jer Statut sadrži posebna organizaciona i proceduralna pravila koja su, uz pravila sadržana u Pravilniku Suda *(Rules of the Court),* odeljena od pravila koja se odnose na druge organe svetske organizacije.[6] Stoga, i pored činjenice da su Povelja i Sta-

nog suda. Odbor je na zasedanju u Vašingtonu izradio nacrt Statuta Međunarodnog suda pravde po uzoru na tekst Statut Stalnog suda međunarodne pravde. U odboru su učestvovali predstavnici iz 44 države. Među njima bili su i predstavnici Jugoslavije: dr Stojan Gavrilović, dr Teodor Đurđević i dr Milorad Cerović. Nacrt Statuta razmotren je u okviru IV/1 Komiteta konferencije u San Francisku. Videti: Juraj Andrassy, *Međunarodno pravosuđe*, op.cit., str. 39.

[5] Poslednja revidirana verzija Statuta Stalnog suda međunarodne pravde iz 1929. godine, stupila je na snagu tek 1. februara 1936. godine.

[6] Međunarodni sud pravde usvojio je Pravilnik predviđen Statutom Suda 6. maja 1946. godine. Pravilnik se oslanja na Pravilnik Stalnog suda međunarodne pravde iz 1936. godine Međunarodni sud pravde prvi put je značajno revidirao Pravilnik 10. maja 1972. godine. Druga revizija Pravilnika učinjena je 14. aprila 1978. godine. Revidirani Pravilnik stupio je na snagu 1. jula 1978. Videti: International Court of Justice, *Acts and Documents*, 1978, no 4, pp. 92-161. Poseldnja

tut jedna ugovorna celina, i da su sve države članice Ujedinjenih nacija *ipso facto* i strane Statuta (član 93. stav 1. Povelje), to ne znači da pravila sadržana u njima nemaju formalno jednaku vrednostav Naprotiv, to upravo ukazuje da su pravila Povelje i Statuta jednaka, ali da postoji i izvesna suštinska razlika koja proizilazi iz različitog statusa Međunarodnog suda pravde u odnosu na druge organe svetske organizacije. Ova razlika se manifestuje ne samo kroz njegove institucionalne nadležnosti, već i kroz njegova organizaciona svojstva koja omogućavaju da i države koje nisu članice Ujedinjenih nacija mogu postati strane Statuta pod uslovima koje u svakom pojedinom slučaju određuje Generalna skupština na preporuku Saveta bezbednosti (član 93. stav 2. Povelje). Sledstveno tome, svaka država koja nije članica Ujedinjenih nacija, a postane stranom Statuta, u izvesnoj meri postaje i strana same Povelje jer prema Povelji preuzima obaveze u vezi sa izvršavanjem presuda Međunarodnog suda pravde u svakom sporu u kome je stranka u postupku (član 94. stav 1. Povelje). Takođe, i prema odredbama Statuta, države koje nisu članice Ujedinjenih nacija takođe preuzimaju izvesne obaveze zajedničke za Povelju. Najznačajnija je svakako obaveza koja se odnosi na statutarne izmene i dopune koje se vrše po istovetnom postupku koji je predviđen i za Povelju, uz rezervu u pogledu izmena i dopuna koje Generalna skupština usvaja na preporuku Saveta bezbednosti, a koje su vezane za učešće država nečlanica u tim postupcima (član 69. Statuta). [7] Iz navedenih posebnosti proizilaze i mnoge druge koje ukazuju na specifičan položaj Međunarodnog suda pravde u sistemu Ujedinjenih nacija. Pre svega, taj položaj proishodi iz njegovog institucionalnog određenja da, kao glavni sudski organ Ujedinjenih nacija nezavisno obavlja svoje funkcije i ovlašćenja. [8] Međunarodni sud pravde zauzima specijalnu poziciju u odnosu na

revizija Pravilnika usvojena je 5. decembra 2000. godine, a stupila je na snagu 14. februara 2001. godine. Videti: Shabatai Rosenne, *Rosenne's The World Court What is and How it Works*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003, p. 21, 273, etc. Pored Pravilnika, Međunarodni sud pravde u sudskoj praksi suplementarno koristi i tzv. Interna uputstva. Videti: "Resolution concerning the internal judicial practice of the Court", *Acts and Documents*, 1978, no 4, pp. 165-173.Posebna Praktična uputstva za države, Sud je usvojio u oktobru 2001. godine. Videti: Shabatai Rosenne, op. cit., pp. 22, 303, etc.

[7] Prema članu 4. stav 3. Statuta, "uslove pod kojim jedna država koja je strana ovog Statuta, ali nije članica Ujedinjenih nacija može da učestvuje u izboru članova Suda određuje u odsustvu posebnog sporazuma, Generalna skupština na preporuku Saveta bezbednosti".

[8] Nezavisnost suda proizilazi ne samo iz nezavisnosti obavljanja njegovih funkcija, već iz organizacione strukture. Tako, 15 stalnih sudija Međunarodnog suda pravde predstavljaju državljani različitih država koji se biraju za sudije po posebnoj proceduri u Generalnoj skupštini i Savetu bezbednosti. Prilikom izbora vodi se računa da u Sudu budu ravnomerno zastupljeni najvažniji oblici civilizacije potom, da budu zastupljeni glavni pravni sistemi i regioni sveta. Poslednji kriterijum značajan je jer se po njemu biraju 3 sudije iz područja Afrike, 3 sudije iz područja Azije, 2 sudije iz područja Latinske Amerike, 2 sudije iz Istočne Evrope i 5 sudija iz Zapadne Evrope. Takođe, po nepisanom pravilu, u saziv Suda ulaze i sudije, državljani stalnih članica Savet bezbednosti. Ako

Savet bezbednosti, ali i u odnosu na druge glavne organe Ujedinjenih nacija ustanovljene odrebom iz člana 7. Povelje (Generalnu skupštinu, Ekonomski i socijalni savet, Starateljski savet, Sekretarijat), u čiju hijerarhijsku strukturu nije uključen. Međunarodni sud pravde predstavlja najznačajniji sudski organ za mirno rešavanje sporova između država. Mirno rešavanje sporova posredstvom Međunarodnog suda suštinski je uslov za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti koji *per se*, predstavlja osnovni cilj Ujedinjenih nacija proglašen u odredbi člana 1. Povelje. Za postizanje tog cilja, propisano je da Ujedinjene nacije "mirnim sredstvima, a u skladu sa načelima pravde i međunarodnog prava, rade na sređivanju ili rešavanju međunarodnih sporova ili situacija koje bi mogle dovesti do narušavanja mira". *A fortiori*, sve države članice svetske organizacije obavezale su se da svoje međunarodne sporove ili situacije rešavaju mirnim sredstvima na takav način da "međunarodni mir i bezbednost, kao ni pravda ne budu povređeni" (član 2. stav 1. tačka 3. Povelje). Sledstveno se ne dovodi u pitanje nadležnost Međunarodnog suda pravde za rešavanje pravnih sporova i davanje savetodavnih mišljenja o pravnim pitanjima koja su povezana sa ostvarivanjem ovog cilja svetske organizacije.[9] Na ovakav zaključak navodi i odredba člana 33, stav 1. na početku Glave VI Povelje, kojom se pomenuta obaveza iz člana 2. stav 1. tačka 3. Povelje dopunjava obavezom strana u sporu da rešenja za svoje sporove traže *inter alia,* putem suda (uz ostale pobrojane načine mirnog rešavanja sporova po sopstvenom izboru poput pregovora, istraga, posredovanja, izmirenja, arbitraža, pribegavanja regionalnim ustanovama ili sporazumima). Navedena pozicija potvrđena je i u stavu 2. člana 33. Povelje prema kojoj Savet bezbednosti kad smatra potrebnim može da pozove strane u sporu da svoj spor reše pomenutim načinima, odnosno i u stavu 3. člana 36. Povelje prema kome Savet bezbednosti dajući preporuke stranama u sporu po pravilu treba da ima u vidu da pravne sporove strane treba da iznesu pred Međunarodni sud pravde u skladu sa odredbama njegovog Statuta.[10] U prethodnih sedam decenija, sa manjim ili većim oscilacijama, već u zavisno-

kojom prilikom neka strana u sporu nema svog predstavnika u sudskom veću, ona može predložiti svog državljanina za ad hoc sudiju. Sve sudije prilikom vršenja svojih funkcija uživaju diplomatske privilegije i imunitete. Sudske funkcije inkopatibilne su sa vršenjem političkih, upravnih i profesionalnih aktivnosti i zanimanja, kao i sa funkcijama zastupnika, savetnika i advokata. Videti: Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, *Međunarodno javno pravo,* Pravni fakultet, Novi Sad, 2014, str. 351-353.

[9] Malcolm N. Shaw, "The Security Council and the International Court of Justice: Judicial Drift and Judicial Function" in: A.S. Muller, David Raič and J.M. Thuránszky (Eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years,* Martinus Nijhoff, the Hague, 1997, p. 237.

[10] Primera radi, povodom pitanja utvrđivanja odgovornosti za štetu pretrpljenu zbog postavljanja mina u Krfskom kanalu od strane Albanije, rezolucijom br. 22 od 9. aprila 1947. godine, Savet bezbednosti je pozvao Veliku Britaniju i Albaniju da se obrate Međunarodnom sudu pravde. Videti: *International Court of Justice Reprots*, 1949, pp. 4, etc.

sti od međunarodnih političkih kretanja, smanjivan je ili je uvećavan broj sporova koje su države iznosile na rešavanje pred Međunarodni sud pravde.[11] Efektivnost donetih odluka kojima se rešavaju međunarodni sporovi ili kojima se daju savetodavna mišljenja (koja su neretko bila u funkciji davanja pravne pomoći i smernica u radu drugih organa i specijalizovanih agencija Ujedinjenih nacija), potvrđuje postojanje višeg nivoa svesti i poverenja većeg dela međunarodne zajednice u ovu sudsku instancu, a samim tim i u čitav pravni sistem Ujedinjenih nacija čiji su ciljevi i principi ostali garancija da se međunarodni odnosi imaju razvijati u skladu sa idejama međunarodne pravde i pravičnosti.[12] U nastojanju da opišemo mogućnost korišćenja međunarodnog prava u rešavanju sporova pred ovim Sudom, u daljoj studiji osvrnućemo se prethodno na pitanja njegove nadležnosti, kao i na metode njegovog rada i postupanja u parničnim postupcima, a potom i u postupcima za davanje savetodavnih mišljenja.

ISPITIVANJE USLOVA ZA ZASNIVANJE SUDSKE NADLEŽNOSTI

Prema Pravilniku Suda *(Rules of the Court),* Međunarodni sud pravde u svim iznetim sporovima upušta se prvo u pitanja sopstvene nadležnosti, pa tek potom, kada utvrdi da ista postoji, rešava predmet ili suštinu spora *(in meritum).* Ocenjivanje ispunjenosti uslova neophodnih za zasnivanje nadležnosti utoliko ima veći značaj, ukoliko Sud u svojim odlukama razmotri sve aspekte sudske nadležnosti koji se odnose na personalnu, stvarnu i vremensku nadležnost *(jurisdictio ratione personae, jurisdictio ratione materiae* i *jurisdictio ratione temporis),* uključujući i pravo pristupa Sudu. U oceni postojanja personalne nadležnosti *(jurisdictio ratione personae),* Međunarodni sud postupa po pravilu utvrđenom u odredbi člana 34. stav 1. Statuta, koji predviđa da jedino države mogu biti stranke u sporovima koji se pred njim vode *(jus standi in judicio)*.[13] U tom smislu, Sud ispitu-

[11] Tako, u vreme Hladnog rata, usled blokovske i ideološke podele sveta, države nisu bile voljne da svoje međusobne sporove iznose pred Međunarodni sud pravde. Videti: Ivan Tomšić, „Funkcija međunarodnog pravosuđa u savremenim međunarodnim odnosima", u: *Nove tendencije u razvoju međunarodnog prava*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, 1961, str. 63-72; Obrad Račić, „Pola veka Međunarodnog suda", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1995, br. 1-3, str. 110-128.

[12] Pored rešavanja pravnih sporova i davanja savetodavnih mišljenja, Međunarodni sud pravde ima i tzv. *ekstra-pravosudne aktivnosti*, koje su, njegova treća funkcija koju primenjuje po sličnoj proceduri koja je primenjivana i u Stalnom sudu međunarodne pravde počev od 1923. godine. Ova aktivnost, koja nije propisana Poveljom i Statutom, svodi se na imenovanje sudija, predsednika arbitražnih komisija i tribunala, kao i imenovanje drugih službenika i arbitara. Videti: Shabatai Rosenne, *Rosenne's The World Court What is and How it Works*, op. cit., pp. 15, 23.

[13] Međunarodne organizacije ne mogu biti stranke u postupku pred Međunarodnim sudom pravde. Parnične stranke ne mogu biti ni njihovi organi. Međutim, međunarodne organizacije od Suda mogu tražiti savetodavna mišljenja posredstvom Generalne skupštine, što potvrđuje da među-

je uslove propisane članom 93. Povelje Ujedinjenih nacija i članom 35. Statuta, po kojima je Sud dostupan državama članicama Ujedinjenih nacija koje su *ipso facto* i strane Statuta, ali i državama nečlanicama koje mogu postati strane Statuta pod uslovima koje u svakom pojedinom slučaju određuje Generalna skupština na preporuku Saveta bezbednosti.[14] S obzirom da princip suverene jednakosti omogućava državama slobodu izbora mirnih načina rešavanja sporova, i države koje nisu članice svetske organizacije, odnosno koje nisu strane Statuta, svoje sporove mogu iznositi pred Sud pod uslovima koje u svakom slučaju utvrđuje Savet bezbednosti pridržavajući se posebnih odredaba sadržanih u ugovorima na snazi i vodeći računa o jednakosti strana u sporu.[15] Iz pomenutog pravila proističe opšta nadležnost Međunarodnog suda pravde koja je pokrivena Poveljom Ujedinjenih nacija ili važećim međunarodnim ugovorima (član 36. stav 1. Statuta). Principijelno uzevši, sudska nadležnost prostire se na sve sporove koje strane pred njega iznesu. Pošto su države jedine koje se mogu pojavljivati pred Međunarodnim sudom, proizilazi da je Sud *ex officio* obavezan da utvrdi da li su države dale svoj pristanak, kao i da li je taj pristanak uslovljen određenim rezervama.[16] Iz navedenog dalje proizilazi da je konstituisanje nadležnosti principijelno uslovljeno slobodno izraženom voljom strana u sporu *(principle of consent of the parties),* čije

narodne organizacije poseduju procesnu sposobnostav U pojedinim slučajevima, Sud je ovlašćen da od javnih međunarodnih organizacija traži obaveštenja u vezi sa sporovima koji se pred njim vode, kao i da prima obaveštenja od organizacija koje ih samoinicijativno dostave. Statut i Pravilnik ne pominju mogućnost da se pojedinac pojavi pred Sudom. Međutim, države čiji su državljani mogu da štite njihove interese pred Sudom. Od trenutka kada država nastupi pred Sudom za svog državljanina, Sud priznaje jedino državu za parničnu stranku. Videti: Branimir M. Janković, Zoran Radivojević, *Međunarodno javno pravo*, Niš, 2011, str. 403.

[14] Ovi uslovi formulisani su u Rezoluciji Generalne skupštine br. 91 od 11. decembra 1946. godine, i odnose se na davanje izjava o prihvatanju odredbi Statuta, obaveze propisane član 94. Povelje kojom se prihvata izvršavanje odluka Suda, uz istovremeno prihvatanje obaveza iz člana 25. i 103. Povelje kao obaveza i u pogledu finansiranja sudskih aktivnosti. Pomenute uslove prihvatile su Švajcarska, Lihtenštajn, Japan, San Marino, Nauru, pre pristupanja svetskoj organizaciji.

[15] Za države koje nisu članice Ujedinjenih nacija, niti strane Statuta, važi pravilo utvrđeno Rezolucijom Saveta bezbednosti br. 9 od 15. oktobra 1946. godine, kojom se zahteva davanje izjave kod Sekretarijata Suda o prihvatanju nadležnosti u odnosu na konkretan slučaj ili uopšte. U ovom drugom slučaju, postoji mogućnost prihvatanja obavezne nadležnosti. Videti: *International Court of Justice Yearbook*, 1978/9, pp. 42, etc.

[16] Rezerve mogu biti suštinske i ticati izuzimanja sporova sa određenim državama *(ratione personae),* potom izuzimanja sporova u pogledu pitanja za koja se smatra da potpadaju u domen unutrašnje nadležnosti država *(ratione materiae),* ili se mogu odnositi na izuzimanja sporova čija je činjenična osnova nastala pre određenog datuma koji nije obuhvaćen fakultativnom izjavom *(ratione temporis).*

postojanje Sud u svakom konkretnom slučaju ispituje.[17] U tom smislu, postoje različite formalne mogućnosti za ispoljavanje namere strana da Sudu povere nadležnost.

Prva mogućnost obuhvata slučajeve kada strane dvostranih ili višestranih ugovora postignu saglasnost o ustanovljavanju nadležnosti Međunarodnog suda pravde za rešavanje svih ili određenih kategorija sporova koji se mogu pojaviti u budućnosti (tzv. *ante hoc* jurisdikcija). Zasnivanje sudske nadležnosti moguće je i zaključenjem međunarodnih ugovora ili konvencija u kojima se stipuliše posebna kompromisna klauzula *(compromissory clause),* kojom se sporovi vezani za njihovo tumačenje ili primenu prepuštaju na sudsko odlučivanje. Takođe, sporazum je moguće postići davanjem jednostranih izjava volja o prihvatanju obavezne nadležnosti Suda *(compulsory jurisdiction),* i to, po bilo kojem pitanju međunarodnog prava kada države deklaracijom prihvate tzv. *fakultativnu* ili *opcionu klauzulu* iz člana 36. stav 2. Statuta.[18] Pomenuti član Statuta propisuje da države mogu u svako doba izjaviti da priznaju *ipso facto*, i bez posebnog sporazuma prema svakoj drugoj državi koja primi istu obavezu, nadležnost Suda u svim pravnim sporovima koji imaju za predmet: a) tumačenje nekog ugovora; b) svako pitanje međunarodnog prava; c) postojanje bilo koje činjenice koja bi, ako se utvrdi, predstavljala kršenje neke međunarodne obaveze; d) prirodu ili veličinu dužne naknade zbog kršenja neke međunarodne obveze. Izjave o prihvatanju obavezne nadležnosti Suda daju se bezuslovno ili uz uslov uzajamnosti od strane većeg broja ili od strane određenih država ili pak, za određeno vreme (član 36. stav 3. Statuta).[19] Takve izjave dalje se deponuju kod Generalnog sekretara koji njihove kopije dostavlja sekretaru Suda i stranama Statuta (član 36. stav 5. Statuta).[20] Iz dosadašnje

[17] "The International Court of Justice, Questions and Answers about the Principal Judical Organ of the United Nations", UN Publication ed., New York, 2000, pp. 25-46. U jurusprudenciji Međunarodnog suda pravde ovo pravilo je potvđeno u mnogim sluajevima. Videti: "Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania", *International Court of Justice Reports*, 1950, p. 71; "Anglo-Iranian Oil Co. Case", *International Court of Justice Reports*, 1950, p. 102; "Monetary Gold Removed from Rome in 1943", *International Court of Justice Reports,* 1954, p. 32; "Aerial Incident of 7 November 1954", *International Court of Justice Reports,* 1959, p. 142.

[18] Edward I. Hambro, "Some Observations on the Compulsory Jurisdiction of the International Law Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, 1948, n° 25, pp. 133-137; J. G. Merrills, "The Optional Clause Today", *British Yearbook of International Law,* 1979, n° 50, p. 87; Malcom N. Shaw, "The Security Council and the International Court of Justice", *Judicial Drift and Judicial Function*, The Hague, 1997. pp. 219. etc.

[19] Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2007, str. 521; Božidar Bakotić, „Fakultativne kaluzule i obavezna nadležnost Međunarodnog suda", *Međunarodni problemi,* 1971, br. 2, str. 41-69.

[20] U praksi Međunarodnog suda pravde, kao poseban problem postavlja se pitanje datuma stupanja na snagu deklaracija o prihvatanju obavezne sudske nadležnosti, odnosno pitanje datuma njihovog prestanka. Ako u deklaraciji nije naveden datum stupanja na snagu, smatra se da je to da-

prakse Međunarodnog suda pravde, pomenuta mogućnost uspostavljanja nadležnosti Suda malo je korišćena. Naime, tek oko jedne trećine od ukupnog broja članica Ujedinjenih nacija prihvatila je njegovu obaveznu nadležnost, a pri tome mnoge su to učinile uz davanje različitih vrsta rezervi.[21] To sve ukazuje na diskrapancu između stavova izraženih na generalnom planu i spremnosti država da prihvate obaveznu nadležnost Suda. Pritom, valja uočiti i da se među državama koje nisu prihvatile obaveznu nadležnost Suda nalaze četiri od pet stalnih članica Saveta bezbednosti što ozbiljno opterećuje delovanje Međunarodnog suda u postizanju međunarodne pravde.[22]

Pored mogućnosti da se sudska nadležnost ustanovi unapred, moguće je u određenim slučajevima zasnovati sudsku nadležnost i nakon što je postupak pred Sudom započeo (tzv. *post hoc* jurisdikcija). Međunarodna praksa poznaje više takvih slučajeva. Prvi se odnosi na situaciju kada države strane u sporu postižu specijalni sporazum *(compromis),* kojim poveravaju rešavanje spora Sudu.[23] Dru-

tum kada je deklaracija deponovana Generalnom sekretaru, kao depozitaru međunarodnih ugovora. Sledstveno proizilazi da bi datum stupanja na snagu deklaracije mogao biti podveden pod odredbu člana 102. Povelje. Ako datum prestanka važenja deklaracije nije eksplicitno naveden, njeno okončanje prema stanovištu Suda jedino je moguće u razumnom roku od davanja obaveštenja. Videti: Ali Naghi Farmanfarma, *The Declarations of the Members Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court o f Justice (The Interpretation of Article 36, Paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice),* Ganguin & Laubscher, Wisconsin, 1952; "Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua", *International Court of Justice Reports,* 1984, pp. 403, 415-421

[21] Profesor Račić u svojim najnovijim analizama vezanim za međunarodno pravo i Ujedinjene nacije navodi konkretne primere rezervi u vezi zasnivanja obavezne nadležnosti Međunarodnog suda pravde. U tom pravcu, njegova najnovija studija obuhvata rezerve koje se odnose na isključenje fakultativne kluzule u pogledu sporova za koje se strane dogovore da rešavaju drugim načinima mirnog rešavanja međunarodnih sporova, potom rezerve u pogledu sporova koji su nastali pre određenog datuma, rezerve u pogledu sporova koji su nastali pre dana notifikovanja deklaracije, rezerve u vezi sporova sa državama koje su fakultatitvnu izjavu dale u cilju rešavanja određenog spora, rezerve u pogledu sporova sa državama čija je fakultativna izjava data pre isteka perioda od 12 meseci pre podnošenja tužbe, rezerve u pogledu sporova koji se po međunarodnom pravu ubrajaju u isključivu nadležnost država, rezerve u pogledu sporova koji se odnose na neprijateljstva, ratove, oružane sukobe i učešće u akcijama kolektivne i individualne samoodbrane, konačno i rezerve u pogledu sporova koji se odnose na teritoriju i državne granice. Videti: Obrad Račić, *Međunarodno pravo, stvarnost i iluzije*, Službeni glasnik, Beograd, 2015, str. 218-219.

[22] Fakultativna klauzula vezuje samo Veliku Britaniju od stalnih članica Saveta bezbednosti.

[23] U praksi Međunarodnog suda bilo je dosta slučajeva u kojima je došlo do uspostavljanja nadležnosti na osnovu kompromisa. Videti: "Asylum Case" (1950); "Minquiers and Ecrehos Case" (1953); "Sovereignty over Certain Frontier Land Case" (1959); "North Sea Continental Shelf Case" (1969); "Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area Case" (1982); "Continental Shelf between Libya and Malta Case" (1982); "Frontier Dispute between Burkina Faso and Mali Case" (1986); "Land; Island and Maritime Frontier Case" (1990); "Territorial Dispute between Libya and Chad" (1994).

gi slučaj pak, obuhvata prećutno prihvatanje nadležnosti Suda (princip *forum prorogatum)*.[24] Ovaj slučaj pretpostavlja situaciju u kojoj jedna strana ne prihvata izričito nadležnost Suda, što ne dovodi do toga da se Sud automatski oglašava nenadležnim. Naime, moguće je da se ta strana upusti u postupak na način da ne izjavi pravovremeno prigovor u pogledu sudske nadležnosti ili da svojim konkludentnim radnjama prizna i prihvatiti nadležnost Suda. Tako je u praksi bilo slučajeva da, pre iznošenja spora pred Sud, strana koja ne prihvata nadležnost Suda to učini davanjem izjave ili vršenjem određenih radnji koje su se mogle tumačiti kao "efektivno, dobrovoljno i nesporno" prihvatanje sudske nadležnosti.[25] Treći slučaj koji se u praksi pominje kao mogućnost naknadnog uspostavljanja sudske nadležnosti odnosi se na učeše treće strane u postupku. Naime, prema odredbi člana 62. Statuta, "ako neka država smatra da u nekom sporu ima pravni interes koji može biti ugrožen presudom, ona može podneti Sudu zahtev da joj se odobri da se umeša u spor".[26] Takođe, prema odredbi 63. stav 1. Statuta, "kad god je u pitanju tumačenje neke konvencije čije su strane ugovornice i druge države koje nisu zainteresovane u sporu, sekretar će sve takve obavestiti bez odlaganja" što im dalje prema stavu 2. istog člana omogućava da se umešaju u postupak, s tim da ako se ovim pravom neka država i posluži, "tumačenja sadržana u presudi isto su tako i za nju obavezna".[27]

Mogućnost zasnivanja sudske nadležnosti unapred *(ante hoc),* odnosno naknadno *(post hoc)*, ne isključuje i treću mogućnost uspostavljanja nadležnosti Međunarodnog suda pravde. Ta mogućnost obuhvata uspostavljanje sudske nadležnosti "od slučaja do slučaja" (tzv. *ad hoc* jurisdikcija). Situacije u kojima nastupa ova mogućnost nastaje kada strane posledično, po izbijanju spora, postignu kompromis o njegovom iznošenju pred Sud (član 40. stav 1. Statuta). Takođe, zasnivanje *ad hoc* nadležnosti Suda moguće je i za slučajeve koji su posebno pred-

[24] U slučaju manjinskih škola u Gornjoj Šleziji,Sud je istakao da pristanak države da se spor reši pred Sudom ne mora nužno da se izrazi izričitim putem, već se može postići i prećutno, konkludentnim radnjama. Zasnivanje sudske nadležnosti prećutnim putem u toku postupka *(forum prorogatum),* jeste ustanova preuzeta iz klasičnog Rimskog prava. Videti: "Affaire des colons allemands de Haute-Silésie", *Publications of Permanent Court of International Justice,* Series A, no. 7, 1923; "The Mavrommatis Jerusalem Concessions Case",*Publications of Permanent Court of International Justice*, Series A, no. 5, Judgement of 26 March 1925, pp. 24-25.

[25] "Corfu Channel Case", *International Court of Justice Reports,* 1947-8, p. 26.

[26] U novijoj praksi Međunarodnog suda pravde poznata je intervencija Filipina u slučaju: "Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan Case", između Indonezije i Malezije. Videti: *International Court of Justice Reports*, 2001, p. 575.

[27] "Nuclear Test Case", *International Court of Justice Reports,* 1974, pp. 253; "Haya de la Torre Case, 1951, pp. 4, etc.

viđeni u Povelji Ujedinjenih nacija, ugovorima i konvencijama na snazi (član 36. stav 1. Statuta).[28]

U slučaju kada se postavi pitanje, da li Međunarodni sud nadležan da rešava neki spor, Sud samostalno odlučuje o tom pitanju. Ovlašćenje da utvrđuje sopstvenu nadležnost *(compétence de la compétence),* proizilazi iz odredbe člana 36. stav 6. Statuta. [29] Ta odredba međutim, ne odnosi se na tumačenje obavezne nadležnosti iz člana 36. stav 2. Statuta, a kako se to ponekad misli, već samo na slučajeve kada se pojave razlike u vezi utvrđivanja postojanje sopstvene stvarne nadležnosti (*jurisdictio ratione materiae*).[30]Sud otud, *ex officio* pazi da li je spor iznet pred njega po svom predmetu spor za koji je dobio saglasnost država da ga reši. U tom smislu, Sud vodi računa da se predmet spora odnosi na pravo ili na pravu zasnovanom interesu strane koja podnosi tužbu. Pravo ili interes pak, moraju biti ustanovljeni važećim pravilom koje obavezuje strane u sporu. Sve iznete sporove, Međunarodni sud pravde rešava saglasno međunarodnom pravu i to, na osnovu sledećih pravnih izvora koji su navedeni taksativno u odredbi člana 38. Statuta: a) konvencije; b) međunarodni običaji kao dokaz opšte prakse prihvaćene kao pravo; c) opšta pravna načela priznata od civilizovanih naroda; d) pomoćni izvori sadržani u sudskim odlukama i doktrini najpozvanijih stručnjaka javnog prava raznih naroda. Primena navedenih pravnih izvora, ne prejudicira pravo Suda da primeni i reši spor *ex aequo et bono,* ako bi stranke u sporu na to pristale (član 38. stav 2. Statuta). U kontekstu pravičnog suđenja, svaka bi sudska odluka morala biti pravdena, što načelno ne izlazi iz okvira pozitivnog međunarodnog prava.[31] U slučaju prihvatanja rešavanja spora *ex aequo et bono,* ovi okviri bi sigurno bili pomereni subjektivnim poimanjem pravičnosti od strane članova sudijskog veća, što je, s obzirom na nepoverenje koje je do sada postojalo među stranama u sporu, bilo teško ostvarljivo. Nakon što konstatuje da u predmetnom slučaju poseduje personalnu i stvarnu nadležnost (*jurisdictio ratione personae* i *jurisdictio ratione materiae)*, Međunarodni sud pravde pristupa utvrđivanju granica vremenske nadležnosti *(jurisdictio ratione temopris)*. U tom pogledu, vremenska nadležnost

[28] Hans Jürgen Schlochauer, "International Court of Justice", in: R. Bernhardt (ed.*), Encyclopedia of Public International Law,* Elsevier, Amsterdam, 1995, Vol. II, p.1089.

[29] Ibrahim F.I. Shihata,*The Power of the International Court to Determine its Own Jurisdiction*,Martinus Nijhoff ed.,The Hague,1965, pp. 27-30.

[30] "Nottebohm Case", *International Court of Justice Reports*, 1955, pp. 4. etc.

[31] Povodom spora oko razgraničenja epikontinentalnog pojasa u Severnom moru između Danske i SR Nemačke,a potom i SR Nemačke i Holandije, Međunarodni sud pravde je zaključio da utvrđivanje prava u stvari predstavlja utvrđivanje pravde u objektivnom smislu. Iz ovog dalje proizilazi da odluke Suda ne smeju biti mimo prava već u skladu sa njim, te da se kod odlučivanja, Sud poziva na pravična načela. Videti: "North Sea Continental Shelf", *International Court of Justice Reports*, 1969, p. 48.

Međunarodnog suda pravde predstavlja refleksiju ove dve nadležnosti.[32] Principijelno uzevši, Međunarodni sud polazi od ekstenzivne interpretacije vremenske nadležnosti, jer prihvata oborivu pretpostavku o retroaktivnom važenju pravnog osnova kojim se zasniva njegova stvarna i personalna nadležnostav[33] Ekstenzivno tumačenje odredbi iz međunarodnih ugovora i sporazuma u pogledu zasnivanja vremenske nadležnosti načelno ne utiče na pravnu sigurnostav Ovo tim pre, jer se ugovorima i sporazumima ne konstituiše naknadno odgovornost koja nije postojala u vreme kada su izvesni akti bili počinjeni, već se proceduralno utvrđuje postojanje materijalne odgovornosti na osnovu pravnih pravila koja su u tom vremenskom okviru bila na snazi, ali nisu bila primenjivana.[34]

PARNIČNI POSTUPAK PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE

Parnični postupak pred Međunarodnim sudom pravde kao delom univerzalnog pravnog sistema Ujedinjenh nacija, već prema slučaju započinje saopštenjem specijalnog sporazuma (kompromisa) ili podnošenjem tužbe. U oba ova slučaja moraju biti naznačeni predmet spora i stranke u sporu (član 40 stav 1. Statuta).

Kad postupak započinje saopštenjem posebnog sporazuma kojim se spor poverava na rešavanje Sudu, prema pravilu iz člana 43. Pravilnika Suda i člana 63. stav 1. Statuta, sekretar upućuje obaveštenje tuženoj strani, kao i svim država-

[32] "Right of Passage over Indian Territory;" Merits, Judgment,*International Court of Justice Reports,*1960, p. 34.

[33] U slučaju koji se ticao legalnosti upotrebe sile,za države koje su prihvatile nadležnost unutar fakultativne klauzule (Belgija, Holandija, Portugal i Kanada), Međunarodni sud pravde utvrdio je da deklaracija SR Jugoslavije od 25. aprila 1999. godine, može predstavljati osnov za zasnivanje obavezne nadležnosti samo za sporove već proizašle i sporove koji bi mogli proizaći posle njenog potpisivanja. Sledstveno, Sud je zaključio da bi se to moglo isključivo odnositi na situacije ili činjenice nastale nakon 25. aprila 1999. godine. Razmatrajući pitanje nadležnosti *prima facie*, Sud je konstatovao sledeće: „S obzirom da je s jedne strane, SR Jugoslavija očekivala da Sud prihvati nadležnost *ratione temporis* za već postojeće sporove ili sporove koji tek mogu proizaći nakon potpisivanja deklaracije, tako i s druge strane, i u odnosu na činjenice i situacije koje proisteknu nakon ovog potpisivanja, u cilju ocene da li Sud ima nadležnost u predmetnom slučaju, dovoljno bi bilo da se u kontekstu njenog sadržaja utvrdi da li je izneti spor nastao pre ili nakon 25. aprila 1999. godine, kao datuma kada je deklaracija potpisana." Otuda je Sud zaključio da je bombardovanje otpočelo 24. marta 1999. godine i da je trajalo kontinuirano do, i nakon 25. aprila 1999. godine, pa s obzirom da nema uzajamne saglasnosti, deklarativne izjave strana ne konstituišu bazu na kojoj počiva pravni osnov za konstituisanje sudske nadležnosti - *prima facie.* Videti: "Case Concerning Legality of Use of Force" (Yugoslavia v. United States,United Kingdom, France, Germany, Italy, Netherlands, Belgium, Canada, Portugal and Spain), Applications filed in Registry of the International Court of Justice on 29 April 1999, signed in the General list n° 105, *International Court of Justice Reports,* 1999, pp. 552, etc.

[34] Milenko Kreća,*Međunarodno javno pravo,*op.cit., str. 530.

ma ugovornicama koje nisu strane u sporu, ali imaju pravo da se umešaju u spor. Saopštenje po pravilu prati propratno pismo ministra spoljnih poslova ili ambasadora države koja je stranka u postupku i koji je akreditovan u Hagu. Kad postupak započinje tužbom, tužbu odmah po prijemu sekretar saopštava svim zainteresovanim, shodno članu 40. stav 2. Statuta. Sekretar Suda, isto tako, preko Generalnog sekretara šalje obaveštenje svim članicama Ujedinjenih nacija i svim drugim državama koje su ovlašćene da se pred njim pojave (član 40. stav 3. Statuta). Tužbu potpisuje pravni zastupnik ili diplomatski predstavnik stranke u postupku koji je akreditovan u Hagu. Tužbu mogu potpisati i druga lica po opštim pravilima međunarodnog prava koja se odnose na predstavljanje država. Parnične stranke u postupku pred Sudom zastupaju pravni zastupnici, a njima pomažu savetnici ili advokati. Svi oni uživaju diplomatske privilegije i imunitete neophodne za obavljanje svojih dužnosti (član 42. Statuta). U toku parničnog postupka neretko dolazi da Sud rešava o tzv. prethodnim pitanjima, privremenim merama i intervencijama. Ova faza postupka po pravilu je skraćena i u praksi Suda označava sporedni postupak *(Incidental proceeding)* u odnosu na glavni postupak u kojem se raspravlja o predmetu spora *(Contentious proceeding).*

O prethodnim pitanjima Sud odlučuje po prigovorima stranaka (na primer po prigovoru o nadležnosti, po prigovoru o presuđenoj stvari, po prigovou o litispendenciji i dopuštenosti tužbe i dr.). U takvim slučajevim, Sud po pravilu može okončati spor donošenjem presude kojom se prihvata prethodni prigovor, odnosno kojim se prigovor samo delimično prihvata.[35] Zatim može i odbiti prigovor, ako nađe da je isti neosnovan, u kojem slučaju nastavlja sa prekinutim postupkom o meritumu spora (na primer, kada nađe da prigovor nema prethodni karakter).[36] Na osnovu člana 41. stav 1. Statuta, Međunarodni sud pravde ovlašćen je da ukaže ako smatra da okolnosti to zahtevaju, na sve privremene mere koje treba preduzeti radi obezbeđenja prava jedne ili druge strane u sporu. Procesno-pravna razrada ove mogućnosti sadržana je u odredbama člana 73. do člana 78. Pravilnika Suda o vođenju postupka po kojima je Sud u obavezi da postupa urgentno pri donošenju privremenih mera zaštite na zahtev jedne od strana u sporu ili *proprio motu,* po nahođenju samog Suda ako situacija tako nalaže, a pre odlučivanja po drugim tužbenim zahtevima stranaka. Svrha mu je da se sačuva stanje koje postoji bez pogoršavanja sporne situacije kojom bi mogla biti pričinjena šteta koju bi kasnije bilo teško sanirati, ili da se otkloni opasnost koja realno postoji po prava i inte-

[35] "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", Preliminary Objections Judgment, 11 July 1996, *International Court of Justice Reports,* 1996, p. 595.

[36] U praksi Stalnog suda međunarodne pravde, prethodni prigovori su tretirani kao novi slučajevi i upisivani su u Upisnik Suda. Povodom slučaja *Borchgrave,* između Belgije i Španije, Stalni međunarodni sud pravde je odustao od takve prakse jer je smatrao da bi takva praksa dovela do neravnopravnosti parničnih stranaka. Videti: *Permanent Court of International Justice Reports,* Ser. A.B., no. 72.

rese strana u sporu.[37] U toku parničnog postupka koji se vodi pred Međunarodnim sudom pravde, moguće je da dođe do intervencije država koje smatraju da se u predmetu spora rešava i o njihovom pravnom interesu. Država koja ima pravni interes da se umeša u tekući spor prema članu 62. Statuta, mora podneti obrazložen zahtev Sudu za intervenciju, o kojem Sud, posle saslušanja stranaka donosi odluku.[38] Pored ovog slučaja, na osnovu člana 63. Statuta, moguća je i intervencija države koja nije stranka u sporu ali je strana ugovornica multilateralnog ugovora ili konvencije čije se tumačenje traži. U takvom slučaju Sud dopušta državi ugovornici da interveniše deponovanjem deklaracije Sekretarijatu Suda.[39] Za sve države umešače u sporu, odluka Suda je pravno obavezujuća.

Glavni postupak pred Međunarodnim sudom pravde sastoji se od pismene i usmene faze. U pismenoj fazi, koja je načelno poverljive prirode, postoje sistemi simultanog i konsekutivnog podnošenja podnesaka. Simultani sistem primenjuje se u slučaju kada je nadležnost Suda ustanovljena po osnovu saopštenja sporazuma o ustanovljavanju njegove nadležnosti. U takvim slučajevima stranke podnose pismena prema redosledu utvrđenom u samom sporazumu.[40] U konsekutivnom sistemu pak, koji je iniciran tužbom, Sud svojim naredbama utvrđuje rokove za podnošenje pismenih podnesaka. Tako, tužilac dostavlja pismeni podnesak sa obrazloženjem tužbenog zahteva *(Memorial),* a tužena strana, protiv-podnesak sa pismenim obrazloženjem odgovora na tužbu *(Counter-Memorial)*. Uz odgovor na

[37] Postupak po privremenim merama konstituiše posebnu incidentu fazu u kojoj se Sud u urgentnom postupku izjašnjava o privremenim merama u formi naredbe *(Order).* Po pravilu Sud nije vezan predlozima za određivanjem privremenih mera stranaka, što suštinski ne menja njihovu pravnu prirodu koja je pravno obavezujuća i koja je obuhvaćena predmetom spora. O svakom zahtevu za određivanje privremenih mera Sud obaveštava stranke u sporu, kao i Savet bezbednosti, a mogućnost da Savet bezbednosti istovremeno razmatra isti spor, ne predstavlja prepreku za usvajanje privremenih mera od strane Suda.

[38] Ako se u postupku pred Međunarodnim sudom pravde utvrdi da pravni interes trećih država koje nisu obuhvaćene sporom predstavlja predmet odlučivanja o glavnoj stvari, Sud neće moći nastaviti postupak bez njihovog prisustva. Ovo pravilo proizilazi iz opšteg principa slobodnog pristanka u odnosu na sudsku jurisdikciju i prihvaćeno je u praksi Međunarodnog suda pravde u sporu oko italijanskog potraživanja albanskog monetarnog zlata prema delu III Pariskog akta od 14. januara 1946. godine u kome je Albanija odlučila da ne interveniše. Videti: "Monetary Gold Case (Italy v. France, United Kingdom, United States)", *International Court of Justice Reports,* 1954, pp. 19, 54.

[39] Ovom mogućnošću poslužila je se Poljska u slučaju *Wimbledon*, koji se vodio pred Stalnim sudom međunarodne pravde. Videti: *Publication of the Permanent Court of International Justice,*Ser. A. no. 1.

[40] U ranijoj sudskoj praksi simultani sistem podrazumevao je obično istovremeno podnošenje podnesaka stranaka. Nakon što je došlo do velike proliferacije podnesaka i prolongiranja vođenja postupka, Sud najzad u svojim preporukama iz 2001. godine, izjavio da se neće protiviti naizmeničnom ponošenju podnesaka. Videti: Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, *Međunarodno javno pravo,* op.cit., str. 369.

tužbu, tužena strana može podneti i protiv-tužbu *(Counter-Claim)*, o kojoj Sud odlučuje svojom naredbom nakon što sasluša strane u sporu.[41] Posle podnošenja odgovora na tužbu, Sud može uputiti tužioca da dostavi repliku *(Reply),* odnosno, kada smatra za potrebno može uputiti tuženu stranu da dostavi repliku na repliku to jest, dupliku *(Rejoinder).*

U usmenoj fazi, Sud saslušava stranke u postupku, njihove pravne zastupnike, savetnike, advokate, svedoke i veštake. Sud naredbom utvrđuje redosled saslušanja ukoliko isti nije utvrđen sporazumom stranaka. Teret dokazivanja je na stranci koja nešto tvrdi ili dokazuje *(onus probandi).* Rasprava se odvija po pravilu javno izuzev, ako Sud ne odluči drugačije. Usmena faza se okončava kada zastupnici stranaka izlože konačnu verziju tužbenih zahteva i kad Sud izvede sve predviđene dokaze. Sud potom, donosi presudu u granicama tužbenog zahteva *(non ultra petita).*[42] Presuda je konačna i pravno obavezujuća za strane u postupku.[43] Po pravilu, presuda važi samo za taj spor, a protiv nje nije dopuštena žalba (član 60 Statuta).

Međunarodni sud pravde može doneti presudu povodom prethodnog pitanja, kao i u pogledu predmeta spora *(in meritum).* Veoma retko Sud donosi presude zbog izostanka.[44] U slučaju različitih tumačenja domašaja i smisla presude, Sud je ovlašćen da na zahtev bilo koje stranke u sporu donese i tzv. interpretativne presude (član 60 Statuta). Ova vrsta presuda ima *stricto sensu,* deklarotorni ka-

---

[41] U sporu između Bosne i Hercegovine i SR Jugoslavije po pitnju povrede Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocide, SR Jugoslavija je podnela protiv-tužbu *(Counter-Claim)* - 22. jula 1997. godine, kojom je od Međunarodnog suda pravde zatražila donošenje osuđujuće presude protiv Bosne i Hercegovine za navodno počinjen genocid protiv Srba u Bosni i Hercegovini. Međunarodni sud pravde doneo je naredbu 17. decembra 1997. godine, kojom je prihvatio osnovanost protiv-tužbe SR Jugoslavije u odnosu na vođenje jedinstvenog postupka shodno odredbi iz člana 80. st. 1. Pravilnika Suda. Videti: "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", Counter Claims Order, 17 December 1997, *International Court of Justice Reports,* 1997, p. 243; Duško Dimitrijević, „Sporovi SR Jugoslavije (Srbije i Crne Gore) pred Međunarodnim sudom pravde", *Međunarodni problemi,* 2005, br. 3, str. 340-372.

[42] "Corfu Channel Case", *International Court of Justice Reports*, 1949, p. 249.

[43] U slučaju da strana u sporu ne poštuje presudu,druga zadržava pravo da se obrati Savetu bezbednosti koji,ako smatra za potrebno može u skladu sa članom 94. Povelje dati preporuke ili odlučiti o merama koje treba preduzeti da bi se presuda izvršila. U praksi međutim,može doći do devijacija u pogledu izvšenja sudskih odluka. Tako, poznat je primer da su Sjedinjene Američke Države odbile da izvrše presudu Međunarodnog suda pravde od 27. juna 1986. godine, u slučaju vojnih i paravojnih aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje. Zbog ove činjenice, Nikaragva se pozvala na član 94. stav 2. Povelje, kao i na praksu uzdržavanja stalnih članova Saveta bezbednosti (Francuske i Velike Britanije), koja ne zabranjuje usvajanje rezolucije Saveta bezbednosti. Konačna odluka Saveta bezbednosti nije usvojena zbog veta Sjedinjenih Američkih Država

[44] "Corfu Channel Case",*International Court of Justice Reports,*1949,"United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran",*International Court of Justice Reports,*1979.

rakter i ne može zadirati u konačnost rešenja o predmetu spora.[45] Presuda može izražavati jedinstveni stav sudijskog veća, ali i ne mora. U ovom drugom slučaju, sudije mogu izdvojiti svoje individualno mišljenje *(individual or separate opinion),* u odnosu na obrazloženje presude, ili mogu dati i svoje odvojeno mišljenje *(dissenting opinion),* ukoliko se ne slažu sa izrekom i obrazloženjem presude.[46] Iako nakon izricanja presude, prema opštem pravilu o presuđenoj stvari *(res judicata),* ne bi bilo moguće voditi novi postupak između istih strana *(ne bis in idem),* niti o istom predmetu *(ut sit finis litium),* takva mogućnost ipak postoji u izuzetnim situacijama. Naime, kad se ispostavi da presuda ne odgovara stvarnosti i kad se njome očigledno ne postiže svrha rešavanja pravnih sporova moguće je da Sud prethodnu odluku derogira po principu - *iudicium posterior derogat priori*.[47] Dođe li pak, do takve situacije da se naknadno otkriju činjenice odlučujućeg značaja, odnosno takvog karaktera koji bi presudno delovao na izricanje presude, a koje pre izricanja presuda nisu bile poznate ni Sudu ni strankama u sporu (pod uslovom da takvo nepoznavanje nije posledica nemarnosti), moguće je pokretanje revizionog postupka. Statut Suda u odredbi člana 61. stav 4. i stav 5. propisuje da se zahtev za reviziju može postaviti u najdocnije u roku od 6 meseci otkrića ovih činjenica, odnosno zahtev se ne može podneti nakon proteka 10 godina od donošenja presude. Prema odredbi člana 61. stav 2. Statuta, "postupak za reviziju otvara se odlukom Suda kojom se izričito utvrđuje postojanje nove činjenice,

[45] Philippe Couvreur, *The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2017, p. 72; Prava svrha postavljanja zahteva za donošenjem interpretativnih presuda od strane Međunarodnog suda pravde jeste u razjašnjavanju značenja i domašaja obavezujućeg dela presude. Prilikom tumačenja presuda, Sud je po pravilu njome vezan u granicama koje su *ad infinitum,* utvrđene kompromisom. Videti:"Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case" (Colombia v. Peru), *International Court of Justice Reports,* 1959, p. 402.; "Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria" (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon), Judgment, *International Court of Justice Reports,* 1999, pp. 36-37; "Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear", (Cambodia v. Thailand), Judgment, *International Court of Justice Reports,* 2013, pp. 281, etc.

[46] U novijoj praksi Međunarodnog suda čini nam se zanimljivim odvojeno mišljenje *ad hoc* sudije profesora Milenka Kreće u sporu Hrvatske protiv Srbije po pitanju primene Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Videti: "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (Croatia v. Serbia) , *International Court of Justice Reports*, 2015; "Separate Opinion of Judge Ad Hoc Kreća", Internet: http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18446. Milenko Kreća, "Relationship between the International Court of Justice and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in respect of the adjudication of genocide", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2015, vol 63, no. 3, pp. 18-39.

[47] Charles de Visscher, *Aspects Récents du Droit Procédural de la Cour internationale de Justice,* Pedone, Paris, 1966, p. 178.

uz priznanje da ona po svome karakteru čini spor podložnim obnovi".[48] Ako pak, proceni da je to potrebno, Sud može pre otvaranja revizionog postupka, a u skladu sa odrebom iz stava 3. člana 61. Statuta tražiti izvšavanje presude. Kad to ne učini, Sud u ponovnom postupku donosi presudu koju su stranke u obavezi da izvrše *bona fide.*

SAVETODAVNI POSTUPAK MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE

U određenim slučajevima gde postoje neslaganja država članica ili pojedinih organa Ujedinjenih nacija povodom određenih pitanja koja mogu da parališu rad svetske organizacije, rešenja se traže u savetodavnim mišljenjima Suda. Na osnovu člana 96. Povelje i člana 65. Statuta, Generalna skupština i Savet bezbednosti ovlašćeni su da traže savetodavno mišljenje o svakom pravnom pitanju. Zahtev mogu da učine i drugi organi Ujedinjenih nacija i specijalizovane organizacije, ako ih na to ovlasti Generalna skupština (npr. Generalna skupština je ovlastila Ekonomski i socijalni savet, Starateljski savet, Interim komitet Generalne skupštine, Komitet za revizuju presuda Administrativnog suda, kao i specijalizovane organizacije poput Međunarodne organizacije rada, Organizacije Ujedinjenih nacija

[48] Nakon političkih promena u SR Jugoslaviji - oktobra 2000. godine, došlo je do zaokreta u sporu sa Bosnom i Hercegovinom zbog povrede odredaba Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida od 9. decembra 1948. godine. U cilju stabilizacije političke situacije u regionu,SR Jugoslavija je izrazila dobru volju radi pronalaženja vansudskih rešenja spora. Usmenom izjavom datom na zapisnik ona je odustala od tužbe i tužbenih zahteva,a što je konstatovano u naredbi Suda od 10. septembra 2001. godine. Pritom,pre nego je odustala od tužbe,SR Jugoslavija je podnela zahtev za obnavljanjem postupka - 24. aprila 2001. godine, protiv presude Suda donete 11. jula 1996. godine. Polazeći od bitno izmenjene političke i pravne pozicije u odnosu na raniji period u kome je insitstirala na međunarodnopravnom kontinuitetu sa SFR Jugoslavijom, SR Jugoslavija je prijemom u Ujedinjene nacije – 1. novembra 2000. godine,kao sasvim nova država,prihvatila politički i međunarodnopravni diskontinuitet sa bivšom Jugoslavijom. Na bazi iznetog stanovišta,SR Jugoslavija se u postupku pred Sudom pozvala na nemogućnost da bude strana Statuta,pa ni strana Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida od 9. decembra 1948. godine,koja je shodno utvrđenim pravilima,otvorena samo onim članicama i nečlanicama UN koje Generalna skupština pozove na potpisivanje ili pristupanje. U revizionom zahtevu od Suda se zahtevalo da se oglasi nenadležnim. Postupak o glavnoj stvari time bi bio prekinut *ex officio,* do donošenja odluke o reviziji. Pošto je utvrdio da prijem SR Jugoslavije u članstvo Ujedinjenih nacija,ne može predstavljati „novu činjenicu" u smislu člana 61. stav 1. Statuta,Međunarodni sud pravde odbacio je navode Srbije i Crne Gore da SR Jugoslavija nije bila strana Statuta i Konvencije,jer nije ni postojala kao država u vreme donošenja presude. Sa tom konstatacijom Sud je našao da se sve relevantne činjenice vezuju za period nakon izricanja presude od 11. aprila 1996. godine,te da iste ne mogu predstavljati pravni naslov za obnavljanje postupka. Videti: "Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)",Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), International Court of Justice filed 24 April 2001, *International Court of Justice Press Release* 2001/12,24 April 2001.

za ishranu i poljoprivredu, Organizacije Ujedinjenih nacija za obrazovanje, nauku i kulturu, Svetske zdravstvene organizaciju, Međunarodne banke za obnovu i razvoj, Međunarodne finansijske korporacije, Međunarodnog monetarnog fonda, i dr.). [49] U postupku davanja savetodavnih mišljenja, primenjuju se pravila *mutatis mutandis,* propisana za parnični postupak. Međutim, za razliku od parničnog postupka gde postoje stranke u postupku, u postupku davanja savetodavnih mišljnja, stranke *stricto sensu,* ne postoje. Uloga država, međunarodnih organizacija i organa Ujedinjenih nacija svodi se na ulogu *amicus curiae*. U postupku ne postoje striktne procesne radnje koje su jedinstvene za glavni ili kontenciozni parnični postupak. [50] Postupak se u proceduralnom smislu okončava davanjem savetodavnog mišljenja na javnoj sednici o čijem održavanju se prethodno obaveštavaju nadležni organi svetske organizacije kao i predstavnici država i međunarodnih organizacija na koje se mišljenje odnosi. Savetodavna mišljenja nemaju obavezujući karakter izuzev ako postoji sporazum stranaka kojim se prihvata

[49] Za noviju praksu Suda videti*:* "Judgment No.2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development (Request for Advisory Opinion) *International Court of Justice Reports* 2012, p. 10; "Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo", Advisory Opinion of the International Court of Justice,*International Court of Justice Reports, Summary* 2010/2,22 July 2010,"Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory", Advisory Opinion*, International Court of Justice Reports,* 2004, pp. 189, etc; "Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights", *International Court of Justice Reports,* 1999, p. 62; "Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict", *International Court of Justice Reports, 1995, p. 228;* "Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", *International Court of Justice Reports,* 1996, p. 226; "Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations", *International Court of Justice Reports,* 1989, p.177; "Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947", *International Court of Justice Reports,* 1988, p. 3; "Application for Review of Judgment No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal", *International Court of Justice Reports,* 1987, p. 18; "Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal", *International Court of Justice Reports,* 1982, p. 325; "Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt", *International Court of Justice Reports,* 1980, p. 73, etc.

[50] U savetodavnom postupku pred Međunarodnim sudom pravde nadležnost Suda se ne uslovljava slobodno izraženom voljom stranaka *(principle of consent of the parties),* budući da su savetodavna mišljenja pravno neobavezujuća, te da u postupku učestvuju organi i specijalizovane organizacije Ujedinjenih nacija. Sud sprovodi pismeni i usmeni deo postupka i primenjuje *mutatis mutandis* pravila parničnog postupka za koja po diskreciji smatra da su neophodna. Videti: Mahasen M. Aljaghoub," The Absence of State Consent to Advisory Opinions of the International Court of Justice: Judicial and Political Restraints - Reflections on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*,Advisory Opinion of 9 July 2004",*Arab Law Quarterly,* 2010, no. 24, pp. 206,etc.

njihova obavezna snaga.[51] S obzirom da Međunarodni sud pravde uživa visok stepen autoriteta kao vrhovni pravosudni organ Ujedinjenih nacija, države, međunarodne organizacije i organi svetske organizacije ne ponašaju se u suprotnosti sa iznetim stavovima iz njegovih savetodavnih mišljenja.[52] Ovo tim pre, što Međunarodni sud pravde prilikom davanja savetodavnih mišljenja uzima u obzir opšta pravila međunarodnog prava iz Povelje Ujedinjenih nacija, kao i ciljeve i principe u njoj sadržane. [53] Otud, kao i presude, savetodavna mišljenja Međunarodnog suda pravde doprinose pravilnoj interpretaciji važećeg međunarodnog prava, ali i njegovom stalnom usavršavanju i upotpunjavanju shodno dinamici promena prisutnih u međunarodnim odnosima. Uloga Međunarodnog suda pravde ne završava samim donošenjem presude o meritumu, odnosno davanjem savetodavnog mišljenja o određenom pravnom pitanju, već kada se njegove odluke sprovedu u međunarodnoj praksi i efektuiraju u unutrašnjem pravnom poretku. Konačno, na ovaj način, Međunarodni sud pravde opravdava svoje postojanje kao glavni sudski organ svetske organizacije zadužen za mirno rešavanje pravnih sporova, a što znatno utiče na održavanje međunarodnog mira i bezbednosti koji *per se*, predstavljaju prioritetne ciljeve međunarodne zajednice.[54]

JAČANJE POVERENJA U MEĐUNARODNI SUD PRAVDE – ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Evolutivne promene međunarodnog prava u proteklom periodu moguće je vezati za njegovo prilagođavanje aktuelnim političkim situacijama i svetskim dešavanjima. To prilagođavanje u krajnjoj liniji bilo je u korelaciji sa povećanim po-

[51] U članu 8. Konvencije o privilegijama i imunitetima Ujedinjenih nacija propisano je inter alia, da: „Ako se jave razlike između Ujedinjenih nacija s jedne strane, i člana sa druge strane, tražiće se savetodavno mišljenje o svakom pravnom pitanju saglasno članu 96. Povelje i članu 65. Statuta Međunarodnog suda pravde. Mišljenje će biti prihvaćeno kao odučujuće za strane u sporu". *A fortiori,* obaveza poštovanja savetodavnog mišljenja ne proizilazi iz pravne prirode mišljenja Suda, već iz ugovorne odredbe. Videti: "Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations", *United Nations Treaty Series*, Vol. I, p. 15; Vol. 90, p. 327.

[52] Vredno je pomeuti da je ekstenzivno tumačenje Povelje dovelo do situacije da se Međunarodni sud pravde u praksi doživljava i kao apelacioni sud. Tako,Komitet za reviziju presuda Administrativnog suda Ujedinjenih nacija može tražiti od Međunarodnog suda pravde savetodavno mišljenje koje je pravno obavezujuće za strane.

[53] Stephen M. Schwebel,"Relations Between the International Court of Justice and the United Nations" in Michael M. Virally (ed.), *Le Droit International au Service de la Paix,de la Justice et du Developpement,* A. Pedone, Paris,1991, pp. 434,etc.

[54] Oliver J. Lissitzyn,*The International Court of Justice: Its Role in the Maintenance of International Peace and Security,* Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1951, p.18; Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court,* Stevens & Sons, London,1958, pp. 5, etc.

trebama država i drugih aktera međunarodnih odnosa. Tumačenje važećih međunarodnih pravnih pravila i principa od strane Međunarodnog suda pravde imalo je u tom pogledu veoma značajno mesto. Sudeći po njegovoj jurisprudenciji, njegova uloga u rasvetljavanju i primeni međunarodnog prava vremenom je rasla kako su njegove interpretacije sve više bile povezene sa ispitivanjem različitih aspekata međunarodnog prava, unutrašnjih pravnih sistema i prava međunarodnih organizacija. Odluke Međunarodnog suda pravde u tom pogledu poslužile su kao izvestan zamajac postepenom razvoju i kodifikaciji međunarodnog prava. Od početnog nepoverenja u ovaj način mirnog rešavanja sporova, znatan deo međunarodne zajednice (pretežno male, nerazvijene ili srednje razvije zemlje nakon okončanja procesa dekolonizacije, a potom i druge države, posebno one u tranziciji po okončanju Hladnog rata), prihvatile su nadležnost Međunarodnog suda pravde u rešavanju otvorenih pravnih pitanja, odustavši od klasičnih političkih metoda preventivne diplomatije.[55] Ovaj zaključak naravno ne znači da su u doba velikih političkih kriza i međunarodnih previranja države bile spremne da prepuste rešavanje svojih sporova Međunarodnom sudu pravde. Naprotiv, po pravilu, za rešavanje tih sporova i spornih situacija diplomatija je imala prevashodnu ulogu.[56]

Iz dosadašnje prakse Međunarodnog suda pravde proizilazi da je Sud bio pozvan da rešava najrazličitije pravne probleme koji bi se pojavili između država, te da je u tom pogledu davao pravno svrsishodna tumačenja pravnih sporova. Takođe, Međunarodni sud pravde odlučivao je u velikom broju slučajeva po zahtevima za davanje savetodavnih mišljenja Saveta bezbednosti ili Generalne skupštine, kao i drugih organa i specijalizovanih organizacija i agencija svetske organizacije. Savetodavna mišljenja imala su veliki uticaj ne samo na interpreta-

[55] Prema podacima prisutnim na zvaničnom sajtu Međunarodnog suda pravde, proizilazi da je pred Sud, od početka njegovog rada do 2016. godine, izneto 125 slučajeva, a ot toga 26 slučajeva se odnosilo na zahteve za dobijanje savetodavnih mišljenja. Videti Inernet: http://www.icj-cij.org/en/contentious-cases 28.08.2017. U periodu od 1947. do 1962. godine, 22% podnosioca zahteva pred Sudom pripadalo je zemljama u razvoju, dok je 78% pripadalo razvijenim zemljama. Od 1967. do 1984. godine, 44% podnosioca zahteva pripadalo je zemljama u razvoju, dok je 56% pripadalo razvijenim zemljama. Od 1986. do 2003. godine, 73% podnosioca zahteva pripadalo je zemljama u razvoju dok je 27% pripadalo razvijenim zemljama. Konačno, prema podacima od 2004. do 2014. godine, 85% podnosioca zahteva bile su zemlje u razvoju dok je svega 15% bilo među razvijenim zemljama. Videti: Lucia Nalbandan, "The Relevance of the International Court of Justice in International Law", University of Toronto, *The McMaster Undergraduate Journal of Law & Politics*', 2015-2016, vol. II, p. 16.

[56] U veoma spornim situacijama u međunarodnim odnosima politički metodi rešavanja sporova nisu izostavljani, već su naprotiv veoma korišćeni iako je bilo jasno da je reč o pravnim sporovima stricto sensu. U tom smislu zapažena je i pojačana uloga Saveta bezbednosti koji je zakoračio u kvazisudsku i kvazilegislativnu delatnosti. Videti: Obrad Račić, *Ujedinjene nacije između moći i prava,* Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 170.

cije međunarodnog prava, već i na njegov dalji progresivni razvoj. U svim tim postupcima, Međunarodni sud pravde primenjivao je važeće međunarodno pravo sadržano u konvencijama, međunarodnim običajima i opštim pravnim načelima prihvaćenim od civilizovanih naroda. Sud se nije libio i da se prilikom tumačenja pozove na pomoćne izvore za utvrđivanje pravnih pravila kao što su izvori sadržani u u sudskim odlukama i doktrini najpoznatijih stručnjaka međunarodnog prava. Iako je prema članu 38. stav 2. Statuta Međunarodni sud pravde bio u mogućnosti da odlučuje i prema načelu *ex aequo et bono,* on to nije činio čime je nažalost, jurisprudencija Suda u tom pogledu ostala nepotpuna i nedorečena. Međutim, analizirajući sumarno dosadašnju praksu Međunarodnog suda pravde, može se zaključiti da je praksa i te kako bogata i raznovrsna, te da obuhvata u najvećem broju slučajeva različite oblasti i pitanja međunarodnog prava. Tako, samo radi ilustracije, a zbog ograničenosti prostora predmetne analize pomenućeno neke značajnije slučajeve iz jurisprudencije.

U oblasti koja se odnosi na materiju zabrane upotrebe sile i pretnje silom Sud je odlučivao u sporu između Velike Britanije i Albanije oko Krfskog kanala. Sud je potvrdio da je politika sile kao takva, u prošlosti bila povod za mnogobrojne zloupotrebe, te da u aktuelenim okolonostima, bez obzira na prisutnu devijaciju u međunarodnoj organizaciji ne može naći mesto u međunarodnom pravu.[57] Takođe, u slučaju koji se ticao vojnih i para-vojnih aktivnosti u, i protiv Nikaragve, Sud je potvrdio običajni karakter ovog pravila, dajući istovremeno i objašnjenja u vezi sa mogućnošću primene prava na samoodbranu.[58] Povodom davanja savetodavnog mišljenja u slučaju izraelske izgradnje zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji, Sud je imao priliku da potvrdi svoje shvatanje o pravu na samoodbranu.[59] U najpoznatijim slučajevima koji su se ticali dekolonizacije, u slučaju Jugozapadne Afrike i Namibije, Međunarodni sud pravde podvukao je značaj principa samoopredeljenja naroda. Naime, Sud je istakao važnost ovog načela u kontekstu zaštite osnovnih ljudskih prava, što je imalo šire političke implikacije u međunarodnim odnosima.[60] Postepenim razvojem međunarodnog prava u slučaju Istočnog Timora i u slučaja pravnih posledica gradnje zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji, Sud je priznao da "pravo naroda na samoopredeljenje proizila-

[57] "Corfu Channel Case",*International Court of Justice Reports,* 1949, p.244.

[58] " Military and Paralilitary Activities in and against Nicaragua",*International Court of Justice Reports*, 1986, p. 14.

[59] "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory",Advisory Opinion, *International Court of Justice Reports,* 2004, p. 136.

[60] "South West Africa", *International Court of Justice Reports,*1966, p. 3; "Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)", Advisory Opinion, *International Court of Justice Reports,* 1971, p. 16.

zi iz Povelje i prakse Ujedinjenih nacija i da ima *erga omnes* karakter, odnosno da je "jedan od mogućih principa savremenog međunarodnog prava".[61] U najvećem broju slučajeva koji su izneti na sudsko rešavanje, Međunarodni sud pravde odlučivao je o sporovima povodom državne teritorije.

Konkretno, Sud je odlučivao o postojanju suvereniteta nad određenom oblašću, o utvrđivanju postojanja određenih međunarodnih obaveza povodom teritorija (nenarušavanja vazdušnog prostora, poštovanja prava prolaza i dr.), statusa teritorija pod međunarodnom upravom (starateljskih i nesamoupravnih teritorija, internacionalizovanih teritorija i dr.), o delimitaciji međunarodnih granica.[62] Pored navedenih oblasti kojim se Međunarodni sud pravde bavio, valja istaći i druge koje su bile u sferi njegove pažnje a koje se odnose na pitanja državne odgovornosti za međunarodne protivpravne akte u oblasti diplomatskih i konzularnih odnosa,[63] prava državljanstva i prava azila,[64] prava međunarodnih ugovora,[65]

[61] "Case concerning East Timor",*International Court of Justice Reports,* 1995, p. 90.

[62] Među novijim slučajevima koji su podneti na rešavanje Međunarodnom sudu pravde videti: "Frontier Dispute" (Burkina Faso/Niger), *International Court of Justice Reports,* 2013; "Territorial and Maritime Dispute" (Nicaragua v. Colombia), *International Court of Justice Reports,* 2012; "Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge" (Malaysia/Singapore), *International Court of Justice Reports,* 2008; "Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea" (Nicaragua v. Honduras), *International Court of Justice Reports,* 2007;. "Frontier Dispute" (Benin/Niger), *International Court of Justice Reports,* 2005; "Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan" (Indonesia/Malaysia), *International Court of Justice Reports,* 2002; "Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria" (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), *International Court of Justice Reports,* 2002; "Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain" (Qatar v. Bahrain), *International Court of Justice Reports,* 2001;"Kasikili/Sedudu Island" (Botswana/Namibia), *International Court of Justice Reports,* 1999; "Maritime Delimitation between Guinea-Bissau and Senegal" (Guinea-Bissau v. Senegal), *International Court of Justice Reports,* 1995; "Territorial Dispute" (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), *International Court of Justice Reports,* 1994; "Land, Island and Maritime Frontier Dispute" (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) *International Court of Justice Reports,* 1992; "Passage through the Great Belt" (Finland v. Denmark) *International Court of Justice Reports,* 1992;"Frontier Dispute" (Burkina Faso/Republic of Mali), *International Court of Justice Reports,* 1986., etc.

[63] *Exempli causa:* "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran" (United States of America v. Iran), *International Court of Justice Reports,* 1981, p. 45; "LaGrand" (Germany v. United States of America), *International Court of Justice Reports,* 2001, pp. 508, etc; "Vienna Convention on Consular Relations" (Paraguay v. United States of America), *International Court of Justice Reports,* 1998, p. 248.

[64] *Exempli causa:* "Asylum Case" (Colombia v. Peru), *International Court of Justice Reports,* 1950, pp. 266, etc.

[65] *Exempli causa:*"Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" (Georgia v. Russian Federation), *International Court of Justice Reports,* 2011.

prava zaštite životne sredine,[66] a koja pravna pitanja zaslužuju posebnu i iscrpnu međunarodnopravnu analizu.

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ, Ph.D.,
Research Fellow Institute of International politics
and Economics, Belgrade

THE SEVENTH DECADE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE OF THE UNITED NATIONS

Summary

The evolutionary changes of the International law in the aftermath of the Second World War, took place in the counterpoint of the interests of the great powers and of the less powerful part of the world, which sought to preserve the general values of humanity. Adjusting International law with these contradictions proves the dialectic of its development, which is fundamental to understanding processes and phenomena that determine its existence in the 21st century. The development of International law in the new epoch goes hand in hand with the globalization of international relations. Regardless of the extent to which International law was fragmentary and contradictory to reality, its role was not called into question, since International law is the foundation of the World Order. Although the importance of voluntaristic factors in its development is dominant, the intensive application of International law through international institutions, and especially through international justice, has immeasurable significance. In this regard, the importance of the International Court of Justice as the highest judicial instance in the United Nations system has remained enormous and its role in the peaceful settlement of disputes between states can not be denied, since this Court has certainly contributed to the correct application of International law and its harmonization with the contemporary tendencies in international relations. The work of the International Court of Justice over the past seven decades has raised a professional threshold in clarifying the essence and scope of applicable international law, as well as in revealing its deficiencies that have been successfully resolved through the codification and progressive development process. Finally, the systemic legal practice of the International Court of Justice has influenced the successive strengthening of the international community's trust in International law and the international judiciary, despite the strengthening of the quasi-judicial and quasi-legislative functions of the United Nations political organs.

[66] *Exempli causa:*"Aerial Herbicide Spraying" (Ecuador v. Colombia), *International Court of Justice Reports,* 2013.

BOJANA ČUČKOVIĆ

MEĐUNARODNI STANDARDI ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA U SITUACIJAMA PRIRODNIH KATASTROFA

UVOD

Sa prirodnim nepogodama, koje iza sebe ostavljaju ozbiljnu štetu i teške posledice, svet se suočavao oduvek. Pojave poput razornih zemljotresa, vulkanskih erupcija, poplava, klizišta nisu nešto novo. Ipak, čini se da postoji i nekoliko novih momenata u vezi sa njima. Prvo, sa naučnim istraživanjima došlo se do novih saznanja o uzrocima pojedinih prirodnih katastrofa, odnosno pokazalo se da prirodne i katastrofe izazvane od strane čoveka nije tako jednostavno razgraničiti. Danas dominira stav da su klimatske promene, između ostalog, uzrok brojnih prirodnih pojava koje za sobom ostavljaju štetne posledice, što znači da trag ponovo vodi do čoveka i njegovih aktivnosti kojima se zagađuje okolina, a koje se smatraju glavnim uzrokom promene klime. Drugo, uz prirodne pojave koje su čoveku od davnina zadavale muke, svedoci smo pojava koje ne prestaju da pomeraju granice u pogledu stepena njihove razorne moći. Dok nastaju ovi redovi, nekoliko država se suočava sa izuzetno teškim posledicama uragana Irma, dok novi uragan Marija dobija na snazi i prelazi u najvišu, petu kategoriju sa vetrovima brzine blizu 300 km/h. Treće, od značaja za izgradnju međunarodnih standarda u ovoj materiji je i to što su kapaciteti i sposobnosti država veći nego što je to bio slučaj ne samo u prethodnim vekovima, nego i u prethodnim decenijama. Sa ekonomskim i tehničkim napretkom podizane su i mogućnosti država da predu-

---

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

zimaju mere kojima se postepeno izgrađuje otpornost na takve pojave i umanjuju njihove štetne posledice pre nego što do pojave dođe, kao i mere koje predstavljaju odgovor na već nastalu pojavu u vidu saniranja i otklanjanja štetnih posledica. Četvrto, osim na faktičkom, promene su se dešavale i na normativnom planu, i to kako na nivou nacionalnih prava pojedinih država tako i na nivou međunarodnog prava. Povrede prava na život, adekvatan smeštaj i imovinu usled poplava izazvanih zemljotresom 2009. godine u Italiji, cunamija 2011. godine na Tajlandu i uragana Katrina u Sjedinjenim Američkim Državama, bile su predmet postupaka pred nacionalnim sudovima ovih država.[1] S druge strane, sve je veće interesovanje međunarodnih pravnika za ovu temu o čemu govori ne samo rad Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija o zaštiti lica u slučajevima katastrofa, praksa univerzalnih tela za ljudska prava već i praksa Evropskog suda za ljudska prava koji se u čak dva slučaja bavio uticajem prirodnih pojava na ljudska prava i obavezama koje u takvim situacijama nastaju za države. Drugim rečima, razvoj međunarodnog prava i, posebno, međunarodnog prava ljudskih prava, dosegao je takav nivo da je, za razliku od prošlih vremena kada su razorne prirodne pojave takođe postojale, danas moguće utvrditi izvesne međunarodne standarde kojih se države moraju pridržavati čak i u pogledu pojava na čiji nastanak nisu, bar ne neposredno, uticale.

Zaštita od prirodnih katastrofa u međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima

Prirodne pojave koje imaju razarajuće posledice ne uzrokuju samo materijalnu štetu već dovode i do povrede čitavog niza ljudskih prava. Korpus pravila međunarodnog prava ljudskih prava tako postaje relevantan pravni okvir za situacije prirodnih katastrofa.

U tom kontekstu možemo razlikovati dve grupe normi. Prvu čine međunarodni ugovori, univerzalni i regionalni, kojima se garantuju ljudska prava. U katalogu ljudskih prava nalaze se i ona koja su posebno ugrožena u slučajevima prirodnih katastrofa, poput prava na život, hranu, vodu, sklonište, zdravlje i imovinu. Mada navedena prava pripadaju različitim kategorijama u smislu da su neka utuživa a neka ne, to ne umanjuje njihov značaj i primenljivost u specifičnim okolnostima razornih prirodnih pojava u smislu da opšti standardi izgrađeni

[1] Tužioci su tvrdili da je do povreda došlo zbog propusta države da preduzme ne samo mere kojima se otklanjanju posledice ovih prirodnih pojava, već i mere kojima bi se one sprečile. V. više: Nifosi-Sutton, I., "Contour of Disaster Victims' Rights to a Remedy and Reparation Under International Human Rights Law", *in* De Guttry, A., Gestri, M., Venturini, G., *International Disaster Response Law*, Asser Press, Springer, 2012, 419-421. Lewis, H., "Human Rights and Natural Disaster – The Indian Ocean Tsunami", *Human Rights*, Vol. 33, 2006, 12.

u drugim, srodnim kontekstima, mogu naći primenu i ovde, naročito u pogledu pozitivnih obaveza koje iz pojedinih prava proizlaze za države ugovornice.

S druge strane, pojedini međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava, doduše retki, sadrže posebne norme koje se tiču upravo prirodnih i drugih katastrofa. Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom, iako ne predviđa posebno pravo na zaštitu u situacijama prirodnih katastrofa, u članu 11 koji je posvećen situacijama rizika i vanrednih humanitarnih okolnosti navodi da "države ugovornice preduzimaju, u skladu sa njihovim obavezama po međunarodnom pravu, uključujući međunarodno humanitarno pravo i međunarodno pravo ljudskih prava, sve neophodne mere kako bi se obezbedila zaštita i bezbednost osoba sa invaliditetom u situacijama rizika, pod kojima se podrazumevaju situacije oružanih sukoba, vanredne humanitarne okolnosti i nastanak prirodnih katastrofa".[2] Iz načina na koji je navedena odredba formulisana moguće je izvesti dva zaključka. S jedne strane, član 11 samo upućuje na primenu drugih normi međunarodnog prava, posebno međunarodnog prava ljudskih prava. S druge strane, smisao odredbe člana 11 Konvencije je da istakne posebnu ranjivost osoba sa invaliditetom, koja naročito dolazi do izražaja u situacijama poput prirodnih pojava sa razornim dejstvom. U oba konteksta, međutim, Konvencija u sadržinskom smislu ne donosi ništa novo jer primeni međunarodnog prava ljudskih prava svakako ima mesta u vezi sa pravima osoba sa invaliditetom, u okviru ili izvan konteksta prirodnih katastrofa, kao što ova kategorija osoba nesporno uživa viši stepen zaštite usled svojih inherentnih karakteristika i posebno naglašene ranjivosti. Drugi međunarodni ugovor koji eksplicitno pominje prirodne katastrofe jeste Afrička povelja o pravima i dobrobiti deteta. Osobenost Povelje se, međutim, ogleda u tome što je njen domašaj u specifičnim situacijama prirodnih katastrofa ograničen na decu izbeglice, dok, poput Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, nameće državama obavezu da preduzmu mere kako bi dete "dobilo odgovarajuću zaštitu i humanitarnu podršku u uživanju prava garantovanih Poveljom i drugim instrumentima međunarodnog prava ljudskih prava" u takvim situacijama.[3]

Kako zapaža Valensija-Ospina (*Valencia-Ospina*), Specijalni izvestilac Komisije za međunarodno pravo UN za pitanje zaštite lica u slučajevima katastrofa, odredbe pomenutih međunarodnih ugovora upućuju na međunarodno pravo ljudskih prava kao "kontekst u kojem se te obaveze imaju ispuniti", dok je priroda navedenih odredaba takva da "za države ustanovljava standarde javnog poret-

[2] Član 11 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities : resolution / adopted by the General Assembly, 24 January 2007, A/RES/61/106.

[3] Član 23 Afričke povelje o pravima i dobrobiti deteta, Organization of African Unity (OAU), African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 11 July 1990, CAB/LEG/24.9/49 (1990).

ka u skladu sa načelom humanosti pre nego individualna prava".[4] Mada u načelu tačna, ne treba zaboraviti da je tvrdnja Specijalnog izvestioca ograničena na specifičan kontekst dva pomenuta međunarodna ugovora a da je, u odsustvu posebnog prava na zaštitu u slučajevima prirodnih katastrofa, cilj koji bi se njime postigao implicitno sadržan u drugim odredbama brojnih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima.[5] Primera radi, Hend (*Hand*)[6] obavezu države da spreči prirodnu katastrofu i svede na najmanju moguću meru njene negativne posledice vidi u članu 11 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima koji priznaje "pravo svakog lica na životni standard dovoljan za njega i njegovu porodicu, podrazumevajući tu i odgovorajuću ishranu, odevanje i stanovanje, kao i stalno poboljšanje životnih uslova",[7] dok drugi autori[8] u tom kontekstu ističu značaj prava na život, slobodu i bezbednost ličnosti koje je garantovano svim međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima, ali i člana 25 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima koji je po formulaciji i najbliži situacijama prirodnih katastrofa jer garantuje svakome "pravo na standard života koji obezbeđuje zdravlje i blagostanje, njegovo i njegove porodice, uključujući hranu, odeću, stan i lekarsku negu i potrebne socijalne službe (…) u slučaju nezaposlenosti, bolesti, onesposobljenja, udovištva, starosti ili drugih slučajeva gubljenja sredstava za izdržavanje usled okolnosti nezavisnih od njegove volje".[9]

Osim na nivou pravno obavezujućih normi, zaštita ljudskih prava u slučajevima prirodnih katastrofa predmet je interesovanja pojedinih međunarodnih tela specijalizovanih za meteriju ljudskih prava, i to kroz instrumente mekog prava. U tom smislu nužno je pomenuti Rezoluciju 22/16 iz marta 2013. godine Saveta za ljudska prava kojom je od Savetodavnog komiteta zahtevano da sprovede opsežno istraživanje o dobroj praksi i glavnim izazovima sa kojima se zaštita ljudskih pra-

[4] International Law Commission, Protection of Persons in the Event of Disasters, Preliminary report on the protection of persons in the event of disasters, by Mr. Eduardo Valencia-Ospina, Special Rapporteur, Agenda item 8, Document A/CN.4/598, para. 26.

[5] Nicoletti, B., "The Prevention of Natural and Man-Made Disasters: What Duties for States?", *in* De Guttry, A., Gestri, M., Venturini, G., 193.

[6] Hand, J., „Disaster prevention presentation", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 1, 159-160.

[7] UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 993, 3.

[8] Nicoletti, B., 194. Venturini, G., "International Disaster Response Law in Relation to Other Branches of International Law", *in* De Guttry, A., Gestri, M., Venturini, G., 49-50. Barber, R., "Protecting the Right to Housing in the Aftermath of Natural Disaster: Standards in International Human Rights Law", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 20, 2008, 432.

[9] Član 25 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III).

va suočava u situacijama posle sukoba i katastrofa.[10] Rad Savetodavnog komiteta za rezultat je imao Izveštaj koji je nakon niza verzija usvajanih na sednicama Komiteta, u svojoj konačnoj formi usvojen u februaru 2015. godine.[11] Mada nesporno ukazuje na važnost koju vezi između prirodnih katastrofa i ljudskih prava pripisuje jedno od najznačajnijih tela Ujedinjenih nacija za ljudska prava, domašaj Izveštaja Savetodavnog komiteta iz 2015. godine je ograničen. Predmet analize su samo izazovi sa kojima se zaštita ljudska prava suočava u periodu nakon nastanka prirodnog događaja, a njime nije obuhvaćen period pre nego što je do prirodne pojave došlo, odnosno pozitivne obaveze koje države imaju u pogledu izgradnje kapaciteta da se pripremljenije suoče sa posledicama prirodnog događaja i izgrade otpornost koja će na najmanju moguću meru svesti i povrede ljudskih prava. S druge strane, Izveštaj se bavi posledicama katastrofa i sukoba čime se slučajevi prirodnih i katastrofa izazvanih od strane čoveka postavljaju u istu ravan sa posledicama oružanih sukoba. Čini nam se da za tim nije bilo potrebe i da je Komitet trebalo od Saveta da dobije samo mandat za istraživanje zaštite ljudskih prava u slučajevima prirodnih i drugih katastrofa. Razlozi su brojni ali se u osnovi svode na sasvim drugačiji kontekst i prirodu dve kategorije pojava. Tačno je da ih povezuje obaveza pružanja humanitarne pomoći i podrške licima čija su prava povređena i to ne samo kao obaveza države na čijoj se teritoriji događaj desio već i drugih država u skladu sa principom solidarnosti. Ipak, stepen razvoja pravila međunarodnog prava je u pomenute dve situacije različit jer za razliku od međunarodnog humanitarnog prava koje je na visokom stepenu razvoja, primena međunarodnog prava ljudskih prava na slučajeve prirodnih i drugih katastrofa je tek na začetku.

Zaštita ljudskih prava od prirodnih katastrofa u drugim međunarodnim instrumentima

Komisija za međunarodno pravo je pojam 'katastrofa' odredila kao "nesrećan događaj ili seriju događaja koji vode široko rasprostranjenom gubitku života, velikoj ljudskoj patnji i nevolji, masovnoj raseljenosti ili materijalnoj ili ekološkoj šteti velikih razmera, time ozbiljno ometajući funkcionisanje društva".[12] Iako je Komisija u svojim komentarima objasnila da je obuhvatanje materijalne

[10] Human Rights Council, Resolution 22/16 on Promotion and Protection of Human Rights in Post-Disaster and Post-Conflict Situations, UN Doc. A/HRC/22/L.23, 18 March 2013.

[11] Human Rights Council, Final Research-based Report of the Human Rights Council Advisory Committee on Best Practices and Main Challenges in the Promotion and Protection of Human Rights in Post-Disaster and Post-Conflict Situations, A/HRC/28/76, 10 February 2015.

[12] Član 3 Nacrta pravila o zaštiti osoba u slučaju katastrofa Komisije za međunarodno pravo. Draft articles on the protection of persons in the event of disasters, Adopted by the International Law Commission at its sixty-eighth session, in 2016, and submitted to the General Assembly as a

i ekološke štete ograničeno na uticaj koji takva šteta ima na pojedince i da to ne treba shvatiti na način da se time pruža mehanizam za utvrđivanje ekonomskih gubitaka,[13] Komisija je ekološku štetu velikih razmera stavila u istu ravan sa drugim štetnim posledicama nesrećnih događaja. Proizlazi da će prirodni događaji bez neposrednog uticaja na gubitak života, patnju ljudi ili raseljavanje, ali sa ozbiljnim posledicama u vidu štete nanete samoj okolini, biti od značaja ukoliko do povrede ljudskih prava dođe posredno, zbog štetnih posledica prirodnog događaja na samu okolinu. Time Komisija pruža jasan osnov da se u analizu međunarodnopravnog okvira za regulisanje posledica prirodnih događaja uključe i instrumenti međunarodnog ekološkog prava, mada sama to nije učinila već je predmet svog istraživanja ograničila na pravila međunarodnog prava ljudskih prava, međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog izbegličkog prava.[14]

Kao primer za to u kojoj meri instrumenti međunarodnog ekološkog prava mogu biti od značaja za zaštitu ljudskih prava u slučajevima prirodnih katastrofa, može da posluži poslednji u nizu – Pariski sporazum o promeni klime. Kroz čitav instrument provejava ideja o izgradnji kapaciteta država, posebno nerazvijenih i država u razvoju, da se pripreme za posledice klimatskih promena i razviju i unaprede mehanizme za visok stepen otpornosti na iste. Konkretno, član 8 Sporazuma prepoznaje značaj "otklanjanja, svođenja na najmanju moguću meru i pružanja odgovora na gubitak i štetu koji se povezuju sa štetnim posledicama klimatskih promena, uključujući ekstremne vremenske prilike i usporene događaje".[15] Stav 4 istog člana navodi i oblasti u kojima države imaju obavezu da sarađuju u cilju sprečavanja i otklanjanja posledica događaja izazvanih klimatskim promenama. Tu se ubrajaju sistemi za rano uzbunjivanje, pripremljenost za vanredne okolnosti, sveobuhvatnu procenu rizika i upravljanje rizikom, kao i otpornost zajednica, života i ekosistema. Ako se pomenuta i druge odredbe Sporazuma sagledaju u kontekstu njegove preambule, postaje više nego jasna veza između zaštite ljudskih prava i klimatskih promena jer same ugovornice kvalifikuju klimatske promene kao pojavu koja predstavlja "zajedničku brigu čovečanstva", a mere koje države preduzimaju kao odgovor na klimatske promene uslovljavaju poštovanjem obaveza koje su već preuzele u pogledu zaštite "ljudskih prava, prava na zdravlje, prava domorodačkih naroda, lokalnih zajednica, migranata, dece, osoba sa invaliditetom i osoba u ranjivim situacijama".

---

part of the Commission's report covering the work of that session (A/71/10), para. 48, *Yearbook of the International Law Commission, 2016*, vol. II, Part Two.

[13] Official Records of the General Assembly, Sixty-Fifth Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/65/10, Chapter VII, 322-330.

[14] International Law Commission, Protection of Persons in the Event of Disasters, Preliminary report on the protection of persons in the event of disasters, para. 21.

[15] Član 8 Pariskog sporazuma o promeni klime, Paris Agreement on Climate Change, C.N.63.2016, Treaties-XXVII.7.d of 16 February 2016.

Ovo i slično, doduše retko, eksplicitno pozivanje na zaštitu ljudskih prava u međunarodnim instrumentima kojima se štiti životna okolina, ima dvostruki uticaj na zaštitu ljudskih prava u situacijama prirodnih katastrofa. Prvi je neposrednog karaktera i ogleda se u ispunjavanju pozitivnih obaveza država konkretnom sadržinom. Naime, preuzimanje različitih obaveza od strane država putem međunarodnih ugovora za zaštitu okoline, pogotovo u sve značajnijem kontekstu preventivnih mera koje se od države očekuju, determiniše i njihove pozitivne obaveze kao element zaštite ljudskih prava. Drugi uticaj je posrednog karaktera i tiče se nespornog doprinosa koji je međunarodno ekološko pravo dalo pre svega izdvajanju prava na zdravu životnu okolinu kao elementa postojećih ljudskih prava poput prava na život, privatnost i imovinu, ali i kao posebnog ljudskog prava garantovanog pojedinim regionalnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava.[16] Postojanje prava na zdravu okolinu kao dela prava na život, počelo je da dobija svoju potvrdu upravo sa buđenjem ekološke svesti u međunarodnoj zajednici kroz Rio konferenciju iz 1992. godine, sa posledicama koje se manifestuju i na situacije prirodnih i drugih katastrofa.[17] Na to ukazuje i Svetski izveštaj o katastrofama iz 2000. godine koji upućuje na član 3 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i član 6 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima kako bi istakao da "nemar u slučaju prirodnih ili tehnoloških katastrofa može da stvori *de facto* smrtnu kaznu", odnosno povredu ljudskih prava.[18]

Nacrt članova o zaštiti osoba u slučaju katastrofa Komisije za međunarodno pravo – između zaštite ljudskih prava i poštovanja suvereniteta

Komisija za međunarodno pravo je započela rad o ovoj temi 2007. godine i on je okončan 2016. godine usvajanjem Nacrta članova o zaštiti osoba u slučaju katastrofa, sa komentarima.[19] Rad Komisije je najvećim delom bio posvećen razvijanju međunarodnopravnog okvira za regulisanje aktivnosti država i drugih međunarodnih aktera u kontekstu nacionalnih i međunarodnih odgovora na situacije prirodnih i katastrofa izazvanih od strane čoveka. Mada sama tema postavlja pojedinca na centralno mesto u izgradnji pravila u ovoj materiji, utisak je

[16] U pitanju su Protokol iz San salvadora uz Američku konvenciju o ljudskim pravima i Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda.

[17] Nicoletti, B., 194.

[18] IFRC, World Disaster Report 2000, available at http://www.ifrc.org/en/publications-and-reports/general-publications/, pristupljeno 25. avgusta 2017. godine.

[19] Draft articles on the protection of persons in the event of disasters, Adopted by the International Law Commission at its sixty-eighth session, in 2016, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/71/10), *Yearbook of the International Law Commission, 2016*, vol. II, Part Two.

da je fokus sa zaštite pojedinaca i njegovih prava pomeren na obaveze država da sarađuju, traže i pružaju pomoć, sve to "u granicama međunarodnog poretka zasnovanog na suverenitetu država".[20]

Zaštita ljudskih prava je izričito sadržana u nekoliko članova. Član 2 tako govori o svrsi Nacrta članova i u tom smislu adekvatne i delotvorne odgovore na katastrofe i smanjenje rizika da do njih dođe povezuje sa "osnovnim potrebama ugroženih osoba, uz puno poštovanje njihovih prava". Pristup zasnovan i na potrebama a ne isključivo ljudskim pravima Komisija obrazlaže time da se oni dopunjuju a ne međusobno isključuju.[21] S jedne strane, time se možda pruža i šira zaštita pojedincima jer je pojam potrebe daleko širi od prava, odnosno pod ljudske potrebe se može podvesti i nešto što se ne bi moglo kvalifikovati kao pravo. S druge strane, međutim, pomenuta formulacija je Komisiji ostavila prostor da ne proučava materiju isključivo sa stanovišta zaštite ljudskih prava, već da ona budu shvaćena kao ograničavajući faktor za preduzimanje konkretnih mera od strane država.

Sličan zaključak se može izvesti i na osnovu preostala dva člana Nacrta koji su eksplicitno u vezi sa ljudskim pravima. U pitanju je član 4 koji predviđa da će ugrađeno dostojanstvo ljudske ličnosti biti poštovano i zaštićeno u slučaju katastrofa. U svom komentaru uz ovaj član Komisija objašnjava da je ljudsko dostojanstvo "rukovodni princip za bilo koju akciju koja se preduzima u kontekstu pružanja pomoći i smanjenja rizika od katastrofa".[22] Mada iscrpno navodi sve međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava koji štite ljudsko dostojanstvo, Komisija ne propušta da se osvrne i na međunarodne instrumente koji se tiču obaveza država u situacijama prirodnih i drugih nesreća, koji istina pominju ljudsko dostojanstvo kao rukovodni princip, ali uvek i isključivo u kontekstu mera koje se preduzimaju nakon što su posledice katastrofe nastupile, ne i kao osnov za obavezu preduzimanja mera u preventivnoj fazi.[23] Članom 5 predviđeno je da osobe na koje su katastrofe uticale uživaju poštovanje i zaštitu njihovih ljudskih prava u skladu sa međunarodnim pravom. Način na koji je odredba člana 5 formulisana sugeriše da se o zaštiti ljudskih prava ponovo ima voditi računa u kontekstu mera koje države preduzimaju u fazi pošto je događaj već nastao. Ipak, Komisija u komentaru uz član 5 kaže da on "služi kao podsetnik na obavezu država da obezbede usklađenost sa svim relevantnim obavezama u pogledu ljudskih pra-

[20] Cubie, D., Hesselman, M., "Accountability for the Human Rights Implications of Natural Disasters – A proposal for Systemic International Oversight", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 33/1, 2015, 13.

[21] Draft articles on the protection of persons in the event of disasters, Article 2, para. 1.

[22] *Ibid.*, Article 4, para. 1.

[23] *Ibid.*, Article 4, para. 3.

va primenljivih kako tokom tako i u fazi koja prethodi katastrofi".[24] Nedoumice u pogledu značaja ljudskih prava za obaveze država u situacijama prirodnih i drugih katastrofa Komisija otklanja insistiranjem na 'poštovanju' i 'zaštiti' ljudskih prava, što podrazumeva da države ne samo da treba da se uzdrže od mešanja u nečija prava već i da usvoje niz mera koje se, u specifičnom kontekstu prirodnih katastrofa, mogu protegnuti na "sprečavanje i izbegavanje uslova koji mogu voditi povredi ljudskih prava".[25] Komentar uz član 5 Nacrta članova time razrešava nejasnoće u pogledu upotrebljenih formulacija i svrhe pozivanja na zaštitu ljudskih prava u situacijama prirodnih nesreća. Ipak, ostaje primedba da je i same odredbe trebalo preciznije terminološki postaviti, ali, što je još značajnije, i zamerka da se u preostalim članovima Komisija ograničila na obaveze država u fazi nakon što je do katastrofalnog događaja došlo, a da se ne bavi obavezama u pogledu kojih su međunarodni standardi sve jasniji, a koje se tiču faze koja tom događaju prethodi.

Ostaje utisak da su odredbe u kojima se eksplicitno pominju ljudska prava dosta apstraktne i da nije u potpunosti jasno šta je njihova uloga. One samo ponavljaju nešto što je sasvim nesporno – da se moraju poštovati i štititi ljudska prava i dostojanstvo osoba pogođenih katastrofama, a ne nudi rešenje za otvorena pitanja na koja međunarodno pravo još uvek nema odgovor poput mogućnosti da se zahteva poštovanje prava, kao nešto što upravo razlikuje pristup zasnovan na potrebama od pristupa zasnovanog na pravima.[26] Štaviše, Komisija 'pristup zasnovan na ljudskim pravima' nije postavila u kontekst konkretnih prava koja su posebno ugrožena u situacijama katastrofa, što je bilo logično očekivati, već se zadovoljila paušalnim i opštim formulacijama bez isticanja konkretnih prava čija bi zaštita trebalo da bude prioritet. Stoga se u potpunosti možemo složiti sa stavom iskazanim u doktrini međunarodnog prava da uprkos pozivanju na pristup zasnovan na ljudskim pravima, Nacrt članova Komisije za međunarodno pravo o zaštiti osoba u slučaju katastrofa je "uokviren u kontekst čisto horizontalnih odnosa između pogođenih država i država i organizacija koje pružaju pomoć" dok se na žrtve ovih događaja gleda kao na "obične korisnike pomoći" a ne nosioce konkretnih prava.[27]

Doprinos univerzalnih mehanizama za zaštitu ljudskih prava izgradnji međunarodnih standarda u situacijama prirodnih katastrofa

Univerzalni mehanizmi za zaštitu ljudskih prava, u poslednjih desetak godina, pokazuju sve veće interesovanje za prirodne katastrofe.

---

[24] *Ibid.*, Article 5, para. 1.

[25] *Ibid.*, Article 5, para. 4.

[26] Zorzi Giustiniani, F., "The Works of the International Law Commission on 'Protection of Persons in the Event of Disasters'. A Critical Appraisal", *in* De Guttry, A., Gestri, M., Venturini, G., 73.

[27] *Ibid.*, 82-83.

Savet za ljudska prava, osim rada na zaštiti ljudskih prava u situacijama nakon sukoba i katastrofa o kojem je već bilo reči, sve češće posebna zasedanja posvećuje konkretnim prirodnim događajima koji ostavljaju ozbiljne posledice i na uživanje osnovnih ljudskih prava. Prvo specijalno zasedanje sa takvom temom održano je 2010. godine a ticalo se razornih posledica zemljotresa koji je pogodio Haiti 12. januara iste godine. Po okončanju specijalne sednice Savet za ljudska prava je usvojio rezoluciju kojom je, između ostalog, izrazio zabrinutost u pogledu zaštite ljudskih prava u ovoj zemlji, potvrdio njen suverenitet i primarnu obavezu kada je u pitanju zaštita ljudskih prava, ali i obaveze drugih država i organizovane međunarodne zajednice u vezi sa pružanjem pomoći i podrške.[28]

Mehanizam specijalnih procedura Saveta za ljudska prava, međutim, još uvek nije upotrebljen u kontekstu uticaja prirodnih katastrofa na vršenje ljudskih prava. Čini nam se da bi bilo poželjno i više nego korisno uvesti ovakav tematski mandat Saveta u skorijoj budućnosti, i to ne samo zbog sve veće pažnje koja se u međunarodnoj zajednici pridaje ovom problemu, već i zbog toga što druge srodne teme koje se posredno dotiču i ovog pitanja a koje su poverene specijalnim izvestiocima na razmatranje u okviru mehanizma specijalnih procedura, nisu u stanju da na adekvatan način pokriju svu njegovu kompleksnost.[29] Osim toga, specijalne procedure su se pokazale kao pogodan mehanizam za razmatranje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava jer, za razliku od sudskih mehanizama za zaštitu ljudskih prava i mehanizama pred ugovornim telima koji uticaj prirodnih katastrofa stavljaju u kontekst građanskih i političkih prava, mandat gotovo polovine specijalnih procedura pri Savetu za ljudska prava odnosi se na ekonomska, socijalna i kulturna prava kao važan aspekt veze između prirodnih pojava i zaštite ljudskih prava.[30]

Mehanizam univerzalnog periodičnog izveštavanja s druge strane, podrazumeva proceduru koja se sastoji iz tri faze i traje oko četiri i po godine.[31] Upravo

[28] The support of the Human Rights Council to the Recovery Process in Haiti after the Earthquake of January 12, 2010: a Human Rights Approach, Human Rights Council, Thirteenth Special Session, 27 January 2010, A/HRC/S-13/L.1

[29] U pitanju je Specijalni izvestilac za pitanje obaveza iz ljudskih prava koje se tiču uživanja bezbedne, čiste, zdrave i održive okoline, Specijalni izvestilac za pravo svakog lica da uživa najviši standard fizičkog i psihičkog zdravlja, Specijalni izvestilac za odgovarajući smeštaj kao komponentu prava na adekvatan životni standard i prava na zabranu diskriminacije u tom kontekstu kao i Specijalni izvestilac za ljudska prava i bezbednu vodu za piće.

[30] O inicijalnim sumnjama u pogledu podesnosti mehanizma specijalnih procedura u kontekstu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava v. više: Richardson, L., "Economic, Social and Cultural Rights (and Beyond) in the UN Human Rights Council", *Human Rights Law Review*, Vol. 15, 2015, 424-425.

[31] Orellana, M., *Typology of Instruments of Public Environmental International Law*, Environment and Development Series, United Nations, 2014, 17.

u toj osobenosti mehanizma univerzalnog periodičnog pregleda pojedini autori vide značaj ove procedure za situacije u kojima do povrede ljudskih prava dolazi usled prirodnih katastrofa.[32] Kubi (*Cubie*) i Heselman (*Hesselman*) ističu da periodičan karakter ovog mehanizma koji traje četiri i po godine, odgovara cikličnom karakteru prirodnih katastrofa, a država, prema mišljenju stručnjaka, mora da počne sa pripremama za narednu prirodnu katastrofu odmah pošto se prethodna završila.[33] Tako bi izveštavanje o prirodnoj katastrofi i uticaju na ljudska prava doprinelo jačanju svesti o potrebi reagovanja i preduzimanja mera kako bi se u narednom ciklusu rizici od povrede ljudskih prava sveli na najmanju moguću meru. Tim pre što bi država imala obavezu da podnese izveštaj o merama koje je preduzela na osnovu preporuka koje su učinjene u prethodnom ciklusu univerzalnog periodičnog izveštavanja.

Međutim, ovo i slična pitanja u vezi sa uticajem prirodnih katastrofa na uživanje ljudskih prava u prvi plan stavlja rak ranu mehanizma univerzalnog periodičnog izveštavanja, a koja se tiče koherentnosti sistema zaštite ljudskih prava na nivou Ujedinjenih nacija i izbegavanja dupliranja obaveza. To je posebno vidljivo u kontekstu obaveze izveštavanja pred ugovornim telima koja se, u manjoj ili većoj meri, takođe susreću sa zaštitom ljudskih prava u kontekstu prirodnih katastrofa. S tim u vezi potrebno je učiniti dve napomene. S jedne strane, sistem univerzalnog periodičnog pregleda pri Savetu za ljudska prava predstavlja samo dopunu drugim mehanizmima koji deluju u sistemu Ujedinjenih nacija, te bi trebalo da pokrije ona pitanja koja nisu obuhvaćena drugim mehanizmima a prevashodno procedurama pred ugovornim telima. S druge strane, kada se radi o zaštiti ljudskih prava u kontekstu prirodnih katastrofa ovo može biti posebno problematično zbog toga što niti jedno ugovorno telo nema mandat za zaštitu ljudskih prava u pomenutom kontekstu, dok se pak gotovo sva ugovorna tela u većoj ili manjoj meri bave ili se pak mogu baviti i ovim pitanjima. Ta pitanja stoga mogu biti zanemarena i nedovoljno analizirana upravo iz razloga što nadležnost za zaštitu ljudskih prava usled prirodnih katastrofa nije poverena nikome, odnosno poverena je različitim telima u ograničenim konturama njihovog manadata i u meri u kojoj se to prepliće sa uticajem prirodnih pojava.

Ovlašćenja koja ima na osnovu Fakultativnog protokola, Komitet za ljudska prava nije imao priliku da koristi u vezi sa uticajem prirodnih katastrofa na vršenje prava garantovanih Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima. Ipak, Komitet je koristio druge procedure kako bi se izjasnio o značaju pojedinih odredaba Pakta u situacijama prirodnih katastrofa. Vršeći svoju osnovnu funkciju razmatranja izveštaja koje dostavljaju države, Komitet je dao veoma ši-

[32] Cubie, D., Hesselman, M., "Accountability for the Human Rights Implications of Natural Disasters – A proposal for Systemic International Oversight", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 33/1, 2015, 35.

[33] *Ibid.*

roko tumačenje člana 6 Pakta. U zaključnim razmatranjima na izveštaj SAD-a iz 2006. godine, Komitet je izrazio zabrinutost za postupanje američkih nadležnih organa u vezi sa uraganom Katrina. Osvrćući se na nepovoljan položaj siromašnog dela stanovništva koji je bio zapostavljen u planovima za spasavanje i evakuaciju, Komitet je zatražio od SAD-a da preispita svoju praksu i politike u vezi sa prevencijom prirodnih događaja sa štetnim posledicama, pomoći u hitnim slučajevima i merama za otklanjanje štete, kako bi se to uskladilo sa standardima koji se primenjuju kada je u pitanju zaštita prava na život i zabrana diskriminacije.[34] Osim toga, prilikom razmatranja izveštaja država, Komitet za ljudska prava redovno ponavlja stav da izveštaji moraju da obuhvate informacije o javnom zdravlju i zaštiti okoline u kontekstu člana 6 Pakta.[35] To je pak u skladu sa Opštim komentarom uz član 6 Pakta koji kritikuje usko tumačenje prava na život i zahteva od ugovornica da usvoje pozitivne mere kako bi se pravo na život zaštitilo. Komitet konkretno smatra da bi države ugovornice morale da preduzmu mere kako bi se smanjila smrtnost dece i produžio život, pogotovo usvajanjem mera kojima se suzbijaju neuhranjenost i epidemije.[36] Prema mišljenju Specijalnog izvestioca Komisije za međunarodno pravo, ovde je Komitet očigledno na umu imao katastrofe koje se mogu podvesti pod definiciju iz člana 3 Nacrta pravila o zaštiti osoba u slučajevima katastrofa.[37]

Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava je takođe imao priliku da se izjasni o situacijama u kojima prirodne katastrofe dovode do kršenja ljudskih prava i to ne samo kroz opšte komentare već i u zaključnim razmatranjima upućenim konkretnim državama. Primera radi, Komitet je u Opštem komentaru broj 14 istakao da pravo na zdravlje obuhvata uspostavljanje "sistema hitne medicinske nege u slučajevima nesreća, epidemija i sličnih rizika po zdravlje, kao i pružanje podrške i humanitarne pomoći u hitnim situacijama"[38], dok je u Opštem komentaru broj 4 koji se tiče prava na smeštaj Komitet napomenuo da žrtvama nesreća i osobama koje žive u oblastima izloženim nesrećama "treba obezbediti izvestan stepen prioriteta u pogledu smeštaja".[39] Tumačenja koja je pružio u opštim komentarima, Komitet je kasnije primenio u preporukama upućenim

[34] UN Human Rights Committee (HRC), Concluding Observations on the United States, 2006, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, para. 26.

[35] Ichihara, M., Harding, A., "Human Rights, the Environment and Radioactive Waste: A Study of the Asian Rare Earth Case in Malaysia", *RECIEL*, Vol. 4, No. 1, 1995, 8-9.

[36] HRC, CCPR General Comment No. 6: Article 6 (Right to Life), 30 April 1982.

[37] Eduardo Valencia-Ospina, *Sixth report on the protection of persons in the event of disasters,* 2013, A/CN.4/662, 16, para. 47.

[38] UNCESCR, General Comment 14 on Article 12, the right to the highest attainable standard of health, 11 August 2000, UN Doc. E/C.12/2000/4, para. 16.

[39] UNCESCR,General Comment 4 on Article 11, the right to adequate housing, 13 December 1991, UN Doc. E/1992/23, para. 8.

konkretnim državama. Tako je u preporukama upućenim El Salvadoru Komitet zahtevao da se obezbede "efikasne preventivne mere" u slučajevima prirodnih i drugih katastrofa u smislu da se kuće grade "u skladu sa standardima koji se tiču otpornosti na zemljotrese i ciklone, kao i da se usvoji nacionalni plan o klasifikaciji teritorija kako bi se izbegla gradnja u područjima izloženim prirodnim nesrećama".[40]

Uticaj prirodnih katastrofa na kršenje ljudskih prava bio je predmet razmatranja i u praksi Komiteta za eliminaciju rasne diskriminacije. Komitet je, nakon uragana Katrina konstatovao sporu i neadekvatnu zaštitu prava na smeštaj nakon što se uragan dogodio, naročito kada su u pitanju Afroamerikanci sa niskim primanjima. Komitet je preporučio SAD-u da pojača napore kako bi se omogućio povratak raseljenih lica u njihove domove, ili, ukoliko to nije moguće, da se garantuje pristup adekvatnom i pristupačnom smeštaju, po mogućstvu u mestu stalnog boravka.[41] Proceduralno pravo na učešće u donošenju relevantnih odluka Komitet je hrabro primenio u ovom konkretnom slučaju, zahtevajući od SAD-a da obezbedi stvarno konsultovanje i učešće osoba koje su raseljene zbog uragana u osmišljavanju i primeni svih odluka koje ih se tiču.[42]

O značaju veze između prirodnih katastrofa i zaštite ljudskih prava svedoči okolnost da se ovim pitanjem bavio čak i Komitet za eliminaciju diskriminacije prema ženama. Posebno je vredna Opšta preporuka broj 27 o starijim ženama i njihovim ljudskim pravima u kojoj je Komitet istakao da klimatske promene imaju različite uticaje na žene, naročito starije žene. Komitet smatra da su starije žene u posebno otežanom položaju u slučaju prirodnih katastrofa i to zbog njihove fizičke sposobnosti, godina i pola, kao i društvenih normi i uloga, te neravnopravne distribucije pomoći i sredstava zbog hijerarhije u društvu.[43] Komitet je, u skladu sa ovim zapažanjima, preporučio državama ugovornicama da "obezbede da mere koje se tiču klimatskih promena i smanjenja rizika od nastanka prirodnih katastrofa budu rodno zasnovane i osetljive na potrebe i ranjivost starijih žena", kao i da omoguće starijim ženama da učestvuju u donošenju odluka o prilagođavanju klimatskim promenama".[44] Ne umanjujući značaj teme koju je Komitet analizirao u Opštoj preporuci broj 27, bilo je potrebno da, kada su u pitanju

[40] UNCESCR, Concluding Observations El Salvador, 2006, UN Doc. E/C.12/SLV/CO/2, para.39. Slično i u: UNCESCR, Concluding Observations Morocco, 2006, UN Doc. E/C.12/MAR/CO/3, paras. 27, 51.

[41] CERD, Concluding Observations on United States of America, 2008, UN Doc. CERD/C/USA/CO/6, para. 31.

[42] *Ibid.*

[43] CEDAW, General Recommendation No. 27, "Older Women and Protection of Their Human Rights," 16 December, 2010, para. 25.

[44] *Ibid.*, para. 35.

klimatske promene, Komitet izađe iz relativno uskog okvira prava starijih žena i tretira ovo pitanje na uošten način, naročito uzimajući u obzir rad drugih međunarodnih i ugovornih tela te potrebu da se vodi računa o koherentnosti proučavanih tema i zauzetih stavova.[45] Komitet je to i učinio 2014. godine, i to kroz mehanizam takozvanih izjava koje usvaja na svojim godišnjim zasedanjima. U Izjavi o rodu i klimatskim promenama, Komitet je našao da "svi učesnici moraju da osiguraju da mere za smanjenje uticaja klimatskih promena i rizika od nastanka prirodnih katastrofa budu rodno zasnovane, osetljive na domorodačke zajednice i da poštuju ljudska prava", a da "žene imaju pravo da na svim nivoima učestvuju u donošenju odluka o klimatskim politikama i programima".[46]

Na osnovu izloženog moguće je izvući nekoliko zaključaka u pogledu doprinosa univerzalnih mehanizama za zaštitu ljudskih prava razvijanju međunarodnih standarda koji se tiču prirodnih katastrofa. Prvo, pristup je fragmentarnog karaktera u smislu da nema sveobuhvatnog razmatranja ove teme već se njom pojedina tela bave u meri u kojoj to dopušta njihova ograničena nadležnost. Drugo, standardi su uspostavljani isključivo kroz mehanizme izveštavanja i opštih komentara i do sada nisu bili predmet analize u postupcima individualnih pritužbi. Treće, to donekle umanjuje značaj uspostavljenih standarda jer prirodne katastrofe nisu razmatrane u kontekstu povrede konkretnih ljudskih prava. Ipak, ovaj nedostatak nadomešćuju opšti komentari uz odredbe relevantnih međunarodnih ugovora kojima se pruža tumačenje tih istih odredaba i čiji je uticaj izuzetan iako ugovorna tela "nemaju pravo na apstraktno i uopšteno obavezno tumačenje".[47] Četvrto, uprkos ograničenom interesovanju Saveta za ljudska prava za poštovanje ljudskih prava u periodu nakon nastale katastrofe, praksa ugovornih tela UN ukazuje na širi pristup sagledavanju ove teme, odnosno zaštita ljudskih prava postaje relevantan pravni okvir i u periodu koji prethodi samoj prirodnoj pojavi. Štaviše, u izveštajima pojedinih ugovornih tela akcenat se stavlja upravo na pozitivne obaveze koje države ugovornice imaju kako do kršenja ljudskih prava usled prirodne katastrofe uopšte ne bi došlo, odnosno kako bi se neizbežan uticaj sveo na najmanju moguću meru. U tom smislu, indikativno je i sve češće insistiranje na vršenju proceduralnih prava, poput prava posebno ranjivih kategorija na učešće u donošenju odluka i kreiranju politika u vezi sa sprečavanjem štetnih dejstava prirodnih

[45] Broeckhoven, N., "Gender Equality, Women's Rights, and Environmental Sustainability - The Case of Climate Change", in Brems, E., Van der Beken, C., Yimer, S.A., (eds.), *Human Rights and Development - Legal Perspectives from and for Ethiopia*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, 369.

[46] CEDAW Committee, "Statement of the CEDAW Committee on Gender and Climate Change," 44th session, 2009, http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/Gender_and_climate_change.pdf, para. 1, приступљено 14. новембра 2016. године.

[47] Paunović, M., Krivokapić, Б., Krstić, I., Međunarodna ljudska prava, Pravni fakultet, Beograd, 2017, 124.

pojava i otklanjanjem već nastalih povreda. Peto, praksa ugovornih tela polako ali sigurno ispunjava sadržinom pojedina ljudska prava koja su od značaja za situacije prirodnih katastrofa i to u smislu da se ona tumače na način da obuhvataju vrlo jasne i konkretne pozitivne obaveze za države poput obaveze da se na nacionalnom nivou usvoje propisi koji bi na viši nivo podigli otpornost na štetne posledice prirodnih katastrofa, standardi u vezi sa ranim uzbunjivanjem, smanjivanjem rizika od nastanka ovih pojava i sl.

Prirodne katastrofe i zaštita ljudskih prava u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Pitanje povrede najznačajnijeg ljudskog prava postavilo se u slučaju *Budajeva i drugi protiv Rusije*. Podnosioci predstavke su živeli u području na kojem je opasnost od klizišta bila velika jer su se dešavala svake godine od 1937. i tvrdili su da država u julu 2000. godine nije upozorila lokalno stanovništvo o neposrednoj mogućnosti da ponovo dođe do klizišta velikih razmera, te da vlasti nisu preduzele mere za evakuaciju i pomoć pogođenom stanovništvu u slučaju opasnosti. Nakon prvog klizišta koje je uzrokovalo materijalnu štetu, stanovništvo se vratilo u svoje domove jer nije bilo izdato upozorenje od strane vlasti, niti bilo kakva naredba za evakuaciju. Sledećeg dana dogodila se još veća nesreća kada je novo klizište srušilo i zatrpalo kuće i tom prilikom usmrtilo nekoliko ljudi, među njima i supruga podnositeljke predstavke. Intenzivno upućujući na stavove koje je o opasnim aktivnostima i pratećim obavezama država zauzeo u slučaju *Onerildiz protiv Turske*,[48] Evropski sud je prirodne događaje poistovetio sa opasnim aktivnostima i izveo pozitivne obaveze koje država ima po osnovu člana 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kako bi u takvim situacijama zaštitila živote stanovništva.[49] Sud ipak povlači razliku između dve pomenute situacije i ističe da se državi ne može nametati nemoguć ili nesrazmeran teret i da treba dobro razmotriti izbore koje je ona morala da učini u zavisnosti od resursa kojima raspolaže. Sud se poziva na "široko polje slobodne procene" koje država ima u "teškim socijalnim i tehničkim oblastima", što posebno dolazi do izražaja kod meteoroloških događaja koji su izvan ljudske kontrole.[50] Proizlazi da je stav Suda da država ima još šire polje slobodne procene u pogledu prirodnih događaja koji su izvan čovekove kontrole nego što je to slučaj sa uobičajenim opasnim aktivnostima koje obavlja čovek. Sud zatim smatra da ispunjenost pozitivnih obaveza drža-

[48] Öneryildiz v. Turkey, Application no. 48939/99, Judgment of 30 November 2004 (Grand Chamber).

[49] *Budayeva and Others v. Russia*, Application no. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, Judgment of 20 March 2008, paras. 128-137.

[50] *Ibid.*, para. 135.

ve prevashodno zavisi od zakonitosti akata ili propusta državnih organa i njihove usklađenosti sa domaćim propisima, procedure donošenja odluka na nacionalnom nivou, te prigodnih studija i istraga.[51] Od presudnog značaja će, smatra Sud, biti neposrednost prirodne opasnosti, da li ju je moguće jasno identifikovati kao i da li je ona pogodila oblast koju koristi ili nastanjuje čovek. Ukoliko su ovi uslovi ispunjeni, država će imati pozitivne obaveze, s tim što će njihov opseg biti uslovljen poreklom pretnje i merom u kojoj se na nju moglo uticati.[52] Evropski sud je našao povredu prava na život i to kako povredu njegovog materijalnog aspekta – obaveze države da uspostavi zakonski i administrativni okvir, tako i proceduralnog aspekta – obaveze da se sprovede istraga o događajima koji su izazvali gubitak života.[53]

Činjenica da Sud nije u ovom slučaju želeo da se bavi povredom člana 8 Konvencije jer je našao povredu člana 2, kao i okolnost da su vlasti dozvolile stanovništvu da se naseli u rizičnom području uprkos saznanjima o tome, navele su pojedine autore da se zapitaju da li bi bilo moguće primeniti član 2 Konvencije u situaciji u kojoj postoji veliki rizik po život od prirodnog događaja, do gubitka života ipak ne dođe, a nije moguće primeniti član 8 jer ne postoji uticaj na privatan i porodičan život. Kravčenko (*Kravchenko*) i Bonin (*Bonine*) smatraju da je logično da član 2 bude primenjen u takvim situacijama.[54] Ma koliko takvo rešenje bilo potrebno i poželjno, primena člana 2 u takvim okolnostima će biti limitirana i krajnje neizvesna, bar u odnosu na trenutne standarde Evropskog suda. Principi prevencije i predostrožnosti sporo prodiru u njegovu praksu, standard stvarne štete je još uvek duboko ukorenjen a dokazivanje opasnosti, ma kako izvesna i neposredna bila, komplikovano je ne samo u situacijama u kojima do gubitka života nije još došlo već i u slučajevima kada je smrt nastupila.

Delimičan odgovor na postavljeno pitanje pružila je odluka Suda iz 2012. godine. Razlika u odnosu na prethodni slučaj ogledala se u tome što je do povrede ljudskih prava došlo kombinovanim uticajem opasnih radnji koje preduzima čovek i prirodnih događaja izvan njegove kontrole. Slučaj *Kolijadenko i drugi protiv Rusije* ticao se ispuštanja velike količine vode iz rezervoara pored brane nakon neočekivanih intenzivnih padavina. Dva povezana događaja poplavila su veliku površinu, uključujući i domove podnosilaca predstavke. Mada nije došlo do gubitka života, podnosioci predstavke su se pozvali na član 2 Konvencije, upravo

[51] *Ibid*., para. 136.

[52] *Ibid*., para. 137.

[53] *Ibid*., paras. 159, 165. Vidi i Stallworthy, M., "Human Rights Challenges and Adequacy of State Responses to Natural Disaster", *Environmental Law Review*, Vol. 11, 2009, 129-130.

[54] Kravchenko, S., Bonine, J., "Interpretation of Human Rights for the Protection of the Environment in the European Court of Human Rights", *Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal*, Vol. 25, 2012, 280-281.

tvrdeći da su opasan događaj i nemaran odnos vlasti prema istom ugrozili živote ljudi. Tužena država je, naprotiv, tvrdila da se ne može primeniti član 2 Konvencije jer do gubitka života ne samo što nije došlo, nego pojedini podnosioci predstavke nisu ni bili u svojim domovima kada se događaj desio.[55] Evropski sud jeste napravio razliku između podnosilaca predstavke. Drugi, četvrti i peti podnosilac predstavke nisu bili u njihovim domovima kada se događaj desio, a u trenutku kada su se u domove vratili voda se već bila povukla, iz čega proizlazi da nema dokaza da su njihovi životi bili ugroženi poplavom.[56] Za razliku od toga, situacija prvog, trećeg i šestog podnosioca je bila drugačija jer su se oni nalazili u njihovim domovima u trenutku kada je poplava nastupila. Sud je značaj pridao okolnosti da je voda brzo naišla kao i da je njen nivo porastao do visine od 1,2 metra, što je, smatra Sud, dovoljno visok nivo da bi se njihovi životi smatrali ugroženim.[57] Konačan zaključak Suda da "okolnosti ne ostavljaju prostor za sumnju o postojanju neposrednog rizika po živote prvog, trećeg i šestog podnosioca predstavke, što njihovu pritužbu smešta u okvire člana 2 Konvencije", te da "činjenica da su preživeli i prošli bez povreda nema uticaja na takav zaključak" jeste važan.[58] Ipak, može se kritikovati njegov aleatoran karakter, odnosno okolnost da će zaštita koju pruža član 2 zavisiti od toga gde se, pukom srećom, osoba zatekla tokom štetnog događaja. Osim toga, i ovaj slučaj sugeriše da će se odgovornost države za propuste koje je učinila u pogledu preduzimanja preventivnih i drugih mera postaviti samo u slučaju da su prirodan događaj ili šteta od opasne aktivnosti već nastali, što znači da su vrata Suda i dalje zatvorena za brojne situacije u kojima osobe žive u veoma rizičnim okolnostima, sa ili bez odgovarajućih informacija o tim rizicima i uz pasivan odnos nadležnih institucija da se preduzmu konkretne mere kako bi se takvi događaji sprečili ili uspostavio sistem za rano upozoravanje i pružanje pomoći.[59]

ZAKLJUČAK

Mada se u literaturi sve češće govori o međunarodnom pravu prirodnih i nesreća koje je izazvao čovek kao posebnoj grani međunarodnog prava, čini nam se da je za tako nešto još uvek previše rano. S jedne strane, tačno je da se pola-

[55] Kolyadenko and Others v. Russia, Application nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, Judgment of 28 February 2012, para. 142.

[56] *Ibid.*, para. 152.

[57] *Ibid.*, para. 153.

[58] *Ibid.*, para. 155.

[59] Verschuuren, J., "Contribution of the case law of the European Court of Human Rights to sustainable development in Europe", *in:* Scholtz, W., Verschuuren, J., (eds.), *Regional integration and sustainable development in a globalised world*, Edward Elgar Publishers, 2014, 12.

ko formiraju međunarodni standardi u vezi sa obavezama država u slučajevima prirodnih katastrofa. S druge strane, te obaveze su proizvod specifičnog preplitanja nekoliko oblasti međunarodnog prava, prevashodno međunarodnog prava ljudskih prava, međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog ekološkog prava. Odnos između međunarodnih obaveza država u slučaju prirodnih nesreća i ljudskih prava je višedimenzionalan. Prvo i najmanje sporno, zaštita ljudskih prava predstavlja limitirajući faktor kada su u pitanju mere koje države preduzimaju kako bi se suočile sa posledicama razornih prirodnih događaja. Ne samo iz Nacrta pravila Komisije za međunarodno pravo već i iz konkretnih međunarodnih ugovora i instrumenata mekog prava proizlazi da se prva grupa međunarodnih standarda u ovoj oblasti ogleda upravo u tome da države ne smeju kršiti garantovana ljudska prava prilikom preduzimanja mera kojima se saniraju štetne posledice prirodnih događaja. S tim u vezi je i druga dimenzija njihovog odnosa. Naime, prirodni događaji su većinom međunarodnih ugovora za zaštitu ljudskih prava predviđeni kao razlog za stavljanje ljudskih prava van snage. Dakle, prirodni događaji figuriraju na listi vanrednih okolnosti usled kojih je dopušteno ukinuti inače garantovana ljudska prava. Ipak, ni u slučaju prirodnih događaja apsolutno zaštićena prava nije moguće staviti van snage, kao što je i u pogledu ove vrste okolnosti nužno da se stavljanje prava van snage izvrši u odgovarajućoj proceduri, ukoliko konkretan prirodan događaj ispunjava vrlo precizne i konkretne uslove.[60] Osim toga, međunarodni ugovori o ljudskim pravima ostavljaju mogućnost da se država sa posledicama prirodnog događaja suoči tako što će ograničiti pojedina ljudska prava umesto da ih u potpunosti stavi van snage,[61] a praksa država pokazuje da, u poređenju sa drugim vanrednim opasnostima poput oružanih sukoba i nereda, prirodni događaji nisu često korišćeni kao opravdanje za stav-

[60] Prirodni događaj mora da preti fizičkoj egzistenciji stanovništva, bilo na celoj teritoriji ili na delu teritorije države, da dovodi u opasnost život nacije ili onemogućava funkcionisanje osnovnih institucija i službi, pretnja mora biti izuzetnog karaktera, uz zvanično proglašenje vanredne okolnosti, mere se moraju primenjivati u najnužnijoj meri koju zahteva situacija, ne smeju biti diskriminatorne i moraju biti u skladu sa obavezama države po međunarodnom pravu. Videti član 29 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, član 4 Pakta o građanskim i političkim pravima, član 15 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Detaljnije o uslovima koji moraju biti ispunjeni da bi se iskoristilo pravo na derogiranje ljudskih prava: Sommairo, E., "Derogation from Human Rights Treaties in Situations of Natural or Man-Made Disasters", *in* De Guttry, A., Gestri, M., Venturini, G., 331-340.

[61] Primera radi, ograničenje slobode kretanja u vidu zabrane pristupa oblastima koje nisu bezbedne za stanovništvo zbog ozbiljnih i štetnih posledica poplave ili zemljotresa, moglo bi se smatrati ograničenjem koje služi legitimnom cilju zaštite javnog zdravlja, naredbe o evakuaciji koje izdaje država bi takođe predstavljale legitimno ograničenje ove slobode u slučajevima prirodnih katastrofa, itd.

ljanje ljudskih prava van snage.[62] Treća dimenzija odnosa između ljudskih prava i međunarodnih obaveza država u slučajevima prirodnih nesreća je i najvažnija u praktičnom smislu i ogleda se u tome što upravo međunarodno pravo ljudskih prava ispunjava sadržinom te obaveze i na taj način u najvećoj meri doprinosi izgradnji međunarodnih standarda kada je u pitanju o ovoj novoj oblasti međunarodnog prava koja je u nastajanju i koja će tek doživeti svoju ekspanziju.

Na osnovu rada i prakse međunarodnih univerzalnih i regionalnih tela za zaštitu ljudskih prava, možemo zaključiti da se za sada izdvojilo nekoliko standarda. Pre svega, obaveza preduzimanja određenih mera kako bi se zaštitila ljudska prava postoji kako pre nego što je prirodni događaj nastao, tako i u periodu pošto se desio, što govori o novim ulogama koje principi prevencije i predostrožnosti dobijaju u međunarodnom pravu ljudskih prava. Drugo, prirodni događaji se u načelu poistovećuju sa opasnim aktivnostima koje potiču od čoveka, te se pozitivne obaveze koje države imaju po osnovu pojedinih odredaba međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, naročito prava na život, primenjuju i u situacijama u kojima je stanovništvo potrebno zaštititi od posledica prirodnih događaja. Treće, razlika između dve pomenute situacije ipak postoji jer država ima šire polje slobodne procene u pogledu prirodnih događaja koji su izvan čovekove kontrole nego što je to slučaj sa uobičajenim opasnim aktivnostima koje obavlja čovek. Četvrto, državi se ne može nametati nemoguć ili nesrazmeran teret u pogledu izbora mera koje je morala da preduzme, a taj izbor zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, njene ekonomske snage, sredstava kojima raspolaže, ali i od stepena neposrednosti prirodne opasnosti, pitanja da li ju je bilo moguće precizno utvrdi-

[62] Na član 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima pozvalo se nekoliko država ugovornica, među njima Gvatemala 2009. godine kada se suočavala sa epidemijom svinjskog gripa (http://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2009/CN.347.2009-Eng.pdf, pristupljeno 30. avgusta 2017. godine), ali i 2010. godine zbog erupcije vulkana i razorne tropske oluje (http://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2010/CN.788.2010-Eng.pdf, pristupljeno 30. avgusta 2017. godine) . Iste godine Čile je najavio stavljanje van snage slobode kretanja i slobode okupljanja kako bi se na adekvatan način nosio sa posledicama zemljotresa (http://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2010/CN.201.2010-Eng.pdf, pristupljeno 31. avgusta 2017. godine). Isto je uradila i Gruzija u pogledu slobode kretanja i prava na imovinu, a u vezi sa širenjem virusa ptičjeg gripa (http://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Related%20Documents/CN.231.2006-Eng.pdf, pristupljeno 31. avgusta 2017. godine). Indikativno je da države ugovornice nisu ulagale proteste protiv pozivanja ovih država na član 4 Pakta, kao i to da se njima, u okviru mehanizama koje ima na raspolaganju, nije bavio ni Komitet za ljudska prava. U načelu, to potvrđuje da se prirodni događaji mogu podvesti pod stanja izvanredne javne opasnosti iz člana 4 Pakta, kao i da primena te odredbe u situacijama prirodnih događaja verovatno neće biti osporavana prevashodno zbog njihovih inherentnih karakteristika. To je, uostalom, potvrdio i Komitet za ljudska prava u svom Opštem komentaru o članu 4 Pakta, uz napomenu da treba voditi računa o tome da će suočavanja sa prirodnim događajima biti često moguće i kroz ograničavanje konkretnih prava umesto kroz njihovo stavljanje van snage. Human Rights Committee, General Comment N. 29, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para 5.

ti, da li je prirodan događaj pogodio oblast koju koristi ili nastanjuje čovek. Peto, čak i ukoliko se proceni da su navedeni uslovi ispunjeni, u smislu da država nesporno ima pozitivne obaveze, ostaje još jedna teška procena od koje zavisi opseg tih pozitivnih obaveza, a tiče se procene porekla pretnje od prirodnog događaja i mere u kojoj se na njega moglo uticati. Konačno, kada su u pitanju konkretne pozitivne obaveze čije se preduzimanje od države može očekivati u slučajevima prirodnih događaja, one uključuju obavezu usvajanja relevantnih zakona i drugih propisa koji bi na viši nivo podigli otpornost na štetne posledice prirodnih katastrofa, obaveze uspostavljanja sistema ranog uzbunjivanja, izrade studija o stepenu izloženosti stanovništva određenog područja prirodnim događajima, učešća stanovništva u donošenju odluka koje su u vezi sa prevencijom prirodnih događaja i reakcijom na iste u vidu planova za spasavanje i evakuaciju, ali i obaveze sprovođenja istrage u situacijama kada se prirodni događaj već desio a za posledicu je imao gubitak života, obavezu pružanja pomoći pogođenom stanovništvu, te pristupa pravnim procedurama za dobijanje pravičnog zadovoljenja i adekvatne naknade za žrtve prirodnih događaja.

BOJANA ČUČKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

INTERNATIONAL STANDARDS RELATING TO HUMAN RIGHTS PROTECTION IN THE EVENT OF NATURAL DISASTERS

Summary

The paper analyzes current state of International Law, in particular International Human Rights Law, relating to natural disasters. It starts by outlining international instruments of relevance for the protection of persons in times of natural disasters of both hard law and soft law, not only rare instruments containing specific provisions dealing with natural disasters, but also general human rights instruments. It continues by focusing on the work of the International Law Commission concerning protection of persons in the event of disasters. The paper argues that several provisions dealing with human rights, which are contained in the ILC Draft articles on the protection of persons in the event of disasters, do not adequately reflect the human rights approach to the issue proclaimed by the Special Rapporteur, but rather confirm inter-State relationships while victims of natural disasters are not perceived as individuals having human rights but humanitarian aid beneficiaries. The second part of the paper analyzes relevant work of various universal human rights bodies and case-law of the European Court of Human Rights. The analysis has demonstrated that a number of international law standards are starting to evolve despite the dispersive nature of the provisions contained in international human rights treaties. These standards relate to an evolving list of positive State duties which arise in the event of natural disasters, their very specific and rather precise content, their temporal dimension and dominantly preventive nature, as well as their relationship with analogous duties in the event of man-made disasters.

ALEKSANDAR V. GAJIĆ

SUD ZA ARBITRAŽU I KONCILIJACIJU OEBS-a

– Pravo i stvarnost kroz prizmu jednog uspavanog mehanizma rešavanja sporova –

U V O D

Tridesetogodišnjica Kopaoničke škole prirodnog prava, koja se obeležava konferencijom pod nazivom "Pravedno pravo i stvarnost" je zgodna prilika da se ponovo pokrene diskusija o večitom pitanju uloge međunarodnog prava u realnom svetu (međunarodnim odnosima). Louis Henkin je u svom kapitalnom delu "*How Nations Begave*" zaključio da "skoro sve države poštuju skoro sve principe međunarodnog prava i skoro sve svoje obaveze skoro svo vreme".[1] Ovakvom lucidnom zaključku se teško išta može prigovoriti.

Uloga međunarodnog prava u međunarodnim odnosima se može sagledati na različite načine i mnoštvo je radova koji su objavljeni na ovu temu. Samo jedan od načina je kroz prizmu razvoja različitih sredstava mirnog rešavanja sporova koji može pružiti barem neke od odgovora na pitanje zašto se države "uglavnom"

Dr Aleksandar V. Gajić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Obavlja dužnosti Glavnog pravnog savetnika u Ministarstvu spoljnih poslova Republike Srbije. Stanovišta izneta u ovom radu su stanovišta autora i nisu nužno i stanovišta Ministarstva spoljnih poslova Republike Srbije ili Vlade Republike Srbije.

[1] "Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all the time." Louis Henkin, *How Nations Behave*, Cambridge University Pres, Cambrdge1979, 47.

pridržavaju međunarodnog prava,[2] ili barem otvoriti pitanje: ukoliko su "privržene" poštovanju međunarodnog prava zašto ne prihvataju odgovarajuće načine mirnog rešavanja sporova, pre svega sudske načine?

U vreme proliferacije međunarodnih sudova i tribunala devedesetih godina prošlog veka[3] i promene klime u međunarodnim odnosima koja je usledila nakon "pada berlinskog zida" i skoro dve decenije pregovaranja unutar OEBS-a o uspostavljanju mehanizma mirnog rešavanja sporova, osnovan je i Sud za koncilijaciju i arbitražu unutar OEBS-a (Sud OEBS-a). Ministarski savet KEBS-a je na zasedanju u Stokholmu 15.12.1992. godine usvojio rezoluciju koja je sadržala Konvenciju o koncilijaciji i arbitraži unutar OEBS-a (Štokholmska konvencija).[4] Štokholmska konvencija je stupila na snagu decembra 1994. godine[5] Time je dvadesetak godina nakon podnošenja "Bindšedlerovog nacrta"[6] Sud OEBS-a postao realnost.[7] Međutim, од 57 država članica OEBS-a *samo* su 34 ратификовале Štokholmsku конвенцију. Имајући у виду да 22 државе чланице ОЕБС-а још увек нису прихватиле надлежност Суда OEBS-a[8], као и да од формирања (1995) пред њега није изнесен ни један спор, не може се сматрати да је надлежност Суда ОЕБС-а општеприхваћена.

---

[2] Vidi Harold Hongju Koh, "Why Do Nations Obey International Law?", *The Yale Law Journal*, 107/1997, 2599–2659.

[3] O proliferaciji međunarodnih sudova i tribunal vidi Aleksandar V. Gajić, O fragmentaciji međunarodnog prava i proliferaciji međunarodnih sudova i tribunala, u *Identitetski preobražaj Srbije – Prilozi projektu 2015* (priredile R. Vasić i M. Polojac), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 241–265.

[4] Istog dana konvenciju je potpisalo 22 država učesnica KEBS-a.

[5] Nakon što ju je ratifikovalo dvanaest država učesnica KEBS-a.

[6] U pokretanju diskusije o uspostavljanju sistema mirnog rešavanja sporova najveći doprinos je dala Švajcarska, koja je sugerisala da se ovo pitanje uvrsti u agendu KEBS-a i podnela Predlog sporazuma o evropskom sistemu mirnog rešavanja sporova (*Draft Agreement on European System of Paceful Settlement of Disputes)* koji je nazvan po svom autoru i duhovnom ocu, profesoru Rudolf-u Bindschedler-u, u to vreme glavnom pravnom savetniku u Ministarstvu spoljnih poslova Švajcarske (Bindšedlerov nacrt). Imajući u vidu političku klimu toga vremena, tokom koje je samo održavanje konferencije morao da bude viđen kao svojevrstan uspeh, predlog je bio veoma ambiciozan. Posebno zato što je predviđao postojanje univerzalnog foruma pred koji bi svaki pravni ili politički spor koji bi se mogao zamisliti mogao biti iznet, bez obzira na političke i ideološke razloge. " P. Schneider, T. J. A. Muller-Wolf, *The Court of Conciliation and Arbitration within the OSCE – Working Methods, Procedures and Composition*, Zentrum für OSZE – Forschung, University of Hamburg, Working Paper No. 16/2007,8.

[7] *Ibid.*, 19.

[8] Andora, Azerbejdžan, Belgija, Bugarska, Kanada, Češka Republika, Estonija, Gruzija, Sveta stolica, Island, Irska, Kazahstan, Kirgistan, Mongolija, Holandija, Ruska Federacija, Srbija, Slovačka, Španija, Turska, Turkmenistan, Ujedinjeno Kraljevstvo, SAD.

Aktuelni predsednik Suda OEBS-a (Christian Tomuschat) ovaj sud je nazvao "uspavanom lepoticom"[9]. Međutim, ovaj "sud" se, posebno s obzirom na način na koji je uređen koncilijacioni načinu rešavanja sporova[10], pre može označiti kao "uspavani" ili "do sada ne probuđeni mehanizam", čija bi uloga u momentu njegovog buđenja bila krajnje neizvesna.

Razmotrićemo, u meri u kojoj nam prostor članka dozvoljava, prirodu arbitražnog i koncilijacionog načina rešavanja sporova kako je on predviđen Štokholmskom konvencijom, kao i da osvetlimo ili barem da otvorimo pitanje zašto ovaj mehanizam, iako predviđen kao obavezujući, nije pokrenut od osnivanja Suda OEBS-a 1995. i koja je njegova potencijalna uloga.

Štokholmska konvencija ne spada u grupu klasičnih međunarodnih ugovora o mirnom rešavanju sporova.[11] Usvojena nakon skoro dvadeset godina pregovora u toku kojih su predlagana rešenja do tada nepoznata međunarodnoj praksi.[12]

Proniknuti u suštinu jednog institucionalizovanog mehanizma za rešavanje sporova se ne može vršiti samo putem pravnih razmatranja već i razmatranjima razloga političke prirode. G. Schwarzenberger zaključio je da "stanovište da... pravni elementi moraju biti izolovani od drugih aspekata međunarodnih odnosa rapidno gubi svoj osnov."[13] D. Caron je posebno ukazao da "kada se ocenjuje vrednost ili efikasnost međunarodnih sudova i tribunala, pravnici ne treba samo da razmatraju koliko ta institucija odgovara proklamovanim ciljevima, već koliko služi ciljevima koji nisu rečeni"[14] dodajući da su "međunarodni sudovi i tribunali, kao i svi sudovi i tribunali, institucije. Očigledno je da pravnici mogu izolovati sudove od političkog konteksta koji ih okružuje budući da izučavaju njegovu jurisprudenciju, ali je krajnje veštački ispitivati sud kao organsku instituci-

[9] Christian Tomuschat, 'Sleeping Beauty. The osce Court of Conciliation and Arbitration', (2–2014) *Security Community*, 2/2014, OSCE, 36–37; Christian Tomuschat, "Conciliation within the Framework of the OSCE Court of Conciliation and Arbitration: An Assestment from the viewpoint of Legal Policy", *Conciliation in International Law,: The OSCE Court of Conciliation and Arbitration* (Christian Tomuschat, Ricardo Pisillo Mazzeshai and Daniel Thured eds.) Brill Nijhoff, Leiden-Boston 2016, 104.

[10] U ovom radu opredelili smo se za izraz koncilijacija, iako se u našoj literaturi ovaj način rešavanja sporova uglavnom označava kao "izmirenje". Vidi na primer: Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 741.

[11] Kakvi su na primer Generalni akt o mirnom rešavanju sporova ili Evropska konvencija o mirnom rešavanju sporova.

[12] Kao što je, primera radi "directed conciliation" predviđena tzv. Valeta mehanizmom. J. G. Merrils, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 77

[13] Gerog Schwarzenberger, The Inductive approach to International Law, London 1965, 56.

[14] Caron, David. Towards A Political Theory of International Courts and Tribunals. *Berkley Journal of International Law,* 2/2006, 2006, 410.

ju bez ukazivanja na funkcije kojima služi i političkom kontekstu čiji je on integralni deo. Kada se ispita na ovaj način, dinamička priroda ovih institucija postaje očigledna."[15]

U ovom radu obrazložićemo tezu da je Sud za koncilijaciju i arbitražu unutar OEBS-a formiran kao osoben institucionalizovani mehanizam rešavanja sporova, koji je bio prilagođen potrebama vremena u kome je nastao, posebno kada je reč o uspostavljanju koncilijacije kao "obavezujućeg" načina rešavanja sporova. Od usvajanja Helsinškog završnog akta 1975 godine, kada je otpočela rasprava o uspostavljanju sistema mirnog rešavanja sporova, praćena je blokovskom podelom i suprotstavljena stanovišta država nisu davala povoda za optimizam u pogledu postizanja kompromisa o formiranju jednog prihvatljivog sistema rešavanja sporova. "Padom berlinskog zida", otvorilo je barem prividnu mogućnost nastanka jednog novog sistema rešavanja sporova. Međutim, uspostavljanje obavezujućeg sudskog načina rešavanja sporova (pred stalnim sudom ili arbitražnim tribunalom) je "bio predaleko od fundamentalnih pozicija velikih sila"[16] i stoga je, pored različitih političkih (diplomatskih) mehanizama Koncilijacija postala glavna preokupacija Štokholmske konvencije, uz neizbežno pitanje da li ona pruža "rešenje na sredini puta" koje bi zadovoljio sve stranke?"[17]

ANATOMIJA SUDA PRAVDE OEBS-A: SUPSIDIJERNA NADLEŽNOST, ARBITRAŽNI I KONCILIJACIONI NAČIN REŠAVANJA SPOROVA

Štokholmskom konvencijom su predviđeni arbitraža, kao fakultativni način rešavanja sporova, i koncilijacija kao obavezujući način rešavanja sporova. Prilikom izrade Štokholmske konvencije izražena su nastojanja da se ne dovede u pitanje nadležnost sudova i tribunala koju su prihvatile za obavezujuću, pre svih, Evropskog suda za ljudska prava, Suda pravde EU i Međunarodnog suda pravde. Bitan element anatomije Suda OEBS-a je i način izbora arbitara i koncilijatora.

Izbor članova koncilijacione komisije i Arbitražnog tribunala

Prilikom imenovanja članova Koncilijacione komisije i Arbitražnog tribunala naglašena je uloga administrativnog organa - Biroa Suda OEBS-a.

[15] *Ibid*., 401–422.

[16] Christian Tomuschat, Ricardo Pisillo Mazzeshai and Daniel Thured, Introduction, *op. cit.*, 2.

[17] Ibidem.

Štokholmskom konvencijom je predviđeno[18] da svaka strana u sporu imenuje po jednog koncilijatora sa liste koncilijatora (koje imenuju države na određeni vremenski period[19]). Nakon što se predsednik Suda OEBS-a konsultuje sa stranama u sporu o kompoziciji preostalih članova Koncilijacione komisije, Biro Suda OEBS-a imenuje tri člana Koncilijacione komisije, ili u slučaju da ima više strana u sporu, više članova tako da ukupan broj članova Koncilijacione komisije bude neparan.[20]

U pogledu konstituisanja Arbitražnog tribunala, podnošenjem zahteva za arbitražu pokreće se postupak imenovanja njegovih članova. Pri tome, arbitre koje su imenovale stranke (u skladu sa čl. 4 Štokholmske konvencije) su *ex officio* i članovi Arbitražnog tribunala.[21] Ukoliko više država koje su strane u sporu koje deli isti interes, one mogu imenovati jednog arbitra.[22] Biro imenuje, sa liste arbitara, ostale članove Arbitražnog tribunala tako da broj članova koji imenuje Biro "ne bude manji od jednog više nego članova koji se postavljaju *ex officio*." [23] Drugim rečima, većinu članova Arbitražnog tribunala imenuje Biro.

C. Tomuschat smatra da samo postojanje mogućnosti strana u sporu da osporavaju ("vetting") kandidate koje predlaže Biro, predstavlja pouzdan metod obezbeđenja dobrog funkcionisanja tog tela,[24] te da se ovlašćenje Biroa ne može smatrati takvim da on ima privilegovanu ulogu prilikom konstituisanja Koncilijacione komisije, već da je Štokholmskom konvencijom predviđeno da vrši iste funkcije kao i u slučaju da Sekretarijata Stalnog arbitražnog suda koji je ovlašćen

[18] Član 21 Štokholmske konvencije. Prema paragrafu 2 istog člana "When more than two States are parties to the same dispute, the States asserting the same interest may agree to appoint one single conciliator. If they do not so agree, each of the two sides to the dispute shall appoint the same number of conciliators up to a maximum decided by the Bureau."

[19] Vidi član 3 Štokholmske konvencije.

[20] Član 21 (4) Štokholmske konvencije.

[21] Član 28 (1) i (2) Štokholmske konvencije.

[22] Član 28 (3) Štokholmske konvencije.

[23] "If an ex officio member is unable to attend or has previously taken part in any capacity in the hearings of the case arising from the dispute submitted to the Tribunal, that member shall be replaced by his or her alternate. If the alternate is in the same situation, the State involved shall appoint a member to examine the dispute pursuant to the terms and conditions specified in paragraph 5. In the event of a question arising as to the capacity of a member or of his or her alternate to sit on the Tribunal, the matter shall be decided by the Bureau." Član 28(4) Štokholmske konvencije.

[24] C. Tomuschat iznosi tvrdnju da "since the appointment of the other three members of a Conciliation Commission is effected after consultations with the Bureau (Article 21(4)) any risk of an unpleasant surprise is excluded." (Tomuschat, p. 92) Međutim, Štokholmskom konvencijom Biro je u obavezi da se konsultuje sa strankama, ali ne i da prihvati njihova stanovišta u pogledu izbora arbitara odnosno koncilijatora.

da imenuje članove panela u slučaju da jedna od stranaka odbije da ih imenuje.[25] Međutim, budući da u svakom slučaju je Biro taj koji imenuje najveći broj članova Arbitražnog tribunala i Koncilijacione komisije, i da pri tome je dužan samo da se "konsultuje" sa strankama, uloga Biroa se čini "prenaglašenom".

Supsidijerna priroda nadležnosti suda OEBS-a (obezbeđenje postojećih načina rešavanja sporova)

U preambularnom delu Štokholmske konvencije naglašeno je da su države učesnice KEBS-a svesne obaveze mirnog rešavanja sporova koja je predviđena čl. 33 Povelje UN, te da "ne nameravaju na bilo koji način da ugroze druge postojeće institucije i mehanizme, uključujući Međunarodni sud pravde, Evropski sud za ljudska prava, Sud pravde Evropskih zajednica (danas Sud pravde EU)".[26]

C. Tomuschat smatra da ustručavanje učesnica KEBS-a da ustanove mehanizam koji bi bio pandan već ustanovljenim mehanizmima rešavanja sporova ukazuje da su bili izgubili poverenje u "misaonost sopstvene konstrukcije".[27] Međutim, čini se da je ustanovljavanje supsidijarne nadležnosti Suda OEBS-a upravo smisleno rešenje koje se uklapa u celokupan sistem decentralizovanog načina rešavanja sporova (posebno u Evropi), i odslikava prirodu OEBS-a kao međunarodne organizacije. Naime, OEBS je jedna od organizacija, u mreži organizacija koja se bave istim ili sličnim pitanjima, poput EU, Saveta Evrope, Ujedinjenih nacija. Iako je za vreme Hladnog rata, samo održavanje KEBS-a moglo da se smatra uspehom, u post-hladnoratovskom periodu, njegova uloga se ne može izdići iznad uloge ostalih međunarodnih organizacija i formiranih sistema mirnog rešavanja sporova, pre svega pred Sudom pravde EU, Evropskim sudom za ljudska prava i Međunarodnim sudom pravde.

C. Tomuschat je stanovišta da ne postoji osnov koji bi opravdao davanje prednosti drugim postupcima (van OEBS-a) slične prirode (koncilijaciji i arbitraži).[28] Imajući u vidu da je nadležnost Suda OEBS-a *ratione materiae* nije ograničena na određenu vrstu sporova, a da su *prethodno* već uspostavljeni meha-

[25] Ibidem.

[26] Bindšedlerov nacrt je koji je Švajcarska podnela još 1973. godine predviđao je "sekundarnu obavezujuću nadležnost koja ne bi bila uspostavljena ukoliko spor ne bi mogao da bude rešen drugim sredstvima" Susane Jacobi, "Subsidiarity and Other Obstacles to the Use of the OSCE Dispute Settlement Procedures" in *The OSCE in the Maintance of Peace and Security* (Conflict Prevention, Crisis Management and Paceful Settlement of Disputes), (M. Bohte, N. Ronzitti and Allan Rosas eds.), Kluwer Law International, The Hague, 1997, 426.

[27] C. Tomuschat, 99.

[28] Ibid., 104.

nizmi mirnog rešavanja sporova pravilima Evropskog suda za ljudska prava, Međunarodnog suda pravde i Suda pravde EU, njegova nadležnost je nužno supsidijarne prirode.

Članom 19 Štokholmske konvencije otelotvoruje ideju da se nadležnošću Suda OEBS-a ne ugroze drugi postojeći mehanizmi mirnog rešavanja sporova. Njime je predviđeno da Koncilijaciona komisija ili Arbitražni tribunal formirani radi rešavanja konkretnog spora "neće preduzeti dalje radnje" u sledećim slučajevima:

1) Ukoliko je spor, pre nego je iznesen pred Koncilijacionu komisiju ili Arbitražni tribunal, iznet pred sud ili tribunal u pogledu kog stranke imaju pravnu obavezu da prihvate njegovu nadležnost, ili ukoliko je takvo telo već donelo odluku u meritumu spora.

U decentralizovanom sistemu međunarodnog pravosuđa ovom odredbom je sprovedeno načelo *litispendencije* i pravila *ne bis in idem*. Sama formulacija "da ne preduzima radnje u slučaju" otvara mogućnosti ustanovljavanja nadležnosti nakon što su pokušaji rešavanja spora pred drugim međunarodnim sudovima ili tribunalima ili komisijama propali, ili mogućnost da se upusti u rešavanje onih aspekata spora koji nisu izneseni pred drugi sud ili tribunal ili o kojima taj drugi sud ili tribunal je odbio da raspravlja.

Ovom odredbom jedino je otvoreno pitanje da li Sud OEBS-a može da zasnuje nadležnost ukoliko su strane u sporu prihvatile za obavezujuću nadležnost drugog suda ili tribunala a pred taj sud ili tribunal ne iznesu spor. U decentralizovanom sistemu rešavanja sporova, stranke i pored prethodno preduzete obaveze da spor iznesu pred određeni sud ili tribunal, mogu se izričito ili prećutno sporazumeti[29] da ustanove nadležnost nekog drugog suda ili tribunala (lex posterior derogat legi priori). Međutim, ako je po određenim pitanjima prihvaćena isključiva nadležnost drugog suda (kao što je slučaj sa Sudom pravde EU) u tom slučaju Sud OEBS-a bi teško mogao da ustanovi nadležnost po pitanjima koja su iz domena pravnog poretka EU.

2) Komisija ili Tribunal neće biti nadležna da rešava sporove u pogledu kojih su "strane u sporu unapred prihvatile *isključivu nadležnost* sudskog tela različitog od Tribunala" i koji ima "nadležnost da oduči, sa obavezujućom snagom, sporove koji su pred njega izneti, ili ukoliko su se strane us poru sporazumele da reše spor isključivo na neki drugi način".

Shodno principu slobode strana u sporu da izaberu način njegovog mirnog rešavanja, ukoliko su prihvatile *isključiva* nadležnost drugog suda ili tribunala (na

[29] *Lex posterior derogat legi priori.*

primer Međunarodnog suda pravde, Suda pravde EU ili Evropskog suda za ljudska prava) po prirodi stvari, spor se ne može izneti pred Arbitražni tribunal ili Koncilijacionu komisiju Suda OEBS-a. Međutim, ovim se ne otklanja mogućnost da strane u sporu zasnuju nadležnot Suda OEBS-a po osnovu prorogirane nadležnosti.

3) Članom 19(2) Štokholmske konvencije predviđeno je da "Koncilijaciona komisija formirana za rešavanje konkretnog spora neće preduzimati dalje radnje ukoliko, čak i nakon što je spor iznesen pred nju, jedna ili sve stranke iznesu spor pred sud ili tribunal čija nadležnost u pogledu spora je takva da su stranke pod pravnom obavezom da je prihvate". Međutim, takav izuzetak nije predviđen ukoliko je spor iznesen pred Arbitražni tribunal (sudski način rešavanja sporova).

Koncilijacioni način rešavanja sporova ne može imati prednost nad sudskim načinima rešavanja sporova u pogledu kog su stranke preduzele obavezu da ga prihvate. Stoga, ova odredba ne predstavlja nikakvo neprimereno ograničavanje nadležnosti Koncilijacione komisije koja bi mogla da bude formirana unutar Suda OEBS-a.

4) Članom 19 (3) je predviđeno da će "Koncilijaciona komisija odložiti ispitivanje spora ukoliko je on iznesen pred drugo telo koje ima nadležnost da formuliše predloge u pogledu tog spora. Ukoliko ovi prethodni napori ne dovedu do rešavanja spora, Komisija će obnoviti svoj rad na zahtev stranke ili jedne od stranaka" (pod uslovim predviđenim čl. 26 (1)) osim ukoliko nije učinjen zahtev za formiranje arbitraže."

5) Štokholmskom konvencijom je predviđeno (čl. 19 (4)) da države mogu staviti rezerve kako bi obezbedile kompatibilnost mehanizama rešavanja sporova prevođenih Štokholmskom konvencijom "sa drugim načinima rešavanja sporova koji rezultiraju iz međunarodnih obaveza te države". Konvencija takođe predviđa i nesporno pravilo da "ukoliko, u obilo koje vreme, strane u sporu reše spor, Komisija ili Tribunal će ukloniti spor sa svoje liste, po prijemu pismene potvrde svih stranaka da su rešile spor".

Ove odredbe Štokholmske konvencije ni na koji način ne ograničavaju nadležnost Suda OEBS-a na način koji inače ne bi sledio iz primene načela o slobodi stranaka da izaberu način mirnog rešavanja spora, pravila litispendencije ili *res iudicata*, primenjenog u decentralizovanom načinu rešavanja sporova. Strane u sporu imaju slobodu izbora načina rešavanja sporova, i Štokholmskom konvencijom nije učinjeno ništa drugo do dosledne primene ovog principa uz uvažavanje unapred preuzetih obaveza.[30]

[30] Ima osnova za zaključak da bi ista ili slična pravila važila i za druge međunarodne sudove ili tribunale. Primera radi, iako su strane u sporu obavezane nadležnošću Međunarodnog suda

Međutim, pravila predviđena članom 19 Štokholmske konvencije ako se sagledaju u kontekstu "postojećih načina rešavanja sporova", pruža strankama i izvestan manevarski prostor da "manipulišu" različitim načinima rešavanja sporova (ukoliko su preduzele takve obaveze), i da svoje postupanje modeliraju već prema proceni u pogledu mogućih ishoda spora. Samo primera radi, stranka koja uviđa da joj je pozicija pred Koncilijacionom komisijom slaba, može spor izneti pred Međunarodni sud pravde ili drugi sud ili zatražiti formiranje arbitraže, u očekivanju da će na taj način doći do za sebe pogodnijeg konačnog ishoda spora, ili odužiti njegovo rešavanje. Međutim, i u tom slučaju, izgleda da je cilj same Štokholmske konvencije postignut,budući da je spor podvrgnut mirnom rešavanju pred kompetentnim sudom ili tribunalom.

Iz proklamovanih ciljeva Štokholmske konvencije proizlazi da njen osnovni cilj nije da se spor "zarobi" ili "prinudno smesti" pod okrilje OEBS-a., već sa se reši mirnim putem. Nije sekundarna priroda nadležnosti Suda OEBS-a razlog što ovaj mehanizam nije do danas pokrenut, već su razlozi posve druge prirode.

Koncilijacija kao obavezujući način rešavanja sporova unutar suda OEBS-a

Koncilijacioni način rešavanja sporova, kao nesporno veoma fleksibilan način rešavanja sporova, može poprimiti različite oblike i definisati se na različite načine.

Sam termin "međunarodna koncilijacija" (*international conciliation*) ušao je u vokabular međunarodnog prava i međunarodnih odnosa tek nakon Prvog svetskog rata. Max Huber, u izveštaju Švajcarskom federalnom savetu od 11. decembra 1919. godine dao je definiciju međunarodne koncilijacije,[31] ukazujući da rešavanje sporova pred organima Društva naroda predstavlja političku intervenciju i ne može se kvalifikovati kao koncilijacija. Bitan element koncilijacije je nezavisnost Koncilijacione komisije, sastavljene od visokokvalifikovanih osoba, koje imaju mandat da pomognu strankama da nađu mirno rešenje spora bez ikakvog

pravde, on bi bio dužan da odbije da se upusti u razmatranje spora ukoliko je on već iznesen, na osnovu sporazuma stranaka pred arbitražni tribunal. Specijalni sporazum (kompromis) da se spor iznese na arbitražni način rešavanja bi bilo *lex specialis* u odnosu na pravila o nadležnosti Međunarodnog suda prvde. Specijalni sporazum (kompromis) da se spor iznese na arbitražni način rešavanja bi bilo *lex specialis* u odnosu na pravila o nadležnosti Međunarodnog suda prvde.

[31] Vidi: Jean-Pierre Cot, "Expectations Attached to Conciliation Reconsidered", in *Conciliation in International Law*, op. cit., 7.

spoljašnjeg političkog pritiska.[32] Prvi međunarodni ugovor koji je predviđao koncilijacioni način rešavanja sporova je Konvencija zaključena između Nemačke i Švajcarske o arbitraži i koncilijaciji od 3 decembra 1921, od kada se u različitim ugovorima arbitraža i koncilijacija pominju i odnose jedna na drugu.[33]

Iako nije nepoznat pređašnjoj praksi, koja je veoma oskudna,[34] u nekim od ključnih međunarodnih ugovora (kao što su Bečka konvencija o ugovornom pravu (1969) i Konvencija o pravu mora (1982)) koncilijacija je predviđena kao jedan od načina rešavanja sporova.

Koncilijaciju nije lako precizno odrediti budući da može da poprimi različite oblike. Ona u sebi obuhvata i elemente istrage (*fact-finding*, *inquiry*) i medijacije, i sudskih načina rešavanja sporova (kvazi-arbitraža) kako je često opisuju "ona je poput Janus-a" ili da ima hibridnu prirodu, budući da u nekim slučajevima je samo malo više od "institucionalizovanih pregovora" a u drugim može biti veoma slična arbitražnom načinu rešavanja sporova.[35]

Članom 18 Štokholmske konvencije je predviđeno, pod rezervom očuvanja postojećih mehanizama mirnog rešavanja sporova, da "bilo koja država strana ugovornica ove Konvencije može izneti pred Koncilijacionu komisiju bilo koji spor sa drugom stranom ugovornicom koji nije rešen putem pregovora u razumnom vremenskom periodu."[36]

---

[32] *Ibid*. Stoga je i osnovna razlika između medijacije i koncilijacije ta da se medijacija "stavlja pod kontrolu političkog autoriteta, a koncilijacija podrazumeva postojanje nezavisnog i stručnog tela. Ove dve različite intervencije treće strane se razlikuju kao intervenicija mudrih ljudi (la sage) i političnog autoriteta (le prince). J. P. Cot, 8.

[33] C. Tomuschat,80.

[34] Oskudna praksa naime otkriva i različite pristupe koncilijaciji. Naime, kako navodi J. P. Cot, u slučaju Gorm and Svava između Danske i Norveške 1952 o incidentu u vezi sa ribolovom, Henri Rolin, koncilijator, "fokusirajući se na pravne aspekte spora, smatrao je da je uloga koncilijacione komsije da deluje kao pravni savetnik strankama. Ona je ocenjivala vrednost pravnih argumenata svake os strana i predložila rešenje na osnovu takve evaluacije".

[35] Lauri Malksoo, "Conciliation within the Framework of Dispute Settlement Procedures: An East European Perspective", *Conciliation in International Law, op. cit.*, 12.

[36] Heresh Lauterpacht, osporavao je podelu sporova na pravne i političke, smatrajući da svi međunarodni sporovi treba da se rešavaju primenom postojećih pravila međunarodnog prava, te da davanju ovlašćenja u jednoj kvazi-sudskoj proceduri u koju bi se integrisala i ne-pravna razmatranja bi znatno oslabilo vladavinu prava. Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford: Clarendon Press, 1933) 267.Jean-Pierre Cot, Expectations Attached to Conciliation Reconsidered, 9-10 Sa druge strane, Max Huber je smatrao da je koncilijacija predstavlja "značajan doprinos svetskom miru i bezbednosti" koji je uključen u mnoge međunarodne ugovore, što je odgovaralo "idealističkom duhu dobre volje tog vremena." J. P. Cot, 9.

Drugim rečima, strana u sporu može, i bez posebnog sporazuma, pokrenuti koncilijacioni postupak jednostranim aktom. Sam koncept obavezujuće koncilijacije može se smatrati da ide nasuprot logike postupka rešavanja sporova koji rezultira jednom pravno neobavezujućom odlukom.[37] U ugovornoj praksi pre usvajanja Štokholmske konvencije, koncilijacioni način rešavanja sporova je bio rezervisan isključivo u slučajevima sporazuma strana u sporu da spor podvrgnu ovakvom načinu rešavanja. Razlozi leže kako u kriterijumima koje koncilijaciona komisija primenjuje prilikom predlaganja načina rešavanja spora (budući da ne primenjuje samo pravo već uzima u obzir i političke okolnosti konkretnog slučaja), tako i u pravno neobavezujućoj prirodi odluke, odnosno preporuke, koncilijacione komisije. Kako je istakao C. Tomuschat, aktuelni predsednik Suda OEBS-a, koncilijacija "može da uspe jedino u atmosferi uzajamnog poverenja kada su obe strane u načelu spremne da saslušaju racionalne i razumne argumente, spremne da ugrabe dobru priliku da savladaju spor koji negativno utiče na njihove međusobne odnose."[38]

Uloga koncilijacije je da ispita sve aspekte spora, činjenice, pravo i politička razmatranja (*political considerations*), ukoliko stranke ne postignu sporazum u toku postupka, komisija treba da sačini izveštaj i predloži način rešavanja spora.[39] Cilj koncilijacije je regulisan članom 24 Štokholmske konvencije. Iako može biti nejasno koje kriterijume primenjuje koncilijaciona komisija prilikom iznalaženja rešenja, ovim članom je predviđeno da će "Koncilijaciona komisija pomoći strankama u sporu u iznalaženju rešenja u skladu sa međunarodnim pravom i njihovim" obavezama preuzetim unutar OEBS-a/KEBS-a "CSCE commitments." Za razliku od arbitražnih tribunala, Koncilijaciona komisija može zasnovati svoja razmatranja i konačni izvrštaj ne samo na normama međunaronog prava, već i na onima koje nisu obavezujuće prirode kao što su "OSCE commitments[40]" što determiniše i prirodu odluke.

Kako ističe Thürer, Koncilijaciona komisija može "zasnovati svoj rad na postojećem pravu ili delovati 'u senci prava', odnosno zamisliti u svojim razmatranjima kako bi se sudija bavio slučajem, oslanjajući se na ono što bi sud radio. Me-

[37] *Ibid*.

[38] Koncilijacija "can only prosper in an atmosphere of mutual trust and confidence, where both sides are in principle prepared to listen to rational and reasonable arguments, ready to seaze a good opportunity to put to rest a dispute that has negatively affected their mutual relations."C. Tomuschat, 79.

[39] J. P. Cot, 9.

[40] Daniel Thürer, Paceful Settlement of International Disputes: About the Essence and Role of Conciliation, *Conciliation in International Law, op. cit.,* 45.

đutim, njen rad i način delovanja je sasvim drugačiji: rukovodeći se ne primarno strogim pravnim pravilima i mehanizmima već gledajući širom otvorenih očiju na informacije, iskustva i ekspertize različitih životnih puteva, ona može biti ekspert i iskustvenik u manjim, tehničkim predmetima, ili primenjivati političko i diplomatsko iskustvo u velikim slučajevima."[41]

Kako su "OSCE/CSCE commitments" fluidne pravne prirode (ali imaju značajnu političku težinu), i često nije jasno njihovo značenje, ovim članom se pored međunarodnog prava definiše i "širi politički kontekst" koji Koncilijaciona komisija treba da uzme u razmatranje prilikom sastavljanja konačnog izveštaja. Pri tome, nije dovoljno jasno šta su obaveze preduzete iz članstva u OEBS-u,[42] i koje se mogu tumačiti na različite načine. Pod njima se podrazumeva veliki broj odluka različitih tela OBES-a koje više spadaju u "meko pravo", i pored toga što su donesene kao politički akti, i koji se uglavnom sastoje u nastojanju da se pospeši saradnja u različitim oblastima (bezbednost, ekonomija, nauka i tehnologije, zaštiti životne sredine itd)

Koncilijacioni način rešavanja sporova, ukoliko stranke ne postignu sporazum u toku koncilijacionog postupka, rezultira donošenjem pravno neobavezujuće odluke, odnosno predloga Koncilijacione komisije o načinu rešavanja spora. Tradicionalno, prihvatanje odluke koncilijacione komisije zavisi od pristanka stranaka i ona ostaje poverljiva, te se potencijalno ne može koristiti u daljem toku rešavanja sporova. Međutim, Štokholmska konvencija odluci Koncilijacione komisije kroz mehanizam dostavljanja te odluke Savetu OEBS-a, pridaje izuzetan politički značaj.[43]

Kroz politički proces, posebno ukoliko je dostavljena telu jedne međunarodne organizacije (OEBS-u), odluka Koncilijacione komsije može prerasti u veoma uticajnu /političku/ odluku. Kao primer možemo navesti mišljenja Badinterove komsije (koja je po svojoj prirodi veoma bliska ako ne i istovetna koncilijaciji), iako nisu bila "pravno obavezujuća", prerasla su u obavezujuće standarde za rešavanje sporova između bivših republika SFR Jugoslavije koji i danas važe i od kojih je teško odstupiti.

---

[41] *Ibidem*.

[42] http://www.osce.org/mc/87211. Vidi i *OSCE Human Dimension Commitments*, Vol. 1 Thematic Compilitation, 3rd ed., OSCE/ODIHR, 2011., OSCE Economic and Environmental Dimension Commitments, Reference Manual, OSCE, 2014.

[43] Član 25 (5) Štokholmske konvencijepredviđa da ukoliko u roku od 30 dana strane u sporu ne prihvate prefloženi način rešavanja spora, izveštaj će biti dotavljen Savetu OEBS-a (Savetu KWEBS) preko Komisteta vosokih prestavnika). Prema paragrafu 6 čl. 25 u izveštajuće se skrenuti pažnja Savetu KEBS-a(danas Savetu OEBS-a) o okolnostima pod kojiam je stanka propustila da se pojavi pred koncilijacijom ili je napustila pošto je koncilijacioni postupak otpočeo.

Predviđanje koncilijacije kao obavezujućeg načina rešavanja sporova, uz mogućnost internacionalizacije spora kroz dostavljanje izveštaja nadležnim organima OEBS-a, ovaj metod rešavanja sporova može učiniti (i učinjen je) prilično nepopularnim, sa ishodom koji je krajnje neizvestan i uz nemogućnost sagledavanja njegovih posledica. Dok se tradicionalno u međunarodnom pravu koncilijacija smatra mirnim načinom rešavanja sporova u kome stranke mogu da prihvate ili odbiju predlog, unutar OEBS-a taj predlog može dobiti naročitu težinu, budući da iza njega stoji Sud OEBS-a, autoriativno telo čija je nadležnost stranke prihvatile.

Tradicionalno, ovaj izveštaj se smatra poverljivim. Međutim, Štokholmska konvencija ovaj izveštaj čini javnim ukoliko ga stranke u sporu, u veoma kratkom roku od 30 dana ne prihvate.[44] Na ovaj način, neuspela koncilijacija može rezultirati pokretanjem političkih mehanizama, kako unutar OEBS-a tako i van OEBS-a, da stranke postupaju u skladu sa izveštajem koji sadrži nešto što nisu prihvatile. Na taj način se koncilijacija pretvara u svoju suprotnost. Mazzeschi zaključuje da je "član 25 (5) veoma značajan zbog toga što predviđa dostavljanje izveštaja Savetu OEBS-a što se može smatrati "političkim" pritiskom na stranke da ponovo razmotre svoje pozicije. Drugim rečima, kada ponašanje države u koncilijacionom postupku dovede do propasti koncilijacione procedure, ta država je dužna da javno obrazloži razloge pred svim ostalim članicama OEBS-a. Uključivanje političkog organa može dati na političkom značaju koncilijacionom postupku, posebno ukoliko je spor takav da može ugroziti mir i bezbednost."[45]

Nadležnost Arbitražnog tribunala

Štokholmska konvencija, u osnovi, ne odstupa od već tradicionalnog načina zasnivanja nadležnosti arbitražnih tribunala.[46] Naime, "zahtev za arbitražom može podneti u bilo koje vreme putem sporazuma dve li više strana ugovornica Konvencije ili jedne ili više država strana Konvencije ili jedne ili više učesnica KEBS-a." Međutim, Štokholmska kovencija ide korak dalje predviđajući u članu članom 26 (2) i ((3) mogućnost stranama ugovornicama Štokholmske konvencije

[44] Vidi čl. 25 Štokholmske konvencije.

[45] Riccardo Pisillo Mazzeschi,"Prevention and Resolution of Conflicts in the OSCE and the Role of the Court of Conciliation and Arbitration, in *Conciliation in International Law, op. cit.,*73 Mehanizam koncilijacije predviđen Štokholmskom konvencijom je ustvari, ublažena verzija koncilijacije predviđene tzv. Valeta mehanizmom koji je predviđao da Ministarski savet ili Stalni savet KEBS-a mogu uputiti stranke da reše spor pred koncilijacionom komisijom ukoliko nisu bile u mogućnosti da ga putem pregovora reše u razumnom roku. *Ibid., 70.*

[46] Vidi član 4 Štokholmske konvencije.

da jednostranim aktom prihvate za obavezujuću nadležnost Arbitražnog tribunala u slučaju neuspeha koncilijacionog načina rešavanja sporova.

Članom 26 (2) predviđeno je da: "države strane ugovornice ove Konvencije mogu u bilo koje vreme putem obaveštenja depozitaru da izjave da priznaju za obavezujuću, *ipso facto*, i bez posebnog sporazuma, nadležnost Arbitražnog tribunala, pod uslovom reciprociteta. Ova deklaracija može biti data na neograničeni vremenski period ili za određeno vreme. Ona može obuhvatiti sve sporove ili isključiti sporove koji se tiču teritorijalnog integriteta, nacionalne odbrane, osnova suvereniteta nad kopnenom teritorijom, ili suprotstavljenih zahteva koji se tiču nadležnosti nad određenim područjima".[47]

Članom 26 (3) predviđeno je da se "zahtev za arbitražom protiv države strane ugovornice Konvencije koja je izdala deklaraciju navedenu u paragrafu 2 (prihvatanje za obavezujuću nadležnost Arbitražnog tribunala) "može se učiniti putem tužbe koja se podnosi Sekretaru tek nakon što istekne period od 30 dana nakon što je izveštaj Koncilijacione komisije koji se bavi tim sporov dostavljen Savetu KEBS-a u skladu sa odredbama člana 25 (5) Konvencije".

Drugim rečima, ovom odredbom je ograničeno pokretanje arbitražnog postupka na slučajeve neuspešne koncilijacije, odnosno neprihvatanja izveštaja Koncilijacione komisije, a rok je određen s obzirom na datum dostavljanja izveštaja Savetu KEBS-a (OEBS-a).

Upravo vezivanje pokretanja arbitražnog postupka za neuspešnost rešavanja sporova putem koncilijacije, zbog javnosti izveštaja Koncilijacione komisije čini izdavanje deklaracija o prihvatanju za obavezujuću nadležnosti Arbitražnog tribunala krajnje nepopularnim. Naime, ukoliko je izveštaj Koncilijacione komisije Suda OEBS-a poznat arbitrima Arbitražnog tribunala, i ukoliko se u tom izveštaju razmatraju i pravna pitanja[48], ako je sastavljena od kompetentnih ličnosti, ovaj izveštaj zasigurno može imati veoma jak uticaj na rad Arbitražnog tribunala i ishod arbitražnog postupka. Ukoliko "po definiciji" nezavisna i kompetentna komisija usvoji izveštaj koji se temelji na međunarodnom pravu i obavezama iz članstva u OEBS-u, njen izveštaj se ne može zanemariti, a arbitraža se lako

[47] Postavlja se pitanje da li strane ugovornice mogu jednostranim aktom isključiti i druge vrste sporova, a ne samo one koje su izričito nabrojane u čl. 26 (2) Štokholmske konvencije. Jezičko tumačenje ove odredbe isključuje mogućnost isključivanja iz prihvatanja obavezujuće nadležnosti (pod uslovom reciprociteta) sporove koji nisu izričito predviđeni odredbom ovog člana. Nije potpuno jasno zbog čega je ova odredba formulisana na ovaj način.

[48] Što je neizbežno s obzirom na odredbe čl. 24 Štokholmske konvencije (da će Koncilijaciona komisija pomoći stranama u sporu da iznađu rešenje u skladu sa međunarodnim pravom i njihovim obavezama kao učesnicama KEBS-a (OEBS-a)) Čl. 22 Generalnog akta o mirnom rešavanju sporova.

može pretvoriti u "preispitivanje" pravnih stanovišta Koncilijacione komisije. Pored toga, budući da se izveštaj o neuspeloj koncilijaciji dostavlja Savetu KEBS-a (odn. OEBSa), iako je arbitražni postupak po definiciji postupak koji se vodi pred nepristrasnim ličnostima, ne bi se smela izgubiti iz vida ni različiti oblici političkog uticaja kako na formiranje Arbitražnog tribunala (s obzirom da Biro bira najveći broj članova Arbitražnog tribunala) tako i na senzitivitet Arbitražnog tribunala na političke stavove glavnih (političkih) organa OEBS-a.

Do danas nije izdata ni jedna deklaracija o prihvatanju za obavezujuću nadležnosti Arbitražnog tribunala.

ZAKLJUČAK

Više od dve decenije nakon osnivanja Suda OEBS-a nije se dogodio ni jedan slučaj fomiranja Koncilijacione komisije ili Arbitražnog tribunala. Kako navodi aktuelni predsednik Suda OEBS-a, stoga se ne može se izbeći pitanje "da li je ovaj sud beskorisna institucija nastao sa optimističkim očekivanjima ali je sada opstao samo kao dekoracija."[49]

J. P. Cot je zaključio da "prostor za bilateralne ugovore kojima se predviđa koncilijacioni način rešavanja sporova veoma ograničen. Stoga su i rezultati razočaravajući kada se porede sa očekivanjima. Ipak nedostatak rezultata pokreće pitanje. Zašto diplomate i akademci insistiraju na nacrtu odredaba koje bi bile uključene u bilateralne i međunarodne ugovore. Diplomate nisu budale. Oni dobro znaju da su šanse za implementaciju takvih odredaba minimalne."[50]

U kontekstu OEBS-a, diplomate su, čini se, takođe bile svesne mogućnosti koje pruža mehanizam koncilijacije (ovog puta obavezujuće koncilijacije, za razliku od rešenja iz klasičnih ugovora o mirnom rešavanju sporova) i institucionalizovale ga kao mehanizam koji bi mogao u datom slučaju da ostvari "zadati zadatak" i da bude pokretač ili završetak nekog "političkog procesa".

U ovom kontekstu nameće se i stanovište Hans J. Morgentau-a, koji je u svom *Politics Among Nations- The Struggle for Power and Pece* zaključio: "Pozivanje se na međunarodno pravo i međunarodne sudove u krizama kada se ne radi o određivanju prava i usklađivanju interesa unutar *status quo*-a, već samog opstanka *status quo*-a, je omiljeno sredstvo onih država koje hoće njegovo očuvanje. Međunarodno pravo i međunarodni sudovi su njihovi prirodni saveznici. Imperijalističke države neizbežno su protiv postojećeg *status quo*-a i njegovog prav-

[49] Tomuschat at all, "Introduction", 2.

[50] J. P. Cot, 11 Autor dalje zaključuje da "Osnovno očekivanje može biti da se nikada neće pribeći odredbama o koncilijaciji.

nog poretka i neće razmišljati o iznošenju sporova pred međunarodni sud koji donosi autoritativnu (obavezujuću odluku). To je zbog toga što sud ne može da udovolji njihovim zahtevima a da ne uništi samu osnovu na kojoj počiva sudski autoritet."[51]

Koncilijacioni način rešavanja sporova otvara prostor koji nije moguće ostvariti putem sudskog načina rešavanja sporova. Naime, reč je o mogućnosti promene *status quo*-a, budući da pored međunarodnog prava Koncilijaciona komisija nužno uzima u obzir i "politički kontekst", u slučaju Suda OEBS-a, obaveze (*commitments*) preuzete iz članstva u OEBS-u, koje su tako formulisane i takve prirode da se mogu tumačiti već prema okolnostima slučaja i zadatim ciljevima. Mehanizam koji podrazumeva delatnost "nepristrasnog" ili "stručnog" autoriteta, u čijem formiranju ključnu ulogu ima Biro Suda OEBS-a, kome bi bio dat zadatak da dovede stranke do sporazuma ili predloži rešenje koje se, ako stranke ne prihvate, iznosi pred telo formirano na nivou ministara inostranih poslova (Savet OEBS-a), omogućava ostvarivanje političkih ciljeva koje nije moguće ostvariti u sudskom postupku.

[51] Hans J. Morgentau, *Politics Among Nations- The Struggle for Power and Peace*, fifth ed. (1st ed. 1948), Knopf, New York, 1973,418. U ovom kontekstu može se sagledati uloga prava i pravnih savetnika prilikom donošenja odluka o upotrebi oružane sile (agresije) protiv Jugoslavije (1999) i Iraka. Vidi: Aleksandar V. Gajić, "Upotreba oružanje sile protiv SR Jugoslavije 1999: Uloga međunrodnog prava i međunarodnih pravnika prilikom donošenja odluke o upotrebi oružane sile", *Prvni Život* br. 12/2016,123-138.

SENAD GANIĆ

DA LI SAVREMENO MEĐUNARODNO PRAVO IMA ODGOVOR NA IZAZOV ZVANI NUKLEARNO ORUŽJE

U V O D

Čini se da se savremeno čovečanstvo zahvaljujući naučnim dostignućima koji iznova zadivljuju, kreće u pravcu nezadrživog razvoja. Sada već bliska budućnost izgleda nam kao vreme u kojem će čovek uspeti da maskimalno uživa blagodeti sopstvenog pregalaštva kao plod milenijumskih napora stotina generacija, da prirodu sa svim njenim izazovima učini prostorom sopstvenog idealnog habitata. Ipak, svedoci smo i izazova koji mu kao prepreka stoje na tom putu. Čini se da se na putu sopstvenog razvoja čovek sapliće na prepreke koje je sam sebi postavio. Ograničenost resursa sa kojima rapolaže planeta koju nastanjujemo, kao i neograničena želja da te ograničene resurse do maksimuma iskoristimo, što se u isto vreme javlja i kao uslov daljeg napretka, nužno otvaraju pitanje pravca u kojem će se kretati dalji razvoj. U isto vreme, postavlja se i pitanje same mogućnosti pa i svrhe daljeg napretka ukoliko se isti dešava na način da ugrožava opstanak civilizacije kakvu poznajemo.

Dalji napredak čovečanstva potpomognut naučnim saznanjima kao i rapidan i nezaustavljiv rast broja ljudi na planeti, zahtevaju proizvodnju i potrošnju ogromnih prirodnih resursa. Problem je međutim i taj što se iscrpljivost resursa kroz istoriju uvek javljao kao razlog konflikata među državama. Stoga, iako je rat

Dr Senad Ganić, docent Državnog univerziteta u Novom Pazaru.

izuzev odbrambenog, stavljen van zakona i zabranjen po međunarodnom pravu, nije isključeno da nezasita potreba savremenog čoveka za resursima kojih je sve manje, dovede, a u prošlosti je to bio čest razlog, i do ratova koji su imali svoje krvave epiloge .[1] Kakve bi posledice tih eventualnih "globalnih" sukoba bile u savremenoj epohi ostaje upitno. Prognoze su kataklizmatične. Ovo pre svega iz razloga što je tehničko-tehnološki napredak civilizacije bio praćen i napretkom u oblasti vojne tehnologije. To je uslovilo pojavu oružja koje se u odnosu na drugu vrstu naoružanja razlikuje po svojoj izuzetno uništavajućoj moći i nesagledivim posledicama na živote ljudi i samu životnu okolinu. Reč je o nukleranom oružju koje danas predstavlja jednu od najvećih potencijalnih pretnji za čovečanstvo. Sa njegovim razornim dejstvom svet se je upoznao već pred kraj Drugog svetskog rata kada su i bačene prve atomske bombe na Hirošimu i Nagasaki. Upravo u Drugom svetskom ratu, razaranje i broj ljudskih žrtava dostići će katastrofalne razmere, a novo oružje pokazalo je čak i veću opasnost za civilno stanovništvo "koje je u prethodnim ratovima bilo relativno bezbedno od te vrste ratnih opasnosti".[2]

Ukratko, napredak civilizacije umesto da, kako to stoji u uvodu Petrogradske deklaracije od 1868. godine "ima za posledicu što veće ublažavanje nesreće rata" i "da je jedini legitimni cilj... slabljenje vojnih snaga neprijatelja" kao i "da bi taj cilj bio prekoračen upotrebom oružja koje bi nepotrebno povećalo patnje ljudi stavljenih van borbe ili bi im smrt učinilo neizbežnom", kretao se u suprotnom pravcu .[3]

Naime, "istraživanja koja imaju za cilj da pronađu što ubojitija sredstva za uništavanje protivnika ne prestaju".[4] Bez obzira što je, osim u slučajevima prava na samoodbranu u skladu sa članom 51. Povelje Ujedinjenih nacija, upotreba oružja odn. rat kao takav zabranjen po međunarodnom pravu kao što smo napomenuli, razvoj i upotreba nuklearnog naoružanja, te katastrofalni efekti koje ono može izazvati, a iskustva iz prošlosti dovoljno svedoče o tome, danas predstavljaju možda i najveću opasnost za svet. S obzirom na snažno devastirajuće dejstvo i na činjenicu da deluje kako na vojne tako i nevojne ciljeve pa i činjenicu da pogađa ne samo civilno stanovništvo na teritoriji koja je zahvaćena oružanim sukobom,

---

[1] Marko Sasoli i Antoan Buvije, *Kako pravo štiti u ratu?*, Međunarodni komitet Crvenog krsta, Ženeva, 1999, str. 53.

[2] Konstantin Obradović, "Međunarodno pravo oružanih sukoba-od ratnog do humanitarnog", u: Konstantin Obradović (ur.), *Humanitarno pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997, str. 110.

[3] Miodrag Starčević, *Izvori međunarodnog humanitarnog prava*, Međunarodni komitet Crvenog krsta, Beograd, 2002, str. 333.

[4] Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić i Vesna Petrović , *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007, str. 358.

već i stanovništvo van teririторije sukoba, nuklearno oružje i njegova upotreba izlaze iz logike savremenog međunarodnog humanitarnog prava. Ovo naročito i zbog toga što je, kako se ističe, "uloga međunarodnoh humanitarnog prav humanizuje ratni ambijent, kako za borce tako i za civile".[5]

Ono što je napred navedeno, samo je mali deo jedne široke rasprave koja traje već dosta dugo, možemo reći još odkako su prvi put upotrebljene atomske bombe, a čiji je glavni cilj, da se mogućnost upotrebe nuklearnog oružja svede na minimum, pa čak i, ako je moguće, u potpunosti isključi. Međutim, nuklearne sile koje su u isto vreme i najmoćnije države sveta takođe, aktivno učestvuju u toj debati, zalažući se da zadrže svoje "ekskluzivno pravo" posedovanja ovog naoružanja. S druge strane, mnoge male zemlje, kao i zemlje koje, iako velike, ipak nemaju potencijala da još uvek igraju značajnu ulogu na globalnoj političkoj sceni, osećaju se inferiornim i nesigurnim u svetu u kojem egzistiraju nukleane sile, pa otuda i želja da se domognu ove tehnologije. Fragmentisana struktura savremene globalne zajednice dodatno utiče na nepostojanje adekvatne pravnostvarajuće sile, koja bi se, između ostalog, mogla na adekvatan način baviti ovim pitanjem.[6]

Sve što je rečeno ukazuje na tenziju koja postoji i na opravdani strah koje je ovo "apokaliptično oružje donelo sa sobom" u smislu održavanja "ravnoteže straha" i potencijalnog, tzv. "tehno genocida" koje sa sobom može doneti ovo oružje.[7] U takvoj situacij, s pravom se postavlja pitanje: da li je moguće da je međunarodno pravo ostalo bez odgovora kada je upotreba ovog oružja u pitanju? Po mišljenju nekih autora, ovim pitanjem su se međunarodni sudovi iznenađujuće malo bavili.[8] Iako se Međunarodni sud pravde po nekima krajnje neodređeno postavio po ovom pitanju u savetodavnom mišljenju o zakonitosti upotrebe i pretnje nuklearnim oružjem, smatramo međutim, da veliki broj međunarodnih dokumenata koji tretiraju materiju pravila koja se primenjuju u oružanim sukobima, implicitno sadrže zabranu upotrebe ovog oružja i mi ćemo pokušati da u ovom radu ukažemo na to.

---

[5] Yishai Beer, "Humanity Considerations Cannot Reduce War's Hazards Alone: Revitalizing the Concept of Military Necessity", *European Journal of International Law*, Vol. 26, No. 4, 2015, p. 802.

[6] Oren Perez, "The Hybrid Legal-Scientific Dynamic of Transnacional Scientific Institutions", *European Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2, 2015, p 395. (391-416).

[7] O tome: Milan Palević, *Krivično delo genocida u međunarodnom pravu,* Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2007, str. 185-188.

[8] Grégoire Mallard, "Crafting the Nuclear Regime Complex (1950-1975): Dynamics of Harmonization of Opaque Treaty Rules", *European Jorunal of International Law*, Vol. 25, No. 2, 2014, p. 472.

Još od kada je upotrebljeno protiv Japana avgusta 1945. godine, i od kako se uvidela njegova razorna moć,[9] pitanje upotrebe nuklearnog naoružanja bilo je upitno. Deo doktrine je smatrao da je zabrana upotrebe ovog oružja već sadržana u postojećim pravilima koje se imaju primeniti u oružanim sukobima. Sa druge strane, predstavnici zemalja koje se javljaju kao nuklearne sile, smatraju da je njegova upotreba u određenim slučajevima legitimna. Upravo i razlozi koji su se navodili u prilog do sada jedinom slučaju upotrebe nuklearnog oružja, najčešće se pravdaju krajnjom nuždom.[10] Obzirom na dotadašnja iskustva sa Japanom u Drugom svetskom ratu, računalo se da, ukoliko bi se operacije vodile konvencionalnim oružjem i na tlu Japana, gubici na strani Američkih snaga bili oko milion ljudi a otprilike isto stradalih bi imala i druga strana.[11] Zvanično objašnjenje koje je dao američki predsednik Truman (*Harry S. Truman*) u govoru 9. avgusta 1945. godine, odmah posle bacanja prvih atomskih bombi bilo je to, da su atomske bombe upotrebljene da bi se spasli životi mnogih Amerikanaca i da bi se skratila agonija rata. U isto vreme, to bi značilo i produžetak rata za još jednu godinu.[12] Krajnja je nužda dakle, po apologetski iznetim tvrdnjama, opravdavala upotrebu novog oružja ma i po cenu potpunog uništenja dva japanska grada. Ipak, veliki broj autora smatra da je jedna od članica antihitlerovske koalicije upotrebila nuklearno oružje u uslovima koji se ne bi mogli opravdati vojnom potrebom, a u svakom slučaju suprotno Haškim pravilima, i to bez obzira na prirodu tog novog oružja.[13]

Na osnovu napred navedenog, postavlja se onda pitanje: da li postoji propis koji zabranjuje upotrebu nuklearnog oružja? U nameri da pokušamo da damo odgovor na ovo pitanje pokušaćemo da izvršimo kratak pregled međunarodnih dokumenata koji su od značaja za ovaj problem.

---

[9] U Drugom svetskom ratu su upotrebljene samo dve "primitivne" atomske bombe od po 20 kilotona, koje su u Hirošimi i Nagasakiju, prema najskromnijim procenama odnele 105.000 života a ranile preko 120.000 ljudi. Danas se pak u arsenalima nuklearnih sila nalaze bombe od po 100 megatona; Videti o tome: Vojin Dimitrijević i Radoslav Stojanović, *Međunarodni odnosi,* Novinsko izdavačka ustanova Službeni glasnik SRJ, Beograd, 1996, str. 352.

[10] Konstantin Obradović, "Međunarodno pravo oružanih sukoba - od ratnog do humanitarnog", op.cit., str. 118, fusnota 1.

[11] Gavro Perazić, *Međunarodno ratno pravo*, Kultura, Beograd, 1966, str. 144.

[12] Konstantin Obradović, "Međunarodno pravo oružanih sukoba-od ratnog do humanitarnog", op. cit., str. 118.

[13] Konstantin Obradović, Milan Šahović i Milivoj Despot, *Međunarodno humanitarno pravo,* Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2002, str. 119, fusnota 90.

PREGLED RELEVANTNIH MEĐUNARODNIH DOKUMENATA

Veliki deo doktrine mišljenja je da je zabrana upotrebe nuklearnog oružja već obuhvaćena brojnim međunarodnim dokumentima u kojima se ograničava ili zabranjuje upotreba određenih sredstava u oružanim sukobima. Navešćemo samo neke od njih:

Haški pravilnik o zakonima i običajima rata na kopnu u članu 23 tač. e izričito zabranjuje "upotrebu oružja, metaka ili materija koje su sposobne da prouzrokuju nepotrebne patnje".[14]

– Ženevski protokol od 17. juna 1925. godine zabranjuje hemijsko-biološki rat, koja zabrana se odnosi i na upotrebu otrovnih gasova i sličnih materija. Stoga neki autori smatraju da je "nesumnjivo da i radijacija potpada pod norme Ženevskog protokola".[15]

– Vašingtonska delaracija od 6. februara 1922,

– Konvencija o zabrani usavršavanja, proizvodnje i stvaranja zaliha bakteriološkog (biološkog) i otrovnog oružja i o njihovom uništavanju.[16]

– Konvencija o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništavanju.[17]

Serija dokumenata u kojima se eksplicitno može govoriti o zabrani ovog novog oružja, kao što je slučaj sa Ugovorom o zabrani nuklearnog oružja u Latinskoj Americi od 1967.[18] Ali i oni dokumenti u kojima se o ovoj zabrani može implicitno govoriti, kao što je to slučaj sa De Martensovom (*Friedrich Fromhold Martens*) klauzulom u kojoj stoji da:

"Dok ne bude izdat potpuniji kodeks ratnih zakona, visoke strane ugovornice smatraju ekspeditivnim izjaviti da u slučajevima koji nisu obuhvaćeni Pravilnikom koji su usvojile, stanovnici i zaraćene strane ostaju pod zaštitom i vladavinom principa međunarodnog prava, budući da oni proizilaze iz običaja koji važe među civilizovanim narodima, iz zakona čovečnosti i diktata javne svesti".[19]

---

[14] Miodrag Starčević, *Izvori međunarodnog hhumanitarnog prava*, op. cit., str. 299.

[15] Gavro Perazić, *Međunarodno ratno pravo,* op. cit., str. 146.

[16] Miodrag Starčević, *Izvori međunarodnog humanitarnog prava*, op. cit., str. 339.

[17] Ibid.

[18] Milenko Kreća, *Praktikum za međunarodno pravo,* Policijska akademija, Beograd, 1997, str. 354.

[19] Vidan Hadži-Vidanović i Marko Milanović, *Međunarodno javno pravo-zbirka dokumenata.*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, str. 239.

Ni približno nismo nabrojali sva međunarodna dokumenta, pravila i principe iz kojih se može izlučiti ipravilo o zabrani upotreba nuklearnog oružja u oružanim sukobima. Jedno od osnovnih principa oko kojeg se razvija celokupna materija međunarodnog humanitarnog prava jeste zapravo zabrana upotrebe one vrste oružja koja bez razlike pogađaju civile i vojsku kao i civilne i vojne objekte te naoružanja koja imaju moć da u određenoj meri menjaju čovekovu okolinu u smislu njenog zagađenja.

Kako međutim do danas, niti u jednom dokumentu koji sadrži prohibicije upotrebe određenih oružja i sredstava u sukobima nije sadržana eksplicitna zabrana upotrebe nuklearnog oružja, to se javila potreba da se čuje i jedan autoritativan stav po tom pitanju. Generalna se skupština Ujedinjenih nacija naime, obratila Međunarodnom sudu pravde za zahtevom da joj isti odgovori na pitanje zakonitosti upotrebe ili pretnje upotrebom ovog oružja. Od ovog savetodavnog mišljenja javnost je mnogo očekivala. Ovo pogotovu iz razloga što je, kako to kaže ugledni autor: "humanitarnom pravu koje se izuzetno razvilo od Drugog svetskog rata, oduvek nedostajala jasna odluka u vezi sa nuklearnim oružjem".[20] [21] Smatra se ipak, da je ovo mišljenje bila propuštena šansa da se da jasan odgovor povodom jedinog savetodavnog mišljenja koje je Međunarodni sud pravde dao u vezi sa ovim pitanjem.[22] Međutim ističe se i to, da je ovo savetodavno mišljenje važno pre svega zato, što je to prvi put da su se sudije Međunarodnog suda pravde suočile sa problemom u kome su morale da analiziraju neka pravila međunarodnog humanitarnog prava.[23]

MEĐUNARODNI SUD PRAVDE O NUKLEARNOM ORUŽJU

Ono što odmah treba naglasiti jeste činjenica da se Sud potvrdno izjasnio o promenjivosti pravila humanitarnog prava na slučaj upotrebe nuklearnog oružja.

[20] O istoriji Međunarodnog umanitarnog prava: Amanda Alexander, "A Short History of International Humanitarian Law", *European Journal of International Law*, No. 1, 2015, pp. 109-138.

[21] Hisakazu Fujita, "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of nuclear weapons", *International Review of the Red Cross*, 1997, No. 316. p. 54-64, članak preuzet s internet adrese: http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57jnfn, dana 25.05.2016. godine.

[22] O tome: Vesna Ćorić, Milica Matijević, Robert Sepi i Mario Reljanović, *Međunarodni sud pravde, organizacija, postupak, slučajevi*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2006, str. 98.

[23] Louise Doswald-Beck, International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons", *International Review of the Red Cross,* No.316, 1997, pp. 35-55.

Pre nego što ukažemo zašto smatramo da je to važno, najpre ćemo se osvrnuti na ono što je Sud rekao u vezi sa tim, a istakao je sledeće:

"...Uistinu, nuklearno naoružanje je stvoreno nakon što su većina principa i pravila humanitarnaog prava koje je primenjivo u oružanim sukobima već postojala; Konferencija od 1949. i 1974-1977. ostavila je ovo oružje po strani, iako postoji kako kvalitativna tako i kvantitativna razlika između nuklearnog oružja i svih ostalih konvencionalnih oružja. Bilo kako bilo, iz ovoga se ne može zaključiti da se postojeći principi i pravila humanitarnog prava koja se primenjuju u oružanim sukobima ne mogu primeniti i na nuklearno oružje. Takav zaključak bi bio nespojiv sa suštinskim humanitarnim karakterom pravnih načela u pitanju koje prožima celokupno pravo oružanih sukoba i koje se primenjuje u svim oblicima rata i na sve vrste oružja, na ono koje pripada prošlosti, na ono iz sadašnjosti kao i ono u budućnosti..."[24]

Kao što smo napomenuli, naročito nas zanima mesto na kome Sud potvrđuje primenjivost pravila međnarodnog humanitarnog prava u kontekstu zakonitosti nuklearnog oružja. Zašto je to važno istaći? Pre svega zbog toga što se za razliku od pravila klasičnog tzv. "ratnog prava" koje je važilo do Drugog svetskog rata a koja su se formulisala u skladu sa vojnom potrebom, pravila koja se odnose na oružane sukobe a koja su formulisana nakon Drugog svetskog rata, kreću ka uvažavanju zahteva humanosti. Pravila koja su formulisana u Ženevskim konvencijama o zaštiti žrtava rata iz 1949. godine, kao osnovni proklamovani cilj imaju neposrednu zaštitu čoveka i njegovih interesa u oružanim sukobima.[25] Osnovni smisao principa kojima se rukovode Ženevske konvencije jeste ta, da se u toku dejstava mora praviti strogo razlikovanje civila i civilnih dobara od boraca i vojnih objekata, kao i to, da borbena dejstva moraju biti usmerena isključivo na vojne ciljeve.[26] Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba ili takozvani Protokol I, u članu 35. stav 1.2. i 3. predviđa sledeće:

"U svakom oružanom sukobu pravo strana u sukobu da bira metode i sredstva ratovanja nije neograničeno.

Zabranjeno je upotrebljavati oružje, projektile i materijal i metode ratovanja koji prouzrokuju suvišne povrede ili nepotrebne patnje.

---

[24] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 1996, p. 259, para. 86.

[25] Konstantin Obradović *i drugi*., *Međunarodno humanitarno pravo,* op.cit., str. 138.

[26] Ibid., str. 166.

Zabranjeno je primenjivati metode ili sredstva ratovanja koja su namenjena ili od kojih se može očekivati da će prouzrokovati opsežna, dugotrajna i ozbiljna oštećenja prirodne okoline".[27]

Ukoliko se pridržavamo ovih pravila i ukoliko se držimo stava koje je iskazao Međunarodni sud pravde u savetodavnom mišljenju koje smo spomenuli, onda sasvim jasno možemo doći i do zaključka o zabranjenosti upotrebe nuklearnog oružja. Kada se to uzme u obzir, onda zaista pomalo iznenađuje stav Suda o tome da, kako se ističe:

"Sud ne može prenebregnuti značaj fundamentalnog prava svake države na opstanak, te u skladu s tim i pravo da pribegne samoodbrani, u skladu s članom 51 Povelje, kada je njen opstanak u pitanju".[28]

Sud dalje ističe da:

"S obzirom na sadašnje stanje međunarodnog prava gledano kao celinu... Sud ne može izvući zaključak o zakonitosti ili nezakonitosti upotrebe nuklearnog oružja od strane država u ekstremnim situacijama samoodbrane, kada je njihov opstanak doveden u pitanje".[29]

Ipak, ono što je Sud u savetodavnom mišljenju rekao, ipak, treba shvatiti u kontekstu prava države na samoodbranu i to samo u, kako to i Sud kaže "ekstremnim slučajevima" kada je njen opstanak doveden u pitanje. To ni na koji način ne znači da je nuklearno oružje dozvoljeno, već pre svega to, da se na protivpravan čin jedne države, kao što je čin agresije, ne može računati na pasivnost člana međunarodne zajednice u situacijama koje dotičnu državu mogu dovesti do potpunog nestanka. Samoodbrana jeste legitiman čin koji je garantovan i Poveljom Ujedinjenih nacija. Međutim Sud ističe da:

"Oružje koje je protivpravno *per se*, bilo na osnovu ugovora ili običaja, neće postati zakonito iz razloga što je bilo upotrebljeno u legitimne svrhe na osnovu Povelje".[30]

Bez obzira na odsustvo jasno definisanog stava Međunarodnog suda pravde koji smo izneli, ipak smatramo da je diskurs Suda takav da se uočava jasan odijum u vezi sa eventualnom upotrebom ovog oružja i da intencija koja je prisutna ide u pravcu njegove zabrane. Konačno, brojni su autori koji smatraju da se u ovom mišljenju Sud izjasnio na način da je korišćenje nuklearnog oružja suprot-

[27] Sl. list SFRJ (Međunarodni ugovori) 16/1978.

[28] *ICJ Reports*, 1996, p. 254, para. 95-96.

[29] Ibid., para. 97.

[30] Ibid., para. 39.

no pravilima humanitarnog prava.[31] Pa čak i ako se držimo pravila koje govori o tome da nije dozvoljeno da se pravilo koje zabranjuje neku posebnu vrstu oružja primeni analogijom na neko novo oružje, Antonio Kaseze (*Antonio Cassese*) koji na to podseća, ipak ističe da se često, sama međunarodna pravila pozivanju na analogiju ili traže da joj se pribegne putem tumačenja *ejusdem genesis*. Pravilo koje smo spomenuli je takvo da se smatra da, kada u nekom pravnom pravilu posle nabrajanja pojedinih vrsta, lica ili stvari slede opšte formulacije, one se moraju shvatiti tako da se odredba primenjuje na lica i stvari iste vrste kao ona nabrojana.[32] Ovo pravilo je već primenjivano u sudovima u Japanu.[33] Ne vidomo razlog da isto ne bude primenjivo i u slučajevima upotrebe nuklearnog oružja obzirom da ovo pravilo korespondira sa logičkim tumačenjem prava koje je nezaobilaznu u njegovoj primeni.

ZAKLJUČAK

U prethodnim analizama pokušali smo da ukažemo na jedan problem koji se nikako ne sme zaobilaziti pogotovo ne u bilo kojoj raspravi koja se odnosi na rizike po opstanak naše planete. Postojanje nuklearnog oružja i njegova moguća upotreba u najmanju ruku čini uzaludnim svaki naš napor da očuvamo planetu u kojoj živimo. Ima i stavova da je upotreba ovog oružja u situaciji kada su se ove tehnologije domogle i neke druge države a ne, kako je to bio slučaj u Drugom svetskom ratu, kada ga je posedovala samo jedna sila samo teorijska mogućnost, jer, onog trenutka kada su se i drugi dokopali tog oružja uspostavila se ravnoteža. Odnosno, kako se ističe: "Oružje koje može da uništi samo ljude a ni u kom slučaju nije u stanju da ošteti termonuklearna postrojenja druge strane, u svojoj najdubljoj suštini je defanzivne prirode: ono svome posedniku ne omogućuje da napadne prvi".[34] Ipak, dok postoji ovo oružje, postoji i opasnost da oni koji ga poseduju ne odole izazovu da ga iskoriste. Ovo i zbog toga, što nam se čini da mnogi koji imaju moć i da ga upotrebe možda nisu u potpunosti ni svesni posledica pa i samoubilačkog čina koji iz toga može proizići.

Ono što se nameće kao imperativ savremenog čovečanstva i njegove elite kao predstavnika svih civilizacija jeste nastavak pregovora o razoružanju. I to ne samo delimičnom razoružanju, već apsolutnoj denuklearizaciji čovečanstva, jer

[31] Tako: Rodoljub Etinski, *Međunarodno javno pravo,* Novi Sad, 2007, str. 521.

[32] Antonio Kaseze, *Međunarodno krivično pravo,* Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, str. 178.

[33] Ibid.

[34] Radoslav Stojanović, *Spoljna politika Evropske unije*, Beograd, 1998, str. 49.

se čini da parcijalna rešenja neće dati zadovoljavajući rezultat. Zahtevi koji osporavaju pravo malim državama da se domognu ovog oružja mogu biti legitimni samo kao odraz sopstvene osude istog a ne nikako želje da ga poseduje samo jedna ili nekoliko velikih država sveta. Delimično nuklearno razoružanje jeste znak dobre volje, ali kada govorimo o načinu razoružanja po kome se jedna država odriče kapaciteta da uništi planetu dva puta, već zadržava pravo da to učini samo jednom, upadamo u logićki paradoks koji se ne može braniti zdravorazumskim argumentima.

SENAD GANIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, University of Novi Pazar

DOES MODERN INTERNATIONAL LAW HAS THE ANSWER TO THE CHALLENGE KNOWN AS: NUCLEAR WEAPONS

Sumary

Risk of possible use of nuclear weapons, is one of the most serious challenges and biggest fears facing the modern world. Destructive power of this apocalyptic weapons is so great, that it seems incredible to us that the contemporary international community and international law and its institutions, led by the International Court of Justice, have not yet taken an unequivocal stance on this issue. Nevertheless, we believe that the existing rules of international law, particularly those belonging to the corpus of international humanitarian law, but also one of the rare and non-binding decisions of the International Court of Justice on this issue, provide sufficient arguments to claim that its use is illegal. In this sense, we believe that every reference to the arguments in favor of the thesis of the unlawful nature of this weapon, which is the idea of this work, is always welcome.

MATEJ SAVIĆ

NAČELO SAMOOPREDJELJENJA NARODA

– Savremeno značenje i aktuelni problemi –

U V O D

Međunarodno pravo predstavlja specifičan normativni poredak koji ne poznaje utemeljenu hijerarhiju (pravnih) normi. Riječ je o izuzetno dinamičnom pozitivnopravnom sistemu koji kontinuirano evoluira.[1] U ovakvom normativnom poretku osnovna pravna načela i načela međunarodnog prava zauzimaju izuzetno značajnu ulogu. Ova druga se intenzivno razvijaju kroz legislativno ugovaranje između država, aktivnosti međunarodnih organizacija i na osnovu međunarodnih sudskih postupaka. Ova načela danas predstavljaju fundamentalnu osnovu za sve pozitivnopravne norme savremenog međunarodnog prava.[2] Neka od ovih načela, a koja se odnose na države, smatraju se i osnovnim pravima država. Međutim, klasifikacija osnovnih prava država na osnovu kojih se one i razlikuju od

Dr Matej Savić, docent Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci.

[1] Određenu hijerarhiju utvrđuje član 103 Povelje OUN, koji definiše da "u slučaju sukoba između obaveza članova Ujedinjenih nacija po ovoj Povelji i njihovih obaveza po nekom drugom međunarodnom sporazumu, prevagu će imati njihove obaveze po ovoj Povelji." Šire v. *Povelja* OUN, tekst dostupan u V. Hadži-Vidanović i Marko Milanović, *Međunarodno pravo, zbirka dokumenata*, Beograd, 2005. 46.

[2] Neka od najznačajnijih načela međunarodnog prava su: načelo zabrane upotrebe sile, načelo koordinacije, načelo postupanja u dobroj vjeri *(bone fides),* načelo suverene nezavisnosti, načelo jednakosti, načelo ravnopravnosti i samoodređenja naroda i dr.

drugih subjekata međunarodnog prava nije jedinstvena ni u teoriji međunarodnog prava ni u praksi – jedno je, ipak, sigurno, ideja osnovnih prava država razvija se uporedo sa konstituisanjem međunarodnog prava, posebno u doktrinarnom smislu. Tako je, još u XVIII vijeku E. D. Fatel *(Emerich De Vattel)* naglašavao da "svi narodi čine univerzalnu ljudsku zajednicu", koja je potčinjena pravilima koja određuju da "svaki narod mora doprinijeti sreći i usavršavanju drugog, te da svaka nacija mora posjedovati slobodu koju joj je dala priroda,"pri čemu su za Fatela "pravo svakog naroda na opstanak i dužnost drugih da to poštuju" osnovne karakteristike nezavisnosti.[3] Koncept osnovnih prava država u savremenom smislu se svakako razlikuje od Fatelove prirodnopravne teze. Međutim, ideja univerzalne ljudske zajednice, slobode nacija, ravnopravnosti i poštivanja (svih) naroda predstavlja aksiološki fundament međunarodnopravnog poretka. Ravnopravnost i samoopredjeljenje naroda nije ništa manje do garant opšte slobode, ako je ona uopšte moguća, u savremenom svijetu globalizacije i krize međunarodnog prava.

PRAVNI OSNOV SAMOOPREDJELJENJA

Pravo naroda na samoopredjeljenje[4] predstavlja jedno od osnovnih načela savremenog međunarodnog prava. Ono je ugrađeno još u Versajski mirovni sporazum 1919. godine u formi principa, da bi kasnije bilo potvrđeno kao opšte pravno načelo nizom univerzalnih i regionalnih međunarodnopravnih dokumenata.[5] Na prvom mjestu, Povelja OUN u članu 1. stav 2 definiše da "razvijenje među nacijama prijateljskih odnosa zasnovanih na poštovanju načela ravnopravnosti i samoopredjeljenja naroda i preduzimanje drugih odgovarajućih mjera radi učvršćivanja opšteg mira"[6] predstavlja jedan od osnovnih ciljeva Organizacije.

Takođe, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine u članu 1. eksplicitno definiše da "svi narodi imaju pravo na samoopredjeljenje...".[7] Nadalje, Deklaracija Generalne skupštine OUN o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država iz 1970. godi-

[3] De Vattel, Emmerich *Le droit des Gens ou Principles de la Loi Naturelle*, Carnegie Institute, Washington, 1916. pp. 11–15.

[4] U upotrebi se može pronaći i termin samoodređenje naroda, a koji bi bio precizniji prevod izvornog termina, engleski: *self-determination of peoples*; francuski: *droit à l'autodétermination*; španski: *la libre determinación de los pueblos*.

[5] Šire v. B. Krivokapić, *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd, 2011. 384.

[6] Šire v. *Povelja* OUN, tekst dostupan u isto

[7] Šire v. isto, *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima*, 105. Takođe i član 1 *Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* sadrži istu odredbu.

ne utvrđuje "princip ravnopravnosti i samoopredjeljenja naroda" koji se, uz preostalih šest principa u doktrini shvataju kao univerzalna načela međunarodnog prava i osnovna (originarna) prava država (i naroda) u međunarodnom pravu.[8] Odredba definiše da "... prema principu ravnopravnosti i samoopredjeljenja naroda, principu utvrđenom Poveljom, svi narodi imaju pravo da odrede politički status, potpuno slobodno i bez stranog mješanja i da nastave svoj privredni, društveni i kulturni razvoj, a svaka država je dužna da poštuje ovo pravo u skladu sa odredbama Povelje."[9]

Deklaracija OUN o nedopustivosti miješanja u unutrašnje poslove država i o zaštiti nezavisnosti i suvereniteta iz 1965. godine u tački 6 utvrđuje da će "sve države poštovati pravo na samoopredjeljenje i nezavisnost naroda i nacija bez bilo kakvog stranog pritiska, uz potpuno poštivanje osnovnih ljudskih prava i sloboda...".[10] Može se konstatovati da je pravo na samopredjeljenje naroda regulisano, prije svega kogentnim, ali i deklaratornim normama međunarodnog prava. Međutim, kako je u dispozitivu definisano, samoopredjeljenje posjeduje niz praktičnih ograničenja i primjena odredbi koje regulišu ovo pitanje mora se sagledati, istovremeno u normativnom (pozitivnopravnom) i faktičkom (supstancijalnom) smislu. S tim u vezi, glavno pitanje koje se postavlja u vezi sa samoopredjeljenjem naroda danas je: koje su njegove granice primjene u savremenim tendencijama razvoja međunarodnog prava?

S jedne strane, samoopredjeljenje je proklamovano kao pravo svih naroda i široko definisano kogentnim normama međunarodnog prava, a s druge strane, danas je ograničeno međunarodnopravnim statusom (i pravima) države i njenim unutrašnjim pravnim poretkom. Međunarodnopravne norme koje regulišu pravo na samoopredjeljenje, a u zavisnosti od slučajeva na koje se odnose i aktuelnih pomjeranja granica primjene, lako ulaze u koliziju sa drugim normama međunarodnog prava, na prvom mjestu s onim koje regulišu međunarodni status države. Pored ovoga, do kolizije dolazi i sa normama unutrašnjeg prava država – ovo je izuzetno složeno pravno pitanje, iz tog razloga i stvara velike kontroverze. Ovaj problem je dodatno produbljen međunarodnom praksom u proteklih dvadeset i više godina zato što su države, ali i međunarodne institucije postupale u konkretnim slučajevima, zauzimajući stav samo u pogledu međunarodne pravne regu-

[8] Pored ovog dokumenta OUN, osnovna prava država i principi miroljubive koegzistencije regulisani su nizom dokumenatai na regionalnom nivou u okviru Organizacije Američkih država, Afričke unije, na Bandunškoj regionalnoj konferenciji u Aziji i dr.

[9] Šire v. isto, *Deklaracije o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu s Poveljom OUN*, 33.

[10] Tekst dostupan na: *http://www.un-documents.net/a20r2131.htm* pristupljeno januara 2017.

lative i to izuzetno restriktivno, uzimajući u obzir samo volju naroda i konkretne norme koje regulišu ovo pitanje. S jedne strane su proširene granice primjene prava na samoopredjeljenje naroda, a s druge strane stavljene su u drugi plan – derogirane unutrašnje norme država sadržane u ustavima, dok su osnovna prava država u međunarodnom pravu postala irelevantna za problem samoopredjeljenja naroda. O ovome će više riječi biti u nastavku teksta.

Pored svega prethodno navedenog, poseban problem koji tangira pravo na samoopredjeljenje naroda jeste međunarodno priznanje države, tj. međunarodna legitimacija samoopredjeljenja i priznanje države koja na taj način nastaje od strane drugih država. Problem je još veći ako imamo u vidu da je jednostrano međunarodno priznanje politički, a ne pravni akt, koji neposredno stvara pravne konsekvence. Ovaj vanjski legitimitet, tj. uslovljenost međunarodnim priznanjem izdvaja pitanje (prava na) samoopredjeljenje naroda iz striktno pravne materije i stavlja ga u politički kontekst, pri čemu legitimacija, odnosno delegitimacija zavisi isključivo od volje (postojećih) država i njihovih aktuelnih politika. To, na žalost, znači da legalna odluka o samoopredjeljenju nekog naroda može biti delegitimisana od strane međunarodne zajednice i u potpunosti osporena, a s druge strane protupravno samoopredjeljenje, legitimisano izvana i na taj način kroz međunarodno pravo, odnosno politiku, legalizovano.

PRAVO NA SAMOOPREDJELJENJE NARODA I AKTUELNI MEĐUNARODNOPRAVNI PROBLEMI

U kontekstu savremenog značenja prava na samoopredijeljenje naroda, dva su osnovna pojma koja *per se* zahtjevaju posebnu pažnju: samoopredjeljenje i narod. Pored njih u aktuelnim izazovima moramo razmotriti i pojmove: suverenosti, teritorijalnosti, odnosno, teritorijalnog integriteta, secesije i disolucije, posebno njihov međusobni odnos. Prvo, *samoopredjeljenje (self-determination)* u savremenom post-kolonijalnom svijetu ima potpuno drugačije značenje nego što je to bilo 1919. ili pak, 1945. godine. Kao prvo, samoopredjeljenje podrazumijeva nezavisno i samostalno izjašnjavanje naroda u vezi sa njegovim identitetom, nacijom, jezikom, društveno-političkim uređenjem i dr., kao i mogućnost konstituisanja suverene države, koja će biti nezavisna u odnosu na bilo kakvu vanjsku administraciju. To pravo, prema Povelji OUN imaju svi narodi. Ova odredba za cilj je imala proklamaciju nezavisnosti i slobode onih naroda koji su u datom trenutku bili pod upravom velikih sila, ili pod starateljstvom OUN. Samoopredjeljenje je te 1945. godine predstavljalo instrument za uspostavljanje novih država i osnovu za konstituisanje modernih nacija.

Za razliku od vremena dekolonizacije, ostvarenje ovog prava, danas u svakom slučaju podrazumijeva teritorijalne izmjene (postojećih) granica međunarodno priznatih država – tzv. nesamoupravna područja više ne postoje,[11] a sistem starateljstva OUN je ispunio svoju funkciju još 1994. godine. To znači da je samoopredjeljenje naroda u XXI vijeku jedino moguće izdvajanjem iz postojećih država. U slučaju da je samoopredjeljenje jednostrano (bez učešća postojeće države) ono se realizuje secesijom, što je narušavanje ustavnog poretka konkretne države. Ovu činjenicu je prihvatio i izvjestilac Komisije za ljudska prava OUN A. Ejde naglašavajući da je "moguće da grupe koje žive u okviru suverenih država imaju pravo na samoopredjeljenje blisko secesiji. To zavisi od prihvatljivosti pojma unutrašnjeg samoopredjeljenja." Poznato je da, analogno (državnom) suverenitetu samoopredjeljenje ima svoju unutrašnju i vanjsku dimenziju.[12] Jasno je da "… mora postojati vlada koja predstavlja čitav narod. To znači da narod kao Celina ima pravo da izabere svoju vladu. Otuda jasno sledi da je demokratija deo prava na samoopredjeljenje."

Takođe, Ejde naglašava da do teritorijalnih podjela može doći ukoliko se osigura da one imaju demokratski, a ne etnocentrični karakter.[13] Drugo, termin *narod (peoples)* se ne odnosi na nacije, nacionalne, etničke i dr. grupacije, već označava cjelokupno stanovništvo određene teritorije, iako ne homogeno. Prema tome, osnovni kriterijumi za samoopredjeljenje jesu u unutrašnjem aspektu: demokratski principi odlučivanja, zaštite i ostvarenja osnovnih građanskih i političkih prava, te vanjski koji podrazumijevaju: ravnopravnost i međunarodnu legitimaciju, te teritorijalnost u okviru postojećih granica, koje se internacionalizuju, a na osnovu principa *uti possidetis iuris*. Ovaj princip se danas primjenjuje i u slučaju secesije, jer je definisano Mišljenjima br. 1 i br. 3 Badinterove arbitražne komisije *(The Opinions of the Badinter Arbitration Committee)* iz 1991. godine da postojeće unutrašnje granice na osnovu samoopredjeljenja *implicite* postaju međunarodne. Komisija je primjenila princip *uti possidetis* kao osnov za sticanje te-

[11] Izuzetak su neke prekookeanske – ostrvske teritorije koje imaju specifičan status i nalaze se pod upravom postojećih država, kao što su npr. Britanska Djevičanska Ostrva, Gibraltar, Francuska Polinezija, Guam, itd.

[12] Pravo na samoopredjeljenje u unutrašnjoj dimenziji treba se posmatrati kao pravo stanovnika konkretne države da slobodno i jednakopravno učestvuju u političkom životu zemlje. S druge strane spoljni aspekt prava na samoopredjeljenje podrazumijeva pravo na nezavisnost od tuđe, vanjske, diskriminatorske, kolonijalne vladavine, a koja je prema svim kriterijumima,nelegitimna i gotovo po pravilu nelegalna.

[13] Studija: *Mogući načini i sredstva olakšavanja miroljubivog i konstruktivnog rešavanja problema koji se tiču manjina*, E/CN.4sub.2/1993/34 od 10.08.1993. par. 88, citirano prema B. Krivokapić, isto, 388.

ritorije novonastalih država Slovenije i Hrvatske, kasnije Makedonije i BiH i to na teritoriji međunarodno priznate SFRJ, koja je u tom trenutku bila punopravni subjekt međunarodnog prava i članica OUN. Badinterova arbitražna komisija[14] je 1991. godine uvela mnogo kontroverzi u vezi sa ovim pitanjem, ali je svoj stav, kojim je proglasila disoluciju SFRJ i implicitno jurifikovala secesiju jugoslovenskih republika, povezala i sa zaštitom ljudskih prava u Mišljenju br. 2. gdje je navedeno da republike moraju obezbijediti sva ljudska prava i osnovne slobode prema međunarodnom pravu, uključujući i pravo na odabir nacionalnosti svim manjinskim i etničkim grupacijama.[15] Praksa je u pogledu ovih protivrječnosti otišla i dalje, posebno u XXI vijeku. Kontroverza je nastavljena, prvo s jednostranim proglašenjem nezavisnosti Abhazije 1993. godine, zatim s održavanjem drugog referenduma[16] o nezavisnosti Južne Osetije 2006. godine, jednostranim proglašenjem nezavisnosti Kosova 2008. godine i odcjepljenjem od Srbije, te samoopredjeljenjem stanovnika Krima i prisajedinjenjem Ruskoj Federaciji, 2014. godine.[17]

U vezi sa slučajem samoproglašenog Kosova, Međunarodni sud pravde je u Savjetodavnom mišljenju 2010. godine zauzeo stanovište da je procedura samoopredjeljenja i jednostrana deklaracija o nezavisnosti Kosova u skladu s međunarodnim pravom. To predstavlja, izuzetno značajan stav za doktrinu međunarodnog prava. Na ovaj način su i potvrđene odredbe sadržane u Mišljenjima Badinterove komisije, a na osnovu kojih narodi imaju pravo na jednostrano samoopredjeljenje prema demokratskim i teritorijalnim kriterijumima.[18]

---

[14] *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee* No.1-3 Arbitražnu komisiju formirala je 1991. godine Evropska zajednica i tadašnje države članice u okviru mirovne Konferencije za rješavanje krize u bivšoj SFRJ. Osnivanjem je predviđeno da mišljenja, odnosno odluke koje ova komisija donese sadrže pravno-obavezujuće odredbe.

[15] Ove odredbe poslije jednostranog proglašenja nezavisnosti i secesije nisu ispoštovane ni u Hrvatskoj ni u BiH. U prvom slučaju Srbi su već 1992. godine izgubili status konstitutivnog naroda, da bi bili masovno protjerani 1995. godine, dok je u drugom slučaju došlo do preglasavanja srpskog naroda i opšte (kolektivne) diskriminacije, poslije čega je započet građanski rat u BiH.

[16] Prvi referendum o nezavisnosti Južne Osetije i odcjepljenju od Gruzije održan je 1992. godine. Međutim, niko ga u okviru međunarodne zajednice nije priznao kao pravno valjan.

[17] Pravo na samoopredjeljenje su u ovom periodu, mada u drugačijem političkom okviru i prema posebnom pravnom osnovu ostvarile (uz tzv. multilateralnu saglasnost) i Crna Gora, 2006. godine i Južni Sudan, 2011. godine, čime su stekli nezavisnost. Takođe, u pogledu daljih tendencija razvoja prava na samoopredjeljenje, iako formalno-pravno nema neposredne veze sa ovom materijom, značajan je i referendum u Velikoj Britaniji – BREXIT, 2016. godine

[18] Dodatno vidi, tekst Savjetodavnog mišljenja Međunarodnog suda pravde od 22. jula 2010. godine, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403–453 br. 997/10. Tekst dostupan na: http://*www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf*, pristupljeno januara 2014.

U tom pogledu međunarodno pravo, zaista i ne sadrži posebne restrikcije za ostvarenje ovog prava. Međutim, s druge strane, ono poznaje kogentna pravila koja precizno definišu položaj države i njena prava u međunarodnopravnom poretku, a jednostrana nezavisnost se ne može ostvariti bez njihove povrede. Ovdje na prvom mjestu mislimo na suverenitet i teritorijalni integritet država.

S tim u vezi, Međunarodni sud pravde je u Savjetodavnom mišljenju, pozivajući se na Povelju OUN, Deklaraciju Generalne skupštine iz 1970. godine, presudu iz 1986. godine, u slučaju Nikaragva v SAD i na Završni akt Konferencije u Helsinkiju 1975. godine, konstatovao da načelo teritorijalnog integriteta predstavlja vrlo značajan segment međunarodnopravnog poretka i posebno naglasio da je "okvir načela teritorijalnog integriteta ograničen na oblast odnosa između država."[19] Ovo implicira da se načelo teritorijalnog integriteta ne odnosi na slučaj kosovske nezavisnosti, odnosno ono ne štiti Srbiju, jer se Kosovo u trenutku donošenja deklaracije nije moglo smatrati državom.

Sličan stav devetnaest godina ranije zauzet je i u slučaju disolucije SFRJ, kada je prednost data pravu na samoopredjeljenje, a na osnovu kojeg su nezavisnost stekle bivše jugoslovenske republike, a na uštrb teritorijalnog integriteta SFRJ. Zbog ovakvog restriktivnog tumačenja Suda opšti zaključak je ostao nepotpun, jer se ovakvom primjenom jednih pravila (samoopredjeljenje naroda) suspendovala primjena drugih (zaštita države), pri čemu je posebno naglašeno ograničenje u pogledu subjekata na koje se ova pravila odnose. Sud nije razriješio pitanje kolizije navedenih normi, već je samo restriktivno razgraničio njihovu primjenu što nikako ne može odgovarati savremenom međunarodnom pravu i aktuelnim tendencijama njegovog razvoja.[20] U svakom slučaju, međunarodno pravo nigdje eksplicitno ne zabranjuje jednostrano proglašenje nezasvisnosti i prvo su Badinterova komisija, a zatim i Međunarodni sud pravde prihvatili restriktivno tumačenje normi međunarodnog prava – na prvom mjestu ograđujući se od tumačenja kogentnih pravila koja određuju suverenu jednakost država članica OUN i zabranu povrede (njihovog) teritorijalnog integriteta.[21]

ZAKLJUČAK

Pravo naroda na samoopredjeljenje, kao načelo, prije svega obezbjeđuje zaštitu ljudskih prava i predstavlja osnovni garant za zaštitu svih naroda u skladu sa Poveljom OUN. Ovo stanovište je zauzela i Badinterova arbitražna komisija u

[19] Isto

[20] O ovome šire v. ICJ Reports, br. 997/10, *Declaration of Judge Simma*, The Haag, 2010.

[21] Vidi, član 2 Povelje.

svoja prva tri mišljenja[22] 1991. godine. Međutim, samoopredjeljenje naroda, odnosno načelo ravnopravnosti i samoodređenja naroda, kako je to definisano u Deklaraciji iz 1970. godine, pored svega, nalazi se u "trajnoj opreci s načelom teritorijalne cjelovitosti i političke neovisnosti postojećih država u svijetu".[23] Ovo znači, zapravo da se odrebe sadržane u Povelji OUN nalaze u međusobnoj koliziji, što predstavlja izuzetan problem, posebno u pogledu tumačenja, konkretne primjene i otvorenih pravno-političkih sukoba koji su se manifestovali zbog toga. U osnovi riječ je o koliziji dva fundamentalna načela međunarodnog prava, dvije osnovne vrijednosti međunarodnopravnog poretka.[24] To su, s jedne strane suverenost, teritorijalni integritet i nezavisnost država i s druge strane načelo ravnopravnosti i samoopredjeljenja naroda, kako je to još 1993. godine naglasio Butros B. Gali.[25] Pitanje kolizije ovih kogentnih normi *(ius cogens)* je posebno aktuelizovano poslije pada Berlinskog zida 1989. godine i okončanja procesa dekolonizacije 1994. godine.

Ova normativna kolizija sve do krize u SFRJ i odluka spomenute Komisije nije dolazila u prvi plan, jer se u periodu dekolonizacije kogentna pravila o samoopredjeljenju i teritorijalnom integritetu nisu mogla primjeniti u (jednom) istom slučaju. Pravo na samoopredjeljenje prema odredbama Povelje bilo je određeno kao pravo naroda koji su bili potčinjeni vanjskoj vlasti, čije su teritorije predstavljale nesamoupravna područja, ili su se nalazile pod starateljstvom OUN.[26] Ovi narodi su se nalazili u procesu izgradnje državnosti i sticanja nezavisnosti od 1945. godine. Pravo na samoopredjeljenje sve do 1991. godine nije moglo biti ostvareno povredom teritorijalnog integriteta i suvereniteta postojeće države, članice OUN.[27] To znači da su se do posljednje decenije prošlog vijeka pravila koja garantuju suverenost, nezavisnost, jednakost, teritorijalni integritet i nepovredi-

[22] *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee* No. 1-3.

[23] V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka, 2000. 249.

[24] O ovome šire v. T. Šurlan, *Republika Srpska u svetlu prava na samoopredjeljenje*, Zbornik radova ANURS, *Dejtonski sporazum – dvadeset godina poslije*, Banja Luka, 2016. 409-429. Autorka naglašava: "Čini se kao da jedan pristup u potpunosti osnažuje narode da sami odlučuju o svojoj sudbini, a drugi pak nastoji da drži okamenjenim status formiranih država."

[25] Šire v. *Agenda za mir*, paragraf 17, 1993.

[26] Vidi, Poglavlja XI i XII Povelje

[27] Šire v. član 1 i 2, član 73 i 78 *Povelje OUN*, član 1 i 2, članove 46, 47 *Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima*, kao i član 1 i 2 *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima*, *Deklaraciju o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu sa Poveljom OUN*, tekst dostupan, isto. Takođe vidi tačke 1, 2, i 7 *Deklaracije OUN o davanju nezavisnosti kolonijalnim zemljama i narodima*, tekst dostupan na: *http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml*, pristupljeno u februaru 2017. god.

vost granica odnosila na države članice OUN, a pravo na ravnopravnost i samoopredjeljenje naroda isključivo na državotvorne narode, odnosno teritorije koje su bile u procesu izgradnje države.[28] Međutim, ovo više nije slučaj, jer je za vrijeme krize u SFRJ, a prema Odlukama Badinterove komisije (u procesu disolucije koja *a priori* poništava postojanje suvereniteta) omogućeno pravo na samoopredjeljenje naroda u jugoslovenskim republikama, a na uštrb teritorijalnog integriteta međunarodno priznate države. Kasnije je i Međunarodni sud pravde u slučaju jednostrane nezavisnosti Kosova u Savjetodavnom mišljenju 2010. godine konstatovao da su pravo na samoopredjeljenje naroda i secesija od međunarodno priznate države u skladu sa međunarodnim pravom.[29] Na ovaj način je obezbjeđena primjena međunarodnih pravila o samoopredjeljenju naroda i u (budućim) slučajevima secesije od postojećih država. Pravo naroda na ravnopravnost i samoopredjeljenje je dobilo prvenstvo u odnosu na suverenost i teritorijalni integritet država, ono je preoblikovano i postalo je osnov za secesiju i jednostrano proglašenje nezavisnosti. Istina, pod posebnim uslovima.

MATEJ SAVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Political Science

THE PRINCIPLE OF SELF-DETERMINATION OF PEOPLES – CONTEMPORARY SIGNIFICANCE AND ACTUAL PROBLEMS

Summary

The right of self-determination of the peoples is one of the basic principle of contemporary international law. It is, as a collective right, a fundament for the realization of almost all individual human rights, in the first place the right to life and the right to liberty. However, the main question posed today regarding the self-determination of the peoples is the question of the limits of its application in the contemporary tendencies of the development of international law. Self-determination in the process of decolonization, but also in the United Nations Trusteeship system, was related

[28] Ovo se odnosilo na nesamoupravna područja prema poglavlju XI Povelje OUN i teritorije pod starateljstvom OUN, što je definisano u poglavlju XII Povelje. Palau je posljenja teritorija koja je bila pod starateljstvom OUN. Stekla je nezavisnost i postala članica oveo rganizacije 1994. godine, poslije čega je Starateljski savjet OUN rezolucijom od 25. maja iste godine suspendovao svoje nadležnosti.

[29] *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403 br. 997/10. Tekstdostupanna internet stranici http://*www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf*, pristupljeno u januaru 2014. god.

only for communities (peoples) that were under foreign administration in that period. In this sence, these peoples did not have state, but they were in the process of statehood constitution, which is why they are often called the state-building entities (peoples). However, the decolonization process has been completed and most of these peoples have constituted independent states. This means that the right of self-determination of peoples today must be viewed in a completely different context. On the one hand, self-determination has been proclaimed as the right of all peoples and is broadly defined by cogent norms of international law, and on the other hand, today it is limited by the international legal status and the rights of the state, as well as its internal legal order. International processes and international legal practice from the end of last and in the first decades of the 21st century in this sense have provoked many controversies, which have led to significant legal precedents. These are some of the most important issues discussed in this paper.

JELENA Đ. LOPIČIĆ-JANČIĆ

RATNA ŠTETA I REPARACIJE POSLE DRUGOG SVETSKOG RATA

– Međunarodnopravni aspekt –

U V O D

Ratovi i oružani sukobi nastali su još u starom veku sa pojavom prvih država, i nastavili su se u kontinuitetu sa manjim ili većim prekidima u srednjem veku, pa sve do današnjih dana. Svaki od navedenih ratova i oružanih sukoba imali su za posledice ogromne ljudske gubitke, kao i ogromna privredna i infrastrukturna razaranja. Prvi svetski rat do tada je bio najveći rat, kako po broju učesnika-36 država, tako i po katastrofalnim posledicama. Broj ljudskih žrtava je bio preko 15 miliona, preko 20 miliona ranjenika, a od raznih bolesti, gladi i iscrpljenosti umrlo je preko 10 milona ljudi.[1] Materijalna šteta kod svih zaraćenih država bila je ogromna.

Versajskim ugovorom o miru iz 1919. godine bila je predviđena u Osmom delu pod nazivom "Naknade štete" u članovima 231 do 244 reparacija. Naime, predviđeno je bilo da Nemačka i njeni saveznici nadoknade sve gubitke i pričinjene štete koje su pretrpele savezničke i udružene Vlade kao i njihovi pripadni-

---

Dr Jelena Đ. Lopičić-Jančić, profesor Fakulteta za Međunarodnu politiku i bezbednost, Univerzitet "Union – Nikola Tesla", Beograd.

[1] Politička enciklopedija, "Savremena administracija Beograd, 1975, "str. 853-854; Krivokapić prof. dr Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010,str. 884.

ci usled nametnutog rata. Saveznici su prema Nemačkoj na ime ratne štete potraživali 20 milijardi zlatnih maraka, kako je bilo navedeno i u članu 235. Versajskog ugovora.[2]

Posle višegodišnjih pregovora poražene države, Nemačka i njeni saveznici su isplaćivali ratnu štetu, znatno umanjenu i sa velikim zakašnjenjima. Naime, Nemačka je još na Konferenciji mira u Versaju bila nezadovoljna utvrđenom ratnom štetom, i nastojala je sve vreme da se izvrši revizija navedenog Ugovora o miru. Preokret u vezi isplate ratne štete nastaje 1933. godine kada je u Nemačkoj na vlast došao Adolf Hitler, koji je obustavio isplate ratne štete. Nemačka je počela da se ponovo naoružava i ušla u Rajnsku oblast, što je značilo da je Versajski ugovor o miru stavila van snage uključujući i reparacije. Srbija koja je bila veoma pogođena posledicama Prvog svetskog rata, od do tada naplaćenim reparacijama nije imala neke veće koristi. Uglavnom na ime reparacija Srbija je dobila nekoliko starih fabrika sa zastarelom tehnologijom koje su prenete u Srbiju, kao i nekoliko starih i oštećenih rečnih brodova i šlepova. Ostatak reparacija Srbija nije nikada dobila.[3] Pošto ratna šteta kao i zahtevi za njenu naknadu ne zastarevaju, postavlja se pitanje zašto posle završetka Drugog svetskog rata nije postavljen zahtev Nemačkoj i njenim saveznicima za ispunjene njihovih obaveza u pogledu reparacija iz Prvog svetskog rata koje je Hitler dolaskom na vlast jednostranom odlukom prekinuo. O tome koliko nam je poznato u našoj literaturi nema podataka.

Nemačka dolaskom na vlast Hitlera otvoreno se pripremala za novi agresivni rat. Drugi svetski rat je Nemačka započela 1. septembra 1939. godine agresijom na Poljsku, koji je bio najstrašniji kako po broju žrtava tako i po ratnim razaranjima u svetskoj istoriji.

PITANJE NADOKNADE RATNE ŠTETE JUGOSLAVIJI

U Drugom svetskom ratu Jugoslavija je pretrpela ogromne ljudske žrtve koje iznose milion i devet sto hiljada, kao o ogromna materijalna razaranja.[4] Re-

[2] Službene novine Kraljevine SHS br. 119/a, Beograd, 1920.

[3] Lopičić-Jančić Đ. Jelena: Reparacije u Prvom svetskom ratu 1914-1918. godine i međunarodno javno pravo, Pravni život broj 12, knjiga 586, Beograd, 2016, str. 198.

[4] Saopštenja br. 1-6 o zločinima italijanskih i nemačkih okupatora, Državna komisija za utvrđivanje zločina okupatora i njihovih pomagača Beograd, 1944; Saopštenja br. 7-33. o zločinima okupatora i njihovih pomagača, Državna komisija za utvrđivanje zločina okupatora i njihovih pomagača Beograd, 1945; Vajs dr Albert: Rad komisije za utvrđivanje zločina okupatora i njihovih pomagača, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu broj 4, Beograd, 1961, str. 378; Ratni zločini nemačkih okupatora u Jugoslaviji 1941-1945. godine-Presude jugoslovenskih vojnih sudova, Priredila Dr Jelena Đ. Lopičić-Jančić, Muzej žrtava genocida Beograd, 2010.

paraciona komisija pri Vladi FNRJ od 1945. godine procenila je da Jugoslavija je u Drugom svetskom ratu pretrpela ratnu štetu u iznosu od 46,9 milijardi dolara. Ratna šteta koju je Jugoslaviji načinila nacistička Nemačka iznosi 35.858 milijardi dolara. Ratna šteta koju je izvršila Italija Jugoslaviji procenjena je na deset milijardi dolara.[5] Ratna šteta koju je izvršila Mađarska Jugoslaviji procenjena je na 542 miliona dolara i Bugarska ratna šteta iznosi 650 miliona dolara. [6]

Međunarodni vojni sud u Nirnbergu je svojom presudom od 1. oktobra 1946. godine oglasio krivim vodeće nacističke vojne i civilne funkcionere za ratne zločine, i ujedno i oglasio nacističku Nemačku za otpočinjanje Drugog svetskog rata, povredu tada važećeg međunarodnog prava, vođenjem agresivnog rata, i da su izvršeni u okupiranim državama masovni ratni zločini protiv civilnog stanovništva, ratnih zarobljenika, ranjenika, bolesnika, brodolomnika itd.[7] Nacistička Nemačka je prekršila brojne multilateralne međunarodne konvencije iz oblasti međunarodnog ratnog prava, a čiji je potpisnik bila.[8] Navodimo da prekršila Brijan-Kelogov pakt iz 1928. godine kojim su se potpisnice odrekle rata kao instrumenta nacionalne politike u njihovim odnosima jedne prema drugom.[9]

Nacistička Nemačka je završila Drugi svetski rat bezuslovnom kapitulacijom, tako da ona nije mogla da na bilo koji način ograniči svoju odgovornost za ogromnu ratnu štetu koju je nanela okupiranim državama. Pošto je u pitanju bila potpuna kapitulacija Nemačke, tada je izvršena i potpuna okupacija Nemačke od strane Saveznika, tako da Nemačka nije imala ni vladu sa kojom bi se mogao zaključiti ugovor o miru. Praktično sa Nemačkom su tada upravljale sa punim ovlašćenjima četiri savezničke sile SAD, Sovjetski Savez, Velika Britanija i Francuska. Pošto nije potpisan ugovor o miru sa Nemačkom, nisu se mogle ni realizovati ratne štete i reparacije. Takođe dolazi do podele na dve države Zapadnu i Istočni Ne-

---

[5] Živković dr Nikola: Ratna šteta koju je Italija učinila Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Institut za savremenu istoriju, Beograd, 1991, str. 73-180.

[6] Klajn Lajčo: Genocid i kazna: Na severu okupirane Jugoslavije (1941-1945), Novi Sad, 1991; Mađarski ratni zločini 1941-1945. presude jugoslovenskih sudova, Priredio dr Đorđe N. Lopičić, Muzej žrtava genocida Beograd, 2010; Živković dr Nikola: Ratna šteta učinjena Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Vojnoistorijski glasnik broj 1-2, Beograd, 1994, str. 143-272; Živković dr Nikola: Ratna šteta koju je Bugarska učinila Jugoslaviji 1941-1944, Institut za savremenu istoriju, Beograd, 1985, str. 17-174.

[7] Nirnberška presuda, Izdanje "Arhiva za pravne i društvene nauke" Beograd, 1948, str. 55-152.

[8] Konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu (IV. Haška konvencija iz 1907. godine); Pravilnik o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine; Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine ranjenika i bolesnika u vojskama u ratu od 27. jula 1929. godine.

[9] Perazić Đ. prof. dr Gavro: Međunarodno ratno pravo (drugo dopunjeno izdanje), Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd, 1986, str. 44-45.

mačku, što dalje odlaže potpisivanje ugovora o miru i stalno odlaganje ispate ratne štete i reparacija.[10]

Nacistička Nemačka je flagrantno i masovno prekršila postojeće međunarodno ratno pravo. Na osnovu postojećeg međunarodnog prava automatski se postavilo opravdano pitanje zahteva naknade za obeštećenje pričinjene ratne štete. Po postojećem međunarodnom pravu obaveza Nemačke je bila da plati ratnu štetu koju je prouzrokovala agresijom i okupacijom, i ta obaveze obuhvata ne samo efektivnu-direktnu štetu, nego i indirektnu štetu i izmaklu dobit.[11]

U međunarodnom pravu pod ratnom štetom se podrazumeva sva imovinska i neimovinska šteta koju je zbog rata jedna država pretrpela od druge države ili drugih država.[12]

Još u toku samog Drugog svetskog rata, Saveznici su pravo na restituciju imovine koju su okupatori opljačkali sa teritorija okupiranih savezničkih zemalja, zasnovali na Deklaraciji zemalja članica Ujedinjenih nacija od 5. januara 1943. godine.[13]

Zatim su – šefovi tri velike sile, SAD – Frenklin Ruzvelt, Velike Britanije -Vinston Čerčil i Sovjetskog Saveza – Josif Visarionovič Staljin, na Konferenciju u Krimu koja je održana na Jalti u periodu 4–11. februara 1945. godine raspravljali o velikim razaranjima i šteti koju je učinila Nemačka, kao i o naplati reparacija u korist savezničkih zemalja.[14] Na ovoj Konferenciji je doneta Deklaracija u kojoj se Nemačka proglašava odgovornom za plaćanje reparacija.

Navedena obaveza nije bila samo za Hitlera i i nacističke vojnike, nego za celu Nemačku i nemački narod iz razloga što je Nemačka kao država imala ogromnu podršku čitavog nemačkog naroda i učestvovala u agresivnom rat i okupaciji

---

[10] Dimitrijević dr Vojin: Ratna šteta u međunarodnom pravu, Pravni život broj 9-10, Beograd, 1992, str. 1829.

[11] Jakovljević dr Dušan: Međunarodno-pravno regulisanje reparacija posle Drugog svetskog rata, Beograd, 2006, Pravni život broj 12, str. 523-524.

[12] "Ratna šteta je kompleksan pojam i obuhvata sledeće: 1) gubitke ljudskih života, uključujući povrede telesnog integriteta i narušavanje zdravlja ljudi, kao i povrede i gubitke njihove slobode i časti, 2) uništenje ili oštećenje državne nepokretne ili pokretne imovine, 3) gubitak nacionalnog dohotka, 4) gubitak nacionalnog bogatstva, 5) štetu učinjenu pokretnoj i nepokretnoj imovini fizičkih i pravnih lica, 6) uništenje ili oštećenje kulturnih spomenika, 7) štetu pričinjenu životnoj sredini i dr." - Krivokapić prof. dr Boris: Mir i rat u međunarodnim odnosima i u pravu, Institut za uporedno pravo, Poslovni i pravni fakultet, Beograd, 2017, str. 928-929.

[13] Nikolajević B.:Restitucije po ugovorima o miru, Međunarodni problemi br. 5, jul-avgust 1950, Beograd 1950, str. 107-111.

[14] Conte Arthur: Jalta ili podjela svijeta, Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb, 1968, str. 251-272.

savezničkih država.[15]Dalje je važno da žrtve agresije i ratnih zločina imaju pravo da budu obeštećene kao i da tadašnje generacije kao i buduće generacije Nemaca trebaju da znaju da postoji odgovornost za međunarodna krivična dela.

Po navedenoj Deklaraciji, Velike sile imaju međunarodnu obavezu da će primeniti sankcije protiv Nemačke ukoliko ona navedenu obavezu reparacije ne izvrši. Na Krimskoj konferenciji su samo utvrđena neka načela reparacione politike saveznika, bez preciziranja i detaljisanja na koji način će se to sprovesti. Prema Protokolu koji je odobrena na toj Konferenciji odlučeno je da Nemačka treba da plati reparacije u naturi, i to u tri načina: "1. oduzimanjem, od njenog nacionalnog bogatstva (uređaji, mašine, brodovi, vozni park, nemačke investicije u inostranstvu itd., 2. godišnjim isporukama robe iz tekuće proizvodnje i 3. upotrebom nemačke radne snage."[16]

Odlučeno je da obzirom na doprinos savezničkoj pobedi kao i ukupnom broju žrtava koje je imao Sovjetski Savez, da od ukupnih nemačkih reparacija Sovjetskom Savezu pripadne 50% a ostalih 50% se podeli na sve saveznike. Sovjetski Savez je predložio sumu od 20 milijardi američkih dolara kao visinu nemačkog reparacionog plaćanja što je prihvaćeno. [17]

Po kapitulaciji Nemačke, održana je Berlinska konferencija u Potsdamu u periodu od 17.jula do 2. avgusta 1945. godine od strane tri velike savezničke sile, Sovjetskog Saveza, Velike Britanije i SAD i na toj konferenciji su potvrđene, konkretizovane i dopunjene ranije donete odluke o reparacijama. Praktično zapadne sile uključujući i Jugoslaviju su ovom odlukom bile upućene da reparacije naplate od Zapadne Nemačke koja ima međunarodnu obavezu da ih izmiri, jer je ona pravni sukcesor tih obaveza, dok će Sovjetski Savez i Poljska vršiti naplatu reparacija iz Istočne Nemačke.[18]

Na Konferenciji u Parizu od 29. jula do 15. oktobra 1946. godine učestvovale su 18 savezničkih država, koje su bile oštećene nemačkom okupacijom i ratnim zločinima i koje su polagale pravo da naplate nemačke reparacije: Albanija, SAD,

---

[15] Bartoš dr Milan: Nemačke reparacije posle Drugog svetskog rata, Politička biblioteka 39, Beograd, 1948, str. 9.

[16] Živković dr Nikola: Ratna šteta učinjena Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Vojnoistorijski glasnik broj 1, Beograd, 1994, str. 172-184.

[17] Bartoš dr Milan: Nemačke reparacije posle Drugog svetskog rata, Politička biblioteka 39, Beograd, 1948, str. 9-12

[18] Ujedinjene nacije, Zbirka dokumenata 1941-1945, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1948, str. 45-53; Živković dr Nikola: Ratna šteta učinjena Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Vojnoistorijski glasnik broj 1, Beograd, 1994, str. 171-184; Vražalić dr Ešref: Odgovornost Savezne Republike Njemačke zbog nepodmirenja obaveza prema Jugoslaviji, Pregled broj 4, Sarajevo, 1966, str. 350-351.

Grčka, Indija, Luksemburg, Norveška, Novi Zeland, Holandija, Čehoslovačka, Južno-afrička Unija, Jugoslavija, Austrija, Belgija, Kanada, Danska, Egipat, Francuska i Velika Britanija. Na predlog jugoslovenske delegacije u toku rada Konferencije pozvana je i Albanija kao ravnopravni učesnik Konferencije i pored protivljenja Grčke.

Države učesnice Konferencije u Parizu su dali podatke o ljudskim žrtvama kao i o pretrpljenoj materijalnoj šteti za vreme Drugog svetskog rata. Ukupan broj ljudskih žrtava tokom Drugog svetskog rata iznosio je oko 55 miliona, Od tog broja 1.706.000 su jugoslovenske žrtve. Posle po broju žrtava zemalja koje su učestvovale na Konferenciji u Parizu, dolazi Indija sa 759.000 žrtava, Francuska 653.000, Grčka 558.00, Velika Britanija 368.000, Čehoslovačka 250.000, Holandija 200.000, SAD 187.000. itd. Treba napomenuti da na gore navedenoj konferenciji u Parizu nisu učestvovali Sovjetski Savez i Poljska. Tokom Drugog svetskog rata nastala je materijalna šteta koje su zemlje učesnice Konferencije (18 država) prijavile u iznosu od ukupno 53,4 milijarde američkih dolara. U milionima američkih dolara navedene materijalne štete iznose: Francuska 21.143., Jugoslavija 9.145, Velika Britanija 6.383 itd. Kao što se iz priloženih izveštaja vidi da su gubici Jugoslavije veoma veliki, i da Jugoslavija po gubicima žrtava i imovina odmah iz Sovjetskog Saveza i Poljske.[19]

Pregovori tokom Pariske konferencije su bili dugi i teški, a koji su vezane za ratnu štetu i reparacije. Postignut je sporazum da se reparacije podele po procentima, ali je bio problem neodređenosti visine reparacije i obeštećenja. Naime, postignuta je saglasnost da se reparacije vrši u dve grupe i to grupa "A" i grupa "B".

U grupu "B" su ušli industrijski uređaji, rečni i pomorski brodovi i ostala kapitalna oprema, dok u grupu "A" je ušlo sve drugo što se smatralo da spada u nemačke reparacije(tekuća proizvodnja, zaplenjene namirnice, nemački plasman u inostranstvu, zlato, itd). Za svaku zemlju bila je određena kvota po kojoj se određivala visina reparacija.

Za grupu "A" Jugoslaviji je bila određena kvota od 6,6 a za grupu "B" kvota 9,6. Inače suma koja je trebalo da se na ime reparacija podeli na 18 zemalja bila je 520.376.787. američkih dolara vrednosti iz 1938. godine. Ova suma je bila samo manji deo nastale štete od strane Nemačke koja je bila određena sa 326 milijardi dolara, ne računajući štete nanete Sovjetskom Savezu i Poljskoj. Navedena suma bila je i manja od sume koja je bila pominjana na Konferenciji na Jalti februara 1945. godine, a tada je bilo predviđeno da polovina od 20 milijardi dolara bude isplaćena Sovjetskom Savezu, a druga polovina ostalim savezničkim zemljama. Praktično na Konferenciju u Parizu na ime reparacija je bilo predviđeno da se

[19] Bartoš dr Milan: Nemačke reparacije posle Drugog svetskog rata, Politička biblioteka 39, Beograd, 1948, str. 14.

podeli samo nešto više od pet milijardi dolara. Zapadne sile SAD i Velika Britanija koje su vodile glavnu reč na konferenciju su najviše dobile. [20]

Jugoslavija je na ime reparacija od Zapadne Nemačke dobila iz grupe "A", grupe "B"i za žrtve vivo eksperimenata ukupno 73.572.782 američkih dolara. Na osnovu Londonskog sporazuma Jugoslavija je primila na ime reparacija za: "1. Naknadu za socijalno osiguranje naših radnika u Nemačkoj za vreme rata, 2. Obeštećenje za 5.575.125 kg nerestituisanog bakra, 3. Depozit banaka NDH i Srpske narodne banke kod nemačkih banaka, 4. Aktivni saldo predratnih klirinških računa, 5. Iz obračuna jugoslovenske i nemačke pošte, 6. Iz obračuna jugoslovenske i nemačke železnice, 7. Privatnopravna potraživanja jugoslovenskih građana od pre i za vreme rata naplaćeno 1956-1966. Ukupno 158.264.843. američka dolara."[21]

Ukupna suma u iznosu od 73.572.782 koja je dobijena na ime reparacija od Nemačke je praktično jedan procenat od ukupne sume koja je ranije utvrđena kao direktna ratna šteta koju je Nemačka prouzrokovala Jugoslaviji za vreme Drugog svetskog rata. Takođe Jugoslavija nije dobila ni naknadu za obeštećenje žrtava fašizma, dok obeštećenje za žrtve vivo-eksperimenta u iznosu od osam miliona maraka je bio samo jedan mali pokušaj obeštećenja za najsurovije ratne zločine koji su vršeni nad živim ljudima za vreme Drugog svetskog rata.

Nemačka je u vremenu od 1959. do 1960. godine u vezi obeštećenja žrtava ratnih zločina koji su izvršeni za vreme Drugog svetskog rata sklopila ugovore o globalnom obeštećenju sa: Danskom, Norveškom, Holandijom, Belgijom, Grčkom, Francuskom, Velikom Britanijom i Luksemburgom. Takođe je na isti način obeštetila i žrtve nacističkih progona Italije i Austrije. Nemačka je donela i svoj Zakon o obeštećenju žrtava nacističkih progona u Nemačkoj 1953. godine, a 1956. godine donela je Federalni zakon o ošteti i 1957. godine Federalni zakon o restituciji. Na osnovu tih Zakona odobreno je 20 milijardi nemačkih maraka i isplaćivala za odštete nekoliko hiljada lica svojim državljanina, a među njima najviše Jevreja. U tim isplatama plaćala je čak i pripadnike španske "Plave divizije" kao i druge evropske kvislinge navodeći "za žrtva koje su podneli u podržavanju nacizma i u borbi protiv komunizma".[22]

---

[20] Živković dr Nikola: Ratna šteta učinjena Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Vojnoistorijski glasnik broj 1-2, Beograd, 1994, str. 182-190.

[21] Serb dr Ladislav: Jugoslavija i nemačke reparacije posle Drugog svetskog rata, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu broj 3-4, Zagreb, 1966, str. 374-386.

[22] Pavlica dr Branko: Odnosi Jugoslavije i SR Nemačke povodom pitanja reparacije, nemačkih dugovanja Jugoslaviji, obeštećenja jugoslovenskih žrtava nacističkih progona i njihovo ugovoreno regulisanje, Međunarodni problemi broj 3-4, Beograd, 1990, str. 366; Jakovljević Dr Dušan: Me-

Jugoslavija je u junu 1960. godine podnela zahtev nemačkoj vladi za pokretanje pregovora o obeštećenju jugoslovenskih žrtava fašističkog terora, pitanje ratne štete kao i drugih pitanja vezana za Drugi svetski rat. Nemačka je odbila zahtev Jugoslavije za predložene pregovore, navodeći da sa Jugoslavijom nema diplomatske odnose. Naime, Jugoslavija je 1957. godine bila priznala i uspostavila diplomatske odnose sa Istočnom Nemačkom. Radi toga je Nemačka u oktobru 1957. godine prekinula diplomatske odnose sa Jugoslavijom, na osnovu tzv. Halšajnove doktrine koja je u doba hladnog rata predviđala još od 1955. godine da će prekinuti diplomatske odnose sa svima državama koje budu priznale Istočnu Nemačku. Priznanje Istočne Nemačke od strane Jugoslavije Nemačka je okarakterisala kao "neprijateljski akt prema Saveznoj Republici Nemačkoj" i jednostrano prekinula diplomatske odnose. Usled ovakvog stava Nemačke vlade došlo je do pogoršanja političkih odnosa i bilateralne saradnje. Pogoršanje navedenih bilateralnih odnosa koji su se odvijali preko sila zaštitnica Švedske i Francuske, odrazilo se i na odbijanje isplate ratne štete i reparacija.[23]

Nemačka je takođe prekinula diplomatske odnose i sa Kubom 1963. Godine, međutim, nije prekinula diplomatske odnose sa Sovjetskim Savezom koji je prvi priznao i stalno pomagao Istočnu Nemačku.[24] Ipak, Nemačka je izvršila obeštećenje izraelskih žrtava nacističkih progona, iako tada nije imala sa Izraelom diplomatske odnose. Ovo obeštećenje obrazlagala je "isključivom moralnom obavezom, pošto su u pitanju bili teški slučajevi progona."[25] Zatim, Nemačka je u vreme prekida diplomatskih odnosa Sporazumom od 7. decembra 1963. godine obeštetila jedan broj jugoslovenskih državljana koji su bili žrtve nacistički vivo eksperimenata u koncentracionim logorima u iznosu od 8. miliona nemačkih maraka, i to je bio jedini iznos koji je Jugoslavija primila preko onog što je primljeno preko Međusavezničke agencije za reparaciju IARA-e.[26]

Očigledno da Nemačka nije želela da o ratnoj šteti i reparacijama pregovara, i izgovor da nema diplomatske odnose je bio besmislen. Jer, diplomatski odno-

đunarodno-pravno regulisanje reparacija posle Drugog svetskog rata, Pravni život broj 12, Beograd, 2006, str. 527.

[23] Ranić dr K.: Na relaciji Beograd-Bon, Beograd, 1963, Međunarodna politika broj 314, str. 14-15.

[24] Bliže videti: Krivokapić prof. dr Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 322-323; Petković Ranko: Halštajnova doktrina i Arapski svet, Međunarodna politika broj 359, Beograd, 1965, str. 10.

[25] Ranić dr K.: Na relaciji odnosa Beograd-Bon, Međunarodna politika broj 314, Beograd, 1963, str. 15-16.

[26] Serb dr Ladislav: Jugoslavija i nemačke reparacije posle Drugog svetskog rata, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu broj 3-4, Zagreb, 1966, str. 380-384.

si nisu uslov za pokretanje pitanja naknade ratne štete i reparacija, pogotovo što je ona bila država agresor i bila dužna da naknadi ratnu štetu i reparacije. Nemačka je imala dvostruke standarde kada su u pitanju reparacije. Jedan stav je bio prema zapadnim državama kojima je bez većih problema isplaćivala reparacije, kao i prema svojim državljanima koji su bili žrtve nacističkih progona. Drugi stav Nemačka je imala prema Jugoslaviji koju je sistematski odbijala u isplatama reparacija koja traju još od početka obaveza pa sve do današnjih dana. Valjda računaju na protek vremena kada će poslednji preživeli žrtve nacističkih progona i fizički nestati i da će se sve to zaboraviti i neće doći do isplate.

Jugoslavija je 1963. godine ponovila Nemačkoj svoj zahtev. Nemačka je 13. oktobra 1965. godine odbila jugoslovenski zahtev da vodi bilo kakve pregovore, pozivajući se na odluku Londonskog sporazuma iz 1953. godine, na osnovu tog sporazuma pitanje ratne štete i reparacija mogu se rešavati tek kada se obe Nemačke ujedine u jednu državu. Jugoslavija je tražila obeštećenje za svojih najmanje 950.000 državljana, po istom principu koji je rešena sa Francuskom po 2.200 nemačkih maraka po jednoj žrtvi. Nemačka je prihvatila pregovore o obeštećenju 950.000 žrtava, ali su naveli da ne mogu da prihvate obeštećenje za žrtve koje su izvršili ustaše u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj. Takođe ne mogu da prihvate ni obeštećenja za masovna streljanja srpskog stanovništva u Kragujevcu i u Kraljevu 1941. godine koje je izvršio Vermaht, jer su to po mišljenju Nemačke bile vojne odmazde, koje se smatraju da su dozvoljene i da su u skladu sa međunarodnim ratnim pravom.[27]

Neshvatljivo je bilo ponašanje Nemačke, koja se javno distancirala od nacističke agresorske i okupacione politike i masovnih ratnih zločina izvršenih širom okupirane Evrope, da odbijanje jugoslovenskog zahteva za reparacije srpskih žrtava u masovnim streljanjima civilnog stanovništva u Kragujevcu i Kraljevu 1941. godine opravdava i obrazlaže da je u pitanju vojna odmazda. Činjenica je bila da u doba hladnog rata Jugoslavija je bila nezavisna i neutralna država, i nije pripadala ni jednom od dva postojeća vojna bloka, i da je nije mogao niko od velikih sila zaštiti u podržati u njenim opravdanim reparacionim zahtevima. Zatim, najveći deo nemačke administracije je tada pa sve do razbijanja Jugoslavije devedesetih godina ostao od bivšeg nacističkog režima koji se svetio Jugoslaviji kao saveznickoj državi i aktivno učestvovao u razbijanju tadašnje Jugoslavije.[28] Nemačka

[27] Živković dr Nikola: Ratna šteta učinjena Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Vojnoistorijski glasnik broj 1-2, Beograd, 1994, str. 172-185.

[28] Navodimo samo neke: Reinhard Gelen, Josef Adolf Hojzinger, Hans Špajdel, Heinrich Brentano, Franc Jozef Štraus, Walter Scheel, Helmud Kohl, Helmut Schmidt, Hans Ditrih Genšer, Ginter Gras itd.

po pitanjima reparacija i sličnim pitanjima imala je sasvim drugačiji i blagonaklon stav kada su u pitanju bile zapadne države kojima je isplaćivala reparacije.

Ujedinjenjem dve Nemačke 1989. godine Jugoslavija je bila veoma zainteresovana iz više razloga. Prvo, što se u Nemačkoj nalazilo nekoliko stotina hiljada jugoslovenskih radnika na privremenom radu, i da njih položaj može da ugrozi masovno doseljavanje Nemaca iz Istočne Nemačke i susednih država. Od navedenog ujedinjenje Nemačke, tadašnja Jugoslavija je očekivala mogućnost eventualnog ili verovatnog potpisivanja ugovora o miru sa Nemačkom, gde bi se najzad rešilo pitanje reparacije državama koje su bile žrtve nacističke agresije i okupacije gde je spadala i Jugoslavija.[29] Međutim, očekivanja Jugoslavije da posle ujedinjenja Nemačke će doći do potpisivanja ugovora o miru sa Nemačkom, i da se tada realizuju i sve ratne štete i reparacije nisu se obistinile. Naime, ugovor o miru sa Nemačkom nije tada potpisan a ni do današnjih dana i najverovatnije da neće biti nikada ni potpisan, pošto su se izmenile globalne geopolitičke okolnosti u Evropi i svetu. Jer, u tom ugovoru o miru trebalo bi navesti kao i ostalim ugovorima o miru sa poraženim nemačkim saveznicima Italijom, Mađarskom, Bugarskom, Rumunijom, Finskom i Japanom da je Nemačka agresor i odgovorna za agresiju, okupaciju evropskih država, masovne ratne zločine, holokaust i naknadu ratne štete i reparacije.

Takođe od ujedinjenja dve Nemačke tadašnja Jugoslavija je očekivala suzbijanje i zabranu terorističke delatnosti u Nemačkoj ustaša i drugih kvislinga i njihovih terorističkih napada na jugoslovenska diplomatsko-konzularna predstavništva, privredna, informaciona i kulturna predstavništva, jugoslovenske radnike i njihove klubove i udruženja, kao i terorističke napade u Jugoslaviji koji su organizovani u Nemačkoj.[30] Nažalost sva napred navedena očekivanja tadašnje Jugoslavije od ujedinjenja dve Nemačke države kako u pogledu isplate ratne štete i reparacija i zabrane delatnosti ustaških i drugih kvislinških organizacija nisu se ni približno ispunila.[31]

Prilikom posete nemačkog kancelara Vili Branta u aprilu 1973. godine Jugoslaviji i posle razgovora Josip Broz Tito – Vili Brant saopšten je Kominike o

[29] Petković dr Ranko: Jugoslavija i ujedinjenje Nemačke, Međunarodna politika broj 958, Beograd, 1990, str. 2.

[30] Ranić dr K.: Na relaciji odnosa Beograd-Bon, Beograd, 1963, Međunarodna politika broj 314, str. 14-16; Ganović Dragan: Teroristi iz "šeste kolone" Dokumentarna hronika o terorističkoj aktivnosti protiv Jugoslavije, Borba, Beograd, 1979; Kovačević Sreten: Hronologija antijugoslovenskog terorizma 1960-1980, Privredno finansijski vodič, Beograd, 1980; Bošković Milo: Antijugoslovenska fašistička emigracija, Beograd, "Sloboda" Beograd, Dnevnik - Novi Sad, Novi Sad, 1980; Kovačević Sreten: Terorizam i Jugoslavija, Arkade print, Beograd, 1992,

[31] Pavlica dr Branko: Jugoslavija i SR Nemačka 1951-1984, "Naš glas", Smederevo, 1989, str. 93-113.

rešavanju "otvorenih pitanja" koje obuhvataju pored ostalih pitanja i obeštećenje žrtava nacističkih progona, poznat kao tzv. Brionska formula. Rezultat ovih pregovora je Sporazum o kreditu "Pomoć u kapitalu" (Kapital hilfe) i iznosu od 700. miliona nemačkih maraka, zaključen u Beogradu 10. decembra 1974. godine pod vrlo povoljnim uslovima: 30 godina otplate, 2% kamate i 10 godina grace periode, po istim uslovima kao i onaj raniji kredit iz 1972. godine od 300 miliona nemačkih maraka u vidu avansa,[32] ukupno 1.000.000 nemačkih maraka.[33]

Navedeni Ugovor o kreditu "Pomoć u kapitalu" (Kapital hilfe) iz 1974. godine kod jednog dela jugoslovenske štampe izazvao je različite komentare i ocene. Pojedinci su mnogo godina kasnije tvrdili da je to sporazum između Jugoslavije i Nemačke kojim se u potpunosti likvidira ratna šteta i da je tom sumom od jedne milijade nemačkih maraka u potpunosti isplaćena ratna šteta i reparacije. Inače navedeni Ugovor je kao i svaki drugi međunarodni ugovor koji je tadašnja Jugoslavija zaključivala sa stranim državama bio objavljen u Službenom listu SFRJ.[34]

Očigledno da mnogi koji su komentarisali navedeni Ugovor isti nisu ni pročitali. Navedenu Ugovor o kreditu (Kapital hilfe) je kao što mu i naziv govori ugovor o kreditu, gde se predviđa rok vraćanja od 30 godina, kamata 2%, 10 godina grace periode i slične klauzule koje su tipične za ugovore o kreditu. Nigde se u Ugovoru ne spominje bilo kakva ratna šteta ili reparacija. Prema tome, ovaj Ugovor o kreditu (Kapital hilfe) je ponekad od nestručnih i zlonamernih lica izazivao nedoumice, mišljenja, stavove i zaključke da je sa tim Ugovorom o kreditu Jugoslaviji isplaćena u potpunosti ratna šteta i reparacije. Ne treba biti stručnjak za finansije, bankarstvo i međunarodno pravo da bi se razumeo ovaj Ugovor o kreditu (Kapita hilfe), ali nema nikakve logike da se sa sumom od jedne milijarde nemačkih maraka i to putem kredita sa kamatom isplati celokupna ratna šteta i reparacije Jugoslaviji. A zna se i opšte poznato i javno publikovano više puta da je naš zahtev za ratnu štetu i reparacije prema Nemačkoj iznose 9.850.000.000. američkih dolara.[35]

---

[32] Navedeni Sporazum od 22. decembra 1972. nije objavljen.

[33] Živković dr Nikola: Ratna šteta učinjena Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Vojnoistorijski glasnik broj 1-2, Beograd, 1994, str. 174-185; Jakovljević dr Dušan: Međunarodno-pravno regulisanje reparacija posle Drugog svetskog rata, Pravni život broj 12, Beograd, 2006, str. 529-530.

[34] Sporazum između SFRJ i SR Nemačke o odobravanju pomoću u kapitalu od 10. decembra 1974. godine publikovan je u Dodatku Službenom listu SFRJ broj 66/74. od 27. decembra 1974, str. 1950.

[35] Đorđević dr Stevan: Potraživanja Jugoslavije prema Nemačkoj na osnovu ratne odštete posle Drugog svetskog rata, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu broj 1-3, Beograd, 1991, str. 112; Živković dr Nikola: Ratna šteta učinjena Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Vojnoistorijski glasnik broj 1-2, Beograd, 1994, str. 174-185; Jakovljević dr Dušan: Međunarodno-pravno regulisanje reparacija posle Drugog svetskog rata, Pravni život broj 12, Beograd, 2006, str. 529-532.

Razlika između kredita i ratne štete i reparacije je ta što kredit sa kamatom treba vratiti poveriocu u određenom roku koji je predviđen ugovorom, dok ratna šteta i reparacije nisu krediti već zemlja koja je izvršila ratne štete treba da obešteti žrtvu agresije i ta žrtva ne vraća obeštećenje i reparacije.

Pored ostalog Nemačka je odbijanjem naših zahteva obrazlagala i time što sa Nemačkom do današnjeg dana nije potpisan Ugovor o miru, gde bi se tačno i precizno navele njene obaveze kao agresora da plati ratnu štetu i reparacije.[36] Pošto taj Ugovor o miru verovatno nikada neće biti donet i potpisan onda ispada da i otpadaju obaveze Nemačke za plaćanje ratne štete i reparacije. Naime, pitanje reparacija i pravo na reparacije nastalo je neposredno iz međunarodnog prava, nezavisno od Ugovora o miru sa Nemačkom.[37]

Vlada Republike Srbije je u cilju rešavanja procene i naplate ratne štete obrazovala Komisiju Vlade Republike Srbije za procenu i naplatu ratne štete. Navedeni su i zadaci Komisije: "Da izvrši procenu ratne štete koju su Srbiji pričinile Nemačka, Italija, Mađarska i Bugarska koja se sastoji od: ratnih reparacija, obeštećenja srpskim ratnim zarobljenicima, obeštećenja za interniranje, prinudni rad i nacističke progone; da Vladi predloži preduzimanje odgovarajućih mera u cilju naplate nadoknade za ratnu štetu". [38]

Republika Srbija je 1991. godine donela Deklaraciju o poništenju oduka rukovodstva zemlje o praštanju nadoknade za ratnu štetu. Navedenom Deklaracijom se proglašavaju ništavim ove odluke šefa jugoslovenske države o odustajanju od naplate nadoknade za ratnu štetu, koju su pričinile Nemačka, Bugarska i Mađarska. [39]

Reparacije sa Mađarskom su regulisane na osnovu više sporazuma. Prvi je bio Sporazum o primirju potpisan u Moskvi 20. januara 1945. godine između Savezničkih sila i Mađarske. Zatim na osnovu sporazuma između Jugoslavije i Mađarske od 29. maja 1956. godine. [40]

---

[36] Đorđević dr Stevan: Potraživanja Jugoslavije na osnovu ratne odštete posle Drugog svetskog rata, Ratna šteta, Jugoslavija i međunarodno pravo, Zbornik radova i dokumenata I. (U redakciji prof. dr Stevana Đorđevića), Beograd, 2016, str. 35-46..

[37] Serb dr Ladislav: Jugoslavija i nemačke reparacije posle Drugog svetskog rata, Zbornik Pravnog fakulteta u zagrebu broj 3-4, Zagreb, 1966, str. 374-378.

[38] Službeni glasnik Republike Srbije broj 5./91; Ratna šteta, Jugoslavija i međunarodno pravo Zbornik radova i dokumenata I, (U redakciji prof. dr Stevana Đorđevića), Beograd, 2016, str. 185-206.

[39] Službeni glasnik Republike Srbije br. 48./91 Beograd, 1991,; Ratna šteta, Jugoslavija i međunarodno pravo Zbornik radova i dokumenata I, (U redakciji prof. dr Stevana Đorđevića), Beograd, 2016, str. 180.

[40] Živković dr Nikola: Ratna šteta učinjena Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Vojno-istorijski glasnik broj 1-2, Beograd, 1994, str. 183-184.

Reparacije sa Bugarskom su regulisane Sporazumom zaključenim 15. juna 1946. godine u Beogradu gde će se reparacije izvršiti isporukom roba. Zatim, na osnovu Mirovnog ugovora zaključenim između savezničkih sila i Bugarske od 10. februara 1947. godine u Parizu, gde se Bugarska obavezala da na ime ratne štete izvršene prema Jugoslaviji plati 25 miliona američkih dolara, a da isplata bude u periodu od osam godina od dana zaključenja ugovora, i to u naturi, robi i mašinama. Međutim, Sporazumom između predstavnika jugoslovenske i bugarske vlade na Bledu 30. jula–1. avgusta 1947. godine Jugoslavija je oprostila reparacije Bugarskoj, tako da roba koja je do tada isporučena Jugoslaviji na osnovu Sporazuma 1946. godine je bilo delimično.[41]

Pored Nemačke, Mađarske i Bugarske ratnu štetu i reparaciju bile su dužne da plate Italija i Austrija. Od Italije je naplaćen deo ratne štete, dok je sa drugim delom likvidirana italijanski zahtevi za imovinu u delovima tadašnje njene teritorije u Istri i Slovenačkom primorju na osnovu Osimskih sporazuma iz 1975. godine, a koji su pripojeni Hrvatskoj i Sloveniji. Na račun ovog teritorijalnog povećanja Hrvatske i Slovenije umanjena je ratna šteta i reparacije na ostale jugoslovenske republike gde je Italija izvršila ratnu štetu.[42] Sa Austrijom je ratna šteta likvidirana, i ona se sastojala uglavnom u restituciji opljačkane imovine.[43]

Pitanje ratne štete i reparacija do sada koliko nam je poznato nije postavljalo za genocid i masovne ratne zločine koji su izvršeni u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj 1941-1945. godine nad Srbima, Jevrejima, Romima i drugim antifašistima koji nisu odobravali ustašku nacističku vlast. O navedenim ratnim zločinima i genocidu u našoj literaturi pisani su brojni vredni i značajni radovi, ali pitanje ratne štete i reparacije možda samo ponegde usput spominjalo. Sa međunarodno-pravnog aspekta smatramo da se pitanje ratne štete i reparacija može i danas postaviti. Prvo, kao što je opšte poznato da ratni zločini ne zastarevaju. Zatim, evidentno je da su organi Nezavisne Države Hrvatske ubili na razne monstruozne načine najmanje 800.000. civilnog stanovništva pretežno Srba, i izvršili neviđenu pljačku pokretne i nepokretne imovine. Bez obzira što je Nezavisna Država bila kvislinška

[41] Živković dr Nikola: Ratna šteta učinjena Jugoslaviji u Drugom svetskom ratu, Vojno-istorijski glasnik broj 1-2, Beograd, 1994, str. 184.

[42] Mihailović Nikola: Odgovornost za ratnu štetu po međunarodnom i unutrašnjem pravu, Pravni život broj 12, Beograd, 1997, str. 494.

[43] Jovanović-Marambo M. dr Vojislav: Potraga za ukradenom istorijom, Izveštaj o pljački srpskih istorijskih dokumenata u Drugom svetskom ratu i nastojanja da se vrate Srbiji, Za štampu priredio Vladimir Davidović, Beograd, 2010.

država i najverniji saradnik nacističke Nemačke, ona je ipak faktički funkcionisala kao država i imala prerogative države. [44]

Razume se postavlja se političko i pravno pitanje da li navedena Deklaracija o poništenju odluka rukovodstva zemlje o praštanju nadoknade za ratnu štetu iz 1991. godine može u praksi primeniti. U pitanju je protek od sedamdeset godina, kao i pitanje legalnosti šefa države da može da potpiše takav međunarodni sporazum, kojim se opraštaju reparacije za izvršene ratne zločine. Većina međunarodnih pravnika smatra da je praštanje reparacija bio ishitren i pogrešan politički potez, koji je donet bez saglasnosti žrtava bugarskih ratnih zločina. Što se tiče Bledskog sporazuma iz 1947. godine mnogi pravnici smatraju da je on pravno validan i važeći.[45]

Posle više decenijskog odbijanja Nemačke da isplati Jugoslaviji ratnu štetu i reparacije, postavlja se političko i pravno pitanje šta dalje treba činiti da bi se realizovali međunarodno pravno legalni i legitimni zahtevi sadašnje Republike Srbije. Naime, u poslednjih sedam decenija se znatno promenila geopolitička situacija u svetu a naročito u Evropi. Nemačka koja je na Nirnberškom međunarodnom vojnom sudu 1946. godine presudom proglašena za agresora i odgovorna za Drugi svetski rat i masovne i do tada neviđene ratne zločine, poslednjih nekoliko decenija je postala praktično ne samo najjača ekonomska država u Evropi, nego i najjača politička država Evropske unije. Drugi svetski rat kao i navedena odgovornost Nemačke za Drugi svetski rat kao i naplata ratne štete i reparacija su potpuno zaboravljeni. Nedavno su samo dve države članice Evropske unije Grčka i Poljska nezadovoljne svojim ekonomskim stanjem zatražile da im Nemačka naknadi ratnu štetu i reparacije koje je kao okupator izvršila za vreme Drugog svetskog rata 1939-1945. godine. Nemačka im je odgovorila da je to pitanje davno rešeno i odbila bilo kakve pregovore. Da li će se na tome i završiti ostaje da se vidi.

ZAKLJUČAK

U pogledu naplate ratne štete i reparacija međunarodno pravni položaj Srbije je vrlo jasan i pravno zasnovan. Jer, tadašnja Jugoslavija je dobila svega jedan

[44] Krizman Bogdan: Pitanje priznanja ustaške države 1941. godine, Jugoslovenski istorijski časopis broj 1-2, Beograd, 1970, str. 99-119; Colić Mladen: Takozvana Nezavisna Država Hrvatska 1941, Beograd, 1973, Delta-Pres, str. 85-188; Jelić-Butić dr Fikreta: Ustaše i Nezavisna Država Hrvatska 1941-1945, Drugo izdanje, Sveučilišna naklada Liber-Zagreb, Školska knjiga-Zagreb, Zagreb, 1978, str. 83-158; Krizman Bogdan: Pavelić između Hitlera i Mussolinija, Globus, Zagreb, 1980, str. 17-170.

[45] Ratna šteta, Jugoslavija i međunarodno pravo Zbornik radova i dokumenata I. (U redakciji prof. dr Stevana Đorđevića), Beograd, 2016, str. 181-183.

promil od stvarne ratne štete. Međutim, politički položaj Srbije u pogledu zahteva za naplatu ratne štete i reparacija je vrlo delikatan. Pošto je Srbija u postupku prijema u Evropsku uniju, Nemačka je glavna koja ima odlučujuću ulogu vezanu za prijem kandidata za Evropsku uniju. Zatim, sa Nemačkom imamo odlične političke odnose i ona je naš glavni i najveći privredni partner. Tako da pokretanje pitanja ratne štete i reparacija trebalo bi razmotriti i na političkom nivou. S druge strane, ne vidimo razlog zašto i sa kojim razlozima Srbija to pitanje ne bi ponovo pokrenula jer za to ima legalno i legitimno pravo pogotovo imajući u vidu da su sve savezničke evropske države naplatile reparacije osim Srbije. Pitanje naše ratne štete i reparacija ne može se pokrenuti ni pred Međunarodnim sudom pravde, jer za svaku tužbu potrebna je saglasnost druge strane. Takođe kada su u pitanju u međunarodne arbitraže i tu je potrebna saglasnost tužene države. Sasvim izvesno da Nemačka u oba slučaja neće dati saglasnost za vođenje postupka. Jedino ostaje da se ovo pitanje reši na političkom nivou sa Nemačkom.

JELENA Đ. LOPIČIĆ JANČIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty for International Politics and
Security University "Union – Nikola Tesla", Belgrade

WAR DAMAGE AND REPARATIONS AFTER THE SECOND WORLD WAR
– International legal aspects –

Summary

This paper deals with war damage and reparations after the Second World War. Emphasis is given on the international legal aspect. The greatest war damage in the history of all wars occurred during the Second World War. This war damage was caused by Germany, the fascist Italy, Japan, and their allies, Hungary, Bulgaria, Romania and Finland, as well as several quislin states: Norway, the Independent State of Croatia, Slovakia, etc. The total number of victims who died during Second World War amounted to about 55 million people and as twice were wounded. Yugoslavia had 1.706 million human casualties. The material damages caused by the Nazi Germany as an aggressor and the occupier of European countries amounted to over 53.4. billions of dollars. Yugoslavia had huge material losses in the amount of 9,145. billions of dollars, so that after human losses as well as material damage was immediately behind the Soviet Union and Poland.Even during the Second World War, the Allies discussed the war damages caused by Germany to allied states at conferences in the Crimea in the period from 4-11 of February 1945, Potsdam Conference in the period from July 17 until 2 August 1945 as well as at the Paris Conference in the period from 9 November to 21 December 1945. Sums have been determined as well as the percentages in which war damage and reparations will be paid to the damaged countries. The agreement was that 50% of all reparations shall be received by the Soviet Union, which suffered the greatest damage during the Second World War. It

was foreseen that a peace treaty with defeated Germany would be completed, as it was done with all other defeated countries, and based on it the war damage and payment of reparations were made. However, soon there was a disagreement among allies due to Cold War. The total of 18 Allied countries who were damaged decided to proceed the war damages through reparations by West Germany, and Yugoslavia was included in this group. The Soviet Union and Poland decided to charge their reparations from East Germany. The peace treaty with Germany has not been concluded, since in the beginning Germany had no government for several years but was divided into four occupation zones. The practical peace treaty with Germany has never been completed until today and probably will never be completed. According to Yugoslavia, Western Germany paid a very small amount of war damage, which amounts to just one procent from the total amount. Yugoslavia has repeatedly tried to collect the mentioned war damage and reparations, but failed. The West Germany refused this request, when Yugoslavia recognized East Germany in 1957, and immediately terminated diplomatic relations with Yugoslavia. Later, when diplomatic relations were renewed, and when the unification of both Germany was completed, no reparations were paid. This paper also deals with aslo the issues of war damaged commited to Yugoslavia by Bulgaria, Hungary, Independent State of Croatia etc.

RADOVAN D. VUKADINOVIĆ

KIŠOBRANI SU U MODI – KIŠOBRAN KLAUZULE U SPORAZUMIMA O ZAŠTITI STRANIH INVESTICIJA

U V O D

Prava i obaveze stranog investitora u državi u koju ulaže svoja sredstva (država domaćin ili država prijemnica kapitala) regulisani su ugovorom o ulaganju i sporazumom o zaštiti stranih investicija. Prvi ugovor je privatno pravnog i komercijalnog karaktera između stranog investitora i domaćeg privrednog društva, preduzetnika ili javnog preduzeća. Za predmet ovog rada su od interesa samo komercijalni ugovori koje strani investitor zaključi sa državnim organom, telom ili drugim subjektom koji je pod kontrolom države (javno preduzeće). S obzirom da se kao domaća ugovorna strana javlja država ili od nje kontrolisano društvo, ovi ugovori se označavaju i kao državni ugovori (eng. *state contracts*).[1] Prema pravnom položaju ugovornih strana, u teoriji se označavaju i kao "asimetrični ili dijagonalni ugovori".[2] Međutim, bez obzira na javnopravni karakter domaće ugo-

Akademik, prof. dr Radovan D. Vukadinović, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu. Rad je pisan u okviru internog projekta Pravnog fakulteta u Kragujevcu.

[1] Vid. State Contracts, UNCTAD Series on issues in internationla agreements, New York and Geneva, 2004.

[2] Vid. P. Cvetković, *Međunarodno pravo stranih investicija*, Beograd, 2007, str. 41-43. M. Stanivuković, *"Kišobran klauzula" u bilateralnim investicionim sporazumima (BIT),* str. 33; Moshe Hirsch, New Directions in International Economic Law: In *Memoriam Thomas Wälde*, ured. Todd Weiler, Freya Baetens, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, str. 10; Zachary Douglas, Joost Pauwelyn,

vorne strane, ugovorom se bliže regulišu tzv. privatnopravne obaveze ugovornih strana, pa se označava i kao privatno pravni ili komercijalni ugovor. Kao i kod ostalih ugovora, i ovim ugovorom ugovorne strane su slobodne da svoje odnose regulišu na način kako to njima odgovara. Drugi sporazum je između države domaćina i države porekla stranog investitora (domaća država, eng. *home state*). Ovaj ugovor će radi razlikovanja od prvog, biti označe kao sporazum o zaštiti stranih investicija, ili skraćeno BIT (*Bilateral Investment Treaty*).

Osim navedenim izvorima, položaj stranog investitora u državi prijemnici kapitala je regulisan i običajnim pravilima međunarodnog prava, regionalnim i multilateralnim konvencijama (kad postoje) i pravilima merodavnog nacionalnog prava.[3] U poslednjem slučaju, misli se na unutrašnje zakonske propise, posebno one koji regulišu položaj stranog investitora i investicija.

Već sama činjenica da je položaj stranog investitora regulisan u više izvora i na više pravnih nivoa[4], iako je strani investitor kao ugovorna strana učestvovao samo u zaključivanju komercijalnog ugovora, otvara pitanje međusobnog odnosa između komercijalnog ugovora, bilateralnog sporazuma o zaštiti investicija i unutrašnjih propisa države prijemnice kapitala. U daljem radu će biti reči o odnosu između komercijalnih ugovora i sporazuma o zaštiti stranih investicija. Jedan od elemenata u kome se prava i obaveze iz ovih ugovora prepliću jeste i kišobran klauzula, koja omogućava dejstvo BIT-a na privatni komercijalni ugovor.

Radi razumevanja pravne prirode i dejstvo kišobran klauzule u prvom delu rada će biti reči o karakteristikama komercijalnih ugovora i BITova. U drugom delu će biti reči o samoj kišobran klauzuli i arbitražnom postupku koji se može pokrenuti na osnovu kišobran klauzule.

POJAM I KARAKTERISTIKE UGOVORA O ULAGANJU

Pojedinačni ugovori o ulaganju (investicijama), predstavljaju vrstu ugovora međunarodnog privrednog prava koji se od klasičnih ugovora razlikuju, pre svega, po svojstvima ugovornih strana. Ugovorne strane su strani ulagač ili investitor i domaće privredno društvo ili drugi državni entitet, na čiji rad odlučujuću ulo-

Jorge E. Viñuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, OUP Oxford, 2014, str. 155.

[3] O izvorima investicionog prava više vid. Radovan D. Vukadinović, Pojam i pravno regulisanje stranih investicija, Pravo i privreda, 7-9/2016, str. 147-152; Hirsch, Moshe, Sources of International Investment Law (July 21, 2011). International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law, July 17, 2011. Dostupno na SSRN: https://ssrn.com/abstract=1892564; Poslednji pristup 22.10. 2017.

[4] Vid. Zachary Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, 74 BRIT. Y.B. INT'L L. 151 (2003).

gu i kontrolu ima država. Prema sadržini prava i obaveza koje preuzima domaća strana, mogu da budu komercijalni, kao što su ugovori o privatizaciji, i ugovori koji sadrže javnopravne elemente "kojima država prihvata da ograniči ili (da) se privremeno odrekne nekog od svojih suverenih prava kako bi se omogućilo izvođenje samog ulagačkog poduhvata (npr. ugovor o koncesiji)."[5] Podela je relativnog karaktera jer su oba ugovora sa stanovišta interesa stranog ulagača komercijalne prirode, pa ćemo ih označavati kao komercijalne ugovore.

U odnosu na klasične komercijalne ugovore, za čiju prirodu nije od značaja svojstvo ugovornih strana, kod ugovora o ulaganju se polazi od pretpostavke da ugovorne strane nisu u ravnopravnom položaju[6] i da to utiče na njihove posebne karakteristike. Smatra se da je državno (javno) preduzeće samom činjenicom da je pod kontrolom i uticajem države u povoljnijem ili nadređenom položaju u odnosu na stranog investitora, jer može uticati na državu domaćina da zakonskim i drugim regulatornim merama jednostrano menja uslove u korist domaće strane. Vlada uverenje da sličnom pritisku mogu da budu izloženi i domaći sudovi u slučaju da dođe do spora. Zbog toga se strani ulagač smatra slabijom ugovornom stranom, čiji se položaj i prava i obaveze moraju dodatno garantovati i učiniti pravno sigurnim u toku trajanja ugovora. To se čini sporazumima o zaštiti stranih investicija.[7] Ranije je takvu sigurnost stranim investitorima pružala domaća država kroz diplomatsku zaštitu u slučaju spora, ali se pokazalo da to često nije bilo dovoljno, ili nije bilo efikasno. Ovde se ne misli na sporove nastale zbog neispunjenja klasičnih obaveza iz komercijalnog ugovora, kao što je neisporuka robe ili neplaćanje cene, kašnjenje sa radovima i slično. To su komercijalni rizici koji su svojstveni svakom ugovoru, pa i ugovoru o ulaganju i sa njihovim postojanjem moraju računati svi učesnici u poslu. Misli se na obaveze za čije neispunjenje je neposredno ili posredno odgovorna država domaćin zbog dejstva akata i radnji koje joj se mogu pripisati[8], a od čijeg štetnog dejstva nastoji da se obezbedi strani investitor. Država prijemnica kapitala može ovu zaštitu obezbediti ili jednostrano,

---

[5] Marko Jovanović, *Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja*, doktorski rad, Beograd, 2014, str. 241.

[6] Vid. Paolo Vargiu u: Tullio Treves, Francesco Seatzu, Seline Trevisanut, *Foreign Investment, International Law and Common Concerns,* Routledge, 2013, str. 1. i 228. O zaštiti slabije strane vid. Laura Maria van Bochove, Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law, *ELR* November 2014 | No. 3, str. 147- 156.

[7] Rudolf Dolzer, The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law, *International Law and Politics*, Vol. 37:953(200%), str. 954.

[8] O pripisivosti vid. Michael Feit, Attribution and the Umbrella Clause – Is there a Way out of the Deadlock? Minnesota Journal of Int'l Law 21(2012), str. 21-41; Marko Jovanović, *n. delo*, str. 247-255.

unutrašnjim zakonskim i drugim propisima, ili na bilateralnoj osnovi - zaključivanjem odgovarajućih ugovora sa državom stranog investitora, najčešće BIT-ovima. Potreba da se osim komercijalnim ugovorom, stranom investitoru pruži i dodatna zaštita putem BIT-ova i drugih međunarodnih investicionih sporazuma je opravdavana prirodom državnih ugovora (*contract administartif*) na čiji nastanak, sadržinu i prestanak je država prijemnica kapitala svojom regulatornom funkcijom moglo bitno da utiče.

U praksi se, međutim, pokazalo da između komercijalnih ugovora i bilateralnih sporazuma o zaštiti stranih investicija nije lako povući jasnu razliku, kao ni između obaveza nastalih *iure gestionis* koje je država preuzela po dijagonalnim ugovorima i obaveza *iure imperii* koje je preuzela međunarodnim sporazumima.[9] S druge strane, nije bilo lako ni razdvojiti obaveze koje su regulisane unutrašnjim pravom od međunarodnih obaveza, koje su regulisane izvorima međunarodnog prava. Relativizaciji ovih razlika doprinela je i teorija o tzv. internacionalizaciji ugovora.[10] Pod internacionalizacijom se u formalnom smislu razume tretiranje povrede iz komercijalnog ugovora kao povrede međunarodne obaveze. U suštini, "internacionalizacijom" se nudi opravdanje zbog čega se na državne ugovore kao što je komercijalni ugovor o investicijama, ne primenjuje domaće (unutrašnje) pravo, već i izvori međunarodnog prava, kao što je transnacionalno pravo, *lex mercatoria* ili opšti principi međunarodnog prava.[11] Da bi se opravdala njihova primena prethodno je klasične privatno pravne obaveze domaćeg preduzeća trebalo proglasiti međunarodnim obavezama. Osim što se internacionalizacijom ugovornim stranama nameće novi pravni režim za već preuzete materijalno pravne obaveze, stvaraju se i pretpostavke za uspostavljanje novog foruma za rešavanje takvih "međunarodnih" obaveza. Stranom investitoru se omogućava da pokrene postupak pred arbitražom koja je predviđena u odnosnom BIT-u, umesto pred arbitražom koja je predviđena arbitražnom klauzulom u komercijalnom ugovoru. Davanjem prava međunarodnim forumima da odlučuju o sporovima iz komercijalnog ugovora o ulaganju praktično su izbegnuti domaći sudovi i eventualni negativni uticaj domaće države na položaj stranih investitora.[12]

---

[9] Vid. M. Stanivuković, Klauzula o ispunjenju svih obaveza koje je država preuzela prema stranom ulagaču (kisobran klauzula) u dvostranim ugovorima o zaštiti investicija) u: "*Međunarodno privatno pravo i zaštita inostranih investitora*", Podgorica, 2008, str. 32-57, str. 34.

[10] Ivar Alvik, *Contracting with Sovereignty, State Contracts and International Arbitration*, Hart Publishing, 2011.

[11] Vid. Jan Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden-Boston, 2011, str. 25-50.

[12] Više vid. R. Lillich, The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements: Reexamining the Concept of "Internationalization", u: R. Lillich & C. Brower (eds.), *Interna-*

POJAM I SADRŽINA KIŠOBRAN KLAUZULE

Kišobran klauzula je odredba u investicionim sporazumima o zaštiti i unapređenju stranih investicija kojom država prijemnica kapitala garantuje poštovanje svih obaveza koje je preuzela prema investitoru iz druge države ugovornice,[13] ne samo sporazumom o zaštiti stranih investicija, već i pojedinačnim komercijalnim ugovorom. Osim u bilateralnim sporazumima, kišobran klauzula se može naći i u nekim multilateralnim sporazumima, kao što su Sporazum o energetskoj povelji i Sporazuma o severnoameričkoj zoni slobodne trgovine (NAFTA). U domaćoj praksi, kišobran klauzula se nalazi u većem broju BIT-ova koje je Srbija zaključila sa trećim državama, kao što su, na primer sporazumi sa Hrvatskom, Austrijom, Grčkom, Italijom i drugim državama.[14] U međunarodnoj praksi, kišobran klauzula je u sličnoj formi ugovorena u brojnim bilateralnim sporazumima, počev od prvog BIT-a između Nemačke i Pakistana[15], od 1959. godine. Međutim, čini se da u poslednje vreme sve veći broj država izbegava da ih unese u svoje sporazume.[16] Razloge za to bi trebalo tražiti i u činjenici da u pravnoj teoriji i arbitražnoj praksi postoje brojna otvorena pitanja i razlike u njihovom tumačenju.

U pravnoj teoriji je pojam kišobran klauzule prvi put formulisan u predmetu Anglo-iranske naftne kompanije, iz 1951. godine.[17] Međutim, diskusije o njenoj sadržini i formulaciji su nastavljene i kasnije, naročito prilikom formulisanja OECD konvencije o zaštiti strane svojine, od 1962. i 1967. godine i američkog modela sporazuma o zaštiti investicija. I pored toga, ne postoji jedinstveni pojam, pa čak ni termin kojim se označava kišobran klauzula. Tako se u uporednoj arbitražnoj praksi i pravnoj teoriji paralelno koriste sledeći nazivi: klauzula sa

---

tional Arbitration in the 21st Century, (1994, str. 61. i dalje.

[13] Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, OUP 2012) 166. U domaćoj teoriji: Maja Stanivuković, *n. delo*, str. 34; Marko Jovanović, *n. delo*, str. 242; Predrag Cvetković, *n. delo*, str. 44.

[14] Vid. Marko Jovanović, *n. delo*, str. 242.

[15] U članu 7. ovog sporazuma kišobran klauzula je formulisana vrlo kratko: "Svaka strana (ugovornica) će poštovati svaku obavezu koju može preuzeti u pogledu investicija prema državljanima i kompanijama druge strane (ugovornice)."

[16] UNCTAD, World Investment Prospects Survey 2013-2015 (United Nations New York and Geneva, 2013), 11.; Study The investment chapters of the EU's international trade and investment agreementsin a comparative perspective, *Directorate-general for external policies policy department*, 2015, str. 164. Raul Pereira de Souza Fleury, Closing the umbrella: a dark future for umbrella clauses? Dostupno na http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/13/closing-umbrella-dark-future-umbrella-clauses/ Poslednji pristup 24.10. 2017.

[17] Vid. A. Sinclair, The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection, *Arb. Int'l* 20 (2004), 414-415.

dejstvom ogledala (*mirror effect*), elevator klauzula (*elevator*), klauzula paralelnog dejstva (*parallel effect*), sveta klauzula (*sanctity of contract*), klauzula o poštovanju (*respect clause*) i klauzula o poštovanju ugovora (*pacta sunt servanda*).[18] Svakim od navedenih naziva se naglašava neki od elemenata po kome se razlikuje od drugih uobičajenih klauzula.

Kao prvi model kišobran klauzule navodi se formulacija iz *Abs-Shawcross* Predloga međunarodne konvencije o uzajamnoj zaštiti prava privatne svojine u stranim državama, od 1959. godine, u kome je bila formulisana na sledeći način: "Svaka strana će u svako vreme osigurati poštovanje svih obaveza koje su preuzete u pogledu investicija koje su izvršene od državljana svake druge strane (ugovornice)."[19] Gotovo u istom obliku je formulisana i u članu 2. OECD Predloga Konvencije o zaštiti strane svojine, iz 1967. godine: "Svaka strana će u svako vreme obezbediti poštovanje preuzetih obaveza u pogledu svojine državljana druge strane."[20]

U aneksu uz američki model sporazuma o zaštiti stranih investicija - MAI model, predložene su dve vrste klauzula: klauzula poštovanja i materijalna klauzula. Klauzula poštovanja je formulisana kao: "Svaka ugovorna strana će poštovati sve obaveze koje je preuzela u pogledu određene investicije investitora druge ugovorne strane..:" Prema materijalnom pristupu klauzulom je rešeno i pitanje nadležne arbitraže i formulisana je na sledeći način: "Svaka ugovorna strana će poštovati svaku obavezu koju je u pisanom obliku preuzela u pogledu investicija na svojoj teritoriji od stranog investitora druge ugovorne strane. Sporovi koji nastanu iz takvih obaveza će biti rešeni prema uslovima iz osnovnog ugovora."

U Ugovoru o energetskoj povelji, kišobran klauzula je formulisana kao: "Svaka Ugovorna strana će poštovati svaku obavezu preuzetu prema stranom investitoru ili investiciji investitora svake druge strane ugovornice."[21]

Ako se zanemare izvesne, na prvi pogled jezičke razlike, koje postoje u navedenim formulacijama, kao zajednička mogu se izvući četiri elementa ili četi-

[18] Vid. Yannaca-Small, K. (2006), "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/03, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/415453814578 OECD, str. 3. Dostupno i na http://dx.doi.org/10.1787/415453814578

[19] Vid. 1956-59 Abs Draft International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights *in Foreign Countries* (the Abs draft), čl. II.

[20] Čl. 2. OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention*", OECD Publication No 23081, November 1967*, beleške i komentari uz čl. 2, tač. 3(a).

[21] Čl. 10(1) The Energy Charter Treaty was signed on 17 December 1994, dostupno na http/www.encharter.org. Poslednji pristup 02.10. 2017.

ri formulacije koje karakterišu kišobran klauzulu: "...biće poštovana", "svaka obaveza", "preuzeta" i "koja se odnosi na investicije."[22] Formulacijom "biće poštovana, ili poštuju se " (*shall observe*), izražava se imperativni i kategorični karakter obaveze države prijemnice kapitala.[23] Pod "svakom obavezom" (*any obligation*), treba razumeti pravnu obavezu koja je u arbitražnoj praksi tumačena na širi i uži način. Prema širem tumačenju, pod "svakom obavezom" se razumeju ne samo obaveze određene vrste, na primer ugovorne, već i svaka druga obaveza, koja ne mora poticati iz ugovora o stranim investicijama,[24] kao što su jednostrane obaveze koje je unutrašnjim propisima preuzela država prijemnica kapital[25]. Prema užem tumačenju, pojam "svake obaveze" obuhvata samo ugovorne obaveze.[26] U praksi se u istom značenju umesto izraza *obligation*, koriste i izrazi *undertaking*", "*commitment*".[27] Sintagmu "*entered into*" ili "*assumed*"... treba tumačiti kao "preuzetu" (obavezu) ili "...u koju se ušlo". Iako se govori o "strani ugovornici", misli se samo na obaveze u koje je ušla ili koje je preuzela država prijemnica kapitala, a ne i na obaveze države porekla, pa čak ni na obaveze pravnih subjekata (entiteta) koji se razlikuju od države domaćina. Na kraju, fraza "*with regard to investments*" upućuje na predmet obaveze, koji označava "vezu između obaveze i investicije."[28] Pri tome, u kišobran klauzuli mora biti izričito upućivanje na obaveze različite od onih kojih su navedene u sporazumu o zaštiti investicija (*non-treaty obligations*). "Nove obaveze" moraju imati svoje poreklo u dugim pravnim instrumentima različitim od samo BIT-a,[29] i moraju biti bezuslovne.

Osnovne karakteristike i pravna priroda kišobran klauzule

---

[22] Vid. Qian Gu, Umbrella Clause: What If There is a Lack of (Direct) Privity of Contract?, *Master's Thesis, University of Amsterdam*, 2016, str. 6. Dostupno na https://www.google.rs/search?q=Qian+Gu,+Umbrella+Clause:+What+If+There+is+a+Lack+of+(Direct)+Privity+of+Contract%3F,+Master%E2%80%99s+Thesis,+University+of+Amsterdam&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gws_rd=cr&dcr=0&ei=7HfvWeiWMIXQwAKF6KW4DA.

[23] *Isto*, str. 6-7. i tamo navedene arbitražne odluke.

[24] Vid. odluku u predmetu *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, UNCITRAL, Partial Award (19 August 2005), tač. 246.

[25] Jan Ole Voss, n. delo, str. 233.

[26] Vid. *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award (12 October 2005), tač. 51.

[27] Vid. Qian Gu, Umbrella Clause:..., *n. delo*, str. 8.

[28] *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award (18 August 2008), tač. 324; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. RB/08/5, Decision on Liability (14 December 2012), tač. 216. Vid. Qian Gu, Umbrella Clause:..., *n. delo*, str. 9, n. 48.

[29] Jan Ole Voss, *n. delo*, str. 234.

Kao jedna od odredbi BIT-a, kišobran klauzula ima za cilj da dodatno obezbedi interese stranog investitora putem tzv. „produženog i ukrštenog dejstva".

"Prošireno" dejstvo kišobran klauzule se u materijalnom smislu manifestuje u nametanju potencijalne odgovornosti državi prijemnici kapitala ne samo za povrede BIT-a, već i za povrede individualnog ugovora koje učini domaće preduzeće kao druga ugovorna strana iz investicionog ugovora.

U procesnom smislu, kišobran klauzula dovodi i do proširenja prorogacionog dejstva arbitražne klauzule iz BIT-a i na sporove iz komercijalnog ugovora,[30] čime se omogućava uspostavljanje arbitraže izvan uobičajenog relativnog dejstva ugovora o arbitraži (*without privity*).[31]

Drugo dejstvo se može označiti kao "ukršteno prožimajuće dejstvo." Ono se ogleda u tome što se unutrašnje privatno pravne povrede individualnog ugovora o ulaganju tretiraju kao povrede međunarodne obaveze. Na taj način se povredi obaveze koja je regulisana unutrašnjim pravom (kao merodavnim pravom) daje karakter povrede međunarodne obaveze, o kojoj se odlučuje u skladu sa međunarodnim pravom. Prožimanje i ukrštanje se sastoji u uzajamnom preplitanju prava i obaveza između BIT-a i komercijalnog ugovora o ulaganju, iako su u pitanju dva pravno odvojena posla, što otvara pitanje njihove pravne samostalnosti.

Posmatrano u dinamičkom smislu, kišobran klauzula izaziva dva procesa u suprotnim smerovima. U materijalnom smislu se privatno pravne obaveze (iz komercijalnog ugovora) proglašavaju međunarodnim, čime se "*dižu*" na međunarodni nivo, dok se u procesnom smislu prorogaciono dejstvo arbitražne klauzule sa međudržavnog nivoa "*spušta*" na individualni privatno pravni nivo u smislu širenja nadležnosti arbitraže koja je predviđena u BIT-u i na privatne sporove. S obzirom da oba sporazuma: investicioni i individualni, spadaju u kategoriju ugovora, sa stanovišta ugovornog prava, kao osnovno, postavlja se pitanje da li se na ovaj način dovodi u pitanje relativno dejstvo ugovora, kao osnovna karakteristika svih ugovora i u sistemima pisanog i opšteg prava, ili se uvodi nova vrsta tzv. trijangularnih ugovora.[32]

---

[30] Vid. Mihir C. Naniwadekar, The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference? *Trade, Law and Development*, Special Issue: International Investment Law, Vol. I, No. 1 2010.

[31] Vid. Jan Paulsson, *Arbitration without Privity*, 10 *ICSID Rev. – Foreign Invest. L.J.* 232 (1995), . Raúl H. Pereira de Souza Fleury, Treaty-Protected Investment Agreements: Of Umbrella Clauses and Privity of Contract, Bepress. Dostupno na: https://works.bepress.com/raul_pereiradesouzafleury/2/

[32] Vid. Roberts, Anthea (2015) Triangular Treaties: The Nature and Limits of Investment Treaty Rights. *Harvard International Law Journal,* 56 (2). str. 353-417.

Naime, imajući u vidu da i BIT i komercijalni ugovor spadaju u kategoriju ugovora kao saglasnosti dve volje, prema opšte prihvaćenom pravilu "što dvojica uglave, trećega ne veže,"[33] dejstvo saglasnosti je ograničeno samo na ugovorne strane iz konkretnog posla, u ovom slučaju iz BIT-a, Međutim, kako "produženo" prorogaciono dejstvo kišobran klauzule stranom investitoru daje mogućnost da umesto ugovorene arbitraže iz komercijalnog ugovora, odabere onu iz BIT-a, iako nije strana u BIT-u, opravdanje je ponuđeno kroz tzv. internacionalizaciju prava i obaveza iz komercijalnog ugovora i učenje o pripisivosti akti i radnji državi.

Prema teoriji internacionalizacije, prava i obaveze stranog investitora kao slabije strane iz komercijalnog ugovora se moraju dodatno zaštiti tako što će se proglasiti "međunarodnim". To ima za posledicu da se u slučaju povrede koju učini domaća strana (državni entitet) na spor imaju primeniti pravila međunarodnog prava, pre svega opšti pravni principi. Na taj način se "strana investicija 'translatuje' izvan sfere uticaja države domaćina i pozicionira u polje delovanja normi međunarodnog karaktera.[34] S obzirom da se u ugovorom o ulaganju po pravilu ugovara primena domaćeg prava u slučaju spora, svrha internacionalizacije je da se praktično suspenduje primena domaćeg prava i na taj način oslabi pozicija domaće strane. Međutim, navedeno objašnjenje u suštini samo opisuje proces internacionalizacije i razloge "translatovanja", ali ne daje pravno obrazloženje kako je moguće u vreme trajanja punovažno ugovora menjati prirodu obaveza jedne strane, kao i merodavno pravo. Opravdanje da se na taj način bolje štiti slabija strana je više političke, nego pravne prirode.

U praksi se teza o jačoj poziciji domaće ugovorne strane jer iza nje stoji država sa legislativnim, izvršnim i sudskih prerogativima, u odnosu na privatnog investitora teško može dokazati kao pravilo. Dosadašnja praksa pokazuje da su države prijemnice kapitala svoju jaču poziciju (bar u formalnom smislu) koristile samo u "turbulentnim vremenima" (u građanskim ratovima, prilikom nasilne promene režima, pučeva i slično), ali ne i u stabilnim uslovima. Pri tome, nije sporno da su države u procesu dekolonizacije posezale i za nepravnim merama kojima su ograničavale ili potpuno suspendovale pojedina prava stranih investitora na domaćoj teritoriji. Međutim, vreme dekolonizacije je prošlo pa nije dobro opšta pravna pravila primeravati onome što je bilo. Pre bi bilo opravdano nejasna pravila trebalo tumačiti prema projektovanoj ili željenoj budućoj situaciji, *pro futuro*, a ne prema onome što predstavlja prošlost. U tom smislu se može postaviti političko pitanje: da li strani investitori imaju bojazan ili saznanja o novom talasu ekonomske dekolonizacije, koja je inspirisana neoliberalnim učenjem

[33] Čl. 1025. Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru.

[34] P. Cvetković, *Međunarodno pravo stranih investicija*, Beograd, 2007, str. 47.

(i Vašingtonskim konsenzusom), a koju sprovode vodeće međunarodne finansijske institucije pod okriljem Svetske banke, od čijih bi štetnih posledica trebalo da se i dodatno zaštite. Ako raspolažu takvim saznanjem, pravo je pitanje ko je tome doprineo: velike multinacionalne kompanije kao strani investitori ili države prijemnice kapitala.

Premisa o slabijoj pregovaračkoj snazi stranih investira se može relativizovati i činjenicom da danas u svetu postoje multinacionalne kompanije čiji ukupni godišnji prihodi daleko nadmašuju budžete mnogih država, posebno država prijemnica kapitala. Nije teško pokazati ni da interese velikih TNK zastupaju tako moćne advokatske kancelarije čiji godišnji prihodi, takođe, premašuju milijardu dolara, koje osim finansijskog vrše i značajan pravni uticaj, na šire ili uže tumačenje i razumevanje pojedinih pitanja.[35] Nasuprot njima, u pregovorima koje vode države prijemnice kapitala često učestvuju nedovoljno pripremljeni i motivisani domaći administrativni kadrovi. U takvoj situaciji, pre bi se moglo reći da se u slabijem položaju nalaze domaća preduzeća (i država).

Da domaće države u pregovorima sa stranim investitorima ne retko pristaju i na nepravne i neprincipijelne ustupku svedoče aneksi uz osnovne komercijalne ugovore, koji ostaju tajni samo za domaću javnost. Stoga je teško naći opravdanje za dodatnim obavezivanjem država domaćina putem internacionalizacije privatnih komercijalnih obaveza koje su preuzela domaći saugovarači.

Pitanje relativnog dejstva se naročito postavlja kod određivanja subjekata koji se mogu pozvati na dejstvo kišobran klauzule. Kao sporno se postavlja pitanje da li se njeno dejstvo prostire i na stranog investitora kad se investiranje sastoji u otkupu manjinskog paketa akcija ili, kad se kao domaća ugovorna strana u komercijalnom ugovoru javlja poddržavni entitet. Arbitraže su se o ovom pitanju izjašnjavale na različite načine. U odlukama donetim u predmetima *Impregilo v. Pakistan*[36] arbitri su pakistansku razvojnu agenciju za vodu i struju (*Water and Power Development Authority* - WAPDA), tretirali kao "pravnog subjekta koji je različit od države Pakistan."[37] I u odluci donetoj u predmetu *Azurix v. Argentina*[38] arbitri su kod ugovora o koncesiji koji je strani investitor zaključio sa Provincijom Buenos Ajres, Provinciju Buenos Ajres smatrali odvojenom od države Argentine koja je zaključila BIT sa SAD u kome je bila sadržana i kišobran klauzula. Među-

[35] Radovan Vukadinović i Jelena Vukadinović Marković, Uticaj globalizacije prava na novi svetski poredak, *Srpska politička misao*, 1/2017, 103-120, str. 113, nap. 35.

[36] *Impregilo SpA v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction of April 22, 2005

[37] Tač. 216.

[38] *Azurix Corp. v. Argentine Repbublic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of July 14, 2006, para. 384

tim, u predmetu *Eureko v. Poland*[39] arbitri su smatrali da se dejstvo kišobran klauzule iz BITa koji je Poljska zaključila sa Holandijom prostire i na Državni trezor sa kojim je strani investitor zaključio ugovor o koncesiji. I u odluci donetoj u predmetu *Noble Ventures v. Romania*[40] arbitri su smatrali da se dejstvo kišobran klauzule prostire i na rumunska državna preduzeća koja su u procesu privatizacije predstavljala Rumuniju i zaključile ugovore sa stranim investitorima. Što se tiče prava akcionara zavisnog društvo, kao stranog investitora, koje je nastalo otkupom manjinskog paketa akcija domaćeg društva, arbitri su u predmetima *Azurix v. Argentina i Siemens*[41] smatrali da se zavisna preduzeća ne mogu pozvati na kišobran klauzulu, jer nisu ugovorne strana u komercijalnim ugovorima. Međutim, ako se investiranje sastoji u kupovini akcija u nacionalnoj kompaniji, investitor kao akcionar može imati pravo da se pozove na povredu obaveza domaće kompanije u kojoj je on akcionar, ako takva povreda uzrokuje smanjenje vrednosti akcija.[42]

Pripisivost akata i radnji državi prijemnici kapitala

Uslov pripisivosti se postavlja zbog toga što komercijalni ugovor sa stranim investitorom ne zaključuje država prijemnica kapitala (koja je zaključila BIT), već državni organ ili drugo javno telo koje po pravilu uživa pravnu samostalnost i raspolaže potrebnom sposobnošću da nastupa u pravnom prometu. Najčešće su to organi, tela, kompanije i preduzeća iz oblasti javnih delatnosti i usluga, kao što su isporuka gasa, vode, električne energije, poštanske, telekomunikacione i transportne usluge, iz infrastrukturnih delatnosti, kao što su izgradnja i održavanje puteva, aerodroma i slično. Problemi u praksi mogu nastati zbog toga što ne postoje jasni kriterijumi razgraničenja kad ova tela nastupaju kao organi države i u državnom interesu, a kad u sopstvenom komercijalnom interesu. Zbog toga arbitražni tribunali pre nego što odluče o primeni ili dejstvu kišobran klauzule na odnosno preduzeće vrše tzv. strukturni ili strukturalni test.[43] Cilj testa je da se odredi u kom svojstvu u konkretnom komercijalnom ugovoru nastupa domaća

[39] *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award of August 19, 2005

[40] *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award of October 12, 2005, tač. 86.

[41] *Siemens v. Argentina* - ICSID Case No. ARB-02-8, Award, 6 February 2007

[42] Vid. Raúl H. Pereira de Souza Fleury, Treaty-Protected Investment Agreements: Of Umbrella Clauses and Privity of Contract, Bepress, str. 15. https://works.bepress.com/raul_pereiradesouzafleury/2/

[43] Vid. Michael Feit, Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by State-Owned Entity, Responsibility of the State Under International Law

ugovorna strana: da li potpuno samostalno ili je pod odlučujućim uticajem države. Ovo je važno odrediti podjednako iz materijalnih i procesnih razloga. U materijalnom smislu, kako bi se odredilo da li se na prava i obaveze iz konkretnog ugovora mogu primeniti odredbe o standardima zaštite iz BIT-a. U procesnom smislu, kako bi se odredilo da li za sporove iz komercijalnog ugovora može biti nadležna arbitraža određena u BIT-u, ili ona koja je ugovorena u individualnom ugovoru. Određivanje pravne prirode i karaktera domaće ugovorne stane iz komercijalnog ugovora treba posmatrati u sklopu dva opšta uslova koji su bitni za primenu kišobran klauzule. Naime, da bi država prijemnica kapitala odgovarala i za obaveze iz komercijalnog ugovora potrebno je da budu ispunjena dva uslova: da je došlo do povrede komercijalnog ugovora koja se, u skladu sa internacionalizacijom, smatra povredom međunarodnog prava, zbog čega je nastala šteta, i da je reč o protivpravnom ponašanju koje se može pripisati državi.[44] Povreda u ispunjavanju preuzetih obaveza se relativno lako može utvrditi. O prirodi ponašanja (činjenja ili nečinjenja) kojim je izazvana povreda neće biti detaljnije reči, već je dovoljno reći da to mora biti protivpravno ponašanje u smislu Nacrta pravila o odgovornosti države za međunarodne protivpravne akte.[45]

U praksi se kao otvoreno, postavlja pitanje koji domaći subjekti se smatraju državnim entitetima za čije radnje i povrede obaveza može odgovarati država prijemnica kapitala po principu pripisivosti. U odgovoru na postavljeno pitanje, u praksi se polazi od pravila međunarodnog običajnog prava o jedinstvu države, prema kome je država odgovorna za sve njene organe, kao i za organe teritorijalnih jedinica, kao što su pokrajine, okruzi, opštine,[46] prilikom vršenja zakonodavnih, izvršnih i sudskih funkcija.[47] Status državnog organa se određuje u skladu sa

for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity", *Berkeley Journal of International Law* br. 1/2010, 142-176, str. 148; Marko Jovanović, *n. delo*, str. 247.

[44] Vid. Michael Feit, Attribution and the Umbrella Clause – Is there a Way out of the Deadlock? Minnesota Journal of Int'l Law 21(2012), str. 22.

[45] Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Official Records of the General Assembly, 56 zasedanje, Dodatak br. 10(A/RES/56/10), usvojen kao Rezolucija Generalne skupštine od 12. 12. 2001. godine. Više o tome S. Đajić, *n. delo*, str. 937. Tekst Nacrta sa komenatrom dostupan i na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Poslednji pristup 15.10. 2017.

[46] Vid. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, čl. 4.

[47] Vid. *CMS v Argentina*, odluka o nadležnosti, od 17. 07. 2003. Komentar vid. u: Jean-Christophe Honlet and Gullaume Borg. *See* Jean-Christophe Honlet & Guillaume Borg, *The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in* CMS v. Argentina *Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause:* SGS v. Philippines *Revisited*, 7 *L. & Prac. Int'l Ct. & Tribunals* 1, 24–28 (2008)

unutrašnjim pravom.[48] Akti državnih organa će biti pripisani odnosnoj državi čak i kada su nezakoniti i suprotni dobijenim uputstvima od strane države, tj. ako su *ultra vires*.[49] Kao akti države smatraju se čak i komercijalni akti državnog organa, iz čega je izveden zaključak da priroda akta kao *acta iure gestionis*, nije od značaja[50]. Ove i druge razlike su doprinele i da se kišobran klauzula tumači na različite načine[51]: na uži, širi i srednji način.

Prema užem ili restriktivnom tumačenju, kišobran klauzuli se ili uopšte ne priznaje dejstvo ili se priznaje samo ograničeno dejstvo, jer se odnosi samo na "međunarodne obaveze"[52] ili "pokriva" samo "posebno velike investicije i koncesije"[53] Prema širem shvatanju, kišobran klauzula se odnosi na sve obaveze i pokriva ne samo obaveze iz BIT-ova već i iz komercijalnih investicionih ugovora.

Prema trećem srednjem ili mešovitom pristupu, internacionalizacija i pripisivost povrede zavise od toga da li je do povrede došlo zbog radnji i akata *de iure imperii* ili *de iure gestionis*.

Restriktivni pristup arbitri su zauzeli u predmetu *SGS v Pakistan*,[54] u kome su smatrali da se kišobran klauzula odnosi samo na slučaj kad država prijemnica ne implementira investicioni ugovor u svoje pravo ili ne uzme učešće u dogovorenom mehanizmu za rešavanje sporova. U predmetu *Hamester v. Ghana*[55] tužilac je tvrdio da tuženi povredio individualni ugovor i da je takva povreda "izdignuta"

---

[48] Vid. zvanični komentar Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, uz čl. 4. tač. 11.

[49] Vid. Rudolf Dolzer and Christofer Screuer, *Princples of International Investment Law*, str. 217. i komentar Nacrta Pravila, čl. 4, komentar u tač. 13.

[50] I abitražni tribunal u odluci donetoj u predmetu *Noble Ventures Inc. v Romania*, ICSID No ARB/01/11, Odluka o meritumu od 12. 10. 2005, tač. 82. navodi da je teško videti zašto komercijalni akti, tzv. *acta iure gestionis*, ne bi po definiciji bili pripisivi državi, dok bi akti javne vlasto, tzv. *acta iure imperii*, bili pripisivi državi.

[51] Vid. odluke arbitražnih tribunala u predmetima *Eureko, Vivendi II* i *Siemens*. U prvom slučaju arbitri nisu uzeli u obzir prirodu akta - privatno pravnog ugovora, dok su u drugom slučaju konstatovali da je za pripisivost od značaja i priroda akta. Vid. komentar u Sanja Đajić, *n. delo*, str. 939-942.

[52] A.C. Sinclair: "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International 2004, Vol. 20, No 4,*

[53] C.N. Brower, "The Future of Foreign Investment—Recent Developments in the International Law of Expropriation and Compensation" in V.S. Cameron (eds), *Private Investors Abroad – Problems and Solutions in International Business in 1975* (Southwestern Legal Foundation Symposium Series, Private Investors Abroad, Matthew Bender, New York, 1976), pp. 93, 105 n.27

[54] Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, 42 ILM (2003) 1290

[55] Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, od 18.06. 2010.

ili internacionalizovana kao povreda BIT-a preko kišobran klauzule[56]. Tuženi se branio da kišobran klauzula ne obuhvata ugovorne obaveze i da je domaća ugovorna strana odvojeno pravno lice u odnosu na državu prijemnicu. Arbitri su, nakon što su konstatovali da postoje različite odluke u pogledu tumačenja kišobran klauzule, zaključili da ugovori između stranih investitora i pravnih entiteta koji su odvojeni od države nisu obuhvaćeni domašajem kišobran klauzule.[57]

Dejstvo kišobran klauzule može biti ograničeno i samo na javno pravne akte - *acta iure imperii*. Kao primeri takvog tumačenja navode se odluke donete u predmetima *Pan American v Argentina*,[58] *Salini v Jordan*[59] *Texaco v Libya*,[60] *ARAMCO v Saudi Arabia*[61] *Siemens v Argetina*[62]. U odlukama donetim u predmtima *CMS v Argentina*[63] i *Joy Mining v Egypt*[64] arbitri su dejstvo kišobran klauzule ograničili samo na značajno mešanje vlade u komercijalni ugovor.

Ekstenzivno tumačenje arbitri su koristili u predmetima *SGS v Philippines*,[65] *Noble Ventures v Romania*[66] *Eureko v Poland,*[67] dok su u odluci donetoj u predmetu zauizeli srednji stav. U odluci donetoj u predmetu *Kardassopoulos v. Georgia*[68], arbitri nisu krenuli od toga da li je povređena kišobran klauzula, već da li je država prijemnica vezana ugovornim obavezama koje je preuzela domaća ugovorna strana (*SakNavtobi and Transneft*) i u skladu sa odredbama Nacrta pravila o pripisivosti (čl. 7) našla da je obavezana.[69]

---

[56] Kišobran klauzulom je bilo predviđeno da će "Svaka Strana ugovornica poštovani svaku obavazu koju je preuzela u pogledu investicija na svojoj teritoriji državljana ili kompanija druge Strane ugovornice." U pitanju je bio BIT između Nemačke i Republike Gane. Čl 9(2), Feb. 24, 1995, http://www.unctad.org/sections/dit e/iia/docs/bits/germany_ghana.gr.pdf. 2

[57] Tač. 343. Arbitri u tom smislu navode i odluku u *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan.* ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 223 (Apr. 22, 2005), 12 ICSID Rep. 245 (2007)

[58] Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, tač.108 i dalje.

[59] Decision on Jurisdiction, 29 November 2004, 44 ILM (2005) 569, tač.125;

[60] 53 ILR (1979) 389, tač. 72.

[61] 27 ILR (1963) 117, 164

[62] Award, 6 February 2007, tač.206

[63] Award, 12 May 2005, 44 ILM (2005) 1205

[64] Award, 6 August 2004, 19 ICSID Review-FILJ (2004) 486

[65] Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, 8 ICSID Reports (2005) 518

[66] Award, 12 October 2005, tač.51;

[67] Partial Award, 19 Award 2005, 12 ICSID Reports 335

[68] *Kardassopoulos v. Republic of Georgia*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Award (Mar. 3, 2010), http://italaw.com/documents/KardassopoulosAward.pdf

[69] Tač. 274. Odluke.

ZAKLJUČAK

U većini bilateralnih sporazuma o zaštiti i unapređenju stranih investicija sadržana je posebna odredba kojom se radi bolje zaštite stranih investicija predviđa odgovornost države prijemnice kapitala i za obaveze iz komercijalnog ugovora o ulaganju između stranog investitora i domaćeg preduzeća. Stranim investitorima je ovakvom odredbom data mogućnost da, u slučaju povredo obaveza iz komercijalnog ugovora, spor pokrenu pred arbitražom koja je predviđena u BIT-a, a ne pred arbitražom koja je ugovorena u komercijalnom ugovoru. Takve odredbe su u teoriji i arbitražnoj praksi označene kao kišobran klauzule. Njihova osnovna karakteristika je u radu označena kao "produženo i ukršteno dejstvo." Produženo dejstvo kišobran klauzule se sastoji u tome što pod zaštitu BIT-a (pod BIT kišobran) stavlja i povrede obaveze iz komercijalnog ugovora, koje "diže" na nivo međunarodnih obaveza. Istovremeno, kišobran klauzula dovodi do ukrštenog i prožimajućeg dejstva jer dejstvo arbitražnog sporazuma iz BIT-a proteže na povrede komercijalnog ugovora, i na taj način ukršta dejstvo BIT-a sa pravnim dejstvom komercijalnog ugovora o ulaganju. S obzirom da BIT i komercijalni ugovor o ulaganju spadaju u kategoriju ugovora i da nastaju nezavisno jedan od drugog i predstavljaju pravno odvojene poslove, produženo i ukršteno dejstvo dovodi u pitanje važenje načela relativnog dejstva ugovora, koje je opšte prihvaćeno i u kontinentalnim pravima i u opštem pravu. Zbog toga se, kao i zbog praktičnih razloga o kojima je u radu bilo reči, autor zalaže da se kišobran klauzulu tumači vrlo usko.

Academician RADOVAN D. VUKADNOVIĆ, Ph.D.,
Faculty of Law Kargujevac

UMBRELLAS ARE IN THE FASHION - UMBRELLA CLAUSE IN BILATERAL AGREEMENTS ON PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENTS

Summary

The majority of bilateral agreements on the protection and improvement of foreign investments contain a special provision that, in order to better protect foreign investments, stipulates the responsibility of the state of the recipient of capital and for obligations arising from commercial investors' investment between a foreign investor and a domestic enterprise. Foreign investors have been provided with this provision, in the event of violation of obligations from the commercial contract, to initiate the dispute before the arbitration which is envisaged in the BIT, and not before the

arbitration agreed in the commercial contract. Such provisions are designated as a umbrella clause in theory and arbitration practice. Their basic characteristic is described in the paper as an "extended and crossed-out effect." The extended effect of the umbrella clause is that under the protection of BIT (under the BIT umbrella) it also violates obligations from a commercial contract, which "rises" to the level of international obligations. At the same time, the umbrella clause leads to a crossed and permeating effect because the effect of the arbitration agreement from BIT extends to violations of a commercial contract, thus crossing the effect of BIT with the legal effect of a commercial investment contract. Given that the BIT and commercial investment agreement are in the category of contracts and that they arise independently of one another and represent a legally separate agreements, the prolonged and crossed-up effect raises the question of the validity of the principle of the relative effect of the contract, which is generally accepted both in contingent rights and in the common law (privity of contract). As a result, as well as for the practical reasons that were discussed in the paper, the author advocates that the umbrella clause is interpreted very closely.

JELENA ĆERANIĆ,
MIRJANA GLINTIC

EVROPSKA UNIJA NAKON BREKSITA

– Sa posebnim osvrtom na kontinentalno partnerstvo kao model za redefinisanje odnosa između Ujedinjenog Kraljevstva i EU –

U V O D

Na referendumu održanom 23. juna 2016. biračko telo Ujedinjenog Kraljevstva (UK) izjasnilo se za izlazak iz EU. S obzirom na to da nijedna zemlja do sada nije "okrenula leđa" EU, Breksit predstavlja značajan momenat u istoriji evropskih integracija. Breksit se dogodio u trenutku kada se Unija suočava sa višegodišnjom krizom, što doprinosi delikatnosti situacije. Kriza koja je 2008. godine počela kao ekonomska, brzo se proširila zahvativši sve ostale segmente privrede i društva. Ekonomske i političke teškoće sa kojima se Unija trenutno suočava prete da ugroze osnovne vrednosti koje je ova zajednica ostvarila, a to su, pre svega, mir i stabilnost na prostoru Evropske unije u poslednjih šezdeset godina.[1]

Tokom više decenija postojanja, Evropska ekonomska zajednica se od funkcionalne i sektorske ekonomske zajednice transformisala u političku zajednicu i ekonomski savez država sa vrlo ambicioznim i široko postavljenim ne samo eko-

---

Dr Jelena Ćeranić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci; Viši naučni sardanik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

Mirjana Glintić, master, Istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

[1] Vid. A. Rabrenović, J. Ćeranić, *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU : prioriteti, problemi i perspektive* , Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, 301.

nomskim, već i političkim ciljevima.[2] Izlazak iz okvira onoga što čini jedinstveno tržište, uključujući i prelazak na spoljnu politiku i bezbednost, nosi velike rizike. Dakle, Evropske zajednice su, Ugovorom iz Mastrihta 1992. godine, od stabilnog ekonomskog saveza prerasle u nestabilan politički savez oličen u Evropskoj uniji.

Brojni razlozi koji su doveli do krize mogu sve svrstati u tri kategorije. To su razlozi ekonomske, političke i pravne prirode. Još nije definisan jasan put ne samo kako prevazići postojeću krizu, već ni oko njene kvalifikacije i prirode, pa čak ni oko naziva. Tako jedni ovu krizu eufemistički nazivaju "izazovima" (*challanges*), a drugi kao krizu poverenja u EU ili nepoverenje u funkcionalnost (odnosno disfunkcionalnost), ili nedovoljnu delotvornost organa Unije.[3]

Kriza se manifestuje u gotovo svim oblastima saradnje. Najpre, kada je reč o monetarnoj uniji, uprkos velikom broju pojedinačnih mera u borbi protiv dužničke krize, situacija se u nekim zemljama nije popravila. Zatim, što se tiče izbeglica i politike migracija, talas izbeglica iz različitih ratova i kriznih regiona pokazao je disfunkcionalnost evropskog sistema azila i, do određene mere, renacionalizovao aktivnosti u toj oblasti. Kada je u pitanju spoljna politika, zbog različitih interesa država članica, Evropska unija nema ni koherentnu strategiju ni pogodne strukture za vođenje jedinstvene spoljne politike. Dalje, u pogledu politike bezbednosti i odbrane, EU se prevashodno oslanja na NATO. S obzirom na to relevantni globalni akteri razvijaju sopstvene strategije u ovoj oblasti, i EU bi trebalo da preispita svoj pristup. Uzimajući u obzir ove, kao i mnoge druge probleme, potpuno je jasno zašto su evropski građani izgubili poverenje u strukture EU i uopšte EU kao projekat. Demokratski deficit predstavlja ozbiljan problem i veliku pretnju za budućnost evropskih integracija.[4] Stoga je reforma Evropske unije neophodna.

Kada je reč o reformi EU, tokom prethodnih godina izneti su brojni predlozi, tj. scenariji za redefinisanje koncepta evropskih integracija, tj. za reorganizaciju EU, koji se razlikuju po prirodi, opsegu i dometima. Među ovim scenarijima moguće je izvršti njihovo gradiranje prema stepenu uključenosti država u različite politike unutar institucionalnog okvira EU.[5] U tom smislu, na prvom mestu je

---

[2] R. Vukadinović, "Diferencirana integracija kao spasonosni metod integracije ili dezintegracije EU", *Pravna riječ*, 39/2014, 542.

[3] *Ibid*., 543.

[4] Pod demokratskim deficitom se podrazumeva pojava koja označava osećaj građana da se proces integracija odvija bez njihovog učešća i mimo njihove kontrole. Problem demokratskog deficita vremenom je prerastao u opšte nezadovoljstvo evropskih građana koje je rezultiralo porastom evroskepticizma u poslednjih par godina. Demokratski deficit jedan je od najznačajnijih i najizazovnijih problema u delovanju institucija Evropske unije.

[5] Vid. J. Ćeranić, "Redefinisanja koncepta evropskih integracija – različiti scenariji za prevazilaženje krize u Evropskoj uniji", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Zbornik radova sa

diferencirana integracija koja podrazumeva nastavak saradnje unutar institucionalnog okvira EU, međutim ne implicira učešće svih država u svakom vidu saradnje.[6] Zatim, sledi mogućnost sklapanja bilateralnih sporazuma između EU i onih država koje nisu članice ili nisu više članice EU.[7] Takođe, postoji mogućnost uspostavljanja saradnje država evropskog kontinenta i izvan institucionalnog okvira EU.[8]

Neophodnost reforme EU prepoznala je i Evropska komisija. Stoga je u Beloj knjizi iz marta 2017. godine iznela pet scenarija koji bi trebalo da, na neki način, usmere debatu o budućnosti Evrope.[9] Oni pružaju pet različitih vizija delovanja EU do 2025. godine. Početna tačka svakog od scenarija je da 27 država članica idu napred zajednički, kao Unija.[10]

Što se tiče samog izlaska UK iz EU i budućeg okvira za saradnju, takođe postoje brojni predlozi za redefinisanje odnosa između EU i UK. Pored već poznatih modela saradnje, kao što su Evropski ekonomski prostor (EEP),[11] bilateralni sporazumi, sporazumi o pristupanju, sporazumi o slobodnoj trgovini i instrumenti susedske politike, pojavio se jedan novi model koji predstavlja sintezu nekoliko koncepata, tj. preuzima karakteristike iz već postojećih modela i kombinuje na svojevrstan način. Reč je modelu kontinentalnog partnerstva (KP).

Reforma EU, s jedne strane, i redefinisanje odnosa između UK i EU, s druge strane, predstavljaju dva paralelna procesa, tj. trebalo bi da se odvijaju istovre-

savetovanja pravnika u Budvi 2017, 201-214 .

[6] Vid. J. Ćeranić, *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd 2011.

[7] Vid. J. Ćeranić, "Bilateralni sporazumi kao alternativa članstvu u Evropskoj uniji – sa posebnim osvrtom na švajcarski model", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Zbornik radova sa savetovanja pravnika u Budvi 2015, 249-251 .

[8] J. Majone, "Rethinking European Integration after Debt Crisis", *http://www.ucl.ac.uk/european-institute/analysis-publications/publications/WP3.pdf*, 26. avgust 2017.

[9] European Commisison, "White Paper on the Future of Europe", *http://eur-lex.europa.eu/content/news/white_paper.html,* 27. avgust 2017.

[10] U Beloj knjizi Komisija ističe da se prečesto diskusija o budućnosti Evrope svodila na binarni izbor između "manje ili više Evrope". Taj pristup je pogrešan i pojednostavljen. Mogućnosti koje Komisija predviđa u Beloj knjizi pokrivaju širok dijapazon u smislu da scenariji idu od onih koji podrazumevaju *status quo*, preko onih koji predviđaju promenu opsega i prioriteta delovanja EU, do onih koji zagovaraju parcijalno ili kolektivno unapređenje delovanja EU. Postoje mnoga preklapanja između scenarija i stoga oni nisu ni uzajamno isključivi ni iscrpni.

[11] Evropski ekonomski prostor (EEP (ponekad se prevodi i kao Evropska ekonomska zona)) nastao je 1. januara 1994. sporazumom između Evropske slobodne trgovinske asocijacije (EFTA) i Evropske unije (EU). EEP je stvoren kako bi se omogućilo zemljama EFTA da učestvuju na jedinstvenom tržištu, a da ne moraju pristupiti Evropskoj uniji.

meno. Ostavljajući po strani reformu EU, ovaj rad se fokusira se na redefinisanje odnosa između EU i UK nakon Breksita. Prvi deo posvećen je izlasku UK iz EU. Uzimajući u obzir isprepletanost odnosa između UK i EU, nijedan od postojećih modela partnerstva sa EU ne bi bio pogodan za UK. Stoga je u drugom delu rada predstavljen novi koncept, tzv. kontinentalno partnerstvo, koji predviđa reorganizaciju EU prema modelu koncentričnih krugova. Kontinentalno partnerstvo bi moglo, u perspektivi, da posluži i kao platforma za regulisanje odnosa između EU i nekih susedskih zemalja, što je razmotreno u trećem delu rada.

IZLAZAK UJEDINJENOG KRALJEVSTVA IZ EVROPSKE UNIJE

Na referendumu održanom u junu 2016. godine, Ujedinjeno Kraljevstvo se izjasnilo za izlazak iz Evropske unije. Postupak napuštanja EU predviđen je Ugovorom o Evropskoj uniji[12] na jednostavan i jasan način. Svaka država članica može odlučiti da se, u skladu sa svojim ustavnim propisima, povuče iz Unije. Ona svoju nameru saopštava Evropskom savetu. U svetlu orjentacije Evropskog saveta, Unija pregovara i zaključuje sporazum sa tom državom, kojim se utvrđuje način njenog povlačenja, vodeći računa o okviru njenih budućih odnosa sa Unijom. Ugovori prestaju da se primenjuju na dotičnu državu od dana stupanja na snagu sporazuma o njenom povlačenju ili, ako to nije navedeno, dve godine posle dostave obaveštenja.

Iako je u ovom trenutku teško sagledati posledice Breksita na process evropskih integracija, ono što je gotovo sasvim izvesno je da je Breksitom otvorena Pandorina kutija. Zbog isprepletanosti odnosa između UK i EU u mnogim sferama, neophodno je uspostaviti adekvatan pravni okvir za buduće odnose između UK i EU.

Isprepletanost odnosa između UK i EU

Već skoro šezdeset godina, težnja ka integraciji u EU je, umnogome, definisala budućnost evropskog kontinenta. Breksit predstavlja veliku promenu, kako u UK, tako i u EU. Stoga se pregovori o uslovima izlaska, kao i o budućem okviru za nastavak saradnje između UK i EU, moraju voditi pažljivo i detaljno, a ciljevi biti dugoročno definisani.

Sasvim je izvesno da će se u narednih 15 do 20 godina ravnoteža ekonomske i političke moći u svetu znatno izmeniti. Nijedna od tri najveće zemlje EU, Nemačka, Francuska i UK, ne može biti uverena da će "imati mesto za stolom" od

[12] Čl. 50 Ugovora o Evropskoj uniji (UEU).

deset najuticajnijih zemalja. Stoga bi ovaj region trebalo da bude predstavljen jedinstveno za tim "stolom".[13] Osim toga, izlazak UK iz EU trebalo bi da se odigra tako da dodatno ne oslabi EU u vremenu velikih izazova za bezbednost, slobodu i blagostanje njenih građana.

Geografska i ekonomska međuzavisnost UK i EU je realnost. UK može napustiti EU, ali ne može se preseliti iz Evrope.[14] Isto važi i za ekonomske veze. Pola veka nakon prvog proširenja EU, početkom sedamdesetih godina 20. veka,[15] ekonomije EU i UK su toliko povezane da je teško je zamisliti da se nešto tu može promeniti u skorije vreme.[16]

Stoga saradnja između UK i EU, nakon izlaska UK iz EU, mora da se postavi na nove i sigurne osnove. Naravno, s obzirom na različitosti između pojedinih oblasti, kao što su npr. trgovina i bezbednost, potrebno je usvojiti različite pristupe. Pri tome se mora imati na umu da ekonomija i politika nisu potpuno razdvojene.[17]

Veoma je važno da prilikom pregovora o istupanju budu definisani ne samo kratkoročni, već i dugoročni ciljevi. Moguće je da će EU biti u određenoj vrsti iskušenja da prilikom pregovora postavi uslove kojima bi, na neki način, kaznila UK zbog izlaska iz EU. Zasigurno UK ne može biti nagrađeno zbog odluke da napusti EU. Međutim, ukoliko bi ishod pregovora bio takav da izoluje UK i zamagli podsticaje za reformu EU, to bi bilo na štetu i UK i EU.

Različiti modeli za redefinisanje odnosa između UK i EU nakon Breksita

Postoje brojni predlozi za redefinisanje odnosa između UK i EU. Neki od njih oslanjaju se na već postojeće modele, dok su neki sasvim novi.

Kada je reč o već postojećim modelima, pominju se tzv. norveški model, švajcarski model, kao i mogućnost sklapanja trgovinskih sporazuma. Međutim,

[13] J. Pisanny-Ferry, N. Rottgen, A. Sapir, P. Tucker, G. Wolff, "Europe after Brexit: A proposal for a continental partnership", *http://bruegel.org/2016/08/europe-after-brexit-a-proposal-for-a-continental-partnership/*, 26. avgust 2017.

[14] *Ibid.*

[15] Dana 1. januara 1973. UK je, zajedno sa Irskom I Danskom, postalo članica Evropske ekonomske zajednice.

[16] J. Pisanny-Ferry, *et al.*

[17] One su isprepletane, na primer, u odlukama o ekonomskim sankcijama namenjenim da pomognu očuvanju međunarodnog poretka.

nijedan od modela "sa police" ne prepoznaje važnost multidimenzionalnog odnosa između EU i UK.[18]

Norveška "opcija" ne omogućava ograničenja u pogledu slobode kretanja radne snage, što je, čini se, prioritet za vladu UK. Ukoliko bi se ovaj model primenio na UK, to bi značilo da UK samo preuzima već postojeće, kao i buduće propise EU. Takva uloga UK ne bi bila adekvatna, uzimajući u obzir veličinu i značaj te zemlje. Slično, prema "švajcarskom" modelu, UK bi postalo običan sledbenik regulative EU u sektorima u kojima učestvuje u saradnji.

Takođe se pominje mogućnost sklapanja neke vrste sporazuma o slobodnoj trgovini. Ovaj model nastavka saradnje bi tehnički bio izvodljiv, a sporazumi bi uključivali bilateralne mehanizme za rešavanje sporova. Međutim, struktura sporazuma o slobodnoj trgovini ne bi mogla da obezbedi adekvatne osnove za duboke ekonomske integracije, drugim rečima, za nastavak učešća UK na jedinstvenom tržištu EU.

S obzirom na nedostatke postojećih modela, predložen je novi koncept za institucionalizaciju odnosa između UK i EU. Prema modelu KP odnosi između EU i UK trebalo bi da budu manje duboki u odnosu na članstvo u EU, ali opet dublji u odnosu na one predviđene sporazumima o slobodnoj trgovini. Ovaj predlog mogao bi da ima i šire značenje za Evropu, tj. da posluži kao osnov za regulisanje odnosa sa susedima u regionu, npr. zemljama Evropskog ekonomskog prostora (Island, Lithenštajn, Norveška), Švajcarskom, ali i Turskom i Ukrajinom. Dakle, dugoročno, ovaj predlog bi doveo do uspostavljanja Evrope u dva kruga: unutrašnjeg koji bi karakterisala nadnacionalnost i u kome bi bile sve države evro zone i spoljnog u okviru koga bi se saradnja odvijala na međudržavnom nivou.[19]

KONTINENTALNO PARTNERSTVO – MODEL ZA NASTAVAK SARADNJE IZMEĐU EU I UK

U svojoj osnovi, Evropska unija je politički projekat. To nije samo grupa država koje sarađuju u oblasti ekonomije, već grupa država koja je osnovala nadnacionalne institucije koje imaju zakonodavna, izvršna i sudska ovlašćenja. Što se tiče zakonodavne grane vlasti, Savet i Evropski parlament donose pravne akte koji imaju direktno dejstvo u državama članicama EU. Nadnacionalni karakter ovlašćenja EU takođe dolazi do izražaja kada je reč o nadležnostima Evropske komisije (u oblastima kao što su politika konkurencije ili državna pomoć). Isto tako, Evropski sud pravde vrši unifikatorsku ulogu svojim tumačenjem prava u okvi-

[18] J. Pisanny-Ferry, *et al.*

[19] *Ibid.*

ru postupka za rešavanje prethodnog pitanja.[20] Dakle, EU je *sui generis* pravni sistem koji sadrži elemente nadnacionalnog uređenja.

Biračko telo UK je odbacilo upravo ovaj tzv. politički savez. Osim toga, odbacilo jedan od konstitutivnih elemenata jedinstvenog tržišta, a to je slobodno kretanje ljudi, tačnije radne snage.[21]

Stoga koncept kontinentalnog partnerstva predlaže da se odnosi između UK i EU zasnivaju na međudržavnoj (međuvladinoj) saradnji. Predlog podrazumeva nastavak učešća UK na jedinstvenom tržištu, uz isključenje slobodnog kretanja radne snage. Cilj predloga je da se uspostavi okvir za nastavak bliske saradnje, čak i integracije, u oblastima od zajedničkog interesa.

Međudržavni karakter kontinentalnog partnerstva

Postavlja se pitanje da li je i kako moguće imati bliske ekonomske integracije uporedive sa jednistvenim tržištem uz delimično ograničenje mobilnosti radne snage? Prilikom pokušaja da se odgovori na ovo pitanje, trebalo bi poći od definicije duboko integrisanog tržišta. Postoje dva načina za određivanje jedinstvenog tržišta EU: funkcionalan i konstitutivan.

Funkcionalna definicija integrisanog tržišta sastoji se od glavnih elemenata: odsustvo carina; jedinstven set propisa ili minimalnih standarda; sprovođenje tih propisa ili standarda prema sistemu podeljenih, nadnacionalnih nadležnosti; jedinstvena politika konkurencije i državne pomoći; i doprinos zajedničkim javnim dobrima kroz budžet EU.[22]

Jedinstveno tržište takođe je određeno i kao ekonomsko-politički projekat. Suštinski njega čine tzv. četiri slobode: sloboda kretanja robe, sloboda kretanja usluga, sloboda kretanja kapitala i sloboda kretanja ljudi. Dakle, slobodno kretanje radnika je ključan element jedinstvenog tržišta uspostavljenog Osnivačkim ugovorima.[23]

---

[20] Ovaj postupak se još naziva i postupak pribavljanja interpretativne ili preliminarne odluke Suda. Svi ovi prevodi pokušavaju da na najbolji način prevedu engleski termin *preliminary ruling procedure* koji u stvari podrazumeva rešavanje prethodnog pitanja koje upućuje nacionalni sud. (Vid. A. Čavoški, *Pravni i politički poredak Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2006, 181, fn. 160).

[21] U 2014. bilo je 5,3 miliona stanovnika u UK koji nisu državljani UK, od kojih su državljani EU činili 2,9 miliona. Od toga, 2, 2 milona trenutno radi u UK. I dok je teško dokazati da je broj stranaca u jednoj izbornoj jedinici bio odlučujući faktor da ta jedinica glasa za izlazak UK iz EU, činjenica je da je tokom kampanje za izlazak UK iz EU korišćena istinska zabrinutost državljana UK u pogledu brzine i količine imigracije.

[22] J. Pisanny-Ferry, *et al.*

[23] *Ibid.*

S jedne strane, predlog za redefinisanje odnosa između EU i UK u skladu je sa prvom definicijom integrisanog tržišta. Nezamislivo je da firme rade slobodno u ekonomskom prostoru bez osiguranja jedinstvenog seta propisa ili minimalnih standarda koji obezbeđuju jednak tretman svim zemljama učesnicama. Kontrola državne pomoći, politika konkurencije i zajednička pravila ili minimum standarda su stoga neophodni delovi (elementi) jedinstvenog tržišta, kao što je i minimum zajedničkih standarda u oblasti socijalnih prava, zaštite potrošača i zdravstvenoj zaštiti.

S druge strane, kao politički projekat, jedinstveno tržište se sastoji od četiri slobode. Upravo sloboda kretanja radne snage na osnovu koje građani EU imaju pravo da traže posao u drugoj zemlji EU i rade tamo bez radne dozvole, predstavlja element koji čini od jedinstvenog tržišta, kao dela EU, politički projekat. Garantovanje pristupa domaćem tržištu rada za sve građane EU je ozbiljan politički izbor i moćan simbol integracija između zemalja EU. I to je politički projekat koji je biračko telo UK odbacilo.

Iz ekonomske tačke gledišta, roba, usluge i kapital mogu se slobodno razmenjivati u okviru integrisanog tržišta i bez slobodnog kretanja radnika, mada ne u potpunosti bez određene pokretljivosti radne snage. Drugim rečima, slobodno kretanje radnika, nije neophodno za nesmetano funkcionisanje ekonomskih integracija u oblasti robe, usluga i kapitala, ukoliko postoji određeni stepen mobilnosti radne snage. U tom kontekstu, novi model za uspostavljanje odnosa između EU i UK sadrži poredlog na koji način da se omogući funkcionisanje jedinstvenog tržišta, bez da sve države učesnice budu punopravni članovi EU.[24]

Što se tiče drugih oblasti koje su u nadležnosti EU, pojedina poglavlja pravnih tekovina EU (*acquis communautaire*) ključna su za funkcionisanje tržišta roba, usluga i kapitala. Stoga bi UK i EU trebalo da nastave saradnju i u tim oblastima u okviru KP. Druga poglavlja (kao što su energetika ili istraživanje, npr.), ipak nisu ključna i trebalo bi ih razmotriti kao opcione.

Način donošenja odluka u okviru kontinentalnog partnerstva

Cilj uspostavljanja kontinentalnog partnerstva je da UK nastavi da učestvuje, u okviru jedinstvenog tržišta, u oblasti slobodnog kretanja robe, usluga i kapitala, uz privremenu mobilnost radne snage. Kontinentalno partnerstvo bi trebalo da uključuje:[25] Učešće u zajedničkim politikama u skladu sa pristupom jedinstvenom tržištu; Učešće u novom sistemu donošenja odluka na međudržavnom ni-

[24] *Ibid.*

[25] *Ibid.*

vou i njihovom izvršenju; Doprnos budžetu EU; Blisku saradnju u oblasti spoljne politike, bezbednosti, a možda i odbrane.

Kontinetalno partnerstvo bi zapravo predstavljalo širi krug zemalja okolo EU koje ne bi delile nadnacionalni karakter EU, osim gde su potrebni zajednički mehanizmi izvršenja kako bi se zaštitila homogenost jedinstvenog tržišta.[26]

Očigledan izazov uspostavljanja saradnje na nivou EU-KP biće očuvanje procesa i struktura EU kao nadnacionalnog entiteta uz istovremeno osiguranje da članovi kontinentalnog partnerstva, koji nisu članovi EU, imaju određeni uticaj na donošenje odluka u zajedničkim oblastima saradnje. U zavisnosti od vrste nadležnosti kojima raspolaže EU u pojedinim oblastima (i samim tim i načina donošenja odluka u tim oblastima), ovde su se iskristalisale dve situacije.

Inače, Evropska unija ne raspolaže sopstvenim ili originernim legislativnim ovlašćenjima, već jedino ovlašćenjima ili nadležnostima koje potiču od država članica. Prema pravnoj prirodi, ovlašćenja koja su države članice prenele na Uniju se mogu podeliti na isključiva ili ekskluzivna, podeljena i komplementarna. Pored toga, trebalo bi pomenuti i zadržane nadležnosti. Pod zadržanim ili rezidualnim nadležnostima podrazumevaju se ostala ovlašćenja koja nisu preneta na Uniju, već su ih zadržale države članice.[27]

Dakle, s obzriom na vrstu ovlašćenja kojima raspolaže EU, što implicira i način donošenja odluka u pojedinim oblastima, razlikujemo dve situacije.

S jedne strane, postoje oblasti u kojima države članice nisu prenela ovlašćenja na EU i odluke se donose na međudržavnom nivou. U ovom slučaju, donošenje odluka u okviru KP ne bi trebalo da predstavlja problem pošto je KP po svojoj prirodi međudržavno. Politički gledano, ove oblasti su veoma značajne. To se posebno odnosi na aktivnosti KP u oblastima spoljne politike, bezbednosti i politike odbrane u kojima Evropa mora da se suoči sa nizom kompleksnih, stalnih i egzistencijalnih pretnji.

S druge strane, postoje oblasti u kojima EU deluje kao nadnacionalno telo, dakle oblasti u kojima su države članice prenele na EU suverena ovlašćenja. Ovde je sitaucija mnogo složenija i tu spadaju i sva pitanja u vezi sa jedinstvenim tržištem. Saradnja u ovoj oblasti podrazumeva da države članice KP koje nisu članice EU imaju u potpunosti pristup određenim delovima jedinstvenog tržišta sa svim pravima i obavezama izuzev slobode kretanja radnika. Postavlja se pitanje kako bi ova saradnja mogla da se organizuje u praksi?

---

[26] *Ibid.*

[27] Vid. R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije,* Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac 2012, 40-46.

Što se tiče samog zakonodavnog postupka, predviđeno je da se zemlje KP sastaju u Savetu KP, u kome učestvuju i institucije EU. Preko Saveta KP, UK bi nastavilo da učestvuje u različitim formacijama u okviru kojih bi diskutovalo i pregovoralo o uređenju jedinstvenog tržišta i drugih politika u kojma i dalje učestvuje. Savet KP ne može donositi pravne akte EU, ali članovi KP bi bili uključeni u zakonodavni postupak tako što bi se u Savetu KP čitali nacrti budućih pravnih akata i tom prlikom bi članovi KP imali bi pravo da predlažu amandmane.

Zakonodavstvo EU koje se tiče jedinstvenog tržišta bi se i dalje donosilo u okviru zakonodavnih postupaka EU predviđenih Osnivačkim ugovorima. U praksi, u oblastima koje se tiču KP, Savet KP bi raspravljao zakonodavne predloge pre nego što oni formalno dođu pred Savet EU i Evropski parlament.

Formalno, države članice EU imale bi političku, a ne pravnu, obavezu da uzmu u obzir dogovore postignute u Savetu KP. Stoga bi se Savet KP bavio glavnim, značajnim političkim temama. Ukoliko se EU i njeni partneri ne slože unutar Saveta KP, poslednju reč bi formalno imala EU. Članice KP koje nisu u EU bi, u tom slučaju, ipak morale da sprovode zakonodavstvo EU koje se tiče jedinstvenog tržišta u svoje nacionalno zakonodavstvo ili da se suoče sa restrikcijama u pogledu učešća na jedinstvenom tržištu. Dakle, države članice KP ne bi imale pravo veta na odluke EU, ali bi bile uključene u zakonodavni postupak na međudržavnom nivou u okviru Saveta KP.

Države članice KP bi morale da prihvate mere izvršenja i sudsku praksu kojima se štite relevatne slobode u okviru jedinstvenog tržišta. U suprotnom integritet i koherentnost jedinstvenog tržišta bi bili ugroženi. Svakako jedan od najvećih izazova bio bi da se izbalansira, tj. da se uspostavi ravnoteža između principa pravičnosti i neophodne homogenosti u primeni.[28]

Drugo značajno pitanje je sprovođenje politike konkurencije i kontrola državne pomoći. U slučaju EEP, kada je reč o EFTA zemljama, Evropska komisija je ta koja je u velikoj meri zadužena za svaku situaciju koja ima reperkusije izvan granica EU. Da li je ovo primenljivo i u slučaju KP ostaje da se razmotri.

Učešće u budžetu EU je takođe bitno pitanje. Budžet EU i dalje čini ključni element integrisanog ekonomskog prostora, te je učešće u budžetu neophodna strana učešća na jedinstvenom tržištu. Dakle, UK bi moralo da daje budžetski doprinos.

Može se konstatovati da ovakav predlog predstavlja značajan ustupak UK u pogledu slobodnog kretanja radnika. Postoji tendencija da se UK nametnu ograničenja i u drugim oblastima jedinstvenog tržišta, kao što su finansijske usluge. Ipak, trebalo bi imati na umu da, prema ovakvom predlogu, već postoji politička

[28] J. Pisanny-Ferry, *et al.*

'cena' koju UK mora da plati, pošto članstvo u KP podrazumeva manje političkog uticaja u poređenju sa članstvom u EU.[29]

Oblasti saradnje obuhvaćene kontinentalnim partnerstvom

Predviđeno je da se KP odvija na tri nivoa, tj. da bi saradnja u okviru KP obuhvatala tri oblasti. To su: jedinstveno tržište, ekonomska politika i spoljna politika i bezbednost.[30]

Prvo, zemlje članice KP morale bi da prihvate pravne tekovine EU u oblasti jedinstvenog tržišta, izuzev onih koje se tiču slobodnog kretanja ljudi. Dakle, kada je reč o slobodi kretanja radne snage, u ovoj oblasti bi UK nametnulo sistem kvota EU kao celini, dok bi EU nametnula kvote UK.

Drugo, KP bi imalo zajedničku spoljnu ekonomsku politiku, posebno u oblasti trgovine i finansija. Jedan od ciljeva KP je da obezbedi, na međunarodnom nivou, uticaj ovog dela sveta u oblastima trgovine, finansijske regulative i klimatske i energetske politike. Uspostavljanje KP bi možda moglo da doprinese tome da Breksit ne dovede do dugoročnog slabljenja evropskog glasa pregovorima na međunarodnom nivou, imajući na umu rastuću disperziju međunarodne moći.

Trgovinska politika spada u isključiva ovlašćenja EU. Države članice KP koje nisu članice EU imaju interesa da učestvuju u trgovinskoj politici EU preko Saveta KP, ali bi u tom slučaju morale da odustanu od mogućnosti da samostalno pregovaraju nove sporazume o slobodnoj trgovini. Odluke se, na kraju, ipak donose na nivou EU, koja pravno zadržava formlane nadležnosti.

Pitanja finansijske regulative često je tema pregovora i sporazuma u međunarodnim institucijama kao što su Bazel odbori. U ovim forumima, Evropu predstavljaju zajedno i institucije EU i pojedine države članice. Trebalo bi u budućnosti očekivati da Evropska centralna banka, centralna banka UK i centralne banke ostalih zemalja članica KP koordinišu svoje pozicije. Ostaje otvoreno pitanje da li će ili ne zemlje KP ikada želeti da ustupe svoje predstavljanje zajedničkim institucijama.

Energetska i klimatska politika takođe bi trebalo da budu obuhvaćene KP. Od posebnog je značaja koordinacija pozicija zemalja članica KP u klimatskim pregovorima na međunarodnom nivou.

Što se tiče treće oblasti saradnje u okviru KP, ona se odnosi na spoljnu politiku i bezbednost, a možda i politiku odbrane. Dešavanja u Ukrajini, previranja

[29] *Ibid.*

[30] *Ibid.*

na Bliskom Istoku i u Severnoj Africi navode na razmišljnja o efektima prelivanja konflikata iz ovih regiona u Evropu. Nijedna evropska država neće samostalno moći da upravlja ovim ili nekim budućim pretnjama po bezbednost. U tom kontekstu, KP bi trebalo da preraste u forum ili čak aktivnog učesnika u spoljnjoj bezbednosti i politici odbrane. Pravosuđe i bezbednost su oblasti u kojima EU ima podeljene nadležnosti sa državama članicama, što znači da se odluke ne donose samo na međudržavnom nivou, već i da institucije EU imaju formalne uloge. Ovde se nameće pitanje struktuiranja saradnje na nivou KP – EU.

KONTINENTALNO PARTNERSTVO – PLATFORMA ZA USPOSTAVLJANJE SARADNJE IZMEĐU EU I SUSEDSKIH ZEMALJA

Jedna od prednosti predloženog modela kontinentalnog partnerstva je njegova fleksibilnost. Zemlje članice KP učestvuju u procesu donošenja pravnih akata EU preko Saveta KP, uz istovremeno prihvatanje vrhovne vlasti EU i izvršenja zajednički usvojenih propisa ili minimalnih standarda. Budući da je priroda KP, u suštni, međudržavna, KP može biti otvoreno i za druge susedske zemlje koje bi želele da se priključe.

Inače, stepen fleksibilnosti ne bi trebalo da bude isti u svim oblastima koje su obuhvaćene KP. Tako KP ne bi trebalo da bude preterano fleksibilno u oblasti ekonomije. Međutim, KP bi trebalo da bude fleksibilno u pogledu politike bezbednosti i odbrane. Ove oblasti predstavljaju jezgro nacionalnog suvereniteta, te je moguće je da neki članovi KP neće želeti da učestvuju u zajedničkim partnerstvima za bezbednost.[31]

Važno pitanje odnosi se na članice EEP koji nisu članice EU (Island, Lithenštajn i Norveška). Ove tri zemlje u potpunosti učestvuju na jedinstvenom tržištu, ali nemaju naročitog uticaja na proces donošenja odluka u toj oblasti. Stoga bi bilo logično da se njima ponudi priključenje KP.

Kontinentalno partnerstvo se takođe može posmatrati kao privlačan model za nastavak saradnje između Švajcarske i EU. Naime, Švajcarska svakako želi da ograniči slobodu kretanja radne snage. Međutim, u tom slučaju bi Švajcarska morala u potpunosti da prihvati regulativu EU u svim oblastima koje se tiču jedinstvenog tržišta.[32]

---

[31] *Ibid.*

[32] A. Kellerhals, T. Baumgartner, "A different neighbourhood policy: Switzerland's approach to European Integration", *EU Neigbourhood Policy – Survey and Perspectives*, (eds. A. Kellerhals, T. Baumgartner), EuropaInstitut, Zurich, 2014, 273-274.

Osim toga, KP bi možda moglo da posluži i kao paltforma za rešavanje delikatnog političkog pitanja, na koje EU već decenijama ne može da nađe adekvatan odgovor, a to je članstvo Turske u EU. Jedan od razloga zbog koga pojedine države članice EU nikada ne bi prihvatile da Turska uđe u EU je sloboda kretanja ljudi. U tom kontekstu, moglo bi se razmotriti da se u perspektivi ojača i unapredi saradnja sa Turskom u okviru KP, naravno pod uslovom da ona ispuni sve političke uslove. [33]

Dugoročno, KP moglo bi da obezbedi okvir za jačanje odnosa sa susedima EU na istoku (Ukrajina). Otvoreno je pitanje da li bi slična shema mogla da se primeni i na odnose sa susedima na jugu (Maroko, Tunis). Čini se da bi međudržavni karakter partnerstva i isključenje slobodnog kretanja ljudi svakako pogodovali rešavanju odnosa sa susedima EU na istoku i jugu. Naravno, uslov za članstvo u KP bi bio ispunjenje jasno predviđenih kriterijuma što bi se proveravalo u okviru unapred utvrđenih postupaka. [34]

Što se tiče samog UK, pregovori o učešću UK u KP bi trebalo da se odvijaju paralelno sa pregovorima o napuštanju EU. Na taj način bi se izbegao nepotreban, obostrano štetan, prekid odnosa između EU i UK. Članovi EEP bi se takođe relativno brzo mogli kvalifikovati za učešće u KP. Druge zemlje bi, pak, trebalo da usaglase svoje zakonodavstvo sa pravnim tekovinama EU u oblastima koje su obuhvaćene KP, pre nego što im se odobri ulazak u KP. Takođe bi trebalo definisati zajedničke vrednosti KP, uključujući I pitanja kao što su vladavina prava i demokratija.

ZAKLJUČAK

Odluka Ujedinjenog Kraljevstva da se povuče iz EU predstavlja značajnu promenu kako u UK tako i u samoj EU. Ono što celu situaciju dodatno usložnjava je to što je UK odlučilo da napusti EU u trenutku kada Unija prolazi kroz najtežu i najneizvesniju krizu od svog osnivanja. Stoga su se pojavili brojni predlozi kako da se Breksit preokrene, u smislu da posluži kao povod za reorganizaciju EU, ali i refedefinisanje odnosa između UK i EU. Jedan od interesantnijih predloga jeste uspostavljanje kontinentalnog partnerstva. Reč je zapravo o reorganizaciji Evrope u dva kruga. Unutrašnji krug predstavljala bi EU sa političkim ciljevima i nadnacionalnim strukturama. Spoljni krug evropske saradnje, koji bi se sastojao od zemalja koje nisu članice EU, bio bi fleksibilniji i zasnovan na međudržavnoj saradnji, kontinentalnom partnerstvu. Ono što je najvažnije, zemlje KP ne bi

[33] J. Pisanny-Ferry, *et al.*

[34] *Ibid.*

učestvovale u slobodi kretanja radnika, ne bi delile političku posvećenost sve bližoj Uniji i imale bi manje političkog uticaja na odluke od zajedničkog interesa.[35]

Predlog za uspostavljanje KP polazi od premise da ni EU i njene države članice ni UK nemaju interesa za eskalacijom tenzija ili "skupim" rastankom nakon Breksita. Niti UK niti države članice koje su ostale u EU mogu pobeći od svoje geografske zavisnosti. I jedni i drugi imaju ulogu ekonomskoj i političkoj stabilnosti u Evropi. Situacija u svetu je danas takva da su narodi Evrope prinuđeni da sarađuju kako bi se suprotstavili novim i sve brojnijim izazovima. Ukoliko Evropa želi da ostane moćan region u svetu, saradnja između zemalja evropskog kontinenta mora da počiva na jasnim i stabilnim osnovama. Isto tako, države članice EU trebalo bi da razmotre da li bi ovaj model odnosa sa UK mogao da posluži kao platforma za regulisanje odnosa i sa nekim susedima Evrope na istoku i jugu.

Breksit je realnost. On nosi rizike. Može se preokrenuti u mogućnost ne samo za refedinisanje odnosa između UK i EU, već i za reorganizaciju i reformu EU. U tom smislu, koncept kontinentalnog partnerstva predstavlja zanimljiv i zavodljiv predlog koji, uprkos svim rizicima koje nosi, zaslužuje da se uzme u razmatranje.

JELENA ĆERANIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Banja Luka, Research associate
at the Institute of Comparative Law in Belgrade

MIRJANA GLINTIC, M.A.,
Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

EUROPEAN UNION AFTER BREXIT

– With a special emphasise on a continental partnership as a model for the redefinition of UK – EU relations –

Summary

The referendum of June 23rd 2016, where citizens of United Kingdom decided for their country to leave the EU, was a significant caesura in the history of European integration. Never before has a Member State voluntarily turned its back on the Union. What is more, the Brexit hits the Union during a complex crisis situation manifesting itself especially in the following areas: Monetary Union; Refugee and Migration Policy; Foreign Policy; Security and Defence Policy; Democratic accountability. These and many others specific problems have led to an erosion of trust to-

[35] *Ibid.*

wards the structures of the EU among the European citizens. At the same time, the understanding of the necessity of common European action persists. With this background in mind, many voices from different states have come forward with ideas for reform of the EU. The number of proposals shows the importance of a fundamental debate for reform of the EU. With UK soon leaving the EU, many different models of a future construction are being discussed. Starting from existing concepts such as the EEA, bilateral agreements, association agreements, free trade agreements, and instruments of neighborhood policy, the new 'continental partnership' offers a model of concentric circles in Europe as a solution. The proposed continental partnership would consist in participating in goods, services, capital mobility and some temporary labour mobility as well as in a new system of inter-governmental decision making and enforcement of common rules to protect the homogeneity of the deeply integrated market. The UK would have a say on EU policies, but ultimate formal authority would remain with the EU. This results in a Europe with an inner circle, the EU, with deep and political integration, and an outer circle with less integration. Over the long-run this could also serve as a vision for structuring realtions with other neighborhood countries.

PETAR ŠTURANOVIĆ

INTEGRATIVNA KLAUZULA KAO PREDUSLOV ČLANSTVA U EVROPSKOJ UNIJI

U V O D

Proces pridruživanja Evropskoj uniji, predstavlja kompleksan proces koji ima kako neposredan tako i indirektan uticaj na unutrašnje uređenje i podjelu nadležnosti unutar države koja stremi članstvu u Uniji. Da bi postale članice Evropske unije države su u toku ovog procesa morale ispuniti konkretne uslove. Kopenhaški kriterijumi za punopravno članstvo u Evropskoj uniji podrazumijevaju obavezu svake od država da pored ispunjavanja političkih i ekonomskih kriterijuma mora ispuniti i pravni kriterijum koji podrazumijeva prihvatanje cjelokupne pravne tekovine Evropske unije (acquis communautaire), što je podrazumijevalo i uspostavljanje suprematije komunitarnog prava u odnosu na unutrašnje, kao i njegove neposredne primjenjivosti. Da bi na kraju ovog procesa država stupila u članstvo Evropske unije, ona mora svoj ustav promijeniti na način što će, prije svega, unijeti ustavni osnov za pristupanje i prenos nadležnosti, ali i regulisati odnos između evropskog i unutrašnjeg prava.

Integrativna klauzula predstavlja ustavno rješenje kojim se obezbjeđuje ustavni osnov za stupanje određene države u Evropsku uniju, prenos dijela suverenosti i određenih nadležnosti na nivo EU, te uspostavlja direktna primjenjivost i primat komunitarnog prava nad unutrašnjim.[1] Stoga, integrativna klauzula pred-

---

Dr Petar Šturanović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

[1] Postoje još različitih naziva za ovu klauzulu: evropska klauzula, međunarodna klauzula, klauzula o Evropskoj uniji, klauzula o pristupanju.

stavlja svojevrsni *conditio sine qua non* evropskih integracija. Iz samog njenog definisanja je jasno da ona predstavlja kompleksan instrument kojim se regulišu odnosi između države koja želi da pristupi Evropskoj uniji i same Unije u više ravni. Iz tog razloga ćemo u radu predočiti različite pristupe koji su se izdiferencirali u komparativnoj praksi, kako u pogledu odnosa unutrašnjeg prava sa komunitarnim tako i u pogledu prenosa nadležnosti/suverenosti na nivo Evropske unije.

Komunitarno pravo podrazumijeva propise koje su donijeli organi Zajednice na osnovu ovlašćenja koja su im dodijelile države članice i to su, prije svega, ugovori o osnivanju, ugovori između Unije i trećih država i međunarodnih organizacija i norme sekundarnog zakonodavstva EU (Uredbe, Direktive), dok šire shvatanje uključuje i akte unutrašnjeg poretka čije je donošenje imalo za cilj njegovo usklađivanje sa evropskom reglativom.[2] Jedna od karakteristika komunitarnog prava je njegova suprematija, pa u tom smislu postoje različiti načini definisanja njegove suprematije u odnosu na unutrašnje pravo države članice ili one koja to želi postati. Naime, većina država u postupku pristupanja Evropskoj uniji mijenjale su svoje ustave unosivši norme kojima se eksplicitno definiše primat komunitarnog prava u odnosu na unutrašnje. Sa druge strane, imali smo određene države koji su primjenjivale svoje ustavne odredbe u pogledu ratifikacije međunarodnih ugovora bez obzira na posebnu prirodu prava Evropske unije.

Jedno od osnovnih svojstava integrativne klauzule je da obezbijedi ustavni osnov za pristupanje države Evropskoj uniji. U pogledu opštosti, integrativne klauzule možemo podijeliti na generalne i konkretne, pa stoga postoje i dva koncepta odnosno načina određivanja ustavnog osnova za prenošenje suverenih prava države na Evropsku uniju. Prvi je *apstraktni* gdje se *generalnom klauzulom* definiše mogućnost prenošenja dijela suverenih prava sa države na bilo koju međunarodnu organizaciju uopšte, što podrazumijeva i Evropsku uniju, i *konkretni* kada se ustavom predviđa prenos prava konkretno na Evropsku uniju.

Aneli Albi *(Albi)* nam daje detaljniju podjelu, fokusirajući se na "države stare Evrope" (prije pristupanja država tzv. istočnog bloka 2004. godine). Analizirajući njihovo različito iskustvo, izdvojio je četiri modela prilagođavanja ustava procesu evropskih integracija i pristupanja Evropskoj uniji:

– Ustavi koji sadrže eksplicitnu odredbu o prenosu ovlašćenja na Evropsku uniju i pored toga su sveobuhvatno revidirani u pogledu različitih aspekata članstva u EU (Njemačka, Francuska, Austrija, Portugal);

– Ustavi koji sadrže eksplicitnu odredbu o prenosu ovlašćenja na Evropsku uniju, ali sadrže još neke odredbe koje se tiču članstva u EU (Irska, Švedska, Grčka);

[2] Vidi: Radovan Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac 2006, 68–69.

– Ustavi gdje je članstvo u EU ostvareno u okviru šire klauzule koja se odnosi na međunarodne organizacije, ali su donešeni određeni amandmani koji se tiču specifične prirode Evropske Unije (Finska, Belgija, Italija, Španija);

– Ustavi koji ne govore o Evropskoj uniji, obezbjeđujući pristupanje na osnovu odredaba ustava koje se tiču međunarodnih organizacija (Danska, Luksemburg, Holandija).[3]

S obzirom da su prve istočnoevropske države pristupile 2004. godine, one su imale mogućnost da se na bazi iskustava starijih članica opredijele za generalnu ili konkretnu klauzulu. S druge strane, umnogome su se promijenile i okolnosti s početka XXI vijeka u odnosu na period kada je Evropska zajednica nastajala. Broj država koje su je činile, njeno unutrašnje uređenje, ali i kompleksnost evropske pravne tekovine se mijenjala svakim narednim širenjem. Zbog toga su se istočnoevropske države češće opredjeljivale da u svoje ustave unesu konkretnu integrativnu klauzulu koja će se odnositi na Evropsku uniju, a ne generalno na međunarodne organizacije. Unutar grupe istočnoevropskih država, ali i država tzv. stare Evrope, imamo različite pristupe i u pogledu izbora modela integrativne klauzule. Nezavisno od istorijsko-ideološke pozadine, konkretne države članice Evropske unije su se opredjeljivale za neki od kasnije prepoznatih i teorijski definisanih koncepata.

Različiti modeli integrativne klauzule u komparativnoj praksi

Unutar 28 članica Evropske unije, vremenom se izdiferenciralo pet različitih teorijskih modela integrativne klauzule. U tom smislu, nekoliko država članica primjenjuju svoje ustavne odredbe u pogledu ratifikacije međunarodnih ugovora, bez obzira na posebnu prirodu Evropske unije. Međutim, u tim državama parlamentarni čin ratifikacije uzima u obzir potrebu da se osigura primat prava Zajednice, kao što je slučaj u Velikoj Britaniji i Malti. U Finskoj je odsutnost određenog ustavnog osnova za članstvo u Evropskoj uniji nadomješten činjenicom da je ustav predvidio većinu koja potrebna za usvajanje Zakona o pristupanju.[4]

Koncept *ograničenja suverenosti* je karakterističan za određene zemlje osnivače Evropske unije, konkretno za Italiju i Francusku. Ovaj koncept je podrazumijevao ograničavanje suverenih prava države članice u odnosu na EU. Cilj mu je bio da se tzv. ograničenom suverenošću pokaže kako je suverenost ostala u ruka-

[3] Anneli Albi., *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press 2005, 10.

[4] Frank Hoffmeister, "Constitutional implication of EU membership", *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 3. 2007, 12–13.

ma građana, te da nije prenešena, već samo u određenoj mjeri ograničena. Međutim, obje države nijesu ostale konzistentne na istim pozicijama u pogledu izbora integrativne klauzule. Dok se Italija opredijelila i zadržala koncept ograničenja suverenosti[5], Francuska je ustavnim promjenama iz 1992. godine, napustila ovaj koncept i prihvatila koncept prenosa nadležnosti. Naime, Francuska je nakon ratifikacije Mastrihtskog ugovora unijela u svoj ustav posebno poglavlje pod nazivom "Evropska zajednica i Evropska unija", koja konkretno reguliše odnose sa Unijom. Ovim ustavnim promjenama uređeno je članstvo Francuske u Evropskoj uniji, ali takođe i regulisan prenos dijela svojih nadležnosti na Evropsku uniju.[6] Nakon što je ovim promjenama Ustava Francuska napustila koncept ograničenja suverenosti, a da ga u međuvremenu nije prihvatila nijedna od država koje su postale članice EU, koncept ograničenja suverenosti je logično gubio na značaju.

U državama članicama koje primjenjuju svoje ustavne odredbe u pogledu ratifikacije međunarodnih ugovora, nijesu predviđeni dodatni proceduralni zahtjevi koji moraju biti ispunjeni za stupanje u članstvo, već je obično bila dovoljna natpolovična većina u parlamentu. Isto važi i za države sa konceptom ograničenja suverenosti, poput Francuske i Italije ili u izuzetnim slučajevima, zemlje sa klauzulom o zajedničkom vršenju nadležnosti, kao što je Portugal.[7]

Najveći broj država članica Evropske unije preuzeo je *koncept prenosa nadležnosti*. Prema ovom konceptu nosilac određenih nadležnosti nijesu više državni organi, već su one prenešene na međunarodne organizacije ili konkretno na Evropsku uniju. Unutar grupe država koje u prihvatile ovaj koncept prepoznajemo i države osnivače EU kao što je Savezna Republika Njemačka, Holandija, zatim skandinavske države kao Danska i Švedska, ali i istočnoevropske države kao što su Češka, Poljska ili Bugarska, odnosno Hrvatska kao najmlađa članica Unije. Njemačka je prije Mastrihtskog ugovora u Osnovnom zakonu (u članu 24) sadržala generalnu integrativnu klauzulu koja je dozvoljavala prenos nadležnosti na sve međunarodne organizacije.

Međutim, pri ratifikaciji Mastrihtskog ugovora u svoj najviši pravni akt unijela je eksplicitnu integrativnu klauzulu kroz član 23, koji se u potpunosti odnosi na Evropsku uniju. Među sedam stavova ovog člana, najbitniji je prvi stav, koji dozvoljava Savezu (Bund) da zakonom može da prenosi suverena prava na Evropsku uniju.[8] Međutim, Savezni ustavni sud rezervisao je svoje pravo da odbije pri-

[5] "Pod uslovom da je u ravnopravnom odnosu sa ostalim državama (Republika Italija, prim. aut.) prihvata neophodna ograničenja suvereniteta, kako bi se osigurali mir i pravda među narodima.", Ustav Republike Italije od 1947, član 11.

[6] Ustav Francuske od 1958, čl. 88-1 i 88-2.

[7] F. Hoffmeister, op., cit., 14.

[8] Osnovni zakon Savezne Republike Njemačke od 1949, čl. 24 i 23, stav 1.

mjenu komunitarnog prava kao nadređenog ukoliko je nivo zaštite ljudskih prava u pravnom poretku Unije niži u odnosu na odgovarajući standard u unutrašnjem pravu[9]. Češka Republika se opredijelila za generalnu klauzulu kojom je omogućila prenos nadležnosti na međunarodne organizacije uopšte. [10] Ustav Republike Poljske generalno govori o prenosu nadležnosti na međunarodne organizacije, pa posebna integrativna klauzula koja se odnosi na Evropsku uniju ne postoji.[11]

Dakle, kao i u Češkoj i u Poljskoj je prihvaćen koncept prenosa nadležnosti, ali i generalna integrativna klauzula, koja se odnosi na sve međunarodne organizacije. No, ove dvije države imaju još jednu zajedničku karakteristiku kada je u pitanju integrativna klauzula. Naime, ustavi Češke i Poljske upotrebljavaju termin delegacije, a ne prenosa nadležnosti, što ima pravnu konotaciju prenosa ovlašćenja sa višeg na niži nivo. Od država tzv. stare Evrope Danska i Švedska takođe koriste termin delegacije nadležnosti. Ustav Bugarske (član 85) eksplicitno govori o prenosu nadležnosti. Slovenija je u svoj ustav unijela generalnu klauzulu kojom se vrši prenos dijela suverenosti uopšteno na sve međunarodne organizacije, bez konkretnog pominjanja Evropske unije, te integrativnom klauzulom obezbijedila ustavni osnov za stupanje u NATO alijansu.[12] Nakon dužih političkih i pravnih rasprava Slovenija se odlučila za generalnu klauzulu koja će prenijeti dio suverenih prava na međunarodne organizacije uopšte, smatrajući da je taj pristup bolji, prije svega zbog toga što se Ustav zasniva na apstraktnim odnosno opštim odredbama, kojima je jednostavnije obuhvatiti sve buduće mogućnosti i situacije - zaplete pri odlučivanju o pristupanju Slovenije Evropskoj uniji i drugim međunarodnim organizacijama.[13]

Određene države su u svojim ustavima unijele *klauzulu o zajedničkom vršenju nadležnosti.* Od starijih država članica Evropske unije, Luksemburg[14] Špani-

[9] F. Hoffmeister, op., cit., 17.

[10] "Međunarodnim sporazumom može se obezbijediti prenos određenih nadležnosti organa Češke Republike međunarodnim organizacijama ili institucijama.", Ustav Češke Republike od 1992, član 10a.

[11] "Republika Poljska međunarodnim sporazumom može delegirati međunarodnoj organizaciji ili međunarodnoj instituciji nadležnost organa državne vlasti, u vezi sa određenim pitanjima.", Ustav Republike Poljske od 1997, član 90.

[12] "U skladu sa međunarodnim ugovorom ratifikovanim u Skupštini dvotrećinskom većinom svih poslanika, Slovenija može prenijeti dio svojih suverenih prava na međunarodne organizacije koje su zasnovane na poštovanju ljudskih prava i fundamentalnih sloboda, demokratije i principa vladavine prava i može ući u odbrambeni savez sa drugim državama koji je baziran na poštovanju ovih vrijednosti", Ustav Slovenije od 1991, član 3a.

[13] Rudi Kocjančić, "Ustavni osnov za odlučivanje o pristupanju Slovenije Evropskoj uniji", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LIII, br. 1, 2005, 117.

[14] Ustav Luksemburga od 1868, član 49bis.

ja[15], Portugal,[16] imaju klauzulu o zajedničkom vršenju nadležnosti, kao ustavnu osnovu za nadređenost komunitarnog prava domaćim zakonima i njihovu direktnu primjenu. Pored njih, istočno-evropske države, kao što su Mađarska i Rumunija takođe imaju takvu klauzulu. Mađarska je jedna od rijetkih postkomunističkih zemalja (uz Letoniju) koja, nakon pada Berlinskog zida i kraha komunizma, nije donijela novi ustav, već je stupila u članstvo EU na osnovu izmijenjenog (amandmanima iz 1997. godine), ali još važećeg Ustava iz 1949. godine. Tek nakon članstva, 2011. godine, Mađarska je donijela postkomunistički Ustav koji kao i prethodni[17], ima slično definisanu integrativnu klauzulu koja govori o zajedničkom vršenju nadležnosti, a ne o prenosu nadležnosti.[18] Kad je u pitanju konflikt evropskog prava sa ustavnim normama, situacija je manje jasna i podložna interpretaciji, ali u krajnjem vodi soluciji u korist evropskog prava.[19] Karakteristična stvar za Rumuniju jeste da se prenos nadležnosti na nivo Evrpske unije i zajedničko vršenje nadležnosti pominju u istoj ustavnoj odredbi.[20] U konačnom, klauzula zajedničkog vršenja nadležnosti ima samo retorički značaj, sa obzirom na to da u praksi imamo gotovo iste posljedice kao i kod prenosa nadležnosti.

Broj država koje su prihvatile koncept prenosa nadležnosti ili koncept zajedničkog vršenja nadležnosti se vremenom povećavao, tako da je danas većina

---

[15] Ustav Španije od 1978, član 93.

[16] "Pod uslovom reciprociteta i uz poštovanje osnovnih principa demokratske države zasnovane na vladavini prava i principu subsidijarnosti, a sa ciljem postizanja ekonomske, socijalne i teritorijalne kohezije u oblasti slobode, sigurnosti i pravde i definisanja i implementacije zajedničke spoljne, bezbednosne i odbrambene politike, Portugal može sklapati sporazume uz zajedničko ostvarivanje ovlašćenja, u saradnji sa institucijama Unije, potrebnih za izgradnju i produbljivanje Evropske unije.", Ustav Portugala, od 1976, član 7 stav 6.

[17] "Na osnovu sporazuma, Republika Mađarska, u svojstvu države članice Evropske unije, može vršiti određene ustavne nadležnosti zajedno sa drugim državama članicama u mjeri koja je neophodna u vezi sa pravima i obavezama uspostavljenim ugovorima o osnivanju Evropske unije i Evropske zajednice; ta ovlašćenja može da vrši nezavisno i putem institucija Evropske unije." – član 2/a. (1) , Vidi: András Jakab, "Neutralizing the Sovereignty Question - Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty for the European Integration", *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg 2007.

[18] "U cilju učešća u Evropskoj uniji kao države članice, Mađarska može da ostvaruje neka od svojih nadležnosti koje proizilaze iz Ustava zajedno sa drugim članicama kroz institucije Evropske unije, u okviru međunarodnog ugovora, u mjeri koja je potrebna za ostvarivanje prava i ispunjenje obaveza koje proizilaze iz Osnivačkim ugovorima.", Ustav Mađarske od 2011, član E, stav 2.

[19] F. Hoffmeister, op., cit., 19–20.

[20] "Rumunsko pristupanje Evropskoj uniji, sa aspekta prenosa određenih nadležnosti na nivo evropskih institucija, kao i zajedničkog vršenja sa ostalim državama članicama, biće sprovedena putem zakona usvojenih na zajedničkoj sjednici Predstavničkog doma i Senata, dvotrećinskom većinom", Ustav Rumunije od 1991, član 148.

država prihvatila jedan od ova dva koncepta. Uz izuzetak Portugala, korišćenje ovih klauzula kao ustavnog osnova za članstvo, podrazumijeva određene proceduralne posljedice. Naime, ili se traži kvalifikovana većina (Luksemburg, Holandija, Njemačka, Grčka, Španija, Švedska, Bugarska, ili Rumunija) ili raste mogućnost održavanja obavezujućeg referenduma. U posljednje vrijeme referendum se održavao u nizu novih država članica, ili nakon glasanja u parlamentu (Mađarska, Letonija, Slovačka i Slovenija) ili kao alternativa glasanju u parlamentu (Poljska i Češka).[21]

Imamo i određene specifične slučajeve, npr. Austrija koja je praktikovala vrlo komplikovan postupak potpune revizije svog Ustava kada je ulazila u EU 1995. godine i ne uklapa se u bilo koji model. Estonija je kombinovala ustavnu reviziju, zajedno s referendumom o ulasku, stavljajući dva različita pitanja na izjašnjavanje. Specifičan slučaj imamo kod Litvanije koja je donijela poseban Ustavni zakon o članstvu Republike Litvanije u Evropskoj uniji, koji se smatra sastavnim dijelom Ustava i kojim je obezbijedila ustavni osnov za pristupanje i prenos nadležnosti na EU, kao i suprematiju i neposrednu primjenjivost komunitarnog prava.[22] Republika Litvanija, kao članica Evropske unije će dijeliti nadležnosti sa EU u oblastima predviđenim Osnivačkim ugovorima, zajedno sa drugim članicama Evropske unije u cilju ostvarivanja prava i obaveza koje poroizilaze iz članstva (član 1). Norme prava Evropske unije su sastavni dio prava Republike Litvanije i direktno se primjenjuju, a ukoliko postoji pravna kolizija, evropsko pravo će imati suprematiju nad normama unutrašnjeg prava (član 2).

Jedno od bitnih pitanja koje se nameće u pogledu dejstva integrativne klauzule jeste da li se primat komunitarnog prava odnosi na zakonske, ili se proteže i na ustavne norme, da li je suprematija relativna ili apsolutna. Zbog toga su ustavni sudovi Italije i Njemačke kreirali "doktrinu ograničenja"[23], dajući značajnu ulogu ustavnom sudu u pogledu određivanja stepena penetracije komunitarnog prava u unutrašnji poredak država članica EU. Naime, sa obzirom na to da je primjena evropskog prava definisana ustavima, uloga ustavnih sudova nije samo da transfer suvereniteta učine zavisnim od određenih proceduralnih uslova, već i da definiše suštinska ograničenja u cilju zaštite ustava. Ustavi, Francuske (član 55) i Španije (član 95) uveli su proceduralna ograničenja za prenos ovlašćenja zahtije-

[21] F. Hoffmeister, op., cit., 14

[22] Jens Woelk, *Constitutional Challenges of EU Accession for South East European Applicant Countries: A Comparative Approach,* Konrad Adenauer Stiftung, 2011, 9.

[23] Italijanski Ustavni sud je 'doktrinu ograničenja' uspostavio u slučaju Frontini 1973. smatrajući da nadređenost evropskih normi postoji samo ukoliko one nijesu u konfliktu sa fundamentalnim principima nacionalnog Ustava, Ibid., 31–34.

vajući promjenu ustava za odobravanje transfera, ukoliko takav prenos nije kompatibilan sa Ustavom. Doktrinu ograničenja su preuzele i neke postkomunističke države. Ustavni sud Poljske je po tom pitanju jasan: dok pravo EU može nadjačati nacionalne zakone, ono ne može nadjačati Ustav. U slučaju konflikta između EU zakona i Ustava, Poljska treba da donese suverenu odluku kako će taj konflikt biti riješen (promjenom ustava, napuštanjem Evropske unije ili zahtjevom EU da promijeni zakon).[24] Ustav Bugarske ograničava suprematiju ratifikovanih međunarodnih ugovora na zakone. Praksa Ustavnog suda Bugarske ukazuje da se komunitarnom pravu priznaje suprematija nad zakonima, ali ne i nad Ustavom.[25] Dakle, kompleksnost integrativne klauzule podrazumijeva da ona pored uspostavljanja primata i neposredne primjenjivosti komunitarnog prava omogućava državama da zaštite određena osnovna ustavna načela od upliva evropskog prava. To predstavlja tzv. dvostruki kapacitet integrativnih klauzula, tj. da omogućavaju glatku integraciju prava EU u nacionalni pravni sistem, a sa druge strane da dozvole ustavnim sudovima da zaštite ono što smatraju jezgrom ustava od evropskog zadiranja.[26]

Imajući u vidu određene istorijske okolnosti i ideološke razlike među njima, istočno-evropske države koje su stupile u članstvo Evropske unije imaju jednu zajedničku karakteristiku koja je uticala na unošenje osobenih ustavnih rješenja. Naime, veliki broj istočnoevropskih država bile su članice dvočlanih (Čehoslovačka) ili višečlanih federacija (SSSR i SFRJ). Sve baltičke države, Litvanija, Letonija, Estonija, kao i Slovenija i Hrvatska, napustile su federalne države čiji su bile dio, smatrajući da su u tim federacijama bile u neravnopravnom položaju. Da bi onemogućile ponovno stupanje u slične državne aranžmane, pojedine istočnoevropske države su u svoje ustave unijele odredbe koje se odnose na ovo pitanje. Konkretno, Ustav Republike Litvanije (član 136) propisuje da "Republika Litvanija neće participirati u međunarodnim organizacijama ako to nije u skladu sa interesima nezavisnosti zemlje." Takođe, Ustavom je (član 150) eksplicitno zabranjeno učešće Litvanije u bilo kakvim međunarodnim organizacijama koje su bazirane na osnovama bivšeg SSSR-a. Republika Slovačka je Ustavom iz 1991. definisala mogućnost ulaska u državnu zajednicu ali je navela da mogućnost izlaska iz takve zajednice ne smije biti dovedena u pitanje.[27] Republika Hrvatska je ustavnim promjenama iz 2011. godine, koje su prvenstveno vršene u cilju ostvarivanja

[24] Ibid.

[25] F. Hoffmeister, op., cit., 19.

[26] Ibid., 24.

[27] "Na bazi slobodne volje Slovačka Republika može stupiti u državni savez sa drugim državama. Pravo na secesiju iz takvog saveza ne smije biti ograničeno. Odluka o ulasku u državni savez

preduslova za skoro pristupanje Evropskoj uniji, u dijelu "Udruživanje i razdruživanje" definisala zabranu ulaska države u neku novu balkansku federaciju.[28] Sličnu odredbu u svoj Ustav je inkorporirala i Crna Gora, kao država kandidat, koja je najviše odmakla u procesu pregovaranja o članstvu u Uniji. Ustav Crne Gore od 2007. godine, donešen nakon osamostaljenja, sadrži odredbu koja neće zabranjivati (kao u slučaju Hrvatske), već će otežavati uspostavljanje državne zajednice u kojoj bi Crna Gora mogla izgubiti nezavisnost. [29] Imajući u vidu da su evropske integracije i članstvo u Evropskoj uniji bile i ostale prioritetni spoljnopolitički cilj, Crna Gora je u svoj Ustav unijela integrativnu klauzulu dok je još bila na početku pomenutog procesa. Iz istog razloga ustavotvorac se opredijelio za konkretni pristup u definisanju ustavnog osnova za integrisanje u Evropsku uniju. Naime, iako se ustavni osnov za pristupanje Evropskoj uniji nalazi u članu 15 stav 2 Ustava, kojim se reguliše odnos države sa drugim državama i međunarodnim organizacijama, Ustav se određuje konkretno prema EU propisujući da "Skupština odlučuje o načinu pristupanja Evropskoj uniji."[30]

Republika Hrvatska je, kao najmlađa država članica Evropske unije, integrativnu klauzulu unijela u najviši pravni akt ustavnim promjenama iz 2011. godine. Naime, pomenutim ustavnim promjenama Hrvatska je u svoj Ustav unijela posebnu glavu "Evropska unija" (čl. 143–146). Integrativna klauzula odnosi se konkretno na Evropsku uniju i pored ustavnog osnova za pristupanje Uniji sadrži osnov za prenos nadležnosti (čl. 140 i 141) i suprematiju i neposrednu primjenjivost komunitarnog prava (član 145). Siniša Rodin smatra da se nesporan ustavni osnov za pristupanje EU nalazi u članu 141 Ustava, koji definiše udruživanje i razdruživanje, ali da nije jedini, već da ustavni osnov može postojati u članu 139 kojim se osigurava ratifikacija ugovora o pristupanju, kao i u članu 86 koji predstavlja osnovu za održavanje referenduma za ulazak u Evropsku uniju.[31] Ove ustavne promjene regulisale su takođe i učešće u institucijama Unije i prava građana EU u Hrvatskoj.

---

ili secesija iz takvog saveza mora biti donešena u skladu sa Ustavom uz referendum.", Ustav Slovačke Republike od 1992, član 7.

[28] "Zabranjuje se pokretanje postupka udruživanja Republike Hrvatske u saveze s drugim državama u kojem bi udruživanje dovelo, ili moglo dovesti do obnavljanja jugoslavenskoga državnog zajedništva, odnosno neke balkanske državne saveze u bilo kojem obliku.", Ustav Republike Hrvatske, član 141, stav 2.

[29] "Crna Gora ne može stupiti u savez sa drugom državom kojim gubi nezavisnost i puni međunarodni subjektivitet.", Ustav Crne Gore od 2007, član 15 stav 4.

[30] Ustav Crne Gore od 2007, član 15, stav 3.

[31] Siniša Rodin, "Ustavna osnova za članstvo Hrvatske u Evropskoj uniji", *Informator* 5692/2008, Zagreb 2008, 4.

Ustav Srbije i integrativna klauzula

Srbija kao zemlja koja se nalazi u procesu evropskih integracija, nije još uvijek unijela integrativnu klauzulu u svoj Ustav. Nakon osamostaljenja Crne Gore, Srbija je 2006. godine, postala nezavisna država i iste godine donijela novi Ustav, ovoga puta Ustav nezavisne i međunarodno priznate države. S obzirom na to da se Srbija i tada nalazila u procesu pridruživanja Uniji, pitanje unošenja integrativne klauzule u najviši pravni akt se postavljalo u periodu izrade ustava. Po tom pitanju nije postojao jedinstven stav ni među političkom elitom, ali ni unutar naučne zajednice, već su se iskristalisala dva pristupa odnosno mišljenja, koja i danas postoje. Jedno, koje je i odnijelo prevagu pri izradi Ustava, koje stoji na stanovištu da bi bilo kakvo uključivanje integrativnih klauzula u sadržaj ustava imalo "ne samo puki deklarativni značaj, već i nepotreban prizvuk svojevrsnog političkog voluntarizma."[32] Drugi je pristup podrazumijevao neophodnost unošenja u Ustav integrativne klauzule bez koje Srbija ne može pristupiti Evropskoj uniji.

Srbija nije dužna da integrativnu klauzulu unese u Ustav sve do samog momenta pristupanja, ali njeno nepostojanje može implicirati i nepostojanje jasne političke volje u cilju pridruživanja Uniji. Kako Ustav Republike Srbije ne sadrži integrativnu klauzulu, neki ustavni teoretičari kao što je Marijana Pajvančić smatraju da bi bilo neophodno pristupiti promjeni Ustava u dijelu inkorporiranja klauzule u najviši pravni akt, čime bi se uspostavio ustavni osnov za pristupanje Uniji, ali i osnov za prenos određenih nadležnosti na nivo Evropske unije. [33] Po Ustavu Republike Srbije unutrašnje pravo je nadređeno evropskom, pa se u cilju stupanja u članstvo Unije, Ustav mora promijeniti u smislu obezbjeđivanja suprematije i neposredne primjenjivosti komunitarnog prava. Definisanjem odnosa između komunitarnog prava i unutrašnjeg prava u ovom stadijumu integracije, Srbija bi otklonila neke dileme u tom pogledu i adaptirala svoj pravni poredak na nadolazeću situaciju projektovanog članstva u Uniji. Srbija bi kao država koja je u procesu pridruživanja EU mogla da pokaže snažniju političku volju, proklamujući članstvo u Evropskoj uniji kao nedvosmisleni strateški prioritet. Unošenjem integrativne klauzule u svoj najviši pravni akt u ovoj ili ranijim fazama integracije, Srbija je svojim evropskim partnerima mogla pokazati svoju odlučnost i lojalnost.

---

[32] Slobodan Samardžić, "Evropski minimalizam", Ustav Srbije i evropska integracija, *Evropski forum*, br. 825, 2006, 5.

[33] Međutim, postoji mišljenje da bi se pravni osnov za prenos nadležnosti na međunarodne organizacije mogao pronaći u članu 97 Ustava, prema kojoj je Republika Srbija nadležna da "uređuje i obezbeđuje njen međunarodni položaj i odnose sa drugim državama i međunarodnim organizacijama", Vid. Bosa Nenadić, "Evropsko usmerenje novog Ustava Republike Srbije", *Revija za Evropsko pravo IX (2007) 1*, *Centar za pravo EU,* Kragujevac 2007, 19–21.

Države koje su ovako postupale nadale su se da će ranim unošenjem integrativne klauzule steći blagonaklonost evropskih partnera i u određenoj mjeri skratiti pregovarački proces sa ciljem da što ranije postanu član Unije.

Unošenje integrativne klauzule i njeno dejstvo imaju svakako i negativne efekte koji se prvenstveno tiču cjelokupnog procesa evropskih integracija. Argumenti protiv unošenja integrativne klauzule u Ustav su jednako uvjerljivi i dolaze od strane evropskeptika koji smatraju da bi Srbija trebalo da odustane od integracije u Evropsku uniju. Razlozi za tako nešto su prvenstveno suštinske prirode. Oni smatraju da bi negativni efekti ovog procesa nadmašili benefite koje bi Srbija imala od članstva u EU. Naime, evropske integracije i pristupanje Evropskoj uniji negativno utiču na funkcionisanje sistema i ugrožavaju ustavom uspostavljenu podjelu nadležnosti, kako kod država koje se nalaze u procesu pridruživanja, tako i kod država koje su članice Unije. Ne zanemarujući uticaj na sve nosioce državne vlasti, izdvaja se uticaj ovog procesa na zakonodavno tijelo.

U cilju usklađivanja unutrašnjeg prava sa *acquis communautaire-om*, Srbija u procesu pridruživanja donosi veliki broj zakona za veoma kratko vrijeme što je prouzrokovalo opadanje zakonodavne funkcije parlamenta, kao i njegovog značaja uopšte, ali i nestabilnost pravnog poretka. Zakoni iz tzv. evropske agende donose se prioritetno, po skraćenom postupku, te bez valjane rasprave o zakonskim rješenjima, pa se zakonodavno tijelo pretvara u glasačku mašinu. Nažalost, postoji konsenzus između političkih elita da cilj (ulazak u EU) opravdava sredstvo (marginalizaciju zakonodavog tijela). Zbog toga se čini nespornim da su upravo nacionalni parlamenti najveći gubitnici u procesu evropskih integracija, s obzirom na to da je pomenuti proces imao za direktnu posljedicu sužavanje nadležnosti parlamenta kao i njegovo urušavanje. Pozicija nacionalnih parlamenata u Uniji se slikovito ogleda u tezi o "deparlamentarizaciji", kojom se tvrdi da nacionalni parlamenti trpe zbog nedostatka autoritativne vlasti nad transnacionalnim kreiranjem politike.[34] Takođe, ne možemo prenebreći razloge neizvjesne budućnosti EU u svijetlu rastućeg evroskepticizma, kao i iskušenja sa kojima se Evropska unija suočava, a koji su postali ozbiljniji napuštanjem Unije od strane Ujedinjenog Kraljevstva.

Unošenje integrativne klauzule u ustav zemlje koja želi da postane član Evropske unije jeste neminovnost, no svaka država ne mora jednoobrazno pristupiti njenom prihvatanju, kako u pogledu izbora koncepta odnosno sadržaja integrativne klauzule, tako i u pogledu vremenskog trenutka njenog inkorporiranja

[34] Francesko Duina, Michael Oliver, "National parliaments in the European Union: Are there any benefits to integration?", *European law journal, Vol. 11, No. 2, Blackwell publishing, Oxford* 2005, 174.

u najviši pravni akt. Države mogu na različiti način postupati, unoseći integrativnu klauzulu na samom početku procesa evropskih integracija, ali i neposredno pred stupanje u članstvo. Ukoliko Srbija nastavi sa evropskim integracijama, može sačekati sa unošenjem integrativne klauzule u Ustav i odložiti je za poznu fazu procesa pregovaranja, ili čak promjenu ustava u cilju unošenja klauzule izvršiti tek zajedno sa ratifikacijom sporazuma o pristupanju Evropskoj uniji. Prolongiranjem ovog postupka Srbija može, bar još neko vrijeme, zaštititi unutrašnji pravni poredak od penetracije komunitarnog prava. Iza odluke o odlaganju unošenja integrativne klauzule, često ne stoji državno-politička odluka o ispravnosti izbora pravog trenutka. Naprotiv, nerijetko je momenat promjene ustava bio posljedica (ne)mogućnosti postizanja konsenzusa među političkim činiocima[35] ili posebnih okolnosti u kojima se država nalazi;[36] s obzirom na komplikovane procedure ustavne revizije koja obično zahtijeva kvalifikovane većine u parlamentu, a nerijetko i referendum. Dakle, promjena ustava nije jednostavan proces, a sa obzirom na to da Ustav Republike Srbije spada u čvrste ustave, on za reviziju zahtijeva ne samo kvalifikovanu većinu, već u određenim slučajevima i obavezni referendum.[37] Stoga, ukoliko sadržina integrativne klauzule zadire u odredbe koje su dodatno zaštićene Ustavom, njeno unošenje u Ustav bilo bi komplikovanije.

S obzirom na to da je u Srbiji otvoreno pitanje promjene ustava, između ostalog i zbog integrativne klauzule, trebalo bi pažljivo odmjeriti sve prednosti

[35] Tako je, na primjer, Češka Republika u svoj ustav unijela integrativnu klauzulu tek u završnoj fazi integacije. No, to nije bio inicijalni plan. Naime, Vlada Češke Republike je u aprilu 1999. godine, predložila promjenu Ustava u cilju stvaranja uslova za ulazak u EU. Taj predlog za promjenu Ustava će propasti, i promjene Ustava su tek usvojene 2001. godine, nakon usaglašavanja u parlamentarnim odborima, sadržavajući odredbu o primatu komunitarnog prava nad češkim i njegovu direktnu primjenu. Integrativna klauzula sadržavala je ustavni osnov za članstvo u međunarodnim organizacijama i institucijama, prenos nadležnosti, kao i obaveze iz članstva u njima., Ustav Češke Republike od 1992, čl. 10a i 10b.

[36] Posebno specifične okolnosti, uticale su na unošenje integrativne klauzule u Ustav Kipra tek pri samom učlanjenju u Evropsku uniju. Jedinstven kontekst činilo je to što je uporedo sa pristupanjem uniji tekao proces medijacije Ujedinjenih Nacija zbog problema na Kipru.

[37] Vladan Petrov po načinu promjene klasifikuje Ustav Srbije u čvrste ustave. Međutim, iako Ustav razlikuje tri reviziona postupka, sa obaveznim, fakultativnim i bez referenduma (odlukom Narodne skupštine), Petrov problematizuje zašto je za promjenu većine ustavnih odredaba (preambula Ustava, načela Ustava, ljudska i manjinska prava i slobode, uređenje vlasti, proglašavanje ratnog i vanrednog stanja, odstupanje od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom stanju, postupak za promjenu ustava) predviđen najsloženiji postupak koji se završava obaveznim referendumom. Navodi da nije moguće da se na isti način mijenjaju načela ustava i broj poslanika u Narodnoj skupštini, zaključujući da je ovakvo selektiranje izvršeno bez jasnog kriterijuma što obesmišljava razlikovanje čvrstine određenih ustavnih odredaba., Vladan Petrov, "Pogled na Ustav Srbije od 2006 - deset godina kasnije", Srpski pravnički klub, 2016.

i nedostatke koje ovaj proces donosi. Takođe, treba imati u vidu da ni Srbija, a ni Evropska unija nijesu iste danas i u vremenu od prije desetak godina, kada je Ustav donešen i kada je Srbija bila na početku puta prema Uniji. Stoga ne bi bilo racionalno žuriti sa promjenom Ustava, zbog unošenja klauzule kada je moguće to uraditi neposredno prije eventualnog članstva u EU. Da li će istrajati na putu integracija, kada će se i za koji model Srbija opredijeliti, zavisi od njene vlastite političke volje, odnosno nacionalne i pravne tradicije, a ta odluka zasigurno ostaje u rukama naroda kao nosioca suvereniteta i njegovih demokratski izabranih predstavnika.

ZAKLJUČAK

U procesu evropskih integracija različitih država i samog njihovog pristupanja Evropskoj uniji, integrativna klauzula se u svom konceptuološkom i sadržinskom smislu nametnula kao jedno od važnih pitanja koja zaslužuju naučnu opservaciju. Sa obzirom na to da je unošenje integrativne klauzule u ustave država koje se pridružuju Evropskoj uniji preduslov članstva u Uniji, to je klauzulu učinilo nezaobilaznim činiocem čitavog procesa. Različiti pristupi pri njenom definisanju generisali su i različite koncepte u pogledu vršenja nadležnosti i pitanja državne suverenosti. Bilo da se odnose konkretno na Evropsku uniju ili na međunarodne organizacije uopšte, one predstavljaju ustavni osnov za članstvo u Uniji, suprematiju i neposrednu primjenjivost komunitarnog prava, kao i prenos nadležnosti i funkcionisanje u sklopu jedne naddržavne tvorevine kakva je Evropska unija.

Na kraju ovog komparativnog prikaza integrativne klauzule možemo dati određeni zaključak u vezi sa njenim dejstvom na unutrašnji pravni poredak i podjelu nadležnosti unutar država koje postaju članice EU. Integrativna klauzula i njeno unošenje u ustave država koje žele pristupiti Uniji pored određenih pozitivnih, produkuje i nezaobilazne negativne efekte. Naime, putem integrativne klauzule definiše se primat komunitarnog prava nad domaćim i njegova direktna primjena, što dovodi u pitanje tradicionalne ustavne proklamacije koje parlament definišu kao nosioca suvereniteta i isključivog vršioca zakonodavne vlasti. Zatim, integrativna klauzula omogućava prenos nadležnosti u zakonodavnoj sferi sa nacionalnog nivoa na nivo EU i na taj način u određenoj mjeri ograničava izvornu zakonodavnu nadležnost parlamenta. U tom smislu možemo utvrditi da inkorporiranje integrativne klauzule ima neposredan uticaj na zakonodavnu nadležnost parlamenta, uzimajući još jedan dio njegove tradicionalne nadležnosti i stavljajući ga pred nove izazove. Zbog toga savremeni nacionalni parlamenti država članica EU moraju koristiti one instrumente koji im stoje na raspolaganju kako bi se za-

štitili od uticaja komunitarnog prava i zadržali svoj značaj. U tom smislu, jed(i)na linija odbrane unutrašnjeg pravnog poretka može biti "doktrina ograničenja" kreirana od strane Ustavnog suda Italije i Saveznog Ustavnog suda Njemačke, putem koje država brani svoja fundamentalna ustavna načela od suprematije akata komunitarnog prava koji nijesu u skladu sa Ustavom.

Integrativna klauzula sa svojim dejstvima koja generiše, predstavlja nužnost i realnost procesa evropskih integracija. Iskustva država članica EU mogla bi poslužiti Srbiji koja se nalazi u procesu pridruživanja, a još uvijek nije unijela integrativnu klauzulu u svoj Ustav. Naravno, treba imati u vidu da su to iskustva zemalja koja su se pridruživale jednoj stabilnoj, vrijednosno i ekonomski dominantnoj Uniji, a da je to danas Unija koja se suočava sa izazovima kako na unutrašnjem tako i na spoljnjem planu, Unija koju su neki počeli da napuštaju. Imajući u vidu da je u Srbiji otvoreno ustavno pitanje, trebalo bi u prvi plan staviti ustav i štititi ideju ustavnosti, jer je to najveći državni interes i ne žuriti sa njegovom revizijom zbog ovog pitanja.

PETAR ŠTURANOVIĆ, Ph.D.,
Teaching assistant, Faculty of Law,
University of Montenegro

INTEGRATIVE CLAUSE AS A PRECONDITION OF MEMBERSHIP IN THE EUROPEAN UNION

Summary

The author presents and analyses the constitutional basis of accession of different countries to the European Union. He is dealing with the issue of integration clause that provides the constitutional basis for accession to the Union, as well as the supremacy of community law in relation to the interior. The article dealing with the concrete and the general clauses; that allow constitutional basis for entering into international organizations in general and those relating specifically the EU; different models in the content of integrative clause (transfer of competencies, joint exercise of jurisdiction, limitation of sovereignty). It can serve as a guiding principle for some countries that are in the process of European integration, particularly for those that have not yet incorporated the integrative clause in its constitution. Such is the case of Serbia, which has not entered integrative clause in its Constitution of 2006, where are already talking about amending constitution, because of the incorporation of integrative clause. Finally we give an opinion on its importance, but also the negative aspects, such as the marginalization of the state bodies of the EU Member States, particularly national parliaments.

ZORAN RADIVOJEVIĆ

PRAVOSUDNA KONTROLA ZAJEDNIČKE SPOLJNE I BEZBEDNOSNE POLITIKE EVROPSKE UNIJE

OPŠTE PRAVILO: ISKLJUČENA PRAVOSUDNA KONTROLA

Odredbe o spoljnoj politici unete su u primarno pravo Evropskih zajednica (dalje: EZ) tek posle usvajanja Jedinstvenog evropskog akta. Ovim ugovorom stvoren je pravni osnov i formalni okvir za tzv. evropsku političku saradnju koja se odvijala na klasičnom međuvladinom nivou[1]. Budući da nije predstavljala deo komunitarnog pravnog poredka, ova saradnja bila je izvan okvira pravosudne kontrole. U skladu s tim Jedinstveni evropski akt je izrekom isključio nadležnost Suda pravde u ovoj oblasti[2].

Ugovorom iz Mastrihta evropska politička saradnja prerasla je u zajedničku spoljnu i bezbedonosnu politiku (dalje: ZSBP) i postala jedan od konstitutivniih elementa (tzv. drugi stub) novoustanovljene Evropske unije (dalje: EU). Iako značajno unapređena i proširena, oblast ZSBP zadržala je sve odlike međuvladine saradnje koja, *inter alia*, podrazumeva nepostojanje pravosudne kontrole. U tom smislu je u osnivački ugovor uneta odredba koja, nabrajajući oblasti obuhvaćene

---

Dr Zoran Radivojević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je pripremljen u okviru projekta "Politički identitet Srbije u regionalnom i globalnom kontenstu" br.179079 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

[1] V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Beograd, 2009, str. 42.

[2] Čl. 31

nadležnošću Suda pravde, ne pominje ZSBP[3]. Ugovori iz Amsterdama i Nice nisu promenili položaj Suda pravde u odnosu na ZSBP. Izuzimajući novu numeraciju članova[4], u završnom delu ugovora o EU zadržana je odredba koja ne predviđa nadležnost Suda pravde u ovoj oblasti. Tako je drugi stub EU, tj. područje ZSBP ostalo i dalje izvan sistema pravosudne kontrole[5].

U toku pregovora koji su prethodili usvajanju Ugovora o ustavu za Evropu pokrenuto je, između ostalog, pitanje preispitivanja uloge Suda pravde u oblasti ZSBP. Rasprava o tome vođena je u okviru posebne radne grupe[6]. Tom prilikom predloženo da se u oblasti ZSBP uspostavi sistem pravosudne kontrole koji već postoji u prvom, komunitarnom stubu. Prema tom predlogu, Sud pravde postao bi nadležan da po tužbama država članica i institucija ocenjuje zakonitost akata iz ove oblasti zbog navodnih povreda odredaba Ugovora o ustavu ili pravila međunarodnog prava obavezujućih za EU i države članice Uz to, Sud bi dobio ovlašćenje da na zahtev istih subjekata daje mišljenje o usklađenosti međunarodnih sporazuma iz domena ZSBP koje Unija namerava da zaključi sa odredbama tog Ugovora. Na kraju ove diskusije ključni predlog da se Sudu prizna nadležnost u odnosu na ZSBP odbačen je kao politički neprihvatljiv za većinu država članica[7]. Kao rezultat takve odluke u konačni tekst Ugovora o ustavu uneta je odredba[8] koja izričito predviđa da Sud pravde nema nadležnost nad pitanjima koja se odnose na ZSBP.

Prilikom usvajanja Lisabonskog ugovora problem eventualnog proširenja nadležnosti Suda pravde na oblast ZSBP nije uopšte razmatran. Tako je posle stupanja na snagu ovog ugovora ZSBP ostala i dalje izvan jurisdikcije Suda. Ne napuštajući model međudržavne saradnje, države članice su zadržale opšte pravilo da je pravosudna kontrola u ovoj oblasti isključena. Jedina promena ogleda se tome što je ovo pravilo sadržano ne samo u čl.24, stav 1 Ugovora o EU (dalje: UEU), već je izmešteno i u čl.275, stav 1 sadašnjeg Ugovora o funkcionisanju EU (dalje: UFEU) koji izričito propisuje da "Sud pravde EU nije nadležan za odredbe koje se odnose na ZSBP niti za akte usvojene na osnovu tih odredbi".

---

[3] Čl. J.11 i čl. L.

[4] Čl. 46 Ugovora o EU, izmenjen Ugovorom iz Nice.

[5] Tokom 90-tih godina prošlog veka sam Sud pravde je potvrdio nepostojanje pravosudne kontrole u oblasti ZSBP; videti: slučaj C-167/94, *Grau Gomis and Others*, European Court Reports (dalje: ECR) I, 1995, p.1023.

[6] Working Document No 10 of 12 Mar 2003 "Judicial Control relating to the common foreign and security policy" and Supplementary Report of 16 Apr 2003. CONV 689/1/03.

[7] Final Report of the Discussion Circle on the Court of Justice, CONV 636/03, 25 Mar 2003.

[8] Čl. III-376, stav 1.

Razloge za isključenje ZSBP iz sistema pravosudne kontrole treba prvenstveno tražiti na strani država članica koje nastoje da očuvaju svoj suverenitet na ovom politički osetljivom području. Otuda one još uvek nisu spremene da budu pravno obavezane na poštovanje donetih političkih odluka u ovoj oblasti niti da povere Sudu ovlašćenje za tumačenje i ocenu valjanosti ovih odluka[9]. Tome treba dodati nepreciznost i nedovoljno jasno značenje odredaba o ZSBP, veoma uopšteno formulisanje ciljeva i kratkoročni karakter akata koji se donose u ovoj oblasti, kao i ograničeni domet pravosudne kontrole u materiji koja je prevashodno političkog karaktera[10].

IZUZECI: OGRANIČENA PRAVOSUDNA KONTROLA

Od pravila da je pravosudna kontrola isključena u oblasti ZSBP Lisabonskim ugovorom su izričito predviđena dva izuzetka. Oni omogućavaju da Sud u ograničenom obimu vrši kontrolu koja, istina, daleko zaostaje za njegovim ovlašćenjima u drugim oblastima delovanja Unije. Kao prvo, Sudu je poverena nadležnost da kontroliše razgraničenje između ovlašćenja EU u ZSBP i njene nadležnosti u ostalim područjima njenog delovanja[11]. U ovom slučaju Sud ima zadatak da osigura da ne dođe do preklapanja između nadležnosti organa u materiji bivšeg prvog i trećeg stuba i oblasti ZSBP. S druge strane, Sud je na osnovu izričite odredbe[12] postao nadležan da po tužbama fizičkih i pravnih lica kontroliše valjanost odluka Saveta kojima se u okviru ZSBP uvode restriktivne mere prema ovim licima.

Postoji još jedno, treće odstupanje od opšteg pravila da je pravosudna kontrola u oblasti ZSBP isključena. Taj izuzetak nije izričito propisan Lisabonskim ugovorom, ali se posrednim putem može izvesti iz jedinstvenih odredaba koje regulišu postupak zaključenja međunarodnih sporazuma EU[13]. Ovde je zapravo reč o ovlašćenju Suda da daje mišljenje o usklađenosti međunarodnih sporazuma koji se nameravaju zaključiti u okviru ZSBP sa osnivačkim ugovorima.

---

[9] M. Brkan, The Role of the European Court of Justice in the Field of Common Foreign and Security Policy After the Treaty of Lisbon: New Challenges for Future, *EU External Relation Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, The Hague, 2012, p. 99.

[10] M.G. Garbagnati Ketvel, The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy, *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, No 1, pp. 79-80.

[11] Čl. 40 UEU.

[12] Čl. 275, stav 2 UFEU.

[13] Čl. 218 UFEU.

Kontrola razgraničenja između ZSBP i drugih oblasti delovanja EU

Kontrola razgraničenja između oblasti delovanja (ranijih stubova) EU nije potpuno nova, budući da je i pre Lisabonskog ugovora Sud imao nadležnost da ocenuje uticaj mera usvojenih na osnovu ZSBP ili policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima na ovlašćenja u komunitarnoj oblasti. Pravni osnov za takvo delovanje nalazio se u čl.47 koji je propisivao da "ništa predviđeno UEU ne može uticati na nadležnosti Unije zasnovane na Ugovorima o EZ niti na kasnije ugovore ili akte kojima se oni menjaju ili dopunjavaju". Ova odredba obezbeđivala apsolutni primat prvog u odnosu na drugi i treći stub Unije. U tom smislu čl.47 tumačen je tako da ako se nešto moglo uraditi na osnovu prvog stuba, onda se to moralo učiniti u okviru tog stuba[14]. Praktično to je značilo da ukoliko su institucije želele da donesu hibridni akt koji spada u više oblasti delovanja Unije, one ga nisu smele doneti na osnovu drugog ili trećeg stuba kada se on mogao usvojiti unutar prvog stuba[15].

Jedini slučaj pre Lisabonskog ugovora u kome je Sud meritorno odlučivao o razgraničenju između ZSBP i prvog stuba ticao se lakog naoružanja (*Small Arms and Light Weapons-SALW*) ili Ekonomske zajednice zapadnoafričkih država (*Economic Community of Western African States-ECOWAS*). Pozadina ovog spora vezana je za sporazum iz Kotonua zaključen 2000. godine između EZ i njenih članica i grupe država iz Afrike, Kariba i Pacifika. Ovaj mešoviti sporazum sklopljen unutar prvog stuba u oblasti saradnje za razvoj imao je kao jedan od ciljeva smanjenje prometa i zaliha lakog oružja. Međutim, pre nego što je sporazum iz Kotonua stupio na snagu Savet 2002. godine kao meru u okviru ZSBP usvaja zajedničku akciju o borbi protiv stvaranja zaliha i širenja lakog oružja. Radi sprovođenja zajedničke akcije Savet godine 2004. donosi odluku u odnosu na ECOWAS kojom predviđa pružanje finansijske i tehničke pomoći u cilju sprečavanja širenja lakog oružja u ovim zemaljama.

U sporu koji je iznet pred Sud pravde[16] Komisija je tvrdila da su sve mere u borbi protiv širenja lakog oružja morale da budu usvojene unutar prvog stuba, te da je Savet donošenjem mera u okviru drugog stuba prekršio čl.47 Ugovora o EU. Na osnovu toga Komisija je podnela tužbu tražeći od Suda da najpre poništi odluku Saveta o implementaciji zajedničke akcije, a da potom i samu zajedničku ak-

[14] U tom smislu izjasnio se opšti pravobranilac Mengozzi u slučaju C-91/05, *Commission v. Council*, ECR I, 2008, p. 3651.

[15] M. Brkan, *op. cit.*, p. 101.

[16] Slučaj 91/05, *Commission v. Council*, ECR I, 2008, p. 3651.

ciju proglasi nezakonitom i neprimenjivom[17]. Sa svoje strane Savet, podržan od Velike Britanije i Španije, ponovio je argument da Sud nije nadležan za ocenu zakonitosti mera preduzetih u okviru ZSBP, pa samim tim nema pravo da odlučuje povodom zahteva o navodnoj nezakonitosti sporne zajedničke akcije[18].

U oceni valjanosti navedenih akata Saveta Sud je pošao od tzv. testa centra gravitacije[19] koji je već primenjivao[20] prilikom izbora pravnog osnova mere koja istovremeno sledi više ciljeva ili ima više sastavnih delova. Izdvajajući, najpre, slučaj kada mera čiji je jedan cilj ili sastojak određen kao glavni ili preovlađujući, a ostali kao sporedni, Sud je utvrdio da bi akt morao biti zasnovan samo na jednom pravnom osnovu i to onom koji nalaže svrha ili element koji se smatraju glavnim ili dominantnim[21]. Prema tome, ukoliko se dokaže da je primarni cilj sporne odluke implementacija ZSBP, ona bi trebalo da bude usvojena u okviru drugog stuba.

Prelazeći, zatim, na situaciju kada mera u isto vreme sledi ili ima veći broj ciljeva i delova koji su tako neraskidivo povezani da se nijedan od njih ne može smatrati sekundarnim ili posrednim u odnosu na drugi, Sud je našao da bi akt morao da bude zasnovan na različitim pravnim osnovima[22]. Međutim, prema oceni Suda, čl.47 UEU takvu mogućnost isključuje zato što u prisustvu podjednako značajnih ciljeva prvog i drugog stuba, određena mera se mora usvojiti unutar prvog od njih[23]. U tom pogledu nije od značaja činjenica kojom vrstom nadležnosti EZ raspolaže, tj. da li se radi o njenim isključivim ili podeljenim ovlašćenjima.[24]

Primenjujući test centra gravitacije na okolnosti konkretnog slučaja, Sud je zaključio da sporna odluka Saveta ima veći broj ciljeva koji istovremeno spadaju u okvire ZSBP i politike saradnje za razvoj. Pošto je nju trebalo usvojiti u sklopu politike saradnje za razvoj, Savet je prekršio čl.47 UFEU. Na osnovu toga Sud je poništio odluku Saveta[25], ali se dalje nije upuštao u analizu zajedničke akcije radi

[17] *Ibid*., para. 25.

[18] *Ibid*., paras 5,6,7 and 30.

[19] Više o tome: S.Griller, The Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy, *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague, 2013, pp. 681-682.

[20] Videti slučajeve: C-155/91, *Commission v. Council*, ECR I, 1993, p. 939; C-36/98, *Spain v.Council*, ECR I, 2001, p. 779.

[21] Slučaj 91/05, *Commission v. Council*, ECR I, 2008, p. 3651; para. 73

[22] *Ibid*., para. 75.

[23] *Ibid*., paras. 76-77.

[24] *Ibid*., paras. 61-62.

[25] *Ibid*., paras. 109-110.

čije je implementacije ona doneta. U svojoj presudi samo je konstatovao da je odluka morala da se poništi zbog sopstvenih nedostataka, te da nije neophodno da se razmatra zahtev u pogledu zajedničke akcije[26]

Lisabonski ugovor donosi značajnu promenu u pogledu načina regulisanja razgraničenja između ZSBP i drugih oblasti delovanja EU. Novi čl.40, stav 1 UEU, istina, zadržava raniju odredbu iz čl.47, ali uz izmene koje su bile nužne zbog ukidanja stubovske strukture. Prema tom stavu sprovođenje ZSBP neće uticati na primenu postupaka i obima ovlašćenja institucija predviđenih Ugovorima radi vršenja nadležnosti Unije navedenih u članovima od 3 do 6 UFEU. Međutim, novinu predstavlja stav 2 ovog člana koji predviđa da sprovođenje politika navedenih u tim članovima neće uticati na primenu postupaka ni na obim ovlašćenja institucija propisanih Ugovorima za vršenje nadležnosti Unije na osnovu ovog poglavlja.

Navedenom odredbom uvodi se balansirani pristup prilikom rešavanja pitanja razdvajanja ove dve oblasti nadležnosti EU[27]. Njihovo razgraničenje prestaje da bude jednosmerna ulica koja vodi apsolutnoj dominaciji nadnacionalne sfere nad klasičnim međudržavnim modelom saradnje. Umesto ranijeg očuvanja i razvoja komunitarne tekovine, cilj nove odredbe sada postaje sprečavanje uzajamnog mešanja između ZSBP i drugih politika Unije. Tom prilikom se nijednoj od ovih politika ne daje primat[28], tako da one imaju podjednaku težinu i vrednost. Lisabonski ugovor na ovaj način štiti ne samo ostale oblasti delovanja Unije od uticaja međuvladinih politika, već u isto vreme pruža zaštitu ZSBP od uplitanja politika iz nadnacionalne sfere.

Nova odredba o razgraničenju nadležnosti ima značajne posledice po dosadašnju ulogu Suda pravde u ovoj oblasti. Sud se više ne pojavljuje kao isključivi čuvar integriteta pravne tekovine Unije od mogućeg upliva međudržavnog metoda saradnje. U isto vreme ona omogućava Sudu da odlučuje o uticaju odluka donetih u nadnacionalnoj sferi na oblast ZSBP. Tako se ovom organu dodeljuje novi zadatak da zaštiti ZSBP od mogućih zloupotreba nadležnosti i procedura iz oblasti nadnacionalnih politika[29].

---

[26] *Ibid*., para.111.

[27] P. Eeckhout, The EU's Common Foreign and Security Policy after Lisbon: From Pillar Talk to Constitutionalism, *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, p. 273.

[28] T. Ćapeta, Sudska zaštita u Europskoj uniji nakon Lisabonskog ugovora, *Reforma Europske unije: Lisabonski ugovor*, Zagreb, 2009, str. 106.

[29] Ch. Hillion, A Powerless Court? The European Court of Justice and Common Foreign and Security Policy, *The European Court of Justice and External Relations Law – Constitutional Challenges*, Oxford-Portland, 2014, p. 58.

Prva iskustva posle stupanja na snagu Lisabonskog ugovora ne pokazuju spremnost država članica da iskoriste mogućnost koju im pruža nova odredba o razgraničenju nadležnosti. One i dalje u oblasti zajedničke spoljne i bezbednosne politike nisu sklone da posegnu za mehanizmom pravosudne kontrole.[30] Nešto veći aktivizam pokazuju institucije Unije koje su u ovom periodu Sudu podnele tri tužbe za poništaj akta na osnovu ove odredbe.

U prvom od tih slučajeva[31], koji se ticao sankcija UN, Evropski paralament je osporio izbor pravnog osnova na kome je Savet zasnovao sankcije preduzete protiv lica osumnjičenih za terorizam radi sprovođenja u život rezolucija Saveta bezbednosti o merama za suzbijanje međunarodnog terorizma. Radilo se zapravo o Regulativi 1286/2009 kojom su uvedene restriktivne mere protiv fizičkih i pravnih lica povezanih sa Osamom Bin Ladenom, Al Kaidom i Talibanima. Savet je ovu regulativu usvojio na osnovu čl. 215 UFEU koja zahteva prethodno donošenje odluke u okvirima ZSBP u skladu sa odgovarajućim odredbama Ugovora o EU. Nasuprot tome, Parlament je smatrao da valjani pravni osnov za donošenje regulative treba da bude čl. 75 UFEU prema kome usvajanje antiterorističkih mera spada u oblast slobode, bezbednosti i pravde.

Primenjujući test centra gravitacije, Sud je u svojoj presudi zaključio da čl. 215 predstavlja pravilan izbor pravnog osnova za donošenje sporne regulative Saveta, ali je ipak ostavio načelnu mogućnost da akti budu izuzetno usvojeni na različitim pravnim osnovima. Međutim, prema stavu koje je zauzeo u jednom ranijem predmetu[32], korišćenje dvostrukog pravnog osnova nije moguće onde gde su procedure propisane za svaki od pravnih osnova međusobno nespojive. U konkretnom slučaju Sud je našao da se redovni zakonodavni postupak iz čl. 75 UFEU koji podrazumeva puno učešće Paralementa u odlučivanju ne može kombinovati sa odredbom čl. 215 po kojoj se Parlament samo obaveštava o donetoj odluci[33].

Preostala dva slučaja ticala su se sporazuma koje je Unija zaključila sa Mauricijusom (2011. godine)[34] i Tanzanijom (2014)[35] u okviru vojne operacije *ATA-*

---

[30] D. Petrlik, The Court of Justice of the European Union in the Post-Lisbon Era: Impact of the Treaty of Lisbon on the EU Judicature Since Its Entry Into Force, *The Lawer Quarterly*, 2012, no. 3, p. 155.

[31] Slučaj C-130/10, *Parliament v. Council*, ECLI:EU:C:2012:472.

[32] Slučaj C-155/07, *Parliament v. Council (European Investment Bank Guarantees)*, ECR I, 2008, p. 8103.

[33] Slučaj C-130/10, *Parliament v. Council*, para.47.

[34] Slučaj C-658/11, *Parliament v. Council (Piracy Agreement)*, ECLI:EU:C:2014:2025.

[35] Slučaj C-263/14, *Parliament v. Council (Piracy Agreement II/Tanzania)*, ECLI:EU:C:2016:435.

LANTA preduzete od strane pomorskih snaga EU (*EUNAFOR*) u cilju zaštite brodova Svetskog programa za hranu od napada pirata sa obala Somalije. Tim sporazumima regulisani su uslovi i oblici premeštaja lica osumnjičenih za izvršenje dela piraterije u navedene dve države radi istrage i suđenja. Odluku o njegovom zaključenju Savet je doneo na osnovu čl.37 UEU i po postupku iz stava 6, čl. 218 UFEU. ne tražeći prethodno saglasnost ili mišljenje Evropskog parlamenta, jer je smatrao da je reč o sporazumu koji se isključivo odnosi na oblast ZSBP.

Sa svoje strane, Parlament je zatražio poništaj ove odluke Saveta osporavajući valjanost postupka zaključenja sporazuma o izručenju pirata po dva osnova. Najpre, on je tvrdio da predmet ovog sporazuma reguliše isto tako i pitanja policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima koja spadaju u okvire prostora slobode, bezbednosti i pravde[36]. Pošto je za donošenje internih mera u ovoj oblasti propisan redovni zakonodavni postupak (čl. 82 i 87 UFEU), Savet je odluku o zaključenju sporazuma morao da usvoji samo uz prethodnu saglasnost Parlamenta (čl. 218, stav 6, tačka a) UFEU). Kao drugi razlog ništavosti ove odluke Saveta navedena je povreda prava Parlamenta da odmah i potpuno bude informisan o svim etapama postupka zaključenja međunarodnih sporazuma (čl. 218, stav 10 UFEU). U slučaju sporazuma sa Mauricijusom Savet je obaveštenje Parlamentu uputio posle proteka više od tri meseca od donošenja odluke o njegovom zaključenju[37], dok je kod sporazuma sa Tanzanijom to zakašnjenje iznosilo devet dana[38].

U svojim presudama Sud pravde odbio je prvi deo tužbenog zahteva i potvrdio da su sporne odluke Saveta o zaključenju sporazuma ispravno zasnovane na čl.37 UEU, te da su valjano donete po postupku iz stava 6 čl. 218 UFEU. Koristeći još jednom poznati test centra gravitacije, on je utvrdio da ciljevi i sadržaj zaključenih sporazuma dominantno spadaju u okvire ZSBP, dok su njihove odredbe koje se odnose na oblast slobode, bezbednosti i pravde sporedne. U obrazloženju ovog stava Sud se, *inter alia*, pozvao na čl. 40 UFEU ocenivši da je tom odredbom njemu poveren zadatak da osigura da mere iz okvira ZSBP neće uticati na ovlašćenja i procedure predviđene UFEU[39]. Imajući u vidu činjenicu da se aspekti vezani za oblast slobode bezbednosti i pravde pojavljuju kao kolateralna pitanja u sporazumima sa Mauricijusom i Tanzanijom, Sud je ovaj svoj zadatak ispunio prihvatanjem opredeljenja Saveta da čl. 37 UEU iskoristi kao pravni osnov za spornu odluku. Da je, pak, izveo suprotan zaključak i priznao pravo

[36] *Ibid.*, paras. 24-25.

[37] Slučaj C-658/11, para. 79.

[38] Slučaj C-263/14, para 57.

[39] Ibid., para. 42.

Parlamenu na davanje saglasnosti Sud bi zanemario svoju ulogu poverenu čl. 40 UEU koja se isto tako sastoji u osiguranju da politike i mere predviđene UFEU ne utiču na ovlašćenja i procedure iz oblasti ZSBP.[40]

Međutim, drugi deo tužbenog zahteva Sud je prihvatio kao osnovan i poništio sporne odluke zbog propusta Saveta da blagovremeno obavesti Parlament o zaključenju ovih sporazuma. Tom prilikom on je našao da se pravo Parlamenta da bude informisan iz stava 10 čl.218 UFEU odnosi na proces zaključenja svih međunarodnih ugovora, uključujući i sporazume koji isključivo spadaju u oblast ZSBP.[41]

Kontrola valjanosti restriktivnih mera protiv pojedinaca usvojenih u okviru ZSBP

U pravnom poredku EU restriktivne mere podrazumevaju zapravo ekonomske sankcije koje se koriste u oblasti spoljnog delovanja Unije. One su hibridne prirode i predstavljaju kako deo zajedničke trgovinske politike, tako i sredstvo za vođenje ZSBP[42]. Pre Lisabonskog ugovora EU bila je ovlašćena da primenjuje ekonomske sankcije samo protiv jedne ili više trećih država[43]. U osnivačkim aktima nije postojala izričita odredba o mogućnosti uvođenja sankcija prema pojedincima. Međutim, u praksi to nije predstavljalo prepreku da Savet donese odluke o ekonomskim i finansijskim sankcijama protiv fizičkih i pravnih lica koja su vršila faktičku kontrolu nad delom teritorije ili efektivno kontrolisala vladu treće države, kao i onih entiteta i lica koja su sa njima povezana ili im pružaju finansijsku podršku[44]. Prvostepeni sud[45], a kasnije i Sud pravde[46] podržali su valjanost ovakve prakse. Pravni osnov za odluke Saveta o uvođenju sankcija protiv individualnih subjekata nađen je u odredbi Ugovora o EZ koja dopušta preduzimanje svih neophodnih mera "za ostvarivanje jednog od ciljeva Zajednice, u okviru funkcio-

[40] A.P. van der Mei, EU External Relations and Internal Inter-Institutional Conflicts: The Battlefield of Article 218 TFEU, *Maastricht Journal of European and Coparative Law*, 2016, no 6, 1064.

[41] Slučaj C-658/11, paras. 69-73.

[42] Restriktivne mere se obično pojavljuju u obliku trgovinskog embarga (zabrana uvoza i izvoza), finansijskih sankcija (zamrzavanje fondova, zabrana investiranja) ili sankcija u pogledu saobraćaja (zabrana prevoza, prekid saobraćajnih veza).

[43] Čl. 60 i 301 Ugovora o EZ, izmenjen Ugovorom iz Nice

[44] L. Šaltinytė, Jurisdiction of the European Court of Justice over Issues Relating to the Common Foreign and Security Policy under the Lisbon Treaty, *Jurisprudence*, 2010, no1, p. 268.

[45] Slučaj T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, ECR II, 2005, p. 3649.

[46] Združeni slučajevi C-402/05P and C-415/05P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, ECR I, 2008, p. 6351.

nisanja zajedničkog tržišta, a za koju ovim Ugovorom nije predviđeno neophodno ovlašćenje"[47].

Režim koji je važio do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora propisivao je dvostepeni postupak za donošenje odluka o uvođenju restriktivnih mera. U prvoj fazi Savet je donosio zajednički stav ili zajedničku akciju koji su predviđali prekid ili smanjenje, u potpunosti ili delimično, ekonomskih odnosa sa jednom ili više trećih zemalja. Nakon toga, Savet je uvodio konkretne sankcije u formi komunitarnih akata iz okvira prvog stuba (regulative ili odluke) koji su se usvajali kvalifikovanom većinom na predlog Komisije.[48]

Posledica dvostepenosti u odlučivanju o uvođenju ekonomskih sankcija ogledala se otvaranju indirektne mogućnosti za pravosudnu kontrolu mera iz okvira ZSBP. Naime, Sud je i pre donošenja Lisabonskog ugovora mogao na zahtev individualnih subjekata odlučivati o zakonitosti restriktivnih mera donetih protiv njih, ali samo posrednim putem. Takva nadležnost bila mu je data u situacijama kada je implementacija ovih mera zahtevala usvajanje komunitarnih akata. U tom slučaju ovlašćeni individualni subjekti mogli su da podnošenjem direktne tužbe zahtevaju poništaj akta koji je u okviru prvog stuba donet u cilju implementacije neke mere iz drugog stuba.[49]

Lisabonski ugovor kodifikovao je postojeću praksu EU u pogledu restriktivnih mera prema pojedinacima, ali je otišao i korak dalje u regulisanju nadležnosti Suda prave za ocenu valjanosti ovih mera. Njegovim odredbama po prvi put je izričito predviđeno ovlašćenje za uvođenje ekonomskih sankcija protiv individualnih subjektata. Prema stavu 2 čl. 215 UFEU kada je nekom odlukom usvojenom u skladu glavom II naslova V UEU predviđeno, Savet može po posebno propisanom postupku[50] usvajati restriktivne mere prema fizičkim i pravnim licima, grupama ili nedržavnim entitetima. Na ovaj način zadržana je dvostepenost u procesu odlučivanja o uvođenju ekonomskih sankcija, budući da se najpre mora usvojiti odluka u okviru ZSBP, a tek onda se u cilju njene implementacije pristupa donošenju pravnih akta u obliku regulative ili odluke.

---

[47] Čl. 308 Ugovora o EZ, izmenjen ugovorom iz Nice.

[48] Čl. 301.

[49] U združenim predmetima *Yassin Abdulah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission,* (C-402-05 P и C-415/05 P, ECR I, 2008, p. 6351) Sud pravde je po žalbi poništio regulativu Saveta br. 881/2002 u delu koji se odnosio na zamrzavanje fondova i imovine ovog pravnog lica.

[50] U tom postupku Savet, odlučujući kvalifikovanom većinom na zajednički predlog Visokog predstavnika Unije za spoljne poslove i politiku bezbednosti i Komisije usvaja konkretne mere i o tome obaveštava Evropski parlament (stav 1, čl. 215).

Najvažniju novinu koju sadrži Lisabonski ugovor predstavlja odredba stava 2 čl. 275 UFEU o nadležnosti Suda pravde da odlučuje o zakonitosti odluka kojima se predviđa uvođenje restriktivnih mera prema fizičkim i pravnim licima, a koje Savet usvaja u okviru ZSBP. Ovom odredbom pojedincima je data mogućnost da direktno osporavaju valjanost ekonomskih sankcija uvedenih odlukom koja je usvojena u oblasti ZSBP[51]. Njihovo pravo na tužbu, dakle, nije više uslovljeno donošenjem implementacionog akta. Stoga oni ne moraju da čekaju da Savet svojom regulativom ili odlukom usvoji konkretne sankcije, već tužbu mogu podneti protiv prve, inicijalne odluke o uvođenju restriktivnih mera donete u okviru ZSBP.

Kad je reč o procesnoj legitimaciji, pojedinci kojima su nametnute restriktivne mere mogu se obratiti Sudu pod istim uslovima koji su propisani kod tužbe za poništaj[52]. Oni imaju pravo da podnesu tužbu protiv odluka koje su njima upućene ili akata koji ih neposredno i pojedinačno pogađaju. Izuzetno se dozvoljava pojedincima da pokrenu postupak za poništaj akata koji ih pogađaju samo neposredno, dakle bez zahteva za pojedinačnim dejstvom, ali pod uslovom da je u pitanju regulatorni akt koji ne zahteva mere implementacije[53].

U prvim godinama primene Lisabonskog ugovora zabeležen je relativno skroman broj meritorno okončanih postupaka po tužbama ove vrste, da bi se nakon toga njihov broj višestruko uvećao. Tako je 2009. godine Opšti sud rešio 8, a 2010. 10 predmeta, kojima treba pridodati 4 odluke po žalbama koje je u ovom periodu doneo Sud pravde[54]. Početak druge decenije ovog veka obeležio je mnogo veći broj postupaka pred Opštim sudom: 2011. bilo je 32, 2012. 42, a 2013. 40 presuđenih slučajeva. Trend porasta broja postupaka nastavio se 2014. kada je zabeleženo 68 i 2015. u kojoj je bilo 60 presuđenih predmeta. U međuvremenu, Sud pravde je u 34 slučaja odlučivao po žalbama[55]. Najveći broj rešenih predmeta od strane Opšteg suda bio je prošle, 2016. godine čak 70, dok je Sud pravde u žalbenom postupku doneo 11 odluka[56].

---

[51] M. Brkan, *op. cit*, p. 110; D.Peterlik, *op.cit*., pp. 169-170.

[52] Čl. 263, stav 4 UFEU.

[53] Prema stavu Suda pravde mora se raditi o aktu opšte primene koji nema zakonodavni karakter i ne zahteva mere implementacije, a neposredno pogađa tužioca; videti slučajeve: T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. European Parliament and Council*, ECR II, 2011, p. 5599; i T-262/10, *Microban International and Microban (Europe) v. Commission*, ECR II 2011, p. 7697.

[54] Court of Justice of the European Union, Annual Report 2010, Judicial Activity, p. 178.

[55] *Ibid.*, Annual Report 2015, Judicial Activity, pp. 168-171.

[56] *Ibid.*, Annual Report 2016, Judicial Activity, pp. 95, 208-210.

Kontrola usklađenosti međunarodnih sporazuma koji se zaključuju u okviru ZSBP sa osnivačkim ugovorima

Lisabonski ugovor uspostavio je institucionalne i proceduralne veze između ZSBP i preostalih oblasti spoljnog delovanja EU u celini. Jedna od tih veza je i jedinstveni postupak zaključenja međunarodnih sporazuma. Pa ipak, Ugovorom su propisana neka posebna rešenja za vođenje pregovora i donošenje odluke o zaključenju sporazuma koji isključivo ili prevashodno spadaju u oblast ZSBP[57]. Izvan ovih odstupanja primenjuju se opšta pravila o proceduri zaključenja svih sporazuma bez obzira na njihov predmet. Među zajedničkim pravilima nalazi se odredba po kojoj "država članica, Evropski parlament, Savet ili Komisija mogu zatražiti od Suda mišljenje o tome da li je predmetni sporazum usaglašen sa Ugovorima. Kada je mišljenje Suda negativno, predviđeni sporazum može stupiti na snagu samo ako se izmeni ili ako se revidiraju Ugovori"[58].

Povodom ove preventivna ili *ex ante* kontrole[59] postavilo se pitanje da li Sud može da daje mišljenja o usklađenosti međunarodnih sporazuma koji se žele zaključiti u okviru ZSBP sa osnivačkim ugovorima. Protiv takve kontrole Suda navode se kako formalni, tako i politički razlozi. Formalno posmatrano, nadležnost Suda je izričito isključena iz oblasti ZSBP u odnosu na pitanja regulisana odredbama iz tog područja, ali i za akte koji se na osnovu njih donose. Kako međunarodni sporazum po svojoj prirodi spada među akte institucija[60], pravosudna kontrola nad aktima zaključenim u kontekstu ZSBP nije dozvoljena. S druge strane, kada bi bio nadležan da kontroliše usklađenost međunarodnih sporazuma koje EU namerava zaključiti kao deo svoje ZSBP Sud bi istovremeno nužno morao u tom cilju da tumači osnivački ugovor u onom njegovom delu koji se odnosi na ZSBP. Upravo to su države članice htele isključiti iz kontrole Suda, te bi stoga suprotno rešenje bilo u neskladu s voljom država članica kao tvoraca osnivačkih ugovora[61].

U prilog nadležnosti Suda za davanje mišljenja o usklađenosti međunarodnih sporazuma zaključenih u okviru ZSBP govore, takođe, razlozi formalne i suštinske prirode. Naime, međunarodni sporazumi koji u celosti ili pretežno spadaju u domen ZSBP zaključuju se po jedinstvenoj proceduri koja se primenjuje za

[57] Stavovi 3 i 6 čl. 218 UFEU

[58] Stav 11 čl. 218

[59] Više o tome: Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *Institucionalni mehanizam Evropske unije posle Lisabonskog ugovora*, Niš, 2016, str. 198-201.

[60] Videti stav Suda u slučaju 181/73, *R.& V. Haegeman v. Belgian State*, ECR, 1974, p. 449.

[61] T. Ćapeta, *op.cit.*, str. 107.

sve ugovore EU. Mogućnost traženja mišljenja o saglasnosti sporazuma koji se tek namerava sklopiti s osnivačkim ugovorom može se smatrati sastavnim delom te jedinstvene procedure[62].

Među razlozima suštinskog karaktera za prihvatanje ove vrste kontrole, najčešće se ističe opasnost od mogućih kršenja osnivačkih ugovora, kao i nužnost vršenja pravosudnog nadzora nad razraganičenjem između različitih oblasti delovanja EU. Naime, moguće je da međunarodni sporazum, iako sklopljen pod kapom ZSBP, bude suprotan nekom drugom delu UEU ili UFEU. U takvim situacijama nije isključeno da Sud uspostavi svoju nadležnost[63] za ocenu usaglašenosti celog sporazuma koji se namerava zaključiti, uključujući njegovu sadržinu koji spada u okvire ZSBP, sa osnivačkim ugovorima.

S druge strane, nadležnost za vršenje preventivne kontrole "ustavnosti" nacrta sporazuma koji se želi zaključiti u domenu ZSBP nužna je da bi Sud uspešno ispunio svoju osnovnu ulogu da nadzire liniju razdvajanja između ove i drugih oblasti delovanja Unije[64]. U vršenju tog zadatka Sud mora ući u analizu sadržine celog nameravanog sporazuma kako bi utvrdio njegovu spojivost sa postojećom raspodelom nadležnosti u okviru EU[65]. Okolnost da se nacrt sporazuma u jednom ili pretežnom delu odnosi na oblast ZSBP, koja je inače na opšti način isključena iz pravosudne kontrole, ne lišava Sud nadležnosti da ocenjuje usaglašenost čitavog sporazuma sa odredbama osnivačkog ugovora o raspodeli nadležnosti.

Posle stupanja na snagu Lisabonskog ugovora nije upućen nijedan zahtev od strane ovlašćenih subjekata Sudu za davanje mišljenja o usklađenosti međunarodnog sporazuma koji se nameravao zaključiti u okviru ZSBP. Uprkos tome, stavovi koje je Sud izneo u nekim drugim slučajevima mogu se neposredno ili posredno uzeti kao pokazatelji njegove namere da u budućnosti uspostavi ovu vrstu nadležnosti. Prvi se ticao mišljenja o pristupanju EU Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. U svom mišljenju Sud je posebno razmotrio moguće teškoće koje proizilaze iz njegove ograničene nadležnosti na području ZSBP i s tim u vezi kon-

[62] T. Tridimas, The ECJ and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?, *EU Law for 21st Century: Rethinking the New Legal Order*, Oxford, 2004, Vol. 1, p. 121.

[63] T. Ćapeta, *op. cit.*, str. 107.

[64] Ch. Eckes, Common Foreign and Security Policy: The Consequences of the Court's Extended Jurisdiction, *European Law Journal*, 2016, No. 4, p. 501.

[65] Tom prilikom treba imati u vidu činjenicu da je većina sporazuma zaključenih u okviru ZSBP ima hibridnu i mešovitu prirodu, jer u manjoj ili većoj meri sadrže odredbe iz drugih područja delovanja Unije. Više o tome videti: Ch. Hillion, *op. cit.*, pp. 56-57.

statovao kako "činjenica da se nacrt sporazuma takođe odnosio na pitanja ZSBP nije bila istaknuta kao razlog nedopuštenosti"[66].

Od značaja su i dva ranije pomenuta slučaja u kojima je Sud, vršeći *ex post* kontrolu zakonitosti, poništio odluke o zaključenju sporazuma sa Mauricijusom i Tanzanijom zbog povrede prava Parlamenta da bude "odmah i potpuno informisan o svim fazama procedure" iz stava 10 čl. 218 UFEU. Tom prilikom Sud je ovo pravo Parlamenta tretirao kao deo jedinstvene procedure zaključenja svih ugovora, uključujući i konkretni sporazum sklopljen u domenu ZSBP[67]. Po istoj logici moglo bi se zaključiti da i odredba stava 11 ovog člana, koja predviđa davanje mišljenja o usaglašenosti sporazuma koji se namerava zaključiti sa osnivačkim ugovorima, predstavlja oblik jedinstvene kontrole Suda kojom je obuhvaćen svaki nacrt sporazuma, bez obzira na to u koju oblast delovanja EU, isključivo ili pretežnim delom, spada njegov predmet.

ZAKLJUČAK

Sudskom integracijom različitih područja delovanja EU, koja je sprovedena Lisabonskim ugovorom, nije obuhvaćena ZSBP. Isključujući ovu oblast iz kontrole Suda pravde, države su još jednom potvrdile svoju nespremnost da na Uniju prenesu deo suverenih prava u tom politički i bezbednosno osetljivom domenu. Ovome treba dodati strah pojedinih članica da se aktivizam Suda, koji je u prošlosti, uprkos njihovom snažnom protivljenju, iznedrio principe neporednog dejstva i primata prava EU, ne prelije na oblast ZSBP.

Zadržavajući opšte pravilo da je kontrola Suda isključena u oblasti ZSBP, Lisabonski ugovor je izričito propisao dva izuzetka koja omogućavaju vršenje ograničene pravosudne kontrole. Njima su dobrim delom ozakonjena rešenja koja već postoje u sudskoj praksi, ali ipak ostvaren i važan napredak u regulisanju nadležnosti Suda. Kad je reč o kontroli razgraničenja između ZSBP i ostalih oblasti delovanja, najvažniju novinu svakako predstavlja okončanje hijerarhije i primata politika iz nadnacionalne sfere nad klasičnim modelom međudržavne saradnje. Sud je sada dobio ulogu zaštitnika ZSBP od mogućih uticaja i zloupotreba iz oblasti nadnacionalnih politika. Iz nekoliko slučajeva koji su presuđeni posle stupanja na snagu Lisabonskog ugovora može se zaključiti da je Sud, uz korišćenje svog tradicionalnog testa centra gravitacije, jasno pokazao opredeljenje da ispuni ovaj novi zadatak.

---

[66] Opinion 2/13, EU *Accession to the ECHR*, ECLI:EU:C:2014:2454, paras. 144-152.

[67] Slučaj C-658/11, *Parliament v. Council (Piracy Agreement)*, ECLI:EU:C:2014:2025, paras. 69-73.

Kontrola valjanosti restriktivnih mera prema pojedincima kao drugi izričito predviđeni izuzetak postala je u praksi najvažniji i najpropulsivniji oblik kontrole Suda pravde u oblasti ZSBP. Prava poplava slučajeva ove vrste može se samo jednim delom pripisati novoj odredbi Lisabonskog ugovora koja ovlašćuje fizička i pravna lica da direktno zahtevaju poništaj odluka o restriktivnim merama donetih u okviru ZSBP. Drugi, možda važniji razlog za ovu pojavu valja tražiti u pojačanoj aktivnosti Saveta na planu borbe protiv terorizma i uvođenja ekonomskih sancija protiv trećih država (Iran, Libija, Sirija, Tunis, Belorusija i Ukrajina) i sa njima povezanih pojedinaca i organizacija.

Jedinstveni postupak zaključenja međunarodnih sporazuma propisan Lisabonskim ugovorom otvorio je prostor za uvođenje trećeg izuzetka od opšteg pravila da je u oblasti ZSBP pravosudna kontrola isključena. Reč je o ovlašćenju Suda da daje mišljenje o usklađenosti sporazuma koji se nameravaju zaključiti sa osnivačkim ugovorima Ova preventivna kontrola "ustavnosti" može se smatrati delom jedinstvene procedure koja se primenjuje prilikom sklapanja svih sporazuma, uključujući sporazume čiji predmet isključivo ili pretežno spada u domen ZSBP. Iako do sada nije zatraženo mišljenje o saglasnosti nacrta ovih sporazuma sa osnivačkim ugovorima, Sud pravde je u nekim drugim odlukama ispoljio spremnost da uspostavi ovaj vid nadležnosti i time napravi novi prodor u vršenju pravosudne kontrole ZSBP.

ZORAN RADIVOJEVIĆ, LL.D.,
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

JUDICIAL CONTROL OF THE EU COMMON FOREIGN AND SECURITY POLICY

Summary

Since the establishment of the European Union, the restricted scope of judicial control in the area of EU Common Foreign and Security Policy (CFSP) has often called into question the very existance of this legal institute. This area has remained outside the jurisdiction of the Court of Justice following the entry into force of the Lisbon Treaty, despite the judicial integration of the first and the third pillar from the former EU structure. Remaining committed to the model of interstate cooperation, Member States have retained the general rule that the Court shall have no jurisdiction to exercise judicial control in the area of CFSP.

The reasons for excluding the CFSP from the jurisdiction of the Court of Justice should primarily be sought in the efforts of Member States to preserve their sovereignty in this politically sen-

sitive area. Additional reasons are the imprecise and ambiguous wording of some CFSP provisions, the CFSP objectives stipulated in rather general terms, as well as the limited scope of judicial control in predominantly political matters. In addition, considering that former judicial activism has engendered the principles of indirect effect and primacy of the EU law, some Member States are still alarmed by the looming risks of allowing judicial activism to spill over the area of CFSP.

The Lisbon Treaty explicitly provides two exceptions from the rule that the Court shall have no jurisdiction in the field of the CFSP. It allows the Court to exercise limited judicial control which, in effect, falls far behind its powers in other areas of EU operations. First, the Court has been vested with the authority to control the delimitation of the EU powers in the area of CFSP and its jurisdiction in other areas. In such a case, the Court has the task of ensuring that there is no overlap between the jurisdiction of authorities tasked to handle the matter formerly included in the first and the third pillar and the matter in the area of CFSP. Thus, besides protecting the other areas of EU activities from the influence of intergovernmental policies, the Lisbon Treaty concurrently protects the areas of CFSP from interference of supranational policies.

On the other hand, the Court has jurisdiction to rule on actions filed by natural and legal persons seeking judicial control over the validity of the Council decisions adopted within the CFSP framework which introduce restrictive measures (most frequently economic sanctions) against these persons. The novelty introduced by the Lisbon Treaty is embodied in the fact that the right of individuals to address the Court is no longer conditioned by the adoption of an implementing act. Therefore, they do not have to wait for the Council to adopt concrete sanctions by issuing a regulation or decision; instead, they can file an action against the initial decision rendered within the CFSP framework on instituting restrictive measures

There is also a third exception to the general rule that the Court has no jurisdiction in the area of the CFSP. As a matter of fact, this third exception is not explicitly prescribed by the Lisbon Treaty but it may be indirectly derived from the common provisions regulating the procedure for concluding international agreements of the EU. In this case, the Court has the authority to give an opinion if the international agreements that are intended to be concluded are in compliance with the founding treaty. This preventive "constitutionality" control can be considered to be part of a single procedure applicable to the conclusion of all agreements, including agreements which exclusively or predominantly fall into to the CFSP domain.

BOJANA LAKIĆEVIĆ-ĐURANOVIĆ

IZAZOVI I OČEKIVANJA CRNE GORE NA PUTU KA EVROPSKOJ UNIJI

U V O D

U Crnoj Gori postoji većinska saglasnost o potrebi integracije u EU, što daje dodatan korak za ubrzani napredak prema tom cilju. Brzina napretka u integracijama zavisi od dinamike ekonomskih, političkih, pravosudnih, bezbjednosnih i ukupnih reformi. Evropska unija je već odavno najveća sigurnosna zajednica koja je eliminisala mogućnost sukoba i koja upravo svojim dosadašnjim primjerima predstavlja stalnu inspiraciju i podsticaj za sve zemlje koje se nalaze u njezinim redovima[1]. Politika širenja EU se sastoji u preduzimanju mjera i akcija radi zaključivanja različitih vrsta sporazuma koji kao krajnji cilj imaju prijem trećih država u punopravno članstvo.[2] U spoljnopolitičkom kontekstu, naročito značajnu ulogu ima dugoročno usklađivanje naše spoljne politike sa zajedničkom spoljnom i bezbjednosnom politikom EU.

Na Međuvladinoj konferenciji održajoj u junu 2017. godine u Luksemburgu, Crna Gora je otvorila dva nova pregovaračka poglavlja, Poglavlje 1 – Slobodno kretanje roba i 22 – Regionalna politika i koordinacija strukturnih instrumenata,

---

Dr Bojana Lakićević-Đuranović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

[1] R. Vukadinović, L Čehulić, *Politika europskih integracija*, Topical, Zagreb, 2005, 382.

[2] R.D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 479.

i privremeno zatvorila poglavlje 30 – Vanjski odnosi.Zajednički je ocijenjeno da, ispunjavanjem završnih mjerila i zatvaranjem poglavlja iz oblasti vanjskih odnosa, Crna Gora otpočinje novu fazu pregovaračkog procesa. Pohvaljena je istrajnost proevropske politike i kontinuitet reformi, usljed čega je Crna Gora, nakon 5 godina pregovaračkog procesa, otvorila 28 od ukupno 33 poglavlja u kojima se vode pregovori i privremeno zatvorila tri.

IZAZOVI CRNE GORE NA PUTU KA EU

Crna Gora je nakon obnove nezavisnosti 2006. godine, kao samostalna država, pristupanje Evropskoj uniji utvrdila kao jedan od glavnih spoljnopolitičkih prioriteta. U tom cilju, Crna Gora je posvećena sveobuhvatnom procesu tranzicije i reformi, što podrazumijeva politički i ekonomski preobražaj, kao i jačanje parlamentarne demokratije. Crna Gora je podnijela zahtjev za članstvo u Evropskoj uniji 15. decembra 2008. godine a 2010. godine dobila status zemlje kandidata. Postavljanje ključnih prioriteta kao uslova koji moraju biti ispunjeni kako bi Evropska komisija preporučila otvaranje pristupnih pregovora sa Crnom Gorom predstavljalo je novu praksu u politici proširenja EU. Jasno je da, na osnovu prethodnog iskustva i naučenih lekcija, Evropska unija prilagođava tok pregovaračkog procesa kako bi izbjegla greške uočene u ranijim talasima proširenja, odnosno obezbijedila stvarni, a ne formalni napredak zemlje neophodan za narednu fazu integracije.

Evropska komiisija je temeljna institucija Evropske unije čije aktivnosti prožimaju sve značajne evropske procese.[3] U spoljnim odnosima Komisija ima pravo predstavljanja Unije.[4] Ova institucija EU donosi redovne izvještaje o tome sta je država potencijalni kandidat postigla na putu ka EU. Zahvaljujući veoma intenzivnim reformskim aktivnostima u svim društvenim sferama, a posebno u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova, izmjenama zakonodavnog okvira i efikasnom uspostavljanju institucionalnih i administrativnih pretpostavki, Evropska Komisija je, u Godišnjem izvještaju o napretku 12. oktobra 2011. godine, pozitivno ocijenila spremnost Crne Gore za članstvo u EU i preporučila otvaranje pristupnih pregovora.

Formalno pristupni pregovori su počeli 29.juna 2012. godine.Početak procesa pregovaranja otvaranjem poglavlja 23 i 24, kao politički osjetljivim poglavlji-

[3] B. L.Đuranović, "Položaj Evropske komisije u institucionalnom sistemu EU", *Pravni život*, br. 12, tom IV, 2016, str. 366.

[4] Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *Institucionalni mehanizam Evropske unije posle Lisabonskog ugovora*, Niš, 2016, 94.

ma, je praksa uvedena nakon iskustva pregovaranja sa Hrvatskom, jer se pokazalo da se države kandidati nakon ulaska u EU suočavaju sa ozbiljnim problemima kad su u pitanju nezavisno pravosuđe, poštovanje ljudskih prava i borba protiv korupcije. Godine 2003. Hrvatska je podnijela zahtjev za punopravno članstvo u EU a status kandidata za članstvo u EU dobila je 2004. godine. Pristupni pregovori otvoreni su 2005. godine a nakon više od osam godina od podnošenja zahtjeva za članstvo te skoro šest godina pregovaranja , devetog decembra 2011. godine potpisan je Ugovor o pristupanju Republike Hrvatske Evropskoj uniji. 2013. godine Hrvatska je postala punopravna članica EU.

Da bi se Crna Gora što efikasnije prilagođavala zahtjevima Evropske unije, na raspolaganju su joj sredstva namijenjena Instrumentima za pretpristupnu pomoć. Planirano i postepeno, u saradnji i uz nadzor evropskih institucija, država treba da jača kapacitete i uspostavlja infrakstrukturu za punopravno članstvo u EU[5]. U septembru 2004. godine Evropska komisija predložila je uspostavljanje novog instrumenta za pretpristupnu pomoć, koji je namijenjem pružanju podrške zemljama kandidatima za članstvo u EU, kao i potencijalnim kandidatima za članstvo u EU.[6]

U želji da se Crna Gora, a posebno državna uprava blagovremeno počne pripremati za nove izazove, zadatke i obaveze koji se od nje očekuju, Vlada Crne Gore je pripremila Nacionalni program za integraciju Crne Gore u EU koji obuhvata i Nacionalni plan za usvajanje evropskih propisa odnosno Acquis communitaire. Kao "opšti kriterijum integracije", odnosno prijema u Evropsku uniju , acquis communautaire upućuje na ukupnost pravnih pravila,političkih principa i sudske odluke koje nove države članice moraju da private u potpunosti i od početka, nakon što postanu punopravne članice EU[7]. Za sticanje statusa kandidata i kasnijeg punopravnog člana u Evropskoj uniji acquis communautaire predstavlja centralni pojam i glavni uslov u kome su sublimirani i kopenhagenski uslovi.[8] Očekivani ciljevi Nacionalnog programa za integraciju[9], na kojima je zasnovana njegova izrada, su: definisanje strateških razvojnih ciljeva, kao i odgovarajućih

[5] D. Đurić, *Koheziona politika i pretpristupna podrška Evropske unije*, FOSI, Podgorica, 2009, 110.

[6] B. Košutić, B. Rakić, B. Milisavljević, *Uvod u pravo evropskih integracija*., Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013, 176.

[7] C. Gialdino, *Some Reflecions on the Acquis Communautaire*, CMLRev, 1995, 1090.

[8] R. D. Vukadinović , *Uvod u institucije i pravo Evropske unije, šesto izmenjeno izdanje*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 482.

[9] G. Đurović, *Evropska unija i Crna Gora - ciljevi ekonomske, socijalne i teritorijalne kohezije*, Ekonomski fakultet UCG, Podgorica, 171.

politika, reforma i mjere potrebne za realizaciju ovih ciljeva; utvrđivanje detaljnog plana usklađivanja zakonodavstva i izgradnje institucionalnih kapaciteta; definisanje ljudskih i budžetskih resursa, kao i predviđanje strane podrške potrebne za ispunjenje zadataka.Izazovi koje NPI treba da omogući jesu bolji pregled konzistentnosti reformi kao i bolji pregled potrebnih bužetskih sredstava.

Proces harmonizacije zakonodavstva, zajedno sa jačanjem kapaciteta za njegovo sprovođenje, predstavlja osnov procesa pristupanja Uniji. Crna Gora obezbjeđuje pravilno sprovođenje i izvršavanje važećeg i budućeg zakonodavstva. Približavanje zakonodavstva Crne Gore propisima Unije formalno je počelo datumom potpisivanje SSP-a i postepeno se proširuje na sve elemente pravne tekovine EU koje su obuhvaćene u Sporazumu[10]. Sam proces usklađivanja domaćih propisa sa pravnim poretkom Evropske unije podrazmijeva utvrđivanje oblasti politike kao i upoređivanje važećih propisa Crne Gore u određenoj oblasti sa sadržajem pravnih akata EU koji se odnose na nju.Crna Gora je veoma zainteresovana za lakši pristup tržištu i ulaganja stranih kompanija posebno kada je riječ o dolasku kompanija i novih investicija iz EU zemalja. Nakon što je stupanjem na snagu Lisabonskog sporazuma,Evropska unija stekla isključivu nadležnost da u okviru zajedničke trgovinske politike vodi i politiku stranih investicija, aktuelizovano je pitanje odnosa prava EU i izvora međunarodnog investicionog prava.[11] Naša zemlja ima izgrađen sistem za sprovođenje finansijske i budžetske politike, koji prati postepeni rast administrativnih kapaciteta za njegovo sprovođenje.

Najveći izazov Crne Gore u predstojećem period biće zatvaranje pregovaračkih poglavlja .

OČEKIVANJA CRNE GORE NA PUTU KA EU

Pred državama kandidatima koje koriste finansijska sredstva pretpristupne podrške nalaze se brojni izazovi, kako bi se zaista mogla povlačiti i efikasno koristiti ta sredstva. Jedan od izazova je napraviti što bližu vezu između kohezione politike EU i regionalne i razvojne politike Crne Gore. Takođe je potrebno pojačati budžetsku i internu finansijsku kontrolu.Izvještaj Evropske komisije o napretku Crne Gore u 2016. godini u načelu je pozitivan i potvrđuje progres u reformama na putu ka EU.U izvještaju EU se navodi da će napredak u borbi protiv korupcije i organizovanog kriminala nastaviti da određuje ukupan tempo pristupnih pre-

[10] G. Đurović, *Evropska unija i Crna Gora - ciljevi ekonomske, socijalne i teritorijalne kohezije*, Ekonomski fakultet UCG, Podgorica, 476.

[11] R.D. Vukadinović, V.G. Popović, "O sukobu prava EI i investicionog prava ili o kazni zbog usaglašavanja unutrašnjeg prava sa pravom EU", *Pravni život*, br. 2, tom IV, 2016, 259.

govora kao i da je fiskalna pozicija Crne Gore pogoršana i povećani nivo javnog duga predstavlja izazov za fiskalnu održivost. EU navodi da je prioritetno da Crna Gora preduzme mjere da ograniči trenutnu potrošnju i poboljša naplatu prihoda.

Upravljanje javnim finansijama kao ključna struktura reforme i njeno efikasno sprovođenje traži Evropska komisija od svih država kandidata. Njeno efikasno sprovođenje povlači reforme u sektoru poljoprivrede, industrije, energetike, smanjenje sive ekonomije, reforme tržišta rada i zapošljavanja .Paralaleno sa funkcionisanjem i razvojem zajedničkog tržišta za poljoprivredne proizvode formulisana je i zajednička poljoprivredna politika između država članica.[12] U teoriji se s pravom ističe da zajedničko tržište za poloprivredne proizvode ne može postojati bez zajedničke poloprivredne politike.[13]

Pristupanjem Republike Hrvatske Evropskoj uniji 1. jula 2013. godine, Crna Gora dijeli granicu sa Evropskom unijom, a samim tim stvara se evropsko okruženje koje se pozitivno odražava na naš dalji ekonomski, politički i bezbjednosni razvoj.Svježe hrvatsko iskustvo svjedoči da napredak u integracijskom procesu zavisi isključivo od nas samih. Strateški cilj Crne Gore je uspostavljanje i kontinuirano jačanje institucionalnog odnosa naše države sa EU. Sva dosadašnja iskustva procesa pridruživanja pokazala su da nezavisne i međunarodno priznate države, sa izgradjenim sistemom institucija, afirmisanim administrativnim kapacitetom i jasnom razvojnom strategijom, brže idu u proces integracija i ispunjavanja složenih kriterijuma za punopravno članstvo u EU. Nakon završetka pristupnih pregovora s Republikom Hrvatskom, Crna Gora je ponosna da je prva država Procesa stabilizacije i pridruživanja koja ulazi u sljedeću i najzahtjevniju fazu pristupanja EU.

Posljednih godina Evropa prolazi kroz period duboke transformacije.Nastala globalna kriza je izbrisala godine ekonomskog i društvenog napretka i otkrila strukturne slabosti u ekonomijama EU. Stoga je Evropska komisija pripremila novu radnu verziju, Nacrt razvojne strategije EU - Evropa 2020, koja treba da bude okvir razvoja Crne Gore u narednoj dekadi[14]. Krajnji cilj našeg puta u EU nije samo članstvo nego i bolji kvalitet života građana po uzoru na kvalitet života najrazvijenih država članica EU. Crnoj Gori je svakako mjesto u ovoj nadnacionalnoj organizaciji jer "Evropska unija ima potencijala da bude velika sila u oblikovanju ukupnih svjetskih dešavanja, te zašto ne prihvatiti, u skladu s ispunjenim

[12] R. D. Vukadinović , *Uvod u institucije i pravo Evropske unije,* šesto izmenjeno izdanje, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, 262.

[13] Lasok and Bridge, *Law& Institutions of the European Communities*, London, 1987, 413.

[14] G. Đurović., L. Čehulić-Vukadinović, D. Jaćimović, M. Tahirovićm N. Milović, 2010. *Crna Gora u XXI stoljeću- u eri kompetitivnosti-Integracija u evropske i evroatlanske strukture*, Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Podgorica, 2010, 104.

kriterijumima, ulogu aktera na jednoj takvoj pozorišnoj sceni."[15] U procesu globalizacije Evropska unija može da odigra dvije uloge. S jedne strane,moguće je da će ona, zahvaljujući svom integracionom iskustvu[16] svojoj ekonomskoj snazi, izgrađenom sistemu vrijednosti i razvijenom, veoma modernom i dobrom pravnom sistemu koji već služi kao uzor mnogim evropskim i vanevropskim državama, odigrati ulogu značajnog podsticajnog faktora i usmjerivača kod stvaranja prekograničnih veza na svjetskom planu, koje će se sve više uspostavljati i razvijati što više proces globalizacije bude napredovao. U Deklaraciji o nezavisnosti od 3. juna 2006, Crna Gora je jasno izrazila svoju posvećenost evroatlantskim integracijama kao jednom od najvažnijih nacionalnih interesa.[17]

Crne Gora je najmlađa članica NATO saveza.Ona je na brojnim primjerima pokazala da je posvećen partner EU u sprovođenju njene spoljne i sigurnosne politike.Pristupanje Alijansi dolazi kao potvrda dobrih rezultata u sprovođenju cijelog seta veoma zahtjevnih i sveobuhvatnih reforma, posebno onih u dijelu vladavine prava.

PITANJE PREVLAKE

Jedan od izazova Crne Gore na putu ka Evropskoj uniji biće rješavanje pitanja Prevlake. Bokokotorski zaliv predstavlja izuzetan dragulj ne samo Crne Gore već i Evrope i svijeta. Dužina njegove obale je 106 km, dok je dužina cjelokupne crnogorske obale 293,6 km. Boka je pogodna pomorska baza koja može poslužiti za kontrolu kako Otrantskih vrata, tako i cijelog Južnog Jadrana. On je izuzetno značajan za Crni Gor jer se cjelokupan pomorski promet obavlja kroz Otrant budući da Jadransko more spada u kategoriji okruženih ili poluokruženih mora.

Kada je riječ o državnim granicama opšte je pravilo da se granice između država ne mogu utvrđivati jednostranim aktima.Pravni osnov državnih granica leži, drugim riječima, u sporazumu, izričitom ili prećutnom.[18] Neki teoretičari smatraju da državne granice ne treba da budu nepremostivi zid već put za ostvarenje mnogobrojnih susjedskih veza ,koje danas nameće državna ekonomska, sa-

[15] S. Hix , *The political system of the European Union*. Palgrave, Basingstoke, 1999, 355.

[16] B. Rakić, *Za Evropu je potrebno vreme,o preuranjenom pokušaju uspostavljanja evropske političke integracije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009, 212.

[17] B.L. Đuranović, "*Global Challenges to Euro – Antlanticism*", *Medijski dijalozi*, godina X, broj 27-28, Podgorica 2017, 513.

[18] *V. Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, *ICJ Reports 1962, str. 21, 23-24; Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, Merits, Judment of 12 April 1960, *ICJ Reports* 1960, str. 38-39.

obraćajna, politička i druga međuzavisnost.[19] U bivšoj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji, između tadašnjih federalnih jedinica nije bilo administrativnih granica na moru. Morski prostor unutrašnjih morskih voda, teritorijalnog mora, a jedno vrijeme spoljnjeg morskog pojasa, nijesu bili republički nego savezni - zajednički Jugoslovenski.[20] Sa Republikom Italijom je utvrđena granica teritorijalnog mora koja je ostala važeća i poslije raspada SFRJ. Novonastale države, Republika Slovenija i Republika Hrvatska su izvršile sa Italijom razgraničenje teritorijalnog mora i to je primjer takozvane granice država kojima obale stoje naspramno.

Granice Boke Kotorske su određivane i mijenjane više puta, uglavnom kao posljedica ratova, oružanih sila i buna. Crna Gora nije priznavala nekadašnju administrtivnu, međurepubličku granicu kao međunarodno pravno priznatu. Ovo nesumnjivo ukazuje da postoji granični i teritorijalni spor. *Svojim hidrografsko-geografskim položajem Prevlaka kao kopnena površina vezuje za sebe nekoliko kategorija morskog prostranstva koje imaju različite pravne statuse.*[21] Na njih je potrebno obratiti pažnju da bi se Prevlaka kao granični problem mogla bolje shvatiti. Spoljna strana Prevlake je okrenuta ka otvorenom moru i tako veže za sebe sve pravno prihvaćene institute međunarodnog prava mora, uključujući i epikontinentalni pojas koji je danas veoma značajan. Međutim, u ulaznom bazenu to nije slučaj već se tu može raditi samo o unutrašnjim morskim vodama i o teritorijalnom moru, koje je za sada privremeno podijeljeno između dvije države.

Teritorijalno more se ovom slučaju javlja kao najkontroverzniji dio morskog prostora, jer je upravo njegova granica u stvari državna granica na moru.Suverenost u teritorijalnom moru pripada obalnoj državi i *ona samo takva ima određena prava u unutrašnjim morskim vodama, u teritorijalnom moru, u spoljnom morskom pojasu u isključivoj ekonomskoj zoni i epikontinentalnom pojasu*[22]. Što se tiče teritorijalnog mora značajno je *napomenuti da se ono mjeri od polazne linije ka otvorenom moru, pa bilo od normalne ili ravne linije koju je država podvukla*[23]. Teritorijalno more se nalazi pod suverenošću obalne države. Suverena vlast obalne države nije apsolutna jer trpi ograničenja u obliku prava neškodljivog prolaza stranih brodova. Sama činjenica da države dijele zajedničku kopnenu granicu

[19] La Pradelle, "La Frontier", *Etude de Droit International*, 1928, 307 et seq.

[20] D. Rudolf, "More pod vlašću Republike Hrvatske, odnosi sa susjedima", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (online).

[21] M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2016, 376.

[22] V. Ibler, *Međunarodno pravo mora i Hrvatska*, Zagreb, 2001, 57.

[23] B. Vukas , *The Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: Boston, 2004, 127.

automatski dovodi do pitanja kako nastaviti kopnenu granicu na moru, u cilju i u pogledu razgraničavanja.

Pravila međunarodnog prava o razgraničenjima na moru i podmorju su nedovoljno jasna za uspješno rješavanje ovakvih sporova između država.U sudskoj praksi prilikom rješavanja ovakvih sporova nastojalo se na osnovu najširih geografskih, istorijskih, političkih, privredno- ekonomskih i drugih argumenata da pronađu najbolja rješenja kao u anglosaksonskom pravu na osnovu *prezidenata.* Dvije sudske instance stoje na raspolaganju strankama za rješavanje spora: Međunarodni sud pravde i Stalni arbitražni sud. Izbor je stvar sporazuma stranaka – Crne Gore i Hrvatske. I jedan i drugi postupak imaju svoje prednosti i nedostatke. Do sada je pred Međunarodnim sudom pravde rješavano preko dvadeset sporova ove vrste u kojima se iskristalisalo načelo pravičnosti, kao osnov za presuđenje. Dužina trajanja spora pred Međunarodnim sudom pravde može Crnu Goru u procesu približavanja EU dovesti u nepovoljniji položaj budući da je Hrvatska članica Unije. Postupak pred Stalnim arbitražnim sudom je brži. Da bi se spor između Crne Gore i Hrvatske podvrgao nadležnosti Stalnog arbitražnog suda,potrebno je da strane u sporu zaključe tzv. arbitražni konpromis. Dobrosusjedska saradnja zasnovana na pravičnosti i obostranom razumijevanju prava interesa drugih mora biti ispred bilo kakvih nacionalnih i strateških interesa pojedinačnih država tako da će se rješenje morati tražiti u svijetlu međunarodnog prava.

ZAKLJUČAK

Definisani spoljnopolitički prioriteti Crne Gore su dugoročni i odražavaju potrebe i interese Crne Gore, prvenstveno u političkom, ali i razvojnom smislu. Isto tako, oni određuju realne mogućnosti i projekcije Crne Gore u svijetlu njene nezavisnosti, kao samostalne i međunarodno priznate države i dugoročnog strateškog pozicioniranja na međunarodnoj sceni. Uspjeh Crne Gore u spoljnjoj politici zavisiće prvenstveno i u najvećoj mjeri od brzine i kvaliteta unutrašnjih reformi i ekonomskog razvoja. U tom smislu, implementacija spoljnopolitičkih prioriteta Crne Gore zadatak je ne samo Vlade i drugih institucija, već i društva u cjelini.

Crna Gora je svjesna značaja vladavine prava i posebno borbe protiv organizovanog kriminala i korupcije i reforme pravosuđa. Naša država članstvom u EU povećava šanse za izvoz, kako u Uniju, tako i u treće zemlje i smatra se da će ukidanjem graničnih kontrola prema Uniji crnogorski privrednici uštedjeti vrije-

me i troškove poslovanja. Crna Gora ima model privrednog razvoja koji je baziran na privlačenju stranih investicija.

Pregovori o članstvu u Evropsku uniju najzahtjevnija su faza procesa evropske integracije, koja doprinosi promjeni cjelokupnog sistema po EU standardima i vrijednostima. To je dug put transformacije cijelog društva, koji vodi stvaranju uslova za bolji život svih građana Crne Gore, što je suština procesa evropske integracije i naš krajnji cilj. Crna Gora je na vrijeme prepoznala da dobrosusjedski odnosi i integracije predstavljaju garant njenog uspješnog razvoja.

U Crnoj Gori postoji većinska saglasnost o potrebi integracije u EU, što daje dodatan impuls za ubrzani put prema tom cilju.

Jedan od izazova Crne Gore na putu ka Evropskoj uniji biće i rješavanje pitanja Prevlake pred Međunarodnim sudom pravde ili Stalnim arbitražnim sudom.

BOJANA LAKIĆEVIĆ-ĐURANOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Montenegro

CHALLENGES AND EXPECTATIONS OF MONTENEGRO ON ITS PATH TOWARDS EU ACCESSION

Summary

Montenegro's accession to the EU is one of the priority goals of our country. The accession negotiations are the most challenging stage in the European integration process. Montenegro sees the EU as the best framework for the further development of our overall reforms. The membership is a powerful incentive for further political and economic development of Montenegro along with the high standards of the rule of law. The speed of our progress in the integration process depends on the dynamics of economic, political, judicial, security and overall reforms. The rules of international law on the delimitation of the sea and subsoil are not sufficiently clear for a successful resolution of such disputes between states. In jurisprudence, when resolving such disputes, the best solutions are sought on the basis of the broadest geographical, historical, political, economic and other arguments, as is the case in precedent-based Anglo-Saxon law. Two separate courts offer possible arenas for the resolution of this dispute: The International Court of Justice and the Permanent Court of Arbitration. The choice between the two is a matter of agreement between the parties to the dispute – Montenegro and Croatia. Both proceedings have their advantages and disadvantages.

MILICA J. ČIZMOVIĆ

ZAŠTITA ŽIGA U PRAVU EVROPSKE UNIJE

UVOD

Realizacija ideje stvaranja jedinstvenog tržišta, privredne i monetarne unije, ostvarena je kroz uspostavljanje Evropske unije. Pored toga što postaju dio jedinstvenog tržišta, države članice zadržavaju pravo uspostavljanja i održavanja prometa robe, usluga i kapitala na svom unutrašnjem tržištu. U cilju uspostavljanja jedinstvenog tržišta na području intelektualne svojine Evropska unija preduzima sve potrebne radnje u cilju uspostavljanja harmonizacije nacionalnih zakonodavstava zemalja članica, kao i uspostavljanju nadnacionalnog žigovnog prava kroz stvaranje žiga Zajednice, odnosno komunitarnog žiga.[1] Uprkos principu teritorijalnosti prava žiga, razvoj međunarodne trgovine uticao je na potrebu uspostavljanja jednoobraznih pravila sa važenjem na teritorijama više država zbog čega je pokrenut proces harmonizacije prava, prvenstveno na međunarodnom planu, kroz donošenje međunarodnih konvencija, a zatim i u okviru Evropske unije kroz donošenje akata EU koji impliciraju harmonizaciju propisa na nivou država članica EU.

Komunitarni žig prvi put je predviđen Uredbom Savjeta 40/94 iz 1993. godine. Na ovaj način stvorena je posebna kategorija žigova, tzv. Unitarni žig sa važenjem na čitavoj teritoriji Evropske unije. Jedinstvenom registracijom pred posebnim organom, Zavodom za intelektualnu svojinu Evropske unije, pruža se

Dr Milica J. Čizmović, advokat, Banja Luka, Bosna i Hercegovina.

[1] S. Krneta (1996), Evropsko pravo intelektualnog vlasništva, Sarajevo, str. 35.

zaštita oznaci za korištenje u svim zemljama članicama. Suštinska zamisao je da ovaj institut podrži ideju o jedinstvenom tržištu i slobodnom prometu roba i usluga u okviru Evropske unije, na taj način što će se omogućiti titularima ovog prava da kroz pojednostavljeni postupak i uz sniženje troškova registarcije zaštite svoje pravo na cjelokupnoj teritoriji država članica.[2]

Kako bi se unaprijedio postojeći nivo harmonizacije nacionalnih propisa država članica EU i osavremenila zaštita komunitarnim žigom, Evropska unija se odlučila da pristupi reformi žigovnog prava. Novi tzv. zakonodavni paket čine dvije komponente: Direktiva 2015/2436 o usklađivanju zakonodavstva država članica o žigovima i Uredba 2015/2424 o izmjenama Uredbe o komunitarnom žigu. Ovi akti usvojeni su 16. decembra 2015. godine, a stupili su na snagu 23. marta 2016. I dok je direktiva usmjerena na povećanje stepena harmonizacije nacionalnih zakonodavstava država članica EU u oblasti prava žiga, Uredba se prevashodno odnosi na novi žig EU.

KOMUNITARNI ŽIG

Komunitarni žig u *acquis communautair* regulisan je prvenstveno Direktivom EU br. 89/104/EEZ od 21. decembra 1988. godine o harmonizaciji prava država članica u oblasti žigova, a potom Uredbom Savjeta EU br. 40/94 od 20. decembra 1993. godine o komunitarnom žigu, koja je zamjenjena Uredbom br. 3288/94 od 22. decembra 1994. godine. Uredba br. 3288/94 zasnovana je na Rimskom ugovoru i tumačenju Suda Pravde da EU može na osnovu odredbi Osnivačkog ugovora stvarati nove oblike industrijske svojine koji će imati primat nad nacionalnim pravima.[3]

Direktivom EU br. 89/104/EEZ započeo je postupak zakonodavne aktivnosti u pogledu žigovnog prava u okviru Evropske Unije. Cilj Direktive je bio uspostavljanje mehanizama sa ciljem harmonizacije nacionalnih zakonodavstava zemalja članica.

Uredbom Savjeta EU br. 40/94 uveden je sistem komunitarnog žiga koji ima jedinstven karakter, sa važenjem na području svih članica Evropske unije. U vezi sa tim formirano je i posebno tijelo, odnosno Kancelarija za harmonizaciju unutrašnjeg tržišta odgovorna za registraciju žigova i dizajna za prostor Evropske unije – OHIM (u daljnjem tekstu: OHIM). Postupak koji sprovodi OHIM, nezavisan je od postupka registracije koji se sprovodi pred nacionalnim kancelarijama

[2] M. Jovanović (2016), Žig Evropske unije, specifičnosti i sporna pitanja, *Pravo i privreda br.* 7-9/2016, str. 518.

[3] V. Raičević (2010), Pravo industrijske svojine, Novi Sad, str. 199.

ovlaštenim za registraciju žigova. Nacionalne kancelarije nisu dužne da slijede praksu OHIM-a, ali s obzirom na uticaj evropskog prava i prakse na nacionalne pravne sisteme uopšte, kao i njihovu vezanost za odluke Evropskog suda pravde i Suda prve instance, očekivati je da isti uvaže i recentnu praksu OHIM-a.[4] U odnosu na Uredbu Savjeta EU br. 40/94, Vijeće Evropske unije zauzelo je stav da je istom uspostavljen jedinstven sistem zaštite žigova u državama članicama kroz registraciju u Zajednici. Taj sistem je na zadovoljavajući način ispunio očekivanja samih korisnika, ali je isto tako imao i pozitivan uticaj na uspostavljanje unutrašnjeg tržišta. Kroz svoje djelovanje sistem je omogućio da se prepoznaju i ostali aspekti kojima se sistem može pojednostaviti i dopuniti, na koji način bi se poboljšala njegova djelotvornost. U cilju poticanja svjetskog tržišta Vijeće Evropske unije je zauzelo stav da bi sistem Komunitarnog žiga trebao biti dostupan svima, bez uslova reciprociteta, ekvivalentnosti i/ili državljanstva, a sve to što bi navedeni uslovi uticali na složenost novog sistema i samim tim ga učinili neprilagodljivim i nedjelotvornim. U cilju racionalizacije postupka potrebno je izvršiti određene izmjene po pitanju sistema pretrage i to da bi sistem pretrage ostao obavezujući samo u odnosu na Komunitarni žig, a fakultativan samo u odnosu na pretrage u registrima žigova država članica koje su objavile svoju odluku o vršenju takve pretrage uz obavezu plaćanja za to propisane takse.

Uvođenjem Komunitarnog žiga data je mogućnost da se na osnovu jedne podnesene prijave, u okviru jedinstvenog postupka pred jednim organom nadležnim za sprovođenje postupka, postiže zaštita žiga u svim državama članicama EU. Takođe, sudska zaštita ostvarena u vidu sudske presude o povredi prava žiga ima pravno djelovanje u svim članicama EU.[5]

Uredba Savjeta EU br. 40/94 ne sadrži eksplicitnu definiciju Komunitarnog žiga, ali je ona implicirana u brojnim odredbama ove Uredbe. Ipak, na osnovu analiza odredbi ove Uredbe, Komunitarni žig se može definisati kao znak koji je podoban za razlikovanje proizvoda ili usluga jednog privrednog subjekta od proizvoda ili usluga drugog privrednog subjekta, a koji je registrovan kao Komunitarni žig na osnovu Uredbe Savjeta EU br. 40/94, u postupku vođenom pred OHIM-om.[6]

U članu 4. Uredbe precizirano je od kojih se znakova može sastojati Komunitarni žig. Prema članu 4. Uredbe Komunitarni žig se može sastojati od bilo kojeg znaka koji se može prezentovati grafički, posebno riječi, uključujući i lična imena, dizajn, slova, brojeve, oblik robe ili njeno pakovanje, pod uslovom da se pomoću tih znakova mogu razlikovati roba i usluge jednog privrednog subjek-

[4] D. Zlatović (2008), Žigovno pravo, Zagreb, str. 190.

[5] M. Manigodić i Đ. Manigodić (2004), Komunitarni žig, Beograd, str. 18.

[6] Ibid.

ta od roba i usluga drugog privrednog subjekta.[7] Vijeće Evropske unije je 19. februara 2004. godine usvojilo Uredbu 422/04 kojom se mijenja i dopunjuje Uredba Savjeta EU br. 40/94. Izmjene su uslijedile nakon potpisivanja Ugovora o pristupanju novih članica Evropske unije, a odnosile su se na sve prijave Komunitarnog žiga i već registrovane Komunitarne žigove koje se od dana pristupanja (od 1. maja 2004. godine), protežu na nove države članice. Radi se o jednostranom protezanju Komunitarnih žigova na nove države članice, a ne o dvostranom protezanju, s obzirom na činjenicu da se registrovani žigovi u novim državama članicama ne protežu na ranije članice Evropske unije. U pitanju je automatsko proširenje na teritorije novih država članica EU, bez potrebe podnošenja posebnih prijava i plaćanja dodatnih taksi, kao i bez donošenja posebnih akata od strane OHIM-a.[8]

POSTUPAK REGISTRACIJE KOMUNITARNOG ŽIGA

Prijava za registraciju Komunitarnog žiga podnosi se prema izboru podnosioca prijave ili u OHIM-u ili u nadležnoj kancelariji za industrijsko vlasništvo države članice. Prijava podnesena nadležnoj kancelariji za industrijsko vlasništvo države članice tretira se na isti način kao da je prijava podnesena OHIM-u.

Obrazac za priznanje Komunitarnog žiga je po svojoj strukturi jednostavan i sadrži: zahtjev za registraciju Komunitarnog žiga; informaciju kojom se identifikuje podnosilac prijave; popis roba ili usluga u odnosu na koje se registracija zahtjeva, i prikaz žiga.[9]

Zahtjev se podnosi na dva jezika od kojih je prvi jezik jedan od službenih jezika Evropske unije (engleski, francuski, njemački, italijanski, danski, holandski, finski, grčki, portugalski, španski, švedski, češki, estonski, latvijski, litvanski, malteški, poljski, slovački, bugarski, rumunski i slovenački), a drugi jedan od zvaničnih jezika OHIM-a (engleski, francuski, njemački, italijanski ili španski).

Podnosilac prijave ili pravni nasljednik istog, koji su na propisan način podnijeli prijavu za priznanje žiga u ili za bilo koju državu članicu Pariske konvencije, imaju po podnošenju prijave za priznanje žiga kao Komunitarnog žiga pravo prvenstva u razdoblju od šest mjeseci od datuma podnošenja prve prijave u odnosu na robe ili usluge koje su sadržane u prvoj prijavi. U slučaju pozivanja na

[7] Član 4 Uredba Savjeta EU 40/94.

[8] Više o tome: D. Zlatović, op. cit., str. 190-191.I. R. Mešević (2006), Proširenje Evropske unije i njegov uticaj na sistem komunitarnog žiga, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XLIX – 2006, str. 231-232.

[9] Član 26 Uredba Savjeta EU 40/94.

pravo prvenstva podnosilac prijave je dužan priložiti pisane dokaze o registracijama na koje se poziva.[10]

Vlasnik žiga koji je ranije registrovan u državi članici EU ili registrovan u skladu sa međunarodnim sporazumom sa dejstvom u državi članici EU, a koji podnese prijavu za registraciju identičnog žiga kao Komunitarnog žiga za robe ili usluge koje su identične sa ili su sadržane u onima za koje je ranije žig registrovan, može u odnosu na Komunitarni žig tražiti prednost ranijeg žiga u odnosu na državu članicu u kojoj je ili za koju je registrovan. Pozivanje na prednost u odnosu na Komunitarni žig zastarjeva ako je žig u odnosu na koji se traži prednost opozvan, oglašen ništavim ili se vlasnik istog odrekao prije registracije Komunitarnog žiga.

U postupku ispitivanja ispunjenosti uslova za sprovođenje registracije OHIM ispituje da li prijava ispunjava za to predviđene uslove, i to:

– ispunjava li prijava za priznanje Komunitarnog žiga zahtjeve za određivanje datuma podnošenja prijave,

– zadovoljava li prijava za priznanje Komunitarnog žiga uslove propisane Provedbenom odredbom Zajednice[11], kao i

– da li su plaćene takse za klasu robe u za to predviđenom roku.

U slučaju da nisu ispunjeni svi navedeni uslovi OHIM poziva podnosioca prijave da nedostatke otkloni ili da plati propisanu taksu. Ako podnosilac prijave za Komunitarni žig u naknadno postavljenom roku ne otkloni nedostatke OHIM prijavu neće tretirati kao prijavu za Komunitarni žig te će istu odbiti. U slučaju da podnosilac prijave nedostatke u prijavi otkloni u za to predviđenom roku, kao datum podnošenja prijave smatraće se datum kada su otklonjeni svi nedostaci u prijavi ili plaćena propisana taksa.

Nakon što je utvrđeno da prijava ispunjava sve propisane uslove, ili su isti naknadno otklonjeni, te je na osnovu toga utvrđen datum podnošenja prijave, OHIM dostavlja po kopiju prijave nadležnim nacionalnim kancelarijama za industrijsko vlasništvo kako bi iste izvršile pretraživanje vlastitih žigovnih registara. Nacionalne kancelarije država članica zadužene za sprovođenje pretraživanja vlastitih žigovnih registara dužne su u roku od tri mjeseca od datuma prijema prijave za priznanje Komunitarnog žiga, dostaviti kancelariji OHIM-a izvještaj o sprovedenoj pretrazi. Za svaku sprovedenu pretragu žigovnih registara države članice dobijaju odgovarajuću novčanu naknadu od strane OHIM-a. Nakon zaprimanja izvještaja o rezultatima pretrage po nacionalnim registrima žigova, OHIM ponosiocu prijave za registraciju Komunitranog žiga šalje izvještaj

[10] Članovi 29-36. Uredba Savjeta EU 40/94.

[11] Član 140 Uredba Savjeta EU 40/94.

o sprovedenoj pretrazi. OHIM nakon mjesec dana od dana kada je dostavio izvještaj o rezultatima pretrage podnosiocu prijave, vrši objavu prijave za priznanje Komunitarnog žiga i o istoj obavještava vlasnike ranijih Komunitarnih žigova ili prijava za priznanje Komunitarnog žiga navedenih u izvještaju o pretrazi. Objava se vrši u Službenom list EU na svim službenim jezicima Evropske unije. Trećim licima data je mogućnost ulaganja prigovora u roku od tri mjeseca nakon objavljivanja prijave za priznanje Komunitranog žiga. Prigovor se podnosi u pisanoj formi, uz jasno navođenje razloga na kojima se isti temelji. Svu prateću dokumentaciju uz prigovor moguće je dostaviti i naknadno u za to predviđenom roku koji odredi OHIM. Pored ispunjenosti navedenih uslova, prigovor će se smatrati pravilno podnesenim tek nakon plaćanja za to predviđene takse. Prilikom ispitivanja prigovora, OHIM će u određenom roku koji naknadno odredi, po potrebi pozivati stranke u postupku da iznesu svoja zapažanja o podnescima drugih stranaka ili OHIM-a. OHIM može, ukoliko to ocijeni svrsishodnim, pozvati stranke u postupku na postizanje prijateljskog dogovora. Ukoliko ispitivanje prigovora pokaže da žig ne može biti registrovan u odnosu na neke robe ili usluge navedene u prijavi žiga, prijava će se odbiti samo u odnosu na tu robu i usluge.

Nakon što protekne vrijeme predviđeno za ulaganje prigovora, pa ako se u istom ne uloži niti jedan prigovor ili se o istim odluči i donese konačna odluka, OHIM će od podnosioca prijave za registraciju žiga tražiti da uplati taksu za registraciju.

Odluka o odbijanju prijave objavljuje se tek nakon što postane konačna. U slučaju odbijanja prijave ili poništavanju ili povlačenju zahtjeva za registraciju žiga, podnosilac prijave može u roku od tri mjeseca zahtjev za registraciju Komunitarnog žiga preinačiti u nacionalni zahtjev, pri čemu će datum podnošenja zahtjeva biti isti kao i datum kada je podnesena prijava za registraciju Komunitarnog žiga.

Trajanje registracije Komunitranog žiga iznosi deset godina od datuma podnošenja prijave. Registracija se može obnoviti za razdoblje od po deset godina.

Komunitarni žig ne daje pravo vlasniku da zabrani njegovo korištenje u vezi sa robom koja je stavljena u promet pod tim žigom od strane vlasnika ili uz njegovu saglasnost.[12] Ako je vlasnik Komunitarnog žiga svjesno trpio upotrebu žiga u neprekidnom trajanju od pet godina, ne može tražiti zabranu upotrebe mlađeg žiga, bez obzira da li se radi o nacionalnom ili Komunitranom žigu. Nekorištenje žiga u neprekidnom trajanju od pet godina bez valjanog razloga, dovodi do prestanka žiga sa djelovanjem *ex nunc*. Pored navedenog, Komunitarni žig prestaje i kao posljedica djelovanja ili nedjelovanja vlasnika žiga usljed čega je žig postao

[12] Član 14 st. 1 Uredba Savjeta EU 40/94.

uobičajeno ime u trgovini za proizvode ili usluge za koje je registrovan i kao posljedica upotrebe žiga od strane vlasnika žiga ili uz vlasnikovu saglasnost, u odnosu na robu i usluge za koje je registrovan, žig može dovesti javnost u zabludu u pogledu prirode, kvaliteta ili geografskog porijekla tih roba, odnosno usluga.[13]

Uvođenje sistema Komunitarnog žiga nije dovelo do gašenja nacionalnih prava žiga i nacionalnih žigova. Naprotiv, postoji dualitet, odnosno istodobna koegzistencija nacionalnih sistema u državama članicama i jedinstvenog sistema Komunitarnog žiga. Stoga, i dalje vrijede nacionalni propisi o žigovima, jer pravo na Komunitarni žig ne zamjenjuje žigovno pravo država članica, prema kojem privredni subjekti mogu i dalje registrovati znak nacionalnom prijavom i nacionalnom zaštitom, odnosno registracijom. Države članice mogu ravnopravno donositi posebne nacionalne propise u vezi sa registracijom i zaštitom žiga, pravom na prigovor, kao i ranijim pravima, poništenju nacionalnih žigova i dr.[14] Takođe, istovremeno postojanje sistema Komunitarnog žiga i Madridskog protokola nije rezultiralo prevagom jednog u odnosu na drugi sistem. Naprotiv, važna karakteristika Komunitarnog žiga je i veza sa Madridskim sistemom, na osnovu koje nosilac međunarodne registracije žiga zasnovane na Madridskom protokolu može proširiti međunarodnu registraciju na OHIM, na osnovu čega bi zahtjev za registraciju Komunitarnog žiga ili registracija istog mogla pribaviti međunarodnu registraciju u skladu i na način na koji to propisuje Madridski protokol. Na osnovu međunarodne registracije zasnovane na Madridskom sporazumu može se tražiti zaštita znaka međunarodnim žigom u svim državama članicama Evropske unije. Međutim, odredbom člana 14. Madridskog protokola predviđeno je da stranke u ovom Protokolu mogu biti samo međuvladine organizacije koje imaju regionalni zavod koji vrši registraciju žigova sa vrijednošću na tom području.[15]

REFORMA ŽIGOVNOG PRAVA EVROPSKE UNIJE

Kako bi se unaprijedio postojeći nivo harmonizacije nacionalnih zakonodavstava država članica Evropske unije u oblasti prava žiga, s jedne strane, i osavremenila zaštita komunitarnim žigom, s druge strane, Evropska unija je odlučila da pristupi reformi žigovnog prava. To je učinila donošenjem tzv. novog zakonodavnog paketa od 16. decembra 2015. koji se sastoji od dvije komponente: Direktive 2015/2436 o usklađivanju zakonodavstva država članica o žigovima i Uredbe 2015/2424 o izmjenama Uredbe o komunitarnom žigu. Ovaj zakonodavni žigov-

[13] Član 50 st. 1 Uredba Savjeta EU 40/94.

[14] M. Manigodić i Đ. Manigodić, op. cit., str. 15.

[15] Više o tome: D. Zlatović, op. cit., str. 199.

ni paket stupio je na snagu 23. marta 2016. godine. Direktiva je usmjerena na povećanje stepena harmonizacije nacionalnih zakonodavstava država članica EU u oblasti prava žiga, dok se Uredba odnosi na novi žig EU.

Novine koje su propisane Uredbom koja se odnosi na novi žig EU mogu se podijeliti u dvije grupe. S jedne strane, riječ je o novinama koje se tiču procesnog prava u vezi sa žigom EU, a s druge strane, odredbe koje se odnose na materijano pravo žiga EU.

PROCESNOPRAVNE NOVINE

Uredbom (EU) br. 2015/2424 predviđene su određene novine procesnopravne prirode kada je riječ o novom žigu Evropske unije. One se tiču samog Zavoda za harmonizaciju unutrašnjeg tržišta, zatim postupka pred zavodom i visine taksi.

Od stupanja na snagu Uredbe, 23. marta 2016. godine, Kancelarija za harmonizaciju unutrašnjeg tržišta odgovorna za registraciju žigova i dizajn za prostor Evropske unije (OHIM), mijenja naziv u Kancelarija za intelektualnu svojinu Evropske unije (EUIPO). Komunitarni žig preimenovaće se u žig Evropske unije, a svi registrovani Komunitarni žigovi, do dana stupanja na snagu ove Uredbe, automatski postaju žigovi Evropske unije.

Interesantno je da Zavod bilježi konstantan rast broja prijava za zaštitu žiga EU. U poslednjih nekoliko godina, Zavod u prosjeku procesuira oko sto hiljada prijava godišnje. Nova uredba nastavlja da promoviše aktivnu ulogu trećih lica kako u postupku registracije, gdje u periodu objave prijave mogu podnijeti prigovor, tako i nakon registrovanja žiga EU, gdje imaju inicijativu za pokretanje poništaja.[16]

Što se tiče postupka pred Zavodom, on je i dalje dvostepen. Novom uredbom, ipak, predviđena je mogućnost osnivanja Centra za posredovanje u sporovima za koje je nadležan Zavod. Osnivanje ovog centra trebalo bi da doprinese efikasnosti i kvalitetu rada ovog tijela. Ovakvo rješenje, tj. osnivanje posebnog organa za rješavanje sporova povodom žiga EU, analogno je osnivanju Jedinstvenog patentnog suda, ustanovljenog prije par godina za rješavanje sporova u vezi sa unitarnim patentom.

Izmjene koje se odnose na visinu takse tiču se ukupnog iznosa takse koji se plaća prilikom registracije Komunitarnog žiga i takse u slučaju produženja važenja žiga. Iznos takse varira u odnosu na to da li se registracija žiga vrši popunjavanjem obrasca dostupnog u elektronskoj formi ili popunjavanjem prijave u formi

[16] Više o tome: M. Jovanović, op. cit., str. 523.

papirnog obrasca. Taksa koja se plaćala prilikom registracije odnosila se na registraciju do tri klase robe i usluga prema Ničanskoj klasifikaciji, a usvajanjem izmjena uveden je sistem plaćanja jedna klasa - jedna taksa. U tom slučaju, podnosilac prijave za registraciju žiga EU platiće manji iznos takse prilikom registracije žiga u odnosu na jednu klasu robe i/ili usluga, isti iznos takse u odnosu na dvije klase i veći iznos takse u odnosu na tri ili više klasa robe i/ili usluga. Na osnovu procjena Evropske komisije, smanjenje troškova postupka bi trebalo da bude osjetno. Shodno tome, očekuje se da će pozitivno uticati na povećanje popularnosti žiga EU.

MATERIJALNOPRAVNE NOVINE

Kada je riječ o materijalnopravnim novinama predviđenim Uredbom o žigu EU, mogu se izdvojiti pet značajnih novina koje se odnose na: odustajanje od uslova grafičkog prikaza; apsolutne razloge za odbijanje; slučajeve povrede žiga; ograničenja, i klasifikaciju.

Odustajanje od uslova grafičkog prikaza

Jedna od najznačajnijih novina predviđenih Uredbom o žigu EU odnosi se na definisanje oznake podobne da bude predmet zaštite žigom EU. Predviđeno je da se oznaka može sastojati iz bilo kakvih znakova, posebno riječi, uključujući lična imena, ili od crteža, brojeva, boja, oblika proizvoda ili pakovanja proizvoda, ili zvukova, pod uslovom da je znak podoban za razlikovanje roba i usluga jednog proizvođača od roba i usluga drugog proizvođača, i da je podoban za prikazivanje u registru žigova Evropske unije na način koji omogućuje nadležnim tijelima i javnosti da odrede tačan i jasan predmet zaštite koja je pružena njegovom nosiocu.[17] Inače, prethodna Uredba je umjesto ovog uslova propisivala da znak mora biti takav da se može grafički prikazati. Osim toga, nije sadržala zvuk i boju kao moguće predmete zaštite. Ovakvo rješenje u skladu je sa ubrzanim razvojem digitalne tehnologije.

Apsolutni razlozi za odbijanje

U evropskom žigovnom pravu i dalje je jedini način sticanja žiga sistem registracije (za razliku od prava Sjedinjenih Američkih Država gdje se žig stiče upotrebom). U uredbi o žigu EU, pored uobičajenih apsolutnih razloga za odbija-

[17] Član 4 st. 5 Uredba (EU) br. 2015/2424 o žigu EU.

nje koji se tiču distinktivnog karaktera, deskriptivnih ili generičkih znakova itd., predviđeni su i neki novi. Registracija neće biti odbijena samo ako je riječ o znaku čiji je oblik određen prirodom samog proizvoda, postizanjem određenog tehničkog rezultata ili koji proizvodu daje bitnu vrijednost, već i ukoliko se znak isključivo sastoji od drugih obilježja (dakle ne samo oblika) navedenih karakteristika. Čini se da je cilj ovakve izmjene da se odredba prilagodi i ispitivanju netradicionalnih znakova kao predmeta zaštite, kao što su zvukovi i mirisi.

Osim toga, prema Uredbi o žigu EU iz registracije su isključeni znakovi kojima bi se povrijedila zaštita registrovanih oznaka porijekla, geografskih oznaka, biljnih sorti, tradicionalnih izraza za vina i naziva tradicionalnih specijaliteta. Na ovaj način, pruža se dodatna zaštita ovim intelektualnim dobrima.[18]

Slučajevi povrede žiga

Ranijom Uredbom bila su predviđena četiri oblika povrede žiga EU, a to su: isticanje znaka na proizvodu ili pakovanju, nuđenje proizvoda ili usluga ili njihovo stavljanje na tržište pod zaštićenim znakom, upotreba na poslovnim dokumentima i oglašavanju i uvoz ili izvoz robe pod tim znakom. Novom Uredbom propisana su još dva nova oblika, koja se odnose na upotrebu znaka kao trgovačkog naziva ili naziva privrednog društva ili njegovog dijela, kao i na upotrebu znaka u komparativnom oglašavanju suprotno Direktivi 2006/114/EZ o prevarnom i komparativnom oglašavanju.

Osim toga, posebna pažnja je posvećena krivotvorenoj (falsifikovanoj robi). Predviđeno je da titular žiga može onemogućiti trećim licima da u privrednom prometu u državu članicu unesu proizvode koji nisu pušteni u slobodan promet, ako ti proizvodi, uključujući i njihovo pakovanje, dolaze iz trećih zemalja i bez ovlaštenja nose žig istovjetan žigu EU registrovanom za te proizvode ili koji se po svojim bitnim obilježjima ne razlikuje od njega. Isto tako je predviđeno da ovakvo pravo titulara žiga EU prestaje ukoliko treće lice (vršilac tranzita) dokaže da nosilac žiga nije ovlašten da zabrani stavljanje proizvoda na tržište u zemlji krajnjeg odredišta.[19]

Ovakvim rješenjem odstupa se od dosadašnje prakse ustanovljene odlukom Evropskog suda pravde u predmetima br. C-446/09 *Philips* i br. C-495/09 *Nokia*. U ovoj presudi zauzet je stav da korištenje oznake na robi u tranzitu predstavlja povredu ukoliko takva roba bude puštena u slobodan promet unutar tržišta Evropske unije ili ukoliko je namjenjena (nuđena, reklamirana i sl.) potrošačima

[18] Ibid., 520.

[19] Član 9 Uredba (EU) br. 2015/2424 o žigu EU.

u Evropskoj uniji. Čini se da se napuštanjem pomenutog principa ojačava pozicija titulara žigova u borbi protiv krivotvorene robe, s obzirom na to da povreda postoji bez obzira na to da li je roba namjenjena tržištu Unije ili njenim potrošačima. Teret dokazivanja da imalac žiga nema pravo da osporava promet robe u državi krajnjeg odredišta je na licu koje vrši tranzit, što bi trebalo da je dio rješenja koji pravi balans između slobodnog prometa robe i usluga i zaštite intelektualne svojine, kao dvije važne vrijednosti Evropske unije.[20]

Uredbom je predviđena još jedna novina u kontekstu borbe protiv falsifikovane robe. Predviđeno je da se kao povreda smatra i korištenje žigom EU zaštićene oznake na pakovanjima, naljepnicama, etiketama, sigurnosnim oznakama i oznakama autentičnosti kao i nuđenje, stavljanje u promet, skladištenje u tu svrhu ili uvoz i izvoz navedenih predmeta na kojima je žig istaknut.

Ograničenja

Što se tiče ograničenja, Uredbom je lista ograničenja žiga EU ograničena na tri jasno definisana slučaja, te se može zaključiti da je lista isključivog karaktera. Prvo ograničenje tiče se ličnog imena. Predviđeno je da se ograničenje odnosi samo na upotrebu imena ili adrese trećeg lica pod uslovom da je riječ o fizičkom licu, ukoliko se žig koristi u skladu sa dobrim poslovnim običajima u industriji ili trgovini. Drugo ograničenje odnosi se na upotrebu u svrhu prepoznavanja ili upućivanja na proizvode ili usluge kao one koji pripadaju titularu žiga. Treće ograničenje tiče se upotrebe znakova ili podataka koji nisu distinktivni ili koji se odnose na vrstu, kvalitet, količinu, namijenu, kao i druge karakteristike proizvoda ili usluge. Interesantno je da nedostaje generalno izuzeće za oblike izražavanja slobode govora, poput kritika, parodija ili komentara.

Klasifikacija

U sistemu gdje se žig stiče registracijom (a to su svi sistemi kontinentalne pravne tradicije, uključujući i Bosnu i Hercegovinu) proizvodi ili usluge iz prijave se određuju u skladu sa Ničanskom klasifikacijom. Do donošenja nove Uredbe, za prijavu žiga EU bilo je dovoljno naznačiti klasu robe ili usluga za koju se zaštita traži. Međutim, prema novoj Uredbi ovakva praksa se mijenja. Naime, od podnosioca prijave zahtjeva se da jasno i precizno identifikuje proizvode, odnosno usluge u okviru određene klase za koje se traži zaštita na taj način da nadležna tijela mogu isključivo na osnovu prijave da odrede obim zaštite koji se traži. U Ured-

[20] Ibid., 521.

bi se navodi da se upotreba opštih izraza, uključujući i opšte naslove klasa tumači tako da obuhvata sve proizvode i usluge koji su jasno obuhvaćeni doslovnim značenjem izraza. Isto tako, predviđeno je da se prozvodi i usluge ne smiju smatrati sličnim samo zato što pripadaju istoj klasi, odnosno međusobno različitim zato što pripadaju različitim klasama Ničanske klasifikacije. Uredbom je predviđen i rok od šest mjeseci u kojem titulari već registrovanih žigova mogu da usklade definisanje proizvoda ili usluga na koje se njihov žig odnosi.

Ipak, čini se da predviđeni standard jasnog i preciznog identifikovanja proizvoda i usluga, na način da nadležna tijela mogu isključivo na osnovu prijave odrediti obim zaštite koji se traži, može da predstavlja problem u praksi. Može se očekivati da će se u praksi povećati broj spornih slučajeva oko sukoba žigova koji se odnose na „bliske" vrste dobara u okviru iste klase, a posebno će biti teško odrediti njihovu sličnost obzirom na to da je izričito propisano da se pripadnost istoj klasi ne smije cijeniti u tom smislu.[21]

ZAKLJUČAK

Zaštita prava žiga od velikog je značaja kako za nosioca prava, tako i za državu, jer predstavlja bitan faktor konkurentnosti domaćih proizvoda na domaćem i stranom tržištu. U interesu je svake države da obezbijedi kvalitetan i adekvatan pravni sistem kojim će osigurati zaštitu i spriječiti svaku daljnju povredu prava. Dobro uređen pravni sistem kojim se obezbjeđuje garancija prava, katalizator je ekonomskog razvoja države, iz razloga što domaći i strani investitori u pravno uređenom društvu vide interes za investiranje. Žig, kao sredstvo identifikacije na tržištu roba i usluga, utiče na društvena kretanja na lokalnom, regionalnom i globalnom nivou. Zasnovan na lojalnosti potrošača, žig dobre reputacije obezbjeđuje transfer prava, inovativnost i podstiče ulaganja sa ciljem unaprijeđenja i proširenja postojećeg proizvodnog asortimana. S obzirom, da je pravo intelektualne svojine apsolutno, isključivo i da pravo raspolaganja istim pripada njegovom nosiocu, nosilac prava je u mogućnosti da isključi svako treće lice i time ne dozvoli njegovo iskorištavanje. Takva vrsta monopola, koji podrazumijeva postojanje isključivog prava raspolaganja koje po zakonu pripada nosiocu prava žiga, ne ide u prilog stvaranju jedinstvenog tržišta Evropske unije zbog čega je nužno pravilno tumačiti i primjenjivati propise koji se odnose na iscrpljenje prava, zaštitu prava konkurencije i prava potrošača. Uprkos principu teritorijalnosti prava žiga, razvoj međunarodne trgovine uticao je na potrebu uspostavljanja jednoobraznih pravila sa važenjem na teritorijama više država zbog čega je pokrenut proces har-

[21] Više o tome: M. Jovanović, op. cit., str. 523.

monizacije prava kroz donošenje međunarodnih konvencija u ovoj oblasti. Svjetska organizacija za intelektualnu svojinu (WIPO) preko svojih nadležnih organa i pod rezervom nadležnosti pojedinih unija nastoji uticati na donošenje mjera namjenjenih unaprijeđenju zaštite intelektualne svojine u svijetu i usklađivanju nacionalnih zakonodavstava iz ove oblasti. Kako bi se unaprijedio postojeći nivo harmonizacije nacionalnih zakonodavstava država članica Evropske unije u oblasti prava žiga, s jedne strane, i osavremenila zaštita komunitarnim žigom, s druge strane, Evropska unije je pristupila reformi cjelokupnog žigovnog prava. To je učinila donošenjem tzv. *novog zakonodavnog paketa* od 16. decembra 2015. godine koji se sastoji od dvije komponente, i to Direktive (EU) br. 2015/2436 o usklađivanju zakonodavstava država članica o žigovima i Uredbe (EU) br. 2015/2424 o izmjenama Uredbe o komunitarnom žigu. Dok je Direktiva posvećena većem stepenu harmonizacije nacionalnih prava država članica u oblasti materijalnog i procesnog prava, Uredba se odnosi na žig EU. I pored nastojanja uspostavljanja harmonizacije propisa kojima bi se regulisala materija žiga, određena odstupanja postoje i ona danas egzistiraju u okviru pojedinačnih nacionalnih sistema.

MILICA J. ČIZMOVIĆ, LL.D.,
attorney, Banja Luka, Bosnia and Herzegovina

PROTECTION OF TRADEMARK RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION LAW

Summary

The importance of harmonisation of legislation of the European Member States referring to trade mark rights was recognised in the end of 20th century. The first important act referring to trade mark was adopted in 1993. It is about EC Regulation No 40/94 on the Community trade mark which has been the subject of several amendments and modifications. Regulation established the system of acquiring and validity of trade mark for the EU as a whole. Upon adoption of this Regulation, EU undertook an extensive work on establishing a true system of protection of IP in internal market at Union level, owing to which operating costs have been decreased on the Union market and problems arising from coexistence of national systems of protection, on the one hand, and the imperative of establishing a single market across all Member States, on the other hand, have been overcome. The Union system of protection of trade mark that provides for differentiation of goods and services being traded, lies on the unique substantive law and procedural regulations. In order to improve the current level of harmonisation by means of the Community trade mark, the EU approached an extensive reform of the entire trade mark system.

IVA TOŠIĆ

RAZVOJ KONCEPTA AUTOODGOVORNOSTI U PRAVU EVROPSKE UNIJE

UVOD

Kao i ostale delove unutrašenjg tržišta, tako je tržište osiguranje u EU karakterisala velika disonanca između pojedinačnih nacionalnih tržišta, što je dalje otežavalo proces uspostavljanja unutrašnjeg tržišta.[1] Ovaj problem prisutan je i u osiguranju od autoodgovornosti.

Regulisanje osiguranja od autoodgovornosti u EU predstavlja regulisanje jednog od najznačajnijih pitanja osiguranja i unifikaciju pravila u ovoj oblasti u zemljama članicama EU. Ono je izuzetno značajno, kako za ugovaratelje osiguranja, tako i za žrtve nezgoda, ali i za sama osiguravajuća društva obzirom da čini znatan deo poslova neživotnog osiguranja. Obavezno osiguranje motornih vozila utiče na slobodno kretanje ljudi i vozila, pa je ključni cilj jačanje i konsolidacija unutrašnjeg tržišta u području obaveznog osiguranja motornih vozila. Osiguranje od autoodgovornosti u EU regulišu Direktive, kojih je do sada doneto pet i svaka je načinila značajan korak u regulisanju ovog osiguranja. Sve Direktive se odnose na usaglašavanje zakonodavstava država članica u oblasti osiguranja od odgovor-

---

Iva Tošić, istraživač pripravnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

[1] Mirjana Glintić, „Uspostavljanje 29. pravnog režima za ugovorno pravo osiguranja kao uslov funkcionisanja unutrašnjeg evropskog tržišta", Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu br. 12/2015, str. 231.

nosti za štete od motornih vozila i uvođenju obaveznog osiguranja takve odgovornosti.[2] Ove Direktive imale su velikog uticaj i na prava zemalja koje nisu članice EU. Takođe, moramo napomenuti da je period donošenja izuzetno dug (od 1972. do 2005. godine), što nam govori o značaju i osetljivosti pitanja koje regulišu i postepenoti u prilagođavanju nacionalnih zakonodavstava ovim pravilima.

RAZVOJ OSIGURANJA OD GRAĐANSKE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETE IZ UPOTREBE MOTORNIH VOZILA

Najznačajniji i najmasovniji izvor povećane opasnosti modernog društva danas svakako predstavlja motorno vozilo, prometno sredstvo koje vlasnik koristi u skladu s njegovom namenom kako bi zadovoljio svoje svakodnevne životne potrebe. Obzirom da se motorno vozilo smatra opasnom stvari, u različitim životnim situacijama, u svakom trenutku, iz stvaranja i održavanja rizika njegove upotrebe može nastati odnos odgovornosti za štetu.[3]

Važnost osiguranja od autoodgovornosti izričito se naglašava i u pravnoj regulativi Evropske Unije, što je vidljivo iz teksta Direktiva, iz kojih jasno proizlazi kako je temeljna svrha ovog osiguranja, kao potpuna i ujednačena zaštita oštećenih osoba i osiguranika, ostala izuzetno važna, pa čak i ključna u postizanju ciljeva prioritetnih za funkcioniranje same Zajednice.[4]

Prva Direktiva EU

Prva Direktiva doneta je 1972. godine i imala je za cilj da uredi pitanje granične kontrole postojanja valjanog osiguravajućeg pokrića na granicama između država članica, tj država članica i nečlanica tada Evropske Ekonomske Zajednice. Njom su regulisana pitanja iz oblasti zelene karte[5] za države potpisnice. Rezultat

[2] Vladimir Čolović, Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi – Peta direktiva EU o osiguranju od građanske odgovornosti za štete iz upotrebe motornih vozila", *Evropsko zakonodavastvo*, 2010, 44.

[3] Danijela Šaban, "Pojam uporabe motornog vozila u pravu osiguranja", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici,* 17/2016, 278.

[4] Ivica Ćosić, "Dostavnost svote pokrića kod osiguranja od automobilske odgovornosti", *Anali pravmog fakulteta Univerziteta u Zenici,* 17/2016, 401.

[5] Zelena karta ili sertifikat o osiguranju, koju osiguranik dobija od svog osiguravajućeg društva po zaključivanju ugovora, služi kao dokaz da je ispunio obaveze koje se tiču osiguranja vozila. Ovo osiguranje važi u celoj Evropskoj uniji, bez obzira gde se saobraćajna nezgoda dogodi, tako da osiguranik nije u obavezi da plaća dodatne troškove osiguranja, kada putuje u zemlje Evropske unije. U slučaju saobraćajne nezgode zelena karta, ili sertifikat o osiguranju, služi kao dokaz osiguranja protiv takvih slučaja i dokaz da žrtve takve nezgode imaju pravo naknade štete.

je ukidanje kontrole zelene karte na granicama između država članica, koja je bila očigledna prepreka za odvijanje međunarodnog saobraćaja i prihvatanje registrskih tablica kao dokaza o postojanju valjanog osiguranja od odgovornosti na području svih zemalja članica EZ.[6] Takođe, Prva Direktiva imala je veliki značaj i za nesmetano odvijanje kopnenog saobraćaja, ukinula je graničnu kontrolu osiguranja za vozila koja dolaze iz druge države članice, i uvela efikasan mehanizam obeštećenja žrtava saobraćajnih nezgoda od inostranih vozila.[7] Svrha ove Direktive je uklanjanje prepreka i omogućavanje slobodnog prolaza ljudi i vozila. To je postignuto preko mreže nacionalnih biroa u okviru sistema zelene karte koji omogućava oštećenim licima u saobraćajnim nezgodama, u kojima učestvuju strana vozila koja su registrovana u nekoj državi članici, da zahtev za naknadu štete podnesu subjektu sa sedištem u domaćoj zemlji.[8] Da bi ovakav sistem mogao da funkcioniše bilo je neophodno uvođenje obaveznog sistema osiguranja od autoodgovornosti u svim zemljama članicama. Međutim, državama članicama je data mogućnost da izuzmu neka lica od obaveze zaključenja osiguranja, s tim da o tome obaveste ostale države članice i Komisiju EEZ, i da imenuju subjekta koji će nadoknaditi štete od vozila čiji vlasnici nisu u obavezi da zaključe osiguranje. Prva Direktiva uvodi i dužnost država članica da utvrde obavezu vlasnika nmotornog vozila da zaključi osiguranje od građanske odgovornosti za štete usled smrti ili povrede tela, koje nastanu od motornih vozila redovno stacioniranih na njihovoj teritoriji.

Druga Direktiva EU

Prva Direktiva je menjana i unapređivana najpre donošenjem Druge Direktive radi obezbeđenja jenakog položaja žrtvama saobraćajnih nezgoda u svim državama članicama. Drugom Direktivom je utvrđeno da osiguranje obavezno pokriva i štete na licima i štete na stvarima, obzirom da neke države do tada nisu propisivale osiguranje od štete na stvarima (npr. Velika Britanija)[9], čime je uklonjena značajna razlika u nacionalnim zakonodavstvima o obaveznom osiguranju od građanske odgovornosti automobilista. Svaka država članica, prema Drugoj Direktivi treba da utvrdi iznose na koje se obavezno osiguranje mora zaključiti. Države članice mogu da predvide i veće limite osiguravajućeg pokrića, pa i neo-

[6] Marijan Ćurković, "Peta direktiva EU o obaveznom osiguranju od građanske odgovornosti za štete od motornih vozila", Revija za pravo osiguranja, 3/4/2005, 1.

[7] Jasna Pak, "Pravo osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 106.

[8] Milica Krulj Mladenović, Vladan Ivanovć, Marko Gašić, "Pravni problemi saobraćajnih nezgoda- Direktive EU o osiguranju od građanske odgovornosti za štete iz upotrebe motornih vozila", *PRAVO- teorija i praksa*, 7-9/2016, 47.

[9] Marijan Ćurković, 2.

graničeno pokriće, ali ne mogu da ograniče obavezu osiguravača na iznose koji su ispod onih koji su utvrđeni Direktivom.[10] Minimalne sume osiguranja koje propisuje Druga Direktiva su:

1. Za štete na licima 350.000 evra po oštećenom licu, a za štete na stvarima 100.000 evra po štetenom događaju

2. Za štete na licima 500.000 evra po štetnom događaju, a za štete na stvarima 100.000 evra po štetnom događaju

3. Jedinstvenu sumu osiguranja po jednom tetenom događaju za ukupno štete na licima i stvarima 600.000 evra.

U nacionalnim zakonodavstvima zemalja članica postojale su razlike i u pogledu kruga oštećenih lica kojima je osiguravač dužan da nadoknadi štetu iz saobraćajne nezgode- "treća lica". Taj problem rešen je tako što je predviđeno da članovi porodice osiguranika, vozača ili bilo kog drugog lica koje je građansko-pravno odgovorno za saobraćajnu nezgodu čije su posledice pokrivene osiguranjem, ne mogu biti isključeni pozivom na srodstvo iz osiguravajuće zaštite, ali samo za štete na licima. Što se tiče štete na stvarima ovih lica, one nisu pokrivene obaveznim osiguranjem.[11] Takođe, ukoliko je ugovorom o osguranju predviđeno da u nekim slučajevima ne postoji obaveza osigurvača da nadoknadi štetu za koju je odgovorno osigurano lice (npr. ukoliko je vozilom upravljalo neovlašćeno lice, lice bez vozačke dozvole ili lice u alkoholisanom stanju), države članice treba da u svom zakonodavstvu predvide mehanizam naknade šteta isključenih iz osiguranja radi zatite oštećenih lica.[12]

Druga Direktiva postavlja osnove zaštite lica koja su žrtve nesreća od nepoznatih i neosiguranih motornih vozila propisujući obavezu država članica da osnuju Garantni fond za zaštitu tih žrtava. Dakle, Direktivom je predviđeno da u svakoj državi članici mora da postoji organizacija koja će da vrši naknadu štete od nepoznatih i neosiguranih vozila najmanje do iznosa koji je predviđen za obavezno osiguranje (član 1. stav 4).Takođe, države članice mogu obavezu ove organizacije i ograničiti putem franšize odnosno učešćem oštećenog u šteti, ali ne više od 500 evra (samo za štete na stvarima i ako ih je prouzrokovalo neosigurano motorno vozilo).

---

[10] Jasna Pak, Druga Direktiva Saveta EEZ o usaglašavanju zakonodavstva država članica u oblasti osiguranja od odgovornosti za štete iz upotrebe motornih vozila, *Evropsko zakonodavstvo* 2/2002, 75.

[11] Milica Krulj Mladenović, Vladan Ivanovć, Marko Gašić, 48.

[12] Jasna Pak, "Pravo Osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 110.

Treća Direktiva EU

Kako Prvom i Drugom Direktivom nisu uklonjene sve razlike u nacionalnim zakonodavstvima koje su imale za posledicu nejednak položaj u pogledu obima zaštite lica koja su pretrpela štete u saobraćajnim nezgodama na području država članica EU, doneta je i Treća Direktiva u ovoj oblasti. Novine uvedene Trećom Direktivom odnose se na: obavezno osiguranje putnika, primenu prava, jedinstvenu premiju, štete od neosiguranih i nepoznatih vozila i identifikaciju osiguravača.

Razlike u nacionalnim zakonodavstvima država članica u pogledu osiguraja putnika odnosile su se pre svega na putnike koji su se nalazili u vozilu koje je učestvovalo u saobraćajnoj nezgodi.[13] Iz tih razloga uvodi se pravo svih punika (izuzev vozača, i lica koja su bila u ukradenom vozilu, a znala su da je ukradeno) na potpunu naknadu štete u okviru minimalnih suma osiguranja.[14]

Druga Direktiva predviđa da osiguranje treba da pokrije štete iz saobraćajnih nezgoda koje nastanu na području drugih država na osnovu zakonodavstva o odgovornosti za prouzrokovanu štetu i propisa o obaveznom osiguranju od autoodgovornosti tih država. Iz razloga zaštite oštećenih lica, Treća Direktiva uvodi njihovo pravo na izbor između države u kojoj je šteta nastala, i one u kojoj je vozilo stacionirano, u zavisnosti od toga koje je za njih povoljnije. Ovo pravilo se odnosi na sve oštećene, i na državljane države u kojoj je nesreća nastala. Moramo primetiti da je ovakvo rešenje u potpunosti opravdano.

Trećom Direktivom uvodi se pravilo jedinstvene premije, što znači da je za uplaćenu premiju pokriće valjano za sve zemlje članice i nije potrebna doplata za pokriče rizika putovanja u inostranstvo.

Još Drugom Direktivom postavljene su osnove zaštite lica koja su žrtve nesreća od neosiguranih i nepoznatih vozila, osnivanjem odgovarajuće organizacije (Garantnog Fonda), o čemu je već bilo reči. Međutim, problem je bio taj što je u pravima nekih država bilo predviđeno da oštećeni može da se obrati toj organizaciji tek ako svoje pravo ne može da se obešteti na drugi način. Iz tih razloga, Direktivom se od država članica zahteva da u svojim nacionalnim zakonodavstvima predvide da obaveza organizacije koja obezbeđuje naknadu štete od nepoznatih i neosiguranih motornih vozila ne može biti supsidijarana.[15]

Najzad, dopuna Druge Direktive je bila neophodna i radi lakše identifikacije osiguravača. Naime, registraska oznaka je dokaz da je vozilo iz određene ze-

[13] Jasna Pak, Pravo Osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 112.

[14] Marijan Ćurković, 2.

[15] Milica Krulj Mladenović, Vladan Ivanovć, Marko Gašić, 49.

mlje, ali ne i činjenice kod kog je osiguravača vozilo osigurano, pa je ovom Direktivom predviđeno da države članice moraju preduzeti sve mere kako bi oštećenim licima na najbrži način bio dostupan podatak o tome kod kog je osiguravača zaključeno osiguranje od odgovornosti za štetu od motornog vozila koje je učestvovalo u saobraćajnoj nezgodi. Rešenje koje su države uglavnom prihvatile je pronađeno u saradnji sa organima policije koji imaju podatke o svim registrovanim vozilima i osiguravajućim organizacijama kod kojih je vlasnik zaključio osiguranje od autoodgovornosti. Ukoliko prilikom vršenja uviđaja saobraćajne nezgode ne može da se u zapisnik unese podatak o osiguravaču kod koga je zaključeno osiguranje, nacionalni biro države u kojoj je nesreća nastala traži podatke od nacionalnog biroa države čiju registarsku oznaku nosi vozilo i treba da ih dobije u najkraćem mogućem roku.[16]

Četvrta Direktiva EU

I pored usaglašavanja zakonodavstva država članica Evropske Unije koje se odnosi na obavezno osiguranje od odgovornosti u cilju poboljšanja zaštite žrtava saobraćajnih nezgoda, pokazalo se da se pravo na naknadu štete nastale u stranoj zemlji izuzetno teško ostvaruje. Sve veći saobraćaj između država članica zahtevao je donošenje pravila koja će automobilistima i oštećenim licima omogućiti da bez problema putuju na području cele Unije, da kupuju i osiguravaju vozila bez većih formalnosti i troškova, da zaključuju osiguranja u državi privremenog boravka, da lakše promene osiguravača i dr.

Prema uređenju koje je važilo pre usvajanja ove Direktive oštećeni je bio primoran da zahtev ostvaruje direktno kod osiguravajućeg društva uzročnika, što mu je usled raznih okolnosti u velikoj meri bilo otežano (strani pravni sistem, nepoznati postupci razmatranja odštetnog zahteva, strani jezik, često dugotrajna razmatranja zahteva, troškovi povezani sa angažovanjem lokalnih advokata, posrednika, i sl.).

Rešenje za navedeni problem nudi Četvrta Direktiva, čije osnovne ideje datiraju iz 1995. godine kada je Evropski parlament, u skladu sa drugim stavom člana 192. Ugovora o Evropskoj Uniji, rezolucijom pozvao Komisiju Unije da se usvajanjem odgovarajuće Direktive licima koja u saobraćajnoj nezgodi motornim vozilom pretrpe materijalnu ili nematerijalnu štetu, obezbedi odgovarajući tretman u ostvarivanju odštetnih zahteva iz nezgoda, koje se dogode u državi koja nije država stalnog prebivališta oštećenog. U skladu sa takvim rešenjem bi

[16] Jasna Pak, Pravo Osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 115.

bilo moguće štetu koju je oštećeni pretrpeo izvan države članice svog stalnog prebivališta razmatrati po postupcima koji su mu poznati.

Jedan od osnovnih ciljeva Četvrte Direktive je, dakle, sveobuhvatno uređivanje područja zaštite posebne grupe oštećenih, koje nisu uređivale ni dotadašnje Direktive niti međunarodna pravila sistema zelene karte ("nadogradnja" sistema zelene karte). Radi se o zaštiti posetilaca – oštećenih koji pretrpe saobraćajnu nezgodu u drugoj državi, koja nije država njihovog stalnog prebivališta. Doduše, unutar sistema zelene karte nacionalni biroi zelene karte su zaključivali tzv. sporazume o zaštiti posetilaca, ali oni nisu potpuno zaživeli, pošto su poštovani samo pri razmeni podataka između biroa, ali ne i pri razmatranju odštetnih zahteva. Zbog takvog stanja i brojnih žalbi potrošačkih organizacija i stanovnika Unije nadležni organi Unije su odlučili da intervenišu u pomenutoj pravnoj praznini.[17]

Četvrta Direktiva predviđa da države članice treba da obezbede pomenutim oštećenim pravo na direktno ostvarivanje zahteva za isplatu štete od osiguravajućih društava, da osiguravači treba da odrede poverenike za likvidaciju šteta u svim državama članicama, a države da osnuju informacione centre i službe za naknadu štete.

Licu koje je pretrpelo štetu u državi u kojoj nema redovno boravište se priznaje pravo da podnese zahtev za naknadu štete u državi boravišta, i to povereniku za likvidaciju šteta, koga određuje osiguravač odgovornog lica. Države članice zahtevaju od osiguravača sa sedištem na nihovoj teritoriji da za poverenika za likvidaciju šteta imeniju lice koje ima boravište, ako je u pitanju fizičko lice, ili sedište, ako je u pitanju pravno lice, u drugoj državi članici. On se imenuje radi prikupljanja potrebnih informacija u vezi sa zahtevom za naknadu štete i odlučivanjem o zahtevu u ime i za račun osiguravača uključujući i plaćanje naknada.[18] Takođe, odgovaran je za obradu i rešavanje odštetnih zahteva i mora imati i s tim u vezi sva potrebna ovlašćenja.[19]

Lica koja su pretrpela štetu imaju interes da se identifikuje osiguravač od odgovornosti za štete od vozila koje je učestvovalo u nezgodi, vlasnik vozila, lice koje upravlja vozilom ili držalac vozila, u slučajevima kada zahtev mogu podneti protiv tih lica.

Novost u Direktivi predstavlja osnivanje informacionog centra čiji je ključni zadatak da oštećenima na njihov zahtev pruži podatke o osiguranju automobilske odgovornosti motornih vozila registrovanih u državi članici (npr. podatak o tome

[17] Tilen Jereb, "Četvrta i Peta direktiva iz oblasti osiguranja automobilske odgovornosti", *Zbornik radova*, 267.

[18] Jasna Pak, Pravo Osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 118.

[19] Tilen Jereb, 269.

koje osiguravajuće društvo je društvo uzročnika saobraćajne nezgode), odnosno da im u saradnji sa stranim informacionim centrima država članica Unije obezbedi podatke o osiguranju motornih vozila registrovanih u drugim državama, kao i podatke o imenovanim ovlašćenim licima/organizacijama za razmatranje odštetnih zahteva u državi oštećenog. Informacije o vozilima i osiguranju moraju se čuvati sedam godina od prestanka registracije vozila i prestanka ugovora o osiguranju. Informacije, kao to su ime i adresa vlasnika ili vozača, broj polise ili registarske oznake vozila, predstavljaju lične podatke koji moraju biti zaštićeni saglasno nacionalnim propisima donetim u skladu sa direktivom o zaštiti ličnih podataka.[20]

Većoj pravnoj sigurnosti oštećenog doprinosi pravilo Direktive kojim je predviđeno da države članice moraju osnovati Službu za naknadu štete.

Ukoliko ovlašćeno lice / organizacija, odnosno osiguravajuće društvo uzročnika (ukoliko je zahtev upućen direktno njoj) nisu u roku od tri meseca od predaje zahteva dali obrazložen odgovor na sve tačke zahteva, oštećeni može da adresira odštetni zahtev službi za naknadu štete u državi članici svog stalnog prebivališta. To može da učini i u slučaju da osiguravajuće društvo uzročnika u njegovoj državi, državi njegovog stalnog prebivališta nije imenovala ovlašćeno lice / organizaciju za razmatranje odštetnih zahteva. Navedeno važi pod uslovom da oštećeni u tom slučaju nije zahtev već sam dostavio osiguravajućem društvu uzročnika u drugoj državi i od nje u roku od tri meseca posle predaje primio obrazložen odgovor. Posle prijema zahteva o tome da je primila odštetni zahtev oštećenog, na koji mora da odgovori u roku od dva meseca, služba za naknadu štete bez odlaganja obaveštava: osiguravajuće društvo uzročnika ili ovlašćeno lice / organizaciju; službu za naknadu štete u državi članici u kojoj je poslovnica osiguravajućeg društva izdala polisu; ukoliko je poznato, lice koje je prouzrokovalo nezgodu.

Ukoliko oštećenom isplati odštetu u državi članici njegovog stalnog prebivališta, ona ima pravo na povraćaj plaćene odštete, i to od strane službe za naknadu štete u državi članici one poslovnice osiguravajućeg društva koja je izdala polisu. Služba za naknadu štete zatim ulazi (u obimu plaćenog iznosa) u prava oštećenog prema uzročniku.

Važan nedostatak Četvrte Direktive je što oštećeno lice ostaje samo "sa svojim teretom" pravnih problema koji su posledica saobraćajne nezgode u stranoj zemlji. Iako je veoma važno da oštećeno lice dobije odgovarajuće pravne savete na samom početku, mnogi pravni sistemi pružaju veoma malo mogućnosti naknađivanja advokatskih taksi ukoliko se tužbe rešavaju van suda. Uočena je potreba za

[20] Jasna Pak, Pravo Osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 120.

novim merama i boljim rešenjima koja bi u funkcionisanju obaveznog osiguranja automobilista otklonila postojeće nedostatke.[21]

Peta Direktiva

Petom Direktivom doneta su određena poboljšanja i ujednačavanja u regulisanju sistema osiguranja od građanske odgovornosti automobilista, te predstavlja i modifikaciju prethodne četiri. Cilj Pete Direktive i jeste da olakša primenu pravila Četvrte Direktive, kao i pojedinih odredaba ostalih Direktiva, a što se, naročito, odnosi na registraciju vozila, minimalni iznos pokrića, Garantni fond i podnošenje zahetva za naknadu štete od strane oštećenog lica. Peta direktiva, inače takođe usmerena efikasnijoj zaštiti oštećenog, popravlja, dopunjava i modernizuje odredbe svih svojih prethodnica.

S obzirom na to da samo dobijanje podatka o osiguravajućem društvu uzročnika nije dovoljno za uspešno ostvarivanje odštetnog zahteva, predmetna Direktiva je oštećenima i njihovim pravnim zastupnicima omogućila da mogu na osnovu pisanog zahteva da dobiju podatke o nezgodi iz zbirke elektronskih zapisnika policije o saobraćajnim nezgodama. To pravo imaju i osiguravajuće društvo i nacionalni biro, koji mogu podatke da dostave i stranom osiguravajućem društvu, odnosno stranom nacionalnom birou zelene karte.[22]

U odnosu na Prvu Direktivu, izmene koje donosi Peta Direktiva se tiču države u kojoj je vozilo redovno stacionirano, vozila sa falsifikovanim registarskim tablicama, kontrole osiguranja i oslobođenje od obaveze zaključenja ugovora.

Pre donošenja ove Direktive smatralo se da je vozilo stacionirano u onoj državi čije registarske tablice nosi. Međutim nije definisano da li se misli samo na trajnu ili i privremenu registraciju.[23] Peta Direktiva je otklonila navedenu dilemu predviđajući da je vozilo stacionirano u onoj državi čije registraske tablice nosi, bez obzira da li se radi o privremenim ili trajnim tablicama.[24] Prva Direktiva u slučaju vozila sa falsifikovanom registraskom tablicom, predviđa da je vozilo stacionitrano u onoj državi koja je izdala prvu registarsku tablicu. Peta Direktiva ide u drugom smeru, pa u tim okolnostima smatra da je vozilo stacionirano u državi u kojoj se nesreća dogodila.[25] Prva Direktiva je dozvolila da države članice

[21] Milica Krulj Mladenović, Vladan Ivanovć, Marko Gašić, 51.

[22] Tilen Jereb, 272.

[23] Marijan Ćurkovic, 3.

[24] Jasna Pak, Pravo Osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 120.

[25] Nives Grubišić Đogić, "Direktiva EU-a o obaveznome osiguranju od građanske odgovornosti za štete od motornih vozila u praksi suda EU-a", *Dani hrvatskog osiguranja 2015,* 75

obavljaju nasumičnu kontrolu osiguranja na području EU, što se često zloupotrebljavalo. Iz tih razloga Peta Direktiva zabranjuje sprovođenje kontrole, dozvoljava povremenu kontrolu, nikako stalno diskriminirajuću i ne sme joj jedini cilj biti provera osiguranja.[26] Takođe, predviđa nove obaveze država koje su izuzele određena lica i vozila od obaveze zaključenja obaveznog osiguranja.

U odnosu na Drugu Direktivu, izmene koje je donela Peta Direktiva su se ticale minimalnih suma osiguranja i štete na stvarima od nepoznatih vozila. Ona postavlja novu odnosno povećanu minimalnu sumu pokrića za štetu nastalu u saobraćajnoj nezgodi. Za telesne povrede minimalna naknada iznosi 1.000.000 evra po žrtvi, a 5.000.000 evra nezavisno od broja oštećenih lica, u slučaju da je u saobraćajnoj nezgodi povređeno više lica, dok za materijalne štete odnosno u slučaju štete na stvarima, minimalna naknada revidirane Direktive iznosi 1.000.000 evra po saobraćajnoj nezgodi.[27] Takođe, Direktiva predviđa da lica koja su u saobraćajnoj nezgodi nastaloj od nepoznatih vozila pretrpela težu telesnu povredu imaju pravo i na naknadu šteta na stvarima. Radi određenja pojma "teže" povrede kao krterijum uzima se da je bilo potrebno bolničko lečenje. Da li je reč o težoj povredi, utvrđuje se prema pravu zemlje u kojoj je nezgoda nastala. Direktiva dozvoljava da za štete od nepoznatih vozila države članice predvide franšizu od 500 evra.[28]

Peta Direktiva menja pravila Treće Direktive koja se odnose na prava putnika na naknadu štete prouzrokovane od vozača pod uticajem alkohola ili drugog opijata, zaštitu pešaka i biciklista, štete od vozila koje se prodaje u inostranstvo, prava osiguranika na podatke o štetama, franšizu i pravo na direktnu tužbu.

Prema vrlo čestoj praksi u nekim zemljama članicama uobičajno je pravo na isključenje iz prava na nakandu štete putnika koji su pretrpeli štetu u vozilu kojim je upravljalo lice pod dejstvom alkohola ili drugih opijata, ako su za to znali ili morali znati.

Peta Direktiva zabranjuje isključenje iz osiguravajućeg pokrića putnika iz vozila kojim je upravljalo lice pod dejtvom alkohola ili drugog opijata, iz razloga što se u paksi pokazalo da oni često nisu u stanju da utvrde u kakvom je stanju vozač i ne mogu da utiču na njegovo ponašanje. Stoga, sve zakonske ili ugovorne odredbe kojima bi se navedena lica ostavljala bez prava na naknadu pretrpljene štete smatraće se ništavim.[29]

---

[26] Ibid.

[27] Milica Krulj Mladenović, "Obim osiguravajućeg pokrića u obaveznom osiguranju od građanske odgovornosti automobilista", Fakultet za evropske pravno-političke studije Novi Sad- Univerzitet "EDUCONS", 41.

[28] Jasna Pak, Pravo Osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 121.

[29] Marijan Ćurković, 5.

Nova Direktiva uzima u obzir bolju osiguravajuću zaštitu nemotorizovanim učesnicima, kao posebno "ranjivu" kategoriju žrtava u saobraćaju. Pravilo koje se odnosi na pešake i bicikliste u stvari je preporuka državama da se ovim licima prizna naknada štete, ako ona nisu isključivo kriva za njen nastanak. Ovim su pešaci i biciklisti zaštićeni, kao lica koja su "slabija" u odnosu na vozilo, ali i jedni i drugi u mnogim situacijama, mogu biti odgovorni za nastanak saobraćajne nezgode, što je trebalo pomenuti u Petoj Direktivi. Međutim, treba istaći da je pitanje zaštite biciklista i pešaka veoma različito regulisano u državama članicama EU. Tako neke zemlje članice pružaju zaštitu pešacima i biciklistima nezavisno od pitanja odgovornosti za štetu koja im je prouzrokovana motornim vozilom, ali ima i država u kojima se uzima u obzir i stepen odgovornosti za štetu koja im je prouzrokovana, odnosno da se odgovornost dokazuje, što naravno otežava položaj oštećenih lica.[30] Iz tih razloga, olstaje da vidimo da li će Direktiva uspeti da napravi veći pomak u rešavanju ovog pitanja.

U praksi se pojavio problem odgovornosti za štete od vozila prodatih u inostranstvo, koja jako često nisu bila osigurana. Direktiva uvodi pravilo na osnovu kog se takvo vozilo u roku od 30 dana od isporuke kupcu smatra stacioniranim u državi u koju se isporučuje.[31] Drugim rečima, za štete koje bi prouzrokovalo takvo vozilo protekom pomenutog roka odgovaraju tela države u koju se vozilo uvozi.

U cilju zaštite intersa potrošača Peta Direktiva uvodi obavezu država članica da obezbede zaštitu prava osiguranika da na zahtev dobije potvrdu osiguravača o kretanju šteta po njegovom ugovoru o osiguranju od odgovornosti u poslednjih pet godina. Potvrda se izdaje isključivo na zahtev i to u roku od 15 dana.

Takođe, Direktiva uvodi opštu zabranu franšiza na štetu oštećenih. Osiguravači, koji su sa osiguranikom ugovorili franšizu ne mogu se na nju pozivati, kada je u pitanju oštećeni. Pravo na direktnu tužbu je uvela Četvrta Direktiva, ali ograničeno, samo u odnosu na osiguravača čiji je osiguranik štetu prouzrokovao u inostranstvu. Peta Direktiva menja ovo pravilo, uvodeći pravo na direktu tužbu bezobzira gde je šteta nastala, u domaćoj zemlji ili inotranstvu.[32]

Na kraju, Peta Direktiva uvodi i izmene Četvrte direktive koje se odnose na rokove za rešavanje odštetnih zahteva, nadležnost suda države u kojoj oštećeni ima prebivalište i pravo na dobijanje informacija potrebnih za naknadu štete.

---

[30] Milica Krulj Mladenović, Vladan Ivanovć, Marko Gašić, 52.

[31] Jasna Pak, Pravo Osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 122.

[32] Marijam Ćurković, 6.

Rokovi koje je uvela Četvrta Direktiva vezano za davanje podataka u vezi sa štetama iz saobraćajnih nezgoda koje su nastale u inostranstvu, primenjuju se i na štete iz saobraćajnih nezgoda koje su nastale u domaćoj zemlji.[33]

Za razliku od Četvrte direktive, koja daje oštećenom mogućnost direktne tužbe protiv osiguravajućeg društva uzročnika u njegovoj državi, Peta Direktiva omogućava oštećenom , da može da pokrene pravne postupke protiv stranog osiguravajućeg društva uzročnika u državi svog stalnog prebivališta.[34] Tužba mora biti usmerena protiv osiguravača koji ima sedište u nekoj državi članici, a ne protiv njenog predstavnika u zemlji u kojoj oštečeni ima prebivalište.[35]

Oštećeni, osiguravači i njihovi punomoćnici imaju pravo pristupa informacijama koje su potrebne za obradu i isplatu odštetenog zahteva.[36] Ti podaci bi trebalo da budu dostupni u elektronskom obliku, a pristup tim podacima će biti omogućen na zahtev navedenih lica. Takođe, to znači da je potrebno da države odrede centralno telo koje će prikupljati potrebne podatke.[37]

Šesta direktiva

Direktiva 2009/13/EZ (Šesta Direktiva) ne unosi ništa novo u sastav obaveznog osiguranja, već je ona zapravo kodifikovana verzija prethodnih pet Direktiva koje je radi njihove preglednosti i jasnoće bilo potrebno uneti u jedinstven tekst.[38]

EVROPSKI IZVEŠTAJ O NESREĆI

Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi je jedinstveni obrazac koji se izdaje u dva primerka, a koji je tipiziran u okviru Evropskog komiteta za osiguranje (CEA). Nastao je iz potrebe osiguravača da dođu do podataka koji su im potrebni za utvrđivanje činjeničnog stanja i učesnika saobraćajne nesreće i nemogućnosti da dođu do policijskih izveštaja . Obrasci su prvo počeli da se koriste u Francuskoj pedesetih godina 20. veka, da bi se njihova primena vrlo brzo proširila i na ostale evropske zemlje, prvenstveno zbog njihove praktičnosti. S obzirom na vrlo raširenu praksu upotrebe tih obrazaca, CEA je napravila jedinstveni obrazac i preporučila njegovu upotrebu evropskim osiguravačima..[39]

---

[33] Jasna Pak, Pravo Osiguranja", Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, 123.

[34] Tilen Jereb, 273.

[35] Marijan Ćurković, 7.

[36] Direktiva 2005/14/EC Evropskog parlamenta i veća, Čl 5, st 4.

[37] Marijan Ćurković, 7.

[38] Nives Grubišić Đogić, 75.

[39] Josip Kovilić, "Obavezno osiguranje vlasnika vozila od odgovornosti za štete nanesene trećim osobama", Sveučilište u Zagrebu- Pravni fakultet, Zagreb 2016, 24-25.

Ukoliko nastane šteta u sobraćajnoj nezgodi, najvažnije pitanje za učesnke nezgode je pitanje naknade štete. Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi je upravo akt koji omogućuje bržu procenu i naknadu štete. Petom Direktivom uvedena je obaveza osiguravajućim društvima da svojim osiguranicima predaju obrazac tzv. "Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi". U slučaju saobraćajne nezgode učesnici su dužni da popune, potpišu i međusobno razmene Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi. On pojednostavljuje proceduru dobijanja odštete i sadrži svojeručnu skicu i specifikaciju otećenja i izjave učesnika kojima se potvrđuje čija je odgovornost za udes. Popunjavaju ga i potpisuju sami učesnici, a osiguranja ga prihvataju kao osnov za isplatu štete, iz razloga što ima tu važnost kao policijski zapisnik. Uredno popunjen Evropski izveštaj o saobračajnoj nezgodi oštećeno lice i osiguranik mogu koristiti kao odštetni zahtev po osnovu obaveznog osiguranja od autoodgovornosti. Pored toga što omogućuje lakšu i efikasniju naknadu štete, Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi doprinosi lakšem radu policije i olakšava odvijanje saobraćaja. Njegova primena je moguća samo u slučajevima kada su u pitanju štete manjeg iznosa, iz razloga što pri njegovom korišćenju može doći do problema koji se tiču skice lica mesta (nije sačinjena ili je nejasna, neprecizno ili loše nacrtana), opis događaja, izjave učesnika i svedoka koje se odnose na nastanak saobraćajne nezgode.[40]

Zakon o obaveznom osiguranju u saobrćaju Srbije(ZOOS) iz 2009. godine uvodi obavezno posedovanje Evropskog izveštaja o saobraćajnoj nezgodi.[41] Po odredbama ZOOS osiguravajuće društvo je dužano da ugovaraču osigurana, uz polisu obaveznog osiguranja od autoodgovornosti, uruči Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi. ZOOS definiše i "malu" štetu koja iznosi do 1000 evra u dinarskoj protivvrednosti.[42] Međutim, zanimljivo je da ZOOS i u prelaznim odredbama, koje će se primenjivati do ulaska Srbije u EU, sadrži odredbu koja se odnosi na malu štetu, ali se razlikuje visina iznosa (500 evra[43]). Znači do ulaska naše zemlje u EU, "mala" šteta će iznositi 500 evra.[44]

Međutim, iako je Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi uveden u naše zakonodvstvo pre skoro jedne decenije, stiče se utisak da njegova primena nije toliko česta u praksi, iz razloga što vozači nemaju poverenja u njegovu pouzdanost. Radi lakšeg i efikasnijeg rešavanja saobraćajnih nezgoda, i potpunog iskorišćava-

[40] Vladimir Čolović, 45-47.

[41] Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju (ZOOS), *Sl. Glasnik RS, br 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012, i 7/2013- odluka US*, čl. 31 st. 3.

[42] ZOOS, čl. 27.

[43] ZOOS, čl. 106.

[44] Vladimir Čolović, 51.

nja prednosti koje nosi sa sobom Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi, bilo bi dobro da se izvrši edukacija vozača i upoznavanje sa prednostima ovakvog sistema naknade štete iz saobraćajnih nezgoda.

ZAKLJUČAK

Poslovi koji se tiču obaveznog osiguranja od autoodgovornosti čine veliki deo delatnosti osiguravajućih društava pa nije ni čudo što se o propisima koji uređuju ovu delatnost vodi polemika i što je doneto čak pet Direktiva u ovoj oblasti. Međutim, kao što se to u tekstu Direktiva često nglašava u sporovima za naknadu štete iz osiguranja od autoodgovornosti ne postoji jednak odnos strana jer je osiguravač u mnogo boljem položaju u odnosu na korisnike usluga osiguranja. Iz tih razloga sud prilikom rešavanja sporova mora voditi računa da ne izgubi iz vida cilj koji je zakonodavac imao u vidu prilikom donošenja ovih Direktiva.

Iz svega navedenog možemo zaključiti da osiguranje od građanske odgovornosti automobilista predstavlja jednu od oblasti osiguranja na čijem usavršavanju se kontinuirano radi te su rezultati na normativizaciji propisa iz ove oblasti očigledni, pre svega u evropskim državama. Međutim, iako od njihovog regulisanja zavisi stepen efektivne zaštite učesnika saobraćaja – određena pitanja ostaju različito rešena u okviru zakonodavstava različitih država.

IVA TOŠIĆ
Research Trainee Institute
of Comparative Law, Belgrade

DEVELOPMENT OF THE CONCEPT OF AUTOMOBILE LIABILITY IN THE EUROPEAN UNION LAW

Summary

Consequences of traffic accidents and the amplitude of victim protection by insurance were continuously followed at EU level, in order to ensure the same minimum of insurance protection in all Member States by harmonizing national legislation.

The harmonization of the rules in the field of auto-liability insurance in the EU Member States is a main intention. The Directives set out the uniform rules that Member States incorporate into their national legislation. The European Union countries have adopted five directives, as well as a huge number of recommendations, which establish liability insurance for damage caused by the use of a motor vehicle. This paper will primarily be based on the development of civil liability insurance for motor vehicle damage in the EU, with the analysis of all five EU directives, and the second part refers to the European report, with an overview of its implementation in our law.

ŠESTA KATEDRA

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU

SAŠA B. BOVAN

AMERIČKI PRAVNI REALIZAM KAO POKRET PRAVEDNOG PRAVA

PROLOGOMENA ZA JEDNU TEORIJU PRAVEDNOG PRAVA

Pojmovni konstrukt "pravedno pravo", po sebi je intrigantan, u suštini paradoksalan, izrazito kompleksan, a nadasve višesmislen. U jednoj širokoj paleti značenja, sintagma "pravedno pravo" ukazuje pre svega na antinomičnu prirodu prava jer pruža mogućnost da pored pravednog postoji i nepravedno pravo. Osim toga, ovaj pojam otvara prostor za jedno holističko (sintetičko, slojevito) promišljanje na temu strukture prava kada otkrivamo da pravo nije samo jedan poredak normi, nego i izvesnih vrednosti, ali i poredak određenih društvenih odnosa koji zahtevaju prinudno regulisanje.[1] Dalje, termin "pravedno pravo" ukazuje ne samo

---

Dr Saša B. Bovan, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj tekst je nastao kao deo rada na projektu "Identitetski preobražaj Srbije" Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

[1] Sintetički potencijal konstrukta "pravedno pravo" je veliki stoga što ukazuje na suštinsku vezu prava i morala (pravde), a kroz dihotomiju pravedno pravo/nepravedno pravo i na takođe čvrstu vezu između prava i društva kada od konkretnog zakonodavca i pravosudnog aparata, a imajući u vidu neki neposredan društveni poredak, zavisi da li će pravo biti pravedno ili nepravedno. Inače, u našim radovima neprestano ukazujemo na tekovine teorijskopravnog integralizma iz jednog sasvim posebnog razloga. Naime, u našoj literaturi iz oblasti teorije prava dominiraju, ničim izazvana, i sasvim površna, gledišta koja glorifikuju Hartov pozitivizam, mrtvorođen i u vreme kada je nastao, a sve to, što je posebno skandalozno, prenebegavanjem integralističke tradicije u našoj teoriji prava kojom se možemo podičiti (R. Lukić, S. Vračar, N. Visković, itd.). Bizarnost ovog epigonstva je tim veća ako se ima u vidu da je integralna teorija prava ubedljiv primer prevazilaženja osnovnog nedo-

na značaj aksiološke dimenzije prava (pravo kao stvarnost povezana sa vrednostima), već i na hijerarhiju pravnih vrednosti sa centralnom ulogom pravde, na koju se, po T. Vifegu, mogu svesti sve ostale pravne vrednosti.[2] Kada problem "pravednog prava" posmatramo iz ugla jurističke hermeneutike,[3] ovaj nas pojam dovodi do dihotomije pravda/pravičnost, gde pravičnost iskrsava, u standardnom i nespornom određenju, kao pravda nekog pojedinačnog slučaja, što konačno podrazumeva uspostavljanje znaka jednakosti između pravednog prava i morala (moralnog prava).

U ovom radu, upravo je pravna hermeneutika, tj. oblast tumačenja i primene prava neposredan kontekst za razmatranje problematike pravednog prava. Unutar jedne takve perspektive, kandiduje se osnovna hipoteza ovog članka, kojom se ukazuje na značaj američkog pravnog realizma za teoriju tumačenja prava, pri čemu će biti izloženi argumenti koji mogu potvrditi kako je značaj ovog pravnoteorijskog pravca za ovu oblast takav i toliki da se može smatrati jednim posebnim pokretom, na način na koji je u pravnoj teoriji, na primer, pridat značaj pokretu slobodnog prava u Nemačkoj na kraju XIX i početkom XX veka (tim pre što je pokret slobodnog prava, a najviše u radovima H. Kantoroviča dao najveći doprinos upravo problematici jurističkog rasuđivanja). U izloženom smislu, nije nimalo slučajno, niti plod slobodne intelektualne imaginacije, a pogotovo razlog nije prigodnog karaktera (s obzirom da je pravedno pravo opšta tema ovogodišnjeg kopaoničkog skupa), to što se uspostavlja znak jednakosti između američkog pravnog realizma i konstrukta "pravedno pravo". Naime, uspostavljanje ove veze deluje sasvim prirodno s obzirom da su zagovornici američkog pravnog realizma,

statka Hartove teorije koja opstaje na raskidanju veze između prava i morala (suprotno, u smislu da Hart nikada nije prekidao tu vezu, kod: John Gardner, "Hart on Legality, Justice and Morality", *University of Oxford Legal Researche Paper Series* 44/2010, 1-22). Potvrdu za ove tendencije u nas imamo kod autora koji sve teorije o pojmu prava dele, sasvim pojednostavljeno, na one prirodnopravne i pozitivnopravne. Tako kod: Radmila Vasić, Miodrag Jovanović, Goran Dajović, *Uvod u pravo*, Beograd 2016, 28-39. Može se čak reći da zagovaranje Harta kod nas ima i jednu autističnu dimenziju imajući u vidu da već duže vreme, i unutar Hartovog pozitivizma, dominiraju postpozitivističke tendencije gde se naročito insistira, na razne načine, na vezi između prava i morala. Videti na primer: Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford-Portland, 2001, 1-28, 29-50. Neil MacCormick, *Institucije prava - Ogled iz teorije prava*, Zagreb 2014, 22.

[2] Teodor Vifeg, *Topika i jurisprudencija*, Beograd 1987, 114.

[3] Juristička (pravna) hermeneutika ima seriju sinonimnih izraza (pravna metodika, pravna metodologija, teorija tumačenja prava, itd), kroz koje zapravo dolaze do izražaja dva osnovna značenja ovog pojma, gde se pravna hermeneutika ispoljava kao (1) veština tumačenja prava, i kao (2) teorija tumačenja prava. U ovom radu se ovaj termin koristi u drugom istaknutom značenju. Jedan neuspešan pokušaj razgraničenja ovih značenja (i nerazumevanja čitave ove problematike) kod: Bojan Spaić, "Aron Barak, Doktrinarni intencionalista između neoskepticizma i neoformalizma", *Aron Barak, sudija i teoretičar prava* (ur. Budimir Košutić, i dr.), Beograd 2016, 75-78.

fokusirani na oblast sudijskog odlučivanja (primene prava), koristili izraz realno pravo kao sinonim (u širem smislu) za pravedno pravo, a sve kako bi ukazali na svoj pristup ovoj problematici, koji je u suštini primer jednog pragmatizma i sociologizma u punom značenju tih reči. U krajnjoj liniji, na primer kod B. Kardoza, koriste se reči društveno pravo, životno pravo i realno pravo kao sinonimi za sudijske odluke koje korespondiraju sa potrebama i uobičajenim predstavama društva o tome šta je pravo u datom trenutku, i koje su primer ispravnog prava.[4] Tako je i kod K. Levelina, koji pod realnim pravom podrazumeva praksu sudova u pokušaju da se dosegne pravedna sudijsko odlučivanje.[5] Osim toga, krilatica "pravo u knjigama - pravo u akciji", u svom drugom delu, a posmatrana iz pravnohermenutičkog ugla, ne govori ni o čemu drugom nego o realnom pravu, koje čine: (1) pravila koja se stvarno primenjuju u praksi; (2) po kojima odlučuju ili ih stvaraju sudovi; (3) u pokušaju da dođu do ispravnog (pravednog) prava. Iz izloženog ugla posmatrano, čini se da deluje sasvim prirodno uspostavljanje triparticije: američki pravni realizam - realno pravo - pravedno pravo, triparticije koja s jedne strane omogućava da se američki pravni realizam dublje utemelji i adekvatno pozicionira unutar teorije tumačenja prava, i koja s druge strane omogućava da se istakne pravnohermeneutički potencijal konstrukta "pravedno pravo".

Ovde treba reći da triparticija o kojoj je reč, baš ovako konstruisana i uspostavljena, ima i odgovarajuće teorijsko uporište koja čine dva čvrsta epistemološka stuba: (1) jedan je čuvena sentenca O. V. Holmsa, koju je ovaj razvijao u praksi kao sudija Vrhovnog suda SAD, a koja je ostavila dubokog traga u pravnoj teoriji, naročito u sociologiji prava. Radi se o temeljno pragmatičkom principu utemeljenja kako konceptualne analize prava tako i pravnohermeneutičke analize, gde se kaže da život prava nije logika već iskustvo, i dalje (2) u pitanju je pravnoteorijska orijentacija kojom se pravi razlika između prava u knjigama i prava u akciji, a koja je konstruisana u teoriji sociološke jueisprudencije (pre svega kod R. Paunda), pri čemu je baštine i predstavnici pravnog realizma. Ova dva teorijska oslonca izložene triparticije ističemo stoga što imaju naglašeno pravnohermeneutičku prirodu, ali pogotovo zato što omogućavaju da se na tim temeljima formuliše jedna pragmatička, a u suštini, sociološka teorija tumačenja prava, kao što se i desilo kod pripadnika američkog pravnog realizma.

Konačno, izloženom hipotezom i formulisanom triparticijom želimo da postgnemo sledeće ciljeve: (1) pre svega, smatramo da je velika obaveza čitave pravne teorije da se pristupi revitalizacija stavova i ideja pravnih realista, naro-

[4] Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven 1932, 20-22, 89, 127, 130. 134, itd.

[5] Karl N. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago 1962, 21.

čito za potrebe teorije tumačenja prava, s obzirom da je na tom planu njihov doprinos zavidan i dragocen, naročito u pravcu prevazilaženja zabluda i protivrečnosti subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava; U tom smislu, i ovaj rad je skroman pokušaj da se pruži bar neki doprinos jednom takvom naumu; (2) jedan od ciljeva ovog rada jeste i pokušaj reinterpretacije stavova pravnih realista. Naime, radi se o tome da i oni koji adekvatno vrednuju njihov doprinos teoriji tumačenja prava, ne uviđaju da njihov pravnohermeneutički pragmatizam u suštini predstavlja primer jedne razvijene sociološke analize u razmatranju ove problematike;[6] (3) takođe, namerni smo da putem ukazivanja na pravnohermeneutičke potencijale konstrukta "pravedno pravo" shvaćenog iz realističko - pragmatičke perspektive otvorimo put za prodor sociološke perspektive u razumevanju pravničkog rasuđivanja. ovo je čini se preko potrebno s obzirom na postojeće stanje na pravnohermeneutičkom horizontu. Tu nailazimo na jedan paradoks: danas preovladavaju pokušaji da se integrišu subjektivna i objektivna teorija tumačenja prava,[7] koji u suštini predstavljaju primer jednog nedorečenog pragmatizma i neosvešćenog sociologizma,[8] ali da opet, nema adekvatnih pokušaja da se sistematski izloži jedna pragmatičko - sociološka teorija tumačenja prava. Štaviše, pokušaji povezivanja sociologije i jurističke hermeneutike smatraju se jeretičkim,[9] a ako ih i ima oni se svode na to da prikažu značaj sociološkog znanja za sudijsko odlučivanje,[10] a ne na posmatranje sudijskog odlučivanja iz sociološke perspektive kada otkrivamo kako pravno rasuđivanje predstavlja model razvijene mikrosociološke analize gde su logika i teleologija sasvim u drugom planu.

U samom radu, prvom i drugom od izloženih ciljeva posvećen je sledeći odeljak, a nakon toga posvetićemo se trećem zadatku koji smo sebi zadali, kada će biti izloženi elementi jeden sociološke teorije tumačenja prava. Tada, ova će teori-

---

[6] Na primer: Brian Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalize Jurisprudence", *Texas Law Review*, 2/1997, 267-285. Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist - Realist Divide: The role of Politics in Judging*, New Jersey 2010, 91-108.

[7] O ranijim pokušajima ove integracije kod: Gerhard Hassold, "Wille des Gezetsgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes - subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung," *Ztschr. for Zivilproces* 2/1981, P 192-210. Primer skorijeg pokušaja pravnohermeneutičkog integralizma, doduše neuspešan, kod: Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton 2005.

[8] Primeri neosvešćenog sociologizma u pravnoj hermeneutici kod: Saša Bovan, *Pravna hermeneutika između filozofije i logike*, Beograd 2014, 83-99.

[9] Tipičan primer ovog slepila u našoj pravnoj nauci kod: Jasminka Hasanbegović, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd 2006, 101-103.

[10] Hubert. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt&Main 1973, 205-209. Klaus D. Opp, *Soziologie im Rechts*, Reinbek 1973, 79-81. Wolfgang Naucke, "Jurisprudenz und Sozialwissenschaften", *Rechtstheorie* 4/1973, 64-68. Christian Starck, "Empirie in der Rechtsdogmatik", *Juristien Zeitung*, 20/1972, 609-614.

ja biti postavljena kao pandan postojećim teorijama tumačenja prava kao primer jednog smislenog i zaokruženog integralizma koji ponajbolje razobličava teleološke i silogističke zablude koje i dalje vladaju jurističkom hermeneutikom.

RAZUMEVANJE / NERAZUMEVANJE PRAVNOHERMENEUTIČKOG PROGRAMA AMERIČKOG PRAVNOG REALIZMA

Doprinosi američkog pravnog realizma pravnoj teoriji mogu se posmatrati ravnopravno na planu konceptualne analize prava i na planu jurističke hermeneutike. Na ovom prvom teorijskom polju ti doprinosi nisu veliki s obzirom da je njihov naglašeni empirizam i pragmatizam na planu konceptualne analize rezultirao jednim krajnje osiromašenim shvatanjem pojma prava.[11] Upravo je to razlog za jednu vrstu potcenjivačkog odnosa pravne filozofije prema ovom pravcu pravnog mišljenja.[12] No, čak i kada bi prihvatili jedan ovakav svetonazor spram pravnog realizma u SAD posmatrano na opšte teorijskom planu, stvari potpuno drugačije stoje na planu njihovih pravnohermeneutičkih ideja gde su taj empirizam i pragmatizam omogućili veliki prodor u praksi ali i teoriji tumačenja prava.

Naime, pravni realizam u SAD obuhvata široku lepezu autora koji se međusobno razlikuju na doktrinarnom planu,[13] koji su ideološki suprotstavljeni,[14] ali kod kojih se, kada se radi o oblasti jurističkog zaključivanja, nepogrešivo može uočiti jedna pravilnost koju B. Lajter naziva suštinski zahtev pravnog realizma (*The Core Claim of Legal Relism*), a koji se može izraziti sledećom tvrdnjom o sudijskom radu: "sudije reaguju pre svega na uticaj činjenica",[15] odnosno "sudovi reaguju na činjenice u konkretnim slučajevima, radije nego na uticaj uopštenih aptrakcija, mišljenja i rasprava."[16] Lajter u svom znamenitom članku o pravnom realizmu, koji predstavlja najozbiljniji pokušaj revitalizacije njihovih stavova o tumačenju i primeni prava, daje niz citata gde se potvrđuju ono što je on nazvao "suštinskom tvrdnjom" pravnog realizma. Međutim, to uopšte nije sporno – radi

[11] U pitanju je jedan krajnji sociologizam, kako smo na jednom mestu označili njihovo određenje pojma prava, s obzirom da oni pravo svode na njegove faktičke aspekte, i to pre svega na ponašanje sudija po onoj Holmsovoj da je pravo samo ono što u svakom konkretnom slučaju sud proglasi za pravo: Saša B. Bovan, *Integrativne mogućnosti sociološkog metoda u određenju pojma prava*, Beograd 1995, 108-126.

[12] O tome u kojoj meri i na koje se sve načine to potcenjivanje ispoljavalo detaljnije kod: Brian Leiter, "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", *Ethics* 111/2001, 278-301.

[13] Žorž Gurvič, *Sociologija prava*, Podgorica 1997, 163.

[14] Aleksandar Molnar, *Društvo i pravo*, knj. 1, Novi Sad 1994, 242-244.

[15] B. Laiter, Rethinking Legal Realism, 275.

[16] *Ibid*., 276.

se o poznatim izjavama i stavovima autora kao što su K.Levelin, Dž. Frank, A. Mor, F. Koen, L. Grin, H. Olifant, V. Viler Kuk, M. Radin, itd. Ono što prvi put vidimo kroz radove B. Lajtera jeste zapravo, slobodno se može reći, jedna vrsta akademske sabotaže i nečasti spram pravnog realizma, koji se manifestuju krajnjim i neprimerenim potcenjivanjem i krivotvorenjem stavova pravnih realista. Potpuno je bizarno to što su glavne arhitekte ovog prljavog nauma bili "velika" imena američke pravne filozofije, a pre svega H. Hart i R. Dvorkin.

Kada se radi o Hartu, Lajter je u citiranom radu vrlo ubedljivo pokazao kako je Hartovo sprdanje sa pravnim realizmom pre svega posledica najgorih intelektualnih predrasuda, ali i Hartove poslovične površnosti (poznato je kako je Hart svoje ideje o jurističkom rasuđivanju gradio na tek par hipotetičkih i banalnih primera).[17] On pominje i Dvorkinov poznati diskvalifikatorski stav o tome kako pravni realisti vide proces sudijskog odlučivanja, po kome "sudije zapravo odlučuju u presudama u skladu sa svojim političkim i moralnim opredeljenjima, a potom izaberu odgovarajući zakonski okvir radi racionalizacije svojih odluka".[18] Lajter potom sumira sva pogrešna, pojednostavljenja i zlonamerna gledišta o realističkoj teoriji pravnog rasuđivanja koja predstavljaju dominantno i stečeno gledište o ovima (*Received View*),[19] kako bi u nastavku svog rada otvorio diskusiju o pravnim realistima, sa tezom da su njihova gledišta moderna, sveža i inspirativna, i da se mogu dublje teorijski utemeljiti sa pozivom na naturalističku filozofiju.[20]

Uz sve poštovanje prema Lajterovim naporima da dekontaminira i predstavi u pravom svetlu pravnorealističku teoriju tumačenja prava, postavlja se pitanje da li je on izabrao pravi put. Naime, nesporno je da se može uspostaviti veza između pravnog realizma i naturalizma na ravni osnovnog zahteva naturalističke filozofije a to je utemeljenje sveg znanja.na paradigmi prirodnih nauka. Međutim, izgleda da se bolji rezultati mogu postići, i da se reafirmacija teorije pravnog rasuđivanja pravnih realista može pouzdanije i uspešnije ostvariti kada se kao paradigma sudijskog odlučivanja uzme društvena nauka (sociologija) a ne prirodna nauka, makar ovu drugu paradigmu sveli na jedan minimalistički zahtev – potrebu za empirijskom verifikacijom. U tom smislu, skloni smo uverenju da je Lajter stao na pola puta, opterećen hipotekom svog bazičnog akademskog horizonta (on je pre svega filozof), i da se njegov pogled na američki pravni realizam može izraziri konstatacijom – nedorečeni pragmatizam i neosvešćeni sociologizam.

---

[17] *Ibid*., 270-271.

[18] *Ibid*., 267.

[19] *Ibid*., 269.

[20] *Ibid*., 301-315.

U pravcu obrazlaganja ove teze pre svega je potrebno napraviti razliku između (1) teorije koja se može povezati sa pravnim realizmom, odnosno teorije iz čije se perspektive pravni realizam može posmatrati, i eventualno, (2) teorijskih potencijala sadržanih unutar samog pravnog realizma. Unutar ove prve dileme sigurno je da se pravni realizam može povezati sa naturalizmom ali i nekim drugim teorijskim pravcima, na primer sa antropologijom, s obzirom da većina pravnih realista insistira na vezi prava sa *mores* polazeći od R. Samnera, i to bez obzira da li se radi o teoriji pojma prava ili teoriji tumačenja prava. On se može povezati, kao što je bio slučaj u radovima A. Mura i sa psihologijom (biheviorizmom), gde se sudska odluka posmatra u okviru kognitivne matrice: spoljašnji podsticaji - odgovor na njih. Međutim, u ovom radu se polazi od pretpostavke o mnogo jačoj, a zapravo o inherentnoj teorijskoj utemeljenosti pravnog realizma, pri čemu smatramo da se bez većih poteškoća može dokazati o kakvoj se epistemologiji tu radi. Naravno, tada su nam bitne izjave i stavovi samih realista, iz kojih se bez okolišanja i velikih nedoumica može otkriti teorijska pozicija na kojoj oni istrajavaju, sa punom svešću o tome.

Najzad, u okviru ovog drugog pristupa, kada se postavi pitanje o teorijskom utemeljenju američkog pravnog realizma, iz mnoštva razloga se može zaključiti kako je sociologija, odnosno sociološki pristup, najdublja saznajna osnova kako njihove teorije prava, tako i njihove teorije tumačenja i primene prava.

O teoriji prava američkih pravnih realista ovde neće biti reči s obzirom da nas trenutno okupira njihova teorija juističkog rasuđivanja. Dovoljno je reći da se kod većine autora koji obrađuju istoriju pravne teorije glavni predstavnici pravnog realizma ubrajaju i u rodonačelnike sociologije prava, s obzirom da odlučno insistiraju na vezi društva i prava u pokušaju pojmovnog određenja pojma prava.[21] Kada se radi o teoriji pravničkog rezonovanja, ovom prilikom ukazujemo na četiri bitna aspekta njihove hermeneutike koji su osnova za zaključak da američki pravni realisti postupak sudijskog odlučivanja posmatraju po logici jedne razvijene sociološke analize.

[21] U starijoj literaturi reprezentativno o doprinosu pravnih realista sociologiji prava kod: Žorž Gurvič, 149-175. Žan Karbonije, *Pravna sociologija*, Novi Sad-Podgorica 1992, 108-111. Iscrpno i kod: Dragan Milovanovic, *An Introduction to the Sociology of Law*, New York 2003, 109-117. B. Z. Tamanaha, 67-90. Sažeto, ali informativno kod: Sharyn L. Roach Anleu, *Law and Social Change*, London-Thousand Oaks-New Delhi 2000, 7-9. Opširno i afirmativno o pravnom realizmu u novijoj literaturi: William Twining, *Karl Llewellyn and the realist movement*, Cambridge 2012, Justin Zaremby, *Legal Realism and American Law*, New York-London-New Delhi-Sidney 2014, naročito: 87-12.Kao primer autora koji ignorišu značaj pravnog realizma za razvoj sociologije prava već se zadržavaju samo na sociološkoj jurisprudenciji R. Paunda (u novijoj literaturi): Reza Banakar-Maw Travers, *Law and Social Theory*, Portland 2013, Mathieu Deflen, *Sociology of Law: Vision of a Scholarly Tradition*, Cambridge 2008, 97-116.

Prvo, njihov sociologizam, u vidu jednog pravnohermeneutičkog skepticizma i relativizma, dolazi do izražaja prilikom analize teškoća koje se nalaze na puti donošenja ispravne sudske odluke. Poznati aforizmi o otvorenom sadržaju zakona (H. Hart), ili o namernoj nedovršenosti zakona (A. Kaufman) otvaraju prostor za diskusiju o teškoćama tumačenja prava, gde pre svega spadaju pojmovna neodređenost pravnih propisa, sadržinska neodređenost osnovnih vrednosti pravnog poretka i dinamika, složenost i ideologičnost društvenih odnosa koji se regulišu pravom. Naravno, sve te teškoće standardno se pojavljuju u pravnoj praksi od kada je prava i potrebe za pravnim regulisanjem društvenih odnosa. Sve ove teškoće došle su do izražaja, nekada i dramatično, i u razvoju američkog prava, pogotovo na početku XX veka, i naročito su razne neuralgične tačke primene prava bile osnovna preokupacija pravnih realista koji su u to vreme listom bili nosioci odgovornih pravosudnih funkcija. Upravo zbog toga, oni su dali nemerljiv doprinos u dubljem sagledavanju jedne od tih teškoća, koja je u literaturi bila prisutna postulativno, a po tom osnovu i površno.

Radi se o prirodi društvenih odnosa koji se regulišu zakonima, teškoći tumačenja prava kojoj su pravni realisti posvetili naročitu pažnju, a čija elaboracija u njihovim radovima dobija dimenziju jedne razvijene empirističko - pragmatičke, a u suštini sociološke teorije tumačenja prava. Osnov za ovaj zaključak, na dubljem i suštinskom planu, omogučava insistiranje na čvrstoj i dinamičkoj vezi društva i prava o kojoj govore Holms i Kardozo, pri čemu obojica ukazuju kako je taj dinamizam ključna poteškoća prilikom tumačenja i primene prava.[22] Polazeći od izloženog, obojica izvode identičan zaključak. primena prava nije otkrivanje već formiranje značenja pravne norme.[23] Pomenimo jednu misao koja se kao nit provlači kroz radove pravnih realista a koja možda ponajbolje izražava hermeneutički skepticizam s obzirom na složenost i dinamiku društvenih odnosa. U pitanju je čuvena izjava (ima je u različitim varijantama) K. Levelina kada kaže da su životne okolnosti iz kojih proističu sporovi toliko složene da je u njihovom razrešavanju sudija uglavnom prepušten sam sebi.[24]

Drugi sociološki stub realističke pravne hermeneutike ogleda se u fokusiranju na malu premisu (premisa činjeničnog stanja) jurističkog zaključka. Svi pravni realisti (i sociološko i psihološko krilo) se na ovu temu izjašnjavaju rezolutno i neprestano, po tom osnovu i govore o vezi sociologije i jurističkog rasuđivanja, pa donekle čudi kako u literaturi ovaj pristup nije prepoznat na pravi način, a pogotovo čudi kako njegovi sociološki potencijali nisu iskorišćeni za formulisanje

[22] Oliver Wendell Holmes, *Collected Legal Papers*, New York 1921, 181-182. B. Cardozo, 20, 25.

[23] O. W. Holmes, 179. B. Cardozo, 115.

[24] K. Llewellyn, 17.

jedne takve, znači empiričko - pragmatičke - sociološke teorije tumačenja prava. Opet se pozivamo na Levelina koji u tom kontekstu govori o "pritisku činjenica u odlučivanju",[25] a ovde imamo seriju sličnih aforizama kod drugih predstavnika realizma. Tako H. Olifant tvrdi da sudije u odlučivanju više reaguju na činjenice nego na prazne apstrakcije,[26] M. Radin ukazuje kako tipske situacije, tj., standardna događanja vezana za slučaj najviše utiču na sudijsko odlučivanje,[27] O značaju činjeničnih pitanja za razumevanje sudijskog rada govori čak i Dž. Frank, zastupnik psihološkog krila američkog pravnog realizma,[28] itd.

Ne ulazeći u dalje primere na ovu temu, s obzirom na ograničeni prostor jednog naučnog članka, ističemo tri pitanja vezana za premisu činjeničnog stanja koja elaboriraju pravni realisti, a zbog čega smatramo da njihovi stavovi o jurističkom rasuđivanju takođe dobijaju dimenziju razvije esociološke analize: (1) skrupulozan rad na činjenicama podrazumeva ne samo njihovo utvrđivanje nego i povezivanje (objašnjenje); (2) kontekstalni karakter pravničkog odlučivanja gde sudija stavlja slučaj u uži ili širi socijalni kontekst kako bi se u što većoj meri izbegla njegova arbitrernost i samovolja; (3) ukazivanje da se u činjenicama slučaja koji se našao pred sudijom krije ključni kriterijum tumačenja prava.

Treći sociološki stub pravno-realističke teorije pravnog rasuđivanja je posledica prethodnog, i u tome su svi pravni realisti gotovo jedinstvani, a to je stav o logičkoj prirodi sudijskog odlučivanja gde se tvrdi da je u pitanju induktivni a ne deduktivni model zaključivanja,[29] što konačno znači da se tumačenje prava ispoljava kao ispunjavanje sadržinom trebanja iz neke zakonske norme polazeći od objašnjenja činjenica slučaja tumačenja, posmatranih u užem ili širem socijalnom kontekstu.

Najzad, *četvrti* stub sociološkog pristupa ovoj tematici kod pravnih realista ispoljava se kao zahtev za što većom sudijskom slobodom, koja kod njih ipak ne znači zagovaranje hermeneutičkog nihilizma, tj., sudijske samovolje (mada se mora priznati da je veliki broj realista bio zagovornik sudskog stvaranja prava, počev od samog Holmsa).

Sve u svemu, čini se da izložene ideje i zaključci o američkom pravnom realizmu, a pogotovo o njihovoj doktrini jurističkog rasuđivanja, upućuju na potre-

[25] *Ibid*., 29.

[26] Herman Oliphant, "A return to Stare decisis", *American Bar Association Journal* 14/1928, 71.

[27] Max Radin, "The theory of Judical Decision: Or How Judges Think", *American Bar Association Journal*", 11/1925, 357-358.

[28] Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, New York 1930, 46.

[29] K. Llewellyn, 464. Ideji o induktivnom karakteru sudijskog odlučivanja kod pravnih realista naročito vrednuje Karbonije. Videti: Ž. Karbonije, 110.

bu reafirmacije, ali, još važnije, i reinterpretacije njihovih stavova, i to u pravcu "prepoznavanja" jedne epistemologije koja im inače nije pripisivana. Naime, oni su povezivani sa empirizmom, pragmatizmom, biheviorizmom, što je nesporno, ali čini se da najdublji sloj pravnog realizma, i na pravnoteorijskom i na pravnohermeneutičkom planu, predstavlja jedna sociološka epistemologija i metodologija. Ostaje zagonetka, kojom ćemo se ozbiljnije pozabaviti u jednom obimnijem radu o američkom pravnom realizmu, kako i zašto u literaturi nisu prepoznati i iskorišćeni sociološki pristup i sociološki potencijali pravnog realizma, naročito u teoriji tumačenja prava. U tom pravcu, kandidujemo tezu da upravo ova doktrina, insistiranjem na značaju premise činjeničnog stanja, omogućava uspostavljanje jednog finog balansa između velike i male premise (vaganja interesa i vaganja činjenica) na način na koji to ne uspeva zagovornicima subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava. O tome će biti reči u poslednjem odeljku ovog rada.

SOCIOLOŠKA TEORIJA TUMAČENJA PRAVA KAO TEORIJA PRAVEDNOG PRAVA (POKUŠAJ SINTEZE SUBJEKTIVNE I OBJEKTIVNE TEORIJE TUMAČENJA PRAVA)

Na prethodnim stranama ovog rada (fn.7) ukazano je, sasvim sažeto, na starije i novije pokušaje integrisanja subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava. Sada će biti reči, opet prigodno, o par skorijih pokušaja ove integracije, koji su, odmah se to može i mora reći, u najvećoj mer neuspešni. U odnosu na osnovni spor subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava, koji se zapravo svodi na diskusiju o dometima i međusobnom odnosu istorijskog (subjektivno-teleološkog) i ciljnog (objektivno–teleološkog) tumačenja prava,[30] stali smo na stanovište da taj spor izražava dve ozbiljne, a zapravo neverovatne zablude kojima je opterećena moderna teorija tumačenja prava – jednu smo označili kao "teleološku zabludu", a drugo je "silogistička" zabluda..[31] Činjenica da u radovima autora koji

[30] Ova diskusija je dostigla kulminaciju pre 7- 8 godina u sporu između W. Hasemera i B. Ritersa na stranicama uglednog nemačkog pravnog časopisa "Pravna teorija". Ovo je bitan događaj za pravnu hermeneutiku i odnos dominantnih teorija tumačenja prava ne samo zbog toga što se radi o prestižnom časopisu, nego i zato što se radi o dva gotovo najveća autoriteta u oblasti teorije prava. Posebna okolnost koja dodaje na težini ovoj raspravi jeste to što je vođena "bez rukavica" - vrlo otvoreno i oštro, tako da su neke nedoumice koje opterećuju pravnu hermeneutiku dovedene do svojih krajnjih konsekvenci. Diskusija se rasplamsala povodom članka V. Hasemera koji je izneo jednu gotovo voluntarističku koncepciju tumačenja prava (Winfried Hassemer, "Juristische Methodenlehre und richterichle Pragmatik", *Rechtstheorie* 1/2008, 1-22), a njemu je sledeće godine odgovorio B. Riters braneći jednu "čistu" subjektivnu teoriju tumačenja prava (Bernd Rüthers, "Methodenfragen als Verfassungsfragen", *Rechtstheorie* 3/2009, 253-283).

[31] S. Bovan, *Pravna hermeneutika između filozofije i logike*, 109.

danas predstavljaju autoritete u ovoj oblasti ne nalazimo neke nove ideje, osim nekih terminoloških novotarija i različitih sistematizacija postojećih kanona tumačenja prava, dala nam je slobodu da se oštro izjasnimo na temu postojećeg stanja u oblasti jurističke hermeneutike.

Naime, pošto gledišta koja ćemo pomenuti stoje u suštini na poziciji produbljivanja onoga što je ovde označeno kao "teleološka zabluda", trenutno stanje na pravnohermenutičkom horizontu se može označiti kao jedna involucija koja u krajnjoj liniji predstavlja prelaz iz hermeneutičkog relativizma u hermeneutički autizam. Izričemo ovako oštar sud stoga što pravna hermeneutika nije samo teorija nego i veština tumačenja prava, gde je zadatak teorije tumačenja prava da u najvećoj mogućoj meri bude "korisna" pravnicima praktičarima, što inače nije slučaj. Naprotiv, stanje teorije tumačenja prava je takvo da se samo produbljuje jaz između teorije i prakse tumačenja prava, odnosno takvo da teorija naprosto ne korespondira gotovo uopšte sa onim što se i stvarno dešava u sudnici.

Pominjeno ovom prilikom, sasvim sažeto, pre svega doktrinu, tj. proceduralnu teoriju pravne argumentacije R. Aleksija, koji u ovoj oblasti danas uživa izuzetno veliki ugled (čini nam se nazasluženo). Aleksijev doprinos jurističkoj hermeneutici možemo posmatrati na dve ravni: jedno je pokušaj silogističke rekonstrukcije jurističkog zaključka, za koji se i on sam pita da li predstavlja neki poseban doprinos ovoj oblasti,[32] naročito posle razorne kritike U. Nojmana, koji je belodano pokazao kako se struktura pravnog rasuđivanja ne može adekvatno opisati polazeći od silogističkog modela zaključivanja.[33] Drugi nivo razmatranja pravnohermeneutičke problematike kod Aleksija jeste pokušaj da se uhvati u koštac sa konkretnim kanonima (sredstvima, argumentima) tumačenja prava (*die Mittel der Interpretation*). Jedina novina u tom pogledu, i odstupanje od standardnog pristupa, jeste činjenica da je u ovde citiranom članku, gde je rezimirao svoja shvatanja na ovu temu, teleološko tumačenje nazvao opštim praktičkim argumentom.[34] Ovaj kanon tumačenja kod Aleksija ima dva oblika: teleološko tumačenje i deontološko tumačenje. Ovo prvo je tumačenje propisa polazeći od toga koje posledice mogu nastupiti, dok je ovo drugo pokušaj da dođemo do ispravne (pravedne) sudske odluke nezavisno od mogućih posledica koje će ta

[32] Robert Alexy, "Juristische Interpretation", *Recht, Vernuft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (hrsg. R. Alexy), Frankurt am Main 1995, 81.

[33] Ulfrid Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, 19-28.

[34] R. Alexy, 84, 89.

odluka proizvesti.[35] Potrebno je reći i to da je po Aleksiju opšte praktičko tumačenje najvažniji kanon tumačenja prava.[36]

Ono što u Aleksijevom slučaju upada u oči jeste da se iznova forsira velika premisa jurističkog zaključka i da se tumačenje ponovo ispoljava kao deduktivna operacija, suprotno od onoga što sudije najčešće rade (ili bi trebalo da rade) u praksi svog svakodnevnog rada. U svakom slučaju, aksiologizacija problematike tumačenja prava kojoj pribegava Aleksi nije nikakva novost u ovom svetu, ali jeste ponavljanje jednog nerazumnog pristupa koji ne odgovara onome što se i zaista dešava u sudnici. Nažalost, kako stvari sada stoje, čitava pravna hermeneutika pati od preterane aksiologizacije u posmatranju pravničkog rasuđivanja.

Sličan pristup pronalazimo i kod Nila Makormika. On takođe ukazuje na značaj praktičke argumentacije (supstancijalni argument), koja kod njega, baš kao i kod Aleksija i sa istim obrazloženjem, dobija obličje teleološkog i deontološkog tumačenja prava.[37] Jedina razlika u odnosu na Aleksija jeste u tome što on ne hipostazira praktičke argumente u odnosu na ostale kanone tumačenja prava već ih posmatra u jedinstvu.[38]

Najzad, ukazujemo i na vrlo ambiciozne pokušaje sintetičkog obuhvatanja subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava od strane izraelskog sudije i pravnog teoretičara A. Baraka. Ovaj autor svoju koncepciju tumačenja prava gradi tako što ukazuje na tri dimenzije postupka pravne interpretacije: (1) jezik, tj., lingvistički aspekt tumačenja prava; (2) ciljevi tumačenja; (3) diskrecija tumača koja je neophodna kada zakon podrazumeva više mogućih značenja neke odredbe.[39] Postavlja se pitanje da li ovako postavljena formula pravničkog odlučivanja podrazumeva nešto novo i drugačije u odnosu na formulu: velika premisa – mala premisa – konkluzija. Ali, nezavisno od toga A. Barak se ipak kreće u krugu nekih pravnohermeneutičkih stereotipa koji "devalviraju" njegove pretenzije na originalnost, pogotovo pretenzije na suštinsku sintezu postojećih teorija tumačenja prava. Tako na primer, njegova definicija tumačenja prava je kolokvijalna i neoriginalna, kada kaže da je tumačenje prava racionalna aktivnost kojom se pripisuje značenje nekom pravnom tekstu,[40] ili kada tvrdi da tumačenje prava pred-

[35] *Ibid*., 89.

[36] *Ibid*., 88.

[37] Neil MacCormik, "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio iuris* 6/1993, 17, 24-25.

[38] *Ibid*., 18-19, 25-26.

[39] Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton-Oxford 2005, 89-91.

[40] Ibid., 3.

stavlja izbor jednog od mogućih lingvističkih značenja (semantičkih mogućnosti) teksta.[41] A. Barak ovde zanemaruje činjenicu da zakonski tekst ne sadrži više značenja nego da je njegovo značenje inherentno neodređeno, što konačno znači da tumačenje zakona nije "biranje" jednog od mogućih značenja zakona već uvek "formiranje" značenja. Standardni pristup o kojem je kod Baraka reč dolazi do izražaja i kada se radi o pojmovnom određenju subjektivnog i objektivnog tumačenja prava. On govori o kombinovanju ova dva tumačenja gde prvo otkrivamo volju zakonodavca,[42] a potom volju zakona, tj., nameru razumnog autora.[43]

Sve u svemu, ničeg novog na pravnohermeneutičkom horizontu. U tom kontekstu posmatrano, doktrina tumačenja prava američkih pravnih realista deluje moderno, inovativno i inspirativno. Neka nam na ovom bude dozvoljena jedna ispovedna zabeleška, a naime da smo još na početku akademske karijere naslutili hermeneutičke potencijale američkog pravnog realizma. Međutim, bilo je potrebno zatvoriti jedan epistemološki krug na čijem je početku bilo prvo potrebno pozabaviti se problematikom pojma prava (ovo se danas "moderno" zove – konceptualna analiza prava). Zatim je bilo potrebno zaokružiti ideju o ekvivalenciji sociološkog i sintetičkog pristupa. Potom smo jedan takav sociološko – sintetički model (sa naglašeno antropološkim pristupom) primenili u određenju pojma prava, te u razmatranju problematike porekla prava i funkcija prava. Deo jednog ovakvog intelektualnog sazrevanja je konsultantska praksa u pojedinim advokatskim kancelarijama, kojom smo zasnovali jedan pravnohermeneutički pragmatizam. Konačno, naoružani odgovarajućim akademskim znanjem i iskustvom u pravnoj praksi, vratili smo se idejama iz mladosti i američkom pravnom realizmu koji je u našem slučaju poslužio kao neposredna i najsnažnija inspiracija za formulisanje jedne sociološke teorije tumačenja prava. Jedna takva teorija izložena je u dve knjige i oko desetak članaka kroz koje smo je testirali (sa obiljem primera iz naše sudske prakse, sopstvene konsultantske prakse i prakse Evropskog suda za ljudska prava).

U svakom slučaju, i na samom kraju ovog članka, potrebno je ukazati na ključne elemente doktrine pravnih realista koji su i njihov najvažniji doprinos teoriji tumačenja prava, na one elemente elaborirane i u radovima koje smo posvetili ovoj problematici. Zapravo, o tome je bilo reči u prethodnom odeljku gde su istaknuta četiri hermeneutička stuba njihove koncepcije tumačenja prava. Najvažniji

[41] Ibid., 7, 23, 89, itd.

[42] *Ibid*., 89.

[43] *Ibid*., 152-153.

zaključak koji iz toga sledi jeste da doprinos američkog pravnog realizma nije tek u tome što su oni, naoružani svojom ogromnom i zavidnom pravnom praksom i iskustvom, ubedljivo ukazali na značaj male premise (premise činjeničnog stanja) za razumevanje prirode jurističkog rasuđivanja, tj., za razumevanje postupka tumačenja i primene prava. Oni su, naime, jednim dubljim uvidom u sudsku praksu ukazali i na strukturu male premise, koju ne možemo posmatrati samo kroz puko utvrđivanje činjenica, već i kroz njihovo objašnjenje. Upravo u tom grmu leži zec. Objašnjenje činjenica podrazumeva jednu mikrosociološku analizu kojoj sudija pribegava a da toga najčešče nije ni svestan (kontekstualna analiza zasnovana na složenom determinističkom modelu), kada se rad na činjenicama slučaja konačno ispostavlja kao sklapanje jednog socijalnog mozaika gde treba činjenice postaviti u međusoban odnos (uži ili širi socijalni kontekst), te odrediti njihov relativni deterministički značaj. Tek nakon toga ide pravna kvalifikacija koja takođe nije logička već više sociološka operacija kada se, nakon utvrđivanja relativnog determinističkog značaja pojedinih činjenica, i polazeći od toga, određuje njihova težina i značaj u jurističkom smislu (pravna relevantnost činjenica).

Upravo inspirisani idejama američkih pravnih realista, koji su vođeni jednim neosvešćenim sociologizmom ipak relativno jasno i odlučno ukazali na potrebu dublje analize strukture male premise, formulisali smo jednu sociološku (ujedno pragmatičku i sintetičku) teoriju tumačenja prava. Izvodeći konsekvence ovog pristupa ukazali smo i na sve moguće "sociološke" elemente postupka tumačenja prava onako kako se ono stvarno odvija u sudnici i u glavi sudije koji odgovorno pristupa svom poslu. Ovde ćemo ih pobrojati s obzirom na njihov prirodni odnos: (1) tumačenje prava se ispoljava kao vaganje interesa polazeći od vaganja činjenica; (2) u tom postupku pretežni značaj ima vaganje činjenica; (3) vaganje činjenica podrazumeva ne samo njihovo utvrđivanje i odabir već, najznačajnije, njihovo objašnjenje koje se odvija po "logici" jedne sociološke analize; (4) objašnjenjem činjenica sklapa se jedan fini mikrosocijalni mozaik slučaja tumačenja, a time se zapravo uspostavlja jedan empirijski kriterijum tumačenja prava koji u isto vreme opravdava i traži sudijsku kreativnost, ali predstavlja i ključni faktor koji će sprečiti sudijsku arbitrernost; (5) pribegavanje pravnoj kvalifikaciji gde se prema izloženom pokazuje da pravna kvalifikacija nije pretežno logička operacija (odnosno gde njen logički aspekt nije bitan za objašnjenje suštine jurističkog rasuđivanja), već empirijska (sociološka) operacija, kada stav o relativnom determinističkom značaju i odnosu između činjenica slučaja artikulišemo

kroz pravnotehnički pojam - pravno relevantne činjenice; (6) pretežno induktivni karakter postupka tumačenja prava gde dedukcija (silogizam) sledi tek na kraju ovog postupka, ali nebitno za suštinu postupka tumačenja, već značajno u formalnom smislu, pre svega za "uklapanje" sudske odluke u pravni poredak.[44]

Osnovne posledice jedne ovakve, sociološke teorije tumačenja prava su: (1) tumačenje prava nije otkrivanje već formiranje (pripisivanje) značenja pravne norme;[45] (2) uspostavljanje jednog finog balansa između vaganja interesa i vaganja činjenica (zakona i slučaja) na način njihovog dijalektičkog a ne mehaničkog povezivanja kako na kraju ispada u subjektivnim i objektivnim teorijama tumačenja prava;[46] (3) iz svega ovoga sledi i jedna kompleksna, dijalektička i sa stanovišta sudijskog odlučivanja realna definicija gde se kaže da je tumačenje prava vrednovanje na osnovu konteksta, odnosno ispunjavanje sadržinom trebanja iz zakonske norme polazeći od objašnjenja činjenica slučaja tumačenja koje se sagledavaju u užem ili širem socijalnom kontekstu.[47]

Na samom kraju postaje jasnije šta je bio cilj uspostavljene triparticije: američki pravni realizam - realno pravo - pravedno pravo. Naime, a posmatrano u pravnohermeneutičkom kontekstu, američki pravni realisti su bili zaokupirani realnim pravom (pravom u akciji), koje je sinonim za pravo koje se stvarno primenjuje i koje nastaje u sudnici, pri čemu je to i ispravno pravo (pravedno pravo), ali samo onda kada iza njega stoji sudijsko rezonovanje utemeljeno na dubljem sagledavanju činjenica, a to znači upodobljeno "logici" jedne sociološke analize.

[44] S. Bovan, 124-131.

[45] U modernoj, naročito anglosaksonskoj literaturi, koristi se sintagma "pripisivanje značenja" (*attribution of meaning)* za objašnjenje prirode tumačenja prava, što je termin kojim treba da se izrazi kreativnost u sudijskom odlučivanju (tako kod: Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford-Portland 2005, 10, itd. Međutim, smatramo da se ovde radi o nepotrebnom hermeneutičkom eufemizmu, odnosno da je "formiranje značenja" pogodniji termin u tom smislu jer ukazuje u isto vreme na veliku slobodu kojom sudija nužno raspolaže, ali i veliku odgovornost koju on tada ima.

[46] Upravo zbog toga što se postupak tumačenja prava ne posmatra na izložen način, kao model sociološke analize, i sa odgovarajućom terminologijom, ni K. Engiš (teorija lutajućeg pogleda), niti A. Kaufman (teorija izjednačavanja), niti V. Fikenčer (teorija slučaj-norma), ne uspevaju da zahvate na pravi način to fimo prožimanje i preplitanje velike i male premise u jurističkom rasuđivanju. Pominjemo ovu trojicu autora jer su dali najveći doprinos na tom planu i jer su čitave karijere bili okupirani ovim pitanjem. Videti: Karl Engisch. *Einführung in das juristische Denken*, Sttutgart 1956, 96. Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, Heildeberg 1982, 18-43. Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Band IV, Tübingen 1976, 129-130, 202.

[47] S. Bovan, 131. O odnosu teksta i konteksta u jurističkom rezonovanju, na način sličan onome koji se ovde izlaže, a sa mnogo više osećaja za tu delikatnu ravnotežu nego kod stručnjaka iz oblasti teorije prava, kod: Marselo Dascal, *Interpretation and Understanding*, Amsterdam-Philadelphia 2003, 322-361.

Prema tome, program pravednog prava ovako shvaćenog može postati manifest reafirmacije i pronošenja ideja američkog pravnog realizma s obzirom na njihov značaj za teoriju tumačenja prava, ali i manifest promovisanja sociološke teorije tumačenja prava kakva je ovde izložena, na način i terminologijom koja neće izazvati otpor i predrasude etabliranih gledišta u ovoj oblasti (s obzirom da je zagovaranje sociološkog pristupa u pravnoj hermeneutici i dalje jedna jeretička zamisao).

SAŠA B. BOVAN, LL.D.,
Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

AMERICAN LEGAL REALISM AS A MOVEMENT OF JUST LAW

Summary

This article is elaborating the doctrine of interpretation of law among American legal realists, by establishing a threefold structure: American Legal Realism – real law – just law, with intention to achieve following scopes: (1) revaluating the doctrine of interpretation among American legal realists, especially considering its synthetic potentials in the overcoming the disputes between subjective and objective theory of interpretation of law; (2) reinterpreting the ideas of this opinion school, with intention to point out how their legal and hermeneutical pragmatism represents an example of developed sociological analysis in the explanation of procedure in the interpretation of law; (3) an attempt to utilize the construct of righteous law with its American legal realism in the background, with intention to enable the establishing the sociological perspective in the consideration of the issue of legal thinking.

VLADO KAMBOVSKI

VLADAVINA PRAVA I KULTURA PRIRODNOG PRAVA

U V O D

Tranzicija, globalizacija, regionalizacija, naučno-tehnolška revolucija, prodor digitalne paradigme mišljenja i delovanja, geostrateška pomeranja, mobilnost ljudi i velike seobe naroda, ekonomske i političke krize, međunarodni terorizam kao gotovo najveća pretnja miru, kriminal i korupcija sistemske prirode- u takvoj opštoj i uzavreloj magmi ključa danas i pravo koje je tradicionalno posmatrano kao najveći izum čovečanstva u racionalnom uređivanju društvenih odnosa, održavanju mira i stabilnosti društva i rešavanju društvenih konflikata. Konsekvencije takve idealističke i racionalističke slike prava su, nasuprot turbulentnog društvenog fona na kome ono stvaruje svoje funkcije i ciljeve, postulati demokratije, vladavine prava i poštovanja univerzalnih ljudskih sloboda i prava u trijadi na kojoj mora da se naslanja vladajući model nacionalne države i prava u Novom milenijumu.

Predmet ove rasprave ja razmatranje sadržaja i domašaja koncepta vladavine prava u svetlu dinamičnih društvenih promena izazvanih procesom globalizacije, digitalizacije i naučno-tehnološkog razvoja. Prodor novih društvenih paradigmi i tehnologije digitalnog doba ostvaruje se na nedovoljno osmišljen način, koji u analizi da li i u kojoj meri doprinosi zaštiti ljudskih sloboda i prava i drugih vrijednosti daje nejasne odgovore. Konačno, pluralizam i demokratizacija savremenog društva postavlja pitanje o tome ko postavlja pravila, kako se rješavaju druš-

Akademik Vlado Kambovski, Makedonska akademija nauka i umetnosti.

tveni konflikti i ko i kako ostvaruje regulatornu i supervizorsku funkciju države i prava.

Uslov za njihovu produbljenu naučnu analizu ovih problema je postizanje saglasnosti da je pojam vladavine prava različit i širi od pojma pravne države i da obuhvata, između ostalog legitimnost (ispravnost) pozitivnog prava koja proizlazi iz doslednog uvažavanja vrednosti i principa prirodnog prava.

Koncept vladavine prava versus pojma pravne države

1. Princip vladavine prava je danas proklamovan kao temelj savremene države, ali njegovo pravno oblikovanje *stricto sensu* nije konzistentno izvedeno ni u jednom međunarodnom dokumentu ili nacionalnom ustavu. Nasuprot tome, razvijene su brojne pravne institucije i postupci koje se smatraju imanentnim tom principu. Iza njega stoji i duga pravna tradicija pojedinih pravnih sistema, počev od *Magna Charta Libertatum* od 1215. godine engleskog kralja *Jovana Bez Zemlje* (čl.39 o garanciji života, slobode ili svojine slobodnih ljudi, koji ne mogu da budu oduzeti arbitrernom voljom bez sudske presude i na osnovu zakona). U predvečerju savremene ere države i prava su *Rousseau* i *Montesquieu* razvili ideje o "društvenom ugovoru" i o podeli vlasti kao garancije za sprečavanje neograničene vlasti, koje su u prvim ustavnim dokumentima Nove ere (kraj XVIII veka)- *Američke deklaracije o nezavisnosti* i *Deklaracije o pravima čoveka i građanina* Francuske revolucije, proglašene za temeljne državne principe.

Posle dugog perioda evolucije filozofsko-pravnih i teoretskih osnova koncepta savremene države iskristalisana su dva pojma, čiji sadržaj nije identičan: pojam pravne države- "Rechtsstaat", čiji je tvorac nemački filozof *von Mohl,* kasnije prihvaćen u francuskoj teoriji u prvoj polovini XX veka od profesora javnog prava *de Marlberga* kao "Etat de droit", i pojam vladavine prava "Rule of Law", razvijen u istom periodu od engleskog pravnika i teoretičara ustavnog prava *Alberta Diceya* u njegovoj studije "Introduction to the Study of the Law of the Constitution"(1885) (v. *Kambovski*, (2010),82, *Grote,* (1999), 104, *Hasebe*, (1999), 135). *Dicey* definiše vladavinu prava kao ograničavanje teoretski neograničene vlasti države nad pojedincem pomoću imperativnih zabrana: pojedinac može da bude kažnjen samo za povredu zakona koji je određen i sadrži predvidive posledice, i ne može da bude kažnjavan retroaktivno; niko ne može da bude iznad zakona i sve klase treba da su jednake pred zakonom; izvor vladavine prava nije pisani ustav, već "common law".

Nasuprot koncepta vladavine prava, pojam pravne države (*Rechtsstaat*) se odnosi više na prirodu države i povezan je sa ustavnom organizacijom vlasti. U tom smislu *Robert von Mohl* (1831) godine definiše pravnu državu kao antipod apsolutističke države sa neograničenim ovlaštenjima izvršne vlasti, u kojoj zakonodavac mora da postavi čvrste granice u odnosu na moć izvršne vlasti. Francu-

ski koncept pravne države (Etat de droit) izvire iz *Deklaracije o pravima čoveka i građanina* od 1789 godine: *Raymond Carré de Malberg*, koji je osnovopoložnik ovog koncepta (početak XX veka), ističe prioritet respekta ljudskih sloboda i prava kome treba da bude podređena uloga države.

2. I pored razlika u političkoj i pravnoj tradiciji između kontinentalnog prava kao zakonskog i anglo-saksonskog prava kao precedentnog prava, u ovim konceptima mogu da se pronađu pojedini elementi za razlikovanje principa vladavine prava od njegovog formalističkog određenja kao principa zakonske zasnovanosti državnih ovlašćenja ("rule by law"). Njihova zajednička osnova je ideja o ograničavanju moći političkih institucija pravom i o njihovoj podređenosti i u stvaranju prava nekom "višem zakonu".

Danas u pravnoj misli preteže upotreba pojma "vladavine prava", koji je bliži ideji da ne samo politička vlast mora da bude podređena pravu, već i pozitivno (zakonsko) pravo mora da bude subordinirano višim postulatima pravde i poštovanju vodećih vrednosti ispravnog prava (pravo kakvo treba da bude). Pored toga, svođenje polazne ideje ove koncepcije na vladavinu pozitivnog prava (zakona) reducira pojam pravne države na nivou hermetičke konstrukcije, u kojoj se ono što treba da predstavlja *raison d'etre* pojavljuje kao njen krajnji domašaj: državna vlast je podređena zakonima koje donosi na osnovu neograničenih i arbitrarnih ovlašćenja. U takvom pozitivističkom smislu savršeni modeli "pravne" države su predstavljale, na primer, Hitlerova Nemačka, Staljinov Sovjetski Savez, Pinočev Čile itd.: sve je u tim državama bilo uređeno zakonima, čak i legalizacija masovnih zločina protiv ljudskih prava (koncentracioni logori, gulazi itd.).

U kontinentalnoj pravnoj misli upotreba pojma "vladavine prava" postaje sve šira pod uticajem uzajamnog približavanja oba sistema- kontinentalnog i anglo-saksonskog, tako što drugi postaje sve više zakonski uređen i udaljava se od precedentnog prava, a prvi preuzima, posebno u sistemu kaznene pravde, niz instituta anglo-saksonskog prava (adverzivni kazneni postupak, tužilačka istraga, *plea bargain*, itd.). Takvom približavanju je nesumnjivo doprineo i uticaj međunardnog prava, a posebno Međunarodnog kaznenog prava već u ranoj fazi njegovog prerastanja u sistem supranacionalnih (*ius cogens*) normi. Isto tako, na području filozofije prava i jurisprudencije veoma je snažan upliv zapadne, pre svega američke i engleske pravne misli, u kojoj su veoma uticajni različiti pravci škole prirodnog prava (v. *Kambovski*, (2010), 152).

Koncept vladavine prava polazi od razdvajanja pojma prava i zakona saglasno vrednosnim kriterijuma za utvrđivanje ispravnosti (pravednosti) zakona. Od takvog razlikovanja polazi, na primer, nemački Ustav (Osnovni zakon) od 1949. godine, koji (u čl. 20) u definiciji države određuje izričito (u st.3) da je zakonodavac vezan za ustavni poredak, dok su izvršna vlast i sudstvo vezani za zakon i pravo (*Gesetz und Recht*). U praksi primene ove odredbe vezanost suda za pravo po-

drazumeva doslednu primenu međunarodnih konvencija i univerzalnih normi i standarda o ljudskim slobodama i pravima.

Princip vladavine prava u međunarodnom i nacionalnom pravu

1. *Evropska konvencija o ljudskim pravima* od 1950. godine (EKLP Preambula) i drugi međunarodni instrumenti koji sadrže norme i standarde o ljudskim pravima pozivaju se na vladavinu prava kao nezamenljivog uslova za ostvarivanje postulata demokratije i osnovnih ljudskih prava u savremenom društvu. Rezolucija 1594(2007) Parlamentarne Skupštine Saveta Evrope o "Principu vladavine prava" sadrži definiciju ovog principa, podvlačenjem suštinske razlike između njega i pojmova "Rechtsstaat", "Estado de Direito", "Etat de droit", "Prééminence du droit" ili "Verhovenstvo zakona". Ta specifika je isticanje uske povezanosti koncepta prava sa principima demokratije u konstituisanju vlasti i u ostvarivanju njenih funkcija, kao i u odnosu na prirodu zakona koje ona donosi i kojima uređuje odnos između pojedinca i vlasti polazeći od njegovih prirodnih i neotuđivih sloboda i prava.

Izvorno shvatanje principa vladavine prava naglašava značaj međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, posebno onih koji eksplicitno ili implicitno predviđaju pravo na demokratsku pravnu državu kao osnovno ljudsko pravo. To je, pre svega, *Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima UN* od 1948 godine, u kojoj se (u čl. 28) izričito predviđa da "svako ima pravo na društveni i međunarodni poredak u kojem prava i slobode objavljene u ovoj Deklaraciji mogu biti potpuno ostvareni". Polazeći od prirodno-pravne prirode proklamovanih sloboda i prava, društveni poredak, koji podrazumeva politički, ekonomski i pravni sistem, mora da polazi od ideje njihove supreriornosti u odnosu na bilo koje druge društvene ciljeve. *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima UN od 1966. godine* u pojedinim odredbama dosledno sprovodi tu ideju, koja je na opšti način sadržana u njegovoj Preambuli: "priznajući da u saglasnosti sa Univerzalnom deklaracijom o pravima čoveka ideal o slobodnom ljudskom biću, oslobođenog od straha i bede, može da bude postignut samo ako su stvoreni uslovi koji svakome omogućavaju da uživa svoja ekonomska, socijalna i kulturna prava, isto kao svoja građanska i politička prava".

Na najkompleksniji i najpotpuniji način princip vladavine prava je ugrađen u sistemu *Evropske konvencije o ljudskim pravima,* u organskom spoju sa principima prava i demokratije (*Grir,* (2009), 203). Te vrednosti prožimaju sve odredbe Konvencije i njenih dopunskih protokola, uključivši njene garancije koje se odnose na zaštitu ljudskih prava u sistemu kaznenog prava i pravde (pravo na život, zaštita od mučenja, pravični postupak i druga osnovna prava). I sama po sebi kao dokumenat od konstitucionalnog značaja, Konvencija vrši snažan uticaj na sve savremene evropske ustave, pravne sisteme i sisteme kaznene pravde, predstavljaju-

ći, zajedno sa drugim konvencijama, pravi evropski kodeks o ljudskim pravima i o njihovoj kazneno-pravnoj zaštiti.

2. Sadržaj principa vladavine prava je određen postulatom poštovanja i zaštite osnovnih ljudskih prava. U tom smislu, *Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima UN* ističe postulate nezavisnosti sudstva i drugih institucija za njihovu zaštitu, ograničene kompetencije vlade i sobodnih i fer izbora, kao i legitimnosti zakona, odgovornosti pred zakonom, pravnu sigurnost, proceduralnu transparentnost, sprečavanje arbitrernosti i podelu vlasti. *Statut Saveta Evrope* predviđa obavezu svih država članica da moraju da budu posvećene duhovnim i moralnim vrednostima koja su opšte nasleđe njihovih naroda i izvor individualne slobode, političkih sloboda i vladavine prava, principe koji su osnova stvarne demokratije. Na veoma sažet način je princip vladavine prava određen dokumentima OSCE, posebno u njegovim *Commitments relating to the rule of law* od 2009 godine na *Kopenhagenski dokumenat o političkim kriterijumima EU* od 1993 godine: "vladavina prava ne podrazumeva samo formalnu legalnost koja osigurava regularnost i konzistentnost u postavljanju i ostvarivanju demokratskog poredka, već pravdu zasnovanu na priznavanju i prihvatanju najviše vrednosti ljudske ličnosti, garantvane od strane institucija koje omogučavaju njeno potpuno otelotvorenje"; "Demokratija je inherentni elemenat vladavine prava". Princip vladavine prava je izričito istaknut kao osnova EU u preambulama *Reformskog Lisabonskog ugovora* i *Povelje o osnovnim pravima EU*. U nacionalnim pravnim sistemima ovaj princip je predviđen gotovo u svim savremenim evropskim ustavima (v.*Venice Commission*, 5).

Prazninu izazvanu nepostojanjem jedinstvene i opšteprihvaćene pozitivno-pravne definicije ovog principa popunjavaju definicije brojnih autora, od kojih je često citiran *Tom Bingham*: vladavima prava podrazumeva da "svi pojedinci i vlasti u državi, javne ili privatne, su obvezani i imaju pravo da koriste povoljnosti zakona koji su javno usvojeni, ulaze u pravnu snagu u budućnosti i javno su primenjeni od strane sudova"(*Bigham,* (2011), 50). Sadržaj ovog principa prema njemu određuju sledeći elementi: dostupnost prava, koja predpostavlja razumljivost, jasnoću i predvidivost posledica primene, ostvarivanje pjedinačnih prava podređeno zakonu, a ne diskrecionim ovlašćenjima, jednakost pred zakonom, zakonito, fer i razumno vršenje vlasti, zaštitu ljudskih prava, brzo rešavanje sporova bez velikih troškova, pravično suđenje i ispunjavanje od strane države njenih obaveza saglasno međunarodnom i nacionalnom pravu. Posebno je važno isticanje pored formalnih (zakon, sudski postupci itd.), i materijalnih elemenata: legalitet koji uključuje i transparentan i demokratski proces usvajanja zakona, pravnu sigurnost, sprečavanje arbitrernosti u primeni zakona, pristup pravdi pred nezavisnim sudom, uključivši sudsku kontrolu nad administrativnim aktima, poštovanje ljudskih prava, nedeskriminaciju i jednakost pred zakonom. Pri tome, vladavina prava obuhvata i područje međunarodnog prava, u kojem princip legaliteta

je kosumiran pravilom *pacta sunt servanda*. U domašaja ovog principa ulaze i nužna diskreciona ovlašćenja vezana za slobodu ocenjivanja dokaza ili tumačenja zakona od strane državne administracije ili sudova. Od zahteva za ograničavanje diskrecionih ovlašćenja nije izuzet ni parlament u donošnju zakona: on ne sme da povredi ustavne norme koje sadrže *prima facie* prava ili relativno derogabilna prava usvajanjem zakona koji izlaze van dozvoljenih ograničavanja prava kada je to nužno u "interesu demokratskog društva" (EKLP i praksa ESLP), ili donošenjem neodređenih zakona.

Kompleksnost principa vladavine prava nužno upotpunjuje zaštitni mehanizam, u čijem središtu je nezavisan i nepristrasan sud. Njegova uloga kao glavni protagonista pravde i zaštite ljudskih prava i pravnih interesa ima esencijalni značaj za državu zasnovanu na vladavinu prava (*Venice Cmmission*, 12). Ona postaje sve jača u meri u kojoj država gubi apsolutni suverenitet u stvaranju prava, odstupajući prostor transnacionalnim i međunarodnim normama i autoregulatornim ili hibridnim (državno-privatnim) pravilima u pojedinim slobodnim sferama društva.

3. Evolucija koncepta vladavine prava od metafizičkog pojma koji sublimira apsolutne ideje i vrednosti prava do današnjeg stepena njegovog određivanja kao pozitivno-pravnog principa međunardnog i nacionalnog prava je usmerena ka isticanju suverenog položaja pojedinca i njegovih prava u odnosu na političku moć saglasno višem, "nadzakonskom pravu". U ovoj drfniciji pojam "nadzakonskog prava" je sinonim za prirodno pravo. Važno je da se primeti da je pojam prirodnog prava od njegove pojave za vreme *Renesanse* (škola "prirodnog prava" *Grotiusa*) do danas doživeo duboke promene (v.*Friedrich*, (1955) 7). Isto tako, nasuprot antičkih pogleda na pravo kao emanacije univerzalnog kosmičkog logosa (filozofi-"fizičari") i srednjevekovnih objašnjenja prava kao "jus divinum", posle intelektualne i moralne revolucije izvedene od vremena *Renesanse* do buržoaskih revolucija (američke i fransuske) sa kraja XVIII veka, danas je koncept vladavine prava dobio puni ljudski sadržaj koji obuhvata prirodne i urođene slobode i prava pojedinca. Taj savremeni "pakt" o vladavini prava je proglašen *Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima UN* koja, kao temelj savremenog društva, polazi od zahteva za zasnovanost prava na opšteprihvaćenim civilizacijskim moralnim vrednostima i normama o ljudskim pravima kao vrednosti *per se*, neuporedive sa drugim vrednostima.

Ne samo da princip vladavine prava, shvaćenog kao "vrhovenstvo" ispravnog zakona, vezuje zakonodavca, već taj princip vlada nad celim područjem prava, koje obuhvata i primenu zakonskih normi i donošenje pravednih sudskih presuda. I postulat nezavisnosti i nepristrasnosti suda je podređen "višem zakonu" ispravnog (pravednog) prava. Upravo nezavisan i nepristrasan sud postaje danas glavni promotor ideje vladavine prava, što nalaže jačanje njegovog položaja u odnosu ne samo na izvršnu, već i u odnosu na zakonodavnu vlast.

U svetlu liberatorne koncepcije države i prava, sadržaj ovog principa određuju četiri postulata:

– Podčinjenost vlade, državnih funkcionera i nosilaca drugih javnih funkcija, privatnih kompanija i građana zakonu i njihova odgovornost pred zakonom;

– Zahtev legitimnosti zakona, koji treba da budu jasni, objavljeni i svakome dostupni, stabilni i sa predvidim konsekvencijama, a njihova primena neselektivna i uz poštovanje svih garancija za jednaku zaštitu ljudskih sloboda i prava, pravne sigurnosti i bezbednost ljudi i imovine;

– Pristupačan, pravičan i efektivni postupak primene zakona;

– Zahtev za brzu i dostupnu pravdu i sudsku zaštitu koju primenjuju kompetentni, etički integralni i nezavisni pojedinci i institucije, dobro organizovane i sa odgovarajućim kapacitetima i resursima.

Osnovni postulati ovog principa se ispoljavaju kroz više segmenata funkcionisanja političkog i pravnog sistema države, fokusiranih na pojedine indikatore pogodne za kvalitativnu analizu i formulisanje pojedinačnih i opštih zaključaka. Postoje različiti pristupi u izboru sistema indikatora i mogućih povezivanja njihovog praćenja i analize. *World Justice Project,* kao jedan od široko razvijenih međunarodnih projekata analize ostvarivanja ovog principa u 113 država priprema godišnje indekse (*Rule of Law Index*), prateći 44 indikatora u okviru 8 faktora koji utiću na vladavinu prava, na osnovu kojih se prikupljaju podaci radi kvantitativne ocene i stvaranja kompleksne pretstave o stepenu prihvatanja ovog principa u konkretnoj državi (v. *World Justice Project: Rule of Law Index 2015*, online ed.).

Društvene promene, univerzalizacija i budućnost prava

1. Pod uticajem jusnaturalizma pod kojim je stvorena i prva umna zajednica metafizike prava i pozitivnog prava proglašenjem *Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima* i kasnijim dokumentima o ljudskim pravima, savremena učenja o pravu su otvorila novi pristup posmatranju budućnosti prava i krucijalnog pitanja- da li će ono, i u kojoj meri, imati značaj jednog od najefektivnijih sredstava društva u suočavanju sa izazovima njegovog humanog i održivog razvoja. Danas je veoma teško da se prognozira budućnost prava, koja je zavisna od budućnosti savremenog društva. Nesporno je, međutim, da na današnjem nivou globalizacije savremenog društva više nije održiva *Vestfalska* koncepcija o ekskluzinoj nadležnosti države da propisuje pravne norme koje će se primenjivati na njenoj teritoriji. Supremacija međunarodnih normi u sve šira pravna područja postaje činjenica koja skreće pažnju i ka brojnim drugim konsekvencijama ubrzanog napuštanja nacionalnog okvira: pluralitet izvora prava, legitimnost normi koje se usvajaju na međunarodnom ravništu, kao i sve izraženije dvojstvo državnih zakona i autoregulatornih pravila koje propisuju samostalne međunarodne i nacionalne agencije i u odnosu na koje uloga države je svedena na supervizorsku funkciju. Razvoj

digitalnih tehnologija i drugih naučno-tehnoloških dostignuća, koje u globalizovanom poredku pretvaraju fizičke državne granice u pravi anahronizam, takođe utiće na koncept prava i njegovog doprinosa u unapređivanju koncepta ljudskih sloboda i prava.

Budućnost prava postaje danas jedna od glavnih tema filozofsko-pravog i teoretskog diskursa, u kojem je sve prisutnije pitanje globalizacije i stvaranja globalnog pravnog sistema. (*Tvining, v. Muller et al.* (2012), 28). Unutrašnja napetost između univerzalizacije prava, uslovljene procesom globalizacije, i tradicionalnog državnog (nacionalnog) koncepta, podiže značaj vladavine prava upravo kao odgovor na proces disperzije njegovih izvora i centara moći koje stvaraju pravna pravila. Na to utiću i unutrašnje promene državnih funkcija, posebno zadržavanje osnovne regulatorne, uz istovremeno jačajanje nadzorne funkcije kao posledice delovanja autoregulatornih institucija koje stvaraju ne-državno pravo (*Scott,* v. *Muller i dr*. (2012) 64). U uslovima "regulatornog kapitalizma" i pojave sve brojnijih pravnih pravila etabliranih od nezavisnih državnih agencija i međunarodnih tela, nužno se pojavljuje potreba za preosmišljavanje ovog koncepta zbog disperzije moći i regulatornih i kontrolnih mehanizama, koja daleko prevazilazi strogi princip podele vlasti u nacionalnim okvirima. Problematizuje se i pristup ideji pravde kao vodeće ideja prava sa aspekta njene supranacionalne dimenzije. Ona se ističe kao ključna komponenta savremenog razvoja: u svojim izveštajima, *Svetska banka* naglašava da pravda mora da ima prioritet kao jedan od osnova razvoja - pored sigurnosti i zapošljavanja, koji pomaže zemljama da izađu iz zaostalosti, konflikata i nasilja. Podjednaki značaj se pridaje razvijanju sistema i efikasne strategije za sprečavanje korupcije, organizovanog kriminala i zloupotrebe vlasti kao najozbiljnijih pretnji za demokratsku pravnu državu i za kvalitet ljudskog života.

2. Saznanje da je budućnost prava već nastupila, manifestujući snažnu težnju za napuštanje apsolutnih ideja i načela modernizma koji vekovima predstavljaju osnove pravne ideologije, postavlja savremenu pravnu misao pred zahtevom za redefinisanje njegovih funkcija i ciljeva u svetlu tendencija usmerenosti pozitivnog prava više ka postizanju konkretnih efekata u socijalnim odnosima nego na same postupke primene. To je razlog zašto su pravne norme sve više pragmatične i prilagodljive konkretnim pravnim situacijama i sve više predstavljaju sredstva za kontrolu nad institucijama koje ih primenjuju, nego proklamacije opštih principa ili rigidne imperativne norme.

Zbog svoje instrumentalne prirode, uslovljene jačanjem pragmatističkog koncepta, pravo je usko povezano sa karakterom države i vlasti, tako da sličnosti pojedinih pravnih sistema mogu da budu utvrđene samo na empirijskom ravništu. Svi pravni sistemi sadrže i određene transkulturne elemente, ali ispoljavaju i brojne specifičnosti koje su determinisane karakterom političkog sistema i vlasti. Razlika u opšem konceptu prava iz vremena modernog i savremenog perioda nastupa napuštanjem strogo centralizovanog sistema vladavine (čija glavna para-

digma je *Luj XIV*- "l'etat c'est moi") i prelaskom savremene države na kolosek političkog pluralizma, podele vlasti i disperzije centara moći i upravljanja. Promene karaktera države koja sve više postaje "socijalna država" ili "država blagostanja", vode ka dubokim promenama u pravnim sistemima i njihovoj strukturi: ona postaje složena i ne svodi se na imperativne i prohibitivne norme, direktno primjenljivih od državnih organa i kontrolisanih od centralne vlasti, već se u njoj sve više probijaju usmeravajuće i instruktivne norme (uređivanje državnih subvencija, socijalne pomoći itd.).

Pojava sve uticajnijih autoregulatornih pravila (u staroj jugoslovenskoj koncepciji' "samoupravno pravo"), slabljenje normativne moći zakona zbog potrebe da pravne norme sadrže ne direktno primenljivih rješenja, već više opštih uputstava za primenu i rešavanje slučajeva od strane sudova i drugih institucija, potenciraju zahtev za jačanje principa vladavine prava, istovremeno problematizujući njegov značaj. Taj zahtev izražava potrebu za upostavljanje nove osnove za jedinstvo prava ne samo kod njegovog stvaranja, već još više kod njegove primene od strane različitih i disperziranih institucija koje moraju da budu podređene istim vrednosnim principima vladavine prava i "dobrog upravljanja" ("good governance").

Proširivanje kruga izvora prava- međunarodno, regionalno (EU) i nacionalno, državno i autoregulatorno, kao i mehanizama i institucija nadležnih za njegovu primenu, stvara pravu konfuziju u pravnoj misli oko određivanja pojma "prava". I definicija prava postaje fluidna i zavisna od različitih percepcija o tome šta je ili treba da bude uloga prava i koji su njegovi ciljevi. Raznolikost funkcija- u kaznenom pravu, privatnom pravu itd.), kao i vrste pravnih normi (međunarodnih, regionalnih, nacionalnih, subnacionalnih, autoregulatornih itd.), čine da pojam prava postaje više elemenat akademskog kategorijalnog sistema, nego iz društvene prakse sublimiranog sintetičkog pojma.

Globalizacija i globalna vladavina prava

1. Najuticajniji faktor promena savremene pravne paradigme je proces globalizacije, koji se manifestuje kroz stvaranje nove konstelacije međunarodnih odnosa i novih međunarodno-pravnih pravila, često puta u koliziji sa pravnim pluralitetom multi-polarnog sveta. Kao univerzalni sistem normi one nastaju pod najvećim uticajem zapadne ekonomske, kulturne, političke i pravne tradicija, koja se sudara sa tradicijama nastalim na drugim filozofskim i kulturnim osnovama, kao što je konfučijanizam i "azijski put" koji preferira harmoniju između suprotstavljenih stavova i interesa, više nego stvaranje apsorbirajućeg identiteta.

Stvaranje globalnog ekonomskog i, delom, političkog poredka je nužno povezano sa globalnim upravljanjem koje teži uspostavljanju sistema uniformnih pravila preko kojih međunarodna zajednica usmerava akivnosti međunarodnih i

nacionalnih institucija ka određenom cilju, koristeći razgranatu mrežu organizacija za nametanje svog autoriteta (v. *Rozenau, Held/Mekgru* (2010), 80). Veliki deo tih aktivnosti ne može da bude ukalapljen u striktne norme međunarodnig prava ili u rigidnoj kompetenciji međunarodnih sudskih i drugih pravnih institucija, tako da njihova institucionalizacija se ostvaruje pomoću više ili manje neformalnih mehanizama pregovaranja, kompromisa, međunarodnog posredovanja i mirnog rešavanje konflikata. Razvoj takvih oblika harmonizacije različitih, pa i suprotstavljenih partikularnih interesa, se ostvaruje putem međunarodnog prava koje se proširuje u sve brojnije oblasti (od klimatskih promena do sprečavanja kriminala), sa niskim stepenom demokratskog učešća u donošenju supranacionalnih normi u poređenju sa nacionalnim pravnim sistemima. Taj demokratski deficit međunarodnih normi ostavlja široke mogućnosti njihovog usvajanja pod diktatom politički i ekonomski moćnih i uticajnih država. Ako je "Ahilova peta" u svakom pravnom sistemu njegova podložnost zloupotrebama od strane struktura koje manipulišu s njim, onda ona na nivou međunarodnog pravnog poretka postaje snažni izvor teško zaustavljivog prodora u nacionalne pravne sisteme. Na taj način, pomoću normi međunarodnog prava, omogućuje se elitama koje imaju dominantne pozicije u najjačim državama da svoju političku ili ekonomsku moć proširе i na globalnom nivou. Takva mogućnost za instrumentalizaciju međunarodnog prava potvrdjuje saznanje da u oblasti ekonomskih odnosa, poslovanja, međunarodnih finansija, trgovine i investicija, ono više olakšava i podstiće nego što reguliše globalni kapitalizam, ostavljajući po strani ekonomska, socijalna i kulturna prava.

Globalizacija je proces koji prodire u svim oblastima društvenog života - od ekonomije do obrazovanja i kulture, dolazeći u kontakt sa više oblasti prava - kazneno pravo (transnacionalni kriminal i međunarodne integracije), međunarodno trgovinsko pravo, zaštita intelektualne svojine itd. Na drugoj strani, sam koncept globalizacije je u velikoj mjeri fluidan, u tom smislu što ne može do kraja da se predvide sve njegove posledice, da bi se odgovorilo na ključna pitanja razvoja prava: da li i u kojoj meri su neophodna supranacionalna pravila, koja suspendiraju nacionalne pravne norme, da li i na koji način se na globalnom nivou izvode i ljudske slobode i prava i njihova jednakost i zaštita, i, konačno, da li i u kojim sporovima treba da se primenjuju supranacionalna, nacionalna, državna ili autoregulatorna pravila. Otuda i pitanje da li princip vladavine prava treba da bude redefinisan saglasno univerzalizaciji objekata ljudskih prava, u kontekstu ekonomske globalizacije (*Kinley,* (2003), 241). Analiza odnosa između ovih kategorija mora da ima u vidu da se globalizacija odvija kao dvostrani proces, izražen na jedno strani kao "globalizovani lokalizam", a na drugoj kao "lokalizovani globalizam". Između njih postoji i kostantna interakcija (*spill-over*) u kojoj se probija proces stvaranja supranacionalnih normi i standarda pod uticajem pravnih sistema razvijenih država.

Današnji stepen univerzalizacije prava ne proizvodi rezultat koji bi mogao da se smatra konzistentnim sistemom "globalnog prava" (*Teubner*), bliskog *Kant*-ovoj koncepciji o stvaranju transcendentalnog pravnog poredka za celo čovečanstvo (*ibid*., 243). Ali ne može da se poriče da je učinjen veliki korak napred u zaštiti univerzalnih ljudskih sloboda i prava i, time, u potiskivanju monopola države da stvara zakone rukovodeći se samo neograničenom i arbitrernom voljom zakonodavca. Sa druge strane, otvoreno je pitanje da li zahtev za koncentraciju opštih i obavezujućih postulata koji treba da predstavljaju sadržaj principa vladavine prava treba da dobije imperativni karakter, nasuprot pravnog pluralizma koji je emanacija shvatanja prava kao kulturne pojave iza koje stoji pluralizam vrednosti, kultura i tradicija različitih društava.

2. Poštovanje univerzalno priznatih ljudskih sloboda i prava kao esencija principa vladavine prava suočava se sa problemom njihovog različitog statusa i podele na: građanska, politička, ekonomska, socijalna, kulturna i druga prava. Štaviše, nisu sva prava apsolutna i nederogabilna, tako da status pojedinih od njih kao relativna i derogibilna dozvoljava državna ograničenja koja su opravdana interesima demokratskog društva. Sa druge strane, građanska i politička prava kao "prva generacija" prava imaju univerzalni značaj, za razliku od ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava kao "druga generacija". Uspostavljena je i institucionalna kontrola nad poštovanjem građanskih i političkih prava na globalnom nivou (*Evropski sud za ljudska prava, Komitet UN za ljudska prava, Interamerički sud za ljudska prava*), što nije slučaj sa drugim slobodama i pravima. Na nacionalnom nivou zaštićena su i građanska i politička prava na daleko višem nivou od ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava. Takvo razlikovanje je direktna konsekvencija nepravednosti savremenog društva, zasnovanog na korporativizmu i interese kapitala i profita. Postavlja se pitanje: kako u takvim uslovima može da se ostvaruje osnovno ljudsko pravo na vladavinu prava, ako ono ne korespondira sa shvatanjem o kompleksnoj prirodi koncepta o ljudskim slobodama i pravima. Ovu unutrašnju kontradikciju ne prevazilaze ni međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, tako da *Univerzalna deklaracija* i *Paktovi o ljudskim pravima UN* (član 1) proglašava osnovno pravo na kulturnu participaciju i samoopredeljenje, prema tome i pravo na kulturne razlike, što je osnova za ograničenja i modifikacije izražene kroz zaštitu javnog morala, javnog interesa, javnog zdravstva i nacionalne bezbednosti (uobičajeno dopuštene kao "margins of appreciation", razvijene u judikaturi ESLP). Prema tome, globalizacija koncepta o ljudskim pravima dolazi u sukob sa ekonomskom globalizacijom, koju usmeravaju druge zakonitosti, diktirane od strane tržišnih interesa i trke za profitom, ponekad poništavajući efekte tog koncepta. Ideja pravde, jednakosti i drugih osnovnih vrednosti prava sudaraju se sa grubim ekonomskim zakonitostima, tako da je više nego ikad danas aktuelno pitanje da li između univerzalnog koncepta o ljudskim pravima

i ekonomske globalizacije može da dođe do približavanja, ako ne i do formiranja zajedničkih ciljeva.

U susret tom zahtevu idu zadnjih dekada pojedine aktivnosti UN, koje su duboko uključeni u implementaciji principa vladavine prava u zemljama članicama, povezujući ga sa ciljevima razvoja globalnog društva. U to smislu, izveštaji *Generalnog sekretara UN*, koji imaju karakter političkih proklamacija (tako još Izveštaj 2004- N / 2004/616, par. 6), ističe da vladavina prava zahteva da pravni procesi, institucije i norme budu u skladu sa ljudskim pravima uključujući i principe jednakosti i odgovornosti pred zakonom i jednakosti u zaštiti prava. Vladavina prava je mehanizam implementacije ljudskih prava koji ih transformiše od deklaracija u društvenu realnost. U *Milenijumskoj Strategiji UN* države su pozvane da ulože svoje napore u jačanju ovog principa i njegovog prihvatanja kao bitnog elementa nedeljivih vrednosti i principa UN. Savet za vladavinu prava UN je već uspostavio posebne izvestioce koji prate ostvarivanje ovog principa kroz nezavisnost sudova, promociju istine, zaštitu prava, pravde za migrante i demokratski i pravedan međunarodni poredak.

3. Duga tradicija pravnog pozitivizma, koji je kao kulturna baština rimskog prava ugrađen u same temelje modernog koncepta kontinentalnog prava, nije naklonjena prema novim pravnim fenomenima (samoregulacije, neformalnih institucija, ekspanzija privatnog prava), u svetlu političkog pluralizma, kosmopolitizma i disperzije institucija (nacionalne i međunarodne) koje stvaraju državno i autoregulatorno pravo. Sa druge strane, pozitivizam podrazumeva doslednu primenu zakonskih normi, što predstavlja jednu, iaku ne jedinu bitnu komponentu principa vladavine prava (norme koje se primenjuju treba da budu i ispravne). Ali u njegovom shvatanju, od *Benthama, Austina, Kelsena* do *Harta*, u svetlu imperativne koncepcije prava (*Austin*: zakon izražava volju suverena koju poštuje većina) nigde nije prisutna ideja pravde. S obzirom da je savremeno međunarodno pravo utemeljeno i razvijeno do današnjeg stepena u eri pozitivizma, neizbežno nosi tragove imperativne koncepcija, tako što u odnosu na nacionalne zakone na čije modeliranje utiće postavlja dominaciju međunarodne zajednice, zapravo najmoćnijih država koje diktiraju pravila u ime te zajednice. Iz tog saznanja proističe uverenje da mnogo bolje rezultate međunarodne konvencije i drugi izvori prava mogu da postignu ako se pozivaju na prirodno-pravno učenje i na ideje pravde i ljudskih sloboda i prava, nego na međunarodnu prisilu, računajući na podršku građana i njihovog pritiska na domaćeg zakonodavca.

4. Pravni aspekti globalizacije i uloga prava u ovom procesu su relativno nedovoljno istraženi, u poređenju sa, na primjer, ekonomskim, političkim, socijalnim i kulturnim aspektima globalizacije. Ne postoji ni jasno razdvajanje nivoa prava- globalno, regionalno, nacionalno, sub-nacionalno, kao i vertikalni i horizontalni procesi mešanja i uticaja između tih nivoa. Vertikalni procesi se sastoje od pritisaka odozgo prema dole, od međunarodnih konvencija i drugih izvora

prava prema nacionalnim sistemima, i odozdo prema gore, od pojedinih pravnih sistema prema međunarodnom pravu. Još su komplikovaniji horizontalni uticaji, koji ne ostaju samo na ravništu unifikacije i harmonizacije na komparativnom planu, već determinišu sadržaj društvenih odnosa i položaja pojedinca unutar nacionalnog pravnog sistema.

U tom smislu je posebno značajan uticaj univerzalnog koncepta o ljudskim pravima kao snažnog determinirajućeg i faktora u određivanju sadržaja, funkcija i ciljeva nacionalnog prava. Zajedno sa ekonomskom globalizacijom, on se pojavljuje i kao najjači oslonac za tvrdnju da je današnje društvo već zašlo u stanju "neomedijavelizma" i kraja nacionalnog suvereniteta (*Gilpin*, v. *Held/Mekgru*, (2010), 278). Ovaj pojam je nastao u okviru političke teorije *Hedleya Bulla* s kraja 70.tih godina prošlog veka. Prema njegovom učenju, nesporna je analogija današnjeg globalizovanog sveta i srednjevekovne Evrope, u kojoj nisu imale potpuni suverenitet niti država, niti crkva niti druga teritorijalna organizacija, već su svi ti entiteti participirali u kompleksnim u uzajamno povezanim suverenitetima; u istom smislu i danas nastaje erozija apsolutnog državnog suvereniteta (*Bull*, (1977), 254). Uzrok za slabljenje moći države je s jedne starne jačanje statusa individualnih sloboda i prava i, sa druge strane, širenje svesti i osećaja o "svetskom opštem dobru". Proces u kome se stvara sve gušća mreža međunarodnih, regionalnih, nacionalnih i lokalnih organizacija, koje su u stalnoj interakciji i utiću na povezivanje pojedinaca u univerzalnom društvu u isto vreme potiskuje ideju nacionalnog suvereniteta ali i koncentraciju moći u nekakvoj svetskoj vladi (*Bull,* (1977), 248). Tom procesu fragmetarizacije političke moći i ujedinjavanja interesa pojedinaca na drugim, ne-državnim osnovama, doprinosi i jačanje moći multinacionanih kompanija, religioznih pokreta ("politički islam"), paramilitarne strukture, građanski pokreti i pokreti za ljudska prava, čije delovanje redukuje ulogu države. Krug tih faktora decentralizacije moći je otvoren i razvojem savremenih globalnih procesa, uključujući razvoj svetske digitalne ekonomije koja putem Interneta formira sajber-prostor kao transnacionalno područje ekonomskih i drugih aktivnosti van domašaja državne vlasti i jurisdikcije nacionalnog prava (*Kobrin, Arend* i dr.).

Otvaranje nove perspektive posmatranja gobalnih procesa i njihovog uticaja ne samo na koncept prava, već i na vrednosti kojima ono treba da bude podređeno, nije rezultiralo do danas ozbiljnim naučnim pokušajima za kompleksno objašnjenje njihovih negativnih posledica po društveni razvoj, kao što je širenje radikalnih desnih, neofačističkih i sličnih pokreta, utilitarnog korporativizma, savremenog terorizma, transnacionalnog kriminala, *cyber*-kriminala, oružanih konflikata i drugih negativnih pojava. Nije odgovoreno na pitanje- da li upravo nedovoljno sinhronizovana pluralizacija izvora prava, internacionalizacija vrednosti nasuprot neefikasnih međunarodnih mehanizama za njihovu podršku, afirmaciju i zaštitu, slabljenje moći nacionalne države i pravnog poredka da upravlja

javnom sferom, konačno elementarni osećaj nepravednosti društva koji postaje vidljiv na globalnom ravništu, ne predstavljaju glavni determinirajući faktori tih pojava. Da li, istovremeno sa jačanjem i disperzijom prava na globalnom nivou i omišljavanjem sfere njegove vladavine kao otvoreni prostor koji je često puta popunjen nekoordinisanim aktivnostima međunarodnih, regionalnih, nacionalnihi drugih institucija, ne slabi njegova moć kao najracionalnijeg sredstva umnog sučavanja sa izazovima budućnosti i budućeg društva.

Jusnaturalizam kao osnova koncepta vladavine prava

1. Izložen danas masovnoj upotrebi, pojam vladavine prava dobija i takvo difuzno značenje da se na kraju svodi na sadržaj ispražnjen kroz princip ustavnosti i zakonitosti. Nasuprot tendencija koje izazivaju stanje "ungovernability"-krize u društvu u kojoj institucije koje upravljaju društvenim poslovima nemaju kapacitet da "vladaju" pomoću prava (*Fluno*, (1971), 560), svođenje njegovog sadržaja na imperativnu prirodu zakona, takvih kakvi su, nesumnjivo je bolja varijanta od nepostojanja nikakvih zakona i stanja društvene anomije. Ali nesporno je isto tako i istorijski potvrđeno iskustvo da je teže i opasnije od svakog nasilja ono nasilje nad pojedincem koje se sprovodi pomoću zakona (to so znali ljudi još u vreme Atinskog polisa u kome je *heliaja*- narodni sud sudio i onima koji su predlagali štetne zakone). U svetlu univerzalnog koncepta o prirodnim i urođenim ljudskim slobodama i pravima, danas rigidnost stare rimske maksime koja je sveto pravilo pravnog pozitivizma "dura lex sed lex" gubi značaj samodovoljnog argumenta koji opravdava neprikosnovenu važnost zakona samom činjenicom njegovog usvajanja od strane parlamenta.

Prvi postulat vladavine prava je njegovo određenje kao borbenog koncepta koji relativizuje dugovekovnu tradiciju verovanja u nepogrešivost i svetost zakona, naslonjenoj na antičkoj glorifikaciji na počecima prelaska čovečanstva iz "prirodnog stanja" u organizovano društvo (*Sokratova* odbrana: "ćovek mora da se povinuje svakoj presudi, pravednoj ili nepravednoj, jer Zakoni regulišu celokupno ljudsko postojanje...", v. *De Krešenco*, (1993), 31). Danas, kada je davno prevaziđen postupak divinizacije kojim je učvršćeno neprikosnoveno dejstvo zakona, u srednjem veku naslonjene na spoj religije i apsolutne moći vladaoca kao "od Boga date vlasti", moderna filozofsko-pravna učenja zasnivaju svoje poglede na vladavinu prava uglavnom na razlikovanju između pojmova zakona i prava. Zakoni, dakle pozitivno-pravne norme su glavna forma prava, a njihova dosledna primena jedini uverljivi dokaz o postojanju prava. Ali zakon koji sprovodi tiransku volju apsolutne vlasti može da predstavlja otelotvorenje ne pravde, već najveće nepravde i da povređuje ljudska prava.

2. Potraga za tom ključnom, suštinskom razlika, koja kao jedno od trevožnih pitanja opseda savremenu pravnu misao, je išla a i danas ponekad ide u stran-

putice bez izlaza. Takvim putem je išla *Marxova* kritika imperativne moći zakona, koja je usmerila svoju kritičku oštricu prema idealističkoj filozofiji prava, a pre svega *Hegelovog* filozofsko-pravnog učenja o pravu kao "carstvu ostvarene slobode". Marksistička pravna misao odbacuje ne samo zakon, već uopšte pravo kao instrumenat za konzervisanje odnosa eksploatacije u kapitalističkom društvu, prikrivanjem stvarne nepravnosti, nepravde, nejednakosti, neslobode i konfliktnosti u antagonizovanom društvu (*Bloch*, (1977), 171: "Male lopove vešaju, o velikim niko se ne brine: na ovoj otrcaloj frazi od davnina počiva svako sudilište"!). Vladavina zakona je otuda samo spoljna fasada iza koje se krije gruba eksploatatorska moć vlasnika sredstvata za proizvodnju koja legitimiše državnu moć čija funkcija je održavanje odnosa eksploatacije i bazične nepravde i nejednakosti. Koliko god da pojedine od marksističkih pogleda na pravo odgovaraju tipu kapitalizma kojim su zarobljena u naša društva ("kroni-kapitalizam", "kazino-kapitalizam", "kaubjski kapitalizam"), nesporno je da to učenje u osnovi robuje idealisičkom pristupu koji polazi od zahteva za ukidanje prava u nekom budućem besklasnom društvu. Sa druge strane, vulgarizacija koncepta o instrumentalnoj prirodi prava ("u zakon pretočne volje vladajuće klase") je dovela do ekstremnih oblika zloupotrebe državnih zakona za sprovođenje najžešće reresije u državama realnog socijalizma.

Nemaju poseban doprinos u etabliranju priuncipa vladavine prava niti savremene neomarksističke kritičke pravne studije, konstituisane kao naučni pokret u toku 70.tih godina prošlog veka na vodećim zapadnim univerzitetima (Harvard, Djorgdjtaun, London, Melburn i dr.). Kritičkoj pravnoj školi (*Unger, Kennedy, Klare, Cornell, Kelman, Hunt, Fitzpatrick, Horwitz, Balkin, Tushnet i dr.*) prethodi američki pravni realizam iz 30.tih godina prošlog veka koji je reakcija na formalistički pristup pravne jurisprudencije. Od njega ova škola preuzima polaznu ideju da je "pravo politika", ali u reduciranom sadržaju koji priznaje autonomiju zakonodavca i suda, tako da njihov odnos svodi na uzajamne veze i uticaje čiji rezultat je da nema samo "čisto" pravo ili čista politika. Prema *Ungeru*, jednog od glavnih predstavnika kritičkih studija, pravni propisi sadrže samo "idealni" elemenat koji se sastoji u pravnoj supstanciji ispunjenoj sa nizom nejasnoća i suprotnosti, koja dobija svoj konkretni preskriptivni sadržaj kroz sudsku presudu, iza koje opet stoji politička ocena zasnovana na principima tržišta, demokratskih odnosa i građanskog društva (*Unger*, (2015), 7). Kritičke studije stavljaju u centru pažnje problem uticaja političkog ocenjivanja u primeni prava, koje se svodi na korišćenje zakona kao sredstva za zaštitu interesa privilegovane strukture društva, nasuprot prava siromašnih slojeva i marginalizovanih grupa, principa pravde i jednakosti sloboda i prava. Okupljajući protagoniste različitih pogleda i projekata, jedan od ciljeva ove škole je stvaranje socijalnog i političkog pokreta koji treba da se bavi "načinom na koji pravna nauka i edukacija, kao i praksa sudskih institucija deluju u pravcu podrške opresivnih i neravnopravnih odnosa u druš-

tvu" (*Minda*, (1995), 106). Svođenje prava na politiku primene opštih normi pomoću koje se obezbeđuje dominacija bogatih slojeva društva i bacanje u pokornost podređenih slojeva stvara iskrivljenu optiku ideologije o prirodnim ljudskim slobodama i pravima. I ta konstatacija stanja je od posebne važnosti za razmatranje realnog domašaja principa vladavine prava u neravnopravnom i podeljenom društvu. Naročito u zadnjoj fazi razvoja kritičkih studija (ranih 80.tih godina) njihov poseban doprinos u koncipiranju ovog principa je izražen kroz postmodernu kritiku pravnih doktrina u pravcu njihove dekonstrukcije radi dokazivanja da svaka interpretacija zakonskih tekstova "privileguje" određeno značenje, nausprot drugih mogućih. Time je otvoren put za pojavu nove pravne retorike i učenje o pravnoj argumentaciji, koje se zalaže za reviziju sudskog postupka saglasno zahtevu za jačanje njegove diskurzivne prirode koja smanjuje mogućnost za nametanje određenog apriornog tumačenja i primene pravnih normi u korist privilegovanih društvenih struktura.

3. Kritika modernizma i savremene paradigme prava koja se pojavljuje s kraja XVIII i početka XIX veka na idejama racionalizma, individualne slobode, autonomije volje i idealističke filozofije, je posebno razvijena u okviru novih učenja egzistencijalizma i postmodernizma.

Egzistencijalisti popunjavaju prazninu nastalu u savremenom razvoju ljudske civilizacije posle *Nietzsche*-ovog proglašenja Gospodove smrti, koji je doveo do neviđenog u istoriji stradanja ljudi i naroda tokom svetskih ratova u XX veku. U potrazi za novim humanizmom oni napuštaju klasična metafizička učenja o apsiornim i apsolutnim idejama i vrednostima i njihovog apriornog moralnog sadržaja, okrečući poglede ka čoveku u polju njegovih individualnih mogućnosti: čovek je u prvom redu njegova sopstvena budućnost utemeljena na praksi (*Sartre*). Njegova sloboda kao srž novog humanizma nije voljni subjektivitet, već prirodna predodređenost čoveka za sopstveno otkrovenje i svest o takvoj autodereminaciji za sopstveno prjektiranje u budućnosti (*Sartre,* (1984), 263; *Jaspers,* (1973), 58). Legitimisanje nasilja nad pojedincem u ime ideja, prava ili zakona, nema nikakve veze sa shvatanjem o individualnoj slobodi, kao slobodi pojedinca da sebe stvara uvek iznova kroz stalne promene društva. Ta ideja je tačka gde egzistencijalizam dolazi u sukob sa idejom o vladavini prava, koja implicira statičnost prava i konzervisanje društvenih odnosa na određenom nivou pravnog uređenja, sa pozicije odbrane liberalnog koncepta ljudskih sloboda i prava. Za protagoniste egzistencijalizma je čak humaniji režim koji priznaje i podržava nasilje i putem prava, ne prikrivajući ga, od režima koji njega opravdava pomoću apstraktnih principa. Za *Fechnera*, istinsko pravo (koje treba da vlada!) je samo egzistencijalno pravo koje je izraz subjektivne volje pojedinca u razrešavanju konfliktnih slučajeva, jer ciljevi i funkcije oficijalnog prava su suprotni egzistenciji: pravo postavlja opšta pravila koja važe za sve jednako, ograničavajući mogućnost pojedinca za individualističko samoodređenje (*Fechner,* (1962), 227). Razmimoilaženje egzistencijalizma

od prirodno-pravnog učenja odnosi se na pojam ljudske slobode i iz njenog ugla posmatranja prava kao garanta ljudske slobode u okviru istorijskog određenja i društvene nužnosti. Srž rasprave koja traje i danas i trajaće, nesumnjivo, za celo vreme trajanja prava je implantirana u osnovnom stavu *Sartrea*: "čovek je osuđen na slobodu" (odnosno da bude slobodan; *Sartr*, (1984), 17). Ova teza je emanacija filozofskog učenja o apsolunom indeterminizmu, ali ako je pojedinac apsolutno slobodan, to znači da je slobodan i od dejstva pravnih povelja koje ne mogu da se posmatraju drugačije osim kao prinudno ograničavanje njegove slobode. Sa druge strane (prema *Sartreu*), čovek je osuđen da se slobodno formira, zato što je jednostavno bačen na svet, ali istovremeno i apsolutno odgovoran za sve što preduzima, jer ne može da se poziva na Boga ili na druge pojedince. U pravnom smislu, u kontradikciji koju sadrži stav da je čovek "osuđen da bude slobodan" (osuda i sloboda), sloboda ima smisao kazne, tako da se postavlja pitanje-zašto nasuprot njenoj filozofskoj predstavi kao najviši ideal za egzistencijaliste ona predstavlja usud, osuda (tj. kazna).

Danas je sloboda pojedinca pravno zagarantvana (sloboda misli, govora itd.), ali i dalje ostaje otvoreno pitanje da li je čovek stvarno slobodan i može da postupa bez ikakvih spoljnih uticaja ili zabrana. Ono ne može da se posmatra odvojeno od mogućnosti slobodnog društva, zasnovanog na principima ljudskog dostojanstva, demokratije i vladavine prava, kao njegovih vrhunskih vrednosti. Sloboda pojedinca predpostavlja slobodu drugih kao i slobodu zajednice u celini, tako da egzistencijalistički pojam slobode relevantan za princip vladavine prava može da bude dopunjen stavom *Rousseaua* da se "sloboda čoveka ne sastoji u tome da on može da učini to što hoće, već da ne mora da učini to što neće." Samoograničavanje individualne slobode priznavanjem jednakosti sloboda drugih, putem racionalnog odnosa ka nužnosti takvog samoograničavanja kao uslov za postojanje društvene zajednice, je srž *Rousseau*-ove koncepcije o društvenom ugovoru. Racionalan pristup je prihvatljiv ako je garantovan principom vladavine prava u demokratskom društvu u kome i pravo i demokratija imaju duboki ljudski sadržaj. U svetlu koncepcije o društevnom ugovoru kao okvira ostvarivanja individualne slobode, egzistencijalističko učenje treba da se posmatra kao poziv za aktivizam koji je neophodan za prevazilaženje stanja neslobode u savremenom svetu koji je krajnje dehumanizovan, teskoban i grub, gotovo kao u vreme pojave egzistencijalizma neposredno posle Drugog svetskog rata. Egistencijalizam danas, u doba korporativizma i konsumerizma, se u odnosu na vladavinu prava svodi na zahtev isticanja ljudske slobode i prirodnih prava kao najvišeg cilja prava i ispunjvanja pojmova demokratije i pravne države ljudskim sadržajem.

4. Princip vladavine prava, zajedno sa konceptom prava uopšte, je izložen i oštrim kritikama postmodernizma kao savremenog pravca filozofsko-pravne misli koja odbacuje sve pokušaje stvaranja sveobuhvatnih, celovitih terija prava i ideju da postoji "objektivni" pravni sistem "sa one strane" stvarnosti koji je kom-

pletno oformljen i koherentan i čeka da bude otkriven od teoretičara (v. *Minda,* (1995), 224). Postmodernizam se suprostavlja konceptima prava zasnovanih na "velikim teorijama" i fundamentalnim znanjima, tipa "vladavine prava" ili "pravne države", istučući značaj prizemljenih strategija koncentrisanih na odnose između prava, polituke i kulture. Postmodernisti (*Derrida, Foucault, Rorty, Jameson* i dr.) smatraju da predmetu naučnog interesa- pravu, treba da se pristupi bez predrasuda i bez apriornog određenja nekog konceptualnog okvira. Verovanje u njegovu stabilnu, transkontekstualnu zasnovanost treba da se odbaci, zajedno sa postojanjem logičke korespondencije između pravnog jezika i "objektivnog" sveta prava, radi sumnje u mogućnosti jezika i njegovog različitog značenja, da fiksira objektivni sadržaj realnosti. Postmoderna kritika klasičnih (modernih) pravnih učenja se pojavljuje jednim delom i kao refleksija intelektualne pobune u kulturi i društvenoj mislu i pojave pop-kulture koja se nadovezuje na poglede "Frankfurtske škole" iz 30.tih godina prošlog veka. Njihova zajednička osnova je ocena da napredak društva i različiti oblici masovne kulture mogu da vode ka ropstvu i totalitarizmu i da rezultiraju destrukcijom uma i degradacijom kulture. Prema *Marcuseu* ("guru" Nove levice), instrumenti kao što je masovna kultura i demokratske institucije se upotrebljavaju za suzbijane društvene kritike i za održavanje *status-quo*, svodeći postmoderni svet na "simulakrum" koji se velikim delom odlikuje duhovnom prazninom i površnošću. Na polaznoj tezi o represivnom karakteru kapitalistučkog sistema, on razlikuje dve vrste represije: osnovne, koje su nužne radi održavanja ljudske rase, i više, koja obuhvata "restrukcije nužne radi socijalne dominacije" (*Marcuse,* (1955), 35). U svetlu ove teze, vladavina prava ne predstavlja ništa drugo osim najvišu nepravdu (*summum ius summa iniurua*). Sistem savremenog industrijskog društva funkcioniše pomoću širenja ubeđenja građana da su slobodni i stvaranjem dobara koja zadovoljavaju njihove potrebe, što sve ima ključni doprinos da ostanu mirni i da moraju da se identifikuju sa onima koji ih ugnjetavaju; imaju isećaj jedinstva jer gledaju iste TV programe, navijaju za iste timove itd., a u politici robuju teškim mitovima kao što je "narod", "nacija" ili "nacionalni interesi". Ti veliki principi se smatraju dovoljnom legitimacijom "represivne tolerancije" koja se ostvaruje putem strogih zakona i njihove rigorozne primene naročito protiv marginalizovanih socijalnih grupa.

Na nasleđu kritičkih pravnih studija, postmodernizam se pojavljuje krajem 70.tih godina prošlog veka (objavljivanjem knjige "*La Condition Postmoderne*" *J-F. Lyotarda* u 1979 godini) i danas okuplja različite pristupe koje povezuje kritika moderne pravne misli. Njihovi pogledi na pravo su pod uticajem njenog odbacivanja od strane *Nietzschea* kao metafizičke zablude i *Heidegger*-ovog učenja o kraju i istrošenosti metafizičke tradicije prema kojoj se biće interpretira samo kao sadašnjost. U pomenutoj studiji *Lyotarda* primenjen je model jezičkih igri *Wittgensteina*, kombinacijom jezičke igre filozofa i eksperta: dok ekspert zna šta zna a šta ne zna, filozof ne zna ni jedno ni drugo, ali postavlja pitanja. Preme au-

toru, kompjuterska era transformiše znanje u informacije, odnosno kodirane poruke u sistemu komunikacija. Zajedno sa pojmom postmodernizam pojavljuje se u pravnoj terminologiji i pojam "dekonstrukcije" kao novo čitanje i pisane tekstova, uveden od *J. Derrida* (*Of Grammatology*, 1974), kao označavanje napuštanja metafizike i oslobađanje pisanja od tradicionalnog logosa prema kome pisanje je znak za drugi znak (gvor) čije izražavanje ima ceelovito izraženi smisao (*Derrida* (1974), 19). Otuda, smisao svakog teksta, uključivši i zakonski, konstruiše se u procesu njegovog čitanja, tumačenja i primene putem otkrivanja njegovog skriveng smisla koji nije kontrolisan i određen od strane autora (zakonodavca). Na taj način, dekonstrukcija se svodi na kritičko preosmišljavanje pravnih kanona sadržanih u pravnim tekstovima.

U svom kritičkom preosmišljavanju zakona *Derrida* se približava središtu koncepta vladavine prava, podvlačeći razliku između prava, sadržanog u zakonima i pravde (*Glendinning,* (2016), 187). U svojim esejima posvećenih ovom problemu on eksploatiše primere očigledno nepravednih zakona: aparthejd je bio "legalan", ropstvo je bilo"legalno" itd., iz čega proizlazi da je legalnost konstrukt prinude, ali ne i pravde. Ako, prema istorijskom iskustvu, zakon je konstruisan tako da prikriva prinudu, isto tako može i treda ba bude i dekonstruisan, dok je jedino pravda nedekonstruktibilna. Dekonstrukcija zakona se izražava kao potraga po skivenom smislu zakonskih tekstova inspirisane idejom pravde, koja treba da se traži ne "van", već u samom pravu (zakonu), kao njegova mistična granica i nešto što je nedefinisano i ne može da se izrazi rečima. Do takvog rezultata može da se stigne ako je sudija slobodan u izricanju prava, nezavisan i razuman i primenjuje pravnu normu ne mehanički, kao računarska mašina, već polazeći od principa slobode i pravde, spajajući mehanički pravni rezon sa zahtevom za slobodno odlučivanje. Njegova presuda mora da izražava blesak kreativne razumnosti, sa celovitom moralnom odgovornošću za donetu presudu.

Od posebnog značaja za istraživanje smisla i značaja principa vladavine prava su stavovi pojedinih protagonista postmoderne o hermenevtici. Hermenevtika, kao i dekonstrukcija, je usmerena ka fukcionalnj strukturi zakonskog teksta i ka postizanju saglasnosti o njegovom značenju (*Vattimo*, (1988), 10). Polazna osnova ovog stava je ideja da heterogenost ljudskog iskustva treba da se posmatra kao problem hermenevike koji se rešava razvijanjem osećaja kontinuiteta između sadašnjosti i prošlosti u ontološkom jedinstvu.

U optici postmoderne kritike ulazi i učenje o radikalnoj transformaciji teorije i praktike ljudskih sloboda i prava *Rortya*. Odbacujući metafizičko filozofsko nasleđe Prosvetiteljstva, on prihvata njegovo liberalno političko nasleđe, naslanjajući se na tradicije pragmatizma (*Dewey, James, Pierce*) o praksi kao centralnoj epistemološkoj kategoriji. U njegovom učenju koje može da se predstavi kao «kulturna teorija o ljudskim pravima: ljudska prava bez metafizike" nema mesta za "prirodno pravo" jer pravo je uvek istorijska i kulturna pojava (v. *Barreto*, (2011),

93). Na toj osnovi, ljudska prava ne mogu da se objasne na osnovu njihove unutrašnje transendentalne univerzalnisti, već samo sa aspekta njihove istorijske validnosti: prihvaćena su zato što predstavljaju minimalna civilizacijska pravila formirana u zadnjim vekovima i prihvaćena kao opšti politički i pravni standardi međunarodne zajednice. Savremeno društvo on definiše kao "post-holokaust kulture ljudskih prava", napadajući nacizam i komunizam kao izraze krize političkog projekta modernosti, ali ignorišući u negativne konsekvencije liberalizma i kapitalizma (*ibid*., 96).

Ovaj neceloviti pregled nekih od najuticajnijih postmodernih koncencija daje dovoljno osnove za zaključak da postmodernizam nije razvijen u integralni teoretski koncept, zato što je upravo zasnovan na ideji anti-teorije koja se zalaže za suprotstavljanje regulatornoj opsesiji moderne pravne misli. I sam pojam "postmodernizam" je neodređen i rasplinut, u istoj meri kao i pojam "modernizma" (*Richers*, (2007), 515). Radi se o pokušaju preismišljavanja osnovnih filozofsko-pravnih pitanja savremenog prava u novoj eri postindustrijske i informatičke revolucije, ubrzanog tehnološkog razvoja i pluralizma, napuštanjem epistemološko-teorijskog realizma i njegovim zamenjivanjem epistemološko-teorijskog konstruktivizma. Ovaj opšti metodološki pristup polazi od ideje da mi sa našim idejama konstruišemo realnost, a kako ona "faktički" izgleda ne znamo i ne možemo da znamo. U svetlu tog pristupa, istina, pravda, pravne vrednosti, postaju pluralistučke kategorije, tako da relativizam postaje meta-učenje postmodernizma (*ibid*., 518).

U svetlu relativizma, prirodu prava prema postmodernistima sačinjava spoj "prakse, diskursa i institucija", ili "kompleksan amalgam državnih, religioznih i socijalnih pravila", "sistematski ispreletenih, tako da ne postoji jasna podela između prava i politike" (*ibid*., 521). Upravo teza o legalnom pluralizmu ili "pluralnom normativitetu" koja, u suštini, dovodi u pitanje i sam koncept vladavine prava je predmet kritika upućenih postmodernizmu kao nihilističkom akademskom pravcu koji brani pasivnu poziciju u odnosu na proučavanje prirode, ciljeva i funkcija prava u kontekstu dinamičnih društvenih promena. Na toj kritici naslanjaju se danas i novi pravci "metamodernizma" i "post-postmodernizma" koji objavljuju kraj postmodernizma, ubrzanog prodorom učenja koja teže da objasne današnju kulturu, društvo i pravo u svetlu "kibernizma" ("performatizam", "hipermodernizam" ili "digimodernizam" *Vermeulena*, *den Akkera* i dr.). Najprodubljenu i najkompleksnu kritiku postmodernizma daje *Habermas*, konfrontirajući ga sa njegovim učenjem o "komunikativnom diskursu" koji teži univerzalnoj saglasnosti nasupot krajnjem relativizmu. Prema njemu, postmoderna kritika apsolutnih ideja i vrednosti i apriornih koncepcija se svodi na lingvističke i retoričke, umesto na suštinske argumente (*Habermas,* (1987), 81). Ostaje i glavna primedba da postmodernizam ne nudi novi filozofsko-pravni ili terijski koncept i novu paradigmu prava: kako ono treba da izgleda ako odbaci aposolutne ideje i vrednosti inindivi-

dualne slobode, prirodnih ljudskih prava, pravde, pravne sigurnosti i druge pravne vrednosti i kako može da se ostvari zahtrev za njegovom univerzalizacijom na globalnom nivou putem unifikacije i harmonizacije pravnih sistema ako nema takvih univerzalnih vrednosti (tako i *Richers*, (2007), 514).

5. U dramatično promenjenim društvenim odnosima koji karakterišu savremenu civilizacijsku krizu i raspad moralnih vrednosti, postaju predmet ozbiljne debate gotovo svi aspekti bića prava, njegova priroda i forme, funkcije i ciljeve. U potrazi za novom paradigmom prava u kojoj bilo varijanti- kao potpuno odbacivanje njegovih metafizičkih osnova i apsolutnih ideja i principa, ili kao njegovo prilagođavanje na tim istim osnovama novim zahtevima savremene civilizacijske ere, pojedina učenja se pojavljuju u prvom redu kao reakcija na ekscese pozitivizma. Sa druge strane, isključujući krajnje pesimistička i nihilistička učenja, zajednička za sve nove škole je težnja za etabliranje određenih konstantnih, univerzalnih ljudskih vrednosti kao kriterijuma ispravnosti prava, na ideji jedinstva između bića prava i njegovih pojavnih formi.

Glavna pokretačka snaga u redefinisanju koncepta prava ostaje reafirmacija učenja o prirodnom pravu, zasnovanog na univerzalne, prirodne i "urođene" slobode i prava pojedinca. Njegovo oficijalizovanje kroz *Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima* UN od 1948 godine kao prve umne zajednice prirodnog i pozitivnog prava, i kasnijih međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, označava početak presudne bitke između pravnog pozitivizma, inspirisanog shvatanjem o imperativnom karakteru prava, i korupusom univerzalnih i prirodnih sloboda i prava čoveka. U njoj prirodno pravo ulazi kao sistem racionalnih ideja, principa i znanja koji nisu deponirani u nekoj meta-juridičkoj sferi, već leže u svakom pojedincu, u njegovoj prirodi kao objektivnom realitetu koji implicira psihološku i moralnu prinudnost (v. *Perović*, (2006/1-2), 803).

Učenje o urođenim i prirodnim slobodama i pravima je antropocentrično i orijentisano ka ljudskoj ličnosti kao vrednost po sebi, tako da danas predstavlja jedinu odbranu pred postmodernom destrukcijom razuma i ljudskosti. Ali njihova "urođena" priroda ne podrazumeva naslednu sudbinsku predodređenost. Čovek se ne rađa racionalan i svestan svojih urođenih prava, on postaje takav, stičući razum i svest u interakciji sa drugim članovima društvene zajednice. Svako društvo je, prema tome, tvorac razuma, koji je isto toliko rezultat individualnih predispozicija, kao i društvenih uticaja (v.*Supiot* (2005), 9). Radi toga, učenje o urođenim pravima nije jednostrančivo prihvatljiv koncept, jer svaki zahtev za zasnivanje prava na ideji prirodnih, urođenih prava, može da predstavlja običnu iluziju ako ta ideja nije obuhvaćena širim filozofskim kontekstom liberalizma kao misaone i realne društvene paradigme (*Stepanov*, (2007), 382). U svetlu relativističkog shvatanja (*Del Vecchio* i dr.), prirodno pravo nije jednom zauvek dato, već promenljivo i u stalnom razvoju, ali njegov konkretni sadržaj određen u istorijskom i društvenom kontekstu je uvek orijentisan ka ideji ispravnog prava. Prema

D,Antrevu, mesto koje ljudi preko dve hiljade godina označavaju imenom prirodnog prava, je tamo gde se poklapaju vrednosti i norme i gde je krajnji izvor prava istovremeno početak sfere moralnog života (*D,Antrev*, (2001), 127).

Priznanje, da pozitivno pravo nije uvek u saglasnosti sa njegovim pretpostavljenim polaznim idejama i vrednosima i da mora da se primenjuje i kada je u suprotnosti sa njima, nameće skeptične stavove u odnosu na ključno pitanje- da li odbrana prirodnog prava od pozitivističkih ispada može da se pronađe u krugu metafizičkih ideja ili u nekoj realnoj društvenoj supstanciji koja dokazuje njihovu praktičnu nužnost. Većina protagonista jusnaturalizma su danas saglasni da povratak ka staroj koncepciji prava kao skupa večitih principa je isključeno jer je prošlo vreme krstonosnog duha stare jurisprudencije, inspirisane shvatanjem o prirodnom pravu kao "belle dame sans merci" (*ibid*., 102). Idealistička koncepcija koja je neživotna i u suprotnosti sa dubokim promenama savremenog društva, odstupa pred prozaičnim realnostima nove ere.

6. U rekonceptualizaciji prirodno-pravnog učenja koja ide u pravcu prevazilaženja oštrog sukoba između apriornih i apsolutnih ideja prava (sloboda, pravda, prirodna prava itd.) i društvene realnosti, veliki uticaj ima teorija pravde *Rowlsa*, koja nastoji da pomiri individualizam i hijerarhiski pristup: koncept prioriteta individualne slobode i prirodnih prava koji ima apriorni (idealni) karakter ima individualističku osnovu, dok pravedna distribucija dobara i uloga države i prava u zaštiti sloboda i prava i distribuciji dobara ima hijerarhisku osnovu. Individualne slobode i prava su nezaobilazni deo pravedne strukture društva koji implicira pravo svakoga da ih realizuje u uslovima opštopriznatih sloboda i prava drugih i dužnost države da kroz zakone razvije pravednu strukturu društva. To su osnovi društvenog ugvora koji je osnov savremene države i prava i ne odnosi se na podređivanje pojedinca državnoj vlasti, već na određivanje idealnih situacija jednakih šansi za dostizanje opšteg dobra koje su dobrovoljno prihvaćene do svih (*Rouls*,(2002), 60). Njegovo učenje je prihvatljivo objašnjenje i za pravo kapitalističkog društva koje je u osnovi nepravedno, ali je legitimirano opštim ugovorm (konsenzusom) sve dok podizanjem opšteg ekonomskog blagostanja za sve, podiže i blagostanje i status sloboda i prava, kao i šanse svakog pojedinca. Sa druge strane, to učenje koje *a apriori* pridodaje pravedni karakter kapitalističkom društvu, zapostavlja grubu društvenu realnost savremenog kapitalizma koja se i dalje karakteriše (prema *Habermasu*) produbljavanjem društvenih protivrečnosti: sve veće socijalne razlike, siromaštvo u apsolutnom i u relativnom smislu, povrede ljudskog dostjanstva, povećanje rizika od upotrebe oružja za masovno uništavanje itd. (v. *Dubljević*, (2008), 353).

Opravdani skepticizam u odnosu na pitanje- da li je moguće da se metafizički koncept prirodnog prava transformiše u efektivnu pravnu teoriju i praksu, na kojoj može da se osloni savremeni koncept vladavine prava, navodi deo savremene pravne misli da se okrene ka pravičnosti primena prava, približavajući

se gledištu anglo-saksonske jurisprudencije o proceduralnoj pravičnosti. Prema ovom gledištu, pozitivno pravo je opšte i u velikoj meri neodređeno, ali presuđivanje kroz koje se otelotvoruju pravne norme može da bude objektivno i pravično samo ako uvažava moralne vrednosti i individualne slobode i prava, koji su stvarni izvor prava i njegove legitimnosti. Polazeći od takvog stajališta, glavni pravac istraživanja je identifikovanje "seta osnovnih prava" koja mogu da se izluće iz međunarodnih normi i standarda o ljudskim pravima, ustavnog teksta, zakona, precedentnog prava i kulture prirodnog prava. Tokom zadnjih dekada ovo učenje je fokusirano na metode interpretacije pozitivnog prava i nezavisnog položaja suda i slobodi sudije u njegovom tumačenju i primeni.

U savremenoj američkoj pravnoj misli je veoma uticajna i teorija prirodnig prava *Finnisa,* nazvana teorijom"supstancijalnog jusnaturalizma" (nasuprot učenju o "procesnm jusnaturalizmu" *Fullera* i dr.). Osnova tog učenja su fundamentalne ljudske vrednosti, koje su univerzalne i nezavisne od pripadnosti pojedinca određenoj naciji, kulturi itd. Fundamentalne vrednosti kao vrednosti po sebi su ljudska prava, pravda, opšte dobro, zakon itd., ali njihovo ostvarivanje je moguće samo u društvu, čime se objašnjava nužnost prava. Za razliku od prirodno-pravnih učenja koji polaze od ontološkog pojma prirodnih prava i metafizičkih apsolutnih ideja, *Finnis* određuje prirodno pravo kao sistem principa praktične razumnosi (*reasonableness*) koji uređuju ljudski život i društvo (*Finis*, (2005), 25). Zakoni treba da proizlaze iz tako shvaćenog prirodnog prava, odnosno iz "zakona razuma", polazeći pri tome od neraskidive veze između prava i morala: pravna obaveza je moralna obaveza, a pravni poredak je poželjni moralni ideal koji izvire iz sedam osnovnih vrlina: život, znanje, igra (zabava), estetski doživljaj, društvenost, praktična razumnost i religija *(ibid*., 95). Pozitivno pravo treba da proizlazi iz tih osnovnih principa praktične razumnosti, odnosno iz prirodnog prava, ali ako nije u funkciji tih vrednosti ne znači da treba da važi pravilo "lex iniusta non est lex" . U tom slučaju, naime, postoji pozitivno pravo i primenjuje se, dok nepravedni zakon stvara samo pravnu, ali ne i moralnu obavezu. Ova koncepcija, koja opravdava i primenu nepravednog zakona, nije neprihvatljiva za pozitiviste, radi čega njeni kritičari smatraju da između "supstancijelnog jusnaturalizma" i pozitivizma postoji više ideološka, nego teoretska ili metodološka povezanost (*Vukadinović/Stepanov*, (2004),155).

Teškoće na koje nailazi prirodno-pravno učenje kada se sukobljava sa problemom mogućnosti primene neispravnog zakona, koja ne može da se izbegne usled čvrste stege principa ustavnosti, zakonitosti i pravne sigurnosti, nalažu razvijanje posebnih osnova za ublažavanje rigidnosti koja je emanacija imperativne pravne paradigme (*dura lex sed lex*). U anglo-saksonskoj pravnoj misli jedan od najžeščih kritičara pozitivizma upravo sa ovog aspekta je *Dworkin,* koji svoje učenje o "pravu kao celovitost" usredsređuje na donošenje sudskih odluka u najtežim slučajevima. Prema njemu, pravo se ne sastoji samo od opštih normi, već i od

opštih pravnih principa koji su opštiji od pozitivno-pravnih pravila i primenjuju se u takvim slučajevima (*Dvorkin*, (2001), 52). Razlika između principa i normi je čisto logička: predstavljaju osnovu za rešavanje konkretnog slučaja, ali razlikuju se po tome što se norma primenjuje ili ne primenjuje u zavisnosti od činjenica, a princip, kao standard, je osnova za nova rešenja određenog spora do koja se dolazi ako ne postoje precizne norme (*Dworkin*, (1977), 24). Pronalaženje prava u teškim slučajevima, kada nije dovoljna pravna norma, zahteva "konstruktivno tumačenje" koje je zasnovano na moralnim stajalištima o pravima čoveka, ali u tom slučaju sud ne donosi odluku na osnovu potpuno slobodnog sudijskog uverenja, već saglasno objektivnog i opšteprihvačenog značenja tog standarda. Za razliku od *Harta*, koji smatra da sud u tom slučaju stvara pravo, *Dworkin* ističe da on samo prepoznaje, pronalazi objektivno pravno načelo koje treba da se primeni, polazeći od osnovnih vrednosti pravnog sistema (*ibid*., 68). Iza opštih principa stoji individualna sloboda, prava i dostojanstvo ljudske ličnosti, koji treba da se tretiraju kao delove prava jer imaju supstancijalni moralni i politički sadržaj (učenje o "pravu kao celovitost", law as integrity). Integritet, odnosno jedinstvo prava je posebna vrednost, zajedno sa pravdom i jednakošću, koja nalaže sudiji da sagleda i primenjuje pravo kao koherentnu i čvrsto uređenu celinu (*Dworkin*, (2002), 73). Pored sudije, ovaj princip se odnosi i na društvo u celini: ono treba da se reformiše da bi što konkretnije i svebuhvatnije bilo podređeno ideji o socijalnoj pravdi. Time je *Dworkin* jasno formulisao postulat kulture prirodnog prava kao preduslova za ostvarivanje principa njegove vladavine.

Teorija o celosnosti prava naglašava ideju pravde koja se pojavljuje kao ključni integrativni elemenat prava, kao i značaj sudskog odlučivanja kao ključne faze u primeni pozitivnog prava. U njoj dolazi do spajanja pozitivnog prava i postulata prirodnog prava usredsređenih na ljudske slobode i prava, pravde i njihovu jednakost. Ipak, naglašavanje uloge suda kao javne službe pravde nalaže nužni oprez u određivanju granica slobodnog sudijskog tumačenja zakona i iznalaženja normi i principa koje treba da se primene, radi izbegavanja sudijske arbitrernosti (v.*Harris*, (2004), 193). Ovo upozorenje ni malo ne slabi izdržanost zaključka da princip vladavine prava shvaćenog kao jedinstvo pozitivnog i prirodnog prava može da bide ostvaren u kulturi prirodnog prava, poštovanja ljudskih sloboda i prava i garantne pozicije nezavisnog i nepristrasnog suda kao zaštitnika individualnih vrednosti u primeni prava saglasno principu pravde kao njegove ideje-vodilje.

7. Zloupotrebe prava ili primena nepravednih zakona ne mogu da se posmatraju kao potvrda nerealnosti zahteva da pozitivno pravo konstituiše svoju vladavinu na postulatima prirodnog prava. Ni pravna nauka, koja ima veoma značajnu ulogu da u novoj civilizacijskoj eri doprinosi stvaranju kulture prirodnog prava, ne može da bude formirana na bilo kojoj drugoj aksiološkoj i epistemološkoj osnovi, osim na vrednostima ljudskog dostojanstva, individualne slobo-

de i prirodnih i urođenih prava i ideje pravde, jer u suptornom postaje apologet i obična kamuflaža instrumentalizacije prava u funkciji efemernih utilitarističkih ciljeva. U takvoj svojoj misiji ona posebno mora da se postavi kao barijera shvatanja politike i političke misli kao "polje negraničenih mogućnosti", koje relativizuje značaj prava i njegove uloge glavnog promotora ljudskih sloboda i prava.

Nova paradigma prava u eri globalizacije i (četvrte) naučno-tehnološke revolucije može da bude formirana jedino na vrednostima i principima prirodnog prava, kao realne društvene supstancije koja ispunjava racionalnim i humanim sadržajem sva područja međunarodnog, regionalnog, nacionalnog, subregionalnog, državnog i autoregulatornog prava, osiguravajući njegovu konzistentnost na jedinstvenim osnovama poštovanja vrhunskih vrednosti ljudskog dostojanstva.

ZAKLJUČAK

Princip vladavine prava dobija danas prvostepeni značaj usled promena savremenog društva koje ga udaljavaju od pozitivističkog koncepta pravne države. Taj concept je potisnut jačanjem političkog pluralizma i demokratije koja nameće postulat ispravnosti (legitimnosti) zakona i afirmacijom univerzalnog koncepta ljudskih sloboda i prava kao unutrašnje prirodne opozicije političke vlasti. Sa druge strane, princip vladavine prava dobija novu dimenziju koju ispunjavaju sve brojnije međunarodne, regionalne, nacionalne, subnacionalne i autoregulatorne norme.

Proširivanje područja međunarodnog prava i njegovih imperativnih normi prati procese ekonomske i političke globalizacije i regionalizacije, kao i transformaciju savremenog društva u eri digitalizacije i naučno-tehnološkog razvoja. Pluralitet izvora prava, interakcija međunarodnih i nacionalnih pravnih normi, spoj prirodnih ljudskih sloboda i prava i pozitivnog prava, koegzistencija državnih i autoregulatornih normi, promene institucionalnih mehanizama za primenu prava putem disperzije međunarodnih, regionalnih, nacionalnih, subnacionalnih (lokalnih) i autonomnih tela, otvaraju novi pristup u stvaranju i primeni različitih pravnih pravila, koji sve manje može da se kreće po jednosmernoj nacionalnoj vertikali.

Garancije za vladavinu prava kao podređenost svih nivoa njegovog stvaranja i primene prirodnim slobodama i pravima čoveka i ideji pravde mogu da budu ostvarene samo u sistemu zasnovanog više na metode koordinacije i harmonizacije, nego na nadmoći supranacionalnog ili nacionalnog pravnog poredka. Jedina osnova na kojoj može da bude utemeljen takav sistem je učenje koje uzdiže stub prirodnog prava kroz sve vertikalne i horizontalne sfere sve razuđenijeg sveta prava.

Academician VLADO KAMBOVSKI,
Academy of Sciencesand Arts of Macedonia

THE RULE OF LAW AND THE CULTURE OF NATURAL LAW

Summary

The principle of the rule of law acquires the first degree significance due to the development processes in a modern society that distance it from the positivist concept of the "legal state" (etat de droit), as a state governed by a national law, to which are subordinated all citizens and legal entities, state organs and other authorities. This concept is constrained by the strengthening of political pluralism and democracy that imposes the postulate of the correctness (legitimacy) of laws and the affirmation of the concept of human rights and freedoms as an internal natural opposition to power of the state. On the other hand, the principle of the rule of law gets a new dimension that is fulfilled by more and more numerous norms of international law and, in particular, norms and standards on human rights and freedoms.

The expansion of the field of international law and its imperative norms follows the processes of economic and political globalization and regionalization, as well as the transformation of contemporary society into the era of digitization and scientific and technological development. The plurality of sources of law, the interaction of international and national legal norms, the connection of natural human rights and freedoms and positive law, the coexistence of state and autoregulatory norms, the changing institutional mechanisms for the application of law through the dispersion of international, regional, national, subnational (local) and autonomous bodies encourage a new approach to the principle of the rule of law, which is less and less reliant on the one-way national route.

The only basis upon which such a principle can be founded is the learning that elevates the pillar of natural law through all the vertical and horizontal spheres of the increasingly fragile world of law.

Literatura

Bingham, Tom, (2011): The Rule of Law, London

Bloch, Ernst, (1977): Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo, Beograd

Bull, Hedley, (1977): The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics, Second ed., London

D'Antrev, Alesandro P., (2001): Prirodno pravo, Podgorica

De Krešenco, Lućano, (1993): Istorija grčke filozofije, Od Sokrata nadalje, Novi Sad

Derrida, J. (1974): Of Grammatology, Baltimore

Dubljević, Veljko, (2008): Kako tumačiti Habermasovu kritiku Rolsove koncepcije pravde, Pravni život, 14

*Dworkin, Ronald, (*1977): Taking Rights Seriously, London (2003): Carstvo prava, Beograd (2001): Suština individualnih prava, Beograd-Podgorica

European Commission for democracy through law (Venice Commission), Report on the Rule of Law, CDL-AD(2011)003rev, Strasbourg 2011

Fechner, Erich, (1962): Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts, 2.Aufl., Tübingen

Finis, Djon, (2005): Prirodno pravo, Podgorica

Fluno, Robert Y. (1971): The Floundering Leviathan: Pluralism in an Age of Ungovernability. In: Political Research Quarterly, 24/3

Friedrich, Carl., J., (1955): Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive, Berlin-G'ttingen-Heidelberg

Fuler, Lon L., (2001): Moralnost prava, Beograd

Glendinning, Simon, (2016): Derrida and the Philosophy of Law and Justice, Law and Critique Vol.27

Grir, Stiven, (2009): Evropska konvencija za čovekovi prava, Dostignuvanja, problemi i izgledi, Skopje

Grote, Rajner, (1999): *Rule of law, Etat de droit* i *Rechtsstaat*, Zbornik vo čest na Evgeni Dimitrov, Praven fakultet Skopje

Habermas, Jürgen, (1987): *The Philosophical Discourse of Modernity*, Cambridge

Harris, J.W., (2004): Legal Philosophies, Second Edition, Oxford

Hasebe, Jasuo, (1999): Vladeenjeto na pravoto i uslovite za negovoto ostvaruvanje, Zbornik vo čest na Evgeni Dimitrov, Praven fakultet Skopje

Held, Dejvid, Mekgru, Entoni, (2010): Upravuvanje so globalizacijata, Skopje

Jaspers, K. (1973), Filozofija egzistencije, Beograd

Kambovski, Vlado,(2010): Filozofija na pravoto, Skopje

Kinley, David, (2003): Human Rights, Globalization and the Rule of Law: Friends, Foes or Family?, Sydney Centre Working Paper 16, Sydney

Marcuse, Herbert, (1955): Eros and Civilization: A Philosophical Inquiry into Freud, Boston

Minda, Gary, (1995): Postmodern Legal Movements, New York

Montesquieu, Charles, (1961): Lettres persanes; De lesprit des lois, Les philosophes du XVIIIe siecle, Paris

Muller, Sam, Zouridis, Stavros, Froshman, Morly, Kistemaker, Laura (edit.), (2012): The Law of the Future and the Future of Law: Volume II, The Hague

Perović, dr Slobodan, (2006): Prirodno pravo u filozofskom i normativnom smislu, Arhiv za pravne i društvene nauka 1906-2006/1-2;

Richers, Dominik, (2007): Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?, ZaöRV 67

Rouls, Džon, (2002): Teorija na pravednosta, Skopje

Ruso, Žan Žak, (1978): Opštestveniot dogovor, ili načela na državnoto pravo, Skopje

Sachs, Jeffrey, (1998): Globalization and the Rule of Law, Occasional Papers, Paper 2

Sartr, Ž.P. (1984): Egzistencijalizam je humanizam. Filozofski spisi. Beograd

Stepanov, Radivoj, (2007): Pravda i sloboda u filozofiji političkog liberalizma Djona Rolsa, Pravni život, 14

Unger, Roberto Mangabeira, (2015): The Critical Legal Studies Movement, New York

Vattimo,Gianni, (1988): *The End of Modernity: Nihilism and Hermeneutics in Postmodern Culture*, Baltimore

Vukadinović, Gordana/ Stepanov, Radivoj, (2004): Uvod u filozofiju prava, Novi Sad

World Justice Project: Rule of Law Index 2015, online ed

SANJA ĐURĐIĆ

O ODNOSU PRAVEDNOG I POZITIVNOG PRAVA U DELU BOŽIDARA S. MARKOVIĆA

UVOD

Ideja dualiteta u pravu predstavljala je polazište Božidaru S. Markoviću u njegovom poimanju pravnog fenomena. Još je njegova doktorska disertacija *Ogled o odnosima između pojma pravde i razvitka pozitivnog privatnog prava*, odbranjena 1930. godine na pariskom Pravnom fakultetu, posvećena razmatranju odnosa pravde i pozitivnog prava, bila utemeljena na ideji pravnog dualiteta. Potonji radovi predstavljali su samo dalje razvijanje i produbljivanje navedene ideje.

Marković konstatuje da se pravni fenomen kroz celokupnu istoriju prava konstantno javlja u dva vida, "kao pravedno i kao pozitivno pravo"[1]. Smatra da se pravni fenomen ne iscrpljuje u pozitivnom pravu budući da iskustvo pokazuje da pored i iznad pozitivnog prava postoje načela koja njime upravljaju, te je pozitivno pravo "izraz jedne prethodno postojeće stvarnosti"[2]. To pravo koje egzistira uz pozitivno pravo i iznad njega nazivano je različitim nazivima: prirodno, objektivno, socijalno, idealno, pravedno pravo. Usled toga, pravo se ne može redukovati isključivo na propisano zakonodavstvo, legislativu tj. pozitivno pravo. Prav-

Dr Sanja Đurđić, profesor i rukovodilac studijskog programa Pravo, Fakultet za pravne i poslovne studije "dr Lazar Vrkatić", Univerzitet Union u Beogradu.

[1] Marković, B.: *O pravednom pravu*, Novi Sad, 1993, 213.

[2] Isto, 15.

ni fenomen je uvek i neizbežno dvojak, dualizam je njegovo suštinsko obeležje[3]. Tako, celinu pravnog fenomena, po Markoviću, čini dualitet pravednog i pozitivnog prava. Pri tome, on ne umanjuje značaj pozitivnog prava, priznajući mu ulogu stalnog elementa ovog dualizma. Ipak, svoje interesovanje usmerava na njegov drugi element – pravedno pravo, pravdu i pravičnost.

Pravedno pravo, kao i njegovi odnosi sa pozitivnim pravom predstavljaju centralnu temu Markovićeve teorije i filozofije prava.

Pojam pravde

U potrazi za pravednim pravom i pokušaju njegovog određenja Marković prethodnim i suštinskim pitanjem smatra pitanje šta je pravda. Ukazuje da se pravda "javlja i kao pojam i ideja u dva dijametralno različita vida: kao *formalna pravda* i kao *materijalna pravda*, odnosno kao komutativna i kao distributivna pravda"[4]. Formalnu pravdu shvata kao načelo jednakog postupanja sa jednakim stvarima i situacijama, odnosno, nejednakog postupanja sa nejednakim stvarima i situacijama, srazmerno njihovoj nejednakosti. Načelo formalne pravde utemeljeno je na prirodi stvari i nužna je posledica logičkog zakona identiteta, prema kojem je svaka stvar ravna samoj sebi, te se otud izvodi i etički princip ponašanja koji nalaže jednako postupanje sa jednakim stvarima, dok sa nejednakim proporcionalno njihovoj nejednakosti. Odgovor na pitanje o jednakosti i nejednakosti daje materijalna pravda. Ona se sastoji u ocenjivanju u kojoj srazmeri stvari stoje međusobno u pogledu svoje vrednosti. Stoga, materijalna pravda "sadrži sud, merila i kriterijum, ocenu o vrednosti stvari, ljudi i odnosa među njima, šta kome pripada, merila koja slobodno određuje *čovek*"[5]. Materijalni vid pravde pretpostavlja društvene vrednosne kriterijume o pojedinim stvarima, ljudima i njihovim postupcima. Ta ljudska merila vrednosti nisu apsolutna, već su relativna i empirijska, jer su određena vremenski i prostorno promenljivim društvenim kriterijumima vrednosti.

Dakle, pravda se, po Markoviću, sastoji iz dva elementa: konstantnog i varijabilnog. Konstantan element je formalna pravda budući da ona izražava univerzalni, nepromenljiv i večit prirodni i logički zakon, princip identiteta, aksiom da je svaka stvar ravna samoj sebi tj. večito i nepromenljivo načelo jednakog i proporcionalnog postupanja. S obzirom da materijalna pravda obuhvata ljudska me-

[3] Basta, D.: Pohvala jednoj doslednosti, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1993, vol. 41, br. 1-2, 19-25.

[4] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 72.

[5] Isto, 73.

rila vrednosti, koja su veoma promenljiva i sadržinski i prostorno i vremenski, ona predstavlja varijabilni element. Dok je formalna pravda "apsolutna i nepromenljiva kategorija, materijalna pravda je relativna i bitno promenljiva"[6].

Glavni uzrok relativnosti i promenljivosti materijalne pravde Marković nalazi "u naučnom agnosticizmu, u nemoći ljudskog duha da sazna suštinu stvari, apsolutnu istinu, poslednji uzrok i svrhu univerzuma, a time i apsolutnu pravdu"[7]. Naime, posledica naučnog agnosticizma je relativnost i promenljivost ljudskih saznanja uopšte, samim tim i društvenih kriterijuma vrednosti, usled čega je i materijalna pravda bitno relativna i promenljiva kategorija, kako vremenski tako i prostorno. Odbacujući transcedentni finalizam on u ljudskom finalizmu nalazi najviši kriterijum materijalne pravde. Nedostižnu apsolutnu istinu i apsolutnu pravdu zamenjuje prirodni nagon samoodržanja i usavršavanja. Opstanak i napredak pojedinca i društva je najviša svrha ljudskog finalizma i vrhovno merilo materijalne pravde. Ljudski život, njegovo očuvanje i usavršavanje u skladu sa postojanjem i razvitkom društva, "vitalistički princip konservacije i razvijanja života"[8] kao najviši kriterijumi materijalne pravde predstavljaju merila za ocenjivanje društvenih vrednosti i individualnih prava.

Pravda je, dakle, apstraktni izraz postojeće društvene stvarnosti koja je rezultat kompleksnih i promenljivih društvenih faktora i vrednosnih kriterijuma. Materijalnu pravdu sačinjavaju dva elementa: s jedne strane, biološka pravda ispunjena nagonom samoodržanja, životnom borbom i prirodnom selekcijom, "ali je ta pravda, s druge strane, i humanizovana naučnim saznanjima i ljudskim iracionalnim vrednostima, ideologijama, metafizikom i mističnim verovanjima"[9]. Budući da metafizičke koncepcije o krajnjim uzrocima i ciljevima menjaju na izvestan način prirodne zakone samoodržanja i prirodnog odabiranja, ona je zapravo jedna biološka pravda, ublažena tj. " modifikovana i humanizovana racionalnim saznanjima i metafizičkim vrednostima"[10]. Ovi vrednosni kriterijumi su, kao apstraktna ideja, uvek isti, ali se njihova konkretna sadržina menja, u zavisnosti od društvenih odnosa. Materijalna pravda je evolutivna i dinamična. Stoga je pravda večit, ali sadržinski nestalan pojam, pojam sa promenljivom sadržinom, okvir čija se sadržina nalazi u neprekidnom kretanju i menjanju. Materijalna pravda je i nosilac društvene evolucije, i uvek zahteva da joj se pravni poredak prilagođava, usled čega pozitivno pravo treba što vernije da je prati.

---

[6] Isto.

[7] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 73.

[8] Isto.

[9] Isto.

[10] Isto.

Iz navedenih razloga, Marković ukazuje da se pravi problem prava ne sastoji u traženju neke definitivne, večite i nepromenljive metafizičke pravde, budući da je apsolutna pravda kao i apsolutna istina nedostižna iako svako civilizovano društvo teži da je dostigne, već u naporu da se formalno pravilo pozitivnog prava održi u što većem skladu sa konkretnim društvenim shvatanjem pravde koje postoji u datoj sredini i u određenom trenutku tj. sa relativnom i promenljivom materijalnom pravdom.

Pravedno i pozitivno pravo

Odnosi pravednog i pozitivnog prava predstavljaju osnovni i trajni predmet naučnog interesovanja Božidara S. Markovića.

U određenju pravednog prava izražen je njegov antimetafizički pristup. Naime, on ne nastoji da utvrdi neku apstaktnu ideju pravde, večnu i nepromenljivu, već je njegov pristup motivisan traganjem za rešenjem koje će imati praktičnu vrednost, koje će biti delotvorno za pravni život i pravnu praksu, koje će doprinositi unapređenju i učvršćivanju pravednog prava. Iz tog razloga je i napravio distinkciju između formalne i materijalne pravde.

Polazeći od stava da pravedno pravo postoji u društvenoj stvarnosti i u svesti ljudi, individua i društvenih zajednica, karakteriše ga stalna težnja da i samo postane pozitivno pravo. Pozitivno pravo definiše kao obavezno pravilo društvenog ponašanja koje stvarno važi u jednoj državi, čija je primena zajemčena organizovanom državnom prinudom i čije nepoštovanje za posledicu ima državnu sankciju.

Pod pravednim pravom podrazumeva "ono pravilo društvenog ponašanja koje je spontano nastalo u društvu i za koje društvo smatra da *treba* da se u njemu stvarno primenjuje i da bude zaštićeno državnom sankcijom, a koje nije obuhvaćeno i pozitivnim pravom"[11]. Ono nastaje slobodno u društvu, nezavisno od države, usled čega pripadnici društva smatraju da se njegova pravila trebaju obavezno primenjivati. Pravedno pravo predstavlja postojeću društvenu svest koju pozitivno pravo treba da uvaži i izražava.

Pozitivno pravo je rezultat društvenih odnosa, društvenog razvoja, ono je "suprastruktura koja se nadgrađuje na društvenu podlogu na kojoj se formira i ideja pravde"[12]. Na taj način, Marković pravdu shvata kao društvenu osnovu pozitivnog prava čiji izraz ono treba da bude.

[11] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 72.

[12] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 15.

Osnovni postulat od kojeg Marković polazi u razmatranju odnosa između pozitivnog i pravednog prava jeste da svako pravo treba prvenstveno da bude pravedno. Da bi to bilo neophodno je da pozitivno pravo bude usklađeno sa materijalnom pravdom kao njegovom društvenom podlogom. Budući da je materijalni vid pravde relativan i dinamičan, podložan promenama ljudskih merila vrednosti, usled faktora evolucije i društvenog razvoja, zadatak je pozitivnog prava da prati društvene promene, razvitak društvene svesti i shvatanja pravde. Samo stalnim prilagođavanjem savremenim shvatanjima pravde pozitivno pravo može biti pravedno.

Međutim, stvarnost je drugačija, taj postulat se ne ostvaruje uvek u potpunosti, te se dešava da je pozitivno pravo često nepravedno.

Uzroci nesklada pozitivnog sa pravednim pravom

Uzroka nesklada između pozitivnog i pravednog prava je više. Jedan od njih je već pomenuta evolutivnost materijalne pravde tj. promenljivi kriterijum materijalne pravde. Budući da je reč o ljudskim merilima vrednosti ona su relativna, slobodna, promenljiva usled čega je i sadržina pravednog prava nestalna i relativna. Samim tim je pozitivnom pravu veoma teško da prati te promene i da nastoji da se formira i razvija u skladu sa izmenjenim društvenim vrednosnim kriterijumima i savremenim shvatanjima pravde.

Razlog neusklađenosti pozitivnog sa pravednim pravom jeste i problem statičnosti pozitivnopravnog pravila naspram dinamičnosti materijalne pravde. Naime, pozitivno pravo kao formulisano pravilo predstavlja zatvoren sistem pojmova koji podleže zakonima formalnog logičkog zaključivanja i koje je usleg toga statično po sadržini, dok je pravedno pravo otvoreno i dinamično, jer se menja prema zakonima društvene evolucije. Formalizam pisanog pravila je uzrok koji dovodi do nesklada između pozitivnog prava i života tj. društvene stvarnosti. Naime, pravilo pozitivnog prava svojim formulisanjem preseca tok društvene evolucije tj. uvažava onaj stepen društvenog razvoja i shvatanja pravde zatečen u trenutku svog formulisanja. Time sprečava ulazak novih društvenih vrednosti i novog shvatanja pravde u pozitivni poredak. Dok se društveni odnosi stalno menjaju i razvijaju, a sa njima i poimanja pravde, dotle jednom formulisana norma pozitivnog prava miruje. Za razliku od dinamičnosti i evolutivnosti društvene stvarnosti i materijalne pravde, pozitivna pravna formula je statična. Pri tome, "pozitivnopravni sistem predstavlja zatvorenu logičku celinu koja, da bi obezbedila sigurnost pravnog saobraćaja, zahteva i nameće logički kontinuitet pri svojoj primeni" dok društvena evolucija da bi obuhvatila i zadovoljila "nove društvene

pojave i merila vrednosti, traži i nameće logički diskontinuitet između postojeće formule i novog poimanja pravde"[13].

Marković naglašava da nesklad između pozitivnog i pravednog prava nastaje iz dvojakog uzroka: usled dejstva vremena, tj. statičnosti formulisanog pravnog pravila i dinamičnosti društvene evolucije tj. stalne dinamike života, s jedne strane, i neizbežne opštosti pravnog pravila, koje nije u stanju da vodi dovoljno računa o posebnostima svih individualnih situacija, s druge strane. Usled toga, pozitivni pravni poredak ne uspeva da blagovremeno i adekvatno prati evoluciju materijalne pravde, što predstavlja jedan od razloga zbog čega pozitivno pravo nije uvek i pravedno pravo.

Marković zaključuje da na putu potpunog ostvarenja pravde i usklađivanja pozitivnog sa pravednim pravom stoje i saznajne i pravnotehničke prepreke, usled čega dolazi ne samo do raskoraka već i do kontradikcija između pozitivnog i pravednog prava[14].

Bez obzira na probleme nužna je koegzistencija tehnike i nauke tj. pravne formule i društvene stvarnosti i to na način da se formalno pravilo pozitivnog prava održi u što većem skladu sa konkretnim društvenim shvatanjem pravde koje postoji u datoj sredini u određenom trenutku.

Faktor koji utiče na nesklad između pozitivnog i pravednog prava, uz promenljiv kriterijum materijalne pravde i statičnost pozitivnopravnog pravila nasuprot dinamičnosti materijalne pravde, jeste i poseban dualitet pozitivnog prava. Naime, u traganju za pravednim pravom Marković je uočio postojanje posebnog dualiteta pozitivnog prava. Njega smatra posledicom činjenice što pozitivno pravni poredak istovremeno sačinjavaju dva izvora, društvo i država, pri čemu se svaki od njih rukovodi svojim posebnim kriterijumima vrednosti i ciljevima. Usled toga, pozitivno pravo je istovremeno i društvena i državna tvorevina koja jednim delom nastaje u društvu, spontano i nezavisno od države, dok ga sa druge strane stvara država formalno nezavisno od društva. Iz tog razloga potrebno je razlikovati dva vida u kojima se pozitivno pravo javlja tj. dva oblika pravnog normativiteta. Reč je o sociološkom i etatističkom normativitetu u pravu, odnosno, dve osnovne kategorije normi u kojima se pozitivno pravo javlja – sociološke i etatističke norme. Sociološke norme su vrsta pravnih normi koje su spontano nastale u slobodnom društvu nezavisno od uticaja državne vlasti i koje je pozitivno pravni poredak prihvatio. Etatističke norme čine onaj deo pozitivnog prava koje "društvu propisuje država na osnovu svoga imperijuma, po svojim merilima i for-

[13] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 76.

[14] Isto, 79.

malno nezavisno od društva"[15]. One nisu nastale u slobodnom društvu već su rezultat ideološkopolitičkog opredeljenja same države i njenog imperijuma.

Sociološke norme se sastoje iz dve vrste fakata: iz objektivne društvene kauzalnosti – proizvod su zakona prirodne kauzalnosti i društvenih zakonitosti tj. materijalne i društvene stvarnosti i uslovljenosti, i iz slobodne društvene normativnosti – društvene ocene vrednosti i prakse o tome kako se u određenim situacijama treba obavezno ponašati. Budući da sociološke norme sačinjavaju "slobodne društvene činjenice, društvena fakta i faktička ponašanja koji postoje u društvu u datom vremenu, odnosno u trenutku njihovog recipiranja od strane zakonodavca"[16] one istovremeno predstavljaju i izraz materijalne pravde koja postoji u društvu.

Etatističke ili čiste norme rezultat su ideoloških stavova koje država unosi u pozitivni pravni poredak putem svog suverenog imperijuma i one nisu proizvod samo slobodnih i objektivnih društvenih faktora, već su plod ideoloških opredeljenja države i usmerene su svom apsolutnom ostvarenju, pa i nasuprot društvenom fakticitetu, sociološkim kretanjima i razlozima. Podlogu etatističkih normi čine različite ideologije koje mogu biti: filozofske, religijske i najčešće političke.

Etatističke norme su izraz pozitivnog prava i državne ideologije, dok su sociološke norme izraz društvene stvarnosti i materijalne pravde. Pravni imperativ ima dva osnovna vida: sociološki kao infrastruktura i ideološki (etatistički) kao nadgradnja. Kao društveni imperativ sociološka norma čini osnovu, dok etatistička norma kao ideološki državni imperativ predstavlja nadgradnju nad sociološkim normativitetom. Usled ovoga između socioloških i etatističkih normi nastaju neizbežne razlike među kojima je najznačajnija ta što su sociološke norme, budući proistekle iz slobodnih društvenih odnosa koji su bitno promenljivi, evolutivne, dok su etatističke neevolutivne, konstantne i statične. U njihovom odnosu apsolutni prioritet imaju etatističke norme pred kojima sociološke norme moraju ustuknuti i povući se, iako su upravo sociološke norme nosilac i izraz materijalne pravde kao društvenog imperativa. To je još jedan od razloga neusklađenosti pozitivnog sa pravednim pravom.

Pravno-tehnička sredstva pomoću kojih shvatanje pravde prožima pozitivno pravo

Marković ukazuje da postoji nekoliko pravno-tehničkih sredstava koja omogućavaju ulazak postojećeg shvatanja pravde u pozitivno pravo. To su: zako-

[15] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 213.

[16] Isto, 214.

nodavna delatnost, sudsko tumačenje, doktrinarno tumačenje i slobodno naučno istraživanje prava.

Zakonodavstvo, formulisanje pisanih pravnih pravila od strane države kojima se uređuju društveni odnosi, ima osnovni nedostatak da je izloženo dejstvu vremena i usled evolucije društvenog života podložno zastarevanju. Kada se društveni odnosi bitnije izmene neophodno je doneti nove zakone i zakonodavac se tada služi raznim sredstvima pravne tehnike kako bi omogućio ulazak u pozitivno pravni poredak novih shvatanja pravde i promenjenih društvenih merila vrednosti. Savremena zakonodavna pravna tehnika nastoji izbeći suviše česte promene u zakonodavstvu kako se ne bi ugrozila pravna sigurnost i izvesnost, ali istovremeno teži i da ublaži njegov formalizam davanjem veće gipkosti pisanom pravilu. U cilju da pomiri pravnu sigurnost, sa jedne, i uvažavanje društvene evolucije, društvenih promena i materijalne pravde, sa druge strane, glavni instrumenti kojima se zakonodavac u tu svrhu koristi su: sve šire polje slobodnog sudijskog ocenjivanja u konkretnim slučajevima, sve češće korišćenje pravnih standarda i tehnika donošenja prinudnih propisa. Tako zakonodavac sve češće upućuje sudiju na primenu pravnih standarda kao gipkih formula čija se sadržina automatski menja uporedo sa društvenim shvatanjima i potrebama[17]. Među njima je od posebnog značaja pravičnost kao najopštiji pravni standard. Navedenim zakonodavno-tehničkim instrumentima svrha je ostvarenje aktuelne, konkretne, materijalne pravde u pozitivnom pravu. Pomoću njih "pojam pravde neprekidno hrani pozitivno pravo jednog razvijenog društva"[18].

Pravno-tehnička uloga pravičnosti samo je jedna od četiri glavne funkcije koje pravičnost ima tokom istorije prava. Pravičnost tada ima ulogu tehničko-pravnog instrumenta kome je svrha da ispravlja tehničke nedostatke zakona nastale kao posledica vremenske i prostorne opštosti formulisanog pravila. Usled opštosti i apstraktnosti formulisanog pravila nije moguće da pozitivno pravo uvaži sve okolnosti konkretnog slučaja, budući da uopštavanje samo po sebi već znači zanemarivanje razlika koje stvarno postoje između pojedinih situacija. Što je pravilo opštije ono te razlike tim više zanemaruje. Zbog toga individualizacijom slučajeva pravičnost naknadno ponovo uočava razlike koje među njima postoje, a koje je apstraktna formula svojim uopštavanjem izbrisala. Marković funkciju pravičnosti kao tehničko-pravnog instrumenta određuje na sledeći način "ispravljati i dopunjavati zakon, raditi pro defectu institiae, biti remedium iuris"[19]. Dakle, kao

[17] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 23.

[18] Marković, B.: O pozitivnom i o pravednom pravu, *Zbornik za teoriju prava IV*, SANU, 1990, knj. 9, 39.

[19] Isto, 57.

pravno-tehnički instrument pravičnost ima korektivnu ulogu u odnosu na pozitivno pravo (correctrix legis).

Pored pravno-tehničke funkcije pravičnost, po Markoviću, ima i sledeće funkcije: moralizacija prava, uvažavanje ekonomske stvarnosti tj. ekonomska funkcija i funkcija evolucije prava. Moralizatorska uloga pravičnosti se javila kao posledica činjenice da je formulisano pravno pravilo, budući samo tehnički razvijano, sve više gubilo dodir sa moralnom stvarnošću iz koje je poniklo. Pravosuđe pomoću pravičnosti ponovo tu vezu uspostavlja. Vršeći svoju pravno-tehničku, moralizatorku i ekonomsku funkciju pravičnost se javlja i kao instrument evolucije prava. Ukoliko pozitivnopravna rešenja postanu zastarela, formulisana pisana pravila prestanu biti u skladu sa ekonomskim potrebama, moralnim shvatanjima ili se pojave praznine, tada se pravičnost javlja kao nosilac novog prava. Unošenjem savremenih i novih ekonomskih kretanja, moralnih nazora i sl. pravičnost krči i priprema put budućem zakonodavcu i ostvaruje svoju funkciju evolucije prava.

Marković u pravičnosti vidi pre svega jedan način pravnog rezonovanja, jednu metodu tumačenja prava, koja pored vladanja pravnom tehnikom, pretpostavlja i mnoštvo drugih znanja i ocenjivanja vrednosti. Ona predstavlja pravni standard i određuje se prema onom društvenom mišljenju koje u tom trenutku preovlađuje i koje je promenljivo. Izvesna neodređenost pravičnosti je upravo njena vrlina koja joj omogućava da ispuni svoje mnogostruke funkcije. Samo tako ona može da obuhvati novo pravo koje život svakodnevno stvara, da popunjava praznine starog prava i sagleda okolnosti konkretnog slučaja. Definisana pravičnost više ne bi bila pravičnost. Kao simbol kompleksne i dinamične realnosti, pravičnost "mora ostati otvorena da bi mogla obuhvatiti svu raznoliku duhovnu i biološku sadržinu društva u sadašnjosti i budućnosti"[20].

Marković konstatuje da se pravičnost istovremeno javlja u dva oblika tj. i kao formalni i kao materijalni izvor prava. Osim kao supsidijarni izvor prava, ona ostaje primarni materijalni izvor iz koga i zakonodavac izvodi sadržinu svojih propisa. "Bilo da inspiriše samo društvo, zakonodavca, teoretičara ili sudiju, koji stvaraju, razrađuju ili primenjuju pravo na konkretne slučajeve, pravičnost se u svim tim oblicima ne javlja samo kao gola logička forma, nego, što je još i važnije, i kao slobodan socijalni kriterijum koji sačinjava materijalnu pravdu i koji pravu daje sadržinu"[21]. Pravičnost predstavlja najopštiji neposredan i pravnom konstrukcijom nedeformisan izvor prava, kao i izraz neophodnosti i posledicu

[20] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 50.

[21] Isto, 51.

nemoći samih formulisanih pravnih izvora pred složenošću i dinamikom društvenog života.

Drugi oblik kroz koji se ideja pravde ostvaruje u pozitivnom pravnom poretku predstavlja sudsko tumačenje prava ili jurisprudencija, odnosno primena postojećih pravnih pravila pozitivnog prava od strane sudova na konkretne slučajeve. U primeni zakonskih pravila zadatak je sudije da otklanja nedostatke apstraktnog i opšteg pravila, s jedne, i da popunjava pravne praznine, s druge strane. Ispravljajući nedostatke formulisanog zakonskog teksta, sudsko tumačenje prilagođava pisano pravilo pozitivnog prava društvenim okolnostima, društvenim merilima vrednosti tj. materijalnoj pravdi. Na taj način, sudsko tumačenje omogućava da materijalna pravda datog društva i datog trenutka dobije sankciju pozitivnog prava. Prilagođavajući pisana pravila pozitivnog prava novim zahtevima društvenog života sudsko tumačenje dobija značaj sredstva preko kojeg se obavlja evolucija prava i priprema put novom zakonodavstvu. Sudsko tumačenje je "tako izraz nužnosti da se zadovolji osećanje pravde kad pisano pravilo nije dovoljno, kad više ne odgovara potrebama života, odnosno kad ga činjenice prevaziđu"[22]. Sudija je posrednik između propisa i društvene stvarnosti. Prilagođavajući zakonska rešenja novoj društvenoj stvarnosti i okolnostima konkretnih slučajeva, sudija "postaje na taj način u izvesnom smislu zakonodavac drugog stepena"[23]. Kada se radi o takvom "stvaralačkom pravosuđu" tj. kada se nizom jednoobraznih sudskih odluka stvara stalna sudska praksa, postavlja se pitanje da li se takvoj sudskoj praksi treba priznati obavezna snaga. Marković ukazuje da "odgovor zavisi od zdravog razuma sudije koji treba da sačuva i autoritet zakona i da zadovolji zahteve pravde"[24]. Dakle, pojam pravde se u datom trenutku na najefikasniji način ostvaruje sudskim tumačenjem prava tj. odlukama jurisprudencije, ali je neophodno to činiti čuvajući i uvažavajući autoritet pozitivnog prava tj. zakona. Time sud ne stvara pravo, već ga stvaralački primenjuje na konkretan slučaj dajući "formulom nedeformisanu ocenu vrednosti jednog društva u datom trenutku"[25].

Doktrinarno tumačenje predstavlja jedan od načina na koji ideja pravde prožima pozitivno pravo. Doktrinarno ili naučno tumačenje istražuje smisao zakonskih odredaba u vezi sa društvenom stvarnošću i potrebama. Ono sistematizuje zakonodavstvo u jednu logički skladnu naučnu celinu, utvrđujući praznine i kontradikcije u zakonskim tekstovima i analizirajući sudsku praksu. Zadatak je

[22] Marković, B.: O pozitivnom i o pravednom pravu, 39.

[23] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 24.

[24] Isto.

[25] Isto, 50.

doktrinarnog tumačenja da otklanja nesklad koji postoji između nauke i tehnike tj. društvene stvarnosti i formulisanog pisanog pravila.

Savremena doktrina pokušava da nesklad između društvene stvarnosti i formulisanog pisanog pravila otkloni i putem slobodnog naučnog istraživanja prava. Slobodno naučno istraživanje prava javlja se kao posledica saznanja da pravo čine dva elementa, nauka i tehnika i da tehnika treba da se dopunjava naukom, tj. pozitivno pravno pravilo postojećom socijalnom sadržinom. Cilj je da pozitivno pravo ne bude samo čista i apstraktna tehnika već da se slovo zakona uskladi sa potrebama života, te da se pozitivno pravo vrati svojoj društvenoj funkciji i da bude izraz društvene stvarnosti i društvenih potreba.

Konflikt između pravne tehnike i pravne nauke, između formulisanog pisanog pravila pozitivnog prava i pravde, ostaće svakako i dalje otvoren, jer mu je "izvor s jedne strane u formalizmu, opštosti i statičnosti pozitivne norme a s druge strane u evoluciji i dinamičnosti društvenog života"[26].

Metodi otklanjanja nesklada između pozitivnog i pravednog prava

Primarno pitanje koje se postavlja jeste kako pomiriti želju za pravednim pravom, sa jedne, i prirodu pravnog fenomena, sa druge strane, tj. kako što uspešnije otklanjati neizbežne raskorake koji nastaju između pozitivnog i pravednog prava.

Saznanje da zakonodavac nije svemoćan, da postoji pravo i van zakona, da pravo ne sme da se izoluje od ostalih činilaca društvenog života (ekonomije, politike, ideologije i sl.) uputilo je na činjenicu da se pravi problem prava ne sastoji u traženju neke definitivne, večite i nepromenljive metafizičke pravde nego u naporu da se formalno pravilo pozitivnog prava održi u što većem skladu sa konkretnim društvenim shvatanjem pravde koje postoji u određenom trenutku i u datoj sredini. Tako je "osnovni problem prava u naše vreme postao prvenstveno jedan problem tehnike: kako ćemo mi, kojom metodom osigurati naučnu elaboraciju prava, tj. ostvariti konkretno i objektivno shvatanje pravde u datom društvu i datom trenutku"[27]. Na taj način, osnovni problem usklađivanja pozitivnog sa pravednim pravom ostaje problem iznalaženja jedne naučne pravne metode koja će omogućiti da pozitivno pravo bude uvek spremno da prihvati postojeće društveno shvatanje pravde datog trenutka i da ga inkorporira.

[26] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 24.

[27] Marković, B.: O pozitivnom i o pravednom pravu, 46.

Usled toga, Marković glavnim zadatkom pravne nauke smatra izgradnju jedne objektivne pravne metode koja će omogućiti da pozitivno pravo bude i ostane u što većem skladu sa poimanjem pravde datog trenutka. U izvršavanju ovog zadatka i u cilju usklađivanja pozitivnog i pravednog prava, teorija prava mora poći od rezultata do kojih je došla opšta nauka. Radi se pre svega o relativnosti pravde. Naime, nauka priznaje svoju nemoć da sazna apsolutnu pravdu i upućuje nas da se zadovoljimo postojećim relativnim i promenljivim društvenim pravdama. Takođe, nauka upućuje na upotrebu razuma kao instrumenta objektivnog saznanja preporučujući pravnoj teoriji da se maksimalno služi razumom i racionalnim argumentima, a ostalim iracionalnim sredstvima (metafizikom, aktom vere, intuicijom) tek pošto se iscrpu sve mogućnosti racionalnog saznanja.

U navedenim okolnostima nedostižnosti apsolutne i postojanju relativne pravde zadatak je teorije prava da formalno pravilo pozitivnog prava održi u što većem skladu sa konkretnim postojećim društvenim shvatanjem pravde koje u određenom trenutku postoji u datoj sredini. Sredstvo koje treba da učini mogućim usklađivanje pozitivnog sa pravednim pravom jeste jedna naučna pravna metoda koja će omogućiti da norma pozitivnog prava uvek bude spremna da prihvati vladajuće društveno shvatanje pravde datog trenutka. Po Markoviću, naučna pravna metoda treba da ispuni četiri sledeća zahteva: da ostvari sigurnost pravnog saobraćaja, da obezbedi jedinstvo pravosuđa, da omogući evoluciju prava i da se ta evolucija ostvaruje na zakonit način. Ispunjenje četiri navedena uslova treba da dovede do ostvarenja pravednog prava kroz pozitivno pravo kao vrhovnog cilja naučne pravne metode.

Cilj je da pravna metoda obezbedi naučan i objektivan pristup ostvarivanju pravednog prava. Međutim, da bi se ovaj cilj mogao realizovati neophodno je ustanoviti kriterijume za utvrđivanje stalno promenljive materijalne pravde, a time i pravednog prava. U uslovima nedostižnosti aspolutne istine i sa njom apsolutne pravde, društvo je "jedini forum koji je pozvan i ovlašćen da donosi sud o tome šta se u konkretnoj sredini smatra pravednim, a šta nepravednim"[28]. Društvo svoj sud o pravednom donosi na empirijski i pragmatičan način: na osnovu saznanja koja su relativna i izražene volje pojedinaca kao članova društva koje su subjektivne i delom iracionalne. Za maksimalno korišćenje razuma i racionalnih saznanja pri otkrivanju društvene istine i pravednog prava i formiranju društvene ocene o pravednom neophodna je sloboda pojedinca da kritički rezonuje i izražava svoje mišljenje. Dakle, nužne pretpostavke za utvrđivanje pravednog prava i oblikovanje društvenog suda o pravednom su sloboda i jednakost.

[28] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 78.

Stoga je neophodan preduslov za maksimalno korišćenje razuma, formiranje društvenog suda o pravednom i otkrivanje pravednog prava demokratsko uređenje društva tj. društvo koje jemči slobodu i jednakost ljudi. Najdublji koren demokratije se nalazi u naučnom agnosticizmu, na kojem se zasnivaju svi njeni atributi: socijalno-politički relativizam i otvorenost za sve ideologije, sloboda opredeljivanja, sloboda i jednakost svih ljudi i većinsko načelo. Budući da garantuje slobodu i jednakost ljudi, demokratska država pruža i najpovoljnije uslove za uspostavljanje i realizaciju društvene pravde, a time i za najdelotvornije otklanjanje razlika između pozitivnog i pravednog prava.

Demokratiju Marković shvata kao političku metodu, a ne konkretnu političku doktrinu, metodu "koja svojom neisključivošću obezbeđuje društvu najširu evoluciju, maksimum racionalnosti i minimum misticizma"[29]. Time stvara uslove i za jedno pozitivno pravo koje je najbliže pravednom pravu. Budući da je jedan stalno otvoren okvir koji je uvek spreman da se ispunjava novim sadržajima i promenjenim društvenim okolnostima, u njoj dolaze do najadekvatnijeg izraza svi društveni činioci i ocene relativnih i promenljivih društvenih istina i vrednosti. Demokratija je metod političkog odlučivanja, koji nam ukazuje kako se dolazi do društveno-političke istine, a ne šta je društvena i politička istina. Usled toga, Marković je smatra i najrazumnijom i najpravednijom državom. Demokratija predstavlja najracionalniji politički režim odnosno metod zbog toga što se usled naučnog agnosticizma i nemogućnosti saznanja apsolutne društvene i političke istine ona ne vezuje, kao ideološke države, za neku mističnu i utopijsku ideju, već ostaje u svetu realnosti ispunjenom relativnim, promenljivim i empirijskim vrednostima. Budući da je i pojam pravde sadržinski, prostorno i vremenski relativan i promenljiv i da se formira u društvu pod uticajem svih relevantnih društvenih faktora istih onih koji određuju i suštinu demokratije, to demokratiju čini i najpravednijom državom.

Konstatujući da se sastoje iz istih elemenata demokratija i pravda su, za Markovića, identične vrednosti i kategorije. Razlika među njima je "isključivo funkcionalna – demokratija je prvenstveno politička kategorija i vrednost dok je pravda u prvom redu moralna i socijalna kategorija i vrednost"[30].

Pravda kao sinteza svih društvenih faktora stoga ima i najviše izgleda da se ostvaruje u demokratskoj državi, zahvaljujući njenim konstantama (relativnost, jednakost, sloboda, skeptičnost, većinsko načelo, metodološko obeležje demokratije) i preimućstvima (evolutivnost, neisključivost, racionalnost). Budući da je pravda sadržinski nestalna kategorija sklona promenama upravo je demokrati-

[29] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 78.

[30] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 141.

ja ta koja može u najvećoj meri omogućiti praćenje promena i usklađivanje pozitivnog sa pravednim pravom.

ZAKLJUČAK

Marković ukazuje da bez demokratije nema pravednog prava. Samo u demokratskoj, tj. slobodnoj i pravednoj državi može doći do maksimalnog ostvarivanja pravednog prava, odnosno da pravedno pravo bude i pozitivno. Ipak, težnja za potpunim izjednačavanjem pozitivnog i pravednog prava retko kad će biti u potpunosti ostvarena. Stepen te realizacije tj. stepen usklađenosti pozitivnog sa pravednim pravom u znatnoj meri će zavisiti od političkih režima. U postizanju tog cilja – smanjivanju i otklanjanju nesklada između pozitivnog i pravednog prava značajnu ulogu ima napredak nauke i naučnih metoda koji će taj raskorak i razmak stalno sužavati. Kombinovanjem logičkog rezonovanja po zakonskim tekstovima, posmatranja društvenih činjenica i njihovih kretanja raskorak između pozitivnog i pravednog prava će se sve više smanjivati, odnosno, pozitivno pravo će, zahvaljujući racionalnim saznanjima i nauci, u sve većoj meri postajati i pravedno pravo.

Da bi se otklonio, ili bar ublažio, nesklad između pozitivnog i pravednog prava, nužna je, sa jedne strane, demokratizacija države, a sa druge strane, otklanjanje antinomije između statičnosti pozitivnog poretka i dinamičnosti društvene evolucije što je zadatak objektivnog pravnog metoda. Međutim, usled dugog prekida njegovog naučnog stvaralaštva, ostali smo uskraćeni za podrobniju analizu tog naučnog i objektivnog pravnog metoda. Uvereni smo da taj metod mora poći od naučnog agnosticizma i relativnosti društvene istine kako bi omogućio napajanje pozitivnog prava društvenim shvatanjem pravde i prodiranje pravednog prava u pozitivni pravni poredak.

Konačan rezultat Markovićevog traganja za pravednim pravom bi bio da "pozitivno pravo nije uvek i pravedno pravo, kao i da pravedno pravo neće uvek biti i pozitivno pravo"[31].

Pošavši od agnosticizma, relativnosti, promenljivosti i evolutivnosti društvene istine, preko metodskog i racionalnog svojstva pravne nauke, slobode i demokratije, Markovića karakteriše skepticizam koji se ogleda u zaključku da će se pozitivno pravo samo u većoj ili manjoj meri približavati pravednom pravu. Složićemo se sa njegovom ocenom da se radi o razumnom skepticizmu, skepticizmu

[31] Marković, B.: O pozitivnom i o pravednom pravu, 77.

koji proističe "koliko iz ograničenih mogućnosti ljudskog saznanja toliko i iz prirode samog pravnog fenomena i njegove tehnike"[32].

SANJA ĐURĐIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law and Business Studies
"Dr Lazar Vrkatić", University Uniof of Belgrade

ABOUT THE RELATION OF A JUST AND POSITIVE LAW IN THE WORK OF BOŽIDAR S. MARKOVIĆ

Summary

The relations between the positive and just law are a basic question of the philosophy and theory of law and a central theme of research of Božidar S. Marković. The idea of dualism in law in general has been the initial inspiration in his conception of the legal phenomenon. His doctoral thesis in 1930 has thus been dedicated to the relations between justice and positive law, and was in its core based on the idea of legal dualism. Later works of Marković manifest various aspects of that dualism between just and positive law. Positive law has to be just, although this is not always the case. The causes of such disharmony should be found in the dual character of the positive law, in the changing criterion of substantive justice and the static nature of the positive-law rule as contrasted to the dynamic nature of substantive justice. In order to overcome, or at least attenuate, the disharmony between the positive and just law, it is necessary to have democratization of state - which is the task of the politics, and the elimination of the antinomy between the static nature of positive order and the social evolution - which is the task of the theory of law.

[32] Marković, B.: *O pravednom pravu*, 80.

ZORAN I. JELIĆ

MODERNO ČITANJE KELZENA

– Prilog istraživanju metodološkog integralizma Čiste teorije prava –

U V O D

Premda je Čista teorija prava, počev od 1911. godine neprekidno do danas, bila i ostala predmet pomnog analitičkog i kritičkog istraživanja – a u međuvremenu po smrti njenog tvorca, dobila čak i respektabilnu institucionalnu podršku osnivanjem naučne ustanove pod imenom "Hans Kelzen" u Beču – ona, po svemu sudeći, zbog svoje izuzetne složenosti, još uvek nije na zadovoljavajući način proučena niti je bitno doprinela rehabilitaciji već stolećima urušenog ugleda jurisprudencije.

Preciznije rečeno, u poređenju, primera radi, sa rimskom pravnom naukom koja je uživala status glavnog izvora prava, tj. privilegiju koju docnije pravna nauka više nikada i nigde nije imala,[1] moderna jurisprudencija svela je svoju ulogu manje-više na sluškinju zakonodavca i drugih autoriteta ovlašćenih za stvaranje (i primenu) pravnih akata i postala zavisna od njihove volje, a često i puke samovolje. Stoga npr. nije nimalo neobično što je jedan anonimni nemački jurista Julijus Herman fon Kirhman (Julius Hermann von Kirchmann, 1802–1884) iznenada postao čuven u pravničkim krugovima širom evropskog kontinenta kada je u jednom svom predavanju (1848) ustvrdio da je jurisprudencija bezvredna nauka,

---

Dr Zoran I. Jelić, konsultant, Beograd.

[1] Vidi str. 32 knjige "Gaius noster" od autora Obrada Stanojevića, Beograd, 1976, Institut za pravnu istoriju i Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.

jer je dovoljno da zakonodavac ispravi tri reči, pa da se čitave biblioteke pretvore u makulaturu.[2]

Pa ipak, nezavisno od toga, što nije uspeo da u potpunosti rehabilituje dostojanstvo pravne nauke, Kelzenu (i njegovim sledbenicima) bez sumnje, pripada krupna zasluga što je tokom svog izuzetno plodnog stvaralaštva u normativnom komuniciranju otkrio stvarnu suštinu pravnog fenomena koja bi, po njemu, morala da bude utemeljena na idealima egzaktnosti i objektivnosti i lišena svih vidova političke ideologije i drugih sličnih primesa koje podsećaju na prerušeno prirodno pravo. U stvari, ovo znači da bi pravna nauka i njen predmet trebalo da budu u maksimalno mogućoj meri kompatibilni sa dostignućima i rezultatima savremene metodologije društvenih i duhovnih nauka kao osnovi na kojoj bi počivali izgradnja i unapređivanje pravne teorije i prakse.

U tom kontekstu posebnu pažnju privlače tri teme čija je obrada od ključnog značaja za modernizaciju metoda stvaranja, saznanja i primene pravnih poruka. Radi se, u prvom redu, o problematici koja se odnosi na integralno sagledavanje sistemskog karaktera Kelzenove pravne doktrine, zatim na njegovu semantičku koncepciju pravne norme i, najzad, na njegov komunikacioni pristup pozitivnom pravu.

Svaka od pomenutih tema biće u daljem izlaganju predmet detaljne analize tj. obrade i, po potrebi, protkana odgovarajućim objašnjenjima i zapažanjima, odnosno neophodnim kritičkim primedbama i komentarima.

SISTEMSKI KARAKTER ČISTE TEORIJE PRAVA

1. Metodološki redukcionizam nesumnjivo predstavlja ključni nedostatak savremene dogmatske jurisprudencije (kako u njenom interpretativnom tako i teorijskom obliku), budući da zbog svojih skučenih vidika ne pruža adekvatnu i dovoljnu podlogu za uspešno bavljenje današnjim kompleksnim i beskrajno razuđenim pozitivnim pravom.

Ako se, pak, po zakonu nužne raznovrsnosti *Rosa Ešbija* (Law of requisite variety) raznovrsnost može apsorbovati samo raznovrsnošću,[3] tj. ako bi na svakom naučnom području metod po svojoj složenosti morao da odražava složenost predmeta, onda nije neobično što su u pravnoj nauci, po tvrđenu *Hermana Kantoroviča (1877-1940)* svi dosad korišćeni metodi mogli da daju isključivo slučajne rezultate, pošto se u njihovoj primeni uporno istrajavalo na tome da se neograni-

[2] Up. "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft", Manutius Verlag, Heidelberg, 1988, str.29.

[3] Up. Ross W. Aschby, An Intraduction to Cybernetics, Science Edition, John Wiley and Sons, Inc. New York 1963, str. 207.

čeni broj činjeničnih kombinacija reši ograničenim sredstvima zakonskih tekstova, dakle na način koji je s logičke tačke gledišta neosporno za osudu.[4] Drugim rečima, vladanje pravnom tehnikom i zakonskom materijom, ma koliko bilo virtuozno, ne mogu biti zamena za vladanje činjeničnim pitanjima.[5]

Međutim, problem kompleksnosti pozitivnog prava nije bilo jedino sporno pitanje s kojim se u prošlosti suočavala, a isto tako i u sadašnjosti kontinuirano suočava pravna dogmatika ili dogmatska jurisprudencija. Mi smo u Uvodnoj reči već konstatovali da je izuzetna promenljivost njenog predmeta navela nemačkog pravnika *Kirhmana* da izjavi kako ona ne zaslužuje da ima status naučne discipline.

Oba navedena problema privukla su odmah pažnju *Hansa Kelzena (1881-1973),* najvećeg pravnika novijeg vremena, kada je pristupio izgradnji svog, po mnogo čemu, osobenog učenja. Prema njegovom stanovištu, znanja kojim mora da raspolaže zakonodavac prilikom normiranja društvenih odnosa ili sudija prilikom utvrđivanja odlučujućih činjenica radi donošenja zakonite i pravilne presude, unutar jurisprudencije ne igraju bitnu ulogu, imajući u vidu da, shodno *Kantovoj* filozofiji, saznanje konstituiše i kreira svoj predmet, što po tumačenju Ljubomira Tadića, znači da predmet pravne nauke - mada počiva na materijalu pozitivnog prava - u suštini zavisi od njenih sopstvenih saznajnih potencijala. Stoga se već u svom prvom kapitalnom delu, objavljenom 1911. godine, pod naslovom "Glavni problemi teorije državnog prava" *Kelzen* isključivo usredsredio na pojednostavljenje predmeta svoje pravne doktrine, pa je, saglasno tome, jurisprudenciju sveo na "formu i samo formu",[6] polazeći od nepobitne činjenice da su tradicionalni metodi jurisprudencije praktično nemoćni da u celini obuhvate, kritički analiziraju i svestrano obrade sadržinski veoma heterogen, po obimu praktično neomeđen i vrlo dinamičan zakonodavni sistem, koji je manje-više karakteristika svih savremenih visokorazvijenih pravnih poredaka.

Zagovarajući izloženi pristup, Kelzen je nameravao, ne samo da unapred eliminiše brojne teškoće s kojima se mora računati u istraživanju ekstremno kompleksnog pravnog materijala, već u prvom redu da automatski obezbedi potrebni nivo egzaktnosti i objektivnosti vlastitog metoda prožetog matematičkim duhom. U polemici koju je povodom toga vodio s *Jelinekom, Kelzen* je isticao da se, meta-

---

[4] Up. Herman Kantorovič: "Borba za pravnu nauku", Dosije, Beograd, 2006, str. 95.

[5] H. Kantorovič, op.cit. 94. Na str. 95 op.cit. navedeni autor ističe da "hiljade trgovaca" nikad ne započinju sudski proces, osim ako je reč o vrlo velikim iznosima i sasvim jasnom pravnom stanju, kod kojih je primena "pravne nauke" izlišna. Ukratko rečeno, postoji strah od obraćanja sudovima.

[6] Up. Hans Kelzen: "Glavni problemi teorije državnog prava", JP "Službeni list SRJ", Beograd i CID Podgorica, 2001. god. str. 97.

forički posmatrano, jurisprudencija može označiti kao "geometrija totalne pravne pojave", dodajući da baš ova matematička disciplina pruža dokaz da se mogu stvoriti "forme bez sadržine", a da se pritom ne zapadne u sholastiku.[7]

U istoriji jurisprudencije takva orijentacija nije bila nepoznata, ali su svi pokušaji učinjeni u tom smislu, u krajnjem ishodu, pretrpeli neuspeh. Sledstveno tome, pomenimo, primera radi, odgovarajuće poduhvate *Grocijusa (1583–1645)* ili *Lajbnica (1646–1716)*, od kojih je *prvi* nastojao da u pravnoj nauci afirmiše metod apstrahovanja svojstven matematičarima kad u svojim analizama posmatraju geometrijske slike odvojeno od tela ("sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant"), dok je *drugi,* pak, kategorički tvrdio da jurisprudencija kao i matematika spada u one nauke koje ne zavise od činjenica i iskustva nego od definicija i strogih dokaza, ali mu, nažalost, nije pošlo za rukom da ovu svoju koncepciju praktično realizuje.

Bilo kako bilo, *Kelzen* je relativno brzo uvideo da je njegova zamisao o matematizaciji pravne nauke previše ambiciozan poduhvat da bi bio ostvarljiv, pogotovu što jurisprudencija u njegovo vreme, pa i danas u eri sveopšte kompjuterizacije još nije dostigla onaj stepen strogosti koji je neophodan za njenu rigoroznu formalizaciju, s ciljem da se obezbedi njena željena egzaktnost. Takođe je bio prinuđen da konstatuje i da ideja o objektivnoj pravnoj nauci ima izgleda na opšte priznanje samo u periodu društvene ravnoteže.[8]

Rešavanje, pak, problema izuzetne promenljivosti predmeta jurisprudencije na koji je ukazao *Kirhman*, s ciljem da u potpunosti obezvredi njen naučni status,[9] *Kelzen* je poverio svom najodanijem učeniku i sledbeniku *A.J. Merklu* koji je, na njegov direktan podsticaj, napisao monografiju o problematici pravnosnažnosti,[10] u kojoj je dokazao da je nepromenljivost bitno svojstvo pravnosnažnih pravnih akata i da je otuda moguća postojanost predmeta pravne nauke, čime je obesnažio Kirhmanovu tezu o bezvrednosti jurisprudencije, ali i o njenom svođenju na svojevrsnu veštinu.[11]

---

[7] Up. Hans Kelzen, op. cit., str. 98– 99.

[8] Hans Kelzen: "Čista teorija prava", Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1998, str. 9.

[9] Up. J.H. von Kirchmann, op. cit., str. 29.

[10] Up. Dr Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, Franz Deuticke, Leipzig und Wienn, 1923, gde ovaj autor, na str. VII kaže: "Za odlučujući podsticaj za pisanje ovog spisa, moram da zahvalim svom uvaženom učitelju, majstoru i prijatelju Hansu Kelzenu".

[11] Tako npr. Žorž Gurvič (v. "Sociologija prava", CID Podgorica, str. 26) ističe da bi bilo čak veoma značajno, da bi se izbegla svaka metodološka konfuzija, složiti se da je jurisprudencija (pravna nauka) samo veština i ništa više, pogodna isključivo za praktične ciljeve.

2. Paradoksalna je činjenica što je Kelzenovo učenje decenijama kontinuirano optuživano za metodološki redukcionizam, mada se radilo o doktrini sistemskog karaktera, koje je jasno i nedvosmisleno zagovarala metodološki integralizam kao temelj jurisprudencije.

Već u predgovoru za drugo izdanje svog metodološkog rada "Glavni problemi teorije državnog prava" (1923. god.) *Kelzen* je u krajnje konciznoj formi definisao sopstveni naučni vjeruju, odnosno programsko opredeljenje koje se, u traganju za suštinom pravnog fenomena, koncentriše na rešavanje sledeća tri zadatka, i to:

(1) filozofsko produbljivanje problema teorije prava i države,

(2) povezivanje tih problema sa analognim problemima susednih i srodnih, odnosno drugih nauka;

(3) oslobađanje čiste teorije prava od nezdrave izolacije i njeno uključivanje u sistem nauka kao punopravnog člana.

Navedeno *Kelzenovo* programsko opredeljenje koje je utkano u Čistu teoriju prava kao sistemsku disciplinu, nije naišlo na bilo kakvo razumevanje kod njegovih oponenata koji su nastavili da sa još većom žestinom bespoštedno i neprincipijelno osporavaju celokupni *Kelzenov* naučni opus, a naročito učenje o pravdi kao iluzornoj ideji o jednakosti, pri čemu su, svesno ili nesvesno, prevideli nepobitnu činjenicu da se svako pravo zasnovano na toj ideji, u krajnjoj liniji, svodi na primenu jednog merila na nejednake slučajeve, dakle na pravo nejednakosti. No, bitno je ovde naglasiti da sva ta lavina neutemeljenih i promašenih kritika i optužbi nije, naravno, nimalo uticala na pobornike Čiste teorije prava da odustanu od svog opredeljenja orijentisanog na integralno proučavanje pravnog fenomena, koje je posebno došlo do punog izražaja u Merklovoj teoriji o stupnjevitosti pravnog poretka kao suštinskom sastavnom delu *Kelzenove* doktrine. Radi se, naime, o prvoj svesnoj primeni sistemskog načina mišljenja na svet pravnih pojava koji je dotad pravnicima bio gotovo nepoznat.[12]

Sistemski pristup ili naučni model na kojem se temelji čista teorija prava počiva na nekoliko osnovnih principa, od kojih na ovom mestu treba pomenuti načelo sveobuhvatnosti, holizam i ideju o osnovnoj normi kao fingiranoj normi ili fikciji u Fajhingerovom smislu.

Načelo sveobuhvatnosti podrazumeva potpunost, univerzalistički karakter pravnog sistema ili pravnog poretka kao predmeta jurisprudencije, što znači da je svako ljudsko ponašanje određeno pravom, saglasno načelu da je sve slo-

[12] Up. Dr. A. Merkl, op. cit., str. 223. i Ludwig J. Adamovich – Bernd Chrisian Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht Springer – Verlag, Wien – New York, 1980, str. 34–36.

bodno što ustavom i zakonom nije zabranjeno.[13] Bliže rečeno, u takvom poretku nema pravnih praznina, budući da se one popunjavaju pravnim principima koji su po *Kantu* pogodno sredstvo da se kompleksno i praktično neomeđeno pozitivno zakonodavstvo uprosti[14] i tako otklone brojne krupne teškoće skopčane sa njegovom efikasnom primenom. S druge strane, univerzalni karakter predmeta jurisprudencije nužno počiva na kontinuiranom i svestranom sgledavanju celine pravnog fenomena čiji se počeci vezuju za sredinu minulog stoleća kada se pristupilo svojevrsnoj kodifikaciji ljudskih prava ili prava čoveka koja su samo drugi naziv za načela prirodnog ili pravednog prava. Uključivanje, pak, principa prirodnog prava u korpus pozitivnog prava u obliku niza sistemskih pravnih dokumenata, usvojenih na međunarodnom i nacionalnom planu, dovelo je do renesanse pravnog pozitivizma na čelu sa *Kelzenovom* pravnoteorijskom školom, a time i do istinske apoteoze Čiste teorije prava u internacionalnim razmerama.

Holizam kao sledeći princip Kelzenovog sistemskog pristupa, u stvari, predstavlja interpretaciju odnosa između celine i delova pravnog poretka, uz nastojanje da se naučno istraživanje usmeri na celinu, jer, po tumačenju matematičke teorije skupova, ona može da ima svojstva koja ne moraju da poseduju njeni delovi. Shodno tome, tvorac Čiste teorije prava tvrdi da se ova teorija načelno, odnosi na celinu pravnog fenomena i teži da svaki pojedini fenomen shvati u sistematskoj povezanosti sa svima drugima, kao i da u svakom delu prava shvati funkciju celine prava, polazeći od toga da je pravo poredak (sistem) i da stoga, sve pravne probleme treba postavljati i rešavati kao probleme poretka.[15]

Navedeno tipično holističko stanovište zasniva se na načelu harmonije, tj. tezi da je svet "Jedno" što će reći da svaki deo skladno učestvuje u celini, a celina u svakom delu.[16]

U kapitalnom radu "Opšta teorija prava i države", *Kelzen* ponavlja da je pravo poredak ili sistem pravila, a ne pojedinačna izolovana norma koja je, inače suština pravnog fenomena; no, odnosi koji povezuju pojedine norme i način njihovog povezivanja u sistem, takođe su bitni za razumevanje prirode prava. Do pravnog sistema, po *Kelzenu,* dolazi se tumačenjem, tj. interpretacijom se pravni

[13] Vidi u vezi s tim član 3. bivšeg Ustava Republike Srbije ("Službeni glasnik" RS, br. 1 od 28. septembra 1990. godine.

[14] Up. Imanuel Kant, Kritika čistog uma, Dereta, Beograd, 2003, str. 201.

[15] Up. H. Kelzen, Čista teorija prava, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije, Beograd, 1998, str. 44-45.

[16] Up. Dragan Mitrović, Put prava, JP. "Službeni list SRJ", Beograd, 2000, str. 188, 205 i 221. Leonardo da Vinči, jedan od velikana renesanse, ističe da, svaki deo teži da se sjedini sa celinom, kako bi na taj način umakao nesavršenstvu.

materijal pretvara u sistem tako što se eliminišu eventualne protivrečnosti, odnosno proglašavaju za prividne nedostatke jezičkog karaktera.[17]

Što se tiče trećeg fundamentalnog principa sistemskog pristupa koji zagovara Čista teorija prava, reč je o ideji osnovne norme kao fingirane norme ili vrhovnog pravila kojim se zasniva jedistvo celokupnog pravnog poretka stupnjevitog tipa.

Nema sumnje da je uloga osnovne norme u okviru Kelzenovog učenja bila i ostala centralna tema kritičkog osporavanja Čiste teorije prava i njena "Ahilova peta", tj. mesto na kojem se, navodno, njeni temelji ruše kao "kula od karata".

Pa ipak, uprkos i nasuprot tezi brojnih kritičara da osnovna norma označava potpun prekid sa stvarnošću i da je stoga njena funkcija apsolutno neodrživa, Kelzen je uporno istrajavao na očuvanju njene egzistencije u okviru svoje doktrine, s tim što ju je u posthumno objavljenom radu „Opšta teorija normi" definisao kao fikciju u *Fajhingerovom* smislu,[18] odnosno kao tvrđenje koje iz razloga svrsishodnosti svesno odstupa od stvarnosti.

Mada se sa *Fajhingerovom* filozofijom "kao da" ("als ob") upoznao još na početku svoje naučne karijere, tvorac Čiste teorije prava je bio dosta rezervisan u pogledu upotrebe fikcija u pravu, tvrdeći da one nemaju baš ništa specifično pravno po sebi i da nisu karakteristične metode za jurisprudenciju, ali da postaju razumljive posredstvom fikcija matematike i drugih nauka.[19] Međutim, ako su fikcije priznate u matematici i drugim naukama kao legitimno metodsko sredstvo, onda nema razloga da se njihova nesumnjivo korisna, pa i nužna uloga osporava npr. na području prava. Naime, kao pomoćno metodsko sredstvo, fikcije, veli *Fajhinger (Hans Vaihinger 1852–1933)*, imaju svoj osnov i u pravnoj oblasti društvenog života, jer zakoni svojim formulama ne mogu da obuhvate sve pojedinačne slučajeve, koji po svojoj prirodi odstupaju od onog što je uobičajeno, te se otuda posmatraju "kao da" tim formulama pripadaju. U skladu s tim, nezavisno od činjenice što osnovna norma nema nikakve veze sa stvarnošću, od koje svesno odstupa, njena uloga na području prava, po *Kelzenu,* predstavlja neophodan uslov da bi se svaki prinudni poredak, utemeljen na aktima ljudskih bića i u svemu efikasan, mogao tumačiti kao sistem objektivno postojećih normi. U suprot-

[17] Up. H. Kelzen, Opšta teorija prava i države, Beograd, 1998. godine, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije, str. 55, 438 i 439.

[18] Up. H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhendlung, Wien, 1979, str. 206-207.

[19] Up. H. Kelsen, Zur Theorie der juristischen Fiktionen, Die Wiener rechtstheoretische Schule, Europa Verlag Wien, Fankfurt, Zürich – Universitätsbuchhandlung Anton Pustet, Salzburg, München, 1968, str. 1241.

nom slučaju, imali bismo samo skup faktičkih zapovesti, te odnosi koji bi se na osnovu njih uspostavili, ne bi mogli da se interpretiraju kao pravni odnosi nego samo kao odnosi moći.[20]

SEMANTIČKA KONCEPCIJA PRAVNE NORME

1. Pojmovno određenje pravne norme – te najmanje, ali suštinske jedinice pravnog fenomena – kao značenja akta volje, vremenski gledano, pripada relativno kasnoj fazi razvoja Čiste teorije prava. U prethodnom, odnosno klasičnom periodu izgradnje ove doktrine, Kelzen je normu posmatrao na različite načine, npr. kao pravilo ponašanja, depsihologizovanu ili anonimnu i bezličnu zapovest, šemu tumačenja, kriterijum za ocenjivanje i sl. da bi je u poznoj fazi normu tretirao u svojstvu značenja akta volje namenjenog pravnom opštenju između organa i stranaka, ali i, između samih stranaka, s ciljem da se utiče na njihovo ponašanje. Navedena, pak, semantička koncepcija pravne norme predstavlja još jednu potvrdu zalaganja tvorca Čiste teorije prava za izgradnju metodološkog integralizma u oblasti prava, imajući u vidu činjenicu da je kategorija značenja nastala upravo na sučeljavanju sa pozitivizmom 19. veka koji je sve do naših dana, uvek i u svakoj prilici, imao sluha samo za sirove činjenice i uzročne veze među njima, tj. za ono što je dato, a ne za tvorevine ljudskog duha, za elemenat značenja sadržan u društvenim pojavama. No, upravo je taj element po velikom nemačkom sociologu *Maksu Veberu (1864–1920)* ona odrednica po kojoj se društvene pojave razlikuju od prirodnih fenomena. U vezi s tim, možemo konstatovati da prirodne pojave pripadaju sferi nužnosti, a društvene – sferi slobode, odnosno, da se prirodne nauke bave činjenicama, a društvene nauke – značenjima činjenica, jer se kao društveno i kulturno biće, čovek izdiže iznad prirodnog postojanja tek sa svešću o značenjima.[21]

Inspirisan u izvesnoj meri sociologijom Maksa Vebera, i svrstavši pravnu normu u sferu smisla ili značenja, Kelzen je u polemici sa *Maksom Adlerom*[22] stao nedvosmisleno na gledište da, po njemu, čitava sfera socijalnog spada u oblast normativnog saznanja, vrednosti, a ne kauzalne prirodne stvarnosti. To je dalo povoda *Rad. D. Lukiću* da *Kelzena* optuži za prikriveno konstituisanje jedne čisto normativističke teorije društva, sa imperijalističkim pretenzijama. Naime, pošavši od toga da oslobodi pravnu nauku od socioloških elemenata, Kelzen, po *Luki-*

[20] Up. H. Kelsen, What is the Pure Theory of Law, XXXIV, Tulane Law Review (1960).

[21] Up. Đuro Šušnjić: "Metodologija", Čigoja štampa, str. 116-124 posebno str. 118, Beograd, 1999.

[22] Up. "Marksizam i država" (zbornik), Filip Višnjić, Beograd, 1985, str. 27.

ću, završava unošenjem normativističkih elemenata u sociologiju, "tuđu nauku" i stvaranjem čisto normativističke sociologije, što predstavlja najezdu pravnog normativizma u sociologiju i ukidanje njene samostalosti.

Navedeni prigovor, po našem mišljenju, proizvod je čistog nerazumevanja *Kelzenovog* postupka, neshvatanja da sociologija nije samo kauzalno-eksplikativna već i interpretativna nauka i da suštinu ljudskog društva čini, kako kaže Gams ,zapravo, norma, shvaćena kao najopštija kvalifikacija odnosa između ljudi, s stanovišta dobra i zla, dozvoljenog i nedozvoljenog i valjanog i nevaljanog.[23]

2. Odnos između značenja i akta volje kojim se bavi jurisprudencija, u semantici se manifestuje kao relacija između znaka (u obliku reči, iskaza ili teksta, ali i drugih fakata) i njegovog smisla koji, po pravilu, varira od pojedinca do pojedinca, budući da ne postoje dva identična ljudska iskustva, pri čemu sloboda u pridavanju značenja znakovima, veli *Dubravko Škiljan*[24] nije apsolutna, s obzirom na činjenicu da su individualna iskustva duboko utkana u kolektivna iskustva društvenih grupa kojima određeni pojedinac pripada. Ako je nadalje, danas nesporno da je pravna norma značenje (smisao) akta volje i da spada u idelanu sferu trebanja, a sam akt volje u oblast bivstvovanja, onda analiza fenomena značenja posmatranog po sebi i za sebe, ukazuje da je ono sistem odnosa između jezičkog znaka i njime označenog fenomena u društvenoj stvarnosti.

Radi se o kompleksnoj kategoriji pomoću koje se omogućuje da se svestrano sagledava pravna problematika bilo koje vrste, pa je – ponovimo to opet - zaista paradoksalno kada se tvorcu Čiste teorije prava pripisuje metodološki redukcionizam u proučavanju pravnih pojava. U tom kontekstu svojevremeno su posebnu pažnju privlačili prigovori marksista protiv navodnog prenaglašenog normativizma Čiste teorije prava i njegovog navodno skučenog i jednostranog shvatanja pravnog fenomena, čija je jedna od bitnih crta tobože svesno zanemarivanje značaja i uloge pravnog odnosa kao ćelije pravnog tkiva.

Glavni pobornik ove i ovakve kritike Čiste teorije prava istaknuti sovjetski naučnik *J.B. Pašukanis*, isticao je da klasici marksizma u svojim radovima nigde nisu obraćali pažnju na zakon i normu, već isključivo na pravni odnos, kao specifični društveni odnos, koji je predstavljao polaznu tačku u njihovim analizama.[25]

---

[23] Vidi našu raspravu "Norma kao suština pravnog fenomena" i tamo navedenu literaturu ("Pravni život", br. 12/2012, tom IV, Beograd, str. 751-753).

[24] Up. D. Škiljan: "U pozadini znaka", Školska knjiga, Zagreb, 1985, str. 31-32.

[25] Up. J.B.Pašukanis: " Opšta teorija prava i marksizam", „Veselin Masleša", Sarajevo, 1958, posebno str. 97–119. U vezi sa Pašukanisovim stanovištem, valja imati u vidu da ono ima svoje idejno ishodište u Marksovoj tezi da ljudsku suštinu čini skup društvenih odnosa.

U skladu sa izloženim osnovnim polazištem, *Pašukanis* je prevashodno insistirao na tezi da u materijalnoj svarnosti pravnom odnosu pripada primat nad pravnom normom. Naučno ili teorijsko proučavanje, veli Pašukanis, može da računa samo sa činjenicama. Prema tome, ako su se izvesni odnosi stvarno obrazovali, znači nastalo je pravo; ako je bio izdat samo zakon ili dekret, a u praksi nisu nastali odgovarajući odnosi, znači da se radilo o pokušaju stvaranja prava, ali je taj pokušaj ostao bez uspeha.

Pašukanis očigledno hoće da dokaže stav da je pravo kao skup normi u poređenju sa realnim pravnim odnosima samo mrtva apstrakcija, jer u njima, za razliku od normi, pravni poredak vrši svoje realno kretanje.

Na kraju, *Pašukanis* zaključuje svoje rezonovanje tezom da je ekonomski odnos izvor pravnog odnosa, te tako mehanički izvodi ono što, po njemu, treba da bude iz onoga što jeste, čime nesvesno krši *Hjumovo* opštepriznato pravilo, prema kojem se trebanje ne može formalnologički izvoditi iz bivstvovanja i obrnuto.

Kelzen, doduše, ne osporava da je norma shvaćena kao značenje akta volje idealna pojava, ali, zauzvrat, decidno ističe da postoji suštinska veza između norme i činjenice. Akt kojim se norma stvara, veli on, predstavlja činjenicu koja egzistira u prostoru i vremenu i pripada sferi bivstvovanja. No, to nije jedina veza između norme i činjenice; druga veza je efikasnost kao uslov važenja. Naime, pravni poredak u svojoj ukupnosti i pojedinačne norme ponaosob, smatraju se važećim, pod uslovom da se primenjuju i delotvorno utiču na ljudsko ponašanje.[26]

Generalno posmatrano, neslaganja marksističkih pravnih teoretičara sa Kelzenom su, u stvari, prevashodno terminološke, a ne stvarne prirode i uglavnom su proizvod ne samo njihovih ideoloških zabluda, naročito predstavnika sovjetske pravne teorije tzv. ranog perioda (1918–1928), nego, pre svega, nedoljnog poznavanja docnijih krupnih inovacija u Čistoj teoriji prava, izvršenih u poznom periodu njenog razvoja. Kelzen se, naime, zalaže za integralno, a ne za redukcionističko proučavanje pravnog fenomena kako bi to hteli da mu pripišu marksisti, jer shvatanje pravne norme kao značenja akta volje, nužno podrazumeva sagledavanje svih aspekata takvog značenja, koje obuhvata skup različitih odnosa ili kompleks relacija, što nedvosmisleno ukazuje na njegovu multidisciplinarnu prirodu. Saglasno tome, semantička koncepcija pravne norme, poput izuzetno složene duhovne tvorevine, nesumnjivo povezuje jurisprudenciju sa nizom srodnih i susednih disciplina, čime se na optimalan način stvaraju neophodne pretpostavke za unapređivanje pravnog integralizma u službi jačanja poretka vladavine prava.

[26] Up. Hans Kelsen, What is the Pure Theorie of Law, XXXIV Tulane Law Review (1960).

KOMUNIKACIJSKI PRISTUP POZITIVNOM PRAVU

1. U posthumno publikovanom delu pod naslovom "Opšta teorija normi",[27] *Kelzen* razrađuje i konkretizuje svoju semantičku koncepciju pravne norme, usredsređujući fokus posmatranja na njenu društvenu dimenziju, na odnos ili opštenje između najmanje dva subjekta – jednog koji izdaje normu materijalizovanu jezičkim znacima u obliku poruke, tj. teksta namenjenog komuniciranju, s ciljem da utiče na ljudsko ponašanje i drugog na čije je postupanje ta poruka usmerena. Onaj koji nešto zapoveda, koji postavlja normu, objašnjava Kelzen, nešto hoće; onaj, pak, kome je zapovest u vidu poruke upućena, nešto treba da učini ili da se uzdrži od činjenja, odnosno da trpi.[28]

Jezički izraz zapovesti je imperativ u vezi s kojim važi načelo formulisano od strane nemačkog logičara i pobornika tzv. naučne filozofije (Scientific Philosophy) Valtera Dubislava (Walter Dubislav, 1895-1937) da nema imperativa bez imperatora,[29] ali ni bez odgovarajućih adresata. Reč je o tzv. sociološkom poimanju norme kao poruke koju, po Rad. D. Lukiću, čine, pre svega, procesi komunikacije normi među ljudima, tj. *saopštavanje norme drugome,* bilo neposredno bilo posredno.[30]

U skladu s tim, pozitivno zakonodavstvo može da se posmatra kao komunikacioni proces u vidu razmene preskriptivnih poruka između odgovarajućih subjekata, koji se odvija u trouglu "zakonodavac – normativni akti – adresati". U tom procesu normativni akti kao nosioci određenih značenja ili normi saopštavaju se pravnim subjektima – adresatima radi uticanja na njihovo ponašanje.

Takav karakter normi upućuje na zaključak da se njihova egzistencija vezuje za njihovo objavljivanje u obliku pravnih akata, tj. one ne postoje ako nisu saopštene subjektima na koje se odnose, tj. ukoliko, zakonodavac ili drugi ovlašćeni tvorac pravnih normi, nije omogućio ili stvorio adekvatne uslove da te norme budu dostupne saznanju adresata, saglasno tradicionalnom načelu "Idem est non esse et non significari", ("Ono što nije saopšteno, odnosno objavljeno, ne postoji"). Dakle, saopštavanje ili objavljivanje norme u zvaničnim glasilima kojima se garantuje autentičnost njenog materijalnog izraza (teksta), predstavlja nužnu

[27] Up. Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979, str. 23.

[28] Lingvistički gledano, imperativnost se izražava zapovednim načinom, infinitivom, futurom, konstrukcijama "da + prezent" i "da + perfekt", imperativnim partikulama i raznim imperativnim konstrukcijama.

[29] Up. Walter Dubilav, Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze", Theorie 3 (1937), str. 335, gde on govori o apsurdnosti imperativa bez imperatora.

[30] Up. Rad. Lukić: "Pojam prava", Zbornik za teoriju prava", sv. II, SANU, Beograd, 1982, str. 11.

pretpostavku i način postojanja prava kao prevashodno komunikacijskog fenomena, što znači da ako njegovo bivstvovanje neminovno prethodi njegovom važenju, onda proizlazi da *postojanje i važenje* pravne norme (ili prava kao sistema normi) nisu sinonimi, već dve različite kategorije koje se ne smeju međusobno poistovećivati, kako je to, inače, redovno činila Čista teorija prava u klasičnom razdoblju svoje izgradnje, da bi u pozno doba svog razvoja to opredeljenje sama dovela u pitanje.

2. U današnje vreme objavljivanje (publikovanje, obnarodovanje) propisa i opštih akata u njihovim autentičnim tekstovima postalo je jedan od fundamentalnih aksioma pravne teorije i prakse, a posebno pozitivnog prava, odnosno pozitivnog zakonodavstva, ili, kako naglašava poznati engleski filozof *Hobs* u svom "Levijatanu", zapovest države je zakon, ali samo za one koji imaju načina da za tu volju saznaju.

Međutim, da bi se pozitivno pravo nesmetano i uspešno ostvarivalo u svakodnevnom životu, ono se mora transformisati u komunikacioni proces koji se sastoji od uzajamnih saopštavanja i reagovanja na saopštene preskriptivne poruke kao nosioce normativnih značenja; ta reagovanja obuhvataju prijem, interpretaciju i primenu relevantnih pravnih akata, tj. ponašanje po obavezujućim pravilima, uključujući tu i praćenje efekata tog ponašanja u praksi, radi njegove eventualne korekcije Preciznije rečeno, uspostavljanjem komunikacije između zakonodavca i adresata i između samih adresata, pravne norme kao idealne pojave pretvaraju se u realne fenomene sa prostornom i vremenskom dimenzijom, a pravni poredak – iz skupa bezimenih i anonimnih zapovesti prerasta u specifičan vid ljudske prakse.

Na ovom mestu posebno zaslužuje da se navede jedno interesantno gledište uglednog francuskog pravnog autora *Mišela Propera*, koji smatra da bi Čista teorija prava, po svoj prilici imala neverovatnu upotrebnu vrednost ako bismo uspeli da je kombinujemo sa teorijom o subjektu prava i Kelzenovom koncepcijom norme shvaćene u svojstvu izraza (značenja) akta volje.[31] U vezi s tim, valja se podsetiti da su već rimski pravnici tvrdili da je poznavanje prava nedovoljno ako se ne poznaju lica za koja je ono stvoreno; ukoliko, pak, prihvatamo stav da su norme značenja akata volje, dakle relacije, odnosi, onda one, kako bi rekao *Troper,* ne mogu postojati između "ničega i ničega", tj. nezavisno od subjekata koji stvaraju i primenjuju pravo.

Treba konstatovati da je pomenuto gledište tvorac Čiste teorije prava znatnim delom pretočio u stvarnost, s tim što je istovremeno definisao komunikacio-

[31] Up. Mišel Troper, Pravna teorija države, "Službeni glasnik" i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, str. 163.

nu koncepciju pravnog fenomena i istakao ključnu ulogu ljudskog faktora, - kao elemente bitne za konstituisanje normativne teorije društva ili, pak, od značaja za dalju izgradnju i unapređivanje interpretativne sociologije, koja se isključivo bavi značenjem društvenih činjenica, odnosno smislom ljudskog delanja.

Najzad, upotrebna vrednost Čiste teorije prava sastoji se i u brojnim inspirativnim inovacijama na području pravne tehnike, logike i semantike; npr. Kelzen je dokazao da ako pravila logike ne važe za pravne norme kao proizvode akata volje,ona svakako važe za akte saznanja ili iskaze jurisprudencije o tim normama,[32] čime se ,između ostalog, omogućuje ispravna upotreba pravnog silogizma u jurističkom rasuđivanju i sudskom odlučivanju. Drugim rečima, Čista teorija prava, kao najviši oblik moderne pravne nauke, može se smatrati primenom specijalne sadržinske logike (semantike) na pravnu misao.

ZAKLJUČAK

Mada *Kelzenova* pravna teorija, koja pozitivno pravo prikazuje kakvo stvarno jeste, spada u vrhunske domete pravne misli, ona je od svog nastanka 1911. godine pa skoro sve do danas, predmet neprekidnih i bespoštednih kritika i osporavanja. Glavni razlog ovakve pozicije Čiste teorije prava nije samo njen navodni ekstremni formalizam i normativizam ili njeno radikalno odbacivanje prirodnog (pravednog) prava kao skupa praznih formula, već i svojevrsni otvoreni trajni poziv njenog tvorca,[33] istinskog virtuoza u vladanju pravnom logikom (Sl. Jovanović), na polemiku radi stalnog preispitivanja i, po potrebi, revidiranja fundamentalnih pojmova i stavova pravne nauke, a u duhu Poperovog testa poznatog pod imenom "falsifikacija". Drugim rečima, Kelzenova gledišta i mišljenja o bitnim aspektima pravnog fenomena, kojima je tuđa svaka jednostranost, imaju prevashodno metodološko (uputstveno) obeležje i zato se ne smeju posmatrati kao nekakva konačna rešenja ili neprikosnovene istine bez priziva.

Primera radi, iako je nepobitan fakat da je za Kelzena pravda iluzorna ideja i osnova prirodnog (pravednog) prava kao spekulativnog normativnog poretka, nesprovodljivog u praksi, ona je u očima tvorca Čiste teorije prava (uvek spremnog na svestrani pristup naučnim problemima, maksimalnu akademsku toleranciju i konstruktivan dijalog) istovremeno pojmovna odrednica za zakonitost, pa se, shvaćena u tom smislu, ipak može uključiti u krug istraživanja pravne nauke. Stoga ne iznenađuje činjenica što je Kelzen, ne odstupajući ni najmanje

[32] Up. Robert Valter: "Teorija prava Hansa Kelzena", Dosije, Beograd, 1999, str. 38.

[33] Up. Hans Kelzen: "Šta je pravda" (Zbornik radova), "Filip Višnjić", Beograd, 1998, str. 167 (v. pogovor iz pera Danila N. Baste).

od vlastitog pricipijelnog stava da se pravna nauka isključivo ograničava na teoriju pozitivnog prava i njegovu interpretaciju, kontroverznoj kategoriji pravde posvetio svoje poslednje, obimno i složeno delo, objavljeno posthumno 1985. godine, od 425 strana, sa 725 eksplikativnih fusnota od kojih gotovo svaka manje-više predstavlja neku vrstu minijaturne studije.

Kritički istražujući Platonovu socijalnu filozofiju u navedenom delu pod nazivom "Iluzija pravde", Kelzen, ne slučajno, završava svoja razmatranja ukazivanjem na apoteozu pozitivnog prava u Platonovom dijalogu "Kriton",[34] upućujući čitaocima, po našem mišljenju, implicitnu, ali jasnu poruku, da je pozitivno pravo, bilo i ostalo, jedini realni i mogući oblik pravnog fenomena, dostojan naučnog izučavanja.

ZORAN JELIĆ, LL.D.,
Consultant, Belgrade

MODERN READING OF KELSEN

Summary

The author discusses in his article a characteristic variant of Pure Theory of Law, developed in the form of legal integralism, which Hans Kelsen, its creator, finally proposed only at the late stage of his otherwise very fruitful work.The said form of legal integralism rests primarily in systemic understanding (paradigm) of legal phenomenon, then on the semantic concept of legal norm and finally on the communicational aproach to the positive law.The author analyzed each of the three mentioned fundaments of the final version of Kelsen's teaching, separately, and inferred the conclusion that thanks to those fundaments Kelsen's doctrine became highly compatible with the key achievements of contemporary methodology of social sciences.

[34] Up. Hans Kelsen, Illusion der Gerachtigkeit, Monzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1985, str. 386–388. Na str. 243–244 op. cit., gde raspravlja o principu taliona, Kelzen konstatuje da se,po Platonu, suština pravde ogleda u uzvraćanju ("dass das Wesen der Gerechtigkeit Vergeltung ist"). No, ovde se valja podsetiti da je za Čistu teoriju prava formula o uzvraćanju isto tako besadržajna kao i formula o jednakosti. Kelzen tvrdi da apsolutna pravda ne postoji, već postoje samo interesi, sukobi interesa i njihovo rešavanje putem borbe ili kompromisa. (v .Kelzenovu zbirnu knjigu "Šta je pravda", "Filip Višnjić", Beograd, 1998, str. 129).

REFKI TAČ

STVARNOST U KRIZI MORALA I PRAVA

I

Stvarnost je realan svet u kome se događaji odvijaju u duhu objektivnih zbivanja, na koje pravo reaguje u cilju ostvarivanja svog zadatka.[1] Pravo, u izrazu svoje prirodnosti, sebe pradstavlja kao apodiktičnu pojavu, a stvarnost određuje njegovu misiju u izrazu društvene realnosti. Indikativne norme, zasnovane na nepomirljivosti sa stvarnošću, u produkciji delanja na buduće odnose, pri racionalnom pristupu poboljšanja postojećeg stanja, predstavlja nadu u kategoriju mogućnosti. Norme usmerene na predstojeće odnose polaze od realnosti društvenih kategorisanih odnosa, rafinirano za budućnost. Dakle, prošlost ne iščezava u sadašnjosti, već putem ostavljenih tragova, u prolazu kroz vreme, dobrim delom se preliva u budućnost, razume se u novooblićenom stanju, primereno vremenu.[2] Vični Rimljani će na ovo reći: *Ulteriora mirari, praesentio sequi.* Naime, istorija

Refki Tač, advokat u Prizrenu.

[1] Hermann Hesse, u svom romanu "Demian" kaže: "Ne postoji druga stvarnost sem koju imamo u sebi samima. Stoga, većina ljudi žive tako nestvarno, jer slike izvan sebe smatraju za stvarnost..." Dok naš nobelovac Ivo Andrić, u svom delu "Omerpaša Latas" piše: "Kada bi smo imali mogućnosti, hrabrosti i snage da svoje mašte pretvorimo u stvarnost, samo u jednom času svog života, bilo bi svima jasno ko smo i šta sve mi ljudi možemo da postanemo i budemo."

[2] Određena stvar u sadašnjosti, posmatrano u dijalektičkom jedinstvu sa prošlošću, predstavlja novi oblik posmatranja date stvari. Dakle, sadašnjost predstavlja potencijalno obećana prošlost, viđeno sa novim očima. Vidite Terry Eagleton, *Hope Without Optimism,* prevodeno na Turskom od strane Emine Ayhan, pod naslovom *İyimser Olmayan Umut,* Istanbul, 2016, str. 52.

evolucije društvenog rozvoja nas uči da, današnja stvarnost ne zaustavlja se u sadašnjosti, već kroz stvorene svesti iz socijalnosti života prelama se u budućnost.[3]

Pravo nije kostur sadašnjosti niti utopija budućnosti, nego realnost života zasnovano na kriterijumu mogućnosti poboljšanja datog stanja društvenih odnosa. Naivnost prevelikog optimizma nije odlika pravnog razvoja, kao što mu nije u karakteru da prećuti nepodnošljive odnose iz dešavanja u stvarnosti. Pravo je ideja dobrog, u pomeranju sadašnjosti u bolju budućnost. Pravedno pravo se zasniva na izvornim komponentama svoje prirodnosti. Ono ne može da se miri sa bilo kakvim socijalnim konsensusom, koji bi moglo da vodi do njegove suprotnost, zasnovano samo na atribute prinudnosti njegove primene. Pravedno pravo, svoj društveni domus doživljava putem ukrštanja sa moralom. Pravednost će doživeti svoje uporište u konvergenciju prava i morala. Dakle, bratstva morala sa pravom jednako je odnosu pravednosti. Egzistencijalni i vrednosni sudovi su pomirljive strane dve medalje, u izrazu optimizma realne mogućnosti. Zbilja duštvenih zbivanja i pravna regulacija odnosa iz zajedničkosti života, u svom zbiru predstavljaju čin komplementarnosti u uspostavljanu pravednog prava.

Društvene institucije od opšteg značaja nisu ostrva izolacije od međosobnog uticaja, već uput u ostvarivanju zajedničkog cilja, na čijim osnovama sarađuju. U protivnom, kada se pogleda unatrag, te se odlazi na određene periode iz prošlosti, uvideće se da svako institiranje na pokušaj realizacije pravednog prava, u nedostatku integracije moralnih komponenti, ne mareći na potrebu promene realnog stanja iz društvenosti života, završavalo u većoj nepravdi. Ista je situacija i danas, jer prirodna društvena pravila se ne menjaju protekom vremena; stoga, vrlo izvesno je ponavljanja istorije, ako se ne vodi računa o saradnji prava sa moralom i drugim ljudskim vrednostima.

Pravednost će ostati na terenu ideja sve do poboljšanja stanja odnosa ljudi iz njihove socijalnosti života, za kojim stvarnost ima neodložnu potrebu. Društveni odnosi su kompleksniji od tehnike sačinjavanja normi ponašanja; pravo je samo jedna komponenta obezbeđenja doslednog zajedničkog života, te samo po sebi ne može ostvarivati svoju misiju, bez dosledne saradnje sa drugim društvenim kategorijama koji se staraju o obezbeđenju zajedničkog života. Stoga, pri izradi pravila

[3] Matt Riedly veruje da u istoriju jedini nepromenljivi faktor je priroda čoveka. Na ovaj zaključak nas upućuju njegove reči, iznete u svom delu *The Razional Optimist: Haw Prosperity Evolves*, London, 2011, (u prevodu na Turskom od pera Mehmet Doğana, pod naslovom *Akılcı Iyimser: Refahın Evrimi,* İstanbul, 2013). Naime, na strani 353 piše da i posle *najuspešne* (RT) borbe u zadovoljavanju ljudi sa minimum potkrepština, kojim se hvalila polovini zadnjeg stoleća, zbog nedostatka vitamina A stotinama miliona ljudi i danas gube vid; zbog trbušnog tifusa i drugih bolesti u nedostatku pijaće vode ljudi nastavljaju da umiru deca i stari, te nastavlja; sramna slika je na ovom veku videti automatske puške na rame mladih muškaraca koji love ljude i mlade devojke koje opstaju od prodaje svojih tela, na drugoj strani ljudi sebe izlažu riziku zbog previše hrane i posledice gojaznosti. To je paradoks iz posledice krize morala u opštenju sa drugima.

ponašanja mora se voditi računa o stvarnom stanju odnosa ljudi iz njihove međusobne upućenosti. Ratio, kod toga stanja stvari, na prvom mestu dolaze društveni parametri morala, ne zanemarujući i druge duhovne vrednosti primereno čoveku. Pravda je racionalna kategorija idejnog smera, koji se teško pretvara u stvarnost ali stalno uliva nadu u njegovu budućnost. Stoga nije čudo što ljudi permanentno insistiraju na njegova oživotvorenja.

II

Odnos morala i prava je star koliko i filozofija o dobrom, u izrazu društvene vrednosti, od značaja za regulaciju zajedničkog života iz ljudskosti njihovog opštenja.[4] Moral je ljudska odlika o dobrom ponašanju, karakteristično za nepisana pravila u odnosima ljudi, koji se na posredan način dodiruje u pravno, putem normiranja ponašanja socijalnosti života. Izraz ljudske vrednosti u postupku prema drugima, predstavlja kamen temeljac u izgradnji zdravih društvenih odnosa i nadahnuće za normiranje ponašanja na osnovama prirodnog prava, od značaja za obezbeđenje mirnog i dostojnog zajedničkog života iz socijabiliteta odnosa ljudi. Individualno svojstvo morala, kao voljni atribut ljudskih pobuda usmereno u činjenje dobrog, kada se prihvata od strane većine, u smislu afirmacije socijalne vrednosti, dobija širu dimenziju kroz proklamaciju društvene opravdanosti.[5] Veza između morala i prava, u iznetom kontekstu, nikada nije osporena, ali o međusobnom uticaja ovih društvenih aktera, na kreiranje zajedničkog života, nema jedinstvenog stava u teoriji prava i filozofiji, pored nesporne činjenice da u toj simbiozi

[4] Prema Sokratu, i kada se vidi da se neko loše ponaša valja znati da on to čini sa ubeđenjen dobrog ili pokušava da prikaže kao dobro delo, jer za ovog Antičkog filozofa nepojmljivo je opravdavanje nemoralnih dela. Nemoralnost, dakle, prema njemu, čovek može činiti samo iz neznanja, smatrajući znanje nejvećim uzvišenjem čoveka; Njegov učenik i dosledni poštovalac - Platon, nastavljajući misli svog učitelja, moral tretira kao vrhunac znanja o dobrom, koji obezbeđuje unutrašnju harmoniju i dobru sreću, verujući u to da antidruštvena ponašanja prizilaze iz neznanja čoveka. Slično svojim prethodnicima, i Aristotel se bavio sa moralom, za koji kaže da je to, poznavanja ideje dobrog; U pokušaju spoja filozofije i religije, Sv. Avgustin je prirodu morala smestio unutar doktrine ljubavi. Nasuprot njima, rimski pravnik Trasimak (u svom delu "Republika") nepravne činidbe je tretirao kao superiornost učinioca u izrazu intelektuale sposobnosti. On je pravo tretirao kao tvorevinu sile, smatrajući da je njegova primena moguće samo primenom prinude, nezavisno od toga da li je to moralno opravdano ili pisanom normom predviđeno.

[5] Moral, poput religije i druge duhovne vrednosti, kako kaže George Herbert Mead (Mind, Self and Society – Mendja, Qënia dhe Shoqëria, u prevodu na Albanskom od Driton Thomollari, štampana u Prištini, 2001, str. 328–329) apstraktna je činjenica u meri unutrašnjih pobuda, ali, kada neko javno pomogne drugima na dobrovoljnoj osnovi iz ljudskih pobuda, onda je to ponašanje koje se prepliće u kolektivnu svest o značaju društvenosti, koja na polju dobrote uzdiže se do univerzalnosti.

oba navedena faktora predstavljaju atribute socijalnosti života. U pokušaju *simplificiranja* ovog problema valja istaći *divergenciju distiktnog* pogleda na moral.

Prema onima koji zastupaju čistu teoriju pravnog pozitivizma, ova ljudska vrednost predstavlja puku želju pojedinca, iako se zna da je svaki član zajednice odgovoran prema drugima iz skupnosti života. Ovo je dovoljno ubeđenje da moral, kao duhovna vrednost, ekzistira u svojstvu realnog društvenog faktora, koje bi doprinelo uspostavljanja pravednog prava. Isticanja drugih razloga, u smislu nedostatka nivo razvoja ljudske civilizacije za integraciju morala u pravo, ne može se uvažiti. Ovo stoga što, moral nije nebeska kategorija, van prisustva u realnosti. Stoga, moral ne može se svoditi na nedostižnu ideju ili na puku volju pojedinca, van terena prava u normiranju pravila ponašanja prinudnog karaktera, koji treba da funkcionušu nazavisno od njegovih moralnih odlika.

Posmatrano u kontestu karaktera čoveka, kroz ispoljavanja odnosa sa drugima, moral se integriše u ostale društvene pojave, a njegova *differentia specifika* prema pravu, njega čini osobitim u integraciji na socijalni život. Ratio, objektivizacija morala je teško utvrdljiva činjenica, ali nije sporno njegova spoljna dimenzija, a u ispoljavanju znakova društvenosti dobija premise standarda u opštem značaju poželjnog, kao osobiti oblik ispoljavanja društvenosti. Ako dobro ponašanje u iskazu ljudske vrednosti iz individualnih pobuda, primerenu moralnom odnosu prema drugima, postaje volja svih (čitaj većina), onda moral dobija svojstvo pravila u opštenju ljudi. Sledstveno tome, nema pepreke u pozajmljivanju moralne norme u pravnu regulaciju društvenih odnosa. Moralne karakteristike određenih ponašanja, može služiti pravu. Uticaju morala na društvo i uticaj društva na moral (Radomir Lukić) čini dobar materijal za pravo, kao univezalna vrednost.[6]

Moral nije ljudska vrednost koja lebdi na nebu, van prirode bića čoveka i nezavisno od njegovih prirodnih svojstava,[7] već sadržaj ljudske osobine čoveka, koji inaće izvire iz unutrašnjosti njegovog bića, kao duhovno buđenje savesti koji griže svako njegovo nedelo. Moral je vrednost koja pritiska nagon sebičnosti, u opštenju sa drugima, te kao osobito sredstvo savesti utiče na ponašanja, koji se ispoljava u vidu opšteg dobra. Ova osobina ljudi u generalnoj prihvatljivosti, po-

[6] U navedenom delu P. Phara ističe: ... *vesti o pokoljima ili gladi iz zemalja svetskog Juga ili Istoka i te kako utiće na stvaranju osećaj užasa, koja se inaće uspeva da uzdiže na zejedničko uverenje o nemoralnom postupku jedni prema drugima.*

[7] Prema Imenuel Kantu, praktičan život je dovoljan da pojedinca osposobi u shvatanju svog dela, koji inaće takvo ponašanje njega čini društvenim, a njegovo dobro ophođenje prema drugima moralnim. Osnovne postulate morala smatra *summum bonum;* Dovedeći pravo u kontakt sa moralom, Hegel smatra da racionalno ponašanje svakog individua je u saglasju sa univerzumom, te u procesu dijalektike, izraženo kroz tezu, antitezu i sintezu, pravo i moral dovede u stanju dijalektičkog jedinstva; Polazeći od morala, u sklopu izraza svog individualnog interesa, Robert Nozik daje punu moralnu slobodu čoveku da izrazi sebe u društvo, određujući njegovu granicu zabranom da povredi individualna prava drugih.

staje zajednička, te sledstveno tome i opšta društvena vrednost. Moral nije samo unutrašnja ljudska pobuda, hermetički zatvorena u slobodu želje čoveka, već i spoljni izraz ponašanja, sa uticajnim dejstvom na regulaciju društvenih odnosa. Moral nije van ljudske tvorevina ili utopiji svesti, već predstavlja idealnu vrednost u izrazu zajedničkog interesa, primereno progresu (civilizaciji) društvenog života.

No, kada se govori o potrebi prava sa moralom i sličnim društvenim vrednostima, valja imati u vidu sve socijalne dimenzije u uspostavljanja komunikacije ljudi, od značaja za izgradnju zdravih odnosa iz međusobnosti uticaja, koji bi omogućio iznalaženje opšteg dobra, kao zajednička vrednost date ljudske grupacije.[8] Dakle most između prava i morala je neporušeno zdanje ljudskog roda. Gledano sa iznetog ugla valja konstatovati: pravo nije van uticaja morala i gluvo društveno sredstvo zakonodavca, nezavisno od tendencije očekivanja dobrog ponašanja čoveka, primereno njegovom dostojanstvu i drugim ljudskim vrednostima.

Moral je *inkarnacija* prava i m*etafora* ljudskosti u kreiranju odnosa među njima iz njihove upućenosti u zajednički život; ono je *entropija* prava u čin civilizacije, *entitet* njegovog nastanka i opstanka; pomoćno sredstvo u *insuficijenciji* prava, *apoteoza* u njegovom učvršćenju društvenog opravdanja, *apodiksis* neizbežnosti u socijalnom života ljudi, *implement* njegovih nedostataka. Stoga i u vezi s tim, *konvergiranja* prava i morala su neizbežnost, na koje društvenost života pretenduje.

III

Od početka pojave na društvenoj areni (u usmenoj formi) i kroz sve faze razvoja (u pismenom obliku), pravo je u svom pojmovnom određivanja njegove funkcije, tretirano kao opšte dobro, od individualnog i društvenog značaja. Njegov nastanak i neprekidni opstanak na društvenoj areni, nije slučajna niti je neposredno vezana za određeni oblik društvene formacije. Ono je produkt društvene potrebe, skopčano sa regulacijom odnosa ljudi iz njihove socijalnosti života, stoga je pravo prisutno kod svih oblika organizovanosti zajedničkog života. Ovo ukazuje na činjenicu da je pravo osnovni i glavni društveni akter obezbeđenja zajedničkog života kod svake ljudske grupacije. Ono je latentni pratilac evolutivne promene zajedničkog života, u svojstvu odbrane vladajućih oblika međusobnih odnosa ljudi. Na tom putu, pravo je sebi gradilo svoju istoriju razvoja, zadržavši svoja izgrađena načela, koja su inaće imali tretman putokaza njegove afirmaciji,

[8] Međusobno upoznavanje ljudi, u nameri međusobnog upoznavanja o prednostima, od značaja za obogaćivanja kulturne i druge vrednosti, te i u drugim vrstama kontakta iz raznih povoda i pobuda, doprinosi usavršavanju vrednosti zajedničkog života. Ovaj doprinos beleži i u slučajevima sukoba i dugih ratova, iz kojih niknu mržnje i druge antiljudske pojave, zbog same činjenice međusobnog upoznavanja, koji je praćen sa novim saznanjima, na posredan način dolazi razmene znanosti o određenim vrednostima.

sve do ovog doba. Kao pratilac i činilac svih preobražaja socijalnih odnosa, na čijim osnovama je inaće oblikovan savremeni svet, pravo je ostalo kao čin društva i društveni činilac.[9]

U prolazu kroz vreme, pravo je promenilo svoje vlasnike, ali iznete dimenzije su ostale njegovi glavni argumenti u opstanku na društvenoj areni, zasnovani na dubokim korenima, od značaja za uspeh u opiranju raznim vetrovima. Pravo je, dakle, uspelo da zadrži svoje osnovne odlike, do njegove savremenosti. Dugotrajnost njegovog života je praćeno mnoštvom društvenih događa koji su menjali njegov lik, ali ne i suštinu. Istorija nas uči da u vreme porođaja, ono je *pupćanom vrpcom* bilo vezano za božju volju[10], koje će svoje *detinjstvo* doživeti u zagrljaju vladara,[11] a zrelost u odajama zakonodavnih tela.[12] Naime, zajedničke niti koje

[9] Pravo je imalo društveno svojstvo i kada je propise donosilo i proglasilo *inokosno telo,* po različitim imenima (cara, kralja i slično), jer u tim oblicima oraganizovanja sistematičkog uređenja, u smislu zakonodavnog tela, skopćano sa donošenjem jedinstvenog teritorijalnog regula za zemlju koja je podeljena na feude, osim poglavara svake posebne jedinice, unutar datog jedinstva, ne bi moglo funkcionisati. Veličanstvo ovde ne zasniva se na karakter ličnosti, u predstavljanju personalnog svojstva, nego predstavlja opravdanja cilja u očuvanju jedinstva posebnostu sa tendencijom stvaranja zajedništva društvenosti.

[10] Izneto se vidi u pisanju Sv. Avgustina, kao glavnog predstavnika u spajanju religije sa filozofijom. Kada je reč o pravu i pravdi, božja volja kod njega je izraz dobrog za ljude, koji se na terenu ovozemaljskog sveta, ceni preko uzvišenog morala u pravnoj regulativi njihovih odnosa. Naime ovaj sveštenik u liku sociologa navodi (Luan Hasani, Filozofija e së Drejtës - Filozofija prava, Tirana, 2006, str. 100) da, integracija vrednost morala u pravo je uslov za priznavanja njegove zakonitosti, te dodaje da *nepravedan zakon nije zakonito.*

[11] U kontraverznim idejama na relaciji - prirodnog prava, društvene organizovanosti ljudi i suverena, Thomas Hobs, opravdava neprikosnovenost vladara u donošenju svih vrsta odluka, treirajući njegovu volju kao opštu volju svih građana čak i u slučajevima donošenja neopravdane zakone. On se uopšte ne bavi sa potrebom onemogućavanja donošenja nezakonitih zakona, te stoga, ne upušta se u to ko bi mogao sprećiti suverena u donošenju nepodnošljive zakone.

[12] Pravo, kao nadgradnja društvenih odnosa, tesno je vezano sa oblikom vladavine i organizovanjem odnosa iz sacijalnosti života. Naime, iz istorije daleke prošlosti učimo da pre 25 veka, prema Grčkoj mitologiji, Dionssios, se pominje kao prvi lider, u svojstvu rukovodioca grada "Syrakusa," koji se nalazio u Siciliji. Na Starom grčkom nazvan Bacchus, ovaj lider, prema legendi, imao je božju snagu, te je mogao da čini ono što drugima nije pošlo za rukom, te se kaže da je imao neverovatno znanje i soposobnosti za umetnost. Prelistajući stranice istorije zaustavljamo se na XIX veku, koju karakteriše monahariju kao osobeni oblik tehnokratskog upravljanja sa društvom, odnosno državom. (preporućuje se delo Huseyin Tekinoglu, Ulu Hakan Abdulhamit Han ve Liderlik Sırlari - Veliki vladar Abdulhamit Han i tajne liderstva, Istanbul, 2016). İmajući u vidu izneto, pravo je tretirano kao božji dar ili božjı poklon njegovom predstavniku na zemlji, bilo da se zove Miharce, Bey, Kagan, Hakan, primereno istočnoj kulturi koji se prostire na Aziju, ili Kralj, Sezar, Car, Kajzer, kako su se zvali lideri u Evropi. Bliže o tome, Jonathan Burns, Liderlik Yönetim ve Başarının Ölçüleri - Vladanje lidera i vladavanju uspeha, preveden na Turskom od strane predsedništva ABAM, Istanbul, 1991

vezuju sve ove faze promena u njegovom razvoju, karakteriše činjenica: pravo je opšte društveno dobro, od značaja za obezbeđenje mirnog zajedničkog života socijalnog karaktera.

Pravo je bilo neminovnost u svim istorijskim fazama pokušaja organizovanja društvenosti života,[13] bilo u izrazu pismene forme, iskazano u vidu zakona[14] ili kroz odluku vladara u ulozi sudija pri rešavanju određenih slučajeva,[15] ili produkovano od strane parlamenata.[16] Sve ove etape, označene kao istorijski čin njegovog razvoja, nisu promenile njegove osnovne karakteristike, po kome zauzima vidno mesto u regulaciji svih oblika zajedničkog života. Ako se polazi od ove konstatacije, valja reči da, društvo je vazda bilo i ostalo da bude izvor prava, čije dimenzije je odredila dati oblik socijalnog života, koja se evulirala istorijskim razvojem društvenih odnosa. Sledstveno tome, razni faktori i mnoštvo aktera u oblikovanju zajedničkog života, ne oduzimaju pravu svojstvo društvenosti iz kojeg potiće i na koje se odnosi.

IV

Pravo, u svojoj biti, nezavisno je od države, u najmanju ruku nije njena distinktna crta. Didasklaski značaj prava se zasniva na argumentima prirodnosti, primereno implementaciji na stvarnost iz društvenih odnosa. Ljudi su vazda bili zainteresovani za prirodnu sadržinu prava, kako bi se ono pretvaralo u razumni derivat društvenog produkta. Pravo je na raskrsnici svih društvenih zbivanja, u kojima se ukrštaju mnoštvo različitosti, na koje treba uniformno odgovarati. Ratio, svoj uniformni izraz valja da usredsredi na svoju objektivnost delanja, u smi-

[13] Prema M. Rehbinder - S. Patti (Introduzione alla scienza giuridica, Padovo, 1985, preuzet od Selahattin Keyman, Hukuka Giriş- Uvod u pravo, Ankara, 2010) čovek može da živi u društvenoj zajednici samo ako su njegova ponašanja normirana pravom.

[14] Setimo se Hamurabijevog zakonika, Justinijevog kodeksa, Zakonika Cara Dušana, Napoleonovog zakonika i mnogi drugih pravnih zdanja, koji su upečatili zečetke pravnog razvoja.

[15] Mudri Knez Miloš, brinuo je o rešavanju spornih slučajeva u duhu izražavanja vlasti, te je u istoriji ušao kao vladar i sudija. On je imao svoje razloge da o sporovima građana odluči prema svom znanju izricanja pravde i pravice. Naime, poznato je anegdota o zabrinjavanju učenja zla iz knjige, koju mi saznajemo od razgovora sa Jovanom Hadžićem, prilikom odbijanja predloga za izradu Kaznitelnog zakona za Serbiju. Više o tome, Jevđe Jevđević, Knez Miloš u Crnuća; Slično postupanja cara Hajile Selasije, posle mnogih godina, a koja se odnosi na krivično delo *pedofilije (*koja se u anegdoti pominje ka njegovu jedinu primedbu na Krivični Zakonik Etipoje, koju je izradio jedan poznati Švajčarski pravnik iz krivične oblasti) ne treba uzimati kao odraz primitivizma izražavanje autoritativne vlasti od neškolovanih ljudi, nego njihov stav valja posmatratiti sa aspekta njihovih briga o očuvanja moralne vrednosti od pisanih zakona o priznavanju nemoralne "ljudske vrednosti."

[16] Prenošenja zakonodavnog posla od kralja na parlament istorija je zabeležila nakon izbijanja Stogodišnjeg rata Engleske iz 1337. godine, kada je parlament ojačao svoje pozicije u odnosu na kralja, a to zbog olakšanja ubiranja poreza od masa za borbu protiv Francuske i Škota.

slu Aristotelove komutativne pravde, a svoju primenu za konkretni slučaj, svojstveno individualnosti događaja, u pomoć se pozvati distributivnu pravednost. Pravo je dakle objektıvna kategorija, po opštim svojstvima generalnog delovanja, sa subjektivnom svojstvom u primeni na posebne slučajeve.

Konvergencija prirodnih svojstava i društvene realnosti, iskazano u normi uputa na data ponašanja, određuje karakter prava. Naime, preovladavanje prirodnih svojstava prava karakteriše poštovanja ljudske vrednosti, dok društveni uticaj na regulaciju odnosa predstavlja izraz prilike datog vremena i sposobnosti primene u datom prostora. U prvom slučaju ono postoji po sebi i za sebe, a u drugom slučaju izražava dato stanje društvenosti odnosa. U svom prirodnom svojstvu ono je konstanta i permanentna, za važnošću van vremena i prostora, a u pozitivnom elementu ono je prilagođena promenljivosti za produkovane socijalne odnose. Sledstveno tome, prirodnost prava, u svom pozitivističkom svojstvu, ispoljena u vidu pozitivizma preko pismene forme svog izraza, pripremljena za implementaciju na stvarne događaje, predstavlja ideal na kome civilizovano pravo pretenduje.

Kada je reč o ideji čistog pozitivizma, valja istaći da je ova doktrina nastala u tretmanu bratstva sa državom, stim što treba podsetiti da je pravu data uloga poslušnog - u odnosu na velikog brata - države. Inaće, predstavnici ideje pozitivizma, pravo tretiraju kao manifestaciju države (kod onih koji su umrtvili državu, pravo je bilo manifestacija klasnosti).[17] Ideja čistog pozitivizma, svoj prostor je proširio naročito u jednom periodu, kada je ovaj društveni komponent smatrano neizbežnim, a njegova ekzistencijalnost je shvaćeno samo u pismenoj formi. Pod uticajem ove doktrine, kod onih naroda i države, koji nisu imali tradiciju pisanog prava, pristupili su recepciji. Naime, istorijski podvig zemalja Evrope u razvoju pravne kulture izgradnje zakonika, bilo je uzor za mnoge zemlje, koji nisu imali tradiciju izgradnje teorije pozitivnog prava. Stoga, pod uticajem pomodarstva kodifikovanja prava, neevropske zemlje su pristupile prepisivanju prava iz starog kontinenta, koji su *nacionalno* obojili formalnim ukazima svojih parlamenata. Razume se, ova recepcija nije bila mnogo od pomoći, jer *uvezeni* zakonici nikad nisu se odomaćili u stvarnosti, u smislu odnosa njihovih gradjana prema njima. Oni su živeli kao forma van događaja i dešavanja u stvarnosti, ostali su kao *golo* važeće pravo, koji nisu imali životni materijal za njihovu primenu. Jednom rečju, u stvarnosti, nacionalizovanja stranih zakona nije doprinelo rešavanju domaćih problema, jer slova zakona drugih kultura prava nikad nije moglo biti *adekvatno* i za druge države.[18]

---

[17] Najveći zastupnik teorije čistog pozitivizma u Evropi je čuveni pravnik Hans Kelzen, dok u našem prostoru na prvom mestu valja pomenuti akademika Radomir Lukića (sva izdanja udžbenika Uvod u pravo).

[18] Vešti Japanci su najorginalniji primer u poštovanju svoje pravne tradicije, pored formalnog izvršenja pravne reforme, u duhu pozapadnjavanja sveta. Zapadna kultura prava na tlu ove ze-

Ako se izneto posmatra sa aspekta stanja pravednog prava u stvarnosti, onda bismo ovaj deo izlaganja završili sa konstatacijom neophodnosti dubljeg prodora prirodnog prava u pozitivnu regulaciju odnosa ljudi iz zajedničkog života, skopćano sa prisustvom morala i druge ljudske vrednosti u pisani oblik norme. Polazeći od nesporne činjenice da prirodno pravo predstavlja opšte ljudsko dobro, te da je vezano sa drugim društvenim faktorima koji se tiču međuljudskih odnosa, može se zaključiti da zakoni prirode i pisane norme su dve strane zajedničke medalje u izgradnji pravednog prava. Istorija nikad nije prestala da prezentira vezu morala i prava, koji su međosobno tesno povezani, te stoga svaki poremećej jednog, stvara krizu funkcije kod drugog i obrnuto.

V

Devijacije, u implementaciji pravednog prava u stvarnosti, valja posmatrati u kontestu krize morala i slične *apokalipsne* najave koje nam donosi "visoka *civilizacija,*" posmatrano sa njenog kvazi pojmovnog značaja, koja je svedeno na razvoj tehnike i tehnologije, daleko od komponente duhovne vrednosti koje krase čoveka. Živimo u doba, u kome su sva ljudska dela, koja krase čoveka, sahranjena na groblja materijalnog sveta, i to svih vrsta i u svim dimenzijama.[19] Rezultat obilnosti materijalnih dobara, nije donelo samo egoizam u izrazu kvaliteta ljudskih odnosa pri međusobnim opštenjima iz zajedničkog života, već je zemljinu kuglu opteretilo sa otpadom zastarele tohnologije, kojima se teško nalazi mesta za njihovo sahranjivanje. No, to ne znači osporavanje potreba za razvojem tehnike i tehnologije, nego napredak treba da se odvija primereno očuvanju životne sredine, bez kojeg nema budućnosti i afirmacije morala u uspostavljanju pravednog pravnog sistema.

Pomaganje, pružanje pomoći, briga za čoveka i slična dobra dela, koja se prezentiraju na vidiku, u stvari predstavljaju varku, pod ambalažom humanog postupka, iza kojih stoji namera uticaja podvrgavanje zavisnosti "darodavcima", pod raznim formama, čija sadržina predstavlja najkarakterističniji savremeni vid krize morala, kojim se duboko potresa iskrenost dobročinstva, kao prirodnu odliku ljudske osobine. Kamuflirana briga o ostvarivanju ljudskih prava, koji

mlje je zvanična, ali van života u stvarnosti, koja teče uz poštovanja nacionalne kulture iz međusobnosti odnosa ljudi.

[19] Kontraverzu opšteg društvenog razvoja čovečanstva, koja se odvijala u dva koloseka istovremeno: na jednoj strani je zabeležen porast standarda materijalnog života, a na drugoj strani, ovaj razvoj je pratila krizu morala i pravde. Ovu činjenica perom pesnika najbolje je opisao T. S. Eliot, u svojoj pesmi, "Pusta zemlja." Naime, ovaj čuveni pesnik, u toj pesmi, na jednoj strani hvali razvoj tehnologije i civilizacije, a potom kudi njene posledice svođenja na "civilizovani" razvoj primitivnog ponašanja ljudi, praćeno sa mnoštvo sukoba ljudi i svih vrsta poremećaja opšte vrednost, sa kojim je supćen savremeni svet.

se prepoznaju po svojim imperijalističkim svojstvima, produžava krizu prava pod maskom humanizacije sveta, kroz proces globalizacije i produbljuje proces neokolonizacija, čije licemerje doprinosi ispoljavanju eksploatacije i ostvarivanja drugih vrsta uskih interesa.

Savremeno pravo u pisanoj formi, predstavlja izraz vladavine globalizacije, čiji proces je tesno povezan sa imperjalističkim uticajem na svetska zbivanja, vezano sa neizbežnom integracijom veza ljudi čitave planete. Posmatrano kroz istoriju, savremenost predstavlja svojevrsni nastavak prošlosti, čiji "razvoj" bi se moglo okarakterisati kao promenu vlasnika u izgradnji pravnog sistema, u smislu određivanja njenog pravca, u olakšanju ispoljavanja vlasti u vladavini sa ljudima. Naime, nekada je ono bilo sredstvo nosioca nacionalnih državnih vlasti, u cilju upravljanja sa svojim građanima, a sada je ono sredstvo svetskih moćnika, pod plaštom *ostvarivanja ljudskih prava,* iza kojeg se krije dalja imperijalizacija sveta, koja je u savremeno doba dobilo šire razmere, u svojoj dubokoj tajnosti. Svi do sada pokušaji ukazivanja na izneto činjenično stanje,[20] nije pomoglo oslobođenju od ovih pojava; sve osnovane kritike na dato stanje prava nije promenilo realnost, već je uticao na usavršavanja prikrivanja zloupotrebe prava. Usavršavanje pravnih tekstova, samo po sebi ne doprinosi razvoju prava u njegovoj suštini, skopćano sa njegovim životom u stvarnosti. Problem pravednog prava više se odnosi na implementaciju, nego na sačinjen tekst pravila ponašanja. Posmatrano sa realne tačke gledišta, pravo se usavršavalo u lepoti reči i izraza, ali ne i u sprečavanju zlodela i mnoštvo nedaća, sa kojima je svet sve više suočen.[21]

Permanentni porast egozima, ispoljen pod nazivom individualizacije ili "grupnih demokratskih snaga", koja se iskazuje pod plaštom obezbeđenja vladavine prava, ekonomskog prosperiteta i sličnih maski, u stvarnosti se odvija zarad ostvarivanja interesa određenih krugova. Realnost svetskih zbivanja, koja se odvija u permanentnoj agresiji, proizvodnji bolesti, osiromašenju siromašnih i sličnih nedela, opravdava se pod izgovorom da su vidljive štete neizbežne za predstojeću budućnost.[22] Stvorene krize se prikazuju kao neizbežni proces u stvaranju podloge za bolju budućnost, te smešnih opravdavanja nanetog zla zvano *korekteralna*

[20] Franz Kafka, u podnaslovu "Pitanje oko zakona," u izdanju prevoda na Turskom, pod naslovom "Öyküler" (...) u svom stilu ismejava vlast, prava, sud i druge društvene činioce i između ostalog piše da, zakone donose gospoda, koji su inaće iznad propisa i cela vlast je u njihovim rukama, te po *logici stvari,* oni donose zakone za druge kojima će upravljati; i pored toga, kaže ovaj vrsni pisac, oni ne odlučuju prema slovu zakona, koji su sami donosili, nego putem njihovog slobodnog tumačenja iskazuju svoju nameru, na mareći za prava ljudi, naime koji inače donose propise (prevela Göksu Birol, Ankara, 2016, s. 109–11)

[21] Danas, kaže Anthony Gidens (Odbegli svet, Beograd, 2005, u prevodu Ivan Radosavljevića) svet je otrgan od kontrole, u svim oblastima od značaja za život.

[22] Dostojevski (vidi "Braća Karamazova) filozofiju zapadnog sveta je opisao sledećim rečima: *Uništite narod, slomite, učutkajte, jer prosvećenje Evrope je mnogo važnije od naroda.*

šteta. Naime, svoje protivpravne radnje iz prikrivenih pobuda, obrazlažu činjenicom da viđena šteta u sebi krije *opšte dobro od većeg značaja,* za dobrobit ljudi i za njihovu srećnu budućnost. Pravo, kao društveno sredstvo, okrenuto budućnosti po svom genusu, sve više postaje sredstvo za produženje zlodela, zloupotrebljavajući sadašnjost koja je u prolazu za budućnost.

Ekonomski rast, skopčano sa korišćenjem prirodnih blaga, odvija se na veliku štetu u ekspolataciju prirodnih resursa i zagađivanje životne sredine, koja činjenica predstavlja veliku opasnost za buduće generacije. Neprestani porast eksploatacije prirodnih blaga, predstavlja svojevrsnu pretnju ekološkoj granici, sa kojim je ova planeta snabdevana, što predstavlja antium civilizovanog razvoja. Ekologija nije tema ovog rada, ali u kontestu krize morala i prava valja istaći samo toliko da, pored činjenice postojanja sijeset organa Ujedinjenih nacija, koji se bave pitanjem očuvanja sredine; pored stvarnosti da postoje oko pedeset raznih *ekoloških* agencija i drugih vrsta organizacije, usredsređenih na oblast životne sredine; mimo fakata egzistencije brojnih deklaracija o očuvanju životne sredine, praćeno bezborjnim pravnim aktima međunarodnog karaktera, u stvarnosti stalno rastu opustošenja zelenila, zagađivanja vazduha i vode i drugih vrsta pustoša okoline koja život znači.[23] Propast životne sredine se odvija u srazmeri proširenja imperijalističkih poduhvata, u ovom slučaju usmereno na eksploataciju prirode, nad kojima nemaju svojinske vlasti, u značaju prava neogranićene vlasti nad njima. Vazduh, voda i ostali prirodni resursi, predstavljaju opšte blago čovečanstva i životinskog sveta. Da zlo bude veće, povrede prirodne vrednosti od životnog značaja donose bogatstvo samo onima, koji se ne razmišljeno ponašaju prema ekologiji.

VI

Porast antidruštvene pojave i stalno povećanje nedozvoljenih dela ukazuje na bolest morala i nesposobnost prava u ispunjavanju datog zadatka. U manjkavosti morala i prateće ljudske vrednosti, pravo kao normativna delatnost društvenog života, teško može ispunjavati svoju odgovornost. Česte izmene, dopune i slično doterivanje teksta prava, te njegovo jezičko usavršavanje u lepoti izražavanja i sličnih ulepšavanja, u nedostatku vraćanja, čuvanja i oplemenjivanja morala, neće dati očekivane rezultate. Pravo će ispuniti svoju zamišljenu funkciju, samo tada i samo toliko koliko ono živi u realnosti vaspitnog uputa na određeno ponašanje ili putem prinuda na izvršavanje odluke kompetentnih organa i sudova, u smislu realizacije zaprećene norme. Pravo će dobijati zasluženi značaj samo

[23] Na ovu temu pisac ovog članka je imao svoje izlaganje na Turskom čiji naslov bi se mogao prevesti kao, "Odnos Osmanlije Prema Životnoj Sredini," İzložen na I. Kongresu Političke Misli Turaka, organizovan od strane univerziteta Aksaray/Turska, održan u Aksraju, 8–10 Oktombra 2015, objavljen u Kongrsnoj knjizi, s. 445- 456, koja se može naći i u www.turkdusunce.como.

u efikasnom sprećavanja antidruštvenih pojava u realnosti, koja mogućnost pretpostavlja doslednost poštovanja morala druge ljudske vrednosti, važnih za datu ljudsku grupaciju. Lepo sređene norme ponašanja, bez snage promene datog realnog stanja na kome je usmeren, samo zaslepljuje nadu u verovanja na pravo, stvarajući svest o iluziji ostvarivanja pravde.

Opisujući modernog čoveka, From kaže: on živi u obmani, ubeđen u grešku da zna šta želi. Prizemljeno na temu krize morala i prava, realnost ukazuje na činjenicu da, čoveku nije stalo do gomilanja obimnih zakona, nego mu je stalo do realizacije pravednog prava u stvarnosti. Obećana ideja za neku neizvesnu budućnost ne daje generaciji ubeđenja za bolji život, jer nerealizovane norme ne čini pravo živim, od koga ljudi očekuju stvarnost, a ne prazna obećanja.[24] Fromova *obmana* u ovom slučaju zapravo ukazuje i na pisane norme, na koje se ljudi retko žale, ali sa stvarnošću se uopšte ne mire. Na tu temu je neko lepo rekao: *gram akcije je vredniji od tone teorije.* Ili kako je Bergson rekao: "Više blagostanja dolazi od aktivnosti, nego od razmišljanja." Suma sumarum, do sada rečeno dovoljno ukazuje na nespornu činjenicu da, slika na ogledalu pravne teorije predstavlja varku stvarnosti. Dakle, kada se govori o krizi prava, pre svega se misli na njegovu neprimenu u praksi.

Kriza morala, pokriveno sa crnim oblakom individualizacije čoveka u predigri egozima, ne daje pravu da sebe ispoljava u pravdi i da pravedno pravo doživi svoju realnu stvarnost. Ako se polazi od činjenice da stvarnost sebe prenosi na budućnost, kao što je prošlost prodirala u sadašnjost, onda bez prisustva morala u pravo, ne mogu se eliminisati prisutne sebiččnosti. Imajući u vidu nepoželjna dešavanja, sa kojim je suočena realnost, pri činjenici olakšanja na posledice društvenosti života, teško se može nadati za bolju budućnost. Iz ovoga proizilazi sledeće: od smrznutog morala ne može se očekivati topline prava.[25]

Normiranje ponašanja, zasnovano na standardima čiste teorije, uz zanemarivanja dešavanja koji se ostvaruju u društvenom životu, ne mogu se primeniti na stvarna zbivanja, bez kojih neće imati svoj život u regulaciji iz međusobnih odnosa ljudi na koje se odnosi. Ovakav pristup pravnoj regulativi, pravo čini pukom idejom, daleke od realnosti. Predviđenja, daleka od dešavanja iz međusobnih ponašanja ljudi, neće se obelodaniti u stvarnosti. Istorija disproporcije prava sa realnošu dešavanja, započela je sa pojavom recepcije tuđih kultura prava, čija prošlost

[24] M. Ridley, u navedenom delu, s pravom ističe da, nada u budućnosti neće eliminisati posledice nuklearnog terorizma, stalno povećanje nivoa vode u morima i okeanima, proizvedenim bolestima i slično. Van Hrišćanskog pogleda na budućnost, nada ništa ne donosi mrtvima.

[25] Prema jednom izveštaju, objavljeno krajem 2016. godine, u zemljama balkana, svaki drugi sudija dobija pretnje pri odlučivanju o predmetima. Ovaj izveštaj je sigurno približna stvarnost sa kojom je pravusuđe suočeno, koje se tvrdaglavo vlada suprotno ideji Kopaoničke škole i drugih apela o neminovnosti poštovanja načela sudijske nezavisnosti. Nije sporno da je proklamovano prihvaćeno kao ideja, ali život u stvarnosti se ne odvija prema potvrđenim vrednostima.

se prodire u sadašnjost pod nazivom "harmonazicije," u pretenziji stvaranja jednodimenzionalog prava, koje se odvija pod izgovorom "unifikacije," upereno na prikrivenje stvarne namere globalizacije sveta.

Unifikacija prava, u klišeu zapadne kulture prava, pritiskuje druge poznate pravne civilizacije sveta, od značaja zaštite stvarne kulturnosti života, iz ustaljene osobenosti društvenog oblika opštenja ljudi date grupacije. Ovo, u suštini predstavlja poseban vid pokušaja imperjalizacije prava, koje sa sobom nosi posledice osiromašenja bogatstva pravne riznice. Imperijalizovana unifikacija prava se odvija daleko od stvarnosti društvenih odnosa, sa kojim je suočen ogromni deo naroda iz nezapadnog sveta. Mnoge zemlje, regioni, bolje rečeno celi nezapadni svet, suočen je sa krizom prava, u nedoslednosti primene pisane norme na događaj iz stvarnosti. Tuđe pravo na nalazi sebe na domaćem terenu, a puka ideja ne može se oživeti u stvarnosti, sa kojom se ne uklapa.

VII

Razvoj prava na koloseku jednodimenzionalnsti, svođeno na zapadne kulture prava, može da zadovoljava stručno tehničku stranu usavršavanja pravila, ali ne i stvarnost u kojima teče realan života, koji se inače odvija u nizu osobenosti, zasnovano na svesti o društvenosti zajedničkog života, koji je uslovljen sa kulturnim identitetom i drugim opredeljenjima o određivanju vrednosti. Osobenosti se ne zaustavljaju samo u iznetim slučajevima, jer ljduske grupacije se sastoje od mozaika složenih dešavanja i mnoštvo činilaca iz bogatog socijalnog života. Pored toga i s tim u vezi, pravne odredbe u regulaciji ponašanja, u osnovi su odraz posledice vladajućih ideja zajedničkog života. Ako se na ovo doda da su regula života prožeta na tekovinama razvoja pravne teorije i sudske prakse, onda na pisce zakona leži obaveza ponude najadekvatnijih opcija, gledano optikom budućnosti, iz koje se prepoznaju ideje u postavljanju cilja prava, skopćano sa realnosti odnosa ljudi iz njihove društvenosti života. Ideja vladavine pravednog prava može se ostvariti uz poštovanja stvorenog oblika života i uvažavanja realnosti odnosi koji se odvijaju u toj harmoniji.

Ne može se zaboraviti da je pravo društvena kategorija oblikovano prema stvarnosti socijalnog života, na koje je pozvan da deluje, uz uvažavanja sve naučne metode od značaja ostvarivanja njegovog krajneg cilja. Pravo će živeti, u biti, po osnovu svog prirodnog nastanka, a ne po osnovu postavljanja od strane pojedinaca i grupe ljudi, zasnovano na prepisivanje prava drugih, sa kojima nema dodirnih tačaka. U protivnom, neizbežno je suočavanja sa činjenicom (koja činjenice istorija prava nam nudi u obiljnom broju), koja karakteriše sledeću situacije: *država neće imati svoje pravo, a prava neće imati svoju državu.*

Recepciona doba tuđeg (pozitivnog) prava, koja karakteriše vekove iza nas, opravdavalo se sa opštim razvojem prava, ne vodeći dovoljno računa o njegovom

životu na domaćem tlu. Time je ujedno povređeno nezavisnost i teritorijalni integritetu, kao neizostavni vid atribute državnosti. Ovu pojavu karakteriše i "umereni" pritiska moćnika u priznavanje zapadne pravne kulture, radi olakšanja u ostvarivanju svojih imperjalističkih ciljeva. Posledica toga se odnose i na stagnaciju razvoja drugih kultura prava sa vilikim tradicija.

*Neo*recepciona škola je produkt vladavine kapitalističkih odnosa, od uticaja i na zemlje čiji razvoj se ne može osporiti.[26] Kod tog stanja stvari, pravo je izgubilo u svom raskošu regulacije odnosa, primereno vremenu i prostoru, kao osnovnu odliku svog postojanja.[27] Kod tog stanja stvari, sva obrazloženja o funkcionalnosti prava u svetu realnosti putem prilagođavanja "univezalnosti prava" na osobenosti iz datih oblika opštenja, nije potvrđena u stvarnosti.

VIII

Društvene sankcije na amoralna ponašanja ne treba da završavaju se samo prezirom, već povrede moralnog ponašanja treba ojačati sa društvenim pritiskom na ispunjenje obaveze iz zajedničkosti života. Stim u vezi valja istaći potrebu za koordinacijom prava sa moralom, čija primena bi se cenila sa šireg društvenog aspekta. Uostalom, pravo, kao društveni oblik, predstavlja prenosni čin "dogovorenog" zajedničkog života, uz pretnju prinuđivanja na određeno ponašanje primereno ljudskosti. Ako pravo bude lišeno morala, onda bi se svodilo na čisti naredbeni akt, pretvoreno u sredstvo prinude, u svojoj nehumanoj dimenziji. Moral i druge ljudske vrednosti su genusni pojmovi prava, kao ideja ostvarivanja pravde. Prava čoveka su odraz i izraz ljudskih prava, čija zaštita predstavlja moralnu obavezu svakog pojedinca. Odnos prema drugima, iz članstva zajedničkog života, predstavlja širi spektar ponašanja.[28]

---

[26] Pravna reforma Japana nije nastala zbog zaostalosti niti je odraz vojnog poraza već posledica ekonomskog embarga Zapada pod izgovorom neprimerenosti njihove pravne kulture "civilizovanom" svetu, "zbog kojeg" su izostajali "željeni" trgovinski odnosi. Kako od poražene Nemačke u II svetskom ratu nije se tražilo promene pravnog sistema, reč je dakle, o ignorisanju neevropskih kultura prava sa svetske baštine pravne kulture i bogate civilizacije.

[27] Medžele, u odrazu date pravne kulture, predstavljao je bogatu riznicu regulacije građanskih odnosa, od uticaja na izradu propisa drugih zemalja (vidite rad akademika Mehmet Begovića pod nalovom "Sličnosti Medžela i Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru"), ali je od strane mlađe Turske Republike ukinuta 1926, u okviru pravne reforme, koja se sastojala od prepisivanja zakonika zemalja zapadne Evrope (1926. je u primeni uveden švajcarski Građanski zakonik; nemački Trgovinski zakonik i slično) iako je u to vreme bio u primeni kod pojedinih zemalja Balkana i Blistog Istoka.

[28] Prema jednoj informaciji Svetske zdravstvene organizacije iz 2015. godini, svaki dan, u proseku, zbog saobraćajnog udesa, ginu oko tri i po hiljade ljudi. Između ostalog, jedan od razloga, ako ne glavni onda veoma uticajni je loše stanje vozila, pre svega zbog njihove starosti. Zagađiva-

Uspostavljanja pravednog prava, kao opšta ideja budućnosti, ne može da opstane stalnim zaobilažnjem stvarnosti. Ljudi nisu skloni da odlažu pravednost posle smrti, a moral pokloniti u dohovno ispoljavanju svoje ličnosti. Stoga, koncept prava treba da se zasniva na produbljivanju njegovog značaja za život, a ne na neprestano proširenje njegovog teoretskog značenja, usmereno na nesigurnu budućnost. Sadržaj prava je izraz njegovog ostvarivanja u stvarnosti, kojem ideje treba da seb povinuju.[29] Kriterijum primene prava ne završava u pisanoj normi, bazirano na ideji prestojećih događaja, već u odlukama nadležnih organa usredsređeno na dati slučaj iz stvarnosti.

Zbilja nas može dovesti u situaciju razočaranja, ali ne i priznavanja poraza pred stvarnošću vladavine nepravednog prava, jer nije primereno čoveku da gubi nadu u ostvarivanju cilja, bez kojeg nema budućnosti čovečanstva.[30] Život teće u procesu nade za ostvarivanje ciljeva, bez kojeg nema opstanka. Osnovna karakteristika ljudi, kao svesnih bića, zasnovana je na borbu za ostvarivanje životnog cilja, na koje nada daje snagu istrajavanja na tom putu. Nada je subjektivno svojstvo objektivne prirode čoveka, koje ga drži u životu i koje obezbeđuje trajnost života. Nada je opstanak života, zaštite subjektiviteta, očuvanja narodnog identiteta, odbrana države i druge posebne i opšte vrednosti, bez kojih nema budućnosti.[31] Zaključimo sa jednom konstatacijom Aristotela koja glasi: *zabluda i istina nisu svojstva stvari, jer se one ne nalaze u njima, već u razumu ljudi prema datim stvarima.*

---

nja sredine i druge povreda životne okoline, loše ishrana i oskudice pijaće vode, nedostatak lekova i zdravstvenih usluga i slične negativne pojave, od bitnog su uticaja na povredu osnovnog ljudskog prava, skopćano sa pravom na život, bez kojeg sva druga prava iz ovog korpusa gube svoj smisao. Stoga, proklamovano pravo na život, kao osnovno pravo svih drugih prava, mora da doživi svoju stvarnost, da bi se otvorila vrata drugim pravima iz korpusa ljudskih prava.

[29] Vil Waluchow (Legal Positivism, 1994) dobro primećuje kad kaže: *ko želi razumeti socijalnu praksu, kao što je slučaj sa pravom, treba znati učesnike date prakse.*

[30] Darren Webb, u svom članku "History of Uman Sciences," objavljen u časopisu *Modes of Hoping,* 2007, br. 3, piše da čovek može da shvati poraz, ali nikada ne prihvata da njemu povinuje, te sagne glavu neprihvaćenoj stvarnosti. Nada u oslobađanju od date stege, koji je stvarnost doneo, ne napušta čoveka, to je životna snaga čoveka, i njegova glavna sredstva u odbrani svoje ličnosti.

[31] Prema Emel Koç'u (Bır Umut Metafiziği Olarak Gabriel Marcel Felsefesi- Metafizike nade u filozofiji Gabriel Marcela, objavljen u časopisu Univezizteta, Ankara, 2008, br. 18, str. 171- 194) u svom delu *Homo Viator,* opisujući stanje okupacije zemlje od strane Nacista, Marcel ističe da, Fransuzi ne gube nadu u to da će jednog dana njihova zemlja biti oslobođena, te narod ove zemlje steći slobodu, pored loše vesti iz terena i lošeg stanja u stvarnosti, koja se odvija na štetu branioca domovine, jer bi gubljenja nade predstavlja predaju, koja nije odlika ovog naroda. Ovaj Francuski filozof nadu vidi kao nevidljivu snagu, koja se može pretvoriti u stvarnost.

REFKI TAČ
Lawyer, Prizren

REALITY IN A CRISIS OF MORALITY AND RIGHTS

Summary

The relationship between morality and rights is old as the philosophy of the good, in the expression of social value, of importance for the regulation of the common life of the humanity of their communication. The link between morality and rights has never been disputed, but there is no unified attitude about their mutual influence. In attempting to simplify this problem, one should point out the divergence of the district view of morality. In addition to these facts, it is important to emphasize that morality is integrated into all pores of life and their Differentia specifica towards to the rights makes it peculiar, in contributing to the healthy relationships of people from their social life. The need for rights with morality, and similar social values, is compounded with the establishment of social relationships of all dimensions of humanity in communicating from the society of life. The convergence of rights and morals are a natural compound in the expression of the implementation of human rights.

The deviations in the implementation of just right in reality, should be observed in the context of the crisis of morals and similar apocalypse announcements that bring us contemporary life. In our time the right becomes increasingly the means of the powerful in the realization of its narrow interests by abusing its natural feature of the future, in the sense of the permanent deferral of its application in reality. Promise, as a prelude in concealing of selfish behavior, does not give to right to manifest itself in the reality that exist in the present.

The establishment of just rights, as a general idea of the permanence beyond time and space, does not imply its bypassing of reality. People are not inclined to standardize unavailable ideas, and moral effects delay at some other time. The contemporary concept of law is focused on deepening its significance for life, with action for all future happenings and upcoming events. The content of the law is an expression of its realization in reality, based on the ideas of effects on the present life. The reality of the law does not end on his expression in the written form. Justice does not end in the text of laws and similar regulations, but is reflected in the decisions of courts and other competent authorities.

IGOR KAMBOVSKI

SUD KAO GARANT PRIRODNIH PRAVA I DEMOKRATSKE PRAVNE DRŽAVE

U V O D

Osnovna funkcija suda je zaštita ljudskih sloboda kao osnovni princip demokratske pravne države. Pravda i pravičnost su osnovne poluge suda u približavanju ka idealu slobode. Pravo se istovremeno javlja kao garant za slobodu, ali i kao njeno racionalno i nužno ograničenje, samo ako je obezbeđena spravedljiva sudska zaštita u društvu u kome su ljudski odnosi uređeni na osnovu prava, kao i na principu jednakosti u pravima i dužnostima. Demokratska pravna država postavlja sud na nezavisnom i samostalnom pijedestalu u skladu sa doslednom primenom principa podele vlasti. Priznavanje prava na nezavisni i nepristrasni sud kao fundamentalno ljudsko pravo danas predstavlja najvažnije dostignuće koncepta demokratske pravne države.

Savremeni koncept suda kao službe javnog pravosuđa izveden je iz racionalne koncepcije prirodnog prava, koje je u drugoj polovini 20. veka kao kategorični imperativ savremene države promovisao poštovanje i zaštitu ljudske slobode i prirodna prava[1]. Univerzalna deklaracija o pravima čoveka UN iz 1948. godine sublimira ovo filozofsko-pravno stanovište sledećom odredbom (čl. 1): "sva ljud-

---

Dr Igor Kambovski, profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet "Goce Delčev", Štip, Makedonija.

[1] Perović S., *Sloboda i prirodno pravo,* Pravni život (tematski broj: Pravo i Sloboda, tom I), 2007-9.

ska bića se rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima". Ovaj koncept je interpoliran u čitavom nizu međunarodnih i Evropskih dokumenata: Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda SE iz 1950. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, kao i Povelja EU o osnovnim pravima iz 2000. godine. Pomenuti dokumenti posebno ne ističu karakter sloboda i prava kao "urođena", ali pozivajući se na Univerzalnu deklaraciju UN sadrže imperativnu obavezu kojom su države obavezane da priznaju prava i slobode svim licima pod njihovom jurisdikcijom. Ljudska prava i osnovne slobode su prava, stečena rađanjem svih ljudskih bića, i njihova zaštita i promovisanje su prioritetne obaveze svih država.

Koncept urođenih, prirodnih sloboda i prava odražava se na savremene društvene trendove postavljanjem sljedećih osnovnih postulata:

– ljudska sloboda i prava nisu kreacija države, već je sama država nastala od njih i od potrebe čoveka da stvori društvene i državno-pravne mehanizme za njihovu zaštitu i poštovanje;

– država je obavezna da pruži potpunu zaštitu osnovnih sloboda i prava i njihovu jednakost; i

– po svojoj prirodi, sloboda i prava pojedinca su neograničena, osim jednakom slobodom i pravima drugih, a država ih može ograničiti samo zakonom i u obimu koji je u skladu s njihovom prirodom i "moralom, javnom redu i opštem blagostanju u demokratskom društvu "(Univerzalna deklaracija, član 29).

Svi ovi zahtevi određuju suštinu demokratske pravne države i postavljaju dva principa savremenog demokratskog društva-pojedincu je dozvoljeno sve osim onog koje je izričito zabranjeno ustavom i zakonima, u interesu opšte sigurnosti i demokratskog društva, a državi je zabranjeno sve osim onog što joj je, ustavom i zakonima, dato u nadležnost u interesu razvoja i očuvanja ljudskih sloboda i prava. Srž državno-pravnog poretka su pravne norme koje regulišu odnose između građana (kako između njih samih, tako i odnos građana prema državi i obrnuto). Demokratski poredak utemeljen na pravnim normama mora obezbediti visoki nivo pravne slobode i ostvarivanje svih funkcija zajedničkog života[2]. Za to su potrebne stabilne državne institucije koje imaju mogučnost i ovlašćenja da kreiraju i primenjuju pravo. Između države i prava ne sme postojati unutrašnji antagonizam ako je poredak demokratski i ako građani participiraju u procesima stvaranja prava i donošenja zakona.

Unutrašnja državno-pravna osnova ljudskih prava i sloboda, sadržaj pozitivnog prava i sudska zaštita prava se sve više oblikuju pod uticajem međunarodnih instrumenata, zajedno sa jačanjem položaja pojedinca kao subjekta međuna-

[2] Малахов В. П., *Основьи философии права,* Москва, 2005, str. 55.

rodnog prava i instrumenata za direktnu zaštitu pred međunarodnim sudskim instancama (EKLjP, Međunarodni krivični sud i dr.).

Jačanje supranacionalne dimenzije je direktna konsekvenca osnovnih načela ljudskih sloboda i prava: univerzalnost, koja je logična posledica jednakosti čoveka i priroda prava kao prirodna, urođena; neprikosnovenost, integralnost, što proizlazi iz nepovredivosti čovekovog digniteta kao ukupnost svih građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava; i solidarnost, koja nalaže zajedničku, kolektivnu zaštitu prava pojedinaca. Država, u odnosu na ove procese, već gubi ekskluzivitet u priznavanju i zaštiti ljudskih prava. Ona više nije jedina, ili poslednja instanca, nije slobodna da "oktroira" po meri političke volje političkih elita, ali je sve više primorana da obezbedi efikasan pravni sistem i sistem sudske zaštite kako bi se dosledno primenjivale supranacionalne norme i standardi.

Osnovna funkcija suda je zaštita ljudskih sloboda kao osnovni princip demokratske pravne države. Pravda i pravičnost su osnovne poluge suda u približavanju ka idealu slobode. Za sudsku zaštitu je, sa ontološkog gledišta, bitno da bude zasnovana na principu jednakog i slobodnog pristupa pravdi, jednakosti pred sudom i pravičnom postupku i pravno izdržanom presudom u konkretnim slučajevima. Pravo se istovremeno javlja kao garant za slobodu, ali i kao njeno racionalno i nužno ograničenje, samo ako je obezbeđena spravedljiva sudska zaštita u društvu u kome su ljudski odnosi uređeni na osnovu prava, kao i na principu jednakosti u pravima i dužnostima[3].

Takav racionalan pristup povezuje granice ljudske slobode sa karakterom samog društva. Slobodno je društvo u kome ne vlada strah, diktatura, nejednakost, eksploatacija, diskriminacija, koje garantuje sudsku zaštitu ljudskih sloboda i koja na civilizovan način imitira "prirodno stanje" zadovoljavanja svih ljudskih potreba i poštovanje njihovih prirodnih prava, kao uslov za potpunu slobodu pojedinca.

Pravna država (vladavine prava) nije vrsta države (monarhija, republika) ili sistem vlasti (parlamentarna demokratija, predsednički sistem itd.), već je, nezavisno od svega toga, ideal za regulisanje odnosa između građana i političke vlasti. Vladavina prava je blisko povezana sa slobodom pojedinca[4]. To je pravni ideal koji se može definisati kao ukupnost principa i postulata koji unapred određuju suverenitet položaja građanina i njegovih sloboda i prava u državi iznad nekog višeg, supra-zakona. Tradicionalno, pojam višeg prava (nadzakona) vezuje se za učenje prirodnog prava, ali važno je napomenuti da je sam pojam prirodnog prava doživeo značajnu evoluciju do današnjih dana. Dugo je vremena bio objaš-

[3] Hegel G. W. F., *Osnovne crte filozofije prava,* Veselin Masleša-Svjetlost, Sarajevo, 1989.

[4] Роулс Џ., *Теорија на праведноста,* Слово, Скопје, 2002, str. 267.

njavan sam po sebi, kao pravo zasnovano na prirodi i njenim zakonima, ili na Božjoj volji i milosti (ius divinum). Danas, kada se metafizički i božanski pristup zamenjuje konceptom univerzalnih (prirodnih) prava pojedinca, koncept vladavine prava je prizemljen u obliku sistema legitimnih zakona i sudske zaštite ljudskih prava. Osnovni postulat ovog koncepta - da se politička moć mora ograničiti pravom u korist osnovnih ljudskih prava i sloboda, nužno dovodi do traganja za čvrstim i stabilnim institucionalnim oblikom takvog (samo)ograničenja[5]. Drugim rečima, ovaj princip obezbeđuje stabilnost, balans, između političke svrsishodnosti, kojoj su podređeni nosioci državne vlasti, i individualnim slobodama i pravima. Po svojoj unutrašnjoj logici to vodi do sledećeg zahteva: u čitavom kompleksu zaštitnih institucija (ombudsman, nevladina tela itd.), centralnu poziciju mora imati sud. Dakle, najodgovornija institucija za realizaciju ovog principa u demokratskoj pravnoj državi je sud, koji je od svih državnih organa u najdirektnijem i najneposrednijem kontaktu sa individualnim slobodama i pravima i pozvan je da ih zaštiti od zloupotrebe drugih dveju vlasti.

Demokratska država zasniva se na postulatu vladavine prava, čija je dominacija nad interesima različitih društvenih i političkih struktura, u uslovima političkog pluralizma, jedino sredstvo za socijalnu stabilnost i ostvarivanje opštih socijalnih ciljeva. Zakon je "Magna Charta Libertatum", garancija za slobodu pojedinca, koja unosi, direktno u temelje pravnog poretka kao opšte ograničavanje političke moći, dva, već pomenuta, osnovna demokratska postulata: građaninu je dozvoljeno sve, izuzev onog što mu je izričito zabranjeno zakonom, dok je državi, odnosno državnim organima zabranjeno sve, osim onoga što im je Ustavom i zakonima izričito dato u nadležnost. Ovi postulati sublimiraju ideju o liberalnoj državi, zasnovanoj na teoriji društvenog ugovora: građani prenose zakonodavcu samo onoliko ovlašćenja, koliko mu je neophodno za usvajanje zakonskih rešenja u funkciji slobode i prava pojedinca i zajedničkih funkcija života u toj državi, što podrazumeva i odgovornost za njihovo poštovanje i zaštitu (Kant). Međutim, bez sumnje se može tvrditi da se, bez demokratskih odnosa i legitimiteta zakona, princip vladavine prava može pretvoriti u "teror zakona", odnosno legalizaciju prinude, represije i diktature. Nije svaka država u kojoj vladaju zakoni-pravna država. Ako tražimo primer takve totalitarne države zasnovane na formalnom shvatanju koncepta pravne države ("zakonska", nasuprot "pravne države"), možemo naći mnoge, ali najreprezentativnija bi bila Njemačka tokom Hitlerovog vremena, u kojem je bukvalno sve, do najgrozomornijih "programa za eugeniku" (deportacije, koncentracioni logori, genetski iženering) imalo određenu zakonsku formu

[5] Димитров Е., *Државата во процесот на транзиција во Република Македонија,* Зборник во чест на Евгени Димитров, Правен Факултет, Скопје, 1999, str. 244.

sa preciznim ovlašćenjima i odgovornostima za izvršioce (otud i jedan od glavnih prigovora odbrane u suđenju najgorim nacističkim ratnim zločincima u Nirnbergu 1946. godine je bio taj-da nisu postupali u suprotnosti, već samo u skladu sa pozitivnim pravom[6]).

Demokratska pravna država postavlja sud na nezavisnom i samostalnom pijedestalu u skladu sa doslednom primenom principa podele vlasti. Međutim, ona stoji i pred sledećim izazovom: da se utvrdi uloga suda u primeni prava (zakonodavna vlast!) podređena "višem zakonu" prirodnog prava. Sa ovog drugog aspekta, koncept demokratske pravne države problematizuje do krajnjih granica klasičnu podelu vlasti koja je svedena na podelu funkcija zakonodavnih, izvršnih i pravosudnih vlasti i međuzavisnosti različitih državnih organa koja obavljaju takve funkcije. Ali, u demokratskoj pravnoj državi svi državni organi, uključujući i zakonodavca (contradictio in adjecto!), vezani su za princip vladavine prava, odnosno onome što pretstavlja njegovu suštinu – ograničenje moći politike i vlasti u ime individualnih sloboda i prava.

Takve duboke društvene promene stavljaju u senku spekulativno značenje teorije podele vlasti. One predstavljaju novi, nezavisni izvor za afirmaciju suda kao glavnog protagonistu savremene pravne države, za redefinisanje same suštine uloge suda ne kao oblika državne vlasti, već kao građanskog instituta, institucije koja stoji između između građana i države. Sudija, u cilju zaštite osnovnih vrednosti, mora slobodno odlučivati u skladu sa zakonom, donešenim u opštoj koristi, bez ikakvog pritiska, sa dovoljnim autoritetom za rešavanje sporova koji se tiču slobode i prava građana i donositi odluke koje će se poštovati i izvršivati.

Bazični princip je i princip pravne sigurnosti, kao garant slobode pojedinca. Da bi se osigurala pravna sigurnost, sud je dužan ili primoran primeniti i nepravedni zakon (tj. zakon koji smatra nepravednim). Ali ključni element državnopravne koncepcije o zakonu i njegovoj primeni od strane suda i o legitimnosti celokupnog pravosudnog sistema je konzistentna primena principa jednakosti pred zakonom. Samo zakon koji je podjednako primenjiv na sve i jednako se primjenjuje od strane sudova, uživa opštu podršku i može se smatrati pravednim[7]. Ništa nije opasnije od saznanja da su zakoni koji su usvojeni u ime građana namenjeni da represiraju unapred određenu grupu ili da zaštite neku drugu privilegiranu grupu građana. Postulat jednakosti je najviši realni dostrel ideje pravde kojim je utvrđen odnos između pojedinca i državne prisile, a samim tim i nepristrasna i nezavisna uloga suda u njenoj primeni.

---

[6] Камбовски В., *Меѓународно казнено право,* Скопје, 1998.

[7] Friedrich C., *Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive,* Springer, Berlin, Gôttingen, Heidelberg, 1955, str. 116.

Priznavanje prava na nezavisni i nepristrasni sud kao fundamentalno ljudsko pravo danas predstavlja najvažnije dostignuće koncepta demokratske pravne države, sa dalekosežnim posljedicama u odnosu na niz tradicionalnih principa, uključujući i funkcije suda kao državne vlasti i za podelu vlasti i odnos suda sa drugim vlastima. U proteklih nekoliko decenija njegovi derivati su: razvoj kontrolnih sistema pojedinačnih akata izvršne vlasti (upravnih akata) koji utiču na ljudska prava, proširenje nadležnosti ne samo ustavnog sudstva, već i redovnih sudova da mogu da procene ustavnost zakona, sve veće prisustvo monističkog sistema u primeni međunarodnih normi, koje su direktni izvor sudskog prava, koji čak i u mnogim sistemima imaju prednost nad domaćim zakonima, pa čak i nad nacionalnim ustavom, kao i sve veća sloboda suda u tumačenju zakona. Reč je o tendencijama koje se pojavljuju kao osnovne determinante pravosudnih reformi koje se odvijaju po celom svetu, od kojih je jedan deo podignut na ravnište, za nas naročito relevantnih-evropskih standarda i smernica. Iako je prva tendencija refleksija savremenih koncepata prava, kao autonomni normativni sistem, čija je prioritetna funkcija u pravnoj državi obezbeđenje beskonfliktnosti, konsenzus o važnim društvenim problemima, ostale su posljedica jačanja položaja individualnih sloboda i prava i pravnih instrumenata za njihovo promovisanje i zaštitu[8].

Sud je obavezan zakonom koji propisuje objektivno pravo, odnosno sadrži opšte norme, u kojima se na apstraktan način opredeljuje sadržaj ljudskih prava i odnosa između ljudi u realizaciji zajedničkih funkcija života. Neka prava se efektuiraju po snazi zakona (na primjer, sticanje punoletnosti sa navršenih osamnaest godina, a time i poslovne sposobnosti), iako često u obliku rušljivih pretpostavki o postojanju takvih prava (poslovna sposobnost odrasle osobe može biti oduzeta u sudskom postupku). Međutim, mnogo je veći broj prava za čije ostvarenje, ukidanje ili ograničavanje odlučuju upravni organi (čije odluke, kao razne dozvole i sl. kontroliše sud) ili sud (priznavanje prava vlasništva, izricanje kazne koja se odnosi na uskraćivanje prava, itd.). Na taj način, ako zakonodavac stvara (oblikuje) objektivno pravo, sud stvara (oblikuje) subjektivno pravo, pravo pravnog subjekta u konkretnom slučaju[9]. Pri tom, sud nije obični transmiter volje zakonodavca, njegov postupak uspostavljanja (priznavanja, utvrđivanja, oduzimanja) subjektivnog prava nije mehanički čin. Subjektivno pravo nastaje i priznaje se, sa jedne strane kao refleksija opšte norme, dok je sa druge strane odraz stvarne dimenzije subjektivnog prava koje sud određuje u konkretnom slučaju. Bez takvog sud-

[8] Leone U., De Matia A., *The Role of the Judge in Contemporary Society*, UNSDRI-IAJ, Rome, 1984, str. 12.

[9] Horn N., *Einführung in die Recht swissenschaft und Rechtphilosophie*, 3. Auflage, Berlin, 2004, str. 23.

skog postupka, zakon nije ništa drugo do komad papira, a zakonodavc postaje obični kolektivni pravni pisac čija je mašta preneta u zakon. U svetlu ovog tumačenja, rešava se i osnovni konflikt iniciran idejom o podeli moći, koja na prvi pogled izgleda da je iluzorna u postojanju zahteva da se sud obavezuje zakonom, što dalje podrazumeva zavisnost sudske od zakonodavne vlasti!

Počevši od Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima UN od 1948. godine, pa sve do Povelje o osnovnim pravima EU od 2000. godine, svedoci smo razvoja nove, racionalističke i liberalne epohe u razvoju prava kao univerzalne civilizaciske tekovine i postepenog slabljenja njegove instrumentalne funkcije (zapravo, kao izraz volje vladajućih struktura u društvu). Podrazumijeva se da takva tendencija, koja je u suštini duboko antitotalitarna i antidiktatorska, ima šansu za uspeh ako u operativnom dijelu autonomnog pravnog sistema pronađe podršku od jake i nezavisne uloge suda kao osnovnog zastupnika pravde. Osnovna uloga suda pomerena je, od primene prava, na zaštitu ljudskih sloboda i prava, što je suština demokratske pravne države. Stoga se sudu daje glavna uloga u zaštiti načela vladavine prava, kao i individualnih sloboda i prava pred različitim oblicima napada na pojedince ili od same državne vlasti. Sud postaje simbol pravde, koji se po potrebi može podići i iznad zakona. Njegova nezavisnost postaje osnovni preduslov za garantovanje principa vladavine prava i zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda. Sud ostaje podređen jedino pravu, ali onom pravu koje on tumači racionalno u skladu sa kriterijumima utvrđenim samim pravom. Ovim, sud postaje pravi kozakonodavac koji faktički stvara pravo kroz svoje tumačenje[10]. Štiteći osnovne slobode i prava, sud istovremeno primenjuje sve instrumente individualne odgovornosti, osiguravajući koegzistenciju slobode i odgovornosti, dužnost (ispred države) između autonomije pojedinca i vlasti države. Neograničenost slobode i ograničenje individualnih prava jednakim slobodama i pravima drugih ostaju u okviru zakonskih okvira, kojih se sud drži, u onoj meri u kojoj zakon priznaje takav princip slobode.

Međutim, ako zakon zataji, nova uloga suda u demokratskoj pravnoj državi podrazumijeva njegovo ovlašćenje za stvaranje zakona, ali ne zato što sud zamjenjuje zakonodavca, već kako bi pravo postalo realno i praktično primjenljivo. U svetu postoji vladajuće stanovšte da sud ne može stvarati pravo, ali može ili će morati prilagoditi njegov sadržaj, funkcije i ciljeve u vrlo dinamičnim društvenim promenama. Sud ne može zameniti zakonodavca, ali on nije ni njegov oponent, već saradnik, koji učestvuje u jedinstvenom procesu promovisanja novih univerzalnih vrijednosti. Tendencija jačanja takve "kooperativne uloge" suda dovodi do

[10] Хасебе Ј., *Владеењето на правото и условите за неговото остварување,* Зборник во чест на Евгени Димитров, Правен Факултет, Скопје, 1999, str. 139.

postepenog približavanja dijametralnih razlika između anglosaksonskog (precedentnog) i kontinentalnog (zakonskog) prava. Međutim, treba naglasiti da je već u trenutnoj fazi razvoja evropskog prava, na primer, i sudske odluke Evropskog suda za ljudska prava imaju karakter izvora prava: sud ne samo da primenjuje EKLJP i druge evropske dokumente o ljudskim pravima, već takođe i stvara pravo, tako da njegove odluke imaju karakter sudskih presedana i moraju se poštovati u rešavanju svih budućih sličnih slučajeva.

IGOR KAMBOVSKI, Ph.D.,
Associate professor, Faculty of Law, "Goce Delchev"
University Shtip, Macedonia

THE COURT AS A GUARANTOR OF NATURAL RIGHTS AND DEMOCRATIC LEGAL STATE

Summary

The basic function of the court is the protection of human freedoms as the basic principle of a democratic state and a rule of law. Justice and righteousness are the primary leverage of the court in approaching the ideal of freedom. At the same time, the law appears to be a guarantor of freedom, but also as a rational and necessary restriction, only if it is provided with justifiable judicial protection in a society in which human relations are regulated by law, as well as on the principle of equality of rights and duties. The democratic state based on the principle of rule of law sets the court in an independent and independent pedestal in accordance with the consistent application of the principle of the division of power. Recognition of the right to an independent and impartial tribunal as a fundamental human right today constitutes the most important achievement of the concept of a democratic state and a rule of law.

VANJA M. PAVIĆEVIĆ

PRAVNA ZAŠTITA (NE)MATERIJALNOG KULTURNOG NASLEĐA

– Izazovi i tendencije –

KONVENCIJA O OČUVANJU NEMATERIJALNOG KULTURNOG NASLEĐA – POJAM I ZNAČAJ

Nakon velikih razaranja koja su pratila Prvi svetski rat, pojavila se ideja stvaranja međunarodnog sistema zaštite nasleđa čovečanstva.Napori su, pre svega, bili usmereni ka identifikaciji i zaštiti materijalnog kulturnog i prirodnog nasleđa.Kada je na Generalnoj konferenciji UNESKO-a 1972. godine u Parizu usvojena Konvencija o zaštiti svetske kulturne i prirodne baštine[1], države ugovornice dobile su mogućnost da na osnovu uspostavljenog sistema zaštite, kulturno dobro ili područje od izuzetne univerzalne vrednosti nominuju na Listu svetske baštine[2]. Međutim, kako će se kasnije pokazati, formirani sistem zaštite nije bio sveobuhvatan, budući da je izostavio zaštitu izuzetno važne oblasti, koja predstavlja tzv."izvor" materijalnog kulturnog nasleđa – oblast nematerijalnog kulturnog nasleđa. Uprkos ogromnom značaju nematerijalne dimenzije kulturnog nasleđa, prošle su decenije protkane debatama, predlozima i oprečnim stavovima dok međunarodna zajednica oličena u UNESKO-u nije 2003. godine konačno donela

---

Vanja M. Pavićević, student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

[1] Konvencija o zaštiti svetske kulturne i prirodne baštine, ***http://whc.unesco.org/archive/convention-en.pdf,*** 25. februar 2017. god.

[2] O terminološkoj razlici termina "nasleđe" i "baština" vidi detaljnije V. Krivošejev, "Nasleđivanje baštine ili baštinjenje nasleđa?" *Etnoantropološki problemi*, 2/2015.

Konvenciju o očuvanju nematerijalnog kulturnog nasleđa[3] (u daljem tekstu kao: "Konvencija").

Prema slovu Konvencije, nematerijalno kulturno nasleđeoznačava prakse, prikaze, izraze, znanja, veštine, kao i instrumente, predmete, artefakte i kulturne prostore koji su s njima povezani – koje zajednice, grupe i, u pojedinim slučajevima, pojedinci, prepoznaju kao deo svog kulturnog nasleđa. Ovakvo nematerijalno kulturno nasleđe, koje se prenosi sa generacije na generaciju, zajednice i grupe iznova stvaraju, u zavisnosti od njihovog okruženja, njihove interakcije sa prirodom i njihove istorije, pružajući im osećaj identiteta i kontinuiteta, i na taj način promovišući poštovanje prema kulturnoj raznolikosti i ljudskoj kreativnosti.

Nematerijalno kulturno nasleđe ispoljava se u različitim formama kao što su usmene tradicije, jezik kao njegov nosilac, izvođačke umetnosti, rituali, znanja, običaji, tradicionalni zanati, itd. Konvencijom su ustanovljene dve liste: Lista nematerijalnog kulturnog nasleđa koje zahteva hitnu zaštitu, i Reprezentativna lista nematerijalnog kulturnog nasleđa čovečanstva. Republika Srbija ratifikovala je ovu konvenciju 2010. godine, te je 2014. godinena Reprezentativnu listuupisana krsna slava, dok se nacionalna igra kolo, kao srpski kulturni element, nalazi u fazi nominacije.

Kao što nam data definicija nagoveštava, kulturno nasleđe ne iscrpljuje se spomenicima, arheološkim nalazištima, umetničkim predmetima, slikama, itd. Zapravo, materijalne tvorevine predstavljaju samo fizički, otelotvoreni, opipljivi izraz kulturnog nasleđa koji ne bi ni nastao da nije bilo tzv. "žive forme nasleđa", oličene u nematerijalnom izrazu, kako se često definiše u stručnoj literaturi.

Kao prvi obavezujući multilateralni instrument koji usavršava postojeće ugovore, preporuke i rezolucije, Konvencija predstavlja svojevrsnu prekretnicu u pravnoj zaštiti nematerijalnog kulturnog nasleđa, teži da podigne svest međunarodne zajednice o značaju nasleđa, kao i da obezbedi mehanizme njegovog kontinuiranog očuvanja, poštovanja i prenošenja na buduće generacije. Formalno nezavisna od prethodne – Konvencije o zaštiti svetske kulturne i prirodne baštine, potonja Konvencija je faktički dopunjuje i stvara univerzalni sistem (ne)materijalnezaštite.

EVOLUCIJA KULTURNOG NASLEĐA – OD SVOJINE DO LjUDSKIH PRAVA

Pojam kulturnog dobradugo je bio posmatran u svetlu privatne svojine. Međutim, proširenje koncepta kulture početkom devedestih godina prošlog veka, ja-

[3] Konvencija o očuvanju nematerijalnog kulturnog nasleđa, *http://www.unesco.org/culture/ich/en/convention,* 1.mart 2017. god.

čanje prava manjina i urođeničkih naroda, zajedno sa aktivnostima UNESKO-a i nevladinog sektora, doprinelo je, kao krajnji rezultat, osnaživanju kulturnih prava, što je posebno vidljivo u međunarodnom pravu.[4] Kulturno nasleđe može biti sagledano kao esencijalna dimenzija ljudskih prava, koja reflektuje spiritualne, religiozne i kulturne specifičnosti manjina i grupa. Dakle, iako su ugovorne strane Konvencije države, pravi adresati Konvencije su kulturne zajednice, grupe ljudi i manjine, čije su kulturne tradicije pravi predmet zaštite u okviru međunarodnog prava.[5]

Danas, kulturna prava predstavljaju individualna ljudska prava druge generacije[6], dok je čvrsta povezanost kulturnog nasleđa i ljudskih prava formalno potvrđena u brojnim međunarodnim dokumentima. Na primer, Povelja OUN[7] u svom članu 13. st. 1(b) jasno potvrđuje da kulturna prava pripadaju korpusu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Povezanost ljudskih prava i kulturnog nasleđa jasno je istaknuta još u preambuli Konvencije za zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba iz 1954. godine, tzv. Haške konvencije[8], koja glasi: (....).. *štete nanesene kulturnim dobrima, ma kome narodu ona pripadala, predstavljaju štetu kulturnom nasledstvu celog čovečanstva, budući da svaki narod daje svoj doprinos svetskoj kulturi*. Očigledno je da je akcenat preambule na *narodima* i *čovečanstvu* kao nosiocima kulturnog nasleđa a ne na individualnim državama.

Dodatno, član 22. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine prepoznaje kulturna prava kao *neophodna za ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti*, dok član 27. st. 1. predviđa da *svako ima pravo da slobodno učestvuje u kulturnom životu zajednice, da uživa u umetnosti, kao i da učestvuje u naučnom napretku i dobrobiti koja otuda proističe*.[9]

---

[4] Eleni Polymenopoulou, "Cultural rights in the Case Law of the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law,* (LJIL), Vol. 27, 2014, 2.

[5] FrancescoFrancioni",The Human Dimension of International Cultural Heritage Law: An Introduction",*The European Journal of International Law,* (EJIL) Vol. 22, 2011, 10

[6] Katja Ziegler" "Cultural Heritage and Human Rights"*LaSalvaguardia Dei Beni Culturali Nel Diritto Internazionale*, 26/2007, 10.

[7] Povelja OUN, *https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf, 25.* mart 2017.g.

[8] Haška konvencija, *http://www.kultura.gov.rs/docs/stranice/8212841888949986592 7/7.%20 Konvencija%20za%20zastitu%20kulturnih%20dobara%20u%20slucaju%20oruzanih%20sukoba(%20 Hag,%201954).pdf* 5.mart 2017. god.

[9] Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima 1948, *http://www.sostelefon.org.rs/ zakoni/12.%20Univerzalna%20deklaracija%20o%20ljudskim%20pravima.pdf*, 10.april 2017. god.

Neophodno je pomenuti i Okvirnu konvencija Saveta Evrope o vrednosti kulturnog nasleđa za društvo, tzv.Faro konvenciju[10] koja ne samo što potvrđuje neodvojivost prava na kulturno nasleđe od učešća u kulturnom životu, već u članu 2. prepoznaje specijalni karakter nasleđa koji zavisi od toga kako se ljudi identifikuju sa njim, *nezavisno od vlasništva*. Faro konvencija prevazilazi srodne konvencije činjenicom da jasno definiše odnos između ljudi i kulturnog nasleđa kao pitanje ljudskih prava, a ne kao pitanje prava svojine.[11]

Možemo zaključiti da (ne)materijalno kulturno nasleđe snažno utiče na poimanje ljudskih prava, oblikuje ih na nov način i produbljuje kroz dimenziju kulturnih prava. Zaštita nasleđa prevazilazi prosto fizičko očuvanje spomenika, zato je neophodno omogućiti kulturnim zajednicama kao primarnim stvaraocima nasleđa da slobodno razvijaju, praktikuju i pristupaju nasleđu, upravo kroz jasno definisana i zaštićena kulturna prava.

KULTURNA PRAVA U SVETLU PRAKSE MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE SA OSVRTOM NA *LOCUS STANDI*

Prema slovu Konvencije, mehanizam i nadležnost rešavanja eventualnih sporova nisu predviđeni, niti je bilo koja država do danas odgovarala za kršenje Konvencije. S druge strane, primećuje se tendencija Međunarodnog suda pravde (u daljem tekstu kao: "Sud) ne samo da dotakne pitanje ljudskih prava, već i njihovu kulturnu dimenziju, nasleđe, kao i kulturni genocid.[12] Naravno, nadležnost Suda ne sme se pretpostavljati, već je konsenzualne prirode. Ipak, postoje i drugi načini uspostavljanja nadležnosti Suda, na šta nam, između ostalog, ukazuje značajna presuda *Belgium v Senegal*[13].

U pomenutoj presudi, Sud je eksplicitno istakao da povreda obligacije *erga omnes partes* omogućava državama ugovornicama *locus standi* pred Sudomi pozivanje na odgovornost druge države ugovornice, a u cilju očuvanja podeljenog pravnog interesa koji izvire iz nekog međunarodnog ugovora. Dakle, Sud je priznao pravo državi da dopuštenost svog zahteva zasnuje isključivo na činjenici da

[10] Okvirna konvencija Saveta Evrope o vrednosti kulturnog nasleđa za društvo (Faro konvencija),*http://www.kultura.gov.rs/docs/stranice/8212841888949986592 7/6.%20Okvirna%20konvencija%20Saveta%20Evrope%20o%20vrednosti%20kulturnog%20nasledja%20za%20drustvo(Faro,%202005).pdf*, 10.april 2017. god.

[11] Kimbery L. Alderman, "The Human Right to Cultural Property", *Michigan State International Law Review*, 69, 2011, 11.

[12] E.Polymenopoulou, 4.

[13] Belgium v Senegal, 2012, *http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=144&code=bs&p3=4,* 10. maj 2017.

je ugovorna strana međunarodne konvencije (u konkretnoj presudi Konvencije protiv torture.)

Postavlja se pitanje da li zaštita svetske kulturne (ne)materijalne baštine može biti prepoznata kao jednako važan imperativ u međunarodnom pravu, slično kao zabrana torture? U pokušaju da pružimo odgovor na ovo pitanje, neophodno je konsultovati obe konvencije koje regulišu kulturno nasleđe. Prva od njih, pomenuta na samom početku rada, Konvencija o zaštiti svetske kulturne i prirodne baštine iz 1972. godine, daje nam određene smernice u samoj preambuli (…) *smatrajući da oštećenje ili nestanak svakog primerka kulturne ili prirodne baštine predstavlja osiromašenje baštine svih naroda sveta… smatrajući da su izvesna dobra kulturne i prirodne baštine od izuzetnog značajai da ih stoga treba zaštititi kao deo opšte baštine celog čovečanstva..(…)* Dodatno, čl. 4. glasi: *Svaka država članica ove konvencije priznaje da u njenu dužnost prvenstveno spadaju pronalaženje, zaštita, konzerviranje, popularizacija i prenošenje budućim generacijama kulturne i prirodne baštine..(…)*

Dalje, Konvencija o očuvanju nematerijalnog kulturnog nasleđa, u svojoj preambuli ukazuje (…) *S obzirom na duboku međusobnu zavisnost nematerijalnog kulturno gnasleđa i materijalnog i prirodnog nasleđa… Primećujući dalekosežni uticaj aktivnosti UNESKA u uspostavljanju normativnih instrumenata u očuvanje kulturnog nasleđa, posebno u donošenju Konvencije o zaštiti svetskog kulturnog i prirodnog nasleđa, 1972. godine (…)* Dakle, obe konvencije nosioci su jasno izraženog pravnog interesa koji je podeljen između država ugovornica – *očuvanje (ne)materijalne kulturne baštine celog čovečanstva koja ima izuzetan univerzalni značaj.*

Iako se u konvencijama pominju izrazi kao što je *celo čovečanstvo* i *međunarodna zajednica,* međunarodno pravo, naravno, ograničava nosioce tog interesa na države ugovornice.[14] Na osnovu tog podeljenog interesa, svaka država ugovornica mogla bi da podnese tužbu zbog povrede konvencije, čak i ako njena teritorija, odnosno nasleđe, nije direktno ugroženo. Specijalni interes ne postavlja se kao preduslov, jer kako je Sud istakao u pomenutoj presudi: *ako bi specijalni interes bio neophodan u tom cilju, u mnogim slučajevima nijedna država ne bi bila u poziciji da podnese tužbu.*

U presudi *Costa Rica v. Nicaragua*,[15] Sud se dotakao pojedinaca čija su prava ugrožena u međudržavnom sporu, uključujući i njihovo pravo na nematerijalno

[14] Sebastian A. Green Martinez, "Locus Standi before the International Court of Justice for Violations of the World Heritage Convention", *Transnational Dispute Management*, Vol. 5, 2013, 9.

[15] *The Navigational rights case*, Costa Rica v. Nicaragua, http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15321.pdf, 20. maj 2017.

kulturno nasleđe.[16] Sud je podržao ribolov na reci San Huan, ne samo kao osnovnu formu opstanka lokalnog domorodačkog stanovništva, već istovremeno,kao važan element očuvanja njegove kulturne tradicije.

Dalje, u presudi *Frontier dispute,*[17] kultura je eksplicitno uvedena u jurisprudenciju Suda kroz zaštitu nomadskog kulturnog identiteta. Presudom je istaknuta kritika tradicionalnog pristupa državne delimitacije, zasnovanog na principu *uti possidetis,* budući da je taj pristup onemogućavao lokalnom plemenu da nastavi sa svojim duboko ukorenjenim nomadskim životom.[18]

Nadležnost Suda ograničena je, i u velikoj meri zavisna od odredbi specifične konvencije koja u datom trenutku predstavlja predmet njegovog ispitivanja. Ipak, paralelno sa neizbežnim društvenim promenama, čini se da je i nadležnost Suda evoluirala, te da uprkos ranijem konzervativnom, Sud danas ima više sluha za kulturno osetljiv pristup. U prilog tome govore pomenute presude koje predstavljaju svojevrsni pravni iskorak, te postavljaju niz pitanja o važnosti kulturnog identiteta u kontekstu teritorijalnih i graničnih sporova, kao i o ulozi kulture u međunarodnom pravu uopšte.

UNAPREĐENjE SISTEMA ZAŠTITE –INTEGRALNI PRISTUP

Integralni pristup na nacionalnom nivou

Sistem integralne zaštite baštine podrazumeva, na prvom mestu, *nedeljivost zaštite* kulturnog i prirodnog nasleđa, ali i integralnu zaštitu materijalnog i nematerijalnog kulturnog nasleđa, kao i, u okviru materijalnog kulturnog nasleđa, pokretnog i nepokretnog nasleđa. U ovom radu fokus je na nedeljivosti zaštite materijalnog i nematerijalnog kulturnog nasleđa, kao i o merama koje država treba da preuzme u cilju koherentnije zaštite.

Integralni pristup na nacionalnom nivou podrazumevao bi primarnu zaštitu nematerijalnih elemenata nasleđa, kao i čitav niz pratećih mera u cilju podizanja društvene svesti: redovno ažuriranje nacionalnih registara, besplatne publikacije za širu javnost, uvođenje tematike nasleđau obrazovni sistem, uključivanje građana u kulturni dijalog na lokalnom i regionalnom nivou, angažovanje eksperata za praćenje stanja i pregovore sa drugim zemljama, kreiranje IT platforme koja spaja lokalno kulturno nasleđe i turizam, itd. Dakle, prvi korak bi predstavljao osvetljavanje značaja nematerijalnih kulturnih tekovina. Zatim bi sledio dru-

[16] E.Polymenopoulou, 8.

[17] *Frontier dispute case*, Burkina Faso v Niger, http://www.icj-cij.org/docket/files/149/17306.pdf, 21.maj 2017.

[18] E.Polymenopoulou, 11.

gi korak u vidu obnavljanja materijalnih kulturnih tekovina – renoviranje muzeja, zamaka, održavanje nalazišta, lokaliteta, artefakata, itd. Tada bi zaštita (ne)materijalnog kulturnog nasleđa bila integralno izvedena i unapređena.

Budući da su neodvojive, kao dve strane istog novčića, država ne sme razdvajati nematerijalne i materijalne kulturne tekovine, već mora da uspostavi jedinstvenu kulturnu politiku koju će sistemski sprovoditi na svim nivoima, ne gubeći iz vida holistički pristup kulturi. Nematerijalno kulturno nasleđe, tzv. živo nasleđe, predstavlja majku svih kultura i njegovom neadekvatnom zaštitom dolazi do propadanja i zatiranja materijalnog nasleđa. Ukoliko materijalno kulturno nasleđe izolujemo od njegovih nematerijalnih elemenata – istorije i kulturne pozadine, ono neće nositi veliki samostalni značaj, ne računajući njegovu estetsku dimenziju.[19] Dakle, da bi se zaštitio običaj koji se materijalno manifestuje, a bez fokusiranja na njegovu estetsku i zabavnu dimenziju, neophodno je podvući značaj integralnog pristupa zaštite kulturnog nasleđa.

Integralni pristup na međunarodnom nivou

Za razliku od nacionalnog nivoa, gde država treba da preuzme ulogu lidera u kreiranju kulturne politike, na međunarodnoj sceni, s druge strane, definisanje koherentnog pravca onemogućava veliki broj različitih političkih interesa. Budući da sama Konvencija ima "mek" karakter, u smislu da ne predviđa mehanizam rešavanja sporova, te da eksplicitno ne nameće rigidne obaveze državama ugovornicama, kao ni sankcije za kršenje istih, postavlja se pitanje – na koji način poboljšati efikasnost pravne zaštite nematerijalnog kulturnog nasleđa i na međunarodnom nivou?

Prema članu 11. i 12. Konvencije, svaka država ugovornica nadležna je da zaštiti, popiše, kao i da nominuje elemente nematerijalnog kulturnog nasleđa koji suprisutni na njenoj teritoriji. Budući da je nekada teško nematerijalne elemente čvrsto vezati za teritoriju porekla, a imajući u vidu njihov neopipljivi karakter, često može doći do problema u vidu negativnog sukoba nadležnosti. Na primer, stari zanati i tradicionalne veštine često nastaju na graničnim područjima, te se ne može precizno utvrditi njihova država porekla. Dodatno, ljudski faktor koji se ogleda u stalnim migracijama, kao i državne promene granica uzrokuju široku teritorijalnu rasprostranjenost tradicionalnih zanata.

[19] Draft Opinion, Towards an Integrated Approach to Cultural Heritage for Europe, Committee of the Regions, 111th plenary session, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52014IR5515, 25.maj 2017. god.

Prema članu 13. Operativnih smernica za primenu Konvencije o zaštiti nematerijalnog kulturnog nasleđa[20], kada se element nalazi na teritoriji dveju ili više država ugovornica, postoji mogućnost da se formiraju multinacionalni predlozi za nominaciju. Međutim, ukoliko nadležne države ne prepoznaju značaj nematerijalnog elementa prisutnog na njenoj teritoriji, ili mu ne pruže adekvatnu zaštitu, postoji opasnost da element ne bude zaštićen i potpisan, te da u krajnjem slučaju – nestane. Naravno, neophodno je napraviti distinkciju između situacije kada određeni element spontano nestane usled ljudskog nepraktikovanja, te nema potrebe da ga država veštački održava u životu, i drugačije situacije gde element nestaje nemarom i neadekvatnom zaštitom od strane države. Potonji slučaj ne predstavlja retkost, ali se može izbeći sveobuhvatnijim merama zaštite.

Na primer, ukoliko se uvede mogućnost da *bilo koja država ugovornica* nominuje na listu neki nematerijalni element, ili pak predloži mere njegovog očuvanja, nezavisno od činjenice da li se element nalazi na njenoj teritoriji ili ne, sprečilo bi se propadanje nematerijalnih kulturnih tekovina. Proširenje nadležnosti na sve države ugovornice, slično kao mogućnost podnošenja tužbe pred Sudom (bliže opisano u poglavlju 3. ovog rada), posebno bi bilo značajno u situaciji kada je opstanak nematerijalnog elementa ugrožen i zahteva hitnu zaštitu. U tim slučajevima, koje ne treba poistovećivati sa mešanjem u unutrašnje poslove jedne zemlje, države su pozvane da reaguju promptno i pruže efikasnu zaštitu, budući da spašavanje ugroženog nasleđa mora prevladati političke interese.

Uvođenjem te mogućnosti, s jedne strane, proceduralna nedorečenost Konvencije bila bi prevaziđena, dok bi sa druge strane bio postignut krajnji cilj – *očuvanje nematerijalnog kulturnog blaga, kao univerzalnog interesa celog čovečanstva.* Izuzetno je važno da takav interes bude prepoznat i zaštićen iznad svih političkih, državnih i teritorijalnih podela.

ZAKLJUČAK

Novije tendencije pravne zaštite kulturnog nasleđa kreću se u okvirima principa internacionalizma. On podrazumeva da kulturna dobra i nasleđe moraju biti posmatrani kao nosioci genusnih obeležja humaniteta i da stoga, predstavljaju kolektivno dobro čitavog čovečanstva i predmet međunarodne saradnje.[21] Zato je važno da država, pre svih, podstiče kod svojih građana respektabilan od-

[20] Operativne smernice za primenu Konvencije o zaštiti nematerijalnog kulturnog nasleđa, *http://www.nkns.rs/sites/default/files/documents/operativne-smernice-2013.pdf*, 25.maj 2017. god.

[21] D. Milunović, "Kratak teorijski uvod u pravnu zaštitu kulturnih dobara,"*Nasleđe, Zavod za zaštitu spomenika kulture grada Beograda*, 2001, 226.

nos prema (ne)materijalnom nasleđu, a zatim, da zaštiti njihova kulturna prava, koja sve više dobijaju na važnosti u okviru korpusa osnovnih ljudskih prava.

Ne smemo zaboraviti dane materijalno kulturno nasleđe predstavlja nukleus nacionalnogi kulturnog identiteta. Jedino kroz adekvatnu promociju i pravnu zaštitu nematerijalnog nasleđa, možemo sačuvati materijalno kulturno nasleđe od propadanja i razumeti ga u svom izvornom istorijskom kontekstu. Istovremeno, nematerijalno kulturno nasleđe omogućava nam dalakše vodimo interkulturalni dijalog sa drugim narodima, te da intenziviramo socijalnu inkluziju, tako neophodnu u ovom veku previranja i nestabilnosti.

Vreme će pokazati da li će države i međunarodna zajednica kao celina, moći uspešno da odgovore na pravne, kulturološke i sociološke izazove, koje nam oblast (ne)materijalnog kulturnog nasleđa donosi.

VANJA M. PAVIĆEVIĆ
Ph.D. Candidate, Faculty of Law
University of Belgrae

LEGAL PROTECTION OF THE (IN)TANGIBLE CULTURAL HERITAGE – CHALLENGES AND TRENDS –

Summary

This paper argues that the tangible and intangible cultural heritage must be considered and preserved integrally, given their unbreakable bond. Development of legal protection of (in)tangible cultural heritage was presented, as well as the evolution of cultural rights in the light of the jurisprudence of the International Court of Justice. In addition, the importance of an integrated approach at national and international level was analyzed. This paper aims to point that the preservation of (in) tangible cultural heritage represents a universal interest of all mankind, and that must be above all political, state and territorial divisions. In the light of all the above mentioned facts, a proposal was given in order to expand the jurisdiction of the Contracting States outside the existing framework of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage.

VLADAN PETROV

U POTRAZI ZA USTAVNOM STABILNOŠĆU U REPUBLICI SRBIJI

USTAVNA STABILNOST – USTAVNA VREDNOST I (ILI) USTAVNI CILJ

Ustavna stabilnost je jedna od osnovnih vrednosti modernog konstitucionalizma. "Konstitucionalizam podrazumeva da su fundamentalna pravila za efektivno vršenje državne vlasti i zaštitu individualnih ljudskih prava stabilna i predvidiva, kao i da ne mogu podležati olakoj promeni. To je ključno za legitimnost ustavnost sistema".[1] Ustavna stabilnost je dinamička kategorija. Njena se sadržina ne može unapred odrediti niti se, jednom dosegnuta, može smatrati trajnom. Ustavna stabilnost podrazumeva neprestanu potragu za ravnotežom između ustavne nepromenjivosti, s jedne, i (o)lake ustavne promenjivosti, s druge strane. To je, rečima francuskog pravnika Žikela, osciliranje između "zahteva da se ustav prilagodi novoj stvarnosti i da, iznad svega, sačuva svoj identitet".[2] Pretpostavka ustavne stabilnosti je relativno jasno definisan nacionalni ustavni identitet. U političkim društvima u kojima to nije slučaj, ustavno pitanje stalno je, prividno ili stvarno, na dnevnom redu. Prividno je ustavno pitanje na dnevnom redu kad se o

---

Dr Vladan Petrov, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj rad je prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom "Identiteski preobražaj Srbije".

[1] Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, CDL-AD(2010)001.

[2] Vid. D. Simović, V. Petrov, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 37.

promeni ustava neprestano govori u javnosti, ali ne dolazi do formalnog pokretanja postupka za promenu ustava. Stvarno je na dnevnom redu kad se prečesto poseže za amandiranjem ustava – bilo da je reč o neznatnom doterivanju bilo da je reč o zadiranju u suštinska ustavna rešenja.

O ustavnoj stabilnosti moguće je govoriti iz dve polarizovane pozicije. S jedne strane, u starijim zapadnoevropskim demokratijama, ustavna stabilnost počiva na snažnom uverenju u legitimitet važećeg ustava – u proceduralnom i u sadržinskom smislu. Postoji opasnost, više teorijska, da se u ovim državama ustavna stabilnost neosetno pretvori u ustavnu nepromenjivost. Ustavna nepromenjivost, odnosno "konzerviranje" ustava, pre ili kasnije, vodi njegovoj "smrti". Uostalom, i s ustavima je kao i sa ljudima. Unutrašnja čvrstina i spoljna fleksibilnost daju snagu i obezbeđuju dugovečnost. U stabilnim ustavnim demokratijama, s odgovarajućom ustavnom kulturom, političke elite su toga svesne. Kad istinske potrebe to nalažu, one posežu bilo za formalnim amandiranjem ustava bilo za njegovim faktičkim prilagođavanjem (ustavni običaji, ustavne konvencije i ustavna praksa). U "faktičkom" menjanju ustava, značajnu ulogu može igrati ustavni sud svojim "kreativnim" tumačenjem ustavnih normi.

S druge strane, u mladim ili novim demokratijama (na primer, države bivšeg socijalističkog bloka), ustavna stabilnost više gravitira ka fleksibilnosti ustava, pogotovo u proceduralnom smislu. Ustavi bivših real-socijalističkih država, po pravilu, predviđaju relativno mekšu revizionu proceduru, naročito za promenu većine odredaba – onih koje nisu fundamentalne, nego su "operativne", više tehničke nego suštinske za funkcionisanje ustavnog poretka. U sadržinskom smislu, ustavna stabilnost u ovim državama više je strateški ustavni cilj nego ostvariva ili ostvarena ustavna vrednost. Potrebno je izgraditi nov ustavni identitet. Jedna od primarnih dilema je da li totalno raskinuti sa starim poretkom ili očuvati kontinuitet kako bi dobra rešenja iz starog dobila novu fizionomiju i drukčiju ulogu u novom poretku. Za sve potencijalne ili nove članice Evropske Unije važno pitanje je i kako da se nacionalni ustavni identitet "ugradi" ili "pomiri" s evropskim ustavnim identitetom ("odricanje" od "dela" suverenosti, prenos nadležnosti sa nacionalnih parlamenata na evropske institucije).

U Srbiji, izraz "ustavna stabilnost" retko se upotrebljava. Kad se to čini, pridaje mu se neadekvatno značenje. Ustavna stabilnost se poistovećuje sa ustavnom nepromenjivošću. Stoga su pristalice "ustavne stabilnosti" oni koji brane da se takne u Ustav Srbije od 2006. To su moderni "ustavobranitelji". Drugi su oni koji važeći ustav smatraju prevaziđenim – preprekom na putu evropskih integracija. U oštroj suprotstavljenosti ove dve političke struje, promena Ustava postaje dnevno-politički fenomen – ona se banalizuje i gotovo obesmišljava. Ustavna stabilnost ostaje samo puka apstrakcija umesto da bude jedna od ideja vodilja ustavnog

poretka koji mora od opstane, a da bi opstao, mora da se prilagođava i doteruje, ne menjajući svoju suštinu. Pravi ustav kao i pravi čovek može po potrebi menjati odelo bez promene svog karaktera, odnosno svog identiteta. U ustavnoj teoriji, odavno je poznata razlika između formalne i suštinske čvrstine ustava. Druga se odnosi na korpus fundamentalnih principa čija bi promena značila napuštanje starog i donošenje novog, sadržinski sasvim drukčijeg ustava.

Zadatak srpske ustavnopravne nauke u narednom periodu upravo se ogleda u identifikovanju tih fundamentalnih principa i vrednosti – suštinske čvrstine ustava ili ustavnog identiteta. Sadašnji ustav, nad kojim u javnosti neopravdano lebdi "oreol" kosovskog "zaveta", nije uspeo da identifikuje i normativno adekvatno izrazi nacionalni ustavni identitet. Štaviše, ovaj ustav nije sasvim u skladu ni sa tekovinama moderne evropske ustavnosti – ne odgovara pravom evropskom ustavnom identitetu.

USTAV SRBIJE OD 2006. – U RASKORAKU S EVROPSKIM I NACIONALNIM USTAVNIM IDENTITETOM[3]

"Ustavna načela su, po pravilu, norme fundamentalnog karaktera, bilo da se nalaze u formalno ustavu bilo u nepisanom ustavnom pravu, koje čine temelj pravnog poretka, - dakle, osnov državnog i društvenog uređenja -, iz kojih se, s jedne strane izvlače ostale, posebne ustavne norme, dok s druge, služe upravo za njihovo tumačenje radi obezbeđivanja jedinstva ustavnog poretka. Zajedno s ustavnim vrednostima, koje je istina teško jasno razlučiti od samih načela, čine ustavni identitet države."[4]

Ostavši sasvim pri ovom određenju ustavnog identiteta, razvejali bismo zabludu koju podstiču protivnici važećeg ustava tvrdnjom da je ovaj akt simbol srpskog nacionalnog identiteta i prepreka izgradnji evropskog identiteta Srbije, otuda nepodesan da bude najviši, konstitutivni akt države na njenom putu ka Evropskoj uniji.

Nacionalni ustavni identitet čine ustavna načela i vrednosti koji su temelj i suština ustava države. Izraz "evropski ustavni identitet" ne vezuje se za Evropsku Uniju, već označava tekovine moderne evropske ustavnosti kao što su pravna država (vladavina prava), podela vlasti, sudska kontrola ustavnosti, ljudska prava i sl. Između nacionalnog i evropskog ustavnog identiteta ne bi smelo biti većeg nesaglasja. Nacionalni ustavni identitet evropske države bio bi evropski ustav-

[3] Vid. V. Petrov, Ustav i ustavni identitet, *Pečat* br. 480, str. 11–13.

[4] V. Petrov, "Ustavna načela uopšte i u Republici Srbiji – teorijski pogled", Pravni život, tom IV, 12/2016, 508.

ni identitet na koji se "kaleme" specifične nacionalne vrednosti i okolnosti koje opredeljuju državno uređenje (složena ili prosta država), oblik vladavine (monarhija ili republika), sistem vlasti (parlamentarizam sa jakim ili slabim šefom države), teritorijalnu organizaciju (jednostepenu ili višestepenu lokalnu samoupravu, kao i eventualno postojanje teritorijalne autonomije) itd.

Ustav Srbije od 2006. sadrži rešenja koja nisu u saglasnosti sa evropskim, ali nisu ni sa nacionalnim ustavnim identitetom. Pokazaćemo to na nekoliko primera.

Podela vlasti. – Načelo podele vlasti u temeljima je evropske ustavnosti. Njegov osnovni smisao odredio je Šarl Monteskje, polovinom osamnaestog veka: "Sve bi bilo izgubljeno ako bi isti čovek ili telo prvaka, bilo plemića bilo ljudi iz naroda, vršili te tri vlasti, naime vlast donošenja zakona, vlast izvršavanja javnih odluka i vlast suđenja za zločine ili u sporovima pojedinaca". Premda je ovo načelo doživelo izvesni preobražaj, naročito pojavom ustavnog sudstva, dva osnovna obeležja ostala su nepromenjena: 1) saradnja i uzajamno ograničavanje dveju političkih vlasti, zakonodavne i izvršne; 2) nezavisnost sudstva – prevashodno zabrana uticaja političkih vlasti na vršenje sudske funkcije. Naš ustavotvorac je zanemario ova obeležja podele vlasti. Ustav sadrži uobičajenu formulaciju: "Uređenje vlasti počiva na podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku", potom dve odredbe koje su nesaglasne jedna drugoj: "Odnos tri grane vlasti zasniva se na ravnoteži i međusobnoj kontroli" i "sudska vlast je nezavisna". Ustavotvorac se očigledno priklonio angloameričkoj varijanti podele vlasti, svojstvenoj američkom predsedničkom, a ne evropskom parlamentarnom sistemu. Angloamerikanizacija evropskog ustavnog prava i prava uopšte prisutna je u pravnim porecima bivših jugoslovenskih republika. Ima je i u zapadnoevropskim demokratijama, ali u fragmentima, jer se one teže odriču evropskog i nacionalnog ustavnog identiteta.

Definicija podele vlasti u Ustavu Srbije nije samo puka deklaracija. Ona je, na primer, pravni osnov da se odlučivanje o izboru sudija deli između Narodne skupštine i Visokog saveta sudstva, da članove VSS-a bira Narodna skupština, da u VSS-u politički činilac odnosi prevagu nad profesionalnim, sudijskim itd. Takva podela vlasti nije u saglasju ni sa evropskim ni sa nacionalnim ustavnim identitetom.

Priroda mandata narodnih poslanika. – Jedno od prvih rešenja Ustava koje je došlo pod udar naučne kritike je sadržano u članu 102. stavu 2: "Narodni poslanik je slobodan da, pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji je predlog izabran za narodnog poslanika, u skladu sa zakonom". Ovom odredbom stvoren je osnov za uvođenje stranačkog imperativnog (vezanog) mandata (R. Marković) a dovedeno je u pitanje načelo slobodnog mandata poslanika, koje je, prema Venecijanskoj komisi-

ji, "ugaoni kamen evropske demokratske ustavnosti". Ovakvo rešenje nije u skladu ni sa načelom narodne, odnosno građanske suverenosti iz člana 2. Ustava, koje je temelj predstavničke demokratije. Ustavotvorac je samo trebalo da se posluži odredbom Ustava Kraljevine Srbije od 1888: "Svaki narodni poslanik predstavlja ceo narod, a ne samo one koji su ga izabrali". "Namesnički" ustav od 1869. bio je još precizniji: "Narodni poslanici nisu predstavnici samo onih, koji su ih izabrali, već celog naroda; i po tome, njima se ne može dati nikakvo obavezno nastavljenje od birača, već oni po svom uviđenju i savesti predstavljaju i rešavaju narodne potrebe". Ukoliko nije hteo da se osloni na srpsko ustavno nasleđe, ustavotvorac je mogao da se ugleda na nemački Osnovni zakon: "Članovi Bundestaga nisu vezani naredbama i instrukcijama i odgovorni su samo svojoj savesti". I važeći zakon o Narodnoj skupštini sadrži dobru formulaciju: "Narodni poslanik se opredeljuje, istupa i glasa po sopstvenom uverenju".

Slobodni mandat nije, kako se pogrešno misli, "ustavni dekor" u partijskoj vladavini. Slobodni mandat je poslednja brana slobodne volje narodnih poslanika i garant autonomije parlamenta bez koje je predstavnička vladavina obesmišljena. Iako ograničenog domašaja u modernim uslovima, ovo načelo je neophodan sastojak kako evropskog tako i nacionalnog ustavnog identiteta.

*Preambula Ustava***.** – Brisanje Preambule zagovaraju pristalice "nove realnosti", odnosno usklađivanja normativnog sa faktičkim stanjem, čime bi se postavio drukčiji vrednosni temelj jednog proevropskog, a ne nacionalnocentričnog ustava, okrenutog prošlosti, mitologiji, fikcijama i sl. Najtvrđi branioci Ustava u njoj vide zaštitu najviše vrednosti nacionalnog ustavnog identiteta, Kosova i Metohije kao duhovne prapostojbine srpskog naroda.

Prembulu vidimo drukčije i od njenih ostrašćenih protivnika i od njenih tvrdih branilaca. Ona nije u saglasnosti sa nacionalnim ustavnim identitetom, a evo i zašto. Nije problem u tome što je ona ustavna fikcija, jer u ustavnom pravu takve fikcije imaju svoju ulogu i smisao. Problem je u tome što je pojam suštinske autonomije Kosova i Metohije unet gde mu je najmanje mesto, u "predgovor" Ustavu – deo koji izražava ustavnu ideju vodilju. Taj pojam, koji niko nije, a očigledno nikada i neće, definisati, neme veze sa pojmom teritorijalne autonomije. Taj pojam u nameri da sačuva KiM Srbiji nije mogao koristiti. Kome jeste i kakvo je njegovo značenje najbolje se videlo u februaru 2008. kada je takozvana država Kosovo, svoju "suštinsku autonomiju" nazvala pravim imenom – nezavisnost. "Konstitucionalizovanjem" pojma suštinske autonomije, teritorijalni integritet države samo je oslabljen. Ne treba ili možda treba podsećati da nijedna ozbiljna ustavna država ne bi bila spremna da se odrekne dela svoje teritorije –

načelo zaštite teritorijalnog integriteta je u temelju moderne evropske ustavnosti i deo je evropskog ustavnog identiteta.

Dakle, preambula našeg ustava nije najviši izraz srpskog ustavnog identiteta. Ona je, zahvaljujući virtuelnoj suštinskoj autonomiji KiM, u suprotnosti s njim.

Navodeći ove primere iz važećeg ustava, nismo dali pozitivno određenje našeg ustavnog identiteta. Nastojali smo da damo njegovu negativnu definiciju, odnosno da kažemo šta smatramo da on nije. Predmet posebnog rada bila bi pozitivna definicija ustavnog identiteta Srbije, počev od nosioca suverenosti i definicije države, preko oblika državnog uređenja, oblika vladavine i sistema vlasti, zaključno sa korpusom ljudskih i manjinskih prava. O tome da li sva, ako ne sva koja, pitanja čine ustavni identitet postoje ozbiljna razmimoilaženja. Ustavni identitet je teorijski relativno nov koncept, koji je vrlo maglovit i neodređen. Pitanje je da li će opstati ili će se pokazati kao "modni trend" u ustavnopravnoj nauci.

USTAV I SISTEM VLASTI[5]

Ako je sistem vlasti relevantan za određenje ustavnog identiteta države, postavlja se pitanje koji bi to sistem najviše odgovorao ustavnom identitetu Srbije. Da bi se odgovorilo na ovo pitanje moramo se ukratko osvrnuti na karakteristike sistema vlasti u Ustavu Srbije od 2006. i njegovo funkcionisanje u ustavnom životu.

Sistem vlasti u važećem ustavu – između norme i stvarnosti. – Sistem vlasti prema Ustavu Srbije od 2006. "prepisan" je iz Ustava od 1990. To je, u osnovi, parlamentarizam, jer Vlada politički odgovora parlamentu i može predložiti predsedniku Republike da raspusti parlament. Predsednika Republike biraju neposredno građani i formalno nije deo egzekutive ("Vlada je nosilac izvršne vlasti"). Predsednik "izražava državno jedinstvo Republike Srbije". To je, kako ustavna teorija određuje, uloga "moderatora" ili "posrednika" u odnosima između izvršne i zakonodavne vlasti. Njegova ustavna ovlašćenja su iznad onih koja ima šef države u parlamentarnom sistemu, ali ne prate do kraja demokratski legitimitet neposredno izabranog predstavnika građana. Ovaj sistem vlasti, koji nazivaju "ublaženom varijantom mešovitog sistema"[6] ili "neznatno racionalizovanim parlamentarizmom"[7], trebalo je da posluži kao prelazni oblik dok prilike ne sazru

[5] Vid. V. Petrov, "U potrazi za ustavnom ravnotežom", *Pečat* br. 485/2017, 22–24.

[6] Vid. R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2009, 208.

[7] D. Simović, "Odnos izbornog sistema i sistema vlasti u Srbiji", *Reforma izbornog sistema (ur. E. Šarčević),* Sarajevo 2015, 144.

za pravu parlamentarnu demokratiju. "On (sistem vlasti, *V. P.*) za uzore nije imao ni parlamentarni ni predsednički sistem nego je bio izraz neponovljivih istorijskih prilika nastalih vraćanjem političkih stranaka u Srbiju posle pola veka. Tada je Srbija preko noći iz samoupravnog jednostranačkog socijalizma ušla u institucionalni režim višestranačke parlamentarne demokratije, bez realno postojećih ekonomskih i političkih ustanova koje su njegova pretpostavka (...) Da bi se izbegli potresi koji nastaju naglim prelaskom s jednog sistema na drugi, pribeglo se lukavstvu. Ustav od 1990. predvideo je predsednika republike koga biraju svi građani, ali s malim ovlašćenjima vlasti i istovremeno vladu, koju biraju samo predstavnici građana, ali s najvažnijim ovlašćenjima izvršne vlasti."[8]

U praksi, sistem vlasti prema važećem ustavu funkcionisao je različito. Dok je predsednik bio Boris Tadić, kao predsednik tada vladajuće partije, efektivna vlast bila je u njegovim rukama. Na delu je bila "prezidencijalizacija" sistema. Kada je na dužnost stupio Tomislav Nikolić, podnevši ostavku na funkciju predsednika partije, "klatno" se počelo pomerati ka Vladi, sasvim kada je na funkciju predsednika Vlade došao Aleksandar Vučić.

Parlamentarizam ili polupredsednički sistem kao deo ustavnog identiteta Srbije? – Jedan odgovor daje profesor Marković u pomenutom tekstu: "Kako su razlozi za opisano ustavno uređenje otpali, njega je potrebno promeniti. I mada preovlađujuća autoritarna i tradicionalna svest smatra da našem političkom mentalitetu odgovara promena kojom bi ovlašćenja izvršne vlasti pretegla u korist predsednika republike, teorijski razlozi idu u prilog tome da se ta promena izvrši u korist parlamentarne vlade. Sadašnja situacija neposredno izabranog predsednika republike s malim ovlašćenjima je neodrživa. Davati mu veća ovlašćenja izvršne vlasti sa još većim pravima učešća u zakonodavnom postupku, uz zadržavanje postojećeg načina izbora, kosilo bi se sa uslovom odgovorne vlasti (*limited government*), koji je, pored legitimnosti i smenjivosti vlasti, pretpostavka demokratskog ustavnog poretka (...) model predsednika republike iz Ustava od 1990. više ne treba popravljati, nego ga treba promeniti. Pri postojanju vlade kao nosioca izvršne vlasti, dovoljno je da predsednik republike bude samo oličenje i simbol države. Njega treba da biraju predstavnici naroda, a ne narod neposredno."[9]

Drugo viđenje ima Darko Simović, poznavalac francuskog polupredsedničkog sistema na kog naš sistem "do pola" liči. Simović tvrdi: "Između dve opcije, prelaska na posredni izbor i zadržavanja neposrednog izbora predsednika Republike, ali uz snaženje njegovih ustavnih ovlašćenja, treba prihvatiti ovu drugu,

[8] R. Marković, "Ka budućem ustavu Srbije", *Politika* od 9. jula 2017, http://www.politika.rs/sr/clanak/384539/Ka-buducem-ustavu-Srbije, pregledano: 2. 10. 2017.

[9] *Ibidem.*

jer političkim životom Srbije ne treba da dominira jedan ustavni organ. Uzorni demokratski sistemi, počivaju na ravnoteži više centara institucionalizovane političke moći"[10]. Poredeći pisani i živi ustav, Simović ukazuje na to da je od početka sistem vlasti u praksi funkcionisao sa manjim ili većim odstupanjima od onog propisanog Ustavom. Stoga su i građani bili u zabludi da je, u vreme jakih predsednika, naš sistem prezidencijalistički, odnosno da je u vreme jakih predsednika Vlade, ovaj sistem parlamentarizam "premijerskog", tačnije, "kancelarskog" tipa – po ugledu na poziciju nemačkog predsednika vlade (kancelara).

Teorijski rezon profesora Markovića je sasvim na mestu. Srbija treba da teži parlamentarizmu u kom će se tražiti ravnoteža između jake i odgovorne vlade, s jedne, i reprezentativnog parlamenta, s druge strane. Poznavaoci evropskog parlamentarizma smatraju da je to pravac u kom će ići njegova evolucija – "uzajamno prožimanje vlade i parlamenta uz ostavljanje ovom poslednjem maksimalnog uticaja"[11]. Venecijanska komisija se izričito ne izjašnjava, ali poziva na oprez kad je reč o ustavnim reformama koje predlažu jačanje predsednikovih ovlašćenja. Iza prividne demokratske legimnosti ovakvih reformi mogu stajati autoritarni motivi.

Ako teorijskim i uporednopravnim dodamo i istorijske argumente, one koji se tiču sveopšteg napretka u kratkom periodu evolucije parlamentarnog sistema (1903 – 1914), može se nedvosmisleno zaključiti da političkom i ustavnom identitetu Srbije više odgovara parlamentarizam. Jak šef države je više "fasadni" deo u konstrukciji sistema vlasti. To je prelazno rešenje, a ne suštinsko obeležje ustavnog identiteta Srbije. To prelazno rešenje, još uvek treba da opstane, jer se nisu stekle zrele političke prilike za pravi parlamentarizam koji će Srbiji svakako više pristajati. Upravo stoga bi bilo neracionalno sa stanovišta ustavnog identiteta, u nekoj potencijalnoj promeni Ustava, jačati ustavna ovlašćenja predsednika Republike. Rečju, Srbija bi se takvim ustavnim promenama udaljila od svog identiteta koji traži parlamentarizam kao stabilno i trajno rešenje, a prezidencijalizam prihvata kao prelazni oblik.

Bilo bi suviše u jednom radu ozbiljnije analizirati i proceduralne aspekte ustavne stabilnosti. Ipak, na kraju bismo, istakli nekoliko zapažanja u pogledu toga kako bi, u smislu obima, i na koji način bi, u smislu procedure, trebalo menjati Ustav kad za to dođe vreme.

---

[10] Simović, 150.

[11] F. Lavaux, "Parlementarismes européens", Mélanges en l' honneur de Slobodan Milacic: *Démocratie et liberté – tension, dialogue, confrontation,* (ed. Jean du Bois Gaudusson et al.), Bruxelles 2007, 139.

PROCEDURALNI ASPEKTI USTAVNE STABILNOSTI U SRBIJI[12]

Baveći se pitanjem neophodnosti promene Ustava, više u publicističkim, nego u naučnim tekstovima, zauzeli smo prilično jasan stav da Srbija na putu svoje ponovne "evropeizacije" – što ne mora koincidirati sa putem integracija u EU – ne treba da žuri sa promenom Ustava. Taj stav ovde nećemo dalje argumentovati.

Ako pođemo od pretpostavke da je doneta politička odluka da se Ustav menja, revizija ne bi trebalo da bude totalna. Srbija nema potrebu za donošenjem kompletno novog ustava. Aktuelni ustavni momenat nema snagu i značaj ustavotvornog momenta. Pod aktuelnim ustavnim momentom ne podrazumevamo političku realnost kao takvu. Reč je o sjedinjenju objektivnih i subjektivnih uslova koji iziskuju donošenje novog ustava. Još je Ustav Srbije od 1990. sasvim dobro postavio temelje liberalno-demokratske ustavnosti, što je preuzeo i važeći ustav. Ono što drugom nedostaje ne može se dobiti donošenjem novog ustava, nego evolutivnim menjanjem ustavne kulture i formalnim amandiranjem, kojim se neće dirati u temeljna načela, jer ona nisu teorijski i normativno sporna. Njihova realizacija u životu Ustava, kao i njihova konkretizacija u "operativnim" ustavnim odredbama su ono što predstavlja izazov za ustavni poredak Srbije.

Najzad, da bi se bar formalno, ali i suštinski, išlo ka ustavnoj stabilnosti, važno je da se buduće promene Ustava vrše prema proceduri važećeg ustava. Dakle, Srbija na putu izgradnje stabilne ustavne demokratije ne bi trebalo da odstupa od ustavnog kontinuiteta.

Prvo, ustavna konsolidacija još uvek nedovoljno stabilnog demokratskog poretka najbolje se ostvaruje ako se ustav menja, odnosno novi donosi, uz poštovanje propisane procedure, ma kolike da su njene slabosti. Ustavna stabilnost, u proceduralnom smislu, ispoljava se kao ustavni kontinuitet, a u sadržinskom kao ustavna evolucija. "…Svaka važnija ustavna promena trebalo bi da se izvrši u skladu sa propisanom formalnom amandmanskom procedurom. Doista, jedan od centralnih ciljeva strogog poštovanja procedure je da garantuje legitimnost ustavne promene".[13]

Drugo, ako se ostave po strani ovi razlozi koji se mogu okarakterisati kao doktrinarni, Srbija je propustila da "ustavni momenat", nastao istupanjem Crne Gore iz državne zajednice i povraćajem punog "suvereniteta", realizuje u originernoj proceduri, odnosno putem ustavotvorne skupštine. Čak i ulazak Srbije u

[12] Vid. V. Petrov, "Ustavotvorne i revizione procedure u postkomunističkoj Srbiji – bilans i pogled unapred", http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov2.pdf, pregledano: 5. 10. 2017. godine. Ovaj deo rada je preuzet iz citiranog članka.

[13] Venice Commission (fus. 1).

Evropsku uniju ne bi se mogao smatrati "ustavnim momentom" koji zahteva donošenje novog ustava. Parcijalne i višefazne promene, od kojih su neke sadržinske (npr. deo o pravosuđu), a druge tehničke (npr. integrativna klauzula), bile bi dovoljne da se Srbija ustavnopravno "pripremi" za članstvo u EU.

Treće, još je Ustav od 1990. uveo mnoge principe, vrednosti i rešenja liberalno-demokratske ustavnosti, što je preuzeo i Ustav od 2006, tako da u sadržinskom smislu ne postoji ozbiljan razlog za donošenje novog ustava, samim tim ni za razmišljanje o tome da ovaj akt bude delo ustavnog diskontinuiteta.[14] Rečju, ni doktrinarni ni konkretni društveno-politički razlozi ne idu u prilog povratku Srbije "na staze" ustavnog diskontinuiteta.

Dakle, ako se bude donosio novi ustav Srbije, to bi trebalo uraditi prema propisanoj proceduri u Ustavu. To znači da bi se akt o promeni Ustava najpre morao usvojiti u Narodnoj skupštini dvotrećinskom većinom, a zatim potvrditi na obaveznom referendumu. Zbog toga što bi referendum bio nezaobilazna faza postupka, taj referendum bi morao biti sproveden uz poštovanje najviših demokratskih standarda. Pošto se od donošenja srpskog zakona o referendumu (1994) dosta toga promenilo na planu realizovanja referendumske tehnike i procedure, jedna od nužnosti je usvajanje novog zakona o referendumu. To je pravna obaveza nadležnih državnih organa propisana Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava, ali do sada je, kao što je slučaj i sa nekim drugim "organskim" zakonima (npr. Zakon o izboru narodnih poslanika), ostala "mrtvo slovo na papiru".

Najzad, ako se bude donosio novi ustav, posebna pažnja, mnogo veća nego što je to do sada bio slučaj, morala bi se povesti o novoj revizionoj proceduri, uz punu svest o tome da "vlast amandiranja nije pravna tehnikalija već norma koja utvrđuje detalje koji mogu snažno uticati ili odrediti fundamentalne političke procese".[15]

ZAKLJUČAK

Za Srbiju kao državu u kojoj se vladavina prava sporo i tegobno uspostavlja, važno je da se ustavne promene odvijaju uz prethodnu temeljnu pripremu,

[14] Povratak ideji o ustavnom diskontinuitetu mogao bi biti opasan po relativno krhku političku stabilnost u Srbiji. Ustavni diskontinuitet je svako donošenje novog ustava koje ne poštuje proceduru starog. To znači da bi Narodna skupština dvotrećinskom većinom, na primer, mogla odlučiti da se Ustav donese po originernoj, ali znatno olakšanoj proceduri od one koja je propisana u važećem ustavu. Takva opasnost postaje još izraženija u parlamentu u kom je parlamentarna većina izuzetno jaka i homogena tako da joj nije teško da dosegne zahtev dvotrećinske većine, koji je u uobičajenim prilikama vrlo strog.

[15] Venice Commission (fus. 3).

postepeno (višefazno), uz poštovanje ustavnog kontinuiteta. Ustavne promene ne bi smele da se više upotrebljavaju u dnevno-političke svrhe, niti da budu same sebi cilj. Njih mora da podstiče i usmerava težnja za ravnotežom između zahteva za ustavnom nepromenjivošću i zahteva za ustavnom fleksibilnošću. Drugim rečima, ustavne promene moraju imati za cilj ustavnu stabilnost. Pretpostavka ustavne stabilnosti je izgradnja nacionalnog ustavnog identiteta, onog koji neće biti protivan pravom evropskom identitetu, već upravo u saglasju s njim. Ustavnopravna nauka u narednim godinama mora biti usmerena tom cilju – identifikovanju ustavnog identiteta i njegovom uobličavanju u fundamentalne ustavne norme. Na tom zadataku, Ustavni sud mora biti agilniji nego do sada, – za šta ima punu podršku, jer je i njegov sastav promenjen –, kako bi svojom bogatom i razvijenom ustavnosudskom praksom, doprinosio i promeni vladajuće koncepcije Ustava – one koja Ustav shvata kao politički instrument, a ne kao instrument koji ograničava, uokviruje i usmerava političku vlast.

VLADAN PETROV, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

IN THE SEARCH FOR CONSTITUTIONAL STABILITY IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In this article, the authors deals with some aspects of constitutional stability as a basic value of modern constitutional democracy. Constitutional stability represents a continuous searching of equillibrium between constitutional rigidity, on the one side, and constitutional flexibility, on the other. In a procedural sense, constitutional stability demands constitutional continuity. In a material sense, it means constitutional evolution. The presumption of constitutional stability is a relatively defined national constitutional identity as an amalgam of fundamental constitutional principles and (european as well as national) values. Serbia has not yet built it. That is why Serbia does not have a necessary constitutional stability. In the search of constitutional stability, the author stresses the key role of the Constitutional Court and the important role of serbian constituonal law doctrine.

MARKO STANKOVIĆ

REPUBLIKA SRBIJA KAO "REGIONALNA DRŽAVA"

– Prilog raspravi o izmenama Ustava od 2006. –

U V O D
– USTAVNA REFORMA I TEROTORIJALNA ORGANIZACIJA REPUBLIKE SRBIJE

Već duže vreme stručna i opšta javnost u Srbiji sa velikom pažnjom očekuju ustavnu reformu. Javna rasprava o izmenama i dopunama srpskog Ustava od 2006. počela je, čini se, i pre nego što je taj najviši pravni akt stupio na snagu. Nije mali broj onih koji su važeći Ustav od samog početka posmatrali kao "nužno zlo", akt sa ograničenim rokom trajanja, čija je jedina funkcija bila da po svaku cenu okonča važenje Ustava Srbije od 1990, koji su pežorativno nazivali "Milošević evim ustavom". Ali uprkos tome što je usvojen sa ciljem da napravi "raskid" sa ranijim ustavnim uređenjem, Ustav od 2006. je zapravo akt ustavnog kontinuiteta i u formalnom, proceduralnom, i u materijalnom, sadržinskom smislu. Dakle, i proceduralno i suštinski posmatrano, donošenje Ustava od 2006. nije predstavljalo revolucionarnu ustavnu promenu u odnosu na Ustav od 1990, s obzirom na to da je važeći ustav usvojio gotovo sva ključna rešenja koja je sadržao njegov prethodnik, uz pojedine korekcije, koje na nekim mestima predstavljaju korak unapred, a na nekim korak unazad.

Ustav od 2006. je usvojio podelu vlasti kao jedno od svojih osnovnih načela. Podela vlasti se smatra jednim temelja moderne ustavnosti. Pored horizon-

---

Dr Marko Stanković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

talne podele vlasti na različite državne organe (zakonodavne, izvršne i sudske), u savremenim državama vladavine prava podjednako je važna i vertikalna ili teritorijalna podela vlasti. Ona je u Srbiji izvršena između same Republike Srbije, s jedne strane, i jedinica teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, s druge strane. U oblasti teritorijalne organizacije, ustavotvorac je nastavio da "korača utabanom stazom". Ovakva odluka ustavotvorca ima svoju dobru i lošu stranu – dobra se ogleda u tome što su građani već naviknuti na postojeći sistem teritorijalne organizacije i na njihovu strukturu, koja je za nekoliko decenija stvorila kakvutakvu tradiciju, a lošu stranu predstavljaju izvesne slabosti postojećeg koncepta, koje su se ispoljile u prethodnim decenijama. Ustav Republike Srbije od 2006. je već u okviru svojih načela predvideo pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu, kao oblike vertikalne podele vlasti. Stavljajući ta dva oblika vertikalne podele vlasti u rang ustavnog načela, ustavotvorac je iskazao nedvosmislenu nameru da ih definiše kao izvorno pravo građana i oblik ograničenja državne vlasti.[1] Zbog toga član 12. Ustava propisuje da je državna vlast "ograničena pravom građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu", kao i da to pravo "podleže samo nadzoru ustavnosti i zakonitosti". Sadržinu ovog prava ustavotvorac je konkretizovao u posebnom delu Ustava o teritorijalnoj organizaciji (čl. 176–194).[2]

Nema dileme da bi se u nekoj budućoj ustavnoj reformi oba oblika teritorijalne decentralizacije u Srbiji mogla unaprediti. Kad je reč o lokalnoj samoupravi, pitanja kojima bi ustavotvorac i zakonodavac mogli da posvete pažnju u bliskoj budućnosti kako bi unapredili lokalnu samoupravu su: 1) broj i veličina jedinica lokalne samouprave, odnosno struktura i teritorijalna osnova lokalne samouprave, koja je nasleđena još iz vremena SFRJ i ima određene nedostatke; 2) lokalna demokratija i način izbora lokalnih predstavnika (odbornika u skupštinama jedinica lokalne samouprave), kako bi se smanjio uticaj političkih stranaka na lokalne predstavničke organe, a samim tim i ublažio centralizam u državi; 3) način izbora gradonačelnika i predsednika opština, radi eventualnog povećanja efikasnosti lokalne samouprave; 4) jačanje mesne samouprave, kao način za snaženje lokalne demokratije i podsticanje građana da neposredno učestvuju u obavljanju lokalnih nadležnosti, ali i način za "ublažavanje" slabosti koncepcije velikih i jakih opština i 5) imovina lokalne samouprave, čiji bi status trebalo regulisati na sveo-

[1] Pogledati: Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd 2009, 241.

[2] Stručnjaci Venecijanske komisije su u analizi Ustava Srbije (mišljenje br. 405/2006, od 18. marta 2007) izneli kritički stav o pokrajinskoj autonomiji i lokalnoj samoupravi. Njihovo je mišljenje da ustavotvorac nije u dovoljnoj meri odredio sadržinu vertikalne podele vlasti, već je tu materiju prepustio zakonodavcu.

buhvatan način, što je jedan od glavnih preduslova za finansijsku samostalnost lokalne samouprave.

Pokrajinska autonomija, koja je zamišljena kao oblik teorijskog modela teritorijalne autonomije, zadržala je sličan status onome koji je imala u Ustavu od 1990. Ustav od 2006. je zadržao i asimetriju u državnom uređenju, sa dve autonomne pokrajine koje se prostiru samo na delu državne teritorije Republike Srbije. Važeći Ustav, doduše, sadrži nešto veći broj normi o uređenju pokrajinske autonomije od svog prethodnika, ali u načelu ne odstupa od minimalističkog načina normiranja, prepuštajući zakonodavcu da uredi značajan deo materije. Takav pristup je, inače, potpuno u skladu sa teorijskim modelom teritorijalne autonomije. Novine koje je Ustav od 2006. uneo u materiju pokrajinske autonomije su nejednak, diferenciran položaj pokrajina, s jedne strane, i mogućnost osnivanja novih pokrajina (kao i ukidanje i spajanje postojećih), s druge strane. Prva novina je neminovna posledica činjenice da Republika Srbija nakon 1999. godine nema stvarnu kontrolu nad svojom južnom pokrajinom, Kosovom i Metohijom, a druga novina predstavlja mogućnost za realizaciju koncepta "regionalizacije Srbije", o kojem su se vodile žustre rasprave krajem prošlog i početkom ovog veka. S obzirom na to da se predlozi da se Srbija podeli na regione mogu čuti i danas, nužno je i korisno analizirati sam koncept "regionalne države", kao i ciljeve koji bi se eventualnim uvođenjem takvog uređenja u Republici Srbiji mogli postići.

JOVIČIĆEV KONCEPT REGIONALNE DRŽAVE I NJEMU NEDORASLE KOPIJE

U nauci ustavnog prava je odomaćena i duboko ukorenjena podela oblika državnog uređenja na unitarnu državu i federalnu državu. Međutim, ni granica između unitarne države i federalne države do danas nije jasno postavljena. Ona je često nejasna i zamagljena, pa se ne može sa sigurnošću zaključiti da li je neka država prekoračila "prag" federalizma. Uprkos tome, pojedini ustavnopravni pisci su razvili koncepciju o postojanju novog, trećeg oblika državnog uređenja – "regionalnoj državi". To znači da bi između dva klasična oblika državnog uređenja, između kojih kriterijumi za razgraničenje nisu jasno postavljeni, trebalo postaviti i treći, a zatim ga ograničiti sa obe strane – i u odnosu na unitarnu državu i u odnosu na federaciju.

Pojam "regionalna država" postao je aktuelan u našoj ustavnopravnoj književnosti, ali i u političkoj publicistici, pre nešto više od dve decenije. Ovaj pojam je dobio na značaju devedesetih godina prošlog veka, nakon što je socijalistička

Jugoslavija prestala da postoji, a Savezna Republika Jugoslavija Ustavom od 1992. ustanovljena kao federacija sačinjena od dve federalne jedinice – Republike Srbije i Republike Crne Gore. U tim trenucima, veoma turbulentnim za srpski narod, pojavili su se različiti predlozi za reorganizaciju državnog uređenja SR Jugoslavije, nakon što su propali planovi o eventualnom pridruživanju novih federalnih jedinica (Makedonije i Bosne i Hercegovine) toj federaciji, a bilo je jasno da dvočlana federacija nije funkcionalno i dugoročno održivo rešenje. Koncept "regionalne države", koja bi se zvala "Ujedinjene Srpske Zemlje", osmislio je jedan od najvećih autoriteta naše ustavnopravne misli tog vremena, akademik Miodrag Jovičić. On je nesumnjivo bio jedan od naših najvećih stručnjaka za državno uređenje, a najveći deo svoje karijere je proveo baveći se vertikalnom podelom vlasti – lokalnom samoupravom, teritorijalnom autonomijom i federalnim državnim uređenjem.

Na opštem teorijskom nivou, međutim, Jovičić nije ponudio konkretna obeležja regionalne države koja bi je razdvojila od decentralizovane unitarne države, s jedne strane, i od federacije, s druge. Prema njegovim rečima, regionalna država "više od federacije obezbeđuje 'jedinstvo u različitosti', ali, s druge strane, izbegava preteranu koncentraciju vlasti, inače svojstvenu unitarnoj državi."[3] Njenu fizionomiju čine tri grupe elemenata: status i organizacija regiona, učešće regiona u organizaciji i funkcionisanju centralnih organa i odnosi između države i regiona. Kada se pažljivo analizira Jovičićev predlog, zaključuje se da jedino drugi element regionalne fizionomije ima istinsko utemeljenje. Zato regionalna država, prema zamisli Jovičića, predstavlja spoj decentralizovane unitarne države, sa veoma malom samostalnošću posebnih jedinica, i načela participacije kakvo postoji u federacijama. Prema njegovim rečima, "status regiona je nesumnjivo bliži statusu teritorijalnih jedinica najvišeg stepena u okviru unitarne države nego statusu federalnih jedinica u okviru federacije"[4], što je sasvim ispravan zaključak. On, pri tom, daje preveliki značaj predstavljenosti regiona u okviru centralnog parlamenta, mada i sam konstatuje da je njihovo učešće u vršenju ustavotvorne i zakonodavne vlasti "uvek samo posredno, preko svojih predstavnika, a ne neposredno kao federalne jedinice u nizu federacija."[5] Uostalom, Jovičić navodi da se region i jedinica lokalne samouprave često razlikuju "samo kvantitativno", a ponekad "i kvalitativno".[6] A jedinu kvalitativnu razliku u suštini predstavlja za-

[3] Miodrag Jovičić, *Regionalna država – ustavnopravna studija*, Beograd 1996, 16.

[4] *Ibid.*, 17.

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.*, 83.

stupljenost regiona u gornjem domu državnog parlamenta, pa "najizrazitije svojstvo regionalne države jeste pravo regiona da učestvuju u obrazovanju jednog od domova parlamenta."[7] Drugim rečima, učešće regiona "u obrazovanju centralnog parlamenta je osnovna *differentia specifica* između unitarne i regionalne države."[8]

Stoga je, u najkraćem, regionalna država, prema Jovičićevoj koncepciji, decentralizovana unitarna država, čija je celokupna teritorija prekrivena istovetnim jedinicama teritorijalne autonomije (regionima), koji imaju svega jedan dodatni kvalitet u odnosu na opšti teorijski model teritorijalne autonomije, a to je sopstveno predstavništvo u okviru centralnog parlamenta. Ali participacija ne može predstavljati kompenzaciju za nedostatak autonomije regiona, koji je u Jovičićevom modelu evidentan. Ključno obeležje Jovičićeve regionalne države sadržano je upravo u prvom članu nacrta njenog ustava, u kojem se izričito navodi da je to "jedinstvena država", što je sinonim za unitarnu državu. Odredbe njegovog nacrta ustava koje se odnose na organizaciju centralnih organa i položaj regiona nedvosmisleno potvrđuju takvu definiciju.

Važno je napomenuti da je Jovičićev nacrt ustava Ujedinjenih Srpskih Zemalja bio ustavni projekat za Srbiju i Crnu Goru, koje su tada činile federaciju pod imenom SR Jugoslavija. Početkom XXI veka, u vreme kada je u političkom životu dominiralo mišljenje da bi Ustav Srbije od 1990. trebalo promeniti, javila se čitava plejada ustavnih projekata koji su, formalno ili stvarno, usvojili ideju regionalizacije, ali ovoga puta samo na teritoriji Srbije. Time je Jovičićeva ideja regionalne države umnogome obesmišljena, jer je on regionalizaciju smatrao pre svega modelom za rešavanje problema nefunkcionalne dvočlane federacije. Neki od tih predloga su u stvari predviđali federalizaciju Srbije pod "kišobranom" regionalizacije (predlozi Centra za regionalizam, Beogradskog centra za ljudska prava i FORUM-a IURIS), a neki su se držali izvornih ideja regionalizacije (predlog Centra za liberalno-demokratske studije i predlog Pavla Nikolića). Predlog Pavla Nikolića je posebno zanimljiv, jer je predviđao monarhijski oblik vladavine i u potpunosti preuzeo Jovičićevu podelu na regione (sa izuzetkom Crne Gore), koje je nazvao "oblastima". Odstupanje od Jovičićevog koncepta bilo je postojanje jednodomnog parlamenta, što bi u potpunosti svelo autonomiju oblasti u uobičajene granice teorijskog modela teritorijalne autonomije u unitarnoj državi. Nijedan od pet pomenutih ustavnih nacrta, razume se, nije imao ozbiljnijih izgleda da bude usvojen.

---

[7] *Ibid.*

[8] *Ibid.*, 118.

POKUŠAJI DEFINISANjA REGIONALNE DRŽAVE U NAŠOJ I STRANOJ USTAVNOPRAVNOJ NAUCI

Ni naša ni uporedna nauka ustavnog prava nije uspela ni izbliza precizno da definiše pojam "regionalne države". Jedan od glavnih razloga za to je svakako i nedostatak uporednopravnih primera "regionalne države", čija bi uređenja poslužila teoriji da otkrije suštinske karakteristike tog modela državnog uređenja. Jer, dobar argument u prilog postojanja nekog instituta može da bude i njegova široka rasprostranjenost u uporednom pravu. U slučaju regionalne države, međutim, ni taj argument ne stoji. Kao primeri ovog oblika uređenja navode se obično samo dve države – Italija i Španija, od kojih se jedna, Španija, prema preovlađujućem mišljenju u teoriji, smatra federacijom. Stoga "regionalnoj državi" preostaje samo Italija, što je u načelu nedovoljno.[9]

U našoj nauci se može zapaziti da su svi pokušaji definisanja pod velikim uticajem Jovičićevog modela. Izvesnu originalnost možemo pronaći jedino u koncepciji Slavoljuba Popovića, koji i nije razmatrao koncept "regionalne države", nego regionalizma[10], koji je umnogome širi pojam,[11] kao i kod Marijane Pajvančić, čija se postavka "regionalne države" gotovo ni u čemu ne razlikuje od federacije.[12] Budimir Košutić je, pozivajući se na Jovičićeve argumente, navodio da postoji izvestan "osnov za teorijski stav o regionalnoj državi kao trećem obliku državnog uređenja",[13] ali je, s druge strane, iskazivao jasne rezerve prema takvom teorijskom stavu, tvrdeći da "regioni u Italiji ili autonomne zajednice u Španiji nesumnjivo poseduju šira prava od ma kog oblika trećestepene teritorijalne jedinice uspostavljene u *drugim unitarnim državama* (podvukao M.S.)", kao i da je ustavna rasprava u Italiji "okončana prihvatanjem u Ustavu Italije iz 1947. godine uni-

[9] U našoj nauci, doduše, postoje slučajevi da se zbog samo jedne države "opstaje" čitava teorijska kategorija. Takav je slučaj danas sa skupštinskim sistemom vlasti, koji tobože postoji samo u Švajcarskoj. Ali ovaj slučaj je posledica čitavog sticaja okolnosti, odnosno činjenice da je u vreme socijalizma i tzv. skupštinskog sistema u socijalističkim zemljama postojala potreba da se dokaže da taj sistem egzistira i u klasičnim demokratijama.

[10] "Regionalizam" je širi pojam od "regionalne države", isto kao što je "federalizam" širi pojam od "federalne države".

[11] Slavoljub Popović, *Regionalizacija u svetu i kod nas – pravni aspekt*, Beograd 1983, 17. S. Popović pravilno zapaža da se u slučaju "regionalne države" zapravo "radi o unitarnoj državi, s tim što se unutar takve države, a van federativnog rešenja, uspostavlja decentralizacija šireg ili užeg obima u vidu internih teritorijalnih jedinica. Te jedinice se, po pravilu, nazivaju regionima, i imaju širu ili užu autonomiju." (*Ibid.*, 7)

[12] Marijana Pajvančić, *Ustavno pravo – Ustavne institucije*, Novi Sad 2007, 326-331.

[13] Radomir Lukić, Budimir Košutić, Dragan Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd 1999, 399.

tarnog uređenja", pa se "nije (se) moglo poricati da je Italija unitarna država".[14] Ipak, nepunu deceniju kasnije, Košutić je otklonio svaku sumnju o mogućnosti da se regionalna država tretira kao poseban oblik državnog uređenja, izričito navodeći da su "dva osnovna oblika državnog uređenja (su) unitarna (prosta) i federalna (složena) država)."[15]

Jovičićeva koncepcija je čak plasirana i inostranoj stručnoj javnosti, kada je naš eminentni pravni istoričar, Dragoljub Popović, objavio knjigu o "evropskom regionalizmu" na engleskom jeziku, prihvatajući i razrađujući većinu Jovičićevih postavki.[16] Ni u jednom momentu ne krijući da u svojim postavkama uglavnom sledi koncept regionalne države Miodraga Jovičića, D. Popović je nastojao da ponudi kriterijume koji će jasno razlikovati regionalnu državu od dva klasična oblika državnog uređenja. On je, pri tom, naveo da su Italija i Španija jedine postojeće regionalne države, ne samo u Evropi, nego i u svetu. Prema koncepciji ovog autora, regionalna država ima pet osnovnih obeležja[17]: 1) regioni imaju ustavom garantovan status; 2) regioni uživaju suštinsku autonomiju (*enjoy substantial scope of authonomy*); 3) regioni "ne učestvuju u vršenju ustavotvorne vlasti (*constituent power*); ili, drugim rečima, regioni nisu države"; 4) regioni učestvuju u vršenju zakonodavne vlasti države; 5) regioni nemaju sudsku vlast, sudstvo je jedinstveno u celoj državi. Sumarno, od pet Popovićevih obeležja regionalne države jedno je netačno (neučestvovanje regiona u ustavotvornoj vlasti), jedno nema nikakav teorijski značaj ("suštinska autonomija"), jedno ne razlikuje regionalnu državu ni od federacije ni od unitarne države (jedinstvena sudska vlast), a dva su zapravo obeležja federacije (ustavom garantovani status regiona i njihova participacija u zakonodavstvu). S obzirom na to da nijedno od pet obeležja ne razdvaja jasno regionalnu državu od tradicionalnih oblika državnog uređenja, ni ova koncepcija se ne može prihvatiti.

Iz kratkog prikaza nekoliko reprezentativnih pokušaja da se definiše "regionalna država", jasno je da u našoj nauci taj pojam nije određen. Uostalom, ukoliko se pažljivo prouče izlaganja navedenih autora o regionalnoj državi, može se zapaziti da gotovo svi oni, bilo eksplicitno (S. Popović, Košutić, D. Popović), bilo implicitno (Jovičić), i sami priznaju da je regionalna država specifičan oblik unitarnog državnog uređenja.

---

[14] *Ibid.*, 398.

[15] Radomir Lukić, Budimir Košutić, *Uvod u pravo*, Beograd 2008, 101.

[16] Dragoljub Popović, *European Regionalism – A Challenge to New Democracies*, Bâle – Genève – Munich 2002, 83-107.

[17] *Ibid.*, 184.

Dokaz da ni uporedna ustavnopravna nauka nije ni blizu relativno jedinstvene definicije regionalne države je i razlikovanje koje je pokušao da napravi Đuzepe de Vergotini (*Giuseppe de Vergottini*), koji je naveo da "postoji razlika između federalne i regionalne države usled *istorijskog porekla* dve organizacione formule. U prvom slučaju, država je nastala okupljanjem prethodno suverenih država; u drugom slučaju, jedna unitarna država sprovela je decentralizaciju priznajući autonomne teritorije."[18] Ovakav pokušaj postavljanja granice od strane jednog Italijana iznenađuje iz najmanje dva razloga. Prvo, ovo razlikovanje nije ništa drugo do odavno načinjena podela federacija po načinu nastanka na one koje su nastale agregacijom i one koje su nastale devolucijom. U tom smislu, ovakvo razlikovanje deluje potpuno nepotrebno i besmisleno, pa u teorijskom smislu predstavlja potpuni promašaj. I drugo, savremena italijanska država, koja za mnoge predstavlja paradigmu regionalne države, nastala je upravo agragacijom, tj. postepenim ujedinjenjem (tzv. *risorgimento*) tokom devetnaestog veka (1815–1870). Tako posmatrano, čak ni Italija ne bi bila regionalna država. Ipak, i sam de Vergotini konstatuje da "argumenti na osnovu kojih se pravi kvalitativna razlika između regionalnog modela države i federalnog nisu sasvim ubedljivi", kao i da "karakteristike koje čine razliku između dva modela, federalnog i regionalnog, nisu tako sigurne kao što se obično tvrdi".[19] Uostalom, kada govori o Italiji kao regionalnoj državi, Vergotini ne propušta da apostrofira njen "unitarni karakter".[20] Lutanja u definisanju pojma regionalne države možemo pronaći i kod drugih uglednih zapadnoevropskih autora, poput Luja Favorea (*Louis Favoreu*),[21] Fransisa Delperea (*Francis Delpérée*),[22] Vilfrida Svendena (*Wilfried Swenden*)[23] i dr. Navedeni autori ne samo da ne daju jednodušnu definiciju regionalne države, nego uglavnom tvrde da se taj model državnog uređenja ne može smatrati posebnim oblikom državnog uređenja.

U suštini, stvar je jednostavna: regionalna država nije poseban oblik državnog uređenja. Reč je o unitarnoj državi sa razvijenom teritorijalnom autonomijom, čija je celokupna teritorija prekrivena jednoobraznom mrežom jedinica teritorijalne autonomije, koje se obično nazivaju regionima. Pokušaj Jovičića da dokaže da regionalna država nije oblik unitarnog državnog uređenja bio je razu-

[18] Đuzepe de Vergotini, *Uporedno ustavno pravo*, Beograd 2015, 464.

[19] *Ibid.*, 465.

[20] *Ibid.*, 469.

[21] Louis Favoreu et. al., *Droit constitutionnel*, Paris 2010, 471.

[22] Francis Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris 2000, 374-375.

[23] Wilfried Swenden, *Federalism and Regionalism in Western Europe – A Comparative and Thematic Analysis*, Basingstoke – New York 2006, 14.

mljiv i legitiman – političku elitu u manjoj federalnoj jedinici bivše SR Jugoslavije, Crnoj Gori, trebalo je ubediti da se odrekne državnosti (jer federalne jedinice i jesu kvazi-države, zbog čega se i nazivaju državama članicama federacije), a bilo je izvesno da ta elita ne bi pristala na unitarnu državu. Ipak, on nije uspeo da pronađe nijedno suštinsko obeležje koje bi takav oblik državnog uređenja jasno odvajalo od druga dva. Uostalom, i sam Jovičić u svom nacrtu ustava regionalne države, već u članu 1. navodi: "Ujedinjene Srpske Zemlje su jedinstvena država", a "jedinstvena država" nije ništa drugo do sinonim za unitarnu državu.[24]

Kada se koncepcija "regionalne države" posmatra na širem teorijskom planu, mora se konstatovati i da bi uvođenje trećeg oblika državnog uređenja napravilo veliku pometnju u ustavnopravnoj nauci, koja više ne bi bila u stanju da pojedine države svrsta u odgovarajuću kategoriju. Drugim rečima, nema sumnje da bi potpunije teorijsko uobličavanje pojma regionalne države izazvalo "tektonske poremećaje" u svetu federalizma, jer bi se opravdano postavilo pitanje jesu li neke države koje su se smatrale federacijama (i koje su se čak u svojim ustavima proglasile federacijama) regionalne države ili federalne države. Primeri su mnogobrojni: Austrija, Belgija, Indija, Venecuela itd. Zbog toga ne bi trebalo ići toliko daleko i proglašavati regionalnu državu posebnim oblikom državnog uređenja, već ju je najbolje okarakterisati kao posebnu podvrstu unitarnog državnog uređenja.

PRIMENLjIVOST MODELA "REGIONALNE DRŽAVE" U REPUBLICI SRBIJI

Uvođenje "regionalne države" umesto federalnog državnog uređenja u ondašnjoj SR Jugoslaviji trebalo je da bude rešenje za dva ključna državna problema: prvi problem je bio nefunkcionalnost dvočlane federacije, koja se sastojala od dve federalne jedinice različite po veličini i snazi, a drugi asimetrična teritorijalna autonomija u Republici Srbiji, pri čemu su u jednoj pokrajini, Kosovu i Metohiji, dominantnu većinu stanovništva činili pripadnici albanske nacionalne manjine. Uprkos tome što je ideja regionalizacije Savezne Republike Jugoslavije bila predstavljena na navedeni način, jasno je da je ona u praksi ona bila neostvarljiva. Bez detaljnog zalaženja u razloge zbog kojih se ovakvo državno uređenje nije moglo primeniti, može se zaključiti da bi to bio ustav "za neku drugu društvenu realnost", odnosno "list hartije", kako je to početkom prošlog veka govorio Ferdinand

[24] Miodrag Jovičić, *Ustav regionalne države Ujedinjenih Srpskih Zemalja – organizacija vlasti*, Beograd 1996, 9.

Lasal.[25] Zato se za Jovičićev projekat regionalne države može reći da je bio promišljen i donekle naučno utemeljen, ali utopistički.

Važeći Ustav Republike Srbije od 2006, kao što je poznato, predviđa mogućnost osnivanja novih autonomnih pokrajina, odnosno ukidanje i spajanje postojećih (čl. 182) po postupku za promenu Ustava, što može predstavljati proceduru koja bi vodila ka nekom vidu regionalizacije zemlje, odnosno uspostavljanju jedinica teritorijalne autonomije na čitavoj državnoj teritoriji. Razume se, čak i kada bi cela državna teritorija bila podeljena na autonomne pokrajine, ne bi moglo biti ni govora o "regionalnoj državi" u onom smislu koji je predvideo Jovičić, jer bi joj nedostajalo glavno obeležje – dvodomni parlament, sa gornjim domom kao predstavništvom regiona. Drugim rečima, klasično unitarno uređenje zemlje ne bi bilo ni na koji način dovedeno u pitanje.

Prema čl. 182. Ustava, nove autonomne pokrajine mogu se osnivati, a već osnovane ukidati ili spajati po postupku predviđenom za promenu Ustava. Predlog za osnivanje novih ili ukidanje, odnosno spajanje postojećih autonomnih pokrajina utvrđuju građani na referendumu, u skladu sa zakonom. Teritorija autonomnih pokrajina i uslovi pod kojima se može promeniti granica između autonomnih pokrajina određuje se zakonom. Teritorija autonomnih pokrajina ne može se menjati bez saglasnosti njenih građana izražene na referendumu, u skladu sa zakonom. Pri tom, navedene ustavne odredbe ne ulaze u onu grupu normi za čiju je promenu referendum obavezni deo ustavotvornog postupka. Pravo na osnivanje novih autonomnih pokrajina logična je posledica načela Ustava prema kojem građani imaju "pravo na pokrajinsku autonomiju", "što dalje znači da svi građani Republike Srbije, a ne samo građani u Vojvodini i na Kosovu i Metohiji imaju ustavno pravo na obrazovanje svojih autonomnih pokrajina".[26]

Pravni osnov za regionalizaciju Republike Srbije, dakle, postoji, pitanje je samo da li postoji i politička volja da se ona izvrši i da li bi takvo rešenje bilo celishodno. Ali u današnje vreme, kada je Crna Gora nezavisna država već duže od jedne decenije, a autonomna pokrajina Kosovo i Metohija i dalje zvanično pod međunarodnom upravom, jasno je da je projekat regionalne države u Republici Srbiji u potpunosti prevaziđen. Međutim, činjenica da je predlog potekao od jednog takvog velikana kakav je bio Miodrag Jovičić, ali i način na koji je taj predlog obrazlagao, dovela je do toga da mnogi naši ugledni autori bespogovorno prihvate tu koncepciju, pa se ona danas još uvek sreće čak i u nekim udžbenicima. Još više iznenađuje činjenica da glasovi o tome da bi Republiku Srbiju trebalo regionalizovati do danas nisu prestali da se čuju, bez obzira na to što su okolnosti u ko-

[25] Više o tome: Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 37-38.

[26] *Ibid.*, 450.

jima se država nalazi umnogome promenjene u odnosu na period od pre dve decenije.

Ipak, čini se da bi mnogo oportunije rešenje bilo da se, umesto regiona kao jedinica teritorijalne autonomije, uvede dvostepena lokalna samouprava, sa drugim nivoom kao tzv. "međustepenom" između opština i države. Pri tome bi postojeći administrativni okruzi (ima ih 29), koji su trenutno jedinice teritorijalne dekoncentracije, mogli da predstavljaju dobru teritorijalnu osnovu za uvođenje drugog stepena lokalne samouprave. Okruzima bi na ovaj način mogle biti poverene nadležnosti koje bi samostalno vršili, a za to bi bili zaduženi njihovi sopstveni organi, izabrani neposredno od strane građana. Uz to, okruzi bi mogli zadržati i postojeće prerogative i na taj način postati "mešovite" teritorijalne jedinice, koje bi u sebi objedinile i funkcije lokalne uprave i funkcije lokalne samouprave. Takav karakter, uostalom, umnogome imaju i opštine u Srbiji. Na ovaj način bi bila povećana efikasnost i demokratičnost sistema u Srbiji i ojačan položaj lokalne samouprave koju je još Karl Fridrih (*Carl Friedrich*) s razlogom okarakterisao kao "osnovu konstitucionalne demokratije".[27]

Veličina okruga je odgovarajuća, a i njihovi građani su naviknuti na njihovo postojanje i u izvesnom smislu osećaju pripadnost svojim okruzima, a poznato je da u slučaju lokalne samouprave taj tradicionalni element ima važnu ulogu. Promenom statusa okruga iz čisto administrativnih jedinica u mešovite upravno-samoupravne jedinice, omogućilo bi da se izvrši i revizija podele na opštine, tako što bi se broj opština u Srbiji povećao, a one bile bliže svojim građanima. Uostalom, model "usitnjavanja" opština je već primenjen u tri od šest bivših jugoslovenskih republika (Sloveniji, Hrvatskoj i Makedoniji), a u jednoj od njih (Hrvatska) postoji i dvostepena lokalna samouprava.

Konačno, ovo rešenje bi omogućilo da se otklone brojne slabosti postojećeg sistema lokalne samouprave, kao što je, na primer, rešavanje u drugom stepenu u upravnim stvarima koje su u nadležnosti opština. U postojećem sistemu, u kojem je lokalna samouprava jednostepena, nije moguće pronaći rešenje za ovaj problem, dok bi uvođenjem drugog stepena problem bio rešen na logičan i prirodan način. Međutim, da bi se projekat promene pravne prirode okruga sproveo, potrebna je ozbiljna reforma postojećih propisa. Neophodno je najpre promeniti Ustav, a zatim doneti i odgovarajuće zakone, kojima bi pravni položaj okruga bio iznova definisan. Nosioci ustavotvorne i zakonodavne vlasti bi morali dobro da odmere krug nadležnosti okruga i stepen samostalnosti koji bi oni imali u odnosu na državu, što ne bi bio nimalo lak zadatak.

[27] Karl Fridrih, *Konstitucionalna demokratija*, Podgorica 2005, 199.

ZAKLJUČAK

Ustav Republike Srbije od 2006. zadržao je u pogledu teritorijalne organizacije države u najvećoj meri ranije važeća rešenja. Pokrajinska autonomija, zamišljena kao realizacija teorijskog modela teritorijalne autonomije, postoji samo na delu državne teritorije, sa mogućnošću da se proširi na celokupno državno područje, ali, hipotetički posmatrano, i da se u potpunosti ukine. Na taj način je ustavotvorac stvorio mogućnost da se u Republici Srbiji u određenom stepenu primeni i model regionalizacije, ali sa jednodomnim centralnim parlamentom, bez direktnog predstavljanja teritorijalnih jedinica u okviru centralnog parlamenta. Model "regionalne države", koji ni u nauci ustavnog prava nije precizno određen, ne bi imalo svrhe uvoditi ako se uzmu u obzir realne društvene okolnosti. Zato bi ustavotvorac tokom predstojeće ustavne reforme pre trebalo da razmotri mogućnost uvođenja drugog stepena lokalne samouprave, a teritorijalnu osnovu za njihovo uvođenje mogli bi predstavljati već postojeći upravni okruzi, koji bi zadržali sadašnju funkciju, ali bi dobili i nove, samoupravne poslove. Na taj način, oni bi postali mešovite jedinice teritorijalne organizacije, kakve su, uostalom, okruzi i bili tokom velikog dela ustavnog razvoja Srbije.

MARKO STANKOVIĆ, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

REPUBLIC OF SERBIA AS "REGIONALIZED STATE"?
Contribution to the discussion on amending the Constitution of 2006

Summary

The concept of a "regionalized state" became actual in our science of constitutional law in the nineties of the last century. It was taken very seriously before the adoption of the current Constitution of 2006 and has survived to this day as one of the possible projects for the territorial reorganization of Serbia. In the doctrine of constitutional law, there is still no consensus whether the "regionalized state" is a third form of state organization, in addition to the unitary and federal state, or it is only a variety of unitary state arrangement, i.e. decentralized unitary state with developed territorial autonomy. In this paper an attempt was made to answer that question about the regionalized state as "third" form of state organization. There is also analyzes whether this model is still applicable or overstated in the Republic of Serbia, especially in the light of the constitutional reform that is announced in 2018.

DARKO SIMOVIĆ

USTAVNA RIGIDNOST U REPUBLICI SRBIJI

– Uzroci i posledice –

U V O D

Ustavna istorija Srbije puna je kontrasta i paradoksa. Po broju donetih ustava Srbija se svrstava u red mnogoustavnih država. No, istovremeno, njen ustavni razvitak ne obeležava mirno evoluiranje političkih institucija, jer je Srbija izmenjala gotovo sve moguće društvene poretke i oblike vlasti. "Bila je i feudalna i kapitalistička i komunistička zemlja. Vladajuće političke ideologije su bile apsolutizam, gotovo ogoljena diktatura, prosvećeni apsolutizam, liberalni kapitalizam, državni socijalizam, samoupravni socijalizam i, konačno, socijalno-liberalni kapitalizam. Po državnom obliku, bila je monarhija i republika, s kolegijalnim i inokosnim šefom države, oligarhija i demokratija, nezavisna država i federalna jedinica s jakim elementima državnosti, država s parlamentarnom i konventskom vladom. Srbija je bila bespartijska i jednopartijska ili partijska država s državnom partijom i višepartijska monarhija i republika"[1].

Ipak, suprotno takvom burnom ustavnom razvitku, ustavi Republike Srbije pokazali su izrazitu rigidnost. U Srbiji od 1990. godine, izuzev donošenja novog ustava 2006. godine, nema drugih pokušaja ustavne revizije. Međutim, i taj novi ustav Srbija je dobila iz nužde, kada je Crna Gora napustila zajedničku dr-

Dr Darko Simović, profesor Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu.

[1] R. Marković, *Sa ustavne osmatračnice*, Beograd 2017, 368-369.

žavu 2006. godine. Ujedno, i prema načinu donošenja, ali i prema rešenjima koje sadrži, Ustav od 2006. godine prevashodno je ustav kontinuiteta.

Sagledano iz perspektive bivših jugoslovenskih republika, preostale države su periodično korigovale i unapređivale svoja ustavna rešenja.[2] Budući da je svoj novi ustav dobila 2007. godine, u približno isto vreme kada i Srbija, poučno je osvrnuti se na iskustvo Crne Gore, koja je 2013. godine usvojila 16 amandmana na Ustav. Reč je o ustavnim promenama koje su bile okvalifikovane kao preduslov za dalje napredovanje evropskih integracionih procesa. Sličan zadatak postavljen je i pred Srbiju, s obzirom na to da Akcioni plan za poglavlje 23 u procesu pristupanja Evropskoj uniji predviđa promenu Ustava u sferi pravosuđa do kraja 2017. godine. Međutim, postojeći razvoj događaja ozbiljno dovodi u pitanje blagovremeno ostvarenje tog cilja. Otuda, činjenice da Srbija od 1990. godine nije aktivirala svoju revizionu vlast, već samo ustavotvornu i to 2006. godine, kao i da očigledno potrebne promene ustavnog teksta radi njegovog osavremenjavanja i unapređivanja i dalje nisu ostvarene, otvaraju dilemu o razlozima i posledicama postojeće ustavne rigidnosti, nesvojstvene državama tranzicionog konstitucionalizma.

UZROCI USTAVNE RIGIDNOSTI U REPUBLICI SRBIJI

Ustavna rigidnost Srbije posledica je sadejstva više činilaca. Pet faktora se izdvaja po svom značaju: 1) otvoreno državno pitanje; 2) primarno zaštitna funkcija srpskih ustava iz 1990. i 2006. godine; 3) izrazita formalna čvrstina ustava; 4) pretežno autoritarna ustavna tradicija; i 5) neformalne promene ustava.

Otvoreno državno pitanje

Od donošenja prvog postsocijalističkog ustava 1990. godine državno pitanje u Srbiji otvoreno je i bez izgleda da uskoro bude rešeno. Sam početak 90-ih godina minulog veka već je uveliko nagoveštavao krah jugoslovenske države, a novodoneti ustav trebalo je ustavnopravno da pripremi Srbiju za odbranu svojih državnih interesa. Otuda, iako je bila u sastavu savezne države, u Ustavu od 1990. godine svoje mesto su pronašla i rešenja koja protivreče načelu primata federalnog prava. Naime, Ustav je predvideo kada se aktima organa federacije ili aktima organa druge republike, protivno pravima i dužnostima koje ona ima po Ustavu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, narušava ravnopravnost Republike Srbije ili se na drugi način ugrožavaju njeni interesi, a pri tome nije obezbe-

[2] Primera radi, Ustav Republike Slovenije iz 1991. godine je do sada sedam puta menjan i dopunjavan, a godinu dana stariji Ustav Hrvatske pet puta.

đena kompenzacija, republički organi donose akte radi zaštite interesa Republike Srbije (član 135).

Donošenje Ustava Savezne Republike Jugoslavije 1992. godine, zajedničke države Srbije i Crne Gore, motivisano je i nastojanjem da se očuva pravni kontinuitet sa prethodnom jugoslovenskom državom. Ova federacija bila je otvorenog tipa, budući da je Ustav izričito predviđao mogućnost pristupanja drugih jugoslovenskih republika u skladu sa donetim ustavom (član 2, stav 2). Modifikovana dvočlana savezna država je većim delom svog života bila opterećena odnosom dve, po svim osnovama, značajno nesrazmerne federalne jedinice. Ujedno, rešavanje srpskog nacionalnog i državnog pitanja dodatno je usložnjavalo međusobne odnose Srbije i Crne Gore. Mada neposredno nije učestvovala u ratovima na tlu bivših jugoslovenskih republika sudbina prekodrinskih Srba bila je glavna politička tema u Srbiji sve do kraja 1995. godine kada su okončani oružani sukobi u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini.

Istovremeno, autonomna pokrajina Kosovo i Metohija nije na pravi način integrisana u srpski pravni poredak, jer je brojčano dominantna albanska nacionalna manjina usled nezadovoljstva svojim statusom uspostavljala zahteve koji su se kretali od federalizacije Srbije do secesije. Budući da Srbija nije ponudila kompromisni institucionalni aranžman, albanska nacionalna manjina je krenula u nasilno ostvarenje secesije, koja je nakon vojne agresije NATO-a 1999. godine faktički i ostvarena.

Početak XXI veka donosi neizvesnost u pogledu opstanka zajedničke države sa Crnom Gorom. Istupanjem Crne Gore iz državne zajednice 2006. godine državno pitanje u Srbiji nije konačno rešeno, jer status Kosova i Metohije i dalje nije finalan. Trenutni status Kosova, čak i za one države koje ga jesu priznale, nesumnjivo anticipira činjenicu da Kosovo nije država u punom kapacitetu suverene države, po uobičajenom shvatanju ovog pojma.[3] Kosovo je u osobenom nesamostalnom režimu, svojevrsnom obliku savremenog protektorata.

Dosadašnje postsocijalističko iskustvo Srbije nedvosmisleno potvrđuje tezu da konsolidovanje demokratskog sistema nije moguće u miljeu otvorenog državnog pitanja, budući da rezrešenje problema državnosti, stavlja u drugi plan sve ostale društvene i političke procese. Zahtevi demokratske procedure, kao i ljudska prava neretko postaju suvišno breme pri rešavanju državnog pitanja. Pojedinac postaje podređen kolektivitetu, a takav politički ambijent pogodan je za manipulisanje nacionalnim osećanjima i za poturanje uskostranačkih interesa očuvanja vlasti pod veo vođenja odgovorne državničke politike. Stoga, i na primeru Srbije potvrđuje se gledište Huana Linca (Juan Linz) i Alfreda Stepana (Alfred Ste-

[3] D. Simović, T. Šurlan, "(Ne)pravna priroda Briselskog sporazuma", *Srpska politička misao*, br. 3/2014, 145.

pan) da je konsolidovanje demokratskog sistema moguće isključivo ukoliko je prethodno rešeno državno pitanje, jer su "neki načini rezrešavanja problema državnosti, sami po sebi, inkompatibilni sa demokratijom"[4]. Nesumnjivo, ustavna konsolidacija može uslediti tek nakon zaokruženog procesa demokratske konsolidacije.

Primarno zaštitna funkcija srpskih ustava iz 1990. i 2006. godine

Pored osnovne pravne funkcije usmerene na ustanovljavanje i ograničenje državne vlasti, ustav sve više postaje akt koji ostvaruje značajne sociološke funkcije. Saglasno konkretnim političkim prilikama, u Ustavu Srbije od 1990, kao i u njegovom nasledniku iz 2006. godine, dominira zaštitno - integrativna funkcija. Prvim postsocijalističkim ustavom Srbija se institucionalno pripremila za raspad SFRJ. Pored već pomenute ustavne odredbe koja je devalvirala načelo primata federalnog prava, ustavotvorac je nastojao da ustanovi delotvoran institucionalni mehanizam za delovanje u vanrednim prilikama. Otuda, predviđena su vanredna ovlašćenja, kao posledica zahteva za brzim reagovanjem i koncentrisanjem vlasti, čije vršenje je povereno šefu države.[5] Reč je o "kategoriji rezervnih ovlašćenja"[6], koja su se mogla vršiti samo u slučaju promene državnog statusa Republike Srbije. Budući da su onovremene društveno-političke okolnosti nagoveštavale potpunu dezintegraciju ne samo savezne države, već i Republike Srbije, ustavotvorac je unapred predvideo delotvorne ustavnopravne mehanizme koji će omogućiti opstanak i funkcionisanje Srbije kao samostalne države.

---

[4] H. Linc, A. Stepan, *Demokratska tranzicija i konsolidacija*, Beograd 1998, 20 i 48.

[5] Ustav je predvideo da predsednik Republike: 1) rukovodi oružanim snagama u miru i ratu i narodnim otporom u ratu; naređuje opštu i delimičnu mobilizaciju, organizuje priprema ze odbranu u skladu sa zakonom (član 83, tačka 5); 2) kada Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane, po pribavljenom mišljenju predsednika Vlade, utvrdi postojanje neposredne ratne opasnosti ili proglasi ratno stanje (član 83, tačka 6); 3) da po svojoj inicijativi ili na predlog predsednika Vlade, za vreme ratnog stanja ili neposredne ratne opasnosti, donosi akte o pitanjima iz nadležnosti Narodne skupštine, s tim što je dužan da ih podnese na potvrdu Narodnoj skupštini čim ona bude u mogućnosti da se sastane. Aktima donetim za vreme ratnog stanja mogu se ograničiti pojedine slobode i prava čoveka i građanina i izmeniti organizacija, sastav i ovlašćenja Vlade i ministarstava, sudova i javnih tužilaštava (član 83, tačka 7); 4) da na predlog Vlade, kada su na delu teritorije Republike ugroženi bezbednost Republike Srbije, slobode i prava čoveka i građanina ili rad državnih organa, proglašava vanredno stanje i donosi akte za preduzimanje mera koje takve okolnosti iziskuju, u skladu sa Ustavom i zakonom (član 83, tačka 8).

[6] Više o tome: R. Marković, "Moć i nemoć predsednika Republike Srbije", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4/2004, 333.

Osim težnje ka stvaranju sistema vlasti koji će delotvorno funkcionisati i u vanrednim okolnostima, jedan od primarnih zadataka bio je da se centralizovanjem republičke vlasti zaustavi dezintegracija Srbije po liniji autonomnih pokrajina, koje su Ustavom SFRJ iz 1974. godine dobile elemente državnosti i samo nominalno imale različit status od socijalističkih republika. Od konstitutivnih elemenata federacije čiji je status bio uređen saveznim ustavom, autonomne pokrajine postaju kreacija republičke ustavnosti. Izgubivši karakter originernosti koji ih je činio partnerima republičkoj vlasti, autonomne pokrajine više nisu teritorijalne jedinice u kojima se vrši državna vlast, a njihove odluke i opšti akti morali su biti ne samo u skladu sa Ustavom i zakonom, već i sa ostalim republičkim propisima (član 119. stav 3), "dakle i sa izvršnim, odnosno podzakonskim propisima, što se", po rečima Aleksandra Fire, "racionalno ne može opravdati".[7] Ukidanjem njihove zakonodavne vlasti, autonomne pokrajine su izgubile "svojstva teritorijalne autonomije u pravno-logičnom smislu"[8] i, teorijski posmatrano, degradirane na status jedinica lokalne samouprave višeg stepena. Po rečima Ratka Markovića, razlog zbog kojih autonomne pokrajine više nisu raspolagale zakonodavnom vlašću je reakcija srpskog ustavotvorca "na gotovo potpuni paralelizam pokrajinskog i republičkog zakonodavstva koji je postojao u drugoj Jugoslaviji pod Ustavom od 1974".[9]

Ustav iz 2006. godine trebalo je da potvrdi teritorijalni integritet Srbije i da zajemči suštinsku autonomiju za Kosovo i Metohiju, koja još uvek nije operacionalizovana u praksi. Još od trenutka donošenja, Ustav Srbije okvalifikovan je simbolom očuvanja teritorijalnog integriteta. Istovremeno, izražena je, očigledno već uveliko zakasnela, politička volja da se pokrajini Kosovo i Metohija dodeli bitno viši stepen autonomnosti. Nesumnjivo, ustavotvorac je nastojao da konzervira projektovani i poželjni institucionalni aranžman, koji je od samog trenutka donošenja ustava bio imaginaran i u raskoraku sa realnim stanjem stvari, budući da je ova južna pokrajina još od 1999. godine bila izdvojena iz pravnog poretka Srbije.

Izrazita formalna čvrstina ustava

Kao posledica dominantne zaštitno-integrativne funkcije ustava, proklamuje se izrazito zahtevan revizioni postupak sa obaveznim referendumom. Naime,

[7] A. Fira, *Enciklopedija ustavnog prava bivših jugoslovenskih zemalja*, II tom (Ustavno pravo Republike Srbije i Republike Crne Gore), Beograd 1995, 136.

[8] M. Petrović, "Mesna samouprava i autonomne pokrajine u Ustavu Republike Srbije, sa stanovišta pravne politike", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 2-3/1991, 337.

[9] R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd 1995, 544-545.

Ustav od 1990. godine ustanovio je čvrstu ustavnost koja je podrazumevala da akt o promeni ustava mora da podrži dvotrećinska većina od ukupnog broja narodnih poslanika i većina od ukupnog broja birača na referendumu (čl. 132-134). Svakoj promeni ustava neminovno je morao da prethodi širok politički konsenzus, čime se "onemogućuje olako i neodgovorno intervenisanje promenljive parlamentarne većine u ustav", i tako "čuva dostojanstvo ustava kao pravnog akta nadzakonske pravne snage"[10].

Revizioni postupak prema Ustavu iz 2006. godine manje je zahtevan, pri tome i diversifikovan na lakšu i težu proceduru, ali se i dalje pretežniji broj ustavnih odredbi menja na referendumu. Bar na prvi pogled, unapređena su i modernizovana ustavna rešenja na ovom polju. Opšti revizioni postupak okončava se izjašnjavanjem dve trećine od ukupnog broja narodnih poslanika (član 203, stav 6). Pri tome, Narodna skupština, fakultativno, može da odluči da ustavnu promenu potvrde građani na referendumu. Ustav uređuje i teži revizioni postupak koji uz dvotrećinsku odluku narodnih poslanika predviđa i obavezno izjašnjavanje građana na referendumu. Narodna skupština je dužna da akt o promeni Ustava stavi na republički referendum radi potvrđivanja, ako se promena Ustava odnosi na preambulu Ustava, načela Ustava, ljudska i manjinska prava i slobode, uređenje vlasti, proglašavanje ratnog i vanrednog stanja, odstupanje od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom i ratnom stanju ili postupak za promenu Ustava (član 203, stav 7).

Ustanovljeni revizioni postupak, čak i ona teža varijanta, manje je zahtevan od uslova koje je predviđao Ustav od 1990. godine. Izjašnjavanje građana na ustavotvornom referendumu nije praćeno zahtevom o obaveznosti minimalnog odziva od 50% biračkog tela. Dakle, revizioni postupak je omekšan i učinjen donekle primerenijim tranzicionom društvu. Ipak, iako se kao jedna od osnovnih vrlina Ustava od 2006. godine isticao mekši postupak promene ustava, naglašeno je da su u velikoj "zabludi svi koji misle da je taj postupak lak. U Parlamentu u kojem su poslanički mandati raspodeljeni metodom srazmernog predstavništva, dostizanje dvotrećinske većine može biti Sizifov posao".[11]

No, pored ove načelne prednosti čije će ovaploćenje prvenstveno zavisiti od političkih faktora, ustavna rešenja o revizionoj vlasti imaju značajne nedostatke. Širokim zahvatanjem ustavne materije koja se menja po težem revizionom postupku obesmišljene su pogodnosti stepenasta strukture revizione vlasti. Sagleda-

[10] R. Marković, "Stari i novi ustav Srbije", u: O. Vučić, K. Čavoški (ur.), *Ustavne promene*, Beograd 2003, 64.

[11] R. Marković, "Ustav Republike Srbije iz 2006. godine – kritički pogled", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2006, 41.

no prema broju ustavnih normi koje se menjaju na teži način, izuzetak postaje pravilo, a pravilo izuzetak. Po opštem, lakšem revizionom postupku menjaju se samo ustavne odredbe koje se odnose na: ekonomsko uređenje i javne finansije (treći deo Ustava, čl. 82-96), nadležnost Republike Srbije (četvrti deo, član 97), Ustavni sud (šesti deo, čl. 166-175), teritorijalno uređenje (sedmi deo, čl. 176-193), ustavnost i zakonitost (fragment osmog dela, čl. 194-199).[12] Otuda, ukoliko se doslovno držimo slova Ustava od njegovih 206 članova, samo 50 se menja po osnovnom revizionom postupku, što čini manje od jedne četvrtine ustavnih normi. Ostavljajući pretežniji broj ustavnih normi za teži postupak ustavne revizije, stepenasti ustav se suštinski preobražava u rigidan, jer se ne ostvaruju željeni efekti fleksibilnosti.

Kako se u savremenoj ustavnopravnoj književnosti ističe, revizioni postupak može imati zaštitničku ili transformacionu funkciju.[13] U kontekstu Srbije izrečeno, zaštitnička funkcija ustava odražava se i na revizioni postupak koji je takođe u službi te njegove misije. Konzerviranjem ustavnog poretka štite se vrednosti koje su identifikovane kao primarne u jednom društvu. Međutim, s obzirom na potpunu nestabilnost društvenog i političkog okruženja, a istovremeno imajući u vidu da je ustav donet da zadovolji potrebe jednog prelaznog perioda, nije trebalo ustanovljavati tako zahtevan i težak, a pri tom prema Ustavu iz 1990. godine i jednoobrazan, postupak ustavne revizije. Tranzicioni konstitucionalizam podrazumeva potrebu češćeg intervenisanja u postavljeni institucionalni aranžman, zarad njegovog prilagođavanja brzim i ne uvek predvidim promenama u demokratski nezrelom društvu.

Pretežno autoritarna ustavna tradicija

Iako je promenila veliki broj ustava, modernu dvovekovnu istoriju Srbije obeležava autoritarna ustavnost, sa retkim i kratkotrajnim periodima uzorne liberalno-demokratske ustavnosti. Rečju Ratka Markovića, "gotovo da nije bilo perioda u kojem je narod bio iznad vlade, uvek je narod bio ispod vlade"[14]. Srbija je sve vreme bila dom najmodernijim idejama, ali su se one veoma teško prima-

[12] Nominalno, treba imati u vidu i to da se deseti deo Ustava, završna odredba o stupanju na snagu Ustava (član 206), na osnovu opšte pretpostavke, takođe menja po osnovnom revizionom postupku. Međutim, nju je u ovom kontekstu suvišno pominjati, jer je stupanjem na snagu Ustava ova odredba već nepromenjivo proizvela svoje pravno dejstvo.

[13] R. Albert, "The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules", *McGill Law Journal —Revue de droit de McGill*, Vol. 59, No. 2/2013, 264.

[14] R. Marković, *Sa ustavne osmatračnice*, 369.

le i razvijale na njenom tlu. Taj raskorak između uzvišenih i plemenitih ideja, koje su pronosili usamljeni pojedinci, i konzervativne društvene stvarnosti, vidljiv je već na samom početku stvaranja moderne srpske države. Prvi pokušaj organizovanja državne vlasti u ustaničkoj Srbiji, konstituisanje Praviteljstvujuščeg sovjeta 1805. godine, trebalo je da bude propraćeno i besedom Bože Grujovića kojom bi se opravdalo osnivanje takvog organa. Prema njegovom uverenju, uporedo sa borbom "za oslobođenje ispod jarma turskog", treba se boriti za načelo zakonitosti.[15] Međutim, onovremena ustanička Srbija nije bila spremna za tako moderne ideje pa su i nacrt uredbe o Praviteljstvujuščem sovjetu i propratna beseda "ostale neupotrebljen koncept".[16] Taj nesklad između stvarnosti i potreba ustaničke Srbije i Grujovićeve ideje o zakonitosti najbolje je iskazao Karađorđe rekavši: "Koekude, lasno je tom vašem Gospodaru – zakonu gospodariti u toploj sobi, za stolom; ali da vidimo sutra kad udare Turci ko će njih dočekivati i razbiti. Sapet konj ne trči košije (trku)".[17] Dakle, po Karađorđu, uvoditi zakonitost "značilo je sapinjati junake i slabiti ustanički napor".[18] Ta ideja o primatu, često proizvoljno tumačenog, državnog razloga dominantno je obeležje razvitka moderne srpske države.

Sličan zaključak moguće je doneti i u kontekstu donošenja prvog srpskog ustava 1835. godine. Nadahnut francuskim ustavnopravnim nasleđem i teorijom prirodnog prava ustavopisac Dimitrije Davidović sastavio je relativno moderan ustavni tekst. Međutim, odmah se ispostavilo da Srbija nema ustavotvorni kapacitet za samostalno donošenje ustava, ali i da nije plodno tle za modernu ideju konstitucionalizma. Otuda, Sretenjski ustav prevashodno je "individualni intelektualni projekt" jednog slobodoumnog i vanredno obrazovanog čoveka neprimeren miljeu za koji je stvoren.[19] Da ni tri decenije nakon toga ideja ustavnosti nije čvršće ukorenjena posvedočiće jedna anegdota o knezu Milošu. Kada je krajem 1858. godine po drugi put postao knez Srbije, Miloš Obrenović je odmah otvoreno rekao da ne može vladati po Ustavu od 1838. godine. Na pitanje šta će raditi dok se ustav ne promeni, Miloš je lakonski odgovarao: "Neću ga poštovati"[20].

Iako se Ustav od 1888. godine smatra najblistavijom tačkom u istoriji srpskog konstitucionalizma, njegov kratak životni vek neslavno je protekao. Bilo je očigledno da je Srbija dobila ustav kakav joj u onom periodu nije pristajao. Osta-

[15] M. Pavlović, *Pravna evropeizacija Srbije*, Kragujevac 2008, 12.

[16] R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2015, 91.

[17] Navedeno prema: M. Pavlović, *Pravna evropeizacija Srbije*, 13.

[18] *Ibid.*

[19] D. Stojanović, "Ustav Srbije od 1888. i ljudska prava", u: A. Fira, R. Marković (pr.), *Dva veka srpske ustavnosti*, Beograd 2010, 273-274.

[20] S. Jovanović, *Ustavobranitelji*, Beograd 1990, 308.

lo je zabeleženo čuđenje većeg broja parlamentaraca zbog ushićenja usled donošenja novog ustava. "Radikali iz naroda pitali su: Šta mi seljaci dobijamo s novim Ustavom? Srbija je seljačka država, a Ustav ne govori ništa o seljaku (...) Što nije rešeno ekonomsko pitanje? Što nisu potpomognuti poljoprivreda i zanati?".[21] Pretežniji broj narodnih poslanika nije znao koja je funkcija ustava, niti je video značaj u uspostavljanju parlamentarizma. Po njihovom mišljenju, "tek kad se seljakovo ognjište ne bude moglo prodati za nekoliko dinara, vlada će se zvati parlamentarna".[22]

Ukoliko treba sumirati ustavni razvitak Srbije u XIX veku može se reći da njega, uz prevrate i smenjivanje dinastija, obeležavaju skromna pravna kultura i pretežno nasilno razrešavanje političkih sukoba. Pod očiglednim turskim nasleđem moderna srpska država se rađala u beskrupuloznosti i krvi. Karađorđe je u temelje države u nastajanju utkao oceubistvo i bratoubistvo,[23] da bi i sam 1817. godine postradao usled kumoubistva. Taj otomanski duh bezobzirnosti prema oponentima obeležio je potonji razvitak države. Usud knežeubistva iz XIX veka i kraljeubistva na početku XX veka Srbija je iznova doživela na početku XXI veka, 2003. godine, kada je izvršen atentat na predsednika Vlade Srbije.

Period jugoslovenske ustavnosti u XX veku, takođe je, u oba svoja oblika, i monarhističkom i republikanskom, bio izrazito autoritaran. Za monarhistički period vezuje se ubistvo tri hrvatska poslanika u Narodnoj skupštini 1928. godine, kao i otvorena diktatura kralja Aleksandra od 6. januara 1929. godine pa sve do donošenja Ustava 1931. godine. Nakon Drugog svetskog rata ustanovljen je jednopartijski socijalizam sa primesama totalitarnosti koji je okončan raspadom jugoslovenske države i građanskim ratom. Takav epilog višedecenijskog projekta zajedničke države, sa snažnim autoritarnim nasleđem, ostavio je snažan pečat na potonji proces demokratske tranzicije, značajno ga usporavajući.

Ustavna tradicija Srbije, o kojoj je bilo reči, doprinela je razvijanju i održavanju pravne svesti koja ustav tretira kao nužnu dekoraciju autoritarne političke vlasti, a ne kao akt njenog ograničenja. Budući da se ustav ne pojmi kao akt delotvornog ograničenja političke vlasti, koji je u stanju da korenito transformiše društvenu realnost, ustavnim promenama se ne posvećuje odgovarajuća pažnja. Kako je u savremenoj teoriji konstitucionalizma zapaženo, formalna ustavna pra-

[21] S. Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića*, Beograd 1990, 358.

[22] *Ibid*.

[23] K. Čavoški, R. Vasić, *Uvod u pravo*, Beograd 2009, 105-106.

vila su relativno nebitna kompetitivnim autoritarnim režimima zato što ovi režimi upravljaju na osnovu neformalnog seta normi.[24]

Neformalne ustavne promene

S obzirom na to da ustavi Republike Srbije nisu formalno menjani, sam politički život neformalno je oblikovao pojedina institucionalna rešenja. Otuda, ne iznenađuje da Srbiju od 1990. godine obeležava ustavna stvarnost bitno drugačija od one koja je projektovana pisanim ustavnim tekstom.

Nepodudaranje stvarnosti i slova ustava bitno je obeležje sistema horizontalne podele vlasti, budući da politički život odlikuje dominantna pozicija egzekutive. Umesto doslednog otelovljenja principa podele vlasti, dosadašnju političku praksu obeležava neprestana težnja ka prezidencijalizaciji.[25] Reč je o procesu poremećaja ravnoteže u sistemu podele vlasti i njegov faktički preobražaj u iskvareni predsednički sistem, premda je namera oba ustavotvorca bila da ustanovi šefa države kao neutralnu i moderatornu vlast koja će arbitrirati u sukobima dve efektivne vlasti, legislative i egzekutive. Veći deo postsocijalističkog ustavnog razvitka šef države bio je dominirajući politički činilac, koji je svoj uticaj zasnivao na liderstvu nad najsnažnijom političkom strankom. Premda je Ustav izričit u zahtevu da predsednik Republike ne može da obavlja drugu javnu funkciju ili profesionalnu delatnost (član 115), preovladala je praksa da uz funkciju šefa države nije nespojiva pozicija predsednika političke stranke. Imajući u vidu da je politička stranka nosilac određenih javnih ovlašćenja[26] jasno je da se institut inkompatibiliteta tumači znatno elastičnije od zahteva koji su u srži smisla njegovog postojanja.

Još drastičniji jaz između nominalnog i stvarnog obeležava položaj autonomne pokrajine Kosovo i Metohija. Ustav Srbije iz 1990. godine nastojao je da već uveliko odmakle dezintegracione procese zaustavi snažnom centralizacijom republičke vlasti. Nasuprot očekivanjima da će novi institucionalni aranžman doprineti integrativnim procesima, većinsko albansko stanovništvo, uz potpuni bojkot institucija Republike Srbije, nije prihvatilo tadašnja ustavna rešenja. Usled nefunkcionisanja institucija u ovoj pokrajini republičkim zakonom o prestanku rada Skupštine AP Kosovo i Izvršnog veća Skupštine AP Kosova utvrđeno je da prestaju sa radom Skupština i Izvršno veće autonomne pokrajine Kosova i Meto-

[24] S. Levitsky, L. A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*, New York 2010, 78-81.

[25] D. Simović, *Polupredsednički sistem*, Beograd 2008, 305-309.

[26] Političke stranke u Republici Srbiji predlažu izborne liste, članove biračkih odbora i Republičke izborne komisije, finansiraju se iz javnih prihoda (budžeta), obavljaju konsultacije sa šefom države prilikom predlaganja mandatara za sastav nove vlade itd.

hije čije nadležnosti su preuzeli republički organi. Dakle, u autonomnoj pokrajini Kosovo i Metohija nije konstituisana teritorijalna autonomija saglasno Ustavu od 1990. godine. Takav rasplet događaja nagoveštavao je da Republika Srbija nije u stanju da integriše albansku nacionalnu manjinu u jedinstveni pravni poredak. Istrajavajući na neodrživom statusu autonomnih pokrajina, srpska vlast je nenamerno saučestvovala u rasplamsavanju separatizma koji je 1998. prerastao u otvorenu oružanu pobunu Albanaca. Neadekvatno rešavanje kosovskog problema je izazvalo intervenciju NATO-a koja se završila okupacijom ove srpske pokrajine i uvođenju misije Ujedinjenih Nacija na osnovu čega je ona izdvojena iz pravnog poretka Republike Srbije.

Ustav Srbije od 2006. godine takođe, u odnosu na status Kosova i Metohije, spada u kategoriju semantičkih ustava. S jedne strane, Ustav proklamuje suštinsku autonomiju za ovu južnu srpsku pokrajinu, a s druge, ona je od trenutka donošenja ovog pravnog akta neostvariv koncept. Međutim, ne samo da nije konstituisana suštinska autonomija, već je u februaru 2008. godine Kosovo proglasilo nezavisnost, a zaključivanjem Briselskih sporazuma Srbija kooperativno učestvuje u zaokruživanju suverenosti te novostvorene države. Premda sa stanovišta međunarodnog prava Srbija nije priznala tzv. Republiku Kosovo, sa ustavnopravnog stanovišta sve činjenice ukazuju na to da Srbija prepušta vršenje svih državnih funkcija ovom entitetu u zamenu za predviđanje institucionalnih garantija zaštite Srba kao nacionalne manjine.[27]

POSLEDICE USTAVNE RIGIDNOSTI U SRBIJI

Ustavna rigidnost nije *a priori* negativno obeležje savremenog konstitucionalizma. Stabilnost ustavnog poretka neophodna je pretpostavka otelovljenja principa vladavine prava, budući da učestale promene ustava imaju izrazito nepovoljne posledice na pravni sistem. Jer, urušavanje temelja pravnog sistema izaziva pravnu nesigurnost usled pojačane normativne aktivnosti radi usaglašavanja pravnih propisa sa promenjenim ustavnim rešenjima.

Obezbeđujući pravnu stabilnost rigidni model revizionog postupka čuva identitet osnovnih demokratskih institucija i pomaže zaštiti od njihove erozije.[28] Rigidni konstitucionalizam otežava zloupotrebu revizione procedure, a svojom čvrstinom ustav će odolevati naletima impulsivnih reakcija većine i tako štititi prava manjine. U tom smislu, revizioni postupak je u službi ovaplođenja principa

[27] D. Simović, S. Jugović, "Ustavnopravne posledice zaključenja Briselskog sporazuma", *Pravni život*, br. 12/2015, 515-525.

[28] R. Dixon, D. Landau, *Tiered Constitutional Design*, FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 839, 30.

vladavine prava sve dok je u razumnoj meri očuvana ustavna stabilnost i obezbeđena zaštita manjina.[29] Skorašnje uporednopravno iskustvo ukazuje na sve prisutniji trend zloupotrebe mehanizma ustavnih promena da bi se bitnije smanjio postojeći stepen demokratičnosti države.[30] Reč je o sprovođenju ustavnih promena, kojima se država, uz nominalno očuvanje demokratskih institucija, preobražava u autoritani poredak poremećene ravnoteže vlasti u korist agzekutive. Takve ustavne promene imaju proceduralni, formalni legitimitet, ali im nedostaje supstancijalni legitimitet, jer se narušavaju osnovni postulati savremenog političkog konstitucionalizma, a pre svega načelo podele vlasti. Otuda, revizioni postupak treba da bude postavljen tako da štiti "minimalno demokratsko jezgro".[31] Reč je o onim odredbama ili aspektima ustavnog poretka koji su od suštinskog značaja za očuvanje kompetitivne izborne demokratije.

Ipak, rigidni konstitucionalizam ima pozitivan predznak samo ako je revizioni postupak adekvatno izbalansiran sa zahtevom njegove fleksibilnosti radi prilagođavanja institucionalnih rešenja društvenim promenama. S obzirom na to da su ustavi današnjice prilično dugi i detaljni, važnost i potreba njihovog osavremenjavanja je neupitna.[32] Za razliku od prvih ustava čije su odredbe bile fokusirane primarno na organizovanje državne vlasti, savremeni ustavi zahvataju daleko obimniju materiju i unekoliko detaljnije je uređuju. Otuda, a i zbog veće dinamičnosti savremenih društava, sama realnost neuporedivo brže prevazilazi ustavne tekstove i čini nužnim njihovo povremeno osavremenjavanje.

Jedan od osnovnih nedostataka rigidnog konstitucionalizma je taj što dovodi u pitanje legitimitet samog ustava. Revizioni postupak konstituiše pravo na demokratski izbor, a ukoliko je taj postupak neprimereno težak i faktički neostvariv, time se i ovo pravo obesmišljava.[33] Legitimnost ustavnog poretka počiva na saglasnosti biračkog tela koje raspolaže neizostavnom mogućnošću da ga menja. Jer, demokratija se zasniva na ideji aktivnog samoupravljanja građana.[34]

Izrazita ustavna rigidnost može biti značajan indikator svojevrsne anomalije u društveno-političkom životu države. Ona, po pravilu, svedoči o krizi jednog društva čiji su unutrašnji konflikti do te mere delikatni i nerešivi da se ustavni po-

---

[29] R. Congleton, *Perfecting Parliament: Constitutional Reform, Liberalism, and the Rise of Western Democracy*, New York 2011, 287.

[30] D. Landau, "Abusive Constitutionalism", *University of California Davis Law Review*, Vol. 47, Iss. 1/2013, 195.

[31] R. Dixon, D. Landau, "Competitive Democracy and the Democratic Minimum Core", in: T. Ginsburg, A. Huq (eds), *Assessing Constitutional Performance*, New York 2016, 269.

[32] R. Dixon, D. Landau, *Tiered Constitutional Design,* 10.

[33] R. Albert, "The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules", 235.

[34] R. Dixon, D. Landau, *Tiered Constitutional Design*, 15.

redak nužno konzervira. Usled takvog zamrzavanja nominalnog ustavnog poretka, dinamičan politički život traži alternativne puteve za prilagođavanje zastarelih ili nepoželjnih institucionalnih rešenja. Neformalne promene ustava postaju pravilo, a politički akteri su sve više motivisani da pritiskom na sudsku i ustavnosudsku vlast izdejstvuju poželjno tumačenje ustavnih normi. Premda su neformalne promene nužnost, neprihvatljivo je da one budu jedini mehanizam korigovanja pisanih ustavnih normi, s obzirom na to da one nemaju neophodan politički legitimitet, a i podložnije su zloupotrebi. Dakle, neformalne promene ustava treba da budu svedene na najmanju moguću meru, jer je njih neuporedivo teže kontrolisati, a ujedno mogu značajno da ugroze osnovno identitetsko jezgro ustava. Takva praksa doprinosi procesu kojim se realni ustav sve više udaljava od pisanog slova ustava. Dostojanstvo ustava se urušava i stvara se uverenje da je ustav samo fasada koja nominalno svedoči o privrženosti vrednostima liberalno-demokratskog konstitucionalizma iza koje se krije autoritarni politički život.

Postojeće uporednopravno iskustvo ukazuje na to da je rigidni konstitucionalizam neadekvatan izbor za tranzicione demokratske sisteme, jer faktička nepromenjivost ustavnog teksta navodi političare na nepoštovanje ustava zbog isfrustriranosti postojećim rešenjima. Osim toga, neformalne promene imaju i svoja objektivna ograničenja kada se u ustavima susreću numerički izražena pravila koja, po prirodi stvari, nisu podložna različitom tumačenju.[35] Takvi su, na primer, dužina trajanja mandata pojedinih političkih institucija ili numeričko fiksiranje raspodele prihoda između različitih nivoa vlasti.[36] Bez obzira na to koliko su takva rešenja neadekvatna i prevaziđena ona ne mogu biti promenjena na neformalan način, izuzev u slučaju njihovog direktnog nepoštovanja.

ZAKLjUČNI OSVRT: MENJATI ILI NE MENjATI USTAV SRBIJE?

Posledice ustavne rigidnosti u Srbiji višestruke su i izrazito nepovoljne. Konzerviranjem ustavnog teksta stvara se sve drastičniji jaz između pisanog i stvarnog ustava, što neminovno vodi devalviranju principa ustavnosti. Ustavna rigidnost podstiče neformalne promene ustava, a politička praksa postaje nepredvidiva, jer sistem vlasti funkcioniše primarno pod uticajem vanistitucionalnih faktora. Rigidnost ustava onemogućava čak i nesporne tehničke korekcije ustav-

[35] *Ibid.*, 10.

[36] Ustav Srbije jamči da budžet Autonomne pokrajine Vojvodine iznosi najmanje 7% u odnosu na budžet Republike Srbije, s tim što se tri sedmine od budžeta Autonomne pokrajine Vojvodine koristi za finansiranje kapitalnih rashoda (član 184, stav 4).

nog teksta. Ovakve posledice doprinose krunjenju dostojanstva ustava, kao akta nadzakonske snage, i otežavaju razvijanje, postojeće skromne, pravne kulture.

Mnogo je razloga koji ukazuju na to da Ustav Srbije treba menjati. Ne postoji nijedan deo Ustava za koji bi se reklo da potpuno zadovoljava standarde savremenog demokratskog konstitucionalizma i koga ne bi trebalo korigovati. Za razliku od ustavotvorca iz 1990. godine pred kojim je stajao nezahvalan poduhvat konstrukcije potpuno novog društva i koji je u nomotehničkom smislu iznedrio zanatski besprekoran akt, ustavotvorac iz 2006. godine imao je unekoliko lakši zadatak, jer je mogao sagledati dotadašnje iskustvo postkomunističkog konstitucionalizma, kao i sva njegova lutanja i promašaje. Ipak, ustavni momenat nije iskorišćen na pravi način, a Ustav od 2006. godine će ostati upamćen, po rečima Ratka Markovića, kao pravno i jezički najnepismeniji tekst u ustavnoj istoriji Srbije.[37] Reč je o aktu koji predstavlja donekle osavremenjenu verziju Ustava iz 1990. godine, ali koji istovremeno predviđa i rešenja kojima se čini korak unazad u odnosu na već dosegnute standarde liberalno-demokratskog konstitucionalizma.

Ustav je, pomenimo samo neke od njegovih slabosti: doveo u pitanje slobodan mandat poslanika; ustanovio privremene, tzv. probne sudije na tri godine; predvideo politizovan način konstituisanja Visokog saveta sudstva; uvođenjem mogućnosti reizbora sudija Ustavnog suda oslabio institucionalna jemstva nezavisnosti ovog organa; dupliranjem broj građana neophodnih za podnošenje zakonodavne inicijative otežao učešće građana u zakonodavnom procesu itd. Osim toga, premda proklamuje da je Republika Srbija zasnovana na socijalnoj pravdi, Ustav je neoliberalnog karaktera na polju proklamovanih ljudskih prava, koja su u pojedinim segmentima vidno restriktivnije postavljena nego u prethodnom ustavu.

Identitet Ustava Srbije prevashodno se zasniva na svojevrsnoj političkoj bajalici o suštinskoj autonomiji Kosova i Metohije, koja nanosi više političke štete od koristi. Naime, od ustavotvorca iz 2006. godine smišljeno je poturena besmislica da taj akt predstavlja neprobojnu branu obezbeđenja teritorijalnog integriteta Srbije. Ustav Srbije iz 1990. godine takođe je izričito predviđao teritorijalnu autonomiju za Kosovo i Metohiju, tako da novi ustav predviđa razliku samo u tome što bi ta teritorijalna autonomija trebalo da bude suštinska. Reč je o nevešto osmišljenoj političkoj frazi koja je nagovestila uveliko okasnelu volju za popravljanje položaja južne srpske pokrajine u okviru ustavnog sistema Srbije. Međutim, ostalo je nejasno šta ta suštinska autonomija podrazumeva, a razvoj političkih događaja, nakon Briselskih sporazuma, neumitno doprinosi zaokruživanju suverenosti tzv. Republike Kosovo. "Taj pojam u nameri da sačuva KiM Srbiji nije mogao ko-

[37] R. Marković, "Ustav Republike Srbije iz 2006. godine – kritički pogled", 44.

ristiti. Kome jeste i kakvo je njegovo značenje najbolje se videlo u februaru 2008. kada je takozvana država Kosovo, svoju `suštinsku autonomiju` nazvala pravim imenom – nezavisnost."[38]

Budući da se ustavnopravna nauka izrazito nepovoljno izrazila prema njemu, a to ujedno nameću i evropski integracioni procesi, Srbija iz više razloga treba da menja svoj ustav. Otuda, srpskom ustavnom pitanju danas moguće je pristupiti na tri načina.

Prvo gledište počiva na uverenju da ustav treba konzervirati u postojećim okolnostima kada je sudbina Kosmeta krajnje neizvesna, jer bi nova ustavna rešenja bila dirigovana i podređena evropskom putu Srbije. Ustav se određuje kao poslednja brana Kosmeta, a svaka njegova promena stvarala bi rizik po teritorijalni integritet Srbije. Svaki pokušaj, ma koliko dobronameran i celishodan bio, motivisan nastojanjem da se ustavni tekst koriguje i unapredi doživljava se kao nepromišljeni gest koji može da ugrozi teritorijalnu celovitost. Međutim, naše skorašnje iskustvo jasno ukazuje na to da je konzerviranje nerealnog ustavnog stanja unekoliko pogrešno opredeljenje. Naime, Ustav Srbije iz 1990. godine nastojao je da već uveliko odmakle dezintegracione procese zaustavi snažnom centralizacijom republičke vlasti. Suprotno očekivanju, takav institucionalni aranžman nije doveo do političke stabilnosti, već je samo dodatno podstakao dalje dezintegrisanje Srbije. Upravo zbog takve pouke, primat treba dati kreativnoj funkciji ustava i nastojanju da se konzistentno definiše orijentacija ka budućnosti, a ne da njegovim konzerviranjem dopustimo društvenoj realnosti da obesmisli ustavna rešenja i da ih sama nametne. Ustav treba da projektuje budućnost, a ne, obrnuto, da društvena realnost nameće ustav.

Drugi pristup ustavnom pitanju Srbije podrazumevao bi donošenje potpuno novog ustava. Posmatrano sa čisto pravnog stanovništva, takvo rešenje bilo bi celishodnije, ali, imajući u vidu nepostojanje ni elementarnog društvenog konsenzusa o mnogih segmentima ustavne materije, izvesno je da u ovom političkom periodu Srbija ne bi dobila ustav po svojoj meri. Pokušaj sveobuhvatnog rešavanja ustavnog pitanja u Srbiji ne bi imao dugoročnije rezultate, a donošenje novog ustava, u miljeu nerešenog državnog pitanja, bi se moglo smatrati i vidom nepromišljenog političkog egzibicionizma.

Prema tome, preostaje onaj treći, središnji put koji podrazumeva fazne i parcijalne korekcije Ustava u cilju njegovog poboljšanja i prilagođavanja potrebama srpskog društva. Takvo opredeljenje upućuje na postupno postizanje političkog konsezusa o spornim delovima ustavne materije. Pozitivni efekti ovakvog pristupa su dvojaki. S jedne strane, Srbija bi postepeno dobijala ustavna rešenja po

[38] V. Petrov, "Ustav i ustavni identitet", *Pečat*, br. 480, 21. jul 2017, 13.

svojoj meri i u skladu sa svojim identitetom, a istovremeno bi se menjala postojeća pravna kultura u kojoj ustav od običnog lista hartije i dekoracije postaje akt konstituisanja demokratskog poretka i delotvornog ograničavanja državne vlasti. Povremenim učešćem građana na referendumu u revizionom postupku unapređivala bi se demokratska ustavna kultura.

Beskompromisno braniti pravni akt nespornih slabosti i očiglednih propusta, pod velom očuvanja ustavne fikcije o suštinskoj autonomiji Kosova i Metohije, sa stanovišta nauke i struke ravno je hipokriziji, a sa stanovništa nacionalnih interesa jednako je malicioznosti. Ustav ne treba menjati zbog zahteva koje nameće proces evropskih integracija, već zbog nas samih, jer kvalitet ustavnog teksta svedoči o pravnoj kulturi i političkoj zrelosti jednog društva. Jer, "narod ima pravo da u svako doba preispita, popravlja i menja svoj ustav".[39]

DARKO SIMOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Academy of Criminalistic
and Police Studies, Belgrade

CONSTITUTIONAL RIGIDITY IN THE REPUBLIC OF SERBIA
– Causes and consequences –

Summary

Although it not characteristic of post-socialist states, Serbia is distinguished by explicit constitutional rigidity. Aside from the adoption of the new Constitution in 2006, there have been no attempts made to revise the constitution since the first post-socialist constitution from 1990. Hence, the author aims to identify the reasons for constitutional rigidity in the first part of this paper. In the authors' opinion, there are five relevant factors: the unresolved statehood issue, the primarily protective function of the Serbian post-socialist constitutions, authoritarian constitutional tradition, explicit formal rigidness of the constitution; and informal amendments to the constitution. The second part of the paper deals with the consequences of constitutional rigidity. Amongst the undesirable consequences of constitutional rigidity particularly emphasized are the powerful aims of the political actors for informal constitutional changes, as well as an increasing gap between the written and real constitution. In conclusion, within the scope of the concluding remarks the author emphasizes that there exist three possible approaches to resolving the constitutional issue of Serbia, and decides on partial and phasal amendments to the Constitution with the purpose of its modernization and correction.

[39] Deklaracija prava čoveka i građanina iz francuskog Ustava od 1793. godine.

DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ

MEĐUSOBNI ODNOS USTAVNOG SUDA I SUDSKE VLASTI U USTAVNO-PRAVNOM SISTEMU CRNE GORE

U V O D

Međusobni odnos Ustavnog suda i sudske vlasti stalni je predmet interesovanja naučne i stručne, ali i šire javnosti u Crnoj Gori. Pri svim tim razmišljanjima se, međutim, uglavnom gubi iz vida da su položaj, nadležnost i zadaci kako sudske vlasti tako i Ustavnog suda u ustavnom pravnom-sistemu, koji su i osnovni nosioci obaveza u ostvarivanju tog sistema i izgradnji načela vladavine prava i pravne države, kao i njihovi međusobni odnosi, uređeni Ustavom Crne Gore[1]. Sagledavanje mjesta i uloge Ustavnog suda i sudske vlasti u ustavno-pravnom sistemu neophodno je za pravilno razumijevanje njihove Ustavom utvrđene nezavisnosti i samostalnosti, a na toj osnovi i njihovog međusobnog odnosa. Iz iznijetog proizilazi da se pri razmatranju međusobnog odnosa Ustavnog suda i sudske vlasti mora polaziti od pravno nesporne činjenice da i Ustavni sud i sudska vlast imaju svoju Ustavom jasno utvrđenu ulogu i nadležnosti u tom sistemu.

Ustavnopravna osnova za analizu međusobnog odnosa ustavnog sudstva i sudske vlasti u ustavno-pravnom poretku Crne Gore, koju čine njihove osnovne karakteristike, mjesto i uloga u tom sistemu, utvrđena je, dakle, već samim Ustavom. Ustavni sud je Ustavom ustanovljen kao najviše ustavno tijelo sui generis čija je osnovna funkcija zaštita supremacije Ustava, odnosno ustavnog sistema u

---

Dr Dragoljub Drašković, predsjednik Ustavnog suda Crne Gore.

[1] "Službeni list Crne Gore", broj 1/2007.

cjelini i ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima. Sudsku vlast, pak, Ustav utvrđuje kao jednu od tri državne vlasti u sistemu podjele vlasti u Crnoj Gori. Za potrebe analize odnosa Ustavnog suda prema sudskoj vlasti prethodno će se veoma kratko, samo u svrhu predmeta ovog rada, sagledati mjesto i uloga Ustavog suda u ustavno-pravnom sistemu i pozabaviti ustavnim položajem, nadležnostima i zadacima sudske vlasti i Vrhovnog suda Crne Gore kao najvišeg sudskog tijela u strukturi te vlasti.

Mjesto i uloga sudske vlasti i Ustavnog suda u ustavno-pravnom sistemu Crne Gore

Ustav Crne Gore sudsku vlast utvrđuje kao ustavnu kategoriju koja je jedna od tri džavne vlasti u sistemu podjele vlasti, jasno joj određuje poziciju, zadatke i nadležnost u ustavno-pravnom okviru, kao i to koji subjekti u sastavu sudske vlasti obavljaju sudsku vlast. Ustav već u Dijelu Prvom koji nosi naslov "Osnovne odredbe", utvrđuje da je vlast uređena na principu podjele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku.[2]Pri tome, zakonodavnu vlast vrši Skupština, izvršnu Vlada, a sudsku sud.[3]

Ustav sudsku vlast i u njoj Vrhovni sud kao najvišu sudsku instancu u okviru te vlasti, dalje uređuje u poglavlju 5 koje nosi naziv "Sudstvo" Dijela Tećeg u kojem su, pored suda koji vrši sudsku vlast, uređene i druge dvije vlasti u sistemu podjele vlasti, Skupština Crne Gore i Vlada Crne Gore, koje vrše zakonodavnu i izvršnu vlast, ali i neka druga tijela i organi državne vlasti, a koji u skladu sa tim nosi naziv "Uređenje vlasti". Ustav propisuje da je sud samostalan i nezavisan.[4] I dalje, sud sudi na osnovu Ustava, zakona i potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora.[5]Ustav utvrđuje način izbora i razrešenja sudija i predsjednika suda, način rada i suđenja suda i sudsko vijeće, javnost suđenja i isključenje javnosti, stalnost sudijske funkcije, prestanak funkcije i razrešenje, funkcionalni imunitet sudija, nespojivost sudijske funkcije, sudski savjet, sastav i nadležnost sudskog savjeta.[6]Te odredbe su veoma značajne za shvatanje mjesta i uloge sudske vlasti i sagledavanje odnosa te vlasti i Ustavnog suda, kako u smislu jasnog razgraničnja

[2] Član 11 stav 1 Ustava Crne Gore.

[3] Član 11 stav 2 Ustava Crne Gore.

[4] Član 118 stav 1 Ustava Crne Gore.

[5] Član 118 stav 2 Ustava Crne Gore.

[6] Vidjeti članove 119-128 Ustava Crne Gore i Amandmane VIII i IX na Ustav Crne Gore, "Službeni list Crne Gore", br. 38/2013.

njihovih funkcija, tako još više i u pravcu približavanja u obavljanu njihovih Ustavom utvrđenih nadležnosti, o čemu će u tekstu dalje biti riječi.

Ustav utvrđuje Vrhovni sud u okviru sudske vlasti kao najviši sud u Crnoj Gori.[7] Ustav takođe utvrđuje i njegovu najznačajniju funkciju, a to je da "obezbjeđuje jedinstvenu primjenu zakona od strane sudova i vrši druge poslove propisane zakonom".[8]Ustavom je utvrđen i način izbora i razrešenja predsjednika Vrhovnog suda.[9] Iz navedenih ustavnih odredbi mogu se utvrditi dvije značajne karakteristike Vrhovnog suda i to da ga Ustav utvrđuje kao ustavno tijelo sa njegovom osnovnom funkcijom u odnosu na sudove kao nosioce sudske vlasti, ali istovremeno i kao najviši sud u okviru sudske vlasti. Takvo mjesto Ustav mu obezbjeđuje u cilju uspiješnog izvršavanja osnovne funkcije u odnosu prema svim sudovima u Crnoj Gori, ali isto tako sa namjerom da se sačuva samostalnost i nezavisnost svakog suda i sudske vlasti u cjelini od zadiranja u njihov integritet i miješanja u njihovu samostalnost i nezavisnost.

Uloga sudske vlasti je nesumnjivo veoma značajna za postizanje osnovnih ciljeva u izgradnji moderne demokratske države zasnovane na načelu vladavine prava i ostvarivanje i zaštitu ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom. Zato značajan broj zakona, na osnovu ustavih dredbi, bilo posredno ili neposredno, dalje uređuju pitanja organizacije i funkcionisanja sudova. Ovdje treba pomenuti Zakon o sudovima[10] koji predstavlja matični zakon za ovu oblast. Ovim zakonom uređuje se osnivanje, organizacija i nadležnost sudova, organizacija rada sudova i pravosudne uprave, kao i druga pitanja od značaja za uredno i blagovremeno funkcionisanje sudova.[11]

Ustavni sud je samostalna i nezavisna državna institucija koja štiti ustavnost i zakonitost.[12] Ustavnost i zakonitost Ustav uređuje u Dijelu Petom pod nazivom "Ustavnost i zakonitost". U Dijelu Šestom koji nosi naziv "Ustavni sud Crne Gore" Ustav uređuje nadležnost, sastav i izbor Ustavnog suda, prestanak funkcije sudije Ustavnog suda, pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti, odluku Ustavnog suda, prestanak važenja propisa i druga pitanja od značaja za izvršavanje njegovih nadležnosti i njegov rad. U članu 149 Ustava vrlo sažeto i jezgrovito je utvrđena nadležnost Ustavnog suda koja obuhvata njegove zadatke i iz koje se sa sigurnošću može izvoditi i njegov odnos prema drugim granama i tijelma dr-

[7] Član 124 stav 1 Ustava Crne Gore.

[8] Amandman VII stav 1 na Ustav Crne Gore.

[9] Amandman VII stav 2 i 3 na Ustav Crne Gore.

[10] Zakon o sudovima, "Službeni list Crne Gore", br. 11/2015.

[11] Član 1 Zakona o sudovima.

[12] Član 11 stav 6 Ustava Crne Gore.

žavne vlasti. U stavu 1 tog člana decidno su nabrojane nadležnosti suda. Međutim, treba reći i to da Ustav utvrđuje da Ustavni sud "vrši i druge poslove utvrđene Ustavom"(član 149 stav 1 alineja 9). Iz te formulacije jasno je da je Ustav primijenio mješoviti model, tj kombinaciju modela nabrajanja i modela generalne klauzule prilikom utvrđivanja nadležnosti Ustavnog suda. Takvim metodološkim pristupom obezbijeđeno je da je nadležnost Ustavnog suda u cjelini utvrđena Ustavom.

Dakle, za razliku od sudske vlasti, kao jedne od tri vlasti u sistemu podjele vlasti, koja je, kao što je rečeno, u organizacionoj strukturi Ustava uređena i dobila svoje mjesto u Dijelu Trećem u kojem se uređuje sistem vlasti u cjelini, ustavnost i zakonitost koju štiti Ustavni sud, a zatim i nadležnost Ustavnog suda i druga pitanja vezana za ustavno sudstvo, uređeni su u posebnim djelovima Ustava. Takvim strukturalnim konceptom Ustav je potpuno i jasno razgraničio njegov položaj u ustavnom sistemu ne samo prema sudskoj vlasti, već i prema svim drugim granama državne vlasti koje u sistemu podjele vlasti čine uređenje državne vlasti i utvrdio ga kao nezavisan i samostalan državni organ čija je djelatnost različita od zakonodavstva, uprave i sudstva. To što je Ustav smjestio Ustavni sud u posebnom dijelu, nezavisno od sudske vlasti, sa jedne strane je samo potvrda njegovog posebnog statusa u odnosu na sve druge institucije državne vlasti i dokaz njegove specifične uloge i značaja za ostvarivanje ustavno-pravnog poretka. On organizaciono i funkcionalno djeluje kao zasebno, autonomno, ustavno tijelo, nezavisno od bilo koje druge državne vlasti i različito od njih. Sa druge strane, to je dokaz da Ustavni sud, iako je sud, ne spada u sudsku vlast. Dijelom sudske vlasti mogao bi se smatrati samo u mjeri u kojoj je zaista sud, ali ustavno sudstvo je potpuno različito i odvojeno od redovnog sudstva. Odvojenost Ustavnog suda od sudske funkcije, ali i od ostalih najviših državnih funkcija, zakonodavne i izvršne, je garancija vršenja i samih tih funkcija u skladu sa Ustavom. Istovremeno, Ustav je na taj način Ustavnom sudu odredio mjesto koje je ravnopravno položaju državne vlasti u cjelini(zakonodavne, izvršne i sudske), ali i još više, koje ga čini ekvivalentom i ostalim državnim tijelima ili organima koji takođe čine sistem uređenja vlasti.

Činjenica da Ustav obrađuje Ustavni sud posebno od sudske vlasti, ne moze, međutim, dovesti u pitanje sudski karakter ovog organa, niti usloviti zaključak da Ustavni sud nije sud.[13] Ustavni sud je u svom biću i suštini prije svega sud, kao što govori i njegov naziv, ali što proizilazi i iz prirode njegove funkcije čija je suština u rješavanju sporova i izricanju sankcija.[14]U pravnoj teoriji je inače

[13] Mišljenje Venecijanske komisije br, 598/2010. od 20. oktobra 2010. godine.

[14] Vidjeti : Bosa M. Nenadić, O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova, Beograd, 2012, str. 53.

jedno od osnovnih, najrasprostranjenijih gledišta o pravnoj prirodi ustavog sudstva upravo da se radi o sudskoj djelatnosti, sudskoj funkciji koja se sprovodi u posebnoj vrsti sporova. Generalno govoreći, sa stanovišta njegove osnovne ustavne nadležnosti, Ustavni sud rešava spor o ustavnosti zakona, odnosno zakonitosti opštih akata. Postupak pred Ustavnim sudom predstavlja sudski postupak kojim treba da se obezbijedi poštovanje i zaštita Ustava. Način na koji Ustavni sud radi je čisto pravni, jasno utvrđeni postupak po kome sudi i kriterijum po kome odlučuje su strogo sudski. Sudski karakter Ustavnog suda potvrđuje i odluka suda koja je presuda čija sankcija je izražena po pravilu u vidu ukidanja zakonske odredbe. Odluku karakteriše meritornost, ona je opšteobavezna i izvršna i stranke je moraju poštovati.

Ustavni sud je, dakle, zaista sud, ali, očigledno nije sud kao sastavni dio sudske vlasti, već poseban sudski organ čija je nadležnost drugačije prirode i sadržine od redovnog sudstva, koji ima ovlašćenje i da ukida odluke redovnih sudova ako je u toku postupka pred sudom učinjena povreda ljudskih prava i sloboda. Razlike između Ustavnog i redovnog suda su brojne i izražene u funkcijama suda, dejstvu njegovih odluka, statusu njegovih sudija itd. Funkcije redovnih sudova i Ustavnog suda su različite i ne podudaraju se, iako se na više načina dopunjavaju.

Za vršenje svojih nadležnosti Ustavni sud ima svoj mehanizam, odvojen i različit od redovnog sudstva. U svim elementima ustavnog sudstva, prirodi spora koji se pred njim vodi, prirodi i karakteru njegovih stranaka, postupku koji sud primjenjuje, pa i samim odlukama koje donosi, postoje očigledne razlike u odnosu na redovno sudstvo koje su posledica specifičnosti sporova u kojima Ustavni sud odlučuje. Može se figurativno reći da Ustavni sud sudi aktima, propisima, a ne ljudima, zbog čega su i stranke u sporu pred ovim sudom, o čijim pravima sud odlučuje, drugačije. Osnovni akt na osnovu koga Ustavni sud donosi presudu nije zakon nego Ustav, postupak po kojem sudi je nesumnjivo sudski, ali nužno uslovljen svim prethodnim specifičnostima. Specifična je i presuda ovog suda i sankcija kojom sud raspolaže. Za razliku od odluke redovnog suda koja djeluje inter partes i obavezuje samo stranke u sporu, odluka Ustavnog suda, bez obzira na to ko pokreće ustvni spor, uvijek ima opšte dejstvo, djeluje erga omnes. Različit je i obim slobode koju Ustavni sud ima u svom djelovanju. Dok redovni sud sudi na osnovu zakona i ograničen je zakonom od kojeg ne može odstupiti, Ustavni sud sudi na osnovu Ustava koji mu, kao najviši pravni akt sačinjen od principa i uopštenih normi, ostavlja veći obim slobode i kreativnosti u postupku presuđivanja, a time i veća ovlašćenja. To naravno ne znači da Ustavnom sudu ipak nijesu postavljeni pravni okviri njegovog djelovanja, ali su oni mngo širi u odnosu na redovni sud.

Jasno je da se ustavno sudstvo zbog svih tih specifičnosti ne može svrstati ni u jednu od postojećih grana državne vlasti sa svim njihovim atributima, pa ni u sudsku. Zato je čini se najprihvatljivije Ustavni sud shvatiti kao samostalnu i nezavisnu državnu instituciju, posebni Ustavom utvrđeni organ, koji ima preovlađujući karakter suda i radi na principu suda, ali je izvan sistema sudske vlasti, odvojen od redovnih sudova i sudske hijerarhije i zajedno sa predsjednikom države, parlamentom i vladom, predstavlja vrhovni državni organ koji je čuvar i garant integriteta ustavnog sistema i ustavnosti i zakonitosti u najširem značenju i kao takav najviši odlučujući organ sa pravom kontrole ustavnosti zakona i njihovog ukidanja. Može se čak reći da Ustavni sud ima izvjestan stepen pravne superirornosti u odnosu na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast. Ali on nije iznad njih u smislu hijerarhijske nadređenosti, već prema njima djeluje svojim posebnim položajem i ovlašćenjima.

Ustavni sud ima ista ovlašćenja i dejstvo njegovih odluka isto je prema svim granama vlasti, on ukida njihova akata ako nijesu u skladu sa Ustavom i zakonom. U svom domenu on je autoritativan i najviši sud koji ima ovlašćenja da otklanjajući povrede Ustava svojom odlukom stavi van snage zakon parlamenta, podzakonski akt izvršne vlasti, presudu redovnog suda, da zabrani rad političke partije, nevladine organizacije, da utvrdi povredu izbornog prava itd.

Odnos ustavnog suda i sudske vlasti

U ustavno-pravnom poredku Crne Gore stvoreni su uslovi za uspostavljanje uzajamnih odnosa između svih grana državne vlasti principijelno zasnovanih "na ravnoteži i međusobnoj kontroli"[15]. Ustav je razgraničio pravne funkcije organa državne vlasti, ali je odredio i uzajamne odnose i način uspostavljanja saradnje, što znači da se svaka vlast može kretati samo u granicama svog vlastitog Ustavom utvrđenog domena, ali i uz saradnju i međusobnu provjeru rada između nosilaca pojedinih državnih funkcija.

Na sličnim principima počiva i odnos između sudske vlasti i Ustavnog suda. Radi se o međusobnom odnosu u kome je u granicama Ustavom definisanog statusa i nadležnosti Ustavnog suda i sudske vlasti utvrđen okvir za njihovo djelovanje, uz ostavljeni prostor i mogućnost za međusobnu saradnju, ali i provjeru rada i odluka svakog od njih. Pri tome je i Ustavnom sudu i sudskoj vlasti sačuvana puna samostalnost i nezavisnost u vršenju njihovih funkcija. Eventualne razlike u stavovima po pitanju ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti i zaštite ljudskh prava i sloboda moraju biti usaglašavane u skladu sa Ustavom i samo odluka koja je zasnovana na Ustavu može predstavljati rešenje određenog pravnog odnosa.Takav

[15] Član 11 stav 4 Ustava Crne Gore.

sistem međusobnih odnosa treba da obezbijedi funkcionisanje ustavnog poretka bez njegovog narušavanja.

Odnos Ustavnog suda i sudske vlasti može se posmatrati sa više aspekata, u zavisnosti od segmenta njihovog djelovanja u okviru Ustavom utvrđenih prava i obaveza koji se ima u vidu. U tom smislu može se govoriti i o učešću sudske vlasti u vršenju nadležnosti Ustavnog suda koje je uređeno normama ustavne snage.To učešće ostvaruje se na više načina koji imaju različite oblike manifestacije. Ovdje će se pomenuti samo neki od načina utvrđenih Ustavom koji omogućavaju sudskoj vlasti da u realizaciji svojih ovlašćenja ostvaruje saradnju i povezuje se sa Ustavnim sudom. Sa druge strane, Ustavni sud takođe ima ovlašćenja i ingerencije utvrđene Ustavom koje se dopunjavaju sa funkcijama iz domena prioritetne ustavne nadležnosti sudske vlasti.

Prije svega, Ustav, kao što je rečeno, utvrđuje pravo i obavezu suda da sudi na osnov Ustava, zakona i potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora. To znači da redovni sudovi imaju pravo i obavezu da u svom radu primjenjuju ne samo zakone, već i Ustav, kao i odredbe međunarodnog prava koje su uključene u unutrašnji pravni poredak. To dalje znači da i sudska vlast, a ne samo Ustavni sud, na određeni način tumači Ustav. Da bi mogao suditi na osnovu Ustava, sud mora prethodno protumačiti ustavnu odredbu kojom je utvrđeno određeno pravo ili sloboda čiju realizaciju građanin zahtijeva ili koje je povrijeđeno i koju treba primijeniti u konkretnom slučaju. Na bazi sopstvenog tumačenja Ustava i zakona on treba u konkretnim sporovima da zaštiti subjektivna prava i slobode pojedinaca zajemčene Ustavom i na taj način smanji potrebu građana da zahtijevaju ustavno-sudsku zaštitu prava. Zato je potrebno da sudovi u svojim odlukama citiraju ustavne odredbe i daju njihovo tumačenje na kojem zasnivaju odluku.To je jedan od načina na koje sudska vlast ispunjava svoju odgovornost za ostvarivanje načela vladavine prava i Ustava u cjelini.

Dalje, ako redovni sud smatra neustavnom odredbu zakona na osnovu koje treba da odlučuje o određenom pravu ili slobodi građanina može od Ustavnog sud zatražiti da utvrdi ustavnost tog zakona ili pojedine njegove odredbe. Naime, Ustavom je utvrđeno da postupak pred Ustavnim sudom za ocjenu ustavnosti i zakonitosti, pored ostalih subjekata, može da pokrene i sud.[16] Takođe i Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore predviđa da ako se u postupku pred sudom postavi pitanje saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima ili drugih propisa sa Ustavom i zakonom, sud će zastati s postupkom i

[16] Član 150 stav 2 Ustava Crne Gore.

pokrenuti postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti tog akta pred Ustavnim sudom.[17]

To je ne samo pravo već i obaveza suda, kako bi bio siguran da su pojedine odredbe zakona ili zakon u cjelini, na kojima treba da zasnuje svoju odluku, u skladu sa Ustavom, odnosno zakonom. Ovlašćenje da utvrdi da li je sporni zakon, odnosno drugi propis, u skladu sa Ustavom i zakonom ima samo Ustavni sud, ali redovni sud iniciranjem postupka na ovaj način praktično učestvuje u postupku ocjenjivanja ustavnosti i zakonitosti akta koji Ustavni sud sprovodi po njegovom zahtjevu. U postupku koji je pokrenut od strane suda Ustavni sud je dužan da odluči u kratkom roku, kako bi sud mogao nesmetano nastaviti postupak.[18]

Što se tiče učešća Ustavnog suda u vršenju funkcija koje su Ustavom i zakonom stavljene prvenstveno u nadležnost sudske vlasti, posebno je značajna njegova uloga u zaštiti ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom ako su povrijeđena pojedinačnim aktom sudske vlasi ili nijesu našla svoju zaštitu pred redovnim sudovima. Taj segment nadležnosti Ustavnog suda čini se i posebno ukazuje na čvrstu povezanost i međuodnos sudske vlasti i Ustavnog suda. Zato je za sagledavanje tog odnosa posebno značajno osvrnuti se na ovu nadležnost Ustavnog suda po ustavnoj žalbi kao novom pravnom sredstvu za zaštitu prava građana protiv odluka državnih organa, a prije svega odluka redovnih sudova.

Uvođenje instituta ustavne žalbe apostrofiralo je i istaklo u prvi plan odnos Ustavnog suda i redovnih sudova i izazvalo dosta nerazumijevanja, dilema i nedoumica u razgraničenju njihove nadležnosti u zaštiti ljudskih prava. Činjenica je da su u Crnoj Gori po prvi put Ustavom iz 2007. godine odluke sudske vlasti podvrgnute kontroli ustavnosti. Ustav među decidno nabrojanim nadležnostima Ustavnog suda utvrđuje i da odlučuje"o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava".[19] Ta nadležnost Ustavnog suda dovodi se, međutim, u pitanje neprekidno i nakon osam godina od primjene instituta ustavne žalbe, prije svega upravo od redovnog sudstva. Javio se čitav niz pitanja, počev od toga da li Ustavni sud time ulazi u nadležnost redovnih sudova, postaje li Ustavni sud u predmetima po ustavnim žalbama superreviziona instanca, pa čak do dileme ugrožava li time Ustavni sud integritet sudske vlasti. Navodi se ustavni princip da sudsku odluku može preispitati samo nadležni sudski organ, a Ustavni sud nije viši sud u odnosu na redovne sudske instance, dok sudska odluka opet ne može biti predmet van-

[17] Član 54 stav 1 i 2 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore, "Službeni list Crne Gore", br. 11/2015.

[18] Član 54 stav 3 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

[19] Član 149 stav 1 tačka 3) Ustava Crne Gore.

sudske kontrole, pa i da Ustavni sud postpa neustavno. Posebno se naglašava pitanje odnosa Ustavnog suda prema Vrhovnom sudu kao najvišem sudu u strukturi sudske vlasti, čije odluke su pred Ustavnim sudom inače najčešće osporavane, obzirom na njegov položaj poslednje sudske instance u hijerarhiji redovnih sudova. Iznosi se dilema ugrožava li se na taj način ili makar slabi pozicija Vrhovnog suda kao najvišeg suda u državi. Zahtijeva se čak i da se "riješi spor između Vrhovnog suda i Ustavnog suda". Evidentno je i da sam Vrhovni sud često pruža otpor pravnim shvatanjima Ustavnog suda iznijetim u njegovim odlukama o ukidanju sudskih odluka. Treba podsjetiti, međutim, da takva viđenja nijesu nepoznata u uporednoj ustavno-sudskoj praksi, već su prisutna u mnogim evropskim državama, često i u oštrijem obliku.

Iz citirane odredbe člana 149 Ustava proizilazi da se ustavna žalba može podnijeti protiv odluka svih držvnih organa, odnosno da nije izuzet ni jedan državni organ koji odlučuje o ljudskim pravima ili slobodama, a čijim bi aktom prava mogla biti povrijeđena. U skladu sa tom ustavnom odredbom, Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore kada govori o subjektima protiv čijih se akata ustavna žalba može podnijeti koristi termine "državni organ", "organ držane uprave" itd. ne ograničavajući ga posebno ni na zakonodavne, izvršne, upravne ili sudske organe državne vlasti.[20] Iz navedenih ustavnih i zakonskih odredbi o ustavnoj žalbi Ustavni sud Crne Gore je izveo zaključak i zauzeo stav da predmet ustavne žalbe mogu biti i pojedinačni akti sudova. Naime, da bi ustavna žalba postala djelotvorno i efikasno pravno sredstvo njeno ulaganje se neminovno mora omogućiti protiv odluka i radnji svih državnih organa, a posebno i sudova. Ostaviti odluke redovnih sudova, uključujući i Vrhovni, izvan ustavno-sudske kontrole od strane Ustavnog suda bilo bi suprotno Ustavu, što znači da bi bila neustavna odredba zakona, npr. Zakona o ustavnom sudu, koja bi predviđala da Ustavni sud ne može da ocjenjuje i ukida odluke redovnih sudova.

Dalje, to bi omogućilo podnošenje predstavke direktno Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu prije iscrpljivanja svih domaćih djelotvornih pravnih sredstava, što je takođe neprihvatljivo. Praksa realizacije ustavnih i zakonskih odredbi o ustavnoj žalbi pred Ustavnim sudom Crne Gore do sada pokazuje da su ustavnom žalbom najčešće osporavani upravo akti i radnje sudske vlasti. Od svih predmeta po ustavnim žalbama, koji inače čine oko 87% od ukupnog broja ustavnosudskih predmeta, skoro 85% se odnosi na ustavne žalbe podnijete protiv sudskih odluka. Zato se zaštita ustavnih prava i sloboda putem ustavne žalbe mora posmatrati prije svega sa aspekta ustavnih žalbi na sudske odluke i posledica odluka Ustavnog suda donijetih u reviziji sudskih odluka.

[20] Član 68 stav 1 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

Široki krug subjekata koji su na bilo koji način, posredno ili neposredno, uključeni u odnos između Ustavnog suda i sudske vlasti povodom nadležnosti Ustavnog suda po ustavnoj žalbi, prije svega nosioci ustavnih prava i sloboda, zatim sudovi, advokati, itd. ispoljavaju svoja posebna viđenja tog odnosa. Najšire posmatrano, moglo bi se reći da postoje dvije grupe stavova o prirodi tog odnosa sa više različitih razumijevanja u okviu svake grupe.

Na jednoj strani, često se može primjetiti shvatanje da Ustavni sud u vršenju svoje nadležnosti po ustavnoj žalbi predstavlja samo još jednu stepenicu u zaštiti prava, kao i redovni sud. Tome se najčešće dodaje da je sa uvođenjem ustavne žalbe Ustavni sud, kao viša sudska instanca, dobio ulogu superevizora u odnosu na sudsku vlast, postao superioran i dominantan u odnosu na nju. Taj stav se posebno potkrepljuje činjenicom da odluka Ustavnog suda o povredi prava ne može biti predmet provjere od strane bilo kog suda ili drugog organa. Nasuprot tome, druga grupa, donekle različitih ali ipak najvećim dijelom jedinstvenih mišljenja, smatra da je Ustavni sud odlučivanjem o ustavnoj žalbi postao institucija koja, bez elemenata hijerarhijske supremacije i nadređenosti, već samo na osnovu posebnog ustavnog položaja i ovlašćenja, dobija konačnu riječ u zaštiti Ustavom zajemčenih ljudskih prava i sloboda.

Činjenica je da je Ustavom utvrđena zaštita ljudskih prava i sloboda putem ustavne žalbe dovela do uključivanja Ustavnog suda u područje koje je do tada bilo u isključivoj nadležnosti sudske vlasti. To je predstavljalo značajnu promjenu u vršenju ustavno-sudske funkcije u cjelini i otvorilo novu stranicu u odnosima između Ustavnog suda i sudske vlasti. Međutim, ono što je neophodno odmah istaći kao zajedničko svim različitim stavovima o međusobnom odnosu ovih institucija je činjenica da su rezultat nedovoljnog sagledavanja mjesta, nadležnosi i uloge sa jedne strane sudske vlasti, a sa druge strane i posebno Ustavnog sudstva, u ustavno-pravnom poretku Cne Gore, o čemu je prethodno bilo riječi.

Pored toga, pri svim tim razmišljanjima kao da se gubi iz vida Ustavom utvrđeno pravo građanina da na sudsku odluku izjavi ustavnu žalbu i ukaže na kršenje svojih prava utvrđenih Ustavom i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Savjeta Evrope[21], a da Ustavni sud prema Ustavu ima takva ovlašćenja u odnosu na svaki državni organ, pa samim tim i na sud, jer je on zaštitnik ljudskih prava i sloboda od svih oblika narušavanja ili uzurpacije, a ona svakako po prirodi stvari mogu biti povrijeđena i odlukama sudske vlasti. Pored uloge "čuvara ustavnosti i zakonitosti" u kojoj rešava sporove između

[21] Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms (ETS No. 5, CETS No. 005), Rome, 4 November 1950, Treaty Series No. 71/1953: Cmd. 8969. Prema službenoj evidenciji Savjeta Evrope, Crna Gora je potpisala Konvenciju 03.04.2003,ratifikovala je 03.03.2004, a u odnosu na Crnu Goru Konvencija je stupila na snagu 06.06.2006. godine.

državnih organa, Ustavni sud dobija i novu ulogu,"čuvara ljudskih prava i sloboda", u kojoj rešava sporove između građana i države. Nije sporno da ustavna žalba u prvom planu ima za cilj individualnu, subjektivnu zaštitu Ustavom garantovanih prava njenog podnosioca koja je on ostvarivao u postupku kod redovnih sudova, ali ta zaštita nesumnjivo prevazilazi konkretni pojedinačni slučaj i dobija šire karakteristike zaštite kojom se istovremeno u stvari štite ljudska prava i slobode kao objektivna vrijednosti utvrđena, zajemčena i zaštićena Ustavom.

Na taj način se posredno štiti i ukupni ustavno-pravni poredak države, jer svako narušavanje zajemčenih ljudskih prava i sloboda ugrožava pravni sistem u cjelini. To znači da i kroz ustavno-sudsku zaštitu ljudskih prava i sloboda, a na bazi utvrđenog pravog značenja ustavnih i zakonskih normi do kojeg dolazi u vršenju svoje osnovne ustavne nadležnosti, jednako kao i putem apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti, Ustavni sud ostvaruje svoju ulogu "čuvara" ustavnog poredka u cjelini.

Ovlašćenjem Ustavnog suda da kada utvrdi povredu ljudskog prava ili slobode zajemčenog Ustavom ukine osporenu odluku i predmet vrati sudu na ponovni postpak sprovodi se zadatak Ustavnog suda koji mu je propisan Ustavom ali samo ukoliko je pravo ili sloboda povrijeđeno, a time i narušena harmonija ustavnog poretka u cjelini. To je jedan od načina na koje Ustavni sud u okviru svoje ukupne nadležnosti prati poštovanje Ustava. Odluke Ustavnog suda po ustavnim žalbama jačaju svijest građana o postojanju posebnog, nezavisnog državnog organa koji će još jednom, sa ustavno-pravnog aspekta, razmotriti status njihovog ustavnog prava ili slobode, čime se snaži uvjerenje u funkcionisanje pravnog sistema države u cjelini.

Očigledno se ne može govoriti o supremaciji Ustavnog suda nad sudskom vlašću, niti o zadiranju u njenu samostalnost i nezavisnost, a posebno ne u autonomiju Vrhovnog suda, koje bi dovodilo u pitanje njegov Ustavom utvrđeni status najvišeg suda u Crnoj Gori u sastavu sudske vlasti. To nije moguće iz razloga što i Ustavni sud i Vrhovni sud, odnosno sudska vlast u cjelini, imaju Ustavom precizno definisan svoj ustavno pravni status, nadležnosti i zadatake u okviru koga su u potpunosti suvereni, samostalni i nezavisni. Kao takvi, oni imaju i svoj Ustavom jasno utvrđeni redosled u postupanju u zaštiti ljudskih prava i sloboda utvrđenih Ustavom.

Prioritetnu, osnovnu zaštitu ljudskih prava i sloboda moraju da obezbijede redovni sudovi kao originerni, primarni nosioci funkcije zaštite prava, bez čije aktivnosti nema efikasne zaštite prava. Ova obveza redovnih sudova nedvosmisleno proizlazi iz njihove funkcije da, kao što je rečeno, neposredno primjenjuju Ustav i zakone iz kojih ljudska prava izviru i kojima su uređena. Pri tome oni su dužni u svom radu, kao organi državne vlasti, poštovati sve obaveze koja Ustav pred njih

postavlja. Zanemarivanje utvrđenog značenja sadržine nekog od ustavnih prava, kao i svaki propust u primjeni odgovarajućeg zakona kojim se krše ustavna prava i slobode, stvaraju osnovu za podnošenje zahtjeva za ustavnosudsku zaštitu prava. Što punija zaštita prava i sloboda građana u postupku pred redovnim sudovima treba da smanji na najmanju mjeru potrebu za korišćenjem ustavno-sudske zaštite i postupanje Ustavnog suda po ustavnim žalbama. Potrebno je naravno da sudska vlast više nego do sada iskoristi sva svoja ustavna i zakonska ovlašćenja u zaštiti ljudskih prava i sloboda. Redovno sudstvo mora postati do kraja svjesno da zaštitom Ustavom zajemčenih prava i sloboda u stvari štiti i ustavnost i zakonitost kao temeljni princip pravnog poretka.

Tek kada su iscrpljena sva dopuštena pravna sredstva pred redovnim sudovima u postupak zaštite prava se uključuje Ustavni sud pred kojim se ostvaruje supsidijarna, dodatna zaštita prava, pored one koju pružaju redovni sudovi. Dopuštenost ustavne žalbe je, očigledno, ključno pitanje. Za podnošenje ustavne žalbe moraju biti ispunjene procesne pretpostavke da bi se mogla smatrati dopuštenom. Neispunjenost uslova za dopuštenost rezultira njenim odbacivanjem. U postupku po ustavnoj žalbi koji slijedi Ustavni sud ne djeluje kao redovni sud, ne odlučuje o ostvarivanju subjektivnih prava i izvršavanju obaveza stranaka u sporu u smislu odredbe člana 3 Zakona o sudovima, već samo utvrđuje da li je u prethodnom postupku odlučivanja o pravima i obavezama podnosioca ustavne žalbe došlo do povrede ustavnih prava i sloboda.

Ustavni sud ima kontrolnu ulogu u zaštiti prava i djeluje samo po zahtjevu subjeka koji smatra da mu je pojedinačnim aktom pravo povijeđeno. Na taj način je ustavotvorac svakom odredio njegovu jasnu poziciju i ulogu u zaštiti prava, Ustavnom sudu očigledno supsidijarnu, ali odlučujuću u ocjeni da li su ljudska prava i slobode povrijeđena i otklanjanju eventualnih propusta koje su u postupku zaštite prava učinili državni organi, pa i organi sudske vlasti. Samo ako utvrdi da je zadiranje u Ustavom zajemčeno pravo ustavno-pravno neprihvatljivo, tj proizvodi povredu prava, Ustavni sud može da usvoji ustavnu žalbu i ukine odluku suda ili drugog nadležnog organa. Pri tome je sud dužan jasno obrazložiti koje je ustavno pravo povrijeđeno i u čemu se povreda prava sastoji. Činjenica je u praksi, međutim, da se u ustavnoj žalbi često samo formalno naznačavaju ustavna prava ili slobode za koja se tvrdi da su povrijeđena, bez navođenja valjanih ustavnopravnih razloga koji bi osnovano ukazivali na povredu, zbog čega Ustavni sud ne nalazi osnova za utvrđivanje povrede prava i donosi veliki broj rešenja o odbijanju ustavnih žalbi.

Otpor koji redovni sudovi pružaju stavovima iznijetim u odlukama Ustavnog suda o ukidanju njihovih presuda neutemeljen je sa stanovišta Ustava i načela obaveznosti pravnih shvatanja Ustavnog suda za sve državne organe i dru-

ge subjekte koji vrše javna ovlašćenja. Stavovi Ustavnog suda zauzeti u njegovim odlukama koji se tiču ustavnih prava i sloboda obavezni su za sve subjekte koji odlučuju o ustavnim pravima i slobodama čovjeka. Naime, prema Zakonu o ustavnom sudu svako je dužan da poštuje odluke Ustavnog suda[22]. Ali, iako je obaveznost stavova Ustavnog suda utvrđena tek Zakonom o Ustavnom sudu, ona ipak ne proizilazi iz Zakona, već svoj osnov ima direktno u Ustavu. Ovo iz raloga što je Ustavni sud tumač Ustava i volje ustavotvorca. To dalje znači da sudska vlast zapravo nije vezana pravnim stavovima Ustavnog suda, već direktno Ustavom čija se načela kroz te pravne stavove prenose do svih i obavezuju ih.

Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi očigledno nije još jedna "superreviziona instanca", i to poslednjeg stepena, koja sprovodi redovni sudski postupak, u odnosu na sud čija se odluka osporava, pa i Vrhovni, kako se to često doživljava. On ne postupa po redovnom ili vanrednom pravnom lijeku na odluku redovnog suda već, po zahtjevu podnosioca ustavne žalbe, isključivo utvrđuje da li je u prethodnom postupku odlučivanja o ustavnim pravima i slobodama podnosioca žalbe došlo do njihove povrede.

Ustavna žalba nije ni redovno ni vanredno pravno sredstvo, već posebni institut kojim se pojedinačna akta državnih organa provjeravaju samo iz ugla zaštite ustavnih prava i sloboda čovjeka i kao takva je širi pojam od svih redovnih i vanrednih pravnih sredstava koja se koriste pred redovnim sudovima. To je pravno sredstvo kojim podnosilac direktno zahtijeva od Ustavnog suda da izvrši kontrolu i uklanjanje iz pravnog poredka akta za koji smatra da mu krši ustavna prava i slobode, a protiv kojeg su već iskorišćeni pravni ljekovi i koji je postao pravosnažan ili konačan. Ta provjera je supsidijarnog karaktera i dozvoljena je samo nakon prehodnog iscrpljivanja svih dostupnih djelotvornih redovnih i vanrednih pravnih sredstava. Odluka Ustavnog suda donijeta po tom pravnom sredstvu ne može da zamijeni odluku suda, već samo konstatuje povredu prava i uslovljava ponavljanje postupka pred redovnim sudom. Intezitet reakcije Ustavnog suda u odnosu na odluku redovnog suda uslovljen je jačinom povrede prava, jer samo povreda prava određene težine dovodi do ukidanja sudske odluke i može usloviti promjenu pravnog stanja zasnovanog na pravosnažnoj sudskoj odluci. Ustavna žalba je, dakle, posebno, supsidijarno pravno sredstvo sui generis za ustavno-sudsku zaštitu ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom čija primjena je moguća tek nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava pred redovnim sudovima.

Zbog takvog karaktera ustavne žalbe i ovlašćenja koja Ustavni sud ima u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja, ocjene izvedenih dokaza i na osnovu toga primjene materijalnog prava od strane redovnih sudova su ograničena i kvalita-

[22] Član 3 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

tivno drugačija u odnosu na ovlašćenja koja po tim pitanjima ima redovni sud više instance. U postupku po ustavnoj žalbi Ustavni sud djeluje u okvirima zahtjeva istaknutog u ustavnoj žalbi i razmatra one elemente sudske odluke iz kojih bi se moglo zaključiti postojanje povrede prava. On ne provjerava da li su sudovi pravilno i potpuno utvrdili činjenično stanje niti da li su pravilno ocijenili utvrđene činjenice i dokaze, ne vrši sopstvenu pravnu ocjenu dokaza, ne upušta se u primjenu materijalnog prava i ispravnost tumačenja zakona, već polazi od tih nalaza i radnji redovnih sudova i njima se bavi samo u mjeri koliko je to potrebno za ocjenu da li je u cijelom sudskom postupku došlo do povrede prava i sloboda i u čemu se ta povreda ogleda.

U svemu ostalom to je zadatak upravo redovnih sudova čija ovlašćenja Ustavni sud ne može da vrši, jer su njegove ingerencije očigledno drugačije. Ustavni sud ima kasatornu ulogu u odnosu na odluke redovnih sudova, on ne ulazi u meritum spora, ne odlučuje o meritumu. Odlučivanje u meritumu ostaje isključivo pravo i dužnost redovnih sudova. I prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, zadatak Ustavnog suda nije da preispituje zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava[23], niti da supstituiše redovne sudove u procjeni činjenica i dokaza[24] i da se upušta u ispitivanje svih pravnih nedostataka sudskih odluka, osim ako su odluke nižih sudova povrijedile ili zanemarile ustavna prava, ako je primjena zakona bila proizvoljna ili diskriminatorska ili ukoliko su povrijeđena procesna prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pavo na djelotvoran pravni lijek, itd.). Zato Ustavni sud kao neosnovane rešenjem odbija žalbe u kojima se od njega traži da djeluje kao redovni sud više instance, tj. da provjerava već sprovedeni dokazni postupak ili provodi novi, da utvrdi činjenično stanje i ocijeni izvedene dokaze, odluči o zahtjevu koji je bio predmet pred redovnim sudom, da preispita zakonitost sudske odluke i istu eventualno preinači, itd.

Praksa pokazuje da je upravo veoma čest slučaj da se ustavnom žalbom osporava činjenično stanje utvrđeno u sudskom postupku, izražava sumnja u pravilnu ocjenu izvedenih dokaza, ili iz tih i sličnih razloga izražava samo nezadovoljstvo podnosioca odlukama redovnih sudova koje nijesu ispunile njegova očekivanja. Ustavni sud u svim tim slučajevima konstatuje da nije nadležan da zamijeni redovne sudove u utvrđivanju činjenica i ocjeni dokaza, odmjeravanju visine krivčne sankcije ili naknade štete i sl., već da je njegov zadatak da utvrdi da

[23] Vidjeti, napr: Evropski sud, Pronina protiv Ukrajine, Odluka o dopustivosti, br. 65167/01, od 30. juna 2005. godine..

[24] Vidjeti, napr: Evropski sud, Thomas protiv Ujedinjenog kraljvstva, presuda br. 19354/02 od 10. maja 2005; Garzičić protiv Crne Gore, presuda br. 17931/07 od 21. septembra 2010. godine.

li su odlukama redovnih sudova povrijeđena ljudska prava i slobode kako se to u žalbi navodi.

Međusobno trvenje i nerazmijevanje redovnih sudova i Ustavnog suda treba zamijeniti udruženim naporom i saradnjom na podizanju stepena zaštite ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom. Ustavom i zakonima utvrđena ovlašćenja Ustavnog suda i sudske vlasti u realizaciji ustavnih prava i sloboda čovjeka i njihovoj zaštiti potrebno je u praksi dosledno sprovoditi, uspostavljati punu ravnotežu i pažljivo izgrađivati Ustavom uspostavljenu osjetljivu granicu u podjeli ovlašćenja u ostvarivanju i zaštiti ustavnih prava i sloboda. Nadležnost redovnih sudova u obezbjeđivanju prioritetne zaštite prava normativno treba proširiti, a u praksi pojačati njihove aktivnosti u ovom domenu, što treba da doprinese i sticanju potpunijeg osjećaja da su oni osnovni zaštitnici ljudskih prava. Sudovi moraju imati povjerenje u stavove Ustavnog suda i ugrađivati ih u svoje odluke, a posebno bezrezervno uvažavati stav Ustavnog suda kada utvrdi povredu prava. Potrebno je da odluke Ustavnog suda citiraju ne samo redovni sudovi, već i advokati i svi drugi subjekti koji se bave čovjekovim pravima i slobodama i njihovom zaštitom.

Pri vršenju svoje dužnosti zaštite prava koju mu je Ustav stavio u nadležnost Ustavni sud treba da nastoji da sačuva svoju posebnu ulogu i mjesto koje ima u sistemu. On mora obazrivo postupati sa sudskim odlukama, u svemu uvažavati stavove redovnih sudova, osim u dijelu u kojem vrijeđaju ustavna prava i slobode i posebno inkorporirati stavove Vrhovnog suda u svoje odluke. Na taj način će garantovati zadržavanje u granicama sopstvene ustavne nadležnosti i sigurnost od eventualnog nepotrebnog zadiranja i uticaja u domen sudske vlasti.

Svoju poziciju Ustavni sud će najbolje sačuvati ako je njegova odluka dobro zasnovana, sa čvrstim i ubjedljivim obrazloženjem, tako da može dobiti svoje jasno mjesto u odnosu na odluke redovnih sudova. Bez obzira što je obaveznost stavova Ustavnog suda utvrđena zakonom, ona će se najefikasnije ostvarivati ako sud sam snagom svojih stavova ubijedi redovne sudove u njihovu obaveznost. Djelotvornost ustavno-sudske zaštite prava odlučujuće zavisi od spremnosti redovnih sudova da ispoštuju odluke Ustavnog suda, a ona je u prvom redu uslovljena dobrom ustavno-pravnom utemeljenošću i obrazloženjem odluka. Ustavni sud će na taj način sam sebe sačuvati od opasnosti da postane sud "više instance". U protivnom, i dalje neće biti spremnosti redovnih sudova da prihvataju stavove Ustavnog suda, a njegove odluke će osnovano biti stalno dovođene u pitanje.

ZAKLJUČAK

U ustavno-pravnom poretku Crne Gore jasno su definisani mjesto, položaj i nadležnosti Ustavnog suda i sudske vlasti, a time i njihov međusobni odnos u vr-

šenju funkcija koje su im povjerene. Sudska vlast predstavlja jednu od tri državne vlasti u ustavnom ustrojstvu sistema podjele vlasti i nju vrši sud. Ova grana vlasti ima ključnu ulogu u izgradnji savremene ustavne države zasnovane na načelu vladavine prava i u ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom.

Ustav je bog značaja Ustavnog suda u ustavnom sistemu potpuno i jasno razgraničio njegovu poziciju ne samo prema sudskoj vlasti, već i prema svim drugim granama državne vlasti i utvrdio ga kao posebnu državnu instituciju koja štiti ustavnost i zakonitost, a organizaciono i funkcionalno djeluje kao zasebno, autonomno i nezavisno ustavno tijelo koje ima nadležnost i da ukida odluke redovnih sudova u slučaju povrede ljudskih prava i sloboda. Zato je najprihvatljivije Ustavni sud shvatiti kao posebni Ustavom oblikovani organ, koji po svom biću i suštini ima dominantan karakter suda i radi na principu suda, ali nije sud kao sastavni dio redovnog sudstva, već, zajedno sa predsjednikom države, parlamentom i vladom, predstavlja vrhovni državni organ koji je u funkcionalnom smislu najviši odlučujući organ sa pravom kontrole ustavnosti zakona i njihovog ukidanja. Ustavni sud hijerarhijski nije iznad ostale tri vlasti, nije im nadređen, već ima poseban položaj i ovlašćenja prema njima utvrđena Ustavom i zakonom.

Funkcije redovnih sudova i Ustavnog suda su različite i ne podudaraju se, ali se na različite načine dopunjavaju. Isti cilj koji u okviru Ustavom utvrđenih nadležnosti treba da ostvaruju u izgradnji pravne države obavezuje ih da djeluju uporedo, saradnjom, ali i uz međusobnu provjeru rada, naravno svako u granicama svog ustavnog djelokruga. Propisano pravo i obaveza sudske vlasti da sudi na osnovu Ustava i zakona, a isto tako i da pokrene postupak za ocjenu ustavnosti zakona odnosno zakonitosti drugog propisa, i da praktično učestvuje u tom postupku, a sa druge strane nadležnost Ustavnog suda po ustavnoj žalbi ako su ustavna prava povrijeđena pojedinačnim aktom sudske vlasti ili postupak njihove zaštite nije okončan pred redovnim sudovima, odnosno po predlogu za ocjenu ustavnosti i zakonitosti ako je podnijet od strane redovog suda, ukazuje na čvrstu povezanost, prožimanje međusobnog odnosa sudske vlasti i Ustavnog suda i praktično na učešće sudske vlasti u postupku pred Ustavnim sudom, ali i Ustavnog suda u ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom kao prioritetnoj nadležnosti redovnog sudstva.

DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ, LL.D.,
President, Constitutional Court of Montenegro

MUTUAL RELATIONSHIP BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COURT AND JUDICAL AUTHORITIES IN CONSTITUTIONAL AND LEGAL SYSTEM OF MONTENEGRO

Summary

This paper discusses the relationship of the Constitutional Court and judicial authorities in constitutional system of Montenegro. Starting point is the fact that constitutional and legal basis for analysis of this relationship is established by the Constitution, which governs status, role and competences of the Constitutional Court and judicial authorities, thus consequently rules their mutual relationship

The judicial branch of government is one of the three powers in the constitutional organization of the system of separation of powers, and it is exercised by Court. Constitution establishes the position of the Constitutional Court as fully and clearly deliminated from other branches of state power and accordingly the Constitutional Court is highest constitutional body sui generis, whose main function is to protect supremacy of the Constitution. In its essence Constitutional Court has a character of Court and works as a Court, but is not a court as a part of ordinary judiciary, but acts in its organizational and functional sense as autonomous and independent constitutional organ.

It is concluded that the constitutionally determined functions of judicial power and the Constitutional Court are different, they do not overlap, but complement one another, which causes their strong relationship and mutual interaction. In this relation, Constitutional Court and judicial power have established framework for action, which leaves a room for possibility of mutual cooperation, but also checks work and decisions, while preserving its autonomy and independence.

VLADIMIR ĐURIĆ,
SAVO MANOJLOVIĆ

USTAVNOPRAVNI ASPEKTI ZABRANE IZAZIVANJA I PODSTICANJA NERAVNOPRAVNOSTI, MRŽNJE I NETRPELJIVOSTI U REPUBLICI SRBIJI

UVOD

Zabrana izazivanja i podsticanja mržnje i netrpeljivosti, ili govor mržnje kako se u mnogim zakonodavstvima i naučnim radovima naziva, izaziva niz teorijskopravnih kontroverzi. Najčešće se dileme u vezi s govorom mržnje ispoljavaju u pitanju odnosa, zapravo konflikta, između slobode izražavanja i govora mržnje, kao i u domašaju i širini njegove zakonske inkriminacije. U tom smislu, jasno je da se sa kontroverzama i dilemama koje prate ovu zabranu najpre mogu suočiti zakonodavci u njenom normativnom regulisnju. U uporednom pravu postoje dva pristupa u zakonskom uređivanju te zabrane. Prema prvom pristupu, cilj zabrane govora mržnje je zaštita javnog poretka i on postoji u zakonodavstvima Velike Britanije, Izraela i Australije, a drugačiji pristup osnovni cilj takve zabrane nalazi u zaštiti ljudskog dostojanstva što je odlika zakonodavstava Kanade, Danske, Francuske, SR Nemačke i Holandije.[1] Odlika prvog pristupa je restriktivnija pri-

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.
Savo Manojlović, master, istraživač Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

[1] S. Coliver, Hate Speech Laws: Do They Work? In S. Coliver (ed.), Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrmminaion, 1992. p. 363-366

mena pravnih normi, dok je karakteristika drugog pristupa propisivanje ne samo krivičnih, već i građanskih sankcija i češća primena u praksi.

Sudovi se takođe mogu suočiti sa različitim kontroverzama u vezi sa govorom mržnje prilikom rešavanja konkretnih sporova u vezi s njim. To se posebno odnosi na ustavne sudove koji se s problematikom govora mržnje mogu susresti u različitim vidovima svoje nadležnosti i čiji je pristu toj problematici u uporednom pravu bio veoma daleko od bilo kakve uniformnosti.[2]

Cilj ovog rada je da ukaže na moguće kontroverze i dileme koje prate ovaj institut i koje proističu iz njegovog normativnog uređenja u Republici Srbiji, a sa kojima se u ostvarivanju svojih nadležnosti može susresti Ustavni sud Srbije.

Ustavno uređenje zabrane izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti

Zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti jedna je od najvažnijih zabrana koje predviđa Ustav Republike Srbije. Ona se normativno izražava u više odredbi Ustava što je čini i najčešće spominjanom ustavnom zabranom koja tangira uživanje i ostvarivanje većeg broja ustavnih prava i sloboda.

Načelno posmatrano, Ustav zabranu izazivanja i podsticanja mržnje i netrpeljivosti izričito propisuje u članu 49. Prema tom članu, zabranjeno je i kažnjivo svako izazivanje i podsticanje rasne, nacionalne, verske ili druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti. Jezičkim tumačenjem izložene ustavne odredbe najpre se može utvrditi da ona nije zabrana čije se bliže uređivanje u svim aspektima prepušta slobodnoj oceni zakonodavca, već je zabrana za koju Ustav izričito predviđa i *kažnjivost*, što upućuje na njeno kazneno, primarno krivičnopravno, regulisanje i zaštitu. Suštinu zabranjenih aktivnosti čini *izazivanje* i *podsticanje* što može da upućuje da se ta zabrana narušava kako nastupanjem posledice, odnosno stvaranjem mržnje i netrpeljivosti, tako i samim delima koja mogu dovesti do takve posledice. Važno je istaći da Ustav zabranjuje i nalaže kažnjavanje *svake* aktivnosti koja može imati ili dovesti do takvih posledica. Neravnopravnost, mržnja i netrpeljivost, posmatrane upravo redosledom kojim ih je ustavotvorac naveo, nisu kategorije istog intenziteta pravne određenosti, ali su, prema izloženoj odredbi Ustava, jednako društveno opasne. Pravno posmatrano, neravnopravnost ima svoje jasno značenje, dok su mržnja i netrpeljivost kategorije koje donekle izmiču preciznom pravnom definisanju. Naposletku, posledica ove ustavne zabrane ne mora

[2] M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*: *A Comparative Analysis Cardozo Law Review 24/2002-2003*

da bude oličena samo u rasnoj, nacionalnoj i verskoj, već i u *svakoj drugoj* neravnopravnosti, mržnji i netrpeljivosti. Budući da su objekat rasne, nacionalne i verske mržnje i netrpeljivosti u prvom redu, ali ne nužno i isključivo, *grupe* koje dele određene rasne, nacionalne i verske karakteristike, jasno je da se osnov *druge* neravnopravnost, mržnja i netrpeljivost može odnositi i na karakteristike poput kulture, pola, roda, seksualne orijentacije, itd i na ranjive socijalne grupe koje su određene tim karakteristikama.

Sistemskim tumačenjem odredbi Ustava može se doći do zaključka da od te zabrane, prema članu 202. stav 4. Ustava, nije dopušteno odstupanje ni u vreme vanrednog stanja ili rata što je, po nekim autorima, svrstava u režim apsolutno zaštićenih prava.[3] Zapravo, nije reč o apsolutno zaštićenom pravu, već su ravnopravnost i tolerancija apsolutno zaštićena i jedna od osnovnih, vrednosti ustavnog poretka Republike Srbije. Na takav zaključak upućuju ne samo apsolutna zaštita koju te vrednosti uživaju, već i ustavna rešenja u pogledu obaveza države da merama u obrazovanju, kulturi i javnom obaveštavanju podstiče razumevanje, uvažavanje i poštovanje razlika (čl. 48), kao i da u oblasti obrazovanja, kulture i informisanja podstiče duh tolerancije i međukulturnog dijaloga i preduzima efikasne mere za unapređenje uzajamnog poštovanja, razumevanja i saradnje (čl. 81). Takođe, na zaključak da su ravnopravnost i tolerancija jedna od osnovnih vrednosti ustavnog poretka Republike Srbije upućuju i ustavne odredbe prema kojima je izazivanje i podsticanje na rasnu, nacionalnu i versku neravnopravnost, mržnju i netrpeljivost, na različite načine, propisani osnov za zabranu verskih zajednica (čl. 44. st. 3), za sprečavanje širenja informacja i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja (čl. 50. st. 3) i za zabranu različitih vidova udruženja (čl. 55. st. 4)

Imajući u vidu ustavnopravno regulisanje zabrane izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti moglo bi se zaključiti da je u Republici Srbiji ta zabrana primarno u funkciji zaštite javnog poretka.

Otvorena ustavnopravna pitanja

Načelno posmatrano, prvo od otvorenih pitanja u vezi sa zabranom izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti sa kojim bi Ustavni sud mogao da se suoči proističe iz razlika koje postoje između normativnog regulisanja te zabrane u Ustavu i u relevantnim međunarodnim aktima. Naime, izloženo ustavno uređenje ove zabrane sadržano

[3] M.Pajvančić, Komentar Ustava Republike Srbije, Beograd, 2009. str.66

u čl. 49. i njegovo jezičko tumačenje donekle protivreče međunarodnopravnim okvirima zabrane govora mržnje u pogledu posledica koje takve aktivnosti stvaraju i koje se zahtevaju za njihovu zabranu. Naime, čl. 20. st. 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima nalaže državama članicama da zabrane svako zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje *koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, mržnju ili nasilje* (kurzivom autori). Dakle, za razliku od Ustava, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima nalaže da se posledica govora mržnje mora ogledati u podsticanju na diskriminaciju, mržnju ili nasilje.[4] Nešto drugačije određenje sadrži Međunarodna konvencija o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije koja u članu 4(a) zahteva od svih ugovornih strana da proglase za kažnjiva dela sva *širenja ideja zasnovanih na rasnoj nadmoćnosti ili mržnji, podsticanje na rasnu diskriminaciju, kao sva nasilna dela ili podsticanje na takva dela* protiv bilo koje rase, ili grupe lica druge boje ili etničkog porekla, kao i pružanje svake pomoći rasističkim aktivnostima, uključujući njegovo finansiranje (kurzivom autori).

Dakle, Konvencija, za razliku od Pakta, zahteva da se zabrane i one aktivnosti čiji se rezultat ne ogleda u diskriminaciji i nasilju, već i širenje svih ideja zasnovanih na rasnoj superiornosti.[5] Imajući u vidu razlike koje postoje u izloženim određenjima, naročito razlike između sadržaja te zabrane i posledica koje se zahtevaju prema Ustavu Srbije i Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima, pred Ustavni sud bi se najpre moglo postaviti pitanje na osnovu kojih odredbi zaista treba utvrđivati postojanje narušavanje ove zabrane. Naime, dok je, s jedne strane, očigledno da odredba čl. 49. Ustava uveliko širi zabranu u odnosu na standard koji je predviđen Paktom, ali i jasno uočljivo da se u pojedinim odredbama Ustava kojima se ova zabrana predviđa kao osnov za zabranu verskih zajednica i udruženja, za razliku od člana 49, ne zahteva nastupanje svih posledica, jer se za zabranu verskih zajednica zahteva samo *izazivanje i podsticanje netrpeljivosti*, a za zabranu udruženja *izazivanje mržnje (podv.autori.),* dotle

[4] Takođe, Komitet za ljudska prava UN u svom opštem komentaru br. 11. izričito precizira da je reč o zabrani zagovaranja nezavisno od toga da li je to zagovaranje ima unutrašnje ili spoljašnje ciljeve-General comment No. 11: Article 20 dostupno na http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/CCPRGeneralCommentNo11.pdf pristupljeno 17.07.2017.

[5] T. Mendel, Hate Speech Rules under International Law, dostupno na: http://www.law-democracy.org/ pristupljeno 6. juna 2017. r. 9. Inače, Komitet za eliminisanje rasne diskriminacije stoji na stanovištu da izloženi član Konvencije obuhvata četiri tipa aktivnosti: 1. širenje ideja zanovanih na rasnoj superiornosti ili mržnji, 2. podsticanje na rasnu mržnju, 3. akte nasilja i 4. podsticanje na takve akte – v. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XV, Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 2, UN Doc A/48/18 (Mar. 17, 1993).

je, sa druge strane, Ustavom takođe predviđeno da se njime jemče i ljudska prava predviđena međunarodnim ugovorima. Prema međunarodnom pravu, ono što se od država *zahteva* da zabrane da bi osigurale ravnopravnost nije nužno identično onome što im je *dozvoljeno* da zabrane da bi ispunile taj cilj,[6] ali je takođe i jasan stav međunarodnih tela koja prate sprovođenje međunarodnih ugovora o ljudskim pravima da, u slučaju da države predvide veći stepen zabrane, ne mogu da se pozivaju na odredbe međunarodnih ugovora radi opravdanja neispunjavanje obaveza predviđenih domaćim pravom.[7]

U vezi s posledicama narušavanja ove zabrane, ali i aktivnostima koje do toga dovode, otvoreno je i pitanje načina na koji ih u radu Ustavnog suda Srbije treba tumačiti i određivati. Neravnopravnost je pravni pojam koji ima svoje relativno jasno značenje. S druge strane, otvoreno je pitanje na koji način Ustavni sud treba da poima pojmove "mržnja" i "netrpeljivost", naročito u kontekstu njihovog *podsticanja*. Uopšte uzev, pitanje šta čini "podsticanje" je u međunarodnom pravu ekstremno kompleksno pa ne čudi što je Visoki komesar UN za ljudska prava izrazio zabrinutost zbog toga što taj pojam nema jasnu definiciju u međunarodnom pravu.[8]

Takođe, budući da je mržnja, prema mišljenju međunarodnih ugovornih tela, pre stanje uma, nego što je delanje, odnosno čin, što je kao takvu svrstava u mišljenje,[9] a to se tim pre može odnositi na netrpeljivost, zabrana podsticanja na određeno stanje uma, odnosno mišljenje može da bude prilično kontroverzna. Budući da Ustav predviđa ne samo zabranu, već i *kažnjivost* izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske ili druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti, može se postaviti pitanje da li Ustavni sud posledice narušavanja te zabrane, ali i aktivnosti koje do njih dovode, treba da tumači i određuje u skladu sa krivičnopravnim određivanjem tih pojmova. Čini se međutim da prosto presađivanje krivičnopravnog razumevanja pojedinih pojmova kojima se opisuju posledice ove zabrane, ali i aktivnosti koje do njih dovode, na ustavnosudski teren nije održivo.

Naime, ustavni pojam podsticanja ne bi mogao da bude izjednačen sa krivičnopravnim pojmom podstrekavanja, jer se prema krivičnopravnom konceptu podstrekavanje uvek vrši *u odnosu na konkretno krivično delo*, a podstrekač mora

---

[6] T. Mendel, n.d.r.4.

[7] To proističe iz čl. 53.Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda – "Sl. list SCG – Međunarodni ugovori", br. 9/03.

[8] Study of the United Nations High Commissioner for Human Rights compiling existing legislations andjurisprudence concerning defamation of and contempt for religions, UN Doc. A/HRC/9/25, 5 September2008, para. 24.

[9] T. Mendel, n.d.r.9.

biti svestan uzročne veze između radnje podstrekavanja i odluke da se izvrši krivično delo, *kao i svih bitnih obeležja tog dela,*[10] a mržnja i netrpeljivost, razume se, same po sebi, nisu krivična dela. Ustavni pojam podsticanja bi se možda mogao povezati sa pojam propagande. Propaganda se sastoji u iznošenju ili prenošenju izvesnih činjenica (lažnih ili istinitih) ili ideja u cilju da se time utiče na druga lica, da i ona prihvate te ideje i, eventualno, preduzmu izvesne delatnosti koja su radi ostvarivanja propagandnih ciljeva potrebne, a koje po svom karakteru mogu predstavljati i krivična dela. Ako propaganda sadrži i agitaciju (pozivanje) za vršenje krivičnih dela, onda se približava krivičnopravnom pojmu podstrekavanja. Ali se i od istog razlikuje utoliko što je podstrekavanje upravljeno na određeno krivično delo što nije slučaj kod propagande.[11] Naravno, i u ovom kontekstu ostaje jasna razlika da mržnja i netrpeljivost, same po sebi, nisu krivična dela.[12]

U međunarodnom pravu, podsticanje se od strane pojedinih ugovornih tela razmatralo u kontekstu *uzročnosti,* iako se u relevantnim komentarima ističe da ne može da postoji jednakost između podsticanja na određeno delovanje i uzroka takvog delovanja, tako da se najvažnijim standardom za ocenjivanje da li određene izjave mogu da podstiču na mržnju smatra kontekst u kojem su izrečene, a mržnja neizbežno nailazi na neku vrstu "*opipljive manifestacije*"[13] Ni pojam "izazivanje", bar u domaćoj krivičnopravnoj literaturi nije ostao lišen izvesnih dilema, naročito u vezi s pitanjem da li bi se izazvanje moglo posredno izvršiti "*ispoljavanjem*".[14]

Sa dilemama u vezi sa zabranom izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti Ustavni sud Srbije može da se suoči i u kontekstu odnosa, zapravo potencijalnog konflikta, između slobode izražavanja i te zabrane. Prema članu 50. st. 3. Ustava, nadležni sud može sprečiti širenje informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja samo ako je to u demokratskom društvu, između ostalog, neophodno radi sprečavanja zagovaranja *rasne, nacionalne ili verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, ne-*

[10] Z. Stojanović: Krivično pravo – opšti deo, Beograd, 2006, str. 245.

[11] J. Jovičić, Krivična odgovornost i kažnjivost podstrekača u našem krivičnom zakonodavstvu, Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – prilozi projektu 2006, str. 228 sa pozivom na M. Đorđević, Ž. Jovanović: Krivično pravo – opšti deo, Beograd, 1981, str. 112.

[12] U komentarima domaćeg krivičnog zakonodavstva ističe se da je mržnja psihičko stanje kojim se negativno vrednuje objekat mržnje, dok je netrpeljivost označava stanje nepoverenja, osećanje netolerantnosti i odbojnosti – Lj. Lazarević, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2006, str. 783.

[13] T. Mendel, n.d.r.6-9

[14] J. Đirić, Sloboda govora i govor mržnje – krivičnopravna regulativa, Usaglašavanje krivičnog zakonodavstva sa Ustavom Srbije:naučni skup Kopaonik 2008, str. 153

prijateljstvo ili nasilje. Uočljivo je da se formulacija čl. 50. st. 3. Ustava u značajnoj meri razlikuje u odnosu na zabranu iz čl. 49. Ustava. Naime, nadležni sud može sprečiti širenje informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja samo u slučaju *zagovaranja mržnje,* ali ne i u drugim slučajevima u kojima može doći do izazivanja i podsticanja neravnopravnosti i netrpeljivosti. Za razliku od zabrane sadržane u čl. 49. Ustava koja se odnosi na *svako* izazivanje i podsticanje rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti, takvo sprečavanje je moguće *samo ako je neophodno u demokratskom društvu.* Takođe, za razliku od čl. 49. Ustava, mržnja čije je zagovaranje zabranjeno, odnosno čije se zagovaranje u sredstvima javnog obaveštavanja može sprečiti, mora da bude usmerena na podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje. Primetno je da je formulacija čl. 50. st. 3. Ustava u značajnoj meri usaglašena sa izloženim međunarodnim standardima, ali i da joj nedostaje upućivanje da *drugu* neravnopravnost, odnosno diskriminaciju, a ne samo na onu koja je rasna, nacionalna ili verska.

Posebno je važno da se ukaže da je zagovaranje rasne, nacionalne ili verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje predviđeno samo kao osnov za sprečavanje širenja informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja, ali ne i kao osnov za ograničavanje slobode izražavanja.[15] Naime, prema članu 46. st. 2. Ustava, sloboda izražavanja podleže ograničenju ako je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije što je formulacija koja donekle odgovara čl. 10. st. 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Otvoreno je pitanje na koji način bi Ustavni sud, najčešće u postupku po ustavnoj žalbi, trebalo da tumači odnos između dve izložene odredbe Ustava. Da li Ustavni sud treba odredbu čl. 50. st. 3. Ustava da tumači kao izuzetak u odnosu na ograničenja slobode izražavanja sadržana u čl. 46. st.2. i da u skladu sa pravilom *exceptionis sunt strictissimae interpretationis* stane na stanovište da je namera ustavotvorca bila da slobodu izražavanja ograniči na osnovu zagovaranja rasne, nacionalne ili verske mržnje samo u kontekstu sprečavanje širenja informacija i ideja *putem sredstava javnog obaveštavanja,* čime bi možda došao u poziciju da ne poštuje opštu zabranu zabrane izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti ili pak, upravo na osnovu opšte zabrane iz čl. 49. Ustav, treba da smatra da je zabrana izazivanja rasne, nacionalne, verske, ali i svake druge neravnopravnosti mržnje i netrpeljivosti, osnov za ograničavanje slobode izražavanja, jer se njime potkopavaju temelji demokratskog društva?

[15] Videti i M. Pajvančić, n.d. str. 68.

U kontekstu izložene dileme treba istaći da Evropski sud za ljudska prava u nizu svojih odluka govor mržnje, na osnovu zabrane zloupotrebe prava predviđene čl. 17. Evropske konvencije, isključuje iz zaštite slobode izražavanja (i to u bilo kojem vidu izražavanja!) predviđene čl. 10. st. 1. Konvencije,[16]a članom 18. st. 3. Ustava predviđeno je da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače, između ostalog, *saglasno praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje (kurzivom autori).*

Budući da je zabrana izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti u Republici Srbiji primarno u funkciji zaštite objektivnog pravnog poretka i da su ravnopravnost i tolerancija apsolutno zaštićena vrednosti ustavnog poretka, Ustavni sud bi mogao da naiđe na kontroverze i dileme koje tu zabranu prate i u kontekstu njene zakonske razrade, naročito u postupcima normativne kontrole. Kao što je istaknuto, kažnjivost narušavanja zabrane predviđene čl. 49. Ustava prvenstveno upućuje na krivičnopravnu zaštitu. Krivičnim zakonikom predviđena su dva krivična dela koja sankcionišu povredu ravnopravnosti (čl. 128. KZ) i zabranu izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (čl. 317. KZ). Dok je, s jedne strane, jasno da normativno uređivanje krivičnog dela povrede ravnopravnosti u svemu odgovara ustavnim zahtevima koji su postavljeni čl. 49. i sistemskom tumačenju Ustava u pogledu *zabrane izazivanja neravnopravnosti*, jer sankcioniše sve vidove povrede ravnopravnosti po zabranjenim osnovama dikskriminacije,[17]dotle nije jasno da li je i podsticanje na takvu povredu krivičnopravno sankcionisano, osim ukoliko se ustavni pojam "podsticanja"ne bi mogao izjednačiti sa krivičnopravnim pojmom "podstrekavanje" (videti prethodni tekst). Krivično delo zabrane izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti iz čl. 317. KZ ne odgovara u svemu zahtevima iz čl. 49. Ustava, ne samo zbog toga što inkriminiše izazivanje i raspirivanje isključivo nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti, jer Ustav u čl. 49. izričito upućuje i na *drugu* mržnju i netrpeljivost, već i zbog toga što se to krivično delo svodi samo na onu mržnju i netrpeljivost koja *postoji među narodima i etničkim zajednicama koje žive u Srbiji.*

Da stvar bude još više sistemski nejasna, čl. 344a KZ propisano je da se krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu, između

[16] Npr. Pavel Ivanov v. Russia, *Application no. 35222/04;* Norwood v. the United Kingdom, *Application no. 23131/03;* M'Bala M'Bala v. France, *Application no. 25239/13;* Belkacem v. Belgium, *Application no. 34367/14,* itd.

[17] Nacionalne ili etničke pripadnosti, rase ili veroispovesti ili zbog odsustva te pripadnosti ili zbog razlika u pogledu političkog ili drugog ubeđenja, pola, invaliditeta, seksualne orijentacije, rodnog identiteta, jezika, obrazovanja, društvenog položaja, socijalnog porekla, imovnog stanja ili nekog drugog ličnog svojstva

ostalog, može izvršiti ponašanjem ili parolama kojima se izaziva nacionalna, rasna, verska, ali i *druga mržnja ili netrpeljivost*, međutim samo ona koja je *zasnovana na nekom diskriminatornom osnovu* i samo *usled čega dođe do nasilja ili fizičkog obračuna sa učesnicima.* S druge strane, članom 174. KZ propisano je krivično delo povrede ugleda zbog rasne, verske, nacionalne, ali i *druge pripadnosti* koje se sastoji u javnom izlaganju poruzi *lica ili grupe* zbog takve pripadnosti. Otvoreno je pitanje da li je krivičnopravna razrada ustavnog naloga zabrane iz čl. 49. Ustava u svemu odgovarajuća, odnosno da li je umesno postaviti pitanje ustavnosti zakonskih odredbi. Štaviše, ako je ustavna zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti u funkciji zaštite objektivnog poretka, onda se postavlja pitanje da li bi Ustavni sud trebalo *ex officio da* pokrene postupak kontrole ustavnosti spornih odredbi KZ-a?[18]

No, to se pitanje ne postavlja samo u vezi sa KZ-om. Primera radi, Zakonom o rehabilitaciji[19]predviđeno je da se *po sili zakona* rehabilituju lica čija su prava i slobode povređena do dana stupanja na snagu tog Zakona, a koja su sudskom ili administrativnom odlukom kažnjena, između ostalog, i za za krivično delo iz člana 2. Zakona o zabrani izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i razdora ("Službeni list DFJ", broj 36/45 i "Službeni list FNRJ", broj 56/46), ako je učinjeno samo radnjom pisanja. Ako je zabrana izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje jedna od najvažnijih zabrana Ustava Republike Srbije, onda nije jasno zašto je zakonodavac od nje odstupio u Zakonu o rehabilitaciji, bez obzira što je rehabilitaciju sveo samo na lica koja su krivično delo učinila radnjom pisanja i otvoreno je pitanje da li bi Ustavni sud Srbije takvu odredbu trebalo da kasira. U jednom širem smislu jasno je da se Zakon o rehabilitaciji proteže na period u kome nije postojala puna garantija vladavine prava, kao ni ljudskih prava i sloboda. S druge strane, postavlja se pitanje zašto bi zakonotvorac, pod ispravku kršenja ljudskih prava, podveo ono što je i u sadašnjem konceptu liberalno demokratske ustavnosti kažnjivo.

Posebno je važno istaći da je zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti osnov za zabranu rada političkih stranaka, sindikalnih organizacija, udruženja građana i verskih zajednica u postupku pred Ustavnim sudom. Pravna teorija, skoro bez izuzetka, smatra da bi bilo bolje da

[18] To pitanje tangira u izvesnj meri i mogućnost da ustavni sud kontroliše nečinjenje zakonodavca. Više o tome u radu V.Đurić, Kontrola ustavnosti nečinjenja (propuštanja) zakonodavca, Pravni život tom IV, 12/2013, str. 609-624. Videti i Ustavni sud Srbije, Problem zakonodavnih pravnih praznina (propusta) u ustavnosudskoj praksi, Upitnik za 14. Kongres Konferencije evropskih ustavnih sudova, dostupno na http:// http://www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Serbian_se.pdf pristupljeno 15. jun 2017.

[19] "Sl.glasnik RS" br. 92/2011.

se ustavotvorac ograničio samo na ustavnosudsko ispitivanje delovanja političkih partija, dok bi pravna ocena delovanja i zabrana drugih udruženja trebalo da bude nadležnost viših instanci redovnog sudstva.[20] Pažljivije sagledavanje relevantnih ustavnih odredbi može da sugeriše na izvesne sistemske propuste i nejasnoće, a sledstveno tome i na moguće dileme sa kojima se Ustavni sud može suočiti u vršenju svoje nadležnosti. Kao što je istaknuto, članom 55. st. 4. predviđeno je da Ustavni sud može da zabrani samo ono udruženje čije je delovanje, između ostalog, usmereno na izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje, dok, prema članu 44. st. 3. može zabraniti versku zajednicu samo ako njeno delovanje, između ostalog, izaziva i podstiče versku, nacionalnu ili rasnu netrpeljivost.

Za razliku od opšte zabrane propisane čl. 49. za zabranu udruženja zahteva se samo *izazivanje mržnje,* dok je kod verskih zajednica zabrana predviđena samo za *izazivanje i podsticanje netrpeljivosti.* U komentarima takvih rešenja ukazano je da su iz osnova za zabranu verskih zajednica i udruženja izostavljena druga podjednako važna svojstva koja mogu biti povod podsticanju netrpeljivosti i mržnji,[21] tako da se i povodom zabrane navedenih subjekata može postaviti pitanje da li Ustavni sud treba odredbe čl. 44. st. 3. i čl. 55. st. 4. Ustava da tumači kao izuzetak u odnosu na zabrnu sadržanu u čl. 49 i da u skladu sa pravilom *exceptionis sunt strictissimae interpretationis* stane na stanovište da je namera ustavotvorca bila da slobodu udruživanja u tim kontekstima ograniči na uži način, ili pak, upravo na osnovu opšte zabrane iz čl. 49, treba da smatra da je zabrana izazivanja rasne, nacionalne, verske, ali i svake druge neravnopravnosti mržnje i netrpeljivosti, osnov za ograničavanje slobode udruživanja? U vezi sa tim pitanjem je i dilema kada treba pribeći meri zabrane udruživanja, odnosno da li zaštita objektivnog poretka iziskuje "izrazito nizak nivo tolerancije" prema delovanju udruženja, ili je mera zabrane *ultima ratio* ustavnog poretka koji se ne može odbraniti drugim sredstvima.[22]

---

[20] D. Stojanović, Ustavno pravosuđe, Ustavno procesno pravo, Niš, 2016. str. 71. U istom smislu i V.Petrov, Ustavni sud i zabrana udruženja: nadležnost koja mu ne pristaje, Pravni život tom IV, 12/2012, str. 799-812 kao i V. Petrov, Zabrana političkih stranaka i udruženja u Zborniku radova Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava, Beograd 2013, str. 213. Prof.Petrov stoji na stanovištu da ta nadležnost predstavlja svojevrsnu degradaciju Ustavnog suda i da se na taj način svrha konstitucionalizacije političkih stranaka dovodi u pitanje, jer se one, u izvesnom smislu, izjednačavaju sa drugim udruženjima što se teško može pomiriti sa čl.5. Ustava koji izdvaja političke stranke po njihovoj ulozi u demokratskom oblikovanju političke volje građana.

[21] M. Pajvančić, n.d. str. 62, 76.

[22] U domaćoj pravnoj nauci nedvosmisleno se stoji na stanovištu da je mera zabrane ultima ratio demokratskog poretka – D. Stojanović n.m, odnosno da to treba da bude izuzetna nadležnost koja se retko javlja – V. Petrov, Zabrana političkih stranaka i udruženja u Zborniku radova Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava, Beograd 2013, str. 221

Ustavni sud Srbije je u svojim odlukama zauzimao donekle različite stavove u vezi sa izloženim pitanjem. Naime, Sud je u predmetu "Obraz" stao na stanovište da je "od posebnog.. značaja zaštititi najvažnije društvene vrednosti svim sredstvima i blagovremeno sprečiti sve one pojave koje mogu, naročito stvaranjem okruženja nesigurnosti i straha za čitave društvene grupe, poništiti napore kojima se iskazuje demokratska tradicija srpskog naroda."[23] S druge strane, u predmetu "NAŠI – 1389", Ustavni sud je svoju odluku utemeljio na principu da zabrana rada udruženja mora predstavljati nužnu meru demokratskog društva" (...) "poslednji akt demokratskog društva kada delovanje i aktivnosti udruženja i njegovih članova krajnje ozbiljno krše Ustavom zajemčeno pravo i slobode".[24]

U oba slučaja ustavnih odredbi o zabrani, dakle kako u pogledu udruženja, tako i u slučaju verskih zajednica, navodi se da Ustavni sud može da zabrani te oblike udruživanja samo ukoliko je njihovo *delovanje* usmereno ka zabranjenom cilju. U tom smislu, postavlja se pitanje da li je za zabranu verskih zajednica i udruženja dovoljno samo da deluju u pravcu izazivanja i podsticanja, ili je neophodno (i) da u svojim učenjima, odnosno programskim aktima imaju takav cilj?[25] S jedne strane, zahtev da u učenjima verskih zajednica bude elemenata izazivanja i podsticanja netrpeljivosti da bi se one mogle zabraniti donekle bi protivrečio međunarodnopravnom standardu da države ne smeju da procenjuju uporednu legitimnost verskih uverenja,[26] dok, s druge strane, svođenje zabrane ostalih udruženja, naročito političkih stranaka, isključivo na osnovu njihovog delovanja otvara pitanje ko u ime udruženja treba takvo delovanje da vrši i da li bi za zabranu rada udruženja (a naročito političke stranke) bilo merodavno delovanje članstva, ili jednog organizacionog dela koji nemaju podršku rukovodstva stranke za takav čin?

Ustavni sud Srbije stoji na stanovištu da se "delovanje Udruženja ne ogleda... samo kroz javno promovisanje nedozvoljenih ciljeva u programskim dokumentima i medijima, već i u konkretnim aktivnostima koje su članovi Udruženja preduzimali učešćem u brojnim događajima" Dakle, Sud prilikom zabrane udruživanja ceni kako programske dokumente, tako i konkretno delovanje članova.

---

[23] Odluka Ustavnog suda VIIU 249/09 od 12. juna 2012. godine.

[24] Odluka Ustavnog suda u predmetu VIIU 482/2011 od 14. novembra 2012. godine.

[25] U teorijskim radovima ističe se da postupak za zabranu *prevashodno ima za predmet konkretno delovanje* udruženja i njegovih članova ...*(kurzivom autori).*– D. Stojanović,n.m, odnosno da ustavni sud u postupku zabrane političke stranke treba da utvrdi činjenice koje nedvosmisleno ukazuju na *konkretno delovanje koje proizvodi konkretnu opasnost...(kurzivom autori).*v. V. Petrov, Zabrana rada političkih stranaka (i drugih udruženja) u O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika, Beograd 2010, str. 241

[26] Hasan and Chaush v. Bulgaria*, Application no.* 30985/96

U predmetu "OBRAZ" je čak zauzeo stanovište da neodricanje od učešća članova na skupovima na kojima se propovedela mržnja zapravo potvrđuje slaganje sa "svim događanjima na ovim skupovima".[27] Potpuno suprotno stanovište zauzeo je u drugom predmetu, kada je istakao da Ustavnom sudu Sudu nije prezentovan relevantan dokaz da su aktivnosti lidera inicirane, podržane ili odobrene od strane udruženja "SNP 1389".[28]

U vezi sa postupkom zabrane udruženja ili verske zajednice posebno bi interesantno bilo pitanje na osnovu kojih kriterijuma Ustavni sud treba da sagledava i ocenjuje takvo delovanje i šta bi se moglo smatrati dokazom takvog delovanja? Ustavni sud ističe da se "ocena postojanja takvih razloga mora temeljiti na analizi programskih opredeljenja sadržanih u opštim aktima ovih udruženja, analizi aktivnosti i delovanja udruženja i njegovih članova, kao i srazmernosti preduzetih mera od strane nadležnih državnih organa... Sud ukazuje da samo proklamovanje nedozvoljenih ciljeva nije i dovoljan razlog za zabranu rada udruženja, kao što i proklamacija dozvoljenih ciljeva ne može isključiti mogućnost izricanja mere zabrane rada udruženju kada su delovanja njegovih članova nesporno usmerena na ...izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje. Zato je nužno sprovesti sveobuhvatno ispitivanje svih navedenih elemenata od čijeg postojanja zavisi ocena osnovanosti i opravdanosti predložene mere."

Na osnovu izloženog rezonovanja proizlazi da svi navedeni kriterijumi moraju biti ispunjeni da bi došlo do zabrane udruživanja. Međutim, u istoj odluci Ustavni sud ističe svoju obavezu "da nesporno utvrdi da li pojedinačno, ili, pak, zajedničko postojanje navedenih elemenata opravdava tvrdnju(...) o postojanju ustavnih uslova za izricanje predložene mere..."[29] U pogledu programskih akata udruženja Sud smatra da "...pojedine odredbe (...) opštih akata indirektno mogu inicirati protivustavne radnje, ali to ipak nije ni dovoljan ni neposredan osnov da bi se u odsustvu potvrđenog faktičkog protivustavnog delovanja udruženja moglo pouzdano zaključiti da se time iniciraju ili podstiču aktivnosti članova udruženja ili drugih lica na (...) izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje…".[30]

---

[27] Odluka Ustavnog suda **VIIU 249/09 od 12. juna 2012. godine. Ustavni sud je u konkretnom** slučaju zapravo prihvatio stanovište Evropskog suda za ljudska prava koji je istakao da se raspuštanje jedne organizacije može zasnovati i na odsustvu osude određenog čina, "budući da ponašanje političara uobičajeno obuhvata ne samo njihove radnje i govore, već i, u određenim okolnostima, njihove propuste ili ćutanja... (odluka u slučaju *Herri Batasuna and Batasuna v.Spain*, Applications no. 25803/04 and 25817/04).

[28] Odluka Ustavnog suda u predmetu VIIU 482/2011 od 14. novembra 2012. godine.

[29] Isto.

[30] Isto

Posebno pitanje je da li Ustavni sud u postupku zabrane udruženja mora da se osloni na postojanje pravosnažnih sudskih presuda za odgovarajuće krivično delo, ili bi u obzir mogao da uzme (i) druge kriterijume, odnosno dokaze? Prema stanovištu izrečenom u predmetu "NAŠI – 1389", "izricanju takve mere mora prethoditi nesporno utvrđenje da su faktička delovanja i preduzete aktivnosti udruženja predstavljale zloupotrebu prava i sloboda, koje su od strane nadležnih državnih organa bezuspešno sankcionisane kontinuiranim i blagovremenim izricanjem adekvatnih mera".[31] U oba postupka zabrane udruženja predmeti su bili zasnovani na krivičnim i prekršajnim prijavama, kao i neprovasnažnim odlukama suda. Upravo zato nametnula se dilema o stepenu dokazanosti koji se zahteva za zabranu udruživanja. Na osnovu dosadašnje prakse, naročito u slučaju "Obraz", čini se da je Sud sklon da prihvati mišljenje da "ne nastupa kao krivični sud, odnosno da je stepen dokazanosti koji se traži mnogo niži od onog koji se traži za krivičnu osudu".[32] Punomoćnik Udruženja "Obraz" tvrdio je međutim da se ništa sem pravosnažne presude ne može prihvatiti kao relevantan dokaz[33], dok je u izdvojenom mišljenju istaknuta obaveza pružanja garancije pravičnog suđenja, kao i da je u konkretnom slučaju povređena "jednakost oružja"[34]

Naposletku, ali ne i najmanje važno, u kontekstu zabrane udruženja i verskih zajednica, a u vezi sa zabranom izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti nameće se još jedno značajno pitanje. Budući da je ta zabrana jedna od najvažnijih ustavnih zabrana, Ustavni sud bi se mogao suočiti sa dilemom da li je ona legitimni osnov i za zabranu drugih organizacija i institucionalnih oblika. Pitanje bi prvenstveno moglo da se odnosi na nacionalne savete nacionalnih manjina koji su, prema stanovištu samog Suda, "posebna (nedržavna) tela – organizacije koje predstavljaju institucionalni oblik putem koga se u Ustavom utvrđenim oblastima društvenog života (...) ostvaruju kolektivna prava manjina u tim oblastima (pravo na samoupravu),"[35] a čije delovanje bi takođe moglo da naruši zabranu izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti. S jedne strane, jasno je da se nadležnosti Ustavnog suda izričito pro-

[31] Isto

[32] V. izlaganje T. Marinkovića u Zapisnik sa javne rasprave održane 14. decembra 2011. godine u predmetu VIIU 249/09. Suprotna su mišljenja da Ustavni sud u takvim predmetima deluje kao "specijalni krivični sud" – D. Stojanović, n.m.

[33] V. izlaganje advokata G. Petronijevića u Zapisniku sa javne rasprave održane 14. decembra 2011. godine u predmetu VIIU 249/09.

[34] V. Izdvojeno mišljenje sudije Katarine Manojlović Andrić u predmetu VIIU 249/09. Navedeno izdvojeno mišljenje podržala je i sudija Olivera Vučića.

[35] IUz-882/2010.

pisuju Ustavom, a prema relevantnim ustavnim odredbama Ustavni sud nema nadležnost da odlučuje o zabrani nacionalnih saveta i veliko je pitanje da li bi, čak i da svoje nadležnosti ekstenzivno tumači, smeo da odlučuje o takvoj vrsti zabrane, jer se posredstvom nacionalnih saveta ostvaruje Ustavom proklamovano pravo na samoupravu nacionalnih manjina. S druge pak strane, ustavna zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti štiti temeljne vrednosti ustavnog poretka, što bi upućivalo na mogućnost da Ustavni sud analogijom proširi svoju nadležnost, izbegavajući na taj način pomanjkanje institucionalnih mehanizama obezbeđivanja delotvornosti te zabrane.[36]

ZAKLJUČAK

Ustavna zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti predviđena čl. 49. Ustava štiti temeljne vrednosti ustavnog poretka Republike Srbije. Njeno formulisanje u tekstu Ustava prevazilazi standarde zabrane govora mržnje sadržane u pojedinim međunarodnim ugovorima. Sa druge strane, njena normativna razrada u samom Ustavu, ali i u pojedinim zakonima nema sistemski kvalitet. U tom smislu, u vezi sa ovom zabranom postoji niz dilema i kontroverzi sa kojima se može suočiti Ustavni sud u ostvarivanju svojih nadležnosti. Reč je o pitanjima na osnovu kojih odredbi zaista treba utvrđivati postojanje narušavanja ove zabrane; kako treba tumačiti pojmove "izazivanje", "podsticanje", "mržnja" i "netrpeljivost"; u kojoj meri je ta zabrana osnov ograničavanja slobode izražavanja; da li bi Ustavni sud, budući da je ta zabrana u funkciji zaštite javnog poretka, trebalo po službenoj dužnosti da pokrene postupke kontrole ustavnosti zakona koji je ne implementiraju, ili ne poštuju u punoj meri; i na koji način, odnosno na osnovu kojih kriterijuma i dokaza ta zabrana treba da bude sagledana u postupku za zabranu rada udruženja i verskih zajednica, ali i da li se ta nadležnost Ustavnog suda može proširiti i na druge organizacije i institucionalne oblike. Imajući u vidu pomanjkanje sistemskog kvaliteta pojedinih rešenja, jasno je da su u vezi sa tom zabranom potrebne izvesne normativne korekcije, baš kao što je jasno da pojedina od izloženih pitanja mogu da budu razrešena i u ustavnosudskoj praksi zasnovanoj na dubljim i svestranijim teorijskim analizama. Na

[36] Inače, Sud je u jednom predmetu ("Nacionalni stroj") proširio svoju nadležnost da odlučuje i o zabrani tajnih udruženja – v. Odluka Ustavnog suda u predmetu VII 171/08 što je izazvalo negativne komentare u izdvojenom mišljenju sudije O. Vučić i u naučnim radovima– v. Izdvojeno mišljenje sudije Olivere Vučić u predmetu VIIU 171/08 i V. Petrov, Zabrana političkih stranaka i udruženja u Zborniku radova Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava, Beograd 2013, str. 215.

osnovu dosadašnje prakse čini se međutim da je Ustavni sud samo produbio izložene dileme i dodatno doprineo nejasnoćama u vezi sa tom zabranom.

VLADIMIR ĐURIĆ, Ph.D.,
Institute of Comparative Law Belgrade
SAVO MANOJLOVIĆ, LL.M.,
Institute of Comparative Law Belgrade

THE CONSTITUTIONAL ASPECTS OF THE PROHIBITION OF INCITEMENT AND INSTIGATION OF INEQUITY, HATRED AND INTOLERANCE IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

This paper explores the constitutional aspects of the prohibition of incitement to and instigation of inequity, hatred and intolerance in the Republic of Serbia. The authors provide an overview and analysis of the constitutional provisions and point to the dilemmas and controversies that the Constitutional Court may face with in relation to that prohibition. The conclusion is that the provisions regulating this prohibition don't have systemic quality and that the Constitutional Court additionally contributed to the unclearness of this prohibition in its jurisprudence.

BOŠTJAN TRATAR

UTEMELJIVANJE PRAVNIH LICA KAO NOSIOCA LJUDSKIH PRAVA U PRAKSI USTAVNIH SUDOVA

UVOD

Sudska praksa najviših sudova u nekim usporedivim uređenjima (npr. u Njemačkoj i Švicarskoj kao predstavnicama kontinentalnog pravnog sistema, u Sjedinjenim Američkim Državama kao predstavnici anglosaksonskog sistema, te posebno u Sloveniji), upućuje da ti sudovi pravnim licima priznaju da mogu biti nosioci (*titulari*) određenih ljudskih prava.[1]

Originalni ustavni tekstovi liberalnih demokratskih država, uz izuzetak Njemačke, obično pravna lica ne spominju kao nosioce ljudskih prava, jer je u vrijeme nastanka ustavnih tekstova u centru ustavnog uređenja bio samo pojedinac kao fizičko lice. Jedino je njemački Savezni ustavni sud u sudskoj praksi razvio opću formulu, na osnovu koje pravnim licima priznaje titularstvo ljudskih prava, i to obično onda kada je njihovo zasnivanje i djelovanje izraz slobodnog formiranja fizičkog lica (*personalni supstrat* tog pravnog lica), a naročito kada probijanje pravne ličnosti i pogled na fizička lica, koja stoje iza pravnog lica, pokažu da je to suvislo i potrebno i za zaštitu ljudskih prava fizičkih lica – radi se o tzv. *teoriji probijanja pravne ličnosti* (njem. *Durchgriffsthese*).[2]

Dr Boštjan Tratar, docent Fakulteta za državne i evropske studije, Brdo kod Kranja, generalni državni pravobranilac Republike Slovenije.

[1] Vidi: Ludovic Hennebel, Pierre-François Docquir, *L'Entreprise, Titulaire Et Garante Des Droits De L'Homme*, u: Th. Berns (ur.): Responsabilites des entreprises et coregulation, Brussels, Bruylant, 2007.

[2] Vidi: M. Baldegger, *Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten*, Duncker&Humblot, Berlin, 2017, str. 768. Uporedi: Juan Abi-

TEMELJNO O TITULARSTVU LJUDSKIH PRAVA

O tome ko može biti nosilac ljudskih prava, odnosno o titularstvu ljudskih prava (engl. *the entity entitled to the human right*, njem. *Grundrechtsberechtigung, Grundrechtsträgerschaft,* šp. *la titularidad de derechos fundamentales*) govorimo u ustavnopravnoj teoriji kada određeno lice ima pravo na (pojedinačna) ljudska prava, odnosno kada je njihov nosilac – titular (šp. *titular de derechos humanos*, njem. *Grundrechtsträger*, engl. *holder of human rights*, fr. *le titulaire de droits de l'homme*, rus. *носитель фундаментальных прав, Юридические лица как* ***носители*** *основных* ***прав)***. Nosilac ljudskih prava (kao generalno odbrambenih prava, odnosno prava negativnog statusa) uživa zaštitu od države i drugih nosioca javne vlasti, koji su u tom smislu adresati ljudskih prava, tj. saveznici za njihovo poštovanje, odnosno širenje (njem. *Grundrechtsverpflichtete*).[3]

U savremenim ustavima koji se zasnivaju na načelu pravne države i na liberalnoj koncepciji, ustavna, odnosno ljudska prava bila su koncipirana (samo) sa aspekta pojedinca kao fizičkog lica, iako se značenje neprestano priznavalo i određenim grupacijama ili udruženjima za obezbjeđivanje individualne slobode.[4]

Prema historijskom i današnjem shvatanju ljudska prava su (inače) nastala (samo) radi zaštite pojedinaca od države (i drugih lica javnog prava), ali pogled u domaću i međunarodnu sudsku praksu ukazuje da se ljudska prava sve više obezbjeđuju i pravnim licima[5], tako je recimo američki Vrhovni sud (*Supreme Court*) već 1938. godine konstatirao u jednom od slučajeva – Connecticut General Life

gayl Islas López/ Jean Claude Tron/ Fernando Ojeda Maldonado/ Zamir Andrés Fajardo Morales/ Juan Antonio Cruz Parcero, *Personas jurídicas y derechos humanos, Un debate sobre la titularidad de los derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Mexico, 2014; Luis Castillo-Córdova, *La persona jurídica como titular de derechos fundamentales*, u: Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces, tomo 167, str. 125-134.; Manuel A. Nuñez Poblete, *Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales*, u: Revista de derecho público, vol. 63, str. 200-208.

[3] Neki pri tome razlikuju i pojam mogućnosti biti nosilac bilo kog od ljudskih prava (njem. *Grundrechstfähigkeit)* s obzirom na konkretno ljudsko pravo.

[4] Uporedi: Wolfram Höfling, *Träger der Grundrechte*, u: Andreas Kley/ Klaus A. Vallender (ur.): *Grundrechtspraxis in Lichtenstein*, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, Schaan, 2012., str. 58.

[5] Vidi: К.А. Рывкин, *Юридические лица как носители основных прав: российская и европейская практика* u: Журнал российского права, št. 11, ноябрь 2007 г. (Система ГАРАНТ: http://base.garant.ru/5408036/#ixzz4bNNr12Eb, 11. 4. 2017). Кузнецов В., *Конституция и права юридических лиц*, v: Российская юстиция, št. 4/1997, Система ГАРАНТ: http://base.garant.ru/3540202/#ixzz4eKezENR4, (14. 4. 2017); Солдатов, Вадим Викторович, *Защита конституционных прав юридических лиц в конституционном суде Российской Федерации*, Научная библиотека диссертаций и авторефератов disserCat http://www.dissercat.com/content/zashchita-konstitutsionnykh-prav-yuridicheskikh-lits-v-konstitutsionnom-sude-rossiiskoi-fede#ixzz4eKg9VUSA, Челябинск, 2007, 240 str.

Insurance Co. *v*. Johnson, 303 U. S. 77 (1938) – da se npr. na ustavno pravo na jednakost poziva (obično) više pravnih nego fizičkih lica, iako je norma o ravnopravnom tretiranju u osnovi usvojena u cilju obezbjeđivanja ravnopravnosti crnačkog stanovništva u Americi.[6]

Uz to se ipak u pravnoj teoriji neki pitaju, zašto bi (uopće) pravna lica (korporacije) imala ljudska prava, jer njihovo ponašanje nije nimalo "ljudsko"[7], a također ne radi li se kod "zaštite *ljudskih* (sic!) prava pravnim licima" na neki način o kontradiktornosti, kako u značenjskom smislu ("ljudska prava", ali ipak širenje njihove primjene na određene pravno-organizacijske jedinice – pravna lica – kao njihove nosioce) tako i u sadržajnom smislu, jer su ljudska prava uspostavljena samo u cilju obezbjeđivanja slobode i jednakosti pojedinaca (fizičkih lica).

---

[6] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 35, 36.

[7] Vidi: Helena Paul, *Corporations are not human, so why should they have human rights?* (http://www.econexus.info/publication/corporations-are-not-human-so-why-should-they-have-human-rights, 10. 3. 2017). Vidi i potvrdno drugo mišljenje suca *Jana Zobca* o odluci Ustavnog suda RS br. U-I-40/12 od 11. 4. 2013. gdje objašnjava zašto je suzdržan u vezi širenja ljudskih prava na kapitalna društva. *Zobec* tamo navodi da "u uređenim ustavnim demokratijama koje stvarno funkcioniraju, zasnivanim na vladavini prava, ljuska prava primarno ne ugrožavaju toliko država i njen aparat vlasti, koliko ih ugrožavaju organizacije (međunarodni) kriminal, terorizam i korporacije sa anonimnim (čak transnacionalno) prepletenim kapitalom kome se teško ulazi u trag ili kome se uopće ne može ući u trag. Nešto posve svakidašnje je ako korporacija ima poslovodstvo u jednoj državi, proizvodnju u drugoj (s nižim standardima zaštite ljudskih prava), sa sirovinama i sastavnim dijelovima se opskrbljuje u trećoj, dioničare ima u četvrtim državama, svoje produkte prodaje po cijelom svijetu, a sjedište i dobit ima u nekoj poreskoj oazi. Neizmjernu moć i sposobnost države da proizvede masovno zlo, što je otkrio Drugi svjetski rat i razmah komunističkih diktatora poslije njega, danas preuzimaju druge, nedržavne institucije i entiteti. Već prije više od 230 godina je *John Adams* utvrdio da kada se ekonomska moć zgusne i nagomila u rukama male grupe pojedinaca, posljedično prema njima i dalje od ljudi odlazi i politička moć, što konačno dovodi do oligarhije i tiranije. Ako kako utvrđuje *Andrew Clapham*, pojava novih razdrobljenih centara moći, kao što su asocijacije, interesne grupe, političke stranke, sindikati, korporacije, multinacionalke i kvazi službena tijela, znači da u današnje vrijeme pojedinac shvata vlast, represiju i otuđenost u masi raznih novih tijela i institucija – i taj društveni "razvoj" znači da je potrebno definiciju javne sfere tome adekvatno prilagoditi – tako da uključuje i ta nova lica, institucije i tijela te njihove aktivnosti. (...) Pravna lica kao najveća pravna apstrakcija su prva u sredstvima koja omogućavaju ono na što upozorava *Adams* – naročito kada se kapital odlijepi od svojih originalnih nosioca, osamostali i zaživi svojim životom (što se dešava kod većine kapitalnih društava. Stav *Susan Strange*, koji nudi potrebu za konceptualizacijama moći, koji je izvan političke i koji obavezno uključuje ekonomsku moć te njen iz toga izveden zaključak da su tržišta važnija od država, dokazuju današnji slučajevi dužničkih kriza, koji ruše nacionalne ekonomije i s njima javnu financijsku stabilnost država – a posljedično i ljudska prava čija zaštita, kod većine i njihov sadržaj, zavise od ekonomske moći države. *Zato bih teško dao svoj glas odluci koja bi privrednim pravnim licima priznavala ljudska prava i koja ne bi posebno naglasila da su ustavna (a ne samo ljudska) prava pravnih lica zaštićena zbog pojedinaca, slobodnih ljudskih bića, a ne zbog pravnog lica koje nije ništa drugo do virtualni produkt apstraktne pravne misli* (naglasio B. T.)."

Ljudska prava trebala bi osigurati zaštitu temeljnih aspekata postojanja čovjeka i njegovog potvrđivanja, a na kraju krajeva, sastavljači prvih ustavnih dokumenata o ljudskim pravima (npr. *Virginia Bill of Rights* 1776., Francuske deklaracije o ljudskim pravima, 1789., zatim *Bill of Rights* SAD, 1789. itd.) imali su pred očima (samo) zaštitu pojedinca.[8]

Baldegger konstatira da je krajem 20. vijeka sudska praksa u kontinentalnoj Evropi i Sjedinjenim Američkim Državama, kao i sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, donijela neslućena proširenje tumačenja, prema kome je veliki broj ljudskih (ustavnih) prava zajamčen i pravnim licima,[9] što je bilo teško zamisliti[10] s obzirom na prvobitne tekstove o ljudskim pravima, ali to ne važi za sva ljudska prava.[11]

---

[8] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 35.

[9] Ljudska prava koja se komparativno obično osiguravaju i pravnim licima su sljedeća: sloboda mišljenja, informacijska sloboda, medijska sloboda, sloboda umjetničkog i naučnog stvaranja, sloboda udruživanja, koalicijska sloboda i sloboda ulaganja peticija; pravo na upotrebu jezika, vjerska sloboda (pravna lica s vjerskim ciljevima); garancija za zaštitu (prostorne) pravne sfere: pravo na nepovredivost doma, zabrana neopravdanih pretresa i zapljena (*unreasonable searches and seizures*), pismena, poštanska i telekomunikacijska tajnost; garancija za zaštitu prava vlasništva i privredne djelatnosti (vlasničke garancije, profesionalna sloboda (privrednog) djelovanja, privrednih sloboda, *due process "property", due process "liberty", taking clause, contract clause*, sloboda privatnih škola; većina procesnih prava (npr. pravo na zakonskog sudiju, pravo na saslušanje, pravo na pošten postupak, *ne bis in idem*), garancija za zaštitu jednakog tretiranja (zabrana zloupotrebe, načelo jednakosti, načelo dobre vjere, *due process*), zaštita političkog učešća u širem smislu pravnih lica (npr. osnivanje i rad stranaka, oglašavanje povodom izbora, izborni prijedlozi), naravno konkretan aspekt djelovanja razlikuje se s obzirom na sadržajni dio pojedinačnog prava.

[10] M. *Baldegger* npr. tako navodi stav švicarskog Saveznog suda iz 1878. godine u predmetu br. BGE 4 533, str. 536 koji je odbio da pravna lica mogu biti titulari prava: "*Nur physische Personen mit leiblicher Existenz sind des Rechtes der Glaubens- und Gewissensfreiheit fähig, nicht aber juristische Personen, die als blosse ideale Rechtssubjekte … weder Glauben noch Gewissen haben*."

[11] Za pravna lica u načelu ne dolaze u obzir sljedeće ustavne garancije: garancija za zaštitu života i tjelesnog i psihičkog integriteta, sloboda kretanja, lična sloboda, zabrana mučenja, neljudskosti lli ponižavajuće ponašanje, *due process "life", due process "liberty"* (tjelesni integritet i lična sloboda); zaštita ljudskog dostojanstva, garancije koje štite socijalni zajednički život, međuljudske odnose i seksualni život (npr. pravo na stupanje u brak i pravo na porodicu, zaštita privatnog i porodičnog života itd.), postupovne garancije prilikom oduzimanju slobode; aktivno i pasivno pravo na glasanje. To ponekad proističe eksplicitno iz pravnog reda ili posredno iz (u sudskoj praksi) razvijenih kriterijuma. Inače ni u jednoj od poređenih država korporativna pravna sposobnost kod pojedinačnih ljudskih prava nije do kraja ograničena, tako je npr. još uvijek otvorena npr. korporativna zaštita u ustavnopravnoj zaštiti ličnosti (njem. *verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz*), kod nekih aspekata je njemački Savezni ustavni sud njihovu primjenu raširio na pravna lica (npr. kod prava na suprotno prikazivanje činjenica (njem. *Recht auf Gegendarstellung*), pravo na vlastite riječi, pravo na informacijsko samoodređivanje, privatnu autonomiju); a kod drugih je i to otvoreno (npr. pravo na vlastite ugovore, zaštita ugleda), a kod trećih je bilo odbačeno (npr. *nemo tenetur).*

Prema mišljenju *Baldegger* stvarno se u posljednjih 200 godina može primijetiti markantno povećanje značenja korporativne zaštite ljudskih prava, a razlog je navodno dvostruk: s jedne strane se povećao broj ustavnih garancija, koje dolaze u obzir i za pravna lica, a sa druge strane svoj pobjedonosni pohod imala je i pravna figura pravnog lica, otkad se 1800. godine pojavila u Evropi i SAD (radi se prije svega o nastanku najrazličitijih oblika pravnih lica kao što su: preduzeća, muzeji, političke stranke, bolnice, univerziteti, vjerske zajednice, udruženja stanara, plesne škole, općine itd.).[12]

Pored navedenog, radi se i o konceptualnom pitanju, tj. o načelnom odnosu između ljudskih prava koja pripadaju pravnim licima i ljudskog prava pojedinca kao fizičkog lica (npr. pravo univerziteta ili istraživačkog instituta da opredijeli svoje istraživačke prioritete s jedne strane u koliziji s pravima akademskog osoblja kome isto tako pripada sloboda naučnog učešća sa druge strane).[13] Na pitanje da li da prihvatimo slabljenje zaštite ljudskih prava pojedinca u korist zaštite ljudskih prava pravnih lica, odgovara npr. *Baldegger* ali potvrdno pozivajući se na istiniti slučaj američkog Vrhovnog suda[14] koji je takav stav potvrdio odlukom kojom je 2010. godine poništio zakon koji je ograničavao propagandu preduzeća za političke kandidate. Pobijena zakonska regulativa bila je usvojena upravo u cilju da ograniči utjecaj korporacija (engl. *corporations*) na izborni proces, da bi time ojačali politička prava pojedinca (fizičkog lica). Ali američki Vrhovni sud je kao jače pravo prepoznao slobodu izražavanja mišljenja preduzeća, a ne pravo pojedinca, i odlučio: "*the government may not suppress political speech based on the speaker's corporate identity*".[15]

I Ustavni sud Slovenije načelno se već izjasnio po pitanju da li pravna lica mogu biti nosioci (titulari) ljudskih prava, kao što je recimo u točki 3. odluke br. Up-98/06 od 21. 12. 2006. (Službeni list RS, br. 139/06 i OdlUS XV, 110), objasnio da: "Ustavna žalba kao posebno pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava omogućava titularu, odnosno nosiocu ljudskih prava zaštitu od državnog uplitanja i dru-

[12] Prema mišljenju M. *Baldegger* gotovo više ne može da se zamisli nijedna oblast života u kojoj ne postoje pravna lica kao ključni akter u društvenom životu. Ali stjecanja ljudskih prava od strane pravnih lica dovodi do novih kako pravnih tako i političkih pitanja, pojavljuju se novi odnosi napetosti, jer je time primarna funkcija ljudskih prava – to je zaštita temeljenih vidika ljudskog postojanja – jedva još vidljiva, odnos prema pojedincu je oslabljen, da je čak "perverzna" i sama ideja ljudskih prava kod pravnih lica, recimo u slučaju kada se međunarodna duhanska kompanija u vezi sa zabranom reklamiranja duhana u okolini škole poziva na svoje pravo na slobodu mišljenja. Vidi: M. *Baldegger (op. cit., str.* 55), gdje se autorica poziva na istinit slučaj američkog Vrhovnog suda Lorillard Tobacco Co. *v.* Reilly, 533 U. S. 525 (2001.), str. 553.

[13] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 38.

[14] M. *Baldegger* navodi slučaj Citizens United *v.* Federal Election Com., 558 U. S. 310 (2010), str. 365.

[15] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 38.

gih javnopravnih i privatnopravnih lica u njegova ljudska prava i temeljne slobode. Lica koja imaju pravo uložiti ustavnu žalbu su po ustaljenoj ustavnosudskoj procjeni osim fizičkih lica i pravna lica, ukoliko se pojedinačna ljudska prava s obzirom na svoju prirodu odnose na njih (odluka br. Up-10/93 od 20. 6. 1995, OdlUS IV, 164)."

Slovenački Ustavni sud je na neki način utemeljio teoriju proboja pravne ličnosti prema njemačkom uzoru (ne da bi to sam tako nazvao), kada je u odluci br. U-I-40/12 od 13. aprila 2013. odgovarajući na pitanje da li i pravna lica mogu biti titulari ljudskih prava, proizlazio iz stava da je "pravno-etički temelj savremenih država, koje se temelje na konceptu ustavne demokratije, tj. na pretpostavci da vlast mora biti ograničena nekim temeljnim pravima i slobodama, koje čovjeku pripadaju zbog njegove vlastite vrijednosti, *poštovanje ljudskog dostojanstva*. Ljudsko dostojanstvo je najveća etička vrijednost te mjerilo i ograničenje za rad državne vlasti." Ustavnopravni red je prema mišljenju slovenačkog Ustavnog suda ustrojen na vrijednostima koje u temelju pripadaju pojedincu – savremenom ljudskom biću. "(...) Tako su pravna lica važna i za primjenu nekih prava fizičkih lica, čak i njihovih ljudskih prava. Zato je potrebna i odgovarajuća ustavna zaštita pravnih lica."[16]

Ali Ustav Republike Slovenije pravnim licima obezbjeđuje ravnopravnu pravnu zaštitu samo u vezi s nekim pravima koja inače priznaje kao ljudska prava fizičkih lica (npr. o ustavnim procesnim garancijama iz člana 22. Ustava), u vezi sa nekim pravima obezbjeđuje manji stepen zaštite nego fizičkim licima, dok neka prava pravno lice s obzirom na prirodu ljudskih prava, odnosno s obzirom na prirodu pravnog lica uopće ne može imati.[17]

Prema mišljenju slovenačkog Ustavnog suda je razvoj u osnivanju i radu pravnih lica doveo do toga da je i pravnim licima potrebno obezbijediti pravnu zaštitu u nekim oblastima, u kojima ustavnopravnu zaštitu imaju fizička lica "pri čemu zaštita pravnih lica po svojoj prirodi proističe iz potrebe da se zaštiti čovjek. Zato je potrebno neka prava koja Ustav obezbjeđuje fizičkim licima kao ljudska prava, priznati i pravnim licima kao ustavno zaštićena prava. Ali ne zato što bi pravna lica i ustavna prava koja im pripadaju bila cilj sama po sebi, već zato što ih preko njih štite ljudska prava fizičkih lica"[18]. Ali ta zaštita prava pravnih lica zavisi prije svega od toga mogu li se pojedinačna prava s obzirom na svoj sadržaj i prirodu na njih odnositi (točka 18).[19] Zato prema mišljenju slovenačkog Ustavnog

[16] Točka 18 obrazloženja odluke Ustavnog suda RS, br. U-I-40/12 od 13. aprila 2013.

[17] Točka 19 obrazloženja odluke Ustavnog suda RS, br. U-I-40/12 od 13. aprila 2013.

[18] Točka 18 obrazloženja odluke Ustavnog suda RS, br. U-I-40/12 od 13. aprila 2013.

[19] Slovenački Ustavni sud je već odlučio da pravna lica u imovinskom smislu imaju ista prava kao fizička lica. Također je Ustavni sud smatrao da pravnim licima pripada i ustavna zaštita iz člana 39. stava 1. Ustava, koji štiti pravo na slobodu izražavanja, zaštitu opće slobode ponašanja

suda možemo govoriti o "*ustavnim pravima pravnih lica*"(točka 18 obrazloženja odluke br. U-I-40/12).

FIZIČKA LICA KAO TEMELJNI NOSIOCI LJUDSKIH PRAVA I POJAVA PRAVNIH LICA

Prema "prvobitnom" značenju u ustavnim tekstovima je fizičko lice bilo "*idealno-tipično i stvarno (jedini) nosilac ljudskih prava.*"[20] Čovjek je bio Ahimedova točka ustavnog reda. U razvoju priznavanja i pozitiviranja ljudskih prava, od samog početka je u centru ustavnog uređivanja stajao čovjek kao pojedinac, odnosno kao privatno fizičko lice. Formiranje ljudskih prava pred očima je imalo iskustva sa tipičnim kršenjima i povredama ljudskog dostojanstva, slobode i pravne jednakosti pojedinaca ili grupa pojedinaca od strane javne vlasti.[21] Zato je od samog početka *smisao ustavnih prava zaštita privatnog fizičkog lica* ("… deshalb bildet der Schutz der privaten natürlichen Person die Sinnmitte der Grundrechte").[22]

Kod fizičkih lica kao najvažnijih nosioca ljudskih prava, uopćeno se u teoriji postavljaju pitanja da li titularstvo ljudskih prava zavisi od određenih posebno kvalificiranih znakova, kao npr. godine pojedinca, njegova poslovna sposobnost itd.[23]

Sposobnost *biti nosilac ljudskih prava* (njem. *Grundrechtsfähigkeit*) s jedne stane obuhvata pitanje početka subjektiviteta za ljudska prava, a sa druge strane

(član 35. Ustava), zaštitu ustavnih procesnih garancija te zaštitu koju Ustav garantira u članu 33. (privatno vlasništvo) i u članu 74. stavu 1. Ustava (slobodna privredna inicijativa). Pravo na slobodu privredne inicijative, koje je Ustavom obezbjeđeno kao ljudsko pravo fizičkih lica, dakle, štiti i pravno lice, naravno, prilagođeno prirodi tog prava i prirodi pravnog lica. Tako možemo na ustavnopravnom nivou da govorimo o zaštiti pravnih lica, čiji su sastavni dio, s obzirom na navedeno, prilagođena prava u poređenju sa onima koja Ustav obezbjeđuje fizičkim licima kao ljudska prava. Zato možemo prema mišljenju Ustavnog suda govoriti o ustavnim pravima pravnih lica. Vidi točku 18.

[20] W. Höfling, *op. cit.*, str. 59.

[21] *Ibid.*

[22] Odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda br. BVerfGE 61, 82 (100).

[23] Vidi: W. Höfling, *op. cit.*, str. 60. "Tu se moraju uzeti u obzir prije svega dva različita nivoa rasprave: na početku i prevashodno radi se o pitanju o mogućnosti, odnosno sposobnosti biti nosilac ljudskih prava (njem. *Grundrechtsfähigkeit*); a drugi aspekt obuhvata tzv. "punoljetnost" za ljudska prava (njem. *Grundrechtsmündigkeit*). To podrazumijeva (samo određeno) pitanje da li nosilac ljudskih prava može određeno ljudsko pravo samostalno provoditi i istovremeno imati pravo na njega. Prema građanskom pravu punoljetnost ima važnu ulogu, ali ne i odlučujuću; donekle drugačija pravila važe za vjersku punoljetnost (njem. *Religionsmündigkeit*). Pri tome se ustavno procesno radi o procesnoj sposobnosti, npr. u vezi s ustavnom žalbom koja može da se podnese pred ustavnim sudom, dakle, radi se o sposobnosti da se na ustavno pravne pozicije samostalno stiče pravo pomoću instrumenata ustavne žalbe, naročito sa zato potrebnim procesnim činovima."

njen kraj. Što se tiče početka sposobnosti nošenja ljudskih prava, *Höfling* npr. navodi da nas ne može uvjeriti restriktivna austrijska koncepcija, koja dozvoljava subjektivitet za ljudska prava tek rođenjem. Zaštita ljudskih prava nikako ne počinje tek rođenjem, naime u određenim situacijama već embrion može da se poziva na pravo na život i pravo na tjelesni integritet. Pored toga možemo da zamislimo i titularstvo ljudskih prava kod drugih ustavnopravno zaštićenih dobara, kao što su npr. prava vlasništva.[24]

Švicarski sud se npr. još nije izjasnio po pitanju početka života kao početne točke za titularstvo ljudskih prava, za razliku od njemačkog Saveznog ustavnog suda koji je već relativno rano potvrdio široku ustavnopravnu zaštitu života i svakako ga priznaje sve od nidacije, što znači da je već oplođena ljudska jajna ćelija subjekt ljudskih prava, jer je već sam organizam, dinamičan i autonoman biološki sistem.[25]

Za kraj sposobnosti, biti nosilac ljudskih prava, često se smatra smrt čovjeka, tj. moždana smrt. Različita obrazloženja za tu tzv. moždanu smrt sa aspekta ustavnopravne perspektive nisu uvjerljiva. Mnogo više se postavljaju na ireverzibilnu smrt kardiovaskularnog sistema. Kraj sposobnosti, biti nosilac ljudskih prava, inače ne isključuje da određena ustavna prava (npr. ljudsko dostojanstvo, lična prava) nemaju određene *postmortalne učinke*.[26]

Početak i kraj pravnog lica izričito uređuje pravni poredak pojedinačnih država. Naime, pravno lice je poseban pravni produkt 19. vijeka, pravni oblik pravnog lica je relativno mlad fenomen, koji je zapravo nastao u Evropi i SAD u vremenskom periodu od 1700. do 1850. godine.[27] Pravno lice je, dakle, bitan produkt 19. vijeka, za to vrijeme je taj pravni institut našao svoje mjesto i u zakonima i kodifikacijama privatnog prava koje su nastajale u Evropi (npr. *Code de Commerce, Code civil*).[28] Sa druge strane se paralelno uporno povećavao i njihov stvarni broj zbog sve većeg broja osnivanja, pri čemu su u proboju npr. dioničkog odnosno akcionarskog društva doprinijeli veliki privredni projekti, naročito gradnja željeznice.[29] Početkom 19. vijeka pravna lica su bila još rijetka i kao pravne pojave bila im je potrebna koncesija, obično za obavljanje državnih zadataka ili zadataka u službi određene javne zajednice, zajedničkog dobra (npr. općine, vjerske ustanove, obrazovne institucije, bolnice).[30] Pred kraj 19. vijeka pravna lica su predstav-

[24] Vidi: W. Höfling, *op. cit.*, str. 61.

[25] Vidi: W. Höfling, *op. cit.*, str. 61.

[26] W. Höfling, *op. cit.*, str. 61, 62.

[27] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 43. i sl.

[28] *Ibid.*

[29] *Ibid.*

[30] *Ibid.*

ljala već svakodnevan, uobičajen pravni oblik, za koji nije bilo potrebno (državno) odobrenje, i koji se od tada nadalje koristio i za privatnu poslovnu djelatnost, a u društvima i udruženjima i za slobodne aktivnosti te za idealne društvene ciljeve.[31]

Proširenje pravnog lica pratila je teoretska rasprava o *suštini pravnog lica*, koja je porijeklom iz Njemačke prešla i u SAD. Svoju najpoznatiju formulaciju našla je u teoriji fikcije i u teoriji realnosti, što je usko povezano s imenom *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861) i *Otto von Gierke* (1841–1921). Ali pitanje da li su pravna lica ujedno i nosioci ljudskih prava, tada je bio samo sporedni aspekt korporativne pravne ličnosti, zato su samo sudovi bili oni koji su u praksi rješavali eventualna sporna pitanja o pravnim licima kao titularima ljudskih prava.[32]

Ustavni tekstovi 19. vijeka šutjeli su o pitanju da li su pravna lica i nosioci ljudskih prava. Pri tome je zanimljivo da se već u prvoj polovini 19. vijeka na ustavnom nivou uspostavljalo pragmatično shvatanje pravnog lica kao nosioca ljudskih prava, iako je u teoretskom sporu o pravnom licu tada još dominirala teorija fikcije, koja je ograničavala pravnu sposobnost fiktivnog pravnog lica (samo) na imovinska prava. U Švicarskoj su pojedinačni kantonalni ustavi od 1830. do 1840. godine garantovali npr. pravo na peticije ili pravo vlasništva izričito i korporacijama ili zajednicama, u Njemačkoj je npr. tadašnji ustav (njem. *Pauluskirchenverfassung)* iz 1849. godine, a prije toga i pojedinačni ustavi Saveznih pokrajina, priznavao pravnim licima pravo na peticiju.[33]

Sudovi su u 19. vijeku počeli da priznaju ljudska prava i pravnim licima.[34] U narednih 150 godina i više u evropskim pravnim porecima odvijalo se i opsežno proširenje kruga odluka koje se odnose na pravna lica. Paralelno se širenje korporativne pravne sposobnosti na sve veći krug ljudskih prava može vidjeti posebno pred kraj 19. vijeka, a u 20. vijeku i znatni gubitak značenja teorije o suštini pravnog lica.[35] Najneposredniji odjek našle su nove teorije u praksi američkog Vrhov-

[31] *Ibid.*

[32] Pitanje u čemu je suština pravnog lica, (bilo) je jedno od najspornijih u teoriji. Prema teoriji fikcije, koju je preciznije razvio *Savigny*, samo je čovjek sposoban biti subjektom prava i obaveza, zato što samo on može da ima volju; pravno lice je tvorevina zakona koji skup ljudi smatra jedinicom koja se razlikuje od ljudi koji je čine, i toj jedinici daje pravnu ličnost, sposobnost da bude nosilac prava i obaveza, pravno lice nije ništa realno, nema svoju volju, zato ima zastupnike. Prema teoriji o realnosti pravnog lica, prije svega organskoj teoriji *Gierkea*, pravna lica su subjekt prava i obaveza, osim čovjeka; pravno lice je realna pojava, biće, organizam koji se razlikuje od ljudi koji ga čine, i ima svoju volju, različitu od volje ljudi koji ga čine. Vidi: Alojzij Finžgar, *Osebe civilnega prava*, Pravna fakulteta u Ljubljani, 1961, str. 44.

[33] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 72.

[34] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 73.

[35] *Ibidem.*

nog suda (*Supreme Court)*, koji se već u prvoj polovini 19. vijeka počeo baviti korporativnom sposobnošću, tj. sposobnošću biti nosilac ljudskih prava (njem. *korporativne Menschenrechtsträgerschaft).*[36] Određeno, iako bitno slabije neposredno značenje dobila je u praksi Saveznog Švicarskog suda, kome je od 1874. godine bilo povjereno državnopravno (ustavno) suđenje.[37] Njemački Savezni ustavni sud koji je sa svojom djelatnošću počeo 1951. godine, prolazio je više ili manje bez neposrednog pozivanja na teorije o suštini pravnog lica, uprkos tome što one imaju posredan učinak (često i nesvjesno) i danas u sudskoj praksi najviših sudova Njemačke, Švicarske i SAD, kao i u razmišljanju pravnica i pravnika.[38]

NAČINI UTEMELJIVANJA PRAVNIH LICA KAO TITULARA LJUDSKIH PRAVA I ZNAČENJE PERSONALNOG SUPSTRATA (LIČNE VEZE) ZA INTENZITET PRAVNE ZAŠTITE

Pravna lica kao vještačke tvorevine pravnog reda u svom osnovu nisu bila prepoznata kao nosioci ljudskih prava, zato u sudskoj praksi titularstvo ljudskih prava pravnih lica mora tek posebno da se utemelji.[39]

Ustav SAD pravna lica u smislu nosioca ustavnih prava ne spominje, kao ni švicarski ustav (osim možda u odredbi o koalicijskoj slobodi, gdje su posebno spomenute radničke organizacije i organizacije poslodavaca kao nosioci prava).

Suprotno tome, njemački Ustav (*Grundgesetz* – GG) u čl. 19. st. 3 izričito određuje nosioce korporativne zaštite ljudskih prava, definirajući da "ustavna prava domaćim pravnim licima pripadaju onoliko koliko su u svojoj suštini za njih primjenjiva." (…"Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.").[40]

Prema članu 19. st. 3. GG ljudska prava za pravna lica važe samo pod uvjetom *"da su ljudska prava po svojoj suštini primjenjiva i za pravna lica*". Taj uvjet suštine (njem. "*Wesensvorbehalt")* predstavlja centralnu tačku korporativne zaštite ljudskih prava, a kao smjernica tumačenja služila je njemačkom Save-

[36] *Ibidem.*

[37] *Ibidem.*

[38] *Ibidem*. Vidi također: Рывкин Кирилл Альбертович, *ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА КАК НОСИТЕЛИ ОСНОВНЫХ ПРАВ: РОССИЙСКАЯ И ЕВРОПЕЙСКАЯ ПРАКТИКА*, u: Журнал российского права, št. 11 (131)/ 2007, str. 30–40 (http://www.google.si/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwif3s6J99fSAhVBbBoKHVOnCd4QFggYMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.center-bereg.ru%2Fo4513.html&usg=AFQjCNHO6W3durDy0ZVxAmMXBYSGVlsPNA, 14. 4. 2017); Crones L., *Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 2001.

[39] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 85.

[40] *Ibidem*.

znom ustavnom sudu i za utemeljivanje teorije proboja pravne ličnosti (njem. "*Durchgriffsthese*").[41] Njemački Savezni ustavni sud je u vodećoj odluci br. BVerfGE 21, 362 (369) naveo: "Vrijednosni sistem ljudskih prava (...) potiče iz ljudskog dostojanstva i slobode pojedinca kao fizičkog lica. Ljudska prava u prvom redu štite sferu slobode pojedinca protiv zadiranja državne vlasti i time mu istovremeno obezbjeđuju pretpostavke za slobodno aktivno sudjelovanje i učešće u formiranju zajednice. S obzirom na tu centralnu ideju, potrebno je tumačiti i primjenjivati i član 19. stav 3 GG. On utemeljuje uključenje pravnih lica u oblast zaštite ljudskih prava samo ako su njihovo osnivanje i rad izraz slobodnog formiranja fizičkog lica, naročito ako proboj pravne ličnosti na lica[42] koja stoje iza tog pravnog lica pokaže da je to suvislo i potrebno."[43]

Baldegger navodi da danas još ne postoji konsenzus o tome da li se "uvjet suštine" odnosi na "suštinu" pogođenog ljudskog prava, na "suštinu" ljudskog prava općenito, odnosno na "suštinu" pravnog lica.[44]

Iz načelnog priznanja korporativne zaštite ljudskih prava ne proizlazi da zaštita ljudskih prava za pravna lica mora biti identična zaštiti ljudskih prava za fizičkih lica, odnosno podvrgnuta jednakim odlukama, a također iz toga ne proizlazi podjednako tretiranje svih pravnih lica.[45]

Komparativno gledano Švicarski Savezni sud i američki Vrhovni sud nisu razvili opće kriterijume o intenzitetu zaštite ljudskih prava za pravna lica. Personalni supstrat pravnih lica u odlučivanju o korporativnoj zaštiti ljudskih prava u načelu ne igra nikakvu ulogu.[46]

---

[41] *Ibidem.*

[42] Ta lica npr. mogu da budu poslovođe, zaposlene u društvu sa ograničenom odgovornošću, vlasnici udjela, savjetnici uprave, radnici u dioničarskom ili akcionarskom društvu, članovi udruženja itd.

[43] Radi se o vodećoj odluci njemačkog Saveznog ustavnog suda br. BVerfGE21, 362 (369), gdje je sud između ostalog naveo: "Wertsystem der Grundrechte … geht von der Würde und Freiheit des enzelnen Menschen als natürlicher Person aus. Die Grundrechte sollen in erster Linie die Freiheitsspäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mittwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern. Von dieser zentralen Vorstellung her ist auch Art. 19 Abs. 3 GG auszulegen und anzuwenden. Sie rechtfertigt eine Einbeziehung der juristischen Personen in den Schutzbereich der Grundrechte nur, wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der "Durchgriff" auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll oder erforderlich erscheinen läßt".

[44] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 85.

[45] Njemački Savezni ustavni sud razlikuje više nivoa intenziteta procjene primjedbi. M. Baldegger, *op. cit.*, str. 765.

[46] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 92 te 764, 765.

Za razliku od toga, njemački Savezni ustavni sud u judikaturi dao je određene općenite razlike između zaštite ljudskih prava za pravna lica i za pojedince, a pri tome teorija proboja pravne ličnosti ima učinak neposredno na oblikovanje korporativne zaštite ljudskih prava.[47] Njemački Savezni ustavni sud intenzitet procjene (njem. *Prüfungsdichte)* prilagođava konkretnoj ličnoj vezi pojedinca (dakle, člana pravnog lica) prema pravnom licu (dakle, postoji razlika radi li se npr. o društvu s jednom osobom ili se radi o velikom preduzeću koje kotira na berzi).[48]

Dakle, u njemačkoj praksi *personalni supstrat pravnih lica* (radi se o stepenu intenziteta odnosa između pravnog lica, njegovim stavovima i radnjama s jedne strane i licima koja stoje i rade za to pravno lice – npr. poslovođe, članovi društva, tj. njegovim licima, njihovim karakteristikama i volji) ima značenje u formiranju korporativne zaštite ljudskih prava. Naime, njemački Savezni ustavni sud uzima ga u obzir prilikom raznih ustavnih garancija kao kriterijum za utvrđivanje intenziteta kontrole.[49] Vezu između personalnog supstrata pravnih lica i intenzivnošću kontrole je sud do sada primijenio u načelu jednakosti, profesionalnoj slobodi, pravu vlasništva i slobodi udruživanja. Ako postoji visok personalni sadržaj (npr. kod dioničarskih, odnosno akcionih društava sa jednim licem, kod manjih udruženja), radi se o većom intenzitetu kontrole, dok se kod manjih personalnih sadržaja pravnog lica (npr. kod velikih kompanija koje kotiraju na berzi) radi o niskom mjerilu procjene. Stepenovanje intenziteta kontrole obzirom na personalni supstrat pravnih lica je logično, odnosno uvjerljivo ako je fokus korporativne zaštite ljudskih prava na obezbjeđivanju zaštite pojedinca i njegovog formiranja ličnosti. Stepenovanje intenziteta kontrole je emanacija teze o proboju pravne ličnosti (njem. *Duchgriffsthese),* koji obezbjeđuje zaštitu ljudskih prava pravnim licima s pogledom na pojedince koji se nalazi iza tog pravnog lica, i koji se usredotočuje na zaštitu ljudskog dostojanstva i slobode pojedinca.[50]

Pri načelu jednakosti je njemački Savezni ustavni sud u vezi sa značenjem personalnog supstrata pravnog lica naveo: "Budući da je načelo da su svi ljudi pred zakonom isti, u prvom redu spriječilo neutemeljeno različito tretiranje ljudi, zakonodavac je kod nejednakog tretiranju grupa lica podvrgnut obično strogoj (oba)vezi (...). Stroga veza ipak nije ograničena na lične razlike, već važi i ako nejednako tretiranje stvarnih stanja posredno izaziva nejednako tretiranje grupa lica. Mjerilo vezanosti kod razlika samo u ponašanju zavisi od toga koliko su pogođena lica sposobna svojim ponašanjem utjecati na ostvarivanje znakova prema kojima se razlikuju. Osim toga, zakonodavcu su postavljene utoliko uže mjere,

[47] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 93.

[48] Vidi npr. odluku njemačkog Saveznog ustavnog suda br. BVerfGE 99, 367 (388).

[49] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 93.

[50] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 93 te 768.

ukoliko jače može nejednako tretiranje lica ili stvarnih stanja imati negativan učinak na provedbu ustavno zaštićenih sloboda. (...) Za pravna lica, ukoliko su prema članu 19. stavu 3 GG nosioci ljudskih prava, ne važi u načelu ništa drugačije. Mnoga pravna lica predstavljaju udruživanje fizičkih lica. Ta okolnost zabranjuje da nejednako tretiranje pravnih lica od samog početka bude tretirano kao utemeljeno na stvarnom stanju. Naravno, na individualnu pogođenost fizičkih lica koja stoje iza pravnog lica, različito utiču pravni oblik, veličina pravnog lica, struktura članova i svrha udruživanja. Kod kapitalnih društava lična pogođenost može da se kreće od lične pogođenosti člana društva od jednog lica do samo manjeg dijela imovinske pogođenosti dioničara dioničarskog društva u slamnatom vlasništvu. To mora da se uzme u obzir kao mjerilo."[51]

Personalni supstrat je prema mišljenju njemačkog Saveznog ustavnog suda važan i za profesionalnu slobodu, sud je u odluci naveo: "da ljudsko pravo kod pravnih lica obuhvata vrlo različita privredna stvarna stanja. Provođenje preduzetničke slobode je ne samo osnivanje i upravljanje malim pogonom, već i srednjim pogonom, već su to i aktivnosti velikog preduzeća. Dok se kod prvih lična temeljna karakteristika ljudskih prava potpuno ostvaruje i na privrednom području, ono je kod velikih preduzeća skoro posve izgubljeno; može da se nađe još kod odlučujućeg vlasnika udjela, naročito ako je on, kao što je to moguće kod društva s ograničenom odgovornošću, istovremeno aktivan u upravljanju preduzećem. Bez obzira na, ipak preduzetnička sloboda u slučaju velikog preduzeća nije element formiranja ljudske ličnosti, već ustavno obezbijeđeno postupanje/

[51] Odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda br. BVerfGE 99, 367 (388), uporedi i: br. BVerfGE 95, 267 (316). "Da der Grundsatz, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung. (...) Die engere Bindung ist jedoch nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschräkt. Sie gilt vielmehr auh, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Bei lediglich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterscheiden wird. Überdies sind dem Gesetzgeber desto engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (...). Für juristische Personen, soweit sie gemäß Art. 19 Abs. 3 GG Träger von Grundrechten sind, gilt grundsätzlich nichts anders. Viele von ihnen bilden Zusammenschlüsse natürlicher Personen. Dieser Umstand verbietet es, eine Ungleichbehandlung juristischer Personen von vornherein als sachverhaltsbezogene zu behandeln. Allerdings ist die individuelle Betroffenheit der hinterden juristichen Personen stehenden natürlichen Personen je nach Rechtsform, Größe, Mitgliederstruktur und Vereinigungszweck unterschiedlich ausgeprägt. Bei Kapitalgesellschaften kann sie von der individuellen Betroffenheit des Gesellschafters einer Ein-Mann-Gesellschaft bis zu der lediglich einen geringen Teil des Vermögens berührenden Betroffenheit des Aktionärs einer Aktiengesellschaft im Streubesitz reichen. Das fällt bei der Maßstabsbildung ins Gewicht."

djelovanje, čiji učinci daleko prevazilaze privrednu sudbinu vlastitog preduzeća. (...) Taj položaj ne smije dovesti do toga da preduzetničku slobodu ograniči na mala i srednja preduzeća – velika preduzeća pa čak i koncerni su bitni element visoko razvijene i jake narodne privrede (...) i uprkos svemu, važni su za obim ovlaštenja za uređivanje od strane zakonodavca."[52]

Kod garancije vlasničkih prava prema mišljenju njemačkog Saveznog ustavnog suda važi strogo mjerilo tamo gdje se radi o personalnom sadržaju vlasničkih garancija, tj. gdje njena funkcija ima učinak na obezbjeđivanje lične slobode na imovinsko-pravnom području.[53] Veza sa ličnom slobodom na imovinsko-pravnom području može znatno oslabiti ako je pogođeno vlasništvo u obliku udjela u nekom od dioničarskih društava, a to utoliko više važi ako se udjeli nalaze u rukama nekog drugog velikog preduzeća. U vezi značenja vlasništva u obliku udjela je njemački Savezni ustavni sud naveo: "da se u poređenju sa stvarnim vlasništvom (gdje se radi o određenoj upotrebi i odgovornosti za tu upotrebu) kod vlasništva na udjelu vidi manja lična veza; za razliku od preduzetnika-vlasnika, vlasnik nekog udjela sudjeluje samo posredno; imovinskopravna garancija za privredne posljedice pogrešnih odluka ne zadire u to kao u lice, već se odnosi samo na ograničen udio njegove imovinske sfere.

Inače, konkretan obim veza između članskih prava i samoodgovornog formiranja života ne može općenito da se odredi. Za veliki broj vlasnika udjela, vlasništvo udjela predstavlja tipično više kapitalnog udjela nego na osnovu preduzetničke djelatnosti koja bi se povezivala s njihovim licem; to je jasno i kod likvidnosti vlasništva udjela/ udjela i anonimnosti vlasnika. Na uporediv način vlasništvo udjela s obzirom na veličinu udjela obezbjeđuje i samo neznatnu mogućnost provedbe određenog utjecaja na poslovnu politiku preduzeća. Ali funkcija vlasništva udjela bitno prelazi zadatke u tom smislu da nosiocu ljudskih prava

[52] Odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda br. BVerfGE 50, 290 (363). "(...) daß das Grundrecht insoweit bei juristischen Personen sehr verschiedene wirtschaftliche Sachverhalte erfasst. Wahrnehmung von Unternehmerfreiheit ist sowohl die Gründung und Führung eines Kleinbetriebs oder Mittelbetriebs als auch die Tätigkeit eines Großunternehmens. Wahrend sich bei den ersten der personale Grundzug des Grundrechts auch im wirtschaftlichen Bereich voll verwirklicht, geht dieser bei Großunternehmen nahezu gänzlich verloren; er mag sich noch bei einem maßgebenden Anteilseigner finden, vor allem wenn dieser, wie bei der GmbH möglich, zugleich in der Leitung des Unternehmens tätig ist. Davon abgesehen ist indessen Unternehmerfreiheit im Fall von Großunternehmen nicht Element der Ausformung der Persönlichkeit des Menschen, sondern grundrechtliche Gewährleistung eines Verhaltens, dessen Wirkungen weit über das wirtschaftliche Schicksal des eigenen Unternehmens hinausreichen (...). Diese Sachlage kann indessen nicht dazu führen, Unternehmerfreiheit auf kleine und mittlere Unternehmen zu beschränken: Großunternehmen und auch Konzerne sind wesentliche elemente einer hochentwickelten und leistungsfähigen Volkswirtschaft (...). Sie ist jedoch für den Umfang der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers von Bedeutung."

[53] Odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda br. BVerfGE 100, 226 (241).

na imovinskopravnom području obezbijede mjesto slobode i time mu omogućava samoodgovorno formiranje života. Atipični odnosi koji od toga odstupaju ne utemeljuju drugačiju procjenu. Zato što načelna razlika u odnosu prema preduzetniku-vlasniku, koji sa svojim vlasništvom radi neposredno i nosi punu odgovornost, postoji i u tom slučaju."[54]

Kod slobode udruživanja je njemački Savezni ustavni sud kod velikih kapitalnih društava zbog male lične veze razmišljao čak i o stavu da se ne može primijeniti garancija, ali konačni je stav ostao još otvoren. Neupotreba garancija u poređenju sa smanjenjem intenziteta testa predstavlja dalekosežniju mjeru, sud je u odluci izrazio sumnju da li "osigurana dobra i sadržaj člana 9. stava 1 GG (sloboda udruživanja) dozvoljava primjenu obezbjeđivanja i za velika kapitalna društva (...) Za razliku od tipa udruženja, koje ustavno pravo na udruživanje s obzirom na historiju i s obzirom na današnje važenje želi primarno da zaštiti, pri tome je personalni element gurnut u pozadinu tako da je već nevažan. (...) Sumnje o primjeni člana 9. stava 1 GG vide se naročito u slučajevima pravnih lica kao vlasnika udjela i u toj vezi preplitanja koncerna; također utjecaj velikih vlasnika dionica u brojnim društvima dovodi do položaja u kome ne ostaje ništa ili samo malo od slobodnog odlučivanja organa i tvorbe volje preko ravnopravnih članova društva ili njihovih predstavnika, tj. od ideje o slobodi asocijacije članova koji odlučuju sami, koja se nalazi u pravu na slobodu udruživanja."[55]

---

[54] Odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda br. BVerfGE 50, 290 (348). "(...) sich der gegenüber dem Sacheigentum geringere personale Bezug des Anteilsegentums grundsätzlich in dem dargelegten Auseinanderfallen von Gebrauch des Eigentums und Verantwortung für diesen Gebrauch zeigt: Anders als der Unternehmer-Eigentümer vermag der Anteilseigner mit seinem Eigentum nur mittelbar zu wirken; die vermögensrechtliche Haftung für die wirtschaftlichen Folgen von Fehlentscheidungen ergreift ihn nicht als Person, sondern sie bezieht sich auf einen eingegrenzten Teil seiner Vermögenssphäre. Im übrigen läßt sich das jeweilige konkrete Ausmaß des Zusammenhangs von Mitgliedscgaftsrecht und eigenverantwortlicher Lebensgestaltung nicht generell bestimmen. Für die Vielzahl der Anteilseigner bedeutet das Anteilseigentum typischerweise mehr Kapitalanlage als Grundlage unternehmerischer Betätigung, die sie mit ihrer Person verbinden; dies wird auch an der Liquidität des Anteilsrechts und der Anonymität des Inhabers deutlich. Den vergleichsweise wenigen großen Anteilseignern gewährt das Anteilseigentum zwar die Chance, bestimmenden Einfluß auf die Geschäftspolitik des Unternehmens auszuüben. Aber die Funktion des Anteilseigentum geht insoweit wesentlich über die Aufgabe hinaus,dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung zu ermöglichen. Hiervon abweichende atypische Verhältnisse rechtfertigen keine andere Beurteilung. Denn der grundsätzliche Unterschied gegenüber dem Unternehmer-Eigentümer, der mit seinem Eigentum unmittelbar wirkt und die volle Verantwortung trägt, bleibt auch hier bestehen."

[55] Odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda br. BVerfGE 50, 290 (355). "(...) das Schutzgut und Inhalt des Art. 9 Abs. 1 GG eine Anwendung der Gewährleistung auch auf größere Kapitallgesellschaften zulassen (...). Im Unterschied zu dem Typus der Vereinigungen, den das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit seiner Geschichte und seiner heutigen Geltung nach primär schützen will,

Na kraju krajeva pokazuju se varijacije intenziteta procjene i nakon primjene općeg ličnog prava kod pravnih lica s obzirom na različitu unutrašnju strukturu pravnog lica te pojedinca, pri čemu se u tome relevantni i kriterijumi personalnog supstrata.[56]

ZAKLJUČAK

Na kraju možemo da vidimo da temeljno usmjerenje u interpretaciji ljudskih prava predstavlja pojedinac (*individuum*).[57] S obzirom na navedeno, potpuno je koherentno da utemeljivanje pravnih lica kao titulara ljudskih prava, a u tom smislu naročito njemačka teorija o proboju pravne ličnosti (njem. *Durchgriffsthese)* priznaje i formira korporativnu zaštitu ljudskih prava na ovim vrijednostima te na zaštiti čovjeka kao centralne figure ustavnopravne zaštite. Moć teorije o proboju pravnih ličnosti (njem. *Durchgriffsthese)* upravo je u tome da jasno prikazuje svrhu korporativne zaštite ljudskih prava – drugim riječima: *obezbjeđivanje zaštite ljudskih prava pravnim licima nije svrha sama po sebi, već je namijenjeno zaštiti prava čovjeka kao pojedinca.* Ta koncepcija, dakle, jasno pravi razliku između svrhe (koja je u zaštiti prava čovjeka kao individuuma) i instrumenta za ostvarivanje toga (tj. pravno lice kao sopstveni, samostalni nosilac ljudskih prava). A time teorija proboja pravne ličnosti sprečava opasnost da sredstvo postane cilj.[58]

BOŠTJAN TRATAR, Ph.D.,
Assistant Professor, State Attorney
of the Republic of Slovenia, Ljubljana

REASONING LEGAL PERSONS AS HOLDERS OF HUMAN RIGHTS IN CASE LAW OF CONSTITUTIONAL COURTS

Summary

The author deals with the reasoning of judicature in some comparative legal systems and in Slovenia, which all recognize legal persons as holders of certain human rights. When the original

tritt bei diesen das personale Element bis zur Bedeutungslosigkeit zurück. (...) Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Art. 9 1 GG ergeben sich insbesondere in Fällen juristischer Personen als Anteilseigner und, im Zusammenhang damit, der Konzernverflechtung; ebenso kann der Einfluss großer Anteilseigner in zahlreichen Gesellschaften zu einer Lage führen, in der von freier Organbestellung und Willensbildung durch gleichberechtigte Gesellschafter oder deren Repräsentanten, d. h. aber von dem in der Vereinigungsfreiheit enthaltenen Gedanken sich in freier Assoziation selbstbestimmender Mitglieder, nichts oder nur wenig übrig bleibt."

[56] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 96.

[57] M. Baldegger, *op. cit.*, str. 88.

[58] Vidi: M. Baldegger, *op. cit.*, str. 89 te 768.

constitutions of liberal democratic states, with exception of Germany, were adopted, it was the individual, i.e. a natural person that they focused upon; this is the reason why in these constitutions, with exception of Germany, legal persons are not mentioned as human rights holders. Presenting the case-law of several states, the author points out that it was only the German *Bundesverfassungsgericht* that developed the general rule. Due to this rule legal persons can only be holders of human rights if their formation and operation express the free will of a natural person (i.e., the natural persons behind this legal person). Piercing the corporate veil (*Durchgriffsthese* in German) is reasonable and necessary, and even more so if this is needed to protect the human rights of natural persons standing behind them.

MILOŠ STANIĆ

ZAŠTITA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U REPUBLICI SRBIJI

UVOD

Ideal u sudovanju kojem se teži je postojanje pravosudnog sistema koji uvek postupa zakonito i efikasno. Zakonitost znači pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja, koje prati pravilna primena procesnog i materijalnog prava. Sa druge strane, efikasnost znači postizanje zakonitosti u što kraćem vremenskom roku.[1] Drugim rečima, "osnovna premisa od koje se pošlo prilikom ustanovljenja prava na suđenje u razumnom roku jeste ideja prema kojoj spora pravda predstavlja izigravanje pravde i samog prava na pravično suđenje. Zbog toga pravo na suđenje u razumnom roku ustanovljeno je kako u interesu lica o čijim se pravima i obavezama odlučuje ili protiv koga se vodi određeni postupak (subjektivna komponenta), tako i u interesu pravne sigurnosti i vladavine prava uopšte (objektivna komponenta). Samim tim, sporost u deljenju pravde može dovesti u pitanje poverenje u čitav pravni sistem i vladavinu prava koja je jedna od tri stuba (demokratija i ljudska prava su preostala dva stuba) na kojima počiva sistem ustanovljen Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i

---

Miloš Stanić, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

[1] Aldo Radolović, "Zaštita prava na suđenje u razumnom roku, Realna mogućnost, (pre) skupa avantura ili utopija?", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2008, 6, *http://hrcak.srce.hr/file/39994*, 28.08.2017.

koja je kao princip sadržana u Preambuli i članu 3. Statuta Saveta Evrope."[2] To je "garantija da se u okviru razumnog roka i putem sudske odluke okonča nesigurnost u kojoj se neko lice nalazi u pogledu položaja po građanskom pravu ili u vezi sa krivičnom optužbom."[3]

Imajući u vidu važnost ovog prava, suđenje u razumnom roku se predviđa i štiti, kako u međunarodnom javnom pravu, tako i u unutrašnjim pravnim porecima. Kada je reč o instrumentima međunarodnog javnog prava za nas je najbitniji član 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se predviđa da svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom obrazovanim na osnovu zakona. Međutim, tekst Evropske konvencije ne daje konkretan odgovor na pitanje šta je razuman rok. Stoga, dužina postupka se sa stanovišta razumnog roka, a u smislu čl. 6 st. 1 Evropske konvencije procenjuje s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, odnosno na složenost pitanja koja se jave u toku postupka.[4]

Kada je reč o unutrašnjem pravnom poretku, za početak ćemo pomenuti da je Republika Srbija ratifikovala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, pa je ona postala deo unutrašnjeg pravnog poretka, na osnovu člana 16 stav 2 Ustava Republike Srbije koji predviđa da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka, te da se neposredno primenjuju. Takođe, članom 18 Ustava se predviđa neposredna primena ljudskih prava zajamčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima.[5] Pravo na pravično suđenje, a čiji je jedan od segmenata suđenje u razumnom roku, garantovano je i članom 32 Ustava Republike Srbije prema čijoj odredbi svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i Zakonom već ustanovljeni sud pravično i u razumnom roku javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega.[6]

---

[2] Slavoljub Carić, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Beograd 2015, 12.

[3] Nuala Mole, Catharina Harby, *Pravo na pravićno suđenje, Vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Beograd 2003, 49.

[4] Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd 2006, 179.

[5] Čl. 16. i 18. Ustava Republike Srbije, Sl. gl. RS 98/2006.

[6] Čl. 32 Ustava Republike Srbije.

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u Republici Srbiji pre usvajanja Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku

Sve do donošenja Ustava iz 2006. godine, nije bilo izričito predviđeno pravo na suđenje u razumnom roku u unutrašnjem pravnom poretku. Istina, u pojedinim procesnim i materijalnim odredbama bile su predviđene mere koje bi trebalo da doprinesu da se određeni postupci odvijaju ekspeditivno.[7] Na osnovu Ustava od 2006. godine, usvojen je Zakon o ustavnom sudu kojim je predviđeno da se ustavna žalba može izjaviti i ako nisu iscrpljena pravna sredstva, u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.[8] Postavljalo se pitanje da li je ovakva zakonska odredba u skladu sa Ustavom, pošto je kada je reč o pravu na suđenje u razumnom roku, predviđen izuzetak od načela subsidijarnosti ustavne žalbe, koje važi za ostala ljudska i manjinska prava i slobode.[9] No, bez obzira na njenu usklađenost sa Ustavom, čini se da je je ovakva odredba pokazatelj opredeljenja da se u Republici Srbiji sa naročitom pažnjom štiti i garantuje pravo na suđenje u razumnom roku.

Razvoj zaštite ovog prava u Republici Srbiji je na osnovu navedenih akata tekao dalje, te je prva odluka Ustavnog suda Srbije u postupku po ustavnoj žalbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku doneta 2008. godine. Ova odluka je veoma bitna, pošto je Evropski sud za ljudska prava sve do donošenja te odluke Ustavnog suda utvrđivao, povredu prava na suđenje u razumnom roku, konstatujući nepostojanje delotvornog pravnog leka u unutrašnjem pravnom poretku.[10] Ova odluka je predstavljlala prekretnicu, svojevrsni međaš, pa je nakon toga, Evropski sud za ljudska prava prihvatao ustavnu žalbu kao delotvorno pravno sredstvo.[11] Međutim, isprva ustavna žalba nije bila delotvoran pravni lek u svim postupcima. Ona to nije bila u izvršnim postupcima po presudama koje su donete protiv društvenih preduzeća u stečaju, a kasnije i preduzeća u restrukturiranju. Docnije, tokom 2013. godine ona je postala delotvoran pravni lek i u tim postupcima. Problem je nastao zbog broja ustavnih žalbi pred Ustavnim sudom, kao i dužini postupka pred tim sudom, uz jasno izražen stav Evropskog suda za ljudska prava u brojnim odlukama protiv Srbije kao i drugih zemalja da je potreb-

[7] SlavoljubCarić, 62.

[8] *Ibid*., 70; Čl. 82. Zakona o Ustavnom sudu Sl. gl. RS 109/2007, 99/2011, 18/2013 (Odluka Ustavnog suda), 40/2015, 103/2015.

[9] Ratko Marković, "Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije od 2006. godine", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2007, 36-37.

[10] Marija M. Salma, "Suđenje u razumnom roku – Pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2015, s. (1001 i dalje) 1003.

[11] Slavoljub Carić, 77.

no da se na nacionalnom nivou uspostavi delotvoran pravni lek u vidu donošenja posebnog zakona. Na taj način je postavljen "zahtev" pred Republiku Srbiju za donošenjem posebnog zakona kojim će se regulisati zaštita prava na suđenje u razumnom roku.[12]

Jasno je da je bilo neophodno da se izvrše određene izmene i dopune u unutrašnjem pravnom poretku Republike Srbije, te da se obezbedi delotvoran pravni lek, regulisanjem posebnim zakonom. Prvi korak je učinjen 2013. godine, kada je stupio na snagu Zakon o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova, kojim su uvedeni članovi 8a, 8b i 8v, koji su se odnosili na delotvorne pravne lekove za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Navedene izmene i dopune su počele da se primenjuju od 22.05.2014. godine.[13] Prema navedenim članovima stranka u sudskom postupku koja smatra da joj je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku je mogla neposredno višem sudu podneti zahtev za zaštitu ovog prava. Ovim zahtevom stranka je mogla da zahteva i naknadu za njegovu povredu. Ukoliko se zahtev odnosi na postupak koji je bio u toku pred Privrednim apelacionim sudom, Prekršajnim apelacionim sudom ili Upravnim sudom o zahtevu odlučuje Vrhovni kasacioni sud. Bio je predviđen hitan postupak odlučivanja.

U slučaju da je neposredno viši sud utvrdio da je zahtev podnosioca osnovan, mogao je da odredi privremenu naknadu za povredu prava na suđenje u razumnom roku i da odredi rok u kome će niži sud okončati postupak u kome je učinjena povreda prava. Naknada bi se isplaćivala iz budžetskih sredstava Republike Srbije opredeljenih za rad sudova i to u roku od 3 meseca od dana podnošenja zahteva stranke za isplatu. Protiv rešenja o zahtevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku mogla je da se podnese žalba Vrhovnom kasacionom sudu u roku od 15 dana. Na postupak za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i naknade za povredu prava na suđenje u razumnom roku, shodno su se primenjivale odredbe Zakona kojim se uređuje vanparnični postupak.

Konstatovaćemo, da je ovim izmenama delimično uveden difuzni model sudske zaštite ovog prava, a kako bi se rasteretio Ustavni sud. Praktično, njima je uvedena primarna preventivna zaštita ovog prava na nižim instancama, različito u odnosu na rešenje koje je centralnu ulogu dodeljivalo Ustavnom sudu.[14] U suštini, radi se o hijerarhijskom pravnom sredstvu (obraćanje neposredno višem sudu), koje suštinski predstavlja kombinaciju akceleratornog (donosi ubrza-

[12] Ljubica Milutinović, "U susret primeni Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku", u: Vrhovni kasacioni sud Republike Srbije (prir), *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u sudskom postupku*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd 2015, 9-10.

[13] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova, Sl. gl. RS 101/2013.

[14] Slavoljub Carić, 88.

nje postupka)[15] i kompenzatornog (naknada eventualne štete) pravnog sredstva, što je i Evropski sud za ljudska prava preporučio kao najbolji oblik zaštite.[16] Dakle, ovakvim rešenjima se primarna zaštita prava na suđenje u razumnom roku prebacivala na niže sudske instance i njime se uveo postupak pred neposredno višim sudom, na koji se primenjuju pravila iz Zakona o vanparničnom postupku. Bio je predviđen hitan postupak odlučivanja, ali i pored toga, manljivost se sastojala u tome što je deklarativno bila istaknuta hitnost postupka, bez predviđenog roka u kojem je viši sud dužan da odluči po zahtevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Takvo rešenje, svakako, nije bilo dobro, jer je u ovoj materiji nužno da regulisanje celog postupka bude praćeno striktnim rokovima.[17] Pored toga, problematično je bilo i rešenje koje prema kojem se pružala mogućnost uticaja višeg suda na rad nižeg suda u kontekstu sudijske nezavisnosti. U svakom slučaju, izmene učinjene u ovom zakonu nisu bile dugog veka, pošto se paralelno sa njima intenzivno radilo na donošenju zakona kojim bi se ova materija sveobuhvatno rešila.[18]

Pored toga što se navedenim izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova ponovo jasno pokazala namera da se efikasno štiti pravo na suđenje u razumnom roku, one su pružile još jedan pozitivan zamajac. Naime, u vezi sa primenom ovih odredaba je razvijena obimna sudska praksa,[19] pošto one same nisu bile dovoljne da bi se regulisao celokupan postupak pravne zaštite po novoustanovljenom pravnom sredstvu. Stoga, Vrhovni kasacioni sud je bio prinuđen da usvajanjem stavova interveniše upravo u domenu potrebe za ujednačavanjem sudske prakse, koja se u nedostatku posebnog zakona mogla razviti u više pravaca. Na taj način usvajanjem stavova i održavanjem čestih sastanaka Vrhovnog kasacionog suda sa apelacionim i višim sudovima u Srbiji, kao i sa drugim sudovima, a radi razmene iskustava, formirana je praksa za dalji rad sudova u ovoj oblasti. Ipak, potreba za donošenjem posebnog zakona nije izostala i usledilo je usvajanje Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku u Narodnoj skupštini Republike Srbije,[20] dana 07.05.2016. Članom 37. Zakona predviđeno da Zakon stupa na

[15] Videti, Davor Krapac, Trajanje kaznenog postupka i pravo na kazneno suđenje u razumnom roku, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu,* 1/2013, 55, *http://hrcak.srce.hr/file/152625*, 28.08.2017; Božidar Banović, Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u pravnom sistemu Srbije, *Kultura polisa*, 28/2015, 176.

[16] Božidar Banović, 176.

[17] Slavoljub Carić, 85.

[18] *Ibid*., 86.

[19] *Ibid.*, 86.

[20] Ljubica Milutinović, 10.

snagu 01.01.2016. godine.[21] Stupanjem na snagu ovog Zakona prestale su da važe odredbe čl. 8a-8v Zakona o uređenju sudova.[22]

Pravo na suđenje u razumnom roku u pozitivnom pravu Republike Srbije

Usvojenim Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku bi trebalo da se ostvare tri cilja. Prvi, razume se, da se pruži sudska zaštita prava na suđenje u razumnom roku i time predupredi nastajanje povreda ovog prava. Drugi cilj je stimulisanje aktivnog učešća stranaka u sprečavanju povrede ovog prava, pošto one imaju mogućnost da ulože prigovor i žalbu. Treći cilj je rasterećenje Ustavnog suda, jer se veliki broj ustavnih žalbi odnosio na povredu ovog prava.[23] Konkretno, Zakonom se predviđa da se pri odlučivanju o pravnim sredstvima kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku uvažavaju sve okolnosti predmeta suđenja, pre svega složenost činjeničnih i pravnih pitanja, celokupno trajanje postupka i postupanje suda, javnog tužilaštva ili drugog državnog organa, priroda i vrsta predmeta suđenja ili istrage, značaj predmeta suđenja ili istrage po stranku, ponašanje stranaka tokom postupka, posebno poštovanje procesnih prava i obaveza, zatim poštovanje redosleda rešavanja predmeta i zakonski rokovi za zakazivanje ročišta i glavnog pretresa i izradu odluka.[24] Dakle, to su okolnosti koje će se ceniti prilikom procene da li je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. Može da se primeti da su kriterijumi koje je predvideo zakonodavac po ugledu na one koje primenjuje Evropski sud za ljudska prava. Međutim, da se zapaziti i da se merilo koje se tiče poštovanja redosleda rešavanja predmeta i zakonskih rokova za zakazivanje ročišta i glavnog pretresa, te izradu odluka, ne sreće u praksi Evropskog suda za ljudska prava i može se kazati da je ono zasnovano na iskustvima sudske prakse i organizaciji pravosudnog sistema Republike Srbije.[25] Prilikom ocene ovih merila svakako će biti olakšavajuća okolnost to što je dosadašnja sudska praksa pružila odgovore na pitanja primene merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku, te će stavovi izraženi u dosadašnjim odlukama biti od velike koristi.[26]

---

[21] Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, Sl. gl. RS 40/2015.

[22] Čl. 36. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[23] Marija Salma, 1005.

[24] Čl. 4. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[25] Slavoljub Carić, 93-94.

[26] Ljubica Milutinović, 25.

Sistem zaštite prava podeljen je na postupak pred predsednikom suda radi utvrđivanja njegove povrede, a potom, ako su za to ispunjeni uslovi, na postupak radi pravičnog zadovoljenja, bilo pred državnim pravobranilaštvom u cilju postizanja poravnanja, bilo tužbom pred mesno nadležnim osnovnim sudom.[27] Zaštita prava na suđenje u razumnom roku, u skladu sa Zakonom obuhvata i deo istražnog postupka koji vode javni tužioci jer on predstavlja deo jedinstvenog krivičnog postupka. Pošto o povredi prava može da odlučuje samo sud, Zakon sadrži odredbe koje razlikuju sud pred kojim se vodi postupak (nadležnom za utvrđenje povrede u fazi tužilačke istrage) i sud koji vodi postupak (ako je zaštita tražena zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u delu postupka koji vodi sud).[28]

Kao imaoci prava na suđenje u razumnom roku prema članu 2. Zakona pojavljuju se sve stranke u sudskom postupku, uključujući i izvršni postupak, svaki učesnik po Zakonu kojim se uređuje vanparnični postupak, a oštećeni u krivičnom postupku, privatni tužilac i oštećeni kao tužilac to pravo imaju samo ako su istakli imovinskopravni zahtev. Javni tužilac kao stranka u krivičnom postupku nema pravo na zaštitu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.[29] Isključenje javnog tužioca kao stranke od prava na zaštitu po ovom zakonu je neopravdano. U krivičnom postupku prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku stranke u postupku su tužilac i okrivljeni u smislu tačke 9 člana 2 Zakonika, a prema tački 5 istog člana, pojam "tužilac" podrazumeva javnog tužioca, privatnog tužioca i oštećenog kao tužioca. Znači, po tom osnovu oni imaju svojstvo stranke u postupku i samim tim su ovlašćena lica za podnošenje zahteva, dok oštećeni nije stranka u postupku i on to postaje samo uz dodatni uslov – ako je istakao imovinsko-pravni zahtev. Zato se prava na suđenje u razumnom roku ne može odreći, niti to pravo treba uskratiti javnom tužiocu. Svakako, trebalo bi da se razlikuje situacija kada on postupa u vođenju dela istražnog postupka, od dela u kome učestvuje kao stranka u postupku, a postupak vodi sud. Stoga, neosnovano je smatrati da javni tužilac ovim zahtevom ne može da interveniše za ubrzanje postupka koji se vodi pred sudom.[30]

Važno je i da se pomene da je van domašaja ovog zakona ostao postupak u upravnim stvarima jer se iz Zakona ne vidi na koji način se meri i ocenjuje dužina postupka pred organima uprave koji sledi pre sudskog postupka. Prema standardima Evropskog suda za ljudska prava i taj postupak čini celinu sa sudskim

[27] *Ibid*., 26.

[28] *Ibid*., 12.

[29] Čl. 2. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[30] Ljubica Milutinović, 12-13.

postupkom, kao što je i istražni postupak koji sprovodi javni tužilac deo krivičnog postupka, te se ne mogu odvojeno posmatrati. Međutim, budući da se novčano obeštećenje i imovinska šteta isplaćuju iz sredstava namenjenih pokriću tekućih rashoda sudova i javnih tužilaštava, od kojih se izuzimaju rashodi za zaposlene i tekuće održavanje objekata i opreme, neizvesno je da li će sudovi poštovati standarde Evropskog suda iz ove oblasti (obuhvatiti i period postupka pred organom uprave), ili će ocenjivati samo dužinu postupka pred sudom bez ocene dužine trajanja postupka pred organom uprave. Ovo posebno ako se ima u vidu da je Vrhovni kasacioni sud na V sednici Odeljenja za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, održanoj 15. septembra 2014. godine, usvojio pravni stav da se početak razumnog roka određuje od podnošenja tužbe Upravnom sudu i ne uzima se u obzir vreme trajanja postupka pred organima uprave, što je suprotno jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava.[31]

Postupak zaštite prava na suđenje u razumnom roku ovim Zakonom drugačije je uređen od postupka predviđenog Zakonom o uređenju sudova. Naime, novu nadležnost su dobili predsednici sudova, odnosno sudije koji godišnjim rasporedom poslova budu određeni da postupaju u ovim predmetima, javni tužioci, državno pravobranilaštvo i sudije svih osnovnih sudova. U skladu sa tim, predsednici sudova su dužni da blagovremeno organizuju način postupanja po ovim predmetima i godišnjim rasporedom poslova u sudu odrede sudije koje će postupati po prigovorima stranaka kao i da urede ostala pitanja od značaja u ovoj oblasti. Imajući sve to u vidu, biće neophodne i odgovarajuće izmene sudskog poslovnika.[32]

Pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku mogu podeliti na ona kojima se ubrzava postupak i na ona kojima se obezbeđuje pravično obeštećenje. U pravna sredstva kojima se ubrzava postupak spadaju prigovor i žalba. Prigovor je inicijalna pravna radnja kojim se započinje postupak za ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku, pošto po slovu Zakona postupak za ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku počinje podnošenjem prigovora.[33] Dakle, Zakonom se na nesumnjiv način odvajaju pravna sredstva za ubrzanje postupka od onih koja služe pravičnom zadovoljenju. Korišćenje prvih je procesna pretpostavka za upotrebu drugih. Takođe, "uvodi" se i mogućnost pokušaja poravnanja pred pravobranilaštvom kao moguća faza pre obraćanja tužbom sudu radi naknade štete. Ova mogućnost je postojala kao dužnost za tužioca u Zakonu o parničnom postupku od 2009. godine, ali se pokazala nedolotvornom i neu-

[31] *Ibid*., 13-14.

[32] *Ibid*, 26.

[33] Marija Salma, 1005-1006.

stavnom, pa je sada predviđeno kao fakultativno ovlašćenje stranke, bez posledica procesne pretpostavke.[34] Mislim da je pozitivno rešenje prema kojem stranka ne plaća sudsku taksu u postupcima u kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku, te da su ovi postupci hitni i imaju prvenstvo u odlučivanju.[35] Na taj način se omogućava pokretanje ovog postupka i strankama slabijeg imovinskog stanja, koje bi plaćanje takse odvratilo od takvog nauma. Predviđanjem hitnosti i prava prvenstva u odlučivanju zakonodavac pokazuje na koji način vrednuje ovo pravo.

Kao inicijalna pravna radnja kojim se traži ubrzanje postupka, prigovor ima karakteristike ofanzivne radnje. Podnosilac prigovora bi trebalo uz ostale uslove da navede kako činjenice, tako i dokaze koji ukazuju na to da se postupak odugovlači. Ulažući prigovor podnosilac traži da se otklone nepravilnosti koje su dovele do usporavanja postupka. Međutim, u teoriji postoji tvrdnja da po svojoj suštini, a kada govorimo o prigovorima uopšte, oni se po pravilu ograničavaju na osporavanje postojanja procesnopravnih i materijalnopravnih pretpostavki. Dakle, oni imaju sasvim drugo značenje, nego što je značenje tog izraza prema Zakonu o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. Zbog toga, čini se da je zakonodavac mogao inicijalnu radnju kojom se traži ubrzanje postupka označiti pojmom zahtev za ubrzanje umesto prigovor.[36]

Stranka podnosi prigovor sudu koji vodi postupak ili sudu pred kojim se vodi postupak ako smatra da je javni tužilac povredio njeno pravo.[37] Postupak po prigovoru vodi predsednik suda koji i odlučuje o prigovoru. On može godišnjim rasporedom odrediti jednog sudiju ili više sudija da pored njega vode postupak i da odlučuju o prigovoru. Usmena rasprava se ne održava a na ostala pitanja shodno se primenjuje Zakon o vanparničnom postupku. Predsednik suda je dužan da u roku od dva meseca od dana prijema prigovora odluči o prigovoru.[38] Kako bi se održalo ustavno načelo sudijske nezavisosti, rešenja koja donosi predsednik suda ne smeju da zadiru u nezavisnost i samostalnost sudija u pogledu činjeničnih i pravnih pitanja predmeta suđenja, zbog toga što bi to bilo u suprotnosti sa Ustavom.[39]

Odlučivanje o prigovoru može da se odvija bez ispitnog postupka kao i uz ispitni postupak. Predsednik suda može bez ispitnog postupka da rešenjem odbaci prigovor ili da ga odbije. On će odbaciti prigovor ako nedostaje neki od oba-

[34] Ljubica Milutinović, 12.

[35] Čl. 3. st. 3. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[36] Marija Salma, 1006.

[37] Čl. 7. st. 1. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[38] Čl. 7. st. 2. i 4. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[39] Čl. 5. st. 2. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku; Marija Salma, 1007.

veznih elemenata prigovora, zatim, ako je prigovor podnelo neovlašćeno lice ili ako je prigovor preuranjen. Protiv rešenja o odbacivanju prigovora nije dozvoljena žalba. Predsednik suda će odbiti prigovor bez ispitnog postupka ako je, obzirom na trajanje postupka koje je navedeno u prigovoru očigledno neosnovan.[40] Rešenje o odbijanju prigovora koji je očigledno neosnovan je krajnje umesno, pošto se na taj način sprečava veći "priliv" takvih prigovora, te se na taj način sudovi relativno brzo "rasterećuju".

Ukoliko se o prigovoru odlučuje uz ispitni postupak, on počinje time što predsednik suda zahteva od sudije ili od javnog tužioca da mu dostavi izveštaj u roku od 15 dana ili u kraćem roku ako razlozi hitnosti to zahtevaju. Izveštaj sadrži izjašnjenje o razvoju postupka u vremenu i predlog roka u kome postupak može da se okonča. Predsednik suda može zahtevati da mu se dostave spisi predmeta ako, obzirom na sadržinu prigovora, smatra da ih treba proučiti.[41] Za pohvalu su i rešenja prema kojima se jasno u celom Zakonu predviđaju rokovi za postupanje, pa su sudija ili javni tužilac dužni da dostave izveštaj u roku od 15 dana ili u kraćem roku ako razlozi hitnosti to zahtevaju.

Nakon ispitnog postupka i proučavanja izveštaja i spisa predmeta, predsednik suda donosi rešenje kojim prigovor odbija ili ga usvaja i utvrđuje povredu prava na suđenje u razumnom roku. Protiv rešenja kojim se prigovor usvaja sudija i javni tužilac nemaju pravo na žalbu.[42] Ako predsednik suda rešenjem usvoji prigovor i utvrdi povredu prava na suđenje u razumnom roku on mora ukazati sudiji na razloge zbog kojih je povređeno pravo stranke i naložiti sudiji da preduzme delotvorne radnje koje će ubrzati postupak. Rešenjem se nalaže sudiji da u roku ne kraćem od 15 dana niti dužem od 4 meseca preduzme naložene procesne radnje. Istovremeno mu se određuje primereni rok u kome bi trebalo da podnese izveštaj o preduzetim radnjama predsedniku suda. Zakon je predvideo mogućnost da predsednik suda iz razloga hitnosti odredi prvenstvo u odlučivanju. On može da predmet dodeli drugom sudiji ako je pravo stranke povređeno zbog preopterećenosti ili dužeg odsustva sudije.[43] Valjalo bi i da se spomene da je u nacrtu zakona bilo predviđeno davanje sudiji nešto dužeg roka za preduzimanje mera i taj rok je iznosio 6 meseci. Međutim, na kraju je usvojen rok od 4 meseca, što bi moglo da se objasni željom zakonodavca za još izraženijim ubrzanjem postupka.[44]

[40] Čl. 8. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[41] Čl. 9. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[42] Čl. 10. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[43] Čl. 11. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[44] Slavoljub Carić, 94

Stranka ima pravo na žalbu ako je njen prigovor odbijen ili ako predsednik suda o njemu ne odluči u roku od dva meseca od dana prijema prigovora. Žalba može da se podnese i ako je prigovor usvojen, ali neposredno viši javni tužilac nije doneo obavezno uputstvo u roku od osam dana od dana prijema rešenja predsednika suda, zatim ako predsednik suda ili neposredno viši javni tužilac nije naložio sudiji ili javnom tužiocu procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak, ili ako sudija ili javni tužilac nije preduzeo naložene procesne radnje u roku koji mu je određen.[45] Žalba se podnosi predsedniku suda koji je odlučivao o prigovoru. On odmah dostavlja predsedniku neposredno višeg suda žalbu i spise predmeta. Predsednik neposredno višeg suda vodi postupak po žalbi i odlučuje o njoj. Ako postupak u kome stranka smatra da je povređeno njeno pravo na suđenje u razumnom roku vodi Vrhovni kasacioni sud, postupak po žalbi vodi i o žalbi odlučuje veće od tri sudije Vrhovnog kasacionog suda. Predsednik neposredno višeg suda može godišnjim rasporedom poslova odrediti jednog sudiju ili više sudija da pored njega vode postupak i odlučuju o žalbama.[46]

Stranka čiji su prigovor ili žalba odbačeni, može da podnese novi prigovor. Takvo rešenje je krajnje logično, jer se na taj način omogućava strankama da podnesu novi prigovor, a nakon uklanjanja formalnih nedostataka.[47] Pažnje je vredna odredba Zakona kojom se omogućava stranci da uloži novi prigovor. Ona to može učiniti čak i ako je prethodni prigovor usvojen, a stranka nije podnela žalbu, što je i logično, jer njoj i nedostaje pravni interes za ulaganje žalbe.[48] U tom slučaju novi prigovor stranka može da uloži kada istekne pet meseci od dana prijema rešenja o usvajanju prigovora.[49] Međutim, postoji shvatanje da ovo nije sasvim logično rešenje, pošto se na taj način teret ubrzanja postupka prebacuje upravo na stranku kojoj je sud rešenjem potvrdio postojanje povrede prava na suđenje u razumnom roku.[50] Čini se da u situaciji kada je predsednik suda ukazao postupajućem sudiji ili neposredno višem javnom tužiocu na razloge zbog kojih je povređeno pravo stranke, ako je naložio sudiji koje delotvorne radnje radi ubrzanja postupka bi trebalo da preduzme ili ukoliko je neposredno viši javni tužilac doneo obavezno uputstvo kojim javnom tužiocu nalaže procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak, ako je određen rok u kome bi postupajući sudija ili javni tužilac bio dužan da ih preduzme kao i rok u kome bi postupajući sud treba-

[45] Čl. 14. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku .

[46] Čl. 16. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku .

[47] Čl. 13. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[48] Marija Salma,1008.

[49] Čl. 13. st. 1 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[50] Marija Salma, 1008.

lo da izveštava o preduzetim radnjama, a on se ogluši o navedene naloge, umesto rešenja Zakona o mogućnosti ponovnog ulaganja prigovora, pre bi bilo mesta za disciplinsku odgovornost postupajućeg sudije, odnosno javnog tužioca. Po postojećem rešenju Zakona o mogućnosti ulaganja ponovnog prigovora, a bez sankcije za nepostupanje primenjene na postupajućeg sudiju ili javnog tužioca, ne doprinosi se ubrzanju, već suprotno, usporavanju postupka.[51]

Ako je prigovor odbijen a stranka nije podnela žalbu, ona može da podnese novi prigovor kada isteknu četiri meseca od dana prijema rešenja o odbijanju prigovora. Takođe, stranka čiji je prigovor odbijen a koja je podnela žalbu koja je odbijena, može da podnese nov prigovor kada isteknu četiri meseca od dana prijema rešenja o odbijanju žalbe.[52] Novi prigovor može da uloži i stranka čija je žalba usvojena i stranka čiji je prigovor usvojen, a žalba odbijena odmah posle isteka roka u kome je sudija ili javni tužilac bio dužan da preduzme delotvorne procesne radnje.[53] Za pohvalu je i rešenje prema kojem, ograničenja prava na podnošenje novog prigovora ne važe u postupku u kome su predloženi ili određeni pritvor ili privremena mera, u izvršnom postupku, kao i u postupku protiv maloletnika.[54]

Zakonom su predviđena zajednička pravila koja se odnose na prigovor i na žalbu. Žalba kao i prigovor mogu da se ulože dok se postupak ne okonča. Naveli smo da rešenje o prigovoru i žalbi ne sme da utiče na činjenična i pravna pitanja koja su predmet suđenja. Rešenje kojim se usvaja ili odbija prigovor i žalba mora biti podrobno obrazloženo. Žalba sadrži iste obavezne elemente kao i prigovor.[55] Ovde bi valjalo da se zapazi da zakonodavac predviđa da rešenje kojim se usvaja ili odbija prigovor i žalba mora da bude ne samo obrazloženo, već je neophodno da bude podrobno obrazloženo. Radi se ne samo o postojanju obrazloženja, već o potrebi da postoji podrobno obrazloženje. Čini se da se i na taj način obezbeđuje da se nakon pažljivo utvrđenih svih činjenica i donese odgovarajuća odluka o tome da li je ili nije povređeno pravo na suđenje u razumnom roku u konkretnom slučaju.

U slučaju utvrđenog postojanja povrede prava na suđenje u razumnom roku, stranka ima pravo na pravično zadovoljenje. To pravo ima stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu. Takođe, ima ga i stranka čija je žalba odbijena uz potvrđivanje prvostepenog rešenja o usvajanju prigovora i stranka čija je žalba usvojena. Stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu i stranka čija je žalba odbijena uz potvrđivanje prvostepenog rešenja o usvajanju

[51] *Ibid.*, 1008-1009.

[52] Čl. 13. st. 1 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[53] Čl. 13. st. 2 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[54] Čl. 13. st. 3 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[55] Čl. 5. i 14. st. 3 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

prigovora stiče pravo na pravično zadovoljenje kada istekne rok u kome je sudija ili javni tužilac bio dužan da preduzme naložene radnje, a stranka čija je žalba usvojena, kada primi rešenje o usvajanju žalbe.[56]

Što se tiče pravičnog zadovoljenja, Zakon predviđa njegove tri vrste. Prva je pravo na isplatu novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu koja je stranci izazvana povredom prava na suđenje u razumnom roku. Druga je pravo na objavljivanje pismene izjave Državnog pravobrailaštva kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. Na kraju, kao treća mogućnost postoji i pravo na objavljivanje presude kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. Obveznik naknade neimovinske štete je prema Zakonu, Republika Srbija, čija je odgovornost, objektivna. Pri odlučivanju o pravičnom zadovoljenju, Pravobranilaštvo i sudovi vezani su rešenjima predsednika sudova kojima je utvrđena povreda prava stranke na suđenje u razumnom roku.[57] Imajući u vidu postojanje navedene tri mogućnosti za postizanje pravičnog zadovoljenja možemo da zaključimo da je zakonodavac u Srbiji predvideo dovoljno širok dijapazon načina za postizanje pravičnog zadovoljenja stranke.

Stranka može da podnese Pravobranilaštvu predlog za poravnanje u roku od šest meseci od dana kada je stekla pravo na pravično zadovoljenje. U predlogu za poravnanje stranka navodi da li traži isplatu novčanog zadovoljenja ili izdavanje i obajvljivanje pismene izjave Pravobranilaštva kojom se utvrđuje da je bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, ili i jedno i drugo. Pravobranilaštvo pokušava da postigne sporazum sa strankom u roku od dva meseca od dana prijema predloga za poravnanje. Ako sporazum bude postignut, ono zaključuje sa strankom vansudsko poravnanje koje predstavlja izvršnu ispravu. Pravobranilaštvo je dužno da se u postuku poravnanja kreće u visini novčanog obeštećenja određenog zakonom. Taj iznos je ograničen na dinarsku protivvrednost od minimalno 300 i maksimalno 3000 EUR-a na dan isplate prema srednjem kursu Narodne banke Srbije po predmetu. Stranka je slobodna da u svako doba pismeno odustane od pokušaja poravnanja.[58]

Pravobranilaštvo može, posle procene da li je pravično zadovoljenje za neimovinsku štetu moguće i ako se samo objavi pisana izjava kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, predložiti stranci da joj umesto isplate novčanog obeštećenja, izda i objavi pismenu izjavu kojom se utvrđuje da joj je bilo povređeno pravo. U slučaju teže povrede Zakonom se dopušta kumulativno pravično zadovoljenje koje bi se sastojalo i u novčanoj sa-

[56] Čl. 22. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[57] Čl. 23. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[58] Čl. 24. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

tisfakciji i u objavljivanju isprave o povredi prava. Pravobranilaštvo izdaje stranci pismenu izjavu u obliku vansudskog poravnanja koja se objavljuje u Službenom glasniku Republike Srbije.[59]

Stranka može da podnese tužbu protiv Republike Srbije za novčano obeštećenje u roku od godine dana kada je stekla pravo na pravično zadovoljenje. Tužba nije dopuštena dok traje pokušaj poravnanja s Pravobranilaštvom niti ako su stranka i Pravobranilaštvo zaključili poravnanje. Nezavisno od vrste i visine tužbenog zahteva, u postupku pred sudom shodno se primenjuju odredbe o sporovima male vrednosti iz zakona kojim se uređuje parnični postupak. Sud ne može dosuditi novčano obeštećenje u visini većoj od one određene zakonom.[60] Postoji shvatanje da ograničavanje iznosa novčanog obeštećenja ima određene manjkavosti, pošto se na taj način ograničava realizacija principa pravičnosti. Takođe, ovo rešenje otvara mogućnost za obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava, povodom razlike između dosuđenog iznosa i onog iznosa koji bi podnosiocu pripao primenom kriterijuma Evropskog suda za ljudska prava.[61]

Odgovornost Republike Srbije za imovinsku štetu izazvanu povredom prava na suđenje u razumnom roku je objektivna.[62] Novčano obeštećenje i naknadu imovinske štete isplaćuje sud, odnosno javno tužilaštvo koji su povredili pravo na suđenje u razumnom roku, dok se sredstva obezbeđuju iz budžeta Republike Srbije, u okviru sredstava koja su namenjena pokriću tekućih rashoda sudova i javnih tužilaštava, od kojih se izuzimaju rashodi za zaposlene i tekuće održavanje objekata i opreme.[63] Iz važećih odredaba nije sasvim jasno ko je zaista pasivno legitimisan, odnosno ko je dužnik naknade štete. Postoji mišljenje da je to primarno i nedvosmisleno Republika Srbija, a neposredni dužnik je njen budžet. Deluje kao da citirane odredbe Zakona to opovrgavaju, predviđajući da je dužnik onaj sud, odnosno javno tužilaštvo koji je povredio pravo stranke. Postavlja se pitanje, da li bi te odredbe trebalo da tumačimo tako, da je tužena strana država, čiji je organ (sud, javno tužilaštvo) nepravilno, neosnovano dugo postupao, a da nakon isplate obeštećenja oštećenoj stranci od strane države odnosno njenog budžeta, budžet može da se regresira od ("podbudžeta") organa koji je povredio pravo na suđenje u razumnom roku?[64]

---

[59] Čl. 25. st. 1, 2 i 4 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[60] Čl. 26. i 27. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[61] Slavoljub Carić, 97.

[62] Čl. 31. st. 3 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[63] Čl . 32. i 33. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

[64] Marija Salma, 1012

Posebno je delikatna odredba o naknadi imovinske štete, u kombinaciji sa objektivnom odgovornošću Republike Srbije, u situaciji kada sud ili javno tužilaštvo nisu doprineli dužini postupka koji je objektivno trajao predugo, a naknada se isplaćuje iz sredstava namenjenih za rad sudova i tužilaštava. U tom slučaju, morao bi postojati poseban fond u budžetu Republike nezavisan od sredstava namenjenih za rad sudova i tužilaštava.[65] Naveli smo da je predviđena objektivna odgovornost Republike Srbije, što je dobro sa stanovišta zaštite prava stranke čije je pravo povređeno. No, kod eventualnog regresnog prava državnog budžeta prema postupajućem organu možda bi moglo da se postavi pitanje da li se regres mogao ostvariti, ne prema "podbudžetu" postupajućeg organa, već prema postupajućem licu naročito ako je odugovlačenje rezultat njegove namere, shvaćene u krivičnopravnom smislu, odnosno ako je odugovlačenje rezultanta namere suda ili drugog organa radi pribavljanja nezakonite koristi.[66]

Dobro je rešenje prema kojem se licima koja su podnela predstavku Evropskom sudu za ljudska prava pruža mogućnost poravnanja pred pravobranilaštvom u slučaju kada još nije doneta odluka o prihvatljivosti ili osnovanosti predstavke Evropskom sudu. To bi mogao da bude efikasan put da se njihovi zahtevi reše pred domaćim organima, pošto im se na taj način pruža mogućnost da umesto predloga za poravnanje ili pošto odustanu od pokušaja poravnanja, mogu u roku od jedne godine od dana stupanja na snagu ovog zakona da podnesu tužbu za novčano obeštećenje protiv Republike Srbije sudu koji je nadležan po ovom zakonu. Naravno, pod uslovom da stranka i pravobranilaštvo nisu zaključili poravnanje. Na ovaj način bi se smanjio broj predstavki pred Evropskim sudom za ljudska prava u odnosu na Srbiju, a građanima pružila brža i delotvornija pravna zaštita.[67]

ZAKLJUČAK

Primena Zakona u praksi pokazaće prve rezultate tek krajem 2016. i tokom 2017. godine, budući da je stupio na snagu 1. januara 2016. godine. Svakako, dobro je da je Zakon donet jer je bolje imati zakonsko rešenje, nego postupati po smernicama i stavovima najvišeg suda koji nemaju pravno obavezujuću snagu (jer bi to narušavalo sudsku nezavisnost)".[68] Regulisanje ove materije putem posebnog zakona doprineće većoj pravnoj sigurnosti, pošto bi stvaranje standarda i principa u ovoj oblasti isključivo kroz sudsku praksu moglo da dovede do ne-

[65] Ljubica Milutinović, 15.

[66] Marija Salma, 1012.

[67] Ljubica Milutinović, 15.

[68] *Ibid*., 12.

usklađenosti stavova.[69] Dakle, donošenjem ovog Zakona Republika Srbija je još jednom potvrdila svoju opredeljenost da štiti pravo na suđenje u razumnom roku, a na šta je obavezuju kako akti međunarodnog javnog prava, tako i njen unutrašnji pravni poredak.

Za kraj, moramo da budemo svesni još jedne činjenice. Naime, "rešavanje problema, ide i ka nižim sferama pravne revolucije, kao što su materija donošenja dobrih propisa iz oblasti materijalnog i procesnog prava i propisa o organizaciji suđenja. Takođe, važno je i shvatiti da ne može sama sudska funkcija državne vlasti da se izbori sa postojećim problemom. Institut suđenja u razumnom roku je primarna obaveza i zadatak zakonodavne i izvršne funkcije državne vlasti, koje bi morale mnogo više, nego što su to do sada činile da sudskoj vlasti obezbede potrebne uslove za rad."[70]

MILOŠ STANIĆ, LL.M.,
Associate Researcher, Institute
of Comparative Law, Belgrade

PROTECTION OF THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN SERBIA

Summary

The right to a trial within a reasonable time is one of the fundamental human rights, which is guaranteed by various acts of international public law, the most important being the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. The author's aim is to present the development of this right in the Serbian legal system. After a brief historical overview, the author focuses on a positive legal dimension in Serbia – the Law on the Protection of the Right to Trial within a Reasonable Time, which was enacted and entered into force on 1.1.2016. The paper points out the potential problems with certain rules, which could be manifested during the application of the Law. The author is aware that for the formation of the relevant case law a longer period of time is required and that only after that we will be able to notice and discuss the key problems in the application of the Law. Thus, this paper limits itself only on emphasizing the potential problems.

[69] Slavoljub Carić, 99.

[70] Aldo Radolović, 37.

BOJAN JOVIĆ

INSTITUT IZDVOJENOG MIŠLJENJA U PRAKSI PRVOG "NOVOG" SAZIVA USTAVNOG SUDA SRBIJE

UOPŠTE O IDVOJENOM MIŠLJENJU

Pravni poredak Srbije poznaje institut izdvojenog mišljenja još od davne 1963. godine, otkad sežu koreni ustavnog sudovanja u nekadašnjoj socijalističkoj državi. Sam institut je potekao iz anglosaksonskog prava, ali se poprilično odomaćio i u kontinentalnom pravu, prvenstveno kroz rad ustavnih sudova. Manji broj država koje baštine kontinentalno pravni rezon, daje mogućnost sudijama redovnih sudova da izraze svoja neslaganja sa donetom odlukom i na ovaj način. Mada se ne može reći da postoji značajnija razlika između ovog instituta u zavisnosti od toga da li ga koriste sudije redovnih ili ustavnih sudova. Pozitivnopravna rešenja se neminovno razlikuju od države do države, ali suštinski u svim državama koje poznaju ovaj institut, izdvojeno mišljenje, s jedne strane, predstavlja vid ustavnosudskog (sudskog) aktivizma, dok sa druge strane ono oslikava sudsku nezavisnost.[1]

Ustavnosudski aktivizam se može posmatrati kao sudski i sudijski aktivizam. Sudijski aktivizam jeste aktivizam ustavnog sudije, odn. sudije pojedinca (npr. kroz izdvojeno mišljenje), dok se sudski aktivizam može posmatrati kroz rad samog ustavnog suda (npr. pokretanje postupka po službenoj dužnosti – *ex*

Bojan Jović, student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu; mlađi savetnik u Ustavnom sudu Republike Srbije.

[1] U ovom radu će pre svega biti reči o izdvojenom mišljenju u odnosu na odluke ustavnih sudova, ali će na nekim mestima biti ukazano i na isprepletenost ovog instituta sa redovnim sudstvom.

officio).[2] Ustavnosudski aktivizam (sudski) je, možemo slobodno reći, pokazatelj simbola efektivne nezavisnosti sudstva.

Naspram ustavnosudskog aktivizma stoji sudska nezavisnost i nepristrasnost. Nezavisnost ustavnih sudova se može posmatrati kroz eksterna (spoljna) jemstva ustavnog suda kao institucije, tzv. jemstva institucionalne nezavisnosti i interna (unutrašnja) jemstva nezavisnosti ustavnih sudova, tzv. jemstva individualne nezavisnosti.[3] U jemstva unutrašnje nezavisnosti ustavnih sudova, tj. jemstva individualne nezavisnosti, pored ostalih[4], možemo svrstati i institut izdvojenog mišljenja. Unutrašnja nezavisnost ustavnih sudija, pa i svih ostalih sudija, se ogleda u njihovoj nezavisnosti u odnosu na predsednika suda i sve ostale sudije. Ovaj vid nezavisnosti je možda izraženiji kod ustavnih sudova, s obzirom na način donošenja ustavnosudskih odluka (kroz kolektivno odlučivanje), te se može posmatrati i kroz mogućnost sudije pojedinca da izjavi izdvojeno mišljenje. Navedena jemstva unutrašnje nezavisnosti ustavnih sudova su obično određena u ustavima i poslovnicima sudova (izraz regulatorne autonomije ustavnog suda), ali i u zakonima o ustavnom sudu.[5]

Međutim, ne mogu se zanemariti i osobine koje ustavne sudije moraju posedovati kako bi ovaj vid nezavisnosti dosegao svoj puni smisao. Od ustavnih sudija, kao istaknutih pravnika, se s pravom može očekivati da zaštite ustavnost i zakonitost jedne države i ljudska i manjinska prava i slobode. Kako bi oni ostvarili zadati cilj, pored predviđenih zakonskih mehanizama, moraju posedovati izuzetan pravnički rezon, čvrsta uverenja, nepokolebljive stavove (makar oni bili i "pogrešni"), ali se pre sve moraju zalagati za nepristrasno presuđivanje u ozbiljnim ustavnim konfliktima koji imaju širi društveni značaj.

NORMATIVNI (ISTORIJSKI I POZITIVNOPRAVNI) OKVIR

Izdvojeno mišljenje ili odvojeno mišljenje kako se još nazivalo u tadašnjem zakonodavstu, je prvi put bilo predviđeno Zakonom o Ustavnom sudu Srbije (*Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije,* br. 54/63).[6] Tadašnje poslovničko[7]

---

[2] Detaljnije o ovim pitanjima vid. Bojan Jović, *Mogućnost ustavnosudskog aktivizma u normativnom okviru Republike Srbije* (master rad), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 16 i dalje.

[3] Bosa Nenadić, *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova – Sa posebnim osvrtom na Ustavni sud Srbije*, JP Službeni glasnik, Beograd 2012, 17 i dalje.

[4] Mogućnost reizbora sudija, materijalni položaj sudija, imunitet sudija, dužina mandata, način i uslovi imenovanja i izbora sudija.

[5] B. Nenadić, 39.

[6] Čl. 65 st. 3 ovog Zakona je predviđao da član Ustavnog suda ima pravo tražiti da se njegovo odvojeno mišljenje unese u zapisnik ili priloži zapisniku.

[7] Poslovnik Ustavnog suda Srbije (*Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije*, br. 32/64).

rešenje je, pored ostalog, predviđalo da se zapisniku o većanju i glasanju prilaže i odvojeno mišljenje članova suda (čl. 44 st. 4), a da je Ustavni sud na osnovu predloga posebnih komisija za proučavanje pitanja ustavnosti i zakonitosti, Skupštini Socijalističke Republike Srbije podnosio određene predloge i mišljenja povodom mera koje bi trebalo preduzeti radi otklanjanja neustavnosti ili nezakonitosti, a da su i tada sudije mogle dati odvojena mišljenja koja bi se mogla saopštiti Republičkoj skupštini ako Sud odluči ili ako zatraže članovi Suda koji su odvojili mišljenje (čl. 50-51).

Potonje zakonsko rešenje ne odstupa u većoj meri od pređašnjeg, zbog toga što se i dalje traži zahtev člana Ustavnog suda za objavljivanje izdvojenog pismenog mišljenja uz odluku odnosno rešenje Ustavnog suda.[8] Međutim, po prvi put je u Poslovniku Ustavnog suda Srbije (*Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije*, br. 9/78) izdvojeno mišljenje dobilo svoje mesto u zasebnom članu (čl. 71), čijim je odredbama bilo predviđeno: da izdvojeno mišljenje predstavlja pravo i dužnost člana Suda koji ga izdvaja; da izdvojenim mišljenjem član Suda daje razloge za stav za koji se opredelio; da se može dati i izdvojeno mišljenje više sudija u zajedničkom tekstu; kao i da se u zaglavlju odluke o stvari na zahtev sudije koji je izdvojio mišljenje može uneti njegovo ime. Sledeća Odluka o postupku pred Ustavnim sudom Srbije iz 1989. godine (*Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije*, br. 31/89) u čl. 80 na istovetan način uređuje izdvojeno mišljenje, dok je odredbama čl. 28 Poslovnika o radu Ustavnog suda Republike Srbije (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 9/95) bilo predviđeno, da se izdvojeno mišljenje sudije objavljuje u Zbirci odluka Ustavnog suda u kojoj je objavljena i odluka povodom koje je mišljenje izdvojeno.

Rešenje koje je bilo propisano čl. 61 Poslovnika o radu Ustavnog suda (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 24/08 i 27/08-ispravka), je skoro identično rešenju koje poznaje važeći Poslovnik o radu Ustavnog suda (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 103/13). Odredbama čl. 60 važećeg Poslovnika,[9] izvršeno je

[8] Čl. 37 Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Srbije (*Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije*, br. 51/75).

[9] Sudija koji se protivi izreci, delu izreke, ili obrazloženju odluke Suda, ima pravo na izdvojeno mišljenje zasnovano na argumentima koje je izneo u toku većanja o predloženoj odluci, a sudija je dužan da usmeno najavi izdvojeno mišljenje na sednici Suda nakon donošenja odluke. Sudija je dužan da, u roku od sedam dana od dana prijema odluke čiji je tekst utvrđen od strane Redakcione komisije, dostavi predsedniku Suda pismeno obrazloženje izdvojenog mišljenja koje se sa odlukom objavljuje u "Službenom glasniku Republike Srbije" i biltenu odluka Suda, a da se do dostavljanja pismeno obrazloženog izdvojenog mišljenja, a najkasnije do isteka navedenog roka, odluka ne otprema na objavljivanje. Ako izdvojeno mišljenje nije dostavljeno predsedniku Suda do isteka navedenog roka, odluka se otprema radi objavljivanja, a naknadno dostavljeno izdvojeno mišljenje prilaže se ustavnosudskom predmetu i čini njegov sastavni deo. Izdvojeno mišljenje sudije objavljuje se u biltenu odluka Suda u kojoj je objavljena i odluka povodom koje je mišljenje izdvojeno. Sve

dodatno preciziranje instituta izdvojenog mišljenja, a predviđeno je po prvi put, bez obzira na zahtev sudije koji je izdvojio mišljenje, i obavezno objavljivanje izdvojenog mišljenja sa odlukom u "Službenom glasniku Republike Srbije" i biltenu odluka Suda, čime je ono dobilo pravi smisao koji izdvojeno mišljenje i treba da ima. Bez objavljivanja, izdvojeno mišljenje ne bi imalo posebnu vrednost, naročito ako se ima u vidu isključenje javnosti sa sednica Ustavnog suda i neodržavanje javnih rasprava.[10]

INSTITUT IZDVOJENOG MIŠLJENJA

Izdvojeno mišljenje i ustavnosudsko odlučivanje

Ustavnosudska funkcija je rezultat ličnih preferencija i ideoloških opredeljenja sudije, ograničena normativnim poretkom konfiguracije u kojem deluje i drugih institucija u političkom sistemu (R. Dvorkin). Ovako formulisana definicija ustavnosudske funkcije doprinosi boljem shvatanju vršenja misije ustavnog sudovanja.[11] Kruna navedene misije predstavlja donošenje ustavnosudske odluke, bez čijeg shvatanja se ne može ni pojmiti značaj izdvojenog mišljenja.

Ustavnosudske odluke su svedočanstva o nekom društvu, svedočanstva šta se u jednom društvu moglo, htelo i postiglo (O. Vučić). Međutim, slobodno se može dodati, i da su izdvojena mišljenja svojevrsna svedočanstva, pre svega o određenom sazivu ustavnog suda, tj. o sudijama koje su činile taj saziv, ali i svedočanstva o tome šta se smelo i koliko se moglo postići u datom trenutku. Izdvojeno mišljenje predstavlja odraz odluke. Odluka je bitnija od izdvojenog mišljenja

prethodno navedene odredbe ovog člana shodno se primenjuju i na zajedničko izdvojeno mišljenje više sudija.

[10] Detaljnije o javnosti rada Ustavnog suda, kao i sprezi izdvojenog mišljenja i javnosti rada Ustavnog suda Srbija vid. B. Jović, "Prilog pitanju javnosti rada Ustavnog suda", *Fondacija centar za javno pravo iz Sarajeva*, 2016. Na ovom mestu bih samo napravio malu digresiju, u navedenom radu je istakuto da izdvojeno mišljenje, pored ostalog, daje mogućnost sudiji da zainteresuje javnost da se uključi u raspravu o nekom značajnom pitanju. Međutim, u skladu sa kasnijim zapažanjima autora, ovakvo uključivanje, predstavlja *post festum* reakciju, zbog toga što je odluka već doneta i što ona sada proizvodi određena pravna dejstva, pa bi ovakvo uključivanje javnosti moglo biti u potpunosti bespredmetno. Stoga, bi javnost oko najvažnijih državotvornih pitanja trebalo uključiti znatno ranije (npr. kroz javne rasprave, verovatnije ili javne sednice, što je manje verovatno), kako u ključnim pitanjima ne bi izostala neophodna reakcija i podrška javnosti.

[11] Rad sudija ustavnog suda je misija, ne službovanje (*Claire L'Heureux-Dubé,* Kler L. Dibi nekadašnja sudija Vrhovnog suda Kanade). C. Ribičič smatra da "u toj misiji, umesto pragmatizma mora da se afirmiše načelnost, umesto pristrasnosti uravnoteženost, umesto konformizma lična hrabrost, umesto slepog podređivanja načelno insistiranje na sopstvenom uverenju i umesto pravnog formalizma zalaganje za pravičnost". Ciril Ribičič, *Ljudska prava i ustavna demokratija – Ustavni sudija između negativnog i pozitivnog aktivizma*, JP Službeni glasnik, Beograd 2012, 20 i 157.

i bez nje se ne može, ali je "odluka bez izdvojenih mišljenja kao jelo bez začina".[12] Mali broj izdvojenih mišljenja predstavlja vrednost samu po sebi.[13] Vrednost izdvojenih mišljenja leži u vrednosti i jačini argumenata iznetim u njima, ali svakako ona ne zamenjuju odluku.[14] Potpunu vrednost daje spoj izdvojenog mišljenja i odluke povodom koje je napisano to mišljenje. Uz pomoć izdvojenih mišljenja se stiče potpuniji uvid u ustavnosudsko odlučivanje u konkretnom predmetu, relaksira se princip tajnosti većanja i glasanja kroz otkrivanje glasova i načina razmišljanja sudija koji se nisu složili sa donetom odlukom. U pojedinim država, među kojima su Nemačka (država sa centralizovanim sistemom kontrole ustavnosti) i Sjedinjene Američke Države (država sa decentralizovanim sistemom kontrole ustavnosti), postoji mogućnost objavljivanja odnosa i broja glasova sudija koji su doneli odluku. U novijoj praksi Saveznog ustavnog suda Nemačke sve se češće primenjuje model po kome se u samoj odluci navode različita mišljenja sudija, što dovodi do toga da sa jedne strane imamo "sudije koji nose odluku" i "one koji odluku ne nose".[15]

Donošenjem zajedničke odluke, sudije su zaklonjene "kolektivnim kišobranom odlučivanja". Javnost nema uvid u to ko je od sudija kako glasao, koje argumente je izneo prilikom većanja, ali kada sudija napiše izdvojeno mišljenje u njemu mora izneti svoje argumente zbog čega u konkretnom slučaju nije mogao da podrži većinsku odluku. Kolektivno razmišljanje kao takvo ne postoji. Odluka je zapravo zbir svih većinskih gledišta, tj. sličnih individualnih razmišljanja o određenom pravnom pitanju. Takva zajednička shvatanja se pretaču u jedinstvenu odluku, odluku suda, protiv koje sudije čija su gledišta ostala u manjini mogu da napišu izdvojeno mišljenje, kao čin ličnog neslaganja sa odlukom. Za razliku od odluke koja obavezuje svakoga, izdvojeno mišljenje obavezuje samo svog autora. Međutim, ono neminovno može dovesti do promene stava ustavnog suda i drugačijeg odlučivanja u budućnosti, jer ono što je u datom trenutku neprihvatljivo, može postati u bližoj ili daljoj budućnosti pravilo. Istorija nam neprestano potvrđuje, da ono što je u nekom trenutku jeres, ne retko postaje dogma u budućno-

[12] Isto, 20.

[13] Suprotnog je gledišta dugogodišnja sudija Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, R. Ginsburg (*Ruth Bader Ginsburg*), koja *smatra da je merilo vrednosti dobrog izdvojenog mišljenja njegovo samo postojanje i razumljivost, nezavisno od mišljenja većine*. Julia Laffranque, "Dissenting Opinion and Judicial Independence", *Juridica International – Law Review*, (ed. Jaan Sootak), University of Tartu, Tartu-Estonia VIII/2003, (pp. 162-172), 171.

[14] Isto.

[15] *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog suda* (jubilarno izdanje), (ur. Edin Šarčević) Fondacija Konrad Adenauer i Program pravna država – Jugoistočna Evropa, Beograd 2010, 42.

sti.[16] U skladu s tim, nekadašnja sudija Vrhovnog suda Kanade Kler L. Dibi (*Claire L'Heureux-Dubé)*, institut izdvojenog mišljenja naziva "pesmom budućnosti". Da je ovakvo zapažanje opravdano, pokazalo se mnogo pre navede formulacije sudije K. Dibi, još s kraja 19. veka u Sjedinjenim Američkim Državama, kada se sudija Vrhovnog suda Džon M. Harlan (*John Marshall Harlan*), u predmetu *Plessy v. Ferguson*, oštro suprotstavio doktrini "jednaki ali odvojeni", ističući da ustav mora biti slep za boju kože kako ne bi doveo do nepoverenja i predrasuda među rasama. Ovakvo tada jeretičko gledište sudije Harlana je dovelo do promene stava Vrhovnog suda (*Supreme Court of the United States*), ali tek četrdesetak godina nakon njegove smrti i pedesetak godina od nastanka ovog izdvojenog mišljenja (jednog od najpoznatijih u istoriji).[17] Što samo potvrđuje tezu da sudija uvek mora da zastupa svoj stav, koji ne mora u datom trenutku biti priznat i prepoznat od strane većine, ali koji vremenom može postati gledište većine.

U poređenju sa odlukama ustavnih sudova koje su u kontinentalnom pravu standardizovane i strogo formalizovane, izdvojena mišljenja više nalikuju odlukama angloameričkih sudova, pre svega Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država. S obzirom na to da izdvojena mišljenja najčešće pišu sudije-profesori, tj. sudije koje se pored ustavnosudskog poziva bave teorijom (njihov stil izražavanja je slobodniji, baršunastiji i životniji), ona često podsećaju na naučne članke i eseje, imaju mnogo slobodniju formu od odluka i nose lični pečat sudije koji ih je stvorio. Zato i ne čudi što se u pojedinim državama izdvojena mišljenja imenuju po sudijama koji su ih napisali. Zbog toga se neki autori zalažu, da i odluke ustavnih sudova budu oblikovane slobodnije, sadržinski bogatije, a "ne samo crno bele, već i deklaratorne i interpretativne".[18]

Kako ustavni sud donosi odluke koje su konačne, izvršne i opšteobavezne,[19] koje se ne mogu preispitivati i koje važe za sve, ovakva priroda ustavnosudskih odluka neminovno uslovljava mogućnost postojanja izdvojenih mišljenja. Imajući u vidu i to da se izdvojena mišljenja "donose" nakon same odluke, samim tim se može reći da su ona posebna privilegija koja se daje ustavnim sudijama, koja neminovno ide u prilog jačanju sudijske nezavisnosti i samostalnosti. Izdvojeno mišljenje je samim tim izraz i potvrda stvarne slobode sudije ustavnog suda, ali

[16] "Rečima Persivala E. Džeksona (*Percival E. Jackson*), izdvojeno mišljenje danas može biti jeretičko da bi sutra postalo dogma". C. Ribičič, 139.

[17] Detaljnije o ovome vid. Isto, 153.

[18] Isto, 22.

[19] Boštjan Zupančič pravi razliku između tri stepena obaveznosti ustavnosuskih odluka. Od prvog *de facto* nivoa obaveznosti koji se isključivo oslanja na logiku *stare decisis* doktrine i koji je najmanje transparentan, preko *de iure* nivoa gde je jasno i transparentno zakonom određena opštaobaveznost ustavnosudskih odluka, do najvišeg nivoa gde odluke ustavnog suda postaju *pravni izvor* i samim tim ugrožavaju primat zakonodavca nad stvaranjem pravnih normi. Isto, 33-34.

i jedno od najvažnijih jemstava njegove nezavisnosti (personalne nezavisnosti), kao i nezavisnosti ustavnog suda u celini (B. Nenadić).

Kraći uporednopravni osvrt

Koren nastanka izdvojenog mišljenja je u sistemu iz koga je potekao, a ogleda se u drugačijem načinu donošenja odluka u anglosaksonskom (odluka nastaje kao rezultat javne debate) i kontinentalnom pravu (odluku donose karijerne sudije na nejavnim sednicama-tajnost većanja i glasanja),[20] ali i u političkoj, odn. ideološkoj razlici koja postoji među sudijama. Suština ovakvog gledišta je pojačani strah u kontinentalnom pravu od postojanja izdvojenog mišljenja, a sve u cilju zaštite sudijske nezavisnosti, kao važnog elementa načela vladavine prava (*rule of law*).

U današnje vreme većina ustavnih sudova u svetu poznaje institut izdvojenog mišljenja. Mali je broj ustavnih sudova/saveta/tribunala u kojima ne postoji mogućnost pisanja izdvojenog mišljenja (Italija, Austrija, Francuska, Belgija), a čini se da kao glavni razlog ovome, stoji zaštita tajnosti većanja i glasanja,[21] ali i bojazan da bi personalizacija mišljenja sudija, dala preveliku vlast sudstvu kao posebnoj grani vlasti[22]. Međutim, postoje i suprotni primeri. U Španiji, kao državi koja baštini kontinentalno pravo, pored ustavnih sudija i sudije redovnih sudova (Vrhovnog suda) mogu pisati izdvojena mišljenja, što čini Španiju jedinom državom u Zapadnoj Evropi koja omogućava prošireno korišćenje izdvojenog mišljenja.[23] Sa druge strane, neki ustavi izričito zabranjuju mogućnost pisanja izdvojenih mišljenja (Ustavom Irske je izričito zabranjeno Vrhovnom sudu da

[20] J. Laffranque, 164.

[21] Marieta Safta, "The role of dissenting and concurring opinions in the constituional jurisdiction", *Perspectives of Business Law Journal*, (ed. Cătălin-Silviu Săraru), Bucharest University of Economic Studies and Society of Juridical and Administrative Sciences, Bucharest 2016, Vol. 5, Issue 1, (pp. 207-213), 2010. Ovde se takođe može naći širi uporednopravni prikaz izdvojenih mišljenja u sudovima drugih država.

[22] Arne M. Mavčič, "Importance of the dissenting and concurring opinions (separate opinions) in the development of the constitutional and judicial review with a special reference to the Slovenian practice", Black sea regional conference, Batumi-Georgia 2010, 6. *http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-JU(2010)016-e.aspx*, 13. avgust 2017. godine.

[23] Detaljnije o ovome vid. Vittoria Barsotti, "The importance of being open. Lessons from abroad for the Italian Constitutional Court", *Italian Journal of Public Law*, (eds. M. Cartabia, G. Della Cananea), Bocconi University, Milano-Italy Vol.8, Issue 1/2016, (pp. 28-36), 31. Kao i Katalin Keleman, "Dissenting Opinions in Constitutional Courts", German Law Journal, (eds. M. Goldmann, R.Miller, J. Mulder, E. V. Towfigh, F. de Witte), Charlottesville-Virginia 2013, Vol. 14, No. 8, (pp. 1345-1371), 1349.

objavljuje izdvojena mišljenja u većini ustavnih sporova),[24] dok je na primer u Estoniji i sudijama porotnicima dozvoljeno da pišu izdvojena mišljenja ako ostanu u manjini.[25] Evropski sud za ljudska prava u Strazburu (*European Court of Human Rights*) poznaje institut izdvojenog mišljenja, dok je izdvojeno mišljenje podjenkako potrebno i Evropskom sudu pravde u Luksemburgu (*European Court of Justice*) koji ipak ne daje mogućnost svojim sudijama koji ostanu u manjini, da to i obznane kroz izdvojeno mišljenje.

Izdvojeno mišljenje danas, poznaju zemlje anglosaksonskog prava i one koje su potekle iz njega (Kanada, SAD, Pakistan, Indija), ali zbog opšte migracije ustavnih ideje, razlike koje su postojale između anglosaksonskog i kontinentalnog prava sve više blede, tako da i brojnim državama kontinentalnog prava nije danas strana primena ovog instituta (Španija, Nemačka, Srbija, Grčka, Rusija), kao i ostalih brojnih pravnih instituta koji neprestano migriraju iz jednog sistema u drugi.

Međutim, sami začeci primene ovog instituta datiraju još od XV veka na tlu Španije i XIX veka na području savezne države Baden u Nemačkoj, ali je svakako Savezni ustavni sud Nemačke (*Bundesverfassungsgericht*) pionir u primeni instituta izdvojenog mišljenja na tlu Evrope.[26] U početku nije bilo opšteg konsenzusa oko objavljivanja nesaglasja među sudijama (izdvojenih mišljenja-protivljenja sudija odluci), pre svega zbog straha da se njima ne naruši ionako krhki sistem ustavnog sudovanja, koji se uspostavljao u ovoj državi nakon Drugog svetskog rata. Praksa Suda je opovrgla ovakvo gledište, i već u decembru 1952. godine je prvi put objavljen odnos glasova prilikom odlučivanja, kako bi se sprečile neistinite glasine u predmetu koji je bio od neizmernog državnog značaja, a sudija Vili Gajger (*Willi Geiger*) je deset dana kasnije objavio svoje izdvojeno mišljenje. Ovakav stav nije postao praksa Suda, već je dolazilo do oscilacija u zavisnosti od slučaja do slučaja sve do 1971. godine, kada je zakonodavac definitivno uredio sporno pravno pitanje, dajući mogućnost Saveznom ustavnom sudu da objavljuje izdvojena mišljenja (potvrdna i odbijajuća), ali i otkriva odnos glasova za i protiv bez, navođenja imena sudija.[27] Španija za razliku od Nemačke, još od samog osnivanja, daje mogućnost sudijama Ustavnog suda (*Tribunal Constitucional de España*), na izdvojeno mišljenje.[28] Višedecenijska praksa u radu ovih ustavnih sudova obiluje brojnim kvalitetnim izdvojenim mišljenjima, ali i kulturom koja od-

[24] V. Barsotti, 31 fn. 9.

[25] Što je čini drugom državom u Evropi, pored Španije, koja omogućava pisanje izdvojenih mišljenja sudijama redovnih sudova. J. Laffranque, 166.

[26] K. Keleman, 1347.

[27] Detaljnije o ovome vid. Isto, 1348 i dalje.

[28] Ali ne treba zaboraviti da je Nemački Savezni ustavni sud ustanovljen Osnovnim zakonom Nemačke (*Grundgesetz*) od 1949. godine, a Ustavni sud Španije tek Ustavom od 1978. godine.

likuje sudije ovih sudova da izdvoje mišljenje i da na taj način promovišu svoj stav u situaciji kada ne mogu da podrže većinsku odluku.

Ne treba nikako zaboraviti sudije Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, koji od samih začetaka njegovog rada, obilato koriste mogućnost da obznane svoja neslaganja sa većinskom odlukom i na taj način dodatno upoznaju javnost sa svojim radom. Što i ne čudi s obzirom na uticaj koji javnost ima na rad ovog organa. Statistički podaci idu u prilog ovim navodima, pa su tako sudije Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u periodu od 1990. do 2007. godine u 62% slučajeva napisale jedno ili više izdvojenih mišljenja. U Saveznom ustavnom sudu Nemačke broj jedva da prelazi 6%, a u Ustavnom sudu Španije taj broj je nešto veći nego u Nemačkoj i iznosi 12,7% (od 1981. do 2008. godine), što je svakako daleko ispod američkog proseka.[29]

Iako će posebno biti reči o Ustavnom sudu Srbije, od 12. decembra 2007. godine kada je polaganjem zakletve 10 izabranih/imenovanih sudija konstituisan Sud, pa sve do isteka mandata 9 sudija i poslednje sednice Suda 9. decembra 2016. godine, što će ujedno biti i opseg posmatranja objavljenih izdvojenih mišljenja prvog saziva Ustavnog suda po Mitrovdanskom ustavu od 2006. godine, ukupno je rešeno 62.971 predmet,[30] od čega je jedan ili više sudija u samo 46 predmeta izdvojio mišljenje, što izlazi negde oko 0,07%.[31] Imajući u vidu ukupan broj obrađenih predmeta, koji je nesporno poprilično visok, ovakav odnos donetih odluka i izdvojenih mišljenja u nas, neminovno pokazuje na nedostatak kulture pisanja izdvojenih mišljenja u Srbiji. Možda je tome pogodovala i uključenost javnosti u rad Suda kroz prisustvo na skoro svim sednicama koje su sve do 2012. godine bile dostupne javnosti, od kada, javnost ima uvid u rad Suda isključivo preko javnih rasprava (kojih skoro i da nema) i obaveštenja koja se nakon sednica stavljaju na sajt Suda.[32] Međutim, isključenje javnosti iz rada Suda, kroz isključenje sa javnih sednica, ipak nije navelo sudije da u većem broju iznose svoja neslaganja sa donetim odlukama kroz izdvojena mišljenja, te se bez obzira na to primećuje da su te-

[29] K. Keleman, 1365 fn. 88. Međutim, mora se imati i u vidu broj predmeta koji godišnje obrade navedeni sudovi. Vrhovni sud SAD ima poseban metod odabira predmeta (metod pozitivne selekcije) i u njemu se godišnje slobodnim odabirom izdvoji i obradi znatno manji broj predmeta nego u Španiji, Nemačkoj, pa i Srbiji (primetio B. J.).

[30] Pregled rada Ustavnog suda u 2016. godini sa osvrtom na rad Ustavnog suda u periodu decembar 2007-decembar 2016. godine, iz koga su preuzeti navedeni podaci, nalazi se na internet strani Ustavnog suda (*www.ustavni.sud.rs*, 14. avgust 2017. godine).

[31] Istraživanje koje smo sproveli analizirajući odluke suda u kojima je bilo obajvljenih izdvojenih mišljenja će biti posebno prikazano u radu, kao i svi predmeti u kojima su sudije izdvojile mišljenja.

[32] B. Jović (2016), 8 i dalje.

oretičari među sudijama bili revnosniji i istrajniji u odbrani svojih stavova kroz pisanje izdvojenih mišljenja od sudija koji su potekli iz uprave i pravosuđa.

Teorijski aspekti i definisanje instituta

Ako pođemo od načina na koji je definisano izdvojeno mišljenje u važećem poslovničkom rešenju (*Sudija koji se protivi izreci, delu izreke, ili obrazloženju odluke Suda, ima pravo na izdvojeno mišljenje zasnovano na argumentima koje je izneo u toku većanja o predloženoj odluci*), ono se ni po čemu ne razlikuje od uobičajene definicije koja je zastupljena u teoriji. Ovakvim uređenjem izdvojenog mišljenja je data izričita mogućnost sudiji koji se protivi izreci ili njenom delu, kao i obrazloženju odluke, da shvatanja i argumente koje je usmeno izložio prilikom većanja, iznese još jednom u pisanom obliku i na taj način privuče pažnju javnosti o nekom važnom pitanju kojim se ustavnosudska odluka bavi. Svoja neslaganja sa stavom većine izraženim u odluci Suda, kroz izdvojena mišljenja mogu (javno) dati sudije pojedinci, ponekad i više sudija u istoj odluci, svaki ponaosob, ali i svi zajedno. Takođe, sudija pojedinac ili više sudija se mogu i pridružiti, tj. saglasiti sa izdvojenim mišljenjem drugog sudije ili zajedničkim izdvojenim mišljenjem, što se najčešće čini u vidu kraće izjave uz izdvojeno mišljenje. Izdvojena mišljenja u pojedinim državama mogu biti data usmeno na zapisnik ili pisano, mogu se objavljivati ili ne, a ponegde mogu dovesti u toku postupka odlučivanja i do preispitivanja donete odluke koja još uvek nije ekspedovana iz suda (tzv. revotacija ili ponovno glasanje). U radu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, postoje i tzv. pluralna mišljenja (*plurality opinion*), koja mogu da čine sastavni deo odluke ili da idu posebno uz nju, a njima se iznose sva mišljenja zastupana u raspravi, ali se sud ne opredeljuje za bilo koje rešenje, jer nijedno predloženo rešenje nije dobilo većinu glasova svih sudija.[33]

Na osnovu navedenog, se može zaključiti da postoje dve vrste izdvojenih mišljenja a) odbijajuća izdvojena mišljenja – izdvojena mišljenja koja su nastala kao rezultat neslaganja sudija sa izrekom/tenorom i obrazloženjem odluke (*dissenting opinion*)[34] i b) potvrdna/saglasna izdvojena mišljenja – izdvojena mišljenja kod kojih se sudije ne slažu sa (ustavnopravnim) razlozima na kojima odlu-

[33] Detaljnije o ovome vid. Predrag Vukasović, "Vrhovni sud SAD – organizacija, funkcije, rana istorija", *Uvod u pravo SAD* (ur. Jovan Ćirić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2008, 127.

[34] Treba napomenuti i to, da se u anglosaksonskoj literaturi pravi razlika između prostog neslaganja/protivljenja odluci (*dissent*) i izdvojenog mišljenja (*dissenting opinion*). Samo neslaganje jednog ili više sudija sa većinskim mišljenjem, ne mora uvek da dovede do nastanka izdvojenog mišljenja. Najčešće će sudija u određenom predmetu samo glasati protiv odluke, ali neće pisati izdvojeno mišljenje. U Nemačkoj se svako protivljenje odluci Saveznog ustavnog suda naziva izdvojeni glas (*Sondervotum*), takav glas se priključuje odluci Senata koju potpisuju sve sudije i objavljuje se zajedno sa tom odlukom. Izdvojeni glas se često poistovećuje sa izdvojenim mišljenjem (*abweichen-*

ka počiva, tj. sa njenim obrazloženjem, ali su saglasne sa ishodom prosuđivanja (*concurring opinion*).[35]

Važno je još jednom naglasiti da bez objavljivanja, pisanje izdvojenog mišljenja ne bi imalo nikakvog smisla. Jedan od zadataka izdvojenog mišljenja se upravo ogleda u tome da okupi i privuče pažnju javnosti u ustavnosudskom predmetu koji može imati širi društveni značaj. Tu privilegiju koju poseduju ustavne sudije, treba koristiti umereno i samo onda kada se zaista oseti potreba za obnarodovanjem drugačijeg stava od onog koji je izražen u odluci suda.[36] Prekomerno korišćenje ovog instituta bi više štetilo, nego koristilo kako sudijama tako i samom sudu, jer institut izdvojenog mišljenja daje mogućnost sudiji koji ga piše, da iznese poslednju reč u predmetu.[37] Zbog toga sudije, svoja neslaganja kroz izdvojena mišljenja treba da iznesu samo u najvažnijim (državotvornim) pitanjima oko kojih nema kompromisa, jer bi na taj način pokazali težnju za konstruktivnim radom i izradom kvalitetnih odluka, a ne sklonost ka ličnoj promociji.

Stoga, neki autori, s pravom primećuju da je izdvojeno mišljenje pravo, ali i dužnost sudije koji je glasao protiv odluke (C. Ribičič). Pravo je zbog toga što sudija može da obrazloži zbog čega nije mogao da podrži rešenje za koje je glasala većina ustavnih sudija, odn. u čemu se ne slaže sa tim rešenjem, ali sa druge strane, kada se sudija protivi nekoj odluci većine, od njega se i očekuje da to svoje protivljenje iznese u izdvojenom mišljenju, jer kao što većina mora podrobno u obrazloženju da objasni zašto je stala iza neke odluke, tako se i od onih koji nisu podržali odluku može očekivati da obrazlože to svoje protivljenje.[38]

Pozitivnopravno rešenje izdvojenog mišljenja je u potpunosti usklađeno sa teorijskim shvatanjima ovog instituta. Jedna od novina koju predviđa važeće rešenje, se ogleda u tome, što sudija mora izneti argumente iz budućeg izdvojenog

---

de Meinung), a spominje se još i saglasno izdvojeno mišljenje (*abweichende Meinung nur in der Begründung*). Vid. J. Laffranque, 163.

[35] Upor. Olivera Vučić, Vladan Petrov, Darko Simović, *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika – teorija, norma, praksa*, Dosije studio, Beograd 2010, 164; Dragan Stojanović, *Ustavno pravosuđe – Ustavno procesno pravo*, Sven, Niš 2016, 201; Dragan Stojanović, *Ustavno pravo*, Sven, Niš 2013, 503; B. Nenadić, 174; J. Laffranque, 163; B. Jović (2015), 42.

[36] Neki teoretičari prave razliku između odluke ustavnog suda koja se donosi jednoglasno i većinske odluke koja se donosi većinom glasova svih sudija, ali kod koje postoje sudije koje su glasale protiv takve odluke. U praksi Ustavnog suda Srbije, svaka odluka (izraz odluka se koristi kao generički izraz za sve akte koje donosi Sud – Odluka, rešenje i zaključak) Malih i Velikih veća bi bila odluka Suda, jer se donosi jednoglasno, a sve odluke koje se donose na sednici Ustavnog suda bi bile ili odluke Suda ili većinske odluke, u zavisnosti od toga da li su donete jednoglasno ili većinom glasova. Autor ovog rada ipak smatra da je svaka odluka koju donese većina sudija u skladu sa zakonom, odluka samog Suda.

[37] Vid. D. Stojanović (2016), 202; C. Ribičič, 21.

[38] C. Ribičič, 144-145.

mišljenja još prilikom većanja. S obzirom na položaj koji sudija ima pisanjem izdvojenog mišljenja, ovakvo rešenje ima smisla i pravično je, jer argumenti sudija koji se prilikom većanja protive predlogu odluke, mogu uticati na ishod donošenja odluke kroz glasove preostalih sudija koji im se mogu prikloniti. To nikako ne znači da sudija koji piše izdvojeno mišljenje ne može i nešto dodati, ali se suština njegovog izdvojenog mišljenja mora zasnivati na argumentima koje je sudija izneo na sednici još prilikom većanja. Međutim, nedostatak pozitivnopravnog rešenja može biti kratak rok za pisanje izdvojenog mišljenja (samo sedam dana), koji može biti prevaziđen davanja mogućnosti sudiji da zatraži na sednici Suda produženje roka/dodatni rok za pisanje izdvojenog mišljenja, nešto poput nemačkog rešenja koje je mnogo fleksibilnije i bolje postavljeno od srpskog (rok za pisanje izdvojenog mišljenja iznosi tri nedelje od donošenja odluke, ali taj rok odlukom Senata može biti produžen).[39]

Argumenti pro et contra za pisanje izdvojenog mišljenja

Kada većina izglasa odluku, koja samim tim postaje odluka suda, ustavni sudija koji se usprotivi njenoj izreci i/ili obrazloženju, a koji je ostao u manjini, ima pravo da javno iznese i napiše u svom izdvojenom mišljenju argumente zbog kojih nije stao iza većinske odluke. Ako sudija samo iznese neslaganje sa nekom odlukom, a ne napiše izdvojeno mišljenje, bez obzira na razloge kojima se rukovodio prilikom takvog rezonovanja, možemo reći da takva odluka nije potpuna. Spoj odluke i izdvojenog mišljenja u konkretnom predmetu, daje mogućnost javnosti (opštoj i stručnoj) da stekne potpuniju sliku o ustavnosudskom odlučivanju. Javnost na taj način ima mogućnost da se upozna sa argumentima i jedne i druge strane i da tako prodre u suštinu samog ustavnog sudovanja, potpunije sagledavajući stvari. Autor izdvojenog mišljenja mora posebno obratiti pažnju prilikom njegovog pisanja, na činjenice i podatke koje u njemu sme i može izneti. Treba svakako da iznese argumente koje je već izneo (usmeno) prilikom većanja, ali ne sme previše da otkrije detalje sa nejavnih sednica, tj. mora da bude obazriv kada iznosi argumente i razmišljanja drugih sudija, kako ne bi povredio princip tajnosti većanja i glasanja, koji je ovde u direktnoj koliziji sa principom slobode izraža-

[39] Naravno ovde treba imati u vidu i to da srpsko rešenje daje rok od sedam dana od dana prijema odluke čiji tekst je utvrđen od strane Redakcione komisije, što će svakako dati sudiji još najmanje par dana za pisanje izdvojenog mišljenja, a možda i više, zbog toga što se trenutak usvajanja sporne odluke i sednica Redakcione komisije retko poklope u istoj nedelji. Imajući u vidu broj donetih odluka, u ne malom broju predmeta je dolazilo do toga da pojedine sudije glasaju protiv neke odluke i najave na sednici (to mogu biti sednice Velikih veća kada sudija podrži odluku, odn. njen dispozitiv, ali se usprotivi njenom obrazloženju, ili sednica Suda kada sudija glasa protiv dispozitiva i/ili razloga navedenih u obrazloženju) izdvojeno mišljenje koje nikada ne stignu da napišu ili prosto odustanu od toga zbog brojnih obaveza koje imaju u Ustavnom sudu.

vanja. Naime, kako bi uskladio navedene pravne principe, sudija koji se odluči da javno iznese svoje protivljenje odluci kroz izdvojeno mišljenje, mora da nađe pravu meru i pomirljiv ton.

Do izdvojenog mišljenja neće doći, ako sudija bude dovoljno sugestivan i uverljiv, i na sednici ubedi ostale sudije u ispravnost svojih stavova, tj. ako na vreme uoči problem koji ne vide svi i jačinom svojih argumenta na pravi način ubedi ostale sudije da preispitaju svoja gledišta. Međutim, ako u tome ne uspe, jedino sredstvo za kojim može posegnuti jeste pisanje izdvojenog mišljenja, i u tome se upravo ogleda, sa jedne strane, njegova nemoć u datom slučaju, a sa druge strane hrabrost, doslednost i nepokolebljivost koju nesporno poseduje, jer se suprotstavlja odluci većine.[40] To nužno ne mora da bude poraz sudije, jer ako nekada dođe do promene stava suda i donošenja drugačije odluke, možemo slobodno reći da je on ranije izgubio butku, ali da je vršeći svoju ustavnosudsku dužnost, ipak dobio rat.

Brojni su argumenti koji idu u prilog, odnosno opovrgavaju primenu ovog instituta. Mnogi argumenti se mogu svrstati kako u korist, tako i protiv korišćenja izdvojenog mišljenja, sve u zavisnosti od konteksta u kom se posmatraju. U teoriji i praksi, preovladava stav da izdvojeno mišljenje više doprinosi nego šteni ugledu suda, i da bi njegovim ukidanjem znatno bio narušen princip slobode izražavanja sudija, kao i efikasno ostvarivanje ustavne funkcije.

Pojedinci se obično uzdržavaju od pisanja izdvojenih mišljenja, kako ne bi umanjili autoritet i značaj suda i njegovih odluka, ali i otežali njegov rad i odužili raspravu u pojedinim predmetima.[41] Takođe se smatra, da izdvojeno mišljenje služi za ostvarenje ličnih ambicija sudija, zadovoljenje sujete, skretanje pažnje na sebe i izdvajanje od ostatka saziva. Neke sudije verovatno pišu izdvojena mišljenja samo kako bi se kroz suprotstavljanje kolegama lično promovisale, ali i kako bi izazvale sumnju u ispravnost rešenja suda. Međutim, većina sudija nije sklona takvom načinu razmišljanja. Neki autori ističu da niko nije zainteresovan za manjinsko mišljenje, a da pored toga izdvojeno mišljenje nije dobro za ustavne sudove imajući u vidu to, da je ustavno pravo isuviše politički osetljiva oblast da bi se dozvolile različite interpretacije kroz izdvojeno mišljenje. Sudija koji izdvaja mišljenje nesporno privlači pažnju javnosti, te tako postaje važniji (pojedinac) od samog instituta sudije, što se naročito zamera ovom institutu, zbog čega bi po mišljenju nekih trebalo izbeći njegovo objavljivanje.[42]

---

[40] C. Ribičič, 138-139.

[41] Pored toga, mnogi smataraju da je pisanje izdvojenih mišljenja dodatna aktivnost na dobrovoljnoj bazi, od koje nema koristi. Ovakvo pogrešno razmišljanje, po stavu C. Ribičiča, jeste svojstveno sudijama redovnih sudova. Isto, 146-147.

[42] Upor. D. Stojanović (2016), 202; Dragan Stojanović (2013), 503; V. Barsotti, 32; B. Nenadić, 175; O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, 165; J. Laffranque, 170-171; B. Jović (2015), 42; Mari-

Argumenti koji idu u prilog izdvojenom mišljenju su podjednako brojni kao i argumenti koji mu oponiru. Sama pretnja postojanja mogućnosti pisanja izdvojenog mišljenja može da utiče na kolegijum suda da ozbiljnije i kvalitetnije priđe izradi odluke, tj. da svestranije razmotri slučaj i sve argumente, a ne da sudije prostim preglasavanjem odluče u takvom sporu. Od ovakvog načina odlučivanja korist ima sud u celini, čija će odluka biti upotpunjena svestrano razmotrenim argumentima svih sudija. Pisanjem izdvojenog mišljenja slučaj postaje zanimljiviji, ali se i uvećava značaj sudije pojedinca, koji ima mogućnost da se kroz izdvojeno mišljenje odupre svim pritiscima, pokaže svoju autonomnost, edukuje građane, ali i da se odbrani u očima javnosti i skine odgovornost sa sebe za donetu odluku. Najveći značaj izdvojenog mišljenja se ogleda u povećanju transparentnosti postupka i interesovanja javnosti, kao i mogućnosti promene odluke suda kroz buduće preispitivanje stava, što sve neminovno dovodi do jačanja autoriteta suda i povećanja pravne svesti društva za bolje razumevanje presuda, ali i do dinamičkog tumačenja ustava koje ostavlja prostora za njegove buduće interpretacije. Pored svega toga, mnoštvo mišljenja ukazuje i na kompleksnost ustavne interpretacije.[43]

Kao dvojni argument se može navesti eventualni uticaj koji preko izdvojenih mišljenja mogu na sudije da ostvare političke stranke i drugi politički činioci, ugrožavajući funkcionisanje institucije i ukazujući na eventualnu politizaciju i pristrasnost sudija. Međutim, po mišljenju autora, pitanje izdvojenog mišljenja upravo može dovesti do suprotne situacije, zato što će češće sudija kroz izdvojeno mišljenje pokazati svoju nezavisnost i nepristrasnost nego politizaciju. Sudije mogu pokazati politizaciju isključivo ako postoji oštra ideološka podela među njima ("tabori"), kao u Americi na konzervativce ili liberale, pa bi na taj način izdvojena mišljenje bila i odraz oštre političko-ideološke podele među sudijama.

Još jedan dvojni argument se ogleda kroz sudsku nezavisnost, koju treba da omogući i princip tajnosti većanja i glasanja, a kome se direktno suprotstavlja institut izdvojenog mišljenja. Neki autori smatraju da izdvojeno mišljenje ugrožava navedeni princip, jer sudije u strahu od eventualnog reizbora,[44] ne da daju pun

eta Safta, 2010-2011; Danka Gurdeljević, *Institut izdvojenog mišljenja i ustavno pravosuđe – praksa Ustavnog suda Republike Srbije* (master rad), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 16-18.

[43] Upor. D. Stojanović (2016), 202; Dragan Stojanović (2013), 503; V. Barsotti, 32; B. Nenadić, 175; O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, 165; J. Laffranque, 170-171; B. Jović (2015), 42; Marieta Safta, 2010-2011; D. Gurdeljević, 16-18.

[44] Autor je i u preostalim dosadašnjim radovima, koji se bave ovom materijom, isticao, da mogućnost reizbora ne treba da postoji za sudije ustavnog suda. Odredbom čl. 172 st. 6 Ustava Republike Srbije od 2006. godine, nažalost takva mogućnost je predviđena za sudije Ustavnog suda, što bi po mišljenju autora prvim izmena Ustava trebalo ukinuti, uz eventualno povećanje trajanja mandata sa 9 na 12 godina.

doprinos ustavnosudskom odlučivanju. Ovako postavljen institut izdvojenog mišljenja bi se mogao posmatrati kao instrument političkog uticaja na sudiju pojedinca i na sud u celini. Mada se u praksi Ustavnog suda Srbije pokazalo upravo suprotno, jer sudije koje su pisale izdvojena mišljenja, bile su pravi primer nezavisnih i nepristrasnih sudija, koje kako je pokazao i reizbor sproveden decembra 2016. godine, pišući izdvojena mišljenja koja su često bila suprotna shvatanjima "političke elite", ali svakako u saglasju sa shvatanjima struke, nisu uopšte marile za mogućnost reizbora, već su hrabro znalački branile svoje stavove i ubeđenja, i na koncu nezavisnost Suda u celini.

Odluci kao zbiru kompromisom izbalansiranih principa i stavova, izrazito smeta pisanje izdvojenog mišljenja, a kako bi izdvojena mišljenja ostvarila svoju svrhu, moraju biti ograničena u broju, izrađena na pristojan i odgovarajući način i predstavljena ostalim sudijama još za vreme sednice.[45]

PRAKSA USTAVNOG SUDA SRBIJE (2007-2016)

Ustavni sud Srbije se nažalost ne može pohvaliti nekom brojnom i značajnom praksom kada se radi o izdvojenim mišljenjima. Period posmatranja, u ovom radu, će biti ukupno delovanje prvog saziva Ustavnog suda po Ustavu od 2006. godine (12. decembar 2007. godine – jun 2010. godine – 9. decembar 2016. godine)[46], koji su činile sudije: dr Olivera Vučić, dr Bosa Nenadić, Katarina Manojlović Andrić, Predrag Ćetković, Vesna Ilić Prelić, dr Dragiša B. Slijepčević, dr Milan Marković, mr Tomislav Stojković, dr Goran P. Ilić, Bratislav Đokić, dr Agneš Kartag Odrgi, Sabahudin Tahirović, dr Marija Draškić, dr Dragan Stojanović, Milan Stanić i mr Stanka Milanović. U navedenom devetogodišnjem periodu ukupno je rešeno 62.971 predmet, od čega su u odnosu na svega 46 predmeta sudije imale jedno ili više izdvojenih mišljenja.[47]

Među gore navedenim sudijama, sudija O. Vučić je imala najviše izdvojenih mišljenja (23), potom slede sudije B. Nenadić (21), K. Manojlović Andrić (15), D. Stojanović (10), M. Draškić (8), P. Ćetković (4), D. B. Slijepčević (3), dok su po

[45] V. Barsotti, 33.

[46] Datum konstituisanja prvog "novog" saziva Suda – početak rada Suda u punom sastavu – poslednja sednica prvog saziva Suda.

[47] To su predmeti: IU-49/1998, IU-190/2005, IU-139/2007, VIIU-171/2008, Už-819/2008, IUz-43/2009, IUz-44/2009, IUz-96/2009, Už-175/2009, VIIU-249/2009, IUz-356/2009, IUz-357/2009, IUo-360/2009, IUz-2/2010, VIIIU-102/2010, IUz-882/2010, Už-2037/2010, IUz-1634/2010, IUo-1228/2010, IUz-3/2011, IUo-185/2011, IUz-455/2011, VIIU-482/2011, IUz-564/2011, Už-5084/2011, Už-5238/2011, IUz-40/2012, IUz-231/2012, VIIIU-413/2012, IUo-756/2012, Už-863/2012, IUo-870/2012, IUz-934/2012, Už-8670/2012, IUo-180/2013, IUz-204/2013, IUo-247/2013, IUz-421/2013, Už-7203/2013, IUo-12/2014, IIIU-128/2014, IUo-149/2014, IUz-156/2014, IUz-479/2014, IUz-531/2014, IUz-244/2015.

jedno izdvojeno mišljenje imale sudije A. Kartag Odri i G. P. Ilić. Treba napomenuti i to, da su pet sudija od navedenih devet profesori prava (O. Vučić i D. Stojanović – konstitucionalisti/prof. ustavnog prava, M. Draškić – prof. porodičnog prava, A. Kartag Odri – prof. teorije države i prava i G. P. Ilić – prof. krivičnog procesnog prava), a da se još troje sudija bavi naučnim radom (B. Nenadić – konstitucionalista, D. B. Slijepčević – sudija VKS-a/kompanijsko, trgovinsko i stečajno pravo, K. Manojlović Andrić – sudija VKS-a/upravno i građansko pravo). Ovo samo potvrđuje ranije iznetu tezu, da su teoretičari i kod nas zainteresovaniji za pisanje izdvojenih mišljenja, od karijernih sudija ili ljudi koji su potekli iz uprave i drugih državnih organa. Kod teoretičara je pojačan osećaj za individualnost, nezavisnost i odbranu ustavnog poretka, ali je smanjen osećaj naklonosti zakonodavcu i ostalim političkim institucijama. Teoretičari su lojalniji Ustavu, a pisanje izdvojenih mišljenja koja nalikuju naučnim esejima, nije im nimalo strano.

Najveći broj predmeta u kojima su sudije izdvajale mišljenja, se s pravom odnosi, na odluke koje su donete u postupcima za ocenjivanje ustavnosti ili zakonitosti opštih akata, čak 32 predmeta.[48] Što se tiče ostalih ustavnosudskih funkcija, sudije su izdvajale mišljenja i u postupcima za rešavanje sukoba nadležnosti (IIIU-128/2014), postupcima za odlučivanje o zabrani rada udruženja građana (VIIU-171/2008, VIIU-249/2009 i VIIU-482/2011), postupcima po ustavnim žalbama (Už-819/2008, Už-175/2009, Už-2037/2010, Už-5084/2011, Už-5238/2011, Už-863/2012, Už-8670/2012 i Už-7203/2013), ali i postupcima po žalbama sudija, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca na odluke o prestanku funkcija (VIIIU-102/2010 i VIIIU-413/2012).

Prvo izdvojeno mišljenje u posmatranom periodu istraživanja je napisao sudija D. B. Slijepčević u odnosu na Odluku IU-139/2007 od 9. aprila 2009. godine (ocena ustavnosti i zakonitosti Statuta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu), koje je objavljeno sa Odlukom u *Službenom glasniku RS*, br. 51/09, dok su poslednja izdvojena mišljenja napisana u odnosu na Odluku Už-7203/2013 od 10. decembra 2015. godine (povreda prava na pravično suđenje), koja je objavljena u *Službenom glasniku RS*, br. 36/17, sa izdvojenim mišljenjima sudije D. Stojanovića, kojem se pridružila i saglasila sudija O. Vučić, kao i izdvojenim mišljenjem sudije M. Draškić[49].

---

[48] To su predmeti: IU-49/1998, IU-190/2005, IU-139/2007, IUz-43/2009, IUz-44/2009, IUz-96/2009, IUz-356/2009, IUz-357/2009, IUo-360/2009, IUz-2/2010, IUz-882/2010, IUz-1634/2010, IUo-1228/2010, IUz-3/2011, IUo-185/2011, IUz-455/2011, IUz-564/2011, IUz-40/2012, IUz-231/2012, IUo-756/2012, IUo-870/2012, IUz-934/2012, IUo-180/2013, IUz-204/2013, IUo-247/2013, IUz-421/2013, IUo-12/2014, IUo-149/2014, IUz-156/2014, IUz-479/2014, IUz-531/2014, IUz-244/2015.

[49] Izdvojeno mišljenje sudije Draškić je posebno zanimljivo, imajući u vidu to, da su Odluka i preostala dva izdvojena mišljenja anonimizirani, dok je izdvojeno mišljenje sudije Draškić napisano sa punim imenom i prezimenom podnositeljke ustavne žalbe, čak je i samo izdvojeno mišljenje

Pojedinačnih izdvojenih mišljenja je bilo najviše, čak 52, zajedničkih izdvojenih mišljenja[50] je bilo znatno manje 11 (Už-819/2008, IUz-96/2009, IUz-2/2010[51], IUo-1228/2010, VIIU-482/2011, IUz-231/2012, Už-863/2012, IUo-870/2012[52], Už-8670/2012 i IUo-180/2013), dok su se u svega pet[53] situacija sudije

naslovljeno njenim imenom i prezimenom, što je slučaj i sa ostalim izdvojenim mišljenjima navedene sudije. Ovo izdvojeno mišljenje je specifično i po tome što je u njemu sudija otkrila odnos glasova u konkretnom predmetu, odn. ishod glasanja (8:7). Pa se na ovom mestu, s pravom možemo zapitati, da li postoji ograničenje sudije koji izdvaja mišljenje u odnosu na konkretnu odluku, odnosno koliku slobodu ima sudija koji piše izdvojeno mišljenje, šta je njegova obaveza i da li može da ide i van zahteva stranke (opredeljenje podnositeljke je verovatno bilo istaknuto u ustavnoj žalbi, a to je neslaganje sa objavljivanjem njenog identiteta)?

[50] Sudija K. Manojlović Andrić je učestvovala u pisanju svih 11 zajedničkih izdvojenih mišljenja. Sudija B. Nenadić je to učinila u odnosu na odluke u predmetima Už-819/2008, IUz-96/2009, IUz-2/2010, IUo-1228/2010, VIIU-482/2011, IUz-231/2012 i IUo-870/2012 (vid. fn. 52), a sudija P. Ćetković u odnosu na odluke u predmetima IUz-231/2012, Už-863/2012 i Už-8670/2012. Sudije O. Vučić i D. Stojanović su pak sa ostalim sudijama učestvovali u pisanju zajedničkih izdvojenih mišljenja u predmetima IUz-231/2012, IUo-870/2012 (sudija D. Stojanović samo u odnosu na Rešenje ne i u odnosu na Zaključak, vid. fn. 52) i IUo-180/2013.

[51] Ovo zajedničko izdvojeno mišljenje je napisano u odnosu na Odluku koju je Ustavni sud doneo u predmetu IUz-2/2010 od 14. marta 2013. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 53/213), i predstavlja jedno od značajnijih u praksi Suda. Naime, argumenti koji su izneti u ovom izdvojenom mišljenju su kasnije uticali na zakonodavca da, u skladu sa tim kritikama, izmeni Zakon o parničnom postupku (revizijski cenzus). Sudija O. Vučić je, takođe, glasala protiv ove odluke, ali je svoja neslaganja izložila u posebnom radu (Jedna (ne)evropska odluka Ustavnog suda? ili "O granicama slobode parlamenta i zaštiti građana od njegove svemoći"), u kome se, između ostalog, u potpunosti saglasila sa navedenim zajedničkim izdvojenim mišljenjem. Detaljnije o ovome kod B. Jović (2015), 50-54.

[52] Povodom odlučivanja u ovom specifičnom predmetu sudije su u različitim fazama ustavnosudskog postupka napisale dva zajednička izdvojena mišljenja. Jedno zajedničko izdvojeno mišljenje su napisale sudije K. Manojlović Andrić, B. Nenadić i O. Vučić u odnosu na Zaključak Ustavnog suda od 18. juna 2013. godine, kojim se zastaje sa postupkom za ocenu ustavnosti Uredbe o posebnom načinu obrade podataka sadržanih u katastru zemljišta za Autonomnu pokrajinu Kosovo i Metohija (*Službeni glasnik RS*, br. 94/11) i daje mogućnost Vladi da u roku od šest meseci od dana prijema ovog zaključka, Uredbu usaglasi sa Ustavom, dok se u drugom zajedničkom izdvojenom mišljenju koje je napisano u odnosu na Rešenje Ustavnog suda od 30. januara 2014. godine, kojim se odlaže objavljivanje Odluke Ustavnog suda IUo-870/2012 od 30. januara 2014. godine u *Službenom glasniku RS* za šest meseci od dana njenog donošenja, njima pridružio i sudija D. Stojanović.

[53] U praksi Ustavnog suda se ne pravi razlika u nazivu između izdvojenih mišljenja kojima se sudija saglašava, odn. pridružuje drugom izdvojenom mišljenju, a ona su najčešće kratka i sastoje se od par rečenica, u kojima sudija podržava drugo izdvojeno mišljenje. To su izdvojena mišljenja u sledećim predmetima: IUo-360/2009 (sudija P. Ćetković se saglasio sa izdvojenim mišljenjem sudije D. Stojanovića), VIIU-249/2009 (sudija O. Vučić se saglasila sa izdvojenim mišljenjem sudije K. Manojlović Andrić), VIIU-482/2011 (sudija K. Manojlović Andrić se saglasila sa izdvojenim mišljenjem sudije O. Vučić, ali je zanimljivo to što je u istom predmetu sudija K. Manojlović Andrić napisala i zajedničko izdvojeno mišljenje sa sudijom B. Nenadić, tako da je u konkretnom slučaju

pridružile drugom izdvojenom mišljenju. Ovo skupa čini 46 predmeta u odnosu na koje je od 2007. do 2016. godine napisano ukupno 68 izdvojenih mišljenja, što nikako ne može biti dovoljno imajući u vidu broj obrađenih predmeta i sudija koji su po njima postupali.

U većini svih navedenih predmeta, sudije koje su se usprotivile ustavnosudskom rezonu koji je zastupljen u donetim odlukama, jesu izdvojile mišljenje i u odnosu na odluku i u odnosu na obrazloženje – odbijajuća izdvojena mišljenja (videti npr. IU-49/1998, IU-190/2005, VIIU-171/2008, VIIU-249/2009, Už-7203/2013). Znatno je manji broj predmeta u kojima su sudije glasale za predloženu odluku iz bitno drugačijih razloga nego što su glasale preostale sudije (odn. iz bitno drugačijih razloga od onih koji se nalaze u obrazloženju) – tzv. saglasna/potvrdna izdvojena mišljenja (IUz-934/2012, IUo-149/2014), a bilo je i izdvojenih mišljenja kod kojih su se sudije samo delimično složile sa obrazloženjem i/ili izrekom odnosno nekim tačkama izreke (IUz-882/2010, VIIU-482/2011, IUz-479/2014). Posebno je interesantno obrazloženje izdvojenog mišljenja sudije O. Vučić u odnosu na Rešenje Ustavnog suda IUz-244/2015 od 8. oktobra 2015. godine, kojim ona "ne kritikuje niti osporava donetu odluku, već do sada, u pojedinim slučajevima, ispoljenu praksu Ustavnog suda". Što sve pokazuje da u praksi Ustavnog suda Srbije ne postoje rigidna ograničenja za pisanje izdvojenih mišljenja, već da se sloboda izražavanja ustavnih sudija stavlja u prvi plan. Ovakav stav za koji su se, možemo slobodno reći, izborile i sudije koje su pisale izdvojena mišljenja, potvrđuje puni smisao koji institut izdvojenog mišljenja treba da ima i daje mogućnost sudijama da se na pravi način izbore za svoja shvatanja.

Pored toga, postoje i grupe izdvojenih mišljenja koje su se javile oko istovetnih predmeta koji su u posrednoj ili neposrednoj vezi sa pitanjima "reforme pravosuđa",[54] Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija ("Briselski sporazumi")[55] i zabrane rada udruženja građana[56]. To su tri najveće grupe predmeta, koje su

dva puta izdvojila mišljenje u odnosu na istu odluku), Už-8670/2012 (sudija B. Nenadić se saglasila sa zajedničkim izdvojenim mišljenjem sudija P. Ćetkovića i K. Manojlović Andrić) i Už-7203/2013 (sudija O. Vučić se saglasila sa izdvojenim mišljenjem sudije D. Stojanovića).

[54] Sudija O. Vučić je kroz izdvojena mišljenja, u skoro svim predmetima koji su na neki način bili povezani sa pravosudnom reformom (IUz-43/2009, IUz-44/2009 – sem u ovom, IUz-357/2009, VIIIU-102/2010, IUz-1634/2010, IUz-3/2011, IUo-185/2011, VIIIU-413/2012 i IUz-156/2014), izrazila svoja neslaganja sa zauzetim stavovima Suda. Istrajno ih braneći njeni stavovi su postali na neki način većinski, tj. stavovi Suda, u čemu se posebno ogleda značaj njenih izdvojenih mišljenja.

[55] Sudije O. Vučić, B. Nenadić, K. Manojlović Andrić i D. Stojanović su izrazile u izdvojenim mišljenjima veću dozu osetljivosti za pitanja koja su od ključnog državnopravnog značaja, u odnosu na odluke u predmetima IUo-756/2012, IUo-870/2012, IUo-180/2013, IUo-247/2013, IUo-12/2014 i IUo-149/2014, oslanjajući se pre svega na shvatanja pravne teorije.

[56] Predmeti Ustavnog suda: VIIU-171/2008, VIIU-249/2009 i VIIU-482/2011.

možda i obeležile rad prethodnog saziva Suda, a oko kojih su se "lomila koplja argumenata" i značajnija neslaganja sudija.

Na kraju, želimo da ukažemo i to, da su u dosadašnjem kratkotrajnom periodu rada drugog saziva Ustavnog suda,[57] samo sudije dr Tijana Šurlan i dr Tamaš Korhec pisali izdvojena mišljenja,[58] te se čini da se trend prvog saziva nastavlja, imajući u vidu to, da su oba izdvojena mišljenja u drugom sazivu Suda po Ustavu od 2006. godine, napisale sudije, teoretičari, profesori prava po vokaciji.

ZAKLJUČAK

Razmišljanja nekih autora (B. Nenadić, C. Ribičič)[59] o potrebi postojanja ovog instituta poklapaju se sa shvatanjima autora o značaju i potrebi postojanja instituta izdvojenog mišljenja u postupku ustavnosudskog odlučivanja. Ustavni sud je organ sa specifičnim nadležnostima i posebnim položajem koji zauzima u načelu podele vlasti. Odraz svih tih osobenosti leži upravo u institutu kojim smo se bavili u ovom radu, ali i u odlukama koje ustavni sud donosi. Iako je ustavni sud najčešće poslednja instanca u državi, iznad koje se nalazi samo nebo, izdvojena mišljenja upravo doprinose relativizaciji ovakvog stava, kroz postojanje osećaja da neko i posle odluke ovako elitistički postavljenog organa, može da da završnu reč.

Za ustavni sud je najbolje kada se oko odluka postigne opšti konsenzus koji je izražen kroz apsolutnu većinu glasova. Takve odluke su najuverljivije, ali su ta-

[57] Drugi saziv Ustavnog suda je počeo sa radom 23. decembra 2016. godine, polaganjem zakletve devetoro izabranih/imenovanih sudija. Iz starog (prvog) saziva reizabrana je jedino sudija Vesna Ilić Prelić, pored nje su imenovane/izabrane sudije dr Dragana Kolarić, dr Tijana Šurlan, Tatjana Babić, dr Tamaš Korhec, Snežana Marković, dr Milan Škulić, Miroslav Nikolić i dr Jovan Ćirić.

[58] Sudija Šurlan je napisala odbijajuće, odn. nesaglasno izdvojeno mišljenje u vezi sa Odlukom Ustavnog suda Už-595/2014 od 11. maja 2017. godine, kojom je odbijena kao neosnovana ustavna žalba M.P. izjavljena protiv rešenja Apelacionog suda u Novom Sadu, dok je sudija Korhec takođe napisao nesaglasno izdvojeno mišljenje, ali u vezi sa Odlukom Ustavnog suda IUo-314/2015 od 6. aprila 2017. godine, kojom se utvrđuje da Pokrajinska skupštinska odluka o osnivanju javne ustanove "Vojvođanska akademija nauka, umetnosti i kulture" (Službeni list APV, br. 29/15), nije u saglasnosti sa Ustavom i zakonom.

[59] "Odsustvo izdvojenih mišljenja u praksi ustavnog suda kočilo bi razvoj ustavnosudske misli, odn. stvaralačkog delanja ustavnih sudija, slabilo bi nezavisnost sudija i umanjivalu njihovu ličnu odgovornost" (B. Nenadić). "Ustavni sud bi bez izdvojenih mišljenja bio kao parlament bez opozicije, odn. redovni sud bez instancijske kontrole" (C. Ribičič).Vršeći poverene dužnosti sudije Ustavnog suda Srbije, odn. Slovenije, oba autora su imala priliku da i praktično pokažu svoja shvatanja ovog instituta. U poređenju sa C. Ribičičem koji je napisao i previše izdvojenih mišljenja povodom najrazličitijih pravnih pitanja, B. Nenadić je, čini se, našla bolju meru u svemu tome, jer izdvojena mišljenja, po shvatanju autora, treba pisati samo kada je neslaganje sudije toliko, da se ono ne može zadržati na prostom protivljenju odluci, već ono mora biti izraženo kroz viši stepen neslaganja, tj. izdvojeno mišljenje.

kve situacije ipak malo verovatne, jer nije lako pretočiti mnoštvo različitih stavova i razmišljanja u jedinstvenu odluku (u praksi Ustavnog suda Srbije to bi bili argumenti 15 sudija). Što više informacija javnost dobije o odnosu glasova, argumentima koji su izneti prilikom većanja, kao i samom postupku donošenja odluka, to je veća verovatnoća da javnost, kako opšta, tako i stručna, podrži i razume delovanje ovog organa. Izdvojena mišljenja mogu pomoći u tome, pod uslovom da se preostale sudije još tokom većanja upoznaju sa argumentima iznetim u njima, koji moraju biti pre svega jasni, koncizni i do kraja precizno izvedeni, te da ako ipak dođe do njihovog nastanka ona obavezno moraju biti objavljena.

Što se tiče samih argumenata za postojanje ovog instituta, prevagu odnose definitivno argumenti koji idu u korist izdvojenom mišljenju, zato što nijedan od argumenata koji ga osporavaju (a koje smo gore naveli) nije dovoljno ubedljiv da onemogući njegovu primenu. U prilog tome ide i tvrdnja da velika većina država koja je uvela izdvojeno mišljenje u svoje pravosuđe (ustavno ili redovno) ne želi da ukine ovaj institut, naprotiv i teoretičari država u kojima ono nije zastupljeno (naročito kod ustavnih sudova), se svestrano zalažu za njegovo uvođenje.

Izdvojeno mišljenje, kao proizvod sudije koji nije mogao da podrži neku odluku, treba pisati po osećaju i u izuzetnim situacijama, jer je ono u velikoj meri pokazatelj, kako nezavisnosti i aktivizma samog sudije i njegovog ustavnosudskog rada i delovanja, tako i pokazatelj nezavisnosti čitavog sudijskog kolegijuma.

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

INSTITUTE OF SEPARATE OPINION IN PRACTICE OF THE FIRST (NEW) CONVOCATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

Summary

The aim of this work is, among other things, to point out the lack of interest of authors from the Balkans area to the institute of separate opinion. "Domestic" authors dealt with this institute, only when they wrote about constitutional judgments, judicial activism and independence, as well as the judicial decision-making process. The roots of this institute can be found in Common law, from where, primarily, through the constitutional judiciary, it has been transferred to Civil law, which is discussed in this paper through a brief comparative review. The author also deals with the institute of Separate opinion (dissenting/concurring separate opinions), its characteristics, the normative framework (historical and positive), as well as the pros and cons that characterize it. Writing a separate opinion in the Republic of Serbia is a privilege provided only to the judges of the Constitutional Court. Because of that, separate opinions will serve their purpose only if they are limited in number, circulate in advice and are drafted in a courteous manner.

And in the end, for the first time in our country, author has been shown the published separate opinions, which were written in all decisions adopted during the first (new) convocation of the Constitutional Court of Serbia (12. 12. 2007 – 9. 12. 2016).

NIKOLA PANTELIĆ

ZABRANA POLITIČKIH STRANAKA U TURSKOJ: BUDUĆNOST TURSKOG SEKULARIZMA

U V O D

Opsežnim ustavnim amandmanima, tokom 2017. godine, ponovo je oblikovan najviši pravni akt Republike Turske. Pored velikih ovlašćenja predsednika republike, amandmanima nisu zahvaćeni elementarni temelji modernog turskog društva. Republika Turska je članom dva Ustava i dalje, demokratska, sekularna i socijalna država, zasnovana na vladavini prava, koja poštuje javni mir, nacionalnu solidarnost, pravdu i ljudska prava, polazeći od načela navedenih u Preambuli, odana Ataturkovom nacionalizmu.[1]

Time što je pored normativne odredbe, i u preambuli Ustava navedeno da za religiozna osećanja neće biti mesta u državnim poslovima i politici, Turska se čvrsto opredelila za svetovnu državu. Međutim, sekularizam[2] u Turskoj nije odraz

---

Nikola Pantelić, zamenik Trećeg osnovnog javnog tužioca u Beogradu.

[1] Član 2. Ustava Turske iz 1982.godine ; engleski prevod Ustava https://www.constituteproject.org/constitution/Turkey_2011.pdf?lang=en 20.05.2017. godine

[2] Turski sekularizam se zasniva na francuskom modelu "laïcité" , ali i sa državno-verskim odnosima ukorenjenim u otomanskoj tradiciji, gde je religija podređena državnim vlastima; vidi, Angel Rabasa, F. Stephen Larrabee, *The Rise of Political Islam in Turkey*, National Defense Research Institute, 2008, 25; Treba dodati i to da ideja laiciti (laiklik) označava prevlast i kontrolu države naspram religije u političkoj sferi. Taj koncept treba jasno razlikovati od ideje razdvajanja između države i religije, koja je često povezana sa klasičnim pojmom sekularizma; vidi, Dicle Kogacioglu, *Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey*, Judicial Delimitation of the Political Domain, March 2003, Vol 18(1), 273.

evolucije, ideje filozofa koja je distribuirana i postepeno prihvaćena među velikim delom naroda. Ona je, nasuprot tome, izraz reformi elite, sastavljene od birokratije i mladih oficira, okupljene oko Ataturka[3], koje su izvršene, uglavnom, u periodu od 1922.do 1935. godine.[4]

Za razliku od evolucije, koja je posledica temeljenog i postepenog sazrevanja društva kao celine, revolucionarne promene, (u turskom slučaju izražene kao niz reformi) su rezultat delanja jednog dela naroda, koji je iskoristio trenutne pogodnosti u društvu i nasilno svrgao stari režim. Da bi se održao na vlasti, revolucionarni režim, nastoji da izvrši potpunu promenu u osnovnim institucijama društva.[5]

Da li će se, gledano na duge staze, efekat revolucije održati u jednom društvu, u svakom trenutku zavisi od odnosa revolucionarnih[6]i tradicionalnih snaga, koje (ne)svesno vrebaju priliku za kontrarevoluciju. Onog trenutka kada popuste revolucionarne stege, volja većeg dela naroda će se, poput opruge, vratiti u svoje prirodno stanje, u kome će ostati, dok se evolutivnim putem (ili opet nasilno, novom revolucijom) svest većeg dela naroda ne promeni i ne prihvati neku ideju kao iskonsku.

Republika Turska poslednjih decenija vodi veliku borbu da spreči potencijalnu, islamističku, kontrarevoluciju. Činjenica da se ova država, od ukidanja jednopartijskog sistema (1923–1946.) do današnjih dana, bori da konsoliduje demokratiju[7]ukazuje na realno stanje u društvu. Od kada je, "atakom na islam", ustavnim izmenama od 1928. godine iz Ustava izbrisana odredba o islamu kao

---

[3] Mustafa Kemal Ataturk, poznat kao "Otac turaka" za svega desetak godina (na istorijskoj sceni se prvi put pojavio kao pobednik u Turskom ratu za nezavisnost 1919–1922.) od velikog vojskovođe, postao je veliki reformator. Turski pisci smatraju da je život i rad njihovog nekadašnjeg lidera deo velikog ustaničkog pokreta dvadesetog veka, koji su nosili potlačeni narodi protiv kolonista i imperijalista, Bülent Tanör, *The birth of a modern nation amid the ruins of the Ottoman Empire*, The Unesco Courier, 1981, 4, http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000747/074752eo.pdf 20.05.2017. god.

[4] Bülent Daver, *Secularism in Turkey*, 1. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/451/5082.pdf 20.5.2017. god.

[5] Laura Neitzel, *What is Revolution?,* Brookdale Community College, Department of History, str. 1, http://www.columbia.edu/cu/weai/exeas/asian-revolutions/pdf/what-is-revolution.pdf 22.05.2017. god.

[6] Ataturk je 1925. godine tvrdio da su revolucionari oni koji su sposobni da razumeju prave težnje, da proniknu u um i savest ljudi, koje žele da okrenu ka napretku revolucije; Artun Ünsal, *Ataturk's Reforms*: *Realization E Of An Utopia By A Realist,* The Turkish Yearbook OL. XIX, str.27, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/44/685/8712.pdf 25.05.2017. god.

[7] Binnaz Toprak, *Secularism and Islam: The Building of Modern Turkey*, Macalester International: Vol. 15, Article 9. http://digitalcommons.macalester.edu/macintl/vol15/iss1/9 str.27, 25.05.2017. god.

državnoj religiji, čime je Turska postala sekularna država, opozicija sekularizmu, nastoji da promeni poredak.[8]

S obzirom na to da se u modernom društvu, politička volja kanališe putem političkih stranaka, te organizacije su, uglavnom, najznačajniji stožeri islamističke politike. Međutim, decenijama unazad, zvanični kemalistički režim čuva "Ataturkov nacionalizam". Političke stranke koje propagiraju islam, konstantno su na udaru Ustavnog suda, a nakon toga najčešće dolaze i pod jurisdikciju Evropskog suda za ljudksa prava (u daljem tekstu: ESLJP). Prvenstveni cilj ovog rada je osvrt na željeni pravac razvoja turskog društva, na prepreke koje mu se, u vidu delanja islamiziranih političkih stranaka, nalaze na putu, te na odnos Ustavnog suda Turske i ESLJP prema tim preprekama.

SEKULARIZAM KAO "ULTRA-KONSTITUCIONALNI" PRINCIP

Prvobitna osobenost turskog sekularizma[9] ogledala se u potpunom isključenju religije iz politike i svakodnevnog života. Kako bi od društva koje je obojeno verskim bojama, stvorili moderno društvo zapadnog tipa, u prvim godinama republike, elite su preduzele odlučne i za tadašnje vreme teške mere[10], protiv religioznog establišmenta.[11]

Međutim, iako je sekularizam u Turskoj bio zvanični državni pravac[12]i od religijskih uticaja štitio mnoge pore društva, a ne samo politički život, republikanske stranke su obazrivo nastupale prilikom kritikovanja islama. Za razliku od

[8] "How Ataturk Made Turkey Secular | Lost Islamic History", Lost Islamic History, http://lostislamichistory.com/how-ataturk-made-turkey-secular/ 25.05. 2017. god.

[9] "Interesantno je razmatrati slučajeve ESLJP gde se koriste termini poput "sekularizma", koji ima potpuno drugačije značenje u drugačijim delovima Evrope"; Olgun Akbulut, *Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties*, 34 Fordham Int'l L.J. 46 (2010),str. 74.

[10] Ataturkove reforme bile su opsežne. Verske šerijatske zakone, "zamenio je" Švajcarskim građanskim zakonikom, uvedeno je moderno obrazovanje, posebno za devojčice, zabranjena je islamska nošnja; fes i veo, uvedeno je slobodno tržište, a građanska prava, kao i ravnopravnost polova su potencirani. Žene u Turskoj su dobile pravo glasa 1934. godine, samo 14 godina nakon državljanki SAD, i čak 37 godine pre Švajcarkinja; vidi Aynur Uluatam Sumer, Ilknur Boray, "Ataturk's Reforms Emprowered Turkish Women And Set Example For The Developing World", Ataturk Society Of America (ASA), 2013, str. 5, dostupno na https://www.lightmillennium.org/ataturk/2013/asa-paper2.pdf , pristup24.05.2017. god.

[11] Mehmet Yilmaz, "The State Elites and Secularism with Special reference to the Military: The Case of the 1980 Military Intervention", The Institute of Economics and Social Sciences of Bilkent University, Ankara, 2002, 1.

[12] Osim Preambule, reč "sekularizam", se u Ustavu Turske iz 1982.godine, pominje čak sedam puta. Pogledaj članove 13, 14, 68, 81, 103, 136. i 174.

regula, svest građana se ne može izmeniti tokom noći. Ipak, umesto da iskoriste priliku i da "očiste" islam iz društveno-političkog života, te da širom otvore kapiju novom demokratskom društvu, zbog populističkih ciljeva, političari to nisu učinili. Lideri republikanskih stranaka su kritiku uperili isključivo protiv muslimanskih verskih eksperata – uleme. To je razlog što demokratsko društvo, oličeno u nedvosmislenom sekularizmu nikada nije postao dogma ("nova religija") u Turskoj, te nikada nije, u potpunosti, zamenilo stari islam.[13]

Čvrst kurs prema izolaciji islama, od politike i svakodnevnog života građana, potrajao je nešto manje od trideset godina. Redukovanje političkih (verskih) sloboda i popuštanje stege protiv islama počelo je tokom pedesetih godina XX veka, sa dolaskom na vlast Demokratske stranke. Iskorišćavanje religijskih koncepcija dalo je prednost ovoj stranci, nasuprot Republikanskoj narodnoj stranci (osnovanoj od strane Ataturka 1923. godine) da stiče sve veću popularnost u konzervativnim krugovima. Prvi od mnogih vojnih udara, 27.05.1960. godine usledio je nakon "zahteva" reformatora i revolucionarnih snaga, da Demokratska stranka, prestane se eksploatacijom religije u političke i privatne svrhe.[14]

Iako je vojska u Turskoj osvedočeni čuvar demokratskog društva, veliki zaokret u političkom tretmanu religije dogodio se upravo nakon vojnog udara 1980. godine. Vojni lideri, nasuprot dotašnjim tendencijama, su naglasili da je religija jedna od neophodnih komponenti nacionalnih kultura i da se promoviše u prostoru kroz različitu politiku i praksu. Za stanje današnjeg sekularizma u Turskoj, može da bude ključna, tada izgovorena rečenica, da je religija "realnost i neophodna institucija". Istrgnuta iz konteksta Ataturkove misli da "nacije ne mogu da prežive bez religije, jer je to veza između čoveka i boga", vojni lideri, su na mala vrata uveli veliku promena u sadržini pojma sekularizma.[15]

Smatramo da je za pronalaženje uporišta, za ublažavanje pojma sekularizma u Ataturkovom životu i radu, zaslužna, isključivo, maliciozna konstrukcija. Za oca turske nacije, sekularizam znači "emancipaciju misli iz tamnice, u kojoj je bila vekovima zarobljena". Naime, prvi predsednik Republike Turske, tvrdio je da samo slobodnim istraživanjem i diskusijom, kreativni umovi mogu da dođu do istine. Još kao dete, uočio je granice verskog misticizma i sholastike, te je zauvek odbacio hegemoniju verske dogme. Nakon što je prisustvovao eksploataciji turske zajednice u Grčkoj, gde je odrastao, za šta je direktno krivio represiju, ukorenjenu u tradiciji, razvio je naučni pristup problemima. Ataturk je društvo posmatrao is-

[13] Bülent DAVER, "Secularism in Turkey", str. 1, dostupno na http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/451/5082.pdf, pristup 20.5.2017. god.

[14] *Ibid.*

[15] Mehmet Yilmaz, *The State Elites and Secularism with Special reference to the Military: The Case of the 1980 Military Intervention,* The Institute of Economics and Social Sciences of Bilkent University, Ankara, 2002, str. 1.

ključivo kroz prizmu demokrate. Sekularizam je postavio kao temeljni stub njegovih principa[16],[17], izjednačen sa slobodom mišljenja, putem kojim bi Turska premostila jaz ka naprednim državama.[18]

Važno je dodati i to da turski sekularizam, poput mnogih društveno-političkih instituta, ima sopstveni put; te ga tako, izolovano, treba i posmatrati. Na primer, američki sekularizam je nastao kao odraz zaštite od verskog progona. Zbog toga, sve religije tretira podjednako, omogućavajući im slobodu veroispovesti. Turski sekularizam je, pak, nastao kao reakcija na dominaciju jedne vere, koja je duboko zadirala u političku sferu. Iz tog razloga, njime se želi obezbediti "sloboda od religije".[19] Iz ovoga proizilazi da problem sekularizma nema univerzalni karakter. Dok se pojedine države, gotovo, ne obaziru na činjenicu da su sekularne, druge za takav status moraju da ulože velike napore.

ZABRANA POLITIČKIH STRANAKA U TURSKOJ

Zabrana političkih stranaka predstavlja jednu od mera "militantne demokratije". Različita su shvatanja militantne demokratije[20]. No, bez obzira na pojmovno obeležje, posredi je politička orjentacija, kojoj je, trasirao put nemački naučnik Karl Levenštajn. Sublimirajući zakonske mehanizme, koji mogu zaštititi društvo od političkog ekstremizma, Levenštajn je zaključio da militantna demokratija predstavlja volju duha, naroda i Vlade da održe (*survive*) demokratiju.[21] Prema mnogim stavovima pobornika ove teorije, demokratija, kao osetljiva politička orjentacija, ne treba da preza od preduzimanja nedemokratskih mera, protiv

[16] Kemalistički principi su: republikanizam, nacionalizam, populizam, reformizam, sekularizam i etatizam; Türkkaya Ataöv, *The Principles of Kemalism*, The Turkish Yearbook, VOL. XX, str. 28 godine http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/44/1567/17013.pdf, 20.05.2017. god.

[17] Značaj Ataturkovih principa, kao i primat sekularizma, kao principa sa statusom "prvog među jednakima" uočavamo i iz činjenice da Treći deo Zakona o političkim strankama iz 1983. godine, nosi naslov "Očuvanje Ataturkovih principa, revolucije i sekularne države", vidi, str.5726, *SİYASİ PARTİLER KANUNU*" od 22.4.1983, http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2820.pdf , 26.05.2017. god.

[18] T. Ataöv, 32-33.

[19] Soner Cagaptay, *Secularism and Foreign Policy in Turkey: New Elections, Troubling Trends* , Washington Institute for Near East Policy, 2007, str. 8.

[20] "Militantna demokratija je paradigmatski koncept u proučavanju demokratskih odgovora na politički ekstremizam."; Bourne Angela, *The proscription of parties and the problem of 'miltant democracy*, Online Working Paper Series, NO. 3/2011. str. 2.

[21] Karl Loewenstein, *Legislative Control of Political Extremism in European Democracies II*", Columbia Law Review, Vol. XXXVIII, 1938, str. 774. na https://www.jstor.org/stable/pdf/1116737.pdf 25.05. 2017. god.

sopstvenih neprijatelja. U suprotnom će, korišćenjem njenih tekovina, pobornici totalitarnih režima, nakon što se domognu vlasti, njenu vladavinu zameniti autoritarnom.[22]

Koncept militantne demokratije svodi se na niz mera kojima se u društvu potiskuju nedemokratske aspiracije, kako na mikro planu (npr. onemogućavanje "nelojalnim" državnim službenicima, da i dalje službuju za državu) tako i na širem, društvenom prostoru, gde kao najzvučnija mera egzistira, upravo, zabrana političkih stranaka.

Ukoliko je zabrana političkih stranaka, kruna svih mera militantne demokratije, onda je moderna, Republika Turska, "kraljevina" u kojoj se ta kruna najviše eksponirala. Ustavni sud Turske je na pragu 55. godine od svog osnivanja (do 2015. godine), čak u 28 slučajeva raspustio političke stranke. Kao nemali izvor praktičnih i doktrinarnih problema, slučajevi iz turskog pravnog sistema poslužili su kao baza ESLJP da postavi mnoga pravila i trasira put pitanju zabrane političkih stranaka.[23]

Prisutnost zabrane političkih stranka na ustavnosudskoj sceni Turske, moguće je naslutiti već iz normativnog okvira. Turski ustavotvorac je, u dva člana, dobrano[24] regulisao kriterijume za zabranu političkih partija.[25] Između ostalog,

---

[22] Pored svetski priznatih pobornika militantne demokratije, poput Markusa Tajla - Markus Thiel, *The Militant Democracy Principle in Modern Democracies*, 2009, ili Andraš Šaja, András Sajó, *From Militant Democracy to the Preventive State?*, http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-5/SAJO.WEBSITE.pdf 25.05.2017. godine, sve su češći pisci koji osporavaju ovaj koncept. Među onima koji militnatnu demokratiju ne uzimaju kao aksiom, su i mladi naučnici, Karlo Invernizi Aćeti (Carlo Invernizzi Accetti) i Ian Cukerman (Ian Zuckerman). Između ostalog, naučnici su izrazli zabrinutost da odredbe militantne demokratije mogu imati suprotne efekte od namenjenih. Umesto zaštite demokratije od pretpostavljenih neprijatelja, pojedincima se mogu dati sredstva da proizvoljno isključuju iz političke utakmice političke protivnike. Na taj način, umesto da se štiti demokratija, radilo bi se za njene neprijatelje; Carlo Invernizzi Accetti and Ian Zuckerman, *What's Wrong with Militant Democracy?*, Political Studies 2017, Vol. 65(1S) str. 183-184, http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0032321715614849 27.05. 2017. god.

[23] Feyzan Özbay, *A Comparative Study on the Criteria Applied to the Dissolution of Political Parties by the Turkish Constitutonal Court and the European Court of Human Rights*, Human Rights Review, Year:5, Issue:9, 2015 str. 2, file:///C:/Users/Zlatko/Downloads/6d1d4-63533-1399d-ad474.pdf, pristup 24.05.2017. godine

[24] Analizirajući ustavnu legislativu, Venecijanska komisija je izbrojala osam kriterijuma (izostavljajući 9. kriterijum iz člana 69.st.10 Ustava, koji se odnosi na pretnju zabranom stranci koja prima stranu finansijsku pomoć) za zabranu političkih stranaka u Turskoj, što je "duže i detaljnije nego u drugim evropskim ustavima"; vidi, Venice Commission, Opinion on the Constitutional and Legal provisions Relevant to the prohibition of Political Parties in Turkey, adopted, 78th Plenary Session, Venice (13-14 Mar. 2009), CDL-AD (2009), 006, paragrafi 73. i 74.

[25] Međutim, tu se lista kriterijuma za zabranu političkih stranaka ne okončava. Zakon o političkim strankama članovima 78-96 proširuje tu listu na: klevetanje Ataturkove ličnosti i rada, zlo-

članom 68. Ustava predvideo je da su političke partije neophodan element demokratskog političkog života[26], da se slobodno osnivaju[27] i delaju na osnovu Ustava i zakona. Za našu temu posebno je značajan stav 4. člana, koji je razloge za zabranu političkih stranaka, odredio temeljno i taksativno. Pravni akti i radnje političkih stranaka ne smeju da budu protiv nezavisnosti države, teritorijalnog integriteta, ljudskih prava, načela jednakosti i vladavine prava, nacionalne suverenosti, demokratskih principa i sekularizma.[28] Cilj legalne političke stranke ne sme da bude promovisanje ili ustanovljavanje klasne ili grupne diktature, kao ni podsticanje građana na izvršenje krivičnih dela. Političke stranke koje ne poštuju ove odredbe, biće zabranjene.[29]

Korpusu razloga za zabranu političkih stranaka, iz stava 4. možemo dodati i stav 10. člana 69 Ustava, koji trajnom zabranom preti političkim strankama koje bi primile finansijska sredstva od strane države, međunarodne organizacije ili stranih fizičkih ili pravnih lica.

Otpočinjanje postupka zabrane političke stranke u turskom pravnom sistemu, zavisi od nadahnuća nadležnog javnog tužioca. Nakon podnošenja zahteva za zabranu političke stranke Glavnog javnog tužioca pri Visokom žalbenom sudu, ako su ispunjeni uslovi, Ustavni sud donosi konačnu odluku o zabrani političke stranke.[30]Do trajnog raspuštanja stranke dolazi kada se utvrdi da statut i program stranke krše odredbe člana 68. stava 4. - odnosno, kada utvrdi da je stranka postala centar u kome se obavljaju te nedozvoljene aktivnosti. [31]Profesor Ustavnog prava iz Ankare, *Levent Gönenç,* smatra da je ova odredba Ustava, inače uneta kao

upotrebu religije i svetih religijskih relikvija, zabranu verskih demonstracija, o korišćenju uniformi; Venice Commission, Opinion on the Constitutional and Legal provisions Relevant to the prohibition of Political Parties in Turkey, adopted, 78th Plenary Session, Venice (13-14 Mar. 2009), CDL-AD (2009), 006, paragraf 75.

[26] Član 4. Zakona o političkim partijama iz 1983. godine potvrđuje da su "političke stranke neophodan element demokratskog političkog života i dodaje da moraju da budu verne principima i reformama Ataturka", vidi, "SİYASİ PARTİLER KANUNU" od 22.4.1983, zakon dostupan na http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2820.pdf . pristup dana 26.05.2017. god.

[27] Ali su nakon, slobodnog, osnivanja pod budnim okom najvišeg javnog tužioca, koji vodi registracioni fajl za svaku političku stranku, do detalja određen Zakonom; član 10. Zakona o političkim strankama iz 1983.godine vidi, "SİYASİ PARTİLER KANUNU" od 22.4.1983, zakon dostupan na http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2820.pdf . pristup dana 26.05.2017. god.

[28] Venecijanska komisija je povredu demokratskih i sekularnih principa posebno kritikovala kao razloge koji su "forumulisani u veoma opštim crtama"; Venice Commission, Opinion on the Constitutional and Legal provisions Relevant to the prohibition of Political Parties in Turkey, adopted, 78th Plenary Session, Venice (13-14 Mar. 2009), CDL-AD (2009), 006, paragraf 74.

[29] Član 68.stav 4. Ustava Turske.

[30] Član 69.stav 5.Ustava Turske.

[31] Član 69.stav 6.Ustava Turske.

jedan od amandmana 2001.godine, najvažnija promena u pogledu političkih prava i sloboda Ustava iz 1982. Amandman je, naime, pojasnio sintagmu "biti središte neustavnih aktivnosti". Naime, ona je ostvarena ako članovi stranke, političke aktivnosti sprovode intenzivno, a stranačka tela tih stranaka u Velikoj narodnoj skupštini odobravaju takve aktivnosti, odnosno ukoliko ih sami izvršavaju.[32]

Takođe, predmetnim amandmanima uveden je postepeni sistem kažnjavanja od strane Ustavnog suda. Naime, pre nego što odluči da raspusti stranku koja je proglašena odgovornom za protivustavne aktivnosti, Ustavni sud, shodno intenzitetu pokrenutog postupka, može da donese odluku o potpunom ili delimičnom lišavanju državne pomoći.[33] Ova "alternativa" raspuštanju političkih stranaka, iskorišćena je prilikom donošenja odluke od strane Ustavnog suda, protiv danas najjače političke opcije u Turskoj – Stranke pravde i razvoja.

Turski ustavotvorac kontinuirano traga za najboljim modelom zabrane političkih stranaka. Jedna od ustavnih promena, ustanovljena amandmanima iz 2001. godine, koja je predviđala da će Ustavni sud o zabrani političkih stranaka da odlučuje tropetinskom većinom[34]nije se dugo održala na snazi; danas se o zabrani političkih stranaka u Turskoj, odlučuje dvotrećinskom većinom prisutnih sudija.[35]

Tretman nesekularnih političkih stranaka od strane Ustavnog suda Turske i ESLJP

Jedan deo turske pravne misli tvrdi da Ustavni sud, ustavne odredbe o sekularizmu tumači kruto, sa "prekomerno izraženim žarom". To je razlog usled koga je, zbog "navodne"[36] antisekularne aktivnosti, zabranio pet političkih stranaka. Prva politička opcija koju je Ustavni sud zabranio, zbog ugrožavanja principa sekularizma 20.05.1971.godine, bila je stranka Nacionalni stroj (National Order Party), osnovana od strane osvedočenog islamiste Nahmetin Erbakana. Za njom su zabranjene i druge stranke, ocenjene od strane tog organa kao nesekularne: Stranka mira (*Peace Party – zabranjena* 25. 10.1983. godine), Stranka slobode i demokratije – OZDEP (Freedom and Democracy Party, zabranjena 23.11.1993.

[32] *Levent Gönenç, The 2001 Amendments to the 1982 Constitution of Turkey*, Ankara Law Review, Vol. 1, 1/2004., 104.

[33] Član 69.stav 7.Ustava Turske.

[34] *L. Gönenç,* 104.

[35] *član 149. stav 3.Ustava Turske,* Engleski.

[36] Izraz "navodne antisekularne aktivnosti", takođe je upotrebila i Venecijanska komisija u paragrafu 96. "Mišljenja"; vidi Venice Commission, Opinion on the Constitutional and Legal provisions Relevant to the prohibition of Political Parties in Turkey, adopted, 78th Plenary Session, Venice (13-14 Mar. 2009), CDL-AD (2009), 006, paragraf 96.

god.) Stranka blagostanja (Welfare Party, 16.01.1998. godine) i Stranka vrline (the Virtue Party 22.06.2001. god.).[37]

Spisku ostvarenih, ustavnosudskih, zabrana, treba dodati i jednu, ali izuzetno bitnu, neostvarenu zabranu. U pitanju je, pokušaj zabrane Stranke pravde i razvoja (Justice and Development Party AKP).

Slučajevi zabrane nesekularnih političkih stranaka, koji su izneti pred ESLJP, osim Stranke blagostanja, nisu prošli kroz filter tog suda. Samo je u slučaju zabrane Stranke blagostanja Sud našao da njenom zabranom nije povređen član 11. Konvencije.[38]

No, krenimo redom. Do stanja kakvo danas imamo u Turskoj, došlo se postepeno. Tvrd kurs sekularizma omekšao je pobedom Demokratske stranke na izborima 1959.godine. Od tada (sa liberalizacijom građanskih sloboda koje je doneo Ustav iz 1961. godine) islamističke grupacije, iako tehnički zabranjene, počinju da rade legalno. Kemalistički režim nije ometao njihovu egzistenciju do trenutka kada je Nahmetin Erbakan, prevršio meru dozvoljenih građanskih sloboda, tako što je osnivao političku stranku, sa izrazitim islamskim tendencijama. Osnivanjem islamističke stranke – Nacionalni stroj (1970. godine), islamisti u Turskoj su u rukama imali najviši politički instrumentarij, putem koga bi mogli da vode kampanju za ostvarivanje sopstvene agende. Od momenta osnivanja, faktički, ista politička stranka izdržala je (*endured*) tri decenije, na političkoj sceni, iako je menjala imena. Nakon zabrane ove stranke, osnovana je Stranka nacionalnog spasa (1972–1981.), Stranka blagostanja (1983–1998.) i Stranka vrline (1997–2001) koju je zamenila *Felicity Part*.[39] Turski islamista Nahmetin Erbakan (1926–2011) nalazio se, na različite načine, iza osnivanja svih ovih stranaka.

Početkom sedamdesetih godina prošlog veka, visoka inflacija, politička tenzija, rast nezaposlenosti, i ubrzane društveno-političke promene, dovele su Tursku na rub haosa. Islamistički pokret, ohrabren liberalizacijom, postao je sve agresivniji, a njegova politička stranka Nacionalni stroj (National Order Party – NOP) je otvoreno odbacila Ataturkov put i principe kemalizma.[40] NOP je bio stranka religioznih i konzervativnih sunita, malih trgovaca i zanatlija, koji su na korist od modernizacije dugo čekali; delom i zbog njihovog otpora njenim tekovinama.

---

[37] Ergun Ozbudun, Fbsun Thrkmen, *Impact of the ECtHR Rulings on Turkey's Democratization: An Evaluation*, Human Rights Quarterly Vol. 35, no 4, 2013 str. 998–999.

[38] *Ibid.*

[39] Nilufer Narli, *The Rise of the Islamist Movement in Turkey*, Middle East Review of International Affairs Vol. 3, No. 3 (September 1999) 38.

[40] Ali Arslan, The evaluation of parliamentary democracy in Turkey and Turkish political elites", HAOL, Núm. 6, Invierno, 2005, str. 136.

Nasuprot modernizaciji, pretpostavili su joj religiju i tradiciju. Mnogi od simpatizera ove stranke i dalje žensku decu nisu otpremali u školu.[41]

Ustavni sud Turske, na trend jačanja islamizma (ali i pod pritiskom vojske), odgovorio je odlučno, te je 1971.godine raspustio stranku Nacionalni stroj, pod optužbom da je prekršila principe laicizma.[42]Uporište za ovu tvrdnju pronađeno je u podržavanju verskog obrazovanja od strane ove stranke, kao i težnje za ukidanjem člana 163. Krivičnog zakonika.[43]

Zabrana stranke nije pomela islamiste, te je odgovor usledio ubrzo. Već sledeće godine, Erbakan je osnovao Stranku nacionalnog spasa (the National Salvation Party - NSP) , koja je ostvarila veliki uspeh na izborima narednih godina. Uz pomoć starih članova i simpatizera, te neformalnih islmističkih grupa, na izborima održanim 1973. godine osvojila je čak 11.8 % glasova, što joj je omogućilo višegodišnje učešće u vladi i opštu prisutnost u javnosti.[44]Treća po snazi u Parlamentu, pozivala je na obnovu tradicionalnih vrednosti - morala i vrline, koje je u širokom tumačenju predstvljala kao simbole islamske religije. Jedna od mera njene politike bila je i apelovanje na smanjenje ekonomskih veza sa hrišćanskim zemljama Zapadne Evrope.[45]

Jačanje ove stranke, islamističke po svemu osim po imenu, u potpunosti je razotkrilo njenu pravu prirodu. Vrhunac je usledio 1980.godine kada je NSP pored pozivanja na uspostavljanje šerijatskog prava[46] organizovao i religiozni skup u Konji, nakon čega je usledila treća vojna intervencija, a zatim i zabrana ove partije 1981. godine, od strane vojne hunte.[47]

Prva politička stranka zabranjena od strane Ustavnog suda pod novim Ustavom (1982. godine) bila je Stranka mira (Peace Party ili Hazur Partisi). U peticiji za zabranu ove stranke navedeno je da strančki program ugrožava sekularnu državu. Najspornija je bila odredba političkog programa stranke koja je tvrdila da obrazovanje u školama ne treba da bude zasnovano na sekularističkim princi-

---

[41] N. Narli, 38–39.

[42] N. Narli, 39.

[43] Yusuf Şevki Hakyemez, *Containing the Political Space: Party Closures and the Constitutional Court in Turkey*, Insight Turkey Vol. 10 / No. 2 / 2008 str. 136–137.

[44] N. Narli, 39.

[45] Ali Çarkoğlu, Binnaz Toprak, *Religion Society and Politics in a Changing Turkey*, Turkish Economic and Social Studies Foundation Istanbul, 2007, 17.

[46] Encyclopedia Britannica, *Military intervention and coalition governments*, https://www.britannica.com/topic/National-Salvation-Party, 06.06.2017. godine

[47] Yang Chen & Guo Changgang, „National Outlook Movement" in Turkey: A Study on the Rise and Development of Islamic Political Parties", str. 4-5, http://mideast.shisu.edu.cn/_upload/article/files/1d/4a/58baa2dc424a8ec35b7d8e1715c6/94ebd5e9-ac45-4925-8d37-efa49fe47a61.pdf pristup 03.06. 2017. godine

pima, kao u drugim socijalističkim državama, kao i obećanje da će u slučaju dobijanja podrške na izborima, "obrazovni sistem biti obavešten o tradicionalnim islamskim vrednostima".[48]U odbranu sopstvene politike, Stranka mira je navela da nije povređen sekularni princip i da su oni samo želeli da turska omladina bude dobro informisana o svojoj tradiciji, te da su pojmovi "turski" i "islamski" teško razdvojivi. Ustavni sud nije prihvatio odbranu. Smatrajući da pojedini krugovi zloupotrebljavaju religiju za sopstvenu korist, Sud je insistirao na sekularizmu. Proglašavajući stranku nesekularnom, Sud je, takođe, podvukao da je glavni cilj Ataturkove revolucije oslobođenje od zaostalosti i unapređenje moderne civilizacije.[49]

Turska, ali i evropska praksa i teorija, kao primer "svete" odbrane sekularizma u Turskoj, uzimaju slučaj zabrane Stranke blagostanja, poznate pod imenom Refah Party[50]. Pored činjenice da su u ovom slučaju izneti veoma značajni zaključci za našu temu, osobenost ovog predmeta postavljena je i na drugim nivoima. Ustavni sud je napomenuo da je Ustav veoma oprezan prema sekularizmu i da neće pretpostaviti građanske slobode tom principu. Naprotiv, u očima Suda, sekularizam predstavlja ultra-konstitucionalnu normu, koja postavlja granicu pravu: "sve ono što se je suprotno principu sekularizma, nije pravo". Sud je zaključak, da je stranka postala centar delovanja protiv sekularizma, izveo analizirajući držanje njenog predsednika Nehmetina Erbakana[51]ali i drugih stranačkih lidera. Predsednik Ustavnog suda Turske, Arslan Zühtü, napominje da je Sud ovom prilikom na svojevrstan način definisao[52]" turski tip sekularizma"; razdvajući ga od sekularizma u zapadnom svetu. Za Ustavni sud, sekularizam je "bazi-

[48] **Marranci**, Gabriele, *Muslim Societies and the Challenge of Secularization: An Interdisciplinary Approach*, Springer Science Business Media VB, 2010, 241.

[49] ***Ibid.***

[50] Nakon zabrane Stranke nacionalnog spasa, na njenim temeljima, Erbakan je formirao Stranku blagostanja; vidi Yang Chen & Guo Changgang, 5.

[51] Glavni državni pravobranilac pri Kasacionom sudu je, između ostalog stavio na teret ovoj stranci da su njene vođe potencirale nošenje islamskih marama u školama i objektima državne uprave; da je Erbakan 1994. godine u Parlamentu upitao da li će promena poretka u društvu, koju oni zagovaraju, nastupiti mirno ili krvoprolićem; da je Erbakan 1991. godine tražio donacije od muslimana radi zagovaranja Džihada, na govorima otvoreno tražili smenu sekularnog režima, teokratskim, da su primali islamističke vođe, dajući im podršku i sl.; Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey, Grand chamber Judgment, Application no(41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98)Judgment Strasbourg 13 February 2003, paragraf 40.

[52] Za razliku od Suda, Ustav ni na jednom mestu ne sadrži jasnu definiciju sekularizma, te je Sud primoran da popunjava prazninu, nudeći interpretacije i definicije u svojim presudama. Problem koji u vezi sa ovim egzistira, sastoji se u tome što je sekularizam, shodno Ustavu, jedan od glavnih stubova pravnog i političkog poretka države. S druge strane Ustav, takođe, obećava slobodu savesti, zaštitu privatnosti vere, i "svetih verskih osećanja"; vidi Murat Somer, *Whither with Secula-*

ran na nacionalnom suverenitetu, demokratiji, slobodi nauke, a takođe je i savremeni regulator političkog, društvenog i kulturnog života."[53]

Prilikom iznošenja odbrane pred Ustavnim sudom, predstavnici Stranke blagostanja su tvrdili da sekularizam treba da pokaže poštovanje prema svim uverenjima, pa i njihovom. Takođe, osporavali su i to da oni ne poštuju druge, te da su nesekularne sentence, čije im se izricanje stavlja na teret, posledica manipulativnog citiranja samo nekih delova govora njihovih vođa.[54]

Zaključak Presude ESLJP da član 11. Konvencije, u slučaju zabrane Stranke blagostanja nije povređen, propraćen je kratkim osvrtom na turski teokratski režim, uspostavljen na tekovinama otomanskog prava. S obzirom na to da turska demokratija iziskuje poštovanje načela sekularizma, Ustavni sud je imao pravo kada je bio na stanovištu da je uspostavljanje šerijata nespojivo sa demokratijom.[55]

Slučaj zabrane Stranke blagostanja je, u poređenju sa ostalima dragocen, i zbog toga što je ta stranka, u momentu zabrane, bila vladajuća. Pre ovog slučaja, "čak ni profesorima ustavnog prava, koji ne zagovaraju liberalne koncepcije, nije bilo zamislivo da je moguće zabraniti vladajuću političku partiju".[56]

Politički sistem Turske, ponovo je uzdrman početkom milenijuma kada je Ustavni sud zabranio Stranku vrline (Virtue Party) koja je kao naslednica proislamisičke politike i Stranke blagostanja, nastavila takvu politiku. Poučena iskustvom, Stranka vrline se u javnosti zalagala za demokratiju, individualne slobode i ljudska prava, a sekularizam je tumačila na drugačiji način od Stranke blagostanja i "fokusirali su se na negativne verske slobode"[57] Međutim, modernizacija diskursa Stranke vrline nije ubedila birokratiju, te je odlukom Ustavnog suda i ova stranka podelila sudbinu ostalih nesekularnih stranaka.[58]

---

rism or Just Undemocratic Laiklik? The Evolution And Future Of Secularism Under The Akp, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale , Milan, 2015, str. 27.

[53] Zühtü Arslan, Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court, Critique: Critical Middle Eastern Studies, Vol. 11, 1/2002 str. 16-17, http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN007389.pdf pristup dana 25.05.2017. godine; Peri Uran, Pasquale Pasquino, *The Guardian of the Turkish Constitution: A Special Court*, Canadian Center of Science and Education, Journal of Politics and Law Vol. 8, No. 2; 2015, str. 92

[54] Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey, **Grand chamber Judgment, Application** no (41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98) Judgment Strasbourg 13 February 2003, paragrafi16. i 17.

[55] *Ibid*, paragraf 125.

[56] Olgun Akbulut, *Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties*, 34 Fordham Int'l L.J. 46 (2010), str. 56.

[57] Ekin Kadir SELÇUK, *Evolution of political islam: from the welfare party to the virtue party*, Karadeniz Teknik Üniversitesi İletişim Araştırmaları Dergisi, http://www.ktu.edu.tr/dosyalar/iletisimarastirmalari_68c44.pdf , str. 27, 06.06.2017. god.

[58] Ekin Kadir SELÇUK, str. 30.

Nakon zabrane Stranke vrline, na njenim temeljima formirane su dve političke stranke. Jedna je reformistička – Stranka pravde i razvoja (poznata kao AKP) druga je tradicionalna, sa snažnim islamističkim koturama – *Felicity Part.*[59] *Obe partije su aktivne na političkoj sceni Turske.*

Današnja najuticajnija stranka u Turskoj (AKP), iz čijih redova je i sve moćniji predsednik Redžep Erdogan, takođe je bila na proveri pred Ustavnim sudom. Glavni javni tužilac, prilikom isticanja zahteva za zabranu ove stranke, tvrdio je da je ona postala žarište antiustavnih aktivnosti, kojima potkopava sekularni karakter države. Tužilac se prikupljanjem dokaza protiv AKP bavio duže vreme, ali je inicijalna kapisla bila podnošenje ustavnog amandmana, koji se odnosio na "pitanje hidžaba". Dana 30.06.2008. godine, Sud je objavio da iako je većina sudija (šest od jedanaest) glasala za zabranu stranke, zbog kvalifikovane tropetinske većine, nije došlo do zabrane ove stranke, već joj je, kao sankcija, uskraćena novčana potpora. Za zabranu stranke, bio je potreban glas još jednog sudije.[60]

Viđenje ove odluke je podeljeno. Pojedinci smatraju da je odluka toliko stroga, da nije u skladu ni sa članom 68. Ustava, a kamoli sa međunarodnom praksom. Ovakva odluka je, smatra deo javnosti, zasnovana na "samopouzdanom i autoritarnom razumevanju sekularizma, bez bilo kakve paralele u zapadnim demokratijama". Jedino opravdanje, za donošenje odluke, je bio ustavni amandman, usvojen od strane tri četvrtine Skupštine. Osuditi stranku za akt preduzet u Parlamentu je, u praksi evropskih demokratija, nečuveno.[61]

AKP je danas najjača politička stranka u Turskoj. Pod njenim okriljem je 2017. godine prekrojen Ustav u smeru suprotnom od smera kojim se kreće demokratija. Na koji način je ona stekla toliku popularnost postoje različita shvatanja, a jedno od tih objašnjenja je i to da je AKP, za sticanje popularnosti, iskoristila finansijsku krizu, koja je zahvatila zemlju 2001.godine. Islamisti su uspeli da odgovornost za krizu, pred biračkim telom, svale na stare sekularne stranke.[62]

Poimanje sekularizma od strane AKP uveliko odudara od kemalističkog shvatanja tog principa i podrazumeva veće slobode za muslimane. Međutim, do koje mere i na koji način će se te slobode ispoljiti, možemo da naslutimo analizirajući ekonomsku i spoljnu politiku ove stranke.[63]

---

[59] http://www.gutenberg.us/articles/fazilet_partisi, *pristup 10.06. 2017. god.*

[60] Ergun Özbudun, *Turkey's Search for a New Constitution*, Insight Turkey. 2012, Vol. 14 Issue 1, str. 46.

[61] *Ibid.*

[62] Birol A. Yeşilada, The future of Erdoğan and the AKP, Turkish Studies, 2016, str. .

[63] Didem Buhari-Gulmez , *Ümit Cizre, Secular and Islamic Politics in Turkey: The Making of the Justice and Development Party*, European Journal of Turkish Studies , Book Reviews | 2011, str. 3.

Uprkos odbacivanju islamističkog identiteta[64], uz tvrdnju da pripadaju konzervativnim krugovima, turske intelektualce danas zabrinjavaju islamistički koreni vođstva AKP, koji mogu da imaju i skriveni islamistički program. Njihova zabrinutost, ipak proizilazi najviše iz revidiranja podele odnosa sudske i izvršne vlasti, koja se ogleda u prevelikoj koncentraciji moći u rukama izvršne vlasti.[65] U međuvremenu, situacija se preokrenula na političkoj mapi Turske. Osim montirane krize sa Kurdima i problemima na međunarodnom planu, Erdogan se danas "sučava sa sve većim izazovima tradicionalnih sekularnih stranaka".[66]

Pitanje sa kojim se Turska susrela 2008. godine, kod zabrane AKP, vraća nas nekoliko stranica unazad, na problem i koncept militantne demokratije. S jedne stane imamo tendenciju očuvanja političkih sloboda i demokratije, oličene u striktnim pravilima ESLJP[67], s druge, imamo konstantne islamističke aspiracije ka tekovinama kemalističke Turske. Istina je da je, nečuveno da se u praksi evropskih demokratija, pokrene pitanje zabrane političke stranke zbog njenog mirnog i parlamentarnog delovanja, ali je takođe i nečuveno da tri četvrtine evropskog i demokratskog parlamenta podigne ruku prilikom glasanja za nošenje hidžaba.

Problem koji se, u ovom slučaju, postavio pred Ustavni sud Turske je par excellence pitanje očuvanja demokratije, po cenu ugrožavanja usvojenih demokratskih dostignuća. U srži, svake, militantne demokratije, jeste njena demokratska dilema. Da li zaštiti demokratiju (neposredno od totalitarnih tendencija, posredno od same sebe) pitaju se istraživači, širom sveta. Levenštajn, u pogledu postavljenog pitanja, nije imao dilemu. Smatrao je da demokratiju treba zaštititi "čak i uz rizik i po cenu kršenja osnovnih principa"[68]. Ukoliko se uzme u obzir da je "sekularizam jedan od elementarnih uslova demokratije, koji se u Turskoj štiti zbog negativnog istorijskog iskustva ove zemlje i specifičnih crta islama, te da je državna intervencija neophodna radi očuvanja sekularne prirode političkog režima"[69] smatramo da velike dileme, ni ovde, nije trebalo da bude.

---

[64] Perekli, Feriha, *The Ideological Framing of the National Outlook Parties in Turkey*, New Middle Eastern Studies, 2 (2012), str. 2-3.

[65] Birol A. Yeşilada , 22–23.

[66] *Ibid*, 28.

[67] Venecijanska komisija je usvojenu praksu, oblikovala kao "neobavezujuću preporuku". Na plenarnoj sednici zaključeno je da zajedničko evropsko demokratsko nasleđe opravdava zabranu ili prinudno raspuštanje političkih stranaka jedino u slučaju onih partija koje zagovaraju primenu nasilja ili korišćenje nasilja kao političkog sredstva, za zbacivanje ustavnog i demokratskog poretka, vidi: Code of Good Practice in the Field of Political Parties, Adopted by the *Venice* Commission at its *77th Plenary Session*. (*Venice*, *12-13 December 2008*)Strasbourg, 28 January 2009, paragraf 12.

[68] Fred Bruinsma and David Nelken, *Explorations in Legal Cultures*, Reed Business BV, 2007, str. 5.

[69] Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey, paragraf 25.

Istina je i to da praksa Ustavnog suda Turske beleži i pojedine primere neadekvatne primene principa sekularizma, kao raloga za zabranu političke stranke. Takav slučaj je zabrana kurdske političke stranke, pod nazivom Stranka slobode i demokratije, poznate po skraćenici ÖZDEP. Poznata je politika i tendencija ove političke stranke, a ona svakako, nije islamizacija države i društva. Njeni ciljevi su separatistički, upereni na pitanja koja se odnose na samostalnost Kurda. Međutim, Ustavni sud je pronašao da je, pored tih, separatističkih težnji ÖZDEP, prekršio i osnovni princip službene ideologije – princip sekularizma. Sudije su, kršenje spornog principa uvidele u programskoj sentenci stranke, da država ne treba da se meša u religiozna pitanja, već da ih ostavi verskoj zajednici.[70]

Evropski sud za ljudka prava nije bio takvog mišljenja. Naprotiv, našao je da je presudom protiv ÖZDEP-a, od strane Ustavnog suda, povređen član 11. Konvencije. Analizom političkog programa stranke, od strane ESLJP, nije utvrđeno ništa što bi politiku ÖZDEP-a usmerilo ka nasilju, ustanku ili bilo kom drugom obliku otklanjanja demokratskih principa, što je, od strane ESLJP, jedino validno za razmatranje.[71]

Ustavni sud Turske je morao da usvoji stav ESLJP, uspostavljen u presudi Ujedinjena komunistička partija protiv Turske. Predmetnom presudom uspostavljeno je pravilo da se (samo) iz statuta i programa političke stranke ne može utvrditi da li neka politička stranka krši načelo sekularizma. Osim toga, moguće je da stranka propagirajući namere u programu, prikrije svoje stvarne ciljeve. Da bi se proverilo da li su optužbe istinite ili nisu, potrebno je da se politički program stranke uporedi sa njenim aktivnostima, i sa stavovima koje brani.[72]

Nalednica Stranke vrline i stranka koje se drži islamističkih vrednosti, a koja je "preživela" do današnjih dana, pored AKP, je Felicity Party. Iako je osnovana 2001. godine, njen uticaj je minoran i ona se nalazi na margini turske politike.[73]

Možemo samo da pretpostavimo kako bi ESLJP presudio u (eventualnom) predmetu AKP protiv Turske. Jedan od osvedočenih stavova Venecijanske komisije i ESLJP je da političke stranke, mirnim putem, mogu da vode kampanju za promenu ustava ili zakona, ako poštuju zakonske i demokratske principe i ukoliko je promena kompatibilna sa tim osnovnim principima. Tamo gde političke ak-

[70] Arslan, Zühtü, Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court, Critique: Critical Middle Eastern Studies, Vol. 11, 1/2002 str. 16, http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN007389.pdf 25.05.2017. god.

[71] *Freedom and Democracy Party* (OZDEP) *v. Turkey,* (Application no. 23885/94) Judgment Strasbourg, 8 December 1999, paragraf 40.

[72] Bülent ALGAN, Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: An Everlasting Conflict between the Court and the Parliament, Ankara University Faculty of Low Jurnal 60, no. 4, 2011, str. 827–828.

[73] Yang Chen & Guo Changgang, 5.

tivnosti i program stranke (kumulativno) podrivaju pravila demokratije i demokratski režim, država ima pravo da usvoji restriktivne mere, u vidu zabrane takve političke stranke.[74]

Uprkos odlučnim napadima iz "sekulartnog tabora" i restriktivnom držanju Ustavnog suda, islamističke političke stranke, u Turskoj, nisu nestale, već su u konstantnom usponu. Razlog, svakako, treba potražiti i u tome da se, nakon uklanjanja sa političke scene, one stalno osnivaju, pod drugim nazivima, odnosno u činjenici da se decenijama unazad država nije izborila sa tom tendencijom.[75]

ZAKLJUČAK

Problem sa kojim bi moglo da se susretne tursko demokratsko društvo u budućnosti, kada je u pitanju evropska podrška očuvanju sekularizma, nije jednostavan. Pored izolovanog slučaja podrške turskom sekularizmu u predmetu Stranke blagostanja, ni opšti akti najviših evropskih tela ne idu u drugačijem smeru. U jednom od poslednje donetih akata Venecijanske komisije (Compilationof Venice Commission Opinions and Reports Concerning Political Parties, donet 2016. godine) koji se tiče političkih stranaka, sekularizam, kao princip čijim se kršenjem mogu, legitimno, zabraniti političke stranke, praktično nije ni pomenut. Evropljani su se prema tom principu poneli kao da ne postoji, iako je, videli smo, velika pretnja, večito mladoj turskoj demokratiji. Razlozi za ovakav, evropski, tretman sekularizma mogu da budu višestruki.

Na prvom mestu prisutno je nepostojanje jasne odrednice šta je to sekularizam. Takve nejasnoće donekle "opravdavaju" držanje Venecijanske komisije, koja u zvaničnim aktima, za zabranu sekularističkih stranaka u Turkoj koristi termin "navodni" sekularizam. Na taj način, donekle, pokazuje nedostatak razumevanja, kako za ovaj pojam, tako i za potencijalni problem islamizacije turskog društva, koji je u međuvremenu, izbio na površinu. Činjenica da se ni turski ustavotvorac (verujemo da nije posredi propust, već njegova namera, da preciznim određivanjem pojma, ne veže ruke Ustavnom sudu za reakciju na nove pojavne oblike islamizacije) nije pozabavio definisanjem sekularizma, ne ide u prilog njegovoj zaštiti.

Drugi razlog je neprikosnovenost demokratije, koja je kao planetarni pojam potisnula, endemski problem ugroženosti sekularizma. Pored vladavine prava, zabrane diskriminacije, transparentnosti itd., princip koji puni stupce svetske pravne i političke književnosti je demokratija. Demokratija je postala alfa i ome-

[74] Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Political Parties,adopted up to and including the Venice Commission's 106th Plenary Session (11–12 March 2016) str. 63.

[75] Birol A. Yeşilada, 20.

ga svakog modernog društva, toliko rasprostranjena, da i Severna Koreja za sebe tvrdi da je Demoratska (Narodna Republika). Međutim, iako deluje jednostavno, smatramo da ne postoji dovoljna svest nadležnih evropskih instanci, da demokratija u Turskoj može da egzistira samo u rukama sekularne države. U tom slučaju demokratija je princip koji, u ovoj državi, konsumira sekularnost.

Iako je činjenica da organizam koliko god da je jak i veliki, pod gangrenom, nije u mogućnosti da dovoljno očvrsne i postane ravnopravan takmac (ako ne i lider) na tržištu svetskog liberalnog kapitala, Evropa bi ipak problem, trebalo da posmatra sa šireg aspekta. Istorijsko iskustvo ukazuje da, uglavnom, narodi, teritorijalno velikih država, imaju privilegiju da sami urede sopstveni društveno-politički poredak. Moguće je da bi se, recimo, buržoaske države, vojno, usprotivile komunističkoj revoluciji u Sovjetskom Savezu ili bi gordi monarhistički vladari ugušili Francusku revoluciju. Međutim, nije lako zauzeti i kontrolisati veliku teritoriju, a uz to je izuzetno rizično i skupo. Ukoliko se uništi sekularizam u Turskoj, sa njim će, u toj zemlji, nestati i demokratija, kao i mnogi principi modernog društva. Njih mogu zameniti veoma negativne tendencije, koje svoje destruktivne aspiracije ne moraju da ispolje samo na prostoru Turske. Na eventualno buduće kršenje ljudskih prava ove (sutra, pretpostavka nesekularne) svetske sile i članice NATO pakta, odgovor će moći da usledi samo u stilu Domanovićevog ministra vojnog – molitvom. Smatramo da se olako prelazi preko ovog pitanja i da ne postoji jasna svest da će, ukoliko Kolos sa Bosfora ponovo navuče fes, zadrhtati Brisel, kao što su nekada, od njega, drhtali Berlin, Beč i Moskva.

NIKOLA PANTELIĆ
Deputy of the Third Basic Prosecutor's
Office in Belgrade

BAN OF POLITICAL PARTIES IN TURKEY

Summary

Turkish secularism, as a conditio sine qua non of the Turkish democracy, has been in retreat for a while. Using the ban of the political parties, the Constitutional Court of Turkey has for decades fought against the persistent Islamist tendencies that aimed to introduce sharia in the state practice and everyday life. The last constitutional amendments, which have given large competencies to the (precisely identified) president at the expense of judicial power, are a cause for concern. In addition, we find the ECHR traced road worrisome as well. Namely, the ECHR sticks to the adopted principles of protection of human rights in a way that is "too democratic" and without the consider-

ation of a sui generis problem in Turkey, thus enabling the irreversible abuse of rights. If in the case of Turkey the ECHR could not have made a legal enclave by putting the struggle against the islamization of that country under the cloak of law, our opinion is that the European Commission should have used the secularism as the central principle. Consequently, non-compliance to this principle will inevitably cause the ban of a political party.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo
Justice and Law
La Justice et le Droit
PRAVEDNO PRAVO I STVARNOST – IV tom
JUST LAW AND REALITY – Vol. IV

Peta katedra
Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU
RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde
Court in Connexity of Justice

Gordana Stanković

Zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari
A joint sale of real estate and movable property 5

Arsen Janevski

Javnobeležnički platni nalog
Notarial payment order 19

Dejan Đurđević

Procesni aspekti naslednopravne transmisije
The procedural aspects of acceptance or waiver of inheritance . . . 41

Nikola Bodiroga

Ponavljanje parničnog postupka pred Vrhovnim kasacionim sudom
Reopening of civil proceedings before supreme court of Cassation 65

Nebojša Šarkić,
Milan Počuča

Izvršenje javnobeležničkih akata prema odredbama novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju
Execution of notarial instrument according to the provisions of the new Law on execution and security 83

Milena Trgovčević-Prokić

Javnobeležnički zapis i solemnizacija
Public record and solimnization 101

Ranka Račić

Punomoćnici u parničnom postupku
Civil procedure proxies 117

Besfort Ramadani

Odluka o troškovima parničnog postupka kao osnov povrede prava na pravično suđenje
Decision on costs of litigation as a basis of breach of right to a fair trial 131

Nataša Stojanović,
Ivana Evtimov

Uloga javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima u Republici Srbiji
The role of notaries public in family-law relationships in the Republic of Serbia 145

Nevena Petrušić,
Jelena Arsić

Posredovanje javnih izvršitelja
Mediation of public executors 163

Vladimir Boranijašević

Postupak za utvrđivanje disciplinske odgovornosti javnih izvršitelja
The procedure for determining disciplinary responsibility
of public executives 183

Radmila Krstić

Odgovornost javnog izvršitelja za štetu nastalu u postupku
izvršenja ili obezbeđenja
Civil liability for the damage caused by the enforcement angent
in the enforcement proceedings or safekeeping proceedings 199

Zoran Vavan

Izvršenje sudskih odluka o reintegraciji zaposlenih
Execution of court decisions on employee reintegration 215

Vukašin Ristić

Neka nova rešenja u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju
i njihov domašaj
New solutions in the new Law on enforcement and security 229

Međunarodni odnosi i pravda
International Relations and Justice

a) Međunarodno pravo – elementi inostranosti
International law – foreign elements

Rodoljub Etinski

Pozivanje Evropskog suda za ljudska prava na vladavinu prava
Invocation of the rule of law by the European court
of human rights 243

Bojan Milisavljević

Ocena postojećeg koncepta ius cogens normi u međunarodnom
pravu
Assessment of the existing concept of jus cogens norms
in international law 255

Ivana Krstić

Zabrana kolektivnog proterivanja u praksi Evrospkog suda
za ljudska prava
The prohibition of collective expulsion in the jurisprudence
of the European court of human rights 269

Duško Dimitrijević

Sedam decenija Međunarodnog suda pravde Ujedinjenih nacija
The seventh decade of the International Court of justice
of the United Nations 285

Bojana Čučković

Međunarodni standardi zaštite ljudskih prava u situacijama
prirodnih katastrofa
International standards relating to human rights protection
in the event of natural disasters 309

Aleksandar V. Gajić

Sud za arbitražu i koncilijaciju OEBS-a 329

Senad Ganić

Da li savremeno međunarodno pravo ima odgovor na izazov
zvani nuklearno oružje
Does modern international law has the answer to the challenge
known as: nuclear weapons 345

Matej Savić

Načelo samoopredjeljenja naroda
The principle of self-determination of peoples 355

Jelena Đ. Lopičić Jančić

Ratna šteta i reparacije posle Drugog svetskog rata
War damage and reparations after the Second world war 365

b) Pravo Evropske Unije
European Union Law

Radovan Vukadinović

Sporazumi o zaštiti stranih investicija – kišobran klauzule
Umbrellas are in the fashion - Umbrella clause in bilateral
agreements on protection of foreign investments 381

Jelena Ćeranić,
Mirjana Glintic

Evropska unija nakon Breksita
European Union after Brexit 397

Petar Šturanović

Integrativna klauzula kao preduslov članstva u Evropskoj uniji
Integrative clause as a precondition of membership
in the European Union 413

Zoran Radivojević

Pravosudna kontrola zajedničke spoljne i bezbednosne politike
Evropske unije
Judicial control of the EU common foreign and security policy . . . 427

Bojana Lakićević-Đuranović

Izazovi i očekivanja Crne Gore na putu ka Evropskoj uniji
Challenges and expectations of Montenegro on its path towards
EU accession 443

Milica J. Čizmović

Zaštita žiga u pravu Evropske unije
Protection of trademark rights in the European Union law 453

Iva Tošić

Razvoj koncepta autoodgovornosti u pravu Evropske unije
Development of the concept of automobile liability
in the European Union law 467

Šesta katedra
Sixth Department

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU
RIGHT TO LEGAL STATE

Saša Bovan

Američki pravni realizam kao pokret pravednog prava
American legal realism as a movement of just law 483

Vlado Kambovski

Vladavina prava i kultura prirodnog prava
The rule of law and the culture of natural law 499

Sanja Đurđić

O odnosu pravednog i pozitivnog prava u delu Božidara S. Markovića
About the relation of a just and positive law in the work of Božidar S. Marković 527

Zoran Jelić

Moderno čitanje kelzena
Modern Reading of Kelsen 543

Refki Tač

Stvarnost u krizi morala i prava
Reality in a crisis of morality and rights 557

Igor Kambovski

Sud kao garant prirodnih prava i demokratske pravne države
The court as a guarantor of natural rights and democratic legal state 573

Vanja M. Pavićević

Pravna zaštita (ne)materijalnog kulturnog nasleđa
Legal protection of the (in)tangible cultural heritage 581

Ustavno pravna pitanja
Constitutional Law Questions

Vladan Petrov

U potrazi za ustavnom stabilnošću u Republici Srbiji
In the search for constitutional stability in the Republic of Serbia 591

Marko Stanković

Republika Srbija kao "regionalna država"
Republic of Serbia as "regionalized state" 603

Darko Simović

Ustavna rigidnost u Republici Srbiji
Constitutional rigidity in the Republic of Serbia 615

Dragoljub Drašković

Međusobni odnos Ustavnog suda i sudske vlasti u ustavno-
-pravnom sistemu Crne Gore
Mutual relationship between the Constitutional court and judical
authorities in constitutional and legal system of Montenegro 631

Vladimir Đurić
Savo Manojlović

Ustavnopravni aspekti zabrane izazivanja i podsticanja
neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti u Republici Srbiji
The constitutional aspects of the prohibition of incitement
and instigation of inequity, hatred and intolerance in the
Republic of Serbia 649

Boštjan Tratar

Utemeljivanje pravnih lica kao nosioca ljudskih prava u praksi
ustavnih sudova
Reasoning legal persons as holders of human rights in case law
of constitutional courts 665

Miloš Stanić

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u Republici Srbiji
Protection of the right to a trial within a reasonable time
in Serbia 683

Bojan Jović

Institut izdvojenog mišljenja u praksi prvog "novog" saziva
Ustavnog suda Srbije
Institute of separate opinion in practice of the first (new)
convocation of the Constitutional court of Serbia 699

Nikola Pantelić

Zabrana političkih stranaka u Turskoj: budućnost turskog sekularizma
Ban of political parties in Turkey 719